

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

NİSAN 2012 - SAYI 122

Makale:

Dr. Gülseven ŞEKER*

İDARİ İŞLEMİN UYGULANMASI

GİRİŞ

Kuvvetler Ayrılığı ilkesine göre erklerden biri olan Yürütme ve onun uzantısı olan İdare hukuksal bir araç olan işlemler ve fiziksel bir olgu sayılan eylemler yapabilme olanağı ile donatılmıştır. Diğer iki erk olan Yasama ve Yargı organları tarafından yapılan işlemlerin yürütülmesi veya uygulanması yani eyleme dönüştürülmesi Yürütme veya İdare tarafından gerçekleştirilmektedir¹. İdare organının icrai niteliği, kanunlarda düzenlenmiş olan görevlerini yerine getirmek üzere uyguladığı idari usuller ve aldığı icrai kararlarla, idari usullere uygun olarak yapılmış hukuki statülere uymak yükümlülüğünde olan idare edilenleri, bu statülere koymasından kaynaklanmaktadır. Kamu Hukukunda ayrıcalıklar alanı, kendilerine egemenlik yetkileri tanınmış Devlet organlarına özgü olmakla birlikte, bireyler üzerindeki somut etkileri açısından esas itibarıyla genel anlamda İdare organına özgü bir alandır². Diğer bir ifadeyle,

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.11.

² ERKUT Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s.53.

kamu gücü ayrıcalığını kullanarak hareket etme esas itibarıyla idareye ve onun ajanlarına tanınmış üstün bir güçtür. İdareye idari işlemler açısından tanınmış bütün bu ayrıcalıklar, idarenin keyfiyetine bağlı olmayıp, idarenin görevlerini yerine getirmek üzere yaptığı tüm işlemler bu ayrıcalıkların kullanılmasını içermektedir. Ayrıca idarenin sahip olduğu asli hukuki araç olan idari işlemlere gerektiği zaman ve yerde başvurulmuş olup olmadığına bakılarak idari görevlerin yerine getirilip getirilmediği tespit edilmekte, gerektiği zamanda ve yerde idari işlemlerin yapılmaması idari ve cezai sorumluluğu doğurmaktadır³.

İdarenin sahip olduğu bu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin temelinde, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyetlerin amacı olan “kamu yararı” vardır. Başka bir deyişle bu kurallar kapsamında yer alan “*kamu gücü ayrıcalıkları*”⁴ idareye kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla verilmiştir. Dolayısıyla bu kurallar idarenin varlık sebebi olarak görülmektedir⁵. İdareye yasaların yerine getirilmesini sağlamak ve gözetmek işlevini gerçekleştirmek üzere tanınmış olan bu ayrıcalıklı yetkiler silsilesi kamu yararı amacı doğrultusunda ve meşruluk zemininde bir değer kazanmaktadır⁶. Diğer bir deyişle, idarenin kullanmış olduğu kamu gücü “objektif bir yetki” olup kanuni idare ilkesine uygun kullanılmak zorundadır⁷. Kamu gücünün objektif yetki bağlamında kullanılması, idarenin özel hukuktaki irade özerkliğinin aksine önceden belirlenmiş olan hukuki statüler, kurallar ve usuller uyarınca hareket etmesi anlamına gelmektedir⁸.

³ AYAYDIN Cem, **İdare Hukuku’na Giriş (II)**, Yenilik Basımevi, İstanbul 2008, s.411.

⁴ “İdare Hukukunda İdarenin bireylerle tek yanlı biçimde kurmuş olduğu hukuki ilişkilerde üstün irade sahibi olması ve çoğu zaman hukuki ilişkiyi bireyin karşıt iradelerine rağmen ve hatta gerektiğinde zorla kurması, İdarenin sahip olduğu Kamu Kudreti ile açıklanmakta ve bu Kudrete bağlı eşit olmayan, imtiyazlı ve ayrıcalıklı statülere de kamu Kudreti ayrıcalıkları adı verilmektedir” ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, s.11.

⁵ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C.I, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, s.68; ATAY Ethem, “*İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri*” **G.Ü.H.F.D.**, C.XI, S.1, Y.2007, www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ethem_21, (14.10.2009), s.505.

⁶ ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**, s.56.

⁷ ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**, s.56.

⁸ ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**, s.59-60.

Hukuk Devleti İdaresi⁹ faaliyetlerini yürütürken yaptığı bütün eylem ve işlemlerinde kanuna dayanmak zorundadır. Kanuni idare ilkesi olarak adlandırılan bu ilke dayanağını, Anayasa'nın 123.maddesindeki "İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" şeklindeki düzenlemeden almaktadır. İki boyutu içeren kanuni idare ilkesi, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi ve idarenin görevlerinin kanunlarda gösterilmesi olarak ifade edilmektedir¹⁰. Ancak idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin kuruluşunun ve faaliyetlerinin bütün ayrıntıları ile kanunda düzenlenmesi anlamına gelmez; bu konuda yasa koyucunun asli kuralları koyduktan sonra zamana, yere ve tekniğe göre değişiklik gösteren tali konuları idarenin düzenlemesi mümkündür¹¹. Dolayısıyla, idarenin kanunlarda belirlenmiş olan yasal çerçeve dahilinde kanunların uygulanmasını sağlamak üzere düzenleme yapması olanaklıdır. İdare tarafından bu şekilde yapılacak olan düzenlemeler kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

İdari işlevi yerine getirmek üzere idari işlemler yapan idare, söz konusu işlemlerin icra edilmesinden de sorumludur. Zira bir takım idari işlemler sadece yapılmasıyla hukuki ve maddi sonuç doğururken buna karşılık bazılarının ise ayrıca icra edilmeleri gerekmektedir. Onar, idare tarafından kullanılan kamu gücünün içeriğini şu şekilde belirtmiştir¹²: "*İdare kudreti bir amme kudreti, Devlet kuvveti olduğu ve hakimiyetin karakterlerini haiz bulunduğu için elinde bu kudreti tutan idare sadece bir vazifenin ifasıyla mükellef bir uzuv değil aynı zamanda amme kudretine de malik bir teşkilattır. Hususi bir teşekkül gibi yalnız hizmeti ammeye arz etmekle kalmaz, bu hizmetin icaplarına uymaya ve hizmetlere iştirake ammeyi icbar edebilir. İdare elindeki, bu amme kudretine dayanarak riayeti mecburi emirler ve kararlar ısdar eder*". Onar'ın belirttiği üzere idare yalnız karar almakla kalmaz, içerik bakımından uyulması zorunlu olan bu kararların uygulanmasını sağlamakla da yükümlüdür.

⁹ "Tüm idare teşkilatlarını ve faaliyetlerini ifade etmek üzere "İdare" terimi, tekil biçimde kullanılmakta ve büyük harfle yazılmaktadır", DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.3; ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, s.152.

¹⁰ YILDIRIM Turan / KARAN Nur, **İdare Hukuku I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2005, s.3.

¹¹ DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.36-37; GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 7. Aynı Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s.42-44.

¹² ONAR, C.II, s.1082.

Bu kararların uygulanmasını sağlamak içinse idareye bazı yetkiler tanınmıştır. Bu yetkilerden biri de şartların oluşması durumunda idari işlemin uygulanmasını sağlamak üzere kullanılan re'sen icra yetkisidir.

İdare tarafından yapılan işlem ve eylemler, bu tasarrufların idare adına bu konuda iradenin açıklanmasına yetkili organdan ve kanunun aradığı şekilde yapılmış olmakla icrai nitelik kazanmış olmaktadır¹³. Diğer bir deyişle, tek yanlı iradesiyle idare edilenler üzerinde hukuki sonuçlar doğuran işlemler yapabilmesi, idarenin kanuni idare ilkesine uygun hareket etmesi ve bunun neticesinde işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla idare, icrailik özelliğine sahip işlemler sayesinde başka bir makamın araya girmesine gerek olmaksızın idare edilenler bakımından hukuki sonuçlar doğuracak işlemler yapar ve hukuka uygunluk karinesinden faydalanan bu işlemlerin uygulanmasını sağlamak üzere re'sen icra ve cebri icra yetkilerine bağlı olarak her türlü yaptırım ve zor kullanma araçlarına başvurma ayrıcalığına sahiptir¹⁴.

I. KAMU GÜCÜNÜN AÇIKLANMA ARACI OLARAK İDARİ İŞLEMLER

İdarenin kamu gücünden doğan yetkilerinin görünümü; bireylerin hareketlerine müdahale ve onlara bazı yükümlülükler getirmek, kanun hükümleri ve yargısal kararlar gibi derhal ve kendiliğinden icra kabiliyetine haiz kararlar almak ve bunların uygulanmasını sağlamak şeklindedir¹⁵. İdarenin icrai özelliğinin gereği olan bu durum, kanunlarda belirtilmiş olan görevlerin yerine getirilmesi, kanunların uygulanmasının kamu gücünün kullanılmasını

¹³ ONAR, C.III, s.1457.

¹⁴ ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**, s.58

¹⁵ ONAR, C.III., s.1454.

gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Yani kanunların uygulanması, kamu gücünün ortaya konulması olarak anlaşılmaktadır¹⁶.

İdare Hukuku alanındaki kamu gücü işlemleri çoğunlukla, idarenin görevlerini yerine getirmek üzere yaptığı tek yanlı idari işlemler olarak görünmektedir¹⁷. Bir hukuki işlem olan idari işleminin hukuki işlemlerden ayırt edici özelliği tek yanlılığıdır¹⁸. İdarenin görevlerini yerine getirmek üzere kullandığı kamu gücüne dayanan işlemler tek yanlılık, icraîlik ve hukuka uygunluk özelliklerine sahiptir. İdare bu özellikleri taşıyan idari işlemler yoluyla ilgililerin statülerinde veya hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmektedir. Tek yanlılık özel hukuktaki işlemlerin aksine, ilgilinin rızasına bakılmaksızın, sadece işlemi yapanın iradesiyle oluşmasıdır. Diğer bir deyişle, idari işlemin tek yanlılık özelliği, tek bir iradenin müdahalesiyle ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilmesi için hukuki işlemlerin kendine özgü belirli bir şekilde meydana getirilmeleri olarak değerlendirilebilir¹⁹.

İdarenin ilgililer bakımından değişiklikler yaratan işlemleri, bu işlemlerin tek yanlılığından ziyade, idari işlemlerin icraîlik unsurundaki kamu gücü ayrıcalığından kaynaklanmaktadır²⁰. Bu nedenle idare hukuku alanında tek yanlı tasarruflar sonucu hukuk düzeninde oluşan etkilerin “kanuni idare” anlayışı uyarınca “hukuka uygunluk karinesinden yararlanılması sonucunda, bu tasarruflar muhatapları bakımından uyulması zorunlu hale dönüşürler ve doğrudan doğruya çeşitli hak ve yükümlülükler yaratırlar²¹.

İdarenin ‘idari işlev’ kapsamındaki görevlerini yerine getirmek amacıyla kullanmış olduğu kamu gücünün doğal sonucu ise, bu gücün kullanılmasının bir takım usullere tabi

¹⁶ ROUSSET Michel, *L’idée De Puissance Publique En Droit Administratif Français*, Thèse Pour Le Doctorat En Droit, Imprimerie Allier, Grenoble 1960, s.184.

¹⁷ ROUSSET, s.173.

¹⁸ ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s.10. Özel hukuk alanında da tek yanlı irade açıklamasıyla hukuki sonuç doğuran işlemler vardır, ancak bunlar istisnai niteliktedir. (Babanın evlilik dışı çocuğunu tanıması, vasiyet v.b.)

¹⁹ ERKUT, *İdari İşlemin Kimliği*, s.19.

²⁰ ERKUT, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, s.57.

²¹ ERKUT, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları*, s.57.

olmasıdır²². Zira idarenin faaliyetlerini yürütürken yaptığı işlemleri ve eylemleri önceden belirlenmiş kurallara göre yapması, idarenin hukuka bağlılığını sağlayan hukuki koruma yollarındandır²³. Dolayısıyla idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması kanunilik ilkesi gereğince kanunlarda belirlenmiş usullere uygun olarak kullanılmasına bağlıdır. Zira idare tarafından yapılan tasarruflarda, belirlenmiş olan usullere uyulmamasının idarenin eylemlerine etkisi bazı durumlarda bu fiilerin niteliğini değiştirerek idari işlev dışına çıkmasına sebep olmaktadır²⁴. Böylece idari niteliğini kaybetmiş olan eylemin mülkiyet hakkına ya da temel hak ve özgürlüklerden birine tecavüz etmesiyle fiili yol meydana gelmektedir²⁵.

A. İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ

İdari işlemin yapılmasıyla birlikte, idari işlemin özellikleri olarak ifade edilen bir takım etkiler ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluk karinesi ve idari işlemin icrailiği idari işlem sonucunda ortaya çıkan etkilerdir. İdari işleme tanınmış olan bu ayrıcalıklar, hukuki işlemler kategorisindeki idari işlemin farklı bir statüye tabi olmasına neden olmaktadır. Aslında idari işlemi farklı statüye koyan neden idari işlemi oluşturan iradenin hukuki işlemlerden farklı özelliklere sahip olmasına dayanmaktadır²⁶. Üstün yetkilerle donatılmış olan idarenin iradesi aynı zamanda da olabildiğince sınırlanmış durumdadır²⁷. İdari işlemi gerçekleştiren iradenin kaynağının kamu gücü olması nedeniyle, işlemi yapmaya yetkili kamu görevlileri iradelerini objektif bir biçimde kamu yararını gerçekleştirmek ya da korumak amacıyla ve daha önceden varolan düzenleyici nitelikteki hukuk kurallarına uygun olarak

²² ONAR, C.III, s.1474.

²³ AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.63.

²⁴ ONAR, C.III, s.1667; ROUSSET, s.181.

²⁵ Fiili yol konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız ŞEKER Gülseven, Fransız İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türk İdare Hukukundaki Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2010.

²⁶ ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.9.

²⁷ ÖZAY, **Gün Işığında Yönetim**, s.406.

açıklamak zorundadırlar²⁸. Bu şekilde açıklanan kamu gücü iradesiyle oluşmuş olan idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi ve icra edilebilme ayrıcalığından faydalanması idari işlemin “kesin karar gücü” etkisine sahip olmasına ve idari işlemin yargı makamı tarafından iptal edilmedikçe ve idare tarafından geri alınıp kaldırılmadıkça hukuk düzenindeki etkisini devam ettirmesini sağlamaktadır.

1. Tek Yanlılık ve İcrailik

İdari işlemin tek yanlılık özelliği, idarenin tek yanlı iradesiyle ve işlemin ilgisinin rızası olmadan sonuç doğurmasıdır. Birel işlemlerde idare edilenlerle doğrudan ilişki içinde bulunan idarenin, işlemin ilgisinin bir hakkın tanınmasını istemesi üzerine, kamu düzenin sağlanması ya da kamu hizmetinin yürütülmesi için kişinin statusüne yönelik yapmış olduğu irade açıklamasının sonuç doğurabilmesi için ilgisinin rıza göstermesi gerekmemektedir²⁹. Dolayısıyla tek yanlı işlemlerin özelliği sadece idarenin iradesinin varlığıyla işlemin sonuç doğurmasıdır.

Tek yanlı idari işlemin hukuki etkisiyle işlemin sonucunun dikkatlice ayırt edilmesi gereklidir³⁰. Başka bir deyişle, idari işlemlerin tek yanlılık özelliği biçimsel bir unsur olmayıp, açıklanan iradenin kendiliğinden hüküm doğurmasından kaynaklanan iradenin niteliğine ilişkindir³¹. İdari işlemin bu özelliği ise, işlemin içeriğinin emredici olmasından kaynaklanmaktadır. İdarenin tek yanlı iradesiyle hukuk düzeninde veya statüler üzerinde hukuki sonuç doğuracak işlemler yapabilmesi, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış olan idarenin kendisine kanunlarla verilmiş olan görevleri yerine getirme yükümlülüğü yani kamu yararını gerçekleştirmesine dayanmaktadır.

²⁸ PY Pierre, La Rôle de la Volonté Dans Les Actes Administratifs Unilatéraux, Paris LGDJ, 1976, s. 9’dan Aktaran ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.10.

²⁹ KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011,s.143-144.

³⁰ ROUSSET, s.74.

³¹ ROUSSET, s.73.

İdare tarafından açıklanmış olan iradenin ilgisinin hukuki durumunda değişiklik meydana getirmesi ise idari işlemin icrailik özelliğinden kaynaklanmaktadır. İdari işlemin icrailik özelliği, araya başkaca bir işlemin ya da mahkeme kararının girmesine gerek olmadan idare edilenler üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilmesidir. İdarenin iradesinin varolan hukuk düzeninde bir takım hukuksal sonuçlar yaratmak yönünde oluşması icrailik özelliğinin varlık kazanmasında yeterlidir³². “İdari işlemler icrailik özelliklerini oluştukları andan itibaren bünyelerinde barındırırlar. Yani işlem henüz yürürlüğe sokulmadan, üçüncü kişiler hakkında uygulanmadan önce icrailik özelliğini kazanmış durumdadır”³³. İcrailik özelliğiyle kastedilen işlemin hukuki etkisidir. İdarenin iradesinin doğurduğu hukuksal sonuç olan bu etki, idarenin irade açıklamasına idari işlem niteliğini vermektedir. İcrailik idari işlemi oluşturan niteliklerden biridir. Bu nitelik sayesinde idari işlem tek yanlı biçimde yürütülebilir olma üstünlük ve ayrıcalığına sahip olmaktadır³⁴. Dolayısıyla idarenin icrai nitelikte idari işlem yapmasına olanak sağlayan ayrıcalıklardan vazgeçmesi söz konusu değildir. Zira idari işlevi yerine getirmek üzere faaliyette bulunmakla yükümlü olan idarenin kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda işlem ya da eylem yapması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 02.01.2007 tarihli kararında³⁵, idari işlemlerle ortaya çıkmış olan hukuki sonuçla ilgili olarak “*idari işlem muhatabından bir şeyden kaçınmasını istiyor, başka deyişle bir yasaklama getiriyorsa, bir emir vasıtasıyla muhatabından olumlu bir davranış istemini içeriyorsa, izin ruhsat gibi bir hakka bağlı hukuki durumu garanti altına alıyor, yani muhatabına hukuki güvence sağlıyorsa, muhatabın istemini red, yani hukuki teminatın, hakkın verilmemesi iradesini taşıyorsa, bir hukuki ilişkinin yeniden yapılandırılmasıyla ilgiliyse, kanundan doğan ancak tartışmalı ya da şüpheli bir hukuki durumun tespiti şeklindeyse, bir şeyin kamusal özelliklerinin belirlenmesi ya da ondan ne şekilde yararlanılacağına ilişkin ise hukuki sonuç doğurduğu kabul edilmekte*” olduğunu

³² ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.119-120.

³³ ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.119.

³⁴ ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, s.407.

³⁵ AYİM 3.D., 02.01.2007, E.2006/1715-K2007/295, AYİMD, S.23.

belirtmiştir. Yüksek mahkeme kararında idari işlemin hukuki etkisini idari işlem türleri üzerinden somutlaştırmıştır.

İdari işlemlerdeki icrailik özelliği gereği işlemlerin hukuksal durumlarda bir takım etkiler yaratabilmesi diğer işlemlerden ayırt edilmesinde en önemli kriteri oluşturmaktadır. İdarenin icrai işlemler vasıtasıyla ilgililer üzerinde meydana getirmiş olduğu hukuki etkinin maddi olarak gerçekleştirilmesi içinse re'sen icra yetkisini kullanması gerekmektedir. Dolayısıyla idari işlemin icrailik özelliği ile idari işlemin uygulanmasını sağlamak üzere re'sen icra yetkisinin kullanılmasını ayırdetmek gerekmektedir³⁶. İcrailik özelliği sayesinde idari işlemler hukuki değişiklikler meydana getirirken, maddi olarak değişikliğin sağlanmasına yönelik olarak re'sen icra yetkisinin kullanılmasına ilişkin şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

2. Hukuka Uygunluk Karinesi

İdari işlemin özelliklerinden olan "hukuka uygunluk karinesi", idarenin işlemlerinin hem yasal dayanağının bulunması hem hukuka uygun olmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. İdari işlemlerin hukuki statülerde değişik sağlayan hukuki etkisi hukuka uygunluk karinesine dayanmaktadır. Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemlerin yasal bir dayanağı olduğu ve bu dayanağa uygun olarak yapıldığı anlamına gelmektedir. Bu sebeple idari işlemler hakkında iptal davası açılması da işlemin yürürlüğünü durdurmaz. Ancak işlem hakkında yürütmenin durdurulması talep edilmesi ve mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı vermesiyle işlemin uygulanması dava sonuçlanıncaya kadar durmuş olur.

İdare tarafından tek yanlı olarak yapılan ve icrailik özelliği nedeniyle ilgililer hakkında hukuki etki meydana getiren işlemler hukuka uygun kabul edilir. İdari işlemin hukuka uygun kabul edilmesi hukuka uygunluk karinesinden faydalanması anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle "Hukuka uygunluk karinesi, karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymadan hukuki sonuç

³⁶ GÜNDAY, s.113.

doğurabilmenin bir sonucudur³⁷. İdari işlemin bu ayrıcalığa sahip olmasının temelinde ise bu işlemlerin kamu yararı amacıyla yapılması yatmaktadır. Ancak, idare kamu yararı amacıyla yaptığı bu işlemlerde özgürce hareket etme yetkisine sahip olmayıp, bu işlemlerin yapılmasına ilişkin olarak önceden belirlenmiş kurallara uygun hareket etmek zorundadır.

İdari işleminin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının bir takım sonuçları vardır³⁸: Birincisi idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla hukuk düzeninde değişiklikler yapması, ikincisi bu değişikliğe ilgililerin uyma zorunluluğunun olması, üçüncü ise idari bir işlem sonrasında bir eylem yapılması durumunda, yargı organının idari işlem hakkında herhangi bir karar vermemiş olduğu sürece idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesidir. İdari işlemin bu son etkisi idari işlemin kesin karar gücü olarak ifade edilmektedir. Kesin karar gücü ayrıcalığından faydalanan idari işlem hakkında mahkeme tarafından bir karar verilmedikçe, idari işlem hukuka uygun kabul edilir ve iptal davası açılmış olsa da işlemin yürütülmesini durdurmaz. İptal davası ile birlikte yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması gerekmektedir. İdari işlem sonucunda ortaya çıkan ve hukuka uygun olarak kabul edilen hukuki etkilerin ortadan kalkması; idari işlemin geri alınması, kaldırılması ya da yargı organı tarafından yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının verilmesi neticesinde olabilir. Yani idari işlemin hukuki etkisine maruz kalmış olan ilgilisinin idareye başvurarak işlemin geri alınmasını talep edebileceği gibi, işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek açmış olduğu iptal davasında yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilir. İdarenin işlemini geri almaması ya da mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermemesi durumunda ise idari işlemin hukuki etkisi işlemin iptaline kadar devam edecektir.

İdari işlemin meydana getirmiş olduğu hukuki etkiye ilişkin olarak ilgilisinin direnişte bulunması yani işlemlerle getirilmiş olan yükümlülüklerle uymaması durumunda ise idari işlemin uygulanmasını sağlamak üzere re'sen icra yetkisini kullanması söz konusu olacaktır. Zira idari işlemlerle meydana gelmiş olan hukuki etkiye ilişkin değişikliklerin maddi dünyada fiilen

³⁷ KARAHANOĞULLARI, s.146.

³⁸ VEDEL Georges/ DELVOLVE Pierre, **Le Système Français de Protection des Administrés contre l'Administration**, Sirey, Paris 1991, s.61

ortaya çıkması işlemin uygulanması bakımından bir zorunluluktur. İdare re'sen icra yetkisinin kullanılma şartlarına uyarak işlemin uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuç ise idari işlemin hukuki etkisi ile fiili etkisinin birbirinden farklı şeyler olduğudur³⁹. İdari işlemin yapılmasıyla bazen fiili etki hukuki etkiyle birlikte ortaya çıkarken bazen de fiili etkinin ortaya çıkması için idarenin bir takım eylemler yapması gerekmektedir. İdare tarafından yapılacak bu eylemlerden bazıları ise işlemin ilgisinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda idarenin bizzat yerine getirmesi şeklindeki re'sen icra yetkisinin kullanılmasıyla gerçekleştirilmektedir.

B. İDARİ İŞLEMİN RE'SEN İCRASI

Re'sen icra, idari bir zor kullanma-zorlama aracı olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. “Zorla uygulama, özellikle kişi özgürlüğü ve mülkiyet üzerinde sınırlama anlamına geleceği için, bütün bu sınırlamalarda yargıç güvencesi esas olduğu için re'sen icra, icrai karar alabilme yetkisinin kendiliğinden sonucu değildir ve ayrıca yasal yetkilendirmeyi gerektirir”⁴¹. Diğer bir ifadeyle, re'sen icra yetkisi idareye tanınmış olağan bir yetki olmayıp istisnai bir yetkidir. İdarenin bütün icrai kararlarını kararlarını uygulamak üzere cebire başvurma hakkı genel bir yetki olarak tanınmamıştır. İdari işlemlerin uygulanmasının kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi durumunda, idarenin re'sen icra yetkisine sahip olması yasal bir dayanağının olmasına bağlıdır. Anayasa ve hukuk devletinin bir gereği olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kısıtlama ancak kanuni bir düzenlemeyle yapılabilir.

İdari işlemlerin yapılmasıyla hukuk dünyasında meydana gelen değişikliğin maddi olarak da gerçekleştirilmesi için bazen idare tarafından bir takım eylemlerin yapılması gerekir. Hukuki etkisi ani ve genel olan idari işlemlerin uygulama konusundaki etkisi gecikmeli ve istisnai olup, yapılır yapılmaz yani tamamlandıkları anda hukuki durumları değiştirmelerine karşılık maddi alanda derhal ve hemen değişiklik meydana

³⁹ KARAHANOĞULLARI, s.285.

⁴⁰ FERRIRA Nelly, *La Notion d'exécution d'office*, AJDA 1999, s.41.

⁴¹ KARAHANOĞULLARI, s.315.

getirmemektedirler⁴². Dolayısıyla idari işlemin maddi olarak etkisini meydana getirebilmesi için idare tarafından uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira yaptığı idari işlemlerle kanunlar tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirme görevi olan idare organına tanınmış olan icra ayrıcalığı, idarenin kamu düzenini ve kamu hizmetlerinin devamlılığını sağlama faaliyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁴³.

İdari işlemlerin uygulanması aşamasında idareye borç yükleyen kararlar, ilgililere hak tanıyan kararlar ya da ilgililere ödev yükleyen veya sınırlama getiren kararlar söz konusu olabilir⁴⁴. İlk iki türdeki kararların uygulanmasına ilişkin yükümlülük idarenin sorumluluğunda iken, üçüncü türdeki kararlara idare edilenlerin uyması gerekmektedir. İlgilisine haklar sağlayan işlemler için idarenin sadece hareketsiz kalıp bu haktan yararlanmayı engellememesi gerekirken, ilgisi bakımından yükümlülük doğuran bir işlem yapılması ve ilgilisinin bu işlemin gereğini yerine getirmemesi durumunda ise idare, işlemin uygulanmasını sağlamak üzere gerekli eylemleri yapmak durumundadır. İcrai işlemin yüklediği borcun ilgilisi tarafından yerine getirilmemesi durumunda, idarenin ilgilinin yerine işlemin gereğini yerine getirmesi re'sen icra yetkisinin kullanılmasıdır. Ancak, kanunlarda idari işlemlere uyulmaması halinde öngörülmüş olan idari veya cezai yaptırımların olması durumunda ise, öncelikle bu yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. Maddesindeki "*yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası para cezası verilir*" şeklinde hükmüyle idari işlemlere uyulmaması durumunda uygulanacak genel bir idari yaptırım düzenlenmiştir⁴⁵. İdari işlemlerin uygulanması bakımından re'sen icranın amacı yaptırımlardan farklılık göstermektedir; yaptırımlarla idari işlemin gereğini yerine getirmeyen ilgilinin cezalandırılması amaçlanırken, idari işlemin idare tarafından bizzat icra edilmesiyle ilgilisi tarafından uyulmamış olan işlemin uygulanması amaçlanmaktadır

⁴² DURAN, İdare Hukuku Dersleri, s.413

⁴³TCHEN Vincent, "*Exécution de l'acte administratif*", JurisClasseur Administratif, 18 Temmuz 2008, s.5.

⁴⁴ AYAYDIN, C.II, s.472-473.

⁴⁵ R.G., 31.03.2005, S. 25772 (Mükerrer)

Kamu gücünün kullanımı olarak idarenin eylemini “idari” yapan unsur, onun kanunilik karinesine uygun olmasıdır⁴⁶. İdarenin eyleminin yasal bir yetkinin kullanılması şeklinde ortaya çıkması; dayanağında bir idari işlem olması durumunda idari işleme, işleme dayanmıyorsa hukuki temelinin bir kanun hükmünde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. İdari eylemin hukuka uygunluğu ise, dayanağında bir idari işlemin olması ya da eylemin doğrudan kanundan kaynaklanmasına göre farklıdır⁴⁷. İdari işlemin icrası şeklindeki idari eylemin hukuka uygunluğu için, bir idari işlemin bulunması, bu işlemin hukuka uygun olması, re’sen icra yetkisinin bulunması gereklidir. İdarenin doğrudan kanuna dayanarak yaptığı eylemlerde idare, kanunun verdiği yetki sınırları içinde kalarak ve kanuna uygun olarak eylemini icra etmelidir. Kanunun verdiği yetkinin ya da gösterdiği usulün dışına çıkarak eylem yapması durumunda eylemdeki hukuka aykırılığın açık ve ağır olması ve mülkiyet hakkına ya da temel hak ve özgürlüklerden birine tecavüz edilmesi durumunda eylem idarilik niteliğini kaybederek fiili yola dönüşür.

Re’sen icra yetkisinin kullanılma koşulları, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 2 Aralık 1902 tarihli Société Immobilière de Saint -Just kararında Kanun Sözcüsü Romieu tarafından ortaya konulmuştur⁴⁸. Kanun sözcüsü Romieu Société Immobilière Saint-Just kararında re’sen icra yetkisinin dayanaklarını; re’sen icra yetkisinin kanunda düzenlenmiş olması veya aciliyet (urgence) durumları olarak belirtmiş, bu hallerin dışında yani kanuni bir düzenlemenin veya acil bir durumun olmaması durumunda ise, re’sen icra yetkisinin kullanılması için dört koşulun bir arada bulunması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu koşullar; idari işlemin uygulanması için kanunla öngörülmüş başka bir yaptırımın olmaması, kararın icra edilmesi için açık bir kanuni dayanağının olması, kararın muhatabının kararın uygulanmasına karşı çıkması yani re’sen icranın gerekli olması ve kararın uygulanması için alınan önlemlerin, kanunun öngördüğü sonucun gerçekleştirilmesiyle sınırlı olması yani

⁴⁶ AYANOĞLU Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s.96

⁴⁷ AYANOĞLU, s.96.

⁴⁸ TC, 2 Aralık 1902, Société immobilière de saint-Just, Rec.713, concl.Romieu; D.1903.3.41, concl. Romieu; S.1904, concl. Romieu, note Hauriou; LONG M/WEIL P./BRAIBANT G./DELVOLVE P./GENEVOIS B., **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 16. Baskı, Dalloz,Paris 2007, s.67-72.

idarenin gerektiği ölçüde cebir kullanması gereklidir. Dolayısıyla, kanunda düzenlenmiş bir yaptırımın olması durumunda re'sen icra yetkisi kullanılamaz.

1. Kanunda Düzenlenmiş Olan Re'sen İcra Yetkisinin Kullanılması

Hukuk Devletinin bir gereği olan Kanuni İdare ilkesi uyarınca, idarenin aldığı kararı re'sen icra edebilmesi için yasal bir izne gerek vardır. Kanuni idare ilkesi gereğince idari işlemlerin yapılmasına ilişkin yetki kanunlarda düzenlenmiş olabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanarak da düzenleyici işlemlerle idari işlemler yapılması mümkündür. İdari işlem yapma yetkisinin kanunda düzenlenmiş olması durumunda bu işlemin re'sen icra edilmesi de açıkça düzenlenmiş olabilir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun⁴⁹ 39. Maddesinde düzenlenmiş olan yıkılacak derecede tehlikeli yapılar başlıklı hükmüne göre *“Bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır. Tebligatı müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı %20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir”*. Söz konusu kanun hükmünde idare, yıkılacak dercede tehlikeli yapıya ilişkin yapmış olduğu tespitten ardından ilgisine bu durumun belirli bir sürede izalesi için bir tebligat yapmakta ve yapı sahibinin bu yükümlülüğü gereken sürede yerine getirmediği durumda bu yükümlülüğü bizzat yerine getireceğini yani yaptırım tehdidini belirtmektedir. Yani idarenin yapmış olduğu bu tebligat bir idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla ilgisinin maliki olduğu yapıyla ilgili yükümlülüğünü yerine getirmemesi idarenin kanundan kaynaklanan re'sen icra yetkisinin kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

İcrai işlemin kişiye yüklediği borç, kişisel olup bizzat ilgili tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa idare bu durumda cebir kullanarak kişinin karara uymasını sağlayan cebri icra yetkisini kullanmakla yükümlüdür. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 24.

⁴⁹ R.G. 9.05.1985, S.18749.

Maddesine göre kanuna aykırı bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde topluluğa dağılmaları yönünde ihtar yapılır, topluluğun bu ihtara uymaması durumunda ise topluluk güvenlik güçleri tarafından zor kullanılarak dağıtılır. Topluluğun ihtar edilmesine rağmen dağılmaması durumunda güvenlik güçlerinin topluluğun dağılmasına yönelik olarak yaptığı zorlayıcı hareketler cebri icra yetkisinin kullanılmasıdır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun⁵⁰ 61. maddesine göre park edilmemesi gereken yerlere park edilmesi durumunda yasaklara aykırı park eden araçların belediye zabıtasında kaldırılabilceği düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilmiş alan düzenlemelere göre kanunlarda açıkça düzenlenmiş olan re'sen icra yetkisinin idare tarafından kanunlardaki düzenlemelere uygun olarak kullanılması re'sen icra yetkisinin varolabilmesi için zorunludur.

2. Aciliyet

Aciliyet kavramı, hem yakın bir tehlikeyi, hem de ani ve ağır bir tehdit halini, hatta giderilmesi güç zararlar doğuracak halleri kapsamaktadır⁵¹. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2 Aralık 1902 tarihli *Société Immobilière Saint-Just* Kararında Kanun Sözcüsü Romieu aciliyet durumunda idarenin nasıl davranması gerektiğine açıklık getirmiştir: *“Kamu yararının ivedilikle korunması gereken zamanda, idarenin kamu gücünü süre ve usul koşullarına uymaksızın kullanması idarenin görevinin gereği olarak derhal harekete geçmesi açısından da bir zorunluluktur, ev yanıyor oraya itfaiye göndermek için hâkimden izin istenmez”*. Yani somut olay açısından hangi andan itibaren acil durumun var olduğunu belirleyecek olan idaredir⁵². Diğer bir deyişle, aciliyet hali idarenin gerekli usulleri kullanmadan re'sen icraya başvurabileceği bir durumdur.

⁵⁰ R.G., 18.10.1983, S.18195.

⁵¹ TEKİNSOY Özge Okay, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.244.

⁵² POISSON Jean-Marc, **Les Droits De L'Homme et Les Libertés Fondamentales à l'Épreuve de La Dualité de Juridictions**, L'Harmattan, Paris 2003, s.190.

Aciliyet kavramını kamu düzeni kavramıyla karşılaştıran Okay, ikisi arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır⁵³: “*Acil kavramı da kamu düzeni kavramı gibi, zamana ve yere göre değişen bir kavramdır ve etkisi de söz konusu karışıklığın süresi ile sınırlı olup geçicidir. Acil durumun uygulanması aşında kamu düzeni kavramının uygulanması demektir, aciliyet onun bir unsuru haline gelmektedir. Bu kavram özelliği ve uygulanması itibarıyla kamu düzeni kavramından daha kolay belirlenebilen bir kavram olmakla birlikte kamu düzeninden daha sınırlı bir alanda uygulanmaktadır*”.

Aciliyet kavramının somut olarak belirlenmiş bir tanımı ve kriterleri yoktur. İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olan hâkim aciliyet kavramını soyut bir şekilde tanımlamamış, acil bir durumun söz konusu olup olmadığını her somut durum için ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmuştur⁵⁴. Başka bir deyişle, idare tarafından aciliyet halinin var olduğuna karar verilerek eylem yapılması sonucunda bu eylemin hukuka aykırılığı iddiası ile dava açılması durumunda hâkim somut olaydaki şartlara göre aciliyet durumunun var olup olmadığını tespit edecektir.

3. Kanuni Bir Düzenlemenin veya Aciliyet Durumunun Olmaması

Kanunda hukuki ve cezai bir yaptırımın bulunmamasından dolayı kanun hükümlerinin ihlali söz konusu olmuşsa, kanuna aykırı hareketlerin önlenmesi suretiyle kanunun üstünlüğü ve hakimiyetinin sağlanması amacıyla re’sen icra yetkisine başvurulması mümkündür⁵⁵. Re’sen icra yetkisinin kullanılması bakımından kanunda düzenlenmiş bir yetkinin ya da aciliyet durumunun olmaması durumunda re’sen icra yetkisinin kullanılabilmesi için dört koşulun bir arada olması gerekmektedir. Bu durumda re’sen icra yetkisine başvurabilmenin şartları, emri veya yasağı düzenleyen açık bir kanun hükmünün olması, kanunun açık surette ihlal edilmesi ve re’sen hareket şeklinde alınan önlemin münhasıran ve dar bir surette ihlali önleme amacına yönelik olması gerekmektedir. Bu şartların var olması durumunda gerekli

⁵³ TEKİNSOY, s.245.

⁵⁴ TEKİNSOY, s.231.

⁵⁵ ONAR, C.III, s.1467.

diğer bir unsur ise, başkaca herhangi bir yaptırımın bulunmaması yani kanuna uygunluğun sağlanması için re'sen icra yetkisi dışında başka bir usulün olmamasıdır.

a. Başka bir yaptırımın olmaması

İlgilisine bir yükümlülük yükleyen idari işleme idare edilen tarafından uyulmaması durumunda, re'sen icra yetkisinin kullanılması için bu konuyla ilgili düzenlenmiş cezai veya idari bir yaptırımın olmaması gerekir. Zira böyle bir yaptırımın düzenlenmiş olması durumunda idare edilene karşı bu yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun “*yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası para cezası verilir*” şeklindeki hükmü genel bir hüküm niteliğindedir. İdarenin emir içeren işlemine muhatap olan kişinin idare tarafından para cezası tehdidi ile zorlanması güçlü bir re'sen icra aracıdır⁵⁶. Ancak kanunun 2. maddesine göre bu hükmün uygulanabilmesi ancak ilgili yasada açıkça hüküm bulunmasına bağlıdır.

Kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, idarenin iradesinin kişilere yöneltilmiş bir emir niteliği taşıdığı durumlar için idareye güçlü bir re'sen icra yetkisi tanınmıştır⁵⁷. Özellikle kolluk alanındaki işlemler açısından bir yaptırım olmaması durumu çok zayıf bir ihtimaldir⁵⁸. Kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ya da bozulduğunda yeniden tesis edilmesi görevi idarenin re'sen icra yetkisine başvurmasını gerektirmektedir.

b. İcra edilecek kararın kanuni dayanağının olması

İdarenin bir emir veya yasak içeren irade açıklamasının açık olarak bir kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. İdarenin işlemine ilişkin olarak kanuni bir dayanak olması

⁵⁶ KARAHANOGULLARI, s.317.

⁵⁷ KARAHANOGULLARI, s.316.

⁵⁸ FRIER Pierre-Laurant, “*L'exécution d'office: principe et évolutions*”, AJDA 1999, s.45; TCHEN, s.18.

gerekliliği, ilgilinin temel hak veya özgürlüğüne müdahale anlamını taşıyan re'sen icra yetkisinin kullanılmasının ancak kanunla öngörülmüş olan bir emir veya yasak için gerekli olmasından kaynaklanmaktadır.

c. İlgilisinin işlemin uygulanmasına karşı çıkması

İdare tarafından yapılan işlemlerden ilgisine yükümlülük getiren işlemin gereğinin yerine getirilmesi bir zorunluluktur. İşlemin ilgilisinin idari işlemlerde öngörülen yükümlülüğü yerine getirmeye karşı direnç göstermesi durumunda idarenin kararın gereğini bizzat yerine getirmesi söz konusu olmaktadır.

d. İhale önlenmesine yönelik zorunlu ve ölçülü bir önlemin alınması

Kanunda bir düzenleme veya aciliyetin olmaması durumunda re'sen icra yetkisinin sınırı, sadece idari işleme karşı gerçekleştirilen ihale önlenmesi amacına yönelik olmalıdır. İdarenin bu yetkiyi kullanmasındaki amaç kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ya da bozulmuş olan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesine ilişkindir. Dolayısıyla idare ancak kamu düzeninin gerekli kıldığı ölçüde cebri icra yetkisini kullanmakla yükümlüdür. Ayrıca bu ihlalin önlenmesini sağlamaya yönelik daha normal bir yolun mevcut olması durumunda re'sen icra yetkisinin kullanılması söz konusu olmayacaktır.

II. İDARİ İŞLEMİN UYGULANMASINDA DİĞER USULLER

İdari işlemlerin uygulanması açısından re'sen icra yetkisinin dışında idarenin başka usullere başvurması da söz konusu olabilir. İlgilisine yükümlülük getiren bir idari işleme uyulmaması durumunda, idareye ilgilisinin bu işlemin gereğini yerine getirmemesinden dolayı idari bir yaptırım uygulama ya da cezai yaptırım uygulanması için yargıya başvurma olanağı tanınmış olabilir. İdare tarafından uygulanacak olan idari yaptırımlar para cezası şeklinde olabileceği gibi bunun dışında başka yaptırımların da uygulanması söz konusu olabilir. Ayrıca idarenin kamu alacağı niteliğindeki alacaklarını kanunda belirtilmiş usullere başvurarak tahsil etmesi söz konusudur.

1. İdari Yaptırım

İdari yaptırım, idari makamlar tarafından idare edilenler hakkında kanunun öngördüğü cezanın uygulanması olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi 23.10.1996 tarihli kararında⁵⁹, “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlara, verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir*” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. İdari yaptırımlar; idari düzeni korumaya yönelik, önleyicilik ve zorlayıcılık özelliğine sahip, uygulanırken belli bir kişiyi hedef alan, idari usullerle ve idarece tatbik edilen, cezai müeyyidelerden farklı özelliklere sahip olan ve yasal bir dayanağının olması gereken yaptırımlardır⁶⁰.

Devlet Memurları Kanunu'nun 62. Maddesine göre aynı yerdeki görevlere atananlar atama emirlerinin kendilerine tebliğ gününü, başka yerdeki görevlere atananlar, atama emirlerinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini izleyen iş günü içinde işe başlamak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Kanunun 63. Maddesinin 1. fıkrasında bir göreve ilk defa veya yeniden atananlardan belge ile isbatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 62 nci maddedeki süre içinde işe başlamayanların atamalarının iptal edilip 1 yıl süreyle Devlet memuru olarak istihdam edilemeyecekleri, ikinci fıkrasında ise başka yerdeki bir göreve atananlardan 62 nci maddedeki süre içinde hareket ederek belli yol süresi sonunda yeni görevlerine başlamayanlara, eski görevlerinden ayrılış ve yeni görevlerine başlayış tarihleri arasında aylık verilmemek şartı ile 10 günlük bir süre daha verilebileceği, belge ile isbatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın bu süre sonunda da yeni görevlerinde işe başlamayanların memuriyetten çekilmiş sayılacağı düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde kanun hükmü ile belirlenmiş olan süreler içinde göreve başlama yükümlülüğü getirilen kamu görevlisinin bu süreler içinde göreve başlamaması durumunda memuriyet görevinin sona ermesi şeklindeki bir yaptırımın uygulanması söz konusu olmaktadır.

⁵⁹ AYM, 23.10.1996, E.1996/48-K.1996/41, AMKD, C.1,S.33,s.181.

⁶⁰ OĞURLU Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara 2000, s.40.

2. Cezai yaptırım

Cezai yaptırım, idari işlemin gereğini yerine getirmeyen ilgilisinin cezalandırılmasını sağlamak için idarenin adli makamlara başvurmasıdır. İdari işlemlerin uygulanması usullerinden idari yaptırım ve re'sen icranın idare tarafından yerine getiriliyor olmasına karşılık, cezai yaptırımın ancak yargı makamları tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Devlet Memurları Kanunu'nun 125. Maddesine göre devlet memurluğundan çıkarma cezası alan veya 137. Maddesine göre görevden uzaklaştırılan devlet memurunun; çıkarma ve görevden uzaklaştırmaya ilişkin kararların iptal edilmemesi ya da yürütmesinin durdurulmasının söz konusu olmadığı durumlarda kamu görevini sürdürmesi söz konusu değildir. Memurun idare tarafından verilmiş olan bu kararlara rağmen görevini sürdürmeye devam etmesi durumunda, 26.9 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 262. Maddesine göre idarenin ceza mahkemesine başvurması söz konusudur. Bu maddeye göre bir kamu görevini kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevini sürdüren kimseye hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde idare tarafından verilmiş olan kararlara aykırı hareket eden kamu görevlisine karşı cezai bir yaptırımın uygulanması söz konusudur.

3. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un⁶¹ 1. maddesinde hangi alacakların bu kanun kapsamında yer aldığı düzenlenmiştir⁶². İdare bu kapsamdaki kamu alacaklarını özel hukuk kişilerinin alacaklarından farklı bir usulle tahsil etme yetkisine sahiptir. İdarenin kamu alacaklarını tahsil edilmesinde ayrıcalıklı bir usule başvurabilmesi icrai karar ve re'sen icra yetkisine dayanmaktadır⁶³. İdare vergi, resim, harç gibi doğrudan

⁶¹ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, R.G., 28.7.1953-8469.

⁶² “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.”

⁶³ ONAR, C.III, s.1645.

doğruya kamu hizmetlerinin parasal karşılığını oluşturan alacaklarını⁶⁴ 6183 sayılı kanundaki usulleri uygulayarak tahsil edebilir. Dolayısıyla “*kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan ve bu hizmetin ayrılmaz ögesini ve parasal kaynağını oluşturan*”⁶⁵ alacaklar dışındaki idarenin özel alacakları 6183 sayılı kanundaki usuller kapsamında tahsil edilemez.

İdarenin kamu alacağı olarak nitelendirilmiş alacakları özel takip yöntemlerine tabi kılınmıştır⁶⁶. Bu yöntemlerin özelliği, mahkeme kararına ve cebri icra ile görevlendirilmiş icra dairelerinin aracılığına gerek duymaksızın idarenin kendi tahsil dairesi vasıtasıyla alacağını tahsil etmesidir⁶⁷.

III. İDARİ İŞLEMİN RE’SEN İCRASINDAKİ HUKUKA AYKIRILIKLARIN SONUÇLARI

İdari işlemlerin re’sen icrasındaki hukuka aykırılık, hukuka aykırı bir idari işlemin icra edilmesinden kaynaklanabileceği gibi, hukuka uygun bir idari işlemin re’sen icra yetkisinin hukuka aykırı kullanılmasından da kaynaklanabilir. İdari işlemdeki aykırılık, idari işlemin unsurlarından birinde iptal davası nedeni olabilecek bir hukuka aykırılık olabileceği gibi işlemin yok hükmünde olmasına neden olacak “açık ve ağır hukuka aykırılık” olabilir. Birinci durumda işleme karşı iptal davası ve işlemin uygulanmasından dolayı zarar oluşması durumunda tam yargı davası açılabilir. İkinci durumda ise, “açık ve ağır hukuka aykırılık” taşıyan işlemin icra edilmesiyle bir temel hak ve özgürlüğe ya da mülkiyet hakkına tecavüz etmesi durumunda fiili yol meydana gelmektedir.

⁶⁴ ONAR, C.III., s.1649.

⁶⁵ GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006, s.799.

⁶⁶ 6183 sayılı Kanun madde 55: Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir ‘Ödeme Emri’ ile tebliğ olunur. Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunmadığı taktirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu taktirde hapis ile cezalandırılacağı kayıtlı bulunur.; madde 66: Borcun ödenmemesi durumunda “Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesinde tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıs elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur.

⁶⁷ KARAHANOGULLARI, s.317.

A. HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERİN RE'SEN İCRASI

İdari işlemin hukuka uygun olması için dayanağı olan düzenleyici işleme göre beş unsur açısından bir sakatlığın olmaması gerekmektedir. Yetki, sebep, konu,amaç ve şekil unsurlarından oluşan idari işlemin hukuka uygunluğu tâbi olduğu düzenlemeye uygun olarak yapılmasına bağlıdır. İdari işlemin unsurlarında bir sakatlığın bulunması o işlemin hukuka aykırı (illegal) olması demektir⁶⁸. Bir idari işlemin geçerliliği hukuka uygunluk karinesine dayanmakta, bu işleme karşı unsurlarındaki sakatlıklardan dolayı dava açılması ve mahkeme tarafından unsurların birinde sakatlığın tespit edilmesi neticesinde işlemin iptal edilmesiyle, idari işlemin doğduğu andan itibaren bütün hüküm ve sonuçlarıyla geçersiz olduğu tespit edilmiş olmaktadır.

Bir idari işlemin uygulanması şeklindeki idari eylemin hukuka uygun olmasının şartı, dayanak idari işlemin bulunması, söz konusu işlemin hukuka uygun olması, idarenin re'sen icra yetkisinin bulunmasıdır⁶⁹. İdari işlemin icrası eylemlerinde, eylemin yapılmasına dayanak olan işlemin bulunması için idari işlemin yok hükmünde olmaması, işlemin tamamlanmış olması, işlemin iptal edilmemiş olması ve geri alınmamış olması gerekmektedir. Belirtilmiş olan hallerden birinin varlığı halinde dayanak idari işlemin varlığından söz edilemeyecektir. Bu nedenle dayanak idari işlem olmaksızın re'sen icra fiillerine girişilmesi hukuka aykırı olacaktır.

İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması, işlemin icrasını da mümkün kılmaktadır. İdari işlemin yapılmasıyla çoğunlukla hukuki olarak meydana gelen değişikliğin maddi olarak etkisi ancak işlemin idare tarafından icra edilmesiyle mümkün olmaktadır. İdari işlemlerde ortaya çıkan sakatlıkların sonuçları farklılık göstermektedir: Dolayısıyla idari işlemdeki basit hukuka aykırılıklar⁷⁰ ile artık “idari” nitelik taşımayan

⁶⁸ GÖZLER, C.I, s.875.

⁶⁹ AYANOĞLU, s.115-151.

⁷⁰ Basit hukuka aykırılıklar iptal davası nedeni olabilecek hukuka aykırılıklardır.

idarenin işlemindeki “açık ve ağır hukuka aykırılık”⁷¹; birincisindeki hukuka aykırılık işlemin geçerliliğine, ikinci durumda ise işlemin varlığına ilişkindir. Başka bir deyişle, idari işlemin “geçerlilik” koşulları ile “varlık” koşulları farklıdır. Yani birinci durumda işlem hukuken varlık kazanmışken, unsurlarındaki bir sakatlık geçerliliğini etkilemekte; buna karşılık ikinci durumda ise işlemin kurucu unsurlarındaki sakatlık işlemin hukuken ortaya çıkmasını engellemektedir. İşlemin geçerlilik koşullarındaki eksiklikte, işlem “iptal edilebilir” ve idari niteliği varken, işlemin varlık koşulları olan kurucu unsurlarındaki eksiklikte ise işlem idari nitelikten yoksun ve yok hükmünde sayılmaktadır⁷². İşlemin varlık koşullarındaki eksiklik ise, işlemin kurucu unsurlarındaki derhal fark edilebilecek nitelikte ve işlemin idari kimliğini kaybettirecek derecede açık ve ağır hukuka aykırılıklardır⁷³. Ancak, uygulamada bu iki tür sakatlığın ayırt edilmesi, bir sınır çizilmesi çok kolay olmamaktadır.

İşlemin iptaline yol açacak sakatlık durumunda idari işlemin icrasıyla ortaya çıkan eylem de hukuka aykırı olur. İdare tarafından yapılan işlemin taşıdığı açık ve ağır sakatlık nedeniyle yok hükmünde sayılması durumunda ise, eylemin dayanağı olan idari işlem olmayacağından böyle bir işleme dayanılarak eylem yapılmasıyla bir temel hak ve özgürlüğe ya da mülkiyet hakkına tecavüz söz konusu olursa fiili yol meydana gelmektedir. Yoklukla malul kararın idareye isnat edilmesiyle bu kararın icra edilmesi neticesinde bir zararın ortaya çıkması durumunda idarenin sorumlu olması ayrı meseleler olup, yoklukla malul kararın icra edilmesinde kamu görevlisinin şahsi kusuru bulunmadığı sürece, fiili yol dahi olsa, bu durum bir hizmet kusuru teşkil edip bir tam yargı davasıyla idarenin sorumluluğuna konu edilebilir⁷⁴.

⁷¹ Bu kavrama ilişkin ayrıntılı açıklama için bakınız ŞEKER Gülseven, Fransız İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türk İdare Hukukundaki Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2010, s.50-76.

⁷² ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.150.

⁷³ Celal ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, Y.9, S.1-3, Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, İstanbul 1988, s.72.

⁷⁴ SARICA Ragıp, “Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHFİM**, C.XIII, s.894.

1. Yok Hükümündeki İşlemlerin Re'sen İcrası

İdare tarafından yapılan işlemin kurucu unsurlarında meydana gelen sakatlıkların işlemin varlığını etkilemesi durumunda varlık koşullarının yokluğu işlemin yokluğu sonucunu doğurur, işlem hiç doğmamış, meydana gelmemiş sayılır⁷⁵. Diğer bir deyişle, bir işlemin kurucu unsurlarındaki derhal fark edilebilir nitelikte ve işlemin kimliğini kaybetmesine yol açacak derecedeki açık ve bariz hukuka aykırılıklar durumunda işlem yok hükmündedir⁷⁶. Yokluk hukuksal bir eylem olmaktan çok fiili (de facto) durumu ifade etmektedir⁷⁷. Çünkü yokluk halinde tasarruf hiç doğmamış, meydana gelmemiş yani mevcut değildir⁷⁸. Ancak, idarenin üçüncü şahıslara karşı yaptığı bir tasarruf idare hukuku bakımından yok olsa da fiili bir takım sonuçlar doğurmuş olabilir⁷⁹. Bu durumda dayanağı olan işlemin yoklukla sakatlanmış olması, söz konusu işlemin re'sen icra edilmesi şeklindeki eylemin hukuka aykırı olmasına neden olacaktır. Re'sen icra neticesinde ortaya çıkan eylemin mülkiyet hakkı ya da temel hak ve özgürlüklerden birine tecavüz etmesi durumunda ise fiili yol meydana gelecektir.

2. İdari İşlemin Tekemmül Etmemiş Olması

İdari işlemler içerisinde bazı işlemlerin meydana gelmesi için bir takım aşamaların tamamlanması gerekmektedir. Bu aşamalar tamamlanmaksızın yani işlem henüz oluşmadan idarenin bir eylemde bulunması durumunda eylem hukuka aykırı olacaktır. Bu tür işlemler için en güzel örnek kamulaştırma işlemidir. Kamulaştırma kararı verilmeden evvel idarenin özel mülkiyetteki taşınmaza el atması kamulaştırmaksızın el atma niteliğindedir.

⁷⁵ ONAR, C.I, s.323.

⁷⁶ ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.150.

⁷⁷ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz , “*Yönetmelik ve Anayasal Yargıda Yokluk*”, Amme İdaresi Dergisi, C.28, S.2, Haziran 1995, s.3.

⁷⁸ SARICA Ragıp, **İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan**, Ebül'ula Mardin'e Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1944, s.1195.

⁷⁹ ONAR, C.I, s.329.

Uyuşmazlık Mahkemesi 23.3.1987 tarihli bir kararında⁸⁰, idare tarafından mezarlık yeri olarak ayrılan taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemleri kesinleşmeden ve bu işlemle ilgili adli ve idari yargı yerlerinde açılan davaların sonucu beklenmeden, söz konusu taşınmazda hafriyat yapılmak suretiyle ekili mahsule zarar verilmesi olayında, “*eylem taşınmazın mülkiyeti idareye geçmeden evvel gerçekleşmiş ise, bunun mülkiyet hakkına tecavüz ve binnetice haksız fiil olduğu*” olmasından ötürü “*dava konusu zarara yol açan eylem, idare hukuku kurullarına tabi olamayacağından, idari yargının görevine giren ve onun inceleyeceği bir hukuki durum söz konusu olamaz. İdareye izafe ve isnat edilebilecek bir nitelikte olsa bile özel hukuk hükümlerine göre bir haksız eylemin*”var olduğuna karar vermiştir.

İmar planlarında kamusal fonksiyon verilen alanlar konusunda, İmar Kanunu 10. Maddesine göre⁸¹ belediyeler imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içerisinde bu planın uygulanmasını sağlamak üzere 5 yıllık imar programı hazırlamakla yükümlüdürler. İmar programı içerisinde kalan alanlardaki kamusal fonksiyon verilmiş alanların ise imar programı süresi içinde kamulaştırılması gerekmektedir. İmar Kanunu’nun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak imar planında kamusal fonksiyon verilen alanların kamulaştırılması yapılmaksızın uzun süre malikin mülkiyet hakkının kullanılmaz hale getirilmesi ülkemizde çok sık karşılaşılan bir uygulama olarak görülmektedir. Bu uygulamalara ilişkin olarak açılan davalarda idarenin kanuna dayanarak bir el atama gerçekleştirmesi nedeniyle bir hukuka aykırılık bulunmadığına yönelik kararlar verilmekteydi. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.12.2010 tarihli kararıyla⁸² yerleşmiş içtihattan ayrılarak “*..uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas*

⁸⁰ UM, 23.3.1987, E.1986/51 K.1987/9, R.G. 2 Temmuz 1987-19505 Aktaran AYANOĞLU, s.125.

⁸¹ 3.5.1985 tarih 3194 Sayılı İmar Kanunu, R:G.9.5.1985-18749, **Madde 10** - Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.

⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.5.12.2010, E.2010/5-622-K.651

cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmamız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.” gerekçesiyle imar kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan el atmanın kanunun getirdiği diğer yükümlüklerin yerine getirilmemesi yani gerekli usullere riayet edilmeyerek kamulaştırma işleminin yapılmamış olmasından dolayı hukuki dayanaktan yoksun kaldığını orta koymuş ve kamulaştırmamız el atmanın gerçekleştiği tepsitinde bulunmuştur. 10. Maddedeki düzenlemeye göre özel mülkiyetteki taşınmaza imar planında kamusal fonksiyon verilmesinden sonra idare tarafından yapılması gereken işlemler vardır. Yani ilk aşama olarak imar planında yer almasından sonra taşınmazın kamulaştırma yapılmak üzere imar programına alınması ve son olarak kamulaştırmayı yapacak idare tarafından kamulaştırmanın yapılması gerekmektedir. Bu işlemler ise idari işlem türlerinden zincir işlemdir. Çünkü kamulaştırma aşamasına gelinceye kadar birbirinin dayanağı olan işlemler söz konudur. Dolayısıyla işlemler zinciri takip edilip kamulaştırma yapılmaksızın sadece imar planında kamusal fonksiyon verilmesiyle taşınmaza el atılması kamulaştırmamız el atma niteliğinde olup, hukuki dayanak olmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edilmesidir.

B. HUKUKA UYGUN İŞLEMLERİN RE’SEN İCRASININ HUKUKA AYKIRI OLMASI

İdarenin re’sen icra yetkisinin birinci ve esaslı şartı icrai bir karara dayanmasıdır. Ancak bu şartın varlığıyla idarenin re’sen hareketi meşru ve hukuki bir nitelik kazanır⁸³. Diğer bir deyişle, idare tarafından yapılan bir eylemin idari bir eylem olarak nitelendirilebilmesi için dayanağında bir işlem olması durumunda idari işlemin hukuka uygun olmasının yanında, işlemin uygulanmasını sağlamak üzere kullanılan re’sen icra yetkisinin de hukuka uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

⁸³ ONAR, C.III, s.1453.

İdarece alınmış hukuka uygun bir idari işlemin re'sen icra yetkisine dayanılarak icra edilmesinin hukuka uygunluğu için öncelikle re'sen icra yetkisinin bulunması, re'sen icranın kanundaki usullere uygun kullanılması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla re'sen icra yetkisi olmaksızın bir kararın icra edilmesi, kanundaki usullere uyulmaksızın re'sen icra yetkisinin kullanılması ve re'sen icra yetkisinin ölçülülük ilkesine aykırı olarak kullanılması durumlarında ortaya çıkan eylem ağır ve açık bir şekilde hukuka aykırı olmaktadır. Bu açık ve ağır hukuka aykırılığın nedeni ise, re'sen icra yetkisinin istisnai bir yetki olması ve temel hak ve özgürlüklere müdahale edici nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır.

1. Re'sen İcra Yetkisinin Olmaması

İdareye bir kararın icrası için re'sen icra yetkisi tanınmamış olması durumunda idarenin bu kararın icrasını bizzat yerine getirmesi mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği üzere re'sen icra yetkisi idareye verilmiş genel bir yetki niteliğinde olmayıp istisnai bir yetki olduğundan, re'sen icra yetkisi olmaksızın kullanılması hukuka aykırıdır. Kamulaştırma Kanunu'na göre kamulaştırılmasına karar verilmiş olan taşınmazın malikiyle satın alma usulüyle devredilmesi konusunda anlaşılabilmesi durumunda idarenin kamulaştırma kararı verilmesi talebiyle taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesine başvurması gerekmektedir. Dolayısıyla idarenin kamulaştırma kararının icrasını bizzat gerçekleştirmesi söz konusu olmamaktadır. Yani mahkeme tarafından kamulaştırma kararı verildikten sonra özel mülkiyetteki taşınmaz idareye geçmiş olmaktadır. Bu karar öncesinde idare tarafından taşınmaza el atılması kamulaştırmaksız el atma niteliğindedir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un⁸⁴ 1. maddesinde hangi alacakların bu kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir. İdarenin amme alacağı mahiyetinde olmayan bir alacak için bu usule başvurarak alacağı tahsil etmesi, idarenin bu konuda re'sen icra yetkisi olmaksızın hareket etmesi hukuka aykırı olacaktır.

⁸⁴ R.G. 28.07.1953, S.8469.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Dz. K.K.lığı TCG. Zafer Komutanlığı'nda görevli bulunan memura Ocak 1999 tarihinden itibaren ödenen hidrozin gazıyla bilfiil çalışan personele eleman temininde güçlük zammının bu ödemelerin 3 Aralık 1999 tarihinden itibaren yapılmasının gerektiğinin Dz.K.K. lığının emri ile bildirilmesi üzerine Mayıs 2000 tarihinden itibaren maaşından kesilmeye başlanması olayında, *“Kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleminin kanunla düzenleneceği (Anayasa madde 128/2) ilkesi, aynı zamanda özlük haklarında yapılacak kesintilerin kanuniliği prensibini de beraberinde getirmiştir. Bu durum kamu görevlilerinin güvencesinin kaçınılmaz bir sonuç ve gereğidir. Kamu görevlilerinin aylık ve diğer özlük haklarından kanunlarda (193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, 488 sayılı Damga Vergisi kanunu, 205 Sayılı Ordu Yardımlaşma Kanunu vb.) özel hüküm bulunan haller ile kesinleşmiş yargı kararları üzerine kesinti yapılabilir.Yasal yada kesinleşmiş yargı kararı gibi bir dayanak bulunmaksızın, idarece kamu görevlisinin aylık ve özlük haklarından kendiliğinden devlet alacağına mahsuben kesinti yapılması hukuki sayılamaz. Bu tür yapılan bir kesinti olsa olsa kamu otorite ve gücüne dayanılarak yapılan bir tahsil olur.”* gerekçesiyle *“usulüne uygun adli yargı yoluna başvurup kesinleşmiş bir mahkeme ilamı olmaksızın Mayıs 2000 tarihinden itibaren davacının aylığından kesintiler yapılarak geri alınması işleminin iptaline”* karar vermiştir⁸⁵. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin aynı gerekçelerle vermiş olduğu bir çok kararı vardır⁸⁶.

2. Re'sen İcra Yetkisinin Kanundaki Usullere Uygun Kullanılmaması

Hukuka uygun olarak yapılmış bir idari işlemin uygulanmasına yönelik re'sen icra yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılması; bu yetkinin kanunda düzenlenmiş olan usullere uyularak kullanılmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, re'sen icra yetkisinin kanunda düzenlenmiş olan usullere uygun olarak kullanılmaması ortaya çıkan eylemin hukuka aykırı

⁸⁵ AYİM.2.D., 15.11.2000, E.2000/478 K.2000/726, Dergi No: 15, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1374&ctg=000002000003000002

⁸⁶ AYİM.2.D, 05.03.1997, E.1996/526 K.1997/314; AYİM.1.D., 15.06.1999 E.1998/886 K.1999/661; AYİM.2.D., 19.12.2002, E.2001/377 K.2002/106.

olmasına neden olacaktır. Ayrıca re'sen icra yetkisinin kullanılmasıyla mülkiyet hakkına ya da temel hak ve özgürlüklerden birine tecavüz söz konusu olursa fiili yol meydana gelecektir. Re'sen icra yetkisinin kanunda düzenlenmiş olan usullere uygun olarak kullanılması yetkinin varolması açısından bir zorunluluktur. Genel bir yetki olmayıp istisnai bir yetki olan re'sen icra yetkisinin kanuni düzenlemeye uygun olarak kullanılmaması, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda idare tarafından yapılan eylemi açık ve ağır bir şekilde hukuka aykırı hale getirmekte ve ortaya çıkan eylem fiili yol olarak nitelendirilmektedir.

İmar Kanunundaki yıkılmaya yüz tutmuş yapılara ilişkin re'sen icra yetkisinin kullanılması için öncelikle bu yapıya ilişkin tespit yapılması sonrasında süresi içinde yapı sahibine durumun izalesi için gereğinin yapılmasına ilişkin tebligat yapılması gerekmektedir. İlgilisinin idare tarafından getirilen yükümlülüğe uymaması durumunda idarenin re'sen icra yetkisini kullanması söz konusu olmaktadır. Yani re'sen icra yetkisinin kullanılabilmesi kanunda belirtilmiş olan şartların yerine getirilmesine bağlanmıştır. Bu şartlar olmaksızın re'sen icra yetkisinin kullanılması hukuka aykırıdır.

3. Re'sen İcra Yetkisinin Uygulamasının Ölçülülük İlkesine Uygun Olmaması

Kolluk alanı “kamu gücünün kendisini en somut biçimde gösterdiği” hak ve özgürlükleri hemen her işlem ve eylemiyle etkileme sonucu doğuran bir alandır⁸⁷. Kamu düzeninin bozulmasının önlemek ve bozulduğunda da yeniden tesis etmek için alınan kolluk önlemleriyle temel hak ve özgürlükler kanundaki usullere uygun olarak ve ortaya çıkan tehlikenin niteliğine göre ölçülü bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Kamu düzenini koruma amacıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması arasında bir denge sağlanmalıdır. Bu dengenin sağlanmasına yönelik ilkelerden bir tanesi de ölçülülük ilkesidir.

⁸⁷ ÖZAY İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Antalya 2002, s.1.

Kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesinde re'sen icra yetkisinin hukuka uygunluğu, alınan kolluk önleminin ölçülü olmasıyla doğrudan ilişkilidir. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. Maddesindeki “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*” şeklindeki hükümle polisin cebir kullanmasının kademeli ve ölçülü bir şekilde olması gerektiği belirtilmiştir. Bir diğer deyişle, re'sen icra yetkisinin varlığı kanundaki düzenleniş şekline uygun kullanılmasıyla mümkündür. Aksi durumda kullanılan yetki kanunsuz bir yetki halini almaktadır. Kolluk güçleri, emir ve yasaklara direnenlere karşı bu emir ve yasakların gereğinin yerine getirilmesi için zor kullanma yetkisine sahiptir. Ancak alınacak önlemler bakımından direnmenin niteliği önem taşımaktadır. Çünkü zor kullanmaya başvurulmasındaki amaç, direnme ve saldırının niteliği dikkate alınarak direnen ya da karşı koyan kişinin etkisiz hale getirilmesine yönelik olarak, kademeli olarak artacak şekilde bedeni kuvvet, maddî güç ve yasal şartların gerçekleşmesi durumunda silah kullanılmasıdır.

Zor kullanma yetkisinin hukuka uygun olması için bir takım hukuki unsurlar taşıması gerekmektedir. Bunlar yasallık, zorunluluk, denge unsuru ve elverişlilik unsurlarıdır⁸⁸. Yasallık, zor kullanma yetkisinin dayanağını yasal bir düzenlemeden almasıdır. Yasallık unsuruyla, zor kullanmanın yasaya uygun olması, görev konusunun zor kullanma yetkisini gerektiren nitelikteki durumlar içinde olması ve bu yetkinin yasanın öngördüğü usullere uygun olarak kullanılması gerekmektedir⁸⁹. Zorunluluk unsuru ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan gereklilik ile denge unsuru ise diğer bir alt ilke olan orantılılık ilkesiyle ilişkilidir⁹⁰. Dolayısıyla dayanağı yasada olan bir re'sen icra yetkisinin hukuka uygun olması ölçülülük ilkesine uygun olarak uygulanmasına bağlıdır. Özellikle kolluk kuvvetleri zor kullanma

⁸⁸ OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.77.

⁸⁹ YENİSEY Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1988, s.225'den aktaran OĞURLU, s.77-78.

⁹⁰ OĞURLU, s.77.

yetkisi kapsamındaki yetkileri gerektiği ölçüde, kademeli ve gittikçe artan bir dozda kullanılmalıdır. Bir temel hak ve özgürlüğün kamu düzeninin sağlanması için daha az sınırlayıcı bir önlemlerle sınırlandırılması mümkünken daha ağır bir kolluk önlemleriyle sınırlandırılması hukuka aykırıdır ve temel hak ve özgürlüklere tecavüz edilmesi söz konusu olur. Örneğin içkili olan bir kişinin otomobil kullanmasını engellemek için anahtarının elinden alınması yeterli iken bu kişinin göz altında tutulması orantılı bir tedbir değildir⁹¹. Polisin dur ihtarına uymayan bir aracın takibinde aracın durdurulması için tekerleklerine ateş etmek yeterli iken aracı kullananın hedef alınarak kafasından vurularak ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda orantısızlık çok ağırdır⁹². Polisin kanunsuz gösteri yürüyüşü yapan bir topluluğu tazyikli su sıkarak veya fiziksel müdahale sonucunda dağıtması mümkünken, topluluğa ateş açması eylemi açık ve ağır bir şekilde hukuka aykırı olacaktır. Bu şekildeki eylem ise fiili yol niteliğindedir. Verilen bu örnek olaylarda bir temel hak veya özgürlüğün ihlalinin ağırlık derecesine göre ortaya çıkan eylem fiili yol olarak nitelendirilmektedir.

SONUÇ

İdari işlemlerin uygulanmasını sağlamak üzere kullanılan re'sen icra yetkisi istisnai bir yetki olup ancak kanunlarda açıkça düzenlenmiş olmakla kullanılması mümkündür. Re'sen icra yetkisinin kullanılmasının kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına gelmesi ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların ancak kanunla yapılabilmesi, bu yetkinin kanunla düzenlenmiş olması gerekliliğinin nedenidir. Kanunda düzenlenmiş olan re'sen icra yetkisinin kullanılması ise, kanundaki şartların oluşmasına bağlıdır. İdarenin bu şartların gereğini yerine getirdikten sonra re'sen icra yetkisine dayanarak bir eylemde bulunması gerekir. Re'sen icra yetkisinin hukuka uygunluğu açısından, yetkinin kullanılmasıyla ortaya çıkan eylemin ölçülülük ilkesine uygun olması temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi açısından gayet önemlidir. Kullanılma şartları oluşmuş olan re'sen icra yetkisine dayanılarak yapılan eylemin ölçülülük ilkesine aykırı olması, temel hak

⁹¹ YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009, s.69.

⁹²<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1046686&Date=20.12.2011&CategoryID=77>

ve özgürlüklerin gerekli olandan daha fazla sınırlanmasına ve dolayısıyla kanuni sınırlamanın dışına çıkılmasına neden olmaktadır. Bu durumda eylem kanuni dayanaktan yoksun kaldığından fiili yol olarak nitelendirilmektedir.

Anayasa ve yasalarla güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin, özellikle kolluk alanında yapılan işlemlerle sınırlanması durumunda bu sınırlamaların hukuka uygunluğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin somutlaştırılması açısından son derece önemlidir. Zira idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale eden işlemleri ve eylemlerinin hukuka aykırılığı, bu işlemlerin dayanağı olan kamu gücünü kanunsuz ve kaba bir güç haline getirmektedir. Tek yanlılık, icraîlik ve hukuka uygunluk karinesinden faydalanan işlemleri gerektiğinde re'sen icra yetkisini kullanarak uygulanmasını sağlayan idarenin kanunilik ilkesine uygun hareket etmesi hukuk devletinin gerçekleştirilmesi açısından hayati bir öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz , “Yönetmelik ve Anayasal Yargıda Yokluk”, Amme İdaresi Dergisi, C.28, S.2, Haziran 1995, s.3.

ATAY Ethem, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri” G.Ü.H.F.D., C.XI, S.1, Y.2007, www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/ethem_21, (14.10.2009), s.505.

AYANOĞLU Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.

AYAYDIN Cem, İdare Hukuku’Na Giriş (II), Yenilik Basımevi, İstanbul 2008.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

ERKUT Celal, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.

ERKUT Celal, İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.

ERKUT Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, Y.9, S.1-3, Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, İstanbul 1988, s.72.

FERRIRA Nelly, *La Notion d’exécution d’office*”, AJDA 1999, s.41.

FRIER Pierre-Laurent, “*L’exécution d’office: principe et évolutions*”, AJDA 1999, s.45.

GİRİTLİ İsmet/ BİİGEN Pertev/ AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I-II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 7. Aynı Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.

GÜRAN Sait, “İdari İşlem”, Hayri Domaniç’e Armağan, C.II, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.1275.

LONG M/WEIL P./BRAIBANT G./DELVOLVE P./GENEVOIS B., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 16. Baskı, Dalloz, Paris 2007.

OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2000.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II-III, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

ÖZAY İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Antalya 2002.

POISSON Jean-Marc, Les Droits De L’Homme et Les Libertés Fondamentales à l’Epreuve de La Dualité de Juridictions, L’Harmattan, Paris 2003.

ROUSSET Michel, L’idée De Puissance Publique En Droit Administratif Français, Thèse Pour Le Doctorat En Droit, Imprimerie Allier, Grenoble 1960.

SARICA Ragıp, “Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, İÜHFM, C.XIII, s.894.

SARICA Ragıp, İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, Ebül’ula Mardin’e Armağan’dan ayrı bası, İstanbul 1944.

SEILLER Bertrand, Acte Administratif, Rép. Cont. Adm., Dalloz, Juin 2003.

ŞEKER Gülseven, Fransız İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türk İdare Hukukundaki Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2010.

TCHEN Vincent, “*Exécution de l’acte administratif*”, JurisClasseur Administratif, 18 Temmuz 2008.

TEKİNSOY Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

TRUCHET Didier, “*L’autorité de police est-elle libre d’agir?*”, AJDA 1999, s.81.

VEDEL Georges/ DELVOLVE Pierre, Le Système Français de Protection des Administrés contre l’Administration, Sirey, Paris 1991

YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009.