

İdare Hukuk Ders 11.02.2022

Sözleşme: En az iki tarafının belirli bir hukuki sonuç doğurmak için birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamasıdır.

İdarenin sözleşmeleri: En az bir tarafı idare olmak üzere en az iki tarafın belirli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamasıdır.

Tek yanlı işlem -İdarenin sözleşmeleri Ayrımı

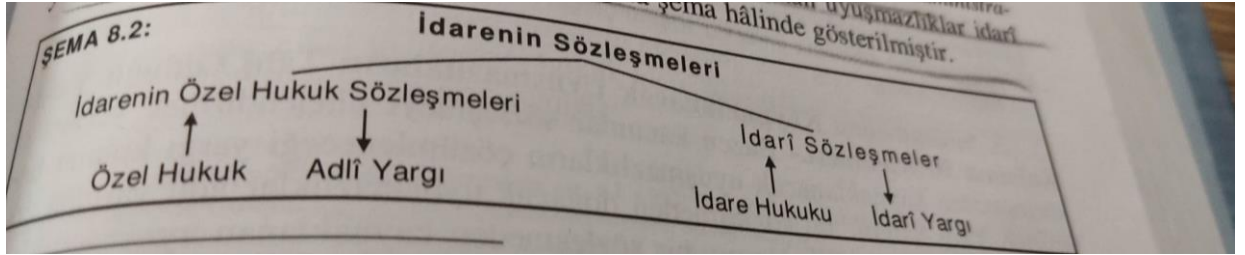
Niceliksel kriter: Tek yanlı idari işlemde işlem hayat veren tek irade vardır, sözleşmede ise en az iki irade vardır. Bu kriter tam olarak ayrımı yapamaz çünkü bazı tek yanlı idari işlemlerde birden fazla irade vardır. Örnek belediye ve il genel meclisinin kararları

Yönelim Kriter: Bu kriterde önemli olan irade sayısı değil iradelerin yönüdür. Tek yanlı işlemde daima idareden kişiye yönelen tek yön vardır. Sözleşmede ise kişiden idareye idareden kişiye yönelen karşılıklı irade vardır.

Niteliksel Kriter: Bu kriterde işlemin tarafları dışında hüküm ve sonuç doğurup doğurmadığı önemlidir. Tek yanlı idari işlem 3. Kişiler üzerinde hüküm ve sonuç doğururken iki yanlı işlem olan sözleşme sadece taraflarında hüküm ve sonuç doğurur.

İdarenin Sözleşmelerinin Ayrımı

İdari Sözleşme-İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri



A. Teşrii Kriter (Kanunla Nitelendirme)

1.Doğrudan Nitelendirme: Kanun koyucu bizzat sözleşmenin idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğu söyler.

2.Sözleşmenin Hukuk Rejimini Belirleme: Kanun koyucu sözleşme tabi olduğu hukuk dalını belirler özel hukuk diyorsa idarenin özel hukuk sözleşmesidir, kamu hukuku diyorsa idari sözleşmedir

3.Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlığında Tabi olduğu Yargı Kolunun Belirleme: Kanun koyucu Sözleşmeden doğan uyuşmazlığın yargı koluna adli yargı veya Yargıtay'ın alanı diyorsa özel hukuk sözleşmesidir, idari yargı veya Danıştay diyorsa idari sözleşmedir.

İçtihadı Kriter (Yargısal Karar)

1.Organik kriter: Bu kritere göre sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için en az bir tarafının kamu tüzel kişisi olması gerekir.

İstisna: Sedat Çal Hocamıza göre idare kamu gücü kullan özel hukuk kişileri tek yanlı işlemlerini sözleşme şeklinde yaparsa örneğin Türkiye jokey kulübü izin vermeyi tek yanlı işlem yerine sözleşme olarak yaparsa bu sözleşme iki özel hukuk kişisi arasında yapılan bir idari sözleşme olur.

Gene organik kritere göre iki kamu tüzel kişisi arasında yapılan sözleşme idari sözleşme olur karinesi vardır

İstisna: Bu karine adi bir karinedir. Sözleşme iki kamu tüzel kişi arasında olmasına rağmen özel hukuk sözleşmesi ise özel hukuk sözleşmesidir. İki kamu tüzel kişisi arasında özel mallara ilişkin satış akdi yapıyorsa bu bir idari sözleşme özel hukuk sözleşmesidir örneğin Abonman sözleşmeleri, üniversitenin il özel idaresinden bina kiralaması vb.

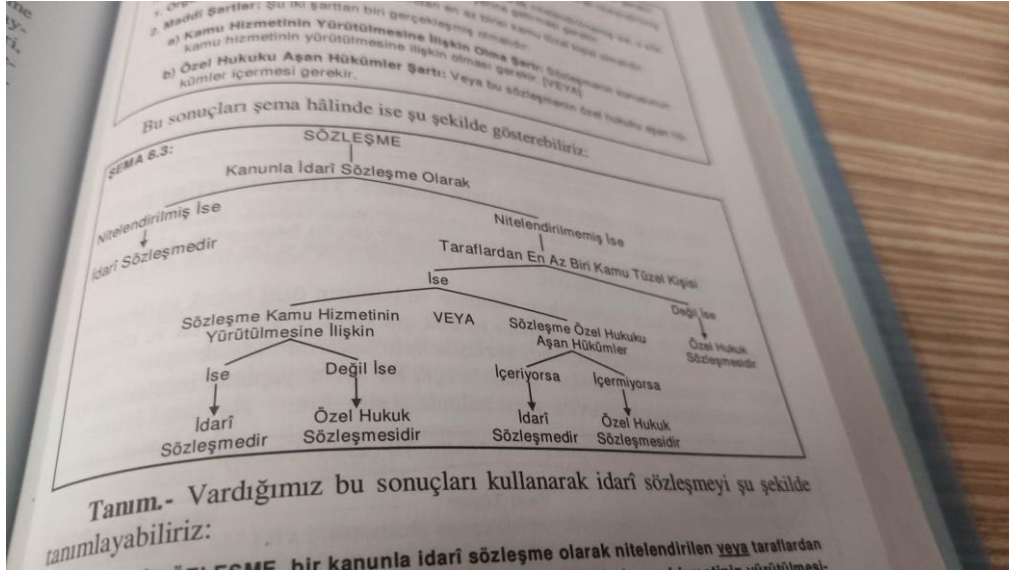
2.Maddi kriter: Bu kriter sözleşmenin taraflarını değil, içeriğine konusuna ilişkin bir kriterdir. Bu kritere göre sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmalı veya sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermelidir.

a) Sözleşmenin konusunu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması: Kamu hizmetinde kullanılacak malın kiralanması veya satın alınması kamu hizmetine ilişkin değildir. Bu kritere göre 3 şart varsa kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması anlaşılır: 1 sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesi görevinin bir özel kişiye veriyorsa ise, 2 Sözleşme, sözleşmeci özel hukuk kişisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa ise 3 Sözleşme bizatihi kendisi bir kamu hizmetinin yürütülmesi usulünü oluşturuyorsa ise.

b) Özel hukuku aşan hükümler içermelidir: Sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri nitelikteki kayıt ve şartlarıdır. Örnek vergi muafiyetinin bulunmasını borcun cebri icrası kısaca borçlar hukukunda eşitlik prensibini aşan hükümler. Sözleşmenin tek taraflı idare tarafında feshedilmesi, fiyat tarifesinin değiştirilmesi

Not: İdare kanun yetkilendirilmedikçe özel hukuku aşan hükümler koyamaz. Kanunun öngördüğü ayrıcalıkları aşan hükümler konulamaz.

Not: Türk yargı içtihatları maddi kriterdeki kamu hizmetinin yürütülmesini ve özel hukuku aşan hükümlerin bir arada olması gerektiği görüşündedir. Ancak Sedat Hoca ve Kemal Gözler bu içtihatı eleştirmişlerdir ve sadece bir şartının olmasının sözleşmeyi idari sözleşme yapmak için gerekli olduğu kanısına varmışlar. Şahsi kanaatimce Sedat ve Kemal hocalarımız haklıdır.



İdari sözleşmelerin Temel Tipleri (Klasik=

1. İmtiyaz Sözleşmeleri: Bir kamu hizmetinin, bu hizmetten yararlanlardan alacağı ücret karşılığında ve kendi kar ve zararına bir özel hukuk kişisi tarafından kurulmasına ve belli bir süre işletilmesine ilişkin sözleşmedir. Bu sözleşme tipinde kamu tüzel kişisine imtiyaz veren özel hukuk kişisine imtiyazcı denir. Bu sözleşmelere 40-50 yıl gibi uzun süreli olur ve Danıştay ön incelemesinden geçer.

Not: İmtiyaz sözleşmeleri yukarıda tanıma her zaman uymayabilir önemli olan nokta bir kamu hizmetinin uzun süreli bir özel hukuk kişisi tarafından işletilmesidir.

2. İltizam Sözleşmeleri: Özel hukuk kişinin kamu idaresine ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kar ve zararına işletmesi konusunda idare ve özel kişi ile yapılan sözleşmedir. Kamu idaresi iltizam veren özel hukuk kişisi iltizam alandır.

Not: Esaslı nokta özel hukuk kişinin bir ücret karşılığında bir kamu hizmetinin yürütülmesini tabi caizse satın almasıdır. Diğer şartlar her zaman olmaz.

3. Müşterek Emanet Sözleşmeleri: Özel kişilere ödenecek hasılatla endeksli bir gelir karşılığında, kar ve zararın kamu idaresine ait olmak üzere kamu hizmetinin kamu idaresi hesabına işletilmesine ilişkin sözleşmedir.

4. Kamu İstikraz Sözleşmeleri: Kamunun borçlanma sözleşmeleridir. Kamu bu sözleşme tipinde kendisine borç veren kişiye birtakım ayrıcalıklar verir örnek haczedilmemek veya başka özel yararlarıdır. Bu ayrıcalıklar yoksa kamu istikraz sözleşmesi değil özel hukuk sözleşmesi olur.

5.İdari Hizmetler Sözleşmeleri: İdare ile sözleşmeli personel arasında yapılan sözleşme tipidir. Örnek sözleşmeli öğretmenler vb.

Eskiden ormanlar özel kişiler tarafından işletilebiliyordu ve bu sözleşmeler idari sözleşme idi sonra bu özel kişiler ormanlara zarar verince bu sözleşme tipi kalktı. Madenlerde eskiden idari sözleşme ile işletiliyordu artık ruhsat (tek yanlı işlem , izin) yöntemine geçildi.

Yeni Tip İdari Sözleşmeler

Yeni tip idari sözleşmeler 1980lerde liberalleşme politikasının etkisi ile ortaya çıkan kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi içeren esas o nitelikleri itibarıyla birer idari sözleşme olan ancak kanun koyucu tarafından özel hukuk sözleşmesi yapılan tip sözleşmedir.

1.3096 Sayılı Kanuna göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri: Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticaret ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun öngördüğü görevlendirme sözleşmeleri birer idari sözleşme idi daha sonra bu sözleşmeler 6446 sayılı Elektrik piyasası Kanunu ile bu sözleşmeler yerine ruhsat lisans usulüne geçildi . 6446 sayılı kanundan önce yapılan sözleşmeler idari sözleşme kalmaya devam etti

2.3465 Sayılı Kanun'a Göre Akdedilen Otoyol Yapımı ve İşletilmesi Konusunda Görevlendirme Sözleşmeleri: 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşları Erişme Kontrollü Karayolu Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında kanuna göre yapılan sözleşmeler idari sözleşme idi, sonra 3996 sayılı kanunla bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak yapılmaya başlandı.

3. 6475 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmeler: Bu sözleşmeler PTT ile yapılan sözleşmeleri düzenler. Bu sözleşmeler hem organik hem maddi kritere göre idari sözleşmedir. Bir tarafı kamu tüzel kişisidir konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve bir takım kamu ayrıcalıkları içerir.

4.Kamu – Özel Ortaklığı Sözleşmeleri: Bu sözleşmeler maddi kritere ve organik kritere idari sözleşmedir ancak teşri kritere göre özel hukuk sözleşmesidir. Bir kamu hizmetinin yürütülmesini için gerekli olan tesisinin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulması, kamu tüzel kişisi de bunun için gerekli olan kirayı özel hukuk kişisine öder.

Örnek Şehir hastaneleri bunlarının her türlü kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin hazırlık sürecini özel hukuk kişisi halleder ancak sağlık hizmetinin sağlık bakanlığı verir. Sağlık bakanı ise özel ortağa her yıl kira öder.

Bu sözleşme belirlediğim gibi maddi ve organik kritere göre idari sözleşmedir ancak teşri kritere göre (6428 sayılı kanun gereğince) özel hukuk kişisidir. Teşri kriter her zaman içtihadı kriterden üstündür.

Kamu özel ortaklığı sözleşmeleri kamu ihale sözleşmelerinden kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından farklıdır çünkü Kamu özel ortaklığı hizmetin yürütülmesine ilişkin doğrudan değil dolaylı ilişkilidir ancak kamu ihale sözleşmeleri doğrudan ilişkilidir.

Kamu özel ortaklığı sözleşmelerini, imtiyaz sözleşmeleri, görevlendirme sözleşmelerinden, yap işlet devret sözleşmelerinden kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkinlik bakımından ayırılır. Sayılan sözleşmelerde kamu hizmetini sözleşmecinin tarafı yürütür kamu özel ortaklığında ise sözleşmeci kamu hizmetinin yürütülmesini değil yürütölme ön aşamalarını (binanın inşası, gerekli araç gereç temini vb.) tamamlar.

İsimsiz idari sözleşmeler

İdare sayılan sözleşmelerde dışında idari sözleşmeler yapabilir. Bu sözleşmelere yap işlet devret, görevlendirme sözleşmeleri isimlere buna değinmekte fayda var.

Yap işlet devret sözleşmeleri: İdarenin belli bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerek tesisi yapar ve işletir sonra da devreder. Örneğin idare bir özel kişiye köprü yaptırır. Köprüyü özel kişi işletir (ulaşım kamu hizmetinin görülmesi) sonra da köprüyü idareye devreder. Maddi ve organik kritere göre idari sözleşmedir.

Yap işlet Sözleşmeleri: yap işlet devret sözleşmelerinin devret kısmı çıkartılarak kanunla özel sözleşme yapılmış halidir. Sedat hocaya göre bunlar kamu hukukun uygulanma alanları daraltmaktan başka bir şey değildir gerçekten de öyledir bu sözleşmeler maddi ve organik kritere göre idari sözleşmedir ancak teşri kriterle özel hukuk sözleşmesi olmuşlardır.

İDARİ SÖZLEŞMELERİN AKDEDİLMESİ (KAMU İHALESİ)

İdari sözleşme sözleşmedir sözleşmenin hayat bulması için özel hukuk kişisi ve idare adına irade açıklamaya yetkili makamın irade uyuşmalıdır. Yetkisiz makam irade açıklarsa sözleşme geçersiz olur. Sözleşmeci iyi niyetli ise tazminat isteyebilir.

Onay: Sözleşme irade açıklamaya yetkili makamın üstünde bir makamın onayına tutulmuşsa şu iki durum ortaya çıkar onay makamı ile irade açıklayan makam arasında hiyerarşi varsa onay bir geçerlilik koşuludur ancak ikisi arasında vesayet varsa bu bir yürürlük şartıdır.

Sözleşmecinin secimi: Önce Yetkili makam sözleşme yapılmasına karar verir, sonra sözleşme yapılacak karşı tarafın seçilmesine karar verir. Bu özel hukuktaki gibi tarafların serbest iradesine dayanmaz. Elbette idari sözleşmesinin taraf olan özel hukuk kişisi serbesttir ancak idare makamın amacı kamu hizmetinin en verimlisini hedefler. Sedat hocaya göre kamu ihalesinde ilke kamu hizmetidir. İdare kamu hizmetini en ucuza mal eden sözleşmeciye ihale verir bu eksiltme, idare malını en yüksek fiyat verene ihale verir buna artırma denir. Ezcümle iradenin kayırmacılığı engelleme maksadıyla kamu ihalesi usulü düzenlenmiştir.

Kamu ihalesi= sözleşmelerin akdedilmesi.

Kamu ihale usulü idari sözleşmelerde ve yerini düştüğü ölçüde idarenin özel hukuk sözleşmelerinde uygulanır.

Sözleşmenin yapılma usulü sözleşmenin tipi belirlemez sözleşmenin tipi yapılma usulünü belirler.

Kamu İhalesini Düzenleyen Kanunlar

1.Genel ihale usulü: Böyle bir usulü yoktur. Olmadığını bilmemiz önemlidir soru gelebilir. Genel ihale usulü olmadığı için sözleşmeler idare hukukun temel ilkeleri ile çelişmemek kaydı ile borçlar kanuna göre yapılır. Sözleşmenin yapılmasını düzenleyen özel usul kanunları varsa sözleşme onlara göre yapılır.

2.Özel ihale usulleri: 2886 sayılı devlet ihale kanun ve 4734 sayılı kamu ihale kanunu bunlar hakkında detaylı bilgi verilecektir. Bu kanun ihale usulü konusunda en çok uygulanan iki kanundur ancak bu kanun genel usul kanunu değildir. İdarenin bütün sözleşmelerine uygulanacak niteliğe sahip değildir.

3.En özel ihale usulleri: a) 3096 sayılı kanunun kendi kapsamına giren sözleşmelerin akdedilmesi usulünün CB kararı ile belirlenir m.3

B)3465 sayılı kanun kapsamındaki sözleşmeleri CB yönetmeliği düzenler m.4

C) 3996 sayılı kanunun kapsamına giren sözleşmelerin yapılmasına ilişkin esas ve usulü CB düzenleyici işlemle belirler

A , B ,C de bahsedilen idari sözleşmeler 4493 sayılı kanunun değişmesi ile özel hukuk sözleşmesine dönüştüler.

D)4283 sayılı kanun kapsamına giren sözleşmelerin yapılmasına ilişkin usul ve esaslar CB yönetmeliğince belirlenir.

Not:5539 sayılı kanunla yukarıdaki sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi oldu.

Devamı için 440 ve 441. Sayfayı okuyun.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamları

Türkiye'de kamu ihalesi, önceden 1934 tarihli ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile düzenlenmiş sonraları bu kanun yerini 2886 sayılı devlet ihale kanunu aldı. Devlet ihale kanunu özerk bütçeli kurum ve kuruluşları kapsamıyordu. Özerk bütçeli kurum ve kuruluşları kapsaması için 4734 sayılı kamu ihale kanunu çıkartıldı.4734 sayılı kanun 2886 sayılı ilga etmemiştir bunlar birlikte yürürlüktedir.

1.2886 sayılı kanununun kapsamı: Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile köyler. Kanun kapsamına giren işlemler: Alım, satım, hizmet ,yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri.

2.4734 sayılı kamu ihale kanunun kapsamı: Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.

Kapsam

Madde 2- Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) **(Değişik: 1/6/2007-5680/1 Md.)** Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) **(Değişik: 30/7/2003-4964/1 Md.)** Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) **(Değişik: 30/7/2003-4964/1 Md.)** Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar. ⁽¹⁾

d) **(Değişik: 12/6/2002-4761/10 Md.)** (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) **(Değişik: 13/2/2011-6111/176 Md.)** 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri.

Kapsadığı iş ve işlemler: İdarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan sağlanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri, idarenin ihtiyacına taşınmaz mal kiralama işleri. İstisnalar ilgili kanun 3.maddesinde yazıyor.

TABLO 8.1: 2886 VE 4734 SAYILI KANUNLARIN KAPSAMLARI

	2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu
Kapsadıkları Kurumlar	Genel bütçeye dâhil dairelerle özel bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyeler	Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlar
Kapsadıkları İş ve İşlemler	- Mal ve hizmet satımları - Kiraya verme (İdare kiraya veren) - Mülkiyetten gayri aynî hak tesisi - Trampa	- Mal ve hizmet alımları - Yapım işleri - Kiralama (kiraya alma) (İdare kiracı) - Taşıma işleri

KUTU 8.4: 2886 ve 4734 Sayılı Kanunlar, İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerine ve Ayrıca İdari Sözleşmelere de Uygulanabilir.- 2886 ve 4734 sayılı kanunlar kendi kapsamlarına giren bütün idari sözleşmeler ister özel hukuk sözleşmesi olsun isterse idari sözleşme olsun, uygulamalarına, bu sözleşmelerin uygulanabilmesi için mühim olan o sözleşmenin idari sözleşme veya

Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkeler

1. Saydamlık ilkesi: ihalenin ilan ve tekliflerinin aleni olarak açılması ifade eder.

İstisnası: Pazarlık usullerinde tam olarak uygulanmaz. İdare ihale ilan edip etmemekte serbesttir

2.Rekabet İlkesi: Kısaca kamu ihalesine katılanların birden fazla olması ilkesi, ihaleye fesat karıştırmama rüşvet karıştırmama.

3.Yeterlilik İlkesi: Sedat hocanın deyimi ile ihaleyi alacak kişi söz konusu kamu hizmetinin gerçekleştirip gerçekleştirmediği tecrübesi

4.Eşit muamele İlkesi: İdare istekli kişinin dini, etkin kökeni, dili ,siyasi düşüncesi vs. bakımdan ayırım yapamaz.

İstisna: İdare ihaleye katılacak yerliler lehine kanunun cevaz verdiği ölçüde pozitif ayrımcılık yapılabilir

5.Güvenilirlik ilkesi: İdare ihaleye katılacak kişilerin korku ve kuşku duymadan çekinmeden katılabilirliklerini sağlamalıdır.

6. Gizlilik ilkesi: Kamu ihalesine katılan kişilerin özel bilgileri ve tekliflerin saklanması, Kamu hizmetinin esas değerinin gizli olması.

7.Kamuoyu denetimi ilkesi: İdare ihaleyi kamu duyurmalı bunu gizlilik ilkesini ihale edemeden yapmalı.

8. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi: İhtiyaç duyulan kamu hizmetinin zamanında ihaleye verilmesi.
9. Kaynakların Verimli Kullanılması: Kısaca idare kaliteli hizmeti ucuza kapatması.
10. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri için Ayrı İhale Düzenlenmemesi İlkesi: Doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal ayrımı, hizmet ayrımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.
11. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal veya Hizmet Alımları ile Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünmemesi İlkesi: Bir hizmeti parçalayıp değersizleşmeme Sedat Hoca derste şu örneği 100 km'lik yolu 10 kişi onar onar km yol yapılmasına engellemek.
12. Ödeneğin Bulunmayan Bir İş İçin İhaleye Çıkılmaması İlkesi: Kasada para ihaleye verme ilkesidir. Örneğin okula yurt yapılacak idarenin parası yok ihaleye veriyor 2 yılda bitecek işi 20 yılda bitmiyor.
13. Çevresel Etki Değerlendirme Belgesinin Alınması İlkesi: Amacı çevreyi korumaktır ancak doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde CED raporu gerekmez.

2886 Devlet İhale Kanunu'nun İhale Usulleri

1. Kapalı teklif usulü: İstekliler kendi gerekli bilgilerini ve tekliflerini kapalı zarfla idareye gönderir. İdare teklifleri değerlendirip sözleşmecisini seçer.
2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü: İdare demir yolu, baraj gibi ihalelerde teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilen en az 3 istekliden birini sözleşmeci olarak seçer. İlan şart değildir.
3. Açık Teklif Usulü: Kısaca açık artırmadır, idare malını en yüksek fiyattan satar; kamu hizmetini en ucuz sunana ihaleyi verir.
4. Pazarlık Usulü: İdare sayısı önemsiz veya acil veya özellik gösteren birtakım işlerde bu usulü kullanır. İlan zorunlu değildir. İdare teklif eder sözleşmeci kabul ya da reddeder.

4734 Kamu İhale Kanununun İhale Usulleri

1. Alelade Alım Usulü: İdare ihtiyaçlarını teminat olmaksızın ve ilan olmadan doğrudan temin eder. Bu asılda ihale usulü değildir. İdare bu alımı usulünü yapabilmek için ihtiyacın sadece istekli tarafında temin edilebilmesi gerekir, 3 yılı geçmemesi gerekir.

Not: 4734 Kamu ihale kanunu kapalı t Kapalı teklif usulü, Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü, Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usullülerini de sahiptir ancak yukarıda bilgi verildiği için tekrar yazılmasında kamu yararı yoktur.

İhale Süreci

1.Hazırlık Aşaması: İdare satın almayı planladığı mal ve hizmeti kamu ihale ilkelerine göre düşünüp tartar. Şartnameleri hazırlar. Hizmetin veya malın değerini belirler

2. İlan aşaması:

3.İhale doküman aşaması

4.Tekliflerin Sunulması

5.Teklifin Değerlendirilmesi

6.İhalenin İptal Edilmesi veya İhale Kararı

7.Sözleşme Aşaması.

Not: Bazı sözleşmelerinin akdelibilmesi için rekabet kurulunun izni gerekir. Sedat sayfa 455 üzerinde çok durmadığı için bu bölüm detaylandırılmamıştır.

Kamu İhale Sözleşmeleri

1.İçerikleri: Tip sözleşmelerine göre yapılır, idare hukukun ilkelerine aykırı olamazlar.

2.Türleri : a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme, c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

3. Hukuki Niteliği : Türkiye yargı içtihatlarına göre ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idare hukukuna ama karar kesinleştikten sonra özel hukuka tabi olduğu kanısındadır.

Kemal Gözlere göre idari sözleşmedir.

Kamu İhale Uyuşmazlıklarının Çözümü

İdari çözüm: İdari çözüm ancak sözleşme imzalanmadan geçerlidir. Bu iki şekilde yapılabilir söz konusu ihaleyi yapacak idareye başvurularak. İdare kararında tatmin olmayan kişi kamu ihale şikâyet yolu ile başvurabilir. Kamu İhale kurumunun hukuki değişiklik yaratanları tarafları bağlar. Kamu ihale kurumu kararlarını yargısal denetimini Ankara İdare Mahkemesi yapar. Kamu İhale Kurumu bağımsız idari otoritedir ve ayrı tüzel kişiliğe haizdir.

Yargısal Çözüm: İstekliler ve Adaylar idari çözüm yollarını tüketmeden yargısal çözüm yolunu tüketemezler. İdari çözüm yolunu tüketen istekli ve adayları Kamu İhale Kurumun kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açabilir. İstekliler ve Adaylar dışındaki menfaati olan herkes ihaleye ya da ihaleyi yapmama kararına karşı idari yargıda dava açabilir.

İdari Sözleşmelerin Biçimi

1. Anlaşma: İdare ve sözleşmeci özel hukuk kişinin sözleşme yapma konusunda anlaşmalarını gösteren ve tarafların imzasını barındıran metindir. İki yanlı işlemdir. 2886 sayılı kanuna göre noter tescili zorunludur. 4734 Kanuna göre noter tescili zorunlu değildir.

2. Şartnameler: İdari şartnameler isteklisine talimatlar içerir. Teknik şartnameler ise yapılacak projeyi kapsar. Şartnamelerinin hukuki niteliği tek yanlı idari işlem olma olmalarıdır. İdare şartnameleri kendisi hazırlar özel hukuk kişisi bunları tamamı ile kabul ya da tamamı ile reddeder. Şartnameler sözleşmenin yapılması sürecine ilişkin hükümleri düzenleyici işlemdir. Şartnameler sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olan hükümleri ise sözleşmenin akdedilmesinde önce düzenleyici niteliktedir, âmâ bu hükümler akdedilmesi ile tarafların kanunu haline gelir ve ne idare ne de özel kişi sözleşmeyi değiştirebilir.

İstisna: Kamu hizmeti imtiyaz şartnamelerinin bazı hükümleri her zaman düzenleyici işlem niteliğindedir. Kamu imtiyaz şartnamelerinin kamu organizasyonuna ve yürütülmesine ilişkin hükümler düzenleyici işlemdir. İmtiyazcı özel kişisi bu değişikliklere karşı çıkamaz. Tazminat isteyebilir ve düzenleyici işleme karşı iptal davası açabilir. Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Sedat Hoca imtiyaza torba kavram olarak bakar. İmtiyaz bir kamu hizmetinin uzun süreli edimle özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesidir.

İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASI (TARAFLARIN KARŞILIKLI HAK VE BORÇLARI)

Sözleşmecinin Borçları: Sözleşmeci şahsen, tam olarak, zamanında, ihale dokümanına ve sözleşmeye uygun olarak ve dürüstçe ifa etmekle yükümlüdür

Sözleşmecinin Hakları : Ücret hakkı ve Tazminat Hakkına sahiptir.

İdarenin Borçları : Sözleşmede taahhüt ettiği şeylerle bağlıdır onları tam olarak yerine getirmekle yükümlüdür. İdare bazı sözleşmelerde sözleşmeci kişi onun lehine kamulaştırma yapmak, bir tesisi sözleşmeciye devretmekle yükümlüdür. Sözleşmeciye korumak ve ona kaynak sağlamalıdır. Sözleşmecinin mali dengesini ve varsa mali avantajlarını korumakla yükümlüdür. Bu mali denge koruma hususu idarenin kendi eylem ve işlerinden yahut öngörülemezlik teorisi şartları çerçevesinde bozulmuş ise idare bu hususta sorumludur.

İdarenin Hakları ve Yetkileri: İdare sözleşmeci kişi üzerinde denetim ve yönlendirme yetkisi sahiptir. İdarenin sözleşmeye ve taahhütlere uymayan edimi tam ve zamanında yerine getirmeyen sözleşmeciye karşı müeyyide uygulama yetkisi vardır. İdare sözleşmeci kişiye cezai şart, tazminat, teminatı gelir kaydetme gibi parasal müeyyidelere uygulayabilir. Sözleşmeci kişiye geçici el koyma, gıyaben satın alma, emanet haline getirme gibi cebri

müeyyideler uygulayabilir. Sözleşmecinin ağır kusuru olduğu hallerde sözleşmeyi bir müeyyide olarak feshedebilir.

Not: Kemal hoca imtiyaz sözleşmeleri haricinde fesih müeyyidesinin mahkeme tarafından uygulanabileceğini kanaatindedir ancak Sedat Hoca bu görüşe katılmıyor. Ayrıca müeyyide fesihle kamu yararına feshi karıştırmayın.

İdare sözleşmenin düzenleyici niteliklerinde hükümleri tek taraflı değiştirebilir. Sözleşmeci bu değişikliğe uymak zorundadır ancak zararının tazminini talep edebilir. Bu yetki kamu hizmetlerinde değişkenlik ve uyum ilkesinden doğan bir yetkidir

İdare kamu yararına veya hizmet yararına sözleşmeyi sözleşmecinin kusuru olmadan feshedebilir. Bu fesih yetkisi genel bir yetkidir bütün idari sözleşmelerde uygulanabilir. İdare bu durumda sözleşmecinin zararını ve ziyanını tazmin etmek zorundadır.

Yeni Olayların Sözleşmenin Uygulanmasına Etkisi

Sözleşmenin uygulanması sırasında yeni olay ve durumların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin yerine getirilmesi zorlaşabilir.

1.Mücbir sebep: Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin ediminin ifasına engelleyen harici olaydır. Mücbir sebep tarafların mutlak şekilde iradesi dışında olmalıdır, sözleşmenin uygulanmasını kesin olarak imkânsız kılmalıdır. Basit güçlülükler mücbir sebep sayılmaz. Mücbir sebep hem idare hem sözleşmeci için geçerlidir. Doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, savaş, kısmi veya genel seferberlik ve bunlara benzeyen haller mücbir sebeptir. Mücbir sebep nedeni ile borcunu yerine getirmeyen taraftan tazminat istenemez.

2.Fait du Prince :İdarenin kamu yararı ve kamu güvenliği sebebi ile aldığı tedbirlerin sözleşmecisini zarara uğratmasıdır. Bu idare sözleşmeci ile sözleşme ilişkisi bulunan idaredir. Esaslı ve sürekli (hukuki anlamda) zararlar idare tarafında tazmin edilir. Ufaklar zarar tazmin edilmez Sedat hocaya göre.

3.Öngörülemezlik Hali: Öngörülmez ve tarafların iradesi dışında anormal nitelikte bir olaydır. Söz konusu olay sözleşmecinin ekonomik dengesini alt üst edecek durumda olmalıdır. Öngörülemezlik hali mücbir sebebinin aksine sözleşmeciyi ifadan kurtarmaz ancak ifadaki aşırı artışa idare ve sözleşmeci birlikte katlanır. İfadaki artışa idarenin ve sözleşmeci birlikte katlanması Sedat Hoca'nın ifadesidir, kaynak kitap bu durumda özel kişinin idareden tazminat istemesinin öngörüyor.

Not: Gaz de Bordeaux kararını okumanızı tavsiye ederim.

Şimdi bu sonuçları bir tablo halinde göstereyim:

TABLO 8.1: MÜCBİR SEBEP, FEDÜPRENS, ÖNGÖRÜLEMEZLİK VE ÖNGÖRÜLMEMİŞ GÜÇLÜKLER TEORİLERİ ARASINDA KARŞILAŞTIRMA

	Mücbir Sebep	Fedüprens (Fait du prince) Teorisi	Öngörülemezlik Teorisi
1. Tarafların İradesi	Dışında	İradesiyle	Dışında
2. Sözleşmenin İfasını	İmkânsız Kılar	Zorlaştırır	Zorlaştırır
3. Sözleşmeyi Sona Erdirme	Sona Erdirir	Sona Erdirmez	Sona erdirmez
4. Tazminat Hakkı	Yoktur	Tam Tazminat	Eksik Tazminat
5. Geçicilik/Daimilik	Daimidir	Geçicidir	Geçicidir

7. maddesi boyunca işlenen “İdarî Sözleşmelerin Uygulanması” konusu İdare Hukukunda (2019, c.II, s.154-195). Bu

İdari Sözleşmelerin Sona Ermesi

Normal Şekilde: Sürenin dolması ve taahhüdün yerine getirilmesiyle şeklinde olur.

Sürenin dolması: Bazı idari sözleşmeler, özellik imtiyaz ve iltizam Sözleşmeleri, sözleşmede yazan süre dolması ile sona erer.

Taahhüdün yerine getirilmesi: Söz konusu sözleşmenin ifası ile olur. Örneğin mal ve hizmet sözleşmelerinde mal temini hizmetin tamamlanması:

Zaman Önce Sona Erme (Fesih).

1.Tarafların Anlaşmasıyla fesih: Tarafları anlaşarak sözleşmeyi feshedebilir

2.İdare Tarafında Fesih: İdare sözleşmecinin ağır yüzünden sözleşmeyi feshedebilir bu durumda sözleşmeciye tazminat ödemez. İdare kamu yararına veya hizmet yararına feshedebilir bu durumda doğan sözleşmecinin zararını tazmin etmek zorundadır.

3.Mahkeme Kararı ile Fesih: İdare sözleşmecinin kusuru varsa kendi fesih edebildiği mahkemeye başvurarak da fesih talep edebilir. Sözleşmeci idarenin daha ağır kusuru veya tek taraflı değişiklik yetkisi sınırı aşmış ise mahkemeye fesih için başvurabilir. İdare ve Sözleşmeci mücbir sebep yüzünden mahkemeye birlikte fesih için başvurabilir.

İdari Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü

Kural olarak idari sözleşmelere karşı iptal davası açılamaz.

İstisna: Sözleşmeden ayrılabilir işlemlere karşı iptal davası açılabilir. İdari sözleşmenin düzenleyici hükümlerine karşı dava açılabilir, kanun istisna olarak bazı idari sözleşmelerin iptal davasına cevaz verebilir. Kamu görevlisine işe alma sözleşmelerine iptal davası açılabilir.

Kural olarak idari sözleşmeler tahkime gidemez.

İstisna Ay 125. hükmü sayesinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlık tahkime gidebilir.

Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti: Karşılanmadığı zaman halkta büyük bunalıma sebep olan hizmet türüdür.
Sedat hocanın tanımı

Kamu hizmeti maddi anlamda: Kamu yararına yönelik faaliyet. Kaynak kitapta kamu hizmetini maddi anlamda kullanıyor

Kamu Hizmeti Organik anlamda: Kamu hizmetini veren örgütlenme.

Kaynak Kitabın Tanımı: Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafında veya onu görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacıyla yönelik faaliyet.

Maddi Unsur: Kamu yararı

Organik unsur: Kamu tüzel kişisi, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafında veya onu görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen faaliyet.

Not: Sedat Hoca organik kriterin bir kamu tüzel kişisinin onu görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tanımına kuvvetle karşı çünkü kamu tüzel kişisinin denetlemediği özel kişi mi var? bu tanıma göre havai fişek patlatanlar kamu hizmeti veriyor 😞

Kaynak kitaptan somutlaştırdı örnekler: Hayırseverlerin yaptıkları çeşmelere kamu hizmeti sayılmaz çünkü her ne kadar maddi unsuru kamu yararı olsa da organik unsuru eksiktir. Özel okullar kamu hizmetidir çünkü eğitim kamu yararınadır ve organik unsuru idarenin sıkı ve yakın denetiminde olan özel kişi tarafından yürütülmesidir

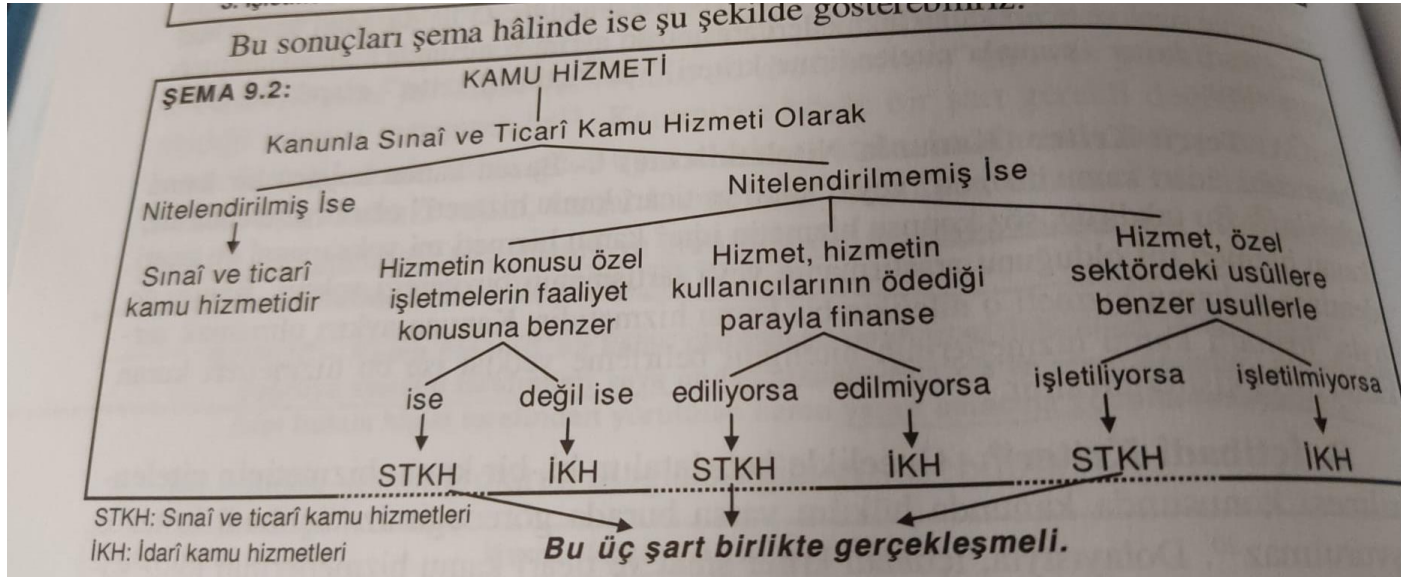
İdari Kamu Hizmetleri – Sınai ve Ticari Kamu Hizmetleri

Teşri Kriter: Bazen kanun koyucu bir kamu hizmetini idari veya sınai ve ticari kamu hizmeti olarak tanımlar kanun ne diyorsa o olur. Kanuna aykırı olmamak şartı ile mahalli kamu hizmetlerinin niteliğini belirleme yetkisi ise bu hizmetleri kuran kamu tüzel kişilere aittir.

İçtihadı Kriter: Kanun hükmü olmadığı bazen bir kamu hizmetinin idari mi sınai ve ticari mi olduğu hususunda içtihadı kriter kullanılır.

Bir kamu hizmetinin sınai ve ticari olması için konusu özel işletmelerin faaliyetine benzer olmalı, finansmanı hizmeti kullanıcılarının ödediği parayla finanse edilmelidir, işletme usulü özel sektördeki usullerle işletilmelidir.

Not: Bir kamu hizmetinin idari kamu hizmeti olması kural sınai ve ticari olması ise istisnadır. Yukarıda sayılan 3 şart birlikte olursa bir kamu hizmeti sınai ve ticari kamu hizmeti olur şartlardan biri eksik olur idari kamu hizmeti olur.



Kamu Hizmetlerinin Hukuki Rejimi

İdari Kamu Hizmetleri: Kamu hukukunda tabiidir

- 1.İdari kamu hizmetleri ile bu hizmetleri ile bu hizmetlerde çalışan personel arasındaki ilişki kural olarak kamu hukukuna aittir.
- 2.İdari kamu hizmetleri ile bu hizmetlerin kullanıcıları arasında uyuşmazlıklar daima kamu hukukuna tabidir.
- 3.İdari kamu hizmetine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir, Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözülür
- 4.İdari kamu hizmetlerine dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluk kamu hukukuna tabidir ve bunlardan doğan uyuşmazlık idari yargının görev alanına girer

Sınai ve Ticari Kamu Hizmetleri: Kural olarak özel hukuka tabiidir

1. Sınai ve ticari kamu hizmetleri ile personeli arasındaki uyuşmazlıklar özel hukuka tabidir. Personelleri işçi niteliğindedir.
2. Sınai ve ticari kamu hizmetleri ile bu hizmetlerin kullanıcıları arasında hukuki ilişki daima özel hukuk ilişkisidir
3. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcıları ile yaptıkları sözleşmeler özel hukuku aşan hükümler içerseler bile daima özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler ve adli yargının görev alanına girerler.
4. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılarına ve 3.kişilere verdikleri zararlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür.

İstisnalar: Sınai ve Ticari Kamu Hizmetleri bir kamu hizmetidir ve nedenle kamu hizmetine ilişkin bazı ilke ve kurallarının kendilerine uygulanabilmesi imkânı vardır.

a) Kamu Hizmetinin temel ilkeleri

b)kamu gücü ayrıcalıkları: İstisna olarak sınai ve ticari kamu hizmetlerine kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülükleri tanınmış olabilir

c)İdari Sözleşmeler: Kural olarak sınai ve ticari kamu hizmetleri ile kullanıcısıyla arasında yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmemesidir. Ama mal ve hizmet sağlayıcılarıyla yapılan sözleşmeler, idari sözleşme şartlarını taşımak kaydıyla, idari sözleşme sayılır.

d) Genel Müdür ve Muhasebe Müdürü: Personeller özel hukuka tabidir ancak Fransa’da bu personellerden genel müdüre kadar herkes kamu hukuka tabidir.

e) Hizmetin Organizasyonuna İlişkin Düzenleyici İşlemler: Bu işlemler ister kamu tüzelkişisi ister özel hukuk kişisinden çıkmış olsunlar düzenleyici idari işlem niteliğindedir ve idare hukuka tabidirler.

Kamu hizmetlerinin hukukî rejimi

Tablo 9.1: Kamu Hizmetlerinin Hukukî Rejimi

	İDARİ KAMU HİZMETLERİ	SINAI VE TİCARİ KAMU HİZMETLERİ
Personelle ilişkiler	Kamu Hukuku	Özel Hukuk
Kullanıcılara ilişkiler	Kamu Hukuku	Özel Hukuk
Sözleşmeler	İdari Sözleşmelerin Genel Kriterlerine Göre İdari veya Özel Hukuk Sözleşmesi	Özel Hukuk
Sorumluluk	Kamu Hukuku	Özel Hukuk

Not: Belirtilim ki, gerek idari gerekse sınai ve ticari kamu hizmetleri...

Not: Kamu hizmetlerini yürüten kişilerle (Kitler, imtiyazcı anonim şirketler) ile bu hizmetin asıl sorumluluğunu üstelenen kamu tüzel kişileri (devlet, mahalli idare) arasındaki ilişki daima bir kamu hukuku ilişkisidir ve aksi kanunla öngörülmedikçe daima idari yargının görev alanına girer. Hizmeti yürüten kişilerinin kamu tüzel kişisi ya da özel hukuk kişisi olması bu gerçeği değiştirmez.

Kamu iktisadi teşekkülleri sınai ve ticari kamu hizmeti üretir ve bunların sadece hizmetleri ile kullanıcıları arasında ilişki özel hukuk ilişkisine tabiidir. Diğer ilişkileri idari hukukuna tabiidir

Kamu Hizmeti İlkeleri

1.Devamlılık ilkesi: Kamu hizmetinin niteliğine göre sürekli ve düzenli şekilde sunulmasıdır. Örneğin elektrik, su, ulusal kamu hizmetleri 365 gün 24 saat şeklinde devamlı yürütülür ancak eğitim vb. kamu hizmetleri her an verilmez ancak devamlı yürütülür. Bu ilkenin 4 sonucu vardır

a) Grev yasağı: Kamu hizmetlerinde yasaktır. Grev hakkı memurlara değil işçiye verilmiştir (Ay. Madde 54/1)

b) Öngörülemezlik Teorisi

c) Cari işlerin yürütülmesi :İstifa eden hükümetin yeni göreve başlayıncaya kadar cari işlemleri yürütme yetkisi ve görevine sahip olması gerekir.

d) Görevi Sona Eren Memurun Görevde Kalması: Görevinde ayrılan memurun yerine yenisi görevi devralmasına kadar görevde kalmak zorunludur.

2.Değişebilirlik İlkesi: Uyum ilkesi de denir kamu hizmetinin değişen koşullara uyum sağlamalıdır. Bu koşullar ekonomik, kültürel vb. olabilir. Bu ilke idareye idari sözleşmelerde kamu yararına fesih hakkı verir. Kullanıcıları ve personel üzerinde bu ilişki kapsamında değişiklik yapabilir. Örnek Gaz de Bordeaux kararı

3. Eşitlik İlkesi : Kamu hizmetleri karşısında eşitlik ilkesi kanun önünde eşitlik ilkesinin bir uzantısıdır. Anayasanın 10. Maddesi

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) (1) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (1)

Pozitif ayrımcılık eşit ilkesine aykırı değildir .Bu pozitif ayrımcılık anayasanın 10.maddesinde belirtilmiştir **(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.)** Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. **(Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.)** Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

4.Tarafsızlık: Eşitlik ilkesinin bir uzantısıdır. Kısaca kamu hizmetinde devlet taraf tutamaz.

5: Laiklik: Tarafsızlık ilkesinin bir uzantısıdır. Kamu hizmetinde her din ve mezhebe eşit mesafede durulmalıdır.

6.Kamu Hizmetlerinin Bedeli: Kamu hizmetlerinin bedavallığı sayılan 5 ilke gibi bir genel ilke değildir. Bedavallık ilkesi ancak anayasa ve kanunlar tarafında öngörülmesi durumunda kamu hizmetleri için geçerli olacak bilecek istisnai bir ilkedir.

Sınai ve Ticari Kamu Hizmetlerinde Bedel: Sınai ve Kamu Hizmetleri bedava değildir. Zaten bu hizmetlerin serbest piyasa hizmetlerine benzediğini söylemiştik.

İdari Kamu Hizmetlerinde Bedel: İdari kamu hizmetlerinin bedelini kanun veya anayasa bedava yahut ücretli kılabilir bu konuda bir sorun yok ancak kanunun açıkça belirlemediği idari kamu hizmetleri bedeli hususu tartışmalıdır.

a) İhtiyar İdari Kamu Hizmetleri: İdari kamu hizmetini kurup kurmamak kamu tüzel kişinin isteğine kalmış ise, idare bu hizmete bir ödenti bağlayabilir. Bu ödenti maliyeti geçemez.

b) Mecburi İdari Kamu Hizmetleri: İdarenin bu kamu hizmetini kurmak ve yürütme zorunluğu kanunla öngörülmüş ise, bu hizmetler bedava olmak zorundadır.

Eleştiri: Sedat hocaya bir kanunla bedeli belirlenmeyen bir kamu hizmetinde hizmeti kullanıcının alması zorunlu ise o kişiden para alınamaz. Sedat hocaya göre bu bedel ancak kanunla mali yükümlülük altında alınabilir.

Not: Sınai ve Ticari Kamu Hizmetlerinde ödenen bedel fiyat iken idari kamu hizmetlerinde bedel mali yükümlülüktür. Ayrıca doğal tekel hukuksal tekelden bahsetmekte önem var.

Doğal tekel: Eşyanın tabiatı gereği zorunlu olarak tek olması gereken piyasadır.

Örneğin şehirde tek altyapının olması tek elektrik şebekesi vb.

Hukuksal tekel: Yasa ile bir hizmeti sadece bir kuruma vermek. Biz hukuksal tekellere karşıyız. Hukuksal tekel = Ahbap Çavuş kapitalizmi

Kamu Hizmetlerinin Kurulması

1.Faaliyet bakımından kamu hizmetinin kurulması: Özel teşebbüs tarafında yürütülen bir özel faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi demektir. İstisnai olarak bu o zaman kadar hiç mevcut olmayan bir hizmetin kurulması şeklinde de olabilir.

2.Tekilat bakımından kamu hizmetinin kurulması: Bir kamu hizmetini yürütecek teşkilatın kurulması anlamına gelir.

Not: Devletleştirme ve özelleştirmenin kamu hizmetlerinin kurulması veya kaldırılması ile bir alakası yoktur

Not: Kamu hizmeti kamu idaresi tarafından kurulur. Kamu kurumu, kamu hizmeti kuramaz. Zaten kamu kurumunun kendisi, kamu hizmetini yürütme usullerinde birisidir.

A. Milli Kamu Hizmetleri (Kanunla Nitelendirme)

Milli kamu hizmetlerini kurma yetkisi yasama organının aittir. Diğer bir ifade ile sadece kanunla kurulabilir. Kaynak kitabımız bu görüşü şöyle temellendiriyor. Kamu hizmetleri özel teşebbüse getirilen bir sınırlamadır. Özel teşebbüs ise bir temel hürriyettir (ay.48) bu yüzden anayasanın 13.maddesinin 1.fıkrası gereği ancak kanunla sınırlandırılır. Olağanüstü hallerde kurulacak kamu hizmetleri eğer olağanüstü hale ilişkinse anayasanın 15. Maddesine tabi olacaktır.

Kurma konusunda takdir yetkisi: Kaynak kitaba göre kamu hizmetinin ne olduğuna yasama organı karar verir ve bu bir yerindelik sorunudur. Açık takdir hatası olmadıkça Anayasa Mahkemesi bir kamu hizmetinin kuran ya da kaldıran bir kanunu yahut CBK'yı denetleyemez.

Takdir Yetkisinin İstisnaları: Anayasa bazı kamu hizmetlerini (adalet, milli savunma eğitim , sağlık vb.) bizzat kendi lafzında nitelendirmiştir. Anayasal kamu hizmetleri olarak da adlandırılan bu hizmetleri yasa koyucu kurmak zorundadır. (Ay. 11) .Ancak bu konuda gerekli kanunu çıkarmayan yasama organına karşı uygulanabilecek bir müeyyide yoktur.

Takdir yetkisinin diğer istisnaları şu 4 maddedir:

1.Uluslararası antlaşmalardan dolayı bazı kamu hizmetlerinin kurulması yükümlüğü,

2.Kâr amacıyla kamu hizmeti kurma yasağı

3.Kamu hizmetinin yürütecek kamu tüzel kişininin kurulması,

4. Kamu hizmetlerinin kurulmasında bütçe kanunu gereği

Mahalli Kamu Hizmetleri

Mahalli kamu hizmetlerinin kurulabilmesi için kanuna gerek yoktur. Mahalli idare mahalli kamu hizmetlerinin kurma yetkisi anayasanın 127.maddesinde verilmiştir. Hangi mahalli müşterek ihtiyacın kamu yararı olduğuna karar vermek mahalli idarenin yetkisindedir.

İstisnalar: Mahalli idarenin mahalli kamu hizmeti kurma yetkisi mutlak değildir. Kanun bir mahalli idare kamu hizmeti kurma sorumluluğu yada bir kamu hizmeti kurma yasağı getirebilir. Mahalli idare özel teşebbüs hürriyetini sınırlandıracak kamu hizmetini kanun cevaz vermeden kuramaz.

Kamu Hizmetlerinin Kaldırılması

Faaliyet bakımından kamu hizmetinin kaldırılması, hali hazırda kamu hizmeti olan bir hizmetinin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması ve özel teşebbüs haline getirilmesidir.

Teşkilat bakımından kamu hizmetinin kaldırılması ise bu hizmeti yürütecek teşkilatın varlığına son verilmesi anlamına gelir.

Not: Özelleştirme ve kaldırma farklı kavramlardır. Kaldırma bir kamu hizmetini özel teşebbüs haline getirmek iken özelleştirme kamu hizmetinin yürütülme usulünü değiştirmektir. Ancak öğretilerde bazı yazarları bazı kamu hizmetlerinin özelleştirmeyeceğini de savunur.

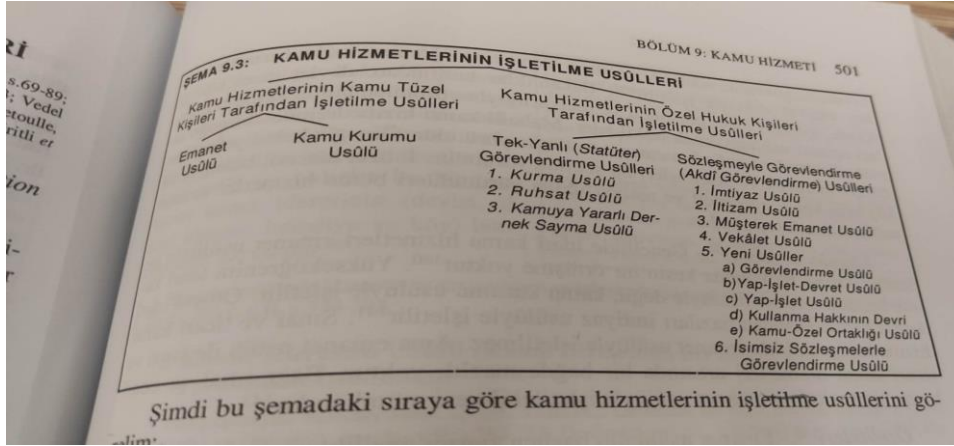
Kamu hizmetini kaldırmaya yetkili makam: Kanunla istisnası belirtilmediği durumlarda kamu hizmetini kuran makam yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince kamu hizmetini kaldırmaya yetkilidir.

İstisnalar: Yasama organı anayasa ile sınırlıdır. Anayasa geçen kamu hizmetlerini yasama organı kaldıramaz. Aynı şekilde mahalli idare kanunla koyulmuş kamu hizmetini kaldıramaz. Böyle durum bir gerçekleşmeye teşebbüs edilirse Anayasa Mahkemesi anayasal kamu hizmetini kaldıran kanunu ,İdari Yargı organlıları mahalli idare kararını iptal eder.

Virteül Kamu Hizmeti Teorisi

Kısaca bu teori hangi hizmetinin kamu hizmetini belirleme hususunda hizmetinin mahiyeti göre belirler. Kaynak kitabımız bu teoriye karşı çıkmaktadır çünkü bu teoriye birçok özel teşebbüs kamu hizmeti kapsamına sokulabilir. Buda liberal hukuk sistemine aykırıdır

Kamu Hizmetlerinin İşletilme Usulleri



A.Kamu Hizmetlerinin Kamu Tüzel Kişileri Tarafında İşletilmesi Usulleri

1.Emanet Usulü (Bir Kamu Hizmetinin Bir Kamu İdaresi Tarafında Doğrudan Doğruya İşletilmesi)

Kısaca kamu hizmetinin bir kamu idare tarafından doğrudan doğruya işletilmesidir. Merkezi idare (Devlet) genel emanet usulünü kullanılır. Başlıca özellikleri 4 madde şeklinde toparlanabilir

- 1.Emanet Usulünü Sadece Kamu İdareleri Kullanabilir: Kamu idareleri devlet, belediye, il özel idaresi ve köylerden ibarettir. Bakanlıklar devlet tüzel kişiliği içinde yer alır.
- 2.Emanet Usulünü Ayrı Bir Tüzel Kişilerde Yoktur: Kamu idarelerinde başka bir kamu tüzel kişisi varsa bu kamu kurumu usulü olur özel kişi varsa imtiyaz usulü ortaya çıkar.
- 3.Emanet Usulünde Personel Bağımsızlığı Yoktur: Emanet usulünde personeller memur niteliğindedir ve bunlar kamu hukuku hiyerarşisine tabidir.
- 4.Emanet Usulünde Malvarlığı Bağımsızlığı Yoktur: Hizmetle ilgili gelir ve giderler hizmeti yürüten idarenin bütçesinde karşılanır.

2.Kamu Kurumu Usulü

Kamu hizmetinden sorumlu kamu idaresinin ayrı bir kamu tüzelkişiliğine sahip bir kamu kurumu kurup hizmetinin kamu kurumu ile yürütülmesidir. Örneğin yükseköğretim kamu hizmeti devlet kamu idaresinin sorumluluğundadır ancak devlet kamu idaresi bir kamu kurumu(üniversite) kurup hizmeti ona yürüttürmeyi tercih etmiştir. Bu usulün 4 ayırt edici özelliği şunlardır:

- 1.Kamu Kurumları Ayrı Bir Tüzel Kişiliği Sahiptir.
- 2.Kamu Kurumları Özerktirler: Kendi bütçesi kendi karar organları vardır.
- 3.Kamu Kurumları Birer Uzmanlık Kuruluşudur.

4.Kamu Kurumları Bir Kamu İdaresine Bağlıdır. İdari vesayet. Bu idare merkezi yahut mahalli olabilir

Not: Kamu kurumu kavramı 1.dönem konusu olduğu için detaylandırılmamıştır.

Not: Kamu kurumunu kural olarak anayasa, kanun, cbk yahut kamu idaresi kurar. Ancak kanun izin veriyorsa kamu kurumu kamu kurumu kurabilir. Örneğin Hacettepe Üniversitesinin kendi için kamu kurumu kurması (kurumun adını unuttum ama derste geçti)

Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişisi Tarafından İşletilmesi Usulleri

Kamu hizmetlerinin organik unsuru iki şekilde olabilir birinci kamu tüzel kişisi 2. İdarenin gözetim ve denetimi altında bir özel hukuk kişisi. Kamu idaresi bir özel hukuk kişisine görevlendirme yolu ile kamu hizmetinin yürütülmesini devredebilir. Özel hukuk kişisi kendi kendine kamu hizmeti yürütemez. Tek taraflı ve akdi görevlendirme şeklinde olabilir.

1.Tek Taraflı Görevlendirme: Kamu idaresi tek yanlı idari işlemle özel hukuk kişisine kamu hizmetine yürütülme görevini ve yetkisini verir.

a) Kurma Usulü: Kamu idaresi kendi kaynakları ile bir özel hukuk kişisi kurar ve bu özel hukuk kişisine kamu hizmetini yürütme görevini verir. Bunun için kanunla yetkilendirilmeye ihtiyacı vardır. Örnek Anadolu Ajansı)

b) Ruhsat veya Lisans Usulü: Halihazırda bir özel hukuk tüzel kişisi kendi üstlendikleri bir kamu hizmetini kamu idaresi yahut istisna olarak kanunla yetkilendirilmiş kamu kurumu tarafından ruhsat veya lisans vererek özel kişiye kamu hizmetinin yürütülmesidir. Ruhsat veya lisans özel kişinin talebi üzerine verilir. Bu işlem tek yanlıdır sözleşme değildir. Örnekler özel okullar, özel hastaneler vb.

c) Kamuya Yararlı Dernek Sayma – Türkiye’de kamuya yararlı dernekler tek taraflı bir işlemle bir kamu hizmetini yürütmekle görevlendirildiğini söyleyebiliriz. Bu işlem Cb tarafında yapılır.

Not: Kamuya yararlı dernek kamu tüzelkişisi değildir.

Hukuki Rejimleri: Bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile görevlendirilmiş özel hukuk kişinin malvarlığı, personeli, tek yanlı işlemleri, kural olarak özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. Özel hukuk kişinin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak tesis ettiği işlemler idari işlem niteliğindedir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür.

Not: Kamu idaresi istisnai olarak kamu kurumu bir kamu hizmetini özel kişiye devretmesi onun kamu sorumluluğunda sıyrıldığı anlamına gelmez. Kamu idaresi ve istisnaen kamu kurum özel kişinin kamu hizmetini kamu yararı gereklerine uygun şekilde işletemediğini gözlemlerse, tek yanlı olarak her zaman gerekli tedbirleri alabilir.

Sözleşmeyle Görevlendirme (Akdi)

Kamu idareleri ve istisnai olarak kamu kurumları sorumlu oldukları kamu hizmetinin yürütülmesi için özel hukuk kişi ise sözleşme yapabilir. Bu sözleşmeler genellikle anlaşma biçiminde olur. Anlaşma iki kısımdan olur. Bir kısmı tarafların iradesinin uyuştüğunu belirtilir. Diğer kısmı ise şartname kısmını kamu tüzelkişisi ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkiyi düzenler. Kamu hizmetinin hangi şartlarda yürütüleceği, kamu tüzelkişisi ile özel kişinin karşılıklı hak ve borçları vs. hükme bağlanır. Bu Sözleşmeler kanun teşri kriterle nitelendirmediği sürece tartışmasız idari sözleşmedir.

A) İmtiyaz Usulü: İmtiyaz, Bir özel hukuk kişinin bir kamu tüzel kişisi ile yaptığı sözleşme uyarınca, kullanıcılardan alacağı ücret karşılığında kendi kar ve zararına bir kamu hizmetini kurup işletme usulüdür. 4 ayırıcı unsuru:

1. Tarafların iradesi uyuşmalı
2. Hizmeti özel kişi kurup ve işletmeli
3. Finansman yönetimi kullanıcıdan sağlanmalı
4. Karı ve zararı özel kişiye olmalı, özel kişi kendi adına ve hesabına hizmeti işletir.

Hukuki niteliği: Yarı akdi, yarı düzenleyici işlemdir. Kamu idaresi düzenleyici işlemleri her zaman tek taraflı değiştirebilir. Bu düzenleyici işlem karşı sözleşmeci iptal davası açabilir.

İmtiyazın seçilmesi : Kural olarak idare istediği imtiyazlıyı seçebilir (intuitu personae) bu yüzünde kamu ihalesi usullerine uymak zorunda değildir. Ancak kanun imtiyazının seçilmesini belirli usullere tabi tutabilir.

İmtiyaz verme yetkisi: Merkezi idarede bu yetki cumhurbaşkanına aittir. Belediyelerde ise Danıştay görüşü ve Çevre Şehircilik Bakanlığının kararıyla 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir. Belediye adına imtiyaz verilmesine karar verme yetkisi belediye meclisine aittir. İl özel idaresi adına imtiyaz verme yetkisi ile il genel meclisine aittir.

Danıştay'ın Görüşünün Alınması: Anayasa 155.maddesinin 2.fıkrasına göre kamu hizmetleri ilgili imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın görüşü alınması zorunlu bir usuldür. Danıştay'ın görüşüne uymak zorunlu değildir çünkü Danıştay'ın görüşü bağlayıcı değil mütalaa niteliğindedir.

Şema 9.4: İMTİYAZININ VE İMTİYAZ VERENİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İmtiyazcının		İmtiyaz Veren İdarenin	
Yükümlülükleri	Hakları	Yükümlülükleri	Yetkileri
1. Şahsen ile Yükümlülüğü	1. Mali Dengesinin Korunmasını İsteme Hakkı	1. Genel olarak imtiyaz veren idare, sözleşme hükümlerine uymakla yükümlüdür.	1. Denetleme Yetkisi
2. Hizmetin Devam-İliğini Sağlama Yükümlülüğü	2. Kendisine Sağlanan Avantajlara Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı	2. Diğer yandan imtiyazcının yandaki hakları, imtiyaz veren idarenin borçlarını oluşturur.	2. Tek Yanlı Değişiklik Yapma Yetkisi
3. Hizmeti Değişen Koşullara Uydurma Yükümlülüğü	3. Ücret İsteme Hakkı		3. Müeyyide Uygulama Yetkisi
4. Denetlenmeye Katılma Yükümlülüğü	4. Yargısal Başvuru Hakkı		a) Parasal Müeyyideler b) Geçici El Koyma c) İmtiyazın Düşürülmesi

İmtiyazın sona ermesi: kural olarak idari sözleşme sona ermesi ile aynı şekildedir. Ancak imtiyaz sözleşmesine tahkim yolu eklendiyse tahkime gidilebilir.

B) İltizam Usulü: Bir özel hukuk kişinin kamu idaresine ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kar ve zararına işletme, yürütme usulüdür. İltizama alan kişiye mültezim denir.

Ayrıt edici 7 unsuru şunlardır:

1.İltizam bir sözleşmedir, İdare mültezimi tek taraflı işlemle görevlendiremez. Karşılıklı iradelerinin uyumu gerekir.

2.İltizam kurulmuş kamu hizmetinin yürütme usulüdür

3.İltizamda kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin araç ve tesisat idare tarafından karşılanır. İmtiyazda ise kamu hizmetini kurma ve yatırımını yapma imtiyazıya aittir

4. İltizamda mültezim kamu idaresine belirli bir ücret öder ancak İmtiyazda imtiyazlının böyle bir ücret ödemesi söz konusu değildir.

5. Mültezim kamu idaresine ödemediği ücret ile kullanıcılardan aldığı ücret farkı mültezimin gelirini oluşturur.

6. İltizamda kullanıcılara sunulan ücret ve sözleşme süresi imtiyaza göre daha kısadır. Bunun sebebi imtiyazlının yaptığı kamu hizmeti için yatırım harcamalarının amortismanıdır.

c) Müşterek Emanet Usulü: Bir özel hukuk kişinin kamu idaresi ile kamu hizmetinin işletilmesinin elde edilen hasılatı endeksli bir gelir karşılığında, karı ve zararı kamu idaresine ait olmak üzere kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından işletilmesidir. Bu özel hukuk kişisine müşterek emanetçi denir.

Ayrıt edici 5 unsuru vardır:

1.Müşterek emanet bir sözleşmedir, tek taraflı işlem değil tarafların iradesi uyumak zorundadır.

2. Kamu hizmetinin tesisatı kamu idaresine aittir.

3. Müşterek emanetçi hizmeti kamu idaresi hesabına işletir.

4.Müşterek emanetçi bir personel değildir. Kamu hizmetini bütünüyle işleten kişidir. Tam bir hareket serbestisine sahiptir.

5.Müşterek emanetçi geliri kullanıcı aldığı ücretle karşılamaz. Geliri kamu idaresine aktarır, kamu idaresi emanetçiye sözleşmede yazan gelire endeksli payı verir.

Vekalet usulü: Müşterek Emanet usulünden tek farkı gelire endeksli bir pay değil de belirli bir götürü ücreti almasıdır. Vekalet usulünde özel kişiye vekil yahut vekalet yoluyla işleten denir.

Yeni Usuller

Bu usuller hakkında detaylı bilgi verilmeyecektir. Kaynak kitaptaki 517-521 sayfadaki bilgiler özeleştirilemeyecek kadar öz bilgi içermektedir. Sadece bu sözleşmelerinin tipi yazılacaktır.

Görevlendirme Sözleşmeler Usulü: 3096 sayılı kanun kapsamında sözleşmeler idari sözleşmedir. Ancak yargı organları bunları imtiyaz sözleşmesi olarak niteler.

Uyarı: Sonraları 4493 sayılı kanun kapsamında 3096 kapsamında sözleşmeler 3996 sayılı yap işlet devret usulüne tabi kılındı. Şu an 6646 sayılı kanuna göre 3096 kapsamında sözleşmeler usulüne yerine lisans- ruhsat usulüne geçildi. Değişiklik öncesi yapılan sözleşmeler statülerini koruyor.

Otoyol Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi Konusunda Görevlendirme Sözleşmesi Usulü: 3465 sayılı kanun kapsamında yapılan bu sözleşmeler idari sözleşmedir ancak otoyol, trafiği yoğun, karayolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonlarının yapımı bakımı ve işletilmesi işleri de ilişkin sözleşmeler 4993 kanunla 3996 sayılı yap işlet devret usulüne tabi kılındı .3996 sayılı kanun kapsamındaki sözleşmeler özel hukuk sözleşmesidir.

Türk Telekom'un Görevlendirilmesi Sözleşmesi Usulü: 406 sayılı kanun kapsamında yapılan sözleşmeler görevlendirme sözleşmesidir Ancak Türk Telekom'un hisselerin %55inin özelleştirilmesi ve 4502 sayılı kanunla değişen 406 sayılı kanun kapsamında sözleşmeler artık imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.

PTT Görevlendirme Sözleşmesi Usulü: 6475 sayılı kanun kapsamında yapılan bu sözleşmeler görevlendirme sözleşmesi niteliğindedir.

Yap İşlet Devret Usulü: 3996 sayılı kanun kapsamın yapılan bu sözleşmeler özel hukuku aşan birçok hüküm içermektedir. Ancak kanunun 5. Madde bu sözleşmelerin özel hukuka tabi sözleşme niteliğinde olduğunu belirtiyordu. Anayasa Mahkemesi 28 Haziran 1995 tarih ve 1995/23 sayılı kararı ile sözleşmenin 5.maddesini iptal etti ve sözleşmeler imtiyaz sözleşmesine döndü. Anayasanın 47. maddesine idarenin kamu hizmet ve yatırımları için özel kişilerle özel hukuk sözleşmeleri yapabileceği yolunda bir fıkra eklendi.

4493 sayılı Kanunla 3996 sayılı kanunun mülga 5. Maddesi yap işlet devret sözleşmeleri özel sözleşmesi olduğunu hüküm altına alınmıştır. 1999'dan bu yana bu sözleşmeler artık bir idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesidir.

Yap işlet Usulü (4283 Sayılı Kanun)

Maddi ve organik kritere göre idari sözleşmedir ancak kanunun 3.maddesinin hükmü bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu söyler.

Elektronik Haberleşmede Kullanım Hakkının Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme Usulü 5809 sayılı kapsamında yapılan bu sözleşmelerinin hangi sözleşme tipine girdiği dair bir kanun hükmü yoktur.

Kamu – Özel Ortaklığı Usulü: 6428 sayılı kanun kapsamında yapılan sözleşmeler özel hukuka tabi sözleşmedir.

Diğer usuller: İdare bu tip sözleşmelerini kullanabildiği gibi kanunla ve idare hukukun genel ilkeleri ile çelişmeyen yeni usuller de kullanabilir.

Not: Sedat Hocaya göre idare özel hukuk kişisine görevlendirmesi diye bir kavram olamaz. İdarenin özel kişiyi görevlendirme kelimesi Sedat hocaya göre yanlıştır.

Not: Danıştay 3096 sayılı kanun kapsamındaki sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak saymış ve kendi görüşü alınmadan akdedildiği için iptal etmiştir. Anayasa 3996 sayılı kanunun öngördüğü yap işlet devret sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak görmüş ve yap işlet devret sözleşmelerini özel hukuka tabi kılan 3996 sayılı kanun 5.maddesini K.1995/23 sayılı kararıyla iptal etmiştir.13 Ağustos 1999'da Anayasanın 47. Ve 125.maddelerine yapılan değişiklikle Anayasa mahkemesi ve Danıştay'ın kanunla nitelendirilmiş özel hukuk sözleşmelerine karşı yapabileceği bir şey kalmadı.

47.maddeye yapılan değişiklik: Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafında yürütülen yaptırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanun belirlenir.

125.maddeye: Kamu Hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve millet arası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletler arası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Sonuç: Kanun koyucu kanunla istediği gibi sözleşme tipini belirler. İmtiyaz sözleşmelerini ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkları ve sözleşmede tahkim yolu varsa tahkime gidilebilir .Özel hukuk sözleşmelerine tahkim şartı koyulabilir ve her zaman tahkim yolu açıktır.

Kolluk

Kolluk faaliyetlerinin amacı kamu düzeninin korunmasıdır.

Kamu düzeni nedir?

Klasik anlayışa göre kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu huzuru kamu sağlığı olarak tanımlanır.

Kamu Güvenliği: Şahsa ve eşyaya zarar verecek kazalarının ve tehlikelerin yokluğu. Örneğin yollarda trafik güvenliği için tedbir alınması bir kolluk faaliyetidir

Kamu Huzuru: Karışıklığın yokluğu ve hayatın normal akışına göre devam etmesi. Örnek gürültü, duman, koku gibi bireyleri rahatsız edecek onların huzurunu bozacak faaliyetlere karşı tedbirler kolluktur.

Kamu Sağlığı: Genel sağlığın korunması, bulaşıcı hastalıkların engellenmesidir. Kolluk bireylerin teker teker sağlığını korumak değildir. Bireyler üzerinden toplumun sağlığı korumaktır.

Modern anlayışa göre kolluk Genel Ahlak ,Kamusal Estetik, İnsan Onuru , Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması unsurlardır.

Genel Ahlak: Modern anlayış bazı durumlarda genel ahlaki kamu düzenin parçası olarak kabul eder. Klasik anlayış bunu kabul etmez.

Kamusal Estetik: Örnek olarak belediyenin bir sokaktaki evlerin dış cephelerini belirli bir renge boyatması.

İnsan Onuru: İnsan onuru, kamu düzeninin bir parçası olduğu için kolluk onu korumalıdır.

Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması: Bireyler üzerinden toplumu korumaktır. Örnek zorunlu kask takmak, zorunlu emniyet kemeri vb.

En yeni kamu düzeni anlayışı (Birlikte Yaşamak): Günümüzde daha yeni bir kamu düzeni anlayışından bahsedilmektedir. Bu anlayışa göre temel hak ve hürriyetler, ortak değerlerden oluşan bir yaşamak adına sınırlandırılabilir.

Not: Kaynak kitabı kolluğu kamu hizmetinin parçası olarak görüyor ancak Sedat Hoca kamu hizmetini kolluğun parçası olarak görüyor.

İdari Kolluk -Adli Kolluk

İdari kolluk idare hukukuna adli kolluk ise ceza usul hukukuna tabiidir. İdari kolluktan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda adli kolluktan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda (ceza mahkemelerinde) çözülür.

Ayrımın Kriterleri

1.Önleme-Bastırma Kriteri: İdari kolluk önleyici, adli kolluk ise bastırıcı niteliktedir. İdari kolluk kamu düzenin bozulmasını önlemeyi adli kolluk ise kamu düzenini bozan fiilleri bastırmayı amaçlar. İdari kolluk fiilden önce adli kolluk fiilden sonra harekete geçer.

Adli kolluğa suç kolluğu da denir.

2.Belirli Bir suçla İlgili Olup – Olmama Kriteri: Bu kritere göre suçla ilgili bir kolluk faaliyeti varsa bu adli kolluktur. Suçla ilgili değilse idari kolluktur. Kabahatler kaynak kitaba göre adli kolluğa girer ancak kanaatimizce idari kolluğa girmesi daha isabetlidir

3.Mevzuatımızdaki Ayrım:

A) Kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve Kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak. (idari kolluk)

B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak. (Adli kolluk)

Polis vazife kanunun 2.maddesi

Çarşı ve Mahalle Bekçileri kanununda bekçilerinin önleyici ve koruyucu görev yetkileri ve adli görev ve yetkileri olarak ikili bir idari -adli kolluk ayrımına gidilmiştir

Ceza Muhakemesi Kanunun 164.maddesi kolluğu şöyle tanımlamıştır.

1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8, 9 ve 12. maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4'üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder. (1) (2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. (3) Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir.

Adli Kolluk Yönetmeliğinin 6.maddesi göre Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda soruşturma işlemlerini yapmaktır.

Gerek CMK gerek de Adli kolluk yönetmeliği göre adli kolluk bu işlemleri, kural olarak cumhuriyet savcının emir ve talimatı altında yapar. Ancak 27 Mart 2015 tarihinde 5542 sayılı İl idaresi Kanununun 11.maddesinin G bendinde yapılan değişiklikle Valilere de adli kolluk yetkisi tanınmıştır. Bu valilerin adli kolluk makamı haline gelmesi Anayasa uygun mudur değil midir? tartışmalıdır.

Ayrımın Sonuçları

- 1.İdari kolluk faaliyetleri idare hukukuna, adli kolluk faaliyetleri ceza ve ceza yargılaması hukukuna tabidir.
2. İdari kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlık idari yargı, adli kolluk faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlık adli yargı (ceza mahkemelerinde) bakılır.
3. İdari kolluk devlet ve mahalli idare (köy, il özel idaresi, belediye) adına icra edilir, adli kolluk sadece devlet adına icra edilir.
4. İdari kolluk alanına giren işlemi adli kolluk işlemi olarak veya adli kolluk işlemini idari kolluk işlemi olarak yapmak usul saptırmasına yol açar ve işlemin iptalinin gerektirir.
- 5.İdari kolluk maddi, bireysel ve düzenleyici işlemler yapabilir, Adli kolluk maddi ve bireysel işlemler yapabilir ancak düzenleyici işlem yapamaz.
- 6.Cumhuriyet savcı adli kolluğa emir ve talimat verebilirken, idari kolluğa emri ve talimat veremez. Cumhuriyet savcı adli kolluk amir ve memurları hakkında doğrudan doğruya kovuşturamaz yapabilir, idari kolluk amir ve memurları hakkında doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapamaz.

İdari Kolluğun Özellikleri

- 1.İdari kolluğun eylem ve işlemleri her zaman tek taraflıdır. Kolluk makamları bireysel veya düzenleyici işlemler yapabilir. Kolluk ile sözleşme birbirini dışlayan iki kavramdır.
- 2.Kolluk yetkisi devredilemez bir yetkidir. Diğer ifadeyle, idare sözleşmeyle kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi işini özel kişilere devredemez.

İstisna :5188 sayılı kanunla öngörülen özel güvenlik hizmetleri uygulaması, kolluk yetkisinin devredilmezlik ilkesine getirilmiş hukuka uygun bir istisnadır.

3.Kolluk yetkisi, kullanılması zorunlu bir yetkidir. İdare gereken kolluk tedbirlerini almak zorundadır. Kolluk yetkisi bu bakımdan bir bağlı yetkidir.

4. İdarenin kolluk eylem ve işlemleri yapması, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanır.

5. Kolluk eylem ve işlemleri hak yaratıcı eylem ve işlem değildir. Bu yüzden kolluk işlemleri kazanılmış hak yaratamaz. Kolluk işlemleri her zaman geri alınabilir.

6. Kolluk eylem ve işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idare ancak ağır halinde sorumlu olur .

Genel İdari Kolluk – Özel İdari Kolluk Ayrımı.

Genel idari kolluk; kamu güvenliği kamu huzuru ve genel sağlık amacıyla, belirli bir toprak üzerinde her grup ve her çeşit faaliyet hakkında yetkili olan kolluktur. Genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında temel fark konu bakımında yetkidir. Genel idari kolluk her kolluk faaliyetine yetkili (idari anlamda) iken özel kolluk belirli bir konu (orman, av vb.) kolluktur.

Genel idari kolluk merkezi idare (devlet) kolluğu ve mahalli idare kolluğu olarak ikiye ayrılır.

Merkezi İdare kolluğu: Polis, Jandarma, Sahil Güvenlik Kuvvetleri, Çarşı ve Mahalle Bekçileri ve ihtiyaç halinde TSK'dır.

Mahalli İdare Kolluğu: il özel idaresi kolluğu, belediye kolluğu, köy kolluğu

Not: Özel Güvenlik genel idari kolluk yetkisine giren bir kolluktur.

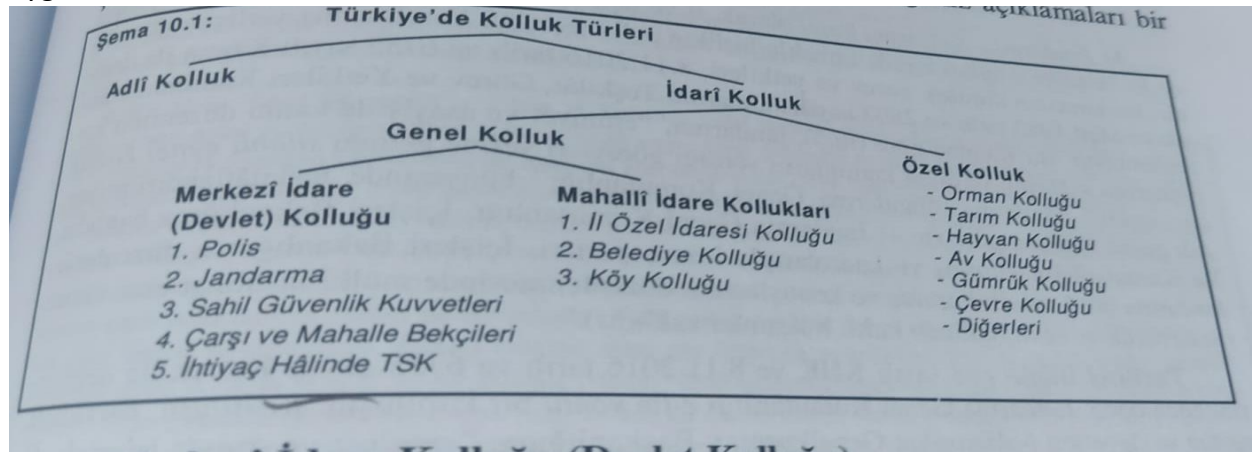
Özel idari Kolluk: Belirli bir faaliyet konusunda yetkili kolluktur.

Not: Genel idari kolluğun uzmanlaşmış birimleri de genel kolluk yetkisine dahildir.

Genel idari kolluğun dışında özel kolluğun olmasının 2 nedeni vardır.

1.Belirli alanlarının özel olarak korunma gereği

2. Özel idari kolluk rejimin genel kolluk rejimine nazaran daha sert bir şekilde müeyyide uygulanmasına imkan vermesidir.



Not: Kollukta idare fiyat talep edemez. Edecekse mali yükümlülük olarak yasal mevzuatı olması gerekir. Denetleme kolluk faaliyetidir.

Kolluk Makamı, Amiri ve Personeli

Kolluk makamı: Kolluk alanında bireysel ve düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahip kişi veya kurallardır.

Kolluk personeli: Kolluk alanında işlem yapmaya yetkili olmayan, sadece kolluk makamların yapmış olduğu işlemleri uygulamakla yükümlü kişilerdir.

Kolluk Amiri: Kolluk personelinin hiyerarşik amiridir. Genel kolluk makamı ile amiri aynı kişidir.

PLÂN:

A. GENEL İDARİ KOLLUK MAKAM, AMİR VE PERSONELİ	
1. Merkezî İdare Kolluk Makam, Amir ve Personeli	2. Mahallî İdare Kolluk Makam, Amir ve Personeli
a) Merkezî İdare Kolluk Makamları	a) İl Özel İdaresi Kolluğu
aa) Cumhurbaşkanı	aa) Kolluk Makamları: İl Genel Meclisi, İl Encümeni, Vali
bb) İlgili Bakanlar	bb) Kolluk Amiri: Vali
cc) Valiler	cc) Kolluk Personeli: Yok, ama kurulabilir.
dd) Kaymakamlar	b) Belediye Kolluğu
b) Merkezî İdare Kolluk Amirleri	aa) Kolluk Makamı: Belediye Meclisi ve Encümeni, Belediye Başkanı
aa) İçişleri Bakanı	bb) Kolluk Amiri: Belediye Başkanı
bb) İlgili Bakanlar	cc) Kolluk Personeli: Belediye Zabıtası
cc) Kaymakamlar	c) Köy Kolluğu
c) Merkezî İdare Kolluk Personeli	aa) Kolluk Makamı: Muhtar, İhtiyar Heyeti
aa) Polis	bb) Kolluk Amiri: Muhtar
bb) Jandarma	aa) Kolluk Personeli: Köy Korucusu
cc) Sahil Güvenlik Kuvvetleri	
dd) Çarşı ve Mahalle Bekçileri	
ee) Bunların Yetmemesi Durumunda TSK	

B. ÖZEL İDARİ KOLLUK MAKAM, AMİR VE PERSONELİ (Orman Kolluğu, Gümrük Kolluğu, Tarım Kolluğu, Kara Av Kolluğu, Su Av Kolluğu, Hayvan Kolluğu, Çevre Kolluğu).
Bunların kolluk makam, amir ve personeli ilgili kanunlarda belirtilmiştir. Örneğin Tarım ve Orman Bakanı, Orman Genel Müdürü, Veteriner, Orman Bekçisi gibi).

Tablo 10.1: Kolluk Makam, Amir ve Personeli

GENEL KOLLUK					
	Merkezî İdare (Devlet) Kolluğu	Mahallî İdare Kollukları			ÖZEL KOLLUK
		İl Özel İdaresi K.	Belediye Kolluğu	Köy Kolluğu	
Kolluk Makamları	-Cumhurbaşkanı -İlgili Bakanlar -Valiler -Kaymakamlar	-İl Genel Meclisi -İl Encümeni -Vali	-Belediye Meclisi -Belediye Encümeni, Belediye Başkanı	-İhtiyar heyeti -Muhtar	İlgili kanunda belirtilmiştir. (Örneğin Tarım Bakanı, Orman G.Müdürü vs.)
Kolluk Amirleri	-İlgili Bakanlar -Valiler -Kaymakamlar	Vali	Belediye Başkanı	Muhtar	İlgili kanunda belirtilmiştir. (Örneğin Tarım Bakanı, Orman G.Müdürü vs.)
Kolluk Personeli	-Polis -Jandarma -Sahil Güvenlik Per -Çarşı-Mah. Bekçileri +TSK Personeli +Özel Güvenlik Teşkilatı Personeli	Yok, ama kolluk teşkilatı kurulabilir.	Belediye Zabıtası	Köy Korucusu	İlgili kanunda belirtilmiştir. (Örneğin veteriner, orman bekçisi vs.)

Bu tabloda ver alan kişi ve makamların sorumlulukları belirtilmiştir.

Kolluk Yetkilerinin Çatışması ve Yarışması

Merkezi İdare Kolluk Makamları Arasında Çatışma ve Yarışma

1.Kural olarak alt kolluk makamı, üst kolluk makamının işlemlerine aykırı işlem yapamaz.

İki kolluk yetkisinin çatışması durumunda üst kolluk makamının işlemi uygulanır.

2.Alt kolluk makamı üst kolluk makamının işlemine nazaran daha sınırlandırıcı kolluk işlemi yapabilir.

Merkezi İdare kolluğu ile Mahalli İdare Kolluklarının Çatışması ve Yarışması

1.Kural olarak mahalli idare kolluğu merkezi idare kolluğuna aykırı işlem yapamaz.

2.Mahali idare kolluğu merkezi idare kolluğuna nazaran daha sınırlandırıcı kolluk işlemi yapabilir

Genel Kolluk Yetkileri ile Özel Kolluk Yetkilerinin Çatışması ve Yarışması

1.Bazı durumlarda özel kolluk yetkisi genel kolluk yetkisini saf dışı bırakabilir: Kanun koyucunun niyetine bakılır eğer amacı özel kolluk yetkisi ile genel kolluğu saf dışı bırakmasa genel kolluk ile özel kolluğun çatışma durumunda özel kolluk yetkisi kullanılır.

2.Bazı durumlarda ikisi birden uygulanır.

3.Genel kolluk Özel kolluğun yerine geçebilir: Bir alan için özel kolluk varsa ve bu özel kolluk gerekli tedbirleri almadıysa bu alanda gerekli tedbirleri genel kolluk alabilir.

4. Bir makam hem özel kolluk hem genel kolluksa: Makam durumun gereklerine göre genel yada özel kolluk yetkisini kullanabilir.

Kolluk Usulleri

Toplum içinde isteyen herkesin istediği her şeyi istediği şekilde yapması, kamu düzeni bakımından bazı tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu yüzden bazı faaliyetlerin yapılması bir usullere tabi tutulmuştur.

Serbestlik usulü: düzeltici sistem veya bastırıcı sistemde denir. Bu usulde kişiler faaliyetleri için herhangi bir yerden izin istemez ya da herhangi bir makama bildiride bulunmaz.

Faaliyetini serbestçe gerçekleştirir. Faaliyetin riskleri ve sorumlukları kişiye aittir. Faaliyet sonucunda zararlı bir sonuç meydana çıkarsa kişiye faaliyetin zararı tazmin ettirilir ya da kişi cezalandırılır. Örnek kitap basmak.

İzin Usulü: Önleyici Sistem de denir. Bu usulde kamu düzeni için tehlikeli görülen faaliyetlerin yapılması için ilgi kolluk makamında izin alınması gerekir. Örneğin araba sürmek için sürücü belgesi, inşaat için inşaat ruhsatı almak gibi. Neyin izin usulüne tabi olacağı kanun belirlenir çünkü izin usulü temel hak ve hürriyetin sınırlandırması anlamına gelir.

Bildirim Usulü: Bu usulde bir faaliyetin yapılması için izne gerek yoktur sadece tehlikeli olabilecek faaliyetin yetkili kolluk makamına bildirilmesi gerekir. Buradaki amaç tehlikeli

olabilecek faaliyete karşı idarenin önlem almasıdır. Bildirim usulünde idare kişiye faaliyeti yasaklamadığı sürece kişi faaliyeti bildirip gerçekleştirebilir. Örnek gösteri ve yürüyüş hakkının kullanılması.

Kolluk Tedbirleri (Kolluk Eylem ve İşlemleri)

Kolluk Tedbiri Müeyyide Farkı: Kolluk tedbiri kamu düzenini bozan fiil meydana gelmeden önce gerçekleştirilir müeyyide ise kamu düzenini bozan fiil meydana geldikten sonra. Kolluk tedbiri önleyici müeyyide ise bastırıcı niteliktedir.

Düzenleyici Kolluk İşlemleri: Kolluğun tek taraflı düzenleyici işlemleridir 3 maddede şekillinde özellikleri özetlenebilir.

- 1.Düzenleyici kolluk işlemlerini sadece kolluk makamları yapabilir.
- 2.Düzenleyici kolluk işleminin amacı kamu düzenini korumak ve sağlamaktır.
- 3.Genel kişilik dışı niteliktedir.

Bireysel Kolluk işlemleri: Kolluğun bireysel işlemleridir. 2 maddede özetlenebilir

- 1.Kişiye yahut duruma ilişkin nitelikte olmaları zorunludur.
2. Kolluk makamları ve kolluk amirleri bireysel kolluk işlemleri yapabilir.

Bireysel Kolluk İşlemler Çeşitleri: Alttaki örneklerle sınırlı değildir

- 1.Emir veya ihtar
- 2.Yasaklama (faaliyetten menetme kararı) kararları
- 3.Erteleme kararı
- 4.Kapatma kararı
- 5.İzin verme veya vermeme kararları
- 6.Alındı belgesi verme

Kolluk Eylemleri

Kolluk operasyonları da denir. Polisin yolda kimlik kontrolü yapması, silah kullanması, yolda devriye gezmesi vb. niteliğinde eylemler kolluğun eylemleridir.

Kolluk Yetkisinin Sınırı

Kolluk esası itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıdır. Temel hak hürriyetler olağan hallerde Anayasanın 13.maddesine göre sınırlandırılır. O halde kolluk yetkisinin sınır söyle özetleyebiliriz.

- 1.Kolluk eylem ve işlemi kanuna dayanmalıdır.
- 2.Kolluk eylem ve işlemi Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.
- 3.Kolluk eylem ve işlemi Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
4. Kolluk eylem ve işlemi temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmamalıdır.
5. Kolluk eylem ve işlemi demokratik toplum düzenin gereklerine aykırı olmamalıdır.
- 6.Kolluk eylem ve işlemi laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.
- 7.Kolluk eylem ve işlemi ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi kolluk eylem ve işlemi şu şekilde özetlenebilir

- 1.Kolluğun eylem ve işlemi sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır.
2. Kolluğun eylem ve işlemi sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmalıdır.
- 3.Kolluğun eylem ve işlemi ile sınırlama amaç arasında bir orantılı olmalıdır.

Kolluk İşleminin Hukuka Uygunluğu için işlemin konusu olan fiilin suç olması zorunlu değildir. Kamu düzenini bozmaya elverişli fiil olması yeterlidir.

Kolluk Yetkisinin Genişlemesi (OHAL Usulünde Kolluk Yetkisinin Sınırları)

Öncelikle bu usulün uygulanabilmesi için OHAL ilan edilmesi gerekir.

OHAL unsurları

1.Sebeup unsuru: savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması,

tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması halleri

2.Yetki Unsur: Ohal ilan yetme yetkisi cumhurbaşkanına aittir.

3.Usul ve Şekil: OHAL bir cumhurbaşkanı kararıdır. Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. TBMM tatilde ise derhal toplantıya çağrılır.

Olağanüstü hal durumunda idare anayasadaki güvencelere aykırı tedbirler alabilir ve temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahale anayasanın 15.maddesine göre sınırlandırılır. Bu şu anlama gelir temel hak ve hürriyetler kısmen ya da tamamen durdurabilir.

Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda OHAL CBK'sı çıkarılabilir .

OHAL'de kolluk yetkisinin sınırı şu şekilde özetlenebilir.

- 1.Kolluk tedbiri, savaş, seferberlik veya OHAL'in mevcut olması gerekir.
- 2.Kolluk tedbiri milletlerarası hukuktan yükümlülükleri ihlal etmemelidir.
- 3.Kolluk tedbiri ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.
- 4.Kolluk tedbiri çekirdek haklara dokunmamalıdır.

Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi (Kolluk tedbirlerinin Cebri İcrası)

Cebri icra kelime anlamı olarak zorla yerine getirme anlamına gelir. Kolluk tedbirleri genellikle kişilerin istemediği durumlar olur. Kolluk tedbirleri cebri icra eder. Cebri icra temel hak ve hürriyetlere yapılan bir sınırlamadır. Cebri icranın meşru olabilmesi için

1. Cebri icra yetkisi kanuna dayanmalıdır.
2. Cebri icra Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.
3. Cebri icra Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
4. Cebri icra temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmamalıdır.
- 5 Cebri icra demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır.
6. Cebri icra laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.
7. Cebri icra ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi kolluk eylem ve işlemi şu şekilde özetlenebilir.

1. Cebri icra amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır.
2. Cebri icra sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmalıdır.
3. Cebri icra ile sınırlama amaç arasında bir orantılı olmalıdır.

Silahla kullanma: Polis silahını kamu düzeni çok ağır bir şekilde bozulmadıkça kullanmaktan kaçınmalıdır.

Kolluk makamlar acil durumlarda durumun gerektirdiği ölçüde mevzuatın öngördüğü şartlara cebri icra kullanabilir.

Kolluğun Hukuka aykırı olarak cebir kullanmasının müeyyidesi: Kolluğun hukuka aykırı cebir kullanımı doğan zararlardan idare sorumludur. Zarar temel hak ve hürriyetlere verilmişse adli didari yargıda görülür.

Kolluk Tedbirlerinin Müeyyideleri

Kolluğun tedbirlerinin ihlal halinde kişiye bir takım müeyyideler uygulanır .

Cezai müeyyideler TCK'nın Toplumlara karşı işlenen suçlar genel tehlike yaratan suçlar bölümünde düzenlenmiştir (170.madden başlar 196. maddede biter 195.madde hariç)

İdari müeyyideler Çeşitleri: İdari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, geçici el koyma, yıkım el koyma vb. İdari müeyyide hürriyetten mahrum edici olamaz (Anayasa madde 38)

Kolluk Tedbirlerinin Müeyyidesi Olarak Çeşitli Kabahatler

- a) Emre Aykırı Davranış: (1) Yetkili makamlar tarafından adlî 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 idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir. Kabahatler kanun 32. Maddesi emre aykırı davranış genel bir hüküm nitelindedir. Kolluk tedbirlerine uymama ceza kanunun veya kabahatler kanunun bir maddesini ihlal etmiyorsa uygulanır eğer kolluk tedbirleri uymama ceza kanunun ya da kabahatler kanunun başka bir maddesini ihlal ediyorsa ihlal edilen normun müeyyidesi uygulanır
- b) Diğer kabahatler: Kabahat kanunda pek çok özel kabahat tipi vardır. Dilencilik yapma, sarhoş olma vb. Kabahatler, kabahatler kanunuyla sınır değildir. Farklı kanunlarda özel kabahat tipleri düzenlenebilir.

3. İdari Müeyyidelerin Verilmesi ve Uygulanması

İdari müeyyideyi yetkili kolluk makamları tarafından uygulanır. Kabahatlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar kabahatler kanunuyla düzenlenir.

HAZIRLAYAN: Uğur Koçak

Bu not Kemal Gözlerin İDARE HUKUK DERSLERİ Kitabın 418-557 sayfa aralığının özeti niteliğindedir. Hacettepe Hukuk 2021-2022 eğitim öğretim yılı bahar dönemi idare hukuk dersi vize konuları için hazırlanmış tamamen ücretsiz olup eğitim için dağıtılmasında bir sakınca yoktur. Nota Sedat Çal hocamızın derste değindiği noktaları da eklemeye çalıştım. Kitabı okumanızı tavsiye ederim ve vizelerde başarılar dilerim.

Kaynakça: İdare hukuku dersleri kemal gözler – Gürsel Kaplan.