

MÜLKİYET BAĞLAMINDA KAMU ZARARI KAVRAMI: OLANAKLILIK ve ANLAM ¹

Serhan Tevfik Karahan ²

Özet

Mülkiyet ilişkileri özel alan/kamu alanı ayırımını belirler. Bu belirleme, özel hukuk alanında nesneyi sahiplenen soyut birey varsayımından kaynaklanır. Kamu zararı kavramı, bir yandan maddi *şeyin* devinimi anlamıyla somut düzeye karşılık gelirken, kamu yararı bağlamında belirsizlik içermektedir. Bu yüzden kavramı, zarar ve kamu yararı kavramlarının ayırımında ele almak gerekir. Kamu, zarar ve kamu yararı kavramlarının tartışılmasına başlangıç olarak ahlaki boyutta doğal hukuk kuramları ile pozitif hukuk biçimlerini kesiştiren Kant'ın hukuk yaklaşımına değinmek uygun olabilir. Roma hukukundaki mülkiyet kavramı ile ülkemiz örneğindeki devletin mali biçimselliğine ilişkin düzenlemelere değinmek de kavramı somut düzeyde tartışmaya katkı sağlayacaktır.

Anahtar sözcükler: Mülkiyet, Kamu, Kamu Yararı, Kamu Zararı

THE PURVIEW OF PUBLIC LOSS IN CONTEXT OF PROPERTY: POSSIBILITY AND DENOTATION

Abstract

The relations of possession determine the separation of private/public sphere. This determination derives from the assumption of abstract person who possesses the object. Public Loss conception corresponds concrete level within the terms of motion of concrete object on one hand, while including indefiniteness in the context of public interest on the other hand. Hence, it must be treated within the separation of damage concept and public interest. As the beginning of discussion of the concept of public damage and the public interest, touching on the Kant's view of jurisprudence will be appropriate that intersects natural law aspects and forms of positive law in terms of morality. Touching the property concept in Roman law and regulations regarding to financial formalism of state in our country will also contribute to the discussion of this purview on concrete level.

Key words: Property, Public, Public Interest, Public Loss

¹ Bu çalışma Prof.Dr. Onur Ender ASLAN'ın katkılarıyla hazırlanmıştır.

² Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Doktora Programı Öğrencisi stkkarahan@gmail.com.

Giriş

Kamu zararı kavramının olanağını sorgularken kamu ve zarar kavramlarını ayrı ayrı ele almak gerektiğini düşünüyoruz. Kamu, hukuk ve devlet yapılarının biçimleriyle ele alındığında mülkiyet üzerinden tanımlanan bireysel biçimlerle toplumsal bütünlüğün ayrıştığı bir temsiliyete karşılık gelmektedir. Böylece kamu ve kamusal olan ile mülkiyet üzerinden tanımlanan bireysel biçimlerin ayrıştığı bir toplum yaklaşımının da tartışılması konumuz açısından belirleyicidir. Zararın dayanağı ise bireyin soyutlandığı ve mülkiyet üzerinden tanımlandığı hukuk yapısı bağlamında kavramlaşmaktadır. Bu bağlamda, soyut birey/ kamusal alan ayrışmasına bir bakış olarak Roma hukuku bağlamında kamusal alan tartışması yaparak günümüz hukuk biçimlerinin ilksel örnekleri tartışılacaktır. Diğer yandan ülkemizdeki devlet mali biçimselliği bağlamında kamu zararı kavramına değinerek, hukukun uygulama biçimlerinde, bazı mahkeme kararlarını tartışmanın da gerekli olduğu düşünülmüştür.

Hukuk kuramlarının oluşmasındaki şemada, ilkin dinsel yargıların genel iradenin belirleyicisi olduğu süreçten, söz konusu öğelerin yerini varsayımsal doğa durumu bireyi ve sözleşme kavramına bıraktığı doğal hukuk kuramlarına, nihayetinde de saf hukuk biliminin olanağının sorgulandığı aşamaya kadar olan pozitif hukuk yaklaşımlarına bağlı toplumsal bilinç düzeylerine ilişkin tartışmalar görülmektedir. Bu tartışmaların öncelikli sorun alanı ise birey/toplum düzeyindeki birey eylemliliğidir. Denemenin başlangıcında, söz konusu bireyin, hukuk alanında rasyonel düzeyde belirginleştirildiği yaklaşımlardan Kant'ın hukuk yaklaşımına değinmeyi uygun gördük, Kant'ta belirginleşen ahlaki ve yasal norm ayrımının, doğal hukuk kuramlarıyla pozitif hukuk ayrımı bağlamındaki önemine kısaca değinmemiz rasyonel birey iradesinin tanımlanmasına ve bunun devlet düzeyindeki izdüşümünü anlamamıza katkı sağlayacaktır. Kant'ın hukuk/devlet³ yaklaşımının bir bakıma sözleşme soyutlamasına dayalı doğal hukuk kuramlarının devlet fikrine, birey rasyonelliğini belirgin biçimde eklemesi ile modern pozitif hukuk kuramlarına da imkân veren bir kulvarı temsil ettiği söylenebilir⁴.

³ (...) Kant'ta mülkiyet ve devlet, sistematik olarak karşılıklı bağımlılık ilişkisine sahiptir ve böylece birbirini meşrulaştırır. Bu bağımlılık ilişkisi, Hobbes'un düşüncesinde devletin mülkiyet karşısındaki; Locke'un düşüncesinde ise mülkiyetin devlet karşısındaki bağımsızlığının yerini alır. Buna göre devlet ve mülkiyet ilişkisinin politik ve kamusal boyutu iki şey arasında uyum yaratma ihtiyacının bir sonucudur. Birincisi mülkiyet talebine dayanarak bir şeyin sahibi olabilme imkanımız, ikincisi ise doğal ve özel hakkı, evrensel yasama vasıtasıyla pozitif ve somut kılma zorunluluğumuz. (Kersting, 1997/2010 s. 68).

⁴ Kant'ın epistemolojik temellerine dayanan bir pozitif hukuk teorisinin belirgin örneği Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi'dir. Kelsen'in, hukuk bilimi yönteminin pozitivist olması bir yandan Kant'ın transandantal idealizmine dayalı rasyonel bilinçteki bireyin ahlaki eyleminin tanımlanması ile diğer yandan da nesnel bilginin olagelmesindeki amaçlılığın uzlaştırılmasına karşılık gelir (Aral, 1978, s. 2, 3, 4). Bu anlamda modern pozitif

Bireysel etkinliğin tanımlanması olarak hukukun, hareket/zamanın tüm biçimlerini birey bağlamında tanımlarken, olası tüm hareket/zaman biçimlerini de soyut birey bağlamında tanımlayarak, birey/toplum devinimini soyut kavramsal düzleme yüklediği düşünülebilir.

Kant'ın hukuk yaklaşımında, yasal normun biçimselliği ile ahlaki normun belirleyiciliği çok net olarak ayrışır. Dışsal olan norm, toplumsal eylemliliğin somut biçimi iken içsel ahlaki boyut bir amaçlılık doğrultusundaki iradeyi temsil eder (Friedrich,1963 s.126,127). Kant'ın temel düzeyde bilme eğilimi ve bu sürecin kavramları ile toplumsal eylemlilik olarak birey eylemini belirli bir amaca yönelik isteme ve özgürlük bilinci düzeyinde tanımlayarak ayrıştırması, birey eylemliliğinin ahlaki biçim ile yasal biçim olarak ayrıştırmasındaki aynı yöntemi temsil eder. İlki teorik ilkeler düzeyinde olan ve pratik biçimlerin amaçlarına hiçbir nesnel gerçekliği sağlayamayan teorik aklın, ikincisi ise en yüksek bir amaç varsayımıyla hareket eden pratik bilincin (en yüksek iyi, yarar, Tanrı) kavramlarına karşılık gelir (Kant, 1980, s. 145,146 Parag. 242, 243).

Kant açıkça, ahlaki olanın belirleyiciliğinin dışsal biçimde nasıl şekillendiğini sorgularken, diğeriyle olan biçimsel ilişkinin nesnel koşulları ile içsel ahlaki eğilimin birlikteliğini kurmaya çalışmaktadır. Dışsal biçim olarak hukuk, Kant için özgür bireyin, eylem olarak toplumda varolmasının biçimi olarak görülmelidir. Bireysel eylemliliğin vurgulanmasında Kant için mülkiyet bireysel eşitliğin biçimidir. Ancak bu eşitlik mekânsal kendine mal etmenin somut toplumsal biçimi, yani ekonomik bir eşitliğe değil yasa önünde ya da devlet önündeki siyasal eşitliğe karşılık gelir (Kersting, 1997/2010, s.71, 72). Böylece mülkiyet, bireyin dışsal olarak tanındığı bir meşruiyet ve/veya geçerlilik alanıdır. Söz konusu soyut alanda, özgür birey, diğer birey ile olan eşitliği ile sınırlanır.⁵

Aslında bu tanımlama hukuk alanında, soyut bireyi, somut düzlemde olagelen biçimler düzeyinden soyutlayarak hukuk alanındaki hak sahibi *süje* haline getirir. Her ne kadar söz konusu eşitlik, yukarıda belirttiğimiz gibi mülkiyetin toplumsal somut biçimi üzerinden kurgulanmasa da ideal bireysel eşitlik, Kant açısından bir bakıma toplumu değilse de devleti ve hukuku gerçekleyen,

hukuk yaklaşımlarındaki bireyin, diğer birey karşısında ahlaki özgürlüğü ve nesneye müdahalesi ile konumlandığı düşünülebilir. Bu konumlanışta devlet de, hukuk düzenin bütünlüğünün hem parçası hem de hak sujesi olarak konumlanır. Kelsen'in, devlet/hukuk özdeşliği bağlamında devlet eylemliliğini de pozitif biçim olarak vurguladığı düşünülebilir(Kelsen, 1960/2004, s. 293, 299).

⁵ Belirtmek gerekir ki Kant düşüncesinde mülkiyet kavramının kökeni Roma hukukundaki karmaşık toplumsal ilişkilerin belirlediği mülkiyet kavramına uzansa da (Ladd, 1999 s. 33, 34, 35) Kant'ın mülkiyeti ele alış biçimi birey ile devlet ayırımına olanak tanıyan ve bireyi neredeyse siyasal konumlanma içinde göstermeye yarayan olanağa karşılık gelir.

bireysel olanın belirginleştiği özne olarak mutlak özgürlüğe sahip bireyin, diğer bireyle olan konumu ile ilgilidir (Kant 1793/1949 s. 416). Bu yaklaşımın, modern hukuk yapısının kurgulanmasındaki temel öncülleri de barındırdığı ileri sürülebilir. Bir kuralın vücuda getirilmesinin tüm siyasal/toplumsal kurumları türetmek anlamına gelmesi bağlamında, söz konusu yaklaşımın diğer bir vargısı da devletin bir yasallığı temsil etmesi ve bireyin özgürlük bilincindeki konumunu garanti etmesidir. Dayandığı nokta ise rasyonel temelde sözleşme olarak bireyin diğeriyle dışsal olarak belirlendiği kamusal düzeydeki hukuktur (1793/1949 s.418,422). Bu noktada siyasal süreçlerin özgün biçimi olarak devlet de kural belirleme sürecinin bütünlüğünü oluşturmaktadır. Açıktır ki soyut bireye ilişkin hukuk alanı, devlet biçimselliğini de belirlemektedir. Kant'ın hukuk yaklaşımı aslında pratik olarak birey bilinci ile devleti, toplumsal somut biçimleri yadsıyarak bütünleştirir. Söz konusu yaklaşım birçok açıdan tartışmalar barındırır ancak bizim Kant'a değinmemizin asıl nedeni önceki doğal hukuk yaklaşımlarını, söz konusu bireysel vurgu ile sentezlemesidir. Bunu yaparken bizce toplumsal gerçekliği değil, birey eyleminin ideal biçimini kavramlaştırır. Gerçekten de Kant, açıkça dışsal hukuk biçimini, insan eylemliliğinin bir aracı olarak görür. Olan her şey bir yasallık biçiminde/biçimiyle gerçekleşir (Kant,1785/1963, s.160). Kant için asıl olan amaçlı birey eyleminin ahlaki boyutudur, O'na göre ahlaki ödev bilinci tüm nesnel biçimlerden izole durumdadır. Bu yaklaşımda eylem, ahlaki olan ile belirlendiğinden, örneğin dışsal bir biçim olarak hak ile ya da mülkiyet hakkı ile içsel ahlaki ödev bilincinin ilişkisinde, mülkiyet toplumsal gerçekliğin biçimine karşılık gelmez. Kamu biçimi ve kamu zararına ilişkin sonraki tespitlerimizde görülecek ki, toplumsal olan ile bireysel olan arasındaki ayırmda, soyut bireyin varsayimsallığı soyut toplum varsayımına da imkân tanımıştır ki bu anlamda türetilebilecek kamusal alan ve kamu yararı gibi kavramlar da, devlet biçimiyle birlikte düşünüldüğünde tanımlanması güç düzeylerdir. Daha somut olarak da Roma hukukunda mal kavramı ile mülkiyet biçimlerinin, kamu-sal olana yaklaşımda önemli kavramlar olarak görüldüğüne bakmalıyız. Ancak Kant'ın ahlaki bireysel eylemliliğindeki birey vurgusu ile aşağıda değineceğimiz Roma hukuku kavramlarını, modern hukuk yazarlarının ele alışlarındaki birey yaklaşımı aslında benzer bir temele dayanmaktadır. Nitekim mülkiyetin Roma'da mutlak olduğu modern görüş bunun bir örneği olabilir (Tahiroğlu, 2001, s.206).

Roma Hukukunda Mal Kavramı ve Kamusal Alan

Roma Hukukunda Mal Kavramı

Roma hukukuna kamu ve kamusal alan bağlamında değinmemizin nedeni, birçok tartışma barındırır da Roma toplumunda kamu-özel ayırımının tarihsel bir süreçte görülmesinin vurgulanmasıdır. Romalıların bireyci ve ayrıcalıklı bir mülkiyet kavramı yaratmalarına, yani daha önce görülmeyen biçimde kamu/özel ayırımını geliştirdiklerine ilişkin bir yaklaşım modern hukuk

bağlamındaki bireyselliği kendi dönemlerinde kurumsallaştırdıkları anlamına gelmeyecektir (Wood, 2008, s.136) ancak, Roma'da merkezi bir devlet ile gelişkin bir mülkiyet biçiminin kavramlaştığı da ileri sürülebilir. Roma'da kamu/özel alan ayrımının özeli kamunun müdahalesinden korumak amacıyla değil, özel alanın kendi işleyişini sağlamaya yönelik bir ayırım olduğu da ileri sürülebilir (s.137). Temel olarak toprak üzerinden mülkiyet hakkı ile siyaset alanındaki hiyerarşinin belirli düzeyde paralellik gösterdiği Roma tarihinde krallık, cumhuriyet ve imparatorluk biçimlerini tarihsel olarak kurumlaştıran sosyal gerçekliğin tüm aşamalarında, hukuk düzeyleri de farklı biçimlerde dönüşmüştür (Tahiroğlu, 2001,s.186). Ayrıca, Roma hukukunda aslında kesin bir mülkiyet tanımının olmadığı da ileri sürülür. Söz konusu tanımlamaların kaynağı Roma hukuku külliyatı olsa da, mülkiyet tanımları genellikle modern hukuk yazarları tarafından yapılmıştır (Tahiroğlu, 2001, s. 161).

Kant'ın hukuk yaklaşımında mülkiyetin, somut biçimleri vurgulamaya yönelik olmadığını, ahlaki eylemlilikte olan bireyin dışsal biçimlenişini ifade ettiğini anlamaya çalıştık. Ancak Roma'da mülkiyetin, orta çağ yorumlarının kazandırdığı tartışmalı kavramsal içerik bir yana, toplumsal gerçekliğin somut deviniminin yansıması olarak, sürekli değişen toplumsal ilişkileri temsil ettiği görülmelidir.

Gerek tüm Roma toplumsal tarihi boyunca gerekse daha sonraki hukuk yaklaşımlarının Roma hukukuna getirdikleri şerh ve tanımlar bağlamında, diğer kavramlar gibi mülkiyet kavramı da toplumsal yapının değişimine koşut olarak dönüşüme uğramıştır. Her ne kadar modern hukukçular, temellerini yukarıda gördüğümüz bireyci ve akli temele alan yaklaşımlardan hareket etmiş olsalar (Tahiroğlu, 2001, s. 206) ve böylece Roma hukuku kavramlarının içerdiği anlam söz konusu bireysel eğilimlerle yeniden yorumlansa da nesne ile birey arasındaki ayırımın izleri bu külliyatta görülebilir. Biz de önce mal kavramına değinerek kamusal biçime ilişkin ipucu elde etmeyi umuyoruz.

Birey/doğa deviniminde bireyin irade sahibi olarak etkinliklerinin temelinde nesne tanımlaması ve nesneye hâkimiyet kurma iradesi olduğu, bunun da Roma hukukunda toplumsal devinimin en somut biçimi olarak görüldüğü ileri sürülebilir. Hukuk alanında, bireyin şey karşısındaki durumunun tanımlanması şüphesiz, bireyin sahiplik biçimini tanımlar ve geneller. Örneğin Descartes'in ikinci felsefesinde *res* hem maddi gerçekliğe hem de bunun karşısında ve dışında ruhsal veya zihinsel bir düzleme konumlanırken *res cogitans- res extens* ayrımında *res extensa* yer kaplayan şey olarak tanımlanır (Cevizci, 1997, s.583).

Roma hukukunda⁶, *res* kavramı genel olarak *şey* anlamında kullanılmaktadır. Daha dar anlamda, değişime konu olabilen her türlü mala karşılık gelen kavramın, insanların gereksinimlerini gideren, bu anlamda yararlı görülen, kazanılması mümkün, değiş-tokuş olanağına sahip, dolayısıyla ekonomik değeri olan bütün şeylere işaret ettiği söylenebilir. Ancak kavramın daha dar anlamda sadece maddi malları ifade eden bir anlamı vardır ve maddi varlığı olan beş duyu ile algılanabilen boşlukta sınırlı bir yer tutan nesnelere ifade eder. Bu anlamda bireysel hukuk alanının temel konusunun, bireyin sahip olma/sahiplenme biçimlerini soyutladığı/tanımladığı ifade edilebilir.

Birey böylece nesne üzerinden hukuk alanının merkezinde, iradi etkinliklerinin soyutlanması yoluyla ulaşılan kavramların kaynağıdır. Bu anlamda *res* medeni hukuk alanında aynı hak kavramının da konusunu oluşturmaktadır. Hukuk düzenlerinde Roma'dan bu yana bazı malların aynı hakların konusunu oluşturamayacakları ifade edilir. Bu anlamda Roma hukukunda *res extra commercium* (alışverişe/ muamelata elverişli olmayan mallar), *res in commercio* (alışverişe / muamelata elverişli olan mallar) ayırımı yapılmıştır. Bu aşamada açıkça sahiplenme biçimi olarak, bireysel sahiplenmeye konu olabilen mallar ve olamayan mallar ayırımı karşımıza çıkmaktadır. Yine Roma'da bir takım mallar Tanrısal (dinsel) hukuk gereği *res extra commercium divini iuris*, alışveriş hayatı dışında görülüyordu ve ilahların veya Tanrı'nın mülkiyetinde kabul edildiklerinden bunların özel kişilerce sahiplenmeleri mümkün değildi. Yine yaşam için gerekli olmakla birlikte değişim değeri olmayan malları içeren alanlar olarak *res communes omnium* hava, deniz, deniz kıyıları, büyük akarsular gibi alanların tüm insanlara ortak şeyler olarak tanımlandığını da görmekteyiz ki bu alanların hukuk ilişkilerinin konusunu oluşturamayacakları belirlenmiştir.

Diğer yandan süreç içerisinde, bu tür şeylerin Roma devletinin egemenliği altında veya Roma halkının mülkiyetinde *res publicane* ve hatta belirli miktarda bireysel sahiplenme altında olduklarına ilişkin kayıtlara da rastlanmaktadır. Sahiplenme biçiminin bireysel olmasında özellikle vurgulanması gereken ise bireysel sahiplenmenin dışında olan malların tanımlanmasıdır. Kamu mallarının bu anlamda Roma Devleti'nin (Roma halkının – *populus romanus*) mülkiyetinde olduğu kabul edilir. Akarsular, tuz yatakları, sokaklar, meydanlar, tiyatrolar gibi toplumun ortak kullanımına bırakılmış olan ve kamu hizmetlerinin görülmesine yarayan mallar ile el koyma *müsadere*, kamulaştırma ya da alım-satım ve bağış gibi özel hukuk alanına giren kazanma yollarıyla ya da savaş ganimeti şeklinde elde edilmiş olan tüm şeyler *res publicane* olarak adlandırılıyordu. Böylece Roma Hukuku alanını oluşturan mülk edinme biçimlerinin çok çeşitliliğinde açıkça bireye ait olan kendine mal etme ve dolaylı olarak da birey dışı alana yönelik hukuk alanı tanımlarının yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

⁶ Takip eden paragraflarda yer alan Roma hukuku kavramlarına ilişkin ifadelerin kaynağı: Karadeniz Çelebican, Ö (2005) *Roma Eşya Hukuku* Ankara: Yetkin

Mülkiyetin kamu alanına ait olması durumunun bir yandan toplum/halkın genel manada kamusal alanın birey dışılığını ifade etmesi ile diğer yandan devlet egemenliğinin *imperium* mutlaklığına da atıfta bulunuyor olması önemlidir. Roma tarihinin uzun ve değişmelere konu olan toplumsallık tarihinde devletin egemenliğinin, hukuk alanında tanımlanmasının değişime uğradığı açıktır. Ancak burada devlet soyutlamasının egemenlik sahibi olan mutlaklığı temsil etmesi ile kamusal alanın birey dışılığının (toplumsal alan olarak soyut kamusal alan) kesin olarak birbirinden ayrılmasının güç olduğu ifade edilebilir. Çağdaş idare hukuku yaklaşımlarında devletin mamelekindeki tüm para, kıymetli evrak ve değişime konu olabilecek her türlü taşınır ve taşınmaz mallar hazine malı ya da devletin mülkiyetindeki özel mallar olarak ifade edilir. Bu nedenle çağdaş hukuk düzenlerinde bu mallara özel hukuk kuralları uygulanması, bu tür malların doğrudan kamunun ortak kullanımına bırakılmış mallardan ayrılması ve kamu malı sayılmaması görüşü benimsenmiştir. Roma Hukuku'nda ise devletin özel hukuk kurallarına tabi olmadığı, böylece de devletin egemenliği altında bulunan tüm malların bu egemenlik devam ettiği sürece özel hukuk mülkiyetinin dışında olduğuna ilişkin tanımlamalar mevcuttu *extra patrimonium*. Romalılar, kamunun kullanımı ve yararlanmasında olan bu mallar üzerinde olan hakkı, Roma Devleti'nin mülkiyet hakkı olarak değil, ya tüm vatandaşların bir çeşit ortak mülkiyeti ya da devletin kamusal egemenlik hakkı olarak kabul ediyorlardı (Karadeniz Çelebican, 2005, s. 30, 36, 37, 38, 39, 40).

Söz konusu tanımlamalar, Roma hukukunda, bireysel mülk edinmenin tanımlandığı alanda dolaylı olarak birey dışı alanın da hukuk alanının soyutlama düzeyinde belirlediğini açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten de, toplumsal alanda ortak kullanıma açık malların tanımı ve bu somut düzlemin genel geçer bir tanımlamaya konu olması eğilimi, şüphesiz temel birey alanının tanımlanmasının doğrudan bir sonucudur. Böylece Roma hukukunda, egemenliğin kaynağının belirsizliği anlamında, devletin hukuksal düzlemde bir tanımının tartışmalı olacağı açık olmakla birlikte, hukuk alanında birey dışı kamusal alanının mülkiyet temelinde açıkça tanımlandığı görülebilir.

Roma Hukukunda Kamulaştırma ve Kamusal Alan

Kamu alanının soyut birey tanımlanmasının bir sonucu olarak belirlediği hukuk alanında, tanımlanan etkinlik, bireysel somut etkinlik olmaya devam etmektedir. Bu aşamada, bireysel kendine mal etme eğilimine konu olan şey tanımlanmasının, diğer nesne olasılıklarının tanımlanmasına da imkân verdiği görülmektedir.

Kamulaştırma, özel mülkiyetin tanındığı bütün toplumlarda kamusal gereksinimlerin *karşılanmasına* yönelik kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi zorunluluğunun sonucunda ortaya çıkmaktadır. Böylece bireysel yarar ile kamusal yarara ilişkin süreçlerin bir çakışması söz konusudur. Roma'da ise, mutlak ve dokunulmaz olarak görülen özel mülkiyet kavramının, kamulaştırmayı önleyen bir niteliğinin olduğunu savunan görüşe karşın, kamulaştırmanın çağdaş hukuk tanımındaki içeriğinden soyutlanarak en genel anlamda devlet tarafından kamu yararı düşüncesi ile kişilerin özel mülkiyetine müdahale olduğu da söylenebilir. Nitekim Roma vatandaşlarına özgü *mancipi mallar* ve *mancipi* olmayan taşınır malları konu edinebilen *Ius civile* mülkiyetinin mutlaklığının ve dokunulmazlığının, bu mülkiyetin kısıtlanmasını engellediği söylenemez. Gerçekten de *Oniki Levha Kanunu*'nda *Ius civile* mülkiyetine hem kamu yararı hem de bireysel yarar için konulan kısıtlamaların görüldüğü ifade edilmektedir (Karadeniz, 1975, s. 2, 5).

Kaynaklarda, Roma'da M.Ö 2. yüzyıldan başlayarak, devlet organlarının, kamu yararı kavramı başlığı altında toplanabilecek çeşitli nedenlerle bireysel özel mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri hakkında birçok metne rastlanmaktadır. İdari irtifaklardan özel mülkiyetin tüm olarak kaldırılmasına kadar birçok müdahale biçiminin, devlete tanınmış olan ve bireylerin boyun eğmek zorunda olduğu çok geniş kapsamlı ve mutlak *imperium* yetkisinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu müdahale biçimlerinin, *imperium* yetkisi ile donatılmış olan devletin takdir yetkisi ile belirlenen ve belli usullere bağlanmayan çeşitlilikte olduğu da görülmektedir. Diğer yandan, çok geniş yetkiye sahip olan devletin, müdahaleyi gerektiren kamu yararının tanımlanması ve varlığı, müdahalenin derecesi ve biçimi, müdahale dolayısıyla bir karşılığın belirlenmesi gibi konularda tam bir takdir yetkisine sahip olduğu görüldüğünden, devletin özel mülkiyete müdahalesine ilişkin tüm işlemlerinin hukuk denetiminin dışında olduğu da ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada kamu yararı kavramının, söz konusu takdir yetkisinin belirlenimi altında olmasına bağlı olarak, kamu yararının kapsamının köklü geleneklerle belirlendiği, toplumun maddi gereksinmelerinden, din, ahlak, estetik gibi alanları içine alacak biçimde hukuki denetim dışında çok geniş bir tanım kazanmasına yol açmıştır. Nitekim toprak dağıtımından, su yollarının geçirilmesine, kentin güzelleştirilmesine kadar çeşitli gereksinmelerle özel mülkiyete yapılan müdahalelerin kaynaklarda yer aldığı görülmektedir (1975,s. 48, 49).

Kölelere ilişkin düzenlemelerde, devletin ödüllendirmeye değer gördüğü hizmetler karşısında kölelere hürriyetlerini verdiği durumlar ile klasik metinlerde, köle sahiplerinin kölelerini satmaya zorlanabildikleri de doğrudan özel mülkiyete müdahale biçimi olarak görülmektedir (Tahiroğlu, 2001, s.100).

Livius'un naklettiği bir olayda, M.Ö 181 yılında Romalı bir kâtibin sahip olduğu arazide yapılan bir kazıda, Roma'nın ikinci kralı Numa'ya ait bazı kitapların bulunduğu, bu kitapların, içerdikleri fikirlerin yayılmasını tehlikeli gören *praetor*'un, *senatus* tarafından onaylanan kararı ile arazi sahibine tazminat ödenerek yakıldığı anlatılır. Söz konusu olayda kamu yararı düşüncesi ile özel mülkiyete müdahalenin en temel biçiminin görüldüğü açıktır. Diğer yandan bu olayda, devlet biçimselliğindeki temsil makamlarının/organların bir anlaşmada müşterek olarak uyguladıkları kamulaştırma sürecinde kâtibin *plebs tribunus*'lara başvurduğu, *plebs tribunus*'ların ise *senatusa*'a olayda yakılma sebebine ilişkin olarak yani kamu yararı olmadığına ilişkin itiraz ettiği ifade edilmektedir.(Tahiroğlu, 2001, s.99)

Tipik olayda, bireysel mülk edinmenin doğrudan devlet biçimselliğindeki irade tarafından sonlandırılması olayının, *imperium* yetkisine dayalı olarak icra edilmesi görülmekteyken, ilginç olarak el koyma olayına dayanak teşkil eden kamu yararı kararının da sorgulandığı bir itiraz sürecinin biçimlendiği görülmektedir. Kamu yararının, toplumun genel çıkarının zaman/mekâna özgü tanımlamasını yapma kudretine doğrudan sahip olarak devlet tarafından belirlendiği görülmektedir. Bu kudretin kaynağının ise yine toplumsal somut devinimin gerçekliğinden kaynaklandığı da söylenebilir. Ancak, bireysel etkinliğin sınırlandığı bu süreçte, birey dışı biçimselliğin hukuk alanında soyutlanmasının kavramları ile bireyin doğrudan somut etkinliğinin çakıştığı da söylenebilir. Bu aşamada kamu yararı belirlemesini yapacak olan egemen gücün, soyut kamusal alana ilişkin bir tanımlama yapacağı ortada iken somut bireysel gerçekten ibaret olduğu varsayılan birey/toplum devinimine ilişkin bir genel geçer soyutlamanın bireysel etkinliğin alanı ile çakışması kaçınılmazdır. Böylece hukuk alanındaki soyut bireyin, toplumsal devinimin bütünlüğündeki yeri sürekli olarak değişkenlik göstereceğinden kamu yararı kavramının hukuk alanında ne tür bir gerçekliğe karşılık geldiği sürekli tartışmalar barındıracaktır.

Soyut kamusal alanın Roma hukuku kapsamındaki tanımında, toplumsal devinim ile hukuk alanındaki soyut birey/soyut kamusal alan ayrışmasının, *imperium* yetkisinin asli olarak varsayılmasının doğrudan bir sonucu olup olmadığı açık değildir. Çünkü söz konusu ayrışmanın maddi biçimi mülkiyettir. Yani, birey mülkiyet üzerinden tanımlanırken, mülkiyete müdahale zoru olarak *imperium* da toprak rejimi üzerinden gerçekleşmiş olmaktadır. Bu aynı zamanda *imperium* yetkisinin, toplumsallığın tarihsel deviniminin sonucunda şekillenen böylece de toplumsal hareket/zaman sınırlılığının belirlenimi altında olan gelenek sisteminin etkisi altında meydana gelen siyasal zorun biçimi olduğu anlamına da gelmektedir. Yaratılan hukuk soyutlamanın bu biçiminde, bireysel etkinliğin somut sınırlılığının aşılması eğiliminin sonucu olarak *kamu yararı* kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Kamu Yararı ve Kamu Zararı

Kamu Yararı

Kamu ve özel biçimlerin ayrımını varsaymak, temelde kamu iradesiyle bireysel irade arasındaki ayrımı ve iki biçim arasındaki çatışmayı da barındıracaktır. Bu yüzden kamu zararının olanaklılığıyla ilgili bir tartışmada, kamu yararı kavramının test edilmesi gerekecektir.

Kamusal alan belirlemesi, belirli durumlarda bireysel sahiplenmeye konu olamayacak *şeyin* hukukun soyutlama düzeyinin konusu olmasının bir sonucudur. Böylece soyut kamusal alan, bireyin hareket/zaman gerçekliğindeki temel etkinliği olan sahiplenme biçiminin konusu olan nesneyle tanımlandığı soyutlama düzeyine karşılık gelir. Böylece birey dışı alan tanımlaması, toplum-birey ayrışmasının soyut düzlemde gerçekleşmesine olanak veren en geniş düzlemdir. Bu düzlemde yer alan her biçimsellik, birey dışı özgünlükle kodlanır. Hatırlarsak Kant için ortak yasa, bireysel rasyonalite tarafından üretilmişti. Bu yaklaşımda Kant'ın varmaya çalıştığı düzey, ortak ideal eylemliliktir. Bu düzeyde devlet, cumhuriyet biçimiyle *commonwealth* bir normun yaratılması ve uygulanması sürecinde tüm bireylerin eylemlere bütünsel bir yasa yapma/uygulama eylemiyle katıldığı ve bu katılım ile güvence altına alındığı bir biçimdir (Kant, 1793/1963, s.418).

Daha sonraki liberal siyasal kuramlarda da hukuk alanının soyut düzlemi, birey-toplum ayrışmasını olanaklı kılmaktadır. Diğer yandan, birey/doğa bütünlüğünün ilksel biçiminin bireysel etkinlik olarak nesne ile tanımlanması ve bireyin sahiplenme eğilimi, özel mülkiyeti karşımıza soyutlama düzeyinde tanımlanan bir kategori olarak çıkarırken, bireysel somut etkinliğin en temel biçiminin genel geçer bir tanımlaması da oluşmaktadır. Gerçekten de çağdaş hukuk kuramlarında mülkiyet ve birey ilişkisi evrensel bir düzeyi temsil etmektedir. Bu, temelde bireyin diğer bir bireyle belirlenebileceği bir nesnelige de karşılık gelebilir (Turan, 2000, s. 63, 73).

Somut etkinliğin gerçekleştiricisi olan birey, hukuk alanındaki mülkiyet tanımlaması ile bir nesneyi tanımlayan soyut birey olarak yani özne olarak kavramlaşmakta, böylece de mülkiyetin soyut birey açısından bir hak olarak tanımı yapılmış olmaktadır. Özel mülkiyet, ilk kertede toplumsal devinimin bir biçimi olarak tanımlanabilir. Yani, bireysel sahiplenme aynı anda diğer bireysel sahiplenmenin bir belirleyicisi olarak, mülkiyeti doğrudan toplumsal bir kategori haline getirmektedir. Hukuk ise bu bireysel etkinliğin soyut birey için bir genel geçer tanımının yapıldığı alan olarak mülkiyet hakkının tanımlandığı alandır.

Bireyin hak sahibi olarak soyutlaşması ve özel mülkiyetin bireysel tüm sahiplenme biçimlerini belirleyen bir kategori olarak kabul edilmesi, birey/toplum bütünlüğünün tanımlanması süreci iken, diğer yandan birey ve toplumu da ayırıştırılmaktadır. Roma'da kölelerin mülk edinmeye konu olabilmelerinin sonucu olarak, her bir köle sahibinin diğeri ile olan bütünlüğü tanımlanırken, köle sahipliğinin toplumsal bir kategori olarak genel geçer bir soyutlama düzeyindeki karşılığı, köle sahipliğinin bir hak olarak tanımlanması ve ömür boyu çalışması sonucunda oluşan artığına el konulacak olan kölenin de nesne olarak ayrışmasına karşılık gelir. Burada toplumsal olan soyut biçim, köle sahipliğidir.

Kölenin nesne olarak tanımlanması soyutlama sürecinde gerçekleşirken, toplumsal özel mülkiyetin deviniminin özgün biçimi de tanımlanmış olur. Yani köle sahipliğinin sürekliliğinin bilgisi hukuk alanında türetilmiş olur. Böylece, soyut kamusal alan, köle sahipliğinin düzenlendiği hukuk alanında tanımlanırken, bu alanda köle ve sahibinin özne ve nesne olarak konumları genel geçer bir kavramlaştırmanın unsurları halini alır. Bireysel mülk edinme toplumsal mülk edinme biçimini böylece belirlerken, somut köle sahipliğinin bireysel niteliği ile toplumsal özel mülkiyet tanımlaması arasında ilk bakışta görülen bir soyut bütünlük ve karşıtlık da oluşur.

Sonraki bölümlerde kamusal alanın ikincil bir soyutlama düzlemi olmasının (özel alanın belirlediği), bu alana ilişkin kavramların özneleşmesine/soyutlanmasına imkân vermediğini göreceğiz. Kamusal alana ilişkin *yarar* tanımının da, siyasal alan biçimselliğinde şekillenmesinin ise doğrudan bireysel etkinliğin tanımlanmasına yönelik kavramlarla bir çakışma yaşayacağından, kamu alanının birey dışı olasılıklarının soyut bireye özgü hak kavramı ile çakışması, somut birey etkinliğinin soyut kamusal alana ilişkin ikincil tanımlamalarla bir karşıtlık oluşturmaya neden olacaktır.

Gerçekten de *kamu yararı* tanımı, siyasal etkinlik düzeyinde soyut kamusal alana ilişkin bir tanımlama olarak biçimlenirken, bireysel etkinliğin tanımına ilişkin hak kavramı ise, somut hareket/zaman sınırlılığında karşılık bulmaktadır. Çağdaş kamu hukuku yazınında kavramın tanımlanmasına yönelik zorluğun nedeni, soyutlama düzeyinde yapılacak olan tanımlamanın somut hareket/zaman olasılıklarında karşılık bulamaması olabilir. Ancak, Karahanoğulları, kavramın karşıt çıkarlarla bölünmüş bir toplumda ancak olumsuzlanarak tanımlanabileceğini, idarenin faaliyetinde kişisel amaç güdülmüşse kamu yararının bulunmayacağını ifade etmektedir (2012, s.471). Diğer yandan kamu hizmeti bağlamında da kamu yararı kavramına yaklaşıldığında, yine yazara göre (2004) toplumsal üretim biçimlerinin devamı ve bunun belirlediği siyasal yapının devamına yönelik kural koyma (*yasama*) ve uygulama (*yargı-idare*) faaliyetlerinin tümü kamu hizmetidir (s.51). Söz konusu ifadelerde siyasal etkinlik ile devlet etkinliğinin objektif biçimlerinin ayırıştırıldığı görülmektedir. Bu

yaklaşımına göre, kamu hizmeti nesnel kamusal etkinlik bağlamında devlet biçiminin amacı olarak görüldüğünde, kişisel, belki de siyasal etkinlik düzeyinden ayrıştırılmış görünmektedir.

Önceki bölümde yer alan örneği hatırlarsak, toprağında kazı yapılan bireyin sahiplenme biçimi, Roma'daki mutlak özel mülkiyetin soyutlanmasının dayanağını oluşturmakta böylece de toplumsal devinimin sürekliliğine yönelik bir mülkiyet biçimi genel geçer olarak tanımlanmaktadır. Kamu yararı amacı ile *imperium* yetkisine dayanarak kitapların yakılmasında mülkiyet hakkının yani bireysel sahipliğin sonlandırılmasıyla, toplumun genel yararını tanımlayan siyasal zor, aynı soyut kamusal/birey dışı alana müdahale hakkını tanımlarken, somut birey/toplum devinimine müdahale hakkını da türetmektedir.

Kamu yararı bu yaklaşımda, toplumsal devinimin sürekliliği bağlamında bireysel etkinliğin somut biçimi ile devinimin sürekliliği çelişkisini içermektedir. Kamu yararı, bu belirsizlik içinde toplum yararı, devlet yararı ya da bireysel yarar tanımlamaları ile anlam bulabilmekte iken, birey/toplum deviniminde birey-toplum ayrışmasının olanaklı olduğu soyut hukuk alanında sürekli olarak tanımlanma gereksinimine muhtaçtır.

Akıllıoğlu da (1991), kavramın, devletin doğrulamasının yapılması için, yine kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede kullanıldığını, yönetime uygulanan özel kuralları yani yönetim hukukunun uygulama alanını belirleyen bir kavram olduğunu, diğer yandan da kavramın bir etkinliğe devlet ya da kamu etkinliği niteliği kazandırdığını ifade etmektedir. O'na göre kavramın konusu ya da özü belli olmadığından kavram, biçimi aracılığıyla tanımlanabilir. Bu son ifade özellikle önem arz etmektedir. Bizim de soyut kamusal alana ilişkin bir kavram olarak, kamu yararının somut hareket/zaman olasılıkları bağlamında bir karşılığı olmadığı yönündeki yaklaşımımıza uygun olarak yazar, kavramın konu ve öz bakımından tanımının olanaksızlığına dikkat çekmektedir. Bununla birlikte biz, kavramın biçim olarak tanımının olanaklılığından da, -sadece soyut hukuk düzleminin bir türetmesi olarak kavramlaşabileceği için- şüphe etmekteyiz.

Zarar Kavramı

Hukuk alanının kavramlaştırma temelini somut bireysel etkinliğin tanımına yönelik olduğunu ortaya koymaya çalışırken, şu ayrımı dikkatli bir şekilde belirtmeye çalışmalıyız: Modern hukuk kuramlarında bireysel etkinlik, birey/toplum deviniminin varlık biçimi olarak gerçellenir. Birey ile toplum arasındaki konumlanma, soyut bireyin özneleşmesi ile hukuk alanında kavramlaşırken, hukuk alanının tüm türetmelerinin kaynağı olarak bireysel etkinlik düzeyini

karşımıza çıkarmaktadır. Şüphesiz zarar kavramının açıklanmasında da hukuk alanının ilk tanımlamalarından özellikle de mülkiyetin bireyi belirlediği düzeyden yararlanmak kaçınılmazdır.

Kant'ın hukuk yaklaşımında mülkiyetin, Roma tarihselliğinin yorumlanma biçiminde olduğundan farklı olarak toplumsal somut biçimleri vurgulamaya yönelik olmadığını, ahlaki eylemlilikte olan bireyin dışsal biçimlenişini ifade ettiğini hatırlayalım. Dolayısıyla Kant düşüncesinde bireyin, tüm çelişkileri ussal işleyişi ile aşabilen ideal bir düzey olduğu söylenebilir. Böylece hukuk alanının toplumsal düzeyde belirlenimi, toplumsal insanın eylemliliğinin somut biçimleriyle değil, ahlaki amaçlılıkla açıklanmış olur. Bu, önceki tüm doğal hukuk yaklaşımlarıyla, bireyin eylemliliğinin rasyonelliği bağlamında örtüşürken, doğa durumu ile siyasal toplum arasındaki varsayımsal ayrımı yadsıması bağlamında da ayrışır. Özellikle zarar kavramının tartışmasına başlayacağımız bu aşamada, birey eylemliliğinin hukuk soyutlamasındaki tanımının mülkiyet biçimi üzerinden olabileceğine ilişkin bir çerçevenin de oluştuğunu düşünüyoruz.

Somut eylemliliğin sonucu olarak bireysel ilişkiler bağlamında yapılan tespitlerde maddi zarar kavramı üzerinde durmak gerekecektir. *Interresse (menfaat/yarar)* kavramı, modern hukuk yazınında menfaat teorisinin etkisiyle genellikle zararı ifade etmek için kullanılmıştır. Diğer yandan da Roma hukukunda çoğunlukla zarar kavramı ile eş anlamlı kullanılmıştır (Topuz, 2011, s.7).

Zarar kavramı özellikle maddi zarar bağlamında, mülk edinme hakkına sahip bireylerin, mülke konu olabilen mallarına yani malvarlıklarına ilişkin bir kavramdır. Hukuk alanı açısından malvarlığı tanımlanması korunmaya değer bir menfaat olarak yani kişisel bir hak olarak tanımlanır. Ancak, hukuk alanında malvarlığının korunmasının iki şekli karşımıza çıkar; birincisinde belirli davranış biçimleri doğrudan yasaklanarak bireysel hareket biçiminin somut olası biçimleri tanımlanmaya çalışılır. İkinci olarak da, korunacak menfaatler ve bu menfaatlerin olumsuz olarak etkilenmesi durumuna ilişkin yaptırımlar tanımlanır. Ancak zedelenmesine birtakım yaptırımlar öngörülen menfaatlerin kapsamı ve korunmasına ilişkin ölçüt belirlemek oldukça güçtür. Hukuk alanında korunacak menfaatler ortaya konmakla birlikte net bir tanımlama yapılmamakta ve korunmaya değer olduğu varsayılan menfaatin genel geçer tanımının olamaması neticesinde somut gerçekliğin farklı olasılıkları bağlamında kavramsal bir bütünlük oluşmamaktadır. Somut olarak malvarlığının sahibinin rızası dışında azalması maddi zarar olarak nitelendirilmekte iken gerek malvarlığı gerekse maddi zarar kavramlarının net tanımlarının ilgili düzenlemelerde yer almadığı görülmektedir (Topuz, 2011, s.13).

Maddi zarar, bireysel etkinlik düzeyinde Roma hukukunda yapılmış olan ve modern hukuk tarafından da benimsenmiş olan ayırıma göre, malvarlığında meydana gelen bir artışın engellenmesi ve/veya malvarlığında bir azalışa neden olunması şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi zarar, zarar görenin rızası belki de iradesi dışında malvarlığında meydana gelen kayıp olduğu için bu kaybın ne şekilde ortaya çıkacağı zararın belirlenmesi açısından çok önemlidir. Malvarlığındaki bu azalma, ya fiili zarar *damnum emergens* ya da kar mahrumiyeti *lukrum cessans* veya her ikisinin aynı anda gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir (Topuz, 2011, s.14).

Temel bireysel etkinlik olarak mülkiyete konu olan malvarlığının sahipliği, demek ki sahip olunan şeyin, diğer sahiplenme biçimlerini belirlemesi bağlamında bireysel ilişkinin de nesnesini oluşturmaktadır. Burada malvarlığı, diğer malvarlığını belirlemekte iken, bireysel mülk edinmenin hak sahipliği düzlemini kavramlaştırır, malvarlığına konu olan şey'in diğer nesne karşısındaki objektif durumunu da belirler. Roma hukukunda bir malvarlığı ihlali halinde ortaya çıkan malvarlığı zararı, malvarlığında bir azalma veya kaybı ifade eder ve zarara sebebiyet veren olay neticesinde, içinde bulunulan durum ile bu olay gerçekleşmeseydi mevcut bulunulacak durum arasında bir farkın varlığı ile tanımlanır.

Her türlü zarar için Latince'de *damnum* ifadesi kullanılmakta iken, bugün Fransızca'da *dommage*, İngilizce'de ise *dammages* kavramı görülmektedir. Diğer yandan Roma hukukunda zararın karşılığı olarak *interesse* kavramı da kullanılmaktaydı ve bu kelime *quod interest* ve *quantum interest* şeklindeki kullanımlarıyla zarar veren olay ve sonuçlarının gerçekleşmemesindeki *menfaat* anlamına gelmekteydi. Diğer yandan İsviçre ve Türk hukuk doktrininde de *maddi zarar* kavramının tanımının oldukça güç olduğu görüşüne yer verilmektedir. Nitekim *maddi zarar* kavramı, Borçlar Kanunu tasarisının ilk şeklinde, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark olarak tanımlanmış ancak daha sonra bu düzenlemeden vazgeçilerek Türk Borçlar Kanununun 49.maddesinde herhangi bir zarar tanımına yer verilmemiştir. Yine Roma hukukunda da zarar kavramının tanımlandığı bir genel geçer ifade bulunmamaktadır. Diğer yandan Roma hukukunda uzunca bir süre paraya mahkûmiyet esası benimsenmesi ve görülen davalarda talebin konusu paraya ilişkin olmasa da mahkûmiyetin para şeklinde verilmesi, bu hukuk düzeninde parasal olarak ifade edilebilen bir maddi zarar yaklaşımının olduğu sonucuna götürmektedir. Yine Roma hukukunda, İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak maddi zararın ifade edilmesi için zarar görenin malvarlığındaki iki farklı durumun karşılaştırılması *fark teorisi* ve ortaya çıkan farkın maddi zarar olarak değerlendirilmesine ilişkin bir tanımlama mevcut değildir. Maddi zararın ortaya konmasında tüm malvarlığı değil zarar gören şey üzerinden bir değerlendirme yapılırdı. Bu anlamda zarar kavramına ilişkin bir tanımın tamamlanmaya muhtaç olacak nitelikte eksik olduğu ortaya çıkmaktadır (Topuz, 2011,s. 16, 18, 24). Nitekim Alman Medeni Kanunu örnek alan İsviçre-

Türk Medeni Kanunlarında mülkiyet hakkında da bir tarif vermekten kaçınılmıştır (Tahiroğlu, 2001, s.160).

Zarar olgusunun, hukuk soyutluğundaki belirsizliği şüphesiz, birey etkinliğinin olası tüm durumlarının tanımının güçlüğünden kaynaklanmaktadır. Maddi zarar kavramı, malvarlığındaki değişimin bir biçimi olarak, malvarlığı temelindeki bireysel ilişkiler düzeyinde nispeten tanımlanabilir genellikte ve somut bir karşılık bulabilir. Ancak, mal olarak bireysel sahipliğe konu olan şeylerin niteliksel deviniminin tanımlanması hukuk alanında her zaman karşılık bulamayabilir.

Diğer yandan, malvarlığı bireyin sahipliğindeki mevcut şeylerin değerlendirilmesi sürecine ek olarak, geleceğe yönelik, sahiplik biçimlerini de içermekte olduğundan daha geniş bir tanımlamaya muhtaçtır. Bu anlamda bir kişinin malvarlığı, bireyin mevcut sahipliğindeki şeylere ek olarak, gelecekte sahip olma hakkının bulunduğu şeyleri de kapsayacağından, mevcuda ek olarak gelecekteki sahip olma hakkını da kapsamaktadır. Diğer yandan, bireyin gelecekteki sahip olma hakkına karşılık, başka bireylerin gelecekteki sahip olma haklarının karşılığı olarak, bireysel yükümlülükler de mevcut olabilir ki bu da malvarlığının sahip olma kısmını azaltıcı bir nitelik gösterir. Bu geniş tanımdan hareketle maddi zarar, bireyin malvarlığındaki artışın konusu olan şeylerin azalması ile yükümlülüklerin artması şeklinde özetlenebilir.

Kamu Yararı Bağlamında Kamu Zararı ve Bireysel Etkinlik / Devlet Etkinliği Bağlamında Kamu Zararı

Kamusal alana ilişkin menfaat tanımının, somut gerçekliğin bireyselliği bağlamındaki belirsizliği sonucunda, ikincil bir soyutlama düzeyine işaret ettiği düşünülebilir. Kamu yararı kavramının, bu belirsizlik bağlamında yani hukuk alanının birey dışı alan tanımlamasının sürekli olarak değişmesinin sonucunda, toplumsal gerçeklikten dışsal olarak, sürekli yeniden türetilebileceğini de düşünebiliriz.

Kamu yararı kavramının tanımının güçlüğü ile ilgili olarak mahkeme kararlarındaki farklı ifade biçimlerinin, muhakeme konusu bağlamında değişkenlik göstermesinin vurgulanması gerekir. Nitekim ülkemiz örneğinde Danıştay da kararlarında kamu yararı kavramına benzer kavramları kullanmaktadır. Örneğin toplum yararı kavramının, devletin biçimselliğinin dışında bir yaklaşımla toplumun diğer alanlarına yönelik bir kavram olarak görüldüğü ifade edilebilir. Bu iki kavramın farklı anlamlara işaret ettiğine ilişkin görüşlerin yanında, aynı bütünlük içinde anlamlandıklarına ya da aynı anlamı ifade ettiklerine ilişkin görüşler mevcuttur. Danıştay'ın nadir de olsa kararlarında toplum yararı kavramını kullandığı görülmektedir. Diğer yandan, devlet yararı kavramı da, Danıştay kararları

ile kanun ve diğer düzenlemelerde görülmektedir. Bu kullanımların, genellikle devletin mali biçimselliğinin tanımlandığı alanlara işaret ettiğini de belirtmemiz gerekir. Yine, idarenin menfaati, milli yarar gibi kavramları da aynı paralellikte Danıştay kararlarında görebilmekteyiz (Kaya, 2011, s.29, 30, 39, 45).

1982 Anayasası'ndaki kullanımı ile *kamu yararı* kavramı üzerinde durabiliriz. Kavram ilk olarak, Anayasamızın Kişisel Hak ve Ödevler başlıklı bölümünde Mülkiyet Hakkını düzenleyen 35.maddede karşımıza çıkmaktadır. Temel bireysel etkinlik olarak, özel mülkiyetin hak soyutluğunda tanımlandığı düzenlemede, hakkın sınırlandırılmasının tek dayanağı olarak gösterilen kamu yararı, açıkça soyut birey/soyut kamusal alan ayrışması bağlamında kavramlaşmaktadır. Ancak ilginç olarak, takip eden fıkra da mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı da ifade edilmiştir. Burada *kamu yararı*, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının dayanağını teşkil etmekteyken, *toplum yararı* açıkça bu sınırlandırmanın da bir çerçevesini çizmektedir. Böylece, *kamu yararı* devletin biçimselliğine ilişkin olarak, devlete özgü bir etkinliğin dayanağı iken ve böylece bir devletin eylemliliğini meşrulaştırırken, diğer yandan *toplum yararı* da devletin eylemliliğinin sınırını belirlemektedir. Toplum yararının bu kapsayıcı soyutluğunun, kamu yararı kavramı ile toplum yararı kavramlarının son derece yakın olduğu (Kaya, 2011, s.28) sonucuna götürebileceği gibi kavramların çelişkili anlamlar içerdikleri de düşünülmelidir.

Somut gerçekliğin belirleniminde (mülkiyet ilişkileri, üretim ilişkileri) olmayan bu iki kavram soyut kamusal alana ilişkin bir türetme olduğundan, söz konusu devrimin belirleyiciliğinde tanımlanamamakta, bireysel hukuk alanının bir sonucu olarak ikincil bir düzeyde belirlenmektedir. Devlet eylemliliği bağlamında olmak üzere kavram, yasanın devam eden hükümlerinde de kullanılmaktadır. Yine kamu yararı başlığı altında, kıyılardan yararlanma, toprak mülkiyeti, kamulaştırma ve devletleştirme etkinlikleri tanımlanırken kamu yararı kavramına başvurulmuştur. Kamulaştırma bağlamında bir tartışmayı önceki bölümde yapmıştık, burada Anayasa koyucunun kavramı, soyut toplum birey ayrışmasının kavramlaştığı, devlet etkinliklerinin sınırlılığı bağlamında kullandığına değinmekle yetineceğiz.

Kamusal alana ilişkin menfaat/yarar tanımlamasının, soyut birey dışı alanın zaten ikincil düzeyde olan kavram düzlemine özgü belirsizliği, kamu yararı kavramı bağlamında kamu zararı kavramına yaklaşımı da oldukça güçleştirmektedir. Ancak, bireysel mülk edinmenin hukuk alanında tanımlandığı kavram biçimselliğinin sonucunda, malvarlığındaki değişimin sonucu olan zarar kavramına paralel olarak, soyut kamusal alana ilişkin düzlemde devletin mülk edinme hakkına sahip özne olarak varsayılması halinde kamu zararı kavramı da ilk bakışta bir olanaklılığı temsil ediyor görünmektedir.

Somut düzlemde bir tartışmayı sonraki bölümde yapacağız ancak zarar kavramının, malvarlığının önceki bölümde tanımlanan bireysel etkinlik bağlamındaki tanımının kaynağı şüphesiz, modern hukuk için birey/toplum ayrımıdır. Böylece kamusal olan tüm olası durumlar, ilkin bireysel somut etkinliğin kavramlaşmasının bir sonucudur. Örneğin mülk edinmeye konu olamayacak ya da bireysel mülk edinmenin kavramlaştırılmadığı somut gerçekliğin tanımı, somut bireysel etkinliğin tanımının sonucu olarak ikincil düzeyde, kamusal alanda konumlanırken, devletin hukuksal ilişki içindeki tanımının, bireyin etkinliğine yönelik hukuk alanında oluşamayacağı açıktır. Nitekim kamu yararı kavramının, toplumsal olan ile devletin biçimselliğine ilişkin belirsizliğinde gördüğümüz üzere, soyut birey-toplum ayrışmasının sonucu olan soyut kamusal alanın hangi birey dışı biçimlerine işaret ettiği net değildir.

Devlet biçimselliğindeki mülk edinmenin hukuk alanında tanımlanması ile devletin özne olarak varsayılması, malvarlığının her unsurunun bu biçimsellikte tanımlanmasını gerekli kılacaktır. Bu bağlamda, İdare hukukunda devletin uhdesindeki mallar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu görüşü artık yerleşmiştir (Tan, 2011, s.551). Gerçekten de, modern kamu hukuku yazınında hukuk öznesi olarak devlet, mülk edinme hakkına sahip olarak, soyut birey karşısında ve toplum karşısında konumlanmakta, diğer yandan da soyut birey dışı alanın bir unsuru olarak biçimlenirken yine toplumun biçimselliğiyle de soyut düzlemde bir özdeşlik olarak varsayılmaktadır. Elbette devletin malvarlığına sahip olması, özel mülkiyet biçimleriyle özdeş olarak kabul edilmemiştir. Devletin malvarlığı üzerindeki hâkimiyetinin ne anlama geldiği tartışma konusu olmuş ve malın niteliğiyle ilgili olan bu soru alanında kamu malı kavramının ortak yararlanma, kamu hizmetlerine tahsis ve devlet mülkiyeti kriterlerini barındıracak şekilde geliştiği kabul görmüştür (Gülan, 1999, s.71,72). Ancak, bir mala hükmetmenin tanımı, elbette hükmetmenin nasıl-lığı tartışması bir yana, nesne ve nesneye göre konumlanmış hukuk süjesi kavramına dayanır ki, özelde devletin, genelde toplum ve kamunun bir anlamda iradi sübjektif soyutlamaya konu edildiği ileri sürülebilir.

Devlet, malvarlığına sahip, belirli bir dönemde gelirleri ve harcamaları olan, geleceğe yönelik hakları ve yükümlülükleri olan bir hukuk öznesi olarak soyutlanabilir mi? Soyut bireyin hukuk öznesi olarak karşısında yer alırken, aynı anda birey/toplum bütünlüğünün somut gerçekliğinin tanımlanmasına yönelik siyasal kurumların soyut bütünlüğünü de temsil edecek olan devletin soyut bireyin karşısındaki konumlanması nasıl olacaktır? Elbette bu sorular, devletin özgün bir yapı olarak tanımlanmasına yönelik yöntemleri gerektirecektir. Biz ise bir devlet etkinliğinde, zararın olanaklılığını daha somut düzeyde tartışmalıyız.

Nitekim, devletin malvarlığının da bu anlamda tanımlanmasına bir örnek, belirli bir dönemde gelir elde eden, yani harcama yapan bir iktisadi birim olarak varsayılması olabilir. Bireysel etkinlik düzeyindeki zarar tanımından hareketle malvarlığındaki artışa konu olan şeylerin azalması ve/veya yükümlülüklerinin artmasının sonucunda oluşan fark tanımının devlet biçimselliğine özgü bir faaliyete de uyarlanabileceği varsayılabilir. Ancak burada devletin malvarlığındaki değişimin, *devlet zararı* olarak mı, yoksa *kamu zararı* olarak mı tanımlanması gerektiği sorunu önemli hale gelmektedir. Gerçekten de, *kamu zararı* kavramına bireysel etkinlik düzeyindeki zarar tanımından hareketle yaklaşıldığında, devletin mali biçimselliğine özgü bir kavram olduğu sonucuna varmaktayız. Diğer yandan *kamu yararı* bağlamında, soyut kamusal alana ilişkin bir tanımlama yapılmayacağını da vurgulayarak, kamu zararı kavramının yine somut birey/toplum deviniminde karşılık bulmasının güç olacağı düşünülmelidir.

Kamu zararı, geniş anlamda tüm soyut birey dışı alana yönelik olarak, dar anlamda ise devletin biçimselliğinde oluşabilecek ve bireysel etkinlik düzeyindeki zarar tanımından hareketle bir kavramlaştırma olarak karşımıza çıkabilir. Sonraki bölümlerde kavramın kanun koyucu tarafından bu somut biçimine yönelik yaptığı tanımlar üzerinde durulduğunda, ilk bakışta somut biçimselliğe işaret eden bu tanımın, devletin hukuk öznesi olarak varsayılması ile mali bir etkinliğinin sonucunda oluşabilecek zararın, birey/toplum deviniminin hareket/zaman olasılıklarının soyut kamusal alan ile dışsallığı bağlamında bir anlam kaymasına uğrayabileceğini de göreceğiz. Hukuk soyutlamasında, kendisinin zaten soyut birey tanımının sonucu olan soyut kamusal alanın, somut hareket/zaman biçimlerinde karşılığının belirsizleştiği bir düzlemde, kamusal zarar tanımının olanaksızlığı görünmeye başlamıştır.

Türk Hukukunda Kamu Zararı

Mecelle

Kamu zararının hukuki düzenlemelerdeki konumlanmasında, bir yandan önceki bölümlerde Roma hukuku kapsamındaki kavramların tartışmaları tamamlaması, diğer yandan da soyut kamusal alana yönelik ikincil kavramların konumlanmasına katkı sağlaması bakımından hem özel hem de kamu hukuku kavramlarını barındıran Mecelle'nin kamusal alana ilişkin kavramlarına değinmeyi uygun gördük.

Kısaca *Mecelle* şeklinde ifade edilen Osmanlı Medeni Kanunu'nun asıl adı *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*'dir. Avrupalılar ise kanuna *Kavanin-i Mülkiye-i Devlet-i Aliye* yani *Osmanlı Devletinin Mülki Kanunları* adını vermiştir. *Ülül-emrin* sınırlı yasama yetkisine dayanarak, borçlar, eşya ve usul

hukuku ile ilgili fıkıh kitaplarında bulunan şer'î hükümleri, kanun tarzında derleyen bir düzenlemedir. Mecelle İslam Hukuk Tarihinin ilk Medeni Kanunudur. Ayrıca dünyada *Code Civil*'den sonra kodifiye edilmiş ikinci medeni kanun olarak da bilinmektedir (Kaşıkçı, 1997).

Mecelle'nin özgün bir kodifikasyon olmasının nedeni, fıkıh hükümlerini birleştirici bir şekilde bireysel etkinlik düzeyinde yapılan tanımlamalarla ve fıkıh ve fetva kitaplarının sistematığına bağlı kalmaksızın pozitif norm biçiminde kodlandığı bir metin olmasıdır. Nitekim *Mecelle*, yazıldığı tarihe kadar *taharet* ile başlayıp *ibadat* ile devam eden *muamelat* (*fıkıhta şahıs ve aile hukuku, ayni haklar, miras, ticaret ve borçlara ilişkin hükümler*) *münakehat* (*fıkıhta nikah/evlilik ile ilgili konular*) ve *ukubatı* (*ceza*) karışık biçimde inceleyen fıkıh ve fetva kitaplarının aksine, *kavaid-i fıkhiye* (*fıkıhın kaide ve prensipleri*) ve satım akdi ile başlamış, *ibadati* diğer hususlardan ayıran bir metin halini almıştır. Diğer yandan metnin günümüz medeni kanunları ile karşılaştırıldığında, şahsın hukuku ve eşya hukuku kavramlarına kısmen, aile ve miras hukuku kavramlarına da hiç yer vermediği görülmektedir (Kaşıkçı, 1997,s.34). Bu yönüyle kanunun tüm bireysel etkinliklere yönelik bir bütünlük oluşturmamakla birlikte, şahsın hukuku alanında birçok etkinliği karşıladığı görülmektedir. Diğer yandan bizim de üzerinde duracağımız yönüyle kamusal alana ilişkin kavramları da önem arz etmektedir. Bireye özgü devininin biçimselliğini tanımlarken ve şer-i hükümlerin bir bütünlüğünü oluştururken, toplumun yüzyıllara dayanan kültür biçimselliğinin de etkilemesiyle kanunun örf-i hükümleri de kavramlaştırdığı görülmektedir. Kanuna göre adetlerin esas alınarak hüküm verilebileceği (Madde:36), insanların bir şeyi sürekli yaptığında onun adet olarak kabul edileceği (Madde:37, 41), örf ile tayinin *nass* gibi olduğu (Madde: 43), gibi hükümler toplumsal devininin bütünlüğüne yönelik kavramlaştırmalar olarak karşımıza çıkmaktadır (s.37).

Bizim üzerinde duracağımız tanımlamalar ise soyut kamusal alana ilişkin hükümlerdir. Söz konusu tanımlamalar *Mecelle*'nin külli kaideleri içinde yer alır. Söz konusu hükümler bir yandan Hanefi hukukuna dayanan hükümler ile kökeni Roma hukukuna dayanan modern hukuk hükümlerini barındırmaları bakımından da (Yıldırım, 2012,s.24) özgün bir külliyattır. Böylece bu tanımlamalar, kaçınılmaz olarak bireysel mülk edinmenin bir sonucu olarak da ortaya çıkmaktadır.

Bireysel hukuk düzenlemelerinin bireyin hak sahibi özne olarak soyutlaşması üzerinde durmuştuk. Özel mülkiyetin toplumsal olarak biçimlenmesinin soyut alanda karşılığı olan mülkiyet hakkı şüphesiz soyut kamusal alan soyutlamasına da olanak sağlamaktadır. Mecelle'de de özel mülkiyet ve kamu mülkiyeti ayrımı açıkça kavramlaşmaktadır. Kanunda kamu mallarına *şirket-i ibahe* denmektedir. *Mubah şirket* anlamına gelen bu ortak mallardan bütün bireyler eşit hakka sahip olarak yararlanabilmektedir. Özel mülkiyetin hak olarak soyutlanmasının bir sonucu olan bu kamusal alan tanımında, halk eşit hisselerine sahip şirket ortakları hükmünde kavramlaşmıştır. Sular, otlaklıklar,

nehirler ve göller bu tür şeylerdir. Kanuna göre, halk başkalarına zarar vermeksizin kamu mallarından yararlanma hakkına sahiptir. Örneğin kamuya ait mallar üzerinde yetişen ağaçların meyvelerini herkes toplayabilir. Yine özel mülkiyete konu olsun olmasın bütün insanların ve hayvanlarının su içme *hakk-ı şefe* hakkı vardır. Görülmektedir ki, kamu alanına ilişkin tüm tanımlamalar özel mülkiyet bağlamında kavramlaşmaktadır. Nitekim özel mülkiyet de, bir mal üzerindeki tasarruf edebilme hakkı olarak açıkça tanımlanmıştır. Bu kişiler, başkalarının, özel mülkiyetlerine müdahalelerini men etme hakkına sahiptirler (Madde: 1257) (Kaşıkçı, 1997s.219, 220).

Özgün bir medeni kanun olarak Mecelle'nin kamusal alana ilişkin tanımları, açıkça bireysel etkinliğin hareket/zaman olasılıklarının tanımına yönelik kavramlara yer vermektedir. Bu tanımlamada kamu mallarının, özel mülkiyet dışında konumlanması kaçınılmaz olarak soyut kamusal alana yönelik bir düzleme olanak vermektedir. Birey dışı alana yönelik bir menfaat yaklaşımından hareketle de kamu zararı kavramına başvurulduğu 26. maddede görülmektedir. Madde metninde, *Zarar-ı âmmi def' için zarar-ı hâs ihtiyar olunur* (Yıldırım, 2012, s. 88) denilmek suretiyle zarar kavramından hareketle toplumun geneline yönelik bir menfaat tanımlamasının yapıldığı söylenebilir. Nitekim toplumsal yararın amaçlandığı bir süreç olarak düşündüğümüzde, toplumsal bütünlüğün devamlılığına yönelik kişisel zararın göz ardı edilebileceğine ilişkin yaklaşıma örnek mesleki bakımdan yetersiz birinin faaliyetlerine son verilmesi, ya da borcun ödenmemesi neticesinde borçlunun mallarına *toplum/devlet* tarafından bazı tedbirlerin uygulanması örnek olarak gösterilebilir.

Kamu zararının, toplumun geneline yönelik menfaat karşılığında tanımlanması şüphesiz, birey dışı soyut alana yönelik olarak ama bireysel etkinliğin tanımından hareketle oluşan hukuk alanına özgü bir kavramlaştırma biçiminde görülmelidir. Burada kamu zararının engellenmesine yönelik olarak, kişisel zararın tercih edilebileceğine ilişkin hüküm, açıkça, bireysel etkinliğin toplumsal devrimin temel etkinlik düzeyi olduğuna yönelik birey/toplum bütünlüğünün kanun koyucu tarafından sezildiğine işaret etmektedir. Kamu zararı kavramının bu yönüyle, sahip olunan malvarlığının değişimi bağlamındaki somut ve dar anlamından tamamen bağımsız ve daha kapsamlı olarak, birey/toplumun devamlılığına yönelik ortak bilince işaret ettiği söylenebilir.

1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda Kamu Zararı Kavramı

Önceki bölümlerde kamu zararı kavramının barındırdığı, özel hukuk biçimselliği saklı kalmak kaydıyla ki -söz konusu biçimler kamu alanı soyutlamasına imkân tanımaktadır- kavramın Türk mali hukuku açısından değerlendirmesini yaparak, öncelikle yasal düzenlemeler bağlamında, sonrasında özellikle adli yargı kararları doğrultusunda kamu zararı kavramını test etmeye çalışacağız.

Değineceğimiz mali düzenlemelerde devletin bu özgün biçimselliğinin varlığı, ikincil bir soyutlama düzeyi olarak varsayıldığından, kamu zararının toplumsal devinim karşısındaki olanaklılığı, somut düzlemdeki olasılıklar üzerinden daha net sorgulanacaktır. Ülkemizde 1927'den 2003'e kadar uygulanan ve 10/12/2003 kabul tarihli 24/12/2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yürürlüğe giren 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun 81.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununda (<http://kontrol.bumko.gov.tr/Eklenti/3649,muhasebepdf.pdf>, erişim tarihi: 01.02.2014), kamu zararı kavramına yer verilmediği ancak devletin etkinlikleri bağlamında bir zarar tanımlamasının da yapıldığını görmekteyiz. Nitekim Kanununun 22.maddesinde yapılan tanımlamada devlet, belirli mal ve hizmetlerin temin edicisi olarak, belirli bir dönemde gelir elde eden ve bu gelirlerden harcama yapan bir hukuk kişisi olarak varsayılmaktadır. Burada devletin, harcama yetkisini (ödenek kullanımını) yasama erkinin verdiği yetkiye dayanarak (bütçe kanunu) belirli kurallar ve sınırlandırmalar çerçevesinde kullanması aynı zamanda devletin mali biçimselliğine/idarenin somut biçimine işaret etmektedir. Bu harcama tanımı devleti, hukuk alanında özgün bir hukuk kişisi olarak varsayarken, aynı zamanda toplumsal devinimin bireysel etkinliği karşısında piyasa düzleminde konumlanmasını da tanımlamaktadır. Düzenlemede, devlete özgü olarak etkinlikte, kaynak kullanımına ilişkin esaslar belirlenirken bu esaslara aykırı olarak devletin malvarlığındaki azalma denilerek, devlet zararı tanımı yapılmış olmaktadır. Burada zarar açıkça, devletin, somut eylemliliği varsayımı altında bir mal ve hizmetin alımına ilişkin düzenlemelere aykırılık neticesinde devletin mal varlığındaki azalma olarak tanımlanmıştır.

Bu yönüyle, devlet tüm mali biçimselliği ile bir kamu hukuku kişisi olarak varsayılmakta ve soyut hak sahibi birey karşısında hukuksal düzlemde konumlanmaktadır. Bu eylemlilik varsayımının doğal sonucu olarak, yine hukuk alanında bireyin etkinlikleri olan özel mülkiyet konumlanmasının karşısında devlet biçimselliği ve devlete özgü malvarlığı hatta devlete özgü gelir ve harcama süreçleri de konumlanmaktadır.

Böylece, bireysel somut zararın olanaklılığı bağlamında bir devlet zararının da olanaklılığı, hukuk alanında kavramlaşabilmektedir. Nitekim kanunda, mal ve hizmet alımına ilişkin olarak bir ödeneğin kullanımıyla ilgili devlet giderinin gerekliliği ve en uygun düzeyde ödenek kullanımına ilişkin tanımlamalar yer almakta ve bu sürece aykırılığın sonucunda oluşabilecek olan zarara işaret edilmektedir. Burada, zararın mali etkinliğin biçimselliğinin bir sonucu olması, devlet zararı kavramının birey/toplum bütünlüğünün devinimi karşısında somut olarak konumlanmasına olanak sağlamaktadır. O halde devlet zararı tanımının, devletin soyut kamusal alanda konumlanan

biçimselliğinin bir sonucu olarak, soyut bireysel düzlemde özel mülkiyet soyutlaması karşısında konumlanabilmesinde kavramsal bir olanaksızlık yoktur.

Devlet⁷ ve kamu kavramlarının kamu zararı bağlamında tartışılmasına katkı sağlamak amacıyla 24/12/2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun tanımlamalarının üzerinde durmamız gerekmektedir.

Kanun koyucu, yine bu denemenin konusu bakımından önem arz eden bir kavram olarak kamu kaynaklarının tanımını da borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dâhil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler şeklinde yapmıştır.

Kanunun 25/4/2007 tarih ve 5628 sayılı kanunun 4.maddesi ile değişik 71.maddesinde kamu zararı önce genel bir tanımlama ile ifade edilmiş, maddenin devamında da belirli harcama süreçlerindeki olasılıklar üzerinden daha özel bir tanıma gidilmeye çalışılarak ifade bulmuştur. Kavram, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması olarak tanımlanmış, sonrasında bir harcama sürecindeki olası durumlar ifade edilmiştir⁸ (<http://www.bumko.gov.tr> erişim tarihi: 01.02.2014).

Kamu kaynağının kullanımına yönelik harcama süreçlerindeki genellemelerin yapıldığı bu maddede kamu zararı, açıkça devletin mali biçimlenişine özgü olarak tanımlanmakta, hukuk kişisi olarak devletin tüm malvarlığının, kamusal alana özgü biçimde tanımlanmasının sonucunda, kamu görevlilerinin harcama sürecindeki etkinliklerinin sebebiyet verebileceği olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamusal alana özgü olmakla birlikte, asıl olarak mali bir devlet biçimselliğinin vurgulandığını görmekteyiz. Devletin soyut düzlemde bir hukuk kişisi olarak varsayılmasının sonucunda, maddi zararın tanımına ilişkin bireysel hukuk alanının soyut öznesi hakkında önceki

⁷ Mülga 1050 sayılı kanunda devletin uhdesindeki tüm emvalin (malların) idare ve muhasebesi kanunun konusunu oluşturmaktadır. 5018 sayılı kanunda yer alan kamu ifadesi de genel olarak devlet ifadesi ile örtüşmektedir. Ancak, kanunda *kamu* ifadesinin kullanıldığı kavram ve tanımlara ilişkin yer alan düzenlemelerin uluslararası bir sınıflandırma sistemine atıfla genel bir kamu sektörüne (public sector) karşılık gelen birimleri ifade ettiği belirtilmelidir. Kanunun içerdiği kavramların ayrıntılı bir tartışması için bkz. Gözler, Kemal, 5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine AUHFD, 60/4, 837-919.

⁸ Kanuna ilişkin 08/12/2014 tarih ve 62 karar numaralı TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda, maddenin ikinci fıkrasının (f) bendinde yer alan ifadelerin sınırları belirsiz, subjektif yorumlara yol açabilecek nitelikte olduğu ayrıkça oy gerekçesi olarak sunulmuştur. Nitekim anılan bent 22/12/2005 tarih ve 5436 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Kaldırılan ifade şöyledir: (...) kamu kaynakları ile yükümlülüklerinin iyi yönetilmemesi, değerlendirilmemesi, korunmaması veya kullanılmaması suretiyle öz kaynağın azalması.

bölümde yapılan tartışmada da değindiğimiz üzere, aslında soyut kamusal alana ilişkin ikincil bir türetme olarak karşımıza devletin malvarlığına ilişkin bir zarar tanımlaması çıkar. Böylece kamu zararı, toplumun genel menfaatine yönelik kamu hizmeti sunduğu varsayılan devlet biçimi ile hukuk kişisi olarak devlet örgütlenmesinin maddi biçimselliğinde somut olarak tanımlanması düzleminde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, özel mülkiyet hakkına sahip soyut bireyin malvarlığına işaret eden maddi zarar tanımına çok benzer bir biçimde, devletin soyut hukuk kişisi olarak malvarlığının sürekliliğine yönelik bir tanımlamanın da belirdiği görülmelidir.

Söylenebilir ki devletin hukuk alanındaki bireyselliğinin varsayılmasının sonucu olarak bir devlet etkinliğindeki somut zararın tanımlanması ile soyut birey dışı alana yönelik zarar ve menfaat kavramlarının içerdiği toplumsal devinimin tanımlanmasına yönelik anlamlar birbirinden farklıdır. Devlet zararı, devletin soyut kamusal alanda bir hukuk öznesi olarak varsayılmasının sonucunda mali biçimselliğinin tanımlanmasına olanak vermekte, böylece devlet malvarlığına ilişkin tüm etkinliklerde zararın olanaklılığı ile anlam kazanmaktadır. Soyut kamusal alana ilişkin bir maddi zarar tanımlanmasının mümkün olamayacağı demek olan bu yaklaşımda, zarar kavramının doğrudan soyut bireye özgü tanımlanmasında değindiğimiz üzere, bireysel zararın bile somut biçimselliğinde tanımlanmasındaki güçlük düşünüldüğünde kendisi zaten, ikincil bir soyutlama düzeyi olan kamusal alana ilişkin bir zarar tanımının olanaksızlığı da ortaya çıkacaktır.

Diğer yandan kamu zararının ancak menfaat kavramına ilişkin bir yaklaşımla ortaya konabileceği, bunun da maddi zarar kavramının somut biçiminin, kamusal alandaki olanaksızlığı ile çelişebileceği de düşünülmelidir.

Örnek Yargıtay Kararlarında Kamu Zararı Kavramı

Kamu zararı kavramının, Yargıtay kararlarında, tanımlanmış olan suç unsurlarının oluşup oluşmadığı yönündeki tartışmalarda nasıl ele alındığına değinmek şüphesiz bu tartışmaya katkı sağlayacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2005/4 MD-95 esas, 2005/166 karar sayılı kararında Görevi Kötüye Kullanma suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığına ilişkin yapılacak değerlendirme bağlamında 5018 sayılı kanununun 71. maddesine atıfta bulunarak; kamu zararının, her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığının veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığının, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu belirlemede; yapılan tespitin uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliğinin nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmesi gerektiği, ancak bu

belirleme yapılırken, norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayımla da hareket edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır (<http://emsal.yargitay.gov.tr/erisim> tarihi: 12.01.2014).

Karar konusu somut olayda ise; sanıkların eylemleri ile doğrudan bağlantılı olarak nesnel ölçülere uygun bir şekilde saptanmış herhangi bir ekonomik zarar saptanamadığına göre, anılan eylemle kamunun zarara uğratıldığından da söz edilmesine olanak bulunmadığı tespiti yapılmıştır. Söz konusu kararda bizce zararın somut ve nesnel biçimde belirlenmesi gerektiği ile piyasa rayicinin üzerinde bir alımın gerçekleşmesi durumunun zararı doğrudan meydana getirdiği yaklaşımı arasında uyum bulunmadığı ileri sürülebilir. Kanun maddesindeki ifadelerden hareketle zararın devletin mali etkinlikleri bağlamında tanımlanması, kararı yöntemsel açıdan ilginç kılmaktadır. Şöyle ki, her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmesi ile somut maddi zararın varlığına yönelik bir değerlendirmede, uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanmasının da bir zorunluluk haline geldiğini düşünmekteyiz. Yani, somut olayda örneğin piyasa rayicinin üzerinde bir alımın bariz olarak gerçekleştirildiği varsayılsa bile, bunun somut düzeyde objektif olarak tespitinin de tartışmalar içereceğini düşünüyoruz. Husus, Yargıtay'ın aşağıda değinilecek olan farklı bir karar biriminin kararından hareketle daha da belirginleşecektir.

Zararın somut olarak belirlenmesi gerektiğine ilişkin bir yaklaşım olarak Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin depremde zarar gören bir binanın imalatını yapan davalının sorumluluğu ile ilgili 2010 tarih ve 5449 esas, 6965 karar sayılı kararına değinmeyi uygun gördük. Kararda, davalının kusurlu imalat yaptığının ve binanın güçlendirilmesi gerektiğinin belirlenmesi halinde gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihteki 2002 yılı mahalli rayiçleriyle saptanacak güçlendirme bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerektiği, bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesinin doğru olmadığı, kararın bozulması gerektiği tespit edilmiştir.

Yargıtay'ın iki karar biriminin de Saiklerinin farklı olması nedeniyle -ceza unsurlarının tespiti ile sözleşme hükümlerine aykırılığın tespiti- farklı değerlendirme yöntemleri belirledikleri ileri sürülebilir. Nitekim önce değindiğimiz Yargıtay Ceza Kurulu'nun Türk Ceza Kanununun 257.maddesinde tanımlı Görevi Kötüye Kullanma suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığına dolayısıyla da, kamu zararının oluşup oluşmadığına ilişkin değerlendirmesinde, kurul kamu zararının varlığını karine olarak kabul etmiş ve zararın tespitinin belirli şartlarda gerekli olmadığını belirtmiştir. 15. Hukuk Dairesi ise maddi zararın tespitinin sözleşme hukuku bakımından değerlendirmesini yaparken, zararın tespitinin

yeterli olamayacağı, zararın sorumlulardan tazminin gerekliliği bağlamında somut olarak belirlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Söz konusu iki yaklaşım hukuk kuralının yorumlanmasının pratik sonuçları bakımından zarar ve zararın mahiyetinin tespitinin farklı boyutlarla değerlendirilmesinin açık örnekleri olarak düşünülmelidir.

Diğer yandan yukarıdaki ceza hukuku yaklaşımında nesnel ve tartışmasız bir şekilde miktarı belirlenemeyen bir zararın varsayılmasının, maddi zararın tanımıyla çelişmesi ve böylece de bir zararın olup olmadığı konusunda belirsizliğe de yol açmasının, suçun unsurlarının gerçekleşmesi bakımından da bir belirsizlik yaratacağı meselesi de ayrı bir tartışma konusudur. Diğer yandan, 15. Hukuk Dairesi ise Kararında tazminat hukukunun gereği olarak zarara konu olan kusurun somut olarak ortaya konmasının gerekliliğinin, yargılama sürecinin sonlanmasını ne şekilde etkileyeceğini daha doyurucu şekilde açıklamıştır. Maddi anlamda bir zararın varlığını ileri sürmenin, söz konusu zarara konu olan, maddi bütünlükteki somut değişimi de tartışmasız olarak ortaya konmasını gerektireceği ise açıktır.

Yine Türk Ceza Kanununun 235 maddesinde 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı kanununun 12. maddesi ile yapılan bir değişikliğe tam da bu noktada değinmek gerekir. TCK m.235'de yapılan değişikliğe göre, kanunun maddi zararının ne olduğunun belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Eski düzenlemede zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarın belirlenememiş olmasının hükmün uygulanmasını engellemeyeceği ifade edilirken, söz konusu anlamı içeren hükmün yerine, yeni düzenlemede,

(...)İhaleye fesat karıştırma suçunun; ... İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1>)

Hükmüne yer verilerek, kamu zararının fiilen somut olarak tespiti şartıyla cezalandırmanın şekli ilişkilendirilmiştir. Söz konusu düzenleme her ne kadar ihaleye fesat karıştırma suçuna özgü ve yine belirli şartlara bağlı bir düzenlemeye de zararın fiilen tespiti şartını getirmesi bakımından önemlidir ki değinmiş olduğumuz ceza hukukuna ilişkin Yargıtay kararında yer alan kamu zararı yaklaşımı ile birlikte tartışılmalıdır.

Sonuç

Tüm siyasal etkinliğin gerçekleştiği devlet kurumları/etkinliği/ biçimselliği, soyut bireyin olanak sağladığı soyut kamusal alanda kavramlaşabilmekte iken, bireyin devamlılığına dolayısıyla da toplumun devamlılığına ilişkin tüm etkinlik tanımlamalarında devletin soyut biçimselliğinin

özneleşmesi çelişkili bir kavram bütünlüğü yaratmaktadır. Bu açıkça özel hukuk alanının temelde nesneyi kendine mal eden soyut bireyi varsaymasının doğrudan sonucudur.

Değindiğimiz Roma hukukunun içerdiği kavramlar gerek orta çağ hukuk bilinciyle değişime uğramaları, gerekse çağdaş liberal hukuk kuramlarının mutlak mülkiyet kavramını tekrar ulaşılmak istenen bir düzey olarak kavramlaştırması nedeniyle Roma'daki mülkiyet rejiminin sürekli bu yönüyle anılması bağlamında tartışmalar barındırır. Ancak söz konusu külliyat, birey soyutlamasının, bireyin ancak nesne ile ilişkilendirilmesiyle mümkün olabileceğine ilişkin temel anlamları belirgin olarak barındırır. Mülkiyet kavramı, mal üzerindeki hâkimiyetin mahiyeti tartışmalı olsa da, bireyi diğeri üzerinden tanımlamaya imkân veren bir düzeye karşılık gelir.

Kamusal alanın, soyut bireyin varsayımının bir sonucu olarak ikincil düzeyde soyut düzleme işaret etmesi ise, bu denemenin varsayımı olmuştur. Kamu mekânı, bireyin en üst yasa çerçevesinde tanımlanan ve toplum ilişkilerinin devamlılığının kodlandığı belirimleri barındırır. Bireyin nesnel varlığının diğere göre tanımlı düzeyindeki basit anlatımda mülkiyet, kamu alanı ve kamu-sal kavramlarının belirleyicisi olarak görünmektedir. Bu özel alanın kamusal olanı belirlediği durumdur. Görüldü ki ancak, özel hukuk biçimlerinden hareketle zarar ve kamu kavramları anlaşılabilecekken, devlet kurumları/etkinliği/ biçimselliğinin de hukuk kişisi olarak soyut kamusal alanda varsayılması, bireyin/ toplumun devamlılığına ilişkin tanımlamalarda, özel hukuk kişisi ile devlet soyutlamalarını çatışkılı kılmaktadır. Somut düzlemde belirlenmesi gereken zarar kavramı bağlamında, kamu zararı ancak devletin mali biçimselliğiyle nesnel konuma indirgenebilmekte iken, bu kez de kamusal olan ile devlet biçiminin ayrıksılığı göze çarpmaktadır. Yargıtay'ın tipik kararında, kamu zararının oluşması suçun unsurlarının tamamlayıcısı konumundayken, kamu zararının *ne-liği* ise bir belirsizlik içermektedir.

Kamu zararı, kamusal alana ilişkin menfaat ve zarar kavramlarının, hareket/zaman biçimleriyle ilişkisi bağlamında tanımlanamamaktadır. Böylece, devletin mali biçimselliğine ilişkin düzenlemelerde kullanılması gerektiğini düşündüğümüz en somut haliyle devlet zararı kavramı bile, toplumsal devrimin hareket/ zaman olasılıkları bağlamında karşılık bulamayabilir. Kamu zararı kavramının olanaklılığı, ne toplumsal menfaat kavramı karşılığında ne de özel mülkiyetin hukuk alanındaki tanımının sonucu olan maddi zarar biçimiyle ilişki içinde gerçel bir düzeye karşılık gelmektedir.

Kaynakça

- Akıllıoğlu, T (1991) *Kamu Yararı Üzerine Düşünceler* Amme İdaresi Dergisi 24/2, s. 3-15
- Aral, V (1978) *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Methodu Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Aral, V (1983) *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul: Filiz
- Cevizci, A (1997) *Felsefe Sözlüğü*, Ankara: Ekin
- Friedrich, C, J.(1963) *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, New York: The Modern Library
- Gözler, K (2011) 5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/4, 837-919.
- Gülan, A (1999) *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* İstanbul: Alfa. (Yayınlanmış Doktora Tezi)
- Kant, İmmanuel (1949) *Metaphysical Foundations of Morals*. Friedrich, J, C. (Ed.) *Immanuel Kant's Moral and Political Writings* (s.140-208) Friedrich, J, C. (Çev.) New York: The Modern Library (İlk baskı.1785).
- Kant, İmmanuel (1949), *Theory and Practice Concerning The Comman Saying: This Maybe True in Theory But Doesn't Apply to Practise*. Friedrich, J, C. (Ed.) *Immanuel Kant's Moral and Political Writings* (s.412-429). Friedrich, J, C. (Çev.) New York: The Modern Library (İlk baskı.1793).
- Kant, İmmanuel (1980) *Pratik Aklın Eleştirisi*. Kuçuradi, İ. (Çev.) Ankara: Hacettepe Üniversitesi
- Karadeniz Çelebican, Ö (2005) *Roma Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin
- Karadeniz, Ö (1975) *Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:366
- Karahanoğulları, O (2004), *Kamu Hizmeti*, Ankara: Turhan
- Karahanoğulları, O (2012), *İdarenin Hukukla Kavranması*, Ankara: Turhan
- Kaşıkcı, O (1997) *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
- Kaya, C (2011) *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı* İstanbul: On İki Levha
- Kelsen, H (1960/2004) *Pure Theory of Law*, Max Knight (Çev.) New Jersey: The Lawbook Exchange
- Kersting, W (1997/2010) *Politika, Özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi*, Çörekçioğlu, H.(Der. Çev.) *Kant Felsefesinin Politik Evreni* (s. 57-79). İstanbul: Bilgi Üniversitesi (İlk baskı: 1997)
- Ladd, J (1999). *Immanuel Kant, Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis: Hackett Publishing
- Tahiroğlu, B (2001) *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, İstanbul: Der
- Tan, T (2011) *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan

Topuz, Murat (2011) *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul: On İki Levha

Turan, M (2000) Hukuka Antropolojik Temel Verme Girişimleri ve Genel Bir Kritik, *Amme İdaresi Dergisi* 33/3, 63-77.

Wood, E.M. (2008) *Yurttaşlardan Lordlara Eski Çağlardan Orta Çağlara Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, Oya Köymen (Çev.) , İstanbul: Yordam

Yıldırım, M (2012) *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi

<http://kontrol.bumko.gov.tr/Eklenti/3649,muhasebepdf.pdf>, erişim tarihi: 01.02.2014

<http://emsal.yargitay.gov.tr>.erişim tarihi: 12.01.2014

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1> erişim tarihi: 01.02.2014