

KAMU KURUMLARI VE UZMANLIK İLKESİ (KURAM VE UYGULAMAYA İLİŞKİN GÖZLEMLER)

Cem Çağatay ORAK*

ÖZET

Kamu kurumları teknik nitelikli kamu hizmetlerini yürüten ve merkezi idare dışında teşkilatlandırılmış kamu tüzel kişileridir. Kamu kurumları uzmanlık ilkesine uygun olarak faaliyet gösterirler. Uzmanlık ilkesi doktrinde, kamu kurumlarının sadece özgülendikleri amaç doğrultusunda faaliyette bulunabilmeleri biçiminde tanımlanmaktadır. Ne var ki bu klasik tanımlama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan idarenin kanuniliği ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir ve aslında uzmanlık ilkesinin kapsamını tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır. Öte yandan, uzmanlık ilkesi kamu kurumlarının işlevsel nitelikleri açısından da belirleyici bir kavramdır. Çünkü, söz konusu kurumların yürüttükleri kamu hizmeti sahasında teknik yönden uzman olmaları ön kabulü bireyler açısından beklenti eşliğini de haklı olarak yükseltmektedir. Bu husus, modern gelişmeler ışığında uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamının yeniden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu sayede uzmanlık ilkesinin idarenin yargısal denetiminde ölçü norm olarak kullanılması ve yargısal denetimin daha etkin hale getirilmesi mümkün olabilir.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bu çalışmanın konusunu ve sınırını, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hâkim olan “uzmanlık” ilkesinin kuramsal bağlamda ve uygulamadaki kapsamı ile idari yargı denetiminde başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olamayacağı oluşturmaktadır. Çalışmada uzmanlık ilkesinin tanım, kapsam ve sonuçlarına ilişkin bazı kavramlaştırma denemeleri de yapılarak söz konusu ilkenin kuramsal boyutuna katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, kamu kurumları, uzmanlık ilkesi, idari yargı denetimi, idarenin sorumluluğu.

PUBLIC ESTABLISHMENTS AND THE PRINCIPLE OF SPECIALITY (OBSERVATIONS ON THE THEORY AND PRACTICE)

ABSTRACT

Public establishments operate in line with the principle of speciality. The principle of speciality is defined by the scholars that the public establishments can only operate for the sake of purpose they were devoted. This conventional definition is, however, the reiteration of the principle of legality of the administration and thus

* Dr., Avukat, Çakmak Avukatlık Bürosu, (c.orak@cakmak.av.tr)

cannot accurately demonstrate the scope of the principle of speciality. Furthermore, the principle of speciality is an identifying element given the operational characteristics of public establishments. This is because the fact that the public establishments hold a technical expertise in the relevant public service they perform reasonably increase the expectation margin of the individuals. Such issue therefore requires the reconsideration of the definition and exact scope of the principle of speciality under the modern developments.

In the light of the foregoing, the subject matter of this article is to set forth the scope of the principle of specialty from the perspective of theory and practice and to discuss whether such principle can be a reference rule during the judicial review. We also strive to propose new concepts in relation to the definition, scope and consequences of the principle of speciality in order to make a contribution to the theoretical aspect of the said principle.

Key Words: *Decentralized public service bodies, public establishments, the principle of speciality, judicial review by the administrative courts, the liability of the administration.*

GİRİŞ

Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, bir başka deyimle kamu kurumları, Anayasa'nın 123(3) maddesi uyarınca kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlem vasıtasıyla kurulurlar. Bunlar, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen kamu hizmetlerinin devlet ve mahalli idare tüzel kişiliği dışında teşkilatlandırılması ve tüzel kişiliğe kavuşturulması suretiyle ortaya çıkan kurumlardır. Kuruluş amaçları da esas itibarıyla teknik bilgi ve uzmanlık isteyen hizmetlerin merkezi idare tarafından yürütülmesi halinde ortaya çıkabilecek aksaklıkları gidermektir¹. Bu sayede kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik sağlanır.

Kamu kurumlarının ortak özelliklerinden biri uzmanlık (ihtisas) ilkesine göre faaliyet göstermeleridir². Uzmanlık ilkesi, doktrinde kamu kurumlarının sadece özgülendikleri amaç doğrultusunda faaliyette bulunabilmeleri biçiminde tanımlanmaktadır.³ Ne var ki, söz konusu ilkenin kapsamı ile

¹ ONAR, s. 464-465; Dan. 10. D. 29.01.2008 tarih ve E. 2007/2534. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 26.02.2012].

² Kamu kurumlarını kamu idarelerinden ayıran en önemli kriterin "uzmanlık ilkesi" olduğu yönünde bkz. DURAN, İdare Hukuku, s. 191 ve GÖZÜBÜYÜK, s. 226.

³ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 355; TAN, İdare Hukuku, s. 180-181; GÜNDAY, s. 531; KALABALIK, s. 438; GÖZLER, s. 473; Karş. KARAYALÇIN, s. 6-15.

hukuka uygunluk denetimi ve idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde idari yargı makamları tarafından başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olmadığı hususlarında Türkiye'deki genel idare hukuku ve idari yargılama usul hukuku eserlerinde yeterli açıklama yoktur. Bu konudaki yazın kamu yönetimi disiplini tarafından şekillendirilmektedir⁴. Bu disiplinin şemsiyesi altında yazılanlar ise doğal olarak hukuki anlamda doyurucu olmaktan uzaktır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bu çalışmanın konusunu ve sınırını, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hakim olan “uzmanlık” ilkesinin kuramsal bağlamda ve uygulamadaki kapsamı ile idari yargı denetiminde başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olamayacağı oluşturmaktadır.

I. KAMU HİZMETLERİNİN FONKSİYONEL AYRIŞTIRILMASI BAĞLAMINDA KAMU KURUMLARI

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde genel geçerli tek tip bir örgütlenme modelinden söz etmek olanaklı değildir. Esasında, idare hukukunun ünlü temel ilkelerinden biri, kuruluşları ihtiyaçlar yaratır ilkesidir⁵. Birer hizmet yerinden yönetim kuruluşları olan kamu kurumlarının asıl kuruluş gerekçesi de, merkezi idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu bazı hizmet ve faaliyetlerin tüzel kişiliğe sahip ve ihtisaslaşmış bir başka kuruma devredilmesi ihtiyacıdır⁶. Buna kamu hizmetlerinin dikey ya da fonksiyonel ayrıştırılması denilmektedir⁷. Fonksiyonel ayrıştırma sayesinde etkinlik konuları sınırlanır ve hizmetlerin sunum yönünde genellikle “özelliğe”⁸ doğru bir kayma meydana gelir.

⁴ Bu konudaki bazı çalışmalar için bkz. CALLANDER, s. 123-140; ERGUN, Kamu Yönetimi, Kuram-Siyasa-Uygulama, Ankara, 2004; WILSON, Bürokrasi, Kamu Kuruluşları Neyi, Niçin Yaparlar, çev. Selçuk Yalçındağ, Doğan Canman, Yücel Ertekin, Ankara, 1996; BİLGİÇ, s. 27-35.

⁵ GÜRAN, Kamu Personeli, s. 225.

⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına benzer bir yapılanma söz konusudur. Bunlara *special districts* adı verilmektedir. Belirli bir kamu hizmetinin coğrafi olarak sınırları belirli bir alan içinde sunulması amacıyla kurulmuşlardır. Tüzel kişilikleri, vergi ve benzeri mali yükümlülükleri koyma yetkileri vardır. İdari kolluk yetkileri ise sınırlıdır. *Special districts*'ler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STEPHENS/WIKSTROM, s. 129-138; CARR, s. 481-492; Ayrıca bkz. Birleşik Devletler İstatistik Dairesi (U.S. Census Bureau) resmi internet sitesi: <http://www.census.org> [erişim tarihi: 14.03.2012].

⁷ KALABALIK, s. 36.

⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 355.

Kamu kurumlarının ortaya çıkışını açıklamada kullanılan fonksiyonel ayrıştırmanın sosyolojik düzlemde Durkheim'in görüşlerini yansıttığını söylemek yerinde bir tespit olacaktır. Modern toplum, sosyal işleri bölmek suretiyle bireylerin birbirine benzememe durumunu olumlar⁹. Her birey, yaptığı işi bir başka bireyin gereksinimini karşılama dürtüsüyle yapar. Fonksiyon farklılaşmasından doğan bu dayanışma durumu Durkheim tarafından organik dayanışma olarak adlandırılır. Organik dayanışmada farklılık, işbölümü ve uzmanlaşma anahtar kavramlardır. Kanımızca sosyolojik bir olgu olan organik dayanışmanın idare aygıtına yansımalarının neticelerinden biri de kamu kurumlarının kurulması olmuştur. Çünkü kamu kurumları, modernite öncülüğünde kamu hizmetlerindeki farklılaşma ve çoğalma neticesinde ortaya çıkmıştır ve esas olarak kamu hizmetleri alanında bir işbölümü meselesidir.

Fonksiyonel ayrıştırmaya giden süreçte en önemli hukuksal katalizör ise elbette yerindenlik ilkesidir¹⁰. Avrupa idare hukukunda da, idari makamlar arası hizmet bölüşümünde yerindenlik ilkesi (*subsidiarity principle*) temel ilke olarak benimsenmektedir¹¹. Söz konusu ilkenin ana hedefi, kamusal hizmetlerin bireye en yakın, örgütsel anlamda en küçük ve merkeziyetçilikten en uzak idari kurumlar tarafından yerine getirilmesidir. Bu durumu tamamlayıcı olarak ancak ekonomik ve teknik nedenlerle mümkün olmadığı takdirde hizmet sorumluluğunun bir üst yönetime aktarılması savunulur¹².

Avrupa idare hukuku yazınındaki bu gelişmeler Türk pozitif hukukunu da etkilemiştir. Bu bağlamda, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin¹³ (3). maddesinde, kamu hizmetlerinin başvuru yapılan ilk kademedeki bireylere sunulması ve sonuçlandırılması esasları getirilmiştir. Bu çerçevede, başvurunun yapıldığı idari mercii ile karar/

⁹ CAN, s. 152.

¹⁰ Yerindenlik ilkesi mahalli idareler ekseninde gelişme göstermişse de, esas itibarıyla katı merkeziyetçi eğilimlerden uzaklaşma düsturu ile yola çıktığından, kamu kurumlarının kuruluş, örgütlenme ve işleyişine de yön vermektedir. Yerindenlik ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAARSLAN, s. 92-94.

¹¹ Bkz. Avrupa Birliği Antlaşması madde 3(b) ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı madde 4. Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartını 1988 yılında imzaladı. 1991 yılında da 3723 sayılı yasa ile TBMM tarafından onaylanması uygun görüldü ve 1992'de 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandı. (Resmi Gazete: 3 Ekim 1992 - 21364) Yürürlük tarihi ise 1 Nisan 1993 olarak belirlendi. Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın bazı hükümlerini benimsemiştir. Türkiye'nin benimsediği hükümler için 3723 sayılı yasaya bakınız.

¹² GÜNER, s. 48.

¹³ RG. 31.07.2009 t. ve 27305 S.

onay mercii arasında birden fazla kademe oluşturulmaması esastır. İdareler, başvuruların doğrudan kamu hizmetini sunan birime yapılması ve ilk kademedede sonuçlandırılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Söz konusu maddede, idarenin teşkilatlanma yetkisi kapsamında bir başka hükme de yer verilmiş ve bu sayede kamu hizmetlerinin vatandaşlara en yakın yerden sunulabilmesi amacıyla gerekli görülen yerlerde geçici veya sürekli bürolar açabileceği esası benimsenmiştir.

II. UZMANLIK İLKESİNİN TANIMI ve KAPSAMI

1- Uzmanlık İlkesinin Klasik Tanımı

a) Kamu Kurumlarının Özgüledikleri Amaç Dışında Faaliyet Gösterememeleri

Belirli bir mal topluluğu söz konusu olduğunda, mal topluluğunun özgülediği amaç ve bu amacın açık, anlaşılabilir ve belirli olması ayrı ve özel olarak önemlidir. Örneğin, vakfın tanımının yapıldığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinde, mal ve hakların belirli bir amaca özgülenmesinden bahsedilmektedir. Belirli amaç, sağduyuya ve dürüst yurttaşın anlayışına elverişli ve anlaşılabilir olmalıdır¹⁴. Kamu kurumlarının da vakıflar gibi mal topluluğu olduğu dikkate alındığında; analogi yoluyla bir değerlendirme yaptığımızda, kamu kurumları için de amacın belirli olmasının hukuksal anlamda belirleyici bir rolü vardır. Çünkü kamu kurumları da özgüledikleri amaç dışında faaliyet gösteremezler. Kamu kurumlarının özgüledikleri amaç ve bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen faaliyetler ise bu kurumların adeta ontolojik ispatı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, özellikle sınıai ve ticari kamu kurumları niteliğindeki kamu teşebbüsleri söz konusu olduğunda, uzmanlık ilkesi oldukça geniş yorumlanmaya müsait bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Fransa'da bu tip kamu kurumlarının temel faaliyet alanlarıyla az çok ilgili ek faaliyetlerde bulunabilecekleri, keza iyi işletme icapları nedeniyle bazen faaliyet sahalarının genişleyebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Ne var ki, Danıştay kararlarında, sınıai

¹⁴ ÖZSUNAY, s. 390.

¹⁵ “Örneğin, Fransız Danıştay'ı, *Société Maison Balland-Brugneaux* kararında, kamu kurumu niteliğindeki bir taş kömürü işletmesinin, çıkardığı kömürün yakılması suretiyle çalışan bir termik elektrik santrali kurup elektrik üretmesini uzmanlık ilkesine aykırı görmemiştir. Keza Fransız Danıştay'ı, Paris toplu taşıma kurumunun (RATP), kendi faaliyetinin iyileştirilmesi, kendi faaliyetinin tamamlayıcısı niteliğinde olmak şartıyla Paris dışında da faaliyette bulunmasının uzmanlık ilkesine aykırılık teşkil etmediği yolunda görüş bildirmiştir”. GÖZLER, s. 474'den naklen. Gözler, aynı gerekçe ile İstanbul Deniz Otobüslerinin İstanbul dışı-

ve ticari kamu kurumları söz konusu olduğunda da uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığını söylemek mümkündür. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Anayasanın 123(1) maddesi uyarınca idarenin görevleri kanunla düzenlenir. İdare, ancak kanunlarda kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilir. Dolayısıyla, “*kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine göre faaliyet göstermeleri, kendilerine bırakılmış faaliyet sahası ile sınırlı şekilde faaliyette bulunabilmelerini gösterir*” biçimindeki klasik açıklama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan *idarenin kanuniliği* ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir ve aslında uzmanlık ilkesinin mahiyetini tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır.

b) Ultra Vires Kuramı Çerçevesinde Uzmanlık İlkesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, “uzmanlık ilkesi” esas olarak kamu kurumlarının özgüledikleri amaç dışında faaliyette bulunamamaları olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Bir başka deyişle, kamu kurumlarının yetki ve görev alanı konu itibarıyla sınırlandırılmıştır¹⁷. Bu tanım, *ultra vires* kuramının incelenmesini gerekli kılmaktadır. Ultra vires kuramının esasen özel hukukta ve daha çok şirketler hukukunda benimsendiği ve uygulandığı söylenebilir. Ultra vires, tüzel kişiliğin mahiyetinden doğan bir teoridir. Çünkü tüzel kişilikler, ortak bir amaç etrafında toplanan ve menfaati söz konusu amacı gerçekleştirmeye yönelen hukuksal yapılardır.

Ultra vires teorisi, ticaret ortaklıklarının ehliyetinin ana sözleşmesindeki işletme konusu ile sınırlandırılmasını savunur¹⁸. Bu teori uyarınca işletme konusunun dışına taşan işlemler yapılmış olsa dahi ortaklığı bağlamaz. Esasında işletme konusu dışındaki işlemler yok hükmündedir¹⁹. Herhangi bir işlem ya da faaliyet, ortaklığın işletme konusuna bağlanabilmeli ve ortaklığın amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli olmalıdır. Ultra vires prensibi, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesinde hükme bağlanmıştır²⁰.

na Yalova’ya, Mudanya’ya ve Bandırma’ya yaptığı seferlerin ihtisas ilkesine aykırı görülmeyeceğini belirtmektedir.

¹⁶ GÖZLER, s. 473.

¹⁷ GÜRELİ, s. 12; AĞAR, s. 291.

¹⁸ CLARK, s. 675-676; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 101.

¹⁹ Yargıtay’ın bazı kararlarında bu teori çok katı bir şekilde uygulanırken, bazı kararlarında nispeten yumuşak bir yorum benimsenmiştir. Karş. Yar. 11. HD., 9.5.1980 t. ve E. 1980/1984, K. 2552 ve Yar. 11. HD., 23.3.1982 t. ve 851/1225 sayılı kararlar, aktaran POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 100.

²⁰ Hükmi Şahısların Ehliyeti - Madde 137: *Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket*

“Hükmi Şahısların Ehliyeti” kenar başlığını taşıyan 6762 sayılı eski TTK’nun 137. maddesini karşılayan 6102 sayılı Yeni TTK’nun 125. maddesinde ise, bir yandan hükme bağlanan “tüzel kişilik” ve “ehliyet” kenar başlıkta ayrı ayrı vurgulanmış, öte yandan da eski TTK’nun 137. maddesinde yer alan “faaliyet konusu ile sınırlı hak ehliyeti” kuralı terk edilmiştir²¹.

Böylece, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin kendiliğinden “*ultra vires*” (yetki dışı) ve böylece yok hükmünde olmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 15. maddesinde, mevcut ticaret şirketlerinin ehliyetlerinin eski Ticaret Kanunu madde 137 hükmüne paralel olarak işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten şirket sözleşmesi veya esas sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Ultra vires prensibinin yeni TTK’nda yer almamasının en önemli gerekçesi, Avrupa Birliği’nin şirketler hukukuna ilişkin 68/151 sayılı Birinci Yönergesine uyum sağlama çabasıdır. Bu çerçevede, eskiden *ultra vires* kabul edilen işlemler nedeniyle ortaya çıkan hukuki ihtilaflar, “yokluk” yaptırımını ekseninde değil temsil yetkisinin aşılması gerekçesine dayanılarak şekillenebilecektir²².

Bununla beraber *ultra vires* kuramı, anglo-sakson uygulamasında kamu hukukunda da benimsenen bir kuramdır. Ultra vires, kara avrupası idare hukuku anlamında yetki unsuru yönünden sakatlığı işaret etmesinin yanında, amaç bakımından sakatlığı ifade eden yetki saptırması ile de özdeşir²³.

İngiliz idare hukukunun geliştirdiği *ultra vires* kuramı, genelde kara avrupası, özelde Türk idare hukukuna çok fazla ışık tutacak nitelikte değildir. Dolayısıyla, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hâkim olan uzmanlık ilkesini *ultra vires* kapsamında açıklamak kuramsal bağlamda tatmin edici sonuçlar vermez. Çünkü, İngiliz idare hukukundaki *ultra vires* kuramı, zaman içerisinde sadece kamusal makamların kanuni yetkilerinin dışına çıkmasını açıklamak için kullanılan bir kavram değil ve fakat aynı zamanda “*iyi idare*” ilkesine aykırılık oluşturabilecek her türlü aksaklık ve eksikliği de tanımlamada kullanılan bir torba kavram haline gelmiştir²⁴.

mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.

²¹ KENDİGELEN, s. 99-100.

²² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 125/2 maddesinde “*Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır*” hükmü yer almaktadır.

²³ KARAMUSTAFAOĞLU, s. 45; MUMCU, s. 53; karşı. GÖZLER, s. 856; Ultra Vires doktrininin gelişimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. ERHÜRMAN, Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires, AÜHFD, C. 61(2), 2012, s. 599-646

²⁴ SCHWARZE, s. 695.

Ultra vires kuramının bu niteliği sebebiyle, ülkemizde idari yargı organlarının da özellikle yetki sakatlıklarını denetlerken başvurduğu bir ölçü norm olduğunu söylemek olanaklı değildir. Oysa ki, Türk idare hukukunun son dönemdeki gelişim çizgisinde, özellikle kamu hizmetlerinin sunumu ve kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkeler konusunda anglo sakson modelinden fazlasıyla esinlendiği bilinen bir gerçektir. Bu durum pozitif düzenlemelere de yansımıştır. Örneğin, etkinlik (*efficiency*) ve verimlilik (*productivity*) kavramlarının Türk idari teşkilat hukukuna yerleşmesinde anglo sakson modelinin etkisi yadsınmaz. Nitekim, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun, 2008 Yılı Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu'nda "Denetime tabi kamu kurum ve kuruluşlarının, ulusal ekonomiye faydalı olabilmeleri için özerk bir tarzda, ekonominin kuralları ve ekonomik gerekler dahilinde, etkinlik, verimlilik ve tutumluluk ilkeleri doğrultusunda yönetilmelerini sağlayarak, kuruluş amaçlarına ulaşmalarına yardımcı olmak" ana hedefler arasında gösterilmiştir²⁵. Türk idari yargı organları da son dönemdeki kararlarının gerekçesinde etkinlik kavramına yer vermektedir²⁶.

c) Yargı Kararlarında Uzmanlık İlkesinin Klasik Tanımı

Kamu kurumlarının özgüledikleri amaç dışında faaliyet gösterememeleri, yargı organlarıncı oldukça dar yorumlanmaktadır. Bir başka deyişle, yargı organları, kamu kurumlarının ana faaliyet sahası ile ilgili veya ilişkili olabilecek faaliyetleri yürütemeyecekleri yönünde kararlar vermektedir.

Bu hususta inceleyeceğimiz ilk karar TRT'ye ilişkindir. Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nun Kuracağı veya Katılacağı Ortaklığa Dair Usul ve Esaslar Hakkında Karar'ın yürürlüğe konulmasına ilişkin 24 Şubat 2007 tarih ve 26444 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13 Şubat 2007 tarih ve 2007/11725 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali istemiyle açılan davada Danıştay 10. Dairesi, uzmanlık ilkesini dar yorumlamıştır. Danıştay, verici altyapısını işletecek bir şirkete TRT'nin katılımını öngören düzenlemeyi, mevzuatta bu hususta yetki veren açık yasal hükmün varlığına rağmen, (i) TRT'nin özerk ve tarafsız kamu yayıncısı olma özelliğini zedeleyeceği, (ii) TRT'nin ayrıcalıklı ve özel konumunu koruyacak ilke ve esaslara yer verilmemesi gerekçeleriyle hukuka aykırı bulmuş ve iptal etmiştir²⁷.

²⁵ <http://www.ydk.gov.tr/2008malidurumvebeklentilerraporu.mht> [erişim tarihi: 07.08.2009].

²⁶ Dan. 2. Daire, 23.10.2007 t. ve E. 2007/1200. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 14.11.2011].

²⁷ Dan. 10. D. 29.01.2008 t. ve E. 2007/2534. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 14.11.2011].

Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)

Söz konusu Bakanlar Kurulu kararının hukuksal dayanağı, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 37. ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un²⁸ Ek (1). maddesidir. 2954 sayılı Kanun'un 37. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Madde 37 - Yönetim Kurulu, Kurumun amaçlarına uygun olmak şartıyla ve Bakanlar Kurulu kararnamesi ile gösterilecek esaslar içerisinde, yerli veya yabancı gerçek veya tüzelkişilerle, özel hukuk hükümlerine tabi mahdut mesuliyetli ortaklıklar kurabilir.

3984 sayılı Kanun'un Ek (1). maddesinde de “özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, kendilerine tahsis edilen TV kanal ve radyo frekansından yapacakları yayınlarını, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun veya bu amaçla özel yayın kuruluşlarıyla ortak kuracağı şirketin görev ve sorumluluğunda işletilen verici tesislerinden yapmaları asıldır” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, TRT'nin verici tesislerinin kurulması, işletilmesi, yenilenmesi ve bu tesislerde değişiklik yapılması sırasında özel yayın kuruluşlarının ihtiyaçlarını da göz önünde tutacağı hükme bağlanmıştır.

Danıştay kararı birkaç açıdan eleştirilebilir. Her şeyden önce, iptal davasına konu olan bakanlar kurulu kararının dayanağı olan 2954 sayılı Kanun'un 37. maddesi, TRT'nin yerli veya yabancı şirketlerle ortaklık kurabilmesi için iki ana koşul getirmiştir. Bunlardan birincisi kurulacak şirketin TRT'nin amaçlarına uygun olması, ikincisi ise ortaklığın esasının bakanlar kurulu tarafından düzenlenmesidir.

2954 sayılı Kanun'un 9. ve 37. maddesi ile 3984 sayılı Kanun'un Ek (1). maddesi çerçevesinde, TRT'nin yayıncı kuruluşlarla verici alt yapısının işletilmesine yönelik şirket kurabilmesi mümkündür. Esasında burada herhangi bir tartışma da yoktur. Danıştay kararında da bu nokta üzerinde durulmamıştır. Dolayısıyla, 2954 sayılı Kanun'un 37. maddesindeki ilk şart olan “TRT'nin amacına uygun olma şartı” karşılanmıştır.

2954 sayılı Kanun'un 37. maddesindeki ikinci şart olan ortaklığın esaslarının bakanlar kurulu kararnamesi ile gösterilmesi şartının karşılanıp karşılanmadığı aşamasında ise Danıştay tarafından yerindelik denetimini çağrıştıran bir içerik denetimi yapılmıştır. Danıştay, söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, TRT'nin verici alt yapısını kendi insiyatifinde

²⁸ 3 Mart 2011 tarih ve 27863 sayılı RG'de yayımlanan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 48(1) maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

kuracağı şirketle işletmesi gerektiği sonucunu çıkarmıştır. Bir başka deyişle, TRT bu hususta yerli ve yabancı şirketleri ancak kendi kuracağı ve hukuki ve idari açıdan kontrolü elinde bulundurduğu şirkete ortak olarak alabilecektir. TRT'nin kurulmuş bir şirkete küçük ortak olarak katılması mümkün değildir.

Nitekim, dava konusu bakanlar kurulu kararında, verici alt yapısının ortak işletilmesine yönelik anonim şirket şeklinde kurulmuş veya kurulacak ortaklıklara TRT'nin katılabileceği ifade edilmiş; şirket esas sözleşmesindeki rüçhan hakları, imtiyazlar, hisse miktarı ve nev'i, ortaklığın tasfiyesi gibi konularda TRT yönetim kurulu yetkili kılınmıştır. Karar sonrasında, TRT yönetim kurulu, verici alt yapısını işletecek şirkete %20,94 payla katılmaya karar vermiştir.

Danıştay'a göre, bu durum TRT'nin özerk ve tarafsız kamu yayıncısı olma özelliğini engellemektedir. Danıştay kararında, TRT yönetim kuruluna kurulmuş veya kurulacak şirketlere ortak olma konusunda verilen yetkinin tarafsızlık ve özerklik gibi ilkeleri nasıl ve ne şekilde zedeleyeceğine dair hiçbir belirleme yoktur. Tarafsızlık ve özerklik daha çok faaliyetin aktif şekilde devamı esnasında objektif olarak değerlendirilebilecek hususlardır. Tarafsızlık veya özerkliğin ihlal edilebilme olasılığı ise bir ön kabuldür. Ciddi ve açık delillere ya da en azından emarelere dayanması gerekir. Danıştay kararında soyut ön kabullerden yola çıkılmıştır. Ancak hiçbir somut gerekçe ortaya konulmamıştır.

Burada çok daha kritik olan husus, bir kamu kurumu olan TRT'nin kamu yararı amacı dışında faaliyet gösterme ihtimalinin olup olmadığıdır. Bunun için yeterli güvence de esasında 3984 sayılı Kanun'un EK (1). maddesinde getirilmiştir. Buna göre, kurulmasına izin verilen tesislerin 3984 sayılı kanunda ve izin belgesinde öngörülen amaçlar için kullanılıp kullanılmadığı RTÜK tarafından denetlenecektir. RTÜK tarafından yapılacak denetimde 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu çerçevesinde bir denetim yapılmadığı ileri sürülebilir. Ne var ki, RTÜK'ün yapacağı denetimde kamu yararını ölçü norm olarak kullanmayacağı düşünülemez. Özetle söylemek gerekirse, kurulacak şirketlerin faaliyet denetimi için kanımızca yeterli bir denetim mekanizması sağlanmıştır.

Bakanlar Kurulu'nun yönetim kuruluna yetki vermesi ise temelde yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı ve kapsamı ile ilgilidir. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabileceği gibi, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen

ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kuralları saptadıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Anayasa Mahkemesi'nin de ekonomik ve teknik konularda idareye düzenleme yetkisi veren yasa hükümlerinin liberal bir hukuk mantığı ile ele alınması gerektiğini ve idarenin geniş takdir hakkının varlığını tercih ettiği görülmektedir²⁹. Elbette, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve özellikle idari yaptırımlar alanında yasallık ilkesi belirli konuların bizatihi yasa ile düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Somut durumda kanımızca Bakanlar Kurulu'na verilen düzenleme yetkisi ve ardından Bakanlar Kurulu'nun bu hususta TRT yönetim kurulunu yetkilendirmesi hukuka uygundur. Şayet TRT yönetim kurulu, verici alt yapısının işletilmesine dönük olarak kurulmuş veya kurulacak şirketlere iştirak etme aşamasında TRT'nin kuruluş amaçlarına veya kamu yararı ile hizmet gereklerine aykırı işlemler tesis ederse elbette bu durumda yapılan işlemler idari yargının hukukilik denetimine tabi olacaktır. Ancak bu durum ortada yokken, yönetim kurulunun yetkisini kullanmasını engelleyecek şekilde hüküm tesis edilmiş ve Danıştay adeta yerindelik denetimi³⁰ yapmıştır.

Danıştay'ın, TRT'nin kurulmuş bir şirkete azınlık ortak olamayacağı yönündeki görüşü ise uzmanlık ilkesinin oldukça dar yorumlanmasının dışında, yasanın verdiği yetkinin görmezlikten gelinmesi sonucunu doğurmuştur. Çünkü, 2194 sayılı Yasanın 37. maddesinde, “*TRT'nin yerli veya yabancı şirketlerle ortaklık kurabilmesi mutlaka TRT tarafından yeni bir şirket kurulması şeklinde değil, kuruluş bulunan şirkete ortak olunması*” hak ve yetkisini de vermektedir.

Uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığı bir başka karar TSE ile TÜBİTAK arasındaki bir ihtilafa ilişkindir. TÜBİTAK tarafından 25.12.1994 tarih ve 22152 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Türk Kalibrasyon Servisi Kuruluş ve İşletme Yönetmeliği'nin bazı hükümlerinin iptali istemiyle Türk Standartları Enstitüsü tarafından açılan davada, laboratuvar akreditasyonu hizmetlerinin TÜBİTAK tarafından yürütüleceğinin hükme bağlandığı; bu durumun TSE'nin görev alanına müdahale niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür.

²⁹ AYM. 16.07.2010 t. ve E. 2010/29 - K. 2010/90 sayılı karar. RG. 4.12.2010, S. 27775.

³⁰ 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun'un 11. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesine idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yapılamayacağı yönünde hüküm ilave edilmiştir. Oysa ki kanımızca bu yönde bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç yoktu. Çünkü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2(2) maddesinde, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı açık bir biçimde düzenlenmiş durumdaydı.

Danıştay 10. Dairesi, TSE'nin endüstriyel metroloji çalışmalarını yürütmekle yükümlü olduğunu, bilimsel metroloji çalışmalarının ise TÜBİTAK tarafından yapıldığını, TSE'nin kuruluş ve görevlerine ilişkin 132 sayılı Kanun'da laboratuvar akreditasyonu hizmetlerinin TSE'nin görev alanına sokan bir hüküm olmadığını belirtmiştir³¹. Danıştay, akreditasyon konusunda yasal boşluk olduğunu³² ve her türlü akreditasyondan sorumlu olacak Milli Akreditasyon Konseyi kurulana kadar, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile TÜBİTAK arasında imzalanan 16.12.1994 tarihli protokol hükümleri çerçevesinde Tübitak Bünyesinde Türk Kalibrasyon Servisi kurulmasında hukuka aykırılık görmemiştir. Danıştay'a göre, TSE'nin aynı seviyedeki bir başka laboratuvarın yeterliliğini onaylama yetkisi olmadığı gibi, kendi kendini veya ticari rakiplerini akredite etmesi hizmet gerekleriyle bağdaşmayacaktır.

Karar birkaç bakımdan değerlendirilip eleştirilebilir. Her şeyden önce, 132 sayılı Kanun'un (2). maddesine 16.5.1985 tarih ve 3205 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen (j) fıkrasıyla, metroloji ve kalibrasyon ile ilgili araştırma ve geliştirme çalışmaları yapmak ve gerekli laboratuvarları kurmak TSE'nin görevleri arasında sayılmıştır. Bu maddeye dayanarak TSE'nin laboratuvar akredite etme yetkisinin olmadığı ileri sürülebilirse de, 132 sayılı Yasa'nın (1). maddesi uyarınca TSE, her türlü madde ve mamuller ile usul ve hizmet standartlarını yapmak amacıyla tüzel kişiliğe haiz, özel hukuk hükümlerine göre yürütülen kamu kurumu olarak kurulmuştur. Dolayısıyla, bu madde dikkate alındığında kanımızca Danıştay'ın uzmanlık ilkesini geniş yorumlayarak, laboratuvar akredite etme işinin de TSE'nin görev alanına girdiğini hükme bağlaması mümkündür. Ne var ki, uzmanlık ilkesi Danıştay 10. Dairesi tarafından oldukça dar yorumlanmış ve sadece yetki ekseninde yapılan hukukilik denetimi sonucunda TSE'nin laboratuvar akredite etme yetkisinin olmadığı belirtilmiştir.

Laboratuvar akreditasyon yetkisinin açık bir yasa hükmü ile TÜBİTAK'ın görev alanına sokulması elbette olanaklıdır. Bununla beraber, dava konusu yönetmeliğin dayanağı olan ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile TÜBİTAK arasında imzalanan protokolün laboratuvar akreditasyonu hizmetlerini TÜBİTAK'ın görev alanına sokulması için hukuksal dayanak olarak alınması Danıştay kararının en problemlili kısmı olmuştur. Çünkü, söz

³¹ Dan. 10. D. 2.11.1996 t. ve E. 1995/784-K. 1996/7926 (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 20.11.2011].

³² Bugün itibarıyla bu hizmetler, 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı kanunla kurulan Türk Akreditasyon Kurumu tarafından yürütülmektedir.

konusu Yönetmeliğin açık bir yasal dayanağı yoktur ve sadece bu Protokole dayanmaktadır. Bu durum yasallık ilkesinin ihlalidir.

Öte yandan, TSE'nin kendi bünyesindeki ya da rakip firmaların laboratuvarlarını akredite etmesinin hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağı yönündeki gerekçe de eleştiriye açıktır. Danıştay'ın buradaki yaklaşımı TSE'nin piyasadaki başka sertifikasyon kuruluşları ile rekabet halinde olduğu ve dolayısıyla hem regülatör hem piyasa oyuncusu olamayacağı mantığına dayanıyor gözükmektedir. Ne var ki Danıştay, bu durumda rekabet teorisi ve hatta 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerini ölçü norm olarak kullanıp bir denetim yapabiliirdi. Ancak bunun yerine son derece genel bir ifade ile hizmet gerekleriyle bağdaşmama kavramı tercih edilmiştir.

Esasında, TSE'nin hem regülatör hem de piyasa oyuncusu olma durumu Rekabet Kurulu'nun önüne de gitmiştir. Rekabet Kurulu kararlarında, TSE'nin esasen birbiri ile yakından ilintili standart belirleme ve sertifikasyon faaliyeti olarak iki ana faaliyeti bulunduğunu, standart belirleme faaliyetinin "kamu güvenliğini ilgilendiren bir husus olması" ve bu nedenle tipik olarak devlete ait yetkilerin kullanımını içeren bir faaliyet olması itibarıyla idari bir faaliyet olduğunu, piyasadaki diğer aktörler ile rekabet halinde yürütülen sertifikasyon hizmetlerinin ise ekonomik aktivite teşkil ettiğine karar vermiştir³³. Bir başka deyişle, Rekabet Kurulu, TSE'nin piyasadaki rakipleri ile beraber sertifikasyon hizmetini yürütebileceğini benimsemiştir.

Kanımızca, TSE'nin rakip laboratuvarları akredite etmesi, bu hizmet için uygulanan fiyatlardaki farklılaşmalar, 4054 sayılı Kanun anlamında rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldıran bir etki taşımadığı sürece hukuka uygundur. Çünkü, piyasada aktif bir oyuncu olma ile düzenleyici bir takım görev ve yetkilerin bir arada toplandığı kuruluşlar TSE'den ibaret değildir³⁴. Öte yandan, TSE'nin akreditasyon işlemlerinin de birer idari işlem olacağı dikkate alındığında yargı denetimine tabi olacağı açıktır. Dolayısıyla, Danıştay'ın buradaki kararı uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığı kararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay'ın uzmanlık ilkesinin kapsamını isabetle tespit ettiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin, bir kamu kurumu olan TCDD'nin 28 Ekim

³³ RK'nun 8.3.2002 t. ve 02-13/126-53 sayılı kararı. (www.rekabet.gov.tr) [erişim tarihi: 14.11.2011].

³⁴ Bu konudaki örnek ve değerlendirmeler için bkz. ORAK, s. 291 vd.

1984 tarih ve 18559 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ana Statüsü’nün “Kuruluşun Amaç ve Faaliyet Konuları” kenar başlıklı (4). maddesindeki bazı hükümlerin yürütülmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur³⁵. Söz konusu maddede TCDD’nin faaliyet konuları olarak gösterilen (...) *mülkiyeti kendisindeki taşınmazlarda yat limanları, ticaret kongre, fuar, kültür, alışveriş merkezleri, hastane, otel, konut, ofis, park, spor amaçlı ve benzeri tesisler yaptırmak ve işletirmek, işin niteliğine göre nakdi sermaye koymaksızın mülkiyet devri olmadan 99 yıla kadar taşınmazların tahsisi suretiyle iştiraklere katılmak* (...) ibarelerinin yürütülmesi durdurulmuştur.

TCDD’nin esas faaliyet alanının, konveksiyonel, hızlı ve yüksek hızlı demiryolları inşa etmek, devletçe kendisine verilen demiryollarını, limanları, rıhtım ve iskeleleri işletmek olduğu dikkate alındığında, yukarıdaki ifadelerin bu konularla doğrudan ilgili olmadığı görülebilecektir. Yürütülmesi durdurulan ifadelerin, TCDD’nin ana faaliyet konularını tamamlayıcı mahiyette olduğu da söylenemez. Sadece, özellikle TCDD’nin elinde bulunan liman ve rıhtımların turistik açıdan katma değer yaratabilecek yerler olduğu gözetilerek bu hizmet alanları da TCDD’nin faaliyet sahasına katılmak istenmiş ve fakat Danıştay buna engel olmuştur. Kararda açık bir gerekçeye yer verilmese de, Ana Statü’deki hükümlerin uzmanlık ilkesine aykırı olmasından ötürü yürütmenin durdurulması kararının verildiği anlaşılmaktadır. Elbette, kararın gerekçesinde bu ilkeye açıkça referansta bulunulması çok daha yerinde olurdu.

d) Yürürlükteki Mevzuata İlişkin Bazı Gözlemler

Bu konuda, yargıya intikal etmemekle beraber, incelenmesi gereken bazı mevzuat hükümlerini tespit etmiş bulunuyoruz. 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu’nun *Görev, Yetki ve Sorumluluklar* kenar başlıklı 4(d) maddesinde “*Radyoizotop üretme, kalite kontrolü, ölçme ve dağıtma tesisleri kurmak ve işletmek*” Türkiye Atom Enerjisi Kurumu’nun (“TAEK”) görevleri arasında sayılmıştır. 2690 sayılı Kanun’un (4). maddesinde ya da bir başka maddesinde, TAEK’in mal ve hizmet üretmesine olanak sağlayan başka bir hüküm yoktur. Sadece, kurumun gelirlerinin sayıldığı Kanun’un 14(c) maddesinde, mal ve hizmet üretiminden elde edilen gelirler de kurum gelirleri arasında sayılmıştır. Kanunun 14(c) maddesinin mal ve hizmet üretimine dönük kanuni bir dayanak olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, mal ve hizmet üretiminin kapsamı açık değildir. Bir başka deyişle, Kanunun 14(c) maddesi, TAEK tarafından hangi mal veya hizmetlerin üretilebileceğine dair bir hüküm içermemektedir.

³⁵ Dan. 10. Dairesi’nin 29 Ocak 2007 tarih ve E. 2005/1803 sayılı kararı (*yayımlanmamıştır*).

Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)

Kanunun 4. maddesi, üretilebilecek hizmetler konusunda daha açık düzenlemeler içermektedir. Şöyle ki, lisanslama hizmetleri, proje onay, mühendislik ve danışmanlık hizmetleri, kalite kontrol hizmetleri gibi hizmetlerin sunulabileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, mal üretimine ilişkin tek açık hüküm yukarıda bahsedilen Kanunun 4(d) maddesindeki radyoizotop üretimidir. TAEK'in resmi internet sitesinde yer alan Temel Mal ve Hizmet Üretim Türlerinin Kod Numaralarına Göre Sınıflandırılması ve 2012 Yılı Ücret Tarifesi³⁶ incelendiğinde, Radyoizotop, Radyofarmasötik üretimi dışında-ki bu malların üretiminin Kanun'un 4(d) maddesine uygun düştüğü söylenebilir-nükleer elektronik cihazların üretiminin de ücret tarifesine dahil edildiği anlaşılmaktadır. Yani, TAEK nükleer elektronik cihaz üretimi ile de iştiğal etmektedir.

Akla gelen soru şudur. 2690 sayılı Kanun'da açık bir kanuni dayanak olmaksızın TAEK nükleer elektronik cihaz üretimi ile iştiğal etmektedir. TAEK'in söz konusu cihazların satışı için üçüncü kişilerle özel hukuk ilişkisine gireceği ve özel hukuka tabi satım sözleşmeleri yapacağı açıktır. Ancak bu konu inceleme konumuz dışındadır. Burada esas olan, nükleer elektronik cihaz üretimine yönelik faaliyetlerin durumudur.

Bilindiği üzere, idare hukukunda yetki, Anayasa ve kanunlar ile yetkili kılınan idari ajan veya idari makam açısından subjektif anlamda bir hak olmayıp, söz konusu kişi veya makama idari teşkilat içerisinde yer aldığı bölüm ve seviyeye göre tanınmış³⁷ konusu ve sınırları belirli bir haktır. İdari makamların, yetkili olmadığı alanlarda kararlar alması konu bakımından yetkisi aşımını doğurur ve buna olumlu anlamda konu bakımından yetkisizlik adı verilir³⁸. Bu temel bir hukuka aykırılıktır³⁹. İdare hukukunda kural, yetki kurallarının dar yoruma tabi tutulması ve analogi yoluyla yetki yaratılmamasıdır.

Somut durumda, kanunda dayanağı olmaksızın TAEK'in nükleer elektronik cihazların üretimi ve satışı ile iştiğal etmesi olumlu anlamda konu bakımından yetkisizlik olarak gözükmektedir. Söz konusu yetkisizlik hali, idare hukukundaki temel prensibe uygun olarak dar bir yoruma tabi tutulup hukuka aykırı mı kabul edilecektir? yoksa uzmanlık ilkesi gerekçe gösterilerek bertaraf edilebilecek midir? Kanımızca burada TAEK'in nükleer elektronik

³⁶ <http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/ucretler/2012-Yılı-Temel-Mal-ve-Hizmetlerin-Ucretleri/> [erişim tarihi: 15.01.2012].

³⁷ ATAY, s. 372.

³⁸ ATAY, s. 375.

³⁹ KARAHANOGULLARI, s. 329.

cihaz üretimi ana faaliyet konusuyla ilgilidir. Dolayısıyla, uzmanlık ilkesi dikkate alınarak⁴⁰ bu durum hukuka uygun kabul edilmelidir.

Esasında, uzmanlık ilkesi bir yana bırakılacak olursa, kamu kurumlarına ilişkin bazı mevzuat hükümlerinin yeterince özenli ve idare hukuku formasyonuna uygun şekilde hazırlanmadığı da görülmektedir. Bu durum bazen pratik ihtiyaçların çözümlenmesi amacına hizmet edebilir. Ancak bazen aceleci bir şekilde hazırlanan mevzuat hükümleri idare hukukunun temel kural ve prensiplerine aykırı düşmektedir. Örneğin, Vakıflar Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁴¹ (kısaca "Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği") *Görev ve Yetki* kenar başlıklı 30. maddesinde:

- (1) *Genel Müdürlüğün merkez ve taşra teşkilâtının her kademesindeki yönetici ve personel; yapmakla yükümlü bulunduğu hizmet ve görevleri mevzuata, plan ve programlara uygun olarak yürütmekten sorumludur.*
- (2) *Bir görevin verilmesi, bu görevin yerine getirilmesi için gerekli yetki ve sorumluluğun da verildiği anlamını taşır.*

Şeklinde hüküm bulunmaktadır. Oysa ki, 20 Şubat 2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Görev ve Yetki kenar başlıklı 73. maddesinin (1). fıkrasında, genel müdürlüğün merkez ve taşra teşkilâtının her kademedeki yöneticilerinin; yapmakla yükümlü oldukları hizmet ve görevleri Genel Müdürün emir ve direktifleri doğrultusunda mevzuata, plan ve programlara uygun yürütmekten sorumlu olduğu belirtildikten sonra; 74. maddede Genel Müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebileceği ve yetki devrinin de uygun araçlarla ilgililere duyurulacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, Vakıflar Kanunu'nda yetki devrinin sınırlarının açıkça belirtilmek şartıyla yapılabileceği belirtilirken; Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nde yetki devrine hiçbir şekilde değinilmemiş ve fakat sadece "*bir görevin verilmesi, bu görevin yerine getirilmesi için yetki ve sorumluluğun da verildiği anlamını taşır*" şeklinde çalışma prensibini global bir biçimde açıklayan bir hükme yer verilmiştir.

⁴⁰ Doktrinde "saklı yetki" olarak ifade edilen kavramın kanunun kullandığı kavramların amaca uygun biçimde yorumlanmasından kaynaklanan bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. AKİLLİOĞLU, s. 73; AKYILMAZ, İdari Usul, s. 109.

⁴¹ <http://www.vgm.gov.tr/db/dosyalar/webicerik109.pdf> [erişim tarihi: 15.06.2012].

İdare hukukunda her türlü yetki kuralı kamu düzeni ile yakından ilişkilidir⁴². Dolayısıyla idare her türlü yetki kuralına uymak zorundadır. Yetki devri ise çok daha özellikli bir durumdur. Kural olarak istisnaidir ve ancak kanunlarda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için işletilebilir⁴³.

Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin yukarıda sözü geçen 30. maddesinde hem Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesinden çok daha geniş bir kapsam getirilmiş hem de görev tahsisinin içinde o işlem veya kararı tesis etmeye dönük yetkinin de mündemiç olduğu ifade edilerek otomatik bir yetki devri yaratılmıştır. Yetki devrinin istisnai olduğu ve kanunlarda açıkça öngörülen durumlarda ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için işletilebileceği prensibi dikkate alındığında; kanımızca Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin 30. maddesinin (2). fıkrası gerek Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesine gerekse Anayasanın 123(1) maddesine aykırıdır.

25 Haziran 2010 tarih ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un⁴⁴ *Yöneticilerin sorumluluğu ve yetki devri* kenar başlıklı 31(1) maddesinde Genel Müdürlüğün her kademedeki yöneticilerinin, yapmakla yükümlü buldukları hizmet ve görevlerini; mevzuat hükümlerine, ulaştırma ana planına, stratejik plan ve programlarına uygun olarak yürütmekten üst kademelere karşı sorumlu olduğu hükme bağlanmış ve esasında aynı konuyu düzenleyen Vakıflar Kanunu'nun 73(1) maddesiyle benzer bir düzenleme getirilmiştir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(2) maddesinde de genel müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek kaydıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hüküm de aynı konuyu düzenleyen Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesiyle örtüşmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği'nin 30. maddesi⁴⁵, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat

⁴² GÜNDAY, s. 135.

⁴³ *Ibid*, s. 140.

⁴⁴ 13 Temmuz 2010 tarih ve 27640 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁵ “(1) Genel Müdürlük personeli, o kadronun gerektirdiği görevi yerine getirmekle sorumlu ve görevi ile sınırlı olarak yetkilidir. (2) Genel Müdürlük personeli yapmakla yükümlü buldukları hizmet ve görevlerini; Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile diğer mevzuat hükümlerine, ulaştırma ana planına, stratejik plan ve programları ile amirlerinin talimatlarına uygun olarak yürütmekten amirlerine karşı sorumludur”.

ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(1) maddesine uygun hükümler ihtiva etmekte; söz konusu yönetmeliğin 31. maddesinde de genel müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek kaydıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilecekleri tespit edilerek yetki devrine ilişkin genel prensiplere uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Karayolları Genel Müdürlüğü idari kamu kurumlarıdır. Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesi, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(1) maddesi ve Karayolları Genel Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği'nin 31. maddesi, yetki devrine ilişkin olarak idare hukukunda genel kabul gören ilke ve prensipler ile Anayasa'nın 123. maddesine uygun bir düzenleme getirerek "yetkilerin sınırları belirtilmek suretiyle devredilebileceğini" öngörmüştür. Ne var ki, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin 30. maddesinde, görev tahsisinin içinde, görev konusu işlem veya kararı tesis etmeye dönük yetkinin de mündemiç olduğu ifade edilerek otomatik bir yetki devri yaratılmıştır. Bu hüküm yukarıda vurgulandığı üzere gerek Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesine gerekse Anayasanın 123(1) maddesine aykırıdır.

2. Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımı

a) Genel Olarak

Kamu kurumlarının ortaya çıkış sürecinde yerindenlik ya da daha somut ifadeyle hizmet bakımından yerinden yönetim prensibi dışında, bu prensibe bağlı olarak yürütülecek hizmetlerin niteliği de önem arz etmektedir. Çünkü, kamu kurumları tarafından yürütülen hizmetler teknik ve uzmanlık isteyen hizmetlerdir. Kamu kurumlarının da ilke olarak ilgili hizmet alanında uzmanlaşması (ihtisaslaşması) *sine qua non*'dur. Bu durumu uzmanlık ilkesinin modern tanımı olarak değerlendirmemizin sebebi, son dönemde ortaya çıkmış olmasından kaynaklanmamaktadır. Kamu kurumlarının özgülendikleri amaç dışında faaliyet gösterememeleri yanında, yürütülen kamu hizmetine ilişkin ihtisas sahibi olmaları da öteden beri kabul edilmektedir. Ne var ki, kamu kurumlarının uzmanlığa sahip olmaları meselesi, son dönemdeki bilimsel ve teknolojik gelişmelerle daha kritik hale gelmiştir. Özellikle kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminde ve idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde önemli bir ölçü norm işlevi görmesi mümkündür.

Ne var ki, şu hususu da vurgulamak gerekir ki, kamu kurumları teknik yönden ihtisaslaşmıştır tespiti doğru olmakla beraber, kanımızca idari fonksiyonun konusu ve niteliği dikkate alındığında kayda değer ayırıcı bir

vurgusu yoktur. Çünkü, idari fonksiyon *in materia* hükümetin çizmiş olduğu direktifler çerçevesinde, alınan kararları somutlaştırır ve dış dünyaya yansıtır. İdari fonksiyonun içindeki bütün kamusal makamların esas görevi de zaten teknik⁴⁶ ve günlük ihtiyaçları yerine getirmektir⁴⁷.

Kamu kurumları da idari fonksiyonun bir parçası olduğuna göre, teknik yönden uzmanlaşmanın hukuken eklemlendiği zeminin daha net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bu sayede gerek bireyler, gerekse idare açısından ortaya çıkan hak ve yükümlülükler belirgin hale gelebilir. Bu da kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini çok daha etkin duruma getirebilir.

b) Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımının Pozitif Etkisi

Kamu kurumlarının kuruluş amaçlarından biri ve belki de en önemlisi kaynak dağılımında etkinliğin sağlanmasıdır. Kaynak dağılımında etkinlik için kamu kurumlarının kendi faaliyet konularında bilgi üstünlüğüne sahip olmaları gerekli ve olağandır. Ne var ki, söz konusu bilgi üstünlüğü ancak bununla paralel işleyen bir hesap verilebilirlik ile mali, hukuki ve idari sorumluluğun üstlenilmesi halinde bir anlam ifade eder. Çünkü, idarelerin faaliyet konuları ne kadar teknik ve karmaşık olursa, güçleri de o oranda artacaktır. Bu durumda ise idarelerin işlem ve eylemlerinin idari yargı mercileri tarafından gereği gibi yargısal denetime tabi tutulabilme ihtimali azalabilecektir⁴⁸.

Bilindiği üzere, kamu hizmetlerinin idareden beklenen kapsamda gerçekleşmemesi hizmet kusuru teşkil edeceği gibi, bu hususun idari işlemlerin yargısal denetiminde de dikkate alınması gerekmektedir⁴⁹. Ne var ki, “idareden beklenen kapsam” kavramının da objektif bir şekilde tespit edilmesi zorunludur. İdareden beklenen kapsam kavramı ile kalite⁵⁰,

⁴⁶Adliye mahkemelerinin idari davaların teknik yönü hususunda karar vermeye ehil olmadıkları için idare mahkemelerinin kurulduğu yönünde görüşler için bkz. BONNARD, s. 133.

⁴⁷ TEZİÇ, s. 344; Bu konuda bir AYM kararı için bkz. AYM'nin 25.12.2008 t. ve E. 2006/140-K. 2008/185 sayılı kararı. RG. 04.04.2009 t. ve 27190 S.

⁴⁸ AYAYDIN, s. 306, dpn. [28].

⁴⁹ AKYILMAZ, Hizmet Kusuru, s. 1145.

⁵⁰ Modern kamu hizmeti ilkelerinden biri olarak hizmet kalitesi ilkesinin etkinlik ilkesi ile yakından bağlantılı olduğu yönünde bkz. ERGÜN, s. 207.

yeterlilik⁵¹ ve özellikle icrai aşamaya yansıyan bir basitlik⁵² anlaşılmalıdır. Bu hususlar dikkate alındığında, kamu kurumlarının ilgili hizmet alanında uzman olmaları, bazı haklı ön kabulleri beraberinde getirmektedir. Kamu kurumları da yüksek standartla, uzman oldukları hizmet alanında kendilerinden beklenen kalite, yeterlilik ve basitliğe uygun şekilde hizmet vermek zorundadır. Hatta bu yükümlülük eşiği diğer kuruluş ve idarelerden daha yüksektir. İşte “uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisi” ile kastetmek istediğimiz, kamu kurumlarının uzmanlıklarının gerektirdiği şekil ve ölçüde faaliyet göstermeleridir.

Özetlemek gerekirse, kamu kurumlarının ihtisas sahibi kurumlar olarak yüksek standartlı ve geniş olanaklara sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu da, kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin denetimi ile idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde bireyler açısından “haklı beklenti” eşiğini yükselttiği gibi, idari yargı makamları da bu doğrultuda bir denetimi işletmelidir.

Yayla, idarenin sorumluluğunu değerlendirirken, “*idarenin yükselen standardı*” kavramı ile idarenin güçlülüğü ölçüsünde sorumlu olacağını, idarenin elindeki istatistik, iletişim olanakları, teknik araç-gereç, uzman personel gibi kaynaklar ile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak nedenlerden biri olan mücbir sebep uygulamasının bile azalmakta olduğunu

⁵¹ Ülkemizde devletin hüküm ve tasarrufu altındaki madenlerde, işletmeye elverişli ekonomik bir cevherin bulunması durumunda ruhsatların verilmesi, denetimi, projelerinin incelenmesi ile ilgili madencilik faaliyetleri Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı adına Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Konuyu söz konusu idare bağlamında ele alan Gülân’ın tespitleri dikkate değerdir. Kamu kurumlarında uzmanlık ilkesinin önemine, ilkeye doğrudan referansta bulunmadan değinmektedir. “*Verilen ruhsatların arkasında İdare durmamakta, ruhsat ve işletme izinlerini vermeden önce gerekli ve yeterli araştırmayı yaptığımıza dair kamuoyuna yeterli güveni vermemektedir. Bilgi birikimi, denetleme ciddiyeti, gereklilik değerlendirilmesi bakımından İdarede olması gereken dirayet görülemediği için, verilen ruhsatların akibeti sivil toplum kuruluşlarının tepki düzeyi ve yargı kararlarına göre ortaya çıkmaktadır*”. Bkz. GÜLAN, s. 263.

⁵² Amerika Birleşik Devletleri’nde 1980 yılında yürürlüğe giren [1995 yılında değişikliğe uğramıştır] Paper Work Reduction Act (Kırtasiyeciliğin Azaltılmasına İlişkin Kanun) ile federal makamlar önünde hazırlanıp sunumu öngörülen belgelerin azaltılması amaçlanmıştır. Kanuna göre federal makamlar, halktan herhangi bir belge talebinde bulunmadan önce Yönetim ve Bütçe Dairesinden (The Office of Management and Budget [kısaca OMB]) izin almak zorundadır. OMB, kamu hizmetlerinin yürütümü sırasında ilgililerden talep edilecek belgelerin bu kişilere yükleyeceği külfet ile federal makamlara getireceği pratik kazancı dikkate alarak yapacağı fayda-maliyet analizine göre karar verir. Federal makamlar, ilgililerden talep edilmesi öngörülen belgeleri bir liste halinde 60 (altmış) gün süreyle Federal Sicil’de ilan eder. Vatandaşların yorum ve görüşlerinin alınmasını müteakip, bu liste onay için OMB’ye sunulur.

ileri sürmektedir⁵³. Güran'a göre ise "olanaklı, yetkili hizmet devleti" fikri idarenin sorumluluğunda egemen olan fikir olmaya başlamıştır⁵⁴. Hatta yargı kararlarında idarenin tedbirli olma yükümlülüğü, hukuk devletinin gereklerinden biri olarak görülmektedir⁵⁵.

Genelde idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde başvuru bu kriterler esasında kamu kurumlarının işlemlerinin yargısal denetiminde de dikkate alınmalıdır. Çünkü, kamu kurumları, ilgili hizmet dalında ihtisas sahibi olmaları nedeniyle işlem ve eylemlerinde bu uzmanlığa uygun şekilde hareket etmek zorundadırlar. Bu durum, yukarıda belirttiğimiz üzere "uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisi" olarak adlandırılabilir.

Uzmanlık ilkesinin bir alt unsuru bilimsel ve teknik verilerden yararlanmadır. Bilimsel ve teknik gelişme günümüzde sadece ekonomik ve ticari hayatın taşıyıcı kavramları değildir. Bilim ve teknik, aynı zamanda sosyal hayatı dönüştüren ve değiştiren kavramlardır. Hukukun da bu alanlarda olumlu bir katalizör etkisi yapabilmesi, bilimsel ve teknik verilerin hukuksal ilişki tiplerinde de etkin ve amaca uygun kullanılması ile mümkündür. Bilim ve tekniğe değil ve fakat en azından bilgiye erişim anlamında internet ve diğer bilgi teknolojilerinin görece bir eşitlik sağladığı da açıktır.

Bu panoromik ön kabullerden hareket ettiğimizde dahi, kamu kurumlarının faaliyetlerinde bilimsel ve teknik verilere dayanmalarının kaçınılmaz olduğunu görebiliriz. Örneğin, Alman Atom Yasası, nükleer tesislerin açılmasına izin verilmesi sürecinde bilimsel ve teknik verilere dayanılmasını bir yükümlülük olarak öngörmekte; en yeni bilimsel bilgilere ve anlayışlara göre emniyet tedbirlerinin alınmasının talep edilmesini şart koşmaktadır⁵⁶. Bu durum, Alman kamu kurumlarına kolluk işlem ve eylemlerinde dahi bilim ve tekniğin bulgularına göre hareket etme külfetini yüklemektedir. Alman Atom Yasası çerçevesinde, ilgili kamu kurumunun güvenilir olması yanında, yeterli uzmanlık birikimine sahip olması gerekmektedir.

c) Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımının Negatif Etkisi

Kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine tabi olarak faaliyetlerini yürütmeleri faaliyet konularına ilişkin her türlü iş ve işlemleri kendi teşkilat

⁵³ YAYLA, s. 53.

⁵⁴ GÜRAN, Tazminat, s. 167.

⁵⁵ AYİM, 1. D., 30.03.2010 tarih ve E. 2009/684-K. 2010/341, AYİMD, S. 25, Kitap 1, Ankara, 2010, s. 279.

⁵⁶ Alman Atom Yasası (Atomgesetz) par. 7/2.

ve personel imkânlarıyla yerine getirmesi biçiminde yorumlanamaz. Çünkü uzmanlık ilkesinin önemli bir alt unsuru da “uzmanlık alanının” sınırlarının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde tespit edilmesidir. Buna “uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi” de denilebilir. Dolayısıyla, kamu kurumlarının mevzuatla kendilerine verilen yetki ve görevler yanında, araç-gereç gibi fiziksel imkânlar ve insan kaynağının ehliyetine ilişkin olarak da gerek ve yeter ölçüde bir farkındalığı olmalıdır.

Somut durumda bunların bir veya bir kaçının yeterliliği veya ehliyetlerine dönük tam veya kısmi bir endişe ortaya çıktığında, konunun gerçek anlamda uzmanlarından destek alınması gerekir. Bu durum pozitif hukukumuzda da yansımıştır. Örneğin, 20 Şubat 2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun⁵⁷ 36(h) maddesinde:

Genel Müdürlük, vakıflara ilişkin görevlerle ilgili olarak diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde çalışır ve koordinasyonun sağlanması hususunda gerekli tedbirleri alır. Genel Müdürlük gerektiğinde ihtiyaç duyulan konuyla sınırlı olmak üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi olmaksızın uzman kişi, kurum ve kuruluşlardan danışmanlık ve hukukî mütalaa şeklinde hizmet satın alabilir.

şeklinde düzenleme yer almaktadır.

13 Temmuz 1982 tarih ve 17753 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu’nun (1). ve (3). maddesi uyarınca, barışçıl amaçlarla Türkiye’de atom enerjisinin kalkınma planlarına uygun olarak ülke yararına kullanılmasını sağlamak, temel ilke ve politikaları belirleyip önermek, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları yapmak, düzenlemek, desteklemek, koordine etmek ve denetlemek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, Başbakanlığa bağlı bir kamu kurumu olan Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (kısaca “TAEK”) kurulmuştur. TAEK’in bir uzmanlık kuruluşu olduğunda kuşku yoktur. Ne var ki, 2690 sayılı Kanun’un (7). maddesinde, TAEK’in bir danışma kuruluna sahip olacağı hükme bağlanmıştır. Danışma kurulu, nükleer alanda çalışan öğretim üyeleri ile öteki ilgili kurum ve kuruluşlardaki uzmanlar arasından, sayısı, nitelikleri ve seçimi hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenen üyelerden oluşmaktadır⁵⁸. Danışma Kurulu üyeleri, Atom Enerjisi Komisyonunun önerisi ve Başbakanın onayı ile görevlendirilir.

⁵⁷ RG. 27 Şubat 2008 tarih ve 26800 sayı.

⁵⁸ Bkz. 15.12.1982 tarih ve 19312 sayılı RG’de yayımlanan (değişik) Danışma Kurulu’nun Teşkilî ve Çalışma Esaslarına Dair Yönetmelik.

Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)

Danışma Kurulu, Atom Enerjisi Komisyonu tarafından havale edilen konuları inceleyip sonuç ve önerilerini Atom Enerjisi Komisyonuna bildirir. Danışma Kuruluna yurt içi ve dışından uzman kişiler çağrılabilir, fikir ve mütalaaları alınabilir.

Uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisine Danıştay kararlarında da adı konulmaksızın değinilmektedir. Her ne kadar söz konusu kararlar genelde yetki aşımı ekseninde seyrediyor ve tesis edilen işlemlerin hukukilik denetimi bu gerekçe çerçevesinde yapılıyor gibi görünse de, özellikle aşağıda değinilen yargı kararlarının oturduğu teorik zemin kanımızca daha farklıdır. Bir başka deyişle, konu salt bir yetki aşımı hali olarak görülmemelidir.

Çünkü somut olayın aktörleri kamu kurumlarıdır. Kamu kurumları söz konusu olduğunda da uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamı idari işlemlerin denetiminde ölçü norm olarak kullanılmalıdır. Bu sayede belki de başka bazı durumlarda yetki aşımı hali olarak görülmeyen durumlar uzmanlık ilkesine aykırı görüldükleri için hukukilik denetimine tabi tutulabileceklerdir. Aşağıda değinilen ilk kararda, uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisine Danıştay belki de farkında olmaksızın üstü kapalı olarak atıfta bulunmuştur.

27 Ekim 2006 tarih ve 26329 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nun Baraj Alanlarından Etkilenen Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunması ile ilgili 4 Ekim 2006 tarih ve 717 sayılı İlke Kararı’nın (kısaca “İlke Kararı”) 2. ve 3. maddelerinin iptali istemiyle Danıştay 6. Dairesi nezdinde dava açılmıştır.

İlke Kararı’nda, baraj yapılması planlanan alanda taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının bulunması halinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (DSİ) tarafından planlanan alanın dışında baraj alanı olarak başka yerlerin planlanmasının yapılması gerektiği belirtilmiştir. Uyuşmazlığa konu 2. maddede, “*planlanan alanın dışında başka bir yerde yapılmasının mümkün olmadığı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nca (DSİ) teknik, idari ve bilimsel açıdan tesbit edilmesi sonucunda barajların; taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının bulunduğu alanlarda yapımının zorunlu olması durumunda neler yapılacağı belirtilerek, taşınmaz kültür varlıklarının yerinde korunmasına, başka bir yere taşınmasına veya belgelenerek su altında bırakılmasına ilişkin önerilerin Koruma Bölge Kurulu’na sunulmasına, bilim komisyonunun sunduğu öneri veya önerilerle ilgili Koruma Bölge Kurulu’nca karar alınmasına, bu kapsamda yerinde korunmalarına, başka bir yere taşınmalarına veya su altında bırakılmalarına*

karar verilmesi halinde neler yapılacağı belirlenmekte ve bunlara ilişkin uygulama projelerinin koruma bölge kurullarına sunulması gerektiği” düzenlenmektedir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde ise, İlke Kararı'nın alındığı tarihte yapımına başlanılmış veya yapımı tamamlanmış, alanında taşınmaz kültür varlıkları ile arkeolojik sit alanları bulunan baraj inşaatlarında taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının korunmasına ilişkin önerilerin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından proje halinde hazırlanarak koruma bölge kuruluna sunulması gerektiği belirtilmektedir.

Danıştay kararında⁵⁹, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 10. ve 57. maddelerine atıfta bulunularak, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmanın Kültür ve Turizm Bakanlığı'na ait olduğu vurgulandıktan sonra, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak görev ve yetkisinin koruma bölge kurullarına ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Bu çerçevede, İlke Kararı'nın 2. ve 3. maddeleriyle, 2863 sayılı Kanun'un ilgili hükümleriyle koruma bölge kuruluna verilen görev ve yetkinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı DSİ Genel Müdürlüğü'ne verilmesi suretiyle, DSİ'nin taşınmaz kültür ve tabiat varlığını su altında bırakma kararı vermesi, bu kararını koruma bölge kuruluna bildirmesi ve koruma bölge kurulunun bu konuda bir proje seçmesinin istenmesine yol açması nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Danıştay burada DSİ'nin yetkisiz olduğundan bahisle iptal kararı vermiştir. Oysa ki, İlke Kararı'nın iptal edilen 2 ve 3. maddelerinde esasen DSİ'nin uzmanlık sahasına girmeyen konularda (*taşınmaz kültür varlıklarının korunması için yapılması gerekenler, arkeolojik sit alanlarının taşınması durumunda yapılması gerekenler gibi*) DSİ'ye görevler yüklendiği görülmektedir. Uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi, yukarıda bahsettiğimiz üzere uzmanlık kavramının da bilimsel, teknik ve idari yönden sınırları olduğunun kabulünü gerektirir. İlke Kararında bu durum görmezden gelinmiştir.

⁵⁹ Dan. 6. Daire, 26.11.2008 tarih ve E. 2006/8266-K. 2008/8268 sayılı karar. Kararın tam metni için bkz. Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 1, Kış 2009, s. 122-126.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Danıştay tarafından DSİ'nin yetkisiz olduğu şeklinde klasik bir tespit yapılmasaydı bile, dava konusu İlke Kararı'nın bir kamu kurumu olan DSİ'nin faaliyetlerine yön veren uzmanlık ilkesine aykırı olduğu sonucu da rahatlıkla çıkarılabilirdi. Somut ihtilafın düzenleyici bir işleme ilişkin olması da neticeyi değiştirmemektedir. Çünkü düzenleyici işlemler tesis edilirken de idare hukukuna hakim olan temel ilke ve prensiplerin dikkate alınması gerektiği açıktır.

Uzmanlık ilkesinin negatif etkisi, doğrudan adı konulmasa da aşağıdaki Danıştay kararına da yansımıştır. Şu hususu vurgulamak gerekir ki, burada değindiğimiz kararlarda idari işlemlerin yetki ve amaç unsuru ekseninde bir değerlendirme yapılmış gibi gözükse de, bu kararların üzerinde yükseldiği kuramsal zemin açık değildir. Aşağıdaki açıklamalarımız da esas itibarıyla bazı kavramlaştırma denemeleri ile Danıştay kararlarına kuramsal bir temel oluşturmayı hedeflemektedir.

Cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak Çevre Bakanlığı tarafından düzenlenen 22.08.2001 tarih ve 2001/19 sayılı Genelge'nin ve bu Genelge'nin dayanağı bulunan ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından 12.07.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin iptali amacıyla açılan davada Danıştay 10. Dairesi, 8 Ekim 2002 tarih ve E. 2002/3517 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁶⁰. Kararın gerekçesinde, ilgili telekomünikasyon cihazlarının teknik yönünün yanı sıra, çevre ve sağlık yönlerinin de bulunduğu vurgulanmıştır. Danıştay'a göre, bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde Telekomünikasyon Kurumu tek yetkili makam değildir. Ulaştırma Bakanlığı, Çevre Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'nın da doğrudan görev ve yetki alanında bulunan çevre ve sağlık yönleri dolayısıyla, bu konudaki düzenleme çalışmalarında ortaklaşa hareket edilmesi gerekmektedir. Danıştay, söz konusu bakanlık temsilcilerinin ve Telekomünikasyon Kurumu yetkililerinin Başbakanlık müsteşarı başkanlığında toplanmak suretiyle yönetmelik hükümlerini istişare etmelerini yeterli görmemiştir.

Çünkü, bu istişarelere rağmen yönetmelik müştereken yayımlanmamıştır. Her bakanlığın kendi görev alanını ilgilendiren yönleriyle konuyu inceleyip yönetmeliğin uygulanması ile ilgili işlemlerin tesisine katılmasını sağlayıcı

⁶⁰ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com [erişim tarihi: 10.01.2012].

hükümler de yönetmelikte yer almadığından dava konusu yönetmelik hukuka aykırı görülmüştür. Danıştay 10. Dairesi'nin kararı kanımızca son derece isabetlidir. Bu tespitimizin gerekçelerini aşağıda ayrıntılarıyla açıklayacağız. Ne var ki, buna geçmeden önce söz konusu kararın akıbetini belirtmek istiyoruz.

Danıştay 10. Dairesi'nin yürütmeyi durdurma kararına karşı DİDDK'nda itirazda bulunulmuştur. DİDDK, 17 Ocak 2003 tarih ve E. 2002/1004 sayılı kararı ile itirazı kabul etmiştir. Dava konusu yönetmeliğin yürürlüğe konulmadan önce, hazırlık aşamasında Telekomünikasyon Kurumu tarafından, Çevre Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı da dahil olmak üzere, diğer ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Yönetmelik taslağının birçok kez müzakere edilerek, bu kurum ve kuruluşlara kendi mevzuatları ile belirlenen görev alanları ile ilgili görüş bildirmelerine imkan tanındığı ve en son Başbakanlığın koordinasyonu ile ilgili Bakanlık ve kuruluşlarca müzakere edilerek Yönetmeliğe nihai şeklinin verildiği görülmüştür. Bu durumda, davaya konu Yönetmeliğin çıkarılması konusunda, kendi görev alanı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili bulunduğu ve söz konusu Yönetmeliğin Çevre Bakanlığı, Telekomünikasyon Kurumu ve belediyeler ile müşterek hazırlayıp müşterek çıkarılarak yayımlanmasını gerektirecek bir yasal zorunluluktan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davacının yetki itirazı yerinde görülmemiştir.

Danıştay 13. Dairesi⁶¹ ise 18 Mart 2005 tarih ve E. 2005/1578 ve K. 2005/216 sayılı kararında DİDDK'nun gerekçelerine aynen yer verilmiştir. Bunlara ilaveten, Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan dava konusu yönetmeliğin, düzenleniş amaçları ve kapsamı itibariyle, telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon altyapısı işletimi ile doğrudan ilgili bulunduğu; sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluşunu, teknik özelliklerini, işletilmesini, oluşturduğu elektromanyetik alan limit değerlerini, ölçüm yöntemlerini, denetimlerini düzenleyerek bu cihazları belli bir hukuk disiplini altına aldığı ve böylece sabit telekomünikasyon cihazları ile ilgili getirdiği düzenlemenin Kurum'un görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır⁶². Söz konusu gerekçelerle dava reddedilmiştir.

⁶¹ 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Danıştay 13. Dairesi'nin kurulmasından sonra bu dosya Danıştay 10. Dairesi'nden Danıştay 13. Daire'ye intikal etmiştir.

⁶² Danıştay bilgi bankası. www.danistay.gov.tr [erişim tarihi: 27.11.2011].

DİDDK ve Danıştay 13. Dairesi'nin kararlarına katılmak olanaklı değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi kamu kurumlarının uzmanlık alanının da sınırları olduğunu imler. Somut durumda, Danıştay, yönetmeliğin sadece hazırlanma aşamasında ilgili diğer bakanlıklarla istişare yapılmış olmasını yeterli görmüştür. Bu durum, bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumu'nun uzmanlık alanının sınırlarını farkında olmadan genişletme sonucunu doğurmuştur. Oysa ki, bu hukuken ve fiilen yerinde bir durum değildir. Yönetmeliğin uygulanma aşamasında söz konusu bakanlıkların katılımını sağlayacak ve uygulamayı denetlemelerine imkân verecek bir mekanizma öngörülmemiştir.

III. İDARİ YARGI DENETİMİNDE KULLANILABİLECEK BİR ÖLÇÜ NORM OLARAK UZMANLIK İLKESİ

İrlanda gibi idarenin denetiminin temelde siyasi bir denetim olduğu ve dolayısıyla parlamentonun tasarrufu altında olduğuna inanılan⁶³ ve Fransız tarzı idare hukukuna şüphe ile yaklaşılan ülkeler haricinde, idarenin yargısal denetimi hukuk devletinin özel gereklerinden biri⁶⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla beraber, özellikle kamu kurumları söz konusu olduğunda Türk idari yargı organlarının debisi düşük bir denetimi tercih ettiği söylenebilir. Yukarıda kuramsal bir temele oturtmaya çalıştığımız uzmanlık ilkesinin kapsamı ya da çalışmamızda kavramlaştırdığımız şekliyle uzmanlık ilkesinin pozitif ve negatif etkileri yargı kararlarında dikkate alınmamaktadır. Türk hukukunda “*teknik takdir*” veya “*değerlendirme halleri*” de denilen ve idarenin teknik bilgi ve uzmanlığına ihtiyaç gösteren durumlarda, değerlendirmenin genel kabul görmüş objektif genel anlayışa göre yapıldığı ön kabulünden hareket edilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla, kamu kurumlarının salt ilgili alanda uzman olduklarından bahisle içerik denetimi son derece cılız kalmaktadır.

Örneğin, bir davada kamu kurumu statüsündeki TÜBİTAK'ın, belediye otobüslerinde ücret denetimi ve toplu taşıma planlamasını sağlamak amacıyla ihtiyaç duyulan “otomatik kart iptal değerlendirme ve otomasyon” sisteminde kullanılabilecek en uygun ve rasyonel kart sistemini belirleyen raporunun,

⁶³ CHUBB, s. 297, dpn. 49.

⁶⁴ GÖZLER, s. 101; Sancar, idarenin yargısal denetimini, devlet kudretinin sınırlanmasına hizmet eden “biçimsel” önlemler arasında görmektedir. Bkz. SANCAR, s. 34-35.

⁶⁵ KARATEPE, s. 75.

genel kabul görmüş objektif anlayışa dayandığı tespit edilmiştir⁶⁶. Yargı organlarının bu yaklaşımı içerik denetimi yapılmasını engellemektedir.

Esasında Fransız Danıştay da, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda, idarenin yaptığı değerlendirme ve yorumu denetlemekten kaçınmıştır⁶⁷. Bir başka deyişle, bu konudaki nihai değerlendirme ve sonuca varma yetkisinin idarede olduğu kabul edilmiştir. Bu itibarla, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda idarenin geniş takdir yetkisi olduğu vurgulanmıştır⁶⁸. Teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda, yargısal denetim açısından Fransız Danıştay'ının kullandığı ölçüt "maddi olaylardaki açık değerlendirme hatasıdır"⁶⁹. Bununla beraber, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen alanlarda⁷⁰ Fransız Danıştay'ının getirdiği çözüm yargısal denetim anlamında etkinlik yaratacak nitelikte değildir.

Bunun en tipik örneği, kamu kurumu niteliğindeki bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetiminde görülmektedir. Doktrinde de bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetiminde "açık ve bariz değerlendirme hatası" olmadığı sürece esas denetiminden kaçınılması gerektiği, minimum bir esas denetim⁷¹ ile yetinilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır⁷². Söz konusu görüşü savunanlara göre, bağımsız idari otoriteler organizasyon, personel ve maddi olanaklar açısından yüksek standart yakalamış ve teknik yönden uzmanlaşmış kurumlardır⁷³. Bu kurumların işlemlerini yargısal yönden denetlemeye yetkili mercilerin aynı uzmanlığa ve standarda sahip olamayacağı ön kabulünden hareket edilerek yargı organlarının maksimum bir esas denetimine girme çabalarının yerindelik denetimi ile sonuçlanabileceği, bu durumla karşılaşmamak adına yargı mercilerinin sebep ve amaç unsurları yönünden denetimden kaçınmaları gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

⁶⁶ KAYA, s. 51-52.

⁶⁷ C.E. 27 Nisan 1951, *Société Toni*, Recueil, s. 312.

⁶⁸ SCHWARZE, s. 267.

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ İspanya İdari Usul Kanunu'nun 111. maddesine göre, idare her zaman maddi hataları ve hesap hatalarını düzeltebilir. Bkz. İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin (*Tribunal Supremo*) 15 Mart 1971 tarihli kararı.

⁷¹ Bu hususta yetki, şekil ve usul kuralları ile sınırlı bir denetimi vurgulamak üzere "dış denetim" terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. TAN, *Ekonomik İdari Kararlar*, s. 34-35.

⁷² ULUSOY, s. 50 vd.

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, s. 55; DİNÇER, s. 18.

Danıştayın, bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda ilk dönemlerde yoğun bir esas denetimi tercih ettiği kararları bulunmaktaydı⁷⁵. Ne var ki, son dönemdeki kararlarında, yoğun bir esas denetimden kaçınması bir yana esas denetimine hiçbir şekilde teşebbüs dahi etmediği söylenebilir. Bağımsız idari otoriteler söz konusu olduğunda Danıştay, sadece idari yaptırım teorisinin genel ilke ve prensiplerine uygunluk ile idari usul kurallarının tam olarak karşılanıp karşılanmadığı hususlarını incelemektedir.

Ne var ki, idari yargı organlarının bu tutumu, hukuk-ekonomi öğretisinin terminolojisi açısından konuya yaklaşıldığında negatif bir dışsallık yaratmaktadır. Çünkü, yargının bu kurumların işlem ve eylemlerini denetlemekten kaçınması, bu kurumlardan beklentileri son derece arttırmaktadır. Bu kurumların adeta denetim, sağlamlık, güvenilirlik ve tatmin edici olmak gibi hususlarda da belirleyici olması beklenmektedir. Oysa ki, söz konusu kurumların fonksiyonları son derece farklıdır⁷⁶.

Konuyu sermaye piyasası kurulu bakımından değerlendiren EVİK'e göre, bu durumun yarattığı en büyük sakınca, Devletin sermaye piyasasını bu şekilde sahiplendiği görüntüsünü vermesi⁷⁷, yatırımcılar üzerinde sermaye piyasası faaliyetlerinde bir hazine garantisi olduğu izlenimi yaratması, ileride meydana gelecek olumsuzluklarda Sermaye Piyasası Kurulu'nun tek yetkili ve amir konumunda kabul edilmesinden dolayı yetkililerin sorumluluğuna gidilmesinde, halkın önünde itibarının sarsılmasına sebep olabilmesinde kendini göstermektedir⁷⁸.

EVİK'e göre Sermaye Piyasası Kurulu sadece kâr ve risk paylaşmasını sağlamak amacıyla hareket etmeli ve yatırımcı açısından adeta bir garantör mekanizması rolünü üstlenmemelidir. Bunun yerine, sermaye piyasasına ilişkin bilinçsizliğin, sıcak para oyunlarının ve borsanın bir kumar aracıymış

⁷⁵ Dan. 10. D., 24.02.1999 tarih ve E. 1999/282-K. 1999/663.

⁷⁶ Bağımsız idari otoritelerin organik ve işlevsel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMAK, s. 27 vd.

⁷⁷ Sermaye Piyasası Kurulu başkanı Vedat Akgiray'ın Habertürk gazetesinden Rahim Ak'a verdiği röportajda bu durumun izleri görülebilir: "Dünyanın hiçbir yerinde bir SPK başkanı yoktur ki kalabalık toplantılarda 'Ey şirketler halka açılın' desin. Tabiri caizse bir pazarlamacı gibi dolaştım ortalıkta. Bunu bizden ziyade başta borsalar ve aracı kurumların yapması gerek. (...). Bazı zamanlarda haddimi aştım, çok da kızanlar oldu bana Ankara ve İstanbul'da. 'Makamıma uygun davranıyor muyum' diye kendi kendime şüphe ettim. 'Olsun' dedim, konuşacağımız şey duyulsun. Sermaye piyasalarının sırası geldi. Bu maya tutukça daha geri çekileceğiz" Habertürk, 30 Ocak 2012, s. 8.

⁷⁸ EVİK, s. 72.

gibi değerlendirilmesi yaklaşımlarının dikkate alınmak suretiyle, küçük yatırımcıyı daha etkin bir şekilde korumak amacıyla, suç teşkil eden hukuka aykırı eylemler bakımından daha fazla müdahaleci olması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁹.

Kamu kurumlarının ilgili hizmet alanında uzman olmalarının bireyler üzerinde yarattığı algı ve idari yargı organlarının etkin bir içerik denetiminden kaçınmaları ne yazık ki uygulamada bu kurumların işlem ve eylemleri söz konusu olduğunda matematikte kullanılan aksiyomatik yöntemle benzer bir süreci başlatmıştır.

Matematikte aksiyomatik yöntemde, aksiyomatik kavramlar⁸⁰ doğrudan doğruya algılanır, bilgideki temel verilerdir. Her önermenin, her düşüncenin ve her alt aksiyomun hareket noktasıdır. Tartışmasız doğrulardır. Kimsenin yanlış olduğunu iddia edemeyeceği biçimde doğru olan önermelerdir. İspat araçları aksiyomatik kavramlar üzerine bina edilir. Aksiyomatik kavramlar matematikte objektifliğin temeli olarak kabul edilirler.

Aksiyomatik kavramlar matematik gibi pozitif bilimlerde önemli ve gereklidir. Ne var ki, hukuksal düzlemde bazen gri alanlar adalet ve hakkaniyetin tesis edilmesinde çok önemli yer tutar. Zaten yapısı gereği statüiter bir hukuk dalında bir idari makamın tesis ettiği idari işlemlere veya talep üzerine hazırladığı raporlara salt konusunda uzman olduğu gerekçesiyle aksiyomatik bir kimlik vermek bireyler açısından bazı sakıncalı sonuçların doğumuna sebep olabilir.

Danıştay'ın idari işlemlerin denetiminde bazen matematiksel kesinlikte doğrular olduğunu kabul ederek verdiği kararları bulunmaktadır. Örneğin bir Danıştay kararında, üniversitelerin yaptığı özel yetenek sınavlarında verilen yanıtların ve ortaya konulan çalışmaların matematiksel bir kesinliği⁸¹ olmadığı, yeteneğin değerlendirilmesi için de bir soru-cevap anahtarının hazırlanmasının olanaklı olmadığını vurgulamıştır. Buradan hareketle, özel yetenek sınavlarında idarenin takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir⁸².

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ Örneğin, “iki noktadan yalnızca bir doğru geçer” sözü bir aksiyomdur. Aksiyom terimi, Latince axioma sözcüğünden gelmektedir. Latince’de axioma sözcüğü, “değerli ve uygun olduğu düşünülen anlamına gelir”.

⁸¹ Vurgu tarafımızdan yapılmıştır.

⁸² Dan. 5. Daire, 13.11.1996 tarih ve E. 1994/7743-K. 1996/3110, DD, S. 93, 1997, s. 436-437; Dan. 8. Daire, 10.04.1991 tarih ve E. 1991/2-K. 1991/744, DD, S. 82-83, 1992, s. 666.

İdarenin faaliyetlerinde matematiksel bir kesinlik aramak; ya da yukarıdaki analogiden yola çıkarak aksiyomatik hareket etmek ikili bir netice ortaya çıkarır. Bir taraftan, matematiksel kesinliğin olduğu durumlarda idarenin takdir hakkı tamamen ortadan kalkacak ve söz konusu matematiksel doğruya uygun şekilde tesis edilmeyen işlem hukuka aykırı mı kabul edilecektir? Diğer yandan, somut olayda olduğu gibi, matematiksel bir kesinliğin var olmadığı hallerde idareye geniş bir takdir hakkı verilerek yaptığı işlemler neredeyse fiilen yargısal denetimin dışına mı çıkarılacaktır?

Konumuzla doğrudan ilgisi olmasa da bunun diğer bir örneği de sağlık hizmetlerinin yürütümünde ortaya çıkan zararların tazmininde karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple açılan tam yargı davalarında Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşleri aksiyomatik önermeler olarak kabul edilmekte ve idari yargı yerleri tarafından davanın kabulü ya da reddi yolunda tek dayanak olarak anılmaktadır. Örneğin, erken teşhis konulamaması sebebiyle hastanın ölümü ve bu süreçte hastanın dosyasının kaybedilmesi gibi özensizlikler de gerekçe gösterilerek bir tam yargı davası açılmıştır. Yüksek Sağlık Şurası'nın erken teşhis konulsa dahi sonucun değişmeyeceği yönündeki kanaatine istinaden dava reddedilmiştir. Danıştay ise söz konusu kararı onamıştır⁸³. Dolayısıyla, Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşü adeta dosyadaki tek geçerli delil olarak görülmüş ve aksiyomatik bir kimlik kazanmıştır.

Teknik incelemeyi gerektiren bir konuda İYUK'nun 31. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı yollama uyarınca bilirkişilik müessesesine başvurulması elbette gereklidir. Ne var ki, bilirkişi raporlarına aksiyomatik bir nitelik kazandırmak yerinde değildir. Örneğin, yukarıdaki dava örneğinde olduğu gibi idarenin özensizliği sebebiyle maddi tazminat olmasa dahi en azından manevi tazminata hükmedilebilirdi.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile hukukumuzda uzman görüşü müessesesi girmiştir. İYUK'nun 31. maddesinde bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na açık bir atıf yoktur. Ne var ki, HMK'nun 124(1) maddesinde dava şartı olarak düzenlenen derdestlik müessesesine de İYUK'nda açık bir atıf olmasa dahi yargılama hukukunun esaslarından biri olarak görüldüğü için idari yargıda da yer verilmesi yönünde görüşler vardır. Bu bağlamda, savunma hakkı çerçevesinde uzman görüşü kurumu da idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulmalıdır. Bu sayede en azından kamu kurumlarından uzman oldukları gerekçesiyle alınan ve tek

⁸³ Dan. 10. Daire, 26.05.1999 tarih ve E. 1998/4814-K. 1999/2945 sayılı kararı. DD, Y. 30, S. 102, 2000, s. 652-653.

başına maddi gerçeği aydınlattığına inanılan görüş veya raporların daha etkili bir şekilde denetime tabi tutulması olanaklı hale gelebilir.

İdari işlemlerin yargısal denetimi ve idarenin sorumluluğu, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde, gerektiğinde kamu hukuku ilke ve kuralları da gözetilerek, özel hukuk müesseselerinden de yararlanmak suretiyle idari yargı organlarının kararlarıyla oluşup gelişmektedir. Nitekim, özellikle idarenin sorumluluğuna ilişkin açık bir yasal dayanak olmasa dahi, idari yargı denetiminin kendine özgü niteliği dikkate alındığında idarenin sorumluluğunun kaynağı, kapsamı, şartları ve sonuçlarının idari yargı içtihatları vasıtasıyla belirlenmesinin gerekli ve yararlı olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁸⁴. Danıştay kararlarında ifade edildiği üzere, idari yargıda idari yargıç, önüne getirilen uyuşmazlıkta taraflarca ileri sürülmeyen tüm mevzuat ve hukuk ilkelerini re'sen nazara alarak karar vermektedir⁸⁵.

Söz konusu yaklaşım idarenin sorumluluğunu anonim bir yapıya dönüştürmez. Aksine, bireylerin idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararlarının tam olarak giderilmesi bakımından idare yargıcına hareket alanı ve esneklik sağlar. Bu süreçte, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası anlaşmalar ve hatta özel hukukun sorumluluk rejimi de destek kaynaklar arasındadır.

Ancak idari yargı organlarının, özellikle uzmanlık ilkesinin modern tanım ve kapsamına uygun kararlar verdiğini söylemek mümkün değildir. Bu hususta yeni tarihli bir karar aşağıya alınmıştır.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü uzmanlık ilkesine göre faaliyet gösteren bir kamu kurumudur. Somut olayda, davacı şirket ile DSİ arasında hidroelektrik santral projesine ilişkin olarak bir su kullanım hakkı anlaşması imzalanmış ve bu çerçevede davacı şirket tarafından DSİ'ye ödenecek enerji hissesi katılım bedeli sözleşmede hüküm altına alınmıştır. Enerji hissesi katılım bedeli bizzat DSİ tarafından hesaplanmıştır. Ne var ki, sözleşmenin imzalanmasının ardından enerji hissesi katılım bedeli DSİ tarafından tek yanlı olarak değiştirilmiş ve artırılmıştır. Ne var ki, ilgili mahkeme gerekçeli kararında, DSİ tarafından 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kanunu'nun geçici 4. Maddesinin DSİ tarafından yanlış yorumlandığını ve hesaplamanın yanlış yapıldığını, yanlış yapılan hesabın DSİ tarafından düzeltilmesi suretiyle

⁸⁴ DURAN, Türkiye İdaresi, s. 9-10; ÖZAY, s. 714-715; ÖZGÜLDÜR, s. 31; GÜRSEL, s. 16; Yargı içtihatlarının Avrupa Birliği idare hukukunun kaynakları arasında yer aldığına ilişkin açıklamalar için bkz. SCHWARZE, s. 59-64.

⁸⁵ Dan. 12. D. 13.05.1968 t. ve E. 1682/K. 1099, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 123-126, s. 443; Danıştay Daireler Kurulu, 31.03.1967 t. ve E. 1682/K. 412, Amme İdaresi Bülteni, S. 13, s. 6.

tesis edilen idari işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁸⁶. DSİ, kuruluş kanunu çerçevesinde ve uzmanlık ilkesine uygun şekilde ülkemizde uzun yıllardır baraj inşaatı ve işletilmesi ile iştigal etmektedir. DSİ bu tip hesaplamaları uzun yıllardan beri yapmaktadır. Bu konuda uzman teknik personeli de vardır. Bizzat DSİ tarafından yapılan hesaplamanın, yine DSİ tarafından yanlış yapıldığı gerekçesiyle değiştirilmesi hukuka ve uzmanlık ilkesine aykırıdır. Yukarıda yapmaya çalıştığımız kavramlaştırma dikkate alındığında ise, bu durum “uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisine” tamamen aykırıdır. Çünkü, teknik imkan ve personel kalitesiyle DSİ’den haklı olarak beklenen husus, bu hesaplamanın tam ve doğru olarak yapılmasıdır. Davacı şirket de bu hesaplamanın doğruluğuna güvenerek sözleşmeyi imzalamıştır.

SONUÇ

Anayasanın 123(1) maddesi uyarınca idarenin görevleri kanunla düzenlenir. İdare, ancak kanunlarda kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilir. “Kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine göre faaliyet göstermeleri, kendilerine bırakılmış faaliyet sahası ile sınırlı şekilde faaliyette bulunabilmelerini gösterir” biçimindeki klasik açıklama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan *idarenin kanuniliği* ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, uzmanlık ilkesinin mahiyetini tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır. İdari yargı mercileri de söz konusu klasik tanımları dar yorumlama eğilimindedir. Oysa ki, kamu kurumlarının temel faaliyet alanlarıyla az çok ilgili ek faaliyetlerde bulunabilmeleri mevzuatta açık bir yasaklayıcı hüküm olmadığı taktirde uzmanlık ilkesine aykırı olmamak gerekir.

Uzmanlık ilkesinin modern tanımı olarak kavramlaştırmaya çalıştığımız sahada ise uzmanlık ilkesinin pozitif ve negatif etkisini kuramsal bir temele oturtmaya çalıştık. Uzmanlık ilkesinin pozitif etkisi aslında kamu kurumlarından beklenen hizmetin ve yapılan işlemlerin standardı ile ilgilidir. Bu doğrultuda kamu kurumları da yüksek standartla, uzman oldukları hizmet alanında kendilerinden beklenen kalite, yeterlilik ve basitliğe uygun şekilde hizmet vermek zorundadır. Bu beklenti eşiği idari teşkilat içerisinde yer alan diğer kuruluşlara nazaran daha yüksektir.

⁸⁶ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 10.02.2012 tarih ve E. 2009/52-K. 2012/110 (yayınlanmamıştır).

Uzmanlık alanının sınırlarının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde tespit edilmesini ise uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi olarak adlandırmış bulunuyoruz. Kamu kurumlarının araç-gereç gibi fiziksel imkânlar yanında insan kaynağının ehliyetine ilişkin olarak da gerek ve yeter ölçüde bir farkındalığı olmalıdır. Bu durum özellikle düzenleyici işlemler yapılırken göz önünde bulundurulması gereken bir noktadır.

İdari işlemlerin yargısal denetimi ile idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamının modern bir yorumla ele alınması yargısal denetimi etkinleştirecektir. Bu sayede, özellikle kamu kurumları dikkate alındığında yetki ve amaç denetimi gibi kategorik denetim parametreleri dışında da bazı ölçü normlar geliştirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

AĞAR, Serkan, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, TBB Dergisi, S. 65, Temmuz-Ağustos 2006, s. 277-310.

AKILLIOĞLU, Tekin, Saklı Yetki Kavramı, AİD, C. 11, S. 3, 1978, s. 73-83.

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

AKYILMAZ, Bahtiyar, Danıştay ve AYİM Kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, Turhan Kitabevi, s. 1129-1162 (Hizmet Kusuru).

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

AYAYDIN, Cem, İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, 2005, s. 289-377.

BİLGİÇ, Veysel, Merkezi Yönetim-Yerel Yönetim İlişkileri Üzerine Teoriler, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, S. 2, s. 27-35.

BONNARD, R., İdarenin Kazai Murakabesi, çev. Ahmed Reşit Turnagil, İstanbul, Devlet Basımevi, 1939.

CALLANDER, Steven, A Theory of Policy Expertise, Quarterly Journal of Political Science, vol. 3, no. 2, 2008, s. 123-140.

CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, AÜHF Yayın No: 500, Ankara, 1996.

CARR, J.B., Local Government Autonomy and State Reliance on Special District Governments: A Reassessment, (in) Political Research Quarterly, Vol. 59, No. 3, (September 2006), s. 481-492.

CHUBB, Basil, The Government and Politics of Ireland, London, 1974

CLARK, R. C., Corporate Law, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1986.

ÇAKMAK, Zeynep, Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

DİNÇER, Güven, Hukuk Devletinin Yargı ve Yasama Boyutu, RK Perşembe Konferansları 10, Ankara, Ekim 2000, s. 3-22.

DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, (Türkiye İdaresi).

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, (İdare Hukuku).

ERGUN, Turgay, Kamu Yönetimi, Kuram-Siyasa-Uygulama, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004.

ERGÜN, Çağdaş Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.

ERHÜRMAN, Tufan, Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires, AÜHFD, C. 61(2), 2012, s. 599-646.

EVİK, Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 3. Bası, İstanbul, DER Yayınları, 2008.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

GÜLAN, Aydın, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, 1. Baskı, İstanbul, Lamure Yayınları, 2008.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

GÜNER, Ayşe, Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması, (in) Yerellik ve Politika, Küreselleşme Sürecinde Yerel Demokrasi, Editör Ayşegül Mengi, İmge Kitabevi, Eylül 2007, s. 48.

GÜRAN, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, (in) Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No. 622, 1980, s. 167 vd. (Tazminat).

GÜRAN, Sait, Kamu Personeli Taslağı Üzerine Düşünceler, Danıştay Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2006, Ankara, Danıştay Yayın No: 76, s. 225-232 (Kamu Personeli).

GÜRELİ, İ. H., İdari Vesayet, Amme Hükmi Şahıslarının İdarece Murakabesi, Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No. 77, Ankara, 1944.

GÜRSEL, Meltem Kutlu, Deprem ve İdarenin Sorumluluğu, AİD, Aralık 1999, S. 32/4, s. 15 - 27.

KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.

KARAARSLAN, M., Özerklik ve Denetim Açısından Yerel Yönetimler Reformu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

KARAHANOĞULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini, Prof. Hirsch'e Armağan'dan Ayrı Bası, Ankara, 1964, s. 45-73

KARATEPE, Şükrü, İdarenin Takdir Yetkisi, Türk İdare Dergisi, Eylül 1991, S. 392, s. 65 vd.

Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)

KARAYALÇIN, Yaşar, Kamuya Faydalı Müesseseler, Menafii Umumiyyeye Hâdim Müesseseler, Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1946.

KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

MUMCU, Uğur, İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı, AÜHFD, C. 27, 1970, S. 1-4, s. 37-66.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, Marifet Basımevi, 1952.

ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 11 Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

SANCAR, Mithat, “Devlet Akli” Kıskaçında Hukuk Devleti, 5. Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2010.

SCHWARZE, Jorgen, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Luxembourg, 2006.

STEPHENS, Ross/WIKSTROM, Nelson, Trends in Special Districts, (in) State and Local Government Review, Vol. 30, No. 2, 1998, s. 129-138.

TAN, Turgut, Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, S. 2, 1975, s. 34-35, (Ekonomik İdari Kararlar).

TAN, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, (İdare Hukuku).

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1997.

ULUSOY, Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

WILSON, James Quinn, Bürokrasi, Kamu Kuruluşları Neyi, Niçin Yaparlar, çev. Selçuk Yalçındağ, Doğan Canman, Yücel Ertekin, Ankara, TODAİE Yayınları, 1996.

YAYLA, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No. 622 İstanbul, 1980, s. 53 vd.

İnternet Kaynakları:

<http://www.ydk.gov.tr/2008malidurumvebeklentilerraporu.mht> (erişim tarihi: 07.08.2009)

<http://www.kazanci.com>

<http://www.rekabet.gov.tr>

<http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/ucretler/2012-Yılı-Temel-Mal-ve-Hizmetlerin-Ücretleri/> (erişim tarihi: 15.01.2012)

<http://www.vgm.gov.tr/db/dosyalar/webicerik109.pdf> [erişim tarihi: 15.06.2012]

<http://www.danistay.gov.tr>