

## 4.ÜNİTE

### (İDARİ YARGININ GÖREV ALANI)

#### GÖREV ALANI SORUNU

Bazen idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözüldüğü olur. Hangi davaların adli yargıda hangilerinin idari yargıda görüleceği yasalarla açıkça belirlenmiştir. Ancak bazı hallerde yasal düzenleme eksikliği veya yasaların yoruma açık olmasından dolayı, idari-adli yargı ayırımı kesin sınırlarla çizilemez. Bu durumlarda oluşacak uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözümleneceği sorunu, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gider ve dava süreci uzar.

#### İDARİ YARGININ GÖREV ALANININ BELİRLENMESİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLER

İdari yargının görev alanı belirlenmeye çalışılırken kamu gücü ve kamu hizmeti ölçüt alınmaya çalışılmıştır.

##### Kamu Gücü Ölçütü

İdarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemler ve eylemler, idare hukukunun konusuna girer. İdare tek yanlı, egemenliğin bir parçası olarak emretme gücü (kamu kudreti) kullanmaktadır. İlgililere bu tek yanlı iradesini gerektiğinde zorla kabul ettirmek yetkisine sahiptir. Kamu gücü kullanılarak yapılan işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı mercilerinde çözümlenecektir

##### Kamu Hizmeti Ölçütü

İdarenin kamu hizmeti görmek için yaptığı işlemler, idare hukukunun alanına girer, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri de idari yargıdır.

##### Karma Ölçüt

İdarenin üstlendiği hizmetlerin artması kamu hizmeti ölçütünü yetersiz kılar. Ayrıca birçok kamu hizmeti, özel hukuk hükümlerine göre yürütülmeye başlamıştır. Bu sebeple, günümüzde kamu gücü kullanılarak yürütülen idari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. Daha doğru bir deyişle, iki ölçütün birleşmesiyle, idarenin kamu kudreti kullanarak yürüttüğü hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Karma ölçüt görüşü, idarenin özel hukuku aşan, özel hukukta rastlanmayacak yetkiler kullandığı işlem ve eylemlerinin denetiminin idari yargıya ait olduğunu işaret eder. Ancak uygulamada bu ölçüte rağmen yargı düzenleri arasında görev uyuşmazlığı çıkmaktadır. Mahkemeler, kamu gücü ölçütünü farklı yorumlayabilir. Bu nedenle Adli yargıda çözümlenmesi istenen idari uyuşmazlıklar yasalarda açıkça belirtilmeli; yasada aksi yönde açık hüküm yoksa, idare makamlarının işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargı görevli olmalıdır.

#### YASAL DÜZENLEMELER

Mevcut uyuşmazlıkla ilgili yasal düzenlemelere bakarak, idari yargının görevli olup olmadığına karar verilebilir. Örneğin Kabahatler Kanunu'nun 3.maddesine göre idari yaptırımlara karşı, başka kanunlarda aksine hüküm yoksa, adli yargıya itiraz edilecektir. Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işlemi dışında doğacak diğer uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesini öngörür. İdarenin İş Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu kapsamındaki eylemleri de adli yargının görev alanındadır. Nüfus ve tapu sicili ile ilgili davalar da yasa gereği adli yargıda görülmektedir.

Yasa koyucunun yetkisi, idari uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi konusunda sınırlıdır. *Anayasa'nın 114. maddesi, idarenin eylem ve işlemi, hangi alanda olursa olsun, daha açık bir deyimle ister kamu hukuku, isterse özel hukuk alanına girsin, bunlara karşı mutlaka yargı yolunun açık olacağını kesin kurala bağlamıştır. Anayasanın bu kurala açık tuttuğu yargı yolunun, kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir.*

*Özel hukuk dalı ile kamu hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hâkimlerce denetlenmesinin zorunlu kılmasıdır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Gerçekte özel hukuka egemen olan temel ilke, "kişiler arasında hak ve menfaat eşitliğinin ve irade hürriyetinin bulunmasıdır."*

İdarenin tamamen kamu hukuku alanına giren bir eylemi ile oluşan uyuşmazlık idari yargının görev alanında olduğu halde, haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde, uyuşmazlığın çözümü adli yargıya bırakılabilir. Anayasa Mahkemesi bunu, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi zorunludur. Ancak haklı bir neden ve kamu yararı bulunması koşuluyla, istisnai olarak idari işlemlerin adli yargıda denetlenmesi mümkün olabilir, şeklinde ifade etmiştir.

Yasa koyucunun takdir yetkisine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda, şu tespiti yapılabilir: İdari bir uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesine ilişkin bir kanun çıkarılması için:

- Anlaşılabilir, amaçla ilgili makul, adil ve haklı bir sebep olmalı;
- Yürütülen hizmetin gerekleri adli yargının görevli olmasını haklı kılmalı;
- Adli yargı denetimi ile hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden sonuç bağı bulunmalı;
- Yargı denetiminde yapılan tercih, Devletin temel amaç ve görevlerine uygun olmalıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 141. maddesindeki "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" kuralından hareketle; adalete daha kolay ve az masrafla ulaşılması, davaların süratli sonuçlandırılması, hak arama hürriyetinin kolaylaştırılması gibi sebeplerin varlığı halinde de bazı idari uyuşmazlıkların adli yargı mercilerinde çözümlenmesi kabul edilebilir.

#### İDARE İŞLEVİ

Bir uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girip girmediği incelenirken, öncelikle ortada idari bir işlem olup olmadığına bakılır. İdari işlem kısaca,

idare makamlarının idare hukuku alanındaki eylemleri olarak tanımlanabilir. Bazen uyumsuzluğa neden olan makam idare teşkilatına dâhil olmasa dahi işlemin idari yargıda denetlenmesi, bazen de idare teşkilatına dâhil bir makam tarafından yapılan işlem, idari yargının görev alanı dışında değerlendirilebilir. Bu yüzden idari yargının görev alanının belirlenmesinde idare işlevi kavramı çok önemli yer tutar.

### Tanım

idare işlevinin içeriğini, *idare etmek*, ihtiyaçların belirlenmesi ve giderilmesi veya kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik *süreklili* olarak yapılması gereken *kamu hizmetlerini* görme oluşturur. Bu belirleme doğrultusunda: "Yasama ve yargı organlarının, gereksinimlerinin giderilmesi, mal ve yönetimleri altındaki değerlerin korunması amacıyla, günlük ama uzun süreli ve bu bakımdan kesintisiz olarak yürütülmesi gereken etkinlikler idare işlevine girmektedir. Bu eylemlerin içinde anılan organların çatısı altında da idari etkinlikler görülmekte ve dolayısıyla idari işlemler yapılmaktadır."

idare işlevinin geniş kapsamı sebebiyle olumsuz tanımlanması daha kolaydır. Buna göre; yasama, yargı ve yürütme işlevleri dışında kalan tüm kamusal faaliyetler idare işlevini oluşturur. Bu kısa tanım, idari faaliyetin ne olduğunu anlatmaya yetmediği için, yasama, yargı ve yürütme işlevlerinin ne olduğunu açıklamak gerekir.

### Yasama İşlevi

Bilindiği üzere yasama organının geleneksel işlevleri, yasa yapmak, devlet bütçesini kesinleştirmek ve yürütmeyi denetlemektir.

Bütün görevleri ele alındığında, Anayasa'da, TBMM'ye tanınan yetkilerin çoğunun, siyasi kararlara yönelik olduğu görülmektedir. Ancak TBMM'nin, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na üye seçme işlemi gibi, yüksek dereceli kamu görevlilerinin ve yüksek yargı organlarında yer alanların atanması gibi idari işlemleri de vardır. Bu gibi faaliyetler, yasama faaliyetinden çok, idare işlevine ilişkindir. Organik ölçütle yapılacak aksine bir yorum, bu işlemlerin yargı denetimi dışında kalmasına yol açarsa bu durum hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyebilir.

Ayrıca Anayasa'nın 95. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde kolluk ve yönetim hizmetlerinin Meclis Başkanlığı eliyle düzenlenip yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Meclis Başkanlığı'nın personel ve mallara ilişkin işlemleri de idare işlevine dâhildir.

2007 tarihli bir Danıştay 5.Daire kararında, TBMM tarafından, RTÜK üyeliğine seçim işlemi, idare işlevi kapsamında olduğundan idari işlem olarak nitelenmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"...Dava, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 9 üyesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca seçimi ve atanmasına ilişkin 14.7.2005 günlü, 25875 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan TBMM Kararının iptali ile davacının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeliği görevinin sona erdirilmesi sonucunu doğuran bu karardan dolayı yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine ve göreve iadesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 25.8.2005 günlü, E:2005/1777, K:2005/805 sayılı kararıyla; 2577 sayılı Yasa'nın 2/a maddesinde iptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlandığı; bir işlemin idari işlem olarak tanımlanabilmesi için, o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmesi gerektiği; kuvvetler ayrılığını benimsemiş olan Anayasamızda TBMM'nin görev ve yetkilerinin Yasama bölümünde düzenlendiği, bu haliyle TBMM Genel Kurulu'nun idari makam olarak düşünülmesinin mümkün olmadığı; bu nedenle, "idari bir makam" olarak kabul edilmeyeceği tartışmasız olan yasama organının RTÜK'e üye seçmesiyle ilgili aldığı kararın idari yargı denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava incelenmeksizin reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde; iptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır. İptal davasına konu edilebilecek işlemler, idarenin idare hukuku alanında yaptığı, tek yanlı, kesin ve doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki işlemlerdir. Bunların hukuki sonuç doğurabilmesi için idarenin iradesini açıklaması yeterlidir. Karşı tarafın herhangi bir irade beyanında bulunmasına gerek yoktur.

*İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal "idare"ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organları'nca tesis edilmekle birlikte "yasama" ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgisi olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir.*

3984 sayılı Yasa ile izin sisteminin gereği olarak, radyo ve televizyon yayıncılığı ve bu yayınların iletiminde düzenleyici ve denetleyici olmak üzere bağımsız ve yansız bir Radyo Televizyon Üst Kurulu oluşturulmuştur. Bu Üst Kurul'un yürütme erki içinde yer aldığı kuşkusuzdur.

Öte yandan, T.C. Anayasası'nın Cumhuriyetin Temel Organları başlıklı üçüncü kısmının Birinci Bölümü'nde Yasama ile ilgili hükümlere yer verilmiş, bu bölümde yer alan 87. maddede de kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulu'nu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerinden olduğu belirtilmiş, idare ise Yürütme ile ilgili hükümlerin yer aldığı ikinci Bölümde düzenlenmiş ve bu bölümde yer alan 133. maddede 21.6.2005 tarihli, 5370 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun dokuz üyeden oluşacağı; Kurul üyelerinin, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca seçileceği hükmüne yer verilmiş; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 6. maddesinde 24.6.2005 tarihli, 5373 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle de, anılan hükme paralel düzenleme getirilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 3984 sayılı Kanunun 6. Madde hükmü uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nun

23.5.2000 günlü, 696 sayılı kararı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeliğine atandığı, adı geçenin henüz görev süresi dolmadan 24.6.2005 tarihli, 5373 sayılı Kanunla, 3984 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yapılan değişiklik sonucu Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 9 üyesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'na seçimi ve atanmasıyla görevinin sona erdirildiği, bu işleme karşı açılan davanın İdare Mahkemesi'nce, davaya konu edilen işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmediği; yasama organının RTÜK'e üye seçmesiyle ilgili aldığı kararın idari yargı denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi "Hukuk Devleti", bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır. Nitekim Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü getirilmiştir; "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasında da; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralına yer verilmiştir. İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelemlerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkündür

Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyumsuzluğun esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...".

Görüldüğü gibi RTÜK'e üye seçme faaliyeti, yasama işi veya işlevi kapsamında olmadığı için idari yargının denetimine tabi tutulmuştur. Bu karardaki gerekçeler, benzer işlemlerde de kullanılmalı gereken gerekçelerdir. Bu hususta (Sayıştay üyeliği seçimi gibi) aksi yönde kararlar da vardır. Ancak yukarıdaki karar hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi bakımından örnek nitelikte olduğu için sadece bu görüşe yer verilmiştir.

### Yargı İşlevi

Yargı işlevi, esas olarak, bağımsız mahkemelerde görevli hâkimlerin, uyumsuzlukları, yargılama usulü kurallarına göre çözmeleridir. Uyumsuzluğun iki veya daha fazla taraf arasında olması gerekir. Çekişmesiz yargı olarak adlandırılan, tek taraflı olarak davacının istemine ilişkin karar verilmesini gerektiren davalarda da yargıç, yargılama usulü kurallarına uyduğu için yargılama faaliyeti yapmaktadır. Yargı işleminin iki temel unsurlarından: ilki bağımsız mahkemelerde görevli hâkimler; ikincisi ise yargısal usullerle yerine getirilmesidir.

Anayasa'nın 9.maddesinde yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde Anayasa'nın 138.maddesinde de yargı yetkisinin mahkemeler ve hâkimler tarafından kullanılacağı belirtilmektedir. Ama yargı işlevini sadece yargı yetkisiyle, yani yargısal usulle uyumsuzluk çözmekle sınırlandıramayız. Çünkü cumhuriyet savcılarını Ceza Yargılaması Usullerine uymak şartıyla, ceza yargılamasında kamusal yetki kullanmaktadır. Bu sebeple, cumhuriyet savcılarının ceza yargılamasına işlemleri de yargı işlevine dâhildir. Ancak yasama organının bazı işlemlerinde olduğu gibi yargı organlarının tüm işlemleri de yargısal değildir. İdare işlevine giren ve bu sebeple idari işlem olarak kabul edilen işlemleri vardır. Örneğin yargıçlardan oluşan adli yargı, adalet komisyonlarının, yargıda çalışan görevlilerin özlük haklarına ilişkin işlemleri, yargı işlemi sayılmazlar. Yargıçların özlük haklarıyla ilgili işlemler de yargı fonksiyonu dışındadır.

Cumhuriyet savcılarının yargı fonksiyonuna dâhil olmayan işlemlerine örnek olarak şu olay verilebilir: Hakkındaki gıyabi tutuklama kararı kaldırıldığı halde, bu kararın emniyet yetkililerine bildirilmemesi. Danıştay 10.Dairesi, bu konuyu incelerken öncelikle şu tespiti yapmıştır: "Fonksiyonel bakımdan yasama ve yürütmeden ayrı olup bağımsız bir organ yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri Anayasa'nın 125.maddesinde öngörülen idari işlemler kapsamına girmemektedir." Daireye göre: Yargı kararı ile kaldırılan gıyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet savcılarını yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkindir. Yargıçların yargısal görevleriyle ilgili değerlendirilmeleri yargı işlevi sayılır; ama yargı mensupları hakkında tesis edilen, ilerleme, yükselme, göreve son verme, yer değiştirme gibi yargılama faaliyeti dışında kalan işlemler idare işlevi kapsamındadır.

Cumhuriyet Savcılarının emir ve gözetimi doğrultusunda yapılan; suçlu ve suç kanıtlarını arayıp toplama, adli mercilere ulaştırma, yani adli kolluk denilen bu faaliyetler idare fonksiyonunun dışındadır. İdari makamların bu faaliyet sırasındaki eylem ve işlemlerini yargıç, yargılama aşamasında değerlendirir ve hukuka aykırılıklar, yargılamayı yapan mahkeme tarafından önenebilir.

Kamu görevlilerinin yargılanmalarına izin verme ya da vermeme kararları da idarenin ceza yargılamasına katıldığı, yargı işlevine ilişkin işlemlerdendir. Bu tür işlemlerde, idarenin kararına karşı, Danıştay İdari Dava Dairesi ile bölge idare mahkemelerine itiraz yolu düzenlenmiştir. Ancak, bazı durumlarda idarenin yargılamaya ilişkin bir işlemine karşı itiraz yolu düzenlenmemiştir. Bu tür işlemlerde ilgili idari merci, suç duyurusunda bulunmamakta veya yargılamaya izin vermemekte; işlendiği ileri sürülen suçun kovuşturulmasını önleyebilmektedir. Avukat hakkında soruşturma açılmasına izin vermeme işlemi bu konudaki ilginç örneklerdendir.

### Yürütme İşlevi

Yasama ve yargı işlevini yerine getiren makamların, idare teşkilatına dâhil olmamaları sebebiyle, bazı faaliyetlerinin idare işlevi kapsamına girdiğini gördük. Peki, yürütmeyi oluşturan ve idari makam oldukları tartışılmaz olan Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu'nun tüm işlemleri idari işlem olarak kabul edilebilecek midir? İdare işlevinden ayrı bir yürütme işlevinden söz etmek mümkün müdür?

Anayasa'nın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Anayasa'nın Cumhuriyetin temel organlarını düzenleyen Üçüncü Kısımının İkinci Bölümünde, Yürütme ve idare yer almaktadır. İdarenin Yürütme içinde, Yürütmenin uzantısı olarak düzenlenmesi, yürütme ile idare arasında organik bağ kurmaktadır. Bu sebeple Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu aynı zamanda hem yürütme hem de idare teşkilatında yer alan makamlardır. Yani yürütme

yetkisinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılan idare işlevinden ayrı bir yürütme işlevi olduğu sonucu çıkmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın görev-yetkilerini içeren 104.maddede de Cumhurbaşkanı'nın bazı görev ve yetkileri "yürütme alanına ilişkin" olarak nitelenmiştir. Dolayısıyla, idareden ayrı bir yürütme işlevinin varlığı açıktır. Ancak sorun bu işlevin tanımlanmasındadır.

Anayasa'nın yargı denetimi bağımsızlığı öngördüğü işlemlerin tümü "hükümet tasarrufu" veya "politik işlem" olarak nitelenmeyeceği için, yargı denetimi dışında tutulan yürütme organı eylemleri "yürütmenin işlemleri" olarak adlandırılmaktadır. Ancak bazı işlemlerin "hükümet tasarrufu" olmasından dolayı yargı denetimi dışında kalması gerektiği görüşüne de rastlamaktayız. (Bakanlar Kurulu'nun oluşumuna ilişkin işlemler; yürütme organının yasama organıyla ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler; Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliği sürecinde yaptığı işlemler; Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma işlemi; Yürütme organının başka devletlerle olan ilişkisi çerçevesinde yaptığı işlemler, "hükümet tasarrufu" olarak nitelenmektedir.)

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda, yürütme işlevi kapsamındaki faaliyetler nelerdir sorusu şöyle cevaplanabilir: Yürütme organının yasama alanına ilişkin faaliyetleri ve yasama organıyla ilişkileri, bu tür işlemlerin ilk akla gelenleridir. Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanı'nın yasama alanına ilişkin görev ve yetkileri; Bakanlar Kurulu'na 88. maddeyle tanınan kanun teklif etme yetkisi; 104. maddede sayılan, Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanına dâhil görev ve yetkileri (atama işlemi niteliğinde olanlar ile kararnamelemleri imzalamak dışındaki yetkiler); Bakanlar Kurulu'nun hükümet programının hazırlanması ve sunulması; gerekli görüldüğünde TBMM'den güven istenmesi yürütme fonksiyonuna dâhil işlemlerdir.

Ayrıca Anayasa'nın sistematigine bakılarak milli güvenliğin sağlanması, milli güvenlik siyasetinin belirlenmesi, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınması zorunlu görülen tedbirler ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan işlemlerinin de yürütme işlemi olduğu söylenebilir. Çünkü Anayasa'da milli savunma, Milli Güvenlik Kurulu ve olağanüstü yönetim usulleri, Yürütme Bölümünde, idareden önce ve ayrı bir başlık olarak düzenlenmiştir.

Ancak bu konularda tesis edilen diğer işlemlerin yürütme işlevine dâhil olması sebebiyle yargı denetimi dışında kalması gerektiği söylenemez. İşte "hükümet tasarrufu" kavramı da bu noktadaki ayrımı sağlamak için oluşturulmuştur. Bir başka ifadeyle: Yargı denetimine girmeyen yürütme işlemleri "hükümet tasarrufu" olarak adlandırılmış, ancak bu işlemlerle birlikte yürütülen, fakat yargı denetimine girmesi gereken idari işlemler "hükümet tasarrufu" kapsamına alınmayarak, bu işlemlere karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

### İDARENİN HAKSIZ FİİLLERİ (FİİLİ YOL)

İdarenin, kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız müdahale ettiği eylemler, fiili yol olarak adlandırılır. Bu nedenle doğan zararların tazmini, *adli yargı* mercilerinde dava edilir.

Fiili yol denilen eylemler, idarenin açıkça hukuka aykırı eylemleriyle ya da hukuka uygun kararın hukuk dışına çıkılarak uygulanması durumunda söz konusudur. Hukuka aykırılık, yapılan eylemin *idarilik niteliğini kaybettirecek* boyutta olmalıdır. Bir başka deyişle, *yok hükmünde veya açık ve ağır hukuka aykırılık* taşıyan bir işlemin uygulanması; herhangi bir hukuki işleme dayanılmaksızın bir hak veya hürriyete tecavüz edilmesi durumunda idari faaliyetten söz edilemez. Çünkü idarenin hukuk dışına çıkma yetkisi yoktur.

Bireylerin hak ve hürriyetlerine yapılan tecavüzün, haksız müdahalenin kamu hizmetinin ifası sırasında ve kamu görevlilerince yapılmış olması, işlemi ve eylemi idari kabul etmeyi gerektirmemektedir. Uygulamada mülkiyet hakkına hukuki gerekçe olmaksızın el konması, gözüaltına alınanlara işkence yapılması, sık rastlanan fiili yol örneklerindedir.

Yargıtay'ın işkenceye ilişkin bir kararında şöyle denmekte: "Kural olarak idari eylem ve işlem nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı açılacak tazminat davaları idari yargının görev alanı içindedir. Ne var ki, idari işlem ve eylemin söz konusu olmadığı veya yasa koyucunun açık olarak görev verdiği durumlarda Adli Yargı'da da idare aleyhine dava açılması olanağı vardır. Türk Hukuk Sisteminde, idareye atıf ve isnat edilebilecek bir nitelikte olmakla birlikte işlem ve eylemin bozularak idari karakterini kaybettiği hallerde (haksız fiil-fiili yol); sorumluluğun özel hukuk (Medeni Kanun-Borçlar Hukuku) kurallarına göre ve adli yargı yerinde belirleneceği de kabul edilmektedir. Uygulamada idari eylem ve işlem niteliğini kaybeden haksız fiiller (fiili yol) bireyin mülkiyet hakkına, kamu hürriyetlerine ve kişilik hakkına saldırılar şeklinde görülmektedir. İdarenin veya onun adına hareket eden kamu görevlisinin işkence yapma hak ve yetkisi söz konusu olamayacağına ve bunun suç teşkil etmesine göre; bu değerlendirmeye de ortada bir haksız eylem (fiili yol)in varlığı kabul edilmelidir."