



ISSN 1303-8818
E-ISSN: 2687-2897

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi İHİD

Journal of Administrative Law
and Administrative Sciences JALAS

Sayı Number 19 Yıl Year 2020

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
Journal of Administrative Law and Administrative Sciences

Sayı/Number 19 • Aralık/December 2020

ISSN: 1303-8818, E-ISSN: 2687-2897 • DOI: 10.26650/ihid

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye /
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi /
Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR Administrative Law and Administrative Sciences Research and
Application Center

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul

Telefon / Phone: +90 (212) 440 01 05

Faks / Fax: +90 (212) 512 41 35

<http://dergipark.gov.tr/iuihid>

E-mail: ihid@istanbul.edu.tr

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul - Türkiye

Phone / Telefon: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

İlbey Matbaa Kağıt Reklam Org. Müc. San. Tic. Ltd. Şti.

2. Matbaacılar Sitesi 3NB 3 Topkapı / Zeytinburnu,

İstanbul - Turkey

www.ilbeymatbaa.com.tr

Sertifika No: 17845

İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin yayınıdır.

The publication of Istanbul University Administrative Law and Administrative Sciences Research and
Application Center.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır.

The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French.

Aralık aylarında, yılda bir sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published annually in December.

Yayın Türü / Publication Type

Yayın Süreli / Periodical

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
Journal of Administrative Law and Administrative Sciences

Sayı/Number 19 • Aralık/December 2020

ISSN: 1303-8818, E-ISSN: 2687-2897 • DOI: 10.26650/ihid

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör / Editor-in-Chief

Prof. Dr. Aydın GÜLAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – aydingulan@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcısı / Co-Editor in Chief

Dr. Öğr. Üyesi Halit UYANIK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – huyanik@istanbul.edu.tr

Editöryal Asistan / Editorial Assistant

Ezgi ŞİRİN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – eyildirim@istanbul.edu.tr

Nurcan YILMAZ ÖZEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr

Beza GÖZ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – beyzagoz@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Adem SÖZÜER, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – asozuer@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ, Başkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye – aakyildiz@baskent.edu.tr

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – bakyilmaz@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Bernard PACTEAU, Université de Bordeaux, Bordeaux, Fransa – bernard.pacteau@gmail.com

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – d.tezcan@iku.edu.tr

Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ, University of Glasgow, İskoçya, Birleşik Krallık – esin.orucu@glasgow.ac.uk

Prof. Dr. Gérard TIMSIT, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, Fransa – gerard.timsit@univ-paris1.fr

Prof. Dr. Halil KALABALIK, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara, Türkiye
– halil.kalabalik@tihek.gov.tr

Prof. Dr. Murat SEZGİNER, TOBB Eğitim ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye
– msezginer@etu.edu.tr

Prof. Dr. Pascale GONOD, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, Fransa – Pascale.Gonod@univ-paris1.fr

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU, Bilkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye – tekina@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – turanyildirim@marmara.edu.tr

Prof. Dr. Turgut TAN, Bilkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye – ttan@bilkent.edu.tr

Doç Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Ankara Üniversitesi, Ankara, Türkiye – tekinsoy@law.ankara.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma Makalesi / Research Article

Şehirlerimizin Başlıca Meselelerine Bir Bakış

An Overview of the Main Problems in Our Cities..... 1
Süha Göney

Araştırma Makalesi / Research Article

İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi

The Principle of Equality of Arms in Individual Application Decisions Regarding
Administrative Justice 27
Harun Yılmaz

Araştırma Makalesi / Research Article

Danıştay Kararlarında Okullarda Meydana Gelen Zararlar Nedeniyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda Genişleme

The Extension of Faultless Liability of Administration in Decisions of the Council of
State at School Areas Where Damage Occured 47
Ali Hamza Şahin

Araştırma Makalesi / Research Article

Yenileme Alanlarında Kentsel Dönüştürme Uygulanabilecek Temel İlkelere Dair Bir Değerlendirme

An Assessment About Basic Principles That Apply to Urban Transformation in
Renewal Areas..... 79
Zeynep Çelik Gülseven

Karar İncelemesi / Judgment Review

Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi

The Administration Provides Masks to the Members of the Judiciary, Is It Necessary
to Provide Masks Also for Lawyers? Review of the Decision of the French Council
of State (Conseil d'Etat) dated April 20, 2020 103
Memduh Cemil Şirin

Çeviri / Translation

İDARE HUKUKU YENİDEN İÇTİHADÎ Mİ OLMALI?

İçtihadîliğin Paradoksal Zayıflayışı Hakkında Mülâhazalar

SHOULD ADMINISTRATIVE LAW BECOME JURISPRUDENTIAL AGAIN?

Remarks on the paradoxical decline of its jurisprudential character

LE DROIT ADMINISTRATIF DOIT-IL REDEVENIR JURISPRUDENTIEL?

Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel..... 115
Fabrice Melleray, Çev: Halim Alperen Çitak



Şehirlerimizin Başlıca Meselelerine Bir Bakış*

An Overview of the Main Problems in Our Cities

Süha Göney**

Öz

Bu çalışma daha önce tarafından yayınlanan Şehir Coğrafyası I. ve II. cildinde temas edilen bazı konuların, yeniden değerlendirilmesini teşkil etmektedir. Osmanlı imparatorluğu döneminde, Kırım'dan Mısır'a ve kuzey Afrika'ya, Bosna-Hersek'ten Basra Körfezine kadar uzanan geniş bir coğrafyada yerleşmiş bulunan Türk-Osmanlı şehirleri ile konutlarının, kendine özgü bir mimarî üslubu bulunuyordu. Kuşkusuz farklı coğrafi muhitlerde, meskenlerin inşasında kullanılan yapı malzemelerinde değişiklikler olabilirdi. Fakat yapıların mimarî tarzları hiç değişmez ve imparatorluğun her köşesinde aynı yapı üslubu müşahade edilirdi. Zira şehirlerin ve yapıların mimarî özellikleri, bir merkezden ve uzun araştırmalar sonucunda varılan mutabakata göre, tesbit ediliyor ve kararlılıkla uygulanıyordu.

Genellikle mahallelerin ortasına tesadüf eden küçük bir meydana camii, han, hamam, dükkânlar, sıbyan mektebi, çeşme, kuyu ve kahvehanenin çevresinden etrafa ışınal bir tarzda ve birbirinden gittikçe uzaklaşan ivicacılı cadde ve sokak sistemleriyle bunların kenarında bahçeler içinde çeşitli ağaçların arasında, adeta kendini gizlemiş konutlarla bütünleşen ve anlam kazanan şehirlerimizin çok büyük bir kısmı, maalesef artık ortadan kaldırılmıştır. Yerine; kuleleşme veya bloklaşma şeklinde bir betonlaşma yahut yapı ve kullanma izni olmadan inşa ve iskân edilmiş gecekondulaşma ikame edilmiştir. Şüphesiz bunlar, şehirlerimiz ile ikametgâhlarımızın yozlaşmış iki ucunu teşkil etmektedir. Nerede eski şehirlerimizin nasılsa ayakta kalmış bir kısmına rastlasak; hayranlıkla izliyor, sessiz ve sakin, ağaçlar ve çiçekler arasındaki bu mahalleleri kültür mirası olarak tescil ediyor ve "sakin şehir" ilan ediyoruz.

Eski ile yeni şehirlerimiz arasındaki bu aleyhte yapısal değişiklik, mutlaka durdurulmalı ve sadece imar kanunu ve afet kanunu (kentsel dönüşüm) ile yönetmeliklere değil, bizatihi şehir planlamasının ve konut tasarımının, mutlaka bir merkezden ve çeşitli disiplinlere mensup yetkililer tarafından; coğrafi muhit özelliklerimize uygun kalınarak yeniden değerlendirilmesi ve kararlılıkla uygulanması gerekmektedir. Bu yazı, bu maksatla kaleme alınmış bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Şehir planlaması • Gecekondulaşma • 6306 Sayılı Kanun ve Yönetmeliği • 6785 Sayılı Kanun ve Yönetmeliği • Türk-Osmanlı şehri (sakin şehir-citta slow)

* Şehirlerimiz ve Meseleleri konusunda bir konuşma hazırlanması, değerli meslektaşım Prof. Dr. Aydın Gülan Beyefendi'nin fikridir. Kendisine şükran borçluyum. Aydın Hoca'nın bu görüşünü memnuniyetle kabul ederek, konuşma metnini tamamladım. Bu yazının hazırlanmasında, 6306 sayılı kanun ile yönetmelik değişikliklerini kapsamlı bir dosya halinde bana veren Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanlarından değerli meslektaşım Ezgi Yıldırım'a ve el yazımıyla hazırladığım konuşma metnini, bilgisayar ortamında basıma hazır hale getiren; Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanlarından Özlem Karal ile Ezgi Yıldırım Hanımefendi'lere; saygılarımı ve teşekkürlerimi bildirmeyi, burada ve bu vesile bir borç telakki ediyorum.

** Sorumlu Yazar: Süha Göney (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi Coğrafya Bölümü, İstanbul, Türkiye.
ORCID: 0000-0002-0594-3695

Atf: Göney, S "Şehirlerimizin Başlıca Meselelerine Bir Bakış" (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 1.
<https://doi.org/10.26650/ihid.19.001>



Abstract

This article, which is based on an earlier self-publication, offers a reassessment of some of the issues touched upon in the I. and II. volumes of "Urban Geography". In the times of the Ottoman Empire, a unique architectural style marked the Turkish-Ottoman cities and houses, sprawling over a wide territory ranging from Crimea to Egypt, North Africa, Bosnia-Herzegovina and Persian Gulf. It is beyond doubt that the building materials used for the construction of settlements varied in different geographies. Nonetheless, the architectural styles of these buildings were never changed; an identical structural style was observed in every part of the empire. Also, the architectural characteristics of cities and constructions were determined and applied precisely from a single centre - after reaching a consensus over long debates.

The old city structure had small squares, which most of the time coincided with the middle of neighbourhoods; consisting of a mosque, inn, bath, shops, primary school, fountain, well and coffeehouses that spread radially from its center to its sides and gradually moved away from each other; that is, usually extended by irregular avenue and street systems with side gardens of various types of trees. Unfortunately, these kinds of settlements had been almost completely destroyed. Instead of these, massive concrete structures like high rise buildings, or slums without a residential usage licence were built and inhabited. Beyond question, these kind of constructions represent two degenerate ends of our cities and dwellings. Wherever we come across remnant parts of our old cities that have somehow survived, we regard them with admiration and register those sites as cultural heritage. We declare these quiet and calm sites surrounded by various trees and flowers, as "slow cities".

This disadvantageous structural change between our old and new cities must be halted by all means. Not only by regulations on zoning law and disaster law (urban transformation), but also the city planning and housing design must be re-evaluated by a center and relevant interdisciplinary officials; and it must be decisively applied in accordance with our geographical environmental features. This article is written with this specific objective.

Keywords

Urban planning • High rise buildings- Slums • Law and the Regulation on the application of Law No. 6306 • Law and the Regulation on the application of Law No. 6785 • Turkish-Ottoman city (slow city - Citta Slow)

Bugün (13 Aralık 2017) sizlerle, Türk şehirlerinin durumu ve özellikleri hakkında bazı hususları paylaşmak istiyorum. Zira şehirlerimizin meseleleri, çeşitli bilim dallarına mensup araştırmacılar yanında, hukukta da sadece kamu hukuku değil; bunun yanında özel hukuk bilim dalında da çalışacak gençlerin öncelikle ve özellikle üzerinde dikkatle durması gereken önemli bir konudur. Kanaatimce şehir dahilindeki her cadde ve sokak, her ada ve parselin planlanması, evvelemlerde şehir sakinlerinin daha iyi yaşaması, çalışması, eğlenmesi ve dinlenmesi maksadını matuftur. Dolayısıyla kişisel çıkarlar yerine; toplumsal faydalar ve değerler, daima ön planda tutulmalıdır. Muhtelif yollardan ve çeşitli vesilelerle kat, kot ve emsal artışı kazanarak, vicdana, ahlaka, mantığa, estetiğe, kanuna ve hukuka aykırı davranmak ve bu suretle rant sağlamak; şehirlerimiz için yapılacak en büyük kötülüktür.

Günümüzde şehirlerimizin içinde bulunduğu bu kötü ve karmaşık durum, elbette Türklerin şehir kurması ve planlamasında, bilgi ve tecrübe eksikliğinden kaynaklanmıyor. Bunun için Türk-Osmanlı şehirlerini yakından tanımak ve bilgi sahibi olmak gerekmektedir. Zira Türk-Osmanlı şehirleri; daha Orta Asya M.S. 7. yüzyıldan (Göktürkler) itibaren kurulan ve “Balığ ve Balık” denilen şehirlerle başlamış, Orta Asya’dan batıya göç ederken 1040 senesinde Selçuklu Devleti’nin Horasan’da kurulması neticesinde tesis edilen Semizkend (Semerkant), Beykend, Taşkend, Süt Kend, Yengi Kend, Horkut Kend (Dede Korkut’un şehri) gibi kent denilen şehirlerde devam etmiş, Selçukluların Fars ve Arap alemile teması ve Bizans’la tanışması ve nihayet 1071’den itibaren Anadolu’nun fethi süresinde, Anadolu Selçuklu Devleti ve 14. yüzyıldan itibaren önce Osmanlı Beyliği sonra Osmanlı Devleti ve 15. yüzyıl ortalarından itibaren Osmanlı İmparatorluğu idaresinde; en üst seviyeye çıkmış bilgi, görgü ve tecrübenin mahsulüdür.

Her şeyden önce belirtilmesi gerekmektedir ki, batı şehirlerinde önce şehir planı yapılır ve şehir kurulur ve plan esas alınırken; Türk-Osmanlı şehirlerinde, idarenin doğrudan yönlendirmesi sonucu şehir planı yapılmazdı. Türk-Osmanlı şehirlerinde 14. yüzyıl başından beri Osmanlı saray idaresine bağlı Hassa Mimarlar Teşkilâtı vardı. Bu teşkilâtın idaresi başmimar (sermimar) idi. Sermimar ile khalifeleri (yardımcıları) şehir imarını şeyhülislâm, sadrazam ve vezirlerle gerçekleştiriyordu. Böylece kişiler; meskenler ve kamu binalarının inşasında gerekli üst ve ana hatları belirler ve mimarbaşı teşkilâtının yetiştirdiği ve ruhsat verdiği kalfalar (yardımcılar, bunlar tek başına imar ve inşaat hakkı elde etmiş kişilerdir) şehirdeki inşa ve imar faaliyetlerini, Enderun’da belirlenmiş esaslar dahilinde yerine getirirdi. Tıpkı evlerin kendine özgü özellikler kazanarak imparatorluk dahilinde geniş alanlara yayıldığı gibi, Osmanlı şehirlerinde de kendine özgü cadde ve sokak sistemleri, hemen her şehirde mevcut ve hakim idi. Plan özelliklerinin belirlenmesinde, insan esas alınmıştı. Kimse, arsasında müstakil ve müzeyyen bir ev inşa etmek yerine; 5 kat, 10 kat veya bugün Türkiye’de 236 metre yüksekçe kadar çıkan bina inşa ederek, rant peşinde koşmayı

hedeflemiyordu. İnsanların başlıca düşüncesi; komşuluk ilişkisine, güneşin konumuna, manzarayı olduğu kadarla yetinerek en az bir penceresinden mahalle camiine veya selâtin camilerden birisinin minaresine, özellikle şerefesinin görüldüğü bir açığa göre, evini inşa ettirmek idi. Bu sebeble evler hep aynı istikamette değildi ve cep-heleri farklı açılarla konumlanırdı. Evleri inşa eden ve bu suretle şehirleri imar eden kalfalar, hiçbir suretle Enderun'da kabul edilen şehircilik esaslarının dışına çıkamazdı. Buna yeltenenlerin yapıları derhal yıktırılır, kalfaların ruhsatı iptal edilir; işlediği kaideleri ihlal suçuna göre, hapis veya idam cezasına hükmedilirdi. Böylece kalfalar işlerinde serbest olduğu kadar, öğrendiklerine de titizlikle ve sadakatle bağlı kalmakla mükellef bulunuyorlardı. Bu kendi kendini denetim mekanizması o kadar güçlü ve etkili idi ki, Saraybosna'dan Kafkasya'ya, Kırım'dan bütün Arap Yarımadası'na, başta Mısır olmak üzere, tüm Kuzey Afrika'da Türk-Osmanlı şehirlerinin fizyonomilerinde aynı özellikler hakim ve yaygındı. Bu sebeble Türk-Osmanlı şehirlerinin bazı özelliklerini burada bahsetmekte fayda vardır.

Türk-Osmanlı şehirleri değerlendirilirken ortaya çıkan en önemli husus, dinî etkilerdir. Nitekim bir Orta Asya şehri olan Farab'da doğmuş ve daha sonra Bağdat'a göç ederek eğitimini sürdürmüş Farabi, 10. yüzyılda faziletli ve namuslu bir şehir idealini, yani Medinetü'l Fazıla'yı şu şekilde tanımlamaktadır. Ona göre şehir yerleşmesi, "*İnsanların dünyada, adalet ve dayanışmaya dayanan, cemaate ait kurumların sağladığı imkânlarla mümkün olduğunca hayattan zevk almaları ve mutlu olmalarıdır.*" Buna göre Türk-Osmanlı şehirlerinin başlıca özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- 1) Türk-Osmanlı şehir planının oluşmasında en önemli husus dinî etkiler olmasına rağmen; bu kültür bölgesindeki şehirler Orta Doğu'daki Arap ülkelerinin şehir planlarından bazı farklı özelliklere sahiptir. Bunlardan ilki, orta çağdan sonra Türk-Osmanlı şehirleri, diğer Müslüman ülkelerdeki şehirlerden genellikle çok daha kalabalık nüfus barındırmakta ve yerleşim planları çok daha geniş alanlara yayılmakta idi.
- 2) İslâmiyetle birlikte Orta Doğu'da yeni şehirler kurulmuş ve "Kûfe" (Al Kufa) denilen düzgün bir şehir planına göre, yerleşim sahaları tanzim edilmiş ve çeşitli hizmetlere şehir planında farklı yerler ayrılmıştı. Mesela Abbasiler Bağdat'ı, Fatımiler ise Kahire'yi bu şehir planına uygun tarzda kurmuşlardı. Fakat kısa süre sonra iktidar ile şehir sakinleri arasında dinmeyen bir mücadele başladı ve Arap ülkelerinde iktidar, şehrin yerleşim sahası dışına, kenarına itildi ve burada bir kale içine çekildi.

Osmanlı idaresi diğer İslam ülkelerindeki bu durumu iyi değerlendirmiş olmalı ki, bu sebeble devlet ricali ile şehir idarecileri, ikamet ettikleri yerin, şehrin merkezinin uzağında bulunmasına özen gösterdiler ve şehrin oluşması ve idaresini şehir sakinlerine bırakmışlardır. İstanbul'un fethinden hemen sonra, II. Mehmed sarayını Beyazıt Meydanı yakınına inşa ettirmiş olmasına rağmen, tıpkı

Topkapı Sarayı da daha sonraları Dolmabahçe ve Yıldız Sarayları gibi, daima eski İstanbul'un esas yerleşim sahasının kenarında kurulmuş ve şehir, sakinlerine yani esas sahibine bırakılmıştır.

- 3) Türk-Osmanlı şehirlerinde yerleşilen alan ile çevresinde, tabiatın korunmasına büyük özen gösterilmiştir. Kurak bölgelerdeki şehirlerimizde bile, kuyular açılarak veya çevresindeki su kaynaklarından yararlanılarak, mesela Mardin, Van, Konya, Kayseri ve Urfa'da olduğu gibi, şehirde hemen daima yeşil bir ortam oluşturulmuştur. Keza yarı kurak ve nemli çevrelerdeki Türk-Osmanlı şehirleri, daha bol yeraltı ve yerüstü kaynaklarından yararlanarak, şehirlerini yeşillikler içinde adeta gizlemişlerdir. Böylece insanlar çeşitli çiçeklerle bezeli ve ağaçların oluşturduğu yeşillikler arasındaki şehirlerde, tabiatla bütünleşmiş bir halde hayatlarını sürdürmüşlerdir.
- 4) Türk-Osmanlı şehirlerinin bir diğer özelliği de, vakıflardır. Başta padişah, sultan hanım, valide sultan, sadrazam, vezir, paşa ve valiler gibi devlet büyüklerinin menkul ve gayrimenkul gelirlerinin, bazen tamamı bazen de bir kısmı şahsi tasarruflarından ayrılarak çeşitli maksatlarla vakıf haline getirilirdi. Devlet büyüklerinin yanında ticaretle meşgul zenginler de, kurdukları vakıflarla yaygın bir şekilde hayır işlerine katkı sağlardı.

Türk-Osmanlı şehirlerinde çarşıların yer aldığı alanlardaki dükkanlar ve hanların sahibleri vakıflardı. Alışverişin yapıldığı dükkan, bedesten, arasta ile camii, mes-cit, hamam, kervansaray vs. gibi müştereken kullanılan binalar vakıflara aitti. Bu toplumsal yapıların kiralarından elde edilen gelir, kurulmuş vakıfların sayesinde çeşitli ihtiyaçların karşılanması maksadile ve vakıf senedinde belirtilen şartlara ve esaslara uygun olarak sarf edilirdi.

- 5) Türk-Osmanlı şehir planına ait bir diğer hususiyet de "Mahalle"dir. Mahalle kelimesi; mahal yani yer, yöre kelimesi anlamında ve bir şehrin belli özelliklere sahip ve kendi içinde bir bütün oluşturan bir yer, bir semt, bir yöre anlamında kullanılmaktadır. Ev, mahalle ve şehir; Türk-Osmanlı şehir sakinleri için birbirine bağlı ve birbirini tamamlayan üç önemli unsuru teşkil etmektedir. Bu üç unsur, aynı zamanda üç sosyolojik seviyeyi belirtmektedir. O dönemde yaşayanlar, üç farklı ve hiyerarşik toplum düzeni içinde yaşıyordu. Evinde ailesi, mahallede yakın komşularından oluşan cemaat, yani mahallelisi; şehirde ise, hemşerisi niteliğinde bir birliktelik bahis konusu idi.

Böylece denilebilir ki, o dönemde mahalle hem toplumsal hem de malî ve idarî bakımdan önem kazanmış bir teşkilât durumundadır. İdari bakımdan mahalle, şehir dahilinde en küçük birimi teşkil etmektedir. Mahalle kendi arasında büyük bir dayanışma içinde idi. Mahalle sakinlerinin kederleri ve sevinçleri müşterek olup, özellikle deprem ve yangın gibi afetlerde dayanışma had safhaya çıkardı.

Mahalleli arasında var olan gerçek saygı ve sevgi, mahallenin yaşlıları ile gençleri arasında samimi ve karşılık beklemezsizin gerçekleştirilen yardımlaşma duygusu, toplumsal bütünlüğün esasını teşkil ederdi. Günümüzdeki “Mahalle Baskısı” yerine “Mahalle Tesanüdü” hakimdi.

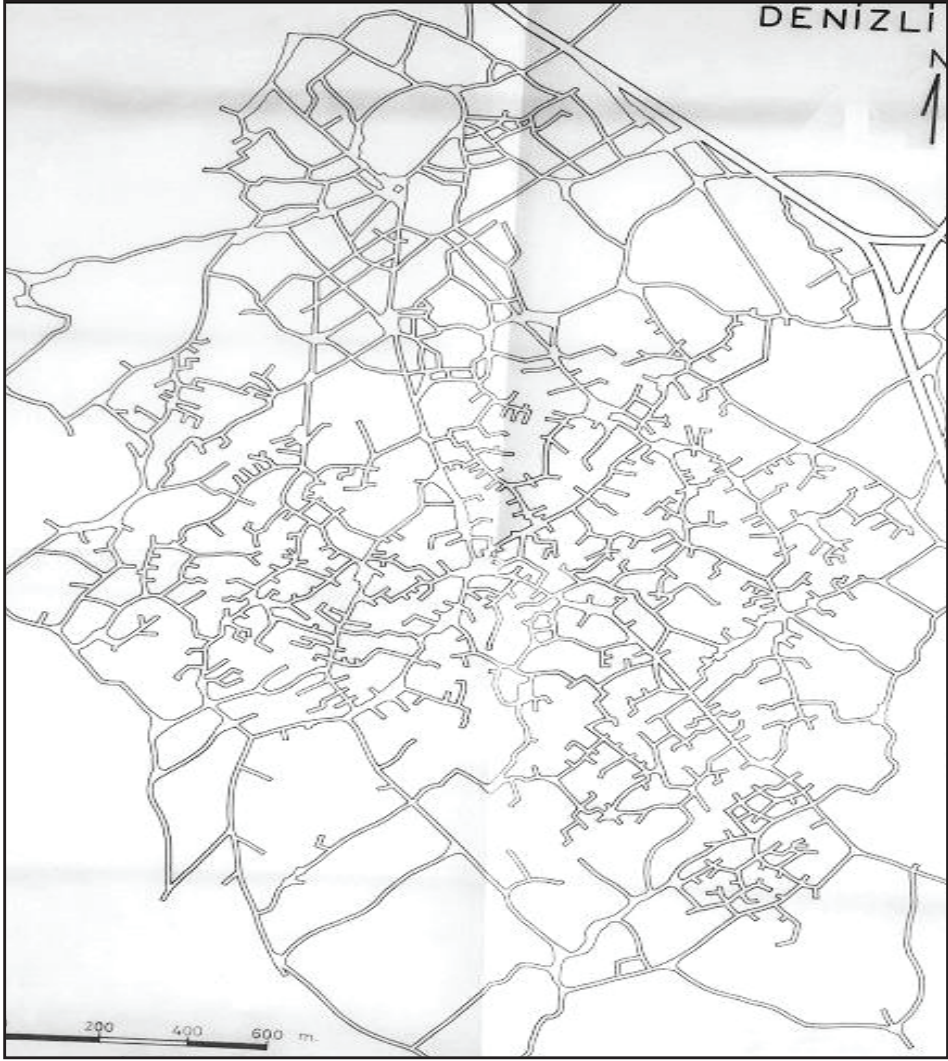
- 6) Türk-Osmanlı şehir planının oluşumunda önemli bir diğer özellik de evlerdir. Bu evler; bahçeler ve bunların oluşturduğu yeşillikler içinde en fazla 3 veya 4 katlı müstakil konutlar halinde idi. Evlerin sadece boyutları ve kat sayıları değişebilirdi. Konutun şekli, mimari üslûbu hususunda en ufak bir müdahale imkânı yoktu.

Türk-Osmanlı evinin mimarî üslûbu uzun araştırmalar ve denemeler sonunda, ana hatlarla Enderun’da tespit edilmiş ve bu mimarî hatlarda geçen zaman zarfında köklü ve büyük değişiklik olmamıştır. Dolayısıyla çatının dört yüzlü olması, bina-dan dışarı doğru taşan saçakları, konutun inşa tekniğinde uygulanan mertek-düver-direk sistemi, çatının örtülmesinde kullanılan oluklu kiremit vs. gibi yapı unsurları, uzun zaman muhafaza edilmiştir. Keza pencere, kapı ve kapı kolu ile tokmağının şekilleri de belirli kurallara bağlanmış olup, adeta standardize edilmişti.

Türk-Osmanlı evlerinde aile fertlerinin artmasına, çocuk ve torunlarının evlenmesine veya aile konutunun içinde kütüphane, çeşitli hobiler için atölye vs. gibi ihtiyaçları karşılamak maksadile, esas evin yanına aynı mimarî üslûbta eklenti bina yapılabilirdi. Böylece geniş aile yaşantısı rahatlıkla sürdürülürdü.

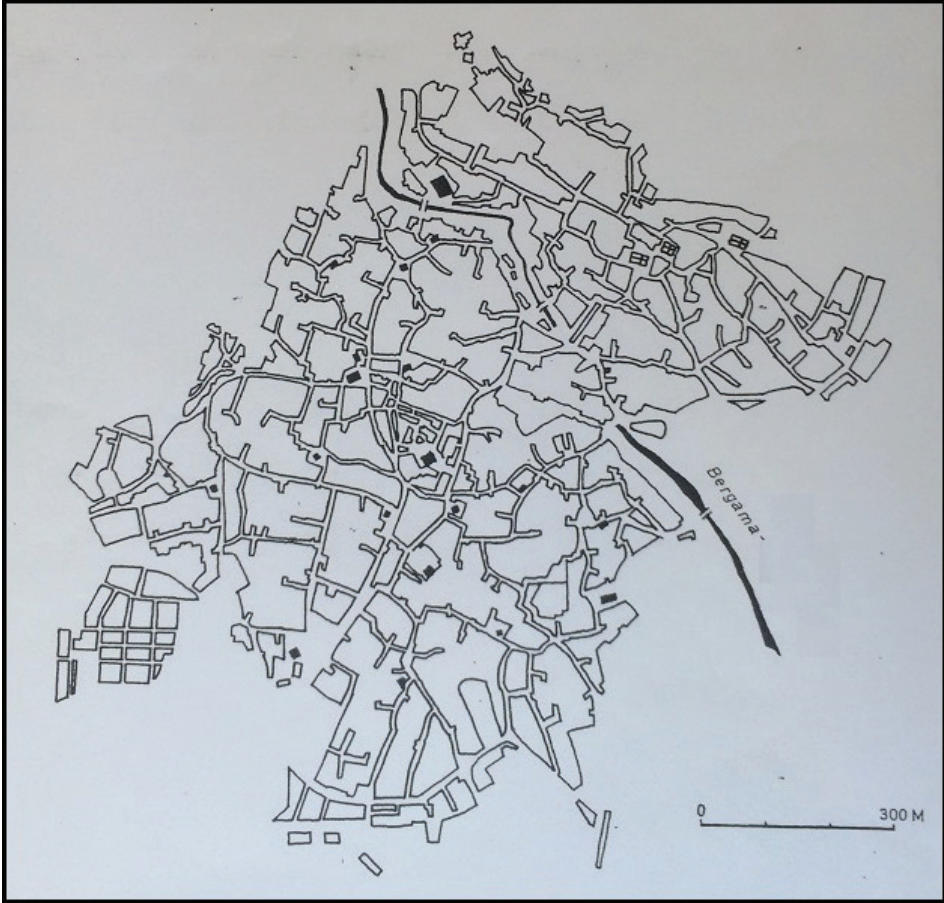
Türk-Osmanlı evinin kalıplaşmış mimarî üslûbu, İmparatorluğun her köşesinde hakimdi. Sarayda çok uzun ve titiz bir eğitimden geçirilerek mimarbaşı ve seçkin yardımcılarının yetiştirdiği ustalar (kalfa-khalife deniliyordu) ve bunların yanında çalışarak yetiştirilen dülgerler (marangoz) mesleklerinde olgunlaştığında; usta ve yiğitbaşılar nezaretinde imtihandan geçirilerek ustalığa yükselir ve müstakilen çalışma hakkını kazanırdı. Bu sıkı eğitim ve denetim, Türk-Osmanlı evinin İmparatorluğun her köşesinde, aynı mimarî üslûba uygun olarak inşasını, onarımını ve devamını sağlamıştır. Böylece yapı üslûbu ihlâl edilmediği takdirde, devlet idaresinin adeta hiç müdahale etmediği ve kendi kendini denetleyen bir sistem geliştirilmişti.

- 7) Türk-Osmanlı şehir planının bir diğer önemli özelliği de, meydanların küçük olmasıdır. Gerçekten Türk-Osmanlı şehirlerinde meydanlar küçük idi. Rusya’daki “Kızıl Yıldız Meydanı” veya Çin’deki “Tiananmen Meydanı” gibi, içine girildiğinde insanı derinden etkileyen ve devletin gücünü belirten büyük meydanlar mevcut değildi. Genel olarak şehrin yerleşim sahası dahilinde yüksek ve hakim noktalarda camii, imaret, hamam, kahvehane, han yeri, kervansaray ve dükkanlar gibi, kamusal, sosyal ve ticarî hizmetlere yönelik binalar, küçük bir meydan çevresine yerleştirilirdi. Kuşkusuz meydanların dar tutulmasında dinin etkisi önemlidir. Bu suretle ibadet mahalli ile ikamet mahallinin birbirine yakın olmasına, bilhassa özen gösterilirdi. (*Tablo 1*)



Tablo 1 – Denizli Şehrinin 1928 senesine ait sokak ve cadde sistemi, 1963 senesinde Denizli Belediyesinden alınmıştır. Şehir kuzeyde Pazaryeri mevkiinden güneye ve Babadağ eteğinde daha yüksek kısma yayılmıştır. Şehrın yeni meydanı Delikliçınar'dır ve küçük meydanın kenarında Ulucami ve kahvehaneler yer almaktadır. Bugün Denizli daha güneye doğru İstiklal semtine yayılmış ve kuzeye doğru İzmir-Aydın-Konya karayoluna inmiştir.

- 8) Türk-Osmanlı şehirlerinin plan özelliklerinden bir diğeri de ivicacı cadde ve sokak sistemleridir. Bazı araştırmacılar bu özelliği, eski şehirlerimizin yamaçlarda ve arızalı sahalarda kurulmuş olmasına bağlamaktadır. Bu görüşe tamamiyle iştirak etmek mümkün görünmemektedir. Zira Osmanlı döneminde Konya, Adana, Van, Kayseri, Bolu vs. gibi ovalarda kurulmuş şehirlerde de ivicacı sokaklar hakim idi. Dolayısıyla başka sebepler aramak gerekmektedir. (**Tablo 1-2-9**)

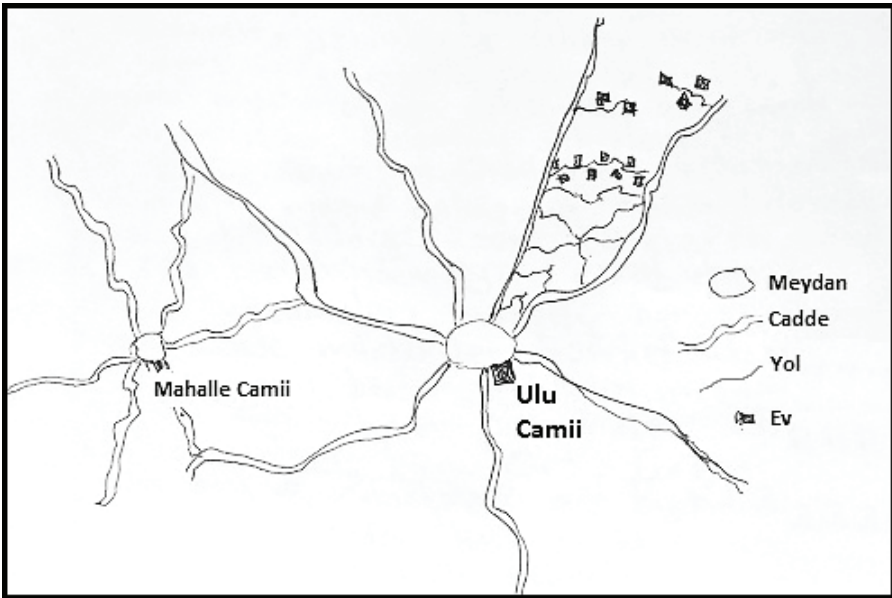


Tablo 2 – 19. Yüzyılın ikinci yarısındaki Bergama şehri.¹ Bergama, üzerinde eski Bergama'nın yer aldığı dağlık bir kalker kütesinin eteğinde Bergama deresinin oluşturduğu ovada yer almaktadır. Osmanlı Döneminde Bergama deresinin kuzey kısmında Rum ve Ermeni vatandaşlara ait mahallelerde bile ivicacılı ve çıkmaz sokaklar görülmektedir.

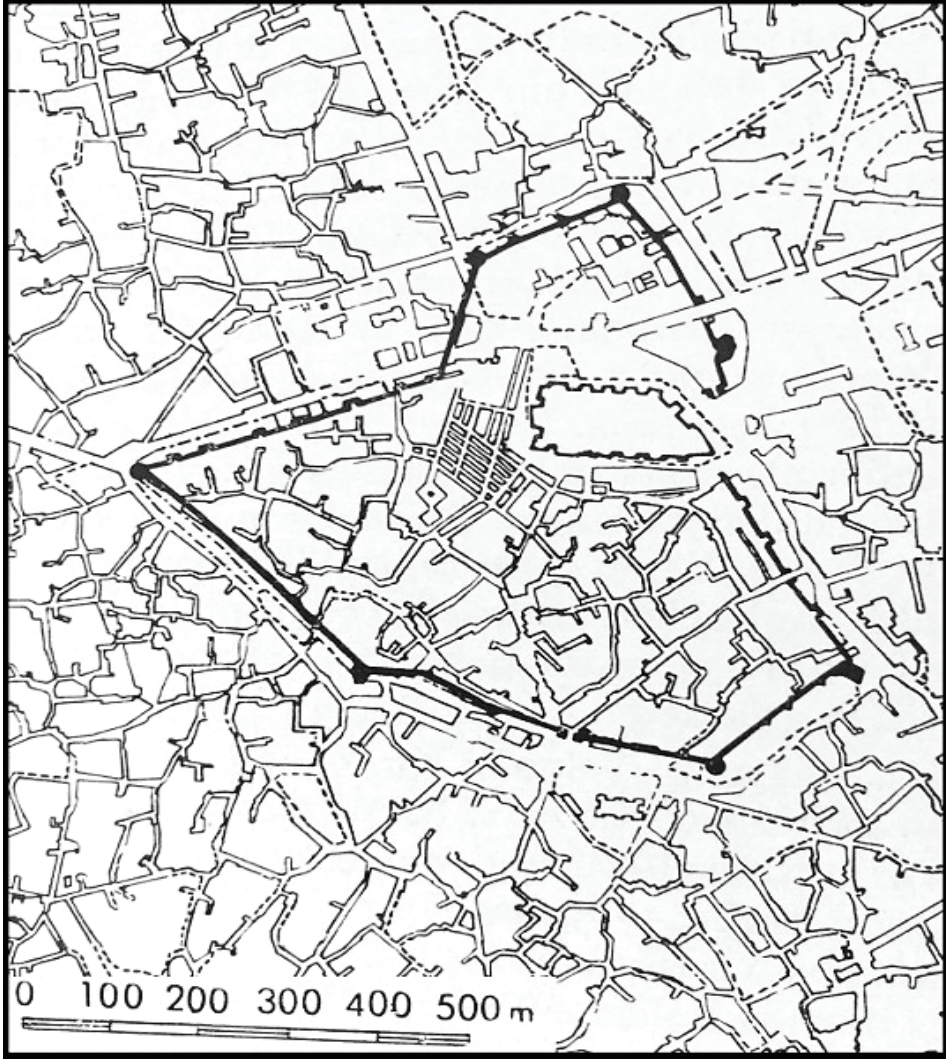
- a) Her şeyden önce Türk-Osmanlı şehri, yayalar için kurulmuştu. Bu itibarla şehirde yaşayan insanların rahat ve kolay bir şekilde, iş yeri ile ikameti ve şehir merkezi ile mahallesi arasında ulaşımının sağlanması gerekiyordu. Sokaklar genellikle yayalar ve yük taşıyan arabaların geçişini sağlardı ve dar idi. Sokakların ivicacılı olması sebebiyle, bahçeler içindeki münferit evlerin birbirine bakması esasen bahis konusu değildi. Türk-Osmanlı şehirleri batılı kültür etkisinde şehirler gibi motorlu araçlara göre tanzim edilmemişti. Yeryüzünde nasıl ki sular; düz bir hat boyunca akmadığı gibi, eski şehirlerimizde de sokak ve caddeler düz hatlar halinde değildir. İnsanların şehrin yerleşim sahasında kolay erişim ve yararlanmasına uygun olarak kendiliğinden düzenlenirdi.

¹ Alexander Conze, *Die Stadt Altertümer von Pergamon* (1913) Cilt I. 2. Bölüm Berlin IV. Tablo.

- b) Türk-Osmanlı şehirlerinin cadde ve sokaklarının ivicacılı olmasının bir diğer sebebi de, savunma iç güdüsüdür. Şehir tehlikeye maruz kaldığında, yabancıların veya isyancıların şehre hemen hakimiyeti mümkün olamazdı. Tehlike esnasında mahalle ve sokak mukavemeti artırılır ve şehrin ele geçişi güçleşirdi. Türk-Osmanlı şehirlerinde emniyet içinde yaşama ve dışarıdan gelen tehlikelere karşı daha iyi korunma duygusu; tıpkı ivicacılı sokaklar gibi çıkmaz sokakların oluşmasına zemin hazırlamıştır.
- c) İvicacılı sokakların oluşmasını sağlayan bir diğer husus da, dinî etkilerdir. Uzun ve düz sokaklar yerine, ivicacılı sokaklar yapılarak, sokak içinin ve evlerin uzaktan görünmesinin önüne geçilirdi. Esasen Türk-Osmanlı şehirlerinde düzgün olmayan cadde ve sokak sistemi, muntazam olmayan bir yol dokusu anlamına gelmemelidir. Bu sistemi, bir şehir planı kargaşası olarak telâkki etmek doğru değildir. Türk-Osmanlı planlarındaki bu ivicacılı doku, gerçekte tabiat ile şehir sakinlerinin hayatı arasındaki uyum ile intizamın bir ifadesidir.
- 9) a) Türk-Osmanlı şehirlerinde bir diğer plan özelliği de çıkmaz sokakların mevcudiyetidir. Eski şehirlerimizde Ulu Camii Meydanı veya diğer mahalle camileri yanındaki küçük meydanlardan çevreye doğru ışınsal caddeler uzanmaktadır. Bunlarda merkezden çevreye doğru caddeler birbirinden gittikçe uzaklaşmaktadır. Bu sebeble açılacak sokaklar fazla emek ve masraf gerektirdiği için inşa edilmemiş ve çıkmaz sokakların oluşmasına zemin hazırlamıştır. (Tablo 3 ve 4)



Tablo 3 – Temsili Türk-Osmanlı şehir planı.



Tablo 4 – Kayseri Şehri.² Kayseri şehrinin 1930'lardaki planında hem kale içindeki Seyitgazi mahallesinde hem de sur dışında yayılan kısımlarında ivicacılı ve çıkmaz sokak dokusu hakimdir.

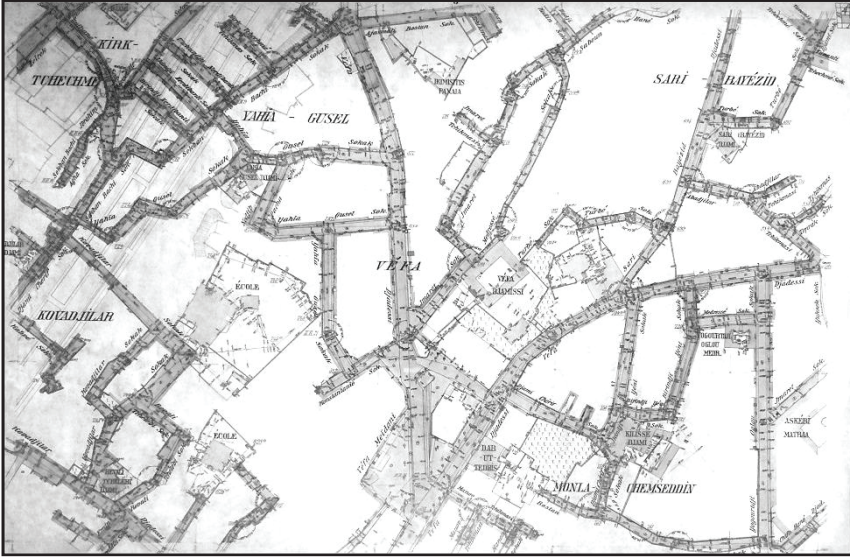
b) Türklerin daha Orta Asya'da birbirinden ayrı, fakat disiplinli gruplar halinde hayat sürdüren boy ve oymakları; bu hayat tarzını, 11. yüzyıldan itibaren fethettikleri ve yerleştiği şehirlerde de sürdürmüştür. Böylece farklı boy, oymak, kabile ve aşiretlere ait topluluklar, birbirile fazla temas etmeden yerleşmiş ve çıkmaz sokakların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

c) Çıkmaz sokakların ortaya çıkışında rol oynayan bir diğer amil; bazı hallerde ve yerlerde, şehrin üzerine yerleştiği sahanın topografya özelliğidir. Deniz ve nehir

² Gerhart Bartsch, *Das Gebiet des Erciyes Dağı und die Stadt Kayseri im Mittelanatolien* (Jahrbuch der Geographischen Gesellschaft zu Hannover 1935) 87-102.

kıyılarında, yaylalar üzerinde dik yamacların kenarlarında kurulan şehirlerin bazı sokakları, çıkmaz sokaklar halinde şehir planlarında müşahede edilmektedir.

Türk-Osmanlı şehrinin anlatılmaya çalışılan bu özellikleri; yeşil bir çevrede, sakin, rahat ve huzurlu bir ortamda yaşamayı icap ettiren sebep-sonuç ikileminin bir tezahürüdür. Maalesef büyük bir hoyratlıkla tahrip ederek ortadan kaldırdığımız bu şehirlerimizin kenarda köşede güçlkle kalmış olanları, bugün dünya kültür mirası olarak, UNESCO tarafından tescil edilmekte ve korunmaktadır. Daha Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde, özellikle Tanzimat'ın ilânından (1839) sonra, Türk-İslam şehirlerinin çağın şartlarına uymadığı, bu yozlaşmış yerleşim düzeninin terk edilmesi ve çağdaş, yani batılı esaslara göre şehirlerimizin yeniden planlanmasının gerekleri ve faydaları daima vurgulanmıştır. Yaklaşık 100 yıla varan bir süre içinde hem dışarıdan hem de içeriden pek çok mahfil, bu hususu daima canlı tutmakta ve şehirlerimizin dönüştürülmesini ısrarla istemektedirler. Burada örnek olarak zikredeceğim Vefa semti ile Beşiktaş Abbasağa semtinin 1908 ile 2017 senelerine ait yaklaşık 100 yıllık bir süreçte yerleşim düzenlerinde geçirdiği farklılaşma (**Tablo 5 ve 6**) dikkate alınır ise, şehirlerimizdeki bu değişimin ne denli hızlı ve hoyrat olduğu ve böyle devam ederse, çok daha vahim bir duruma evrileceği çok açıktır. Hemen ifade edilmelidir ki, bu bizim mensup olduğumuz kültüre yapılan en büyük ihanet ve aynı zamanda tahribattır. Bırakın yüz veya elli sene öncesini, son on yıl içinde bile sokak olarak kullanılan yollar, cadde haline dönüştü. Osmanlı döneminde en fazla 2000 nüfusun barındığı, ağaçlar ve çiçeklerin oluşturduğu yeşillikler içindeki çevre dostu mahalleler, on binlerce haneyi ihtiva eden, sevimsiz betondan uydu şehirlere dönüştürüldü ve bununla da iktifa edilmeyerek hep daha kalabalık; yani daha yüksek binalardan oluşan semtlere, Ataşehir örneğinde görüldüğü üzere, uydu şehirlere dönüştürülüyor ve büyük nüfus ile çok katlı yapı kümeleri oluşturuluyor. Ne yapı ne de yerleşim düzeni itibarile, coğrafi muhit uyumuna ve özelliklerine itibar edilmektedir. Parseller ve adaların emsal ve task değerleri çeşitli sebep ve saikle devamlı arttırılmaktadır.



Tablo 5 – Vefa semtinin 1913 senesindeki cadde, sokak ile çıkmaz sokak sistemleri. Ortada Ebu'l Veфа Camii ve türbesi mevcuttur. Sağ altta Kilise Camii görülmektedir.³ Şeyh Veфа Camii Fatih Sultan Mehmet'in ve II. Bayezid'in hocası olan Şeyh Muslihüddin bin Mustafa Ebu'l Veфа Hazretleri için 1476'da yaptırılmıştır. Bu mabet geçen zaman zarfında zelzele ve yangınlardan büyük zarar görmüş ve harap olmuştur. 1757 senesinde esaslı tamirat görmüş olmasına rağmen 1909'da çıkan yangında camii harap olmuştur. Tekrar inşası, 1991 senesinde Vakıflar Müdürlüğü tarafından re-konstrüksiyon projesine uygun gerçekleştirilmiştir.



Tablo 6 – Beşiktaş ilçesinde Abbasağa, Muradiye Yeni Mahalle mahallelerinde cadde ve sokak ile çıkmaz sokak sistemleri.⁴

³ Alman Mavileri 1913-1914 İstanbul Haritaları (Yayına hazırlayan İrfan Dağdelen, İstanbul Büyükşehir Belediyesi) pafta J8/3'den.

⁴ Alman Mavileri 1913-1914 İstanbul Haritaları (Yayına hazırlayan İrfan Dağdelen, İstanbul Büyükşehir Belediyesi) Cilt 1. No E13 paftası.

Bugün şehirlerimizde uydu kentleşme ile gecekondulaşma hakimdir. Şüphesiz her ikisi de fevkalâde sağlıksız bir şehirleşme örneğinin tezahürüdür. Kuşkusuz bu sağlıksız şehirleşme, toplumun hayatını da derinden etkilemektedir. Dedeler ve büyükannelelerin riyasetinde torunlarını yetiştiren büyük aileler, artık ortadan kalkmış ve yerlerini karı koca ile çocuklarından, hatta sadece tek çocuktan oluşan farklı bir aile yapısına terk etmiş bulunmaktadır. Sabah çocuk yuvaya veya okula bırakılmakta, eşler iş yerlerine gitmekte, akşam üzeri çocuk genellikle anne tarafından yuvadan alınmakta, alelacele akşam yemeği hazırlanmakta; baba ise, çok defa mesai sonu arkadaşlarıyla bir kafe, bara takılmakta ve oradan fitnes centerine uğradıktan sonra eve dönmektedir. Bu rutin hayat, tüm mesai günlerine yayılmakta ve hafta sonu ise, ne demekse, maaile “brunch”a gidilmektedir. Çocuklara ve genclere okulda verilen zorunlu ödevlerin dışında, okuma ve yazma alışkanlığı kaybolmakta, yerini bilgisayar ile akıllı telefonları kullanarak çeşitli bilişim kanallarından indirilen dosyalara bakmakla iktifa edilmektedir. Yüksek binalardan oluşan uydu kentlerde insanlar; adeta biribiri üzerine yığılmış katlar içinde hayatını idame ettirmektedir. Mahalleli aidatı, komşuluk ilişkisi tamamen ortadan kalkmış bulunmaktadır. Böylece manevi açıdan yoksul bir hayat sürmektedir. Bunun aksine gecekondu semtlerinde ise, maddi açıdan nispeten yoksul bir hayat tarzı yaygındır. İnsanlar maişetini temin etmek üzere, hayli olumsuz koşullara göğüs germekte, hayatlarını kazanmakta ve kendileri olmasa bile, çocukları veya torunlarının manevi bakımdan yoksul şartlara terfi etmesini hasretle beklemektedir. Maalesef bugün şehirlerimizde varıl ve yoksul kesimlerin hayatı bir kısır döngüye dönüşmüş ve kazanç farkı açılmaktadır. Artık Türk-Osmanlı şehirlerinde fakir ile zengin ailelerin evlerinin yan yana olduğu ve fakirlerin çeşitli kaynaklardan desteklendiği hayat tarzına pek tesadüf edilmemektedir. Yaklaşık 1300 seneyi aşan şehir medeniyetimiz, hangi sebeplerle örselenmiş ve bu kültürümüz kaybedilmeye yüz tutmuştur? Şüphesiz bu husus, üzerinde durulması gereken çok önemli bir meselemizi teşkil etmektedir ve bu toplumsal değerimizin yitirilmesinde; son 200 yılda önce tedricen ve özellikle 1950’li yıllardan sonra hızla artan, yanlış şehirleşme sürecinin etkisi çok fazladır.

Ben burada 19. yüzyıldan günümüze kadar yürürlüğe konulan kanun ve yönetmeliklerin, şehir planlamasında yapılan ve maalesef yapılmakta olan hataların nedenleri üzerinde durmak istemiyorum. Ancak yalnızca ikisine; kısaca atıf yapmakla iktifa edeceğim. Bunlardan biri 1956 senesinde yürürlüğe sokulan 6785 sayılı İmar Kanunu’dur. Bu kanunla tam açık olmasa da zımnem kat irtifakına cevaz verilmiştir. Bu durum memleketimizde ilk defa ev alma yerine, kat alma durumunu getirmiş ve bu suretle kat satın alma veya kiralama talebi aniden ve hızla artmış, bahçeli müstakil evler yıkılarak, yerine çok katlı apartmanlar inşa edilmeye başlanılmıştır. Bu husus şehirlerimizde yeşil örtülü ve düşük nüfuslu mahallelerin hızla azalmasına zemin hazırlamış bulunmaktadır. Suriçi İstanbul’dan daha 1930 ile 40’lı yıllarda taşınarak, özellikle Nişantaşı, Maçka ve Şişli semtlerinde çok katlı ve beton kullanılarak inşa edilen

ve bir kişinin maliki olduğu apartmanlar görülüyordu. Bu apartmanların isimleri de dikkat çekicidir. Malikinin ismi (mesela Nişantaşı'nda Münir Nurettin Selçuk Apt.) veya memleketlerinin adı (Darende Apt.) verilirdi. Bu çok katlı ve beton apartmanlar 1950'li yılların ortalarından itibaren Suriçi İstanbul'da da inşa edilmeye başlamıştır. Keza İstanbul'da başlayan bu temayül Türkiye'nin diğer büyük şehirlerini de etkilemeye başladı. Türk-Osmanlı şehirlerinin yerleşim düzeni özellikleri kaybolmaya başladı. Yerine; Türk kültürüne uygun hangi şehir planı özelliklerinin konulması gerektiği de hiç düşünülmemişti. Bina inşa eden kalfalar ve mühendisler, mümkün olduğunca ucuz ve hızlı teknikler kullanarak, kaba saba apartmanlar yapıyorlardı. Artık Osmanlı döneminde Enderun terbiyesine göre yetiştirilen kalfalar mevcut değildi; yerlerine müteahhitlik firmaları geçmişti ki, bu küçük ve orta ölçekli firmaların sahipleri de, genellikle inşaat sektöründen gelmiyordu. Anadolu'nun çeşitli yerlerinde tarla ve bahçesini satarak bir miktar sermaye elde edenler, büyük şehirlere göç ederek inşaat şirketi kuruyor ve bina yapımına başlıyordu. "İstanbul'un taşı toprağı altın" deyimini sebepsiz değildi. 1965 senesi Haziran ayında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, müstakil kat ve her katta müstakil daireye sahip olmayı da yasal hale getirdi.

Şehirlerimizde yozlaşmaya zemin hazırlayan ikinci önemli kanun, afet yasası diye takdim edilen 31.Mayıs.2012 tarih ve 6306 sayılı yasadır. Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi sebebiyle ve fevkalâde haklı gerekçelerle çıkartılan bu yasa, maalesef kanun lafzına göre uygulanmaktan hızla uzaklaştırılmaktadır. Vuku muhtemel depremin tahribatına maruz alanlarda ve özellikle gecekondu semtlerinde, dönüşümü kanuni esaslara dayandırılarak özendirme maksadile yürürlüğe sokulan 6306 sayılı yasa derhal gayesinden saptırılmaya başlamıştır. Mesela Fikirtepe gecekondu sahasında kentsel dönüşüme girişen "Yap-Sat"çı firmalar, burada başladıklarını yüzüstü bırakıp hemen Kadıköy Bağdat Caddesi ve Beşiktaş Etiler Mahallesi ve Boğaziçi kıyılarında aynı kanunu uygulamaya başlamışlardır. Kanunun mer'iyete sokulma düşüncesine tamamiyle ters düşen bu girişimlerin mutlaka durdurulması; bu gibi alanlarda, mahalli uygulamalı imar planları yapılmasının önüne geçilmesi ve 6306 sayılı Kanun çıkış sebepleri gözetilerek, mutlaka revize edilmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde, 1956 senesinde 6785 sayılı İmar Kanunu'nun yarattığı yüzbinlerce inşaat şirketinin yanına, on binlerce inşaat holdingi eklenecek ve şehirlerimiz daha da kimlik ve mimarî üslûbtan uzak hale gelecektir.

Şehirlerimizin düzenlenmesi ve dönüştürülmesi maksadile 31.Mayıs.2012 tarihinde 6306 sayılı yasa yürürlüğe girmiştir. Afet yasası ismile tanınan ve gerçekten tam bir afet olan bu kanun; İdarenin iyi niyetini maalesef istismar etmekte ve adeta kentsel dönüşüm yerine rantsal bölüşüme evrilmektedir. Hiç şüphe edilemez ki, samiyetle ve iyi niyetle yürürlüğe sokulan bu kanun, maalesef lâfzına uygun halden kolayca çıkartılabilmektedir. Büyük şehirlerin kâr getirisinin çok yüksek olduğu semtlerde, mesela İstanbul'da Beşiktaş Etiler Mahallesi ile Kadıköy Bağdat Caddesinde,

Yap-Sat'cı firmalar hemen 6306 sayılı yasayı uygulama gayreti içine girmiş bulunmaktadır. Şehrin genişlemesi neticesinde, özellikle 1950 ile 80'li yıllar arasında geniş sahalarda nispeten yeşil örtünün korunduğu sitelerde mevcut apartmanlar; "mailî ihidam", "ekonomik ömrünü tamamlama", "ağır hasarlı" veya betonarme vasfı 1999 Adapazarı-Gölcük depreminden sonra çıkarılan yönetmelik şartlarına uymadığı gibi, ihdas edilen zahirî bahanelerle, yıkılmak istenmekte ve kat sakinleri de buna zorlanmaktadır. Burada bütün hedef, bu sitelerdeki konutların riskli yapı olarak tescil edilmesi ve derhal yıktırılmasıdır. Böylece 634 sayılı yasanın amir hükmü olan kat maliklerinden oybirliği şartını ortadan kaldırmak ve site alanını arsa haline tahvil ettirmek; müteakiben üçte iki çoğunluk oyunu bularak ve ikamete tahsis edilen alanlarda özellikle ticaret ve turizm fonksiyonlarını öne çıkartan, böylece emsal oranını vs. arttırmak maksadile yapılan mahallî imar planı vasıtasile, yeniden yapılaşmaktır. Maalesef 6306 sayılı yasa, buna cevaz verebilecek durumdadır. Yani kanun amacından çıkarılıp, araç haline getirilebilmektedir.

Bu sebepten dolayı, 6306 sayılı kanun iyi niyetle yürürlüğe sokulduğu ve belediyeleri zorlayan mücbir sebeblere çözüm getirmeye yönelik olduğu halde, pek çok sıkıntıyı peşinden getirmektedir. Bu kanun yürürlüğe konulduğunda derhal itiraz edilmiş ve 26 Temmuz 2014 senesinde bazı hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararına İdare uyararak, bazı maddeleri değiştirmiş ve bu değişik hali 14.Nisan.2016 tarihinde kanunlaşarak yürürlüğe girmiş; fakat yapılan itirazlarla bu değişiklikler de iptal edilmiş ve neticede 2017 senesinde son halini almış bulunmaktadır. Keza 2.Temmuz.2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 196. maddesile, bazı ibareler tekrar değiştirilmiştir.

6306 sayılı kanundaki kısaca zikredilen bu değişiklikler, kuşkusuz uygulama yönetmeliklerine de yansımış ve yönetmelik de ikinci defa değiştirilmiş bulunmaktadır. 6306 sayılı kanunun uygulama yönetmeliğinde 2020 senesine kadar 9 yönetmelik değişikliği yapılmıştır. Bunun 3 yönetmelik değişikliği de 2019 senesine tesadüf etmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, kanun ve yönetmeliklerin sık sık değişiklik geçirmesinin sebepleridir. Kanaatimce yasanın yazımında yanlışlıklar yapılmış ve bu hatalar hâlâ süre gelmektedir. Her şeyden önce "Afet Riski Altındaki Alan", yani "riskli alan" ile "riskli yapı" birbirinden tamamen farklı hususlardır. Riskli alan içinde risksiz yapı bulunabileceği gibi, risksiz alan içinde riskli yapı da olabilir. Bütün bunlara ilaveten gecekondularında uygulamaya başlayan "kentsel dönüşüm" hareketleri de "riskli alan" ve "riskli yapı" kavramlarından çok farklıdır. Elbette gecekondularında, kentsel dönüşüm uygulamaları yapılması elzemdir. Fakat bunun 6306 sayılı afet yasının kapsamında tatbikî, karışıklıklara sebep olmaktadır. Böylece birbirinden çok farklı hususları, yani kentsel dönüşüm, riskli alan ve riskli yapının bir kanun kapsamına alınması yanlıştır. Her şeyden önce kavram kargaşasına

zemin hazırlamakta ve kentsel dönüşüm ile riskli yapının, afet yasası içinde değerlendirilmesi sıkıntılara zemin hazırlamaktadır.

Riskli alan nereleridir? Bunun vuzuha kavuşturulması gerekmektedir. Tabii ve beşerî etmenlerle bazı sahalara, yerleşme bakımından tehlikelere maruz olabilir. Bu sahalarda yerleşik hayat sınırlandırılmalı ve eğer yerleşilmiş ise, mutlaka terkedilmeli ve başka sahalara taşınmalıdır. Kuşkusuz 6306 sayılı yasanın kanunlaşmasında esas sebep, özellikle 17 Ağustos 1999 tarihinde Marmara Bölgesinde Adapazarı ile Yalova arasında etkili olarak, büyük can ve mal kaybına sebep olan deprem ile vuku muhtemel İstanbul depremidir. Depreme karşı çok duyarlı olan Marmara Denizi kıyı bölgesindeki alüviyal ovalar üzerinde çok katlı yapılar mutlaka kısıtlanmalıdır. Yeraltı suyu seviyesi yüksek olan bu alüviyal sahalarda yapılaşma mutlaka durdurulmalı ve mevcutlar değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Gevşek nizamda iki veya üç katlı konutlar dışında, mevcut yapılaşma çeşitli meslek mensublarından oluşan heyetler ile idarenin koordinasyonunda, mutlaka yer değiştirmelidir. Marmara Denizi kenarlarında bu kıyı ovalarında, özellikle yeraltı suyu seviyesinin satha yakın olduğu alanlardaki yapılaşmanın yer değiştirmesine öncelik tanınmalıdır. Kuzey Anadolu fay hattı ile onun güney kolu üzerindeki yerleşmeler, özellikle Düzce, Adapazarı, İzmit, Gölçük, Yalova, İzmit, Gemlik, Bursa, Karacabey, Gönen, İstanbul'un güney kesimlerindeki bazı alanlar ve Tekirdağ'a kadar kıyı ovalarında ve geniş vadi tabanlarındaki alüviyal sahalarda mevcut şehirlerin yerleşim düzeni mutlaka değiştirilmelidir. Küçük Çekmece, Beylikdüzü gibi semtlerde aflöre olan Neojen marnları üzerindeki yapılaşma yer yer kaymalara, heyelanlara maruz kalmaktadır. Bu kabil alanlarda, 6306 sayılı yasa kapsamında, öncelikle yapılaşma durdurulmalı ve seçilen sağlam zeminlere taşınmalıdır.

Şehirlerimizin bazı semtleri, maalesef nehir veya derelerin oluşturduğu vadilerin tabanında bulunmaktadır. İstanbul'dan örnek verilir ise; Kağıthane, Alibeyköy, Kasımpaşa, Langa ile Vatan Caddesi çevresi, İkitelli ile Çobançeşmesi arasındaki bazı kısımlar; zaman zaman sağanak yağmurlarla taşkınlara maruz kalmaktadır. Buna Türkiye'nin pek çok şehirden örnek verilebilir. Yıllık ortalama yağış miktarının 1/3'ü ile 1/10'u arasındaki bir miktarın bir gün, hatta birkaç saat zarfında kaydedildiği sağanak yağışlar; can ve mal kayıplarına sebep olmaktadır. Bir tabii afet olan sağanak yağışların tahribatına maruz kalan yerleşim sahalalarının da, 6306 sayılı kanun kapsamında mütalâ edilmesi gerekmektedir. Keza aktif falezler ile mendereslerin çarpma yüzeyine yakın yerler de şehir planlamalarında afete maruz kalabilecek, bu bakımdan yerleşmeye sakıncalı alanlar halinde değerlendirilmeli ve mevcut yerleşmelerin başka yerlere nakledilmesi de yine mezkûr kanun kapsamına sokulmalıdır.

Bütün bu hususların dışında sağlığa zararlı tesislerin ortaya koyduğu çevre kirliliğine maruz semtler de, mutlaka 6306 sayılı kanun kapsamında ve beşerî afet alanları halinde değerlendirilmelidir. Özellikle petrol rafinerileri, termik santralleri, çimento

fabrikaları, taş ocakları, dabağhaneler, cephanelikler vs. yakınında çeşitli risklere maruz semtlerin de, bu kanunun içine alınması ve yerlerinin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu kanunla acilen yerlerinin değiştirilmesi gereken semtler tespit edilmeli ve yeni yerlerine taşınmasına öncelik verilmelidir.

Kanaatimce “riskli yapı”larla ilgili yapılması gereken hukukî mevzuat, başka bir kanunla düzenlenmelidir. Zira tehlike arzeden yapı, riskli alan dışında da mevcuttur. Bu itibarla idare, riskli yapılarla alâkalı hukukî düzenlemeyi, daha değişik bir kanunla yapmalıdır.

Hemen ilave edilmelidir ki, gecekonduda her zaman riskli yapı niteliğinde değildir. Her ne kadar yapı inşa izni ile yapı kullanım izni olmasa da, gecekonduların pek çoğu tehlikeli olmaktan hayli uzaktır. Bu sebepten dolayı afet kanunu kapsamına sokulmasına gerek yoktur. Elbette bu kaçak ve yasa dışı yapılaşma denetim altına alınmalı ve kesinlikle durdurulmalıdır. Bu da afet yasası dışında, tamamen farklı ve ayrı bir kentsel dönüşüm kanunu vasıtasile tanzim edilmelidir.

Memleketimizin içinde bulunduğu coğrafi koşullar itibarile, öncelik kesinlikle 6306 sayılı afet yasasına verilmelidir. Evvela tabii ve beşerî afetlere birinci derecede maruz ve özellikle deprem bakımından riskli alanlardaki yapılaşma durdurulmalı ve sakinleri başka yerlere acilen taşınmalıdır. Türkiye’nin önünde öncelikli şehirleşme meselesi budur ve mutlaka ve hiç vakit kaybedilmeksizin yerine getirilmesi gereken; adeta olmazsa olmazdır. Bu yapılırken, riskli yapılarla ilgili, değişik bir kanunî düzenlemeye girişilmeli ve müteakiben kentsel dönüşümün sağlıklı yürütülmesini sağlayacak ayrı bir kanun da yürürlüğe sokulmalı; böylelikle şehirleşme meselelerinin çözümü sırasile ve yerli yerinde yapılmalıdır.

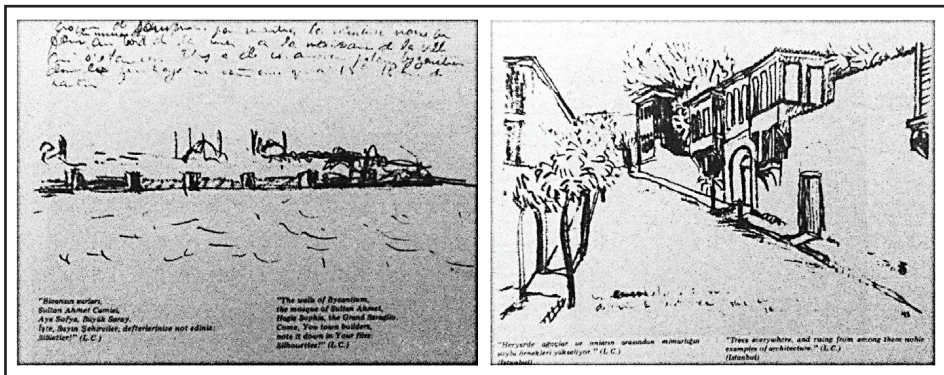
Türk-Osmanlı şehirlerinin ferah, huzur ve güven veren ortamından, günümüz şehirlerinde karmaşık, keşmekeş içindeki ortamına nasıl geçildiği; gerçekten çok vahim ve düşündürücüdür. Hiç şüphe edilemez ki, geçmişte inşa ettiğimiz yerleşmelerle, şehirçiliği fevkalâde iyi bildiğimiz çok açıktır. Fakat ne oldu da, bugünkü şehirlerimiz bu seçkin, ferah, dinlendirici ve huzur verici özelliklerini hızla kaybetmekte ve tahammül ötesi bir ortama dönüşmektedir. Eski özelliklerini ve güzelliklerini muhafaza eden şehirlerimize gösterilen ilgi ve hayranlığı; neden yeni yerleşim sahalarında kaybetmiş bulunuyoruz? Bu düşünce eskiye dönüşün veya geçmişin özlemi değildir. Lâkin içinde yaşadığımız coğrafi muhiti iyi kullanmayışımızın somut belirtisidir. Gerçekten coğrafi muhit şartlarının dışına çıkılması, hem şehir planlaması hem de şehirde yaşayanlar bakımından, büyük sıkıntılara zemin hazırlamaktadır. Şehir planlamasında daima tabii ve beşerî muhit şartlarının etkileri dikkatle incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

Burada konuyu dağıtmak değil, biraz ferahlatmak maksadile Atatürk dönemi İstanbul’una ait bir hatırayı sizinle paylaşmak istiyorum. Bilindiği üzere, Atatürk, İstanbul’u çok sevdiği halde, 1919 senesinde ayrıldığı şehri 1927 senesine kadar

ziyaret etmemiştir. Bunun bazı sebepleri mevcuttur, fakat konumuz dışıdır. Ancak Atatürk döneminde İstanbul'un planlanmasında cereyan eden bir diğer talihsizliğe değinmek istiyorum. Modern mimarlığın en önemli yaratıcılarından biri olan ve daha 24 yaşında genç iken bir arkadaşile birlikte ve çok zor koşullarda, 1911 senesinde Edirne, İstanbul ve Bursa'yı ziyaret eden bir Fransız mimarı Charles Edward Jeanneret'yi, yani 1930 senesinde adını değiştiren Le Corbusier'nin İstanbul ve planlaması hakkındaki görüşlerini size nakletmek istiyorum.

Le Corbusier, ilk defa 5 Temmuz ile 21 Ağustos 1911 tarihleri arasında İstanbul'da kalmış ve sadece şehrin mimarî eserlerini ve düzenini incelemekle yetinmemiş, aynı zamanda Türk toplumunu da tanımaya çalışmış ve sevmiş bir şahsiyettir. Kendisinin Türkler ve Türk şehirciliği hakkındaki görüşleri gerçekten övünç vericidir. "Her şey beni Türklere ayrıcalıklı bir yer tanımama yöneltiyor. Onlar nazik, terbiyeli ve ağırbaşlıydılar; çevrelerindeki varlıklara saygı duyuyorlardı. Mimarlık eserleri muazzam, güzel ve görkemlidir. Öylesine birlik, öylesine zaman ötesi, öylesine bilgelik." Le Corbusier'nin İstanbul'u eski hali ve asırların tozu ve toprağıle korumak önerisi çok nostaljik olarak değerlendirilebilir; fakat onu neredeyse tümüyle yıkıp bugünkü perişan haline getirdikten sonra ne yaptık diye düşünüyoruz. Bu Fransız mimarın İstanbul'u, surlarla çevrili olan tarihi yarımada idi. Onu restore edip, koruyup yaşatabilirdik. Bu görüşler Mimar Enis Kortan'ın "Ve Kaybolan İstanbul'um"un kitabındadır.⁵

Keza Y. Mimar Şemsa Demiren'e, İstanbul şehrinin planlaması hakkında Le Corbusier'nin anlattıkları gerçekten ilginç olduğu kadar, aynı zamanda çok manidardır. 1948 senesinde yapılmış bu mülâkattan bazı pasajlar halinde alıntı yapmak gerekmektedir. "İstanbul'u gayet iyi tanıyorum. Son gelişim eski rejim (yani Osmanlı dönemi) zamanında, yani epeyce eski olduğu halde, orada gördüğüm güzellikler hâlâ gözümün önünde. İstanbul'un çehresini hatırlatan acele ile çizilmiş krokileri hala saklıyorum (Tablo 7).



Tablo 7 – Le Corbusier'den İstanbul şehrine ait eskizler.⁶

⁵ Enis Kortan, *Kaybolan İstanbul'um* (Boyut Yayın 2009).

⁶ Şemsa Demiren, 'Le Corbusier ile Mülâkat' (1949) 215-216 *Arkitekt Dergisi*, Mimarlar Odası Yayını 230, 230-231.

Yeni Camii ve Fatih silüetini gayet iyi hatırlıyorum. Ne güzel renkli ve canlı bir şehriniz var. Atatürk inkılâbından bahsettikten sonra: Eğer hayatımın en büyük gafı ve en büyük taktik hatası Atatürk'e yazdığım mektup olmasa idi, bugün büyük rakibim Prost yerine, güzel İstanbul şehrinin imarıyla ben uğraşacaktım. Bu mektupta inkılâp yapmış bir milletin en büyük inkılâbcısına İstanbul'u eski hali ile tozu toprağı ile bırakmasını tavsiye ediyordum. Ne büyük hata ettiğimi sonradan anladım.” demiştir. Esasında Atatürk kendisine gönderilen bir mektubu derhal cevaplayacak ve ilgilenecek nezakette bir şahsiyetti. Gerçekte 1933 senesinde Paris Büyükelçiliği vasıtasıyla Ankara'ya göndermiş olduğu mektup ve kitablar bürokrasi engeline takılmış ve asla Atatürk'ün haberi olmamıştır. Keşke bu mektup ve ekler, gönderilen makama arz edilebilse idi. Maalesef bu gerçekleşmemiştir.

Ancak Le Corbusier'nin içine düştüğü bir yanılgıyı da, bu vesile zikretmek gerekmektedir. Atatürk devrim yapmış ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni kurmuş bir lider olarak; bizzat müdahil olduğu Ankara'nın şehir planlaması çalışmalarında, kale içindeki ve çevresindeki eski Ankara'nın ortadan kaldırılmasını istememiştir. Bilakis, 1927 senesinde hazırlanan Jansen planını uygulatmış ve Ankara kalesindeki Türk-Osmanlı şehrini aynen muhafaza ederek, yanına yeni bir şehir kurmuştur. Eğer Le Corbusier; şehir planlamasında Ankara örneğini iyi takip etse, bu görüşünde yanıldığını hemen fark ederdi.

Şimdi Türk-Osmanlı şehri yerleşim düzeni arz eden birkaç şehrimizin dünü ile bugününü görüntülerden takip ederek; çevre tahribatının ve betonlaşma felâketinin ne denli büyük boyutlara erdiğini ve bunun esas itibarile 1950'li ve 60'lı yıllardan sonra başladığı dikkate alınır ise, kültür erozyonunun ne kadar hızlı ve acımasız olduğu gözler önüne serilir. İlk görüntü Denizli şehrinin 1928 senesi ile bugünüdür (**Tablo 8**).



Tablo 8 – Denizli şehrinin 1928 ile 2017 senelerindeki durumu.

İkinci görüntü 19. yüzyıldaki Bergama ile bugünkü Bergama'dır (*Tablo 9*).



Tablo 9 – Bergama şehrinin 1913 ve 2017 senelerindeki durumu.

Üçüncü görüntü Kayseri şehrinin 1930'lu yılların başındaki durumu ile günümüzdeki şeklidir (*Tablo 10*).



Tablo 10 – Kayseri şehrinin 1935 ile 2017 senelerindeki durumu.

Dördüncü görüntü İzmir şehrinin 1950'li yıllar ile günümüzdeki durumudur (**Tablo 11**).



Tablo 11 –(a) İzmir Şehri'nin 1950'li yıllardaki planı. Ölçeği olmayan bu plan İzmir Belediyesi İmar Müdürlüğünden 1963 senesinde tarafımdan alınmıştır. Tablonun sağ alt kısmında Kadifekale semtinde smyrna (Eski İzmir) surları bulunmaktadır. Doğu-batı istikametinde açılmış Gazi Bulvarı, İzmir iskelesini Basmane Meydanı'na ve Tren Garı'na bağlamaktadır. Bu bulvarın güneyinde açılmış ikinci cadde olan Fevzipaşa Bulvarı, İzmir iskelesini Kemalpaşa üzerinden Gediz grabenine dahil olmakta ve Kral Yolu olarak bilinen çok eski bir yolun batıda İzmir Körfezindeki başlangıcıdır. Bu yol aynı zamanda iki farklı şehir planı dokusuna sınır teşkil etmektedir. Kuzeyde kalan kısım 9 Eylül 1922 tarihinde yakılan İzmir'in yerinde tesis edilmiştir. Bu yeni tesis edilen kısmın ortasında İzmir Fuarı yer almakta ve Fuar merkez alınarak ve nispeten geniş sokak ve caddeler açılarak, çeşitli geometrik şekillere göre, batılı bir şehir oluşturulmuştur. Fevzipaşa Bulvarının güneyinde Eşrefpaşa semtinde Mustafa Bey ile Kemeraltı mahallelerini oluşturan kısım, genellikle Türk-Osmanlı şehir planı özelliklerini taşımakta; dar, ivicacılı ve çıkmaz sokakların o tarihte bile fazla olduğu müşahede edilmektedir.

(b) Günümüzde İzmir Şehrinde özellikle Türk-Osmanlı şehrinin plan dokusu hemen tamamen ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Bu kısımda da düz hatlarla çizilmiş sokak ve caddeler, kuzeyde yenilenen İzmir'de bütünlük sağlamıştır.

Beşinci görüntü Vefa ile Abbasağa semtlerinin 1913 senesindeki ve günümüzdeki durumudur (**Tablo 12-13**).

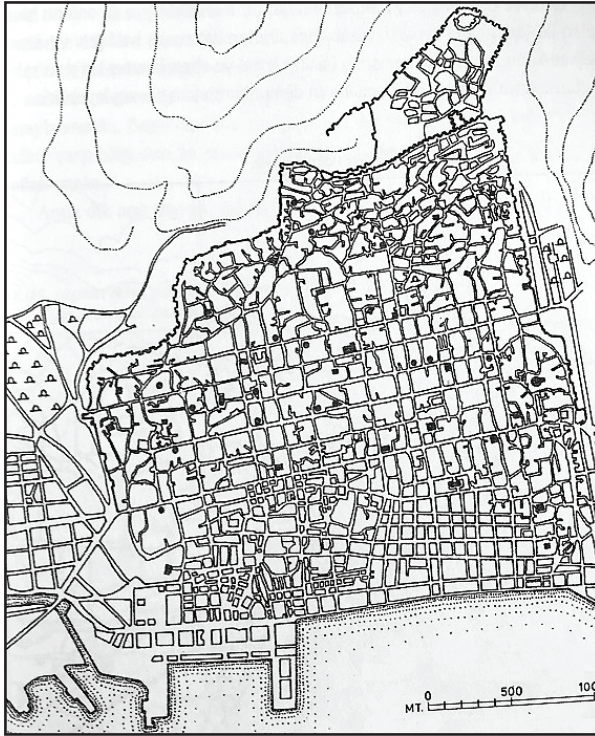


Tablo 12 – Vefa semtinin 1913 ve 2017'deki durumu



Tablo 13 – Beşiktaş - Abbasağa semtinin 1913 ve 2017'deki durumu

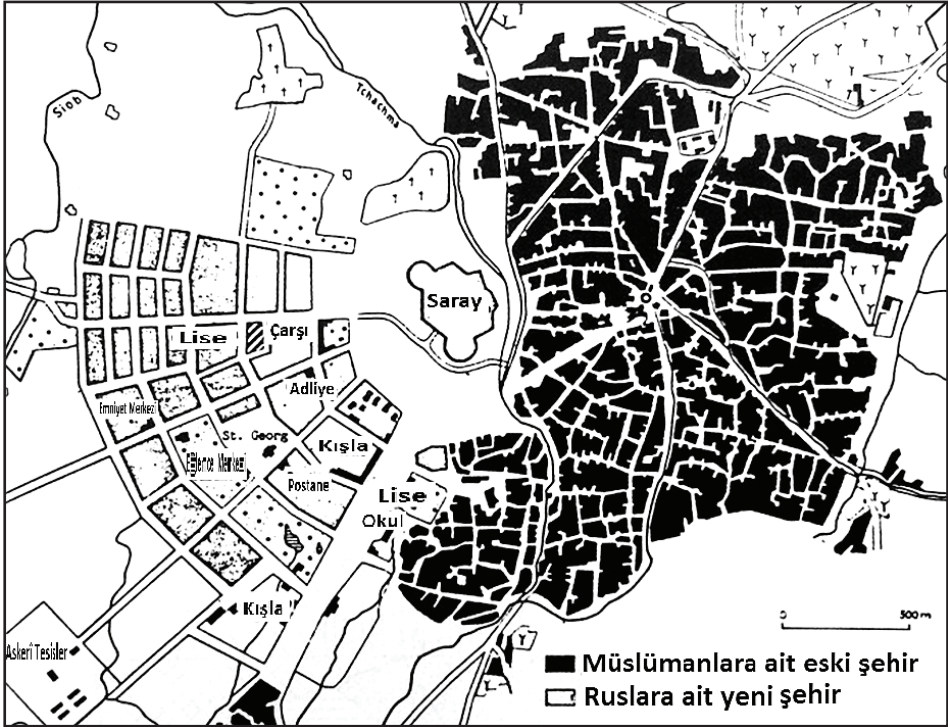
Bu yerleşim düzeni değişiklikleri; özellikle liman şehirlerinde, farklı dış etkilere daha açık oldukları için, daha erken başlamıştır. Mesela Selanik şehrinin 19. yüzyıl sonlarında bir Osmanlı şehri olarak görüntüsünün bir hayli silinmiş olması bunu açıkça belirtmektedir (**Tablo 14**).



Tablo 14 – 19. Yüzyıl sonlarında Selanik şehri.⁷ Şehrin planında kalanin etrafında Türk-Osmanlı Yerleşim Düzeni hakim olmasına rağmen, kıyıda birbirini dik açılarla kesen sokak ve cadde sistemi belirmiş bulunmaktadır.

⁷ Maurice M. Cerasi, *Osmanlı Şehri* (Çev. Aslı Ataöv, Yapı Kredi Yayınları 1999) 89.

Türk-Osmanlı şehirlerinin yapısal değişiklikleri; Bulgaristan, eski Yugoslavya ve Romanya’da daha hızlı ve tahribatkâr olmuş ve Türk izleri mümkün olduğunca ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Keza Arap ülkelerinde de durum pek farklı değildir. Tahribten nasılsa kurtulmuş Türk-Osmanlı eserlerinin; günümüzde onarılarak koruma altına alınması da, acaba kadirşinaslık mı, yoksa yaptıklarının nedameti midir? Yorumu sizlere bırakarak, bir başka görüntüye geçmek istiyorum. Tıpkı Atatürk’ün yeni Ankara’nın planlamasında ileri sürdüğü görüşlere uygun olarak; 1927 senesinde Prof. H. Jansen’in tasarladığı şehir planlamasında, kale içi ve etrafındaki eski Ankara ile Cumhuriyet dönemi Ankara’sını birleştiren, böylece eski ile yeni bir arada telif eden bir planlamaya, bir Orta Asya Türk şehri Semerkant’ın günümüzdeki yerleşim düzeni güzel bir örnektir (**Tablo 15**). Temenni edilmelidir ki, memleketimizde gün geçtikçe azalan Türk-Osmanlı şehirlerinden arda kalan mahalleler, aynen muhafaza edilerek, bu kültür özelliğimiz de muhafaza edilebilir.



Tablo 15 – Semerkant şehri.⁸

Yaşadığımız şehirlerin yerleşim düzeninden günümüzde memnun kaç kişi vardır? Şüphesiz bunu bilemeyiz. Belki bazı belediye başkanları ile şehir planlamacıları ve ailelerinden ibarettir. Bir de buna “Yap-Sat”çı firmaların üst düzey yönetici ve yetkilileri ilave edilebilir. Hemen belirtmeliyim ki, Cumhuriyetin ilan edildiği günlerde

⁸ Elisabeth Lichtenberger, *Stadtgeographie I* (Teubner Verlag 1998) 69.

memleketimizde diplomalı şehir plancısı olarak 20 mimar ve mühendisimiz bulunuyordu ve bunların yarısı da gayrimüslimdi. Bugün çeşitli üniversitelerimizde Türkçe veya İngilizce eğitim veren şehir planlaması bölümlerinin sayısı 17 olup, bu eğitime tahsis edilmiş öğrenci kontenjan sayısı 1035'tir. Aradaki fark muazzamdır. Bu itibarla şehirlerimizin yerleşim düzenlerindeki yozlaşmanın sebebi, şehir planlamacısı eksikliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu sebeple şehirlerimizin yerleşim düzeninin bozulmasında, yetişmiş eleman kifayetsizliğinden bahsetmek, asla mümkün değildir.

Bütün bunlara ilaveten günümüzdeki Türk şehirlerinin özellikleri hakkında söylenebilecek ne bulabiliriz? Kuşkusuz bu konuda bazı hususlarda mutabık kalabiliriz. Bunların başında şehirlerimizde nüfus yoğunluğu, Türk-Osmanlı şehirlerine göre çok yüksektir. Bu suretle şehirlerimizde yeşil örtü ve coğrafi çevre, ziyadesile tahrip edilmiştir. Mahallelerde çok kalabalık nüfus barınmaktadır. Yaya ve araç trafiği çok yoğundur. Binaların inşasında imar planları dışına çıkmak, olağan sayılmaktadır. Aynı semtte mutlaka yeni yapılan bina, yanındakinden daha yüksektir. Kat, kot ve emsal gibi İmar Kanunu ve Yönetmeliğinin bağlayıcı esaslarına, pek itibar edilmemekte ve gittikçe daha fazla yükselen beton yığınları, şehirlerimizde hakimiyet kazanmaktadır. Böylece kanunun gücü hafifletilmekte ve hukuk zedelenmektedir. Yolsuzluk ve usûlsüzlük artmakta, birileri büyük rant sağlamak ve kara para terakümü artmaktadır. Bu durum, şehirlerde yaşayanları hem maddî hem de manevî yönden menfi etkilemekte ve özellikle genç nüfusa kötü örnek olmaktadır. Kanun ve hukuk dışına çıkmak, kriminal olayların artmasına da zemin hazırlamaktadır. Şehirlerimiz rahat, güvenli ve huzurlu yaşama ortamından uzaklaşmaktadır. Bu durum terörün yoğun olduğu dönemlerde ve yerlerde, çok daha bariz gözlemlenmektedir. Zira şehrin yerleşim düzeninin bozulması, yaşamın tüm kesimlerini derinden ve olumsuz etkilemektedir.

Burada, bilvesile zikredilmesi gereken bir diğer önemli husus, biraz önce sunulan görüntülerde de açıkça izlendiği üzere, artık Türk şehirlerinde, kendine özgü hususiyetlere sahip şehir planlarının mevcut olmayışıdır. Genel olarak bir standardizasyon yokluğu bahis konusudur. Kuşkusuz bu olağandır. Zira her belediye kendi şehir planını, kendi isteklerine göre yaptırmaktadır. Böylelikle Türk şehirlerinde, müşterek özellikler yok edilmiştir. Coğrafi çevreye titizlikle uyulması kavramı yanında; geleneksel mimarî üslûba özen gösterilmesi gibi, çok önemli hususlar artık terkedilmiş bulunmaktadır. Yerine çevreye ve geleneklerimize tamamiyle tezat yapı ve yerleşim düzenleri ikame edilmiş bulunmaktadır. Acı, fakat gerçek olan şudur ki, günümüz Türk şehirlerinde bir kimlik ve kişilik zaafı ve eksikliği bahis konusudur. Bu da her belediyenin kendi şehir planını kendinin yapmasının tabii neticesidir ve bunun olağan karşılanması gerekir. Zira Türk-Osmanlı şehirlerinin merkezî planlama ve denetim otoritesi ortadan kaldırılmıştır. Böylece Türk şehirlerinde ortaya çıkan ve gün geçtikçe artan yerleşim düzensizliklerinin denetim altına alınması; bu hususta yapılan hatalı uygulamalardan artık vazgeçilmesi kaçınılmazdır.

Kanaatimce meseleyi iki noktada toplamak gerekmektedir. Bunlardan ilki; şehir planlamasının multidisipliner olmasıdır. Dolayısıyla sağlıklı şehir planlamasının mimar, mühendis yanında hukuk, arkeoloji ve tarih, şehir coğrafyası, şehir sosyolojisi, şehir peyzajı, şehir ve çevresinin jeoloji ve jeofiziği, şehir ekolojisi, şehir halkı sağlığı vs. gibi çok farklı konularda master ve doktora eğitimi almış ve yetişmiş kişilerden oluşan heyetler tarafından yapılması gerekmektedir. Mutlaka bu esaslara göre teraküp etmiş heyet, şehri iyi bilen sakinlerine de danışarak, görüşleri alınarak, çevre ve şehir hakkında bilgilerine başvurarak ve müştereken çalışarak, şehir planlamasını yapmak mecburiyetindedir. Tahmin edileceği üzere bunun 4-5 senelik bir lisans eğitimine kazanılması mümkün değildir.

İkincisi, 1/25.000 veya 1/5.000 ölçekli şehir master planı veya 1/1.000 ölçekli şehir planlaması ile geçerli veya geçersiz ileri sürülen gerekçelerle mevzii uygulama planı yapılması yükümlülüğü de, artık büyükşehir ve ilçe belediyelerinin uhdesinden alınmalıdır. Zira bir makama hem kaideleri koyması hem de bu kaideleri uygulaması ve istemediği takdirde bazı kaideleri re'sen değiştirmesi hakkının verilmesi; tüm yetkinin bir elde toplanması gibi idarî hukuka uyarlı olmayan bir durumun ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Yetki paylaşımı olmadığından dolayı, bir belediye başkanı, aynı parti mensubu olmasına rağmen, bir başbakan veya bir cumhurbaşkanının kamuya mal olmuş istekleri karşısında direnebilme haksızlığına (veya hakkına) kanunen sahip olabilmektedir. Misal olarak tarihi şehrin silüetini bozan Zeytinburnu'ndaki gökdelenlerin tıraşlanması gibi, İstanbul halkının da istekleri, Cumhurbaşkanı tarafından da defalarca medya önünde gündeme getirilmesine ve muhatabı açıkça ikaz edilmesine rağmen, hiç kaale alınmadığı bir vakiadır.

Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, eski Toprak-Su İşleri Genel Müdürlüğü, Merkez Bankası Başkanlığı, GAP İdaresi Başkanlığı, YÖK Başkanlığı gibi, tercihen özerk olan bir "Şehir Planlama Başkanlığı"nın kurulması ve bu Başkanlığın merkez teşkilâtı yanında, Bölge, İl ve İlçe Başkanlıklarının kurulması da elzemdir. Bu suretle evvelce bahsedilen multidisipliner merkez teşkilâtının; Türk şehirlerinin milli, hukukî, mimarî, tarihî ve coğrafi özelliklerini ve günün icablarını iyice araştırarak ve alt teşkilâtların yardımıyla ve mutlaka planı yapılacak şehrin sakinlerinin görüşlerini de dikkate alarak; kat ve kot artırımı, fonksiyon değişimi baskılarından azade çalışmalar yapılması gerekmektedir. Hiç şüphe etmiyorum ki, Türkiye'de cumhuriyetle birlikte gelen bu yerleşik düzenin değiştirilmesi icap etmektedir. Zira bu düzende; şikayet edenlerin başında Atatürk'ün geldiği bilinmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Aktüre S, *19. Yüzyılın Sonunda Anadolu Kenti Mekânsal Yapı Çözümlemesi* (ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını 1978).
- Alman Mavileri 1913-1914 İstanbul Haritaları* (Yayına hazırlayan İrfan Dağdelen, İstanbul Büyükşehir Belediyesi).
- Arseven CE, *Şehircilik* (1937).
- Arû KA, *Türk Kenti* (YEM Yayın 1998).
- Bähr J und Jürgens U, *Stadtgeographie II. Braunschweig* (2005).
- Bartsch G, *Das Gebiet des Erciyes Dağı und die Stadt Kayseri im Mittelanatolian* (Jahrbuch der Geographischen Gesellschaft zu Hannover 1935).
- Bayartan M, *Osmanlı Şehirleri* (Akademi Titiz Yayınları, 2014).
- Cansever T, *Osmanlı Şehri* (Timaş Yayınları 2010).
- Carter H, *The Study of Urban Geography* (1995).
- Cerasi MM, *Osmanlı Şehri* (Çev. Aslı Ataöv, Yapı Kredi Yayınları 1999).
- Conze A, *Die Stadt Altertümer von Pergamon* (1913).
- Demiren Ş, 'Le Corbusier ile Mülâkat' (1949) 215-216 *Arkitekt Dergisi*, Mimarlar Odası Yayını 230-231.
- Faroqhi S, *Osmanlı'da Kentler ve Kentliler* (Çev. Neyyir Kalaycıoğlu, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2004).
- Fassmann H, *Stadtgeographie I. Braunschweig* (2004).
- Göney S, *Şehir Coğrafyası II* (Beta Yayınevi 2017).
- Göney S ve Bayartan M, İstanbul ve Çevresinde Devreden ve Yokolan Coğrafya, Fahameddin Başar (Ed.), *Kültürler Başkenti İstanbul* (Türk Kültürüne Hizmet Vakfı 2010) 548-559.
- Kortan E, *Kaybolan İstanbul'um* (Boyut Yayın 2009).
- Lichtenberger E, *Die Stadt. Von der Polis zur Metropolis* (WBG 2002).
- Lichtenberger E, *Stadtgeographie I* (Teubner Verlag 1998).
- Söylemez MM, *İslam Şehirleri* (Düşün Yayıncılık 2011).
- Tanoğlu A, *Nüfus ve Yerleşme* (1969).



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 31.05.2020
Revizyon Talebi: 07.07.2020
Son Revizyon: 04.01.2021
Kabul: 14.01.2021

İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi

The Principle of Equality of Arms in Individual Application Decisions Regarding Administrative Justice

Harun Yılmaz*

Öz

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi silahların eşitliği ilkesidir. Genel olarak silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olmasıdır. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi, bir yargılamada taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasını amaç edinmektedir. Silahların eşitliği ilkesi, genel görüntüsü itibarıyla dezavantajlı birey ile güçlü ve avantajlı idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar olan idari yargı uyuşmazlıkları açısından ise ayrıca dikkate değerdir. Zira idari yargılama usulünde silahların eşitliği ilkesi uyarınca, kamu gücünü elinde bulunduran idare ile birey arasında gerçek anlamda bir eşitlik ve denge sağlanması son derece önemlidir. Çalışmada idari yargıya ilişkin bireysel başvuru kararlarında silahların eşitliği ilkesi örnek uyuşmazlıklar ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Silahların Eşitliği İlkesi • Adil Yargılanma Hakkı • Çelişmeli Yargılama İlkesi • Bireysel Başvuru • İdari Yargılama Usulü

Abstract

One of the elements of the right to a fair trial is the principle of equality of arms. The principle of equality of arms in general is that the parties to a legal case are subject to the same conditions in terms of procedural rights and that one party has the opportunity to reasonably express their claims and defenses before the court without being put into a weaker situation in comparison to the other party. Therefore, the principle of equality of arms aims to establish a fair balance in a trial. The principle of equality of arms is also noteworthy in terms of administrative judicial disputes, which are disputes in which the individual is in a disadvantageous situation while the administration is the strong and advantageous party. In fact, in accordance with the principle of equality of arms in the administrative procedure, it is extremely important to achieve a real equality and balance between the individual and the administration in possession of the public power. In the study, the principle of equality of arms in individual application decisions regarding administrative justice will be discussed in the light of sample conflicts.

Keywords

The Principle of Equality of Arms • The Right to a Fair Trial • Adversarial Trial Principle • Individual Application • Administrative Trial Proceedings

* Sorumlu Yazar: Harun Yılmaz (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye.
E-posta: harunyilmaz@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-0956-9717

Atf: Yılmaz H, "İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi" (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 27. <https://doi.org/10.26650/ihid.19.002>



GİRİŞ

Genel olarak silahların eşitliği, yargılama sürecinde taraflar arasında hakkaniyetli bir denge sağlanması olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda adil yargılanmanın bir gereği olarak silahların eşitliği ilkesi, yargılama makamları önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından davanın tarafları arasında eşitliğin tesis edilerek yargılama boyunca bu eşitliğin sürdürülmesi amacıyla hizmet etmektedir. Yargılama esnasında özellikle iddia ve savunma dengesinin korunmasıyla “*mücadelenin eşit silahlarla gerçekleştirilmesi*”, silahların eşitliği ilkesinin temelini oluşturmaktadır¹.

Silahların eşitliği ilkesi uyarınca bir yargılamada ortaya konulan iddia, savunma ya da her türlü delilde adil bir denge kurulması amacı, aslında hukukun temelinde yatan hakkaniyet ve adalet ideallerinin yargılama sürecindeki bir görünümü niteliğindedir. Buradan hareketle, hakkaniyete uygun gerçekleştirilmesi amaçlanan yargılamanın gereklerinden olan silahların eşitliği ilkesi, tarafların gerçekleştirilen yargılamanın her aşamasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmasını temin ederek taraflar arasında adil bir denge kurulmasını gerekli kılmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesinin yöneldiği temel amacın iddia ve savunma arasında hakkaniyete uygun ve adil bir denge kurmak olduğu gerçeği karşısında ilke, her uyumsuzluk özelinde farklı görünümlemeler vermektedir. Önemle belirtilmelidir ki silahların eşitliği ilkesinin yöneldiği eşitlik, niceliksel değil niteliksel bir eşitliktir. Bu nedenle söz konusu ilke ışığında yapılan değerlendirmelerde, gerçekleştirilen yargılama bir bütün halinde ele alınarak iddia ve savunma arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığı araştırma konusu yapılacaktır².

Silahların eşitliği ilkesi, gerçekleştirilen yargılamada tarafların etkinliğinin artırılmasının yanında yargılama mercilerini de daha tarafsız ve bağımsız bir konuma yönlendirmektedir³. Zira yargılamada hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitlik ve denge sağlanması, kamu adına yürütülen yargılamanın ve yargılama sonunda varılacak hükmün adil ve doğru olabilmesi açısından son derece önemlidir.

Belirtildiği üzere silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi, bir yargılama taraflar arasında yargılama sürecindeki hak ve yükümlülükler yönünden tam bir eşitlik ve denge sağlanarak korunması neticesinde mümkün olacaktır⁴. Silahların

¹ Monnel and Morris v The United Kingdom (ECHR, 02.03.1987) A115, s.21-24, §62 ve son; Ektabani v Sweden (ECHR, 26.05.1988) A134, s.14, §30'dan aktaran Feyyaz Gölcüklü, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama' (1994) 49(1-2) AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan) 199, 218. Ayrıca bkz. Selami Demirkol, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında 'Adil Yargılanma Hakkı' in Süheyl Donay, Aysun Altunkaş ve Eser Olgun (Ed.), *Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri* (Seçkin Yayıncılık 2013) 149.

² Gölcüklü, 'Adil Yargılama' (n 1) 228.

³ Güney Dinç, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği' (2005) (57) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 283, 284.

⁴ A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (11. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 310; Gölcüklü, 'Adil Yargılama' (n 1) 218.

eşitliği ilkesi, görüntü itibarıyla dezavantajlı birey ile güçlü ve avantajlı idarenin taraf olduğu uyumsuzluklar olan idari yargı uyumsuzlukları açısından ayrıca değer taşımaktadır. İdari yargılama usulünde silahların eşitliği ilkesi uyarınca, kamu gücünü elinde bulunduran idareler ile bireyler arasında gerçek anlamda bir eşitlik ve denge sağlanması zorunluluk arz etmektedir.

Özellikle iptal davalarında davaya konu işlemin yapılarından başlayarak davanın diğer tarafı karşısında “*İdare Kudretine*” tanınan kimi üstünlükler, taraflar arasında doğal bir eşitsizlik yaratmaktadır⁵. Söz konusu eşitsizliklerin, idari yargılama usulünün işletildiği bir diğer dava türü olan tam yargı davalarında da ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. Hali hazırda davaların açılışından mahkemelerde tanık dinlenmesine kadar yargılama sürecindeki pek çok sorunlu alana ilişkin silahların eşitliği ilkesinin anlam ve işlevi idari yargılama usulünde tartışma konusu yapılmakta ise de⁶ çalışma, yakın dönemde Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararları ile idari yargılama usulünde silahların eşitliği ilkesine dair yapılan tespit ve değerlendirmeleri, örnek uyumsuzluklar ışığında inceleme amacındadır.

Çalışmada öncelikle silahların eşitliği ilkesine yönelik tespit ve değerlendirmelerde bulunularak ilkenin teorik ve pratik altyapısı yüksek yargı organlarının kararları ışığında irdelenecektir. Ardından idari yargılama usulünde silahların eşitliği ilkesi inceleme altına alınacak; nihayet silahların eşitliği ilkesinin idari yargıya ilişkin bireysel başvuru kararlarındaki görünümünden yola çıkılarak konuya dair yapılacak tespitlerle çalışmaya son verilecektir.

I. ADİL YARGILANMA HAKKININ ÖNEMLİ BİR UNSURU OLARAK SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Genel itibarıyla adil yargılanma hakkı, birçok yargısal hakkı kapsayan bir “*temel haklar demetidir*”⁷. Adil yargılanma hakkının önemli bir boyutunu oluşturan ve yargılama aşamasında taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanarak usuli hakkaniyetin yargılama boyunca sürdürülmesinin temin edilmesine hizmet eden⁸ silahların eşitliği ilkesi ise, taraflar arasında adil bir denge gözetilerek iddia, savunma ya da delillerin sunulması gibi hususlarda davanın taraflarına eşit hak ve imkanlar tanınmasını öngören bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır⁹. Özetle silahların eşitliği ilkesi, yargılamada bir tarafı diğer taraf karşısında dezavantajlı duruma düşürmeyerek, taraflar arasında iddia, savunma ve delillerin ortaya konulmasına ilişkin adil bir dengenin gözetilerek korunmasıdır.

⁵ Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik Basımevi 2004) 79.

⁶ Konuya ilişkin bkz. Dinç (n 3) 300 vd.

⁷ Bilgehan Yeşilova, ‘Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği’ (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 47, 50.

⁸ Esra Atalay, ‘Yargısal Temel Haklar’ in Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan (DEÜHF Yayınları 1997) 453.

⁹ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 52.

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin "Adil yargılanma hakkı" başlığını taşıyan 6. maddesi, silahların eşitliği ilkesinin hukuki dayanağını oluşturmakta ve Sözleşme içinde merkezi bir rol oynamaktadır. İlgili hükmün birinci fıkrası, adil yargılanmanın gereği kabul edilen hak ve ilkelerin bir kısmını sayma yoluna gitmiştir. Buna göre herkes davasının yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Yine bahse konu hüküm içerisinde, sayılanların yanında zımnî unsurlar da öngörüldüğü ifade edilmektedir. Mahkemeye başvurma hakkı, gerekçeli karar, susma ve kendini suçlamama hakkı, duruşmada hazır bulunma, etkili katılım ve çelişmeli yargılama hakkı ile delillere ilişkin ilkeler, anılan unsurlardan bazılarıdır¹⁰. İlgili hükümden çıkarılan bir başka dikkate değer ilke, silahların eşitliği ilkesidir.

Yukarıdaki tespiti destekler biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarından hareketle de, silahların eşitliği ilkesinin AİHS m.6 kapsamında adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturduğu söylenebilir¹¹. Silahların eşitliği ilkesine ilk kez Neumeister v. Avusturya kararında¹² değindiği kabul edilen AİHM söz konusu ilke özelinde yaptığı incelemelerde, uyuşmazlığa konu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçek anlamda adaletsiz kılıp kılmadığına odaklanmaktadır¹³. Bir not olarak silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde yaptığı denetimlerde Yüksek Mahkeme'nin davanın çeşidi (hukuk davası, ceza davası, idari dava vb.), görülme biçimi ya da somut uyuşmazlığın özelliği gibi her davanın özel koşullarını inceleyerek bir kanaate vardığının altı çizilmelidir¹⁴. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi uyarınca yapılan incelemelerdeki esaslı nokta, eşitlik denetimine tabi tutulan işlemin yargılamadaki önemini tespit edilmesidir¹⁵.

Silahların eşitliği ilkesi, bir yargılamada taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasını amaç edinmektedir. Kararlarında da hakkaniyete uygun yargılanmanın temel unsurunun, yargılamanın çelişmeli olması ile taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanması olduğunu vurgulayan AİHM silahların eşitliği ilkesini¹⁶,

¹⁰ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayını, Epamat Basım Yayın 2019) 3.

¹¹ *Delcourt v Belgium* App No 2689/65 (ECHR, 17.01.1970) §28; *Monnell and Morris v The United Kingdom* App no 9562/81, 9818/82 (ECHR, 02.03.1987) §62; *Zagorodnikov v Russia* App No 66941/01, (ECHR, 07.06.2007) §30'dan aktaran ibid 116.

¹² *Neumeister v Austria* App No 1936/63 (ECHR, 27.06.1968) §33. Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Tıpkı 4. Bası, Beta Yayınevi 2013) 220; Nurcan Yılmaz Özel, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 267.

¹³ İnceoğlu, *'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı...'*, (n 12) 221; Veli Kafes, 'Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 181, 186.

¹⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü (n 4) 310.

¹⁵ İnceoğlu, *'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı...'*, (n 12) 221.

¹⁶ *Rowe and Davis v The United Kingdom* App no 28901/95 (ECHR, 16.02.2000) §60'dan aktaran İnceoğlu, *'Adil Yargılanma Hakkı'* (n 10) 169.

davanın bir tarafının diğer taraf karşısında dezavantajlı kılınmamasına özen gösterilerek tarafların iddialarını ispatlayabilmeleri için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu olarak ifade etmektedir¹⁷. Kısaca Yüksek Mahkeme'ye göre silahların eşitliği ilkesi, taraflardan her birinin, karşı tarafa göre bir dezavantaja uğramadan iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelerini gerekli kılmaktadır¹⁸.

Türk Hukuku'nda ise silahların eşitliği ilkesi, en başta Anayasa'daki temelini dolaylı biçimde adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemede bulmaktadır. Gerçekten de Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte silahların eşitliği ilkesi, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. İlgili hüküm uyarınca herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının önemli bir parçası olduğu, Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmektedir¹⁹. Konuya ilişkin bir itiraz başvurusunu inceleyen Yüksek Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine yönelik şu tespitlerde bulunmaktadır²⁰: *“Kişilere yargı mercileri önünde dava ve savunma hakkı tanınması ‘silahların eşitliği’ ilkesi ışığında, hakkaniyete uygun yargılamanın da temelini oluşturmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu ilke, bir tarafı diğer tarafın karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir konuma düşürmeyen koşullar altında, her bir tarafa deliller de dahil olmak üzere davasını sunma-sına yönelik makul bir imkanın sağlanmasını gerekli kılmaktadır.”*

Yine bir başka kararında Yüksek Mahkeme ilkeye dair şu değerlendirmeleri yapmaktadır²¹: *“(…) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılanma ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında ‘silahların eşitliği’, ‘yüzyüzelik’ ve ‘doğrudan doğruluk’ ilkeleri de bulunmaktadır. ‘Adil yargılanma hakkı’nın ulusalüstü düzeyde kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan ‘silahların eşitliği’ ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine*

¹⁷ Dombó Beheer B.V. v The Netherlands App no 14448/88 (ECHR, 27.10.1993) §33'ten aktaran ibid 115.

¹⁸ Kress v. France App no 39594/98 (ECHR, 07.06.2001) §72'den aktaran Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014) 112.

¹⁹ AYM GK, E. 2017/49, K. 2017/113, T. 14.06.2017, RG. T. 11.08.2017, S. 30151; Aynı yönde olarak bkz. AYM GK, E. 2013/95, K. 2014/176, T. 13.11.2014, RG. T. 13.03.2015, S. 29294; AYM GK, E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014, RG. T. 26.07.2014, S. 29072.

²⁰ AYM GK, E. 2015/53, K. 2016/26, T. 07.04.2016, RG. T. 28.07.2016, S. 29784. Ayrıca bkz. AYM GK, E. 2014/146, K. 2015/31, T. 19.03.2015, RG. T. 13.06.2015, S. 29385.

²¹ AYM GK, E. 2008/12, K. 2011/104, T. 16.06.2011, RG. T. 28.12.2011, S. 28156. Ayrıca bkz. AYM GK, E. 2014/189, K. 2015/32, T. 19.03.2015, RG. T. 21.05.2015, S. 29362.

dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.”

Doktrin ve yargı kararları ışığında bir başka tespit olarak söylenmelidir ki adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi ile de yakın ilişki içerisinde²². Öyle ki, silahların eşitliği ilkesinin ancak çelişmeli yargılama ilkesine uyulduğu ölçüde uygulama alanı bulabileceği doktrinde dile getirilmektedir²³. Anayasa Mahkemesi'ne göre de hukuk devleti olmanın yolu, adil yargılanma hakkının korunarak yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmesinden geçmektedir²⁴. Çelişmeli yargılama ilkesinin, uyuşmazlığa yönelik toplanan tüm bilgi, belge ve deliller hakkında davanın taraflarının sağlıklı şekilde bilgilendirilmeleri ve taraflara söz konusu veriler hakkında görüş bildirme olanağının tanınması olduğu düşünülürse, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali, davanın tarafları arasında sağlanması gereken eşitlik ve dengenin bozulması neticesinde silahların eşitliği ilkesine de aykırılık oluşturacaktır²⁵.

II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Kural olarak İdare tarafından gerçekleştirilerek hukuk düzeninde sonuçlar doğurabilme özelliğine sahip idari işlemler, hukuka uygunluk karinesi ile re'sen icra edilebilme ayrıcalıklarına haizdir. İdareye tanınan ayrıcalıklar olarak, gerçekleştirilen işlemlerin hukuka uygun kabul edilmesi ve söz konusu işlemlerin icrai ve derhal uygulanabilme özelliklerine sahip olması, bir idare hukuku prensibi olarak kabul görmektedir. Yalnızca bu niteliklere sahip olan bir idari işlemin konu edildiği yargılama sürecinde doğaldır ki idare, *“sıradan bir taraf”* değildir²⁶. Öyle ki, uyuşmazlık konusu yapılmış olan idari işlem, söz konusu işlemi ortaya koyan idare tarafından tek yanlı şekilde ve işleminden etkilenen bireyin iradesi ve dahli olmaksızın –dahası çoğunlukla karşı iradesine rağmen– gerçekleştirilmiş durumdadır. İdareye gerçekleştirdiği işlemlerde tanınan ayrıcalıklar, idare ile idarenin gerçekleştirdiği işlem sonucu hukuku etkilenen birey arasında bir eşitsizlik doğurmaktadır.

²² Doktrinde idari yargılama usulünün kimi zaman bazı idari usulleri de içerecek, hatta bizzat idari usuller üzerine inşa edilecek şekilde icra edildiği; dolayısıyla özellikle idari yargıda silahların eşitliği ilkesinin, çelişmeli yargılamanın yargısal süreçlerine hapsedilemeyecek kadar geniş bir sürece ihtiva ettiği dile getirilmektedir. Bkz. Osman Sarıalan, 'Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 647, 665-666.

²³ ibid 665.

²⁴ AYM, Mustafa Kupal Başvurusu, Başvuru No. 2013/7727, T. 04.02.2016; AYM, Murat Yasan Başvurusu, Başvuru No. 2015/6802, T. 08.01.2020, RG. T. 24.01.2020, S. 31018.

²⁵ Şafak Başa, 'Adil Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Kullanılabilirliği' (2011) 24(115) Denetim Dergisi 28, 30. Bunun yanında kimi durumlarda çelişmeli yargılamanın ihlal edilmesinin silahların eşitliğini bozmayabileceğine dair tespit ve örnekler için bkz. İnceoğlu, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı...', (n 12) 249 vd.

²⁶ Erkut (n 5) 78.

Her ne kadar idari işleme tanınan söz konusu ayrıcalıklar dayanağını, idari faaliyetlerin kesintiye uğramadan sürdürülmesi amacıyla bulsa da; esasen yargılama merciinin ortaya konulan eşitsizliği göz önüne almak suretiyle yargılama sürecinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunarak gözetilmesine özen göstermesi zorunluluk arz etmektedir. Buradan hareketle yargı mercilerinin bakış açıları, önemli ayrıcalıklara sahip idarelerin yetkilerini, bireylerin hak ve özgürlüklerini gözetecek biçimde kullanması gerekliliğini ön plana çıkaracak şekilde olmalıdır. Zira böylesine ayrıcalıklı bir statü içerisinde hareket edebilme yetkisini haiz olan idare karşısında bireylerin hukuki güvenliklerinin sağlanabilmesinin temel şartı, hukuk prensiplerine bağlı ve etkin bir yargılama sürecinin hayata geçirilmiş olmasıdır.

İdari işleme yönelik gerçekleştirilen yargılama sürecinde de idarenin ayrıcalıkları kolaylıkla tespit edilebilir. En başta, idarenin tek yanlı iradesiyle gerçekleştirilen idari işlemde menfaati ya da hakkı etkilenen birey ile ilgili işlemi gerçekleştiren idare arasındaki uyumsuzlukta ispat külfeti, idari işlemin hukuka aykırılığını iddia eden tarafa aittir. Böylelikle idareye gerçekleştirdiği işlemler için verilen hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve re'sen icra edilebilme ayrıcalıkları yanında bir ayrıcalık daha tanınmaktadır²⁷. İlgilinin işlemin hukuka aykırılığını ispat etmeye yarayacak olan ve özellikle idarenin elinde bulundurduğu bilgi ve belgelere ne denli ulaşarak bu ispatı gerçekleştirebileceği ise tartışmaya açıktır²⁸.

İdari yargılama usulünün işletileceği bir diğer dava türü olan tam yargı davaları için de silahların eşitliği ilkesinin büyük önem taşıdığı bilinmelidir. Bu yönde olarak bireylerin idareye karşı yönelttiği tam yargı davalarına konu olaya ya da olay neticesinde meydana gelen zarara yönelik bilgi ve belgelerin idarenin uhdesinde bulunması ihtimal dahilindedir. İşte bireylerin söz konusu davalarda ileri sürdükleri iddialarını ispatlayarak zararlarının giderilmesi imkanını elde edebilmesi, avantajlı idare karşısında bireylere söz konusu bilgi ve belgelere ulaşma imkanının tanınmasını sağlayacak silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi ile mümkün olacaktır. Yalnızca burada zikredilen durumlar dahi, idare ile bireyler arasındaki bir yargılamada oluşabilecek eşitsizlikleri ortaya koyabilmek adına dikkate değerdir.

Yukarıdaki anlatımlardan hareketle, idari yargılama hukukunda silahların eşitliği ilkesinin büyük anlam ifade ettiği tartışmasızdır²⁹. Anayasa Mahkemesi'ne benzer şekilde idari yargı özelinde Danıştay, kararlarında silahların eşitliği ilkesine yönelik

²⁷ ibid 87.

²⁸ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye* (TODAİE Yayınları, Yayın No.321 2004) 208; Mehmet Kayhan, 'İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı' (2006) (65) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129, 134.

²⁹ Doktrinde AKINCI, "silahların eşitliği" deyiminin yargılama açısından doğru bir adlandırma olmadığını; yargılamada söz konusu olan şeyin bir "düello" değil, yalnızca bir "uyumsuzluk" olduğunu; dolayısıyla konuya ilişkin, iddia ve savunma gerekleri bakımından "fırsat eşitliği" deyiminin kullanılmasının daha uygun ve makul olacağını söylemektedir. Bkz. Müslüm Akıncı, 'İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği' (2010) 1(2) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 33, 37, dip.13.

AİHM içtihatlarına da yer vererek adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir okuma yapmakta; hakkaniyete uygun yargılamanın temel unsurları arasında yargılamanın çelişmeli olması ile taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanmasını sayarak, çelişmeli yargılama ilkesini “silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı” olarak zikretmektedir³⁰. Yüksek Mahkeme’ye göre AİHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılamanın gereklerinden biri olarak, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmeli; silahların eşitliği ilkesi gereği toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı verilerek yargılamada çelişme sağlanmalıdır³¹.

Bir başka kararında silahların eşitliği ilkesine dair Yüksek Mahkeme şu değerlendirmeleri yapmaktadır³²: “Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesinin arka planında, tarafların adaletin işleyişine olan güvenlerinin korunması bulunmaktadır. Bu ise ancak diğer güvencelerle birlikte tarafların dosyadaki tüm bilgi ve belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatına sahip olduklarından emin olabilmeleri halinde sağlanabilir.”

İdari yargılama hukukunda silahların eşitliği ilkesine yönelik başlıca kanuni dayanak olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesi gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. İlgili hüküm, idari yargılama hukukunda silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi adına re’sen araştırma ilkesinin benimsendiğini gösteren kanuni dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır³³.

Benzer şekilde kararlarında Danıştay, ilgili hükmü re’sen araştırma ilkesinin dayanağı olarak değerlendirmekte; Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta

³⁰ Danıştay VDDK, E. 2019/522, K. 2019/438, T. 03.07.2019 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Danıştay VDDK, E. 2019/570, K. 2019/467, T. 03.07.2019 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Danıştay VDDK, E. 2016/82, K. 2016/83, T. 10.02.2016 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Danıştay İDDK, E. 2016/401, K. 2016/444, T. 13.04.2016 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Danıştay 5.D, E. 2016/58016, K. 2019/4157, T. 17.06.2019 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası.

³¹ Danıştay 16.D, E. 2015/10952, K. 2015/1795, T. 16.04.2015 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Delcourt v Belgium App no 2689/65, (ECHR, 17.01.1970) §28; Monnell and Morris v The United Kingdom App no 9562/81, 9818/82 (ECHR, 02.03.1987) §62’den aktaran Yılmaz Özel (n 12) 267.

³² Danıştay 5.D, E. 2016/40478, K. 2017/11831, T. 26.04.2017 HukukTürk İctihat Bilgi Bankası.

³³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı – İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi 2019) 96-101; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2019) 16.

oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları kurala bağlanarak, idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin benimsendiği tespitini yapmaktadır³⁴. Yüksek Mahkeme'ye göre yargı mercilerine tanınan re'sen araştırma yetkisi, idarenin gerçekleştirdiği inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemde kaynaklanan idari uyumsuzluğun çözümü için gerekli belge ve bilgilerin davaya bakan yargı yerine sağlanması; böylelikle dava konusu idari işlemin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi amacına hizmet eder³⁵.

Bir başka kararında Yüksek Mahkeme, re'sen araştırma ilkesinin içeriğine yönelik şu açıklamaları yapmaktadır³⁶: *“Re'sen araştırma ilkesine göre, davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri ile tarafların hiç değinmediği olayların tespiti görevi hakime aittir. Hakim uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptir. Gerçeğe ulaşmak için yapılan bu tür araştırma ve incelemelerin sonucuna göre hüküm tesisinin mahkemelerin idarenin yerine geçmesi gibi bir sonuç doğurması da söz konusu değildir.”*

İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi, yargılama sürecinde davanın tarafları arasındaki eşitsizliği giderme noktasında kendini gösteren bir ilke olarak dikkat çekmektedir. İdari yargılama usulünde davalı idare, dava sürecinin neredeyse her aşamasında bireye nazaran avantajlı ve güçlü konumdadır³⁷. Bu gerçeğin karşısında idari yargı organları, maddi gerçeğe ulaşma noktasında yalnızca sunulan bilgi, belge ve delillerle yetinmemekte; bizzat kendisi de uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlayacağını düşündüğü her türlü araştırma ve incelemeyi re'sen araştırma ilkesi gereğince kendiliğinden gerçekleştirebilmektedir³⁸.

Genellikle idarenin dava konusu edilen işlem ya da eyleme dair pek çok bilgi ve belgeyi elinde bulundurması³⁹; yargılamaya ilişkin mevzuata hakim ve davaya yönelik giderlerde ekonomik açıdan karşı tarafa göre güçlü olması; hepsinin ötesinde

³⁴ Danıştay 3.D, E. 2016/3434, K. 2016/3952, T. 31.05.2016 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Danıştay 6.D, E. 2014/3563, K. 2017/1066, T. 16.02.2017 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 9.D, E. 2015/5600, K. 2015/8646, T. 11.09.2015 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

³⁵ Danıştay İBK, E. 2013/3, K. 2019/1, T. 08.02.2019 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Danıştay 4.D, E. 2009/9359, K. 2012/3655, T. 22.06.2012 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

³⁶ Danıştay 12.D, E. 2011/2498, K. 2015/6238, T. 26.11.2015 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Süheylâ Şenlen Sunay, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları* (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1997) 10.

³⁸ Danıştay 2.D, E.2004/6213, K.2005/329, T.31.01.2005 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: *“Anılan hüküm (İYUK m.20) ile uyumsuzluğu çözmekle görevli yargı yerlerine, dava konusu işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığını saptama konusunda re'sen araştırma yetkisi verildiği görülmektedir.”*

³⁹ Yasin (n 9) 52; Müslüm Akıncı *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan Kitabevi 2008) 243.

davada ispat külfetinin de iddia makamı olarak idarenin karşısındaki tarafa yükletilmesi, yukarıda bahsi geçen avantajlara örnekler olarak sayılabilir. Buna karşılık idari davalarda idarenin birey karşısında “*ayrıcılık muameleye*” tabi tutulması kabul edilemez⁴⁰. İşte maddi gerçekliğin sağlanarak hukuka uygunluğun tesis edilmesi noktasında yargı organlarına re’sen araştırma yetkisi verilmesi, yargılama aşamasında bireylerin dezavantajlı konumunun iyileştirilmesi açısından oldukça değerlidir.

İdari yargı kararları, yalnızca davacının hak ve menfaatini sağlamak açısından değil; aynı zamanda kamu yararını oluşturup hukuka uygun idareyi tesis etmek bakımından da önem arz ettiğinden re’sen araştırma ilkesi, sayılan eşitsizliklere karşı adil bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılarak kamu yararının sağlanması ve idare ile birey arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılarak silahların eşitliğinin ortaya çıkarılması amacına hizmet eden bir ilke niteliğindedir⁴¹. Dolayısıyla re’sen araştırma ilkesi, yargılama makamına davaya konu uyumsuzluğa ilişkin tarafların ortaya koyduğu iddia ve savunmalarla ya da sunduğu delillerle bağlı olmaksızın yargılama sürecinde aktif rol alma imkanı sunmaktadır⁴².

Bir son not olarak re’sen araştırma ilkesi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen hukuki dinlenilme hakkıyla da yakından ilişkilidir⁴³. Buna göre hukuki dinlenilme hakkı, hukuki durumları etkilenen bireylerin gerçekleştirilen yargılamada eşit şekilde bilgi sahibi olmalarını; yargılama mercilerini gerçekleştirdikleri açıklamalar ya da sundukları delillerle etkileyebilmelerini; yargılama mercilerinin de bunları dikkate alarak adil ve hukuka uygun bir şekilde hüküm kurmasını ifade etmektedir⁴⁴. Hukuki dinlenilme hakkı, Danıştay kararlarında da kendine yer bulmakta ve söz konusu hakkın üç unsuru bulunduğu dile getirilmektedir. Bunlar, iddia ve savunma hakkı, açıklama ve ispat hakkı ile tarafların ortaya koyduğu iddia ve savunmaların yargı organlarınınca tam olarak dikkate alınıp değerlendirilmesidir⁴⁵.

III. İDARİ YARGIYA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

A. Genel Olarak Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi

Bireysel başvuru kararları incelendiğinde Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesinin, yargılamada taraflar arasında hakkaniyete uygun bir denge kurularak söz konusu dengenin yargılamanın her aşamasında korunması amacına hizmet eden bir

⁴⁰ Akıncı, ‘İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı’ (n 39) 243.

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 33) 101.

⁴² Yasin (n 9) 12.

⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 33) 98.

⁴⁴ Akıncı, ‘İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı’ (n 39) 242.

⁴⁵ Danıştay 4.D, E. 2016/516, K. 2016/1708, T. 18.04.2016 HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

ilke olduğu tespitini yapmaktadır⁴⁶. Silahların eşitliği ilkesine ilişkin bireysel başvuruya konu olan uyuşmazlıklarda Yüksek Mahkeme⁴⁷, silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama ilkelerine çoğunlukla birlikte değinmektedir⁴⁸. Bireysel başvuru kararlarında silahların eşitliğinin tamamlayıcısı olarak nitelenen çelişmeli yargılama hakkı, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkanı vermektedir⁴⁹. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Özellikle taraflara delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkanların tanınması ile tarafların delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin bir gereğidir⁵⁰.

İdari yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda gerçekleştirdiği bireysel başvuru incelemelerinde ise Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesine yönelik bazı temel kaidelere değinmektedir. Buna göre silahların eşitliği ilkesine dair Yüksek Mahkeme, şu tespitlerde bulunmaktadır⁵¹: “*Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davaları ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir.*” Yüksek Mahkeme’ye göre, Anayasa’daki hakların etkili bir biçimde korunması için davaya bakan mahkemelerin tarafların iddiaları ile bu iddialara ilişkin dayanak ve delilleri gereği gibi inceleme görevi vardır⁵².

⁴⁶ Örnek olarak bkz. AYM, Ramazan Tosun Başvurusu, Başvuru No. 2012/998, T. 07.11.2013; AYM, Yüksel Hançer Başvurusu, Başvuru No. 2013/2116, T. 23.01.2014; AYM, Ramazan Ayhan Başvurusu, Başvuru No. 2014/2704, T. 16.11.2016.

⁴⁷ Benzer bir durum, Yüksek Mahkeme’nin norm denetimi yaptığı uyuşmazlıklarda da kendini göstermektedir. Örnek olarak bkz. AYM GK, E. 2014/146, K. 2015/31, T. 19.03.2015, RG. T. 13.06.2015, S. 29385.

⁴⁸ İnceoğlu, ‘*Adil Yargılanma Hakkı*’ (n 10) 127; Çelik (n 18) 121.

⁴⁹ AYM, Faik Gümüş Başvurusu, Başvuru No. 2012/603, T. 20.02.2014; AYM, Mehmet Tural ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/4657, T. 25.06.2015. Benzer yöndeki AIHM kararları için bkz. J.J. v. The Netherlands App no 9/1997/793/994 (ECHR, 27.03.1998) §43; Vermeulen v Belgium App no 19075/91 (ECHR, 20.02.1996) §33’dan aktaran Çelik (n 18) 121.

⁵⁰ AYM, Abdullah Özen Başvurusu, Başvuru No. 2013/4424, T. 06.03.2014; AYM, Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No. 2013/1213, T. 04.12.2013; AYM, Emsan Öner Başvurusu, Başvuru No. 2013/1504, T. 03.02.2016, RG. T. 16.03.2016, S. 29655.

⁵¹ AYM, Ömer Topuz Başvurusu, Başvuru No. 2013/6833, T. 03.04.2014. Ayrıca bkz. AYM, Yaşasın Aslan Başvurusu, Başvuru No. 2013/1134, T. 16.05.2013.

⁵² AYM, Yüksel Bazarkaya Başvurusu, Başvuru No. 2013/6615, T. 20.04.2016, RG. T. 21.06.2016, S. 29749; AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2013/7800, T. 18.06.2014.

B. Silahların Eşitliği İlkesi Gereği Tarafların Yargılama Sürecine Aktif Katılımının Sağlanması

İdari yargıya ilişkin bireysel başvuru kararları incelendiğinde görülmektedir ki yargılama sürecine aktif katılım, mevcut uyumsuzlukta silahların eşitliği ilkesine riayet edilip edilmediğinin tespitinde kritik rol oynamaktadır. Örneğin başvurucuya verilen bir disiplin cezasına yönelik gerçekleştirilen bireysel başvuru incelemesinde Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesi uyarınca başvurucuya ilgili disiplin işlemi ve varılan hükümde temel alınan davanın içeriğine ulaşma; hükme esas alınan hususları tetkik ile bunlara yönelik beyan ve itirazlarını ileri sürme imkanı verilerek yargılamaya aktif katılımının temin edilmesi suretiyle ilgiliye farklı bir muamelede bulunulmamasını silahların eşitliği ilkesi gereği zorunlu görmektedir⁵³.

Yine silahların eşitliği ilkesine değindiği bir diğer bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi, gizlilik dereceli belgelerin başvurucunun incelemesine açılıp açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmaması ve bu belgelerden başvurucunun haberdar edilmemesi neticesinde hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkanı verilmemesinin, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmaktadır⁵⁴. Yüksek Mahkeme, gizlilik dereceli belgeler ile silahların eşitliği ilkesi arasındaki ilişki hakkında şu değerlendirmeleri yapmaktadır⁵⁵: “*AYİM tarafından gizlilik dereceli belgelerin, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması veya benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucunun incelemesine açılmadığını ortaya koyacak hiçbir argümanın ortaya konulmadığı, anılan belgelerin başvurucunun incelemesine açılıp açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurucunun haberdar edilmediği görülmekle olayda, davalı idare tarafından sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkanı verilmemesi nedeniyle başvurucunun silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.*”

Bir başka kararında AİHM içtihatlarından yola çıkarak Anayasa Mahkemesi, taraflardan birine tanınıp diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesini ihlal edeceğini ifade etmekte⁵⁶; başvurucunun kendisine bildirilmeyip hükme esas alınan belgeleri incelemek için yaptığı başvurunun geçerli hiçbir argüman ortaya konulmadan reddedilmesi üzerine, başvurucuya davalı idarenin savunması ekinde sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelerin incelettirilmemesinin, silahların eşitliği

⁵³ AYM, Turgay Coşkun Başvurusu, Başvuru No. 2013/1286, T. 16.04.2015.

⁵⁴ AYM, Ahmet Erbek Başvurusu, Başvuru No. 2013/3197, T. 17.02.2016.

⁵⁵ AYM, Orhan Tekkaya Başvurusu, Başvuru No. 2012/775, T. 06.05.2015, RG. T. 27.06.2015, S. 29399.

⁵⁶ AYM, Bülent Karataş Başvurusu, Başvuru No. 2013/6428, T. 26.06.2014.

ile çelişmeli yargılama ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini içtihat etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre AİHM içtihatları uyarınca silahların eşitliği ilkesinin özünde, tarafların adaletin işleyişine olan güvenlerinin temin edilerek korunması bulunmaktadır. Bu güvenin temin edilerek korunması ise ancak diğer güvencelerle birlikte tarafların dosyadaki tüm bilgi ve belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatına sahip olduklarından emin olabilmeleri halinde sağlanacaktır⁵⁷.

Önemli bir husus olarak, başvuru sahiplerinin AYİM Başsavcısının ve Raportörün görüşünün kendilerine tebliğ edilmediği iddialarını değerlendirdiği bireysel başvuru incelemelerinde Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarından hareketle, söz konusu iddiaları silahların eşitliği ilkesi bağlamında ele almaktadır. Her iki Yüksek Mahkeme tarafından varılan kanaatlere ilişkin bir çıkarım yapmak gerekirse; gerek AİHM gerekse de Anayasa Mahkemesi, karara etkisi olacak yargı mensuplarının görüşlerinin taraflara tebliğinin kural olarak gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte; söz konusu görüşlerin ilgilinin lehine olması, karara etkili olmaması, ilgilinin yargılama esnasında bu görüşler hakkında dolaylı da olsa bilgi sahibi olarak yargı merciine görüşlerini sunma imkanı bulması ya da ilgilinin bu görüşler hakkında bilgi sahibi olsaydı hangi ilave tezleri ileri süreceğini ortaya koyamaması halinde, sadece söz konusu görüşlerin ilgiliye tebliğ edilmemiş olmasını bir hak ihlali olarak görmemektedir⁵⁸.

Yukarıda belirtilen hususların yanı sıra, Danıştay tetkik hakimlerinin görüşlerinin taraflara tebliğ edilmemesine ilişkin ise Anayasa Mahkemesi, AİHM'in Danıştay tetkik hakiminin kanaatlerinin önceden tebliğ edilmemesine ilişkin olarak bu yargı mensubunun görevinin savcının göreviyle mukayese edilebilir olmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verdiğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme ilgili husus açısından şu değerlendirmelerde bulunmaktadır⁵⁹: “AİHM kararına göre, tetkik hâkimleri, Danıştay Başkanı ve kurul ve daire başkanları tarafından kendilerine verilen görevleri yerine getirmekle ve bunlar tarafından havale edilen davaları incelemekle sorumlu iken, savcılar Danıştay Başsavcısının emri altında çalışmaktadırlar. Genel olarak tetkik hâkimleri soruşturma yapmayıp, daha evvel soruşturması tamamlanmış bir dosya hakkında görüşlerini sunmaktadırlar.

Tetkik hâkiminin, mütalaasını yazılı ya da sözlü olarak sunarak, hâkimlerin karar vermesine yardımcı olmayı amaçladığı doğrudur. Ancak bu görevin, Danıştay Başkanı ve Daire Başkanlarını temsilen yerine getirdiği hukuki görevlerinden

⁵⁷ AYM, Koray Erdoğan Başvurusu, Başvuru No. 2013/1989, T. 10.03.2016, RG. T. 19.04.2016, S. 29689.

⁵⁸ Konuya ilişkin bkz. Yasin (n 9) 53 vd.; Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 205-206. Ayrıca bkz. AYM, Yaşasın Aslan Başvurusu, Başvuru No. 2013/1134, T. 16.05.2013; AYM, Ramazan Tosun Başvurusu, Başvuru No. 2012/998, T. 07.11.2013; AYM, Kamil Koç Başvurusu, Başvuru No. 2012/660, T. 07.11.2013; AYM, Uğur Ayıldız Başvurusu, Başvuru No. 2012/574, T. 06.02.2014; AYM, Kadir Gürbüz Kaynar Başvurusu, Başvuru No. 2012/744, T.20.02.2014; AYM, Alaettin Sevimli Başvurusu, Başvuru No. 2012/1097, T. 20.02.2014; AYM, Mehmet Gençoğlu Başvurusu, Başvuru No. 2012/1180, T. 20.02.2014.

⁵⁹ AYM, Yasemin Ekşi Başvurusu, Başvuru No. 2013/5486, T. 04.12.2013. Ayrıca bkz. Aydın Akbulut Başvurusu, Başvuru No:2014/15060, T.08.06.2017; AYM, C. İş Ortaklığı Başvurusu, Başvuru No. 2013/769, T. 11.12.2014.

olduğu gözükmektedir. Danıştay Başkanı ve Daire Başkanlarının yönetimindeki tetkik hâkimleri karar taslaklarını yazar ve tutanakları hazırlarlar. Dolayısıyla AIHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının bu bakımdan ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (bkz. Meral/Türkiye, B. No.33446/02, 27/11/2007)."

Konuya ilişkin adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesine dair bir düzenleme olarak, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesine "*Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on gün içinde görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler.*" hükmünün eklendiği de önemle belirtilmelidir⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi, yargı mensuplarının görüşlerinin yanı sıra, dosyaya sunulmuş bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmemesi hususunu da silahların eşitliği ilkesi bağlamında değerlendirmektedir. Örnek olarak bir uyuşmazlıkta başvuru, dosyaya sunulmuş bilirkişi raporundan Mahkeme kararı ile haberdar olduğunu; ancak karar düzeltme aşamasında bu durumu Mahkeme'nin dikkatine sunduğunu; ayrıca raporun daha önce verilen raporlar ile çeliştiğini ve gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarına karşı Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri şöyledir⁶¹: "*Bilirkişi raporundan hükümle birlikte haberdar olunması yargılamanın bütününe bakıldığında sürecin koşullarına göre tek başına adil yargılanma hakkı yönünden bir ihlal oluşturmayabilir. Bu noktada adil bir yargılamanın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılabilmesi için yargılamanın bütününde taraflara raporu incelemeleri, yorumda ve itirazda bulunabilmeleri için pratik ve etkin imkanların sunulmuş olması / çelişmenin sağlanmış bulunması gerekmektedir.*

Somut yargılama sürecine bu çerçeveden bakıldığında başvurucuya davanın reddine hükmedilirken hükme esas alınan raporu inceleme, yorumda ve itirazda bulunma imkanının tanınmadığı, kanun yolu aşamasında da başvuru raporuna ilişkin olarak ileri sürdüğü itirazların değerlendirildiğini belirten bir cevap verilmediği, başka bir anlatımla ilk derece aşamasındaki yoksunluğun giderilmediği ve dolayısıyla yargılamanın bütünü yönünden de rapora yönelik yorumda ve itirazda bulunabilmesi adına pratik ve etkin imkanların sağlanmadığı görülmüştür. Bu nedenle başvurucuya hükme esas alınan bilirkişi raporuna yönelik yorumda / itirazda bulunma konusunda etkin ve pratik imkanların sağlanmamasının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı ve bu bağlamda adil bir yargılamanın gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır."

⁶⁰ Yasin (n 9) 59.

⁶¹ AYM, Murat Yasan Başvurusu, Başvuru No. 2015/6802, T. 08.01.2020, RG. T. 24.01.2020, S. 31018.

C. Yargılama Sürecinde Taraflara Tanınan Usule İlişkin İmkanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesinin İşlev ve Önemi

İdari yargıya ilişkin bireysel başvuru kararlarında dikkat çekilen bir diğer husus, yargılama sürecinde usuli imkanlar açısından taraflar arasında denkliğin temin edilmesidir. İdari yargılama hukuku özelinde yargılama sürecinde taraflardan birinin usule ilişkin imkanlar yönünden zayıf duruma düşürülmesi, adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁶². Özellikle başvuruya konu uyuşmazlık hakkında bilirkişi incelemesi yapıp yapılmadığı hususunun sıklıkla bireysel başvuru kararlarına konu edilmesi, silahların eşitliği ilkesi bakımından dikkate değerdir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakışı kararlarında şu şekilde ortaya konulmaktadır⁶³: *“Kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin görevi, herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dahilindedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin tarafların öne sürdüğü ve esasa etkili olan iddiaların işin mahiyetinin gerektirdiği ölçüde incelenip incelenmediğini ve özellikle ispat külfeti konusunda taraflardan birinin diğerine nazaran dezavantajlı bir konuma düşürülüp düşürülmediğini denetleme görevi bulunmaktadır.”*

Yine bir bireysel başvuru incelemesinde, haklarında gerçekleştirilen idari para cezası işlemine karşı açılan davada başvurucular tarafından sunulan ve işlemin dayandığı ölçümün hatalı olduğuna dair raporların mahkeme tarafından dikkate alınmamasının yanında, işleme konu olayın teknik bir konu olmasına karşın mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın uyuşmazlık hakkında karar verilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulan Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmaktadır⁶⁴: *“İdari para cezası tutanaklarında belirtilen mevkiin av yasağı olan sahilden itibaren 2 millik bölge içinde yer alıp almadığının belirlenmesinin teknik incelemeyi gerektirdiği izahtan varestedir. Başvurucular tarafından ileri sürülen söz konusu iddia, Mahkemeye 2577 ve 6100 sayılı Kanunlarla tanınan imkan kullanılarak gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılması suretiyle açıklığa kavuşturulması gereken bir olgudur. Sonuç olarak teknik rapor olmadan başvurucuların bu iddiasının ispatlanmasının mümkün olmayacağı dikkate alındığında mahkemece bu iddiaya ilişkin bir irdeleme ve araştırma yapmadan uyuşmazlıkların sonuçlandırılması başvurucuların davalı idareye nazaran zayıf bir konuma düşürülmesi sonucunu doğurmuştur. Bu durum silahların eşitliği ilkesiyle çelişmektedir.”*

⁶² AYM, Tuğrul Demir Başvurusu, Başvuru No. 2015/11480, T. 11.09.2019.

⁶³ AYM, Ahmet Korkmaz Başvurusu, Başvuru No. 2014/16232, T. 25.01.2018; AYM, Mehmet Çelikkıran Başvurusu, Başvuru No. 2013/9648, T. 20.01.2016; AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2013/7800, T. 18.06.2014; AYM, Batuhan Yılmaz Başvurusu, Başvuru No. 2015/6071, T. 28.06.2018, RG. T. 31.07.2018, S. 30495; AYM, Tanju Bozkurt Başvurusu, Başvuru No. 2014/11917, T. 17.07.2018, RG. T. 14.09.2018, S. 30535.

⁶⁴ AYM, Çetin Emre Haytoğlu ve Okan Özcan Başvurusu, Başvuru No. 2016/11861, T. 13.06.2019.

Bir başka bireysel başvuru kararında ise Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun okuldan çıkarılma işlemine karşı açtığı davada, işlemin tesis edilme sürecine dahil olan kuruma bilirkişi incelemesi yaptırılmasını silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı bulmuştur. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine yönelik şu tespitleri yapmaktadır⁶⁵: “Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ilkesi ışığında taraflara tanık delili de dahil olmak üzere delillerini sunma, inceletme noktasında uygun imkanların tanınması ve yargılamaya etkin katılımlarının sağlanması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsiz olma iddiaları da yargılamanın bütünü kapsamında değerlendirilecektir (...)

Bu hale göre başvuruçunun psikolojik yönden rahatsız olduğu ve ilişkisinin kesilmesi gerektiği yönündeki tıbbi görüşünü işlemin tesis edilme sürecinde ortaya koyan GATA bünyesinde bulunan kuruldan hükme esas teşkil eden bilirkişi raporunun alınması, psikolojik rahatsızlığı bulunmadığı yönünde iki farklı hastaneden rapor alan ve farklı sağlık kurumuna sevk edilmesi gerektiğini ileri süren başvuruçuyu aleyhine dezavantaj oluşturmaktadır. Bu durum yukarıda alıntısı yapılan ilkeler uyarınca silahların eşitliği ilkesini ihlal eder niteliktedir. Sonuç olarak yargılama safahatında başvuruçunun davalı idareye göre daha zayıf bir duruma düşürüldüğü ve bu durumun silahların eşitliği ilkesine yönelik ihlal oluşturduğu kanaatine varılmıştır.”

Benzer bir uyuşmazlıkta başvuruçunun, eksik ve hatalı tedavi uygulayan bir sağlık kurumunun kendi uyguladığı tedavi ile ilgili olarak bilirkişi raporu düzenlediği ve Mahkeme tarafından bu rapor esas alınmak suretiyle hüküm kurulduğu iddialarını değerlendiren Yüksek Mahkeme, şu tespitleri yapmaktadır⁶⁶: “Somut olayda başvuruçuyu, GATA tarafından yapılan tedavilerden dolayı ikinci rahatsızlığa yakalandığı ve ilk rahatsızlığın meslek hastalığı olması nedeniyle verilen istirahat sürelerinin sözleşme feshi için esas alınamayacağı iddiasına karşılık yapılan yargılamada başvuruçunun tedavisini yapan kurumun bünyesinde oluşturulan Profesörler Sağlık Kurulunca hazırlanan rapor esas alınarak uyuşmazlık sonuçlandırılmıştır.

AYİM kararı ile GATA Profesörler Sağlık Kurulunun sunduğu rapor arasında sıkı bir bağlantı olduğu, hatalı tedavi yapıldığı ileri sürülen Kurum ile anılan raporu hazırlayan kurulun aynı idari teşkilat içinde bulunduğu, başvuruçunun raporu hazırlayan kurulun tarafsız olamayacağına ilişkin itirazlarının ise AYİM kararlarında

⁶⁵ AYM, Batuhan Yılmaz Başvurusu, Başvuru No. 2015/6071, T. 28.06.2018, RG. T. 31.07.2018, S. 30495. Ayrıca bkz. AYM, Yaşasın Aslan Başvurusu, Başvuru No. 2013/1134, T. 16.05.2013; AYM, Oğuzhan Mert Kaya Başvurusu, Başvuru No. 2014/6431, T. 14.11.2018.

⁶⁶ AYM, Mustafa Kupal Başvurusu, Başvuru No. 2013/7727, T. 04.02.2016, RG. T. 18.03.2016, S. 29657.

değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda başvuru durumunun durumuyla ilgili daha önce tedavide bulunmuş ve buna ilişkin raporlar hazırlamış olan askeri hastanenin idari teşkilat yapılanması içinde bulunan bir kurulun hazırladığı rapor esas alınarak açılan dava hakkında karar verilmesi; başvurucuyu davalı idareye göre daha zayıf duruma düşürdüğü, davalı idareyi ise önemli ölçüde avantajlı hale getirdiği, bu şekilde çıkarlar dengesinin kendisine katlanması zor külfetler yüklenen başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği ilkesine yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu açıktır.”

Silahların eşitliği ilkesi gereği bir yargılamada tarafların delil sunma haklarını sağlıklı şekilde kullanabilmeleri yanında, ilgili delillerin toplanarak yeterli araştırma yapılmasını bizzat yargılama makamından isteme hakkına da sahip olmaları şarttır. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru incelemesinde şu hususlara vurgu yapmaktadır⁶⁷: *“Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliği sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup bu usul güvencesi gereğince uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkanı tanınmalıdır.”* Yüksek Mahkeme’ye göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için, delillerin sunulması ve bu delillerin yargı yerlerince incelenmesi noktasında verilen imkanlar ile tarafların yargılamaya etkin katılımlarının sağlanması gerekir. Bu anlamda delillerin sunulması ya da değerlendirilmesine yönelik dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları da yargılamanın bütünü açısından değerlendirilecektir⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen bir başka bireysel başvuru incelemesinde başvuru, askeri göreve sağlıklı olarak kabul edilmesine karşın görev esnasında katıldığı operasyonlar nedeniyle mental rahatsızlığı oluştuğunu; bu hususun Mahkeme tarafından yeterince araştırılmadan hüküm kurulduğunu; neticede vazife malulü olarak kabul edilmeme işlemine karşı açılan davada usule ilişkin imkanlar bakımından zayıf duruma düşürülmek suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Yüksek Mahkeme uyuşmazlığa yönelik yaptığı inceleme sonucunda, kanunların tanıdığı imkanlar dahilinde sağlık kurumlarından tıbbi görüş alma imkanına sahip olan Mahkeme’nin başvuru tarafından ileri sürülen iddiaya yönelik yeterli araştırma yapmadan uyuşmazlığı sonuçlandırmasıyla başvurucuyu idareye nazaran zayıf bir konuma düşürdüğüne ve bu durumun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının güvencelerinden olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil

⁶⁷ AYM, Lütfi Karaca Başvurusu, Başvuru No. 2013/6808, T. 04.02.2016. Ayrıca bkz. AYM, Yüksel Hançer Başvurusu, Başvuru No. 2013/2116, T. 23.01.2014.

⁶⁸ AYM, Ömer Özen Başvurusu, Başvuru No. 2016/14291, T. 13.06.2019.

ettiğine karar vermiştir⁶⁹. Yine bir başka uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, başvuru-
cunun maluliyetine neden olan işitme rahatsızlığının askeri görev koşulları nedeniyle
oluştüğunu ileri sürmesine karşın, bu iddiaya ilişkin yeterli inceleme yapılmadan ka-
rar verilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur⁷⁰.

Benzer şekilde, kesin bir kanı içermeyip uyuşmazlığın çözümüne katkısı bulunma-
yan bilirkişi raporuna dayanarak hükme varılmasını da hukuka aykırı bulan Yüksek
Mahkeme, silahların eşitliği ilkesi uyarınca taraflar arasında hakkaniyetli bir denge
kurulması gerekliliğinin altını çizmekte ve şu hususlara vurgu yapmaktadır⁷¹: “(...) *başvurucunun belgeye dayalı ve uyuşmazlığın çözümü için önem taşıyan iddialarının (Mahkeme) tarafından dikkate alınmadığı, diğer taraftan kesin bir kanaat içermeyen ve olayı aydınlatmaya elverişli bulunmayan bilirkişi raporu dayanak alınarak uyuş-
mazlık hakkında karar verildiği görülmektedir. Bu itibarla (Mahkeme) tarafından yapılan yargılamada başvuru-
cunun davalı idareye nazaran zayıf bir duruma düşürüldüğü, davalı idarenin ise önemli ölçüde avantajlı hale getirildiği, katlanılması zor
külfetler yüklenen başvuru-
cuyu aleyhine çıkarlar dengesinin bozulduğu ve bu duru-
mun silahların eşitliği ilkesine yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna
ulaşmıştır.*”

SONUÇ

Silahların eşitliği ilkesi uyarınca, yürütülen bir yargılamada taraflar arasında hak
ve yükümlülükler açısından gerçek bir eşitlik sağlanarak bu eşitliğin tüm yargılama
boyunca korunması gerekmektedir. Dolayısıyla gerçekleştirilen yargılamada silah-
ların eşitliği ilkesine riayet edilmesi, ideal hukuk anlayışı içerisinde gerçek anlamda
adalet ve hakkaniyetin sağlanması açısından vazgeçilmezdir. Silahların eşitliği ilke-
si göz önünde tutularak gerçekleştirilen yargılama ve verilen hüküm, yargılamanın
daha adil ve hakkaniyete uygun yürütülüp tamamlanmasını sağlayacağı gibi, taraf-
ların yargı organlarına güvenini de tesis edecektir. Böylece yapılan yargılama ve-
silesiyle maddi gerçeğe ulaşılmakla kalınmayacak; taraflarda oluşturulan güven ile
gerçekleştirilecek tüm yargılamalar açısından da oldukça değerli bir moral etki ortaya
çıkartılacaktır.

Silahların eşitliği ilkesinin taraflar arasında eşitliğin sağlanarak bu eşitliğin tüm
yargılama sürecinde korunması ve yargılamanın hakkaniyete uygun şekilde ger-
çekleştirilmesindeki payı büyüktür. Zira ancak tarafların tüm bilgi ve belgeler
hakkında zamanında ve gereği gibi haberdar edilerek söz konusu bilgi ve belgele-
re erişebildiği ve bunlar hakkındaki argümanlarını sağlıklı bir şekilde ortaya koya-
bildiği ölçüde silahların eşitliği ilkesi ışığında dürüst, adil ve şeffaf bir yargılama

⁶⁹ AYM, Mehmet Yılmaz Başvurusu, Başvuru No. 2015/4304, T. 14.11.2018; AYM, Mehmet Yılmaz Başvurusu (2), Başvuru No. 2015/8533, T. 14.11.2018.

⁷⁰ AYM, Mirza Yener Başvurusu, Başvuru No. 2015/6525, T.11.06.2018.

⁷¹ AYM, Tuğrul Demir Başvurusu, Başvuru No. 2015/11480, T.11.09.2019.

gerçekleştirilebilecektir. Neticede aralarındaki bağdan da hareketle, tarafların esas ve usule ilişkin bilgi ve belgelerden aynı ölçüde haberdar edilerek tarafların iddia ve savunmalarını eşit koşullarda ve eşit olanaklarla yerine getirmelerinin temin edilmesi, hakkaniyete uygun yargılamayı ortaya çıkarma yolunda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin vazgeçilmez bir gereğidir.

İdari yargılama usulü özelinde re'sen araştırma ilkesi, yargılama süreci boyunca silahların eşitliğinin sağlanması adına dikkate değer bir işlev görmektedir. Özellikle re'sen araştırma ilkesinin bir görünümü olarak taraflar ile üçüncü kişilere getirilen bilgi ve belge verme yükümlülüğü, idare karşısında davacı aleyhine oluşması muhtemel dezavantajlı durumun giderilmesine katkı sunacaktır. Buna karşılık re'sen araştırma ilkesi ile hayata geçirilmesi arzu edilen silahların eşitliği ilkesinin yalnızca idare karşısında bireyleri koruyucu etkisine odaklanması ilkeyi bir noktadan eksik bırakacağından, kimi durumlarda idarelerin de re'sen araştırma ve silahların eşitliği ilkeleri gereği yargılama mercilerinden bilgi, belge ya da delil araştırması yapılmasını talep etme hakkına sahip olduğu unutulmamalıdır.

İdari yargılama usulünde genel görünüm itibarıyla idare lehine gelişen taraflar arasındaki eşitsizliklerin ortadan kaldırılarak gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının tesis edilmesi, silahların eşitliği ilkesinin yöneldiği temel amaç olarak ön plana çıkmaktadır. İdari dava sürecinde taraflardan biri olarak idarenin tek taraflı işlem yapabilme, işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilme ya da davada delil olarak kullanılacak bilgi ve belgeleri elinde bulundurabilme ayrıcalıkları, yürütülen yargılamada hangi tarafın dezavantajlı olabileceği konusunda bize fikir vermeye yetecektir. Silahların eşitliği ilkesi uyarınca, ortaya konulan iddia, savunma ve delillerin kabulü ve değerlendirilmesi noktasında idarenin karşısında yer alan tarafın yargılamada eşit silah ve argümanlarla hareket edebilmesinin güvence altına alınması, idari yargılama sürecine ve bu süreç sonunda varılan hükme adalet ve hakkaniyetin egemen olması adına büyük önem taşımaktadır. Tarafların takip ve kontrolündeki adli yargı uyumsuzlukları karşısında, mevcut dezavantajlı durumlar da göz önünde bulundurulursa idari yargı uyumsuzluklarında silahların eşitliği ilkesi, başta re'sen araştırma ilkesinin sunduğu hukuki vasıtalarla gözetilmeli ve hayata geçirilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan Kitabevi 2008).
- Akıncı M, 'İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği' (2010) 1(2) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 33-51.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi 2019).
- Atalay E, 'Yargısal Temel Haklar' in Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (DEÜHF Yayınları 1997).
- Başa Ş, 'Adil Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Kullanılabilirliği' (2011) 24(115) Denetim Dergisi, 28-31.
- Çelik A, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014).
- Demirkol S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında 'Adil Yargılanma Hakkı' in Süheyl Donay, Aysun Altunkaş ve Eser Olgun (Ed.), *Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri* (Seçkin Yayıncılık 2013) 141-166.
- Diñç G, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği' (2005) (57) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 283-306.
- Erkut C, *Kamu Kudreti Ayrıcılıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik Basımevi 2004).
- Gölcüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama' (1994) 49(1-2) AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan), 199-234.
- Gözübüyük AŞ ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (11. Bası, Turhan Kitabevi 2016).
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayını, Epamat Basım Yayın 2019)
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Tıpkı 4. Bası, Beta Yayınevi 2013).
- Kafes V, 'Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 181-198.
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2019).
- Kayhan M, 'İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı' (2006) (65) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 129-142.
- Özdek Y, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye* (TODAİE Yayınları, Yayın No.321 2004)
- Sarıaslan O, 'Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 647-692.
- Şenlen Sunay S, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları* (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1997).
- Yasin M, *İdari Yargılama Usulünde İspat* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Yeşilova B, 'Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği' (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 47-101.
- Yılmaz Özel N, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>



Danıştay Kararlarında Okullarda Meydana Gelen Zararlar Nedeniyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda Genişleme

The Extension of Faultless Liability of Administration in Decisions of the Council of State at School Areas Where Damage Occured

Ali Hamza Şahin*

Öz

İdarenin mali sorumluluğu öncelikle ve asli olarak kusurlu, ikincil olarak kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ve risk ilkesi olmak üzere çoğunlukla iki ana ilke kapsamında incelenmektedir. Ancak Danıştay'ın okul alanlarında meydana gelen zararlar için kusursuz sorumluluğa dayanarak son yıllarda vermiş olduğu bazı kararları klasik kusursuz sorumluluk ilkelerine uymamaktadır. Bu kararlarda gösterilen gerek kusursuz sorumluluk dayanağı gerekse koşulları yerleşik kusursuz sorumluluk ilkelerine göre farklılıklar içermektedir. Biz bu çalışmada, önce Danıştay'ın bu kararlarının dökümünü yaparak dayandığı kusursuz sorumluluk şartlarını ortaya koymaya çalıştık. Ardından yeni sayılabilecek bu içtihadın farklı bir kusursuz sorumluluk türü mü sayılacağı, yoksa nasıl bir başlık altında kusursuz sorumluluk ilkelerine eklenebileceği sorularına cevap bulmaya uğraştık.

Anahtar Kelimeler

İdarenin Mali Sorumluluğu • Kusursuz Sorumluluk • Okulda Meydana Gelen Zararlar

Abstract

As it is known, the pecuniary liability of the administration is firstly based on fault and secondly without fault. The faultless liability of administration is mostly divided into two main sections: the principle of risk and the principle of equal apportionment of public burdens. However, in recent years, there have been some decisions of the Council of State about faultless liability of administration at school areas which are different from classical faultless liability principles. In these decisions, conditions and the main reasons of the faultless liability differed from settled conditions of the faultless liability of administration. In this study, firstly, we want to show these decisions of the Council of State and find out the conditions of faultless liability. Then we try to find an answer about this case law whether it is similar to faultless liability like other principles of faultless liability or if it is a new sort of faultless liability of administration.

Keywords

The Pecuniary Liability of Administration • The Faultless Liability • Damages Occured at School Area

* Sorumlu Yazar: Ali Hamza Şahin (Hakim, Rize İdare Mahkemesi Başkanı), Rize İdare Mahkemesi, Rize, Türkiye.
E-posta: sahinahamza@gmail.com ORCID: 0000-0001-8035-8499

Atf: Sahin AH, "Danıştay Kararlarında Okullarda Meydana Gelen Zararlar Nedeniyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda Genişleme" (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 47. <https://doi.org/10.26650/ihid.19.003>



GİRİŞ

Sorumsuz devlet düşüncesi, 19. yüzyıldan itibaren yerini devletin sorumluluğu düşüncesine bırakmıştır. Fransız Danıştay'ı kararlarıyla birlikte idari nitelikli faaliyetleri nedeniyle idarenin, idare hukuku kuralları çerçevesinde mali sorumluluğuna gidilmeye başlanmıştır¹. İdarenin mali sorumluluğu, kamu hukuku kuralları içerisinde idari yargı içtihatlarıyla şekillenerek ve gelişerek günümüze kadar gelmiştir² ve gelişmeye de devam etmektedir. Bu bağlamda idarenin mali sorumluluğu konusunda genel hatları çizen, sorumluluk ilkelerini ve koşullarını belirleyen genel nitelikli yasalar bulunmamaktadır.

İdarenin mali sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idare hukukuna tabi faaliyetleri, yani idari rejim içerisindeki faaliyetleri nedeniyle doğan bir zararın bulunması gerekmektedir. Özel hukuka tabi faaliyetleri nedeniyle idarenin mali sorumluluğu özel hukuk kuralları çerçevesinde belirlenecektir. Yine idarenin akdi sorumluluğu da genel sorumluluk rejiminden farklı olduğu için ayrı bir inceleme konusudur³.

Bilindiği üzere idare hukukunda, idarenin mali sorumluluğu iki durumda söz konusu olmaktadır⁴. Bunlardan ilki idarenin kusurlu sorumluluğuna dayanan mali sorumluluğu, ikincisi de kusursuz sorumluluk kurallarına göre mali sorumluluğudur⁵. İdarenin kusursuz sorumluluğu, genel kabul gördüğü şekliyle risk (tehlike-muhatare) ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesi şeklinde iki ana ilke esas alınarak incelenmektedir.

Danıştay tarafından, çalışma konumuz olan okullarda⁶ meydana gelen zararlar⁷ nedeniyle, bilinen kusursuz sorumluluk ilkelerinden farklı kapsamda bazı kararlar verildiği gözlenmektedir. Okul alanında ve eğitim süresi içerisinde meydana gelen zararlara ilişkin bu kararların, diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinden, zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağı aranmaması ve sorumluluğun temellendirilmesi bakımından farklılıkları bulunmaktadır. Okul alanında meydana gelen zararlar

¹ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular* (TODAİE Yayınları, No.138 1974) 2; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2016) 153.

² Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı ve Hasan Tahsin Gökcan, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayınları 2003) 5; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 154.

³ Duran (n 1) 2; Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 5.

⁴ “İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.” Danıştay 10.D, E.2010/942, K.2014/3743, T.10.06.2014. Bu makalede yer verilen yargı kararlarına aksi gösterilmedikçe UYAP bilişim sistemi üzerinden erişilmiştir.

⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj Yayıncılık 2013) 369; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 157 vd.; Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 55.

⁶ Bu çalışmada belirtilen okul, Danıştay kararlarında geçen, İlkokul, İlköğretim, Ortaöğretim veya Liseleri ifade etmektedir. Danıştay kararları içerisinde bulunmayan Üniversiteler ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamındaki okullar bu kapsama dahil değildir.

⁷ Bu çalışmada ifade edilen zararlar, malvarlığına (örneğin bilgisayar, telefon gibi eşyalar) yönelik zararlar değil; bedensel zararlardır.

nedeniyle kusursuz sorumluluk, sosyal risk ilkesine benzer şekilde, çoğunlukla idarenin faaliyet yürüttüğü alan veya faaliyete konu eylemiyle doğrudan bağlantılı değildir ve hatta bazen tamamen üçüncü bir kişinin eyleminin sonucudur. Ancak sosyal risk ilkesinden farklı olarak idarenin faaliyeti herhangi bir risk taşımamaktadır. Öte yandan Danıştay kararlarında ifade edildiği şekliyle bu kusursuz sorumluluk, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine benzer şekilde, idari faaliyet içerisinde gerçekleşen zararlar nedeniyle hükmedilen adalet, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği sorumluluktur. Ancak fedakarlığın denkleştirilmesinden farklı olarak, ortada idari faaliyetten kaynaklanan bir zarar bulunmamaktadır. Danıştay kararlarında kusursuz sorumluluk nedeni olarak kabul edilen okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin sorumluluk belirtilen yönleriyle atipik bir özellik göstermektedir.

Bu çalışmada, genel olarak idarenin sorumluluğundan bahsedildikten sonra, kusursuz sorumluluk nedenleri ve ilkeleri belirtilerek kusursuz sorumluluk koşulları Danıştay kararlarından örnekler verilerek ortaya konulacaktır. Ardından çalışmamızın asıl konusu olan okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin Danıştay kararları verilecek ve bu kararların tahlilleri yapılacaktır. Okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle kusursuz sorumluluğun Danıştay kararlarında kabul edilen koşullarıyla diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinin koşulları karşılaştırılarak bu yeni kusursuz sorumluluk nedeninin, nasıl nitelenebileceği ve kusursuz sorumluluğun yeni bir şubesi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılacaktır. İdare hukukunun özelliklerinden birisi olarak kabul edilen içtihadilik⁸ özelliği yine devreye girerek idare hukukunda yeni bir kural oluşturma yoluyla⁹ kusursuz sorumluluk kapsamının genişlediği ortaya konulacaktır.

A. İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü bulunmaktadır. Anayasa madde metninde idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılaması hükme bağlanmış ancak bu eylem ve işlemlerde kusur aranıp aranmayacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir.

İdarenin mali sorumluluğu kural olarak kusura dayanan sorumluluktur. İdarenin yürütmüş olduğu faaliyetlerdeki kusuruna dayanan bu sorumluluk, idare hukukuna özgü¹⁰ terim ifadesiyle “hizmet kusuru” olarak adlandırılmaktadır¹¹. Hizmet, diğer bir

⁸ Günday (n 5) 29; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi 2013) 15; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 43.

⁹ Ali Cavit Zeybek, ‘Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri’ (1988) 18(68-69) Danıştay Dergisi 46, 53.

¹⁰ Ragıp Sarıca, ‘Hizmet Kusuru ve Karakterleri’ (1949) XV(4) İÜHF 858, 859.

¹¹ Saif Güran, ‘İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler’ (1979) 9(34-35) Danıştay Dergisi 58, s.60.

ifadeyle görev kusuru objektif ve anonimdir¹². Hizmet kusuru idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk veya aksaklık durumunda söz konusu olmaktadır¹³. Burada kastedilen hizmet kusuru, klasik kamu hizmetlerinin karşılığı olmayıp bütün idari faaliyetlerdeki hizmeti ifade etmektedir¹⁴. Yürütülen hizmetin kötü veya geç işlemesi veyahut hiç işlememesi durumlarında hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir¹⁵. İdarenin bu fiillerdeki kusuru alelade bir kusur olabileceği gibi bazı hizmetlerin niteliği gereği, güçlük taşıyan faaliyet ve hizmetler için¹⁶ içtihatlarla da kabul edildiği üzere ağır bir hizmet kusuru da söz konusu olabilmektedir. Bu gibi hallere sağlık hizmetlerini örnek olarak verebiliriz¹⁷.

Kusurlu sorumlulukta hizmetin, idarenin mali sorumluluğunu doğurabilmesi için ortada bir zararın bulunması, bu zararın idarenin kusurlu fiilinden kaynaklanması ve bu fiille zarar arasında illiyet bağı bulunması şarttır. Zarar ise mevcut kesinleşmiş bir zarar olmalı ve muhtemel bir zarar olmamalıdır¹⁸. Yine bu zarar kişinin malvarlığında oluşan eksilme veya artıştan mahrum olma¹⁹ şeklinde maddi olabileceği gibi kişinin yaşamış olduğu elem üzüntü veya acı nedeniyle manevi zarar da olabilir.

Kusursuz sorumluluk ise, sosyal devlet anlayışının gelişmeye başlaması²⁰ ile birlikte artan idari faaliyetler sonucu kusura dayanan sorumluluğun idare edilenlerin bütün zararını tazmin ve telafi etmekte yetersiz kalması²¹ nedeniyle ortaya çıkan idarenin doğrudan kendi kusurundan kaynaklanmayan mali sorumluluktur. Yargı içtihatlarıyla çerçevesi çizilen ve doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği şekliyle iki ana kusursuz sorumluluk ilkesi bulunmaktadır²². Bu ilkeler, risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesidir.

¹² Duran (n 1) 27. İdarenin mali sorumluluğu teorisinin özel hukuktaki adam çalıştırmanın sorumluluğundan farkı buradadır. Özel hukukta adam çalıştırmanın sorumluluğu dolaylı bir sorumluluktur, ancak idare hukukunda idarenin sorumluluğu doğrudan ve asli sorumluluktur.

¹³ Cüneyt Ozansoy, ‘Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989) 266-267.

¹⁴ Günday (n 5) 369.

¹⁵ Duran (n 1) 28

¹⁶ ibid 37.

¹⁷ Zuhale Bereket Baş, ‘Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu’ in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135.Yıl Sempozyumu* (Danıştay Matbaası 2004) 73-88; Danıştay 10.D, E.1997/6600, K.1999/7409, T.29.12.1999. Ancak Danıştay kararlarında aranan sağlık hizmetlerindeki ağır kusur şartının artık yumuşamaya başladığı da söylenebilir. Bkz. Aydın Akgül, ‘İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı’ (2016) XX(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 269-302.

¹⁸ “... nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekmektedir. Gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır.”, Danıştay 10.D, E.1987/1324, K.1990/278, T.15.09.1990, 21(80) Danıştay Dergisi, 416-418.

¹⁹ “malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesini”, Danıştay 8.D, E.2013/1854, K.2016/3553, T. 11.04.2016.

²⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 161.

²¹ Recep Başpınar, ‘Tam Yargı Davaları’ in *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (1986) 488.

²² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (İkinci Baskı, Ekin Kitabevi 2009) 1071 vd.; Günday (n 5) 378; Gözübüyük ve Tan (n 8) 751; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 162; Ramazan Çağlayan, ‘Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi’ in *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009*, 452 <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_22.pdf> Erişim Tarihi 23.02.2019.

İdarenin kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldıran bazı durumlar söz konusudur. Ancak bu durumların bir kısmı idarenin sorumluluğunu, sorumluluk sebebi ne olursa olsun tamamen kaldırabilmekte iken bir kısmı ise sadece idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hallerde sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır²³. Mücbir sebep ve zarar görenin kişisel kusuru idarenin sorumluluğunu her durumda kaldırabilmekte iken, beklenmeyen hal ve üçüncü kişinin kusuru ise sadece idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulduğu durumlarda sorumluluğu kaldırır²⁴. Yani üçüncü kişinin kusuru, idarenin kusursuz sorumlu olduğu durumlarda idarenin sorumluluğunu kaldırmaz, ancak idare üçüncü kişiye rücu edebilir²⁵. İdare ajanının kişisel kusuru²⁶ da kural olarak idarenin kusuru olarak değerlendirilemeyecek ve idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu nedeniyle mali sorumluluğuna neden olmayacaktır.

İdarenin mali sorumluluğu yukarıda belirtildiği üzere kural olarak kusurlu sorumluluğa dayanmaktadır. Kusurlu sorumluluk koşulları gerçekleşmemiş olmakla birlikte ortada bir zarar varsa bu durumda ikincil, tali nitelikli²⁷ sorumluluk nedeni olan kusursuz sorumluluk ilkeleri devreye girmektedir. Kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de değerlendirme yapıldıktan sonra idarenin mali sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceğine karar verilmektedir.

Nihayet denilebilir ki, Danıştay'ın kusursuz sorumluluğa ilişkin bazı kararlarında halen sorumluluğun kaynağı, koşulları ve unsurları bakımından kavram ve kullanım belirsizliği bulunmaktadır²⁸. Çalışma konumuz olan eğitim hizmetleri yürütülürken okullarda meydana gelen zararlardan idarenin sorumluluğu hususunda böyle bir belirsizliğin varlığından bahsedilebilir.

2. Kusursuz sorumluluk

İdarenin geçmişteki daha dar olan faaliyet alanı modern zamanlarda artmış ve girift bir hale bürünmüştür. Bunun sonucunda klasik kusura dayanan mali sorumluluk ilkeleri oluşan bazı zararları karşılamaktan uzak kalmış ve bu nedenle idarenin kusursuz sorumluluğu hallerinin de varlığı kabul edilmiştir. Aslında tali bir sorumluluk

²³ Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 177.

²⁴ Duran (n 1) 49.

²⁵ Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (Adil Yayınevi 2007) 21.

²⁶ Burada yargı içtihatlarıyla kişisel kusurun son derece daraltıldığı da söylenebilir. Örneğin Danıştay 8.D, E.2015/9520, K.2015/11180, T.02.12.2015 kararıyla "Olayda; davacının yaralanmasına sebebiyet veren okul müdürü hakkında Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılamada 1 yıl 6 ay 22 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu çerçevede davalı idarenin bünyesindeki eğitim ve öğretim faaliyetinde okul müdürü olarak görev yapan ... kusuru nedeniyle davacının kolunun kırılması olayında sorumluluğu bulunduğu, hizmetin kötü işlenmesi olarak nitelendirilebilecek bu durum sebebiyle de meydana gelen zararın tazmin sorumluluğunun davalı idareye ait olduğu ..."na karar verilmiştir. Personelinin eğitim ve yetiştirilmesi noktasında önleyici tedbir alma sorumluluğunu yerine getirmemesi nedeniyle idare kusurlu bulunmuştur.

²⁷ "öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi" ifadesi içeren örnek kararlar; Danıştay 10.D, E.2009/7159, K.2014/1117, T.07.04.2014. Diğer örnekler Danıştay 10.D, E.2010/16558, K.2014/2119, T.07.04.2014, Danıştay 10.D, E.2009/12528, K.2014/921, T.18.02.2014.

²⁸ Nitekim Danıştay, bazı kararlarında hem hizmet kusuru hem risk ilkesi uyarınca, bazı kararlarında bu iki ilkeyle birlikte hakkaniyet ve nesafet ilkelerinden hareketle kararlar vermektedir. Bkz. Duran (n 1) 8.

nedeni olsa da sorumluluk dayanağı bakımından kusursuz sorumluluk alanının çokça genişlediği söylenebilir²⁹. Gerçekten özel hukuktaki kusursuz sorumluluğa göre kamu hukukunda kusursuz sorumluluk çok geniş uygulanmakta ve muhtelif konularda kusursuz sorumluluğa başvurulabilmektedir³⁰.

Yukarıda metnine yer verilen Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak zararın neden olan eylem ve işlemlerde kusur ayırımına gidilmemiştir. İdarenin sorumluluğunun, eylem ve işlemlerinden doğan zararlarda söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm, artık istisnası olan bir hüküm halini almıştır. Çünkü idarenin faaliyet alanında gerçekleşmeyen veya doğrudan idari faaliyetten kaynaklanmayan zararlar için nedensellik bağı aranmadan idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Kusur sorumluluğu yukarıda belirtildiği gibi objektiftir ve zararın özel, istisnai olması gibi bir durum aranmaz. Kusursuz sorumlulukta ise idare tamamen zararın nitelik ve niceliğine göre tazmin yükümü altına girmektedir. Yani kusursuz sorumlulukta zararın belirli kişi veya kişiler aleyhinde ve özel ve sıra dışı nitelik arz etmesi gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde, idarenin mali sorumluluğunun temeli olarak kabul edilen fırsat ve imkan eşitliğinin (toplumsal dengenin) kusursuz sorumluluğun kabulü halinde daha kolay ve tam uygulanabileceği ileri sürülmüştür³¹.

Kusursuz sorumluluğa neden olan zararın belirli bir veya birkaç kişiye özgü ağır ve olağandışı olması gereklidir³². Danıştay kusursuz sorumluluğu, birlikte yaşamının sağlamış olduğu yararlar nedeniyle, toplumun bir veya birkaçının toplum olmaktan kaynaklı zararlarına, bütün toplumun ortak olması suretiyle zararların tazminini gerektiren sorumluluk olarak görmektedir. Bundan olsa gerektir ki, idari hakim bu tazminata hükmederken hakkaniyet, adalet ve nesafet gibi kavramlarla sorumluluğu belirleme yoluna gidebilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak doktrinde beşli³³ veya muhtelif tasnifler yapıldığı görülmekte ise de bugün kusursuz sorumluluk ilkeleri genelde risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak kabul edilmektedir³⁴. Doktrinde Danıştay'ın bu noktada bir sistemleştirmeye gidemediği³⁵ yönünde bir görüş bulunmakta ise de kavramsal kullanım farklılığı haricinde Danıştay tarafından kusursuz sorumluluk halleri belirli bir çerçeveye oturtulduğu söylenebilir.

²⁹ ibid 47; Celal Işıklar, 'Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller' (2019) 4(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 115, 115.

³⁰ Gözübüyük ve Tan (n 8) 750.

³¹ Duran (n 1) 47.

³² ibid 49.

³³ ibid 49. Bunlar: İdarenin muhtaralı faaliyetleri, ve şeyleri, sağlıklı işlemlerin ayrık hali, bayındırlık işleri ve tesisleri, kamu görevine katılanlar, idarenin baskısı şeklindedir.

³⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 655; Işıklar (n 29) 121.

³⁵ Çağlayan 'Risk İlkesi...' (n 22) 454.

2.1. Risk ilkesi

Risk ilkesi, diğer bir adıyla tehlike ilkesi idarenin yürütmekte olduğu tehlikeli faaliyetler nedeniyle kusuru olmasa da meydana gelen zararlardan sorumlu olmasını ifade eder. Özel hukuktaki tehlike ilkesinin idare hukukuna aktarılmış hali olan bu kusursuz sorumluluk ilkesi, yürütülen tehlikeli faaliyetten menfaati olan kimsenin zararları da mütehammil olması gereğinden doğmaktadır³⁶.

İdari faaliyetlerin kendisi veya bu faaliyetlerde kullanılan araç ve gereçler hem kamu görevlileri hem de hizmetten yararlananlar açısından doğal tehlike taşıyabilmektedirler. Bu zararların çoğu kez nedeni bilinmemekte ve bu zararlar önceden önlenememektedir. Bunun için zarar görenlerin bu zararları, ilgili faaliyetlerden yarar sağlayan topluma paylaştırılması kabul edilmiştir³⁷.

Risk ilkesi, alt başlıkları çoğaltılabilmekle³⁸ beraber üç genel başlık altında incelenebilir³⁹. Bunlar, idarenin tehlikeli faaliyetleri veya araç ve gereçleri, mesleki risk ve sosyal risk durumlarıdır.

İdarenin tehlikeli faaliyetleri veya araç-gereçleri nedeniyle oluşan zararlardan idare sorumludur. İdarenin bazı faaliyetlerinde veya kullandığı araçlarda doğal bir tehlike bulunmaktadır. Bu faaliyetlerin icrası veya araç ve gereçlerin kullanımından dolayı bazen zararlar oluşabilmektedir. Örneğin silahlar, bunlara ait cephanelikler, nükleer santraller veya barajlar gibi devasa bayındırlık yapıları gibi tehlikeli faaliyetler veya bunların kullanımı nedeniyle zarar oluşması halinde idarenin bu türden bir kusursuz sorumluluğunun varlığı kabul edilmektedir.

Mesleki risk ilkesi gereği sorumluluk ise, idarenin yürüttüğü faaliyetlerde kullandığı personelin, mesleğini icra ettiği sırada uğradığı zararlar nedeniyle sorumluluğu ifade etmektedir⁴⁰. Meslek kazaları olarak ifade edilebilecek bu durumda idare kusuru olmasa dahi mali olarak sorumlu tutulmaktadır. Kolluk görevlilerinin mesleki faaliyet sırasında uğramış oldukları zararların karşılanması amacıyla özel bir Kanun⁴¹ bulunmakla birlikte Danıştay, açılan bu davaların da görülmesi ve alınan tazminat ve ödemelerin hesaplanacak tazminattan düşüldükten sonra varsa zararın tazmini gerektiğine karar vermektedir⁴².

³⁶ Günday (n 5) 379.

³⁷ Duran (n 1) 51; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) 163.

³⁸ Gözler (n 22) 1177 vd.; Hasan Nuri Yaşar, 'İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler' (2008) LXVI(1) *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 201, 216 vd.

³⁹ Günday (n 5) 379 vd.

⁴⁰ Örneğin tren garında çalışan görevlinin trenden düşerek kolunun kopması, Danıştay 10.D, E.2010/942, K.2014/3743, T.10.06.2014.

⁴¹ 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, RG. S: 17152, RG. T: 06.11.1980.

⁴² Danıştay 10.D, E.2007/8532, K.2008/1231, T.18.03.2008.

Sosyal risk ilkesi ise, kamu düzenini bozmaya yönelik fiillerin varlığı durumunda, zarar gören kişilerin zararının karşılanmasına yönelik bir ilkedir. Bu kusursuz sorumluluk ilkesini, risk ilkesi, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gibi üçüncü bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak inceleyen yazarlar da vardır⁴³. Sosyal risk ilkesinde tehlike nedeniyle zarar gören toplumdaki kişi veya kişilerin zararlarının, idarenin faaliyetiyle nedensellik bağı olmadan tazmini söz konusudur. Buna ilişkin Danıştay kararlarında⁴⁴ terör faaliyetleri nedeniyle zarar görenlerin zararının topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu ve sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olduğu belirtilmektedir. Terör faaliyetleri nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazminine ilişkin olarak bir Kanun da bulunmaktadır⁴⁵.

Doktrinde sosyal risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluğun aslında kusurlu bir sorumluluk türü olduğu, idarenin kamu düzenini sağlamasındaki hizmet bozukluğu nedeniyle bu zararın ortaya çıktığı, dolayısıyla kusurlu sorumluluk olarak ele alınması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır⁴⁶. Ancak Danıştay, idarenin, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu genel kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerektiği yönündeki kararlarına istikrarlı bir şekilde devam etmektedir⁴⁷. Hatta Danıştay idari faaliyetle zarar arasında nedensellik bağı bulunmamasını bir gereklilik olarak kabul etmektedir⁴⁸. Buna göre nedensellik bağı bulunması durumunda idarenin kusurlu sorumluluğu veya diğer kusursuz sorumluluk sebeplerine bakılacaktır.

Ayrıca zarara neden olan faaliyetin açıkça kusura dayandırılmadığı zaman da Danıştay'ın kusursuz sorumluluk değerlendirmesi yaptığı söylenebilir. Örneğin okul müdürünün sopayla vurması sonucunda bir öğrencinin elinde oluşan kırık nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Olayda yürütülen hizmet kapsamına dahil edilemeyecek olan idare ajanı fiili bulunmaktadır. Ancak bu kararda, oluşan zarara neden olan kişisel kusur, kusurlu sorumluluğu ortadan kaldıracığı için kusursuz sorumluluğa dayandırılarak idarenin mali sorumluluğuna başvurulduğu ifade edilebilir⁴⁹.

⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 1) s.163; Ali Ülkü Azrak, 'İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na göre Kusursuz Sorumluluğu' in *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (12-13 Mayıs 1979 1980) 136.

⁴⁴ Örneğin, Danıştay 10.D, E.1992/3372, K. 1993/3777, T.13.10.1993.

⁴⁵ 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, RG. S: 25535 R.G. T: 27.07.2004

⁴⁶ Günay (n 5) 381.

⁴⁷ Danıştay 10.D, E.2010/16558, K.2014/2119, T.07.04.2014.

⁴⁸ "zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulmaması gerekmektedir.", Danıştay 10.D, E.2009/7159, K.2014/1117, T.07.04.2014.

⁴⁹ Danıştay 8.D, E.2015/9520, K.2015/11180, T.02.12.2015.

2.2. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, diğer bir ifadeyle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, idarenin yürüttüğü faaliyetler sonucunda ortaya çıkan yarar gibi zararın da topluma yansıtılmasını ifade eder. Bu halde özel bir zarar nedeniyle oluşan külfetin topluma dağıtılması suretiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmektedir. Bir örnek verecek olursak, yol yapımı nedeniyle eskiden kolaylıkla erişim sağlanan taşınmaz erişim sağlanamaması veya baraj yapımı nedeniyle sulama imkanının azalması sonucu oluşan gelir kaybı bu anlamda bir sorumluluk doğuracaktır. Bu ilke, idarenin herhangi bir kusuru, tehlikeli faaliyeti bulunmaksızın toplumun çoğunluğunun yararı için bazı kişilerin uğradığı özel ve olağandışı zararların tazminini ifade etmektedir.

Danıştay tarafından fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin yapılan açıklamalarda bu ilke bütün yönleriyle ifade edilmekte ve risk ilkesinden farklılığı da ortaya konulmaktadır. Örnek verecek olursak bir kararında⁵⁰, “Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan ‘kamu külfetleri karşısında eşitlik’ ya da diğer adıyla ‘fedakârlığın denkleştirilmesi’ ilkesi, *nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda*, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, *kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan*, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir.” ifadeleriyle Danıştay fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesini açıklamaktadır.

2.3. Kusursuz Sorumluluk İlkelerinin Temelleri ve Koşulları

Kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak doktrinde ve Danıştay kararlarında muhtelif ifadeler kullanılmaktadır. Fransız idare hukukunda idari sorumluluğun esas dayanağı olarak kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibi gösterilmektedir⁵¹. Türk hukukunda da hukuki eşitlik, hakkaniyet, risk, tehlike ve fedakarlığın denkleştirilmesi, kamu gücü, imkan ve fırsat eşitliği, hukuk devleti ve sosyal devlet gibi dayanaklar belirtilmiştir⁵². Bu durum Danıştay kararlarına da yansımıştır. Şöyle ki Danıştay, kusursuz sorumluluk ilkesi, objektif sorumluluk esası, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ile adalet gibi kavramları dayanak alarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmektedir⁵³. Ancak şunu belirtebiliriz ki, idarenin bütün mali sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk Fransız hukukunda kabul edildiği

⁵⁰ Danıştay 10.D, E.2009/12528, K.2014/921, T.18.02.2014.

⁵¹ Xavier Delcros and Bernard Delcros, *Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu* (Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Danıştay Yayınları, No.39 1984) 5.

⁵² Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 120; Çağlayan ‘Risk İlkesi...’ (n 22) 453; Serdar Özgüldür, *Tam Yargı Davaları* (Yetkin Yayınları 1996) 30.

⁵³ Çağlayan ‘Risk İlkesi...’ (n 22) 454.

üzere kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır⁵⁴. Kanaatimizce, kusursuz sorumluluk ilkeleri olan tehlike ilkesi, fedakarlığın denkleştirilmesi gibi belirlemeler ise daha özel nitelikli ifadelerdir. Bu ifadeler, külfetler karşısındaki eşitlik olan genel kuralın sağladığı toplumsal dengenin özel bir denge sağlama halidir. Gerçekten risk ilkesinde de toplumun bazı fertleri aleyhine denge bozulmakta ve bunun eşitlenmesi durumu söz konusu olmaktadır.

İdarenin gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluğun dayanağının hukuk devleti ilkesi mi yoksa sosyal devlet ilkesi mi olduğunun belirlenmesi hususu çalışma konumuz bakımından bize faydalı olacaktır. Doktrinde bir görüş, sorumluluğun dayanağının hukuk devleti ilkesi olduğunu kabul etmektedir⁵⁵. Diğer bir görüş ise hukuk devleti ilkesinin tek başına sorumluluğu izah etmeye yeterli olmayacağı için, sosyal adalet⁵⁶ ve sosyal devlet ilkelerini de sorumluluğun dayanağı olarak kabul etmektedir⁵⁷. Üçüncü bir görüş ise kusurlu sorumluluğu hukuk devleti, toplumun genelinin faydasına olan faaliyetler nedeniyle zarar görenlerin zararının karşılanması esasına dayanan kusursuz sorumluluğu sosyal devlet ilkesine dayandırmaktadır⁵⁸. Danıştay da kararlarında kusurlu veya kusursuz sorumluluk ayrımı yapmaksızın hem hukuk devleti hem de sosyal devlet ilkelerini kullanmaktadır. Özellikle sosyal risk ilkesi gereği kusursuz sorumlulukta, “*Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.*” ifadeleriyle sosyal risk ilkesinin sosyal devlet gereği olduğunu kabul etmektedir.⁵⁹

Sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkese insan onuruna yaraşır asgari bir hayat seviyesi sağlamakla yükümlü devlet olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Hukuk devleti, insanların özgürlük ve güvenliğini temel alarak insan ve toplumu devlete karşı korunmasını; sosyal devlet ise korunmaya muhtaç olan bireylerin devlet tarafından korunmasını esas alır⁶¹. Gerek kusurlu sorumluluk, gerekse fedakarlığın denkleştirilmesi ve risk ilkeleri kapsamında kusursuz sorumlulukta, idare hukuken belli bir tazminat ödemeye hukuk devleti ilkesi gereği mahkum edilmektedir. Daha somutlaştıracak olursak sosyal risk ilkesi kapsamında terör faaliyetleri nedeniyle oluşan zarar nedeniyle açılan davada, tazminat ödemekle yükümlü tutulan

⁵⁴ Benzer yönde bkz. Yaşar (n 38) 209; Ahmet Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 30.

⁵⁵ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş* (1970) 64; Ozansoy (n 13) 29; Ahmet Said Yücesan, ‘İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 41 vd.

⁵⁶ Duran (n 1) 12 vd.

⁵⁷ Müzeyyen Eroğlu Durkal, ‘İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli’ (2019) XXIII(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 178 vd.

⁵⁸ Gözübüyük ve Tan (n 8) 722.

⁵⁹ Danıştay 10.D, E.1992/3372, K.1993/3777, T.13.10.1993; Danıştay 10.D, E.2006/5024, K.2008/2685, T.21.04.2008.

⁶⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin Yayınları 2017) 143.

⁶¹ Ernst Rudolf Huber ve Tuğrul Ansay, ‘Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet’ (1970) 27(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 37.

devlet, aslında sosyal devlet gereği bir destek vermemekte, buna gerek de bulunmamaktadır. Çünkü hukuk devleti ilkesi gereği, bir toplumun güven ve refah içerisinde yaşaması için yürütülen faaliyetler nedeniyle toplumun bazı fertlerinin zarar görmesi durumunda bu zarar, bütün toplum adına mali sorumluluk olarak idareye yüklenebilecektir.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ile risk ilkesi nedeniyle kusursuz sorumluluk durumlarının bazı koşullarında farklılık bulunmaktadır. Ancak ilkin her ikisinin ortak yanları belirtildikten sonra farklı yönleri belirtilmeye çalışılacaktır.

Kusursuz sorumluluk nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için ortada bir zarar bulunması ve bu zararın, idarenin faaliyetleri nedeniyle oluşması gerekmektedir. Yani zararın idarenin faaliyetinden kaynaklanması, bu faaliyetle zarar arasında kural olarak nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Zararın niteliği bakımından ise risk ilkesinde zarar kazalardan kaynaklı veya arızı ve öngörülemezliği söz konusuysen, fedakarlığın denkleştirilmesinde ilkesinde ise zarar öngörülebilir nitelikte olup, özel ve olağandışı niteliktedir⁶².

Kusursuz sorumluluk koşullarına ilişkin istisnai bir durum sosyal risk ilkesinde söz konusudur. Sosyal risk ilkesinde idarenin faaliyetiyle zarar arasında nedensellik bağı aranmamaktadır⁶³. Zararın niteliği bakımından da sosyal risk ilkesinde zarar daha anormal⁶⁴ niteliklidir.

Sosyal risk ilkesi gereği sorumlulukta ortada aslında halen yürütülen bir faaliyet bulunmamaktadır. Bu sorumluluk, normal hayatın akışı içerisinde idarenin genel işleyişi sırasında meydana gelen riskli işler nedeniyle oluşan zararların karşılığı olarak bir mali sorumluluktur. İdarenin ihmali bir durumda bulunması ortada bir hizmet kusurunun bulunduğunu ortaya koyacağı için ihmali faaliyet nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilemez. Bu zararlarda idarenin kusuru bulunmamakta ve hatta belki üçüncü kişilerin kusuru nedeniyle zarar söz konusu olabilmektedir.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde, idarenin yürütmüş olduğu bir faaliyet bulunmakta ve bu faaliyet sonucu bazı kişilerin zararları ortaya çıkmaktadır. İdarenin fiili ile oluşan zarar arasında nedensellik bağı da bulunmaktadır ancak idarenin herhangi bir kusuru bulunmamaktadır.

⁶² Danıştay 10.D, E.2009/12528, K.2014/921, T.18.02.2014.

⁶³ Çağlayan 'Risk İlkesi...' (n 22) 471.

⁶⁴ Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 146.

B. KUSURSUZ SORUMLULUĞA İLİŞKİN DANIŞTAY'IN YENİ YAKLAŞIMI: OKUL ALANINDA MEYDANA GELEN ZARARLAR NEDENİYLE KUSURSUZ SORUMLULUK

1. Okul Alanında Oluşan Zararlara Dair Danıştay Kararları

Çalışma konumuz olan eğitim faaliyetleri kapsamında okul alanında (içinde veya bahçesinde) oluşan zararlara ilişkin idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği kararlar Danıştay'ın diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinde benimsediği ve doktrinde de kabul edilen kusursuz sorumluluk ilkelerinden farklıdır.

Çalışmamızın bu bölümünde okul alanında meydana gelen zararlarda Danıştay'ın, idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği kararlarının dökümüne yer vermeye çalışacağız. Danıştay bu kararlarında genel bir giriş⁶⁵ yaptıktan sonra “nedensellik bağı aranmadan” veya idarenin “doğrudan bir katkısı bulunmamakla birlikte” ifadeleriyle idarenin oluşan zararları tazmin yükümlülüğüne hükmetmektedir.

Okul alanında meydana gelen zararlarda Danıştay, eski bazı kararlarındaki istisnalar haricinde, idarenin tazmin yükümlülüğünü kusursuz sorumluluğa dayandırmaktadır. Bu kararlarında idarenin kusursuz sorumluluğuna sebep olarak Danıştay, okul veya ders saati içerisinde ailelerin çocuklarını, “okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı” ancak idarenin “gerekli gözetim ve denetim görevini yapmaması nedeniyle” veya “faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği” gerekçesini göstermektedir. Ancak, görevini yapmama veya önlemekle yükümlü olduğu halde önleyememe ifadeleri açık bir biçimde hizmet kusurunu çağrıştıran sözcüklerdir.

Bu kararlara konu olaylar, okulda öğrencilerin birbirine silgi veya kalem atması, birbirleriyle çarpışmaları, öğrencilere kapı veya kapı kolunun çarpması veya kapıya parmak sıkışması gibi okul ortamında görülebilecek son derece normal, sıradan olaylar olabildiği gibi bıçaklama veya yemek zehirlenmesi gibi sıradan değerlendirilemeyecek olaylar da olabilmektedir. Biz bu kararları anlaşılabilir olması için, okul alanında bulunan diğer öğrencilerin neden olduğu ve üçüncü bir etken nedeniyle oluşan zararlar olarak ikiye ayırarak göstermeye çalışacağız.

⁶⁵ Danıştay 8.D, E.2012/9218, K.2016/2532, T.14.03.2016; E.2009/615, K.2011/6305 T.05.12.2011; E.2010/940, K.2012/10038 T.04.12.2012 ve diğer birçok kararlarında, “İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlardan dolayı meydana gelen zararların, idarece tazmini gerektiği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Başka anlatımla, idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile bağdaşmaz.” şeklinde genel yaklaşımını belirten ifadelere yer verilmiştir.

1.1. Diğer Öğrencilerin Sebep Olduğu Zararlar

Bu bölümde yer verilen kararlara konu olaylarda, öğrencilerin çoğunlukla oynarken veya şakalaşırken birbirlerine yönelik müdahaleleri nedeniyle zarar oluşmaktadır.

Teneffüste birbirleriyle şakalaşan öğrencilerden birinin attığı kalemin başka öğrencinin gözüne gelmesi olayında Danıştay⁶⁶, “Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlem almakla yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları *nedensellik bağı aramadan* tazmin etmesi gerekmektedir. Bakılan davada, ... sınıfı öğrencisi olan davacının, gözüne sınıf arkadaşının kalem atması sonucunda yaralandığı açık olup idarenin bu zararın oluşumunda *doğrudan etkisi bulunmamakla* birlikte, öğrencinin okul idaresinin gözetim ve denetiminde bulunduğu süre zarfında gerekli gözetim ve denetim görevini yapmaması nedeniyle meydana gelen olayda davalı idarenin *kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca...*” tazmini gerekir diyerek idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde bir ders işlenirken sınıf arkadaşı tarafından atılan kalemin bir öğrencinin gözüne gelmesi olayında, öğrencinin kısmen görme kaybı oluşması nedeniyle Danıştay kusursuz sorumluluğa hükmetmiştir⁶⁷. Bu kararda müdür yardımcısı tarafından ilk müdahalenin yapılarak öğrencinin annesine haber verilmesi ve acilen hastaneye sevkini sağlanması nedeniyle idarenin kusuru bulunmadığı da açıkça ifade edilmiştir.

Yine bir öğrencinin attığı silgi yüzünden başka bir öğrencinin kısmen görme yetisini kaybetmesi olayında yerel mahkemece idarenin kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay⁶⁸, “Bakılan davada, ilköğretim öğrencisi olan davacının, gözüne bir başka öğrencinin attığı silginin çarpması sonucunda yaralandığı açık olup, idarenin bu zararın oluşumunda *doğrudan bir katkısı bulunmamakla birlikte*, olay nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği sonucuna” vararak tazminat taleplerinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Başka öğrencilerin kavga ettikleri sırada fırlatılan bir sopa nedeniyle göz yaralanması olayında Danıştay⁶⁹, nöbetçi öğretmenin üzerine düşen görevi yaptığı ve davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varmakla birlikte daha sonra idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu kararda Danıştay, “Ancak, idarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan

⁶⁶ Danıştay 8.D, E.2001/1439, K.2001/2817, T.05.06.2001.

⁶⁷ Danıştay 8.D, E.2014/4787, K.2015/1716, T.11.03.2015.

⁶⁸ Danıştay 8.D, E.2012/9218, K.2016/2532, T.14.03.2016.

⁶⁹ Danıştay 8.D, E.2014/11148, K.2015/11176, T.02/12/2015.

İtibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereğidir.” diyerek idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir.

Okulda teneffüs arasında diğer bir öğrenci tarafından gerçekleştirilen bıçaklama olayında ise Danıştay⁷⁰, “olayda idareye yüklenebilecek açık bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte, idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararlarda *nedensellik bağı aranmadan* zararın tazmin edilmesi gerekmekte olup bu sebeple ve okul içinde meydana gelen bıçaklama olayı nedeniyle idarenin tazminat ödemesi gerektiği” gerekçesiyle tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını aynen onamıştır. Ancak bu olayda okulda yeri bulunmayan bıçağın okula sokulmasının engellenememesi nedeniyle idarenin kusuru bulunup bulunmadığı tartışılabilir.

Okul bahçesinde arkadaşlarıyla oynarken bir öğrencinin gözüne şaka maksatlı biber gazı sıkılması sonucunda öğrenci eğitimine ara verdiği için açılan tazminat davasında Danıştay⁷¹ “Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın *istisnası* olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlem almakla yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları *nedensellik bağı aranmadan* tazmin etmesi gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yine okul alanında meydana gelen ve başka bir öğrenciden kaynaklanan zararlara ilişkin bütün bu kararlardan farklı olarak Danıştay’ın bu konuda ulaşabildiğimiz eski kararlarında, yeni kararlardan çok farklı kararlar verilmiştir. Örneğin, başka bir öğrencinin attığı çöp nedeniyle görme duyusunda meydana gelen azalmaya olayında, gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmeden yerel mahkeme kararını Danıştay onamıştır⁷². Bu kararda her ne kadar idare tarafından okul bahçesinin taş çöp vs.den arındırıldığı dosya kapsamından anlaşılabilir de öğrencilerin teneffüs sırasında gözetimden uzak kaldıklarından bahisle hizmetin kötü işlemiş olduğu sonucuna varılarak idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilmiştir.

Daha eski diğer bir kararda ise teneffüste oynarken bir öğrencinin sopa ile vurması sonucu diğer bir öğrencinin gözünün sakatlanması olayında üçüncü kişinin eylemi illiyet bağını kesecek nitelikte olduğu için idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar verilmiştir⁷³.

⁷⁰ Danıştay 8.D, E.2015/9450, K.2015/12353, T.16.12.2015.

⁷¹ Danıştay 8.D, E.2009/4848, K.2009/5805, T.14.10.2009.

⁷² Danıştay 8.D, E.1987/539, K.1988/690, T.13.10.1988, 19(74-75) Danıştay Dergisi, 510-511.

⁷³ Danıştay 12.D, E.1972/1339, K.1973/1228, T.18.4.1973; *Danıştay 12. Daire Kararları*, Birinci Kitap, C. II, 302. Işıklar (n 29) 148’den naklen.

1.2. Üçüncü Bir Etkenden Kaynaklanan Zararlar

Bu bölümdeki kararlar idare veya öğrenci değil fakat üçüncü bir kişi veya üçüncü bir etkenden kaynaklanan zararlardır. Bu kararlarda da Danıştay tarafından aynı nedenlere dayanılarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmektedir.

Örneğin, bir öğrenci koridorda koşarken açılan kapının koluna gözünü çarpması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmiştir. Olayda, nöbetçi öğretmenin koridorun başında bulunması ve olaya hemen müdahale etmesi nedeniyle idarenin kusuru bulunmadığı tespitinden sonra Danıştay, ders saati içerisinde meydana gelebilecek zararlardan idarenin sorumlu tutulması ve zararın kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde tazmin edilmesine karar vermiştir⁷⁴. Kararda her ne kadar ders saati içerisinde meydana gelen zararlar ifadesine yer verilmişse de diğer kararlardan da anlaşılacağı üzere okulda ara saatlerde de Danıştay aynı şekilde idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmektedir. Hemen örnek verecek olursak bir öğrencinin parmağını bahçe kapısına sıkıştırması olayında⁷⁵, “Bu durumda, okul ders saati içerisinde meydana gelen olay nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluluğu ...” bulunduğu hükmetmiş ve okul saatlerini dikkate alarak karar vermiştir. Benzer bir şekilde teneffüste kapıya parmak sıkışması olayında Danıştay⁷⁶, “Bu durumda, teneffüste meydana gelen olay nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluluğu olduğuna ...” hükmetmiştir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere Danıştay okul saatleri içerisinde idarenin kusursuz sorumluluğunu ve maddi ve manevi tazminat taleplerinin karşılanması gerektiğini kabul etmektedir.

Okul bahçesinde nereden geldiği belli olmayan bir taş nedeniyle göz yaralanması olayında Danıştay⁷⁷, “okulun bahçesindeyken kim tarafından atıldığı belli olmayan taşın çarpması sonucu sağ gözünün görme yeteneğini tamamen yitirmesi” nedeniyle ilk derece mahkemesinin, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminata hükmettiği kararını onamıştır.

Okul bahçesinde bir öğretmenle öğrencinin çarpışması olayında Danıştay, “İdarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile okulda meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması *hukukun genel ilkeleri ile hak ve nesa-fet* kuralları gereğidir. Bu durumda, okul bahçesinde basketbol oynayan öğretmenin geri geri gitmek suretiyle davacı öğrenci ile çarpışması sonucu meydana gelen olay nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluluğu” bulunduğu hükmetmiştir⁷⁸. Bu olayı diğer olaylardan ayıran husus öğrencinin

⁷⁴ Danıştay 8.D, E.2014/10039, K.2015/12351, T.16.12.2015.

⁷⁵ Danıştay 8.D, E.2009/615, K.2011/6305, T.05.12.2011.

⁷⁶ Danıştay 8.D, E.2010/940, K.2012/10038, T.04.12.2012.

⁷⁷ Danıştay 8.D, E.2005/110, K.2016/442, T.07.02.2006.

⁷⁸ Danıştay 8.D, E.2015/14517, K.2017/896, T.16.02.2017.

öğretmenle çarpışması olmakla birlikte Danıştay aynı şekilde kusursuz sorumluluğa hükmetmiştir.

Okulda yemek firmasından temin edilen yemek zehirlenmesi olayında idarenin ihale şartnamesinde gerekli bütün detay kriterlere yer vermesi ve numune alınıp inceleme yapılması nedeniyle idarenin kusuru bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak meydana gelen zehirlenme olayında Danıştay, idarenin kusuru bulunmadığı tespitini yaptıktan sonra üretimden sonra teslim aşamasında gerçekleşme ihtimali bulunduğu, dolayısıyla "... davacının, okulda verilen yemekten zehirlendiği açık olup, idarenin bu zararın oluşumunda *doğrudan bir katkısı bulunmamakla birlikte*, olay nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği ..." sonucuna vararak idareyi kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminata mahkum etmiştir⁷⁹.

Okul ortamında meydana gelen ve yukarıda yer verilen kararlardan farklı olarak, zarar görenin öğretmen olduğu bir olayda Danıştay, idarenin hizmet kusuru bulunduğunu kabul ederek kusurlu sorumluluğuna hükmetmiştir. Öğretmenin bir öğrenci velisi tarafından darp edilmesi olayında Danıştay, "Bu durumda, davalı idare tarafından yürütülen kamu hizmetinin işleyişi esnasında, kamu hizmetinin bir gereği olarak idarenin hizmetin işleyişini kontrol etme, gerekli güvenlik önlemlerini alma görevinin yerine getirilmediği anlaşılmakta olup meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin hizmet kusurunun ..." bulunduğunu sonucuna vararak idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmetmiştir⁸⁰.

Diğer taraftan şunu da belirtmeliyiz ki idarenin okul alanında denetim ve gözetim yükümlülüğünü gerçek manada yerine getirmediği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda Danıştay, kusurlu sorumluluk kurallarına göre idarenin sorumluluğu sonucuna ulaşmaktadır. Örneğin ders saatleri içerisinde derste olması gereken öğrencinin bir şekilde derste bulunmayarak okul dışına çıkmasına engel olunamaması nedeniyle oluşan zararda hizmet kusuru varlığı Danıştay tarafından kabul edilmiştir⁸¹. Yine okul müdürü tarafından dövülmek suretiyle kol kırılması olayında, personelinin eğitim ve yetiştirilmesi noktasında önleyici tedbir almaması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmetmiştir⁸².

2. Okul Alanında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Danıştay Kararlarında Yer Alan Sorumluluk Koşulları ve Dayanağı

Danıştay idarenin okul alanında meydana gelen zararlardan sorumluluğunu, eski tarihli bazı istisna kararlar haricinde, kusursuz sorumluluk kapsamında kabul

⁷⁹ Danıştay 8.D, E.2015/7555, K.2015/11175, T.02.12.2015.

⁸⁰ Danıştay 8.D, E.2016/7570, K.2016/11924, T.30.12.2016.

⁸¹ Danıştay 8.D, E.2013/5743, K.2016/2796, T.21.03.2016.

⁸² Danıştay 8.D, E.2015/9520, K.2015/11180, T.02.12.2015.

etmektedir. Yani idarenin kusuru okul alanında meydana gelen zararlar için aranmaktadır. Danıştay'ın idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği ve yukarıda iki başlık altında verilen bu kararları, aynı sorumluluk sebeplerine dayanmaktadır.

Yukarıda yer verilen kararlar içeriğindeki, “doğrudan idarenin katkısı bulunmakla birlikte” veya “nedensellik bağı aranmadan” ifadelerinden anlaşılacağı üzere zararlar faaliyet arasında illiyet bağı aranmamaktadır. İdarenin okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle sorumluluğu, diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinden farklı olarak genel kural olan nedensellik bağından bağımsız kabul edilmektedir. Bu yönden nedensellik bağı aranmayan tek kusursuz sorumluluk nedeni olan sosyal risk ilkesine benzer bir kabul vardır.

Diğer bir koşul ise zararın idarenin faaliyet alanında ve faaliyetiyle ilgili olmasıdır. Bu husus, Danıştay kararlarında “ders saati içinde”, “okul saati içinde” veya “öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren” ifadeleri kullanılarak kabul edilmektedir.

Danıştay kararlarında özellikle vurgulandığı üzere idareye emanet edilen çocukların idarenin denetim ve gözetim görevini yapmaması sonucu zarar görmeleri nedeniyle kusursuz sorumluluk kabul edilmektedir. Bu ifadelerden, denetim ve gözetim görevinde bir eksikliğin bulunduğu varsayımı halinde idarenin okul alanında meydana gelen zararlarda kusursuz sorumluluğundan bahsedilebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim olaya müdahale ve sonrasındaki takip noktasında yukarıda yer verilen kararlarda da ifade edildiği gibi ya nöbetçi öğretmen ya da okul idaresi tarafından gerekli takip ve müdahale yapılması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilmemiştir.

Nihayet okul alanında meydana gelen zararlarda, sorumluluğun dayanağı olarak Danıştay kararlarında hukukun genel ilkeleri, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hak-niyet ve nesafet ilkeleri gösterilmektedir.

Danıştay bu kararları vermekle birlikte ilk derece idare mahkemeleri tarafından, doğduğu belirtilen zararın, “davacı öğrencinin ve arkadaşlarının kusurlarından kaynaklandığı”, “kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğu cihetine gitme olanağı bulunmadığı”, “zararla idarenin faaliyeti arsında nedensellik bağı bulunmadığı” gerekçeleriyle, açılan davaların reddedildiği görülmektedir⁸³. Bu kararlar Danıştay tarafından bozalsa da idarenin mali sorumluluğuna ilişkin genel kurallara göre ilk derece mahkemeleri karar gerekçeleri doğrusu isabetsiz de değildir.

⁸³ İstanbul 10. İdare Mahkemesi, E.2008/91, K.2009/222, T.29.01.2009; Rize İdare Mahkemesi, E.2012/145, K.2012/436, T.05.07.2012; Erzurum 1. İdare Mahkemesi, E.2013/736, K.2013/1341 T.19.12.2013; Malatya İdare Mahkemesi, E.2013/1325, K.2014/717, T.13.06.2014; İzmir 1. İdare Mahkemesi, E.2007/550, K.2008/561, T.25.04.2008.

C. DANIŞTAY KARARLARININ KLASİK KUSURSUZ SORUMLULUK İLKELERİNE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Koşullar bakımından

Okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin Danıştay kararlarında, yukarıda yer verilen koşulların bazıları yönünden klasik kusursuz sorumluluk ilkelerinden fedakarlığın denkleştirilmesi, bazıları yönünden ise risk ilkesine yakın bir kusursuz sorumluluk kapsamı kabul edildiği izlenmektedir.

Danıştay'ın bu kararlarında “kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği”, “hukukun genel ilkeleri ile hak ve nesafet ilkeleri gereği sorumluluk” denilmekle fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine yakın bir kusursuz sorumluluk kabul edildiği anlaşılmıştır. Şöyle ki fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinden farklı bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde idarenin kamu yararına yönelik olarak gerçekleştirdiği belirli bir faaliyeti bulunmaktadır ve bu faaliyet nedeniyle bazı kişi veya kişiler zarar görmektedir. Bu zarar özel bir zarardır ve doğrudan idarenin faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Ancak okul alanında meydana gelen zararlarda çoğu kez üçüncü bir kişinin fiili nedeniyle zarar ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kullanılan ifadeler haricinde okul alanında meydana gelen zarar nedeniyle kabul edilen kusursuz sorumluluğun fedakarlığın denkleştirilmesi veya kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesiyle bir benzerliği bulunmamaktadır.

Diğer yandan nedensellik bağı aranmaması, kararlarda önleme yükümünden bahsedilmesi ve idarenin faaliyetinden kaynaklanmaması yönünden ise sosyal risk ilkesi benzeri bir kusursuz sorumluluğun kabul edildiği akla gelmektedir. Ancak sosyal risk ilkesinde de Danıştay kararlarında belirtildiği üzere, “toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların” söz konusu olması gerekir⁸⁴. Yine sosyal risk ilkesi, asıl hedefi toplum veya devlet olan⁸⁵ toplumsal kargaşa veya terör nedeniyle zarar gören bu olaylara toplumun bir ferdi olması nedeniyle maruz kalanların zararını tazmin edilmesini öngören⁸⁶ bir kusursuz sorumluluk ilkesidir. Danıştay kararlarında okul alanında meydana gelen zararların tek bir kişiye yüklenmesinin hakkaniyet ve adaletle bağdaşmayacağına ilişkin bir ifade kullanmakta ise de bu zararlar toplumsal risk taşımayan bir ortamda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla sosyal risk ilkesine göre kusursuz sorumluluk nedeniyle de uyuşmayan bir sorumluluk tipi ortaya çıkmaktadır.

⁸⁴ Danıştay 8.D, E.2016/7570, K.2016/11924, T.30.12.2016.

⁸⁵ Danıştay 10.D, E.2009/7159, K.2014/1117, T.07.04.2014.

⁸⁶ Bahtiyar Akyılmaz, ‘Sosyal Risk ve Uygulama Alanı’ (2004) IX(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 189.

Danıştay sosyal risk ilkesi için açık bir şekilde⁸⁷ “... terör olaylarını *önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen* idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.” ifadelerini kullanmaktadır. Bu karar ve benzer kararlarda Danıştay, “önlemekle yükümlü olup önleyemeyen idare” ifadesini sosyal risk ilkesi için kullanmaktadır. Danıştay aynı şekilde okul alanında oluşan zararlar için de idarenin “önlemekle yükümlü olup önleyemediği” zararları tazminle yükümlü olduğu ifadelerini kullanmaktadır. Her iki durumda da bu yaklaşımı göstermesi, Danıştay’ın, bu tarz bir yükümlülük varsayımı kabul edilebilen durumları sosyal risk olarak kabul ettiği, böyle bir yönelim gösterdiği de düşünülebilir. Yahut doktrinde de belirtildiği gibi bütün kamu hizmetlerinde belirli bir riskin mündemiç olduğu⁸⁸ zımnı kabulünden hareketle Danıştay tarafından, bütün kamu faaliyetleri içerisinde gerçekleşecek özel ve olağanüstü nitelikli bütün zararlar için sosyal risk durumunun varlığının kabul edilebileceği izlenimi uyanmaktadır.

2. Okul Alanında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi

Öncelikle şunu söyleyebiliriz ki Danıştay, önüne gelen uyuşmazlıklarda, belli bazı kurallar çerçevesinde hareket etmek yerine olayın veya zararın niteliğine göre farklı farklı kararlar verebilmektedir⁸⁹. Bilindiği üzere idare hukuku bir içtihat hukukudur. İchtihatlar sayesinde idare hukuku gelişir ve zenginleşir. Doktrin de yeni ve değişik uyuşmazlıklara ilişkin yargısal kararların teorisinin oluşmasına katkıda bulunur. Okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin olaylarda da yeni yeni içtihat oluşmakla birlikte konu henüz doktrin ilgisini çekmemiştir⁹⁰.

Okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle kusursuz sorumluluk, Danıştay kararlarının aksine, idarenin faaliyetlerinden bağımsız *hakkaniyet gereği* bir kusursuz sorumluluk türü olarak kabul edilemez. Çünkü ortada hakkaniyet veya külfetler karşısında eşitlik gereği kusursuz sorumluluğu gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Hakkaniyetten bahsedilebilmesi için, ortada idari faaliyetten kaynaklı kişi veya kişiler için özel bir külfet olması ve bu külfete katlanan kişi veya kişilere karşı diğer vatandaşların yüküm altına girmesi durumu doğması gerekmektedir. Yine Danıştay tarafından bu kararlarında kullanılan *topluma pay edilmesinin hakkaniyet gereği* olduğuna ilişkin ifade, diğer pek çok durumda zarar gören bireylerin de zararının idarece

⁸⁷ Danıştay 10.D, E.2010/16558, K.2014/2119, T.07.04.2014.

⁸⁸ Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu* (1973) 146.

⁸⁹ Gözübüyük ve Tan (n 8) 751.

⁹⁰ Nitekim sağlık hizmetlerinden kaynaklı kusurlu sorumluluk, sosyal risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluk veya deprem nedeniyle sorumluluk hakkında çokça bildiri, makale ve kitap bulunmaktadır. Örneğin, Kahraman Berk, ‘Deprem ve İdarenin Sorumluluğu’ (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi, 610-620; Meltem Kutlu, ‘Deprem ve İdarenin Sorumluluğu’ (1999) (34) AİD 15-27 ; Mustafa Avcı, ‘Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu’ (2012) (1) Ankara Barosu Dergisi 107, 105-140.

karşılanması sonucunu doğurabilir. Örneğin adi bir suç mağduru olanların⁹¹, evi veya işyeri soyulanların da zararları hakkaniyet gereği tazmini cihetine gidilmelidir. Zira bu durumda da kamu gücü, mağdur olanların, bu mağduriyetlerini *önleyememiştir*. Hatta bu mağduriyete neden olan kişiler yakalanamamış veya zarar giderilememiştir.

Danıştay genel olarak kusursuz sorumluluğa ilişkin davalarda ve özelde okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle kusursuz sorumlulukta, “hukukun genel ilkeleri ile hak ve nesafet kuralları gereğidir⁹²” veya “kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereğidir⁹³” ifadelerini kullanmaktadır. Doktrinde adalet, hakkaniyet, nesafet gibi kavramların duygusal ifadeler olduğu ve psikolojik etken olabilecek bu ifadelerin kusursuz sorumluluk sebebi olarak esas alınmasının da yerinde olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır⁹⁴. Danıştay’ın idarenin mali sorumluluğu için sıkça kullanmış olduğu adalet, hakkaniyet ve nesafet gibi kavramların idari sorumluluk nedenlerinde bulunmakla beraber hukuk ilkesi veya tabiri olmadıkları için kullanılamayacağı da aynı yazar tarafından savunulmuştur⁹⁵. Gerçekten hakkaniyet ve nesafet gibi objektif kritere dayandırılmayan, vicdani kanaate göre değişebilecek durumlar için idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilir ve hükmedilmektedir.

Doktrinde bir yazar tarafından kusur aranmayan risk ilkesi nedeniyle sorumluluk alanının genişlemesi hususu dikkate alınarak, bu genişlemeye çözüm aranmıştır⁹⁶. Bu yazara göre risk ilkesi gereği sorumlulukta ilkelerin, vasıfların yerli yerince belirtilmesi halinde kendiliğinden nihayetsiz bir genişlemeye engel konulmuş olacaktır. Özellikle zarar niteliyesiyle risk ilkesi diğer sorumluluk ilkelerinden ayrılacaktır. Zararın kişiye özel olması yanında özel bir zarar olması, yani olağan hayatın akışı dışında bir olağanüstülük arz etmesi gerekmektedir. Bütün toplumu ilgilendiren veya ilgilendirmesi muhtemel sıradan zararlar sosyal risk ilkesi gereği sorumluluğun kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu zarar özel bir zarar olsa bile sıradan sayılabilecek ve tüm topluma yansımaları olabilecek bir zararsa tazmin cihetine gidilmeyecektir.

Okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin olaylarda aslında idari faaliyetle zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Çünkü ortada idarenin faaliyetinden doğan bir zarar bulunmamaktadır. İdari faaliyet, Danıştay tarafından, “idarenin işlevi sırasındaki, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyetlerini (fizik alanında görülen iş, hareket,

⁹¹ Gözler (n 22) 1135.

⁹² Danıştay 8.D, E.2010/940, K.2012/10038, T.04.12.2012; Danıştay 8.D, E.2009/615, K.2011/6305, T.05.12.2011.

⁹³ Danıştay 8.D, E.2001/1439, K.2001/2817, T.05.06.2001, Danıştay 8.D, E.2012/9218, K.2016/2532, T.14.03.2016.

⁹⁴ Duran (n 1) 50.

⁹⁵ ibid 48.

⁹⁶ Paul Duez, *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti* (Çev. İbrahim Senil, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1950), 58-59.

tutum ve çalışmalar) veya hareketsiz kalmasını anlatır⁹⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. İhmal veya hareketsiz kalma durumu ise idarenin yapması gereken bir hareketi yapmaması durumunda söz konusu olabilecektir. Bu halde okul alanında meydana gelen zararlarda idarenin ihmalden de bahsedilemeyecektir. Çünkü idarenin, faaliyet alanı içerisinde bulunması gayet normal olan eğitim araç ve gereçlerinin kullanımını nedeniyle ihmali söz konusu olamayacaktır. Bu olaylarda görülen silgi, kalem atılması veya kapı koluna çarpma gibi kazalarda nedensellik bağı bulunmadığı gibi, hizmet kusurundan da bahsedilemeyeceği açıktır. Gerçekten idarenin ne kalem ve silgiyi yasaklamak ne de bütün öğrencilerin başına bir gözetmen koymak veya koysa bile bu kazaları engellemek gibi bir ihtimali bulunmamaktadır. Bunun yanında çoğu kez de faili bilinen üçüncü kişinin fiili söz konusudur. Bu fiiller de sosyal risk ilkesinde olduğu gibi devlet veya toplumu hedef alan nitelikli değildir. Dolayısıyla okul alanında meydana gelen zararlardan sorumluluk nedensellik bağı aranabilecek bir sorumluluk değildir.

İdarenin sorumluluğu için aranan temel unsurlardan olan illiyet bağının bulunmaması ve dolayısıyla aranmaması ayrı bir sorun yaratmaktadır. Bilindiği üzere idarenin sorumluluğunda illiyet bağının aranmaması sosyal risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluk durumunda söz konusu olabilmektedir. Sosyal risk ilkesi, ciddi toplumsal risk nedeniyle oluşan zararlarda idarenin faaliyetiyle zarar arasında illiyet bağı olmasa dahi kusursuz sorumluluğu öngörmektedir. Danıştay, okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle sorumluluğu da nedensellik bağına ilişkin genel kuraldan istisna tutmaktadır. Ancak toplumsal nitelikteki risk ile okulda meydana gelen sıradan vakanın da aynı şekilde değerlendirilerek nedensellik bağından soyutlanması sorumluluk hukuku bakımından genel çerçeveyi zorlayan, hatta sarsan bir durum doğurmuştur. Okul alanında meydana gelen zararlar, yukarıda yer verilen doktrin görüşünde⁹⁸ belirtilen zararın niteliğinin özel bir zarar olmak yanında sıradanlığı da aşması gereğini tam anlamıyla karşılayamamaktadır. Yani okul alanında meydana gelen zararların, tüm topluma yansıtılması gereği bu teorik temelde mümkün olamamaktadır. Yine sosyal risk ilkesi gereği sorumlulukta nedensellik bağı aranmaması doktrinde eleştirilmektedir. Kusurlu sorumluluğa göre kusursuz sorumlulukta kusur aranmadığı için idarenin sorumluluğunu tayinde nedensellik bağı yegane unsur olduğundan bahisle nedensellik bağının kaldırılmasının hukuki bir yönü bulunmadığı ileri sürülmektedir⁹⁹. Aynı eleştiriler okulda meydana gelen zararlar nedeniyle kabul edilen kusursuz sorumluluk için de ileri sürülebilir.

Öte yandan, Danıştay'ın hiçbir ayırım yapmayarak iki öğrenci arasında gerçekleşen silgi atma, şakalaşma gibi fiiller ile belirli bir oranda risk de içeren yemek

⁹⁷ Danıştay 10.D, E.2010/16558, K.2014/2119, T.07.04.2014.

⁹⁸ Düzler (n 96) 58-59.

⁹⁹ Gözler (n 22) 1133; Akylmaz (n 86) 192; Çağlayan 'Risk İlkesi...' (n 22) 489.

zehirlenmesi, içinde kusur içeren bıçaklama olaylarını aynı şekilde değerlendirmesi, aynı ifadelerle tazminata hükmetmesi olayların ağırlığı ve içerdiği riskler bakımından isabetli değildir. Gerçekten kusursuz sorumluluk düşüncesinin dayanağı olan toplumsal yaşam ve bu yaşam dolayısıyla elde edilen yararlar nedeniyle tüm toplumun sorumluluğu düşüncesi aslında yemek zehirlenmesi ve bıçaklama olaylarında halen caridir. Hatta yemek zehirlenmesi ve bıçaklama olayında idareye atfi kabil bir kusurdan dahi bahsedilebilir. Ancak öğrenciler arasında meydana gelen, toplumsal bir yönü ve riski olmayan vakıaların, ciddi risk içeren yemek zehirlenmesi olayıyla aynı şekilde nitelendirilmesi kavram ve kapsam tutarsızlığına ve karmaşasına neden olmaktadır.

Aslında bu olaylarda okul alanında bulunan veya bulunabilecek şeyler veya kişiler ile okul ortamında bulunamayacak şeyler veya kişilerin durumuna göre kusurlu veya kusursuz sorumluluğa gidilebilirdi. Şöyle ki bir öğrenci veya bir veli, araç ve gereç olarak kalem veya silginin okul ortamında bulunması doğal bir durumdur. Dolayısıyla bu kişi veya araç ve gerecin yer aldığı olaylarda Danıştay tarafından, bu farkındalıkla idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde karar verilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak okul ortamına yabancı kişi veya aletlerin bu ortamda bulunması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna rahatlıkla gidilebilir. Okula yabancı bir kişinin okul bahçesinde bir öğrenci veya öğretmene zarar vermesi veya okulda bulunamayacak bıçak, silah gibi araçlarla meydana gelecek zararlarda idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilebilecektir. Ancak Danıştay’ın maalesef böyle bir ayrıma gitmediği kararlarında gözlenmektedir.

Diğer öğrenciler tarafından gerçekleştirilen fiiller nedeniyle ise Medeni Kanun’un 369. maddesi kapsamında aile reisi sorumluluğu kapsamında hukuki çareler aranabilir. Medeni Kanun’un 369. maddesi uyarınca ev başkanı, ailesindeki küçük, kısıtlı, akıl hastalığı veya zayıflığı bulunan bireylerinin kendisine veya çevresine zarar vermemesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Ev başkanı alışılmış şekilde gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi oluşan zararı engelleyemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Yargıtay’ın, Danıştay’ın hiç dikkate almadığı ev başkanlığı müessesesini işleterek ev başkanının sorumluluğuna hükmettiği görülmektedir. Bu kararlarda, yatılı okul gibi uzun süreli, denetim ve gözetimin tamamen idareye ait olduğu durumlar hariç, günün belirli bir saatinde okula gönderilen çocuklar için sorumluluğun okul idaresine ait olmayacağı, fakat aile başkanının sorumluluğunun devam edeceğine hükmedilmiştir. Örneğin, “günün belli saatlerinde okula giden çocuğun yetiştirilmesi, gözetilip denetlenmesi okul idaresine ait olmayıp, MK’nun 369. maddesi gereğince aile başkanının görevi içindedir. Aile başkanının görevi kesintiye uğramamakta, çocuğun günlük olarak yetiştirilmesi sürdürülmektedir. Bu durumda aile başkanı olarak davalıların

sorumlulukları devam” ettiğine karar vermiştir¹⁰⁰. Diğer bir kararda¹⁰¹, öğrenciyle ev başkanı arasında bağımlılık ilişkisinin koştuğu sırada ev başkanının sorumluluğunun kalkacağı, bağımlılık ilişkisinin hangi hallerde kesileceğinin ise somut olaya göre değerlendirileceği, bir öğrencinin yatılı okula verildiğinde bağımlılık ilişkisinin kesileceğinin Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği ifade edilmiştir. Somut olayda başka bir öğrencinin yüzüne cam fırlatarak görme yetisini kaybetmesine neden olan öğrenci velisinin, fiili bağımlılık ilişkisinin kesildiğinden bahisle sorumlu tutulmamasının düşünülemeyeceği, mahkemece bilirkişi yardımıyla somut olayın özellikleri ve çocuğun yetiştirilmesi hususunda ev başkanının bir eksikliği bulunup bulunmadığına göre karar verileceğine hükmetmiştir. Kanaatimizce Danıştay’ın da somut olayın durumuna göre araştırma yapmak suretiyle karar vermesi gerekmektedir. Olayın gelişimi, çocuğun yaşı ve olayda kullanılan nesneye göre değerlendirme yapılarak idarenin sorumluluğuna doğrudan hükmedilmeyebilir. Nitekim eski bir kararında Danıştay, bir öğrencinin sopa ile vurması nedeniyle başka bir öğrencinin gözünün sakatlanması olayında, üçüncü kişinin eyleminin illiyet bağıni kesecek nitelikte olduğunu kabul ederek idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir¹⁰².

Yukarıda yer verilen, bir öğretmene yönelik öğrenci velisinin gerçekleştirdiği fiil nedeniyle gerçekleşen ölüm olayında Danıştay idareyi kusurlu sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutmuştur. Bu kararda Danıştay, faili belli üçüncü bir kişinin fiili nedeniyle okulda meydana gelen ve zarar mağduru öğrenci olan davalardan farklı olarak idarenin gerekli kontrol ve güvenliği sağlayamamasını esas alarak kusurlu sorumluluğa gitmiştir. Danıştay tarafından böyle bir ayrıma gidilmesi bizi, diğer vakalardan farklı olarak mağdurun öğretmen olması veya fiilin okul dışından bir şahıs olan veli tarafından gerçekleştirilmesini dikkate almaya itmektir. Ancak veli de tıpkı diğer öğrenciler gibi aslında okulun bir parçası olup bu kararlar diğer kararlar arasında bir uyumsuzluk olduğu söylenebilir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus da Danıştay’ın gerekli denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararları tazminle yükümlü tutmasıdır. İdarenin sunmuş olduğu bir hizmette eksiklik veya aksaklık bulunması durumunda bunun açık bir hizmet kusuru olacağı izahtan varestedir. Ancak Danıştay aynı karar içinde denetim ve gözetim görevini yerine getirmeme ve kusursuz sorumluluk kavramlarını birlikte kullanmaktan imtina etmemektedir. Nitekim Danıştay aynı ifadeleri sosyal risk ilkesi için de kullanarak kusursuz sorumluluğa hükmetmektedir.

¹⁰⁰ Yargıtay 3. HD, E.2009/3866, K.2009/4264, T.17.03.2009.

¹⁰¹ Yargıtay HGK, E.2004/4-642, K.2004/648, T.08.12.2004.

¹⁰² Danıştay 12.D, E.1972/1339, K.1973/1228, T.18.4.1973, *Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C: II*, 302. Işıklar (n 29) 148’den naklen.

Gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi ifadesi, çok genel bir ifade olması nedeniyle idarenin bütün eylem ve işlemlerine bu gerekçeyle kusur izafe edilebilir¹⁰³. Gerçekten gerekli dikkat ve özeni göstermemek bir kusurun varlığını gösterir. Böyle bir durum ise bütün bir sorumluluk hukukunu etkileyebilecektir. Diğer taraftan kusursuz sorumluluk nedeni olarak önlemekle yükümlü olduğu ancak önleyemediği ifadesi de aynı şekilde, faaliyet alanıyla ilgili birçok vaktada nedensellik bağı olmadan kolayca idarenin kusursuz sorumluluğuna neden olabilecektir. Trafiğe çıkan kişilere ilişkin gerekli denetimi yapması, yolların daha iyi standartlarda yapılması, statlara holiganların girmesi veya piyasaya giren ürünlerin denetimi ve benzeri idarenin pek çok önleme yükümünden bahsedilebilir. Aynı şekilde salgın hastalıklar nedeniyle de meydana gelebilecek zararlarda idarenin önleme yükümünden bahsedilebilir. Danıştay kararlarında yer bulan “önlemekle yükümlü olduğu halde önleyememe” varsayımsal durumu nedeniyle oluşan zararlardan kaynaklı kusursuz sorumluluk hali çoğaltılabilir. Dolayısıyla varsayımsal gözetleme ve denetleme yükümüne kusursuz sorumluluk dayandırılmaz.

Kanaatimizce okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle Danıştay’ın vermiş olduğu kararlarda dayanan kusursuz sorumluluk, mevcut kabul edilen kusursuz sorumluluk ilkelerinden hiçbirisiyle uyuşmamaktadır. Çünkü bu kararların dış veya üçüncü etkenlerden kaynaklanan bir kısmı (yemek zehirlenmesi, bıçaklama gibi) yukarıda izah edildiği üzere aslında idarenin kusurlu sorumluluğuna dayandırılacak olaylardır. Okul alanında meydana gelen zararların diğer öğrencilerden kaynaklanması durumu da mevcut kusursuz sorumluluk ilkelerinden herhangi birisiyle bağdaşmamaktadır. Bu durumda okul alanında meydana gelen zararlar için klasik kusursuz sorumluluk ilke ve kurallarıyla değil de mevcut duruma uygun ilke ve kurallarla mümkünse tazmin yoluna başvurulmalıdır. Aksi durum idarenin mali sorumluluğuna ilişkin ilkelerin taşıyıcı ve hukuki olmaktan uzak kararlarla kusursuz sorumluluğa hükmedilmesi sonucunu doğuracaktır.

Diğer yandan mağdurun çocuk olması nedeniyle Danıştay’ın böyle bir içtihatla bulunduğu düşünülse de bu kez akla diğer çocukların uğradığı zararlar gelecektir. Şöyle ki Anayasa’nın 41. maddesi gereği aile ve çocuklar için devletin koruma ve gözetim yükümü bulunmaktadır. Yine Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde taraf devletlere yüklenen çocuğun yüksek yararını korumak için sorumluluklar vardır¹⁰⁴. Okul alanında meydana gelen zararların kusursuz sorumluluk

¹⁰³ Nitekim doktrinde, bu ifadelerin kullandığı sosyal risk ilkesi nedeniyle sorumluluğu kusurlu sorumluluk olarak değerlendiren bir görüş bulunmaktadır. Bkz. Günday (n 5) 381.

¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 29.11.1989 tarihinde kabul edilen sözleşmenin 3. maddesinde, “... 2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar. 3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarla konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.” hükümleri bulunmaktadır. Bu sözleşme devlete çocukların bakım ve korunmasında sorumluluklar yüklemekte olup eğitim hizmetinin bakım ve koruma hizmeti kapsamında bir yüküm olup olmayacağı tartışılabilir. Bu sözleşme 4058 sayılı Onay Kanunu ile TBMM’de onanmış, 11.12.1994 gün ve 22138 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu sözleşmede çocukların yaşama hakkı, gelişme hakkı, korunma hakkı, katılma hakkı olarak devletlere sorumluluklar yüklemektedir. Ayrıntı için bkz. Sevil Lale Kurt, ‘Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması’ (2016) 16(36) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 99, 111 vd.

kapsamında Anayasal ilke ve BM Sözleşmesi nedeniyle karşılanması gerektiğinin kabulü diğer bütün çocukların her türlü bakım ve gözetimiyle ilgili idarenin sorumluluğu sonucunu doğuracaktır. Ancak bunun fiiliyatta mümkün olmaması nedeniyle bir şekilde mağdur ve yokluk içerisindeki çocuklar açısından eşitsizlikler doğması kaçınılmazdır.

Yine özel öğretim kurumlarında eğitim gören çocuklar için durum devlet okullarında okuyan öğrencilerden farklı olacaktır. Özel öğretim kurumlarında meydana gelebilecek benzer vakıalar için tazmin talebi adli yargı mercileri önünde ileri sürülebilecektir. Bu zararlara ilişkin özel hukuk kapsamında tazmin şartları aranacak ve Danıştay tarafından kabul edilenin aksine zarar tazmini mümkün olmaması durumunda çocuklar açısından gerçek bir ayırım oluşacaktır.

Genel olarak da devletin her türlü anayasal vazifesini yerine getirmesindeki eksikliğinden bahisle idarelerin başkaca vakıalarda kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesine kadar kapsam genişleyebilir. Nitekim bu yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay, “T.C. Anayasası’nın 56. maddesinde, devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevli olduğu”nu belirttiikten sonra trafik kazası ve sonrasında yapılan müdahaleleri bu görev kapsamında değerlendirebilmiştir¹⁰⁵.

Nihayet elbette çocukların mağduriyeti nedeniyle ortaya bir zararın çıkması üzücü bir durumdur. Ancak üzücü bir durumun telafisi hukuk aleminde kabul edilen belli bazı kuralların işletilmesi yoluyla mümkün kılınmalıdır.

3. Okul Alanında Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk ve İdarenin Mali Sorumluluğuna İlişkin Bazı Düşünceler

İdarenin mali sorumluluğuna ilişkin son yıllarda Danıştay kararlarında ve doktrinde farklı yaklaşımlar gözlemlenmektedir. Danıştay kararlarından ve doktrindeki bu yaklaşımlardan anlaşılacağı üzere giderek daha çok zarar gören lehine bir sorumluluk anlayışı ortaya çıktığı söylenebilir.

Danıştay’ın eski yaklaşımına göre kusurlu sorumluluk olarak kabul ettiği ve ağır kusur aradığı sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan zararlar için ağır kusur yaklaşımı dahi yavaş yavaş değişmekte ve bu anlayış yerini normal hizmet kusuruna bırakmaktadır¹⁰⁶. Doktrinde de sağlık hizmetlerinin, “...Belli bir takım *doğal mesleki riskler taşıdığından*, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, *özellikle de sosyal risk ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır*. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde

¹⁰⁵ Danıştay 10.D, E.1998/7215, K.2001/1531, T.24.04.2001.

¹⁰⁶ Akgül (n 17) 279.

risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır¹⁰⁷ görüşüyle kusursuz sorumluluğa kaydırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşten başka sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmininde de kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiği¹⁰⁸ ve ağır kusur aranmasının günümüz sorumluluk düşüncesiyle bağdaşmadığı¹⁰⁹ yönünde düşünceler de bulunmaktadır¹¹⁰. Fransa’da da sağlık hizmetlerinin sunumu sonrasında kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiştir¹¹¹.

Danıştay okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin kararlarında idarenin önlemekle yükümlü olduğu ancak önleyemediği zararlar ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade, sağlık hizmeti alanında mümkün olan tedbirlerin alınmasına rağmen önlenemeyen zararların sosyal risk ilkesine kaydırılması şeklindeki doktrin görüşünü hatırlatmakta ve Danıştay’ın da bu noktada sosyal risk ilkesine yakın bir anlayışı benimsediği anlaşılmaktadır. Denilebilir ki, Danıştay’ın bu içtihadı, dayanağı farklı olmakla birlikte illiyet bağı aranmaması ve toplumsallığı nedeniyle sosyal risk ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bir içtihatır. Nihayet kamu düzenine karşı faaliyetler veya terör gibi nedenler artık sosyal risk ilkesinin tek başına dayanağı olarak kabul edilmeyecek, idari faaliyetle nedensellik bağı bulunmayan okul alanında meydana gelen zararlar gibi toplumsallığı olan başkaca olaylar nedeniyle sosyal risk kapsamı daha da genişleyecektir.

Öte yandan, okul alanında eğitim hizmetlerinden kaynaklı sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ilkesine dayandıran Danıştay’ın, sağlık hizmetlerinin sunumunda meydana gelen zararlar için kusurlu sorumluluk ilkesinden vazgeçmemesi belirli bir tercih sonucu olsa gerektir. Kanaatimizce bu noktada Danıştay’ı etkileyen bir sebep, sağlık alanında meydana gelen zararların özel ve olağandışı nitelikli olmaması ve hemen herkese yansıyor oluşudur. Yine sağlık hizmetlerinin sunumu ülkemiz açısından imkanlar ve koşullar bakımından sıkıntılı olduğu açıktır¹¹². Bu durum değişirse, yani sağlık hizmetlerinde belirli bir standart yakalanabilir ve bu noktadaki zararlar da istisna ve olağandışı bir hal alırsa Danıştay’ın sağlık hizmetlerindeki sorumluluk yaklaşımının kusursuz sorumluluğa kayması muhtemeldir.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun dayanağı, toplumsal yaşamın ve idarenin etkinliklerinin tehlikeler içermesi, zararın, zarar gören kişinin omuzlarında bırakılmayıp, toplumun diğer bireylerine paylaştırılması, “*halktan toplanan vergilerle beslenen*

¹⁰⁷ Sait Güran, ‘Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu’ (1982) (46-47) Danıştay Dergisi 16, 21-22.

¹⁰⁸ Bereket Baş (n 17) 82-83.

¹⁰⁹ Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 34.

¹¹⁰ Benzer bir görüş için bkz. Gürsel Kaplan, ‘İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler’ (2004) (19) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi (Kitap:1) 173, 195; Akgül (n 17) 287.

¹¹¹ Atay, Odabaşı ve Gökcan (n 2) 33.

¹¹² Nitekim Danıştayca sağlık hizmetleri için ülkemizin önemli ve acil çözüm bekleyen temel sorunlarından biri şeklinde nitelendirmeleri bulunmaktadır. Danıştay 6. D., 15.05.2014 tarih ve E:2013/7998, K:2014/3784 numaralı kararı.

devlet hazinesinden ödettirilmesi, külfetlerin dengelenmesi” yoluyla giderilmesi düşüncesidir¹¹³. Bu düşünce kusursuz sorumluluğun daha geniş düşünülebilmesine imkan sağlamaktadır. Daha geniş bir düşünce ise idarenin sorumluluğunun zarar veren sorumluluğu nedeniyle tazminattan ziyade “*dayanışma tazminatı*” gibi bir anlayışa götürmektedir. Böyle bir tazminat ise yukarıda kusursuz sorumluluğun dayanağı bahsinde yer verildiği üzere hukuk devleti ilkesi gereği sorumluluk nedeniyle ödenmesi gereken tazminatı aşarak, sosyal devlet kapsamında bir sosyal ödeme halini alır. Yani hukuki bir edim değil fakat, sosyal bir edim olarak devlete bu borç yüklenmektedir. Sosyal devlet ilkesi, idarenin mali imkanları ölçüsünde uygulanabilirlik kazandıkça idarenin sorumluluk çerçevesinin de genişleyeceği ifade edilmiştir¹¹⁴. Devletin sorumluluğu düşüncesi hukuk devletine dayanır ve bu sorumluluk mutlaktır. Devletin toplumdaki mağdur ve mazlum bireylerini koruma ve destekleme yükümü sosyal devlet gereğidir ve ancak bu yüküm mutlak değil, Anayasa’nın 65. maddesinde belirtildiği gibi imkanlar ölçüsündedir¹¹⁵. Nihayet okullarda meydana gelen zararlardan ötürü devletin sorumluluğu yukarıda izah edildiği gibi yerleşik kusursuz sorumluluk ilkelerinden hiçbirisine uymamaktadır. Bu sorumluluk, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasına ilişkin sorumluluğun temeli olan hukuk devleti¹¹⁶ ilkesi gereği sorumluluktan ziyade, toplumun fertlerinden zarar gören bazılarının desteklenmesi suretiyle tazmini düşüncesini taşıyan sosyal devlet gereği bir sorumluluktur. İster hukuk devleti ilkesi gereği sorumluluk ister sosyal devlet gereği dayanışma sorumluluğu olsun amaç bozulan dengenin sağlanması, yani adalettir. Adalet ise sosyal devleti gerekli kılar ve dolayısıyla sosyal devlet de amaçlanan hukuk devletini sağlar¹¹⁷.

Toplumsal yaşam nedeniyle gerçekleşen özel, istisnai ve olağan dışı zararların karşılanmasının, toplumsal denge açısından da olumlu katkıları olabilecektir. Bu ise gerçekten refah düzeyi yüksek toplumlarda söz konusu olabilecek bir durum olup her toplumun kendi şartlarına göre bu durumu değerlendirmesi gerekmektedir. Nitekim idarenin mali sorumluluğu hukuk devletini gerçekleştirme aracı olarak görülürken diğer taraftan medeniyet seviyesini de gösterir¹¹⁸. Halen ülkemizdeki mevcut koşullar açısından ise Danıştay’ın toplumsal refah ve sosyal dayanışma bilincine göre süreç içerisinde kusursuz sorumluluğa ilişkin yaklaşımlarını farklılaştırabileceği ve geliştirebileceği açıktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki sorumluluk bilinci ve dayanışma düzeyi henüz yeterince gelişmemiş toplumlarda idarenin mali sorumluluğunun böyle genişletilmesi, toplumsal dengeye değil bilakis dengesizliklere neden olabilecektir.

¹¹³ Azrak (n 43) 138.

¹¹⁴ Yıldızhan Yayla, ‘İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep’ in *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Fakülteler Matbaası 1980) 47.

¹¹⁵ Anayasanın 65. maddesinde, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, ... mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” kuralı bulunmaktadır.

¹¹⁶ Ozansoy (n 13) 29 vd.

¹¹⁷ İl Han Özyay, *Günüşünde Yönetim* (3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 80 vd.

¹¹⁸ Yaşar (n 38) 207.

Nihayet okul alanındaki zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunun, atipik bir kusursuz sorumluluk nedeni olduğu görülmektedir. Bu sorumluluk, toplum halinde yaşamının doğurduğu, özel ve istisnai bir zarar gören vatandaşların, bu zararlarının sosyal risk ilkesine benzer, bir nevi “dayanışma” nedeniyle sosyal devlet ilkesi gereği karşılanmasını öngören kusursuz sorumluluk olarak kabul edilebilir.

SONUÇ

İdarenin mali sorumluluğu idari yargı içtihatlarıyla gelişmiş ve belirli bir çerçeveye oturmuştur. İdarenin eylem ve işlem kapsamının genişlemesi, bu eylem ve işlemlerin etki alanının da genişlemesi sonucunu doğurduğundan, sorumluluğunun da artmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla dinamik bir hukuk dalı olan İdare Hukuku'nun alt konusu olan idarenin sorumluluğunda da belirli bir dinamizm varlığı kabul edilmelidir.

İdarenin mali sorumluluğu konusunda yargı içtihatları ve doktrinin de katkısıyla belirli bir sistematığe ulaşılmıştır. Ancak bu sistematığı zorlayan ve bozabilecek yeni durum ve içtihatların da oluştuğu söylenebilir. Okul alanında meydana gelen zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunda risk ilkesinde ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerinde kabul edilen durum ve koşulların harman edildiği yeni bir içtihat söz konusudur.

Bu içtihadın yerleşik kusursuz sorumluluk durumlarından hiç birisine uymadığı görülmektedir. Ancak bu uyuşmama durumu idari yargıyı karşılaşılan yeni olay ve sorunlar karşısında çekimsizliğe itmemelidir. Yeni olay ve sorunlar üzerinde çözüm aranırken de yine tutarsızlığa düşmeden hukuka uygun çözümler üretilmelidir. Okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin Danıştay kararlarına odaklandığımız çalışmamızda, halihazırda bulunan çözümün kendi içerisinde tutarlı olduğu ancak idarenin genel kusursuz sorumluluğuna ilişkin genel ilkelerle çok da uyuşmadığı ortadadır. Bu içtihat, idari faaliyetlerin doğrudan sonucu olmasa da bu faaliyetler kapsamında oluşan zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunda ciddi bir artışa neden olabilecektir. Her ne kadar Danıştay kararlarında kamu külfetleri karşısında eşitlik, adalet, hakkaniyet ve nesafet kuralları, okul alanında meydana gelen kusursuz sorumluluğa dayanak olarak gösterilse de bu sayılanlar dahil kusursuz sorumluluğa ilişkin hiçbir temel teoriye dayandırılmayan okul alanında meydana gelen zararlara ilişkin Danıştay içtihadı kusursuz sorumluluk teorisini kanaatimizce sarsmıştır.

Öte yandan klasik kusursuz sorumluluk ilkeleriyle uyuşmaması nedeniyle atipik bir nitelik gösteren okul alanında meydana gelen zararlar için idarenin sorumsuzluğu düşüncesinde de değiliz. Ancak bu sorumluluk klasik kusursuz sorumluluk ilkelerinin kavram ve kuramlarına dayandırılmayacak bir sorumluluk durumudur ve sonuçta farklı bir teoriye ihtiyaç duymaktadır. Kanaatimizce toplumsallıktan kaynaklı bazı zararların, yine toplumsallığın devamı için idarenin herhangi bir faaliyeti

bulunmasa dahi kusursuz sorumluluk kapsamında zamanla idarece karşılanması, bir toplumsal dayanışma tazminatı sorumluluğu kapsamında söz konusu olabilecektir. Bu sorumluluk hakkaniyet ve adalet için değil, fakat bozulan denge ve toplumsal dayanışma nedeniyle kabul edilebilecektir. Ancak bu durum belli seviyede toplumsal refahın bulunması ve dayanışma bilincinin artması halinde mümkün olabileceği için şu aşamada ülkemizde pek de uygulanabilir gözükmemektedir. Zira en azından mevcut refah seviyesinin çok iyi olmaması nedeniyle, idarenin dayanışma nitelikli kusursuz sorumluluk sebebiyle tazminata mahkum edilmesi, bozulan toplumsal dengeyi sağlamayacak bilakis toplumsal dengenin daha sarsılmasına neden olabilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Akgül A, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı' (2016) XX(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 269-302.
- Akyılmaz B, 'Sosyal Risk ve Uygulama Alanı' (2004) IX(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 185-211.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2016).
- Atay EE, Odabaşı H ve Gökcan HT, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayınları 2003).
- Avcı M, 'Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu' (2012) (1) Ankara Barosu Dergisi, 107-140.
- Azrak AÜ, 'İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na göre Kusursuz Sorumluluğu' in *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (12-13 Mayıs 1979 1980).
- Balta TB, *İdare Hukukuna Giriş* (1970).
- Başpınar R, 'Tam Yargı Davaları' in *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (1986).
- Bereket Baş Z, 'Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu' in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu* (Danıştay Matbaası 2004).
- Berk K, 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğu' (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi.
- Çağlayan R, 'Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi' in *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009*, 452 <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_22.pdf> Erişim Tarihi 23.02.2019.
- Çağlayan R, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (Adil Yayınevi 2007).
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017).
- Delcros X and Delcros B, *Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu* (Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Danıştay Yayınları, No.39 1984).
- Duez P, *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti* (Çev. İbrahim Senil, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1950).
- Duran L, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri- Sorumluluğa Yol Açan Olgular* (TODAİE Yayınları, No.138 1974).
- Eroğlu Durkal M, 'İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli' (2019) XXIII(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159-189.
- Esin Y, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu* (1973).
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt II* (İkinci Baskı, Ekin Kitabevi 2009).
- Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi 2013).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj Yayıncılık 2013).
- Güran S, 'Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu' (1982) (46-47) Danıştay Dergisi, 16-22.
- Güran S, 'İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler' (1979) 9(34-35) Danıştay Dergisi, 58-65.
- Huber ER ve Ansay T, 'Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet' (1970) 27(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27-51.

- Işıklar C, 'Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller' (2019) 4(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 115-158.
- Kaplan G, 'İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler' (2004) (19) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi (Kitap:1), 173-199.
- Kutlu M, 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğu' (1999) (34) AİD, 15-27.
- Kurt SL, 'Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması' (2016) 16(36) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 99-127.
- Ozansoy C, 'Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989).
- Özay İ, *Günüşiğında Yönetim* (3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi 2017).
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin Yayınları 2017).
- Özgüldür S, *Tam Yargı Davaları* (Yetkin Yayınları 1996).
- Sarıca R, 'Hizmet Kusuru ve Karakterleri' (1949) XV(4) İÜHFİM, 858-895.
- Yaşar HN, 'İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler' (2008) LXVI(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 201-220.
- Yayla A, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Yayla Y, 'İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep' in *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Fakülteler Matbaası 1980).
- Yücesan AS, 'İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009).
- Zeybek AC, 'Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri' (1988) 18(68-69) Danıştay Dergisi, 46-109.



Yenileme Alanlarında Kentsel Dönüşüme Uygulanabilecek Temel İlkeler Dair Bir Değerlendirme

An Assessment About Basic Principles That Apply to Urban Transformation in Renewal Areas

Zeynep Çelik Gülseven*

Öz

Kentsel dönüşüm uygulamasının, kültür ve tabiat varlıkları korumasına tabi olan yenileme alanları üzerinde gerçekleştirilmesi, 5366 sayılı Kanunla yasal dayanak bularak hukuken meşruiyet kazanmıştır. İlgili kanunla, yenileme alanlarının tespiti, teknik altyapı ve yapısal standartlarının belirlenmesi, projelerin oluşturulması, uygulama, örgütlenme, yönetim, denetim, katılım ve kullanıma ilişkin usul ve esaslar düzenlenerek kentsel dönüşüm mümkün hale gelmiştir. Ancak mezkur kanuni düzenlemeye rağmen her iki kavramın sahip olduğu farklı hukuki zeminler ve uygulamada gerçekleşmesi muhtemel ihtilaflar dikkate alındığında ilkeler üzerinden bütüncül bir değerlendirme yapılmasının gerekli olduğu düşünülmüştür.

Bu kapsamda, gerek kültür tabiat varlıklarını koruma hukuku gerekse de kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin temel ilkeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak tüm ilkelere değinmenin mümkün olmadığı anlaşılmış olup yenileme alanlarında gerçekleşecek dönüşüme uygulanabilir ve özgülüğe sahip önemli ilkeler tercih edilmiştir. Çalışmamızda bu ilkeler, “kentsel dönüşümün ikincilliği”, “sosyal dokunun ve yaşam biçimlerinin korunması”, “dönüşümün çok boyutluluğu”, “süreklilik/sürdürülebilirlik”, “yerinde dönüşüm”, “önce zarar vermeme”, “koruma kullanma dengesinin sağlanması” olarak tercih edilmiştir.

Öte yandan özünde tartışmalı olan kentsel dönüşüm uygulamasının yenileme alanlarında gerçekleştirilmesi, başlı başına ihtilaflı kabul edildiğinden içerik ve konunun özgülüğü dikkate alınarak ilkeler üzerinden sağlıklı bir değerlendirme yapılması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle uygulamanın, her iki alanı da kapsayan ve uygulama açısından bütüncül ve çok boyutlu bir sonuç doğuracak ilkeler ile değerlendirilerek adeta sınırlandırılması halinde yenileme alanlarının hususiyetine sadık kalılabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Kentsel Dönüşüm • Yenileme Alanları • Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hukuku • İlkeler

Abstract

The implementation of urban transformation on renewal areas subject to the protection of cultural and natural assets has been legally legitimized by finding a legal basis with Law No. 5366. With the relevant law, urban regeneration became possible by regulating the procedures and principles related to the determination of the areas, technical infrastructure and structural standards, creation of projects, implementation, organization, management, supervision, participation and

* Sorumlu Yazar: Zeynep Çelik Gülseven (Arş. Gör.), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: zcgulseven@ticaret.edu.tr ORCID: 0000-0002-9546-4857

Atf: Çelik Gökseven, Z., “Yenileme Alanlarında Kentsel Dönüşüme Uygulanabilecek Temel İlkeler Dair Bir Değerlendirme” (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 79. <https://doi.org/10.26650/ihid.19.004>



utilization. However, despite the aforementioned legal regulation, thinking about the different legal grounds of both concepts and possible disputes in practice, it is considered necessary to make a holistic evaluation based on the principles.

In this context, after an evaluation has been made within the framework of both the law of protection of cultural natural assets and the basic principles of urban transformation practices, it is understood that it is not possible to refer to all principles. Therefore, important principles that are applicable and original to the transformation in the renovation areas have been preferred. In our study, these principles are preferred as "secondariness of urban transformation", "protection of social fabric and lifestyles", "multidimensionality of transformation", "continuity/sustainability", "onsite transformation", "do not to harm first" and "to maintain balance of protection".

Moreover, since the realization of urban transformation in renewable areas is considered to be disputed in itself, it is so important to make a healthy evaluation based on the principles considering the content and originality of the subject. For this reason, if the application is evaluated and limited by the principles covering both areas and having a holistic and multi-dimensional result in terms of application, it will be possible to stick to the characteristics of the renovation areas.

Keywords

Urban Transformation • Renewal Areas • Law of Protection of Cultural and Natural Properties • Principles

GİRİŞ

Birçok uygarlığın beşiği kabul edilen ülkemiz, önemli tarihi ve kültürel varlıkları bünyesinde barındırmakta olup bu minvalde, taşıdığı değer ve kültürel varlıkların korunması, insanlık tarihi ve kültürü bakımından oldukça büyük bir kıymet arz etmektedir¹. Ancak doğal afetler, sosyo-ekonomik gelişmeler, özellikle 1950’li yıllardan sonra, köylerden kentlere yaşanan hızlı göç ve bu göçle gelen nüfus artışı, kentleşme ve sanayileşmenin yaygınlaşması gibi nedenler, kentlerin giderek terk edilmesine ve tarihi yapı ve alanların olumsuz etkilenmesine yol açmıştır². Bu durum, tarihi sit alanları ve kültür varlıklarına ilişkin bir dönüşüm ihtiyacını doğurmuştur. Bu süreçte ortaya çıkan tabloda, maalesef ki tarihi ve kültürel varlıkların özellikleri nedeniyle zamana yenilmemeleri beklenecekken; eskiden vazgeçme şeklinde bir uygulama karşımıza çıkmaktadır³.

Hızlı göçün neden olduğu düzensiz yapılaşma süreci, sadece plansız şehirleşmeye sebep olmakla kalmayıp kültür ve tabiat varlıklarını da büyük tahribata uğrattığından, bu alanların ve yapıların korunması, ihyası ve yaşatılmasına yönelik özel bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun ve ikincil düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Kentsel dönüşümü bu alanlara özgü bir anlayışla ele alan bu kanunla, yenileme alanlarının tespiti, teknik altyapı ve yapısal standartların belirlenmesi, projelerin oluşturulması, uygulama, örgütlenme, yönetim, denetim, katılım ve kullanıma ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş ve yenileme alanlarında kentsel dönüşüm mümkün hale gelmiştir⁴.

Bu kapsamda, yenileme alanı ve kentsel dönüşüm kavramlarının birbirinden bağımsız veya ayrı ayrı ele alınmaları yerine bir arada değerlendirilmelerinin konunun bütünlüğü açısından daha uygun olacağı düşüncesiyle, çalışmamızda bu kavramlar bir arada kullanılmıştır. Bu birliktelik, iki kavramın özellikleri gereği birbirine aykırı görünse de gerek dayandıkları hukuki zemin gerekse de uygulamaya dönük yüzleri ve farklılıkları dikkate alınarak ilkeler üzerinden, bütüncül bir usulle değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bu çerçevede işbu çalışmada, kültür ve tabiat varlıklarını koruma hukukunun konusu olan yenileme alanları, bu koruma üzerine tesis edilen sistemin getirdiği ilkeler ile idarenin takdir yetkisinde olan “dönüştürme/yenilenme/değiştirme” odaklı kentsel dönüşüm uygulamalarındaki temel ilkelerin ‘yenileme alanları’ için uygulanabilirliği

¹ Celal Erkut, ‘Kültürel Mirasın Korunması Hukuku’ in *Prof. Dr. Yıldızhan Yayla’ya Armağan* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003) 285.

² Aydın Gülan, ‘Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları’ in *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan C. 2* (Vedat Kitapçılık 2009) 1956.

³ ibid 1956.

⁴ Murat Saraç, *Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar* (Adalet Yayınevi 2015) 85.

konusu tartışılacaktır⁵. Elbette ki her çalışmada olduğu gibi bu çalışmada da bir kısıt bulunmakta olup, gerek çalışmanın hacmi gerekse de konunun esasından uzaklaşmama amacıyla, mezkur iki alandaki tüm ilkelere değil kentsel dönüşümüne konu yenileme alanları için etkisi daha açık olan ilkelere ağırlık verilmiştir. Dolayısıyla, çalışmamızda, her idari faaliyet bakımından geçerli olabilecek hukukun genel ilkeleri, imar hukuku ve idare hukuku ilkelerinden ancak konu bakımından özellik arz edenler ile yenileme alanlarındaki kentsel dönüşüm uygulamalarına özgü ilkeler üzerinde durulacaktır.

Bu kapsamda kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin temel ilkeler olarak kabul edilen; “kentsel dönüşümün ikincilliği”, “sosyal dokunun ve yaşam biçimlerinin korunması”, “dönüşümün çok boyutluluğu”, “süreklilik/sürdürülebilirlik”, “yerinde dönüşüm” ilkeleri konuya özgü boyutuyla incelenecek ayrıca, yine konuyla ilişkisi göz önüne alınarak “önce zarar vermeme”, “koruma kullanma dengesinin sağlanması” ilkeleri üzerinde durulacaktır. Elbette ki kültür varlıklarının korunması bakımından, “tescilli esere saygı gösterilmesi ilkesi” gibi başkaca ilkeler de bulunmakta; ancak bu ilkelerin yukarıda da ifade edildiği üzere, konuya “özgün” bir yönünün bulunmaması nedeniyle incelenen ilkeler arasında yer almamaktadır. Tekrar ifade etmek gerekir ki; çalışmada ayrıca yer verilmeyen bu ilkeler de kentsel dönüşüm uygulamalarında göz önünde bulundurulacak; fakat mezkur uygulamalar bakımından bir özgünlük taşımadığı düşünülerek ayrıca incelenmeyecektir.

Netice olarak, yenileme alanlarında kentsel dönüşümüne ilişkin özel sınırlar ve ilkelerin, kentsel dönüşüm mevzuatı çerçevesinde tespiti ve konunun ‘özde’ perspektif ile incelenmesi ve yenileme alanında gerçek anlamda bir kentsel dönüşüm uygulaması olup olamayacağı sorusuna ilkeler ışığında cevap verilmesi, bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda, ilk bölümde çalışma konumuz olan yenileme alanına, yenileme alanında kentsel dönüşüm uygulamasına ve bu alanlarda kentsel dönüşüm yapılmasına ilişkin mevzuat da göz önünde bulundurularak kavram ve uygulama üzerinden kısaca yer verilecektir. İkinci bölümde yenileme alanlarının niteliği ve kentsel dönüşümün özellikleri bir araya geldiğinde -6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁶ uygulaması hariç tutularak- işbu alanlara ilişkin uygulanması gereken ilkeler ile bunların uygulama alanı ile bağlantısı hakkında bilgi verilecektir. Son bölümde ise, bu ilkeler kapsamında konuya üst bir bakış ile bakılarak bütüncül bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

⁵ Melikşah Yasin, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu’ (2005) (60) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105, 110.

⁶ 31.05.2012 tarih, 28309 sayılı RG.

1. GENEL OLARAK YENİLEME ALANLARINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM

5366 sayılı Kanun'da, 'yenileme alanı' doğrudan yer alan bir kavram olup, bir sit veya koruma alanının bütünlük içinde korunma önceliklerine göre korunmasını ifade etmektedir⁷. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin⁸ (Uygulama Yönetmeliği olarak anılacaktır) 4/f maddesinde ise yenileme alanları, 'sit ve koruma alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının içinde, sınırları yetkili idarenin teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'na kabul edilerek belirlenen alanlar' şeklinde tanımlanmaktadır⁹. Dolayısıyla yenileme alanı, kentsel sit ve diğer koruma alanı çeşitlerinden farklı olup tüm koruma alanlarını içine alan, bütüncül bir çerçeve çizmektedir.

Öte yandan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda doğrudan yenileme kavramı kullanılmamakla birlikte kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunması, Belediye açısından hem bir görev¹⁰ hem de kentsel dönüşüm çerçevesinde aktif yürütülen bir kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir¹¹. Nitekim 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile yenileme alanlarındaki kentsel dönüşüm uygulamaları yapabilmek için belediyeler gibi bazı yetkili kuruluşlara, özel kanun atıfları ve sınırlamalarla bağlı olmak kaydıyla yetki verilmiş, 5366 sayılı Kanunla ise esas tablo ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda, kanun ve yönetmelikte nelerin yenileme alanına tabi olduğuna ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmadığı dikkate alınarak bu hususta idarenin takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir¹². Yine de bir sınırlandırma yapmak gerekirse, yenileme alanı olarak ilan edilecek alanlar, kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı

⁷ Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 191.

⁸ 14.12.2005 tarih, 26023 sayılı RG.

⁹ Mezkur yönetmelikte, yenileme alanlarının yanı sıra, avan projesi, uygulama projesi, yenileme etapları da tanımlanmış olup işbu çalışma kapsamını aşacak mahiyette olduğundan burada yer verilmemiştir.

¹⁰ 5395 sayılı Kanun, m.14/b: '...kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir...'

¹¹ 5395 sayılı Kanun, m.73/1: 'Belediye, belediye meclisi kararıyla; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir. Bir alanın kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilebilmesi için yukarıda sayılan hususlardan birinin veya bir kaçının gerçekleşmesi ve bu alanın belediye veya mücavir alan sınırları içerisinde bulunması şarttır. Ancak, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve (Değişik ibare : 6306 - 16.5.2012 / m.17) "yapılabilmesi için ilgili belediyenin talebi ve Cumhurbaşkanınca bu yönde karar alınması şarttır."

¹² Yasin, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki ...' (n 5) 117.

üzere ancak sit alanı¹³ ve koruma alanları olabilecek ve ancak üzerinde yapı veya yapı benzeri (yıkıntı, kalıntı, harabe, kulübe vb.) bulunması halinde 5366 sayılı Kanun'un uygulamasına tabi olabilecektir¹⁴. Dolayısıyla uygulanacak her işlemin, amaç yönünden ussal veya savunulabilir olması da meşruiyet açısından ayrıca değerlendirilmelidir¹⁵. Bu minvalde yenileme alanlarında kentsel dönüşüm, 'yeniden geliştirme, yenileme, yeniden canlandırma, yeniden üretme kavramları ile tarif olunan kentsel dönüşümün tarihi, kültürel veya koruma konusu olan alanlara uygulanması' olarak kısaca tarif edilebilir.

2. YENİLEME ALANLARINDA KENTSEL DÖNÜŞÜME UYGULANABİLECEK TEMEL İLKELER

2.1. Çok Boyutluluk İlkesi

Taşınmaz kültür varlıklarının korunması ve yenileme alanlarında kentsel dönüşüm uygulamasında en önemli sorun, yapılacak uygulamaların sadece hukuki değil mimari, tarihi, arkeolojik, güzel sanatlar, şehircilik gibi birçok sosyal ve fenni alana yansımalarının bulunmasıdır¹⁶. Nitekim yenileme alanı, çok boyutlu bir alan olup buna ilişkin sorunların çözümünde de bir tek kaynak bulunmayacaktır¹⁷. Bu nedenle hukukun birçok alanı için salt hukuki bir değerlendirmenin yeterli olamayacağı aşikar iken, yenileme alanları gibi gerek kültür tabiat varlıkları hukuku gerek imar hukuku gerekse de kentsel dönüşüm hukuku ekseninde -üst başlık olarak idare hukuku ile ilişkili bir alanda- olmazsa olmaz prensip; çok boyutluluk ilkesidir. Nitekim bu ilke, yenileme alanı tanımından kentsel dönüşüm uygulamasına kadar usuli ve teorik çerçevede esas ve etkili bir role sahiptir. Ancak yenileme alanlarında kentsel dönüşüm

¹³ T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Toplantı No:60, 5.11.1999 Tarih, Karar No: 660, 5.11.1999 Tarihli İlke Kararı ("660 sayılı KYK Kararı" şeklinde metin içerisinde kısaltma yapılacaktır.) <<http://teftis.kulturuzturizm.gov.tr/TR-14330/660-nolu-ilke-karari-tasinmaz-kultur-varliklarinin-grup.html>> Erişim Tarihi 10.11.2018: "Yapılar kendi başlarına bir tarihi ve estetik değer taşımaları ya da kentlerin tarihi kimliğini oluşturan kentsel sitler iki gruba ayrılmıştır:1. Grup Yapılar: Toplumun maddi tarihini oluşturan kültür verileri içinde tarihsel, simgesel, anı ve estetik nitelikleriyle korunması zorunlu yapılardır. 2. Grup Yapılar: Kent ve çevre kimliğine katkıda bulunan kültür varlığı niteliğindeki yöresel yaşam biçimini yansıtan yapılardır."

¹⁴ Danıştay 14.D, E.2012/10367, K.2015/5564, T. 23.06.2015: "Dava; alanın Atatürk Orman Çiftliği Hayvanat Bahçesi Yenileme Alanı olarak kabul edilmesine dair Bakanlar Kurulu kararının iptali istemine ilişkindir... Karardan önce yapılaşmış olan mevcut hayvanat bahçesi arazisinin, yıpranmış ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş olması nedeniyle, yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması amacıyla yenileme alanı olarak kabul edilmesinde, hukuka aykırı bir yön görülmemiştir. Ancak, davaya konu kararla yenileme alanı olarak ilan edilen, mevcut hayvanat bahçesi arazisi dışındaki arazilerin üzerinde yapı bulunmaması karşısında, söz konusu arazilerin 5356 Sayılı Kanun kapsamında, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş, yeniden inşa ve restore edilmesi gereken yerler olarak kabul edilmesi hukuken olanaklı olmadığı ..." <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14d-2012-10367.htm&kw=yenileme+alanlar%C4%B1nda+kentsel+d%C3%B6n%C3%BCm%C5%9F%C3%BCm#fm>> Erişim Tarihi 12.12.2018.

¹⁵ Ruşen Keleş, *Kent, Kentsel Siyaset ve Çevre Yazıları (1993-2014)* (Arkeoloji ve Sanat Yayınları 2015) 365.

¹⁶ Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Washington Tüzüğü diye bilinen 'Tarihi Kentlerin ve Kentsel Alanların Korunması Tüzüğü'nde' tarihi kentlerin ve diğer tarihi kentsel alanların korunması, tutarlı olmalı ve bütüncül bir niteliğe sahip bulunmalıdır. Bu nitelikler, korunması istenen nitelikler, kentin veya kentsel alanın tarihi karakteri ile bu karakteri oluşturan maddi ve tinsel bileşenlerdir. Bu bileşenler ise, parsel ve sokakların tanımladığı kent dokuları, binalarla yeşil ve açık alanlar arasındaki ilişkiler, binaların ölçek, boyut, üslup, yapıım tekniği, kullanılan malzemeler, renk ve bezemeler ile tanımlanan biçimleri, iç ve dış görünüşleri, kent veya kentsel alanın doğal ve insan yapısı çevresi ile arasındaki ilişki ve kent veya kentsel alanın zaman içinde yüklediği değişik işlevler olarak ifade edilmiştir.

¹⁷ Aydın Gülan, 'Şehircilik Sorunlarının Ağırlaşmasında Hukukun Rolü Hakkında Düşünceler' (2011) 3(22) Sosyoloji Dergisi 295, 297 <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/4048>> Erişim Tarihi 25.01.2019.

uygulamalarının özelliği nedeniyle, sadece yenileme, sadece yıkım veya restorasyonla sınırlı olmadığı gibi tek bir mevzuat, ilke kararları veya 5366 sayılı Kanunla da sınırlı değildir. Ayrıca yenileme alanlarında kentsel dönüşüm uygulaması için bu ilkenin, koruma, yenileme, iyileştirme, yeni işlevler kazandırma¹⁸ gibi yöntemlerle uygulamaya yansması da çok boyutluluğun bir yansıması kabul edilebilecektir¹⁹.

Bu ilke ile izah edilmek istenen, birden fazla amaca sahip olan dönüşümün maksadı ne olursa olsun sonuçlarının sosyal, toplumsal, kültürel birçok etkiyle şehir hayatına yansıtacağı hususudur²⁰. Nitekim insanların yaşam alanları sadece bir arada yaşama konusu fiziksel mekanlar olmayıp, kente özgü sosyal, siyasal ve kültürel özellikler ile kente özgü estetik özellikler de taşıyarak çok boyutlu bir özellik göstermektedir²¹. Zaten kentsel dönüşüm uygulamaları, teknik olarak birçok boyuta (fiziksel, tasarım, sosyal, ekonomik, yasal)²² sahip olup, uygulama ile yeni durumda meydana gelecek değişikliklerin de, tarihi ve kültürel varlığın yaşatılması, dönüşümü avantajlı hale getirmesi, bölgenin yaşanabilirliğinin sağlanması için çok boyutlu olarak ele alınması gerekmektedir²³. Ayrıca kentin, değişim ve dönüşüm baskısının aşık olması, nüfusunun sürekli artması, ekonomisinin gelişmesi ve sunduğu hizmetler anlamında yaşadığı gelişmelerin olmasının yanı sıra, doğal afetler, eskime, deprem, yangın gibi sebeplerin de dönüşüm ihtiyacını ortaya koyması, dönüşüm ihtiyacının sonuçlarında görüldüğü üzere çok boyutluluğunu ortaya koymaktadır²⁴.

2.2. Sürdürülebilirlik İlkesi

Kent alanları için planlama, ileriye doğru bakmayı ve dolayısıyla üzerinde uzun döneme yayılacak gelişmeleri barındırmakta olup, uzun süreli ve sürdürülebilir olmayı gerektirir²⁵. Sürdürülebilirlik ilkesi ile kast edilen ise, hem kent planlaması hem de kentsel dönüşüm uygulamaları için gerekli hal ve koşullarda yani ihtiyaç halinde uygulama yapmaktır²⁶. Nitekim kent planlama yazınında esas, belirli bir zaman aralığında sürekli gerçekleşme üzerine kurulu bir süreklilik prensibi iken; kentsel dönüşüm, belirli bir zaman aralığında ekonomik, toplumsal, fiziksel ve çevresel çökme ve

¹⁸ Nitekim Süleymaniye yenileme projesinde, mekanın tarihi ve kültürel dokusuna uygun restore ve çalışmalar yapılırken sadece koruma ve canlandırma usulü değil konut işlevi de verilerek bu alanların yaşatılması için gerekli restorasyon, renovasyon ve ihya yöntemleri uygulanmış, konut dışı işlev verilen ve özgün mahalle-sokak dokusunun yer aldığı yapı adalarında konut işlevi de yer almıştır. Bu çerçevede, elbette eleştiriler mevcut olsa da kentsel dönüşümüne konu alanın, yenileme alanı olması ve vasıflarının bir arada tutulduğu çok boyutluluk prensine uygun bir uygulama gerçekleştirildiği söylenebilir.

¹⁹ Ruşen Keleş, *Kentleşme Politikası* (12. Bs., İmge Kitabevi 2012) 390.

²⁰ Melikşah Yasin, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 12-14.

²¹ Erol Kaya, *Kentleşme ve Kentleşme* (Genişletilmiş 2. Bs., Okutan Yayınları 2007) 35.

²² Sevdâ Kancafer Yurdakul, 'Kentsel Dönüşüm- Sürdürülebilirlik Bağlamında Fener Balat Yenileme Alanı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010) 6.

²³ ibid 5.

²⁴ İlhan Tekeli, *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm* (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2014) 272-273.

²⁵ Keleş, *Kentleşme ...* (n 19) 278.

²⁶ ibid 278.

bozulmaya karşı verilen bir cevap olarak görüldüğünden uygulamada, kesintisizlik veya hep devamlılık şeklinde gerçekleşmemiştir²⁷.

Bu nedenle kentin dönüşüm gerektiren alanlarındaki fiziksel unsurlarında olduğu gibi, yapılaşmayı oluşturan tarihi çevrelerinde bozulma olması halinin de dönüşümü gerektireceği aşikardır²⁸. Bu dönüşüme konu, korunması gerekli tarihsel alanların, yaşayan ve içinde bulundukları bölge veya kentin yaşam biçimine ve gelişimine katkıda bulunan çevreler olduğu düşünülürse, bu çevrelerin korunması ve dönüşümünde de sürdürülebilirlik önem kazanacaktır. Ayrıca bu ilke, kentsel dönüşümle olduğu kadar kültür ve tabiat varlıkları korunması hukuku ile de iç içe geçmiş olup, yargı kararlarına ve literatürel tanımlara (sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı benzeri kullanımlar çerçevesinde) dahi konu olmuştur²⁹.

Diğer yandan, 5366 sayılı Kanun'un genel gerekçeleri arasında, "Kanun ile tüm yerleşim alanlarının bilim, teknik ve sanat kurallarına uygun sürdürülebilir gelişme ilkesi doğrultusunda sağlıklı ve güvenli yaşam çevrelerinin oluşturulmasının amaçlandığı" açıklamasına yer verilerek suretiyle de süreklilik ilkesi vurgulanmıştır³⁰. İlgili yönetmelikle ise deprem, afet gibi risklere karşı tedbir alma veya şehrin veya bölgenin yıpranan özelliği nedeniyle koruma amaçlı yeniden inşa, restore ve benzeri uygulamaları amaç edinme³¹ rolü vurgulanarak bu dönüşümün başarılı olmasının tabii sonucu olarak sürekli olması da lüzumlu görülebilir. Nitekim Sayın Yasin'e göre sürdürülebilirliğin, 'tamamlanan projelerin bir devamlılık içinde başarıya ulaştırılması ve hedeflerin gerçekleştirilmesi ile dönüştürülen şehirlerin çevresel, kültürel ve tarihi değerleri ile geleceğe yaşanabilir şehirler olarak aktarılabilmesi' olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır³².

Bu kapsamda, yenileme alanlarındaki kentsel dönüşüm, kültürel mirasın geleceğe taşınabilmesi hedefiyle sürekli ve dengeli kalkınma için planlama sürecinin bir parçası hatta bir aracı olarak kabul edilebilir³³. Böylece değişim ve dönüşümün yaşandığı tarihî çevrelerde fiziksel ve sosyal yapının sürdürülebilirliği açısından koruma amaçlı çalışmaların önemi yeniden dikkate alınmalıdır³⁴. Nitekim tarihî çevreleri koruma ve yenilemede amaç; tarihsel ve kültürel sürekliliğin sağlanması, tarihî çevrenin çağdaş

²⁷ Z. Müge Akkar, 'Kentsel Dönüşüm Üzerine Batı'daki Kavramlar, Tanımlar, Süreçler ve Türkiye' (2006) (2) Planlama 29, 35 <http://www.spo.org.tr/resimler/ekler/2aee86157b4a40b_ek.pdf> Erişim Tarihi 17.01.2019.

²⁸ Kancafer Yurdakul (n 22) 26.

²⁹ Daniştay İDDK, YD İtiraz No. 2014/213, T. 30.04.2014, Nakleden: Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, *Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi (Açıklamalı-İçtihatlı)* (Adalet Yayınevi 2015) 315.

³⁰ <<https://www2.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 11.10.2018.

³¹ 5366 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği, madde 1.

³² Yasin, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin...' (n 20) 15.

³³ Kancafer Yurdakul (n 22) 26.

³⁴ Deniz Çelik ve Murat E. Yazgan, 'Kentsel Peyzaj Tasarımı Kapsamında Tarihi Çevre Korumaya Yönelik Yasa ve Yönetmeliklerin İrdelenmesi' (2007) 9(11) ZKÜ Bartın Orman Fakültesi Dergisi 1, 2 <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/470019>> Erişim Tarihi 21.12.2018.

yaşam koşulları doğrultusunda daha sağlıklı fakat kimliğini koruyarak canlandırılması, yapı stoku durumundaki tarihî yapıların değerlendirilmesi, kent peyzajının ve geleneksel yerleşim modelinin korunmasıdır.

Neticede yenileme alanları için sürdürülebilir dönüşümde esas, tükenmiş bölgeleri geri kazanmak ve o bölgede yaşayanlara daha sağlıklı bir yaşam alanı sunmaktır³⁵. Bu nedenle artan nüfus, hızlı kentleşme, yapıdaki bozulmalar ve tahripler gibi nedenlerle büyük zararlar görmekte olan yenileme alanlarının, sürdürülebilirlik ilkesi doğrultusunda sadece fizikî değil, sosyo-kültürel yapıyı da içine alan bütüncül bir koruma ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir³⁶. Dolayısıyla tarihi dokunun bir parçası olan yenileme alanları için³⁷ sürdürülebilirliği sağlarken bu bütünlük göz önüne alınarak ‘devamlı bir ihya’ hedefi ihtiyaç perspektifi ile gözden geçirilebilir.

2.3. İkincilik İlkesi

Anayasa’nın 63. maddesi³⁸ kapsamında idarenin yenileme alanlarındaki kültür ve tabiat varlıklarını koruması, anayasal bir görev olup, bu görev bir özel idari kolluk faaliyeti olarak kabul edilmektedir.³⁹ İdare bu görevini, korumanın yanı sıra ‘teşvik etme ve destekleme’ şeklinde gerçekleştirebilecekken⁴⁰, dönüşüm gerekmediğinin takdirinde ise başka bir koruma yöntemi seçebilir. 5366 sayılı Kanun ve bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin amacı bakımından da bölgenin gelişimine en uygun dönüşüm yöntemi seçilmesinin uygun usul olacağı dikkate alınarak, idarenin takdir yetkisini, yenilenerek kullanım veya sağlıklı yaşatma noktasında mezkur yapıların hususiyetlerine uygun değerlendirmeler yaparak -yani dönüşüm şart olmaksızın- gerçekleştirilebileceği düşünülebilir. Dolayısıyla birincil amaç, yenileme alanında kentsel dönüşüm yapmak veya belirlenemez, ölçülemez, sınırsız bir toprak kullanmak yetkisi vermek değil; olağan usulleri tükettikten sonra dönüşümün gerekip gerekmediğine karar vermektir⁴¹. Nitekim bu nedenle, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin özel düzenlemeleri doğrudan içeren 2863 sayılı Kanun ile yenileme alanlarının korunması en önce değerlendirilmeli, gerek görülmesi ve yasal koşulların oluşması halinde kentsel dönüşüme ilişkin mevzuata başvurulmalıdır.

³⁵ Pelin Pınar Özden, *Kentsel Yenileme* (İmge Kitabevi Yayınları 2008) 267.

³⁶ Kancafer Yurdakul (n 22) 28.

³⁷ Mehmet Akalın, ‘Kentsel Dönüşümün Karanlık Yüzü: Soylulaştırma, Yerinden Edilme ve Mekânsal Dışlanma’ (2016) 7(14) Bartın Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi 287, 290
<<http://iibfdergi.bartın.edu.tr/wp-content/uploads/2017/01/13-KentselDönüşümünKaranlık-Yüzü-Soylulaştırma-Yerinden-Edilme-veMekânsalDışlanma.pdf>> Erişim Tarihi 18.12.2018.

³⁸ 09.11.1982 tarih, 17863 sayılı RG. ile yayımlanan 1982 Anayasası madde 63: “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.” hükmünü haizdir.

³⁹ Gülün, ‘Tarihi ...’ (n 2) 1956.

⁴⁰ ibid 1957.

⁴¹ Keleş, *Kent ...* (n 15) 367.

Diğer yandan ikincillik ilkesi, kentsel dönüşümün olağanüstü bir yöntem olarak kabul edilmesi ve ancak olağan usullerin yetersiz kalması durumunda başvurulacak bir uygulama olması hali ile ilişkilidir⁴². Dolayısıyla gerek 6306 sayılı Kanun gerek 5366 sayılı kanunlar ile sair kentsel dönüşüm mevzuatı olarak tabir olunacak diğer hükümler de, bu ikincilliği ortaya koyarak, konunun bütüncül bir yaklaşımla ele alınmaması halinde yanlış sonuçlar doğuracak boşluklara sahip bulunduğunu delillendirmektedir. Yine yönetmelikte de ifade olunduğu üzere, mezkur alanlardaki kentsel dönüşüm uygulamasında amaç, birbirinden farklı birçok unsuru (kültür tabiat varlıklarını korumak, afet riskleri çerçevesinde tedbirler, yasadışı ve sağlıksız yapılaşma, eski kent parçalarından doğan sorunlar (yeniden inşa, restore, konut, ticaret sosyal donatı alanları oluşumu ihtiyacı vs.) barındırmakta; ancak yenileme alanlarına yapılan müdahalenin, korunma için kaçınılmaz ve bu nedenle kentsel dönüşümün adeta cerrahi bir müdahale olması gerektiğini aşıkâr kılmaktadır⁴³.

Diğer yandan mülkiyet hakkı ihlaline varabilecek, kamu-özel haklar çatışmasına yol açabilecek şekilde idarenin takdirini zorlayacak yetkilere dayalı mezkur uygulama ile, kamu yararı amacı mevcut olsa da ölçülülük sınırının aşılması halinde olumsuz örneklerle karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır. Bu doğrultuda verilen Fener-Ayvansaray yenileme projesine konu, meskun alana ilişkin yargı kararında, ilgili alanın acele kamulaştırma yoluyla yenileme alanı olarak belirlenmesinin tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği ayrıca acele kamulaştırma prosedürü için gerekli olan olağanüstü durum ve amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır⁴⁴. Ayrıca mezkur kararlar ortaya çıkan sonuca göre, yerinde dönüşüm ilkesinin ‘in situ’ prensibi çerçevesinde olmasa da, mülkiyet hakkına bakan yönüyle kıyas yoluyla değerlendirmeye de uygun olacağı düşünülebilir.

2.4. Önce Zarar Vermeme İlkesi

Önce zarar vermeme ilkesi, kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili alanlarda ‘zarar vermeden korunma’⁴⁵ prensibi olarak geçen ve ‘yıkılmadan koruma’ ile ‘en az müdahale ile koruma’ prensiplerini de kapsayan, içeriği oldukça geniş bir ilkedir⁴⁶. Bu ilke, 660 sayılı ilke kararında, ‘yapıların yıkılmadan korunmaları’ esasî şeklinde de

⁴² Yasin, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin...’ (n 20) 3.

⁴³ Gülan, ‘Tarihi...’ (n 2) 1953.

⁴⁴ Danıştay 6D, E.2012/6974, T. 30.05.2013 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/6d-2012-6974.htm>> Erişim Tarihi 17.12.2018.

⁴⁵ Bu ilke kendi içinde terim olarak anlatım bozukluğu içermekte olup, çalışmamızda yine de yer verilme sebebi, halihazırda basılı hemen bütün Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku konulu kitaplarda, mezkur ilkenin bu şekilde yer almasıdır.

⁴⁶ Kürşat Ersöz, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 43; Bu konuda yakın görüş için bkz. Oğuz Sancakdar, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım)* (Güncellenmiş 2. Bs., Seçkin Yayınları 2012) 424.

kabul edilmekte olup⁴⁷, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının maddi varlıklarından ziyade; teknik, yöntem ve becerileri kapsayan hususiyetleri nedeniyle asli halleriyle korunmasına dayanmaktadır⁴⁸. Nitekim yıkılmadan korunabilecek yapılar üzerinde gerçekleşecek müdahaleler, basit onarım, restorasyon (aslına zarar vermeden onarma işlemi), renovasyon (yenileme), restitüsyon (benzer yapılarla karşılaştırma ve tarihi belgelerden gelen bilgiler ışığında ihya)⁴⁹, rekonstrüksiyon (ihya) şeklinde uygulanmaktadır⁵⁰. Müdahalenin türü ise bu çerçevede yapılacak değerlendirme ve en az müdahalenin tercihe şayan olduğu bilgisiyle gerçekleştirilmelidir.

Bu ilkeye yönetsel açıdan bakıldığında, 5366 sayılı Kanun ve yönetmeliği ile çelişkili gibi görünse de aslında, yenileme alanlarının dönüşümüne usul ve amaç perspektifinden bakıldığında, yıkmadan uygulama ve önce zarar vermeden korumanın 5366 sayılı Kanun kapsamındaki kentsel dönüşüm için de geçerli olduğu anlaşılabilmektedir. Nitekim tarihi ve kültürel açıdan değerli ve tekrar yaşanabilecek nitelikte olan yapıların yenilenmesinde, yıkmadan yenileme uygulaması ile güçlendirme öncelikle amaçlanmakta, klasik dönüşüm projelerinden farklı olarak mekanın aslına sadık kalınarak yeniden koruma altına alma evvelce değerlendirilmektedir⁵¹. Ancak tehlike yaratan durumlar bu ilkeye istisna kabul edilmektedir⁵². Bu minvalde yenileme alanlarında gerçekleştirilecek kentsel dönüşüm uygulamasında, bu tehlike durumunun tespiti, teknik, fiziki, mimari gibi birçok boyutta değerlendirilerek raporlandırılmakta ve bu raporlar onay için koruma bölge kurullarına sunulmaktadır.

Bu ilke, özellikle bakım ve onarım konusunda temel bir ilke olup⁵³ yıkılacak şekilde tehlike yaratan (mail-i inhidam) yenileme alanı konusu taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin gerekli, fiziki ve güvenlik önlemlerinin idarece alınacağı, mal sahipleri ya da belediyelerce ileri sürülen bu yapıların yıkımı taleplerinin ancak koruma kurulunca önemli gerekçelerle onaylanabileceği hususu hükme bağlanmıştır⁵⁴. Bu gerekçeler, kamu yararı, güvenlik ve sair haklı nedenlere dayanmadıkça yıkım kararı alınmamalıdır⁵⁵. Aksi halde, tehlike oluşturduğu gerekçesiyle⁵⁶ yıkım taleplerinin

⁴⁷ T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Toplantı No:60, 5.11.1999 Tarih, Karar No: 660, 5.11.1999 Tarihli İlke Kararı ("660 sayılı KYK Kararı" şeklinde çalışmada kısaltma yapılacaktır.) <<https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14330/660-nolu-ilke-karari-tasinmaz-kultur-varliklarinin-grup-.html>> Erişim Tarihi 10.11.2018.

⁴⁸ Ersöz (n 46) 43.

⁴⁹ ibid 44.

⁵⁰ ibid 44.

⁵¹ Mehmet Emin Çakallı, *Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2015) 91.

⁵² Nurhan Yaprak, 'Kentsel Dönüşüm Yöntemleri', in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 155.

⁵³ Sancakdar (n 46) 419.

⁵⁴ 660 sayılı KYK İlke Kararı.

⁵⁵ Ersöz (n 46) 43.

⁵⁶ Tehlike oluşturumama diğer bir ifadeyle; kültür ve tabiat varlıklarının yıkılma, bozulma, tahrip, yok olma ve her ne suretle olursa olsun zarar görmeye izinsiz sebebiyet verme halinde ise "suç" oluşacağı hususu ve diğer cezai müeyyideler de 2863 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

artması, şehirlerin gerek tarihi özelliği gerekse de hususiyetinin zarar görmesine ve bozulmasına yol açacaktır⁵⁷. Bu kapsamda, kültür varlıklarına konu yapı ve alanlara, ayrı bir hukuki korunma verildiği aşıkâr olup bu korumanın daha çok ‘yıkımama-zarar vermeme’ prensibi üzerine inşa edildiği anlaşılabilir.

Yenileme alanlarında yapılan kentsel dönüşüme, 5366 sayılı Kanun’da belirtilen yetkili makamlarca karar verilmesi ve bu çerçevedeki projeye ilgili koruma bölge kurulunca (KBK) da uygunluk verilmesi için, yapılacak müdahale ile ilgili olarak (tür, usul vs.) bazı hususlara dikkat etmek gerekmektedir. Bu kapsamda, eserin proje hazırlama esasları doğrultusunda ve çağdaş teknikler kullanılarak tüm mevcut durumu yansıtan rölevesinin hazırlanması, taşıyıcı sistemi ve teknikler hususunda uzman statikerlerce etüt edilen ayrıntılı bir rapor (statik rapor) sunulması gerekmektedir⁵⁸. Ayrıca eserin tarihçesi çıkarılmalı, estetik özellikleri ve değeri ortaya konularak yasal statüsü de göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹. Eğer bu hallerde yapının yıkımı öngörülüyorsa yıkıma ilişkin gerekçelere de ayrıntılı şekilde yer verilmesi gerekmektedir⁶⁰.

Bu ilkenin sonuçları ve kapsamı nedeniyle maalesef ihlaline delil niteliğinde bir uygulama olarak ise; 5366 sayılı Kanun kapsamında Bakanlar Kurulu tarafından yenileme alanı ilan edilen Neslişah ve Hatice Sultan Mahalleri gösterilebilir⁶¹. Adı geçen mahallelerin afet riski içermesi, tarihi dokuyla uyum göstermeyen yapılaşmaya sahip olması, köhnemiş yapı stoku gibi nedenlerle mezkur bölgenin esasında korunması ve yenilenmesi gereken bir bölge olduğu aşıkâr olsa da, yenileme projelerinin fiziksel bir yenilemeden fazlasını içermek ve yıkıp yerine başka bir şey koymaktan ibaret olmaması gerekmektedir⁶². Mezkur uygulamada ise, yargılama süreci tamamlanıncaya kadar yenileme alanında mevcut tarihi ve kültürel dokuya ait yapılar yıkılarak, önce zarar vermeme prensibi doğrudan ihlal edilmiştir.

Perşembe Pazarı kentsel sit alanına ilişkin verilen yürütmeyi durdurma kararı ise, ‘yıkım aleyhine ve korunma lehine özelliği’ ile dikkat çekmekte olup kararda: *“Alanın sahip olduğu tarihsel ve kültürel değerın özel bir müdahale konusu edilmesinin koruma ilkelerinin (koruma eksenli sürdürülebilir bütüncül ilkeler) benimsendiği koşullarda, doğru bir planlama yaklaşımı olsa da yıkıp yeniden yapma süreçlerini içeren yenileme yaklaşımının yeterli bilimsel ve nesnel temellemeden yoksun olması halinde bir müdahale biçimi olarak kullanılmasının planlama esaslarına aykırı olacağına”* hükmedilerek kentsel yenileme kararının yürütmesinin durdurulmasına

⁵⁷ Sancakdar (n 46) 419.

⁵⁸ ibid 420-425.

⁵⁹ Mehpare Çaptuğ, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm* (Seçkin Yayıncılık, 2016) 44.

⁶⁰ İzmir 1 nolu KBK, 06.10.2005 Tarih, 868 Sayılı Karar, Nakleden: Sancakdar (n 46) 420.

⁶¹ Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (12 Levha Yayıncılık, 2014) 193.

⁶² Fethiye Nur Akkaya, ‘Uygulama Örnekleri: Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi’ in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 491.

karar verilmiştir⁶³. Dolayısıyla bu ilke özellikle, kültür varlıklarının yenileme süreçleri ve yenilemeden sonraki kullanımları (işlevleri) bakımından önem arz etmektedir. Bilhassa projelendirme, kanun başlığında geçen “koruyarak yenileme” de esasen bu önceliğe vurgu yapmakta ve olması gerekeni teorik düzlemde net şekilde ortaya koymaktadır.

2.5. Yerinde Dönüşüm İlkesi

Kentsel dönüşümde, genellikle belli taşınmazlar için belli bir alanda uygulama yapılması yoluyla yerinde dönüşümün getirdiği birtakım kolaylıklardan faydalanılırken özellikle malik statüsüne sahip hak sahibi kişilerin, değer kazanacak taşınmazlarını kaybetmeleri de engellenebilir⁶⁴. Ancak bu ilke, özellikle 6306 sayılı Kanun kapsamında uygulanacak kentsel dönüşümler için; yüksek maliyet, maliklerin talebi, deprem etüt veya eksper raporları neticesinde taşınmazın bulunduğu zeminin yapısı ve benzeri nedenlerle uygulanmayabilir⁶⁵.

Yenileme alanlarına konu dönüşüm uygulamalarında ise, mevcut taşınmaz kültür varlıklarının esasen bulunduğu yerde yenilerek korunması ve yaşatılması yöntemleri, eserlerin hususiyetleri dikkate alınarak öncelikle değerlendirilmelidir. Elbette bu varlıkların çevreleriyle birlikte korunmaları -aksi açık ve somut bir durumla tespit olunmadıkça- lüzumlu olup, nitekim bu varlıkların buldukları yerden koparılmaları⁶⁶ halinde tek başına ve korumadan eksik bir görünüm oluşabilecektir⁶⁷. Ancak mezkur kültür varlığının başka bir yere nakli gerekiyor (gereklilik halinin kesinliği, açıklığı ve gerekçelendirilebilirliği de göz önünde tutularak) ise, Koruma Bölge Kurullarının ‘uygundur’ görüşü ve gereken tedbirler ile yetkili idarece (uygulamada Kültür ve Turizm Bakanlığı gözetim ve denetimi ile) nakledilmesi de mümkündür⁶⁸. Bilhassa bu hal, gerçekten zaruret hali (teknik ve fiziki nedenler gibi) olmalı ve ilgili kültür varlığının zarar görmemesi için gerekli her türlü önlemin alınması esasına dayanmalıdır.

Kültür varlıkları açısından önem arz eden ICOMOS (International Council on Monuments and Sites), Arkeolojik Mirasın Korunması ve Yönetimi Tüzüğü’nde (madde 6) de belirtildiği üzere; anıt ve sitleri yerinde korumak kural olup, bu mirasın bazı öğelerinin yeni konumlara taşınması, mirasın özgün ortamında korunma kuralının

⁶³ Dan. İDDK, 10.11.2014 T., 2014/852 YD İtiraz No, Nakleden: Sezer ve Bilgin (n 29) 323.

⁶⁴ Yasin, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin...’ (n 20) 4-5.

⁶⁵ ibid 4-5.

⁶⁶ Şehrin özgünlüğü ve bulunduğu yerden ayrılmaması gereğine ilişkin özellikli unsurları ile ilgili olarak Bkz. Henri Lefebvre, *Şehir Hakkı* (Çev. Işık Ergüden, Sel Yayıncılık 2016) 82: ‘Şehrin, sözü (sokaklardan, meydanlardan, boşluklardan geçiş giden şey), dili (söylemlerde, jestlerde, giyimlerde, kelimelerde ve kelimelerin kent sakinlerince kullanımında), sembolik boyutu (anılar, boşluklar, meydan ve geniş caddelerde evreni, kainatı, toplumu veya devleti simgeleyen unsurlar) bulunmaktadır.’

⁶⁷ Çolak (n 7) 205.

⁶⁸ Sancakdar (n 46) 431.

ihlalini oluşturmaktadır⁶⁹. Bu tüzük, yenileme alanında kentsel dönüşümle doğrudan ilişkili olmamakla birlikte, yorum ve kıyas yoluyla değerlendirildiğinde yerinde korunmaya güzel bir örnek teşkil edecektir. Daha çok doğal ve arkeolojik sit alanlarının belirlenmesinde, yerinde korunma ilkesi ile karşılaşıldığı düşünülmekle birlikte, yenileme alanlarının özelliği ve KTVK ile bağlantısı kapsamında kentsel dönüşümde de bu ilkenin geçerli olacağı söylenebilir⁷⁰.

Öte yandan, dolaylı ilgisi nedeniyle taşınmazlardan kopan parçaların başka yerlere taşınarak ayrıca koruma talep edilmesi hususu da bu ilke ile bağlantılı olarak yasaklanmıştır⁷¹. Buna göre, yenileme alanlarındaki kentsel dönüşümüne konu taşınmazlardan kopan veya koparılan parçaların, ayrıca bir ‘eser niteliği’ mevcut olsa da bu durumun kötüye kullanılması hali göz önüne alınarak mezkur taşınmazın mütemimim cüz’ü olduğu kabul edilmelidir⁷². Konuya ilişkin 737 sayılı ilke kararı ile de, bu taşınmazlardan kopan parçaların, taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyonculuğu faaliyetine konu olduğunun anlaşılması üzerine bunların, koleksiyonculuk faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve söz konusu uygulamanın hukuken mümkün olmadığına karar verilmiştir⁷³.

Sonuç olarak bu ilke bağlamında, esasen 6306 sayılı Kanun ve diğer kanunlardan farklı olarak, ilkenin çok daha katı uygulanması gerektiği, taşınmanın ise ancak bir istisna olabileceği anlaşılacaktır. Nitekim sit alanı, yenileme alanı zaten belli bir coğrafi alanı da ifade ettiğinden tabiatı gereği “taşınarak dönüşüm” mümkün değildir. Örneğin; Süleymaniye mahallesi taşınmaz, taşınırsa zaten ne kadar Süleymaniye olur? Ayrıca taşınan varlıklar, Halfeti de olduğu gibi genellikle münferit kültür varlıklarıdır. Bu nedenle, yerinde dönüşüm ilkesi, diğer kentsel dönüşüm uygulamalarında (deprem riski, hatta şehir merkezlerinin seyrekleştirilmesi gibi nedenlerle) mümkün ve meşru iken yenileme alanlarının “başka yere taşınması” hem fiziki bakımdan hem de bu alanları oluşturan yapılan bütünlüğü, mekanlar ve coğrafyayla ilgisi bakımından imkansızdır.

2.6. Koruma Kullanma Dengesinin Sağlanması İlkesi

Ülkemizde yıllarca tarihi dokuya sahip olan alanlar, en kötü kullanımlara maruz kalmışlar, ticaret veya küçük sanatlara konu alanlar köhneleşerek deforme (Eminönü

⁶⁹ İşbu tüzük, Ekim 1990’da İsviçre’nin Lozan kentinde toplanan ICOMOS Genel Kurulu tarafından onaylanarak kabul edilmiştir. Arkeolojik Mirasın Korunması ve Yönetimi Tüzüğü (Çev. Zeynep Ahunbay, 2002) <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_0844861001353670083.pdf> Erişim Tarihi 03.12.2018.

⁷⁰ Ersöz (n 46) 42.

⁷¹ Koleksiyoner olarak kayıtlı kişilerin, tescilli eserden kopan veya koparılan bağımsız haliyle de “eser niteliğini” haiz taşınır için bkz. Danıştay 6.D, K. 2006/5193, T. 13.11.2006: “*Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına ait parçaların koleksiyon envanter defterine kaydedilemeyeceği yolunda tesis edilmiş dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği sonucuna varılmış ve Kültür Varlıkları Koleksiyoncuları Derneğinin açtığı dava reddedilmiştir.*” Nakleden: Sancaktar (n 46) 432.

⁷² ibid 432.

⁷³ T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Toplantı No:76, 01.11.2007 Tarih, Karar No: 737, 01.11.2007 Tarihli İlke Kararı, <<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/yazdir?C3E505114905B7B7E36F6950507E65CA>> Erişim tarihi 05.12.2018.

Hanlar bölgesi örneğinde olduğu gibi) edilmişlerdir⁷⁴. Oysaki bu alanlar için yapılması gereken bir husus da koruma kullanma dengesi ilkesine sadık kalınarak kentin özgünlüğünü muhafaza etmektir.

Bu minvalde, koruma-kullanma dengesi ile kastedilen özellikle kültürel bir varlığın korunmasında, özgün kullanım şekline uygun ve günlük hayattaki kullanımın varlığın özelliğine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesidir⁷⁵. Nitekim hukuka uygun olarak kazanılmış bir kullanımda değişiklik yapılması gerekliliği halinde, ilgili Koruma Bölge Kurulundan izin alınmaksızın fonksiyon değişikliği, alanın yeniden kullanıma açılması veya yeni ve farklı bir kullanım getirilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁶. Dolayısıyla bu ilkenin, neyin, nasıl korunacağı ve kullanılacağı sorusu ile ilgili olduğu söylenebilir⁷⁷. Bu ilke ile aranan unsur, kültür varlığının izole edilmesi, sadece müzelerde veya sit alanlarında korunması değil; aksine toplumsal hayata, varlığına uygun şekilde katılmasıdır. Nitekim kültür varlığının korunmanın en iyi yolu da ona toplum yaşamında bir işlev vermektir⁷⁸.

Bu ilke ile koruma ve kullanma dengesi, kültür varlığının kendi yapısına özgü şekilde değerlendirilmelidir⁷⁹. Örneğin tarihi süreçte dini bir mekan olarak (mescit, ibadethane, cemevi vs.) kullanılan taşınmazın günümüzde restore edilerek bir eğlence kulübüne çevrilmesi veya doğal güzelliği ile dikkat çeken, özel dokuya sahip sarkıtlardan (masif kalker, traverten vb. dokuda) oluşan mağaralar gibi tabiat varlıklarının çeşitli organizasyonlar için farklı konseptlerde kullanımı da, mezkur uygulamaların bu ilke ile örtüşüp örtüşmediği açısından tartışma konusu edilebilir.

5366 sayılı Kanun'da, yenileme alanlarında konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, bu bağlamda tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmiş⁸⁰; ancak 5366 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde yenileme projelerini karara bağlama hususunun Koruma Bölge Kurulu tarafından gerçekleştirileceği kabul

⁷⁴ Özden (n 35) 288.

⁷⁵ Ersöz, (n 46) 43.

⁷⁶ Çolak (n 7) 579.

⁷⁷ Sancakdar (n 46) 417.

⁷⁸ Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (3. bs., Seçkin Yayıncılık 2007) 49.

⁷⁹ Sancakdar (n 46) 418.

⁸⁰ Madde metni için bkz. 5366 sayılı Kanun madde 1: "Bu Kanunun amacı, büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri, il, ilçe belediyeleri ve nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerce ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerince, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasıdır.

Bu Kanun, yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda oluşturulacak olan yenileme alanlarının tespitine, teknik altyapı ve yapısal standartlarının belirlenmesine, projelerinin oluşturulmasına, uygulama, örgütlenme, yönetim, denetim, katılım ve kullanımına ilişkin usul ve esasları kapsar."

edilmiştir⁸¹. Burada iki hususa dikkat çekmekte fayda olacaktır. Birincisi işbu mevzuatla, korumanın artık tüm dünyada tek başına gerçekleştirilemeyeceği gerekçesiyle -korumanın sürdürülebilirliği de dikkate alınarak-koruyarak geliştirme, yenileme ve dönüştürme düşüncesine isabetli şekilde bir arada yer verilmiştir⁸². İkinci husus ise, yönetmelik ile yer verilen yenileme projelerini karara bağlama yetkisinin, koruma ve yenilemeye konu alanın ‘uzmanlık ve teknik’ bir bilgi gerektirmesi nedeniyle Koruma Bölge Kurulu tarafından gerçekleştirilmesi koşuluna yer verilmesidir.

Ayrıca kültür ve tabiat varlıklarının korunması, görünümünün ve uyumlarının muhafazası için ‘yeteri kadar’ koruma alanına sahip olmalarını gerektirmektedir⁸³. Yeteri kadarın ölçüsünün belirlenmesinde ise idarenin takdiri konuya dahil olduğundan⁸⁴, alanın özelliklerine göre hazırlanmış projelerin de gerekli uzmanlardan müteşekkil bir kurul onayına sunulması, yeterli olmamakla birlikte önemli bir usuli ayrıntı olarak kabul edilebilir.

2.7. Sosyal Doku ve Yaşam Biçimlerinin Korunması İlkesi

Yenileme alanı üzerinde yerleşik şehirler veya şehirlerin kısımları için tarihsel süreç, gelir düzeyi, kimi zaman da etnik veya dini temele dayalı birlikte yaşama arzusu gibi olgular sosyal dokunun şekillenmesinde belirleyici olmuştur⁸⁵. Bu bağlamda kentsel dönüşüm yapılırken mevcut doku, bozularak mı dönüşecek yoksa mevcudun korunması mı önemli olacak sorusuna, bu ilke cevap vermektedir. Ayrıca bu ilke ile şehrin kültürel mirasının gelecek nesillere aktarılması, şehrin doğal, tarihi ve kültürel dokusunun ve şehir kimliğinin korunması hedeflenmektedir⁸⁶.

Kentsel dönüşümün amaçlarından, kent dokusunu oluşturan birçok ögenin fiziksel olarak sürekli değişim ihtiyacına cevap verme ihtiyacı ile kentin hızla büyüyen, değişen ve bozulan dokusundaki fiziksel, toplumsal, ekonomik, çevresel ve altyapısal unsurların geliştirilmesine olanak sağlanması hususları⁸⁷, bu ilke çerçevesinde neredeyse birlikte dikkate alınmalıdır. Buna göre, genellikle dönüşüme konu bölgede yaşayan sosyal grupların ortak noktası, sosyo-ekonomik durumları olup, yenileme uygulamaları sonrası, alandaki sosyal durumun adil şekilde ve pozitif yönde değişmesi beklenmelidir⁸⁸. Ancak temel hedefi mevcut sosyal dokuyu koruma olan kentsel

⁸¹ Madde metni için bkz. 5366 sayılı Kanunu Uygulama Yönetmeliği madde 12: “*Yetki ve sorumlulukları yenileme alanları ile sınırlı olmak ve yenileme projelerini karara bağlamak amacıyla, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 51 inci maddesine göre gerektiği kadar koruma bölge kurulu oluşturulur.*”

⁸² Özden (n 35) 288.

⁸³ Bkz: 2863 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (23.07.1983 tarih, 18113 sayılı RG.) madde 8.

⁸⁴ Sancakdar (n 46) 419.

⁸⁵ Yasin, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin...’ (n 20) 5.

⁸⁶ Yasin, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki ...’ (n 5) 109.

⁸⁷ Kancafer Yurdakul (n 22) 11.

⁸⁸ Uğur Kasımoğlu, ‘Kentsel Yenileme Uygulamalarının Çeşitli Boyutları ile İrdelenmesi ve Tarlaşması Kentsel Yenileme Projesi Örneği’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010) 10.

dönüşüm projelerinin zaman zaman yerinden etme, soylulaştırma⁸⁹ ve ekonomik hesaplara yönelik uygulamalarla bu ilkeye aykırı şekilde ortaya çıkması mümkün olabilmektedir. Nitekim benzeri uygulamalar, özellikle Kuzey Amerika, Batı Avrupa, Avustralya ve Yeni Zelanda'da olduğu gibi soylulaştırmanın diğer bir karşılığı olan mutenalaştırma şeklinde, çeşitli sosyal yerleşimlere ve sosyal uygulamalara bağlı bir sınıf oluşumu meydana gelerek dünyanın birçok şehrinde görülmektedir⁹⁰.

Yenileme alanlarına konu tarihsel dokuların diğer bir özelliği, günümüz toplumsal yapısından uzaklaşan toplumsal bütünleşme, içtenlik, beraber olma duygusu ve yöresel örgütlenmelerin sağladığı mütevazı yaşam koşullarını içermesidir⁹¹. Maalesef ki bu dokunun en yoğun olduğu bölgeler olan kent merkezleri, konut kullanımından uzaklaşmaları ve yaşam tercihlerinin de değişimiyle⁹² fiziksel anlamda kötü kullanımlara, zamanla kimliksizleşmelere ve köhneleşmelere sebebiyet vermiştir⁹³. Olumlu bir örnek olarak ise, Süleymaniye bölgesindeki kentsel dönüşüm⁹⁴, yenileme alanındaki konutlaşma izni ile de desteklenmesi nedeniyle ümit verici bir gelişme olarak düşünülebilir.

Öte yandan bu ilkeye, -estetik açı ve sonuçları açısından oldukça tartışmalı olmakla birlikte- kısmen⁹⁵ uygun bir örnek olarak, TOKİ tarafından kredilendirilen Saf-ranbolu evlerinin yenilenmesi gösterilebilir. Bu projede, taşınmaz kültür varlığının yenilenmesi için fon sağlanarak tarihi kent dokularını sağlıklılaştırma ve yenileme konusu yapıların kültür varlığı niteliğinin devamı sağlanarak işlev kazandırılması amacı ile uygulama gerçekleştirilmiştir. Yenikapı yenileme alanı projesinde de, kendi içinde yenilenmesi mümkün olmayan bir bölgede; tarihi doku ve sivil mimariyi koruma amacıyla kentsel dönüşüm uygulanmıştır⁹⁶.

3. DEĞERLENDİRME

Kültürel ve doğal varlıkların korunması nedenleri, kültürel varlıkların millet olma bilincinin inşasında icra ettiği rol ve tabii nesnelere insanlığın ortak mirası olması nedeniyle özü gereği tüm insanlığa ait şeylerin korunması ihtiyacı ile ilgilidir⁹⁷. Bu korunma ihtiyacının konusu olan ve kentsel dönüşüm yasalarından biri olarak kabul

⁸⁹ Tartışmalar için bkz. Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi, <<http://www.fatih.bel.tr/icerik/1155/nelisah-ve-hatice-sultan-sulukule-mahalleleri-yenileme-projesi/>> Erişim Tarihi 01.04.2019.

⁹⁰ Neil Smith ve Peter Williams, *Kentin Mutenalaştırılması* (Çev. Melike Uzun, Yordam Kitap 2015) 33.

⁹¹ Pınar Atalay, 'Kentsel Dokunun Korunmasında Yasal ve Yönetimsel Çerçeve: Ankara Yenileme Alanı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010) 10.

⁹² Bu konuda, Şanlıurfa'daki hayatlı evler ve mahalle kültürünün apartman tarzı yapılaşma ile değişimi ve tercihi hususu ayrıca düşünülebilir.

⁹³ Kasımoğlu (n 88) 30.

⁹⁴ <<http://www.fatih.bel.tr/icerik/1158/suleymaniye-bolgesi-yenileme-projesi/>> Erişim Tarihi 02.03.2019.

⁹⁵ Bu uygulama, aynı anda diğer ilkelerle de ilgili olduğundan "kısmen" ibaresi kullanılmıştır.

⁹⁶ Mehmet Keser, 'Kentsel Yenileme Alanlarının Belirleme ve Uygulama Süreçlerinin İncelenmesi Yenikapı Yenileme Alanı Örneği' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010) 57.

⁹⁷ Ersöz (n 46) 32.

gören; 5366 sayılı Kanunla mevzuatımıza giren ‘yenileme alanı’ kavramı ise hem kültür ve tabiat varlıklarını koruma hukuku hem de kentsel dönüşüm hukukunun alanına girmektedir.

Kentsel dönüşüm uygulamalarının yenileme alanlarında gerçekleşmesi halinde, ‘sadece’ yıkıp yeniden yapma usulünün kullanılmasının rasyonel olmayacağı aşikar olacağından, mimari özelliklerin yanı sıra manevi değer, sembolik kimlik gibi temel unsurlar da dikkate alınarak sağlıklılaştırma, imar-ıslah, yeniden canlandırma gibi daha çok koruma ve çeşitli tekniklerle yenileme yöntemleri üzerinden dönüşüm gerçekleşmektedir⁹⁸. Bu nedenle her iki hukuk alanına ilişkin ilkelerin, sadece 6306 sayılı Kanun ve 5366 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı aksi halde yapılacak değerlendirmenin planlama sürecinden uzak, bilimsel olmayan parçacıl bir yaklaşıma mahkum olacağı düşünülebilir⁹⁹. Bu nedenle konuya daima bütüncül bir perspektiften, iki alana ilişkin ayrılık ve farklılıkları ortaya koyarak, sınırlamaların belirlenmesi açısından ise özelliklilik durumu dikkate alınarak bakılmalıdır. ‘Özelliklilik hali’, yenileme alanlarında kentsel dönüşüme konu yapıların günümüze ulaşmış sosyo-kültürel ve tarihi kimliğini oluşturan mekansal, biçimsel ve yapısal özellikleri ve çevre içindeki özgün konumudur. Bu özgünlüğün korunması veya korunmaya değer olup olmadığı hususu ise tek başına yenileme alanlarında kentsel dönüşümle izah edilebilecek bir kavram olmayıp; konuyu bütüncül bir bakışla değerlendirmek gerektirmektedir. Ki bu bakış, kültür ve tabiat varlıklarının önemi ve doğrudan konusu olan yenileme alanları için ilkeler üzerinden bir değerlendirme ile sağlıklı kılınabilir.

Sayın Gülan’ın tabiriyle adeta bir cerrahi müdahale gibi uygulanması gereken bu yöntem, elbette yenileme alanları için ‘ikincil, zarar vermeden, sosyal doku ve yaşama saygı göstererek, yerinde, koruma kullanma dengesi içinde, çok boyutluluk’ ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Bu ilkeler mezkur uygulama için hem bir sınır hem de üst norm niteliği taşımalı, amaç kentsel dönüşüm değil yenileme alanının öncelikle ve ilkelere bağlı olmak kaydıyla korunması olmalıdır. Nitekim yenileme alanı ilanı, sınırları belirlenen alanda bulunan kültür ve tabiat varlığına konu taşınmazların hukuki niteliğine etki edeceğinden bu kararın ilanı ile birlikte bu alanda yetkili olan idare tarafından, mezkur alanların kullanım ve sınırları hatta malik ve diğer hak sahiplerinin hak ve yükümlülüklerinde değişiklik meydana gelecektir¹⁰⁰. Her ne kadar sit alanına uygulanacak bazı ilkeler (yerinde dönüşüm, zarar vermeden, yıkmadan korunma ilkeleri ve benzeri) kentsel dönüşüme uygulanabilir olsa da tüm ilke ve uygulamalar (izinsiz fiziki inşai müdahalenin yasaklanması ve bazı hallerde yaptırım uygulama örneğinde olduğu gibi), 5366 sayılı Kanun uygulaması ile

⁹⁸ Tekeli (n 24) 276.

⁹⁹ Özden (n 35) 338.

¹⁰⁰ Çolak (n 7) 571.

örtüşmeyecek ve mümkün de olmayacaktır. Bu nedenle uygulama yapılırken, kamu yararı ile bireysel bazı hakların (örneğin mülkiyet) çatışma durumu söz konusu olduğunda, hak çatışmasında makul denge gözetilerek yapılan müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilmelidir¹⁰¹.

Diğer yandan, yenileme alanı ile kentsel dönüşüme konu alanlar, yer yer karıştırılmakla beraber çalışmamız, kentsel dönüşümün yenileme alanında uygulanmasına ilişkin ilkesel bir bakış olarak değerlendirilebilir¹⁰². Nitekim kentsel dönüşüm, kentlerin yetersiz ve sağlıksız fiziksel dokusunun iyileştirilmesi/yenilenmesi için yapılan uygulamaları içeren genel bir kavram¹⁰³ olup kentsel dönüşüm alanı, cazibesini yitirmiş eski merkezi iş alanları, kentsel sit alanları, kent içindeki sağlıksız ve kaçak yapılar, gecekondular alanları, yeniden kent yaşamına uygun olarak inşasını kapsadığı gibi, yangın, deprem gibi afete uğrayan alanlar veya afet olmadan önce olası zararları azaltmak amacıyla korunan alanlar olabileceği gibi işbu çalışmaya konu olan yenileme alanları da olabilir. Bu çerçevede, kültür ve tabiat varlıklarının koruma işlevine paralel bir uygulamayı da nispeten taşımak zorunda olan yenileme alanlarında uygulanacak kentsel dönüşüm uygulamaları ile 6306 sayılı Kanuna konu uygulamalar ve bu uygulamalara ilişkin sınırlamalar, bazı ilkeler konusunda benzerlik gösterse de uygulama konusunun hususiyeti nedeniyle genellikle ayrışacaktır. Nitekim 6306 sayılı Kanun kapsamındaki kentsel dönüşüm uygulamalarında, kültür ve tabiat varlıklarını ilgilendiren bir uygulamadan ziyade, buradaki esas amaç, afetlere ve kentsel risklere duyarlı yaşam çevrelerinin oluşturulmasıdır¹⁰⁴.

Bu ayrışma ve farklılıkların da etkisiyle eleştiriye konu olması kuvvetle muhtemel olan yenileme alanı kavramının, sit alanlarında toplu uygulamalar gerçekleştirmek ve bu uygulamayı ortak bir proje çerçevesinde yapmak amacıyla da getirildiği iddia olunmuştur¹⁰⁵. Bu kapsamda, yenileme alanlarında kentsel dönüşüm olur mu olmaz mı tartışmasının varlığını bir kenara koyarak, çalışmamızda bu uygulamaya ilkesel bir sınır çizildiğinde yenileme alanlarının kendine has yapısına özel bir uygulama ortaya çıkıp çıkmayacağına değerlendirilmesi, yine ilkeler üzerinden yapılmıştır.

Bu noktada, korunmaya konu olduğu aşık olan yenileme alanlarındaki kentsel dönüşüm uygulamasının, tarihsel ve kültürel sürekliliğin sağlanması, sosyal dokü koruma kullanma dengesi ile yaşam biçimlerinin korunması ilkesi çerçevesinde tarihî çevrenin mevcut koşulları korunarak daha sağlıklı fakat kimliğini koruyarak canlandırılması, yapı stoku, peyzaj vs. gibi teknik özellikleri korunarak, yıkılmadan

¹⁰¹ AYM, Başvuru No. 2013/1205, T. 17.09.2013. <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 18.12.2018.

¹⁰² Fatma Neval Genç, ‘Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü’ (2008) 15(118) Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F. Yönetim ve Ekonomi Dergisi 115, 118 <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www2.bayar.edu.tr/yonetimekonomi/dergi/pdf/C15S12008/115_130.pdf> Erişim Tarihi 18.12.2018.

¹⁰³ Akkaya (n 62) 290.

¹⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, ‘Dönüşüm Alanları Hakkında Kanun Tasarısı’nın genel gerekçesine bakılabilir.

¹⁰⁵ Çolak (n 7) 192.

korumanın öncelikli olduğu hususları işbu çalışmada değerlendirilmiştir¹⁰⁶. Dolayısıyla dönüşüme konu kültür tabiat varlığının özellikleri elverişli ise, fiziksel ve sosyal yapının sürdürülebilirliği açısından koruma amaçlı çalışmalara konu olmasının elzem olacağı düşünülmektedir. Ancak bu uygulamalarda, kentsel dönüşümün ikincilliği prensibi gereği öncelikle koruma metodları ile mezkur alanların korunması esas alınmalıdır. Bu kapsamda ise özelliği itibarıyla dahi çok boyutlu olan yenileme alanlarındaki dönüşümün, doğasına uygun, çok geniş ve bütüncül bir perspektifle değerlendirilmesi gerekecektir.

Hal böyle iken aşama aşama yapılan teknik, fiziki, sosyal, tarihi vs. boyutlar dikkate alınarak yapılan değerlendirmelerden sonra eğer kentsel dönüşüm uygulaması zorunlu kabul edilirse, uygulama tekrar çok boyutluluk prensibi gereği diğer ilkeler (özellikle sosyal dokunun ve yaşam biçimlerinin korunması, zarar vermeme ve yıkmadan koruma ilkeleri) çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.

Öte yandan konuya gerçekçi şekilde bakmak gerekirse, yenileme alanına konu kültür ve tabiat varlığı taşınmazlar, sit veya kentsel sit alanları ile diğer koruma alanlarının çoğu, kullanılmama, terk edilme, tahrip edilme ve yıkılma gibi büyük tehlikelerle karşı karşıyadır. Her ne kadar bu varlıkların, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, arkeoloji, sanat, mimari, şehir planlama ve benzeri birçok alana konu olarak koruma altında oldukları teorik olarak varsayılsa da gerçeklik zemininde fiziki, teknik ve sair nedenle gerekli koruma, canlandırma ve yaşatmanın her zaman mümkün olmayacağı/olmadığı aşikardır. Bu itibarla, zaten her eserin yenileme alanında kabul edilmediği ve yenileme alanına konu kentsel dönüşüm usullerinin de kültür ve tabiat varlığının hususiyetine saygı gösterilerek uygulanacağı varsayılsa önemli bir teori ile konunun destekleneceği düşünülebilir. Yenileme alanları ve bu alanlar üzerindeki eserleri bir hologram, kentsel dönüşüm uygulamasını da bir holon kabul edersek, holonlar üzerindeki verilerin hologramlarla birebir aynı koda yani aynı ilkeler üzerinden yaşatılması halinde parçadan bütüne bütünden parçaya ilkesel bir bütünlükten bahsetmek mümkün olacaktır. Bu halde holografik yapıda¹⁰⁷ bulunan ‘bütün-parça’ özdeşliği, kentsel dönüşüm ve yenileme alanı birleşmesi için görülebilecek, bütün tartışmalar ve eleştirilere rağmen hem bir sınır hem de bütüncül yaklaşım olarak ele alınan ‘ilkeler’ bu uygulamanın merkezine koyulacaktır. Hologramın ‘her parçada bütünü’ barındıran yapısı çalışmamız açısından da bütüncüllük ve çok boyutluluk ilkelerini/özelliklerini her bir uygulama üzerinde gösterecek, ancak bu hal ve koşullar altında kentsel dönüşüm yenileme alanı için sağlıklı bir uygulama olabilecektir.

¹⁰⁶ Kancafer Yurdakul (n 22) 26.

¹⁰⁷ Meraklıları için bkz. Michael Talbot, *Holografik Evren* (Çev. Güray Tekçe, 4. Bs., Omega Yayınları) 42.

SONUÇ

Kültür ve tabiat varlıklarını koruma, şehirlerimizi kişilikleriyle muhafaza etme, hatta kişiliklerine kavuşturma iddiasıyla şehirleşme gerçeği, günümüz uygulamalarında da birleşmektedir¹⁰⁸. Bu kapsamda esaslı koruma görevinin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları'na verildiği anlaşılrsa da 'şehirleşme' gerçeği ile ortaya çıkan kentsel dönüşüm uygulamasında tek bir kurumun 'koruma' görevini yerine getirmesi mümkün olmayıp vatandaş-idare ayrımı olmaksızın herkese önemli vazifeler düşecektir. Yine de en temel vazife, idareye düşmekte olup yenileme alanının hususiyeti ile kentsel dönüşümü nasıl bir arada tutarak aynı zamanda olması gereken şekilde uygulayacağı önem taşımaktadır.

Bu kapsamda, tarihi ve kültürel yapı ile bu özellikleri taşıyan alanların ruh ve yapısının, geniş bir zaman dilimi içerisinde yok olmakla karşı karşıya kalması nedeniyle, tarihi ve kültürel varlıkların ve değerlerin korunması amacıyla yenileme alanları içerisinde, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş alanların yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgede konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanlarının oluşturulması, doğal afet risklerine karşı önlemler alınması zorunluluğu kapsamında kentsel dönüşüm uygulaması karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu uygulamaya dayanak teşkil eden mevzuat genelinde (5366 sayılı Kanun vesair mevzuat), Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku mevzuatına herhangi bir atıf bulunmasa da uygulamaya ilişkin sınırlamalar ve ilkeler açısından evleviyetle bu mevzuatın da dikkate alınması gerekecektir.

Bu nedenle çalışmamızda, gerek kültür ve tabiat varlıkları gerekse de kentsel dönüşüm hukukuna ait temel ilkeler nezdinde, hem ilkesel bir koruma hem de bir sınırlandırma yapılması amaçlanmıştır. Böylece iki alan arasındaki bütünlükte her ne kadar çelişki gibi görünen bazı temel problemler bulunsada, ilkeler üzerinden gerçekleştirilecek bir uygulamanın, -bütüncül ve çok boyutlu olmak kaydıyla- hedeflenen dönüşümü sağlayabileceği düşünülmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Bu çalışma, Prof. Dr. Melikşah Yasin'in vermekte olduğu Kentsel Dönüşüm Hukuku dersinde ödev olarak hazırlanıp Hocamızın teşvikiyle, makale halini almıştır. Sayın Hocama bu vesile ile teşekkürlerimi arz ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgment: This study was prepared as an assignment for the Urban Transformation Law course given by Prof. Dr. Melikşah Yasin and with his encouragement, it became an article. Hereby, I would like to take this opportunity to thank my honor Professor.

¹⁰⁸ T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı (Metni)* (14-16.03.1990), 5
<<http://www.kulturvarliklari.gov.tr/Eklenti/38971,kultur-ve-tabiat-varliklarini-koruma-kurultayi.pdf?0>> Erişim Tarihi 21.11.2018.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

- Akalın M, 'Kentsel Dönüşümün Karanlık Yüzü: Soylulaştırma, Yerinden Edilme ve Mekânsal Dışlanma' (2016) 7(14) Bartın Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi 287-320 <<http://iibfdergi.bartın.edu.tr/wp-content/uploads/2017/01/13-KentselDönüşümünKaranlık-Yüzü-Soylulaştırma-Yerinden-Edilme-veMekânsalDışlanma.pdf>> Erişim Tarihi 18.12.2018.
- Akkar ZM, 'Kentsel Dönüşüm Üzerine Batı'daki Kavramlar, Tanımlar, Süreçler ve Türkiye' (2006) (2) Planlama 29-38 <http://www.spo.org.tr/resimler/ekler/2aee86157b4a40b_ek.pdf> Erişim Tarihi 17.01.2019.
- Akkaya FN, 'Uygulama Örnekleri: Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 481-526.
- Atalay P, 'Kentsel Dokunun Korunmasında Yasal ve Yönetmelik Çerçeve: Ankara Yenileme Alanı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010).
- Çakallı ME, *Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2015).
- Çaptuğ M, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm* (Seçkin Yayıncılık 2016).
- Çelik D ve Yazgan ME, 'Kentsel Peyzaj Tasarımı Kapsamında Tarihi Çevre Korumaya Yönelik Yasa ve Yönetmeliklerin İrdelenmesi' (2007) 9(11) ZKÜ Bartın Orman Fakültesi Dergisi s.1-10 <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/470019>> Erişim Tarihi 21.12.2018.
- Çolak Nİ, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Ercüt C, '*Kültürel Mirasın Korunması Hukuku*' in Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya Armağan (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003) 285-292.
- Ersöz K, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Genç FN, 'Türkiye'de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü' (2008) 15(118) Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F. Yönetim ve Ekonomi Dergisi 115-130 <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www2.bayar.edu.tr/yonetimekonomi/dergi/pdf/C15S12008/115_130.pdf> Erişim Tarihi 18.12.2018.
- Gülen A, 'Şehircilik Sorunlarının Ağırlaşmasında Hukukun Rolü Hakkında Düşünceler' (2011) 3(22) Sosyoloji Dergisi 295-303 <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/4048>> Erişim Tarihi 25.01.2019.
- Gülen A, '*Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları*' in Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. 2 (Vedat Kitapçılık 2009) 1955-1964.
- Kanadoğlu S, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (3.Bs., Seçkin Yayıncılık 2007).
- Kancafer Yurdakul S, 'Kentsel Dönüşüm- Sürdürülebilirlik Bağlamında Fener Balat Yenileme Alanı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010).
- Kasımoğlu U, 'Kentsel Yenileme Uygulamalarının Çeşitli Boyutları ile İrdelenmesi ve Tarlabası Kentsel Yenileme Projesi Örneği' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010).
- Kaya E, *Kentleşme ve Kentlileşme* (Genişletilmiş 2. Bs., Okutan Yayınları 2007).
- Keleş R, *Kent, Kentsel Siyaset ve Çevre Yazıları* (1993-2014) (Arkeoloji ve Sanat Yayınları 2015).
- Keleş R, *Kentleşme Politikası* (12. Bs., İmge Kitabevi 2012).

- Keser M, 'Kentsel Yenileme Alanlarının Belirleme ve Uygulama Süreçlerinin İncelenmesi Yenikapı Yenileme Alanı Örneği' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2010).
- LeFebvre H, *Şehir Hakkı* (Çev. Işık Ergüden, Sel Yayıncılık 2016).
- Özden PP, *Kentsel Yenileme* (İmge Kitabevi Yayınları 2008).
- Özsunay E, *6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat Kitapçılık 2015).
- Sancakdar O, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım)* (Güncellenmiş 2. Bs., Seçkin Yayınları 2012).
- Saraç M, *Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar* (Adalet Yayınevi 2015).
- Sezer Y ve Bilgin H, *Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi (Açıklamalı-İçtihatlı)* (Adalet Yayınevi 2015).
- Smith N ve Williams P, *Kentin Mutenalaştırılması* (Çev. Melike Uzun, Yordam Kitap 2015).
- Talbot M, *Holografik Evren* (Çev. Güray Tekçe, 4. Bs., Omega Yayınları).
- Tekeli İ, *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm* (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2014).
- Üstün G, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (12 Levha Yayıncılık 2014).
- Yaprak N, 'Kentsel Dönüşüm Yöntemleri' in *Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015) 149-184.
- Yasin M, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu' (2005) (60) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105-138.
- Yasin M, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler', in *Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (Ed.), Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2015), 1-15.

Diğer Kaynaklar

- <<https://www2.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 11.10.2018.
- ICOMOS (International Council on Monuments and Sites), Arkeolojik Mirasın Korunması ve Yönetimi Tüzüğü (Çev. Zeynep Ahunbay, 2002) <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_0844861001353670083.pdf> Erişim Tarihi 03.12.2018.
- Kentsel Gelişme Stratejisi Bütünleşik Kentsel Gelişme Stratejisi (KENTGES), 2010-2023, Ankara, 04.11.2010 tarih, 27749 sayılı RG.
- Tarihi Kentlerin ve Kentsel Alanların Korunması Tüzüğü (Washington Tüzüğü – 1987) <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_0884650001353670152.pdf> Erişim Tarihi 01.12.2018.
- T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı (Metni), (14-16.03.1990) <<http://www.kulturvarliklari.gov.tr/Eklenti/38971,kultur-ve-tabiat-varliklarini-koruma-kurultayi.pdf?0>> Erişim Tarihi 21.11.2018.
- T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Toplantı No:60, 5.11.1999 Tarih, Karar No: 660, 5.11.1999 Tarihli İlke Kararı ("660 sayılı KYK Kararı" şeklinde çalışmada kısaltma yapılacaktır.) <<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR-14330/660-nolu-ilke-karari-tasinmaz-kultur-varliklarinin-grup-.html>> Erişim Tarihi 10.11.2018.
- T.C. Kültür Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Toplantı No:76, 01.11.2007 Tarih, Karar No: 737, 01.11.2007 Tarihli İlke Kararı, <<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/yazdir?C3E505114905B7B7E36F6950507E65CA>> Erişim Tarihi 05.12.2018.



Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın* İncelenmesi

The Administration Provides Masks to the Members of the Judiciary, Is It Necessary to Provide Masks Also for Lawyers? Review of the Decision of the French Council of State (Conseil d'Etat) dated April 20, 2020

Memduh Cemil Şirin**

Öz

Covid-19 salgınından korunmak için maske kullanımı etkili bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Salgının ilk dönemlerinde stoklarında yeterince maske bulunmayan ülkeler halkın maske ihtiyacının karşılanmasında zorlanmış, eldeki maskelerin dağıtımı konusunda öncelik kriterleri oluşturmuşlardır. Maske konusunda büyük sıkıntı yaşayan ülkelerden biri olan Fransa'da idare tarafından yargı mensuplarına maske dağıtımı yapılırken avukatlara ise maske temin edilmemiştir. Bunun üzerine kendilerine maske temin edilmesini talep eden avukatlar Fransız Danıştay'ına başvurmuştur. Fransız Danıştay'ı ise verdiği kararında maske yetersizliği karşısında idarenin öncelikle kendi personeline maske dağıtmakla yükümlü olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Bu çalışmada söz konusu karar incelenerek avukatlara maske dağıtılması yönünde farklı bir karar verilebileceği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Danıştay • Conseil d'Etat • Avukatların Statüsü • Maske • Covid-19

Abstract

The use of masks is applied as an effective method to protect against the Covid-19 epidemic. In the early stages of the epidemic, countries that did not have enough masks in their stocks had difficulties and established priority criteria for the distribution of masks in hand. In France, which is one of the countries experiencing great difficulties in terms of masks, while the administration distributes masks to members of the judiciary, lawyers have not been provided with masks. The lawyers who requested to be provided with masks applied to the Conseil d'Etat. The Conseil d'Etat rejected this request on the grounds that the administration was primarily obliged to distribute masks to its own personnel in the face of the

* CE, ord., 20 avril 2020, *Ordre des avocats au barreau de Marseille et Ordre des avocats au barreau de Paris*, n°s 439983, 440008.
Karar linki: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-20-avril-protection-des-avocats>.

** Sorumlu Yazar: Memduh Cemil Şirin (Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: memduh.sirin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-4114-9149

Atf: Şirin MC, "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi" (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 103. <https://doi.org/10.26650/ihid.19.005>



lack of masks. In this study, it was emphasized that a different decision could be made to distribute masks to lawyers by examining the decision in question.

Keywords

Council of State • Conseil d'Etat • Status of Lawyers • Mask • Covid-19

1. Karara Konu Olay

- 1.1. Fransa’da Kamu Sağlığı Kanunu L3131-8 maddesi sağlık koşullarının gerektirmesi halinde illerde valilere, L3131-9 maddesi ise ülke genelinde Başbakan’a mal ve hizmetlerin istimal yoluyla edinilmesi için yetki tanımaktadır. Başbakan’ın bu yetkisi çerçevesinde 3, 13 ve 20 Mart tarihlerinde üç kararname çıkarılmıştır¹. Sonra 23 Mart tarihinde, bu kararnameler yerine geçmek üzere Başbakan tarafından yeni bir kararname yayınlanmıştır. Uygulaması Dayanışma ve Sağlık Bakanı tarafından yapılacak 2020-293 sayılı Sağlıkla İlgili Olağanüstü Hal Kapsamında Covid-19 ile Mücadele İçin Genel Tedbirler Kararnamesi’nin 12. maddesinin 1. fıkrası ile; özel ve kamu hukuku tüzel kişileri mülkiyetinde bulunan (31 Mayıs 2020 tarihine kadar üretilecekler de dahil olmak üzere) ülke içerisindeki bütün maskelere, öncelikle sağlık personeli ve hastalara dağıtılmak amacıyla, el konulması kararlaştırılmıştır². Bu el koymalar, ülke genelinde halka maske satışının fiilen mümkün olmaması anlamına da gelmektedir. Yurtdışından satın alınan maskeler bakımından ise daha esnek bir sınırlama öngörülmüş ve sadece belli miktarın üzerinde ithal edilen maskelere el konulması yetkisi tanınmıştır. Kararname’nin 12. maddesinin 3. fıkrasına göre; 3 aylık bir dönemde 5 milyondan fazla maske ithal eden tüzel kişilerin maskelerinin bir kısmına veya tamamına el konulabilecektir.
- 1.2. Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı tarafından el konulan maskeler öncelikli olarak sağlık personeli ile hastaların kullanımına sunulacaktır. İdare, öncelikli gruplardan sonra maske kullanımı gerekli olan kamu personeline de dağıtım yapabilecektir. Avukatlar ülkedeki bütün maskelere idare tarafından el konulmasından sonra ülke içerisinde maske edinebilecekleri bir imkan kalmaması sebebiyle kendilerinin maske ihtiyaçlarının da idare tarafından karşılanması gerektiğini iddia etmektedir.

2. Karar Özeti³

2.1. Talepler ve Savunmalar

- 2.1.1. Marsilya Barosu avukatlara maske, eldiven, koruyucu kıyafet ve hidroalkolik jel tedarik edilmesine dair yargısal emir talebi ile Fransız Danıştay’na 439983 numaralı référé-liberté⁴ başvurusu yapmıştır. Marsilya Barosuna göre; “*avu-*

¹ Décret n° 2020-190 du 3 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19; Décret n° 2020-247 du 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19; Décret n° 2020-281 du 20 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-247 du 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19.

² Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire.

³ Özet, karar metnine bağlı kalınarak yapılmıştır. İnceleme sırasında tartışılacak hususlara kaynaklık eden kararın önemli bölümleri bire bir çevrilerek italik olarak gösterilmiştir.

⁴ Fransa İdari Yargı Kanunu madde L.521-2: “*Acil bir talep ile başvurulun hakim, kamu tüzel kişiliği veya kamu hizmetini yerine getirmekle görevli bir özel hukuk kişininin yetkilerini kullanırken ağır ve açıkça hukuka aykırı bir zarar verdiği temel hak ve özgürlüğün korunması için gerekli bütün tedbirleri alabilir. Hakim 48 saat içerisinde karar verir*”. Référé-liberté usulüne ilişkin açıklayıcı kısa bilgilere Kararın Değerlendirilmesi (4) başlığı altında yer verilmektedir.

katların, müvekkillerinin ve yakınlarının sağlığını tehlikeye atmayacak şekilde müvekkillerini uygun sağlık koşullarında savunabilmelerine olanak sağlayan tedbirlerin yokluğu yaşam ve sağlık haklarının ağır ve açık bir ihlalidir". Ayrıca, "avukatların korunmasına yönelik tedbirlerin yokluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkı, savunma hakları, çelişme ilkesi, susma hakkı ve avukat yardımından yararlanma haklarına aykırıdır".

Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı, Marsilya Barosu'nun Fransız Danıştay'na başvurusuna karşı sunmuş olduğu savunma dilekçesinde taleplerin reddine karar verilmesini istemektedir. Bakanlığa göre "*Fransa maske yokluğu çekmektedir ve bundan dolayı sağlık çalışanları ile kırılgan toplum gruplarına öncelik verilmesi gerekmektedir (...)* Avukatlara maske dağıtılması öncelik kriterlerine uygun değildir". Bunun yanında, sadece maske tedbiri değil; fiziksel mesafe, elleri yıkamak gibi tedbirler de koruyucudur.

2.1.2. Paris Barosu, başta komiserliklerde göz altında tutulan kimselerle görüşmeler sırasında ve (ceza yargılamalarında olduğu gibi) acil hakim önüne çıkması gerekenlerin savunması hazırlanırken kullanılmak üzere, adalet kamu hizmetinin işleyişi sırasında savunma hakkı gereğince avukat bulunması gereken bütün durumlarda avukatlara ve müvekkillerine maske ve hidroalkolik jel tedarik edilmesi yönünde yargısal emir talebiyle Fransız Danıştay'na 440008 numaralı référé-liberté başvurusu yapmıştır. Paris Barosu'na göre "*İdarenin, adaletin yardımcıları vazifesini gerçekleştiren avukatlara yönelik koruyucu tedbirler almaması yaşam hakkını, savunma hakkını ve mesleklerini yapmaya engel olması sebebiyle teşebbüs hürriyetlerini ağır ve açık biçimde ihlal etmektedir*". Paris Barosu'na göre "*Avukatlar adalet kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak için elzemdir(...)* Avukatların savunma mesleklerini covid-19'a karşı korunarak yapabilecekleri araçlarla donatılmaları gereklidir". Avukatlara ve müvekkillerine maske dağıtılması ve hidroalkolik jel temin edilmesi ile yaşam hakkı ve savunma hakkı korunabilecektir.

Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı, Paris Barosu'nun Fransız Danıştay'na başvurusuna karşı sunmuş olduğu savunma dilekçesinde taleplerin reddine karar verilmesini istemektedir. Bakanlık, Marsilya Barosu'nun başvurusuna verdiği cevabı tekrar etmekle birlikte bir hususu daha dile getirmiştir: "*İdarenin avukatlara maske dağıtımından sorumlu olup olmadığı iki unsur göz önünde bulundurulurarak değerlendirilir. Bir yandan avukatlar bağımsız bir serbest meslek erbabıdır ve kamu personeli değildir, diğer yandan ise avukatlara mesleklerini icra sırasında virüsün bulaşma riski sağlık çalışanları ile karşılaştırılmayacak düzeydedir*". Ayrıca, cezaevlerinde avukatlar ile müvekkilleri arasında görüşmeler sırasında fiziksel mesafe kurallarına uyulması için gerekli tedbirler alınmıştır.

2.2. Duruşma

2.2.1. Fransız Danıştayı, Marsilya Barosu ve Paris Barosu'nun taleplerinin aynı olması sebebiyle iki dosyanın birlikte görülmesine karar vermiş ve 14 Nisan 2020 saat 14.00'te bütün tarafların katılımı ile duruşma yapmıştır⁵.

2.3. Danıştay İncelemesi

2.3.1. Fransız Danıştayı, kararında ilk olarak covid-19 ile mücadele kapsamında yargı sisteminde alınan tedbirleri sıralamıştır. Buna göre, 15 Mart 2020 itibariyle acil ve önemli olanlar hariç yargı faaliyetleri durdurulmuştur. Devam etmekte olan yargılama faaliyetleri bakımından ise fiziksel mesafe ve temizlik kurallarını esas alan önlemler alınmıştır. Fiziksel mesafe kuralları aracılığıyla avukatlar ile müvekkillerin temasını sınırlandıracak şekilde yargılama usulleri duruma uyarlanmıştır. 25 Mart 2020 tarih ve 2020-303 sayılı Ceza Yargılamalarına Dair Ordonans'ın⁶ (KHK benzeri) 13. maddesi ile gözüaltındaki müvekkille görüşmenin ve bu süreçteki duruşmalara katılmanın elektronik iletişim araçları ile yapılmasına imkan tanınmıştır. Aynı tarih ve 2020-304 sayılı Ordonans ile hukuk dava duruşmalarının uzaktan, seyircisiz veya yazılı yapılmasına imkan tanınmıştır. Bütün bu tedbirler fiziksel teması ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanında, her bir adalet sarayında fiziksel mesafeye imkan tanıyan ve dezenfekte edilebilir duruşma salonlarının seçilmesi Adalet Bakanlığı tarafından tavsiye edilmiştir. Koruma uyarılarının yer aldığı afişlerin adliyelerde sık biçimde asılması da öngörülmüştür. Ayrıca, haftalık 4 bin litre hidroalkolik jel yargı hizmetlerine tahsis edilmiştir. Gözaltı mekanlarında görevli personele hijyen ve koruma eğitimleri verilmiş ve mekanların düzenli temizliği istenmiştir. Hijyen kitleri ve tek kullanımlık çarşaf, kılıf dağıtımı da yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı Yargı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 31 Mart 2020 tarihli yazısı ile yargıç ve kalem memurlarının (vatandaşla temasları dolayısıyla) durumun gerektirmesi halinde maske kullanabileceklerini duyurmuştur.

2.3.2. Fransız Danıştayı kararında başvuruçuların bu tedbirlerin yetersizliğine dair görüşlerine de yer vermiştir. Başvuruçulara göre bu tedbirler yetersizdir ve avukatların görevlerini layıkıyla icra etmelerine izin vermemektedir. Başvuruçular, *“avukatın ceza yargılamalarında birçok durumda, genellikle tutuklu, müvekkili ile aracısız ve uzun bir iletişime ihtiyaç duymasının fiziksel mesafe kurallarına uyulması ile bağdaşmadığının altını özellikle çizmektedirler”*. Bu

⁵ Marsilya ve Paris baroları başvurularını yaptıktan sonra bu davalara katılmak isteyen başka baro ve avukat toplulukları da olmuştur. Danıştay yeterli menfaat bağı olduğu gerekçesi ile bu katılım taleplerini de kabul etmiştir.

⁶ Fransa Anayasası madde 38/1: *“Hükümet, programını uygulamak amacıyla Parlamento'dan, sınırlı bir süre için, normalde kanun alanına giren konularda tedbirler almak üzere ordonans çıkarma izni talep edebilir”*. Ordonanslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel* (16. Bası, Dalloz 2014) 858-868; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la République* (3. Bası, Dalloz 1999) 739-751.

kapsamda, “Avukat ile müvekkili üçüncü kişilerin bulunduğu ortamda görüştiğinde konuşmaların duyulmaması için birbirlerine yaklaşılarak konuşmak durumunda kalmakta veya görüşme için küçük mekanlar ayrıldığından zaten birbirlerine yakın olmak durumunda kalmaktadırlar”.

2.3.3. Fransız Danıştay’ı maske konusunda değerlendirmesine şu tespitler ile başlamaktadır: “stokların yetersiz olması sebebiyle Devlet, sağlık çalışanlarına ve yaşlı kimselerle ilgilenen çalışanlara öncelik verilmesine; (...) yurt içindeki maske üretiminin Mart ayında haftada 6 milyon, Mayıs ayında ise haftada 10 milyondan fazla olacak şekilde yapılması ve başta Çin olmak üzere yurtdışından yüksek miktarlarda maske ithal edilmesi ile maske sayısının arttırılmasına karar vermiştir (...) Maske kullanması gereken diğer meslek erbaplarının maske temini ise bağlı oldukları özel veya kamu kuruluşları aracılığıyla yapılmaktadır (...) Yaptıkları iş normal zamanlarda maske gerektirmeyen bazı meslek kuruluşları bu tarz tedarik zincirlerine dahil olmadıklarından veya tedarikte zorlanmaları halinde idare, onların bu zincirlere erişmelerine de yardım etmektedir”.

2.3.4. Fransız Danıştay’ı bütün bu hususları göz önüne alarak avukatlara maske temini konusunda nihai değerlendirmesini ise şu şekilde yapmıştır: “İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin iyi işleyişinden sorumludur. Bu kapsamda, covid-19 ile mücadele kapsamında, hastalığın bulaşmasına engel olmak için hijyen ve fiziksel mesafe kurallarına riayet edilmesini sağlamalıdır. Aynı şekilde idarenin, içerisinde bulunulan yerlerin ya da gerçekleştirilen görev dolayısıyla kaçınılmaz bir şekilde yakın ve uzun temas gerektiren durumlar söz konusu olduğunda, ilgililere, kendilerinde bulunmaması halinde, gerekli koruyucu ekipmanı temin etmesi gerekir. Ancak, maske yokluğu yaşanan mevcut şartlarda, idarenin işveren statüsünden doğan çalışanlarının sağlıklarını koruma yükümlülüğü gereğince öncelikle kendi personeline maske temin etmesi gerekir. Durum bu şekilde devam ettiği sürece, idare, yargının yardımcı sıfatıyla adalet kamu hizmetine katılan avukatların, kendi imkanları ile maske temin edemediği hallerde, baro ve meslek kuruluşlarını satın alma tedarik zincirine dahil ederek, maske temin etmesine yardım etmelidir”.

2.3.5. Fransız Danıştay’ı, bu gerekçelerle temel hak ve özgürlüklerin ağır ve açık bir ihlali ortaya çıkmadığından bahisle Marsilya Barosu ve Paris Barosu’nun avukatlara maske temin edilmesi yönündeki taleplerini reddetmiştir⁷.

2.3.6. Ayrıca Fransız Danıştay’ı, başvuruçuların hidroalkolik jel tedarik edilmesi taleplerini maske talebi gibi uzunca tartışmaya gerek duymadan, jelin maske gibi yokluğunun çekilmediği ve avukatların kendilerinin satın alarak jel temin edebilecekleri gerekçesi ile reddetmiştir. İdare, sadece fiziksel mesafe kurallarına uyulamayacak ortamlarda jeli hazır bulundurmalıdır.

⁷ CE, ord., 20 avril 2020, n°s 439983, 440008.

3. Hukuki Tartışma

- 3.1. Karara konu uyuşmazlıkta temel sorun; yargı faaliyetlerine katılan hakimler, savcılar ve adliye personeline idare tarafından maske dağıtılırken, aynı faaliyetlerin bir parçası olan avukatlara, kendi imkanları ile maske temin etmenin mümkün gözükmediği böylesine bir durumda, maske dağıtılması gerekip gerekmediğidir.

Soruna ilişkin iki farklı görüş ilk planda akla gelmektedir. Avukatlara da maske dağıtılması gerektiğini savunan görüşe göre; avukatlar adalet kamu hizmetinin ayrılmaz bir parçasıdır ve bu yönüyle onların da hakim, savcılar gibi maske dağıtımına kapsamına alınması gerekir. Karşı görüşe göre, hukuki statüleri gereği kamu personeli olmayan avukatların eldeki sınırlı sayıda maske düşünülerek kamu personeline tanınan maske imkanı dışında bırakılması hukuka uygundur.

4. Kararın Değerlendirilmesi

- 4.1. Karara ilişkin değerlendirmelerden önce, yukarıda ifade edilen Fransız idari yargılama usulüne özgü bir başvuru yolu olan référé-liberté hakkında çok kısa bilgi vermek açıklayıcı olacaktır. İdari Yargı Kanunu'nun L521-2 maddesine göre; aciliyet gerektiren bir durumda, temel hak ve özgürlüğe ağır ve açıkça hukuka aykırı bir zarar verilmesi halinde bu hakkın korunması için gerekli tedbirler hakim tarafından alınabilecektir. Hakkının ihlal edildiğini ileri süreren başvuru işleminin yürütülmesinin durdurulması yanında ilgili temel hak ve özgürlüğün korunabilmesi için idare tarafından alınması gereken tedbirleri hakimden isteyebilmektedir. Hakim, talepleri uygun görmesi halinde idareye yönelik olarak yargısal emir şeklinde kararlar verebilmektedir. Kural olarak başvurular tek hakim tarafından incelenmekte ve karara bağlanmaktadır⁸.
- 4.2. Avukatların idareden maske temini yönündeki taleplerinin sebebi ülkedeki maskelerin istimal yoluyla idarenin elinde olmasıdır. İlk olarak bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Her ne kadar yurt dışından belli bir miktarın altında maske satın alınması önünde bir engel olmasa da⁹ Baroların bunu sağlayabilmesi fiilen mümkün gözükmemektedir. Maske yokluğu covid-19'un

⁸ Référé-liberté usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bernard Pacteau, *Manuel de Contentieux Administratif*, (3.Bası, PUF 2014) 221-225; Camille Broyelle, *Contentieux administratif* (2. Bası, LGDJ 2013) 387-391; Marie-Christine Rouault, *Contentieux administratif* (Larcier 2015) 295-298.

⁹ Karara konu olay başlığı altında (paragraf 1.1.) açıklandığı üzere yurt dışında 3 aylık bir periyotta 5 milyonu geçmeyen maske siparişleri istimal kapsamı dışındadır. Bu miktarı aşan siparişlerin Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesi gerekmektedir ve idare gerekli görürse bu maskelere el koyabilmektedir. Yurt dışından belli miktarlarda maske satın alınabilme ihtimali kapsamında, örneğin eczanelerin bu şekilde maske satın alarak halka satışa sunmalarına engel gözükmemektedir. Ancak, hem yurt dışından maske bulma zorluğu hem de istimal riski bu duruma da engel olmuş gözükmemektedir. Her ne kadar 23 Mart tarihli Kararname ile yurt dışından belli miktarlarda satın alınan maskeler istimal kapsamı dışında bırakılsa da covid-19 ile mücadelenin sürekli yeni şartlara göre uyarlanması gerekliliği bu izin konusunda her an değişiklik olma riskini barındırmaktadır. Paragraf 1.1.'de belirtildiği üzere sadece 10 gün içerisinde bu konuda 4 kararname çıkarılmıştır.

ilk aylarında birçok ülkede büyük sıkıntıya yol açmış ve dünya maske pazarı arzı karşılamakta zorluk yaşamıştır. Dolayısıyla devletlerin en büyük alıcı konumunda olduğu bir pazarda küçük çaplı kurum ve kuruluşların kendi imkanlarıyla kısa vadede yurt dışından satın alabilecek maske bulması pek mümkün gözükmemektedir. Sağlık Bakanlığı dosyaya sunduğu dilekçelerinde avukatların yurt dışından maske alabileceğinden bahsetmediği gibi Fransız Danıştay'ının da avukatların yurt dışından maske satın alabileceği yönünde bir değerlendirmesi olmamıştır. Bunun üzerinde durulmaması, fiilen mümkün gözükmeyen bir durumdan kaynaklanmaktadır. Hatta Fransız Danıştay'ı incelediğimiz kararında, normal zamanlarda yaptıkları iş maske gerektirmeyen kimi meslek erbaplarının tedarik zincirlerine erişimde zorluk yaşayabildiklerine değinmektedir. Sonuç olarak, Baroların istinval yoluyla ülkedeki bütün maske elinde toplayan idareden maske talep etmek dışında gerçek bir imkanı bulunmamaktadır.

- 4.3. İncelenen kararda Barolar, hakimden idarenin kendilerine maske dağıtması yönünde yargısal emir vermesini talep etmişlerdir. Fransız Danıştay'na göre, avukatlara maske dağıtılmaması temel hak ve özgürlüklerin ağır ve açık bir ihlali anlamına gelmemektedir.

Uyuşmazlıkta tartışmanın merkezinde avukatların statüsü yer almaktadır. Davanışma ve Sağlık Bakanlığı'nın savunma dilekçesinde avukatların kamu personeli olmadığı gerekçesi ile onlara maske dağıtılamayacağı belirtilmesi bu tartışmayı açmıştır. Fransız Danıştay'ının kararında avukatların statüsü ile ilgili doğrudan tespit içeren ifadelere yer verilmemekle birlikte; idarenin kendi personeline karşı işveren statüsünden kaynaklanan yükümlülüklerine vurgu yaparak, avukatların kamu personeli olmadığı kabulünden yola çıktığı anlaşılmaktadır. Fransız Danıştay'ının, idarenin çalıştırdığı personele karşı sorumlu olduğu; ancak avukatlar idarenin personeli olmadığından onlara karşı bir yükümlülüğü olmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.

- 4.4. Bu noktada avukatların Fransız hukukundaki statüleri hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır. 31 Aralık 1971 tarih ve 71-1130 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasına göre “*avukatlık serbest ve bağımsız bir meslektir*”. Aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına göre ise “*avukatlar yargının yardımcısıdır*”¹⁰. Serbest bir meslek olmanın yanında yargının yardımcısı olmak avukatlığı diğer serbest mesleklerden ayıran ve statülerini orijinal hale getiren bir durumdur. Bu iki özelliği birlikte barındırmanın avukatlık statüsü üzerinde bazı sonuçları olmaktadır. Serbest meslek erbabı olarak tanımlanan

¹⁰ Fransa'da avukatlık mesleğine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Stéphane Bortoluzzi, Dominique Piau, Thierry Wickers, Henri Ader et André Damien, *Règles de la profession d'avocat (2018-2019)* (Daloz 2017).

avukatlar kamu personeli olarak nitelendirilememektedir¹¹. Ancak, yargı faaliyetlerine yardımcı olmaları onlara diğer serbest meslek erbaplarına göre farklı bazı yükümlülükler ve haklar sağlamaktadır. Avukatlık yapılırken (ticari faaliyetleri kapsayacak şekilde) başka meslek icra edilemeyeceğine dair yasak getiren bir kararname hükmünün iptali için açılan davada Fransız Danıştay bu yasağın “*adalet kamu hizmetine yardımcı sıfatıyla katılan avukatların ekonomik ve etik yönden bağımsızlığını temin etmek amacıyla getirilmiş, kamu yararına uygun*” bir kural olduğuna karar vermiştir¹². Bir başka uyuşmazlıkta ise gerekli inşa çalışmaları yapılmadığı için adliye binasına erişim sağlayamayan engelli bir avukat uğradığı zararın tazmin edilmesi talebiyle tam yargı davası açmıştır. Dava önüne gelen Fransız Danıştay, mevzuatta öngörülen iş sahiplerinin engelli çalışanlarının binalara erişimini sağlama yükümlülüğünü hatırlatarak “*her ne kadar devlet avukatların işvereni olmasa da, adalet kamu hizmeti yardımcıları olmaları sebebiyle onlara yönelik gerekli çalışmaları yapmakla yükümlüdür*” şeklinde karar vermiştir¹³.

- 4.5. Görüldüğü üzere avukatlar kamu personeli olmamalarına karşın yargı faaliyetleri sırasında üstlendikleri rol sebebiyle farklı uygulamalara konu olabilmektedir. Bu yönüyle, inceleme konusu kararda Fransız Danıştay’ın gerekçelendirilmesini personel statüsü üzerinden yürütmesi isabetli olmamıştır. Çünkü; avukatların kamu personeli olmadığı konusunda bir tartışma olmamakla birlikte, yargı faaliyetleri içindeki rolleri göz ardı edilerek yapılan değerlendirmenin en azından eksik kaldığı kanaatindeyim. Personel statüsü üzerinden bir değerlendirme yapmaktan ziyade, avukatların bir kamusal faaliyete katılımı üzerinden meselenin ele alınması daha isabetli olabilirdi. Zira, mesele avukatların statüsü değil, avukatların yargı faaliyetleri bakımından konumu, adalet kamu hizmetindeki işlevleridir¹⁴. Avukatların ve müvekkillerin sağlığını tehlikeye atmak suretiyle avukatların mesleklerini yapmaktan imtina etmelerine yol

¹¹ Detaylı bilgi için bkz.: Florence G’ssell (Ed.), *Code de l’avocat* (Daloz 2020) 10-14.

¹² CE, 28 juin 2004, Bessis, n°251897, Rec. T., s. 698.

¹³ CE, 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach*, n°301572, Rec. T., s. 1206.

¹⁴ Avukatlar yargı faaliyeti bakımından bir role sahip olmakla birlikte adalet kamu hizmetinin de bir parçasıdır. Fransa’daki genel kabule göre yargı organlarının organizasyonu (personel, bütçe, fiziki şartlar, mahkeme kuruluşu) adalet kamu hizmeti; mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümü için yürüttüğü faaliyetler ise yargı faaliyeti olarak kabul edilmektedir (detaylı bilgi için bkz.: Benoit Plessix, *Droit administratif général* (Lexisnexis 2018) 358-362). Yargı faaliyetleri ile adalet kamu hizmeti arasındaki sınırın yeterince net olmadığı, yargı organlarının organizasyonu ölçütünün yargı faaliyetleri alanını zayıflatıcı biçimde yorumlandığı ve bu durum erkek ayrılığı prensibine aykırı bir görünüme yol açtığı eleştirileri ifade edilmektedir (Bertrand Louvel -Fransız Yargıtayı Birinci Başkanı-, Autorité judiciaire ou service public de la justice, https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/archives_discours_7083/premier_president_7084/discours_2015_7547/service_public_33269.html> Erişim tarihi 15.11.2020). Avukatlar, yargıya konu uyuşmazlıklarda müvekkillerini temsil ederken yargı faaliyetine katılmaktadırlar; buna karşın örneğin yargıya erişim hakkı bağlamında kişilerin yargı organlarına erişebilmesi, bunu etkin biçimde yapabilmek için avukatlara ulaşabilmeleri ve başvurabilmeleri, avukatların da müvekkillerine ulaşabilmeleri için gerekli tedbirlerin alınması yargı organizasyonunun bir parçası olarak görülebilir. Bu son durum için adalet kamu hizmetinden bahsedilebilir. Fransız Danıştay, bu çalışmada bahsedilen başta inceleme konusu karar olmak üzere diğer kararlarında da (4.4) hep adalet kamu hizmeti kavramını kullanmaktadır. Hatta, Paris Barosu’nun Fransız Danıştay’ına başvuru dilekçesinde “*talep edilen tedbirler adalet kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin olması sebebiyle idari yargının görev alanına girmektedir*” değerlendirmesine yer verilmiştir.

açacak bir uygulama yargı faaliyetinin sağlıklı biçimde işlemesine engel olacak ve adalet kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini de zedeleyecektir. Avukatların olmadığı bir yargılama usulü savunma hakkını, susma ve avukat yardımından yararlanma haklarını zedelemekte ve çelişme ilkesini de pratikte uygulanamaz hale getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, yargı faaliyetlerinin gereği gibi ifa edilebilmesi, ancak avukatların yargı sürecine hukukun gerektirdiği şekilde katılımı ile mümkün olabilir. Aksi bir durumun, adil yargılanma hakkına ve adalet kamu hizmetinin etkinliğine zarar vereceği de açıktır. Yargı faaliyetinin bir unsurundan yoksun hale geldiği böylesine bir durumda, değerlendirme avukatların personel statüsü üzerinden değil; yargı faaliyeti ve adalet kamu hizmetindeki işlevi üzerinden yapılmalı ve onların da en az hakimler, savcılar ve adliye personeli kadar maske olanağından yararlanmasının yolu açılmalıydı.

- 4.6. Aslında Fransız Danıştay'ın bu değerlendirmeyi yapamaması mümkün gözükmemektedir. Yukarıda örnek verilen engelli avukatın açtığı davada olduğu gibi personel statüsü yerine işlev üzerinden bir değerlendirme yapabirdi. Ancak, Fransız Danıştay'ın, meselenin bu boyutundan daha çok, ülkede maske yokluğu çekilmesi nedeniyle idarenin içinde bulunduğu zor duruma öncelik verdiği söylenebilir. Fransız Danıştay avukatların maske dağıtımından yararlanmasının ideal çözüm olduğunu bilmektedir; buna karşın maske yoksunluğunda idarenin yükümlülüğünü hafifletici bir yorum yapma ihtiyacı hissettiği anlaşılmaktadır. Bunu yaparken, kamunun öncelikle kendi personelini koruması gerektiğini açıklaması sırasında özel hukuktaki işverenin çalışanını koruma yükümlülüğüne referans vermesi de dikkat çekicidir. Fransız Danıştay, özel hukuk kavramlarını kullanmayı, adalet kamu hizmetinden hareketle kamu hukuku kavramları ile değerlendirme yapmaya öncelikle gözükmektedir.
- 4.7. Fransız Danıştay Baroların avukatlara maske tedarik edilmesi taleplerini reddetmekle birlikte kararında avukatların bu ihtiyaçlarını giderecek yolu göstermek suretiyle bir çözüm arayışına da girmiştir. Şöyle ki, kararın içerisinde, idarenin avukatları, barolar aracılığıyla, tedarik zincirine dahil ederek onların kendi imkanları ile maske temin etmesine yardım etmesi gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Burada yardım ile kastedilen şudur: Normalde ülkede piyasadan satın alınabilecek maske bulunmadığından avukatlar isteseler de maske satın alamayacak durumdadır, her ne kadar idare avukatlara maske dağıtmasa da, özellikle yurt dışından, tedarik zincirlerine avukatları da dahil edecek ve avukatlar parasını ödeyerek maske satın alabilecektir. Bu çözüm hem maske yokluğu çeken idarenin elini rahatlatacak hem de avukatların maske ihtiyaçları karşılanarak onların mesleklerini icra etmeleri önündeki engel ortadan kaldırılmış olacaktır. Böylece avukatlar yargı faaliyetleri ve adalet kamu hizmetindeki işlevlerini yerine getirebileceklerdir.

Avukatlara yönelik bu yaklaşım, idarenin savunma dilekçesinde ortaya koyduğu, avukatların serbest meslek erbabı olduğu ve bu yönüyle devletin onlara karşı bir yükümlülüğü olmadığı yönündeki iddialarına da bir cevap niteliğindedir. Yargı faaliyeti ve adalet kamu hizmeti bakımından oynadıkları rol onları herhangi bir serbest meslek erbabı gibi görmeye engeldir. Nitekim, karar sonrası Barolar, Danıştay'ın avukatların tedarik zincirlerine dahil edilmesi değerlendirmesini idarenin bu iddiasının çürütülmesi olarak görmüş ve karardan memnun olmuştur¹⁵.

- 4.8. Fransız Danıştayı, idareyi zor durumda bırakmayacak ve avukatların da ihtiyaçlarına cevap verecek kararı ile dengeli bir çözüm oluşturmuşa benzemektedir. Buna karşın daha sofistike bir karar verilmesi mümkün gözükmemektedir. Personel statüsünden hareketle konuya yaklaşmak yerine yargı mensupları ile avukatların adalet kamu hizmetindeki konumlarından hareketle öncelik değerlendirilmesi yapılabilirdi. Fransız Danıştayı; avukatların yargılama faaliyeti içindeki rollerine vurgu yapıp, maske ihtiyaçlarının öncelikli olarak karşılanması gereken kişiler olduğu tespitini yaptıktan sonra, idarenin mevcut imkanlarını kamu görevlileri arasında dahi dağıtırken, adil ve ölçülü olmak kaydıyla kendi içlerinde bir öncelik değerlendirilmesi yapılabileceği şeklinde bir değerlendirme de yapabiliyordu. Mesela; hakim, savcı ve kalem personeli sürekli olarak adliyede görev yapmakta ve daha yoğun bir risk altında olduğundan, onlara öncelik verilmesinde hukuka aykırılık olmadığı söylenebilirdi.

Bu bakış açısından bir adım daha ileri gidilerek avukatların mesleklerini icra sırasında yoğun risk altında olduğu durumlarla sınırlı olmak üzere onlara da maske temin edilmesi gibi bir değerlendirme yapılabilirdi. Bütün avukatlara maskenin yargı mensupları gibi idare tarafından dağıtılması imkanlar dahilinde mümkün gözükmesinde de en azından mesleklerini icra sırasında sağlık bakımından riskli ortamlara girmek durumunda olan avukatlara maske dağıtılmasına karar verilebilirdi. Gözaltında, tutuklu veya cezaevinde müvekkili olan avukatlar bu müvekkilleri ile görüşmeye gittiklerinde onlara maske verilmesi gerektiği şeklinde bir yargısal emir düşünülebilirdi. Avukatların satın alma tedarik zincirlerine dahil edilmesinin yanında böyle bir yargısal emir daha sağlıklı sonuçlar verebilirdi. Fransa'da toplam avukat sayısının yetmiş bine yakın olduğu ve her avukatın da bu tarz müvekkilleri olmadığı göz önüne alındığında bu çözümün idareyi çok zorlamayacak bir çözüm olacağı söylenebilecektir. Bu da avukatların statüsünü tartışmaya açmaya gerek olmaksızın yapılabilecektir. Böyle bir karar, tutuklu kimselere maske dağıtılması yönünde yargısal emir taleplerini kabul eden Fransız Danıştayı kararı ile de uyumlu olacaktır¹⁶.

¹⁵ <<https://www.nouvellespublications.com/masques-pour-les-avocats-la-demie-reponse-du-conseil-d-etat-au-barreau-de-marseille-2639.html>> Erişim tarihi 05.05.2020.

¹⁶ CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151 (<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-05-07/440151>).

5. Sonuç

Covid-19 sağlık sorunları yanında birçok yeni hukuki uyuşmazlığı da beraberinde getirdi. Maske temini konusunda sıkıntı yaşayan Fransa gibi ülkelerde maske konulu davalar gündeme geldi. Fransız Danıştay'ının incelediğimiz kararında avukatların maske temini talebini idarenin maske temin etmekte yaşadığı sorunu önceleyerek reddettiği anlaşılmaktadır. Yargı mensuplarına kamu personeli olmaları sebebiyle öncelik verilmesini hukuka uygun bulan yargı organı, avukatların yargı faaliyetlerinde oynadığı rolü yeterince tartışmamıştır. İncelenen uyuşmazlığın makul çözümü avukatların yargı faaliyetleri ve adalet kamu hizmeti bakımından işlevini öncelemektir. Avukatların maskeleri olmaması sebebiyle bulunamayacağı yargı süreçlerinin hem avukatlar hem de müvekkilleri yönünden hak ihlallerine yol açacağı noktasından hareketle, bu sakıncaları gidermek adına yukarıda paragraf (4.8)'de izah edilen şekilde karar verilmesi düşünülebilecektir. Özellikle, avukatlara mesleklerini icra kapsamında gözaltında, tutuklu veya cezaevindeki müvekkil ile görüşme gibi yoğun risk taşıyan durumlarda maske temin edilmesi yönünde bir kararın hukuka daha uygun olduğu kanaatindeyim.



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 22.03.2020
Revizyon Talebi: 28.07.2020
Son Revizyon: 07.08.2020
Kabul: 10.08.2020

İDARE HUKUKU YENİDEN İÇTİHADÎ Mİ OLMALI? İçtihadîliğin Paradoksal Zayıflayışı Hakkında Mülâhazalar*

SHOULD ADMINISTRATIVE LAW BECOME JURISPRUDENTIAL AGAIN?
Remarks on the paradoxical decline of its jurisprudential character

LE DROIT ADMINISTRATIF DOIT-IL REDEVENIR JURISPRUDENTIEL ?
Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudential

Fabrice Melleray**

Çev: Halim Alperen Çıtak***

Öz

Yirmi beş yıl önce, Dekan Georges Vedel, idare hukukunun içtihadî karakterinin sorgulanmasını, onu daha az esrarlı ve daha ulaşılabilir kılmak için savunmuştu. Bundan sonra idare hukuku, bilhassa hukuku sadeleştirme siyasetinin etkisi altında, giderek daha az içtihadî hâle geldi. Fakat maalesef, gittikçe daha esrarengizleşerek...

Anahtar Kelimeler

İdare hukuku • İçtihat • Kodifikasyon • Hukukun sadeleştirilmesi • Hukukun erişilebilirliği

Abstract

While twenty-five years ago the Dean Georges Vedel pleaded for a questioning of the jurisprudential character of administrative law in order to make it less hermetic and more accessible, administrative law is now becoming less and less jurisprudential, in particular under the effect of the current policy known as the simplification of the law. But, unfortunately it is becoming more and more secret...

Keywords

Administrative law • Jurisprudence • Codification • Simplification of law • Accessibility of law

L'essentiel

Alors qu'il y a vingt-cinq ans le doyen Georges Vedel plaiderait pour une remise en cause du caractère jurisprudential du droit administratif afin de le rendre moins hermétique, plus accessible, le droit administratif est désormais de moins en moins jurisprudential, notamment sous l'effet de la politique actuelle dite de simplification du droit. Mais il est pourtant malheureusement de plus en plus secret...

Mots-clés

Droit administratif • Jurisprudence • Codification • Simplification du droit • Accessibilité du droit

* Makalenin orijinal ismi ve künyesi şu şekildedir: "Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudential? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudential", *Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)*, 2005, p. 637. Makalesini çevirmeme müsaade ettiği için kıymetli yazara müteşekkirim. Okuma kolaylığı sağlamak için orijinal metinde parantez içinde yapılan atıflar dipnota çekilmiştir. (Çevirmenin notu).

** Sorumlu Yazar: Fabrice Melleray (Prof. Dr.), *Institut d'Études Politiques de Paris (Science Po)*, Paris, Fransa. *Paris Institut d'Études Politiques*'te (*Science Po*) idare hukuku öğretim üyesi. Yazar ayrıca 2013 yılından beri AJDA'nın bilimsel direktörlüğünü yürütmektedir.

*** Halim Alperen Çıtak (Arş. Gör. Dr.), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
E-posta: halim.citak@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0001-8355-4815

**** Anahtar kelimeler çevirmen tarafından eklenmiştir.

<https://doi.org/10.26650/ihid.19.006>



*Her şey değişiyor velâkin hiçbir şey değişmiyor*¹. George Vedel'in idare hukukunun içtihadî karakterine dair meşhur çalışmasını² iyice okuyup, sonra güncel ders kitaplarının, bilimsel eserlerin³ ve makalelerin⁴ çoğuna hızlıca göz gezdiren birinin muhtemel tepkisi bu olurdu. Zira Fransız idare hukukunun “temelde” ve “özünde” içtihadî olduğu hâlen kabul görmekte.

Üzerinde ittifak edilen⁵ bu kabulün, yine bütün yazarlarca yapılan şu diğer saptamayla telif edilmesi -ilk bakışta- güctür: yakın zamanlarda -özellikle 1970'li yıllardan beri- idare hukukunun kaynaklarında muazzam bir dönüşüm gerçekleşmiştir⁶. Bilhassa bu dönemden itibaren söz konusu olan, “*idare hukukunun yazılı ve içtihadî iç kaynaklarının yeniden dengelenmesi*”⁷dir.

Böylece, aşağıdaki iki önermeyi sıralayarak hâkim öğretiyeye ihanet etmemeyi ümit ediyoruz: (1) İdare hukuku, gittikçe daha “yazılı” olan bir hukuk dalıdır. (2) İdare hukuku özü itibariyle hâlâ içtihadî bir hukuk dalıdır⁸. Bu durumda yoruma açık iki seçenek vardır: Eğer “idare hukuku” tabirinin iki önermede tıpatıp aynı anlamda kullanıldığı mütalâa edilirse, bu önermelerin mantıken biraz çelişkili olduğu öne sürülebilir. Eğer bu ifadenin her durumda yekdiğerinden az çok farklı mânâlar taşıdığı kabul edilirse -ki bizim kanaatimiz de budur- ilk önermede, “idare hukuku” tabirinin aslında idareye tatbik edilen muayyen normlar bütününe, [yani⁹] pozitif hukuka işaret ettiği görülecektir. Buna mukabil, ikinci önermede “idare hukuku” tabiriyle; temel kavramlar, konunun kavranması ve idrak edilmesi için olmazsa olmaz belirlemeler kast edilmektedir. Öyleyse görünüşteki çelişki kayboluyor. İdare hukuku, uygulamada daha fazla metin kullanılması ve [boşluk doldurma, hukuk yaratma gibi] yorum-harici yargısal inşalara daha az yer verilmesi anlamında giderek daha çok yazılı bir hukuk dalı hâline gelmektedir. Mamafih, idare hukuku hâlâ içtihadîdir. Öyle ki; onu anlamak, öğretmek ve mantığını kavramak için hiç duraksamadan temel içtihatları (*les grands arrêts*)¹⁰ ve diğer önemli kararları okumaya dalmak gerekiyor¹¹. Böyle-

¹ *Tout change et pourtant rien ne change*. Fransızca da muhtelif varyantlarıyla kullanılan bir deyim. (Çevirmenin notu).

² Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31. Dipnotlarda, *sayfa* anlamındaki *p.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

³ Bilhassa bkz. R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 1, 15^e éd., 2001, n° 11; P.-L. Frier, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 3^e éd., 2004, n° 143; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, tome 1, 16^e éd., 2001, n° 8; B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, tome 1, 2^e éd., 2004, p. 27-28. Dipnotlarda, *baskı* anlamındaki *éd.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

⁴ Örneğin bkz. O. Gohin, La contribution des juges au droit des collectivités locales, JCP A 2004, 1825; S. Théron, La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi, RFDA 2004, p. 230.

⁵ Bu konuda bkz. J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 20^e éd., 2004, n° 12.

⁶ Bkz. C. Debbasch, Les sources du droit administratif. Permanence et novation, D. 1971, chron. p. 255.

⁷ T. Larzul, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermès, 1994, p. 275.

⁸ J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, 2003, p. 503.

⁹ Metnin daha iyi anlaşılması için kullanılan ek açıklama ve yardımcı ifadeler, köşeli parantez içerisine alınmıştır. (Çevirmenin notu).

¹⁰ *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14^e éd., 2003.

¹¹ J.-F. Lachaume, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 13^e éd., 2002.

likle, niceliksel mantık ve niteliksel yöntem bir şekilde karşı karşıya gelir ve idare hukuku meraklısı, bugün de dünkü gibi kendini “*karar âşiği*” (*arrestophile*) olmak zorunda hisseder¹².

Aslında tam burada bitirmek mümkün... Yine de, bazı önemli hususları hızlıca açıklayarak [mesele üzerinde] akıl yürütmeyi biraz sürdürmek, ilgi çekici olabilir. Her şeyden evvel, Başkan Daniel Labetoulle’u izleyerek¹³, şunu kabul etmeliyiz: yaklaşık yirmi beş sene önce bu derginin [AJDA] sütunlarında ilginç bir münazaraya yol açan “*idarî yargıcın içtihat kudreti azalıyor mu*” tartışması¹⁴, bugün artık söz konusu değil. Conseil d’État, on beş yılı aşkın bir süredir, yeniden ve inkâr edilemez biçimde yaratıcılığa döndü. Aslında bunda şaşılacak bir şey de yok: kurumun tarihi, gerek içtihadî yaratıcılık ve aktivizm dönemleri (1860’lı yıllar, XX. yüzyılın başı yahut 1950’li yılların ortaları örnek verilebilir) gerekse durgunluk ve istikrar dönemleri (Edouard Laferrière’in başkanlık¹⁵ yılları, 1970’li yıllar ve 1980’li yılların başları bu açıdan iyi bir numune teşkil eder) bakımından zaten zengindir. Bu değişimler, bazıları idarî yargının dışında bulunan (toplumsal, iktisadî ve siyasî vaziyet, esaslı içtihat politikalarına az veya çok elverişli olabilir) bazıları ise ona özgü muhtelif etkenlerle açıklanabilir. Öyleyse, Jean Massot ve Thierry-Xavier Girardot’nun işaret ettiği gibi, idarî istinaf mahkemelerini kuran 31 Aralık 1987 tarihli Kanun değişikliği, Conseil d’État’ı “*yutmakla tehdit eden selden [iş yükünden]*” kurtarıp, “*bir yüksek mahkemenin [içtihat mahkemesinin] ihtiyaç duyduğu sükûnetle doldurmuş*” ve böylece yeni bir yaratıcılık dönemini başlatmıştır, denebilir¹⁶.

Aşikâr görünse de ekleyelim: bu [yeni] içtihatların -çoğu öyle olmakla beraber- tamamının sadece “*yorum içtihadı (jurisprudence d’interprétation*¹⁷)” niteliği arz etmemesi, atlanamayacak bir veridir. Yargıcın yaratıcılığı, yenilikçiliği ve gözü pekliği dönemden döneme değişse dahi, sabit kalan bir şey vardır: Yazılı hukuku gerçek anlamda okuyabilmek ve doğru bir biçimde uygulayabilmek ancak özgün yorumcu olan yargıcın ona affettiği yahut yüklediği anlamı açıkça ortaya koymasıyla mümkündür. Ve -en azından Portalis’ten beri- biliyoruz ki: “*kanunsuz yapamadığımız gibi, içtihat[lar] olmadan da yapamayız*”¹⁸.

¹² B. Pacteau, La jurisprudence, une chance du droit administratif ?, Rev. adm., numéro spécial 6-1999, p. 70. Dipnotlarda, özel sayı anlamındaki *numéro spécial* ifadesi aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

¹³ Le juge administratif et la jurisprudence, Rev. adm., numéro spécial 5-1999, p. 59.

¹⁴ D. Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632; S. Rials, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. A propos d’un récent article sur le pouvoir normatif du juge, AJDA 1981, p. 115; D. Linotte et S. Rials, Conclusion d’une controverse, AJDA 1981, p. 202.

¹⁵ Orijinal metinde *vice-présidence* (başkan yardımcılığı) ibaresi geçmektedir. Conseil d’État’nın sembolik başkanı, devlet başkanıdır. Dolayısıyla başkan yardımcılığı makamı, Türk okuyucunun zihnindeki Danıştay başkanlığına tekabül eder. (Çevirmenin notu).

¹⁶ *Le Conseil d’Etat*, Doc. fr., 1999, p. 142.

¹⁷ Daniel Labetoulle tarafından kullanılan bu terim, yazılı hukuk kurallarının anlamını netleştiren ve yargıcın neredeyse o kuralı yeniden yazdığı içtihatları karşılamaktadır. Örnek olarak: CE sect. 15 juillet 2004, *Leroy*, AJDA 2004, p. 1923, chron. C. Landais et F. Lenica.

¹⁸ Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil in Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 30.

Nihayet belirtmek gerekir ki; mevcut dağınık metinlerin derlenmesi değil, alanın esaslı unsurlarını havi, yapılandırılmış bir mecmu (bütünlük) geliştirilmesi anlamında idare hukukunun tedvini meselesi, kabaca üç aşamada özetlenebilecek bir geçmişe sahiptir¹⁹. İdare hukuku bilim dalının arz-ı endam ettiği, basit bir şekilde Restorasyon²⁰ ve Temmuz Monarşisi'ne²¹ denk düşen birinci aşamaya güçlü bir tedvin cazibesi hâkimdir. Söz konusu kanunlaştırma isteği, özel hukuk ve onun aşılabilir abidesi addedilen Napoléon Kodu (*Code civil*) karşısında bir aşağılık kompleksi geliştirmekten başka bir netice doğuramamıştır. [Bu dönemde] “gerçek hukukçu” sayılabilmeleri için idare hukukçularının da kendi *code*'lerinin olması gerekiyordu (bilim dalının “kurucu babaları”ndan biri olan Gérando'nun Restorasyon döneminde yaptığı, idare hukukunun müesseselerini yahut İdare Kodu'nun²² unsurlarını toplayıp düzene koyan *Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif* isimli çalışmayı düşünelim).

Akabinde, hâlâ sadece kısmen kopabildiğimiz [etkisini sürdüren] ikinci aşamada, bilim dalının akademik bağımsızlık kazanmaya başladığı andan itibaren, idare hukukunun tedvin edilmesi imkânsız görülmüştür²³. Conseil d'État üyeleri, idare hukukunun tedvin edilmesini; bölük-pörçük, eksik ve dolayısıyla beyhude olacağı, noksansız yapılsa dahi bu kez kendi yaratıcı kudretlerini sınırlandıracağı, eserlerini dondurup kristalize edeceği ve katılaşıma tehdidine maruz bırakacağı endişesiyle arzu etmemiştir. İşte bu yüzden, Edouard Laferrière'in özel hukukun aksine idare hukukunun kodifiye edilmemiş ve “[bir gün] edilebileceğinin kuşkulu olduğu”²⁴ tespitinin aksisedası, seksen yıl sonra Raymond Odent'in tedvin teşebbüslerini “*nafile*”²⁵ gören ifadelerinde duyulmaktadır. Conseil d'État'ya hayranlıkla bakan doktrin [akademisyenler] de, nadir istisnalar dışında, Conseil d'État tarafından yaratılıp geliştirilen ve dünyanın birçok ülkesine ihraç edilen idare hukukunun tedvini fikrine sadece şüphe ve itimatsızlıkla yaklaştı ve bu inanç uzun yıllar devam etti.

Binaenaleyh, hikâyenin üçüncü safhasına gerçek bir başlangıç teşkil eden, De-kan Georges Vedel'in çok meşhur makalesi²⁶ oldu. Artık yargı kararlarının, idare

¹⁹ Detaylı bir tarihî çalışma için bkz. G. J. Guglielmi, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19e siècle*, Annuaire d'histoire administrative européenne, vol. 8, 1996, p. 109. Dipnotlarda, *cilt* anlamındaki *vol.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

²⁰ Bu dönem, 1815-1830 yılları arasındır. (Çevirmenin notu).

²¹ Bu dönem, 1830-1848 yılları arasındır. (Çevirmenin notu).

²² Türkçe *kanun* kelimesi, Fransızca *code* terimini tam olarak karşılamamaktadır. Bu sebeple terim tercümede aynen muhafaza edilmiş; cins isim olarak kullanıldığı zaman *code*, belli bir mevzuatın özel adında geçtiği zaman -kesme işareti sebebiyle okumanın güçleşmemesi için- *Kod* biçiminde yazılmıştır. (Çevirmenin notu).

²³ G. J. Guglielmi, söz konusu “imkânsızlık kabulü”nü 1860'lara kadar götürmektedir.

²⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, tome 1, 1^{re} éd., 1887, p. VII.

²⁵ *Contentieux administratif*, fasc. I, Les cours de droit, 1970-1971, p. 21; ayrıca bkz. M. Letourneur, Quelques réflexions sur la codification du droit administratif, in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277.

²⁶ Türkçe tercümeden okuyanlar için söz konusu makalenin künyesini tekrar hatırlatmakta fayda var: Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31. (Çevirmenin notu).

hukukunu “*erişilmez ve öğretilemez (incommunicable)*”²⁷ hâlde getiren vecizeciliğini [aşırı kısa ve özlü ifade merakını – *laconisme*] tenkit etmenin vakti gelmişti. İdare hukukunun temel içtihadî ilkelerinin tedvinini, somut bir örneğe (Monaco’da çıkarılan ve kamu görevlilerinin özel hukuk sorumluluğuna ilişkin Fransız içtihatlarından çıkan kuralların kodifiye edilmesinden ibaret bulunan bir Kanun’a) istinaden savunan ve idare hukukunu daha erişilebilir, daha az aristokratik ve daha az esrarengiz kılmak gerektiğini belirten Dekan Vedel’in sesine, idare hukukundaki önemli içtihadî prensiplerin kodifikasyonu meselesinin, “*gelecek yılların büyük işi*”²⁸ olduğunu düşünen Profesör René Chapus’nün sesi eklendi.

Şu hâlde, Fransız idare hukukundaki bazı güncel değişiklikleri; bilhassa hukukun sadeleştirilmesi (*simplification du droit*) adıyla bilinen yasal metinleri, yani 2 Temmuz 2003 tarih ve 2003-591 numaralı Kanun²⁹ ile 9 Aralık 2004 tarihli Kanun³⁰ kapsamında alınan yahut alınacak başlıca tedbirleri, Georges Vedel’in mezkûr çalışması ışığında tahlil etmek, yerinde ve faydalı olabilir. Bu en güncel kanunlar ve kanun hükmünde kararname, muhterem Yazar’ın [Vedel’in] görüşleri hatırdaki tutularak okunduğunda, gerçekten, açıkça paradoksal bir neticeye varılır. Dekan Vedel, idarî yargı içtihatlarının (daha doğrusu bu içtihatların temel unsurlarının, yapıtaşlarının) idare hukukunu daha açık ve daha erişilebilir kılmak üzere tedvin edilmesi gerektiğini söylüyordu. Ne var ki, hâlihazırda ortaya çıkanın bunun tam tersi olduğu görülüyor. İdare hukuku bugün, dün olduğundan daha az içtihadî; ancak yine bugün, dün olduğundan daha esrarlıdır. İdare hukukunun içtihadî karakterindeki bu zayıflama, hukuku sadeleştirme siyaseti tarafından hızlandırılmıştır. Alanın bütün alt dallarında gözlemlenebilen bu durum, maalesef [ironik biçimde] idare hukukunun karmaşıklaşmasına sebep olmaktadır.

Hukuku Sadeleştirme Siyasetinin Hız Verdiği Bir Zayıflama

1920’li yıllarda, *Dame Cachet* kararını tahlil eden Maurice Hauriou, idarî işlemlerin geri alınması rejiminin, “*Conseil d’État’ın yaratıcı kudretinin en belirgin örneklerinden biri*”³¹ olduğunu yazabilmişti. Böyle bir analiz, hükûmete “*idarî işlemlerin geri alınmasına dair kuralları, hukukun sadeleştirilmesi ve hukukî güvenliği sağlama amaçlarıyla uyumlaştırma konusunda gerekli tedbirleri almak üzere kanun hükmünde kararname (ordonnance) çıkarma*” yetkisi veren 9 Aralık 2004 tarih ve 2004-1343 numaralı Kanun’un 2. maddesi ile yakında geçersiz hâlde gelecektir. Bu örnek bize, yalnızca idarî işlemlerin geri alınması konusunu aşan bir akımın işaretçisi gibi görünüyor. İdare hukuku artık, sadeleştirilmek ve modernleştirilmek üzere

²⁷ A. de Laubadère, *Le Conseil d’Etat et l’incommunicabilité*, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 17.

²⁸ *Droit administratif général*, préc., n° 163. Dipnotlarda, *daha önce atıf yapılmış olan* anlamındaki *préc.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

²⁹ P. Gonod, *La simplification du droit par ordonnances*, AJDA 2003, p. 1652.

³⁰ Les principales dispositions de la loi du 9 décembre 2004, JCP A 2004, 1855.

³¹ S. 1925, III, p. 9.

tedvin ediliyor. İlk bakışta bunda şaşılacak bir şey yok. İctihadiliğin dezavantajları bahsinde yapılan eleştiriler, tekraren vurgulanmayı gerektirmeyecek kadar malum; öyle ki bazı yazarlar bu eleştiriyi, “*ıctihadılık, idare hukukunun en büyük zaafıdır*”³² noktasına dek götürmektedir. [Gerçekten] ıctihadın, tabiatı icabı geçmişe yürümesinden maada³³; çoğu zaman esrarını sadece müntesiplerine açan, avama kapalı bir dil kullanması, en büyük eksiğidir.

Aynı şekilde, dağınmık metinler, hukuka erişimi kaçınılmaz surette zor ve hatta çoğu zaman öngörülemez / tesadüfî kılmaktadır. 1980’li yılların sonunda gündeme gelen kodifikasyonların bu bağlamda yapıldığı açıktır. Mamafih, 2003 ve 2004 tarihli metinlerde dikkat çekici olan, bu metinlerin, “*dinamik kodifikasyon (codification dynamique) isimli yeni bir tedvin biçimine*”³⁴ başlangıç teşkil etmesidir. İkinci Dünya Savaşı’na takaddüm eden önceki aşamaların temel özelliklerini kısaca hatırlayalım. Birincisi, 10 Mayıs 1948 tarihli Kararname (*décret*) ile gerçekleşen, tamamen “*idarî*” [yürütme tarafından yapılan] kodifikasyondur³⁵. [Bu dönemde] *code*’ların gerek kanun, gerek düzenleyici işlem hükümlerini içeren bölümleri (*partie législative ve dispositions réglementaires*), kararname ile belirlenmişti.

Avantaj olarak belli bir sürat temin eden bu yöntem, tedvin edilen [*code*’a dâhil edilen] kanunların ilga edil[e]memesi³⁶ ve söz konusu yan yana yürürlükte bulunma hâlinin sorun teşkil etmesi sebebiyle risksiz ve sakıncasız değildi. Dahası, yargıç bazı *code*’larda yer alan yenilikçi hükümlere, kimi zaman belli bir dudak bükme / tepeden bakma tavrı gösteriyordu. Örneğin 1957’de hazırlanan Devlet Mülkiyeti Kodu (*code du domaine de l’État*), kamu malları için zımnî / tersinden bir tanım getirerek “*tabiatları yahut kullanım amaçları gereği özel mülkiyete konu edil(e)meyen mallar*” ibaresini kullanmış, ancak yargıç bu tanıma kayıtsız kalmıştır (Devlet Mülkiyeti Kodu’nun söz konusu 2. maddesi hâlâ yürürlüktedir). Dekan Jean-Marie Auby’nin işaret ettiği üzere, “*1957 tarihli bu code, hukuk fakültelerinde, XIX. yüzyıl kamu malı uzmanları ve Berthélémy’nin mirası ile yetiştirilmiş Maliye Bakanlığı ve Emlak İdaresi (service des Domaines) memurlarının eseri idi*”³⁷. Bu tespit, [kamu mallarına ilişkin] ıctihadî ölçütünü henüz geliştirmiş olan³⁸ yargıcın, söz konusu hükümle -kötü anılmak pahasına- neden ilgilenmediğini, şüpheye mahal bırakmayacak tarzda açıklamaktadır.

³² J.-F. Brisson et A. Rouyère, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p. 17.

³³ İctihadî kuralların geçmişe yürümesinin, bugün hukukî güvenlik açısından çokça eleştirildiği malumdur. Konu hakkında bkz. Le rapport Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.

³⁴ N. Molfessis, RTD civ. 2004, p. 159.

³⁵ C. Ettore, *Les codifications administratives*, EDCE, 1956, n° 10, p. 41.

³⁶ Bu dönemde yürütmenin düzenleyici işlemleriyle herhangi bir kanunun ilga edilmesi mümkün değildi.

³⁷ Kamu Malları ve İktisadî Faaliyetler başlıklı toplantıda (*colloque domaine public et activités économiques*) yaptığı konuşmadan, CJEG, hors-série, 1991, p. 21.

³⁸ CE sect. 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, Lebon p. 375; AJDA 1956, II, p. 472, concl. M. Long et p. 488, chron. J. Fournier et G. Braibant.

Yine düzenleyici bir işlemle [yürütme tarafından] başlatılan ikinci aşama, 12 Eylül 1989 tarih ve 89-647 numaralı Yüksek Tedvin Komisyonunun Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kararname'dir (*le décret relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification*)³⁹. Kararname, yalnızca iç hukuktaki mevcut yazılı kuralların derlenmesine (*codification à droit constant*) ilişkindi. *Code*'lar Komisyon tarafından hazırlanacak ve kanun hükümleri içeren bölümleri (*partie législative*) -*code*'ların daha güvenceli olması için- yasama organınca yürürlüğe konulacaktı. Bazı önemli başarılarla (meselâ kanun gücündeki kısmı 21 Şubat 1996 tarihli Kanun'la meriyet kazanan Mahallî İdareler Genel Kodu'na⁴⁰) rağmen, yasama takvimindeki yoğunluğun, [tedvin faaliyeti önünde] ciddi bir engel teşkil edeceği kısa süre içerisinde anlaşıldı. Komisyon; henüz parlâmento tarafından kabul edilmemiş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiş, kısmen metruk ve işlevsiz *code*'lar hazırlıyordu.

Söz konusu tıkanıklığa bir çare olarak, Anayasa'nın 38. maddesine istinaden, hükûmete bazı *code*'ların kanun hükümleri içeren bölümlerini hazırlama imkânı tanıyan bir yetki kanunu (16 Aralık 1999 tarihli Kanun) çıkarıldı. Anayasa Konseyi de, anayasal değerde [gördüğü] hukukun anlaşılabilirliği ve erişilebilirliği amaçları uğruna, böyle bir girişimi kabul ve hatta teşvik etti⁴¹.

Yasama organı, 16 Aralık 1999 tarihli Kanun yahut 12 Nisan 2000 tarihli Vatandaşların İdarelerle İlişkilerindeki Haklarına Dair Kanun'un⁴² 3. maddesi gibi metinlerle *codification à droit constant* usulünün açık tarifini getirdikten sonra, üçüncü tedvin aşaması olarak, kanun hükmünde kararnamelerle kodifikasyon (*codification par ordonnances*) usulünü başlamıştır. Bahse konu 12 Nisan 2000 tarihli Vatandaşların İdarelerle İlişkilerindeki Haklarına Dair Kanun'un 3. maddesi şu şekildedir: “*kanuni tedvin (codification législative), o tarih (tedvinin yapılacağı tarih) itibarıyla yürürlükte bulunan bütün kanunların tematik code'lar halinde toplanması ve sınıflandırılmasıdır. Bu tedvin, derlenen metinlerin tutarlılığını korumak için yapılacak zorunlu tashihler dışında, normlar hiyerarşisine saygı duyulmak ve yürürlükteki hukukun ahengini bozmamak üzere, yalnızca mevcut metinlerin aynen [olduğu gibi] derlenmesi şeklinde yapılır*”. Özellikle, İdari Yargı Kodu'nun⁴³ kanun hükümleri içeren bölümü (*partie législative*), işte bu yöntemle yürürlüğe konmuştur (4 Mayıs 2000 tarih ve 2000-387 numaralı Kanun Hükmünde Kararname).

³⁹ G. Braibant ve A. Zaradny, L'action de la commission supérieure de codification, AJDA 2004, p. 1856.

⁴⁰ Orijinal isim: *Code général des collectivités territoriales*. (Çevirmenin notu).

⁴¹ Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, AJDA 2000, p. 31, note J.-E. Schoettl. Anayasa yargıcının kodifikasyon konusunu kavrayış biçimine dair bütüncül bir çalışma için bkz. M. Verpeaux, La codification devant le Conseil constitutionnel, AJDA 2004, p. 1849. Anayasal değerdeki bu amaçlar (hukukun anlaşılabilirliği ve erişilebilirliği) hakkında bkz. P. de Montalivet, La « juridicisation » de la légistique, in *La confection de la loi*, Roland Drago, dir., PUF, 2005, p. 99.

⁴² Orijinal isim: *Loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*. (Çevirmenin notu).

⁴³ Orijinal isim: *Code de justice administrative*. (Çevirmenin notu).

Üstünkörü bakıldığında, [*dinamik kodifikasyonu* başlatacak olan] 2 Temmuz 2003 ve 9 Aralık 2004 tarihli Kanunların, [az evvel sözü geçen] 16 Aralık 1999 tarihli Kanun ile aynı hat üzerinde bulunduğu zannedilir. [Zira] bu kanunlar da hükûmeti, muhtelif *code*'ların kanun hükümleri içeren bölümlerini hazırlamak hususunda yetkilendirmektedir. Ne var ki, daha yakından incelendiğinde bu kanunların, sadece mevcut yazılı kuralların derlenmesine (*codification à droit constant*) müsaade etmekle yetinmeyip, bilâkis hükûmeti, ilgili hukuk alanlarını yeniden biçimlendirmeye [reformeye] yönelmeyi amaçladığı görülür. Nitekim 9 Aralık 2004 tarihli Kanun'un 89. maddesi, hükûmete verilen yetkiyi altı ay uzatarak, idare hukukunun temel konularından birini, Kamu Mülkiyeti Kodu'nu (*code des propriétés publiques*) yapma ve arzu ettiği takdirde değiştirme imkânı tanımaktadır. [Maddeye göre] hükûmet, "kamu mülkiyetindeki malların işletilme usulü [kurallarını] ıslah etme, sadeleştirme, berraklaştırma, âhenkli kılma ve derleme amacıyla; Devletin, mahallî idarelerin ve kamu kurumlarının mülkiyetindeki gerek özel gerek kamusal, gerek taşınır gerekse taşınmaz malların tanımlanmasına, yönetilmesine, korunmasına, bu mallar sebebiyle çıkan uyuşmazlıklara, kamu tüzel kişilerinin bu mallar üzerindeki tasarruflarının tevsiğine, bu mallardan kaynaklanan semere ve sair gelirlerin [hakların] doğuşu ve tahsili rejimine ve kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen taşınmaz devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve denetimine ilişkin kanun hükümlerini değiştirmek ve tamamlamak hususunda kanun gücünde tedbirler" alabilecektir. Kısacası hükûmet, -elbette açık anayasal kısıtlara tabi olmak kaydıyla⁴⁴- kamu mülkiyeti hukukunu (*droit des propriétés publiques*) dönüştürebilecektir.

Kezâ kanun hükmünde kararname, on sekiz aylık bir süre içerisinde hükûmete -fakat bu kez sadece mevcut kuralları derleme (*codification à droit constant*) anlamında-, İdare Kodu'nun (*code de l'administration*), Kamu İhale Kodu'nun (*code de la commande publique*) ve Kamu Görevlileri Genel Kodu'nun (*code général de la fonction publique*) kanun hükümleri içeren bölümlerini çıkarma yetkisi vermektedir (m. 84). Dolayısıyla bu kodifikasyonlar, yazılı hukukun idare hukukundaki yerinin artmasında, son aşama[yı temsil etmektedir]. Artık kanunlar ve düzenleyici işlemler o denli çoktur ki, hukuku sadeleştirmek -yahut belki de- "*içtimai bünyenin hazımsızlığı*"ndan⁴⁵ sakınmak için, bu kuralların derlenip toplanması zarurî hâl gelmiştir. Ayrıca söz konusu kodifikasyonlar, yalnız mevcut kuralların derlenmesi (*codification à droit constant*) şeklinde yapıldığında dahi, idare hukukunun içtihadî karakterindeki zayıflamanın -idare hukukunun çoğu branşında hissedilir bir zayıflamanın- işaretlerinden başka bir şey değildir (çünkü bu metinler önemli bir rol oynamıyor olsaydı, tedvin edilmelerine de gerek duyulmayacaktı).

⁴⁴ E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192 ve A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite), AJDA 2003, p. 1404; H.-G. Hubrecht, L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel, in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 417.

⁴⁵ R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977, chron. p. 43.

İdare Hukukunun Çoğu Branşında Hissedilir Bir Zayıflama

Bu noktada, idare hukukunun bütün branşlarına, bilhassa esas itibarıyla yazılı karakter arz ettiği tartışmasız olan branşlara değinilmesi tabii ki söz konusu değil. Nitekim en azından 1946 tarihli Kanun'un (o çok beklenen, uzun zamandır sadece özel editörlere bırakılmış bir sentez işini nihayet gerçekleştirmekten başka bir şey yapmayan Kamu Görevlileri Genel Kodu'nun - *Code général de la fonction publique*) çıkarılmasından beri, kamu görevlileri hukukunda vaziyet böyledir. Aynı durum, alanın en yeni branşları arasında sayılıp, biri 1972, diğeri ise 2000 yılından beri bir *code*'a sahip kılınan ve bu yüzden kimsenin içtihadî karakter taşıdığını iddia etmediği imar hukuku ve çevre hukuku için de geçerlidir. Şu hâlde, idare hukukunun içtihadî karakterinin en güzel misâlleri arasında genel kabul gören birkaç örnek üzerine odaklanmak şüphesiz daha iyi olacaktır. Özellikle, Pierre-Laurent Frier'in "özü itibarıyla *Conseil d'État*'nin büyük kararları [önemli içtihatları] üzerine inşa edilmiş hâlde duruyor"⁴⁶ dediği iki örnekten bahsedeceğiz: İdarî sözleşmeler hukuku ve idarî işlemlerin hukukî rejimi [idarî işlem teorisi].

İdarî sözleşmeler hukuku ile başlayalım. Henüz yirmi yıl önce François Llorens, bu alanın esas itibarıyla içtihadî karakter arz ettiği fikrine, hâlâ güncelliğini koruyan ifadelerle karşı çıkmıştı⁴⁷. Pozitif hukukta meydana gelen sonraki gelişmeler, söz konusu iddianın ispatını mutlak surette kolaylaştırdı. François Llorens idarî sözleşmeler konusunda içtihadî kuralların sadece tamamlayıcı bir rol oynadığını, esas meselelerin bazen yürürlükteki kanun yahut düzenleyici işlemlerle bazen ise sözleşme hükümleriyle tanzim edildiğini özellikle vurguluyordu. Yazar ayrıca "en meşhur içtihadî teorilerin, nihayet istisnâ hâllerde sözleşmenin etkilerini gidermeye yönelik, uygulama alanı sınırlı, ikame edici kurallar olarak ortaya çıkageldiğini"⁴⁸ gösteriyordu. Gerçekten de, "idarî sözleşmenin genel teorisi"⁴⁹, çok kısıtlı bir alanda kullanılmaktadır. İster nicelik ister nitelik açısından bakılsın, idarî sözleşmeler hukukunun özü ya kanunlarda yahut düzenleyici işlemlerde⁵⁰ bulunur. Kamu hizmeti imtiyazlarının hukukî rejimi geniş ölçüde içtihadî idi. [Ancak] bugün kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmesi (*convention de délégation de service public*) kavramının bizzat kendisi ve hukukî rejimi, 29 Ocak 1993 ve 11 Aralık 2001 tarihli Kanunlardan beri, büyük ölçüde yazılı kurallarca düzenlenmektedir. 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen kamu özel ortaklığı sözleşmesi (*contrat de partenariat*) de, yazılı hukukun [artan] önemine iyi bir örnek sunmaktadır. Kanun Hükmünde Kararname, sadece kavramı (eksik de olsa) belirlemekle kalmayıp,

⁴⁶ *Précis de droit administratif*, préc., n° 143.

⁴⁷ Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377.

⁴⁸ Préc., p. 391.

⁴⁹ F. Brenet, La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes, AJDA 2003, p. 919.

⁵⁰ İdarî sözleşmeler konusunda, yürütmenin düzenleme yetkisine günümüze dek bırakılan yerin eleştirisi için özellikle bkz. Y. Gaudemet, Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cah. Cons. const. 2004, n° 17, p. 91.

sözleşmenin kurulma koşullarını / esaslarını da düzenlemektedir. Kararname'yi kaleme alanlar, idarenin sözleşmeciler karşısında sahip olduğu genel yetkileri de bir biçimde akdileştirmiştir. Hakikaten Kararname'nin 11. maddesi (aynı zamanda Mahallî İdareler Genel Kodu'nun L. 1414-12 numaralı maddesi), sözleşmenin önemli bir dizi mecburî hüküm (*clauses obligatoires*) ihtiva etmesini âmidir. [Bu kapsamda] sözleşme; [idarenin] denetim ve yönlendirme, yaptırım uygulama, tek taraflı değişiklik yapma ve tek taraflı fesih yetkilerine ilişkin hükümler içermek zorundadır. Çözüm getirdiği bütün meselelerin zaten sözleşmede yer aldığı bir genel teori, istisnâî hâller dışında neye yarar ki?

[Yargısal olmayan] idarî usûl (*procédure administrative non juridictionnelle*) konusu da [içtihadî karakterdeki zayıflamayı] oldukça açıklayıcıdır. İdarî işlemlerin geri alınmasına ilişkin yukarıda değinilen içtihatların tedvin edilmesinden maada, bir İdare Kodu⁵¹ (*code de l'administration*) beklentisi⁵² dahi, 1970'li yıllar sonundaki büyük kanunlardan itibaren, yazılı kuralların idare hukukundaki çarpıcı artışının mantikî neticesinden başka bir şey değildir. [Peki, bu beklentide] ısrar etmeye lüzum var mıdır? İdarî işlemlerin gerekçelendirilmesi, erişime açılması [bilgi / belge edinme] hatta bugün daha geniş anlamda idare ile idare edilenler - vatandaşlar arası ilişkiler konusundaki temel kurallar, artık yazılıdır. İdare Kodu, eğer çıkarsa, bu rahatsız edici [müzmin, kabak tadı veren] mevzuyu ortadan kaldıracaktır⁵³. Aslında doktrindeki yazarların bir kısmı, özellikle karşılaştırmalı hukuk bilgilerinden esinlenerek, böyle bir kodifikasyonu 1960'lı yıllardan beri talep etmekteydi⁵⁴. Bu istikametdeki muhtelif taslaklar, bilhassa 1980'li yılların başında, şüphesiz yazılı hukukun çok boşluklu / eksik olması sebebiyle başarısız olmuştu. Hâlihazırda vaziyetin böyle olmadığı [yazılı hukukun tedvin edilecek olgunluğa eriştiği] görünüyor.

Benzer durum, kısmen dahi olsa, idarî yargılama usûlü (*procédure juridictionnelle administrative*) için de vâkidir. Büyük içtihatların (*grands arrêts*) devri henüz tamamen kapanmasa da⁵⁵, alana ilişkin temel prensiplerin bugün İdarî Yargı Kodu'nun (*code de justice administrative*) "on emir"inde (mukaddime başlığının⁵⁶ 2 ilâ 11. maddelerinde) yahut bir ilâ dokuzuncu başlıklarında vaz' edilmediğine bizi kim inandırabilir? Kabul edilmelidir ki, yer yer önemsiz veya dolaylı atıflarla yazılı kurallara konu edilse de, dava türleri arasındaki ayırım ve hatta bizzat bu davalarda [uygulanan] yargısal denetim teknikleri [esas bakımından denetimin koşulları] kodifikasyona direnmektedir. Fakat alanı [idarî yargılama hukukunu] inşa eden esasların ekseriyeti

⁵¹ Türkiye'de gündeme gelen Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı'na benzer bir *code*'dan söz ediliyor. (Çevirmenin notu).

⁵² R. Schwartz, Le code de l'administration, AJDA 2004, p. 1860.

⁵³ Konu hakkında bir örnek olarak Y. Gaudemet'nin derleme çalışmasına bkz. La codification de la procédure administrative non contentieuse en France, D. 1986, chron. p. 107.

⁵⁴ Bilhassa bkz. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, LGDJ, 1968, p. 671.

⁵⁵ Bu kapsamda akla gelen bir örnek: CE Ass. 11 mai 2004, Association AC!, AJDA 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁵⁶ Orijinal isim: *Titre préliminaire*. (Çevirmenin notu).

Kod'a girmiştir (Kanaatimizce İdarî Yargı Kodu, yazarlarının kalitesi sayesinde, son zamanlarda kaleme alınanlar arasında en iyi yazılmış ve editoryal açıdan çok eski *code*'lerle [örneğin Napoléon dönemi *code*'leriyle] mukayese edilmeyi kaldırabilecek tek *code*'dur).

Kanaatimizce, idare hukukunun ana başlıkları arasında esas itibarıyla (niteliksel anlamda) içtihadî kalan yalnızca bir tanesidir: İdarenin sorumluluğu (*droit de la responsabilité administrative*). [Yazılı kurallarla getirilen] ayrı sorumluluk rejimleri⁵⁷ çoğalsa da, temel prensipler yazılı değildir⁵⁸. [Başka bir deyişle], “*idarenin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar (droit commun de la responsabilité administrative)*”⁵⁹ hâlâ içtihat kaynaklıdır.

Öyleyse Georges Vedel haklıydı: idare hukuku ilânihaye içtihadî kalamazdı. Fakat bu, idare hukukunun artık daha erişilebilir, sıradan insanlar için daha az esrarengiz olduğu anlamına mı gelir? Maalesef ki hayır...

İdare Hukukunun Karmaşıklaşmasına Yol Açan Bir Zayıflama

Portalıs, [henüz *Code civil* yazılırken], basit ve fakat göz ardı edilmiş bir soruyla kodifikasyonun işe yararlığını tartışmaya açmıştı: “*code en yalın dille kaleme alınsa bile, toplumun her kesimi onu anlayabilecek midir?*”⁶⁰. Ne yazık ki, güncel metinlerin ekseriyetinin, sadece idare hukuku müntesiplerinin çok küçük bir kısmına hitap ettiği görülüyor. Yasama ve yürütme tarafından yapılan son müdahalelerin [koyulan yazılı kuralların], idare hukukunun muhtelif kısımlarındaki iç tutarlılık ve âhengi büyük ölçüde yok ettiğini ortaya koymak hiç de güç değil. Tam bu noktada, iki örnek bize son derece açıklayıcı ve dikkate şayan görünüyor: Kamu mülkiyeti hukuku (*droit des propriétés publiques*) ve idarî sözleşmeler hukukundaki (*droit des contrats administratifs*) durum.

Kamu mülkiyeti hukukunun durumuyla başlayalım⁶¹. Bu alan oldukça basit bir temel mantığa dayanıyordu (hâlâ kısmen dayanıyor): kamu mallarının muhafazasına -ekonomik açıdan değerlendiril(e)memeleri yahut daha “dinamik” işletil(e)memeleri pahasına- öncelik verilirdi. *Kamu malı (domanialité publique)* kavramı, hassaten geniş [yorumlanırdı] ve kamu mallarının hukukî rejimi, özellikle üzerlerinde aynî hak kurulmasının yasaklanması [devir ve ferağ edilememeleri, üzerlerinde rehin, ipotek

⁵⁷ Türkiye'deki 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun gibi. (Çevirmenin notu).

⁵⁸ Aksi yöndeki tespiti destekleme imkânı sunan pozitif hukuktaki son gelişmeler için bkz. C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974, p. 489.

⁵⁹ M. Paillet, Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Les colloques du Sénat, 2002, p. 89.

⁶⁰ *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, préc., p. 27.

⁶¹ Bkz. Dossier domaine public, AJDA 2005, p. 578.

vb. kurulamaması] açısından katı idi (özel tanzimlerin⁶², başlangıçta öngörülen *kamu malı* tanımını “kısıtlayıcı ölçüt”⁶³ rolü oyna(ya)madığını hatırlayalım). Sonrasında yasama organı, esasen içtihatların [içtihadî kuralların] sertliğine karşılık vermek amacıyla, noktasal [mevziî] müdahalelerini artırdı⁶⁴:

- 5 Ocak 1988 tarihli Yerinden Yönetimin Güçlendirilmesi Hakkında Kanun’un 13. maddesi (mahallî idarelere, kendilerine ait taşınmazlar üzerinde *bail emphytéotique administratif*-kullanma ve yararlanma haklarının devrini içeren uzun süreli bir sözleşme- yapma imkânı tanımaktadır).
- 25 Temmuz 1994 tarih ve 94-631 numaralı Kanun (kamu malları üzerinde aynı haklar kurulmasına ilişkin ve Devlet Mülkiyeti Kodu’nu⁶⁵ tamamlayan kanundur).
- 26 Temmuz 1996 tarih ve 96-660 numaralı France Télécom Yurtiçi Teşebbüsü Hakkında Kanun (1. maddesi, *France Télécom*’un mallarını kamu malı rejiminden çıkarırken, 4. maddesi aynı kuruluşun bazı mallarını tahsis amaçlarını teminen koruma altına almaktadır).
- 11 Aralık 2001 tarih ve 2001-1168 numaralı Malî ve İktisadî Nitelikte Acil Reform Tedbirleri Hakkında Kanun (Kanun’un 22. maddesi, *La Poste*’a ait taşınmaz malları, *France Télécom*’a ait olanlarla benzer bir statüye tabi kılmaktadır).
- 29 Ağustos 2002 tarih ve 2002-1094 numaralı İç Güvenlik Programlama ve Uyumlaştırma Kanunu (Kanun’un 3. maddesi; adalet, emniyet ve jandarma hizmetlerinde ihtiyaç duyulan bina inşaatlarının finansmanını kolaylaştırmak üzere Devlet Mülkiyeti Kodu’nda değişiklik yapmakta ve özellikle leasing ve satın alma opsiyonlu kiralama yoluna başvurma imkânı tanımaktadır).
- 4 Eylül 2003 tarih ve 2003-850 numaralı Sağlık Sisteminin Teşkilat ve İşleyişinin Sadeleştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Kararname’nin IV. başlığı, hastaneler bakımından *bail emphytéotique administratif*-kullanma ve yararlanma haklarının devrini içeren uzun süreli bir sözleşme- yapma imkânı tanımaktadır).
- 19 Ağustos 2004 tarih ve 2004-825 numaralı Devlet Dairelerine Ait Taşınmazların Statüsüne İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (Devlet Mülkiyeti Kodu’nun 2. maddesini değiştirerek, Devlet ve kamu kurumlarının *-établissements publics-* kullandığı taşınmaz malları, kamu malı niteliği taşıyan diğer taşınmaz mallarla bölünmez bir bütün teşkil edenler hariç olmak üzere, Kod’un kapsamı dışına çıkarmaktadır).

⁶² Orijinal terim: *aménagement spécial*. Kamu malının tahsis edildiği hizmetin gereklerine göre inşa edilmiş bir yapı olması. Örneğin okul binasının sınıflardan oluşacak biçimde planlanması, tanzim edilmesi. Bu okul binası ev olarak kullanılmaya müsait değildir. Okul binası olacak şekilde tanzim edilmiştir. Terim ile bu kast edilmektedir. Bir malın kamu malı olması için kullanılacağı hizmete göre tanzim edilmiş olması şartının aranması bazı kamu malları bakımından gündeme gelmiştir. Terimin anlamı konusunda raporunda katkılarını sunan sayın hakeme teşekkür ederim. (Çevirmenin notu).

⁶³ Orijinal terim: *critère réducteur*. (Çevirmenin notu).

⁶⁴ Orijinal metinde aşağıdaki örnekler paragraf içinde sıralanmıştır. Fransız mevzuatına aşina olmayan okuyucuların zorlanmaması için çeviride örneklerin alt alta sıralanması yoluna gidilmiştir. (Çevirmenin notu).

⁶⁵ Orijinal terim: *Code du domaine de l’Etat*. (Çevirmenin notu).

[Örnekleri çoğaltmak mümkün]... Neticede kendimizi, karmakarışık bir yapının içinde buluyoruz. Atipik kamu tüzel kişilerine (*La Poste*) yahut belli mal kategorilerine (Devlet dairelerinin binaları) dair “kanunî” istisnalar artırıldıkça, kamu malının klasik tanımında gedik açılıyor. Kamu mallarının hukukî rejimi ise yarıma ve parçalanma yolunda. Dahası, kamu malı - özel mal şeklindeki ikili ayrımın ta kendisi saldırıya maruz kalıyor... İkinci baharını yaşayan ise, [ilk defa Duguit ve Jean-Marie Auby tarafından ortaya atılmış] *basamaklı / dereceli mülkiyet (échelle de la domanialité)* teorisi⁶⁶... İşin güzeli, yasama organı [adeta] zoru başardı. Özel hukuk kişilerine ait (dolayısıyla tanım gereği *kamu malı* sayılamayacak⁶⁷) bazı mallar, kamunun özel mülkiyetindeki diğer bazı mallarla birlikte, kamu mallarının kimi özelliklerini de içeren aynı hukukî rejime tabi kılındı. *France Télécom*'un bazı malları bu durumda. Eğer havaalanlarına ilişkin kanun tasarısı kabul edilirse, ileride *Aéroports de Paris*'e ait mallar da aynı hâle gelecek. Böylece, özel [hukuk kişilerine ait] mallar ve kamu tüzel kişilerine ait özel malların, kamu mallarının hukukî rejiminden esinlenilmiş [yeni] bir rejime sokulması gibi [garip] bir vaziyetle karşı karşıya kalıyoruz. Yasama organı bunu yaparak hukuku sadeleştirmiş mi oldu? [Kanunları] Anayasa Konseyi'nin (*Conseil constitutionnel*) öngördüğü gibi, hukukun anlaşılabilirliğini (*intelligibilité*) artırmaya katkı sağlayacak şekilde mi kaleme aldı? Tabii ki hayır... Bugün yargıç tarafından şekillendirilen genel ölçütleri terk edip, hukuku ekonominin gerçeklerine uydurma kisvesi altında, bütüncül bir bakış açısından yoksun tikel [spesifik] yasal düzenlemeleri çoğaltma noktasına geldik. Elbette bu durum hukukun, toplumsal ihtiyaçların karmaşıklığına intibak etmesine bariz bir örnek olarak görülebilir. Ne var ki, bazı açılardan gerçekten miadını doldurmuş genel çerçeveyi değiştirip, yeni ve bütüncül bir yapı ile ikame etmek yerine; bölük pörçük reformların sayısını artırmakla yetinilmesine hayıflanmak da mümkündür (en azından biz hayıflanıyoruz). Umalım ki en azından Kamu Mülkiyeti Kodu (*code des propriétés publiques*), bu konuda daha cesur olsun...

İdarî sözleşmelerin daha iç açıcı olmayan durumundan da birkaç cümleyle bahsedelim. Eğer burada, 2006 yazı itibarıyla çıkacak *code*'un doğru olmaktan çok yanlış başlığına, “*commande publique*” [kamu alımları] isimlendirmesine takılıp kalırsak, sadece can sıkmış oluruz. Eski Kamu İhaleleri Kodu'nun (*Code des marchés publics*) mütemadiyen revize edilmesi bir yana, “genel sözleşmeler” (*contrats globaux*) için yeni yasal formüllerin geliştirilmesi, doktrinin bütünlükten büyük ölçüde mahrum bir yapının birliğini sağlama çabasına rağmen⁶⁸, konunun anlaşılabilirliğine ciddi zarar veriyor. Bu sözleşmeler, özellikle mahallî idareler için, mevzuatın boşluklarında geliştirilmişti. Artık dizginleri, tarafların yargı içtihatlarınca meşru kılınmış yaratıcılığı

⁶⁶ F. Melleray, L'échelle de la domanialité, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 287.

⁶⁷ Çünkü Conseil d'État'nın yakın tarihli bir görüşünde hatırlattığı gibi, bir malın *kamu malı* sayılabilmesi için evvelâ kamunun mülkiyetinde olması şarttır: CE 10 juin 2004, *Agence France-Presse*, RFDA 2004, p. 923, chron. J. C.

⁶⁸ Özellikle bkz. P. Delvolvé, *Les contrats globaux*, RFDA 2004, p. 1079.

değil, kanun ele aldı. Bugün kim, bir grup başarılı öğrenciye mevcut hukukun genel tutarlılığını kolay, hızlı ve anlaşılır bir şekilde açıklayacağını iddia edebilir? Bütün bu formüller [Kod'daki tabirler] arasında nasıl yönünüzü bulabilirsiniz? François Llorens ve Pierre Soler-Couteaux'nun vurguladığı gibi: kamu sözleşmeleri hukuku “*lime lime olmuştur*”⁶⁹.

Yine 17 Haziran 2004 tarihli Kamu-Özel Ortaklığı Sözleşmelerine Dair Kanun Hükmünde Kararname üzerine yazılmış çok sayıda şerhten birkaç tanesini okumak⁷⁰, hukuku sadeleştirme adına çıkarılan bu Kararname'nin, onu iyiden iyiye anlaşılmasız hâle getirdiğini fark etmek için yeterlidir. Kararname'nin getirdiği modeli; hem kamu ihale, hem kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmelerini ikame edebilen bir genel tür / hüküm olarak görenler ile bunun tam aksine, sadece nadir durumlarda kullanılacak istisnâ bir ihale sözleşmesi türü olarak görenler arasında [adeta] anlaşılmasızlık uçurumu vardır. Buna mukabil, [doktrindeki] neredeyse herkes, kanun koyucunun yanlış istikamette gittiği konusunda mutabıktır. Kanun koyucu; beyaz bir sayfa açıp, idarî sözleşmeler hukukunu sıfırdan düzenlemeye çalışmak yerine, özel hukukî rejimlerin sayısını artırdı, sözleşme modellerini üst üste yığdı. Böylece hukuku ağır ve karmaşık hâle getirdi. Hukuku sadeleştirme bahanesiyle, başka hiçbir husus açıklığa kavuşturulmaksızın, yeni bir müessese ilave edilirse, gözlemci hayret etmekten başka bir şey yapamaz... On beş yıldır sözleşmeler hukukunu daha karmaşık kılan yargıç mıdır? Kesinlikle hayır. Hukuku karmaşıklaştıran; 1993'te yeni bir sözleşme kategorisi yaratıp (kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmeleri) 2001 yılına kadar onu tanımlamayı dert edinmeyen, her işkoluna özel çok sayıda kanun yapan, normları tasnif değil istif eden, yasama organının ta kendisidir.

Bu arada; ister uygulamacı ister akademisyen olsun, bir hukukçunun mevzubahis karmaşadan illa yakınması gerekmez. Salt materyalist ve profesyonel açıdan bakıldığında, yasama organının bu aceleci ve aşırı tutumu, (reform öncesinde çoğu zaman ihmal edilseler de), uzmanlara ciddî bir rol kazandırır. Hukuk ne kadar esrarengiz olursa, o kadar fazla danışmanlık ve mütalâaya ihtiyaç duyulur, daha çok ihtilaf çıkar ve dolayısıyla şerh edilecek enteresan kararlar da bollaşır. Ne var ki bu durum, Georges Vedel'in, yazılı kuralların [*code*'ların] yararı ve kalitesine itimat üzerine inşa ettiği ikinci tezini daha az geçersiz kılmaz (bu *code* mistisizmi, bilhassa M. Franc tarafından betimlenip⁷¹ hâlen kabul gören “*kodifikasyonun görkemi (rayonnement de la codification)*” düşüncesinde de bulunur). *Code Napoléon* okumalarından beslenen klâsik hukukçu, metnin -içeriği karşısında her zaman olmasa da- üslûbu ve biçimi karşısında saygıyla eğilmekten başka bir şey yapamaz. Artık durum, 1991 tarihli Conseil d'État raporunun genel değerlendirme (*considérations générales*)

⁶⁹ Contrats MP janvier 2005, Repère n° 1.

⁷⁰ Son olarak bkz. F. Llorens, Les contrats de partenariat, RJEP 2004, p. 511.

⁷¹ AJDA 2004, p. 1841.

bölümünde mükemmel şekilde ifade edilen ve herkesçe bilinen şu sebeplerden ötürü böyle değildir⁷²: “aşırı metin çoğalması”⁷³, “kuralların kararsızlık ve değişkenliği” ve “göstermelik metinlerde; gevşek, belirsiz ve gaz hâlinde bir hukuk” içeren “normların bozulup itibarsızlaşması”. (Ekim ayında Jean-Louis Debré tarafından kanunların otoritesini güçlendirmek üzere verilen anayasa değişikliği teklifi, adeta bir itiraf gibidir: Teklif, Anayasa’nın 34. maddesine “kanun, tabiatı icabı normatif karakterdedir” ibaresinin eklenmesini öngörüyor!).

Günümüzde kanun; esas itibarıyla bir siyasî gösteriş eylemi, bir iletişim vasıtasıdır. Şu hâlde, [kamu-özel işbirliği alanında] bu denli ağır bir reforma girişmeden de, 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile varılan sonuca yakın -ve hatta muhtemelen ondan daha önemli- bir netice elde edilebilecekti. Nitekim Pierre Delvolvé⁷⁴ ve Yves Gaudemet’nin⁷⁵ işaret ettiği gibi, birkaç kanun⁷⁶ ve düzenleyici işlem⁷⁷ hükmü buna kâfi gelebilirdi. Fakat yetkililer, “sırf” siyasî sebeplerle, sözüm ona daha iddialı bir reformu yeğlediler.

•••

Stendhal, *Parma Manastırı*’nı kaleme aldığı esnada, her sabah birkaç sayfa *Code civil* okuyordu. Yazar’ın zamane *code*’larından bir miktar okuyarak aynı sonuca ulaşması meçhuldür. Stendhal’ı okumasa da, kanun koyucunun en azından Portalis’e danıştığını ve Portalis’in, Yıl XI’de [1802-1803], *Code civil*’in gerekçesinde kullanılan, sonrasında mukaddime bölümünün başlığı olacak şu ifadeleriyle cevap verdiğini hayâl edebiliriz: “[Gerçek bir] kanun, [ancak] aceleye getirme mecburiyeti duyulmaksızın tasarlanabilir. Kanunlar, ârifâne bir âhestelikle hazırlanmalıdır”⁷⁸.

Konuya dair daha fazla bilgi edinmek için:

- Les perspectives de la codification (dossier), AJDA 2004, p. 1849 ve devamı.
- G. J. Guglielmi, L’idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle, *Annuaire d’histoire administrative européenne*, vol. 8, 1996, p. 109.
- D. Labetoulle, Le juge administratif et la jurisprudence, Rev. adm., numéro spécial 5-1999, p. 59.

⁷² Rapport public du Conseil d’Etat pour 1991 de la sécurité juridique, EDCE, n° 43, p. 15.

⁷³ Yine de bu fenomeni değerlendirirken, E. Grass’ın yapabildiği gibi, ihtiyatlı olmak gerekir: E. Grass, L’inflation législative a-t-elle un sens ?, RD publ. 2003, p. 139.

⁷⁴ Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique, RD imm. 2003, p. 481.

⁷⁵ Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique, BJDCP 2004, p. 331.

⁷⁶ Özellikle Kamu İşlerinin [Yapım İşİ, Hizmet Alımı vb.] Yönetimi Kanunu’nda (*loi maîtrise d’ouvrage publique - MOP*) yapılacak bir değişiklik ve 5 Ocak 1988 ve 25 Temmuz 1994 tarihli Kanunların kapsamının genişletilip uyarlanması.

⁷⁷ Kamu İhaleleri Kodu’nun (*Code des marchés publics*) 2001 yılı itibarıyla yürürlükte olan hâlinin 10 ve 94. maddelerince vaz’edilen ilkelere getirilecek istisnalar.

⁷⁸ *Ecrits et discours juridiques et politiques*, préc., p. 75.

- F. Llorens, Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377.
- N. Molfessis, Simplification du droit et déclin de la loi, RTD civ. 2004, p. 155 ve Une nouvelle forme de codification : la codification dynamique, aynı yerde, p. 159.
- B. Pacteau, La jurisprudence, une chance du droit administratif ?, Rev. adm., numéro spécial 6-1999, p. 70.
- Y. Robineau, Droit administratif et codification, AJDA 1995, p. 110, numéro spécial.
- G. Vedel, Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31.

İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF JOURNAL OF ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE SCIENCES

1. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi “Hakemli Dergi” statüsünde yılda bir sayı (Aralık) olarak yayımlanır.

Journal of Administrative Law and Administrative Sciences is a peer reviewed Journal that is published once a year (in December).
2. Yayımlanması istenen yazıların online olarak <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuihid> adresinden erişilen <http://dergipark.gov.tr/login> veya ihid@istanbul.edu.tr e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuihid> or ihid@istanbul.edu.tr.
3. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto; dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.
4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address
5. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almancadır. Makalelerde 200-250 kelimededen oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmesi ve ortalama beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

The Journal accepts and publishes articles written in Turkish, English, French and German. The articles should include Turkish and English abstracts consisting of 200-250 words and approximately five keywords should be added to the paper in Turkish and English languages.
6. Dergide, araştırma makalesi ve derleme makalesinin yanı sıra karar incelemesi, mevzuat incelemesi ve toplantı notları yayımlanır.

Apart from research articles and reviews, judgment reviews, legislation assessments and meeting notes are included within the Journal.
7. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, makalelerinde referans sistemi olarak OSCOLA veya APA 6 kullanımını benimser. Yazılar bu iki sistemden biri tercih edilerek hazırlanmalıdır. Kaynakların doğruluğundan yazar(lar) sorumludur. Tüm kaynaklar metinde belirtilmelidir.

Journal of Administrative Law and Administrative Sciences offers two options of referencing style. Authors should use either OSCOLA or APA 6. Accuracy of citation is the author's responsibility. All references should be cited in text.

8. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların derginin kurallarına uygun olduğu kabul edilir. Bilimsel araştırma ve etik kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editör ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.

It is accepted that the submitted manuscripts are in line with the journal's rules. In case that violation of scientific research and ethical rules and too many writing errors are detected the manuscript would be rejected by the Editor and Editorial Board.

9. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu ve çalışmada geçen görüşler yazar/yazarlarına aittir.

Authors are responsible for all statements made in their work submitted to the journal for publication.

10. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

The manuscripts submitted to the journal will not be returned whether they are published or not.

**Dergimize katkıda bulunmak isteyen yazarlar detaylı bilgiye
(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuihid/page/8113>) adresi üzerinden ulaşabilir.**