

İDARE HUKUKU ÖZETLERİ

2/A ŞUBESİ

2016-2017 (2. DÖNEM)

HAZIRLAYAN: TURGAY MARAL

**KAYNAK : KURTCOPY (MUSTAFA KURT)
İDARE HUKUKU KİTABI (M.GÜNDAY)
DERSTE TAKİP EDİLEN NOTLAR**

İDARE HUKUKU

2. DÖNEME GENEL BİR GİRİŞ

14 Şubat 2017 ders işlenmedi, 21 Şubat 2017

OHAL KHK

AY mad. 148/1: AYM, kanunların, KHK'lerin ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karar bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK'lerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'de dava açılmaz.

AY mad. 91: TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilir. Ancak, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ilesiyasi haklar ve ödevler KHK ile düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak KHK'nin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.

.....

KHK'lar, RG'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir.

Kararnameler RG'de yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulur.

Yetki kanunları ve bunlara dayanan KHK'ler TBMM komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

Yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulmayan kararnameler bu tarihte, TBMM'ce reddedilen kararnameler bu kararın RG'de yayımlandığı tarihte, yürürlükten kalkar.

AY mad. 120: Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle OHAL ilanı

AY mad. 121: OHAL ile ilgili düzenleme

120. maddeye bakıldığında; öncelikle MGK tavsiyede bulunacak, sonra CB başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu süresi 6 ayı geçmemek üzere ilan edecektir.**121. maddeye bakıldığında;** TBMM'de onaylanacaktır.

KHK ile ilgili AYM'de bir dava açılacaksa ancak bu aşamadan sonra yapılabilir.

OHAL KHK'ları olağanüstü hale neden olan sebeplerin ortadan kaldırılması için verilen bir yetkidir. OHAL KHK,olağanüstü hale neden olan sebepler ile ilgili olmalıdır.

AYM, 1991'de OHAL KHK'ları,olağanüstü hale neden olan sebepler ile ilgili değilse denetlerim demişti. AYM bugün bu içtihadını değiştirmiştir.

İdare suç yaratamaz, ama idare KHK'lar ile suçlu yaratıyor, bu fonksiyon gaspıdır. Kamu gücü kamu yararını sağlamak içindir ama kamuya zarar da verebilir. İdare hukuku, idarenin kamu gücünü zarar vermek için kullanmasını engellemek için denetim sağlar, kamu gücünü sınırlandırır.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ANAYASA NEYİ DÜZENLER?

Devletin temel kuruluşunu, işleyişini düzenler. Kamu gücünü tanımlar, diğer taraftan temel hak ve özgürlükleri düzenler. Faaliyet ve teşkilat açısından devlet organlarını düzenler, bu anlamda devleti ve karşısındaki bireyi düzenler.

Anayasa devleti düzenlediğine göre kamu gücünü kullanan idareyi de düzenler. AY mad. 123 ve 137 arasında idare düzenlenmiştir.

Ay mad. 123/1: İdarenin bütünlüğü ilkesi ve kanunilik ilkesi

Ay mad. 123/3: Kamu tüzel kişilerinin kanunla kurulması

Ay mad. 125/1: İdarenin yargısal denetim ilkesi

Ay mad. 127/5: İdari vesayet

Ay mad. 115: Tüzükler

Ay mad. 123/2: Merkez ve yerinden yönetim ilkesi

Ay mad. 127: Mahalli idarelere ilişkin temel ilkeler

Ay mad. 126/2: Yetki genişliği ilkesi

Ay mad. 124: Yönetmelikler

Ay mad. 125/son: Mali sorumluluk ilkesi

KAMU HİZMETİ

İdarenin üç ana faaliyeti vardır:

- | | | |
|---------------------------|---------------------|-------------------------------------|
| 1. Kamu hizmeti faaliyeti | 2. Kolluk faaliyeti | 3. Destekleme / özendirme faaliyeti |
|---------------------------|---------------------|-------------------------------------|

Kamu hizmeti tanımı ve koşulları

- ♥ Kamu hizmeti idare hukukunun büyüğü kavramıdır. Kamu hizmeti idareler ne yapar sorusunun cevabıdır.
- ♥ Kamu hizmeti; giderilmesinde kamu yararı olan, toplumsal bir ihtiyacı gideren bir faaliyettir. Ancak toplumsal bir ihtiyacın giderilmesi tek başına yeterli değildir. İkinci koşul olarak, toplumsal bir ihtiyacı gidermeyi üstlenen özel kişi olmayıp devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri olmalıdır. Bu iki koşul seçimlik değildir, **kümülatif** bulunmalıdır.

☀ **İlk koşul: Kamuya yararlı bir faaliyet olacak**

☀ **İkinci koşul: Bu faaliyetin üstleneni devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri olacak.**

- ♥ İdare bu faaliyetleri kendiliğinden üstlenemez, **kanunla düzenlenmesi** gerekir. **AY mad. 123/1:** İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.

Örneğin şehirlerarası otobüs taşımacılığı kamu hizmeti değil, ama demiryolu taşımacılığı kamu hizmetidir. Her iki faaliyet toplumsal ihtiyacı gidermektedir, ama aralarındaki fark demiryolu taşımacılığı faaliyeti idareye kanunla verilmiştir, yani idarenin üstlendiği bir faaliyettir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı

Ölçüt: Bir faaliyet devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerine hukuk tarafından verilmiş olacak, yani idare o faaliyeti **üstlenecektir**. Sonra idare faaliyeti bizzat **yapabilir**, başkasına **yaptırabilir** veya **karma** olarak hem yapar hem de yaptırabilir. Örneğin eğitimde, sağlıkta hem idare hem de özel sektör vardır.

Bir özel sektör faaliyetinin kamu hizmeti olup olmadığı

Ölçüt: Önemli olan nokta, faaliyetin hukuk tarafından idareye verilmesi yani idarenin üstlendiği bir faaliyet olması halinde bu bir kamu hizmetidir. Faaliyetin esas sahibi devlet ya da diğer kamu tüzel kişileridir. İdare faaliyeti bizzat yapabilir, başkasına yaptırabilir veya hem kendisi yapar hem de başkasına yaptırabilir.

- ♥ Eskiden kamu hizmeti olan ve devletin işlettiği bazı faaliyetler özelleştirme ile özel sektörün eline geçmiştir, örneğin haberleşme hizmeti, hava ulaşımı gibi. Bu faaliyetlerin esas sahibi devlettir, ama sözleşmeyle özel sektöre izin vermektedir. Devlet burada artık denetim görevini yürütüyor.

AY mad. 47 (devletleştirme ve özelleştirme): Kamu niteliği taşıyan özel teşebbüsler kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devletleştirme (işletme kamuya geçer) = Kamulaştırma (gayrimenkul kamuya geçer)

- ♥ Denetleme **içsel** ve **dışsal denetim** olarak ikiye ayrılır. **Kamu hizmetindeki denetim içsel denetimdir**, içeriğe, hizmetin nasıl sunulduğuna bakılır. Dışsal denetimde faaliyetin esasları denetlenmez, şekli denetim yapılır. Dışsal denetim kolluk faaliyetinin bir örneğidir. Sadece denetime bakarak bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı söylenemez. Önemli olan kamu hizmetinde faaliyetin sahibinin devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerinin olmasıdır.

- ♥ **Faaliyet=** Kamuya yararlı olacak
Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri üstlenecek.

Üstlenmek (faaliyetin gerçek sahibi, kanunla) = **yerine getirmek** (idare veya başkası)

İlk ihtimal = Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri faaliyeti **bizzat** yürütür. $\Rightarrow$ A

İkinci ihtimal = Özel sektör yürütür. $\Rightarrow$ B

Üçüncü ihtimal = Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri + Özel sektör $\Rightarrow$ A + B

- ♥ Bazı faaliyetler devletin özel sektörle paylaşmadığı faaliyetlerdir. Ama bu mutlak değildir, yasama organı neyin kamu hizmeti olup olmadığına karar verecek nihai organdır.

İdarenin bizzat yürüttüğü faaliyetler: Milli savunma, yargılama, kolluk, seçimler

Devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerinince yapılan bir faaliyet kamu hizmeti olmayabilir

- ♥ Milli piyango, şans oyunlarını idare düzenler ama bunlar toplumsal bir ihtiyacı gidermeye yönelik olmadıklarından kamu hizmeti değildir. Koşullar kümülatif olarak yoktur.

KAMU HİZMETİNİN ÖZELLİKLERİ

- | | |
|---|----------------|
| 1. Kamu hizmetinin sürekliliği / devamlılığı ve düzenlilik özelliği | |
| 2. Uyarlanabilme / değişkenlik özelliği | |
| 3. Nesnellik ve eşitlik özelliği | 5. Tarafsızlık |
| 4. Bedelsizlik özelliği (meccanilik) | 6. Laiklik |

Kamu Hizmetinin Sürekliliği / Devamlılığı ve Düzenlilik

- Kamu yararı gereği kamu hizmetlerinin **sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi** gerekir.
- Kamu hizmetlerinin kesintisiz yürütülmesi demek mutlaka her an, her saat yürütülmesi anlamına gelmez. Bazen **hizmetinniteliği gereği kesilebilir**. Örneğin bir kütüphanenin 24 saat açık kalmasına gerek yoktur. Bazı ihtiyaçlar ise 24 saat verilmesi gereken bir hizmet (savunma, güvenlik, sağlık gibi) olabilir. Süreklilik hiç kesilmeden devam etmek değildir.
- Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin önemli bir unsuru kamudaki **grev yasağıdır**. Memurların grev yapması anayasaya göre yasaktır.
- Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olma ilkesine ters düşen bir idari işlem hukuka aykırı olur, idari yargıda iptal edilebilir. Zarar doğmuşsa idarenin mali sorumluluğuna da gidilebilir.

Uyarlanabilme / Değişkenlik

- Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi, o konudaki toplumsal ihtiyacın en iyi ve uygun bir biçimde karşılanması amacına yönelik olduğundan, kamu hizmetleri değişken olmak, değişen ve gelişen koşullara kendilerini uydurmak zorundadır. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişinde yeni yöntemlere, araçlara ve düzenlemelere yer verilmelidir. Kamu hukukunda kural olarak kazanılmış hak yoktur. Değişkenlik uyarlanma ilkesinin bir sonucudur, kişiler hak iddiasında bulunamaz.

Nesnellik ve Eşitlik

- Kamu hizmetleri bireysel değil, toplumsal ihtiyaçlar için yürütüldüklerinden idare, nesnel (objektif) ve tarafsız olmak zorundadır.
- Bu nedenle, bireyler kamu hizmetleri karşısında yararlanma ve katılma yönünden eşit durumdadırlar. Bu eşitlik mutlak anlamda değildir, aynı koşul ve nitelikleri taşıyanlar arasında eşitlik olmalıdır. Bazı durumlarda pozitif ayrımcılık yapılabilir.

Bedelsizlik

- İdare az sayıda kamu hizmeti yürüttüğü dönemlerde, hizmetten yararlananlardan para almıyordu. Bugün de klasik nitelikli bazı kamu hizmetleri parasız yürütülmektedir.
- Ancak idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalması ve parasız yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla belli hizmetlerden katılma payı alınmaktadır. **Asıl amaç kar değil**, toplumsal ihtiyaçları gidererek kamu yararı sağlamak olmalıdır.

Tarafsızlık

Eşitlik daha çok hukuki bir ilkedir, tarafsızlık ise siyasi bir ilkedir.

Laiklik

Eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri içinde görülmektedir.

KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLME BİÇİMLERİ

Kolluk ve kamu hizmeti farkı

-  Kolluk faaliyeti de bir kamu hizmetidir, idarenin **sorumluluğu açısından bir fark yoktur**. Ancak kamu hizmetinde topluma sunulan ve toplumun ihtiyaçlarını gideren bir sunum vardır. Kolluk alanında ise birey ile idare karşı karşıyadır, sınırlamaların, yasaklamaların olduğu bir alandır.

-  **Amaçları açısından** aralarındaki **bir fark** vardır. Kolluk faaliyetinde amaç **kamu düzenini sağlamak**, kamu hizmetinde amaç ise **kamu yararını sağlamaktır**.

-  **Yerine getiriliş usulleri açısından** da aralarındaki **bir fark** vardır. Kolluk faaliyeti **emir ve yasaklar yoluyla** kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemlerle ve eylemlerle yerine getirilir. Kamu hizmeti ise, idarenin bir **hizmette bulunması yoluyla** yerine getirilir.

Aslında iki faaliyetin nihai amacı kamu yararıdır. Yani geniş anlamda kolluk faaliyeti de kamu hizmetidir.

Kamu hizmeti tanımı ölçütleri

Organik açıdan: Kamu hizmeti bir teşkilatı, bir örgütü, bir organizasyonu ifade etmektedir. Organik açıdan kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünüdür. **AY mad. 70:** Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Burada kamu hizmeti kavramı organik anlamdadır.

Maddi açıdan: Faaliyetin niteliğine bakılır. Maddi açıdan kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan, toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir. **AY mad. 47:** Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler Burada kamu hizmeti kavramı maddi anlamdadır.

Şekli açıdan: Burada belli bir hukuki rejimden söz ederiz. Şekli açıdan kamu hizmeti, belli bir hukuki rejimi ifade eder.

Sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle idarenin faaliyet alanı çok genişlemiştir. Bu nedenle önceleri kamu hizmetinin tanımında ölçü alınan organik, maddi ve şekli bakış açıları kamu hizmetini tanımlamak için yeterli gelmemektedir.

- İlk önce organik ölçüt çözülmüştür. Çünkü bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması için mutlaka bir kamu teşkilatı, örgütü tarafından yapılması şartı aranmamaya başlandı. İdarenin yakın denetim ve gözetiminde özel hukuk kişileri de kamu hizmeti yürütebilir hale gelmiştir.
- Sonra maddi ölçüt çözülmüştür. Her beşeri faaliyetin kamu hizmeti olmaya elverişli olduğu anlaşılmıştır.
- Son olarak şekli ölçütte de bir gevşeme vardır. Özel kesimin yürüttüğü bazı faaliyetler kamu hizmeti haline getirilmiş ve bunlar özel hukuk rejimine tabi kabul edilmiştir. Yani artık kamu hizmeti özel hukuk rejimine de tabi olabilmektedir.

Bugün geçerli kamu hizmeti tanımı: Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir. Ayrıca bugün itibarıyla bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için önce kanuna bakılması gerekir, kanunda faaliyetin kamu hizmeti olduğu ifade edilmiş olabilir.

KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLME YÖNTEMLERİ

1. Kamu hizmetinin idare tarafından yürütülmesi: Emanet usulü
2. Kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yürütülmesi:

- a. Tek yanlı görevlendirme: Ruhsat (izin veya lisans) usulü
- b. Sözleşme ile görevlendirme (akdi)

1) Özel hukuk sözleşmesi ile görevlendirme

a) (AY mad. 47/4), 3996 sayılı kanun (Yap işlet devret usulü), Yap işlet usulü, Kirala işlet vb

2) İdari sözleşme ile görevlendirme

- | | |
|-----------------------------|--|
| a) İmtiyaz sözleşmesi usulü | } Asıl önemli olan usuldür.
Bu iki yöntem
pek kullanılan yöntemler değildir. |
| b) İltizam usulü | |
| c) Müşterek emanet usulü | |

Hollanda gerginliği

14 Mart 2017

İdarenin kamu gücü kullanarak yaptığı her işlem teknik anlamda idari işlem değildir, bunların bir kısmı siyasi işlemlerdir, hükümet fonksiyonudur. Bakanlar Kurulunun yaptırım olarak aldığı kararlar (elçinin gelmemesi, diplomatik uçuş yasağı, Meclis Dostluk Komisyonu lağvı vb). Bunlar hukuki değil, siyasi kararlardır. Bunlara idari yargı bakmaz.

Yetkililer kamusal yetki kullanır ama bu yetki kendi ülkemiz sınırları içinde geçerlidir. İdari kararların yurt dışında geçerliliği karşı ülkenin kabulüne bağlıdır.

Bu konu; olay ile idari işlem kuramı arasındaki ilişki açısından ele alındı. Sınavda güncel bir konu benzer düşünceyle çıkabilir.

21 Mart 2017

Kamu hizmetinin yürütülme yöntemleri(devam)

- İdare tarafından kamu hizmetinin yürütülmesine **emanet usulü** denir. Emanet usulü; idarenin kamu hizmetini **kendi mal varlığı ve kendi personeliyle** yürüttüğü faaliyetlerdir. Sağlık, ilk ve orta öğretim, milli savunma, adalet, yükseköğretim, KİT'lerle yürütülen faaliyetler emanet usulüne örnek gösterilebilir. Vakıf üniversiteleri de kamu tüzel kişisidir, onların verdiği eğitim hizmeti de emanet usulüdür.

- **Özel kişilerin** kamu hizmetini yürütebilmesi için devlet tarafından yetkilendirilmesi, görevlendirilmesi gerekir. **Tek yanlı görevlendirmeye ruhsat usulü** denir, izin veya lisans da denilebilir. Özel kişi idareden alacağı bir ruhsat ile kamu hizmetini yürütmektedir. Kamu hizmetinin asıl sahibi yine idaredir. Belediyelerdeki toplu taşıma hizmeti, özel hastanelerin sağlık hizmeti, özel okulların eğitim hizmeti örnek gösterilebilir. Ruhsat **tek yanlı bir işlem** olmakla beraber **isteğe bağlı** bir işlemdir. Bu istek idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Ücretli veya ücretsiz olabilir.

Kamu hizmeti ruhsatı ile kolluk ruhsatı farklıdır. **Kamu hizmeti ruhsatında**, **ruhsatın konusu bir kamu hizmetinin** yerine getirilmesidir. Örneğin özel okul veya özel hastane ruhsatı böyledir. Kamu hizmeti ruhsatında **içsel denetim** vardır. Burada faaliyetin içeriğine kadar müdahale edilir, örneğin eğitim konusunda öğretmenin niteliği, derse başlama tarihi, ders müfredatı vb konular MEB tarafından belirlenir. Çünkü kamu hizmetinin esas sahibi idaredir, sorumlu yine idaredir. Amaç kamu yararadır.

Kolluk ruhsatında ise **ruhsatın konusu bir özel teşebbüs faaliyetinin** yürütülmesidir. Örneğin bir iş yeri açma, lokanta açma, fırın açma ruhsatı böyledir. Bu ayırımın önemi, farklı hukuki rejimlere tabi olmasındandır. Kolluk ruhsatı özel teşebbüslerin denetlenmesine imkân veren bir usuldür. Kolluk ruhsatında **dışsal denetim** vardır. İçeriğine karışılmaz, sadece hijyen durumu, kamu düzenini bozmaması gibi dış denetimler yapılır. Devletin müdahalesi özellikle kamu düzeninin bozulması konusunda olabilir. Amaç kamu düzenidir.

- Sözleşme ile görevlendirme de kendi içinde ikiye ayrılır. Burada idarenin tek yanlı işlemi değil, bir sözleşme ilişkisi vardır. **İdari sözleşme** idare hukukuna tabidir ve uyuşmazlık idari yargıda çözülür. **Özel hukuk sözleşmesi** özel hukuka tabidir ve uyuşmazlık adli yargıda çözülür.

İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

İdare iki türlü sözleşme yapabilir:

1. Özel hukuk sözleşmeleri

Özel hukuk kuralları geçerlidir, uyuşmazlık **adli yargıda** çözülür.

2. İdari sözleşmeler

İdare hukuku kuralları geçerlidir, uyuşmazlık **idari yargıda** çözülür.

Ölçüt: Bu iki sözleşmeyi ayırt etmede kullanılacak ölçüt, **uygulanacak kurallar** ve **yargısal denetimin yapılacağı yerdir**.

Özel hukuk sözleşmeleri: İdarenin tüzel kişi olması ve hak ve fiil ehliyetine sahip olması nedeniyle yaptığı sözleşmelerdir. İdare bir dernek, şirket gibi karşılıklı borç ilişkilerine girebilir.

İDARİ SÖZLEŞMELER

Taraflardan birinin mutlaka idare olduğu sözleşmenin niteliği nasıl tespit ederiz?

- **Kanunla nitelendirme:** Kanun açıkça sözleşmenin **niteliğini belirtebilir**. Kanun sözleşmenin tabi olduğu **rejimi belirtebilir**. Kanun sözleşmenin tabi olduğu **yargı mercii**ni belirtebilir.
- **İçtihadı kriter:** **Sözleşmenin konusu** nedir? Kamu hizmetinin yürütülmesi ise ilk kriter sağlanır. **Rejimi** nasıldır? Özel hukukta olmayan kurallar var mı diye bakarız. Özel hukuku aşan rejim var mı diye bakılır. Örneğin vergi muafiyeti, bunu sadece idare uygulayabilir. Bu iki husus birlikte varsa idari sözleşmedir diyebiliriz.

İdari sözleşme ile görevlendirme

a) İmtiyaz sözleşmesi usulü	Asıl önemli olan usul
b) İltizam usulü	} Bu iki yöntem
c) Müşterek emanet usulü	
	pek kullanılan yöntemler değildir.

Müşterek emanet usulü çok sınırlı uygulanan ve iltizam usulü hiç kullanılmayan yöntemlerdir.

☀ Her üçünde de **taraflar: Özel kişiler ve idaredir.**

☀ Her üçünde de **konu: Kamu hizmetinin yürütülmesidir. Hangi usul olduğunu nasıl ayırt ederiz?**

- ♥ Hizmetin yürütülmesinde **hasar ve zarar kime ait?**
- ♥ Özel kişi **nasıl gelir elde ediyor?**

1. MÜŞTEREK EMANET USULÜ

- ♥ Bir kamu hizmetinin **hasar ve zarar idareye ait** olmak üzere özel kişi tarafından yürütülmesidir.
- ♥ İdare tarafından özel kişiye ya **sabit bir bedel** ya da **toplamkar üzerinden bir oran** teklif edilir.

Bugün belediyelerin devlet tiyatrolarını bu yöntem ile işlettiğini görüyoruz.

2. İLTİZAM USULÜ

Özel kişi idareye belli bir bedel ödedikten sonra, **hasar ve zarar** ile **kar** tamamen **özel kişiye ait** oluyor.

3. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ USULÜ

Kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yürütülmesinde temel usuldür. Osmanlıda bu usul çok uygulanmıştır. İdare hiç kaynak, finans ayırmadan kamu hizmetinin verilmesini sağlıyor. Cumhuriyet döneminde bu imtiyazlar kişilerden satın alınarak devletleştirilmiştir, 1980'lerde yine gündeme gelmiştir.

♥ Bir kamu hizmetinin **kurulması ve işletilmesi** ya da **kurulmuş bir kamu hizmetinin işletilmesinin** özel kişiye bırakılmasına ilişkin bir usuldür.

♥ Özel kişi **kullanıcılardan aldığı bedelle** hizmeti yürütür. Örneğin Avea, Turkcell iletişim hizmetini imtiyaz usulü ile vermektedir. Hizmeti kurmak, işletmek hepsi özel şirketin yetkisindedir. Kullanıcılardan aldığı bedelle hizmeti devam ettirmektedir. (GSM hizmetleri yasa değiştiği için ruhsat usulüne döndü).

♥ Bu usulde **hasar, zarar, kar hepsi özel kişiye aittir**.

Hasar ve zarar özel kişiye aittir, ama günümüzde idare bazı durumlarda bir takım destekler sağlamaktadır, örneğin belli bir kar garantisi verebilir. Kullanıcılardan daha az bedel alınması maksadıyla idare özel kişiye destek verebilir.

1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Ait İmtiyazat Hakkında Kanun ile imtiyaz usulüne ilişkin bir takım kurallar ve sınırlamalar

a. Yetki meselesi

- 1) Devlet tüzel kişisi adına **Bakanlar Kurulu** yapabilir.
- 2) Yerel yönetimlerde (belediye) **Belediye Meclisi ve İç İşleri Bakanlığı kararı** gerekir.
- 3) Ayrıca **Danıştay'ın görüşünün** alınması gerekmektedir.

b. Şekil unsuru

Şekil unsurundan kasıt, imtiyaz sözleşmesi **Danıştay'ın görüşü alınmadan yapılamaz**. AY mad. 155'te Danıştay'ın görevleri arasında sayılmaktadır, **iki ay içinde** görüşünü bildirir. İmtiyaz sözleşmesini diğer idari sözleşmelerden ayıran en temel özellik budur. Yazılı şekle tabidir.

Danıştay görüşü hem devletin hem de belediyelerin yaptığı imtiyaz sözleşmeleri için olmalıdır. Ancak Danıştay'ın görüşü bağlayıcı değildir.

c. Ancak Türk anonim şirketi imtiyaz sahibi olabilir. İdare herkesle imtiyaz sözleşmesi yapamaz.

d. İmtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşme olduğu için **idare hukuku kurallarına tabidir** ve uyumsuzluklar **idari yargıda çözülür**.

Bu tür kayıt ve şartlar yabancı yatırımcılar için büyük bir sıkıntı oluşturmaktadır. Buna alternatif olarak idare özel hukuk sözleşmeleri yapmak çözümünü buldu. İdare, imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi adıyla yapmaya kalkınca Danıştay kabul etmedi. İdare Danıştay'ı devreden çıkarmak için kanun çıkardı, bu kanun da AYM tarafından iptal edildi. Bunun üzerine idare 1999'da anayasa değişikliği yaptı. **AY mad. 47/4** özel hukuk sözleşmeleri ile ilgilidir.

Bu değişikle Danıştay **incelemesi** şeklinde olan düzenleme Danıştay **düşünce bildirmesi** haline getirildi, idareye bir kamu hizmetini özel kişiye gördürürken idari veya özel hukuk **sözleşmesi serbestliği** getirildi. Bugün idare, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi tercihini yapabilir.

Özel hukuk sözleşmesi tercih edilirse Danıştay'ın görüşüne gerek yoktur. Ayrıca 1910 tarihli kanun özel hukuk sözleşmeleri için geçerli olmadığından Türk şirketi olması sorunu da aşılmıştır. **1910 tarihli kanun imtiyaz sözleşmeleri için geçerlidir**.

Kamu hizmetinin görülmesinde esas emanet usulüdür. Bunun dışında bir usul tercih edilecekse, kanun açıkça hangi usul olacağını belirtmelidir veya hepsini sayarsa tercih idareye ait olur.

Kamu hizmeti özel kişiye gördürülüyorsa esas olan idari sözleşmedir, aksinin kanunda öngörülmesi gerekir. **Hangi hizmetlerin özel hukuk sözleşmesiyle yapılacağı kanunda belirlenmiş** olmalıdır. Kanun açıkça belirtmezse o zaman idari sözleşme kabul ediyoruz. Mutlaka özel hukuk sözleşmesi ile yapılacaksa bu kanunda belirtilmiş olmalıdır.

İmtiyaz sözleşmesi katılmalı bir sözleşmedir ve **iki bölümden oluşur**.

♥ **Dar anlamda sözleşmede** mali hükümler düzenlenir, subjektif bir işlemdir.

♥ **Şartnamede** teknik koşullar, hizmetin nitelikleri belirtilir. Düzenleyici bir işlemdir. İdare tek taraflı belirler. Her iki bölümle birlikte ortaya karma bir işlem çıkar.

İmtiyaz sözleşmesi katımlı bir sözleşme olduğu için taraflar müzakere edemez, idare sözleşmenin taslağını hazırlar ve özel kişilere sunar. Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma iradesi özel kişilerde yoktur. Sözleşmeyi de şartnameyi de idare hazırlar. Aralarında fark sonradan idarenin tek taraflı değişiklik yetkilerinin hangi kısımda geçerli olacağı açısından önemlidir.

28 Mart 2017

İmtiyaz Sahibinin ve İdarenin Hak ve Yükümlülükleri

İdareye imtiyaz veren, özel kişiye imtiyaz sahibi (imtiyazcı) denir.

İmtiyaz: Bir kamu hizmetinin hasar ve zararı, karı, yararı özel kişiye ait olmak üzere bir özel kişi tarafından kullanıcılardan alınan bedelle yürütülmesidir. Hizmeti özel kişi kurar ve işletir ya da kurulmuş olan bir hizmeti sadece işletir. Özel kişi kullanıcılardan bir bedel alır ve karını buradan elde eder.

İmtiyaz sözleşmelerinde kullanıcıdan alınacak bedeli idare belirler. İmtiyaz sözleşmeleri şartname ve sözleşme kısmından oluşan karma nitelikli bir sözleşmedir. İdare şartları belirler, özel kişi kabul eder veya reddeder.

Devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Belediyeler adına da imtiyaz verme yetkisi belediye meclisine aittir ve İçişleri Bakanlığınca onaylanması gerekir. Hem devlet adına hem de belediyeler adına verilen imtiyazların Danıştay'dan geçmesi gerekir, bu şekil şartıdır.

İmtiyaz sözleşmeleri belli bir süre için yapılır, süre bittikten sonra imtiyaz sona erer. 1910 tarihli kanuna göre imtiyaz sahibinin Türk şirketi olması gerekir.

a. İdarenin yetkileri

- 1) Denetim ve gözetim yetkisi
- 2) Tek yanlı değişiklik yapma yetkisi
- 3) Rachat (satın alma, kamu yararına tek yanlı fesih) yetkisi
- 4) Yaptırım uygulama yetkisi (para cezası, ağır kusur halinde fesih, geçici el koyma)

b. İmtiyaz sahibinin hak ve yükümlülükler

- 1) Katlanma
- 2) Mali dengesinin korunmasını isteme
- 3) Bizzat ifa
- 4) Kamu hizmeti ilkelerine uymak

- ☀️ Kamu hizmetini üzerine alan özel kişi, işi **bizzat ifa** edeceğini vaat etmiş olmaktadır.
- ☀️ Kamu hizmeti özel kişiye devredilse bile kamu hizmetinin **ilkelerine uyulmak** zorundadır. Örneğin özel kişi süreklilik ilkesine aykırı davranamaz. İdare bu ilkelere uyulup uyulmadığını **denetler**.
- ☀️ Sözleşmede yazmasa dahi, denetlemede eksiklik tespit edildiğinde idari sözleşmeler idareye **yaptırım** uygulama yetkisi verir, **para cezası** uygulayabilir. İmtiyaz sahibi uygun hizmet sunmuyorsa ve kusuru ağırsa idare sözleşmeyi **feshedebilir**. **Ağır kusur nedeniyle tazminat ödemez**. Para cezası işe yaramazsa idare özel kişinin malına **geçici el koyup** hizmeti kendisi yürütebilir.
- ☀️ Her şey yolunda giderken, idare imtiyaz sahibinin **hiç kusuru olmasa bile** sürenin sonunu beklemeden hizmeti kendi sunmak isteyebilir. Bu durumda idare **tazminat ödemek zorunda** kalır. Buna **satın alma, rachat usulü** veya **kamu yararına fesih** denir. Rachat yetkisi bir yaptırım değildir, **sınavda buna dikkat edilmelidir**.
- ☀️ Değişkenlik ilkesi gereği, şartlarda, teknik koşullarda uyarlanma ihtiyacı doğarsa özel kişi hizmeti buna uygun hale getirmelidir. Özel kişi yapmazsa idare sözleşmenin **şartname kısmını tek taraflı değiştirebilir**. Bu sözleşme mantığına aykırı bir durum ama idari sözleşmenin farkı budur. Buna karşılık imtiyaz sahibinin yapabileceği tek şey **katlanmaktır**.
- ☀️ Ancak bu durum imtiyaz sahibini çok zor duruma sokuyorsa onun da **mali dengesinin korunmasını isteme** hakkı vardır.
- ☀️ **Mali dengesinin korunmasını istemenin nasıl yapılır?**
 - İmprevison (öngörülemezlik)
 - FaitduPrince (egemen olgusu, kamu gücü eylemi)

İmprevision (Öngörülemezlik)

Ne özel kişi nede idare tarafından **ön görülemeyen bir durumun ortaya çıkması** durumudur. Bu durumun özel kişi tarafından kaldırılamayacak boyutlara gelmesi yani özel kişinin hizmeti veremeyecek duruma gelmesi halinde zarara idarenin katılması gerekir.

İmprevisionun uygulandığı durumlarda **idare zarara ortak olur**, zararın tamamını karşılamaz. Bu hem hizmetin süreklilik ilkesinin hem de mali dengenin korunmasını isteme hakkının gereğidir

Faitduprince (egemen olgusu, kamu gücü eylemi)

Burada idarenin sözleşme dışında yaptığı bir **düzenleyici işlem sebebiyle** imtiyaz sahibi olumsuz etkilenmektedir. Örneğin imtiyaz sahibinin bu hizmetle ilgili kullandığı bir ürün üzerinde, idare çok yüksek vergi düzenlemesi yaparsa imtiyaz sahibi zora girecektir.

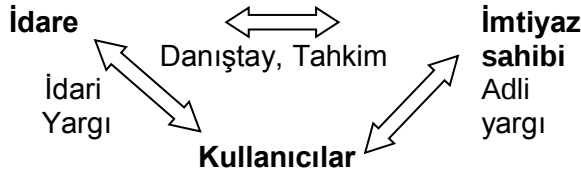
İdarenin yaptığı işlem aslında sözleşme ile ilgili değildir, sözleşmede bir değişiklik yapmamaktadır. İmtiyaz sahibinin bir kusuru yoktur. İdarenin düzenleyici işlemi sebep olmaktadır. Fait du prince durumunda **idare bütün zararı karşılar**.

İmprevision: İki tarafın öngöremediği durum	⇒	idare zarara ortak olur.
Fait du prince: İdarenin düzenleyici işlemi	⇒	idare zararın tamamını karşılar.

İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi

- İmtiyaz süresinin bitmesi ile
- Tarafların anlaşması ile
- İdarenin feshetmesi ile
- İdarenin satın alması ile
- Yargı kararı ile sona erebilir.

Uyuşmazlıkların Çözümü



İdare ile özel kişi uyuşmazlığı Danıştay'da çözülür. Kullanıcı imtiyazcı yüzünden zarara uğrarsa idareden idari yargı yoluyla tazminat talep edebilir. Kullanıcı ile özel kişi arasındaki ise adli yargıda çözülür. 1999 AY değişikliği ile idare-özel kişi uyuşmazlığında tahkim yolu (gerekirse UA tahkim) açılmıştır.

Sözleşmede tahkim yolu öngörülmüşse bu idare ve imtiyaz sahibi arasındaki uyuşmazlıklar için kullanılacak bir yoldur. Kullanıcılar bu yolu kullanamaz.

Tahkimdeki hakem kararlarının temyiz makamı Yargıtay'dır. Tahkim şartı yoksa son söz Danıştay'ındır.

İdare, imtiyazcayı seçmekte serbesttir, ama uyması gereken ilkeler vardır. Rekabet, eşitlik, kamu yararı ilkelerine uymak zorundadır. İdari sözleşmelere karşı idari yargıda iptal davası açılabilir.

ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

Tablomuz aşağıda şekildedir.

Kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yürütülmesi:

- Tek yanlı görevlendirme: Ruhsat (izin veya lisans) usulü
- Sözleşme ile görevlendirme (akdi)**
 - Özel hukuk sözleşmesi ile görevlendirme**
 - (AY mad. 47/4), (3996 sayılı kanun) **Yap işlet devret usulü, Yap işlet usulü, Kirala işlet, Kamu özel ortaklığı vb**
 - İdari sözleşme ile görevlendirme

İdare, kamu hizmetlerini özel kişilere özel hukuk sözleşmesi ile gördürebilir, yetkilendirebilir. Bunun kanuni dayanağı AY mad. 47/4'dür. Kanun bu durumda iki tür belirleme yapabilir. Ya idari sözleşmedir diyebilir ya da özel hukuk sözleşmesidir diyebilir.

Kanun belirleme yapmadıysa karine olarak idari sözleşme diyeceğiz. Kanun koyucu bir kamu hizmetinin özel kişiye **özel hukuk sözleşmesi** ile gördürülmesini istiyorsa bunu **açıkça belirtmelidir**.

Özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle; Borçlar Hukuku uygulanır, idarenin üstün ayrıcalıkları ortadan kalkar, kamu hizmeti ilkelerine uyulmak zorunda ama **sözleşme yazmıyorsa** idare ilkelere uygunluğu **denetleyemez, yaptırım uygulayamaz, feshedemez, tek taraflı değiştiremez**. İdare özel hukuk kişisiyle eşit durumdadır. Sözleşme yapıncaya kadar idare hukuku geçerlidir, sözleşme yapıldıktan sonra özel hukuk devreye girer ve uyuşmazlık adli yargıya götürülebilir.

KOLLUK FAALİYETLERİ

İdarenin faaliyetleri: 1. Kamu hizmeti 2. Kolluk faaliyeti

KOLLUK: Kamu düzenini sağlamaya, bozulduğunda geri getirmeye yönelik bir faaliyettir. Bir kamu hizmetidir, toplumsal ihtiyacı gidermeye yöneliktir. Devletin kamu gücüne sahip olduğu en tipik alandır.

Kamu hizmeti özel kişilere gördürülebilir, ama kolluk faaliyeti özel kişilere devredilemez. Özel güvenlik hizmetleri için ayrı bir kanun olduğundan dolayı özel kişiler güvenlik hizmetini yapabiliyorlar. Kolluk faaliyeti açıkça bir kanun izin vermediği sürece, idare başkasına yaptırılmaz.

Kamu hizmetinde toplumsal bir talep vardır, amaç **kamu yararidir**. Kolluk faaliyetinde ise talepler yoktur, daha çok özgürlüğümüzü kısıtlayan bir faaliyettir ve amaç **kamu düzenidir**. İdarenin bireylerle THÖ alanında karşı karşıya geldiği bir faaliyettir. Kamu hizmetinde haklar ve ihtiyaçlar **karşılanırken** kolluk faaliyetinde tam tersi **kısıtlanır**.

Kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik kolluk faaliyeti **idari faaliyet** olarak adlandırılır. Ancak kamu düzeni bozulduktan sonra düzen bozanların yargı önüne çıkarılması **adli faaliyettir**. Adli kolluk savcının emri altında çalışır. Ayrı adli kolluk teşkilatı yoktur, idari kolluk personeli adli kolluk görevini yapar. Adli kolluk mutlaka **suç işlendikten sonra** başlamaz, **suç işlenmesi kuvvetli muhtemeldurumda** yapılan işlemler de adli kolluk faaliyetidir.

Polisin miting alanında kimlik sorması kamu düzeninin bozulmaması için bir idari kolluk faaliyetidir. Bu alanda olay olduğunda polis adli kolluk haline geliyor, artık görevi kamu düzeninin bozulmaması değil, suçluları yakalama yani adli görevdir.

İdari kolluk görevindeyken görevli suç işlerse, tazminat talepleri idareye karşı açılır ve hakkında adli işlem için **idarenin izin vermesi gerekir**. **Adli kolluk** görevindeyken görevli suç işlerse, hakkında adli işlem için idarenin **izin vermesi gerekmez, savcı soruşturma açabilir**.

İdari kolluk idare hukukuna tabidir, tazminat talebi idareye karşı açılır. **Adli kolluk** adli yargıya tabidir, dava personele açılır.

KAMU DÜZENİ: Can ve malın herhangi bir zarara uğramaması ve zarar tehlikesinden uzak kalmasıdır.

Üç unsurdan oluşur: 1. **Emniyet (asayiş)**
2. **Esenlik**
3. **Genel sağlık**
4. **Genel ahlak**
5. **Estetik**
6. **İnsan onuru**

Klasik kamu düzeni bu üçlünden oluşur.

Emniyet kolluğun en klasik görevidir. **Esenlik** toplumun huzur içinde yaşamasına ilişkindir. Kamu hizmetinde sağlık bireyseldir. Kollukta sağlık hizmeti **genel sağlıktır**. Ahlaki seçimler kamu düzenini bozacak hale gelmedikçe kolluk ilgilenmez. Kolluğun **genel ahlak** konusunda sahip olduğu yetki aslında kolluğun kendi ahlak anlayışıdır. İnsan onurunda da kolluğun kendi **insan onuru** anlayışıdır, diyebiliriz.

11 ve 25 Nisan 2017

KOLLUK MEVZUATI:

1. **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)**
 2. **Emniyet Teşkilatı Kanunu**
 3. **CMK (adli kolluk ile ilgili hükümler, mad. 164 ve devamı)**
- Bu iki kanun sınavda yanımızda olsun, dedi Cüneyt Hoca.
- ♥ Delilleri adli kolluk toplar, kişileri tutuklayıp adli kolluk getirir. Yargılama için delil toplayan, tutanak tutan, savcıya yardımcı olan adli kolluktur.
 - ♥ CMK mad. 164'ü okuyun. Savcının hazırladığı iddianamenin kabulüne kadar olan safha **soruşturma** safhasıdır. İddianame kabul edildiği an **kovuşturma** sürecine geçer.
 - ♥ Adli ve idari kolluk **farklı hukuki süreçlere ve sonuçlara** tabidir. İdari kolluk safhasında idare hukuku ve idari yargı, adli kollukta ceza hukuku ve adli yargı uygulanır. Savcı adli kolluğun amiridir, idari kollukta değildir.
 - ♥ **İdari kollukta düzenleyici işlem** yapılır, adli kollukta olmaz, kanunla işlemler yapılır. Kollukta idari işlemlerle yetki devredilemez, arkasında kanun olması gerekir (Özel Güvenlik Hizmetleri gibi).

1. Özel idari kolluk
2. Genel idari kolluk

Emniyet Teşkilatı K. mad. 3: Zabıta teşkilatı umumi ve hususi olmak üzere iki kısma ayrılır.**Umumi zabıta** silahlı bir kuvvet olan polis ve jandarmadır. **Hususi zabıta**, umumi zabıta haricinde kalan ve mahsus kanunlarına göre teşekkül edip muayyen vazifeleri gören zabıta kuvvetleridir.

Bazı faaliyetler o alanda uzmanlık gerektirir. Genel kolluğun bilgisiyle yürütülemeyebilir. Eski Eserler Kolluğu, Orman Kolluğu, Turizm Kolluğu, Spor Kolluğu özel kolluklara örnektir.

Genel idari kolluk genel kamu düzeniyle ilgili her şeye müdahale eder, özel kolluklar ise ancak kendi alanlarıyla ilgili konularda müdahale edebilir.

Emniyet Teşkilatı K. mad. 1: Emniyet ve asayiş işlerinden İçişleri Bakanı sorumludur.İçişleri Bakanı bu işleri Emn. Gn.Md.lüğü ve J.Gn.K.lığı ve diğer bütün zabıta teşkilatı ile gerektiğinde Bakanlar Kurulu kararıyla ordu kuvvetleriyle yürütür.

- ♥ Tepede İçişleri Bakanı vardır, en yüksek kolluk kuvvetidir. Ülke içinde emniyet ve asayiş polis ve jandarma ile sağlanır. Jandarma belediye sınırları dışındaki yerlerde kolluk hizmetini yapar. Bunların bastıramadığı şiddette bir olay olursa İçişleri Bakanı ordudan yardım istenir. Bu yetki anayasada yetki genişliği ile valilere de tanınmıştır, kaymakamlarda bu yetki yoktur, valiye haber verirler.
- ♥ İl İdaresi Kanununa konulan hükümle valiler de savcının yanında adli kolluğun amiri durumuna geldiler.
- ♥ İçişleri Bakanı ile Bakanlar Kurulu kolluk makamıdır, yetki genişliği ile valiler de kolluk makamıdır.
- ♥ Belediye zabıtaları her alanda yetkili değildir, daha çok genel sağlıkla ilgili görevleri vardır. Belediye zabıtaları için genel idari kolluk demek doğru olmaz. Genel idari kolluk devlet adına iş yapar, devlet tüzel kişiliğine yani aynı merkezi birime bağlıdır. Belediye zabıtaları için bunları söyleyemeyiz.
- ♥ Kolluk makamı ve amiri kolluk alanında işlem yapmaya yetkili kişilerdir. Polisler işlem yapmaya yetkili değildir, onlar eylem yapar, idari işlem yapamaz.
- ♥ İl Özel İdaresinde kolluk makamı İl Genel Meclisidir. İl Daimi Encümeni ve vali de kolluk makamıdır.
- ♥ Belediyelerde kolluk makamı Belediye Meclisi, Belediye Encümeni ve Belediye Başkanı belediyenin kolluk makamıdır, karar alma yetkileri vardır.

AY mad. 129/5:ancak idare aleyhine açılabilir.

Kamu görevlisi kamu görevini yaparken zarar vermişse dava idareye açılır. Tazminat açısından kamu görevlisi korunmaktadır.

AY mad. 129/6: suçlardan ötürü İdari merciin iznine

Kamu görevlisi ceza açısından korunmaktadır.

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu SINAVDA YANINIZDA BULUNSUN !!!

PVSK mad.1: Polis asayışı amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.....

PVSK mad.2/A:Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin **işlenmesinden önce** bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak.....**(idari kolluk)**

PVSK mad.2/B:İşlenmiş olan bir suç hakkında CMK ile diğer kanunlara yazılı görevleri yapmak.....(adli kolluk)

PVSK mad.4: Polis hiçbir suretle vazifesinden başka bir işte kullanılamaz.....

Kolluk İşlemleri

İdare, kolluk görevini düzenleyici işlemler ile yapar. Ayrıca idare kanun, tüzük ve yönetmelikleri uygulayarak bireysel işlemler de tesis eder.

KOLLUK USULLERİ (Yasaklama, İzin ve Bildirim Usulleri + Serbestlik Usulü)

Serbestlik Usulü: İdarenin **ilk etapta** herhangi bir müdahalesinin olmadığı, bireylerin ve toplulukların serbestçe gerçekleştirebileceği özel kesim faaliyetleridir. Örneğin kitap yayınlamak serbest usule tabidir. Ancak sonradan ortaya çıkacak hukuka aykırılıklar bakımından yaptırımlar gündeme gelebilir. Örneğin yayınlanan kitabın içeriğinde suç teşkil edebilecek fiiller olabilir. Başlangıçta serbest olan ama hukuka aykırılık varsa yaptırımlar gündeme gelebilen bu sisteme **düzeltilici sistem** de denilir.

Yasaklama usulü: Kanun koyucu bazı faaliyetleri, etkinlikleri, davranışları **tümüyle** yasaklayabilir, örneğin kapalı alanda sigara tüketilmesi böyledir. Burada belli süreli, tedbir olarak yapılan bir yasaklama değil, kategorik olarak tümüyle yasaklama söz konusudur.

İzin usulü: Kamu düzeni açısından tehlike arz eden bazı etkinliklerin yapılabilmesi için idareden izin alınması gerekir. İdare, gözetim ve denetimlerini yapabilmek için bireylerin ve toplulukların bazı faaliyetlerini izin usulüne tabi tutabilir. Örneğin **inşaat yapı ruhsatı, silah ruhsatı, sürücü belgesi, umuma açık eğlence yerleri** açısından izin usulü öngörülmüştür.

İzin idare tarafından tek yanlı olarak verilir, bir sözleşme ilişkisi yoktur. İzin usulünde kolluk makamının izin verme yetkisi bağlı olabileceği gibi, serbest değerlendirmeye dayanan takdir yetkisi de olabilir.

Kamu hizmeti ruhsatı	Kolluk ruhsatı
♥ Kamu hizmeti faaliyeti vardır. ♥ İçselleştirilmiş yoğun bir denetim vardır. ♥ Amaç kamu yararadır.	♥ Özel teşebbüs faaliyeti vardır. ♥ Dışsal denetim vardır. ♥ Amaç kamu düzenini sağlamaktır.

Bildirim usulü: Bireylerin bazı faaliyetlerinin önceden denetlenmesi ve gerektiğinde engellenmesi düşünülmemiştir. Bildirimin amacı idarenin önceden haberdar olabilmesi ve gerekli önlemleri alabilmesine yöneliktir, izin almak söz konusu değildir. Örneğin bir toplantı ve gösteri yürüyüşü en az 48 saat önce en büyük mülki amire bildirilmelidir. Örneğin derneklerin tüzel kişilik kazanması bildirim usulüne tabidir.

Yasaklama, izin ve bildirim usullerinin **kanunda** düzenlenmesi gerekir, bunları yönetmelikle düzenlemek doğru olmaz. Çünkü bu faaliyetlerin birçoğu temel hak ve özgürlükler kapsamındadır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü kanunla bile izin usulüne bağlanamaz, çünkü AY mad. 34'te açıkça bildirim usulüne tabi olduğu belirtilmiştir.

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ REFERANDUMU

18 Nisan 2017

ESKİ DURUM	YENİ DURUM
Yasama organı: 25 yaş, 550 mv.	Yasama organı: 18 yaş, 600 mv. Kanun yapma yetkisi var. Veto edilen kanunları basit değil, salt çoğunlukla tekrar gönderebilir. Geciktirici veto güçleştirici vetoya dönüşmüştür. Kanunlar tasarı değil, teklif yoluyla meclise gelecek. Denetleme araçları: Meclis araştırması, meclis soruşturması, yazılı soru vardır. Gensoru yoktur. Yazılı soru yardımcı ve bakanlara sorulabiliyor. Bütçe çıkmazsa önceki yılın bütçesi uyarlanacak.
Yürütme organı: CB + BK	Yürütme organı: CB
Yargı: HSYK adı değişiyor.	Yargı: HSK 13 üyeli olacak, AYİM kaldırılıyor, AYM üye sayısı değişecek. (bunlar hemen uygulanacak) HSK'nın 7 üyesini Meclis, 4 üyesini CB seçecek, Adalet Bakanı ve müsteşar ile birlikte 13 üyeli olacak.
CB: AY mad. 101 ve devamı • Halk seçiyor. • Meclis içinde veya dışından aday gösterilebilir. • 20 mv'nin yazılı teklifi ile aday gösterilebilir. • % 10'u geçen partiler ortak aday gösterilebilir. • 5 yıl için, en fazla iki defa seçilebilir. • TBMM üyeliği sona erer, partisi ile ilişkisi kesilir. Vatana ihanetle suçlanabiliyor. Adi suçlarla ilgili bir düzenleme yok.	CB: AY mad. 101 ve devamı • Yürütmenin başı oluyor. • Tek başına veya birlikte % 5'i geçen partiler ortak aday gösterilebilir. • 100 bin seçmen aday gösterilebilir. • 5 yıl için, en fazla iki defa seçilebilir. • Meclis seçimi yenilerse üçüncü defa aday olabilir. • Partisi ile ilişkisi kesilmiyor. (hemen uygulanacak) • Kararname çıkarma yetkisi veriliyor. Yönetmelik de çıkarabilir. • Yardımcılarını atayacak (sayısı belli değil, mv seçilme yeterliliğine sahip olacak). Yardımcılar CB'na karşı sorumlu olacak. Görevi ile ilgili olmayan suçlarda dokunulmazlık var, görevi ile ilgili suçlarda ise CB yargılama prosedürü uygulanacak. CB'na vekalet edecek. • Bakanları atayacak. Bakanlar Kurulu olmayacak. • Salt çoğunluk ile soruşturma için önerge, 3/5 ile soruşturma açılması ve 2/3 ile yüce divana sevk edilebilir. Yargılanırken görevi devam ediyor. • Yardımcısı vekâlet eder (hangisi belli değil). • OHAL ilan etme yetkisi var, konu sınırlaması yok.

Yasama yetkisi aslidir, ilk eldendir ve TBMM'ne aittir. TBMM her konuda kanun çıkarabilir. İdarenin düzenleme yetkisi yasamaya bağımlıdır, türevseldir. Bir alan kanunla düzenlenmemişse düzenleyici işlemle düzenlenemez. Tek istisnası CB Genel Sekreterliğine ilişkin düzenlemedir. OHAL KHK yayımlandıkları gün meclise sunulur, 30 gün içinde karara bağlanır. Karara bağlamazsa durum belli değil.	Kararname ile • Normlar hiyerarşisinde yeri belli değil, KHK değerinde olduğu yerler var, düzenleyici işlem (tüzük) yerine kullanıldığı yerler var. • Organik olarak bir idari işlemdir ve denetim yeri AYM'dir. • RG'de yayımlanma ile yürürlüğe girecek. • Yetki kanununa ihtiyaç olmadan çıkarılabilir. • Özerk düzenleme yetkisi veriliyor. (aşağıdaki dört konuda) ✓ Bakanlık teşkilatını, merkez ve taşra teşkilatını düzenleyecek. ✓ Üst kademe yöneticiler atanacak. ✓ MGK Gn. Sekreterliği ✓ DDK düzenlemesi • Meclisin onayına sunulmuyor. • KHK ve tüzükler artık olmayacak. • OHAL duruyor, sıkıyönetim kalkıyor. • OHAL kararnamesi meclise sunulur, 3 ay içinde karara bağlanır, bağlanmazsa ortadan kalkar. Sınırlamalar 1. THÖ, kişi hakları ve siyasi haklar kararname ile düzenlenemez. 2. Yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. 3. Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılamaz. 4. Kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamaz. 5. Kanun varsa ve kararname çıkarılmışsa kanun uygulanır. 6. TBMM aynı konuda kanun çıkarırsa kararname hükümsüz kalır. Yürürlük tarihi Üç türlü yürürlük tarihi vardır. a. Hemen (iki madde) b. YSK 2019 seçim takvimini açıklayınca c. 2019 seçimlerinden sonra
---	---

İDARENİN MALİ SORUMLULUKLARI 25 Nisan 2017 ve 02 Mayıs 2017

İdarenin sorumlulukları **cezai, siyasal, ahlaki ve mali** konularda sorumluluktur. İdarenin **mali sorumluluğu**, faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejime göre değişir.

Özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu özel hukuk hükümlerine ve özellikle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslara tabidir. Buna karşılık, idare hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu idare hukuku kurallarınca düzenlenir.

AY mad. 125/1: İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

AY mad. 125/son: İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

Bu hüküm idarenin mali sorumluluğunu belirtir. Kural yargı yolunun açık olmasıdır. İstisnaları da anayasa saymıştır, örneğin CB'nın tek başına yaptığı işlemlere karşı yargıya gidilemiyor.

Öncelikle zarara yol açan eylem ya da işlemin idari olup olmadığına bakılır. İdarenin idare hukukuna tabi **sorumluluğunun iki kaynağı** vardır:

1. İdari sözleşmeler
2. İdari işlem ve eylemler

İngiltere'de eski bir ilke: Kral hata yapmaz

Kelsen: Tanrı hata yapmaz.

Bu anlayış, yani devletin hesap vermemesi uzun sürmüştür, kişiler devleti dava edemiyordu.

Polis devleti ilkesinin geçerli olduğu dönemlerde, özellikle yargı içtihatlarıyla Almanya'da geliştirilen **Hazine (Fiskus) Teorisi** (devleti hükümdar ve hazine olarak ikiye ayırıyordu) uyarınca, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilere yargısal yoldan mali karşılık elde etme olanağı tanınmıştı. Bu teori idarenin sorumluluğuna geçişte rol oynamıştır. Ama idarenin yaptığı eylem ya da işlemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bu teori hem devletin verdiği zararı ödemesini sağlıyor, hem de devleti mahkemede davalı konumuna oturtmuyor. Zarar gören hazineyi dava ederek zararını karşılıyor.

İdarenin mali sorumluluğuna yol açan kusurun nesnel nitelikli, yani kamu görevlilerinin de kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işlemindeki bozukluk ve aksaklıkları ifade ettiği kabul edilmiştir. Bu anlamda **hizmet kusuru** olarak adlandırılmıştır.

Ancak, devletin üstlendiği yeni görevler nedeniyle bireylere zarar verme olasılığının artması üzerine, idarenin kusuru olmasa dahi, sorumlu olacağı kabul edilmeye başlanmıştır. Böylece idarenin sözleşme dışı sorumluluğu **kusurlu sorumluluk** ve **kusursuz sorumluluk** olmak üzere iki sorumluluk nedeninden birine dayandırılmaktadır.

KUSURLU SORUMLULUK

Hizmet Kusuru: İdarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işlemindeki bozukluk ve aksaklıkları ifade etmektedir.

Kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bozukluk ve aksaklık söz konusu ise, hizmet kusuru var demektir. Hizmet kusurunu kanıtlayabilmek için kusurlu kamu görevlisinin ortaya çıkarılmasına gerek yoktur.

Aslında hizmet kusuru kamu görevlilerinin kusurudur. Ancak kamu görevlilerinin yürütülen hizmetle ilgili kusurları da hizmet kusuru olarak kabul edilir, yani kamu görevlilerinin öznel kusuru hizmete ilişkinse, idari sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır.

Hizmet Kusuru Sayılan Haller:

1. Hizmetin kötü işlemesi

Gereği gibi yürütülmemesi demektir. Örneğin hastanede tedbirsizlik ve acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yaparak kolun kangren olmasına sebep olmak hizmetin kötü işlemesidir.

2. Hizmetin geç işlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesidir. Mevzuat hizmetin hangi süre içinde görüleceğini belirtmiş olabilir. Bu takdirde süre aşılsa hizmetin geç işlediğini söyleyebiliriz. Mevzuatta belirtilmiyorsa hizmetin özelliğine, türüne, idarenin olanaklarına bakarak hizmetin geç işleyip işlemediğini belirleriz.

3. Hizmetin hiç işlememesi

Örneğin hemen ameliyat edilmesi gereken bir hastanın ilgisizlik nedeniyle ameliyatının gecikmesi sonucu ölmesi hizmetin hiç işlememesidir. Yol onarımı sırasında geceleyin gerekli ışıklandırma yapılmaması bir başka örnektir.

Burada idarenin hizmeti yürütmedeki yetkisinin bağlı yetki mi, yoksa takdir yetkisi mi olduğuna bakmak gerekir. Eğer idarenin yetkisi bağlı yetki ise yani hizmetin yürütülmesi zorunlu ise o zaman idarenin hareketsiz kalması hizmet kusurudur. Eğer idarenin yetkisi takdir yetki ise idarenin hareketsiz kalmasının onun sorumsuzluğuna yol açacağı her zaman söylenemez.

AY mad. 65: Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerinimali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Bu hüküm karşısında hizmetin hiç işlememesi, mali kaynakların yetersizliğinden ileri gelmişse, hizmet kusuru sayılmayacak mı? Danıştay sorumlu tutmaya hukuken imkân olmadığına karar vermiştir.

Ancak, mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlı tutmak gerekir. Örneğin kolluk görevini yerine getirmeyen idarenin bu gerekçeyi ileri sürmesi düşünülemez.

İdarenin hukuka aykırı bir işlem tesis etmesi aslında hizmetin kötü yürütüldüğü anlamına gelir.

Danıştay bazı kararlarında idarenin sorumluluğuna yol açacak olan hizmet kusurunun belli bir yoğunlukta olması gerektiğini belirtmiştir. Günümüzde idarenin kusursuz dahi olsa sorumlu olabileceği kabul edildiğine göre, hizmet kusurunun ağır olması koşulunu aramak doğru değildir.

Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı:

Kamu görevlilerinin hizmetle ilgisi olmayan kusurlu tutum ve davranışları kişisel kusurdur ve haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarına yol açar.

Kusurlar hizmet içinde **dört durumda kişisel kusur** kabul edilir.

- 1. Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları**
- 2. Yargı kararına uymama**
- 3. Kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması**
- 4. Ağır kusur**

Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun İç İçe Olması:

Kişisel kusur kabul edilen durumların varlığı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü idare personeli kendi seçmiştir ve denetim, gözetim görevi vardır, personeli eğitmek zorundadır. Dolayısıyla kişisel kusur ile hizmet kusuru iç içe olabilir.

Örneğin polis memuru bir mekânda tartıştığı kişiyi silahıyla yaraladığında, bu idarenin kendi eylem ve işlemlerinden sayılmaz, AY mad. 125 ve 129/5 hükümlerine girmez. Görevi sırasında değil, ama geniş yorum yapacağız. O silahı ona devlet verdi, devlet personeline silah verip insanların arasına salıyor, dolayısıyla bunun sonuçlarına idare katlanmalıdır.

657 sayılı DMK mad. 13 ve AY mad. 129/5 hükümlerine göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak idare aleyhine açılır.

Personelin ödeme gücü zayıftır, ödeme gücü olan idaredir. Burada zarar göreni korumak amacı vardır. İkinci olarak da personelin rahat çalışmasını sağlayarak personeli korumak amacı vardır. Yeni düzenlemelerle yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerine dahi dava açılmıyor.

İdare, memura karşı rücu davasını adli yargıda açar. Çünkü idari yargıda gerçek kişilere dava açılamaz, kamu tüzel kişilerine açılır. Gerçek kişiler idari yargıda ancak davacı olabilir.

KUSURSUZ SORUMLULUK

Sosyal devlet ilkesi gereği devletin yeni hizmetleri üstlenmesi zarar verme olasılığını artırmıştır. Bunun sonucu olarak da, idari işlem ve eylemler ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması halinde, kusur şartı aranmaksızın, idarenin sorumlu olması kabul edilmiştir.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk iki ilkeye dayanır:

1. Tehlike İlkesi (her nimetin bir külfeti vardır)

- İdarenin tehlikeli faaliyetleri ve araç-gereçleri**
- Mesleki risk**
- Sosyal risk ilkesi** (örneğin terör)

2. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi (örneğin kamulaştırma)

SORUMLULUĞUN KOŞULLARI, SORUMLULUĞUN KALKMASI VE AZALMASI

İdarenin sorumlu olması için **koşullar:**

- ☀ **İdarenin bir işlem veya eylemi** olmalıdır. (idari, kişisel)
- ☀ **Zarar doğmuş** olmalıdır.
- ☀ **Nedensellik bağının** bulunması gerekir.

Sorumluluğun Kalkması veya Azalmasının Nedenleri

- ☀ **Mücbir sebep**
- ☀ **Beklenmeyen durumlar**
- ☀ **Zarar görenin kusuru**
- ☀ **Üçüncü kişinin kusur**

İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

İdare bir tüzel kişidir, hak ve fiil ehliyeti vardır, kamu gücü ayrıcalığı vardır. Kamu gücü kullanılmadan idarenin yaptığı sözleşmelere idarenin özel hukuk sözleşmeleri denir. Kamu gücüne dayanarak yaptığı işlemlere ise idari işlemler denir.

İdarenin sözleşmeleri:

- İdari sözleşmeler** (idare hukuku ve idari yargı)
- İdari özel hukuk sözleşmeleri** (borçlar hukuku ve adli yargı)

Bu ayrım **hangi mevzuatın** ve uyuşmazlıkta **hangi yargının** uygulanacağı açısından önemlidir.

- Kanunda sözleşme **türü açıkça** belirtilebilir.
- Kanunda sözleşmede **uygulanacak işlemler** belirtilebilir.
- Kanunda **belirtilmemişse**; iki kriteri inceleriz, bunlar yoksa özel hukuk sözleşmeleridir diyebiliriz.

→ **İlk kriter; kamu hizmeti** varsa idari sözleşmedir.

→ **İkinci kriter; özel hukuku aşan şartlar** varsa idari sözleşmedir. Örneğin vergi muafiyetini sadece idare koyabilir, özel hukuk kişileri bu hükmü koyamaz.

Normalde iki özel hukuk tüzel kişisi arasında öngörülmesi mümkün olmayan hükümlerin yer almasına **özel hukuku aşan hükümler** denir.

İdari sözleşmelerde idare üstün konumdadır, kamu gücü kullanır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında fark yoktur. Ancak, idare nihayetinde kamu kaynaklarını kullanıyor, idare tamamen serbest davranamaz. Dolayısıyla idare, özel hukuk sözleşmeleri yaparken kanuni sınırlamalara tabidir. Bunlara **ihale mevzuatı** denir.

Sözleşme **öncesindeki** durum idari hukuka ve idari yargıya tabidir. Sözleşme **sonrasındaki** durum adli yargıya tabidir, ancak bu durumda bile kamu gücüyle yapılan işlemler idare hukukuna ve yargısına tabidir.

2886: Devlet ihale kanunu, devlete gelir getiren işlemlerde uygulanır. İdarenin alım, satım, kira, taşıma işleri, aynı hak tesisi 2886'ya tabidir.

4734: Kamu ihale kanunu, devletin harcama yaptığı işlemlerde uygulanır. İdarenin her türlü kaynaktan karşıladığı mal, yapım işleri, hizmet satın alması 4734'e tabidir.

Bu iki kanuna tabi olmayan istisna kurumlar da vardır. Bu iki kanuna tabi yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilir.

İdare sözleşme yaparken, özellikle imtiyaz sözleşmesi yaparken sözleşmenin tarafını belirlerken ihale mevzuatına tabi değil, ama tamamen serbest de değildir, bir takım kurallara uymak zorundadır. Eşitliğe, açıklığa, ihale kurallarına uymak zorundadır. Ama bu iki kanuna tabi değildir.

Özel hukuk sözleşmeleri Borçlar Kanununa tabidir. İdare, sözleşmede yer almayan hiçbir yetkiyi kullanamaz, kamu gücü ayrıcalığı yoktur. Kamu hizmeti ilkeleri özel hukuk sözleşmesinde yazmıyorsa ve bu ilkeler yerine getirilmezse de denetim yapılamaz. İdare, kamu hizmeti ilkelerini kendiliğinden kullanamaz.

Kamu – özel işbirliği

♥ İdari sözleşmeler

♥ Özel hukuk sözleşmeleri

▪ Yap işlet devret sözleşmeleri

2886 sayılı kanuna tabi değildir. 3996 sayılı kanun ile Danıştay görüşü alınmadan özel hukuk sözleşmesi yapılabileceği düzenlendi. Örneğin üçüncü köprü inşaatı bu tür bir sözleşmedir.

▪ Yap işlet sözleşmeleri

▪ Yap kirala sözleşmeleri (örneğin şehir hastaneleri)

▪ Yap kirala devret gibi şekilleri vardır.

Kamu ihalelerinde ilkeler

**** Aleniyet, saydamlık ilkesi**

**** Eşit muamele ilkesi**

**** Rekabet ilkesi**

**** Gizlilik ilkesi**

**** Belli bir yeteneğin aranması ilkesi**

**** Ödeneği olmayan iş için ihaleye çıkılmaması ilkesi**

**** Kamu denetimi ilkesi**

**** ÇED olumlu belgesinin alınması zorunluluğu**

Garantörlükler

1. Talep garantisi

2. Borç üstlenim garantisi düzenlemeleri vardır.

İdarenin mal edinme yetkileri

1. Kamulaştırma (taşınmaz malı elde etme yetkisi, olağan bir yetkidir)

2. İstimval (taşınır malı elde etme yetkisi, olağanüstü bir yetkidir)

3. Geçici işgal