

# Bölüm 2

## İDARE HUKUKU

(Tanımı, Sistemleri, Gelişimi, Özellikleri, Kaynakları, Uygulama Alanı, Bölümleri, Temel İlkeleri, vs.)

Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2009, c.I. ([www.idare.gen.tr/idarehukuku.htm](http://www.idare.gen.tr/idarehukuku.htm))

**Bibliyografya.-** Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.77-93; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, s.1-12; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, Onbeşinci Baskı, 1999, c.I, s.13-54; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1995, s.16-31; Peiser, *op. cit.*, s.1-14; Auby ve Ducos-Ader, *op. cit.*, s.179-180; Francis-Paul Bénéoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, s.53-84; Vlachos, *op. cit.*, s.42-51; Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.9-14; Rivero, *op. cit.*, s.14-35; Maurer, *op. cit.*, s.25-59; Onar, *op. cit.*, c.I, s.101-122; Özyörük, *İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.1222-146; Balta, *op. cit.*, s.26-32, 82-97; 140-192; Duran, *op. cit.*, s.15-44; Eroğlu, *op. cit.*, s.11-29; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.13-27; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op.cit.*, s.12-30; Günday, *op. cit.*, s.24-33; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.14-36; Kalabak, *op. cit.*, s.13-27; Akyılmaz, *op. cit.*, s.13-18; Atay, *op. cit.*, s.27-116.

İdare hukuku, genel olarak idarenin tâbi olduğu hukuktur. Ama idarenin tâbi olduğu bu hukuk, hangi hukuktur? İşte bu bölümde idare hukukunun tanımını, sistemlerini, doğumunu, gelişimini, özelliklerini, kaynaklarını, uygulama alanını, diğer hukuk dallarıyla ilişkilerini, bölümlerini ve idare hukukuna hakim olan temel ilkeleri göreceğiz. Planımız şu şekilde olacaktır.

PLAN:

- I. İdare Hukukunun Tanımı
- II. İdare Hukuku Sistemleri
- III. İdare Hukukunun Doğumu ve Gelişimi
- IV. İdare Hukukunun Özellikleri
- V. İdare Hukukunun Kaynakları
- VI. İdare Hukukunun Uygulama Alanı
- VII. İdare Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları Arasındaki İlişkiler
- VIII. İdare Hukukunun Bölümleri
- IX. İdare Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler

### I. İDARE HUKUKUNUN TANIMI

**Bibliyografya.-** Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1-10; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.26-27; Peiser, *op. cit.*, s.1; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.76-80; Rivero, *op. cit.*, s.20; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.14-15; Eroğlu, *op. cit.*, s.11-13.

“İdare hukuku (*droit administratif*)”, biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki değişik anlamda tanımlanmaktadır.

**a) Geniş anlamda idare hukuku** (*droit administratif au sens large*), idarenin kuruluş ve işleyişine uygulanan hukuk kurallarının bütünüdür<sup>1</sup>. Bu kurallar kamu hukuku kuralları olabileceği gibi özel hukuk kuralları da olabilir. Bu anlamda Anglo-Sakson ülkelerinde de idare hukuku vardır. Geniş anlamda idare hukukuna aslında “idarenin hukuku (*droit de l’administration*)” denebilir<sup>2</sup>.

**b) Dar anlamda idare hukuku** (*droit administratif au sens strict*) ise idarenin kuruluş ve işleyişine uygulanan kamu hukuku kurallarının bütünüdür. Bu anlamda idare hukuku kuralları, özel hukuk kurallarından farklı, özel hukuk kurallarını aşan birtakım kurallardan (*règles exorbitantes du droit commun*) oluşur<sup>3</sup>. *İşte bu dar anlamda idare hukuku, idare organına ve fonksiyonuna uygulanan özel hukuk kurallarından farklı olan kurallar bütünüdür*<sup>4</sup>. Keza idare hukukundan doğan uyuşmazlıklar, genel ve ortak yargı düzeni olan adlî yargıda değil, ayrı ve özel bir yargı düzeni olan idarî yargıda çözümlenir. Dar anlamda idare hukuku, sadece kara Avrupası ülkelerinde görülür. Bu ülkelerde ve bizde “idare hukuku” deyince bundan dar anlamda idare hukuku anlaşılır.

Dar anlamda idare hukukunu şu şekilde tanımlayabiliriz:

**TANIM:** *İdare hukuku, idarenin kuruluş ve işleyişini düzenleyen kamu hukuku kurallarının bütünüdür.*

**Diğer bir ifadeyle, idare hukuku, idare organını ve fonksiyonunu düzenleyen özel hukuk kurallarını aşan hukuk kuralların bütünüdür.**

## II. İDARE HUKUKU SİSTEMLERİ

İdare hukuku alanında başlıca iki sistem vardır:

### A. ANGLO-SAKSON SİSTEMİ: ADLÎ İDARE SİSTEMİ

**Bibliyografya.-** Onar, *op. cit.*, c.I, s.78-83; Günday, *op. cit.*, s.84; Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.14; Balta, *op. cit.*, s.140-142; Bénoit, *op. cit.*, s.70-73; Esin Örcü, “Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi”, *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdarî Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1993, s.254-270; Mustafa Karabulut, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 30, Sayı 102, 2000, s.16-27; O. Hood Phillips ve Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, Yedinci Baskı,

- 
1. Peiser, *op. cit.*, s.1.
  2. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.77; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, Onbeşinci Baskı, 1999, c.I, s.26.
  3. Peiser, *op. cit.*, s.1; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.78; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1, 470; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.27.
  4. Peiser, *op. cit.*, s.1; Rivero, *op. cit.*, s.20. Örneğin Rivero, idare hukukunu “kamu tüzel kişilerinin idarî faaliyetini düzenleyen özel hukuku aşan hukuk kurallarının bütünü” olarak tanımlamaktadır.

1987, s.530-674; S. A. de Smith ve Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, London, Penguin Books, Altıncı Baskı, 1989, s.577-773.

“Ortak hukuk (*common law*) sistemi” veya “adli idare sistemi”de denen sisteme sahip İngiltere ve ABD gibi Anglo-Sakson ülkelerinde, “genel hukuk (ortak hukuk, *common law*)”un dışında, ondan ayrı ve bağımsız bir “idarî hukuku” ve genel mahkemeler (adli yargı) düzeninden ayrı bir “idarî yargı” düzeni yoktur.

Şüphesiz İngiltere ve ABD gibi Anglo-Sakson ülkelerinde de, bir “idarî teşkilâtı ve bu teşkilâtın yürüttüğü idarî nitelikte faaliyetler vardır. Keza bu ülkelerde idare teşkilâtının kuruluşunun ve işleyişinin tâbi olduğu hukuk kuralları da vardır. Yani Anglo-Sakson ülkelerinde de “idareye uygulanan bir hukuk” vardır; ancak bu hukuk, “idare hukuku” değil, ülkenin genel hukukudur. Bu ülkeler ülkenin genel hukukundan farklı, onda görülmeyen özelliklere sahip bir “idare hukuku”na sahip değildir. Bu ülkelerde idareye de özel kişilere uygulanan genel hukuk uygulanır<sup>5</sup>. Bu ülkelerde “idare hukuku (*administrative law*)” dersinin bulunması, bu isimli kitapların yazılması<sup>6</sup>, bu ülkelerde bir kıta Avrupası ülkelerinde anlaşıldığı anlamda bir “idare hukuku”nun bulunduğu anlamına gelmez. Zira bu ülkelerde “*administrative law*” denen şeyde, özel hukukta görülmeyen hükümlere, yani kamu gücü ayrıcalıklarına veya yükümlülüklerine rastlanmaz.

Keza bu ülkelerde idarî uyuşmazlıklara bakmakla görevli, genel mahkemeler düzeninin dışında, bir “idarî yargı” düzeni yoktur. Bu ülkelerde *yargı birliği* sistemi vardır. Dolayısıyla özel kişilerin aleyhine de, idare aleyhine de davalar aynı yargı düzeninde açılır<sup>7</sup>. Bu ülkelerde “idare mahkemeleri (*administrative tribunals*)”<sup>8</sup> isimli mahkemelerin olması bir şeyi değiştirmez; çünkü bunların ayrı bir üst mahkemesi yoktur; bunların kararları da aynı yüksek mahkemede temyiz edilir. Bu nedenle Anglo-Sakson sisteminde bulunan *administrative tribunals* ayrı bir yargı kolu oluşturmazlar. Bu mahkemeler de normal adli mahkemeler arasında yer alan uzmanlık mahkemesi niteliğinde olan mahkemelerdir. Bu nedenle, Anglo-Sakson sistemine “adli idare sistemi” de denir.

## B. KARA AVRUPASI SİSTEMİ: İDARİ REJİM

**Bibliyografya.**- Onar, *op. cit.*, s.48-78, 83-94; Günday, *op. cit.*, s.24-25; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.14; Girişli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.17-19; Balta, *op. cit.*, s.140-143; Bénoit, *op. cit.*, s.55-56.

- 
5. Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, s.71.
  6. Örneğin H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 1988; J. F. Garner, *Administrative Law*, 1986; P. P. Craig, *Administratif Law*, 1983, D. Foulkes, *Administrative Law*, 1986 (Nakleden: S. A. de Smith ve Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, London, Penguin Books, Altıncı Baskı, 1989, s.532).
  7. Bénoit, *op. cit.*, s.71.
  8. De Smith ve Brazier, *op. cit.*, s.535, 541.

Başta Fransa olmak üzere kara Avrupası ülkelerinde (Almanya, İtalya, İspanya, Yunanistan, Türkiye vs.), idareye özel kişilerin tâbi olduğu hukuktan farklı bir hukuk uygulanır. Bu hukukta, özel hukukta görülmeyen birtakım kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri bulunur. Bu hukuka “idare hukuku” denir. Keza idare, özel kişilerin tâbi oldukları mahkemelerden farklı mahkemelere tâbidir. Yani idare aleyhine açılacak davalara başka mahkemeler bakar. Bu tür mahkemelere “idare mahkemesi”, bu tür mahkemelerin oluşturduğu düzene ise, “idarî yargı” denir. İdarenin bu şekilde, özel hukuktan ayrı bir hukuka tâbi olmasına ve idarenin ayrı mahkemelerde yargılanmasına “idarî rejim (*régime administratif*)” denir. Kara Avrupası sistemi, ilk önce Fransa’da geliştiği için bu sisteme “Fransız sistemi” de denmektedir.

İdarî rejim hakkında daha fazla bilgi vermeye gerek yoktur. Çünkü bu kitabın bütünü bu “idarî rejimi”; yani “kıtâ Avrupası sistemi”ni, diğer bir ifadeyle “Fransız sistemi”ni anlatmaktadır.

### III. İDARE HUKUKUNUN DOĞUMU VE GELİŞİMİ

**Bibliyografya.-** Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.12-13, 747-755; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.346-348; Peiser, *op. cit.*, s.7-11; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.86-87; Maurer, *op. cit.*, s.25-27; Onar, *op. cit.*, c.I, s.123-124; Günday, *op. cit.*, s.25-26; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.16; Balta, *op. cit.*, s.140-143; Özyörük, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.127-139; Duran, *op. cit.*, s.17-21; Onur Karahanoğulları, *Türkiye’de İdarî Yargı Tarihi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005; Nuri Yaşar, *İdarî Yargı, İdarî Yargıç ve Yargısız Emir*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s.15-34.

Bir ülkede idare hukukunun doğabilmesi için öncelikle o ülkede kamu hukuku-özel hukuk ayırımının yerleşmiş olması gerekir<sup>9</sup>. Bu ayırımın yerleşmediği Anglo-Sakson ülkelerinde idare hukuku doğup gelişmemiştir. İdare hukuku, Fransa’da 19’uncu yüzyılda çok özel koşullar neticesinde doğmuş ve yavaş yavaş gelişmiştir. Şimdi idare hukukunun Fransa’da, Almanya’da ve Türkiye’de nasıl doğup geliştiğini görelim.

#### A. FRANSA’DA

**Bibliyografya.-** Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.12-13, 747-755; ; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.86-87; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.346-348; Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, op. cit.*, s.16-47; Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul, 2004, s.23-78; yaşar, *op. cit.*, s.15-29.

Önce Fransa’da idarî yargının ortaya çıkışını, sonra da idare hukuku doktrininin gelişimini görelim.

9. Balta, *op. cit.*, s.140.

## 1. İdarî Yargının Ortaya Çıkışı

Fransa’da Fransız ihtilalinden sonra, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla, “idarî ve adlî makamların ayrılığı ilkesi (*principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*)”<sup>10</sup> kabul edilmiş ve hakimlerin idareye karşı açılmış davalara bakmaları, idarî işler hakkında karar vermeleri ceza tehdidi altında yasaklanmıştır<sup>11</sup>. Bu Kanunun İkinci Bölümünün 13’üncü maddesi şöyle demektedir:

“Adlî görevler, idarî görevlerden ayırılırlar ve her zaman ayrı kalacaklardır. Hakimler, hangi şekilde olursa olsun idarî makamların işlerine karışamazlar, görevleri dolayısıyla idarecileri mahkemelere çağıramazlar; aksi takdirde görev suçu işlemiş olurlar”<sup>12</sup>.

Keza 16 Fructidor Yılı III [1795] tarihli bir Kararname “her ne türde olursa olsun mahkemelerde idarî işlemler hakkında dava açılmayacağını” hüküm altına almıştır. Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun, gerekse 16 Fructidor Yılı III [1795] tarihli Kararname hâlâ yürürlükte ve uygulanmaktadır. Örneğin Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının “vize (*visa*)”lerinde 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunu her zaman zikreder<sup>13</sup>.

Fransa’da idareyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında mahkemelerde dava açılması bu şekilde yasaklanınca, idarenin eylem ve işlemlerinden zarar gören vatandaşlar, mahkemelere başvuramadıkları için doğrudan doğruya idareye başvurup zararlarının giderilmesini istediler. Bu durumda idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlık hakkında doğrudan doğruya yine idare karar veriyordu<sup>14</sup>. İdare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlık hakkında idarenin kendisinin karar vermesi sistemine “idareci-hâkim sistemi (*système de l’administrateur-juge*)” denmektedir<sup>15</sup>. Bu ise adalet ve hakkaniyete aykırıydı<sup>16</sup>. Çünkü idare aynı davada hem taraf, hem de hâkim oluyordu<sup>17</sup>. Bu ise “kimse kendi davasında hâkim olamaz (*nemo debet esse iudex in propria causa*)” şeklinde ifade edilen evrensel hukuk ilkesine aykırıydı<sup>18</sup>.

Neticede bu durumu bir ölçüde de olsa gidermek için 22 Frimaire Yılı VIII (13 Aralık 1799) Anayasasıyla “*Conseil d’État* [konsey deta okunur]

10. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748.

11. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.101; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, op. cit., c.I, s.346.

12. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.101; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748.

13. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.101-102.

14. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.103; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748.

15. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748. Buna “idare-hâkim sistemi (*système de l’administration-juge*)” de denir (De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, op. cit., c.I, s.347).

16. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748.

17. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.103.

18. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748.

(Devlet Şurası, Danıştay)” kuruldu ve idare ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkları çözme görevi *Conseil d'État*'ya verildi<sup>19</sup>. Ancak *Conseil d'État*'nın uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisi yoktu. Uyuşmazlık hakkında bir karar tasarısı hazırlayıp devlet başkanına bunu bir teklif olarak sunuyor; kararı devlet başkanı veriyordu<sup>20</sup>. Buna “**tutulmuş adalet sistemi** (*systeme de la justice retenue*)” denir<sup>21</sup>. Bununla birlikte *Conseil d'État*'nin prestiji ve hukukî otoritesi öyle yerleşti ki, 75 yıl boyunca, uyuşmazlıkların çözümü konusunda *Conseil d'État*'nin önerilerinin aşağı yukarı hepsi devlet başkanı tarafından benimsendi<sup>22</sup>. Örneğin Napolyon *Conseil d'État*'nin kararlarını “gözü kapalı” imzaladığını söylüyordu<sup>23</sup>. *Conseil d'État*, bu dönemde bir “mahkeme”, üyeleri bir “hâkim” değildi ve idarenin bir parçası durumundaydı. Zira bu dönemde Fransa'da “idareye yargılamak, aynı zamanda idare etmek demektir (*juger l'administration, c'est aussi et encore administrer*)”<sup>24</sup> özdeyişle ifade edilen bir anlayış geçerliydi. Bununla birlikte *Conseil d'État*, bu dönemde de, uyuşmazlıkları çözümlerken aşağı yukarı yargısal usûller uyguluyordu.

Nihayette 24 Mayıs 1872 tarihli Kanunla, *Conseil d'État*'ya uyuşmazlıklar hakkında *kesin karar* verme yetkisi tanındı<sup>25</sup>. Artık *Conseil d'État*'nin kararları devlet başkanının onamasına tâbi değildir. Bu tarihten itibaren *Conseil d'État* devlet başkanı adına değil, “Fransız halkı adına” karar vermeye başlamıştır<sup>26</sup>. Böylece “**devredilmiş adalet sistemi** (*systeme de la justice déléguée*)”ne geçilmiş oldu<sup>27</sup>. 1872'den bu yana *Conseil d'État* bir idarî yargı organı olarak etkin olarak çalışmış ve idare hukukunun pek çok önemli kavram, kurum ve ilkesini geliştirmiştir.

**KUTU 2-1: “TUTULMUŞ ADALET” – “DEVREDİLMİŞ ADALET” SİSTEMLERİ.**- “Yargılama yetkisi (*compétence de juger*)”, bir egemenlik yetkisidir. Geleneksel olarak “adalet dağıtma (*rendre la justice*)” yetkisinin ülkedeki egemene (krallara) ait olduğu ve adaletin ülkenin egemeni (kralı) adına dağıtıldığı kabul edilmiştir<sup>28</sup>. İngiliz hukukunda Kralın veya Kraliçenin “adalet çeşmesi (*fontain of justice*)” olduğu kabul edilir<sup>29</sup>. Geleneksel anlayışta, egemen (kral) hukukî uyuşmazlıklar hakkında bizzat karar verebilir. Ancak işlerin çokluğu yüzünden bu iş için kendi adına adalet dağıtmak için hâkimler de atayabilir. Bu hâkimler, kendi adlarına değil, kralın adına yargılama yaparlar ve hüküm verirler. Dolayısıyla yargılama yetkisinin asıl sahibi

19. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.748; Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.104.

20. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.749.

21. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.104.

22. *Ibid.*, c.I, s.104.

23. Yaşar, op. cit., s.25.

24. Karahanoğulları, *İdarî Yargı Tarihi*, op. cit., s.17; Erkut, *Kamu Kudreti...*, op. cit., s.66.

25. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.750.

26. Karahanoğulları, *İdarî Yargı Tarihi*, op. cit., s.34.

27. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.751; Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.105.

28. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.479.

29. Richard Ward ve Amanda Wragg, *Walker & Walker's English Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 9. Baskı, 2005, s.4

olan, yargılama yetkisini kendi elinde *tutan* egemen (kral), istediği her zaman hâkimlerin verdiği karara karşıabilir; kararları kendi onamasına tâbi tutabilir; bu kararları ortadan kaldıracak veya değiştirebilir. Bu sisteme “tutulmuş adalet (*justice retenue*)” sistemi denir<sup>30</sup>. Burada tutulmuştan kastedilen şey, yargılama yetkisinin hükümdarın elinde *tutulmuş* olduğudur. Örneğin Fransa’da 1789 ihtilalinden önceki dönemde, yani *ancien régime* döneminde tutuk adalet sistemi vardı.

Zamanla tutulmuş adalet sisteminden “devredilmiş adalet (*justice déléguée*)”<sup>31</sup> sistemine geçildi. Bu sistemde adalet dağıtma (yargılama) yetkisine aslen sahip olan egemenin (hükümdarın) bu yetkisini hâkimlere *devrettiği* kabul edilir. Bu sistemde artık yargılama yetkisine hâkimlerin sahip olduğu kabul edilir<sup>32</sup>. Dolayısıyla hükümdar, hâkimlerin verdiği karara karşıamaz. Bu sistemde hâkimlerin kararları, hükümdarın onamasına ihtiyaç duymaksızın kesin ve icraîdir.

Kıscacası, Fransa’da 1790 yılında mahkemelerin idarî uyuşmazlıklar hakkında karar vermesinin yasaklanması ve ortaya çıkan boşluğun adım adım *Conseil d’État* tarafından doldurulmasıyla idare hukuku doğmuş ve gelişmiştir. Eğer Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla hakimlerin idarî uyuşmazlıklar hakkında karar vermesi yasaklanmasaydı, yani bu uyuşmazlıklara hakimler baksaydı, pek muhtemelen bir idare hukuku doğmayacaktı; zira bu hakimler ülkenin ortak ve genel hukukunu (*droit commun*), yani bugünkü tabirle özel hukuku uygulayacaklardı. Nitekim İngiltere’de de bu böyle olmuş; idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıklara normal mahkemeler bakmış ve bu mahkemeler bu uyuşmazlıklara da ülkenin genel hukukunu (*common law*) uygulamışlar ve neticede hiçbir zaman bağımsız bir idare hukuku doğmamıştır.

Onur Karahanoğulları’nın gözlemlediği gibi Edouard Laferrière’in *Conseil d’État*’nın ikinci başkanlığını yaptığı 1886 ile 1898 yılları arası, “idarî yargının altın yılları” olmuştur<sup>33</sup>. Bu dönemde “bakan-yargıç (*ministre-juge*)” sistemi terkedilmiştir. Bu sistem *Conseil d’État*’ya başvurmadan önce ilgili bakana başvurmayı gerektiriyordu<sup>34</sup>. Keza bu dönemde David, Corneille, Chardenet, Romieu, Pichat, Léon Blum gibi meşhur “hükümet komiserleri (*commissaires du gouvernement*)” görev yapmıştır. Bunların görüşleri idare hukukunun temel kavramlarının doğup gelişmesine katkıda bulunmuştur<sup>35</sup>.

30. Gridel, *op. cit.*, s.463.

31. “*Justice déléguée*”yi Mükbil Özyörük “murahhas adalet” olarak Türkçeye çevirmektedir (Mükbil Özyörük, *İdari Yargı Ders Notları*, Ankara, 72 Teksir, 1977, s.36). “Murahhas”, “terhis” kelimesiyle aynı kökten gelip “kendisine izin [yetki] verilmiş” anlamına gelmektedir. Muhtemelen aynı sebeple, Nuri Yaşar ve Onur Karahanoğulları da “*justice déléguée*”yi “yetkili adalet” diye çevirmektedir (Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, *op. cit.*, s.34-35; yaşar, *op. cit.*, s.27).

32. Gridel, *op. cit.*, s.463.

33. Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, *op. cit.*, s.35.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, s.36.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, idare hukuku, Fransa'da *Conseil d'État*'nin idarî uyuşmazlıklara bakması sonucu doğmuştur. Georges Vedel ve Pierre Delvolvé'nin işaret ettikleri gibi Fransa'da idare hukuku, idarî yargı organlarını değil; idarî yargı organı (yani *Conseil d'État*) idare hukukunu yaratmıştır<sup>36</sup>.

## 2. Fransız İdare Hukuku Doktrininin Gelişimi

Yukarıda belirtildiği gibi Fransa'da, özel hukuktan bağımsız bir idare hukuku *Conseil d'État*'nin verdiği kararlarla ortaya çıkmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan ve haliyle dağınık hâlde bulunan idare hukukunun kuralları doktrininin çabası ile sistemleştirilmiş, böylece bir disiplin olarak idare hukuku gelişmiştir. Bu nedenle Fransa'da yazılmış olan genel eser niteliğindeki önemli idare hukuku kitaplarını kısaca görmek gerekir. Bu kitapları tarihsel olarak 50 yıllık zaman dilimleri itibarıyla dört gruba ayırarak inceleyebiliriz:

*1800-1850.*- Fransa'da ilk idare hukuku kitabı Louis de Cormenin tarafından 1822 yılında yazılmıştır<sup>37</sup>. Cormenin'in kitabını Emile-Victor Foucart<sup>38</sup>, Joseph-Marie de Gérando<sup>39</sup> ve Louis Macarel'in<sup>40</sup> kitapları izlemektedir<sup>41</sup>.

*1850-1900.*- Bu dönemde şu kitaplar zikredilebilir: Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1867-1870 (3 Cilt); Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose, 1861-1868 (8 Cilt); Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1862, (7 Cilt)<sup>42</sup>. Bu grup içinde yer alan kitaplar arasında en önemlisi ve Fransız idare hukukunun gerçek kurucusu olarak kabul edilen ve bugün dahi yazarlar tarafından kendisine atıfta bulunulan kitap, *Conseil d'État*'nin Başkan Yardımcısı olan Edouard Laferrière'in (1841-1901) 1887-1888 yıllarında yayınlanan iki ciltlik *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (Berger-Levrault, 1887-1888) isimli kitabıdır<sup>43</sup>.

36. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.87.

37. Louis de Cormenin, *Droit administratif*, Pagnerre, 1822, 2 Cilt (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.13).

38. Emile-Victor Foucart, *Eléments de droit public et droit administratif*, Marescq, 1834, 3 Cilt (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.13).

39. Joseph-Marie de Gérando, *Institutes du droit administratif française*, Nève, 1829-1830, 5 Cilt (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.13).

40. Louis Macarel, *Cours de droit administratif*, Thorel, 1843, 4 Cilt (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.13).

41. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.13.

42. *Ibid.*, c.I, s.14.

43. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.14; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.13. Bu kitap 100 yıl sonra profesör Roland Drago tarafından 1989 da tekrar yayınlan-



1900-1950.- Yirminci yüzyılın ilk yarısında Fransa'da yayınlanan idare hukuku eserleri arasında en önemlileri şunlardır:

- Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, İkinci Baskı, 1924-1928, 5 Cilt (İlk Baskı: 1911) (Cilt I-III, Üçüncü Baskı, 1927-1928; Cilt IV, İkinci Baskı, 1924; Cilt V, İkinci Baskı, 1925).
- Maurice Hauriou, *Précis administratif et de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, Onikinci Baskı, 1933 (İlk baskı: 1892).
- Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rouseau, Onüçüncü Baskı, 1933.
- Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, Dördüncü Baskı, 1943.
- Paul Duez ve Guy Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952.
- Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, Üçüncü Baskı, 1925-1936 (6 Cilt).
- Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, Onuncu Baskı, 1951.

1950-Günümüz.- Fransa'da yirminci yüzyılın ikinci yarısında yazılan ve çoğunluğu hâlâ bugün de kullanılan idare hukuku genel eserleri arasında en önemlileri şunlardır:

- René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, 2 Cilt.
- Georges Vedel ve Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, 2 Cilt.
- André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Onbeşinci Baskı, 1999, 5 Cilt.

*Traité* niteliğindeki yukarıdaki dört eser günümüz Fransız idare hukukunun temel eserleridir. Ayrıca *manuél* niteliğindeki şu kitaplara da dikkat çekmek isteriz:

- André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Manuél de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Onyedinci Baskı, 2002.
- Charles Debbasch ve Frédéric Colin, *Droit administratif*, Paris, Economica, 7. Baskı, 2004.
- Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-1983, 2 Cilt.
- Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.
- Georges Dupuis, Marie-José Guédon ve Partice Chrétien, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, Dokuzuncu Baskı, 2004.
- Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1998.
- Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, Paris, Armand Colin, Üçüncü Baskı, 2004.
- Gustave Peiser, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Yirmiikinci Baskı, 2004.

- Guy Braibant ve Bernard Stirn, *Droit administratif*, Paris, Sciences Po et Dalloz, 6. B., 2002.
- Jean Claude Ricci, *Droit administratif*, Paris, Hachette, Dördüncü Baskı, 2004.
- Jean François Lachaume, *Droit administratif*, Paris, PUF, Onüçüncü Baskı, 2002.
- Jean Rivero ve Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Yirminci Baskı, 2004.
- Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, Yedinci Baskı, 2004.
- Jean-Pierre Dubois, *Droit administratif*, Paris, Eyrolles, 1992.
- Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, Dokuzuncu Baskı, 1963.
- Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989.
- Pierre-Laurent Frier, *Précis de droit administratif*, Paris, 3. Baskı, Montchrestien, 2004.
- Rémi Rouquette, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2003.
- Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolve ve Bruno Gnevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, Onüçüncü Baskı, 2001. (Fransız Danıştayının önemli kararlarının incelenmesi vardır).

### İdarî Yargı:

- René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12. Baskı, 2006.
- Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, 2 Cilt. Üçüncü Baskı, 1982.
- Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Onüçüncü Baskı, 2004.
- Bernard Pacteau, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, Yedinci Baskı, 2005.
- Charles Debbash ve Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, Dalloz, 8. Baskı, 2001.

### B. ALMANYA'DA

Almanya'da ilk sistematik idare hukuku kitapları 1800'lerin ortalarında yazılmaya başlanmıştır. İlk kitaplar şunlardır: F. F. Mayer, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Rechtsverfahrens*, 1857; Sarwey, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1884; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1885-1886 (2 Cilt)<sup>44</sup>. Almanya'da 1800'lerin ikinci yarısında önce 1863'te Baden'de, sonra 1872-73'te Prusya'da 1875'de Essen'de, 1876'da Würtemberg'de, 1879'da Bavyera'da idarî yargı organlarının kurulmasıyla idare hukuku gelişmeye ve uygulanmaya başlanmıştır<sup>45</sup>. Almanya'da birçok idare hukuku

44. Maurer, *op. cit.*, s.26.

45. *Ibid.*

prensibi, başta Prusya Yüksek İdare Mahkemesi olmak üzere diğer idare mahkemelerinin içtihatlarıyla ilk defa ifade edilmiş ve uygulanmaya konulmuştur<sup>46</sup>.

## C. TÜRKİYE'DE

Önce idarî yargının ortaya çıkışını ve gelişimini, sonra da idare hukuku doktrininin gelişimini görelim.

### 1. İdarî Yargının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

*Bibliyografya.*- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, c.I, s.86-92; Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku - İdarî Yargı - Ders Notları*, (Üçüncü Sınıf Programı) (Teksir) Ankara, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1977, s.41-52; Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.18, 965-971, c.II, 18-23; Balta, *op. cit.*, s.140-143; Karahanoğulları, *Türkiye'de İdarî Yargı Tarihi*, *op. cit.*, s.*op. cit.*, s.44-238; Yaşar, *op. cit.*, s.29-34.

Türkiye'de 1868 yılında Fransız *Conseil d'État*'sı örneğine göre bir “Şurayı Devlet” kuruldu ve “hükûmet ile eşhas beyninde (idare ile bireyler arasında)” ortaya çıkacak uyuşmazlıklara bakmak görevi kendisine verildi<sup>47</sup>. Şurayı Devlet kararları Sadrazamın onayı ve Padişahın iradesiyle yürürlüğe konuluyordu<sup>48</sup>. Ancak 1876 Kanun-u Esasîsi “hükûmet ile eşhas beynindeki davalar dahi mehakim-i umumiyeye aittir” (m.85) diyerek genel yargıdan ayrı bir “idarî yargı” sisteminden vazgeçmiştir<sup>49</sup>. Bununla birlikte gerek birinci, gerekse ikinci meşrutiyet dönemlerinde idare ile memur arasındaki uyuşmazlıkların ve özellikle “memurin muhakematı” işlerinin Şurayı Devlet'in görev sahasında kaldığı anlaşılmaktadır<sup>50</sup>. Şurayı Devlet, saltanatın kaldırılmasıyla birlikte, diğer Osmanlı kurumları gibi, 1 Kasım 1922 tarihinde kaldırılmıştır<sup>51</sup>. Görüldüğü gibi Osmanlı döneminde bir Fransız *Conseil d'État*'sı örneğinde bir Şurayı Devlet kurulmuş olsa da bu dönemde genel yargıdan ayrı bir idarî yargının, ülkenin genel ve ortak hukukundan ayrı bir idare hukukunun gelişmiş olduğunu söylemek güçtür<sup>52</sup>.

Cumhuriyet döneminde 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanununun 51'inci maddesi “idarî dava ve ihtilafları rü'yet... etmek üzere bir Şurayı Devlet” kurulmasını öngörmüştür. Şurayı Devlet, 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Kanunla kurulmuş ve 6 Temmuz 1927 tarihinde göreve başlamıştır. 1961 Anayasasının 140'ıncı maddesi “Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları

46. *Ibid.*

47. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.II, s.18; Onar, *op. cit.*, c.I, s.86-90.

48. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.II, s.18.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*, c.II, s.19.

51. *Ibid.*

52. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.II, s.19; Osmanlı Şurayı Devleti hakkında eleştiriler için bkz.: Özyörük, *İdarî Yargı*, *op. cit.*, s.41-52.

görmek ve çözümlemek(le)... görevlidir” demiştir. 1961 Anayasası döneminde Danıştayın kuruluşu, görev ve yetkileri 24 Aralık 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile düzenlenmiştir. 1982 Anayasası da Danıştaya yer vermiş ve “Danıştay, davaları görmek,... idarî uyuşmazlıkları çözümlemek”le görevlidir denmiştir (m.155). Böylece Türkiye’de Cumhuriyet döneminde adlî yargının dışında, başında Danıştayın bulunduğu ayrı bir idarî yargı mevcut olmuştur. Ve Danıştay, Fransa’da olduğu gibi, idarî uyuşmazlıklara özel hukuku değil, özel hukuktan ayrı bir hukuk olan idare hukukunu uygulamıştır.

## 2. Doktrin

*Bibliyografya.*- Nuray E. Keskin, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin Köken Sorunu”, *Ankara University Faculty of Political Science, Working Paper Series*, No. 89, November 2005, s.4-5. <[www.politics.ankara.edu.tr/dosyalar/tm/SBF\\_WP\\_89.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dosyalar/tm/SBF_WP_89.pdf)>; Nuray Keskin, “Türkiye’de Yönetim biliminin Gelişimi: 1870-1910”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 41, sayı 4, Aralık 2008, s.1-22; Tekin Akıllıoğlu, “Hukuk-u İdare Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 1983, s.56-69; Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, <[www.idare.gen.tr/akillioглу-yonetim.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioглу-yonetim.htm)> (Konuluş Tarihi: 11 Ağustos 2004); Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, *op. cit.*, s.195.

Türkiye’de idare hukuku dersinin öğretimine ilk defa ne zaman başlandığı tam olarak bilinmemektedir. 1859 yılında açılan Mekteb-i Mülkiyenin ders programında<sup>53</sup> “*Usûl-i İdare*” isimli bir ders bulunduğu not edilmektedir<sup>54</sup>. Bu derse yönelik olarak hazırlanan ilk usûl-i idare kitabı ise Sakızlı Ohannes Paşa’nın 1884 (1300) yılında yayınlanmış *Usûl-i İdare* isimli kitabıdır<sup>55</sup>. Keza Ohannes Paşanın ders kitabı dışında Giridi Hüseyin Nesimi’nin İstanbul’da 1885 yılında yayınlanan *Usul-i İdare-i Mülkiye* isimli bir kitap da vardır<sup>56</sup>. Mekteb-i Mülkiye’de okutulan *Usul-i İdare* dersinin bir “idare hukuku” dersi değil de, günümüzdeki “yönetim bilimi” veya “kamu yönetimi” derslerine benzer bir ders olduğu tahmin edilebilir. Aynı şekilde bu dönemde yazılan *Usul-i İdare* kitaplarının “idare hukuku” değil de, günümüzdeki “yö-

53. Mekteb-i Mülkiyede okutulan ders programları için bkz.: Ali Çankaya, *Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler (1859-1949)*, Ankara, Örnek Matbaası, 1954.

54. Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, İkinci Baskı, 1969, s.109; Nuray E. Keskin, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin Köken Sorunu”, Ankara University Faculty of Political Science, Working Paper Series, No. 89, November 2005, s.4.

55. Sakızlı Ohannes Paşa, *Usul-i İdare*, (Mekteb-i Mülkiye 4. Sınıf İçin), İstanbul, Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Matbaası, 1884 (Taşbaskı, 125 s.) Bu kitap ve bu kitabın sonraki baskıları konusunda bkz.: Nuray E. Keskin, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin Köken Sorunu”, Ankara University Faculty of Political Science, Working Paper Series, No. 89, November 2005, s.4.

56. Giridi Hüseyin Nesimi, *Usul-i İdare-i Mülkiye*, İstanbul, 1885 (Taşbaskı 129 s.). Bkz.: Keskin, *op.cit.*, s.5.

netim bilimi” veya “kamu yönetimi” kitaplarına benzer kitaplar olduğu tahmin edilebilir.

Buna karşılık, 1879’da kurulan Mekteb-i Hukukta da bir *Hukuk-u İdare* dersi olduğu ve bu dersin İbrahim Hakkı Paşa tarafından verildiği belirtilmektedir<sup>57</sup>. Ülkemizde ilk idare hukuku kitabı *Hukuk-u İdare* başlığı altında İbrahim Hakkı Paşa tarafından İstanbul’da 1892 yıllarında yayınlandığı kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

Gerek Osmanlı, gerekse Cumhuriyet döneminde Türk idare hukuku Fransız idare hukukundan büyük ölçüde esinlenmiştir<sup>59</sup>. Türk idare hukuku doktrinindeki genel eserleri tarih sırasına göre şu şekilde sıralayabiliriz:

### **İdare Hukuku:**

Ali Ragıp, *Hukuk-u İdare*, İstanbul, Matbaai Amire, 1303 (1887)<sup>60</sup>.

İbrahim Hakkı (Paşa), *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1308 (1892) (2 Cilt). (İkinci Baskı, İstanbul, Karabet Matbaası, 1312 [1896]) (367 s.)<sup>61</sup>.

Hacı Ahmed Reşid, *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1895. (775 s.)<sup>62</sup>

İsmail Hakkı (Görelî), *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1324 (1908) (390 s.)<sup>63</sup> (İstanbul, 1328 (1912). (İsmail Hakkı’nın ders notlarının öğrencilerinden Mehmed Sebahattin tarafından kitaplaştırılmasıdır)<sup>64</sup>.

Celal Derviş, *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1325 (1909), 384 s.<sup>65</sup>

Ahmet Şuayip, *Hukuk-u İdare*, İstanbul, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası<sup>66</sup>, 1327 (1911)<sup>67</sup>, (468 s.)<sup>68</sup>.

57. Tunaya, *op. cit.*, s.114; Balta, *op. cit.*, s.143.

58. Balta, *op. cit.*, s.142; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.18; Tekin Akıllıoğlu, “Hukuk-u İdare Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 1983, s.56-69; Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, <[www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm)> (Konuluş Tarihi: (11 Ağustos 2004); Onur Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, Ankara, Turhan, 2005, s.195.

59. Balta, *op. cit.*, s.143.

60. Nuray E. Keskin, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin Köken Sorunu”, *Ankara University Faculty of Political Science, Working Paper Series*, No. 89, November 2005, s.4-5. <[http://www.politics.ankara.edu.tr/dosyalar/tm/SBF\\_WP\\_89.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dosyalar/tm/SBF_WP_89.pdf)>.

61. Bu kitap hakkında bir inceleme yazısı için bkz.: Tekin Akıllıoğlu, “Hukuk-u İdare Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 1983, s.56-69; Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, <[www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm)> (Konuluş Tarihi: (11 Ağustos 2004).

62. Keskin, *op.cit.*, s.5.

63. *Ibid.*

64. Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, *op. cit.*, s.195.

65. Keskin, *op.cit.*, s.5.

66. *Ibid.*

67. Kitap, Ahmet Şuayip Beyin Mekteb-i Hukukta verdiği derslerin ders notlarından oluşmaktadır. Mekteb-i Hukuk, birinci sene, birinci şube tarafından bastırılmıştır (Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, *op.cit.*, s.195).

68. Keskin, *op.cit.*, s.5.

- Ahmed Şuayb, *Hukuk-u İdare*, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, İstanbul 1911. (468 s.)
- Muslihiddin Âdil, *Mukayeseli Hukuk-u İdare*, İstanbul, Güneş Matbaası, 1933.
- Mustafa Şeref Özkan, *İdare Hukuku Ders Notları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı, 1935 <<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/mustafa-seref-ozkan-idare-hukuku-ders-notlari/>>
- Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, Ankara, Recep Ulusoglu Basımevi, 1940, AÜHF Yayınları, 1952, 1959.
- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku (Ders Notları)* İstanbul, I.Ü.Talebesi Cemiyeti Neşriyatı, 1935,
- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, 3 Cilt.
- Ragıp Sarıca, *İdare Hukuku*, (Teksir) İstanbul, 1971.
- Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I: Genel Konular*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970-1972.
- Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları* (II. Sınıf Programı, Teksir), Ankara, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1977. <<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>>
- Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1979.
- Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982.
- Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku*, Ankara, Işın Yayıncılık, Dördüncü Baskı, Tarihsiz [1985?].
- Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990.
- Şükrü Karatepe, *İdare Hukuku*, İzmir, Üniversite Kitabevi, 1993.
- İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2001. (Bu kitap, yazarların daha önce çıkardıkları *İdare Hukuku I, İdare Hukuku II, Türkiye'nin İdarî Yapısı-İdarî Teşkilât, Kamu Personel Yönetimi* isimli kitaplarının bir araya gelmesinden oluşmuştur. O nedenle yazarların diğer kitapları burada sayılmamıştır).
- A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 23. Baskı, 2005.
- A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 1999, Beşinci Baskı, 2007 (Cilt I: Genel Esaslar).
- Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, Dokuzuncu Baskı, 2004.
- Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2003, 2 Cilt.
- Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukuku*, Konya, Sayram Yayınları, 2004.
- Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, Değişim Yayınları, 2004.
- Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri I*, Konya, Mimoza, 2005.
- Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan, 2006.
- Ramazan Cengiz Derdiman, *İdare Hukuku*, Bursa, Alfa Aktüel, 2007.

### İdarî Yargı:

Ragıp Sarıca, *İdarî Kaza*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1949.

Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku - İdarî Yargı - Ders Notları*, (Üçüncü Sınıf Programı) (Teksir) Ankara, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1977.

A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 28. Baskı, 2009.

A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2008 (c.II: İdarî Yargılama Hukuku).

İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma*, İstanbul, Filiz, 2004.

Halil Kalabalık, *İdarî Yargılama Hukuku*, İstanbul, Değişim Yayınları, 2003.  
Turhan Yıldırım, *İdarî Yargı*, İstanbul, Beta, 2008.

## IV. İDARE HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ

**Bibliyografya.**- De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.13-20; Rivero, *op. cit.*, s.28-30; De Forges, *op. cit.*, s.12-14; Bénéoit, *op. cit.*, s.75-86; Peiser, *op. cit.*, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.88-92; Günday, *op. cit.*, s.26; Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.18; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.15-17; Özyörük, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.139-145; Balta, *op. cit.*, s.146-149; Duran, *op. cit.*, s.29-32; Eroğlu, *op. cit.*, s.24-30.

**1. İdare hukuku genç bir hukuk dalıdır**<sup>69</sup>. İdare hukuku, 1800'lerin sonunda Fransa'da ortaya çıkmıştır. Oysa özel hukukun kökeni Roma hukukuna kadar uzanır.

**2. İdare hukuku “tedvin (codifié)”<sup>70</sup> edilmemiş bir hukuk dalıdır**<sup>71</sup>. Yani bu hukuk dalının kuralları dağınık hâlde bulunur. Bu kurallar derlenip, bir kanunda (*code*) madde madde sayılmamıştır. Oysa medenî hukukun kuralları Medenî Kanunda, ceza hukukunun kuralları Ceza Kanununda, ticaret hukukunun kuralları Ticaret Kanununda toplanmıştır. Medenî Kanun, Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu benzeri bir “İdare Kanunu” yoktur.

**3. İdare hukuku, büyük ölçüde, “içtihadî (jurisprudentielle)” bir hukuk dalıdır**<sup>72</sup>. İdare hukuku kuralları kanun koyucu tarafından konulmamış-

69. Rivero, *op. cit.*, s.28; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Manuel, op. cit.*, s.19; Günday, *op. cit.*, s.26; Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.17; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.15; Duran, *op. cit.*, s.29; Eroğlu, *op. cit.*, s.26-27.

70. Tedvin (*codification*) kavramı hakkında bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, s.203-204.

71. Rivero, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15; Özyörük, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.139; Günday, *op. cit.*, s.26; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.16; Duran, *op. cit.*, s.30; Eroğlu, *op. cit.*, s.29; Peiser, *op. cit.*, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.88-89.

72. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15-20; Rivero, *op. cit.*, s.29; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.89; Özyörük, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.142; Günday, *op. cit.*, s.26; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.16; Duran, *op. cit.*, s.31; Peiser, *op. cit.*, s.6;

tır. İdare hukuku bir “yargıç yapısı hukuk (*droit prétorien*)”tur<sup>73</sup>. Yani idare hukuku kuralları, idarî yargı organlarının uzun bir zaman boyunca somut olaylarda verdikleri kararlarla oluşmuştur<sup>74</sup>. Bununla birlikte, idare hukuku alanında birçok kanun vardır<sup>75</sup>. Bir alanda kanun varsa, haliyle hâkim, içtihadı değil, kanunu uygulayacaktır. İdare hukuku alanında bazı kanunların olmasına rağmen, bu hukuk dalının temel kavram, ilke ve teorilerini (örneğin idarî işlem, idarî sözleşme, düzenleyici işlem, idarî sorumluluk, kamu hizmeti, kolluk, kamu malı, vs.) belirleyen genel kanun metinleri yoktur. Bunlar mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuştur<sup>76</sup>. Bu konularda idare mahkemeleri, kanunlara dayanarak değil, içtihatlarla dayanarak karar verirler<sup>77</sup>.

İdare hukukunun içtihadî nitelikte olmasının avantajı, bu hukuk dalına esneklik sağlaması; dezavantajı ise, hukukî belirsizliğe açık olmasıdır<sup>78</sup>. Ayrıca, idare hukukunun içtihadî nitelikte olması yüzünden bu hukuk dalının kuralları, dağınık hâlde bulunur ve öğrenilmeleri çok zordur<sup>79</sup>. İdare hukukunun bir nevi “yarı-gizli hukuk (*droit demi-secret*)” olduğunu düşünenler vardır<sup>80</sup>. İdare hukuku kurallarını tanımak için mahkeme kararlarını bilmek gerekir. İdare hukukunun karmaşık, zor anlaşılır (*hermétique*), öğrenilmesi zor bir hukuk dalı olduğu iddia edilmiştir. İdare hukukunun “Bizantizm (*byzantisme*)” ve “ezoterizm (*ésotérisme*)”e saplanmış bir hukuk olduğu savunulmuştur. Keza aşırı yumuşaklığı, istikrarı, önceden tahmin edilebilirliği ortadan kaldırdığı, bunun da hukukî güvenliği sarstığı, idare hukukunda gereğinden fazla özel durumların bulunduğu, idarî mahkemelerinin kararlarının önceden tahmin edilemeyeceği, idarî yargının bir nevi “lotarya” olduğu ileri sürülmüştür<sup>81</sup>. Nihayet, içtihadî nitelikteki bir kural kaçınılmaz olarak “geç-

73. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.15; Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.13.

74. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.89.

75. Örneğin 10 Haziran 1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu, 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu gibi. Keza Almanya gibi bazı ülkelerde İdarî Usûl Kanunları da vardır.

76. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.15.

77. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesi, 5 Aralık 1991 tarih ve K.1991/2346 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, İstanbul Birinci İdare Mahkemesi idareyi Borçlar Kanununun hükümlerine göre tazminat ödemeye mahkûm etmiş, Danıştay bu kararı bozarken şöyle demiştir: “İdare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesi hukuken doğru” değildir (Danıştay Beşinci Dairesi, 5 Aralık 1991 Tarih ve E. 1991/3619, K.1991/2346 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*)).

78. Peiser, *op. cit.*, s.6; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15.

79. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.16.

80. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.93.

81. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.7; Prosper Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.23.



miş etkili (*effet rétroactive*)” bir kuraldır<sup>82</sup>. Zira hâkim daha önce vuku bulmuş bir olay dolayısıyla karar verir. Bu ise hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz. Kaldı ki zaman zaman “içtihat değişiklikleri (*revirements de jurisprudence*)”ne de şahit olunur<sup>83</sup>.

İçtihadî olmasından dolayı idare hukukunun genel prensipleri, normlar hiyerarşisinde kanunların altında, tüzükler dahil, idarenin düzenleyici işlemlerinin üstünde yer alır. Bu şu anlama gelir ki, idare hukukunun genel ilkeleri kanun koyucuyu bağlamaz. Yasama organı, istediği her zaman, idare hukukunun genel ilkelerine aykırı düzenleme yapabilir. Bu durumda, içtihat yoluyla geliştirilen genel ilkenin bir anayasal dayanağı yoksa bu genel ilke değil, kanun geçerli olur.

**4. İdare hukuku bağımsız (*autonome*) bir hukuk dalıdır<sup>84</sup>.** İdare hukuku özel hukuktan tamamıyla ayrı bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun bazı kavram ve ilkelerinin (örneğin tek taraflı işlemler, icraîlik, kamulaştırma, idarî yaptırımlar, hukuka uygunluk karinesi, kamu gücü ayrıcalıkları, vb.) özel hukukta benzeri yoktur. Diğer bazı kavram ve kuralların (örneğin idarî sözleşmeler, idarî sorumluluk, vb.) özel hukukta benzerleri vardır. Ancak bunların hukukî rejimi özel hukuktaki benzerlerinden tamamıyla farklıdır.

**5. İdare hukuku “statüsel (*statutaire*)” niteliktedir<sup>85</sup>.** Yani idare hukuku bir “statüler hukuku”dur<sup>86</sup>. Özel hukuk ilişkileri kural olarak akdî ve iradîdir. Bu alanda irade serbestisi geçerlidir. Taraflar karşılıklı anlaşarak istedikleri hukukî ilişkiyi kurabilir; kurdukları hukukî ilişkiye kural olarak istedikleri içeriği verebilirler. Oysa idare hukukunda, tarafların serbest iradeleleriyle kararlaştırılan hukukî ilişkiler yoktur. İdare hukukunda kanun ve nizamlarla (düzenleyici işlemlerle) önceden belirlenmiş “statüler”, yani “genel hukukî durumlar”<sup>87</sup> vardır. Vatandaşlık statüsü, öğrencilik statüsü, memurluk statüsü, emeklilik statüsü gibi<sup>88</sup>. Bu statülere girip çıkmak çoğunlukla ilgili kişinin isteğine bağlıdır. Ancak ilgili kişinin, içine girmek istediği statünün koşullarını belirleme, bu konuda pazarlık yapma gibi bir imkânı yoktur. Bu statü, akdî ve iradî değil; *kanunî ve nizamî*dir. İdare hukukunun bu “statüsel (*statutaire*)” özelliğine idare hukukunun “kürsallığı (nizamîliği)” özelliği de denmektedir<sup>89</sup>.

82. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.16.

83. *Ibid.*, c.I, s.16.

84. “İdare hukukunun özerkliği (*autonomie du droit administratif*)” konusunda bkz.: De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.33-54; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.78; Özyörük, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.139; Eroğlu, *op. cit.*, s.24..

85. Eroğlu, *op. cit.*, s.30; Özay, *op. cit.*, s.322.

86. Özay, *op. cit.*, s.323.

87. *Ibid.*, s.322.

88. *Ibid.*, s.323.

89. Balta, *op. cit.*, s.143; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.19.

**6. İdare hukuku işlemleri “tek-tarafli (unilatérale)”dır<sup>90</sup>.** Özel hukukta, bir hukukî işlemler ancak birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla kurulabilir. Özel hukukta, bir kişi, diğer kişinin rızası hilafına onunla bir hukukî işlem yapamaz. Oysa idare hukukunda bir idarî işlemin yapılabilmesi için, o işlemin ilgisi tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. İdare hukuku işlemleri, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla meydana gelir. Örneğin idare kamu yararının gerektirdiği durumlarda özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı bedelini ödemek şartıyla, kamulaştırma işlemiyle, sahibinin rızası olmadan, kendi mülkiyetine geçirebilir. İdarenin yaptığı bu kamulaştırma işlemi, sonuçlarını, ilgili kişi istese de istemese de doğurur. Buna idarî işlemin **“icraîlik (décision exécutoire)”** özelliği denir. Keza idare yaptığı işlemi, **“re'sen icra (exécution d'office)”** edebilir. Yani, idare kendiliğinden harekete geçip o işlemi uygulayabilir; o işlemin sonuçlarını hukuk âleminde maddî âleme geçirebilir. Oysa özel hukukta, kişiler, haklarını re'sen alamazlar; mahkemeye, icra dairelerine başvurmaları gerekir. Özetle, özel hukukta eşitlik ilkesi geçerliiyken, idare hukukunda “eşitsizlik (inégalité)” ilkesi geçerlidir<sup>91</sup>. İdare hukukunda idare üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmıştır. Bu yetki ve ayrıcalıklara **“kamu gücü ayrıcalıkları (prérogatives de puissance publique)”** denir<sup>92</sup>. Bu ayrıcalıkların altında yatan şey ise, **“kamu yararı (intérêt général)”** düşüncesidir<sup>93</sup>. Örneğin, bir yol yapımında yol üzerinde kalan bir tarlanın kamulaştırılması gerekir. Bunda kamu yararı vardır. Eğer idareye böyle bir üstün konum (icraîlik ve re'sen icra) tanınmamış olsaydı, idarenin o tarlaya el atabilmesi için mutlaka tarla sahibiyle anlaşması ve onu satın alması gerekirdi. Eğer tarla sahibi, tarlasını satmayı kabul etmez ise, idare bu üstün konuma (kamu gücüne) sahip olmasaydı, tarla sahibini zorlaması mümkün olmazdı. Bundan da kamu zararlı çıkardı.

**7. İdare hukukundan doğan uyuşmazlıklara idarî yargı yerlerinde bakılır<sup>94</sup>.** Özel hukuk uyuşmazlıklarına normal adliye mahkemeleri bakarken, idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, “görev esası izler” kuralı uyarınca, kanunla aksi öngörülmemiş ise, idarî yargı da karara bağlanır.

90. Balta, *op. cit.*, s.143; Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993, s.50.

91. Bénéoit, *op. cit.*, s.75.

92. De Forges, *op. cit.*, s.98; Bénéoit, *op. cit.*, s.76; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, s.469.

93. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.470.

94. Günday, *op. cit.*, s.28; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.18-19; Vlachos, *op. cit.*, s.51.

## V. İDARE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

**Bibliyografya.-** Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.27-167; Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, s.19-83; Gözübüyük ve Tan, *op.cit.*, c.I, s.27-137; Günday, *op.cit.*, s.32-33; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.121-170; Balta, *op. cit.*, s.155-192.

İdare hukukunun kaynakları da genel olarak hukukun kaynaklarına büyük benzerlik gösterir. Kanımızca “hukukun kaynakları” konusu esas itibarıyla “hukukun genel teorisi” veya bizdeki yaygın ismiyle “hukuka giriş” derslerinin ve kitaplarının bir konusudur. Bu konuda *hukuka giriş* kitaplarına bakılmalıdır<sup>95</sup>. Burada hatırlatma mahiyetinde şu bilgileri kısaca göreceğiz:



İdare hukukunun kaynakları “asıl kaynaklar” ve “yardımcı kaynaklar” olarak ikiye ayrılır.

### A. ASIL KAYNAKLAR

Asıl kaynaklar da “yazılı” ve “yazısız” olmak üzere ikiye ayrılır.

#### 1. Yazılı Kaynaklar

Yazılı kaynaklar Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, uluslararası andlaşma, tüzük ve yönetmeliklerdir. Kanun, kanun hükmünde kararname ve uluslararası andlaşma normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alırlar. Diğerlerinin arasında hiyerarşi vardır. Tüzük, yönetmelikten; kanun, kanun hükmünde kararname ve uluslararası andlaşma da tüzükten üstündür. Anayasa ise hepsinin üstünde yer alır. Bunlar bir “normlar hiyerarşisi” oluşturur. Bu hiyerarşide alt basamakta yer alan bir norm üst basamakta yer alan bir norma aykırı olamaz. İdare, normlar hiyerarşisinde yer alan bütün normlara, sadece yönetmeliklere değil, tüzük, kanun, kanun hükmünde kararname, uluslararası andlaşma ve Anayasaya da uymak zorundadır.

a) **Anayasa**, normlar hiyerarşisinde kanunlardan üst seviyede yer alan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilen hukuk kurallarıdır. Anayasa kuralla-

95. Örneğin Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.153-185.

rı içerik olarak daha çok devletin temel kuruluşuna ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve hürriyetlerine ilişkindir. Bununla birlikte, anayasalarda devletin temel kuruluşuna ilişkin olmayan sıradan hükümler de bulunmaktadır. Türkiye’de şu an yürürlükte olan Anayasa, 7 Kasım 1982 tarih ve 2709 sayılı Anayasadır. Bu Anayasada idare hukukuna ilişkin pek çok kural vardır. Özellikle, üçüncü kısmının ikinci bölümü IV nolu başlığı (m.123-137) doğrudan idare hukukuna ilişkindir.

**b) Kanun,** normlar hiyerarşisinde anayasanın altında, tüzüklerin üstünde yer alan, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından “kanun” adı altında konulmuş hukuk kurallarıdır. İdare hukukuna kaynaklık eden pek çok kanun vardır. Bunlardan bir kaçışunlardır: 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu, 6 Ocak 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 6 Ocak 1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 10 Haziran 1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 22 Şubat 2005 tarih ve 5302 İl Özel İdaresi Kanunu, 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu, 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu; 4 Ocak 2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5 Ocak 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 4 Temmuz 1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu sayılabilir.

**c) Kanun hükmünde kararname,** Bakanlar Kurulunun Türkiye Büyük Millet Meclisinden yetki kanunuyla aldığı bir yetkiye dayanarak yaptığı ve daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulan ve normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer alan bir düzenleyici işlemdir. Kanun hükmünde kararnameyi biz aşağıda ondördüncü bölümde ayrıca göreceğiz. İdare hukuku alanında pek çok kural, kanun hükmünde kararnameyle konulmuştur. Örneğın 13 Aralık 1983 tarih ve 174 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 8.3.1984 tarih ve 233 sayılı İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadî Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, vs.

**d) Uluslararası andlaşma,** devletler arasında bir hukukî ilişki doğurmak, mevcut bir ilişkiyi değiştirmek veya ortadan kaldırmak üzere, karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla yapılan bir hukukî işlemdir<sup>96</sup>. Türk hukukunda, usûlüne göre onaylanıp yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar iç hukuk bakımından da bağlayıcıdır ve kanun değerindedir (Anayasa, m.90). Dolayısıyla, uluslararası andlaşmayla getirilen kurallar da idare hu-

96. Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku*, Ankara, Başnur Matbaası, İkinci Baskı, 1965, s.70; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 1998, s.103.

kuku bakımından bağlayıcıdır. Bu alanda uluslararası andlaşmayla kabul edilen bir kural varsa, bu kural gerek idareyi, gerekse özel kişileri bir kanun gibi bağlar; bu kurallar idare mahkemeleri tarafından da bir kanun gibi uygulanırlar. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası andlaşmalar ile kanunlar çatıştığında andlaşma hükümleri esas alınır (m.90/son). İdare hukuku alanında da birçok uluslararası andlaşma vardır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi idarenin de uymak zorunda olduğu ve keza idare mahkemelerinin de uygulamak durumunda bulunduğu bir uluslararası andlaşmadır.

**e) Tüzükler**, bir kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Tüzükleri aşağıda idarenin düzenleyici işlemlerini inceleyeceğimiz onördüncü bölümde ayrıca göreceğiz. Bu konuda oraya bakılmalıdır.

**f) Yönetmelikler**, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkardıkları yazılı hukuk kurallarıdır. İdare hukuku alanında sayısız yönetmelik vardır. Çünkü yönetmelik çıkarmaya bütün kamu tüzel kişileri yetkilidir. Dolayısıyla her kamu tüzel kişisi birçok yönetmelik çıkarmış olabilir. Yönetmelikleri de aşağıda idarenin düzenleyici işlemlerini inceleyeceğimiz onördüncü bölümde ayrıca göreceğiz. Bu konuda oraya bakılmalıdır.

## 2. Yazısız Kaynak: Örf ve Adet Hukuku

Hukukta *yazısız kaynak* olarak örf ve adet hukukundan bahsedilir. İdare hukuku alanında *örf ve adet hukuku*, aksini düşünenler varsa da<sup>97</sup>, kanımızca, kaynak olarak geçerli değildir. Örf ve adet, uzun zamandan beri sürekli olarak tekrarlanan ve kendisine uyulması zorunlu sayılan davranış kurallarıdır. Ancak Türk hukuk sisteminde örf ve adet kurallarının hukuk alanında geçerli olabilmesi için, devlet tarafından desteklenmesi, yani hukuk düzeni tarafından tanınması ve kanunlarla kendisine atıfta bulunulması gerekir. Özel hukuk alanında örf ve adet geçerlidir. Çünkü Medenî Kanununun 1'inci maddesiyle böyle bir tanıma yapılmıştır. Bu maddeye göre, "kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre... karar verir". İşte bu nedenle, özel hukuk alanında örf ve adet, hukukun kaynağıdır. Ancak idare hukukunda, Medenî Kanununun 1'inci maddesi benzeri bir hüküm yoktur; yani kamu hukuku alanında bir kanun, o alanda kanunda hüküm yoksa örf ve adet hukukunun uygulanmasını öngörmemektedir. Bu nedenle, idare hukuku alanında örf ve adet hukuku, hukukun kaynağı olamaz.

97. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.131-134; Günday, *op.cit.*, s.32; Balta, *op. cit.*, s.183-184.

Şüphesiz, idare hukuku alanında da istisnaen örf ve adet hukukuna gönderme yapan bir kanun varsa, o alanda örf ve adet hukuku da uygulanabilir. Bu konuda bizim görebildiğimiz tek örnek vardır. 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanununun 89'uncu maddesidir. Bu maddeye göre,

“İşbu Köy Kanunu kadın ve erkek nüfusu yüz elliden yukarı olan köyler içindir. Nüfusu yüz elliden aşağı olan köyler bu Kanuna göre köy ahalisinden seçim hakkı olanların yarısından çoğunun istemesiyle etrafındaki bir saat ve ondan aşağı olan köylerden birine bağlanırlar veyahut vali veya kaymakam bu Kanunun hangi maddeleri yapılacağını ayrıca emreder. *Bu kabil köyler, hiçbir köye bağlanmaz ve vali veya kaymakam da hiçbir emir vermezse, eski göreneklerine göre işlerini yaparlar*”.

Görüldüğü gibi yukarıdaki madde, belirli şartlar altında nüfusu 150'den küçük yerleşim birimlerin idaresi konusunda örf ve âdet hukukuna atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür yerlerin idaresinde örf ve âdet hukuku, idare hukukuna kaynak teşkil edebilir.

Ayrıca belirtelim ki, kanunlar, örf ve âdet hukukuna değil, ama kendi hükümlerinin uygulanmasında bazen örf ve âdetlere gönderme yapabilmektedirler. *Örnekler:* (1) 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanununun 7'nci maddesinin B bendinde “Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasî icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan yabancılara ikamet tezkeresi verilmeyeceği” hükme bağlanmıştır. (2) 4 Ocak 1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 228'inci maddesi “örf ve teamüle göre bir vesikaya istinat ettirilmesi mutat olmayan müteferrik giderler” için “ispat edici kağıt” aranmayacağını öngörmektedir. (3) 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 4'üncü maddesinin c bendine göre “örf ve adete göre verilmesi mutat bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomaların vergiden müstesna olduğu” belirtilmektedir.

İdarî yargı organları da örf ve âdete gönderme yapan kanun hükümlerinin uygulanmasında söz konusu örf ve âdetin anlam ve kapsamı konusunda karar vermek zorunda kalabilirler. Örneğin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 21 Kasım 1989 tarih ve K.1989/3190 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir baba, iş kurması amacıyla oğluna karşılıksız olarak bir miktar sermaye vermiş, bundan dolayı vergi dairesi vergi kaçakçılığı cezası keşmiş, bu cezaya karşı açılan davanın temyiz incelemesinde Danıştayda söz konusu paranın niteliği tartışılmıştır ve neticede vergi zıyana yol açıldığına karar verilmiştir. Bu karara bir üye ise örf ve âdetlere dayanarak karşı oy kullanmıştır. Üyenin karşı oy yazısında şöyle denmektedir:

“7338 sayılı Kanunun... 4 üncü maddenin c bendinde ‘örf ve adete göre verilmesi mutat bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomaların vergiden müstesna olduğu’ açıklanmıştır. Kız ailesinin damada iş kurma amacıyla ver-

diği parayı ifade eden ‘drahoma’ın açık olarak vergiden müstesna olduğunu kabul eden yasaya göre Türk örf ve adetlerine göre oğluna geçimini temin edecek iş kurmakla yükümlü olan babanın iş kurma sırasında oğluna verdiği paranın veya işin kurulmasıyla ilgili olarak yapılan sarfiyatın yasada yazılı ‘hediye’ kabul suretiyle vergiden istisna edilmesi zorunludur. Aksi görüş; örf ve adet gereği bazı kişiler tarafından ‘drahoma’ adı altında verilen paranın vergiye tabi olmaması; Türk örf ve adetlerine göre iş kurma amacıyla oğula verilen ve niteliği itibariyle drahomadan farkı olmayan paranın ise, vergiye tabi tutulması sonucunu doğurur ki böyle bir durum yasa hükümlerine, yasanın amacına, hukukun temel prensiplerine ve eşitlik ilkesine aykırı olur. Türk örf ve adetlerine göre iş kurma amacıyla babanın oğluna verdiği paranın veya sağladığı menfaatlerin ‘hediye’ kabul edilmesi suretiyle vergiden müstesna tutulması gerektiğinden olay nedeniyle salınan verginin terkinin gerekir. Bu nedenle verilen temyiz red kararına karşıyım”<sup>98</sup>.

Keza idarî yargı organlarının bazen, tam yargı davalarında ortaya çıkan zararın değerlendirilmesinde ve keza kusurun varlığı, davacının hakkının niteliği vb. konularda örf ve âdete gönderme yaptıkları görülmektedir. Örneğin Danıştay Onikinci Dairesi, 28 Şubat 1967 tarih ve E.1966/382, K.1967/313 sayılı kararında “kadimden beri kullanılan ve örf ve âdete göre himaye gören değirmen suyunun, idarece santral tesisi sebebiyle kesilmesinden mütevellit zararın tazmini” gerektiğine karar vermiştir<sup>99</sup>.

**“İdarî Teamül ve Tatbikat”**.- İdarî uygulamalarda, kanunî bir zorunluluk olmamasına rağmen, belli konularda eskiden beri kendisine çoğunlukla uyulan birtakım tutum ve davranışlar da vardır. Bunlara kısaca “idarî teamül ve tatbikat” denir. İdarenin gerçekten işleyişini anlamak için bu tür teamül ve tatbikatı da bilmek gerekir. Ancak, acaba, “idarî teamül ve tatbikat” idare hukukunun bir kaynağı mıdır? Yani bir idarî işlem, idarî teamül ve tatbikata uygun olmak zorunda mıdır?

Türk doktrininde bu soruya olumlu yanıt veren yazarlar vardır. Örneğin Lûtfî Duran’a göre, “idare hukukundaki ‘idarî teamül ve tatbikat’, “özel hukukta ‘örf ve adet’ denilen yazılı olmayan kaynağa karşılık” gelir<sup>100</sup>. Duran’a göre, idarî teamül ve tatbikattan “idarenin yersiz ve gereksiz olarak ayrılması doğru ve geçerli görülmemektedir. Bu noktayı değerlendirmeye ve saptamaya, sonuç itibariyle, idare mahkemeleri yetkilidir”<sup>101</sup>. Duran’ın bu

98. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 21 Kasım 1989 Tarih ve E. E. 1989/3583, K.1989/3190 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

99. Danıştay Onikinci Dairesi, 28 Şubat 1967 Tarih ve E.1966/382, K.1967/313 Sayılı Karar, *Danıştay Onikinci Daire Kararları*, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976, Birinci Kitap, cilt II, s.251.

100. Duran, *op.cit.*, s.28.

101. *Ibid.*, s.29.

düşünceleri Metin Günday<sup>102</sup>, Halil Kalabalık<sup>103</sup> ve Ender Ethem Atay<sup>104</sup> tarafından paylaşılmaktadır.

Kanımızca “idarî teamül ve tatbikat”ın özel hukuktaki örf ve adete karşılık geldiği yolundaki yukarıdaki görüş yanlıştır. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi özel hukukta örf ve adet, bizatihi değil, kanunun kendisine gönderme yaptığı için geçerlidir; oysa kamu hukukunda örf ve adete gönderme yapan kanunlar yoktur. Bilebildiğimiz kadarıyla kanunlarımızda “idarî teamül ve tatbikat”a yapılmış bir gönderme bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarî teamül ve tatbikat hukuk kuralı olarak geçerli değildir ve dolayısıyla idare hukukunun kaynağı da olamaz. Zira idarenin yaptığı bir işlemi idare mahkemeleri, bu işlem hukuka aykırı olmadıkça, sırf idarenin eski uygulamalarına aykırı olduğu için iptal edemez<sup>105</sup>.

Nitekim Danıştay idarenin eski uygulamasından vazgeçebileceğine karar vermiş ve şöyle demiştir: “Geçmiş yıllara ilişkin karamelerde anılan görev ünvanları için ayrı miktar ve oranlarda zam ve özel hizmet tazminatı belirlenmiş olmasının, uygulamanın bu şekilde sürdürülmesini zorunlu kılmayacağı açıktır. İdareler, hizmet gereklerine ve değişen koşullara göre, yeni düzenlemeler yapabilirler”<sup>106</sup>.

Özellikle kanun ve düzenleyici işlemlere aykırı olan “idarî teamül ve tatbikat”a geçerlilik tanınmaz. Nitekim Danıştay Birinci Dairesinin 6 Mart 1985 tarih ve E.1985/38, K.1985/51 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir ilde, il genel meclisinin ihtisas komisyonları il genel meclisi tarafından seçimle belirlenmiştir. Keza Danıştay kararından, bu komisyonların üyelerinin seçimle belirlenmesi yolunda bir idarî teamül bulunduğu anlaşılmaktadır. Danıştay Birinci Dairesi, Vilayet Meclisi Umumiyesi Nizamnamei Dahilisinin 17’nci maddesinin bu tür komisyonların üyelerinin, seçimle değil, kurayla belirlenmesini öngördüğünü tespit ettikten sonra şöyle demiştir:

“Hal böyle iken İçişleri Bakanlığının konu ile doğrudan ilgili olmayan mütalaası ve *teamüle dayanarak* komisyon üyelerinin kura yerine seçimle yapılması Nizamnameye açıkça aykırı düşmektedir.

Geçmişte ve halen birçok ilde uygulamanın seçimle yapılmış ve yapılmakta olması hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir kaynak ve dayanak olamaz.

102. Günday, *op. cit.*, 2004, s.32.,

103. Kalabalık, *op.cit.*, s.24.

104. Atay, *op. cit.*, s.67.

105. Aksi görüş için bkz. Duran, *op. cit.*, s.28-29; Günday, *op. cit.*, s.33; Kalabalık, *op.cit.*, s.24;

106. Danıştay Sekizinci Dairesi, 7 Kasım 1995 tarih ve E.1995/2464, K.1995/3442 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 91 s.833 (Aktaran: Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, 2006, c.I, s.150).



Bilindiği gibi, *bir hukuk kaynağı olan teamül, örf ve adet, ancak yazılı metinlerin bulunmaması halinde başvurulabilecek bir dayanaktır.*

Yürürlükte olan bir Nizamname hükmünün teamülle veya il genel meclisi kararıyla yürürlükten kaldırılmayacağı veya değiştirilemeyeceğinden, ... il genel meclisininin 19 Ekim 1984 tarihli kararının iptali gerektiği kanatındayız”<sup>107</sup>.

## B. YARDIMCI KAYNAKLAR

İdare hukukunun yardımcı kaynakları ise yargısal içtihatlar ve doktrin olmak üzere ikiye ayrılır.

**a) Yargısal içtihatlar**<sup>108</sup> idare hukukunda çok önemli bir kaynak vazifesi görürler. İctihat, esas itibarıyla, karar verirken örnek alınan mahkeme kararıdır. Hakimler, karar verirken çoğunlukla, zorunlu olmamakla birlikte, önlerindeki davada, yepyeni bir karar vermek, yepyeni bir çözüm bulmak yerine, aynı konuda kendi verdiği eski kararları veya başka mahkemelerin kararlarını örnek alırlar. İdare mahkemeleri özellikle, Danıştay kararlarını örnek alırlar. Yani Danıştay kararları içtihat oluşturur. Aslında Danıştay kararları, içtihadı birleştirme kararları dışında bağlayıcı değildir. Bunlara idare mahkemeleri uymak zorunda değildir. Ancak, idare mahkemesi hakimleri, verdikleri kararın Danıştay tarafından bozulmasını istemediklerinden genellikle Danıştayın diğer kararlarını (daire ve genel kurul kararlarını) da örnek alırlar. Burada tekrar hatırlatalım ki, yargısal içtihatlar, *yardımcı* kaynaklardır. Bu şu anlama gelir ki, hâkim, isterse, bu içtihatlardan yararlanabilir. Bunlar bağlayıcı değildir. Hâkim istiyorsa, başka türlü karar verebilir. Bunun istisnası içtihatları birleştirme kararlarıdır. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 40’ncü maddesinin son fıkrasına göre, “bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır”. Dolayısıyla Danıştayın verdiği içtihatları birleştirme kararları bağlayıcıdır.

*İdare Hukukunda İctihat Hukukun Asıl Kaynağı Olabilir.*- Burada şunu da belirtelim, hakimin önünde yazılı kaynak olmaması durumunda, yargısal içtihatlar, idare hukukunda yardımcı değil, asıl kaynak durumuna yükselir. Zira yukarıda da gördüğümüz gibi, idare hukuku, büyük ölçüde içtihadî nitelikte bir hukuk dalıdır; idare hukukunun temel kavram ve ilkeleri, yargı içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Bir alanda kural, kanun ile belirlenmemiş ise, bu kural idarî yargı organlarının kararlarıyla belirlenir. Bu şekilde belirlenen kural, bu konuda idare hukukunda yazılı kaynak olmadığına göre, bir “asıl kaynak”tır.

107. Danıştay Birinci Dairesinin 6 Mart 1985 tarih ve E.1985/38, K.1985/51 Sayılı Karar (*Kazanıcı İctihat Bilgi Bankası*).

108. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.135; Günday, *op.cit.*, s.32.

*İdare Hukukunda İçtihat, Normlar Hiyerarşisinde Kanun Altı Değerdedir.*- İdare hukukunun bir kaynağı olarak içtihat, daha doğru bir ifadeyle “içtihadî kural”, normlar hiyerarşisinde, kanun altı<sup>109</sup> düzeyde yer alır. Dolayısıyla kanun koyucu istediği her zaman bu kuralın aksine düzenleme yapabilir.

**b) Doktrin (öğreti)<sup>110</sup>** idare hukukunun yardımcı kaynaklarının ikincisidir. İdare hukuku doktrini, idare hukuku alanında çalışan bilim adamlarının görüş ve düşünceleridir. Doktrinin bir bağlayıcılığı yoktur. İdarî yargı hakimleri doktrine uymak zorunda değildir. Ancak istiyorlarsa, karışık bir problemi kendileri çözmek yerine, bu konuda bilim adamlarının önerdikleri çözümden yararlanabilirler.

## VI. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI

**Bibliyografya.**- De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.40-54; Peiser, *op. cit.*, s.8-10; Auby ve Ducos-Ader, *op. cit.*, s.179; Bénéoit, *op. cit.*, s.67-70, 80-84; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.3-6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.109-115; Rivero, *op. cit.*, s.30-35; Bénéoit, *op. cit.*, s.67-69, 80-84; Onar, *op. cit.*, c.I, s.94-100, 120-122; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.22-27; Günday, *op. cit.*, s.29-31; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.31-38; Özay, *op. cit.*, s.318-321; Duran, *op. cit.*, s.21-28.

İdarenin bazı faaliyetleri idare hukukuna değil, özel hukuka tâbidir. Bu tür faaliyetlerde idare, aynen bir özel hukuk kişisiymiş gibi hareket etmektedir. Örneğin idare, ihtiyacı olduğu bir binayı bir özel kişiden, kira sözleşmesi yaparak kiralayabilir. Burada yapılan kira sözleşmesi, idare hukukuna değil, borçlar hukukuna tâbi olur. Bu sözleşmeden dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıklara da idarî yargıda değil, adli yargıda bakılır.

Demek ki idarenin yaptığı her faaliyet idare hukukuna tâbi değildir. Bu nedenle idarenin hangi faaliyetinin idare hukukuna, hangisinin ise özel hukuka tâbi olduğunu, yani idare hukukunun uygulama alanını saptamamız gerekir. “İdare hukukunun uygulama alanı (*domaine d'application du droit administratif*)”nın<sup>111</sup> tespiti için iki ölçüt kullanılmaktadır: Kamu gücü ölçütü ve kamu hizmeti ölçütü.

109. Metin Günday “İdare Hukukunda yargı içtihatları çoğu kez Anayasadan hemen sonra gelir” diye yazmaktadır (*op. cit.*, 2004, s.32). Bu ifade ortada bir kanun yoksa doğru olabilir. Yok eğer bu ifadeyle, içtihadın kanun üstü değerde veya kanunla aynı değerde olduğu anlatılmak isteniyorsa, bu ifade kanımızca yanlıştır. İdare hukukunda içtihadın kanun üstü veya kanunla aynı düzeyde olması mümkün değildir. Zira kanunun kaynağında yasama organı, içtihadın kaynağında hakim bulunur. Demokratik bir sistemde hakim in yasama organından üstün olması diye bir şey söz konusu olamaz. Fransız idare hukukunda içtihadın her zaman kanun altı değere sahip olduğu kabul edilmiştir.

110. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.116; Günday, *op. cit.*, s.32.

111. Bénéoit, *op. cit.*, s.67.

Öncelikle şunu belirtelim: Kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütleri Fransa’da, başlangıçta, idarî yargının görev alanını belirlemek için geliştirilmiştir. Fransa’da idarî yargı ile adlî yargı arasında görev paylaşımı, 1830’dan 1873’ye kadar, münhasıran “kamu gücü kriteri (*critère de la puissance publique*)” belirlenmiş iken; 1873’ten sonra da “kamu hizmeti kriteri (*critère du service public*)” ile belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre 1873’e kadar, idarenin bütün eylem ve işlemlerinden değil, sadece kamu gücüne dayanan eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargının görev alanına girdiği kabul edilmiştir. 1873’ten sonra ise, kamu gücü kullanılsın ya da kullanılmasın bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar verilmeye başlanmıştır<sup>112</sup>.

## A. KAMU GÜCÜ ÖLÇÜTÜ

**Bibliyografya.-** Rivero, *op. cit.*, s.32-33; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.40-42; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, s.21-22; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.3-4; Bénoit, *op. cit.*, s.82-84; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.35-36; Duran, *op. cit.*, s.22-23; Onar, *op. cit.*, c.I, s.120-122.

İdare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde “kamu gücü ölçütü (*critère de puissance publique*)”, Fransa’da Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı Maurice Hauriou (Moris Oryu okunur) (1856-1929) tarafından savunulmuştur<sup>113</sup>. Bu nedenle, bu ölçüte dayalı idare hukuku anlayışına “kamu gücü okulu (*école de la puissance publique*)” veya kısaca “Toulouse<sup>114</sup> okulu (*école de Toulouse*)” denir<sup>115</sup>.

Bu ölçüte göre, *idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlem ve eylemler idare hukukuna tâbidir*. Bu işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara da *idarî yargıda* bakılır. Buna karşılık idarenin kamu gücü kullanmadan yaptığı işlem ve eylemler ise özel hukuka tâbidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara ise adlî yargıda bakılır.

Kamu gücü ölçütü kullanılarak idarenin tasarrufları, yani işlemleri, “hakimiyet tasarrufları” ve “temşiyet tasarrufları”<sup>116</sup> şeklinde ikiye ayrılmaktadır:

112. Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.311-317; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.408-409; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.543; Rivero, *op. cit.*, s.152-153; Peiser, *op. cit.*, s.44; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.109-110; De Forges, *op. cit.*, s.354;

113. Bkz. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, İkinci Baskı, 1929, s.103-119; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, Onbirinci Baskı, 1927, s.VII-XV. Daha sonra Laferrière ve Barthélemy tarafından da savunulmuştur.

114. “Tuluz” okunur.

115. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.3.

116. Bu ayrım Türk hukukuna “hakimiyet tasarrufları” ve “temşiyet tasarrufları” şeklinde girmiştir. Bkz.: Onar, *op. cit.*, c.I, s.95, 120. Biz de bu terimleri kullanmaya devam edeceğiz.

## 1. Hakimiyet Tasarrufları (Kamu Gücü İşlemleri)

“Hakimiyet tasarrufları” veya daha doğru bir çeviriyle “otorite işlemleri (*actes d’authorité*)” veya daha anlaşılır bir ifadeyle “kamu gücü işlemleri (*actes de puissance public*)”<sup>117</sup>, idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemlerdir<sup>118</sup>. İdare, bu işlemlerle, emreder, yasak koyar, tek taraflı düzenlemeler yapar; kısacası “emretme iradesi (*volonté de commandement*)”ni açıklar<sup>119</sup>. İdare, otorite işlemlerinde, eşitlik ilkesine tâbi değildir; idare edilenler karşısında üstün ve ayrıcalıklı konumdadır<sup>120</sup>. İdarenin tek yanlı olarak yaptığı irade açıklaması, ilgilisi üzerinde hukukî sonuç doğurmaktadır. İşte idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemler, idare hukukuna tâbidir ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da idarî yargıda karara bağlanır<sup>121</sup>.

Örneğin idare, yol yapımı sırasında yolun üzerinde kalan tarlayı bedelini ödemek şartıyla kamulaştırır. Kamulaştırma işleminde, idare kamu gücü kullanılır. Çünkü bu kamulaştırma işlemi tek yanlı bir işlemdir. Bu işlemin oluşabilmesi için tarla sahibinin rızasına ihtiyaç yoktur. Kamulaştırma işlemi idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla gerçekleşir. Bu nedenle, idare özel kişinin karşısında üstün konumdadır. Bu idarenin burada kamu gücünü kullandığı anlamına gelir. O hâlde, idare kamulaştırma işleminde kamu gücü kullanıyorsa, kamulaştırma işlemi özel hukuka değil, idare hukukuna tâbidir ve bu işlemten kaynaklanan uyuşmazlıklara idarî yargıda bakılmalıdır.

## 2. Temşiyet Tasarrufları (İşletme İşlemleri)

“Temşiyet tasarrufları” veya daha anlaşılır bir ifadeyle “işletme işlemleri (*actes de gestion*)”<sup>122</sup>, idarenin bir “malik” veya kamu hizmetini işleten bir “işletmeci” sıfatıyla yaptığı işlemlerdir. İdarenin “temşiyet tasarrufları (işletme işlemleri)” özel kişilerin işlemleriyle tamamıyla karşılaştırılabilir. İda-

117. Fransızların “*actes d’authorité*” dedikleri şey aslında “otorite işlemleri” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir. Ama “*actes d’authorité*” terimi eskiden “hakimiyet tasarrufları” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir (Onar, *op. cit.*, c.I, s.95, 120). Günümüz yazarları da her nedense bu eski terimi kullanmaya devam ediyorlar. Örneğin bkz. Günday, *op. cit.*, s.30; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.23; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.32.

118. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.41.

119. *Ibid.*

120. Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, c.I, s.5 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.313).

121. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.41; Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.313.

122. Fransızların “*actes de gestion*” dedikleri şey aslında “işletme işlemleri” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir. Ama “*actes de gestion*” terimi eskiden “temşiyet tasarrufları” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir. Günümüz yazarları da her nedense bu eski terimi kullanmaya devam ediyorlar. Örneğin bkz. Günday, *op. cit.*, s.30; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.23; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.32.

re, bu tür işlemlerinde, tamamıyla bir özel kişi gibi hareket eder; kamu gücüne sahip olmasından kaynaklanan yetkilere başvurmaz; özel kişilerle eşit durumdadır<sup>123</sup>. İdarenin “temşiyet tasarrufları (işletme işlemleri)”, idare hukukuna değil, özel hukuka tâbidir. Bu tür işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, idarî yargı da değil, adlî yargı da çözümlenir<sup>124</sup>.

Örneğin ülkemizde bazı şehirlerde mahkemeler devlete ait bir binada değil, idarenin özel kişilerden kiraladığı binalarda çalışmaktadır. İdare, bina ihtiyacını kendisi bina yaptırmak yerine, özel kişiye ait bir binayı o kişiden kiralarak karşılayabilir. Burada, idare, tamamıyla bir işletmeci olarak hareket eder ve özel kişiyle, tamamıyla bir özel kişymiş gibi kira sözleşmesi akdeder. İdare burada üstünlük yetkilerini kullanmaz. Örneğin idare, burada özel kişiyi, sahip olduğu binayı kendisine kiralamaya zorlayamaz. Özel kişiyle pazarlık yapmak, onun rızasını temin etmek zorundadır. İşte böyle bir kira sözleşmesi, idare hukukuna değil, borçlar hukukuna tâbidir ve bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıklara da idarî yargıda değil, adlî yargıda bakılır. Bu örnekte de görüldüğü gibi, idarenin taraf olduğu her işlem, idare hukukuna tâbi değildir.

## B. KAMU HİZMETİ ÖLÇÜTÜ

**Bibliyografya.**- Rivero, *op. cit.*, s.31-32, 153-155; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.42-46; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.2-3, 830, 410-412; Bénoit, *op. cit.*, s.81-82; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111-115; Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.317-326; De Forges, *op. cit.*, s.355-356; Duran, *op. cit.*, s.23-24.

“Kamu hizmeti ölçütü (*critère du service public*)” idarî yargının görev alanını belirlemek için, Fransa'da önce, yargı içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Bu ölçüt, ilk defa Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco* kararında ortaya atılmış<sup>125</sup> ve daha sonra Fransız Danıştayının (*Conseil d'Etat*) 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier*, Uyuşmazlık Mahkemesinin 28 Şubat 1908 tarihli *Feutry* ve Fransız Danıştay 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararlarında da kullanılmıştır<sup>126</sup>.

**Blanco Kararı.**- Fransa'da idare hukukunun uygulama alanını ve keza idarî yargı ile adlî yargı arasındaki görev dağılımını belirlemede kullanılan kamu gücü kriteri (kamu gücü işlemleri-işletme işlemleri ayrımı), Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco* kararıyla terkedil-

123. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.41; Laferrière, *op. cit.*, c.I, s.484 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.313).

124. *Ibid.*

125. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.110-111; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.43.

126. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111; Long et al., *op. cit.*, s.130-133.

miştir<sup>127</sup>. Bunun yerine “kamu hizmeti kriteri (*critère du service public*)” benimsenmiştir. *Blanco* kararında kabul edilen kamu hizmeti kriterine göre, mahallî veya millî, idarî veya ticarî nitelikte olsun, kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin bütün hususlar, idare hukukunun uygulama alanına girer ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargının görev alanına girer<sup>128</sup>.

*Blanco* kararına konu olan olaya aslında kamu gücü kriteri uygulansaydı, bu davanın idarî yargıda değil, adlî yargıda görülmesi gerekirdi. Şöyle ki, bu davaya konu teşkil eden olayda, Bordeaux tütün işletmesine (*Manufacture des tabacs de Bordeaux*) ait bir vagonet, tütün işletmesinin iki binası arasında tütün işletmesinin Henri Bertrand, Pierre Monet ve Jean Vignerie isimli işçilerinin idaresi altında gidip gelirken Agnès Blanco isimli beş buçuk yaşında bir kız çocuğuna çarparak onun yaralanmasına sebep olmuştur. Çocuğun babası, Fransız Medenî Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine (m.1832-1834) dayanarak adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açmıştır. Bordeaux şehrinin içinde bulunduğu Gironde ili Valisi Adolphe Jean, tazminat istemiyle devlete karşı adlî yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek bu davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı almış ve bunun üzerine Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, bu davanın adlî yargıda değil, idarî yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Oysa *Blanco* davasında kamu gücü kriteri uygulanarak, bu davanın adlî yargıda görülmesi gerektiğine karar verilebilirdi. Çünkü söz konusu dava, devletin bir özel işletmeci gibi işlettiği bir tütün işletmesinden kaynaklanmıştır. Bu tütün işletmesi özel sektördeki ticarî işletmeler gibi işletilmektedir. Zararı veren olay herhangi bir kamu gücüne dayanmaz. Zarar, idarî bir idarî makamın, kamu gücü dayanarak yaptığı bir işlemde değil, vagoneti idare eden işçilerin tedbirsizliğinden kaynaklanmıştır. Bu davada hükümet komiseri David, konusu ne olursa olsun kamu hizmetleri nedeniyle idareye karşı açılacak davalarda adliye mahkemelerinin yetkisiz olduğunu görüşünü ileri sürmüştü<sup>129</sup>, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi de bu görüşe hak vermiştir.

İdare hukukunun uygulama alanının ve keza idarî yargının görev alanının belirlenmesinde “kamu hizmeti kriteri”, Fransız Danıştay tarafından 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier* ve 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararları ile Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 29 Şubat 1908 tarihli *Feutry* kararlarında oldukça kesin bir şekilde ifade edilmiştir.

127. Tribunal des conflits, 8 Şubat 1873, *Blanco*, 1er suppl. s.61 (Bu ünlü kararın metni ve incelemesi Long et al., *op. cit.*, s.1-7’de bulunmaktadır). Ayrıca bkz.: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>

128. Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.543-544; Rivero, *op. cit.*, s.153.

129. Long et al., *op. cit.*, s.2.

*Terrier Kararı.*- Fransız Danıştayının 6 Şubat 1903 tarihli “yılan avcısı (*chasseur de vipères*)” diye bilinen *Terrier* kararında Saône-et-Loire İl Genel Meclisi, ildeki yılanlarla mücadele etmek için getirilen her yılan başına 0,25 Frank ödül vermeyi vaat etmiştir. Yılan avı oldukça verimli geçmiş ve kısa bir sürede İl Genel Meclisinin ödül için ayırdığı para tükenmiştir ve Bay Terrier’in getirdiği yılan başları için ödül verilememiştir. Bunun üzerine Bay Terrier, Danıştay’da tazminat davası açmıştır<sup>130</sup>. Fransız Danıştay bu davanın bir kamu hizmetiyle ilgili olduğunu gözlemlemiş ve dolayısıyla bu davanın idarî yargıda açılabileceğine karar vermiştir. Bu davada hükümet komiseri Romieu’nün ileri sürdüğü ve Danıştay tarafından benimsenen şu görüş kamu hizmeti kriterini en güzel bir şekilde özetlemektedir:

“İster genel, ister mahallî nitelikte olsun, idare, ister sözleşme, isterse otorite işlemleri yoluyla hareket etsin, kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine ilişkin olan her şey, niteliği gereği idarî yargının görev alanına giren bir idarî faaliyet oluşturur... Bir kamu hizmetinin yürütülmesinden, yürütülmemesinden veya kötü yürütülmesinden kaynaklanan kamu tüzel kişileri ile üçüncü kişiler veya kamu tüzel kişilerinin kendi arasındaki bütün davalar idarî yargının görevi dahilindedir”<sup>131</sup>.

*Feutry Kararı.*- Aynı görüşler, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 29 Şubat 1908 tarihli *Feutry* kararında da benimsenmiştir<sup>132</sup>. Bu karara konu teşkil eden olayda, Oise İl Özel İdaresine bağlı Clermont Akıl Hastanesinden Baudry isimli deli kaçmış, 5 Eylül 1906 günü Bay Feutry’nin ot ve saman yığınlarını yakmıştır<sup>133</sup>. Bay Feutry, İl Özel İdaresine karşı Clermont Asliye Hukuk Mahkemesinde uğradığı zararın tazmini için dava açmıştır. Vali bu davanın idarî yargının görevine girdiği iddiasıyla görev uyuşmazlığı çıkarmış ve sorun Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmiştir. Kamu gücü kriteri (hakimiyet tasarrufları-temşiyet tasarrufları ayrımı) kullanılarak bu davanın adlî yargının görev alanına girdiği kabul edilebilirdi. Zira delile-

130. Conseil d’État, 6 Şubat 1903, *Terrier*, RDCE, 1903, s.94 (Long et al., *op. cit.*, s.72-75; Vedel ve Delvolvé,*op. cit.*, c.I, s.112).

131. Conseil d’État, 6 Şubat 1903, *Terrier*, S., 1903, III, s.25 (Conclusions de Jean Romieu): “Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l’administration agisse par voie de contrat, soit qu’elle procède par voie d’autorité, constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative... Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l’exécution, l’inexécution ou la mauvaise exécution d’un service public sont de compétence administrative” (Nakleden: Long et al., *op. cit.*, s.74; Peiser, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, s.45; Rivero, *op. cit.*, s.153).

132. Tribunal des conflits, 29 Şubat 1908, *Feutry*, S., 1908.3.97 (Bu kararın metni ve incelemesi Long et al., *op. cit.*, 8’inci baskı, 1990’da bulunmaktadır. 13’üncü baskıda bu karar yoktur). Bu kararda hükümet komiseri Georges Teissier, Blanco kararını kamu hizmeti kriterini kuran karar olarak yorumlamıştır (Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111).

133. Long et al., *op. cit.*, 8’inci baskı, 1990, s.116.

rin akıl hastanesinde bakılıp gözetilmesi, idarenin hakimiyet yetkileriyle ilgili değildir. Keza burada zarar, akıl hastanesi tarafından doğrudan doğruya değil, akıl hastanesinden kaçan bir deli tarafından verilmiştir. Buna rağmen Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, bu davanın bir kamu hizmetinin işleyişine ilişkin olduğunu belirtmiş ve kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir<sup>134</sup>.

*Thérond Kararı*.- Fransız Danıştay, 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararında<sup>135</sup> da, idarî yargının görev alanını tespit ederken kamu hizmeti kriterini uygulamıştır. Bu karara konu teşkil eden olayda, Montpellier Belediyesi, bir kamu hizmetinin yürütülmesi (başıboş köpeklerin yakalanması) konusunda Bay Thérond ile bir sözleşme yapmıştır. Sözleşmede öngörülen paranın tamamını alamayan Bay Thérond dava açmıştır. Fransız Danıştay davanın, idarî yargının görev alanına girdiğine; çünkü bir kamu hizmetinin ifasından kaynaklandığına karar vermiş ve bu davaya bakmıştır<sup>136</sup>. Oysa bu dava Thérond ile Montpellier Belediyesi arasında Fransız Medenî Kanununun 1710, 1779 ve 1780'inci maddelerine göre akdedilmiş bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanıyordu. Dolayısıyla kamu gücü kriteri uygulansaydı, bu dava idarî yargının değil, adlî yargının görev alanına girmesi gerekliydi; çünkü bu sözleşme kamu gücüne dayanmıyordu; dolayısıyla bir “otorite işlemi (hakimiyet tasarrufu, *acte d'autorité*)” değil, bir “işletme işlemi (temşiyet tasarrufu, *acte de gestion*)” niteliğindediydi.

\*\*\*

İdare hukukunun uygulama alanının belirlenmesi bakımından “kamu hizmeti ölçütü (*critère du service public*)”, Fransa’da Bordeaux Hukuk Fakültesi Dekanı Léon Duguit<sup>137</sup> (Leon Dügi okunur) (1859-1928) tarafından geliştirilmiş ve Roger Bonnard, Gaston Jèze, Louis Rolland, Roger Bonnard gibi yazarlar tarafından da savunulmuştur<sup>138</sup>. Bu nedenle, bu ölçüt üzerine kurulu olan idare hukuku anlayışına “kamu hizmeti ekolü (*école du service public*)” veya kısaca “Bordeaux<sup>139</sup> ekolü (*école de Bordeaux*)” denir<sup>140</sup>.

134. Tribunal des conflits, 29 Şubat 1908, *Feutry*, S., 1908.3.97 (Bu kararın metni ve incelemesi Long et al., *op. cit.*, Sekizinci Baskı, 1990, s.116.

135. Conseil d'État, 4 Mart 1910, *Thérond*, RDCE, 1910, s.193 (Bu kararın metni ve incelemesi Long et al., *op. cit.*, s.130-133'te bulunmaktadır).

136. Conseil d'État, 4 Mart 1910, *Thérond*, RDCE, 1910, s.193 (Nakleden: Long et al., *op. cit.*, s.130).

137. Bkz. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie fontemoing, İkinci Baskı, 1923, c.II, s.103-140.

138. Bénéoit, *op. cit.*, s.81; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.43.

139. “Bordo” okunur.

140. Bénéoit, *op. cit.*, s.81; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.3; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.43.



Kamu hizmeti ölçütüne göre, kamu hizmetlerinin<sup>141</sup> kuruluşuna ve işleyişine ilişkin olan her şey, bir *idarî* faaliyet oluşturur ve dolayısıyla idare hukukuna tâbidir ve bu nedenle de bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara idarî yargıda bakılır. Bordeaux Okulu, idare hukukunu bir “kamu hizmetleri hukuku (*droit des services publics*)” yapmış<sup>142</sup>, idare hukukunu, “idare hukuku, kamu hizmetlerinin hukukudur (*le droit administratif est le droit des services publics*)” diyerek tanımlamıştır<sup>143</sup>. Bu ekole göre, idare hukukunda her şeyin temeli ve ölçütü kamu hizmetleridir. Bu ekol, idarî fonksiyonu, idarî işlemleri, idarenin sorumluluğunu, kamu mallarını, bayındırlık işlerini, idarî sözleşmeleri, idarî yargının görev alanını vs. hep kamu hizmeti ölçütüyle tanımlamıştır<sup>144</sup>. Kısacası, Kamu hizmeti ekolüne göre, “kamu hizmeti - idare hukuku - idarî yargı kavramları” arasında tam bir örtüşme vardır. Kamu hizmeti, idare hukukunun uygulama alanını oluşturur ve bu alandaki bütün uyuşmazlıklar da idarî yargıya tâbidir.

**Kamu Hizmeti Kriterinin Yetersizliği (Kamu Hizmeti Kriterinin Çöküşü veya Krizi)**<sup>145</sup>.- Bugün idare hukukunun uygulama alanını ve keza idarî yargının görev alanını tespit etmek bakımından kamu hizmeti ölçütü yetersiz kalmaktadır. 1920’lerden beri kamu hizmeti kriterinin krize (*crise du critère du service public*) girdiğinden bahsedilmektedir. Gerek idare hukukunun uygulama alanını, gerekse idarî yargının görev alanını belirlenmesi bakımından kamu hizmeti kriteri şu altı nedenden dolayı uygulanamaz:

1. İdarenin bir kamu hizmetiyle ilgili olarak özel kişilerle bir “özel hukuk sözleşmesi (*contrats de droit privé*)” yapması mümkündür. Fransız Danıştay 31 Temmuz 1912 tarihli *Société des granits prophyroides des Vosges* kararıyla idarenin özel kişilerle yaptığı özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adlî yargıya tâbi olduğuna karar vermiştir<sup>146</sup>. Bu karara konu teşkil eden olayda, Lille Belediyesi ile *Société des granits prophyroides des Vosges* isimli şirket arasında Belediyeye kaldırım taşı sağ-

141. “Kamu hizmeti (*service public*)”, kısaca, bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun kontrolü altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olarak tanımlanabilir. Örneğin ulusal savunma, kolluk, eğitim, sağlık, nüfus kayıtlarının tutulması, vb. birer kamu hizmetidir (De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.42). Kamu hizmeti konusunda aşağıda onbeşinci bölümde ayrıca göreceğiz.

142. Rivero, *op. cit.*, s.31; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.112; Peiser, *Contentieux administratif, op. cit.*, s.44).

143. Peiser, *Contentieux administratif, op. cit.*, s.44; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.112;

144. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.43-44.

145. Rivero, *op. cit.*, s.31-33, 1555-158; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.44-48; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.116-121; Peiser, *Contentieux administratif, op. cit.*, s.45-46.

146. Conseil d’État, 31 Temmuz 1912, *Société des granits prophyroides des Vosges*, RDCE, 1912, s.909 (Bu kararın metni ve incelemesi Long et al., *op. cit.*, s.155-160’ta bulunmaktadır).

lanması konusunda bir sözleşme akdedilmiştir. Belediye teslimde gecikme nedeniyle cezaî şart niteliğinde sözleşme bedelini eksik ödemiştir. Bunun üzerine söz konusu şirket Danıştayda dava açmıştır. O zamana kadar kabul edilmiş olan kamu hizmeti kriteri uygulansaydı, bu davanın Danıştayda görülmesi gerekirdi; çünkü bu sözleşme bir kamu hizmetine (yollara düşenecek kaldırım taşlarının tedariki) ilişkindi. Ne var ki Fransız Danıştayı bu davada kendisinin görevsiz olduğuna karar vermiş ve davayı görev yönünden reddetmiştir. Danıştay bu kararda şöyle demiştir: Belediye ile şirket arasında akdedilen sözleşme, özel kişiler arasındaki akdedilen sözleşmelerle aynı koşullar ve kurallara göre mal teslimine ilişkindir. Dolayısıyla Fransız Danıştay, idarenin özel kişilerle, özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelere aynı koşul ve kurallarda akdettiği sözleşmelere idare hukukunun değil, özel hukukun uygulanacağına ve dolayısıyla bu sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların adlî yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir<sup>147</sup>.

2. Kamu hizmeti kriteri, ikinci darbeyi, “iktisadî ve ticarî kamu hizmetleri (*services publics industriels et commerciaux*)”nin ortaya çıkmasıyla almıştır. İdare, bu tür kamu hizmetlerine idare hukuku değil, özel hukuk uygulanmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar da idarî yargıya değil, adlî yargıya tâbi olmaktadır<sup>148</sup>. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi *Bac d’Eloka* diye bilenen 22 Ocak 1921 tarihli *Société commerciale de l’ouest africain* kararında, sınaî ve ticarî kamu hizmetlerinin özel hukuka tâbi olduğuna ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adlî yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir<sup>149</sup>. Bu karara konu teşkil eden olayda, idare tarafından işletilen araba vapurunun batması sonucunda zarar gören arabanın sahibi olan şirket idareye karşı adliye mahkemesinde tazminat davası açmış, idare de bu davanın idarî yargıda açılması gerektiği iddiasıyla görev uyuşmazlığı çıkarmış ve konu Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmiştir. O zamana kadar geçerli olduğu düşünülen kamu hizmeti kriteri, bu görev uyuşmazlığının çözümüne uygulanırsa, idarî yargının görevli olması gerekirdi. Çünkü bu dava bir kamu hizmetinin (araba vapuru) yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Ne var ki, Uyuşmazlık Mahkemesi, bu davada aynı sonuca varmamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi bu davada, idarenin, “*normal bir sanayiciyle aynı koşullarda*” ücret karşılığında araba vapuruyla yolcu ve araba taşıdığını gözlemlemiş ve bundan kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davaların adlî yargıda açılması gerektiğine karar vermiştir<sup>150</sup>. *Bac d’Eloka* kararına göre idarenin bir özel işletmeciyile aynı koşullarda işlettiği bir kamu hizmetine özel hukuk

147. Long et al., *op. cit.*, s.155.

148. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.45; Weil, *op. cit.*, s.20; Rivero, *op. cit.*, s.32.

149. Tribunal des conflits, 22 Ocak 1921, *Société commerciale de l’ouest africain*, RDCE, 1921, s.91 (Long et al., *op. cit.*, s.228).

150. *Ibid.*

uygulanacak ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar adlî yargıda karar bağlanacaktır. Böylece kamu hizmeti ekolü tarafından savunulan, “kamu hizmetleri=idare hukuku=idarî yargının görev alanı” denklemi yıkılmıştır.

O hâlde günümüzde idarenin kamu hizmeti niteliğinde olan her faaliyetinin idare hukukunun uygulama alanına gireceği söylenemez<sup>151</sup>. Türkiye için de bu gözlem doğrudur. Örneğin KİT’lerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerine özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara adlî yargıda bakılır. O hâlde kamu hizmeti ile idare hukuku arasında tam bir örtüşme yoktur.

**3.** Nihayet “kamu hizmeti” kavramının kendisinin tanımında tereddütler ortaya çıktı. Başlangıçta “kamu hizmeti” kamu yararı amacına yönelik bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülen ve özel hukuku aşan bir hukukî rejime tâbi faaliyetler olarak tanımlanmaktaydı<sup>152</sup>. Oysa bu tanım zamanla geçerliliğini yitirdi veya büyük ölçüde yumuşadı. Şöyle ki, kamu hizmetlerinin doğrudan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi artık aranmadı. Kamu tüzel kişileri kamu hizmetlerini doğrudan doğruya yürütebilecekleri gibi sözleşmeyle veya ruhsatla bu hizmetlerin yürütülmesini bir özel hukuk kişisine de devredebilecekleri kabul edildi. İkinci olarak bütün kamu hizmetlerinin özel hukuku aşan bir rejime tâbi olmalarının şart olmadığı, tersine sınaî ve ticarî kamu hizmetlerinin özel hukuka tâbi olacağı kabul edildi. Nihayet, geleneksel kamu hizmeti tanımında yer alan “kamu yararı amacı”nın ise tanımının oldukça güç olduğu ortaya çıktı. Hangi hizmette kamu yararı olup olmadığı çoğunlukla tartışmalıdır. Bu da hangi faaliyetin kamu hizmeti oluşturduğu ve dolayısıyla idarî yargı tâbi olduğu konusunda tereddütlerin doğmasına yol açtı<sup>153</sup>.

**4.** Ayrıca kanun koyucu, kamu hizmeti veren bazı kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları bile bile idarî yargının değil, adlî yargının görev alanına vermektedir. Örneğin Sosyal Güvenlik Kurumunun durumu böyledir. Hiç şüphe yok ki bu Kurum bir kamu hizmeti vermektedir. Zira bu Kurum, kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyette bulunmaktadır. Keza bu kurum devlet tarafından kurulmuş bir kamu kurumudur. Oysa bu Kurum ile bu kurumların üyeleri (veya hizmet verdiği kişiler) arasındaki ilişki idare hukukuna değil, iş hukukuna tâbidir ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar idarî yargıda değil, adlî yargıda (iş mahkemelelerinde) çözümlenir. Nitekim 31 Mayıs 2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 101’nci maddesi, “bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla

151. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.45; Weil, *op. cit.*, s.20; Rivero, *op. cit.*, s.32.

152. Rivero, *op. cit.*, s.156.

153. Peiser, *Contentieux administratif, op. cit.*, s.45.

ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” demektedir. O hâlde, kamu hizmeti kavramı idare hukukunun uygulama alanını tam anlamıyla açıklayamamaktadır.

NOT: Eski SSK ve BAĞ-KUR için de tamamıyla aynı şey geçerliydi. Bunlar bir kamu kurumuydu ve bir kamu hizmeti yürütüyorlardı. Ancak bunların yürüttükleri hizmet dolayısıyla hizmet verdiği kişiler arasındaki uyuşmazlıklar adlı yargı da karara bağlanıyordu.

**5.** Beşinci olarak, “özel kişiler tarafından yürütülen kamu hizmetleri (*services publics gérés par des organismes privés*)” de vardır<sup>154</sup>. Bunlar birer kamu tüzel kişisi değil, özel hukuk kişisidir. Dolayısıyla idare kavramının içinde yer almazlar. Örneğin kamuya yararlı dernekler (örneğin Kızılay, Türkiye Jokey Kulübü), özel öğretim kurumları ve özel hastaneler böyledir. Ancak bunlar yine de bir kamu hizmeti yürütürler. Ancak bunların yürüttükleri kamu hizmetleri esas itibarıyla özel hukuka tabidir.

Bununla birlikte bunların bazı işlemlerine idare hukukunun uygulanma ihtimali vardır. Çünkü bunlara bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınabilmekte veya bunlar bazı kamu gücü yükümlülüklerine tâbi kılınabilmektedir<sup>155</sup>. İşte bunların yaptığı bir işlem, bir kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğüne dayanıyor ise, idare hukukuna tabidir ve bundan kaynaklanacak uyuşmazlıklar idarî yargıda karar bağlanır. Örneğin bir özel okul bir özel hukuk kişisidir ve faaliyetleri esas itibarıyla özel hukuka tabidir. Ancak bu özel okula sınav yapma, diploma verme gibi kamu gücü ayrıcalıkları verilmiştir. İşte özel okulun, not verme, diploma verme gibi böyle kamu gücü ayrıcalığına dayanarak yaptığı işlemler, birer idarî işlemdir ve bunlara idare hukuku uygulanır. İşte bu tür işlemlere idare hukukunun uygulanmasının sebebi, söz konusu okulun kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi değil, söz konusu işlemlerin kamu gücü ayrıcalığına dayanıyor olmasıdır. Bu ise idare hukukunun uygulama alanının kamu hizmeti kriteriyle değil, kamu gücü kriteriyle belirlendiğini gösterir. Kısacası temelde özel hukuka tâbi olan ve bir özel hukuk tüzel kişisi olan bir kuruluş, kendisine tanınan kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülükleri dolayısıyla idare hukukunun uygulama alanına girebilmektedir<sup>156</sup>.

**6.** Nihayet, günümüzde, gittikçe artan oranda devlet, idarede etkinlik sağlamak amacıyla, idarî kamu hizmetlerinden bazılarını veya bu hizmetlerin bazı kısımlarını idare hukukuna tâbi olan memurlar eliyle değil, özel hukuka tâbi olarak (hizmet akdiyle) çalıştıracığı kişiler aracılığıyla yaptırmak istemekte ve bu yönde birçok kanun çıkarmaktadır. Zira bu şekilde çalıştırılan personelin ücretleri serbestçe belirlenebileceği gibi, işlerine son verilmeleri, görevlerinin değiştirilmesi de daha kolay olmaktadır. Bu tür personele de ö-

154. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.45.

155. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Manuel, op. cit.*, s.26.

156. Dubois, *op. cit.*, c.I, s.82-83.

zel hukuk uygulanmakta ve bu tür personel ile idare arasında çıkacak uyuşmazlıklar da adli yargıda çözümlenmektedir. Görüldüğü gibi kamu hizmetlerinin bir kısmının idare hukukuna değil, özel hukuka tâbi personel tarafından yürütülmesi mümkündür. Dolayısıyla özel hukuk, artık, klasik kamu hizmetleri alanına dahi yer yer nüfuz etmektedir.

Özetle, günümüzde, idare hukukunun uygulama alanı kamu hizmeti kriteriyle açıklanamamaktadır. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, bir kere bazı kamu hizmetlerine özel hukuk uygulanmakta; diğer yandan ise bazı özel faaliyetlere idare hukuku uygulanmaktadır. Ayrıca, esas itibarıyla idare hukukuna tâbi olan bazı kamu hizmetlerine de yer yer özel hukuk uygulanmaktadır.

### C. GÜNÜMÜZDEKİ DURUM

“Kamu gücü ölçütü”, 1900’lerin ilk yarısında “kamu hizmeti ölçütü” karşısında nispeten gerilemişse de, 1900’lerin ikinci yarısından itibaren, “kamu hizmeti teorisinin krizi (*crise de la théorie du service public*)”<sup>157</sup> neticesinde eski gücüne tekrar kavuşmuştur. Bu duruma “kamu gücü ölçütüne dönüş” veya “kamu gücü ölçütünün yenilenmesi (*renouveau de la puissance publique*)” ismi verilmektedir<sup>158</sup>. Fransız doktrinindeki yazarların çoğunluğu idare hukukunu “kamu gücü” düşüncesinden türeyen kavramlar etrafında inşa etmeye çalışmaktadırlar<sup>159</sup>. Ancak günümüzde “kamu gücü (*puissance publique*)”nden kastedilen şey, 1800’lerdeki yazarların kastettiği gibi “emredici güç (*puissance commandante*)” veya “otorite faaliyeti (*activité d’Autorité*)” değil, idarî makamlar için öngörülmüş olan “genel hükümleri<sup>160</sup> aşan şartlar (*conditions exorbitantes du droit commun*)”dır. Bu şartlar, idareye sadece özel hukukta görülmeyen bazı “ayrıcılıklar ve imtiyazlar (*prérogatives et privilèges*)” vermez; aynı zamanda idareye özel hukukta görülmeyen birtakım “yükümlülükler (*sujétions*)” de yükler<sup>161</sup>. Buna göre, bir hukukî ilişkide, bir hukukî durumda, bir hukukî eylem veya işlemde, “özel hukukta görülmeyen ayrıcalıklar veya yükümlülükler (*prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun*)” varsa o eylem veya işlem idare hukukunun uygulama alanına girmektedir.

“Özel hukuku aşan ayrıcalıklar veya yükümlülükler (*prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun*)” kriterinin kamu hizmeti kriteri bir alakası olmadığı ortadadır. Bu kriter yukarıda gördüğümüz “kamu gücü kriteri”nin modern tabirlerle ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Gün-

157. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.46-48.

158. *Ibid.*

159. *Ibid.*

160. Burada “genel hükümler” tabirini “*droit commun* (ortak hukuk)” tabiri yerine kullanıyoruz. Bununla kastedilen şey, hukukun idare hukuku dışında kalan kısmı özellikle “özel hukuk”tur.

161. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.49.

müzde de “genel hükümleri aşan ayrıcalıklar veya yükümlülükler (*prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun*)” tabiri yerine yine eskiden olduğu gibi “kamu gücü (*puissance publique*)” veya “kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogatives de la puissance publique*)” tabiri kullanılmaktadır.

İster “genel hükümleri aşan ayrıcalıklar (*prérogatives exorbitantes du droit commun*)”, ister “kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogatives de la puissance publique*)”, isterse doğrudan “kamu gücü (*puissance publique*)” terimi kullanılsın, idare hukukunun uygulama alanı kamu hizmeti ölçütüyle değil, kamu gücü ölçütüyle belirlenmektedir. Buna göre, eğer idarenin faaliyeti kamu gücüne dayanıyorsa, o faaliyet idare hukukunun uygulama alanına girer. Diğer bir ifadeyle idare, eylem veya işlemlerinde, kamu gücü ayrıcalıklarıyla, yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde görülmeyen birtakım imtiyazlarla donatılmış veya birtakım yükümlülüklere tâbi kılınmış ise, bu eylem ve işlemler özel hukuka değil, idare hukukuna tâbidir ve onlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargıda çözümlenir. Örneğin kolluk, vergi, askerlik, kamulaştırma, istimval gibi işlemler idare hukukunun uygulama alanında bulunur<sup>162</sup> ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargıda görülür. Çünkü bu işlemleri kamu gücüne dayanmaktadır.

Buna karşılık, idarenin kamu gücü kullanmadan yürüttüğü faaliyetler özel hukuka tâbidir. Diğer bir ifadeyle, idarenin tamamıyla bir özel kişi gibi hareket ederek, herhangi bir kamu gücü ayrıcalığına başvurmadan yaptığı eylem ve işlemlere özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara adlî yargıda bakılır. Örneğin kamu iktisadî teşebbüslerinde idare, üçüncü kişilerle ilişkilerinde kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış değildir. İdare, bu alanda birtakım kamusal yetki ve ayrıcalıklar kullanmaz; tamamıyla bir özel kişi gibi hareket eder. Kullanacağı hammaddeyi kimseden zorla alamaz; ürettiği malı da kimseye zorla satamaz. O hâlde bir KİT’in alım ve satım işlemlerine idare hukuku değil, özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara adlî yargıda bakılır.

Burada son olarak belirtelim ki, haliyle yasama organı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi, idare hukukunun uygulama alanını belirleme yetkisine sahiptir. Bu şu anlama gelir ki, kanunla, normalde özel hukuka tâbi olan birtakım faaliyetler idare hukukuna tâbi kılınabilir veya normalde idare hukukuna tâbi olan bir olan birtakım eylem ve işlemler özel hukuka tâbi kılınabilir. Aynı şekilde normalde adlî yargının görev alanında bulunan bir uyuşmazlık, kanunla idarî yargının görev alanına veya normalde adlî yargının görev alanında bulunan bir uyuşmazlık idarî yargının görev alanına sokulabilir. Türkiye’de normalde idarî yargının görev alanına girmesi düşünülebilecek birçok uyuşmazlık kanunla adlî yargının görev alanına sokulmuştur. Bunlar için idarî yargı kitaplarına bakınız.

162. Günday, *op. cit.*, s.31.

## D. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

**Bibliyografya.-** Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.169-173; 469-476; Veil, *op. cit.*, s.41-43; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.35-37; De Forges, *op. cit.*, s.98-99; Georges Dupuis ve Marie-José Guédon, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 1993, s.70-71; Bénoit, *op. cit.*, s.75-78, 776; Peiser, *op. cit.*, s.13-14; Vlachos, *op. cit.*, s.49-51; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.49-50; Long et al., *op. cit.*, s.45-50.

Yukarıda görüldüğü gibi, idare hukukunun en önemli ayırıcı özelliği bu hukuk dalının kamu gücüne dayanmasıdır. Keza idare hukukunun uygulama alanını belirleyen kriter de yine kamu gücü kriteridir. Bu nedenle, burada “kamu gücü (âmmе kudreti, *puissance publique*)” kavramı üzerinde ayrıca durmak uygun olur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, günümüz idare hukuku literatüründe doğrudan doğruya “kamu gücü” tabiri değil, “kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogatives de puissance publique*)” tabiri kullanılmaktadır<sup>163</sup>. Biz de “kamu gücü” yerine “kamu gücü ayrıcalıkları” tabirini kullanacağız.

**Tanım.-** *Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuka aşan birtakım yetki ve durumlar olarak tanımlanabilir.* Kamu gücü ayrıcalıkları bu şekilde tanımlanınca, bazı yazarlar bunun yerine doğrudan “özel hukuku aşan ayrıcalıklar (*prérogatives exorbitantes du droit commun*)” terimini kullanmaktadırlar<sup>164</sup>. Burada her ne kadar, “ayrıcalık (*prérogative*)” terimi kullanılıyorsa da, idare hukukunda idareye her zaman bir üstünlük veya bir ayrıcalık tanınmaz; aynı zamanda idare yükümlülüklerine<sup>165</sup> de tâbi tutulur<sup>166</sup>. Bu nedenle bazı Fransız yazarlar “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” ifadesi yerine haklı olarak “özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve bağımlılıklar (*prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun*)” ifadesini kullanmaktadırlar<sup>167</sup>. Biz daha yaygın kavram olan “kamu gücü ayrıcalıkları” kavramını kullanacağız.

**Varlık Sebebi.-** Niçin idareye birtakım kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır? Bunun sebebi “kamu yararı (*utilité publique*; genel çıkar, *intérêt général*)”nın sağlanması düşüncesidir<sup>168</sup>. Örneğin bir yol yapımında yol üzerinde kalan bir tarlanın kamulaştırılması gerekir. Bunda kamu yararı vardır. Eğer idareye kamu gücü ayrıcalığı (tek yanlı karar alma gücü ve re'sen icra)

163. De Forges, *op. cit.*, s.98; Rivero, *op. cit.*, s.435; Vlachos, *op. cit.*, s.326.

164. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, c.I, s.35.

165. Örneğin özel hukukta bir kişi sözleşme yaparken karşı tarafı seçmekte serbest iken, idare hukukunda idare sözleşme yaparken karşı tarafı seçmekte serbest değildir. Kamu ihalesi sürecinde belirli kişiyle sözleşme yapmak zorundadır.

166. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.36; Bénoit, *op. cit.*, s.76-78; Bu durumu ifade etmek için Jean Rivero idare hukukunu, özel hukuktan “daha fazla yetkiler (*dérogations en plus*)” ve “daha az yetkiler (*dérogations en moins*)” tanyan kurullardan oluşmuş bir hukuk dalı olarak tanımlamaktadır (Rivero, *op. cit.*, s.35).

167. De Forges, *op. cit.*, s.98.

168. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.470.

tanınmamış olsaydı, idarenin o tarlaya el atabilmesi için mutlaka tarla sahibiyle anlaşması ve onu satın alması gerekirdi. Eğer tarla sahibi, tarlasını satmayı kabul etmez ise, idare kamu gücü ayrıcalığına sahip olmasaydı, tarla sahibini zorlaması ve yolu yapması mümkün olmazdı.

**Kamu Gücü Ayrıcalıkları Nelerdir?-** İdare hukukunda görülen başlıca “kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogatives de puissance publique*)” nelerdir? Veya diğer bir ifadeyle “özel hukukta görülmeyen ayrıcalıklar ve bağımlılıklar (*prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun*)” nelerdir? Şu ayrıcalıklar ve bağımlılıklar kamu gücü ayrıcalık ve bağımlılıklarıdır:

1. “Tek yanlı işlemler (*actes unilatéraux*)” yapma yetkisi bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>169</sup>. İdare, açıkladığı tek yanlı iradeyle, özel kişiler hakkında onların rızası hilafına hukukî işlemler tesis edebilir. Bu işlemlerin hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için, ilgilileri tarafından kabul edilmelerine gerek yoktur. “Tek yanlı işlem yapma” ayrıcalığına, “icraîlik (*force exécutoire*)” veya “icraî karar (*décision exécutoire*)” da denir<sup>170</sup>.

2. “Re'sen icra (*exécution d'office*)” da bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>171</sup>. İdare, özel hukuk kişilerinden farklı olarak, mahkemelere ve icra dairelerine başvurmaksızın, belirli şartlar altında, kendi aldığı kararları yine kendisi “cebren icra (*exécution forcée*)” edebilir<sup>172</sup>. Keza idarenin belli koşullar altında “cebir kullanma (*recours à la contrainte*)” yetkisi de vardır<sup>173</sup>.

3. “Hukuka uygunluk karinesi (*présomption de conformité au droit, présomption de légalité, privilège du préalable*)” de bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>174</sup>. Bu şu anlama gelir: İdarenin aldığı bir karar, bir mahkeme tarafından iptal edilinceye veya yürütülmesinin durdurulmasına karar verilinceye kadar, hukuka uygun olduğu varsayılır ve uygulanmaya devam edilir. İlgili kişinin bir idarî karara itiraz etmesi, ona karşı dava açması o kararın yürütülmesini durdurmaz.

4. “Kamu malı statüsü (*domanialité public*)” de bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>175</sup>. İdarenin malları kamu malı statüsüne tâbi tutulur ve bu şekilde özel bir himaye görürler<sup>176</sup>. Örneğin kamu malları zamanlaşımıyla kazanılamaz.

169. Georges Dupuis ve Marie-José Guédon, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 1993, s.71; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.616; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.470; Vlachos, *op. cit.*, s.50.

170. Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, s.266.

171. Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.71.

172. De Forges, *op. cit.*, s.99; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.71; Rivero, *op. cit.*, s.96;

173. Rivero, *op. cit.*, s.96-97.

174. Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.71; Vlachos, *op. cit.*, s.50; Rivero, *op. cit.*, s.94.

175. De Forges, *op. cit.*, s.99; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.616; Vlachos, *op. cit.*, s.332; Dubois, *op. cit.*, s.77; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.171.



5. “Kamu alacakları tahsili (*recouvrement des créances publiques*)”<sup>177</sup> için ayrı bir usûl uygulanması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>178</sup>. Kamu alacaklarının tahsilinde, özel hukuktaki usûllerden farklı bir usûlün uygulanması, ortada bir idare hukuku durumunun olduğu anlamına gelir. Türkiye’de kamu alacaklarının tahsili hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun uygulanmaktadır.

6. Bir borç hakkında “özel hukuk cebrî icra yolları (*voies d’exécution forcée du droit privé*)”nın uygulanamaması<sup>179</sup>, bir kişinin “mallarının haczedilemezliği (*insaisissabilité des biens*)”<sup>180</sup> ve keza bir kişinin “iflas (*faillite*)”ının istenememesi<sup>181</sup> de bir kamu gücü ayrıcalığıdır.

7. Bir sözleşmenin “idarî sözleşme (*contrat administratif*)” sayılması da bir kamu gücü ayrıcalığına işaret eder<sup>182</sup>. Zira bu sözleşmeye artık özel hukuk hükümleri değil, idare hukuku uygulanacaktır.

8. Bir tüzel kişinin personelinin “kamu görevlisi (*agents publics*)” sayılması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>183</sup>. Kamu görevlileri, bazı bakımlardan özel bir korumaya, diğer bazı bakımlardan ise diğer personele göre daha ağır yükümlülüklerle tâbidir. Türk hukukunda kamu kurumlarının personeli Türk Ceza Kanununun uygulaması bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilir<sup>184</sup>.

9. “Zorunlu üyelik (*adhésion obligatoire*)” esasları da bir kamu gücü ayrıcalığı teşkil eder. Örneğin bir avukatın mesleğini icra edebilmesi için baroya üye olması, bir tabibin mesleğini yapabilmesi için tabipler odasına üye olması gerekir. O hâlde bu gibi durumlarda idare hukuku uygulanabilir.

176. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.474.

177. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, op. cit., s.315.

178. Fransa’da kamu alacaklarının tahsili için bkz. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, op. cit., s.315-316.

179. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, op. cit., s.266; De Forges, op. cit., s.158; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.169.

180. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, op. cit., s.317-318; De Forges, op. cit., s.98; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.169, 474; Dupuis ve Guédon, op. cit., s.70; Dubois, op. cit., c.I, s.71.

181. Vlachos, op. cit., s.332; De Forges, op. cit., s.98.

182. De Forges, op. cit., s.99; Dupuis ve Guédon, op. cit., s.372-373; Vlachos, op. cit., s.49; Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.II, s.616.

183. De Forges, op. cit., s.99; Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.II, s.615; Dubois, op. cit., c.I, s.73; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.171.

184. Eski Türk Ceza Kanununun 279’uncu maddesine göre, “Ceza Kanununun tatbikatında devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya diğer her türlü memur ve müstahdemleri... memur sayılır”dı. Yeni 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun 6’ncı maddesine göre (1-c) “Ceza kanunlarının uygulanmasında... kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır.

**10.** “Zorunlu aidat” usûlü de bir kamu gücü ayrıcalığı niteliğindedir. Örneğin avukatlar, baroya zorunlu olarak bir aidat öderler.

**11.** “Vergi muafiyeti” usûlü de bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Bir tüzel kişiye vergi muafiyeti tanınması da onun kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatıldığını ve ona idare hukukunun uygulanabileceği anlamına gelir.

**12.** Bir uyuşmazlığın adlî yargıya değil de, “idarî yargı (*juge administratif*)”ya tâbi tutulması da bir kamu gücü ayrıcalığı örneğidir<sup>185</sup>. İdare, özellikle Fransız sisteminde, kendine has bir hâkim tarafından yargılanmak ayrıcalığına sahiptir<sup>186</sup>. Bu şu anlama gelir: Bir uyuşmazlığı çözümü görevi idarî yargıya verilmiş ise, o uyuşmazlığa idare hukuku uygulanabilir.

**13.** Ortaya çıkan zararların tazminine “idarî sorumluluk (*responsabilité administrative*)” rejimine tâbi olması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>187</sup>. Zira aşağıda ondokuzuncu bölümde göreceğimiz gibi, idarî sorumluluk, “özel hukuk sorumluluğu (*responsabilité de droit commun*)”na benzemekle birlikte ondan farklıdır. O hâlde bir faaliyet konusunda özel hukuktan farklı bir sorumluluk rejimi oluşturulmuş ise, burada idare hukuku vardır denebilir.

**14. Yükümlülükler.** - İdare sadece birtakım ayrıcalıklardan yararlanmaz. İdare aynı zamanda birtakım “yükümlülükler (*sujétions*)”e de tâbi kılınmıştır<sup>188</sup>. **(a)** Örneğin özel hukuk kişileri irade serbestisi çerçevesinde hareket ederler. Bir sözleşme yapıp yapmamakta veya sözleşmecî tarafı seçmekte serbestirler. Buna karşılık idarenin bu gibi serbestlikleri yoktur. Örneğin Sözleşmecî tarafı seçmek için kamu ihalesi düzenlemek zorundadır<sup>189</sup>. **(b)** Aynı şekilde bir özel kişi, istediği kişileri işe almakta serbesttir. Buna karşılık idare personel seçmekte serbest değildir. Sınav düzenlemek ve sınavda başarılı olanları almak durumundadır<sup>190</sup>. **(c)** Keza özel kişiler kanuna ve ah-lâka aykırı olmayan her türlü amacı güdebilirler. Oysa idare sadece “kamu yararı (*intéret général*)” amacıyla eylem ve işlemlerde bulunabilir<sup>191</sup>. **(d)** Nihayet, özel kişiler, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda “tahkim (*arbitrage*)” yoluna gidebilirler. Oysa idare, kural olarak tahkim yoluna gidemez<sup>192</sup>. Bizim Anayasamız, 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden bu yana kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için tahkime gidilmesine imkân vermektedir

185. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.470; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.70; Vlachos, *op. cit.*, s.53.

186. Vlachos, *op. cit.*, s.51. Fransa’da idarî yargı hakimleri idarenin kendi içinden çıkar ve zaman zaman aktif idareye de geri dönerler (Vlachos, *op. cit.*, s.51).

187. Rivero, *op. cit.*, s.435; Vlachos, *op. cit.*, s.51.

188. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.36; Bénéoit, *op. cit.*, s.76-78.

189. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.36.

190. *Ibid.*

191. *Ibid.*

192. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.170; De Forges, *op. cit.*, s.99.

(Anayasa, m.125/1). Tahkim konusu 21 Ocak 2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hâlinde Uyulması Gereken İlkelerle Dair Kanun ile düzenlenmiştir. Anayasa ve kanunlarımızın tahkime belirli koşullarda imkân vermesi idare hukukunun temel ilkelerine aykırı değildir. Zira tahkim yasağı ilkesi ancak kanunda aksine açık hüküm olmaması hâlinde geçerlidir<sup>193</sup>.

**15. Diğerleri.-** Yukarıda başlıca kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerini saydık. Kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin eksiksiz bir listesini yapmak mümkün değildir. Daha pek çok kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğü olabilir. Örneğin “kamulaştırma (*expropriation*)”<sup>194</sup>, idarî irtifaklar kurma, istimval, geçici işgal, vergilendirme, cebir (zor) kullanma, disiplin cezası verme, bir alanı tekel hâline getirme, vs. hep birer kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>195</sup>. Keza tüzel kişinin sahip olduğu taşınmaz mallar üzerinde yaptığı inşaat ve tamirat işlerinin bir “bayındırlık (nafia) işi (*travaux publics*)”<sup>196</sup> olarak nitelendirilmesi de bir kamu gücü ayrıcalığıdır<sup>197</sup>. Kamu gücü yükümlülüklerini saymak ise hepten mümkün değildir. Örneğin kamu hizmeti ilkeleri denen ilkeler (devamlılık, uyumluluk, tarafsızlık, eşitlik ilkeleri) idareye birçok yükümlülük yükler. Bir özel kişi yürüttüğü bir faaliyete son verebilir. Ama idare devamlılık ilkesi gereğince bir kamu hizmeti faaliyetine son veremez. Dahası, idarenin “kanuna tâbi olması (*légalité*)” ilkesi” de idareye sayısız yükümlülük yükler. İdare her faaliyetinde kanuna dayanmak ve ona uymak zorundadır.

**Sonuç.-** İşte, bir hukukî ilişki, durum, olay, eylem veya işlemde, yukarıda sayılan kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinden biri veya birkaçı varsa, bu hukukî ilişki, durum, olay, eylem veya işleme idare hukuku uygulanabilir. Bundan birçok sonuç çıkar: Örneğin kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin bulunduğu bir hukukî işlem, “idarî işlem”dir; kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunduğu sözleşme, bir “idarî sözleşme”dir; kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunduğu bir uyuşmazlık, “idarî yargı”nın görev alanına girer; devlet tarafından kurulmuş bir tüzel kişi, bir kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğü ile donatılmış ise o tüzel kişi “kamu tüzel kişisi”dir; kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin bulunduğu bir eylem veya işlemde kaynaklanan sorumluluk, “idarî sorumluluk”tur, vs.

193. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.170.

194. Vlachos, op. cit., s.332; Dubois, op. cit., c.I, s.76.

195. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.I, s.35; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.470.

196. “Bayındırlık işleri (*travaux publics*), taşınmaz mallar üzerinde kamu yararına yönelik yapılan inşaat ve tamirat işleridir (De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Manuel*, op. cit., s.368-369).

197. Vedel ve Delvolvé, op. cit., c.II, s.616; Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., c.I, s.171.

Bunun tersinden ise şu sonuç çıkar: Bir hukukî ilişki, durum, olay, eylem veya işlemde, yukarıda sayılan kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülükleri yoksa, bu hukukî ilişki, durum, olay, eylem veya işleme idare hukuku değil, özel hukuk uygulanır. Örneğin kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin bulunmadığı bir hukukî işlem, özel hukuk işlemidir; kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunmadığı sözleşme, bir özel hukuk sözleşmesidir; kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunmadığı bir uyuşmazlık, adlî yargının görev alanına girer; devlet tarafından kurulmuş bir tüzel kişi, bir kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğü ile donatılmamış ise o tüzel kişi bir özel hukuk tüzel kişisidir; kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin bulunmadığı bir eylem veya işlemde kaynaklanan sorumluluk, özel hukuk sorumluluğudur, vs.

## VII. İDARE HUKUKU İLE DİĞER HUKUK DALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Burada idare hukuku ile hukukun diğer dalları arasındaki ilişkileri kısaca göreceğiz.

### A. İDARE HUKUKU - ANAYASA HUKUKU

**Bibliyografya.-** Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, İkinci Baskı, 1999, s.170-175; Maurer, *op. cit.*, s.20-21, 27-28; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.8-9; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.21-22; Bénoit, *op. cit.*, s.3-4; Jacques Robert, “Droit administratif et droit constitutionnel”, *Revue du droit public*, 1998, n° 4, s.971-978.

#### 1. Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı

Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alır. Anayasa normları, gerek idareyi, gerekse idare mahkemelerini bağlar. Bu husus Anayasamızın 11’inci maddesinde “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını ve idare makamlarını ve diğer kuruluşları ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” diyerek ifade edilmiştir. Bu şu anlama gelir ki, idare, Anayasaya aykırı bir şekilde eylem de bulunmamalı, Anayasaya aykırı, düzenleyici veya bireysel işlem yapmamalıdır. Eğer bir ihtimal idare Anayasaya aykırı eylem ve işlemler yaparsa, idare mahkemeleri, bu eylem ve işlemleri Anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etmelidir. Dolayısıyla Anayasa bir bütün olarak idareyi ve idarî yargı organlarını ve dolayısıyla bunları düzenleyen hukuk olan idare hukukunu etkilemektedir.

#### 2. İdare Hukukunun Anayasal Temelleri

Günümüzde bütün ülkelerde, az ya da çok, idare hukukunun bazı temel kavram, kurum ve kuralları bizzat ülkenin anayasası tarafından belirlenmektedir. Örneğin bizim Anayasamız, 123 ve devamı maddelerinde, Türk idare

hukukunun temel ilkelerini, kurumlarını, kavramlarını doğrudan doğruya düzenlemiştir. İdarenin bütünlüğü (m.123/1), merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkeleri (m.123/2), kamu tüzel kişiliği (m.123/3), yönetmelik (m.124), idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması (m.125/1), idarenin sorumluluğu (m.125/son), merkezî idarî kuruluşunda bölümler (m.126/1), yetki genişliği ilkesi (m.126/2), mahallî idare birimleri (m.127/1), idarî vesayet (m.126/5), kamu görevlileriyle ilgili hükümler (m.128), kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilememesi (m.129/2), kanunsuz emir (m.137) gibi idare hukukunun temel kavram ve ilkeleri bizzat Anayasa tarafından düzenlenmiştir. Keza Anayasa da birçok kamu kurum ve kuruluşuna, idarî yargının organlarının gerek kuruluşuna, gerekse işleyişine ilişkin çok sayıda hüküm vardır. Bu hükümlerin hepsi idare hukukunu doğrudan doğruya etkiler. Bu hükümler nedeniyle “idare hukukunun anayasal temellere (*bases constitutionnelles du droit administratif*)”<sup>198</sup> sahip olduğu söylenebilir. Diğer yandan, Anayasamızın pek çok maddelerinde idareyi doğrudan doğruya olmasa da *dolaylı olarak etkileyen* pek çok hüküm vardır. Örneğin Anayasamızın hukuk devleti ilkesi, idareye vatandaşlara hukukî güvenceler sağlamasını emreder. Sosyal devlet ilkesi, idareye herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlama ödevini yükler. İnsan haklarına saygılı devlet ilkesi, idareye eylem ve işlemlerinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygılı olmaya zorlar.

Bu bağlamda anayasa hukuku ile idare hukuku arasında bir soyutluk-somutluk ilişkisi görülmüştür. Anayasa hukukunun soyut ilkeleri belirlediğini, idare hukukunun bunları somutlaştırdığı sıklıkla düşünülmüştür. Örneğin Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi eski başkanı Fritz Werner’in formülüne göre idare hukuku, “somutlaşmış anayasa hukuku”dur<sup>199</sup>. Aynı şekilde anayasanın genel ilkelerinin idare tarafından uygulamaya konulduğu düşüncesi de yaygın bir düşüncedir. Bu nedenle idare, “çalışmakta olan anayasa (*constitution en action*)” olarak görülmüştür<sup>200</sup>.

### 3. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi<sup>201</sup>

Bu konuda şunu da belirtmek gerekir ki, sadece Anayasa hükümleri değil, Anayasa Mahkemesinin kararları da idareyi ve idare mahkemelerini etkilemektedir. Zira Anayasamızın 153’üncü maddesinin son fıkrasına göre “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayınlanır ve yasma, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar”. Keza Anayasamızın 158’inci maddesinin son fıkrasına göre “diğer mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında,

198. Terim için bkz.: Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.26.

199. Nakleden: Maurer, *op. cit.*, s.20.

200. Maurer, *op. cit.*, s.20.

201. Bu konuda bkz.: Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.626-946.

Anayasa Mahkemesi kararı esas alınır”. Bu hükümler şu anlama gelmektedir ki, idare ve idare mahkemeleri Anayasa Mahkemesi kararlarını da dikkate almak zorundadırlar. Bu nedenlerden dolayı, idare hukukunun gerek Anayasanın hükümlerini, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmaması mümkün değildir. Gerçekten de, gerek Fransız, gerekse Türk idare hukuku kitaplarında, gün geçtikçe artan oranda Anayasa maddesi ve Anayasa Mahkemesi kararı zikredilmekte ve bunlar idare hukuku meselelerinin çözümü açısından incelenmektedir. Bu nedenle, bugün Fransa’da, Almanya’da, Türkiye’de, idare hukukçuları, kendi yüksek idare mahkemelerinin (Danıştaylarının) kararlarını inceliyorlarsa, aynı şekilde kendi ülkelerinin Anayasa Mahkemelerinin kararlarını da incelemek zorunda kalmaktadırlar. Bugün kıta Avrupası ülkelerinde anayasa kurallarına ve anayasa mahkemesi kararlarına atıfta bulunmadan bir idare hukuku kitabı yazmak mümkün değildir. Bu olguya “idare hukukunun anayasallaşması”<sup>202</sup> ismi verilebilir.

Aşağıda ayrıca belirteceğimiz gibi Anayasa Mahkemesinin iptal kararı Danıştayı bağlar; yani Danıştay iptal edilen kanununu yürürlükte sayıp, o kanuna göre artık karar veremez. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı kararların gerekçelerine ilişkin değil, sadece hüküm fıkralarına ilişkindir<sup>203</sup>. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların gerekçelerinde kanunların anlamına ilişkin olarak yaptığı yorumlar Danıştayı bağlamaz. O nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarının Danıştay üzerindeki etkisinin sanıldığı kadar büyük olmama ihtimali, Danıştayın Anayasa Mahkemesinin içtihadını benimsememe ve kendi içtihadını sürdürme imkânı vardır. Bu konuya biraz aşağıda tekrar değineceğiz.

#### 4. İdare Hukukunun Bağımsızlığı

Buna rağmen ne idare tamamıyla Anayasa tarafından belirlenir; ne de idare hukuku tamamıyla anayasa hukukunun etkisi altındadır. Çünkü bir kere idare, devletin en eski organlarından biridir. İdare, anayasadan çok daha önce ortaya çıkmıştır. İdare kavram ve kurumunu anayasalar yaratmamış, onu kurulmuş hâlde bulmuşlardır. Her idarî teşkilâtın, anayasadan bağımsız yapısal ve görevsel özellikleri vardır. İkinci olarak, idare, devletin en yaygın ve geniş organıdır. Milyonlarla ifade edilen personel çalıştırır. Bir yıl içinde milyonlarca ve belki de milyarlarca işlem yapar. Bunca ayrıntılı bir organın ve fonksiyonun bütünüyle mahiyeti gereği sınırlı sayıda genel hükümler içeren Anayasaya tâbi olduğunu söylemek abartılı olacaktır. Üçüncü olarak idare, sadece anayasanın temel ilkelerini gerçekleştirmek için değil, ortak ya-

202. “Diğer hukuk dallarının anayasallaşması” kavramı Louis Favoreu tarafından kullanılmıştır. Bkz.: Louis Favoreu, “Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution de droit”, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n° 1, s.78-79. Türkçede bu konuda bkz.: Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, *op. cit.*, s.194-196.

203. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s. 926-931.

şamın devamını sağlamak amacıyla baştan akla gelmeyecek sayıda ve çeşitlilikte olan sosyal, ekonomik vs. icaplarla da hareket eder. Nihayet kıta Avrupasında idare hukukunun kendine has bir yargı düzeni, ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemesi (Danıştay) vardır. İdarî yargı organları (özellikle üst derece mahkemesi olarak Danıştay) her ülkede, Anayasa Mahkemesinden çok daha eski, çok daha köklü bir kurumdur.

### 5. Danıştayın Anayasa Mahkemesi Karşısında Bağımsızlığı

İdare hukukunun anayasa hukuku karşısında bağımsızlığı sorunu esasen Danıştayın Anayasa Mahkemesi karşısındaki bağımsızlığı sorununa bağlıdır. Zira idare hukukunun kuralları nihâî tahlilde Danıştay, anayasa hukukunun kuralları Anayasa Mahkemesi tarafından müeyyidelendirilmektedir. İlk derece idare mahkemelerinin kararları Anayasa Mahkemesinde değil, Danıştayda temyiz edilerek kesin hüküm hâline gelirler. Anayasa Mahkemesi ne ilk derece idare mahkemelerinin bir üst mahkemesi, ne de Danıştayın üstünde yer olan bir “süper mahkeme”dir. İdare mahkemelerinin temyiz edilmeden veya temyiz edildikten sonra kesin hüküm hâline gelen kararları üzerinde Anayasa Mahkemesinin yapabileceği bir şey yoktur. Anayasa Mahkemesi kararları, kesin hüküm hâline gelmiş bir idare mahkemesi kararı üzerinde hiçbir şekilde hiçbir etkiye sahip değildir. Danıştay ile Anayasa Mahkemesi arasında sadece görev uyuşmazlığı bakımından bir “hiyerarşi” vardır (Anayasa, m.158/son). Başka bakımlardan bir hiyerarşi yoktur. Danıştay da, Anayasa Mahkemesi gibi, kararları kesin hüküm gücüne sahip bir yüksek mahkemedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi ile Danıştay arasında içtihat uyuşmazlığı her zaman çıkabilir. Bu uyuşmazlıklarda Anayasa Mahkemesinin kararının esas alınacağına ilişkin bir kural yoktur; keza bu uyuşmazlığı giderecek bir “içtihadı birleştirme” usûlü de yoktur. Bu şu anlama gelir ki, Danıştay, bir yüksek mahkeme olarak Anayasa Mahkemesi karşısında tamamıyla bağımsızdır. O nedenle Danıştayın kararıyla müeyyidelen-dirilen idare hukuku kurallarının Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla müeyyidelen-dirilen anayasa hukuku kurallarından farklı olma ihtimali her zaman vardır.

Şüphesiz ki, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanun ortadan kalkar. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararı Danıştayı bağlar. Danıştay Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanunu yürürlükte sayıp o kanuna dayanarak bir karar veremez. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermemiş ise, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hakkında yaptığı yorum Danıştayı bağlamaz. Danıştay yürürlükteki kanunları bir yüksek mahkeme olarak, bir başka mahkemenin istediği gibi değil, kendi istediği gibi yorumlama hak ve yetkisine sahiptir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin görüş ve yorumlarının Danıştayı bağladığı söylenemez. Diğer bir ifadeyle, Danıştay Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanuna dayanarak karar veremese de, Anayasa Mahkemesinin diğer kararlarından ve özellikle kararlarının gerekçe kısımla-

rında yaptığı yorumlardan etkilenmez. Bu şu anlama gelir ki, idare hukukunun Anayasa hukukundan bağımsız olması, belli bir konuda anayasa hukuku alanında şöyle bir kural, idare hukuku alanında böyle bir kural olması ihtimal dahilindedir. Yargı ayrılığı sistemine sahip bir ülkede bunu gidermenin, hukukta birliği sağlamanın bir yolu da yoktur. Zaten bu mümkün olsa “ortak hukuk (*common law*)” sistemi ortaya çıkmış olur. Bunu yapmanın tek yolu ise ülkede tek bir yüksek mahkemenin bulunmasından geçer. Birden fazla yüksek mahkeme oldukça birden fazla hukuk ve kaçınılmaz olarak bunlar arasında çelişkiler de olacaktır.

## 6. İdarenin Anayasa Mahkemesi Karşısında Bağımsızlığı

İdare, Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla bağlıdır. Zira Anayasamızın 153’üncü maddesinin son fıkrası “Anayasa Mahkemesi kararları yürütme organlarını, idare makamlarını bağlar” demektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararında bağlayıcı olan şey, kararın gerekçesi, bu gerekçede yapılan yorumlar değil, sadece “hüküm fıkrası”dır<sup>204</sup>. Dolayısıyla idare, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanunu yürürlükte sayıp ona dayanarak eylem ve işlemlerde bulunamaz. Ancak idare Anayasa Mahkemesinin iptal etmeyip yürürlükte bıraktığı bir kanunu Anayasa Mahkemesinin istediği şekilde yorumlamak zorunda değildir. Bu konuda idareye yükümlülük yükleyen bir kural hukuk sistemimizde yoktur. Anayasanın 153’üncü maddesinin son fıkrasının anlamı, iptal edilen kanunun yürürlükten kalkması, iptal edilmeyen kanunun yürürlükte kalmaya devam etmesinden ibarettir. Diğer yandan idareye böyle bir yükümlülük, Anayasanın 11’inci maddesinden yola çıkılarak da getirilemez; Çünkü bu maddeye göre, idare, “Anayasa Mahkemesinin Anayasa hükümlerine atfettiği anlam” ile değil, doğrudan doğruya “Anayasa hükümleri” ile bağlıdır. Özetle idare, Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumlarla bağlı değildir; yürürlükteki bir kanunu kendi istediği gibi yorumlayabilir. Anayasa Mahkemesinin kendi yorumunu idareye empoze edebilmek için sahip olduğu herhangi bir imkân da yoktur. Eğer idarenin bir kanunu belirli bir biçimde yorumlayarak yaptığı bir işleme karşı dava açılırsa, bu yorum tarzının doğru olup olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından değil, idarî yargı organları tarafından denetlenecektir. Dolayısıyla idare, Anayasa Mahkemesinin değil, idarî yargı organlarının kanunlar hakkında yaptığı yoruma itibar eder; çünkü idarenin yaptığı işlemleri iptal edecek olan makam, Anayasa Mahkemesi değil, idarî yargı organlarıdır. Buradan da aynı sonuca varıyoruz: İdare, Anayasa Mahkemesi değil, Danıştayın kararlarını izler; dolayısıyla idare hukuku, anayasa hukukundan bağımsızdır.

204. *Ibid.*



## 7. Anayasa Hukukunun Geçiciliği - İdare Hukukunun Kalıcılığı

Devletlerin anayasal düzeninde zaman zaman değişiklikler olur. Bu değişiklikler idare hukukuna da yansır. Ancak bu yansıma derhal olmaz. Anayasal değişikliklere göre daha yavaş ve daha geç olur<sup>205</sup>. Anayasal düzendeki değişikliklerin idare hukukuna yansıtılabilmesi için birçok yeni kanunun çıkarılması, mahkemelerin içtihatlarını değiştirmesi, doktrinin görüşlerini tekrar biçimlendirmesi gerekir ki, bu uzun soluklu bir süreci gerektirir<sup>206</sup>. Bu şu anlama gelir: Anayasa hukuku istikrarsız bir hukuk olmasına rağmen, idare hukuku istikrarlı bir hukuktur. Bu durumu ifade etmek için Almanya’da “anayasa hukuku geçer; idare hukuku baki kalır (*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*)” özdeyişi kullanılmaktadır<sup>207</sup>. Bu özdeyiş, idare hukukunun devamlılığını dile getirir ki, bu büyük ölçüde doğrudur<sup>208</sup>. Örneğin Fransa’da 1789 Fransız ihtilalinden bu yana, 16 Anayasa ve 19 geçici rejim görülmesine<sup>209</sup>, yani Anayasa kuralları iki yüzyılda 30 küsur defa değişmesine rağmen, idare hukuku kuralları büyük ölçüde değişmeden kalmış, anayasal gelişmelerden büyük ölçüde etkilenmemişlerdir. Bu anlamda Georges Vedel, “anayasa hukukunun devamsızlığı (*discontinuité du droit constitutionnel*)”ndan, ama “idare hukukunun devamlılığı (*continuité du droit administratif*)”ndan bahsetmektedir<sup>210</sup>.

## 8. İdare Hukuku ile Anayasa Hukuku Arasında Sınır Sorunu<sup>211</sup>

Anayasa hukukunun incelediği konulardan biri devletin yürütme orga-

205. Maurer, *op. cit.*, s.21.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*

209. Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1995, s.19-21.

210. Georges Vedel, “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge”, *Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, s.777’den nakleden Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.8.

211. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, İkinci Baskı, 1999, s.170-175; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2e édition, 1947; s.1-4; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989), s.4-5; Michel Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, s.10; Charles Cadoux, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, (tome I : Théorie générale des institutions politiques), Paris, Cujas, 3e édition, 1988, s.8-10; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri* (Cilt I, Fasikül I), İstanbul, Baha Matbaası, 1960, s.52-55; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.3-5; Arsel, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.7-8; Sadık Tüzel, *Anayasa Hukuku*, İzmir, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1969, s.24-25; Maurer, *op. cit.*, s.20-21, 27-28; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.8-9; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.21-22; Jacques Robert, “Droit administratif et droit constitutionnel”, *Revue du droit public*, 1998, n° 4, s.971-978.

nının kuruluşu ve işleyiştir. Bu konu itibarıyla idare hukuku ile anayasa hukuku alanında ortaklık vardır. Acaba “yürütme” konusunda, anayasa hukuku ile idare hukuku arasındaki sınır çizgisi nereden geçer?

### a) Önerilen Kriterler

Anayasa hukuku ile idare hukuku arasındaki ayırım konusunda çeşitli kriterler önerilmiştir<sup>212</sup>: **(1)** Birinci olarak, yürütme organının “yüksek makamları”nın incelenmesinin anayasa hukukunun, buna karşılık “alt makamları”nın, özellikle “basit idarî makamlar (*simples autorités administratives*)”nın incelenmesinin idare hukukunun alanına girdiği söylenmektedir<sup>213</sup>. Bu ayırma göre, Cumhurbaşkanının ve başbakanın incelenmesi anayasa hukukunun, ama valinin, kaymakamın veya muhtarın incelenmesi idare hukukunun konusuna girer. **(2)** Bazı yazarlar da, anayasa hukuku ile idare hukuku arasındaki ayırımı, “hükûmet etmek (*gouverner*)” ile “idare etmek (*administrer*)” arasındaki fark ile açıklamaya çalışmıştır. Bunlardan birincisi anayasa hukukunun konusunu, ikincisi ise idare hukukunun konusunu oluşturur<sup>214</sup>. **(3)** Diğer bazı yazarlar da idare hukuku ile anayasa hukuku arasındaki ayırımı “idarî işler” ile “siyasî işler” arasındaki ayırım ile açıklamaya çalışmışlardır<sup>215</sup>.

### b) Eleştirisi<sup>216</sup>

Anayasa hukuku ile idare hukuku ayırımı konusunda ileri sürülen yukarıdaki kriterler, bu iki hukuk dalının farkları konusunda şüphesiz bir fikir vermektedir. Ancak bu ayırım sorununu kesin bir şekilde çözdüklerini söylemek mümkün değildir. Çünkü: **(1)** Devletin yüksek organları ile alt organları arasında kesin bir sınır çizgisi yoktur. Yüksek organlardan alt organlara

212. Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2e édition, 1947; s.1-4; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989), s.4-5; Michel Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, s.10; Charles Cadoux, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Théorie générale des institutions politiques), Paris, Cujas, 3e édition, 1988, c.I, s.8-10; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri* (Cilt I, Fasikül I), İstanbul, Baha Matbaası, 1960, s. s.52-55; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.3-5; Arsel, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.7-8; Sadık Tüzel, *Anayasa Hukuku*, İzmir, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1969, s.24-25; Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982, s.22-23; Onar, *op. cit.*, c.I, s.11.

213. Laferrière, *op. cit.*, s.1.

214. Laferrière, *op. cit.*, s.1; Vedel, *Droit constitutionnel, op. cit.*, s.4; Arsel, *Anayasa Hukuku: Demokrasi, op. cit.*, s.7.

215. Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku, op. cit.*, s.54; Kubalı, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.3.

216. Bu kriterlerini değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi, op. cit.*, s.173-175.

hangi noktadan itibaren geçildiğini kimse söyleyemez. O nedenle devletin yüksek organları ile alt organları ayrımı ile temellendirilen “anayasa hukuku - idare hukuku ayrımı” eleştiriye açıktır. Kaldı ki yüksek organların tartışmasız olarak idari nitelikte” olan işlemleri de vardır. Örneğin Cumhurbaşkanının memur atama işlemleri devletin en yüksek makamından çıkmasına rağmen, bir “idarî işlem”dir ve idare hukukunun konusuna girer. Diğer yandan alt makam olarak düşünülen muhtarın seçimi anayasa hukukunun konusuna girer. (2) Keza “hükümet etmek” ile “idare etmek” arasında da kesin bir ayrım yapılamaz. Zira “idare” görevi de hükûmetin çizdiği çerçevede yerine getirilir. Yani idare etmek kavramı hükümet etmek kavramıyla çok yakından ilişkilidir. (3) Diğer yandan, “siyasî işler - idarî işler”, “siyasî makamlar - idarî makamlar” şeklinde yapılan ayrımlar da eleştiriye açıktır. Örneğin bakanların, bir siyasî makam olarak anayasa hukukunun inceleme alanına girdiklerine şüphe yoktur. Ancak, bir millî kamu hizmetini yürüten kuruluşun başı olarak, bakanların idare hukukunun inceleme alanına girdiğinden de şüphe edilemez. Sonuç olarak, yukarıdaki kriterler kullanılarak, anayasa hukuku ile idare hukuku arasında tutarlı ve kesin bir ayrım ihdas etmek mümkün değildir.

### c) Görüşümüz

Kanımızca anayasa hukuku ile idare hukuku arasında yürütmeyi incelemek açısından *organik* ve *fonksiyonel* açılardan şöyle bir görev çizgisi çizilebilir:

aa) *Organik Bakımından*<sup>217</sup>. - Kanımızca, bakanların ve Başbakanın seçilmesi, atanması ve görevlerinin sona ermesi, Bakanlar Kurulunun kurulması ve sona ermesi, Cumhurbaşkanının seçilmesi, görevinin sona ermesi konuları münhasıran anayasa hukukunun inceleme alanına girer. Anayasa hukuku, bakanlar, Başbakan, Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı dışında kalan idarî organ, kurum, kuruluş, makam ve mercileri incelememeli; bunları idare hukukuna bırakmalıdır. Buna göre, merkezî idarenin başkent teşkilâtında bakanlar, Başbakan, Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı dışında kalan kısmı, merkezî idarenin taşra teşkilâtı (il, ilçe, bucak), ve yerinden yönetim kuruluşlarını (il özel idaresi, belediye, köy; üniversiteler, TRT, meslek kuruluşları vs.) incelemek idare hukukunun görev alanına girer. Şüphesiz neden bu sınırı bakanlardan geçirdik sorusuna objektif bir yanıt veremeyiz. Ancak, madem ki, üniversiteler de anayasa hukukundan ayrı “idare hukuku” diye bir anabilimdalı ve ayrı bir ders var; o halde anayasa hukukunun yürütme konusunda her şeye el atmaması, bu konunun bir kısmını idare hukukuna bırakması, iş bölümü, uzmanlık ve pedagojik nedenlerle uygun olur.

217. Organik kriter hakkında bkz. *supra*, s.29.

*bb) Fonksiyonel Bakımından.* - Kanımızca, yürütme fonksiyonunun idarî nitelikte olan kısmı, hangi makamdan çıkarsa çıksın idare hukukunun inceleme alanına girer. Örneğin üçlü kararnameyle yapılan bir atama işlemi organik açıdan anayasa hukukunun inceleme alanına giren Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanından çıkar; ama bu işlemin kendisi idarî işlem niteliğindedir; bunu incelemek idare hukukunun alanına girer. Ancak yürütme organının yasama organıyla ilişkileri ve bu ilişkiler dolayısıyla yaptıkları işlemler her halükârda idare hukukunun değil, anayasa hukukunun inceleme alanına girer. Keza yürütme organının yabancı devletlerle olan ilişkileri ve bu ilişkiler neticesinde yaptıkları işlemler yine idare hukukunun değil; bir yönüyle anayasa hukukunun, bir yönüyle uluslararası hukukun inceleme sahasına girer.

Yürütme organının düzenleyici işlemleri alanında anayasa hukuku ile idare hukukunun arasında tam bir konu ortaklığı vardır. Yürütme organının düzenleyici işlemleri (kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik) tartışmasız bir şekilde idare hukukunun inceleme alanına giren ve genelde bütün idare hukuku genel eserlerinde incelenen konulardır. Ancak, aynı konular yine aşağı yukarı bütün anayasa hukuku kitaplarında da incelenir. Üstelik, kanun hükmünde kararname, Bakanlar Kurulundan çıkmakla birlikte, bu kararnamenin çıkarılabilmesi için baştan Meclisten yetki alınmakta, sonra da çıkarılan kanun hükmünde kararname Meclisin onayına sunulmaktadır. Keza kanun hükmünde kararname normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde bir işlemdir. Ayrıca, kanun hükmünde kararnamelerin denetimi Danıştayın değil, Anayasa Mahkemesinin görev alanına girmektedir. Tüm bu nedenlerden dolayı kanun hükmünde kararname anayasa hukukunun da bir konusudur. İdare hukukunda yürütme organının düzenleyici işlemleri incelenirken, sadece tüzük ve yönetmeliği inceleyip, kanun hükmünde kararnameyi incelemek ise olmayacak bir şeydir. Biz de yürütme organının düzenleyici işlemlerinin hem anayasa hukuku, hem de idare hukuku tarafından incelenebileceğini düşünüyoruz. Bu bakımından anayasa hukuku kitabımız da, idare hukukunu incelediğimiz bu kitabımızda da kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklere ilişkin incelemeler vardır. Ancak yine de şunu belirtelim ki, kanun hükmünde kararname esas itibarıyla anayasa hukukunun, tüzük ve yönetmelik ise idare hukukunun alanına girer.

## B. İDARE HUKUKU - MALÎ HUKUK

“İdare hukuku” ile “malî hukuk (vergi hukuku ve kamu harcamaları hukuku)” arasında genellik-özellik ilişkisi vardır. Malî hukuku, idare hukukunun kamu gelirleri ve giderleri konusunu işleyen kısmı olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, malî hukuk, idare hukukunun malî konulara uzanmış kısmıdır. Kamu harcamaları yapmaya yetkili makamlar birer idarî makamdır. Bunların işlemleri bir idarî işlem oluşturur. Keza vergi idaresi de bir idaredir. Vergi idaresinin işlemleri de bir idarî işlem oluşturur.

Bu nedenle, ayrı bir mali yargı kurulmadıkça, kamu gelirleri ve giderlerine ilişkin uyuşmazlıklara bakmak idarî yargının görev alanına girer. Nitekim ülkemizde, vergi mahkemeleri idarî yargı sistemi içinde örgütlendirilmiştir.

İdare hukuku ile malî hukuk arasında “genel hüküm-özel hüküm” ilişkisi vardır; idare hukuku “genel hüküm (*lex generalis*)”, malî hukuk, “özel hüküm (*lex specialis*)” niteliğindedir. Bu şu anlama gelir ki, malî bir konuda, malî kanunlarda ve malî içtihatlarda bir hüküm varsa, o konuda idare hukuku kuralları değil, o malî hukuk kuralları uygulanır. Ancak, malî bir konu hakkında malî kanunlarda ve içtihatla bir hüküm yoksa, ortaya çıkan boşluk, idare hukukunun kural, kavram ve ilkeleri uygulanarak doldurulabilir.

### C. İDARE HUKUKU - VATANDAŞLIK HUKUKU

Vatandaşlık (daha doğru bir deyimle tabiiyet) bir kişiyi veya şeyi devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağa verilen isimdir. Vatandaşlık hukukunun başlıca inceleme konusu vatandaşlığın nasıl kazanılması ve kaybedilmesidir. Vatandaşlığın gerek kazanılması, gerek kaybı birçok hâlde Bakanlar Kurulu kararı olur. Bu karar tamamıyla bir idarî işlemdir ve Danıştayın yargısal denetimine tâbidir. Dolayısıyla bu işlemler idare hukukunun da alanına girer. Burada görüldüğü gibi, “idare hukuku” ile “vatandaşlık hukuku” arasında “genel hüküm-özel hüküm” ilişkisi vardır; idare hukuku “genel hüküm (*lex generalis*), vatandaşlık hukuku, “özel hüküm (*lex specialis*)” niteliğindedir. Bu şu anlama gelir ki, vatandaşlık hukukunda bir hüküm varsa, o konuda idare hukuku değil, vatandaşlık hukuku uygulanır. Ancak, vatandaşlık konusunda, vatandaşlık hukukunda bir hüküm yoksa, ortaya çıkan boşluk, idare hukukunun kural, kavram ve ilkeleri uygulanarak doldurulabilir.

### D. İDARE HUKUKU - YABANCILAR HUKUKU

Yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimsedir. Yabancılar hukuku ise, belli bir ülkede yabancıların sahip oldukları hakları ve ödevleri düzenleyen hukuk dalıdır. Yabancılarla ilgili eylem ve işlemler (örneğin yabancıya oturma veya çalışma izni verilmesi, yabancıнын sınırdışı edilmesi, vs.) idarî makamlardan (özellikle İçişleri Bakanlığında) çıkar ve bunlar tamamıyla bir idarî işlemdir; denetimleri konusunda kural olarak idarî yargı organları görevlidir. O hâlde, yabancılar hukukunun aslında idare hukukunun yabancılar alanına uzanmış bir kısmı olduğunu söylemekte büyük bir yanlış yoktur. “İdare hukuku” ile “yabancılar hukuku” arasında da “genel hüküm-özel hüküm” ilişkisi vardır; idare hukuku “genel hüküm (*lex generalis*)”, yabancılar hukuku, “özel hüküm (*lex specialis*)” niteliğindedir. Bu şu anlama gelir ki, yabancılar hukukunda bir hüküm varsa, o konuda idare hukuku değil, yabancılar hukuku uygulanır. Ancak, yabancılar konusunda, yabancılar hukukunda bir hüküm yoksa, orta-

ya çıkan boşluk, idare hukukunun kural, kavram ve ilkeleri uygulanarak doldurulabilir.

Burada ayrıca belirtelim ki, imar hukuku, memur hukuku, kamu hizmetleri hukuku, vs. dallar tamamıyla idare hukukunun alt dalı niteliğindedir. O nedenle bunlarla idare hukuku arasındaki ilişkilere ayrıca değinmenin bir anlamı ve gereği yoktur.

## E. İDARE HUKUKU - CEZA HUKUKU

Ceza kanunu idareyi de bağlar. Dolayısıyla ceza hukuku hükümleri idarî faaliyetin bir sınırıdır. Bu şu anlama gelir ki, idarî makam ve merciler, konusu suç teşkil eden bir faaliyette bulunamazlar; bulunurlarsa, bu makam ve mercileri işgal eden gerçek kişiler, ceza hukuku anlamında suç işlemiş olurlar ve cezalandırılırlar. Anayasamızın 137'nci maddesinin ikinci fıkrası açıkça “konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz” demektedir. Ayrıca Türk Ceza Kanununda idarenin görevlileri tarafından işlenebilecek çeşitli suçlar öngörülmüş ve vatandaş idareye karşı ceza müeyyidesiyle korunmuştur.

26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesi kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanmasını, 258'nci maddesi kamu görevlilerinin göreve ilişki sırları açıklamasını, 260'nci maddesi kamu görevlilerinin kamu görevini hukuka aykırı olarak terk etmelerini, 262'nci maddesi kişilerin kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi yasaklamakta ve yasaklara aykırı davranan kişilere ceza verilmesini öngörmektedir.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu, devlet idaresini ve idarenin görevlilerini de vatandaşlara karşı korumakta çeşitli maddelerinde vatandaşların idare ve memurlara karşı bazı fiiller yapmalarını yasaklamaktadır. Örneğin Türk Ceza Kanununun dördüncü kısmının birinci bölümünde kamu idaresinin güvenirliliğine ve işleyişine karşı suçlar; aynı kısmın üçüncü bölümünde devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, dördüncü bölümünde devletin güvenliğine karşı suçlar, beşinci bölümünde anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, altıncı bölümde milli savunmaya karşı suçlar, yedinci bölümde devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları düzenlenmektedir.

Keza eski Türk Ceza Kanununun bir maddesi vardı ki, idarî kolluk emirlerinin genel yaptırımını oluşturmaktaydı. “Salahiyettar mercilerin emirlerine itaatsizlik” başlıklı fasılda bulunan 526'ncı maddeye göre “yetkili makamlar tarafından... verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse eylem ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis ve altı bin liradan onsekiz bin liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılır”dı. Bu maddeye benzer bir maddeye 26 Eylül 2004

tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda değil, 30 Mart 2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32'nci maddesinde yer verilmiştir. Ancak bu maddede öngörülen müeyyide bir cezaî müeyyide (yani hapis veya adlî para cezası) değil, idarî müeyyide, yani idarî para cezasıdır.

Ayrıca idare hukuku, ceza hukukunun bazı kavram, kurum ve ilkelerinden esinlenerek, onları idarî alanda benzer bir şekilde uygulamaktadır. Örneğin idare idarî düzeni bozan fiillere para cezası gibi çeşitli yaptırımlar uygulamaktadır. Bu tür yaptırımlar dolayısıyla “idarî ceza hukuku” veya “cezaî idare hukuku” kavramları kullanılmaktadır<sup>218</sup>. Diğer yandan idare hukukunda ki savunma hakkı, dinlenilme hakkı, çalışma ilkesi gibi bazı hak ve ilkeler ceza muhakemesi hukukundan esinlenerek oluşturulmuştur.

## F. İDARE HUKUKU - ULUSLARARASI HUKUK

Uluslararası hukuk, bir devlet ile diğer devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır. Bu nedenle idare hukuku ile uluslararası hukuk arasında yakın bir ilişki yoktur. Ancak, bu bağlamda şu noktalara işaret etmek gerekir: Bir kere, usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası andlaşmalar Türk iç hukukunda kanun değerinde olduğuna göre (Anayasa, m.90/son), bunlar idareyi ve idare mahkemelerini bağlarlar. Yani yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar, idare hukukunun bir kaynağıdır. Dolayısıyla idare bu andlaşmalara uymalıdır; uymuyorsa, idare mahkemeleri bu uluslararası andlaşmalara aykırılık nedeniyle idarenin işlemlerini iptal edebilirler.

Diğer yandan devletin uluslararası ilişkilerini yürüten diplomatik temsilciler, personel hukuku bakımından idare hukukuna tâbidir. Bunların mesleğe alınması, tayin ve terfileri birer idarî işlem niteliğindedir. Bu atamalarda idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olması bu işlemlerin idarî işlem sayılmalarına engel değildir.

Keza bir devletin diğer devlet ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlem ve işlemler (pazarlık yapmak, andlaşma akdetmek, onaylamak, diğer devlete ambargo ilân etmek, misilleme yapmak, başka bir ülkeye asker göndermek, başka ülkenin askerlerini kabul etmek, savaş yapmak, vs.) temelde idarî makamlar tarafından yapılır veya gerçekleştirilir. Bu nedenle bu işlerin birer idarî iş olduğu, dolayısıyla bunların idare hukukunun inceleme sahasına girebileceği akla gelebilirse de, aşağıda yedinci bölümde göreceğimiz gibi, bu tür işlemler idarî işlem değil, “hükûmet tasarrufu” oluşturur ve bunlar idarî yargı tarafından denetlenemezler. Şüphesiz bir idarî işlemin idarî yargı tarafından denetlenememesi onun idarî işlem olmadığı anlamına gelmez. Ancak kanımızca, söz konusu işlemler mahiyetleri gereği idarî nitelikte değildir. Bu eylem ve işlemleri idare hukuku incelememelidir.

218. Bu kavramların açıklanması ve eleştirisi için bkz. Yücel Oğurlu, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, 2001, s.29-32.

## G. İDARE HUKUKU - MUHAKEME HUKUKLARI

İdare hukuku, genel mahkemeler (adlî yargı organları) tarafından değil, idarî yargı organları tarafından uygulanır. O nedenle, idare hukukunun kendine has bir muhakeme hukuku vardır ki, buna “idarî yargılama hukuku” veya kısaca “idarî yargı” denir. Biz idarî yargıyı ayrı bir kitap hâlinde inceleyeceğiz. Bununla birlikte, muhakeme hukukları ile idarî yargılama hukuku arasında yakın ilişkiler vardır. İdarî yargı organları da adlî yargı organlarının uyguladığı usûle benzer bir yargılama usûlü uygularlar. Dahası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu karşısında genel hüküm niteliğindedir. Zira İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 31’inci maddesi “bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır” demektedir. Dolayısıyla bu sayılan konularda idarî yargı organları medenî usûl hukukunu uygularlar.

Ayrıca şuna da belirtelim ki, maddî idarî hukuku da, bazı durumlarda ceza muhakemesi hukukundan esinlenmektedir. Örneğin idare, ilgili kişiye savunma hakkı tanımadan ona disiplin cezası veremez. Aşağıda idarî işlemin usûl unsurunu inceleyen (Bölüm 9), göreceğimiz “çelişme ilkesi (*principe contradictoire*)” idare hukukuna ceza muhakemesi hukukundan geçmiştir.

Nihayet ceza muhakemesi hukukunda bazı durumlarda vali, Adalet Bakanı gibi bazı idarî makamlara bazı âdli yetkiler verildiği görülür. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 12 ve 13’üncü maddelerine göre yabancıların ve vatandaşların yabancı ülkelerde işlediği bazı suçların bazı koşullar altında Türkiye’de yargılanabilmesi için yargılamanın Adalet Bakanı tarafından istenmesi gerekmektedir. Aynı Kanunun 299’üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı hakaret suçundan dolayı kovuşturma, 301’inci maddesine göre Türklüğe hakaret suçlarından dolayı soruşturma Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Keza 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309’üncü maddesine göre, “kanun yararına bozma (yazılı emir)” usûlünde, adalet bakanı istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen ve hukuka aykırı olan karar veya hükümlerin Yargıtayca bozulması istemini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirebilir (Eski 1412 sayılı CMUK, m.343’te benzer hüküm vardı).

*Eski Örnek:* 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun 148’inci maddesine göre, valiler kamu davası açılmasını kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcısından isteyebilirlerdi.

Aşağıda idarî işlemleri inceleyeceğimiz yedinci bölümde göreceğimiz gibi adlî yargı organlarının bazı iç düzen işlemleri, yazı işleri vs. idarî niteliktedir; bunlar idare hukukuna tâbidirler.

## H. İDARE HUKUKU - ÖZEL HUKUK DALLARI

Şüphesiz ki, idare hukukunun en uzak olduğu dallar, medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukuk dallarıdır. Ancak bunlarla da idare hukukunun zaman zaman ilişkisi vardır. İdare hukukunun kullandığı birçok kavram, kurum ve ilke (örneğin hukukî işlem, sorumluluk, tüzel kişi-



lik, sözleşme, personel, mal) idare hukukundan çok daha önce özel hukuk tarafından hazırlanmış; idare hukuku bu kavram ve kurumlar esas itibarıyla özel hukuktan almıştır. Ancak idare hukuku bu özel hukuk kavramlarını çoğunlukla olduğu gibi almamış, bunları kendine uydurmuştur. Nihayet bazı istisnaî durumlarda idarî yargı hakimi bir medenî hukuk kavramını, kurumunu veya ilkesini olduğu gibi uygulayabilir. Örneğin medenî hukuktaki iyiniyet ilkesi idare hakimi tarafından uygulanabilir.

İdare hukuku - özel hukuk ilişkisi bakımından şunu özellikle vurgulamak gerekir: Aşağıda birçok örneğini göreceğimiz gibi, idarenin faaliyetlerine her zaman idare hukuku değil, birçok durumda özel hukuk uygulanır. İdarî işlemlerden bahsedilirken, idarenin özel hukuk işlemlerinden, idarî sorumluluktan bahsedilirken idarenin özel hukuk sorumluluğundan, idarî sözleşmelerden bahsedilirken idarenin özel hukuk sözleşmelerinden, kamu mallarından bahsedilirken idarenin özel mallarından, kamu görevlilerinden bahsedilirken idarenin özel hukuka tâbi personelinden de bahsedilir. Ve tüm bunlara idare hukuku değil, özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanan veya bunlarla ilgili uyuşmazlıklar adlî yargıda karara bağlanır. Hatta idarenin özel hukuka göre faaliyetine Alman idare hukukunda “özel idare hukuku (*Verwaltungsprivatrecht*)” ismi verilmektedir<sup>219</sup>.

Bazı istisnaî işlemlerde, idareden çıkan bir işlem, esas itibarıyla idare hukukuna tâbidir. Ancak işlemin başlangıcında, ortasında veya sonunda bazı özel hukuk işlemleri de yapılmaktadır. Örneğin kamulaştırma işlemi böyledir.

İdare hukuku - özel hukuk ilişkisiyle ilgili olarak şunu ayrıca belirtmek gerekir ki, idare hukukunun tanımı dahi özel hukuka kıyasen yapılmaktadır. Yukarıda gördüğümüz gibi idare hukuku, “özel hukuku aşan kurallar” olarak tanımlanmaktadır. Fransız literatüründe özel hukuku aşan değil, “genel hukuku” veya “ortak hukuku aşan kurallar (*règles exorbitantes du droit commun*)” tabiri kullanılıyorsa da burada, “genel hukuk” veya “ortak hukuk (*droit commun*)” ile kastedilen şey özel hukuk, özellikle de medenî hukuktur<sup>220</sup>. Fransız idare hukuku doktrininde ve yargı içtihatlarında “genel hukuk (*droit commun*)” tabiri kullanılmaktadır. Türkiye’de aynı anlamda “genel hükümler” ifadesi kullanılmaktadır. Fransa’da kullanılan *droit commun* ve Türkiye’de kullanılan *genel hükümler* tabiriyle özel hukuk kastedilir ve bu şu anlama gelir ki, özel hukuk genel hüküm, idare hukuku ise özel hüküm niteliğindedir. Yani, özel hukuk, genel geçerliliğe sahip bir hukuk, idare hukuku ise istisnaî durumlarda uygulanan (*régime de dérogation*) bir hukuk, yani “istisna hukuku (*droit d’exception*)”dur<sup>221</sup>. Dolayısıyla, idare ve vatandaş

219. Maurer, *op. cit.*, s.39-43, özellikle 42.

220. Bénétoit, *op. cit.*, s.61.

221. Bénétoit, *op. cit.*, s.61. Bénétoit bu düşünceleri aktarmakta, ama bunları eleştirmektedir.

idare arasındaki ilişkiler alanında ortaya çıkan bir sorun için idare hukukunda bir kural yoksa, bu soruna özel hukuk uygulanabilir. Yani idare hukukunda boşluk yoktur, zira ortaya çıkan boşluklar özel hukuk ile doldurulabilir.

İdare hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişkileri aşağıda idarî işlemler, idarî sözleşmeler, kamu görevlileri, kamu malları, idarenin sorumluluğu gibi konularda bolca göreceğiz. İdarî sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasında büyük benzerlik vardır. Kamu görevlileri hukuku ile iş hukuku arasında, kamu malları hukuku ile eşya hukuku, idarenin sorumluluğu ile borçlar hukukunun bir kolu olan sorumluluk hukuku arasında büyük benzerlikler vardır. İdarî sözleşmeler alanında büyük ölçüde borçlar hukukunun kavramları kullanılır. Kamu görevlileri hukuku, kamu personelinin hak ve borçlarını; iş hukuku ise özel kişilerin çalıştırdığı personelin hak ve borçlarını düzenler. Kamu malları esas itibarıyla eşya hukukunun geliştirdiği kavramları kullanır. İdarî sorumluluktaki temel kavramlar da esas itibarıyla çok daha önceleri özel hukuk tarafından geliştirilmiştir.

## VIII. İDARE HUKUKUNUN BÖLÜMLERİ

**Bibliyografya.-** Maurer, *op. cit.*, s.36-59; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.9-11; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.20-21.

İdare hukuku, gerek Fransız<sup>222</sup>, gerek Alman hukukunda<sup>223</sup> yerleşmiş olan bir ayrıma göre “genel idare hukuku” ve “özel idare hukuku” şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Önce genel idare hukuku, sonra özel idare hukukunu görmek daha mantıklı görünüyorsa da bunların ne olduğunu söyleyebilmek için bunun tersinin yapılmasında yarar vardır:

### A. ÖZEL İDARE HUKUKU

İdare hukuku çok çeşitli alanlara uygulanmaktadır<sup>224</sup>. Zira idarenin çok çeşitli faaliyet sahaları vardır: Güvenlik, ulusal savunma, trafik, maliye, ekonomi, eğitim, sağlık, imar, orman, çevre, bayındırlık, gümrük, turizm, vs<sup>225</sup>. İdare hukukunun idarenin bu özel faaliyetlerine uygulanması sonucu ortaya idare hukukunun çeşitli dalları çıkar: Trafik hukuku, malî hukuk, ekonomik kamu hukuku, eğitim idaresi hukuku, sağlık idaresi hukuku, imar hukuku, orman hukuku, çevre hukuku, bayındırlık hukuku, gümrük hukuku, turizm hukuku, vs. Bu alanlar çoğunlukla kendilerine has kanunlarla düzenlenir; Trafik Kanunu, Vergi Usûl Kanunu, Millî Eğitim Kanunu, Yükseköğretim Kanunu, İmar Kanunu, Orman Kanunu, Gümrük Kanunu vs. Bu tür idare

222. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.9-10.

223. Maurer, *op. cit.*, s.36-37.

224. *Ibid.*, s.37.

225. *Ibid.*, s.14.

hukukuna “özel idare hukuku (*droit administratif spécial*<sup>226</sup>, *besonderes Verwaltungsrecht*<sup>227</sup>)” denir. Özel idare hukukuna, ceza hukuku ve borçlar hukukundaki benzer ayırmalardan esinlenerek, “idare hukukunun özel hükümleri” veya “idare hukukunun özel kısmı” ismini de verebiliriz. Aynı mantıkla, “genel idare hukuku”na “idare hukukunun genel hükümleri” veya “idare hukukunun genel kısmı” veya Türkiye’de daha yaygın olan bir tabirle “idare hukukunun genel esasları” da denebilir<sup>228</sup>.

## B. GENEL İDARE HUKUKU

Yukarıda belirtildiği gibi, idare hukuku, kamu idaresinin çok çeşitli alanlarına uygulanmaktadır<sup>229</sup>. Zira idarenin çok çeşitli faaliyet sahaları vardır: Güvenlik, millî savunma, trafik, maliye, ekonomi, ulaştırma, eğitim, sağlık, imar, orman, çevre, bayındırlık, gümrük, turizm, vs<sup>230</sup>. İşte idare hukukunun bütün bu alanlarda uygulanabilen, kavram, kurum ve kuralları “genel idare hukuku (*droit administratif général*<sup>231</sup>, *allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>232</sup>)”nu oluşturur. Diğer bir ifadeyle, genel idare hukuku, idarî faaliyetin bütün sahalarında ortak ve genel bir geçerliliğe sahip kavram, kurum ve kurallardan meydana gelir. Kanımızca idarî teşkilât, idarî işlemler, kamu hizmeti, kolluk, kamu görevi, kamu malları, idarî sorumluluk, idarenin denetlenmesi konuları genel idare hukuku konularıdır. Zira bunlar idarî faaliyetin bütün alanlarında uygulaması olabilen kavram, kurum ve kuralları içermektedirler. Şöyle ki:

**1. İdarî Teşkilât.-** “İdarî teşkilât (*organisation administrative*)” konusu genel idare hukuku konusudur. Çünkü bu konuda görülen, kamu tüzel kişiliği, merkezden yönetim, yerinden yönetim, idarî hiyerarşi, idarî vesayet, yetki genişliği, kamu idaresi, kamu kurumu gibi kavram, kurum ve kurallar, sadece belirli bir idarî faaliyet alanında değil, akla gelebilecek bütün idarî faaliyet alanlarında geçerlidir. Örneğin kamu tüzel kişiliği devlet için de, üniversite için de, bir belediye için de, bir köy için de, TRT için de geçerli bir kavramdır.

**2. İdarî İşlemler.-** “İdarî işlemler (*actes administratifs*)” konusu da genel idare hukukuna ait bir kavramdır. Aşağıda sekizinci bölümde göreceğimiz gibi, idarî işlemler, tek taraflı ve iki taraflı olmak üzere ikiye ayrılır. Tek

226. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, s.9.

227. Maurer, *op. cit.*, s.37.

228. Ancak Türkiye’de “idare hukukunun genel esasları” ifadesinden kastedilen şey “idarî yargı” hariç idare hukukudur. Oysa bizim burada “genel idare hukuku” dediğimiz şey idarî yargı da dahildir.

229. Maurer, *op. cit.*, s.37.

230. *Ibid.*, s.14.

231. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, s.9.

232. Maurer, *op. cit.*, s.37.

tarafli idarî işlemler de bireysel ve düzenleyici olmak üzere ikiye ayrilir. Bireysel idarî işlemlere “idarî karar” denir. Düzenleyici işlemler, kanun hükümünde kararname, tüzük ve yönetmeliktir. İki tarafli idarî işlemler ise “idarî sözleşmeler”dir. İdare, hangi faaliyet alanında olursa olsun belli bir sonuç doğurmak amacıyla iradesini bir “idarî işlem” biçiminde açıklar. Turizm Bakanlığının yaptığı bir memur ataması da, Uludağ Üniversitesi Rektörlüğünün yaptığı bir memur ataması da bir “atama işlemi”dir ve genel olarak aynı hukukî rejime tâbidir. Aynı şekilde, kendi görev alanındaki bir kanunun uygulanmasını göstermek için Turizm Bakanlığı da, Uludağ Üniversitesi Rektörlüğü de aynı hukukî rejime tâbi olan “yönetmelik” isimli düzenleyici işlemi yapar. Yine aynı şekilde Ulaştırma Bakanlığının bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olarak yaptığı bir sözleşme de, Bursa Büyükşehir Belediyesinin bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme de bir “idarî sözleşme”dir.

**3. Kamu Hizmeti.-** “Kamu hizmeti (*service publique*)” de genel idare hukukunun bir konusudur. Zira eğitim, sağlık, toplu taşıma, haberleşme, kanalizasyon, su, gaz, elektrik, gibi çok çeşitli alanlarda ve çok çeşitli kuruluş tarafından yürütülen kamu hizmetleri hep aynı hukukî rejime tâbidir.

**4. Kolluk.-** “Kolluk (*police*)” da genel idare hukukuna ait bir konudur. Zira kolluk kavramına, kurumuna, ve kolluk kurallarına güvenlik alanında görüldüğü gibi, sağlık, gümrük, turizm, ormancılık, imar, alanlarında da görülür. İçişleri Bakanlığının kamu düzenini sağlamak amacıyla yaptığı bir işlem de, Gümrük Bakanlığının, Orman Bakanlığının, bir belediyenin, bir köyün kamu düzeni amacıyla yaptığı işlem de bir kolluk işlemidir ve aynı hukukî rejime tâbidir.

**5. Kamu Görevlileri.-** “Kamu görevi (*fonction publique*)” veya Türkçe’de daha yaygın kullanım şekliyle “kamu görevlileri” de genel idare hukuku konusudur. Çünkü kamu görevlilerinin tâbi olduğu hukukî rejim, idarenin çeşitli faaliyet alanlarında ortak olarak görülür. Güvenlik faaliyetinde çalışan bir kişi de, eğitim faaliyetinde çalışan bir kişi de, gümrük faaliyetinde çalışan bir kişi de bir kamu görevlisidir ve “kamu görevlisi” genel statüsüne tâbidir.

**6. Kamu Malları.-** “Kamu malları (*domaine public*)” da genel idare hukuku konusudur. Çünkü çeşitli kamu idarelerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu mallar, hep aynı statüye tâbidir. Eğitim alanında kullanılan bir taşınmaz da, sağlık alanında kullanılan taşınmaz da aynı statüde bulunur.

**7. İdarî Sorumluluk.-** “İdarî sorumluluk (*responsabilité administrative*)” yine bir genel idare hukuku konusudur. Zira idarenin çeşitli alanlarda (güvenlik, savunma, eğitim, sağlık, ulaştırma, vs.) yürüttüğü faaliyetlerden dolayı ortaya çıkan zararlardan idare hep aynı sorumluluk ilkelerine göre so-

rumludur ve verdiği zararları hep aynı ilkelere göre tazmin eder. Aynı şekilde çeşitli kamu tüzel kişilerinin (devlet, il özel idaresi, belediye, köy, kamu kurumları) sorumlulukları da aynı ilkelere tâbidir.

**8. İdarenin Denetlenmesi: İdarî Yargı.-** Nihayet “idarenin denetlenmesi (*contrôle de l'administration*)” veya doğrudan doğruya “idarî yargı (*contentieux administratif*)” da bir genel idare hukuku konusudur. Çünkü idarenin çeşitli alanlarda yaptığı çeşitli işlemlerin yargısal denetimi hep aynı hukukî rejime tâbidir. Örneğin Sağlık Bakanlığının bir işlemine de, Turizm Bakanlığının bir işlemine de, Uludağ Üniversitesi Rektörlüğünün bir işlemine, Bursa Büyükşehir Belediyesinin bir işlemine karşı da hep aynı süre içinde, aynı tür dava açılır; bu davada aynı kurallar uygulanır. İdarî yargı, konunun genişliği ve önemi nedeniyle ayrı kitaplarda incelendiği de olmaktadır. Biz de idarî yargıyı bu kitapta değil, “idarî yargı” başlıklı ayrı bir kitapta incelemeyi planlıyoruz.

\* \* \*

**Plân.-** Bizim bu kitabımız da “idare hukuku” adını taşısa da bir “genel idare hukuku” kitabıdır. Bu kitapta yukarıdaki genel idare hukuku konularını paralel olarak şu konular işlenecektir:

- İdarî Teşkilât
  - Merkezî İdare
  - Mahallî İdareler
  - Kamu Kurumları
- İdarî İşlemler
  - Bireysel İşlemler
  - Düzenleyici İşlemler
  - İdarî Sözleşmeler
- Kamu Hizmeti
- Kolluk
- Kamu Görevlileri
- Kamu Malları
- İdarenin Sorumluluğu

## IX. İDARE HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

**Bibliyografya.-** Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.32-55; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.21-31; Günday, *op. cit.*, s.36-56; Balta, *op. cit.*, s.98-139; Özay, *op. cit.*, s.7-109.

Türk idare hukukuna hâkim olan birçok temel ilke vardır. Anayasamızın 2'nci maddesinde sayılan temel ilkeler aynı zamanda idareyi de bağlarlar. Bu ilkeler “insan haklarına saygı”, “Atatürk milliyetçiliği”, “demokratik devlet”, “lâiklik”, “sosyal devlet”, “hukuk devleti” ilkeleridir. Bunlara “eşitlik” ve “kanunîlik” ilkelerini de ilâve etmek gerekir.

## A. İNSAN HAKLARINA SAYGI İLKESİ

**Bibliyografya.-** Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.119-123; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı, 2002, s.97-113.

1982 Anayasasının 2’nci maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti... insan haklarına saygılı... bir... devlet”tir. O hâlde Türkiye Cumhuriyeti idaresi de “insan hakları”na saygı göstermelidir.

“İnsan hakları”, ırk, din, dil ayrımı gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği haklardır. Bu haklardan yararlanmak bakımından vatandaş ve yabancı arasında ayırım yoktur<sup>233</sup>. Anayasamızın diğer maddelerinde “insan hakları” terimi değil, “temel hak ve hürriyetler” terimi kullanılmaktadır. Anayasamızın 12’nci maddesinin ilk fıkrasında temel hak ve hürriyetler genel olarak tanınmış, 17 ilâ 74’üncü maddelerinde de çeşitli temel hak ve hürriyetler tek tek tanınmış ve düzenlenmiştir. O hâlde idare, gerek genel olarak insan haklarına (m.12/1), gerekse Anayasanın maddelerinde (m.17-74) tek tek düzenlenmiş olan temel hak ve hürriyetlere saygı göstermelidir.

İnsan haklarına saygı bakımından en önemli husus, onların sınırlandırılmasıdır. Anayasamıza göre idare, temel hak ve hürriyetleri olağan dönemlerde bir kanuna dayanmaksızın sınırlandıramaz. Zira Anayasamızın 13’üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, belli sebeplerle ancak *kanunla sınırlanabilir*. Yani temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından yetkili organ, idare değil, yasama organıdır. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması gerekliliği, temel hak ve hürriyetler alanında idarenin herhangi bir sınırlandırıcı işlem yapamayacağı anlamına gelmez. İdare bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla temel hak ve hürriyetler alanında da sınırlandırıcı işlemler yapabilir. Anayasanın 13’üncü maddesinin yasakladığı şey, bir temel hak ve hürriyetin daha önceden kanunla sınırlandırılmadan idare tarafından ilk elden sınırlandırılmasıdır. Yani bir temel hak ve hürriyete kanunla öngörülmemiş bir sınırlama idare tarafından getirilemez. Ama idare kanunun öngördüğü sınırlandırmayı somutlaştırıcı, onun ayrıntılarını belirleyici düzenlemeler yapabilir<sup>234</sup>. Örneğin idarenin hiçbir kanuna dayanmaksızın, bir kişinin veya grubun bir yerden diğer yere seyahat etmesini engellemesi, insan haklarına saygı ilkesine aykırılık teşkil eder.

Anayasamızın 15’inci maddesine göre, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde ise temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla sınırlandırılabilir ve hatta durdurulabilir. Bu gibi hâllerde sınırlamanın

233. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s.14.

234. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.226.

kanunla yapılması da şart değildir. Bu hâllerde düzenlemeler Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesiyle yapılır. Ancak Anayasamızın 15'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre olağanüstü hâllerde dahi, “savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yasama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

## B. ATATÜRK MİLLİYETÇİLİĞİNE BAĞLILIK İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.123-131; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.52-53; Turhan Feyzioğlu, “Atatürk ve Milliyetçilik”, *Atatürk Araştırma Merkezî Yayınları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Mart 1985, s.353-411.

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti... Atatürk milliyetçiliğine bağlı... bir... devlet”tir. O hâlde Türkiye Cumhuriyeti idaresi de Atatürk milliyetçiliğine bağlı olmalıdır.

Atatürk milliyetçiliği, Ernest Renan'ın subjektif millet anlayışı temeline dayanan bir milliyetçilik anlayışıdır<sup>235</sup>. Atatürk milliyetçiliği, ırk birliği, din birliği gibi objektif unsurlar üzerine değil; sevinç ve kederde ortaklık, amaç ve ülkü birliği gibi subjektif unsurlar üzerine kuruludur. Nihayet Anayasamıza göre “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür”. O hâlde idare, Türk vatandaşları arasında, onların dinleri, ırkları, dilleri vb. bakımlardan bir ayrımcılık yapamaz. Atatürk milliyetçiliği ilkesi uyarınca T.C. idaresi, ırkları, dinleri, dilleri ne olursa olsun bütün Türk vatandaşlarının menfaatlerini üstün tutmalıdır. Örneğin idarenin belirli etnik gruba mensup Türk vatandaşlarının menfaatlerini korumak için özel gayret sarfetmesi veya bu vatandaşları cezalandırıcı işlemler yapması Atatürk milliyetçiliği ilkesine aykırılık teşkil eder.

## C. DEMOKRATİK DEVLET İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.131-137; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.82-97.

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti... demokratik... bir... devlet”tir. O hâlde Türkiye Cumhuriyeti idaresi de demokrasiye saygılı olmalıdır.

Demokrasi çok değişik şekillerde tanımlanmış bir kavram olmakla birlikte, ampirik demokrasi teorisine<sup>236</sup> göre demokrasiyi şu şekilde tanımlayalım:

235. Bu konuda bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.124-130.

236. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.133-136.

biliriz: *Demokrasi, etkin siyasal makamların, düzenli aralıklarla tekrarlanan, birden fazla siyasal partinin katıldığı, muhalefetin iktidar olma şansına sahip olduğu serbest seçimlerle belirlendiği ve temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olduğu bir rejimdir.*

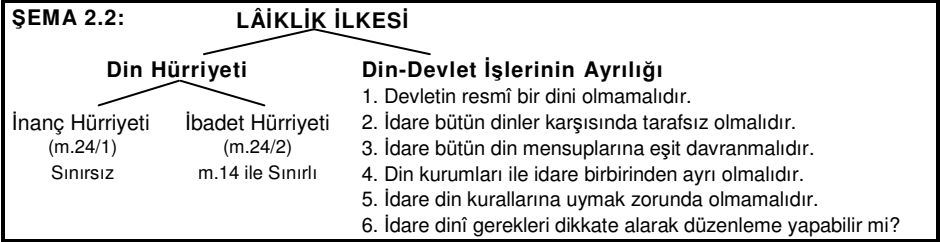
O hâlde idare, bu tanımın gereklerine uygun davranmalıdır. Yani, etkin siyasal makamların düzenli aralıklarla tekrarlanan ve birden fazla siyasal partinin katıldığı serbest seçimlerle belirlenmesini engelleyici eylem ve işlemler yapmaktan kaçınmalıdır. Örneğin idarenin seçmenler üzerinde baskı kurmaya çalışması veya bazı seçmenlerin oy kullanmasını engellemesi demokratik devlet ilkesine aykırılık teşkil eder.

## D. LÂİKLİK İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.137-154; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.76-82.

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti... laik... bir... devlet”tir. O hâlde Türkiye Cumhuriyeti idaresi de lâik olmalıdır.

Lâikliğin çok çeşitli tanımları yapılmıştır. Kanımızca bu tanımları inceleyerek bir yere varılamaz. Doğrudan lâikliğin gerekleri veya lâik bir idarenin taşıması gereken nitelikler üzerinde durmak uygun olur. Ergun Özbudun’a göre, lâikliğin “din hürriyeti” ve “din-devlet işlerinin ayrılığı” olarak iki cephesi vardır<sup>237</sup>.



### 1. Din Hürriyeti

Lâikliğin birinci cephesi din hürriyetidir. Bir devletin laik olabilmesi için, o devlette din hürriyetinin tanınmış ve güvence altına alınmış olması gerekir. Din hürriyeti de kendi içinde “inanç hürriyeti” ve “ibadet hürriyeti” olarak ikiye ayrılır.

**a) İnanç Hürriyeti.-** İnanç hürriyeti, kişinin istediği bir dini seçebileceği; hatta istiyorsa herhangi bir dini seçmeyebileceği anlamına gelir. Bir devletin lâik olabilmesi için, o devlette inanç hürriyeti tanınmış olmalıdır. Anayasamız 24'üncü maddesinin ilk fıkrasında “herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir” diyerek “inanç hürriyeti”ni tanımıştır. “İnanç

237. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.77-81.



hürriyeti”ne maddenin kendisinde bir “özel sınır” veya bir “anayasal sınır” da getirilmemiştir. Keza Anayasa “kimse... dinî inanç ve kanaatleri açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” (m.24/3) diyerek, inanç hürriyetine bir ek-güvence de getirmektedir. Anayasamız (m.15/2) olağanüstü hallerde dahi dinî inanç hürriyetini özel olarak korumaktadır.

25 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının e bendine göre nüfus aile kütüklerinde kişilerin “dini” bilgisinin bulunması zorunludur. Dolayısıyla ülkemizde herkes nüfus memurluklarına dinini bildirmek zorundadır. Bu hüküm inanç hürriyetine aykırıdır. Ayrıca bu hüküm “kimse... dinî inanç ve kanaatleri açıklamaya zorlanamaz” diyen 1982 Anayasasının 24’üncü maddesinin üçüncü fıkrasına açıkça aykırıdır. Aynı hüküm bu kanunla yürürlükten kaldırılan 5 Mayıs 1972 tarih ve 1587 sayılı Nüfus Kanununun 43’üncü maddesinde de bulunuyordu. Kanımızca eski Nüfus Kanununun bu hükmü de Anayasamıza aykırıydı. Ancak, 1587 sayılı Nüfus Kanununun 43’üncü maddesinin Anayasaya aykırılığı sorunu Anayasa Mahkemesinin önüne iki defa gelmiş ve Anayasa Mahkemesi ikisinde de bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>238</sup>.

**KUTU 2-2: Kişilere Nüfus Memurluklarınca Dininin Sorulması.- Anayasa Mahkemesinin 27 Kasım 1979 Tarih ve E.1979/9, K.1979/44 Sayılı Kararı:** “Söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiç bir hüküm içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, *Anayasa’nın kastettiği anlamda dinî inanç* ve kanaatlerini de değil, *sadece dininin* ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile ilişkisi yoktur” (AMKD, Sayı 17, s.341).

**Anayasa Mahkemesinin 21 Haziran 1995 Tarih ve E.1995/17, K.1995/16 Sayılı Kararı.-** “Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasanın öngördüğü anlamda dini inanç ve kanaatlerini değil, sadece kişinin özgün durumu yönünden kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak göz önünde bulundurulmak üzere dininin ne olduğunu açıklanması söz konusu olmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile bir ilişkisi bulunmamaktadır” (AMKD, Sayı 31, Cilt 2, s.546-548).

**Eleştiri.-** Mahkemenin her iki kararı da yanlıştır. Çünkü birinci kararda “*Anayasa’nın kastettiği anlamda dinî inanç*” ile “*sadece din*” arasında; ikinci kararda da “*Anayasasının öngördüğü anlamda din*” ile “*kişinin özgün durumu yönünden kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak göz önünde bulundurulmak üzere din*” kavramları arasında ayırım yapılmaktadır. Mahkemeye göre bunlardan birincilerin açıklanmaya zorlanması Anayasaya aykırı olur; ama ikincilerinin sorulmasında Anayasaya bir aykırılık yoktur. Din kavramı bakımından böyle bir ayırımın yapılmasının yanlışlığı bir yana, bu ayırımdaki bu ikinci tür dinin (birinci kararda “sadece din”; ikinci kararda “kişinin özgün durumu yönünden... din”) ne anlama geldiğini anlamak mümkün değildir. Nihayet belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin Nüfus Kanununun 43’üncü maddesinin “zorlayıcı nitelikte” olmadığı yolundaki gerekçesi de yanlıştır; zira mahiyetleri gereği kanun hükümleri bağlayıcıdır; kaldı ki, o zaman yürürlükte olan Türk Ceza Kanununun 528’inci maddesi uyarınca nüfus memurluklarına beyanda bulunmayanların cezalandırılması da mümkün idi.

238. Anayasa Mahkemesi, 27 Kasım 1979 Tarih ve E.1979/9, K.1979/44 Sayılı Karar, AMKD, Sayı 17, s.341; 21 Haziran 1995 tarih ve E.1995/17, K.1995/16 Sayılı Karar, AMKD, Sayı 31, Cilt 2, s.546-548.

**b) İbadet Hürriyeti.-** Din hürriyetinin ikinci veçhesini “ibadet hürriyeti” oluşturur. İbadet en geniş anlamda bir dinin gereklerini yerine getirmek demektir. O halde ibadet hürriyeti, kişinin inandığı dinin gereklerini, özellikle ayin ve törenlerini serbestçe yerine getirebilmesi demektir. Bir devletin lâik olabilmesi için, o devlette ibadet hürriyetinin de tanınmış olması gerekir. Anayasamız ibadet hürriyetini “14’üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir” (m.24/2) diyerek tanımıştır. Görüldüğü gibi Anayasamızda ibadet hürriyeti, inanç hürriyeti gibi mutlak bir şekilde tanınamış, 14’üncü maddeyle sınırlı olarak tanınmıştır. İbadet hürriyeti, ibadet etmeme hürriyetini de içerir. Lâik bir devlette kişilere zorla ibadet ettirilemez. Anayasamız “kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya... zorlanamaz” (m.24/3) diyerek, ibadet etmeme hürriyetini de güvence altına almıştır.

## 2. Din ve Devlet İşlerinin Ayrılığı

Lâikliğin ikinci cephesi din ve devlet işlerinin ayrılığıdır. Bir devlette, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmış olduğunu söyleyebilmek için aşağıdaki şartların yerine getirilmesi gerekir.

a) *Devletin resmî bir dini olmamalıdır.* Resmî bir dini olan devlette idare lâik değildir.

b) *İdare, bütün dinler karşısında tarafsız olmalıdır.* Lâiklik ilkesinin olduğu bir devlette idare, bütün dinler karşısında tarafsız olmalı; bu dinlerden birini himaye etmemeli veya bu dinlerden bazıları üzerinde baskı yapmamalıdır. Örneğin idare bir dinin eğitimini verirken diğer dinin eğitimini yasaklarsa lâiklik ilkesini çiğnemiş olur. Şüphesiz ki, toplumda değişik din ve mezhepler vardır. Toplumsal olarak bu dinlerden biri diğerlerine nazaran daha yaygın olabilir. Ancak idare, yaygın olan dine üstünlük tanıyamaz. Dolayısıyla idare, belirli bir dinin toplumda benimsenmesi, o dinin kurallarının toplumda öğrenilmesi için faaliyette bulunamaz; belirli bir dinin eğitimini zorunlu kılmaz<sup>239</sup>.

c) *İdare bütün din mensuplarına eşit davranmalıdır.* Lâikliğin gereklerinden biri de, devletin bütün din mensuplarına eşit davranması gereğidir. Bu ilke temelini ayrıca Anayasanın “kanun önünde eşitlik” ilkesini düzenleyen 10’uncu maddesinden de almaktadır: “Herkes... din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”. Örneğin idare, memur alımında, belirli bir dinin mensuplarına öncelik veriyor; diğer dinin mensuplarını şu ya da bu şekilde memur olarak almıyorsa ortada hem eşitlik ilkesine, hem de lâiklik ilkesine aykırılık vardır.

239.Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.78; Sabuncu, *Anayasaya Giriş, op. cit.*, s.123.

**KUTU 2-3: DİN EĞİTİMİ MESELESİ.-**

Anayasamız din eğitimi yapılmasını yasaklamamıştır. Devlet okullarında, özel okul ve kurslarda din eğitimi yapılabilir. Öğrencilere belli bir dinin inanç ve ibadet esasları öğretilir. Ancak bu içerikte bir din eğitiminin yapılabilmesi için Anayasamızda öngörülmüş iki şart vardır. Bir kere bu eğitim devletin gözetim ve denetimi altında yapılmalıdır (m.24/4, 1. cümle). İkinci olarak böyle bir eğitim için kişilerin kendi isteği veya küçüklerin kanunî temsilcisinin talebi olmalıdır (m.24/4, son cümle).

**Zorunlu “Din Kültürü ve Ahlâk Öğretimi”.-** Anayasamızın 24’üncü maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre “din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır”. Burada dikkat edilmesi gerekir ki, söz konusu cümleye göre zorunlu olan şey, “din eğitimi” değil, “din kültürü ve ahlâk öğretimi”dir. Anayasa, m.24/4’ün birinci ve üçüncü cümlelerinde “din eğitimi”nden bahsedilirken, ikinci cümlesinde “din kültürü ve ahlâk öğretimi”nden bahsedilmiştir. Bu şu anlama gelir ki, ilk ve orta öğretim kurumlarında verilen “din kültürü ve ahlâk bilgisi” dersleri, genel bir din kültürüne ilişkin olmalıdır. Bu derslerde belli bir dinin inançlarının benimsetilmesine ve ibadetlerinin öğretilmesine ilişkin eğitim verilmemelidir. Eğer uygulamada bu zorunlu derslerde, öğrencilere, nasıl namaz kılındığı öğretiliyor veya öğrencilerden Kur’an’dan sure ezberletiliyor ise, böyle bir ders gerek laiklik ilkesine, gerekse Anayasa, m.24/4’e aykırı olur.

Nitekim Danıştay Sekizinci Dairesi, 28.12.2007 tarih ve E.2006/4107, K.2007/7481 sayılı kararlarıyla Türkiye’de okutulan “Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi” ders kitaplarında belirli bir din anlayışının esas alındığını ve hatta öğrencilere namaz kılınmasının öğretildiğini ve öğrencilerden Kur’an’dan sure ezberlemelerinin istendiğini saptamış ve ilk ve ortaöğretim kurumlarında bu şekilde verilen öğretimin adının “din kültürü ve ahlak bilgisi” olmasına rağmen, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi öğretimi olarak kabul edilemeyeceğini ortada bir “din eğitimi”nin bulunduğu

sonucuna ulaşmıştır. Bu eğitim bir din eğitimi olduğuna göre, böyle bir eğitimin ise, m.24/4, son cümle uyarınca ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olması gerekir. Danıştay neticede böyle bir talep olmadan öğrencilere yukarıda açıklanan içerikte bir din eğitimi verilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir ([www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)).

Kanımızca Danıştayın bu kararı isabetlidir. Anayasa, m.24/4’te öngörülen zorunlu “din kültürü ve ahlak bilgisi” derslerinin içeriği temizlenmeli, bu derslerde İslam dininin inanç ve ibadet esaslarının (örneğin namaz kılınması, sure ezberletilmesi, vs.) öğretilmesinden vazgeçilmelidir. Bu dersin içeriği bu şekilde temizlendikten sonra bu dersi her din ve mezhepten olan öğrencilerin alması zorunlu olmalıdır.

**İsteğe Bağlı Din Eğitimi.-** Ancak “din kültürü ve ahlak bilgisi” dersinin içeriği yukarıdaki şekilde temizlenirse, öğrencilerin belirli bir dinin eğitimini alması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu ihtiyacı karşılamak üzere okullarda bu dersten başka isteyen velilerin çocuklarına yönelik belirli bir dinin eğitimini veren dersler de olmalıdır. Bu derslerde belirli dinin iman esasları ve ibadetleri öğrencilere öğretilir.

Okullarda velilerin isteğine bağlı olarak ve devletin gözetim ve denetimi altında öğrencilere din eğitimi verilmesinde Anayasamıza aykırı bir yan yoktur. Hatta Anayasamızın böyle bir eğitimi öngördüğü dahi söylenebilir. Anayasamızın 24’üncü maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde “din kültürü ve ahlak öğretimi”nin zorunlu olduğu belirtildikten sonra, aynı fıkranın üçüncü cümlesinde “*bunun dışındaki* din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır” denmektedir. Yani Anayasamız, ilk ve orta öğretim kurumlarında bir “din kültürü ve ahlak öğretimi”ni, bir de “*bunun dışında din eğitim ve öğretimi*”ni öngörmüştür. Birincisi zorunlu, ikincisi ise isteğe bağlıdır. İlginçtir ki, anayasa koyucu zorunlu olan dersten bahsederken “öğretim” kelimesini, isteğe bağlı olandan bahsederken “*eğitim ve öğretim*” kelimelerini kullanmaktadır ki, böyle bir ayırım oldukça isabetlidir.

**KUTU 2-4: AİHM'nin Zorunlu Din Eğitimi Hakkında Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye Kararı**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 9 Eylül 2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye* kararıyla Türkiye'de zorunlu din kültürü ve ahlak derslerinin alevî öğrenciler açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2'nci maddesinde garanti altına alınan eğitim hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Çünkü Mahkemeye göre, Türkiye'deki mevcut din kültürü ve ahlak dersleri, içeriği itibarıyla, demokratik bir toplumda eğitim için gerekli olan plüralizm ve objektiflik ölçütlerini yerine getirmekten uzaktır. Zira –Mah-kemeye göre– bu derslerde İslam dini sadece Sunnî inanişaya göre öğretilmektedir. Dolayısıyla bu dersler, Alevî öğrencilerin ebeveynlerinin dini ve felsefi anlayışlarına saygısızlık teşkil eder.

AİHM'nin bu kararı tartışmaya açıktır: Çünkü AİHM'nin anlayışına göre, eğer din kültürü ve ahlak derslerinde Alevî öğrencilere sadece Sunnî inanişaya göre İslam değil de, Alevilik de öğretilseydi, din kültürü ve ahlak dersi AİHS'ne uygun olacaktı! Yani AİHM'ne göre bu dersin içeriği alan öğrencinin mezhebine göre farklı olmalıdır. Peki ama okul idareleri öğrencilerin mezheplerini nasıl tespit edecek? Yoksa okul idareleri öğrencilerin velilerine hangi mezhepten olduklarını mı soracak? Halîyle laik Türkiye Cumhuriyetinde böyle bir şeyin yapılması mümkün değildir.

"Firstly, the Court determined whether the course's content-matter was taught in an objective, critical and pluralist manner. To that end, it examined the Ministry of Education's guidelines for lessons in religious culture and ethics and school textbooks ...[P]upils received no teaching on the confessional or ritual specificities of the Alevi faith, even though its followers represented a large proportion of the Turkish population. ... The Court therefore found that religious culture and ethics lessons in Turkey could not be considered to meet the criteria of objectivity and pluralism necessary for education in a democratic society and for pupils to develop a critical mind towards religion. In the applicants' case, the lessons did not respect the religious and philosophical convictions of Ms Zengin's father". (*Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, 9.9.2007, Application no. 1448/04, <http://cmiskp.echr. coe.int/>)

*d) Din kurumları ile idare birbirinden ayrı olmalıdır.* Bu şu anlama gelir ki, ne idare dine, ne de din idareye bağlı olmalıdır<sup>240</sup>. Ne var ki Türkiye'de lâikliğin bu gereğine, Diyanet İşleri Başkanlığı sebebiyle uyulduğu söylenemez. 1982 Anayasasının 136'ncı maddesine göre Diyanet İşleri Başkanlığı genel idare içinde yer almaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığı teşkilatı, Başbakanlığa bağlı, merkezî idare teşkilatı içinde yer alan bir kuruluştur. Türkiye'de din hizmetleri bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu hizmetin yürütülmesi görevi Diyanet İşleri Başkanlığına verilmiştir. Ülkemizde imamlar ve diğer din hizmeti ifa eden görevliler, Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı birer memurdurlar. Dolayısıyla ülkemizde İslam dininin görevlileri, maaşlarını merkezî idareden almaktadırlar; dolayısıyla, merkezî idarenin hiyerarşik denetimine tâbidirler. Görüldüğü gibi, Türkiye'de idare dine bağlı olmasa da, din (İslam dininin Sunnî mezhepleri) tamamıyla merkezî idareye bağlıdır.

*e) İdare din kurallarına uymak zorunda olmamalıdır.* Eğer bir devlette idarenin din kurallarına uyma zorunluluğu varsa, orada lâiklik ilkesi yoktur. Anayasamızda ve kanunlarımızda idareye din kurallarına uyma zorunluluğu getiren herhangi bir hüküm yoktur.

240. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.78.

f) *İdare, dinî gerekleri dikkate alarak düzenleme yapabilir mi?* Yukarıda belirttiğimiz gibi, lâik bir devlette idarenin din kurallarına uyma zorunluluğu olmamalıdır. Ama zorunluluk olmamasına rağmen, idare kendi isteğiyle, bir din kuralına uyabilir veya onu göz önüne alarak düzenleme yapabilir mi? Örneğin idare, çalışma saatlerini çalışanların Cuma namazına gitmelerine imkân verecek şekilde ayarlayabilir mi? Veya idare, ramazan aylarında memurların iftara yetişmeleri için çalışma saatinin bitişini erkene alabilir mi? Danıştay, 1976 tarihli bir kararında “Cuma günlerine ait çalışma saatlerinin Cuma namazı ibadetini yerine getirebilmek amacıyla” değiştirilmesini yolunda yapılan bir idarî işlemi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>241</sup>. Kanımızca bu konu tartışmalıdır. Yukarıdaki soruya kesin bir yanıt vermek mümkün değildir. Çünkü hukuk kurallarının din kurallarından esinlenmesini lâiklik ilkesine aykırı olarak görmek mümkün değildir. Eğer böyle düzenlemelerin lâikliğe aykırı olduğunu söylersek yeryüzünde lâik devlet kalmaz. Zira hafta sonu tatilinin Cumartesi ve Pazar günü olması tamamıyla dinî kaynaklıdır. Keza gerek bizde, gerek Fransa gibi lâik ülkelerde, dinî bayram günleri, aynı zamanda resmî tatildir. Eğer çalışma saatlerinin Cuma namazına göre düzenlenmesi lâiklik ilkesine aykırı ise, Ramazan ve Kurban bayramlarının resmî tatil olması lâiklik ilkesine evleviyetle aykırıdır. Oysa bu sonucunu iddia edene şimdiye kadar rastlanmamıştır.

Danıştayın idarî işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerken lâiklik ilkesine gönderme yaptığı pek çok karar vardır. Örneğin Danıştay Onuncu Dairesinin 25 Ekim 1995 tarih ve E.1992/3226, K.1995/4872 sayılı kararında, Danıştay Birinci Dairesinin 12 Temmuz 1999 tarih ve E.1999/98, K.1999/116 sayılı kararında<sup>242</sup>, Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun 17 Haziran 1994 tarih ve E.1993/161, K. 1994/327 sayılı kararında, Danıştay Sekizinci Dairesinin 27 Haziran 1988 tarih ve E.1987/178, K.1988/512 sayılı kararında<sup>243</sup>, Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun 10 Haziran 1994 tarih ve E. 1993/73, K. 1994/310 sayılı kararında lâiklik ilkesine göndermeler vardır<sup>244</sup>.

## E. SOSYAL DEVLET İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.154-169; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.123-137.

1982 Anayasasının 2’nci maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti... sosyal... bir... devlet*”tir. O hâlde Türkiye Cumhuriyeti idaresi sosyal devlet ilkesine uygun davranmalıdır.

241. Danıştay Sekizinci Dairesi, 2 Mart 1976 Tarih ve E.1975/1993 ve K.1976/672 Sayılı Karar (Nakleden: Özay, *op. cit.*, s.91).

242. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

243. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

244. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

Sosyal devlet (*sozialstaat, welfare state, Etat providence*) anlayışı, Ergun Özbudun tarafından “devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış” olarak tanımlanmaktadır<sup>245</sup>. Diğer bir ifadeyle sosyal devlet, herkese insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat seviyesi<sup>246</sup> sağlamayı amaçlayan bir devlet anlayışı olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre, Türkiye Cumhuriyeti idaresinin herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamak amacıyla çalışmak zorunda olduğunu söyleyebiliriz.

Sosyal devletin gerçekleşmesine yönelik çeşitli tedbirler vardır<sup>247</sup>. Sosyal hakların tanınması, vergi politikaları, sosyal amaçlı kamulaştırmalar, toprak reformu, devletleştirme, planlama gibi. 1982 Anayasasının “sosyal ve ekonomik hakların sınırı” başlıklı 65’inci maddesine göre, “devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini..., malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.

İdarî yargı organlarının idarî işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerken zaman zaman sosyal devlet ilkesine göndermede buldukları görülmektedir. Örneğin Danıştay Beşinci Dairesi, 23 Haziran 1992 tarih ve E.1991/3725, K. 1992/1960 sayılı kararında sözleşmeli personel ücretinin bir önceki yıla göre daha düşük belirlenmesinin sosyal devlet ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>248</sup>.

## F. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.169-179; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.113-123; Günday, *op. cit.*, s.36-50; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.34-45; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.40-55; Balta, *op. cit.*, s.103-111.

1982 Anayasasının 2’nci maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk devletidir”. Anayasamızda tanınmış temel ilkelerden idare hukuku bakımından en önemlisi şüphesiz hukuk devleti ilkesidir.

**TANIMI.-** *Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir*<sup>249</sup>.

### 1. Hukuk Devleti İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Hukuk devleti anlayışı birden ortaya çıkmamıştır. Ortaçağda “mülk devlet” anlayışı vardı. Daha sonra “polis devleti” ve “hazine teorisi” anlayışları

245. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.123.

246. *Ibid.*, s.126.

247. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.128-136; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.160-164.

248. Danıştay Beşinci Dairesi, 23 Haziran 1992 Tarih ve E.1991/3725, K.1992/1960 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

249. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.113; Günday, *op. cit.*, s.38; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2002, s.73.

ortaya çıktı. Hukuk devleti anlayışını görmeden bunları kısaca görmekte yarar vardır.

### a) Mülk-Devlet Anlayışı

**Bibliyografya.-** Onar, *op. cit.*, c.I, s.124-126; Balta, *op. cit.*, s. 83-84; Eroğlu, *op. cit.*, s.32-33; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.40; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.34; Özey, *op. cit.*, s.24-26.

Ortaçağda hâkim olan “mülk-devlet (*Patrimonialstaat, Etat patrimonial*)” anlayışına göre, devlet, kralın kişisel mülkü olarak kabul edilmekteydi. Feodal sistemde kral, ülkenin en büyük toprak sahibi durumundaydı. Ülke âdeta kralın çiftliği konumundaydı<sup>250</sup>. Kralın ülke üzerindeki yetkisi, mülkiyet hakkına benzetiliyordu<sup>251</sup>. Keza kralın dışındaki yöneticiler olan feodal beylerin yetkileri de, esas itibarıyla sahip oldukları toprak mülkiyetinden kaynaklanıyordu<sup>252</sup>. Yani feodal beylerin sahip oldukları kamusal yetki ve ayrıcalıklar da mülkiyet esasına dayanıyordu. Özetle, bu sistemde kamu gücüne sahip olanların (kralın ve feodal beylerin) bu yetkileri onların şahsî malı olarak görülüyordu<sup>253</sup>. Keza bu kamusal yetkiler, sözleşmeyle devredilebiliyor; miras yoluyla varislere de geçebiliyordu<sup>254</sup>. Böyle bir sistemde, yönetici olarak, gerek kralı, gerekse feodal beyleri sınırlandıran bir “idare hukuku” yoktu<sup>255</sup>. Gerek kral, gerekse feodal beylerin yetkileri tabîi hukuk doktriniyle sınırlandırılmaya çalışılıyordu<sup>256</sup>. Kral ve feodal beylerin yetkileri esas itibarıyla, birer mülkiyet hakkı olarak özel hukuka tâbi idi<sup>257</sup>. Bu anlamda özel hukukun kralı ve feodal beyleri sınırlandırdığını söyleyebiliriz. Özellikle bu dönemde meşru olarak kazanılmış haklara (ki bu haklara *jura quaesita* deniyordu<sup>258</sup>) saygı ilkesi vardı. Kral, başta feodal beylerin olmak üzere kimsenin kazanılmış haklarına (*jura quaesita*) dokunmamalıydı<sup>259</sup>. Dolayısıyla feodal dönemde kralın iktidarının sınırsız olduğu, kralın hukukla bağlı olmadığı söylenemez. Tersine kral hukukla bağlıydı ve üstelik bağlı olduğu bu hukuk kendisi tarafından yaratılmamış olan “tabîi hukuk” idi<sup>260</sup>. Ancak zamanla kralın, bazı istisnaî durumlarda kazanılmış haklara

250. Carl Schmitt, *Theorie de la constitution*, Çev. Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, s.428.

251. Balta, *op. cit.*, s.84; Onar, *op. cit.*, c.I, s.125.

252. Onar, *op. cit.*, c.I, s.125.

253. *Ibid.*

254. Balta, *op. cit.*, s.84.

255. *Ibid.*

256. Onar, *op. cit.*, c.I, s.126.

257. *Ibid.*, s.125-126.

258. Maurer, *op. cit.*, s.22.

259. *Ibid.*

260. Bu konuda Hayek'in gözlemleri ilginçtir. Hayek, Ortaçağda hukukun hükümdarın iradesi olmadığını ve hükümdarı da bu hukukun sınırlandırdığını açıklamaktadır (Friedrich Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, Ankara, İş Bankası Yayınları, 1996, c.I, s.126-130). Gerçekten de bu dönemde hükümdarlara karşı az çok bağımsız yargı merci-

dokunabilmesine imkân veren üstün bir hakka (ki bu hakka *jus eminens* deniyordu<sup>261</sup>) sahip olduğu kabul edildi<sup>262</sup>. Başlangıçta istisnaî nitelikte olan kralın sahip olduğu bu *jus eminens* zamanla yaygınlaştı ve hükümdarın bütün ülke üzerinde bir kamu gücü kullanmasına imkân veren genel bir hakkın temeli hâline geldi<sup>263</sup> ve “polis devleti” anlayışına yaklaşılmış oldu.

### b) Polis Devleti Anlayışı

**Bibliyografya.**- Onar, *op. cit.*, c.I, s.126-139; Balta, *op. cit.*, s.86-87; Günday, *op. cit.*, s.36; Eroğlu, *op. cit.*, s.33-34; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.40; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.34; Özey, *op. cit.*, s.24-26; Maurer, *op. cit.*, s.22.

“Hukuk devleti”, “polis devleti” deyiminin karşısı anlamında kullanılmaktadır<sup>264</sup>. O nedenle burada kısaca polis devleti anlayışını görmek gerekir. Polis devleti, “kamunun refahı ve selameti için, her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan”<sup>265</sup> devlet demektir<sup>266</sup>.

“Polis devleti (*Polizeistaat*)”, 17’nci ve 18’inci yüzyıllarda Kara Avrupası ülkelerindeki, mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya’da ortaya çıkmış bir kavramdır<sup>267</sup>. Polis devleti anlayışı tarihsel olarak feodal devlet devrinden mutlak hükümdarlık devrine geçişte ortaya çıkmıştır<sup>268</sup>.

---

leri vardı ve bunlar, hükümdarın emirlerinden oluşmuş bir hukuku değil, hükümdarın iradesi dışında meydana gelmiş ve kendi bildikleri “tabii hukuk”u uyguluyorlardı. Örneğin Fransa’da *Parlement* isimli mahkemeler vardı. Bunlar, hükümdarın memurlarının, tabii hukuka aykırı bir şekilde kişilere verdikleri zararların haksız fiil esaslarına göre zarar veren memur tarafından ödenmesine karar verebiliyorlardı (Onar, *op. cit.*, c.I, s.127-128). Fransa’da 1641 tarihli Saint-Germain Fermanıyla hakimlerin idarî işlere ilişkin davalara bakmaları yasaklandı (Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.99; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.346). Fransa’da *ancien regime* döneminde merkezî otorite ile *parlement*lar arasında sürekli bir çatışma vardı. (Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.100). Neticede Fransa’da Fransız ihtilalinden sonra 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla adli ve idarî makamların kesin ayrılığı kabul edilmiş ve hakimlerin idare hakkında karar vermesi, idarî işlere karışmaları ceza tehdidi altında yasaklanmıştır (Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.101).

261. Maurer, *op. cit.*, s.22.

262. *Ibid.*

263. *Ibid.*

264. Burada şunu belirtelim ki, konu hakkında bilgisi sınırlı olan, ama sesleri her nedense çok çıkan bazı kişiler, hukuk devletini, *hukukçuların*; polis devletini de *polisterin* etkili olduğu bir devlet anlayışı olduğunu sanmaktadırlar. Aşağıda açıklandığı gibi bu doğru değildir. “Polis devleti” ifadesindeki “polis”, *kolluk* demek değildir.

265. Günday, *op. cit.*, s.36.

266. Balta, *op. cit.*, s.87.

267. Eroğlu, *op. cit.*, s.33; Günday, *op. cit.*, s.36; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.35.

268. Balta, *op. cit.*, s.86.



“Polis devleti (*Polizeistaat*)” ifadesindeki “polis (*Polizei*)”<sup>269</sup> kelimesi bugünkü gibi “kolluk (=zabıta)” anlamında değil, kamunun refah ve selame-tini sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılıyordu<sup>270</sup>. Devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güç ise “polis kudreti (*Polizeigewalt*)” olarak adlandırılıyordu<sup>271</sup>. Kı-saca “polis” deyimini hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamı-na geliyordu<sup>272</sup>. İşte, “polis kudreti”nin bu anlamından dolayı Almanya’da mutlak hükümdarlık rejimi, “polis devleti” olarak adlandırılmıştır<sup>273</sup>. Bugün de idaresi hukuka bağlı olmayan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlama-yan devlet tipi için “polis devleti” tabiri kullanılmaktadır<sup>274</sup>. Polis devleti an-layışında devlet hukuka bağlı olmadığına göre, devletin eylem ve işlemleri-nin yargı tarafından denetlenmesi de söz konusu değildir<sup>275</sup>.

### c) Hazine Teorisi

**Bibliyografya.**- Onar, *op. cit.*, s.129-130; Balta, *op. cit.*, s.87-88; Günday, *op. cit.*, s.37-38; Eroğlu, *op. cit.*, s.34; Girilti, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.41-42; Maurer, *op. cit.*, s.22.

Polis devleti anlayışının egemen olduğu Almanya’da 18’inci yüzyılın ortalarında “hazine teorisi (*Fiskustheorie*)” geliştirilmiştir<sup>276</sup>. Polis devleti anlayışı yönetilenlere herhangi bir hukukî güvence tanımazken, hazine teori-si yönetilenlere bazı hukukî güvenceler sağlamaktadır<sup>277</sup>. “Hazine teorisi”, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlâl edilen kişilere yargısal yoldan malî karşılık elde etme imkânını tanımaktadır<sup>278</sup>. Bu teoriye göre, devletin hazinesi, hükümdarın dışında ve ondan tamamen bağımsız bir özel hukuk tüzel kişisi kabul edilmektedir<sup>279</sup>. Böylece hukuk kurallarına bağlı olmayan ve yargı denetimine de tâbi bulunmayan *devlet* ile özel hukuk hükümlerine tâbi olan ve aleyhinde dava açılabilen *hazine* birbirinden ayrılıyordu<sup>280</sup>. Örneğin devlet özel bir kişiye ait olan bir taşınmaza el atabiliyor; onu işgal edebiliyor; kişiyi zorla çalıştırabiliyordu. Devletin bu tür eylem ve işlemleri-nin hukuk kurallarına aykırılığını ileri sürmek yine mümkün değildi. Ancak devletin bu tür işlemleri ile hakları ihlâl edilenler, özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava açıp tazminat alabiliyorlardı<sup>281</sup>. Bu durum

269. Bilindiği gibi “polis” kelimesi eski Yunanda “şehir devleti” demektir. Bu kelime sonra-ları “devletin iç idaresi”, daha sonra da “kolluk” anlamına bürünmüştür.

270. Günday, *op. cit.*, s.36; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.35.

271. Balta, *op. cit.*, s.87.

272. Günday, *op. cit.*, s.36.

273. Balta, *op. cit.*, s.87.

274. *Ibid.*

275. *Ibid.*

276. Maurer, *op. cit.*, s.22; Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

277. Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

278. Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

279. Maurer, *op. cit.*, s.22.

280. Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

281. Maurer, *op. cit.*, s.22; Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

Alman hukukunda “katlan, ama tazminat iste (*Dulde, aber liquidiere*)” özdeyişle ifade edilmiştir<sup>282</sup>. Böylece hazine teorisi yönetilenlere yargı yolu ile dolaylı da olsa belli bir malî güvence sağlayabilmiştir.

Devlet ile devlet hazinesinin tek bir tüzel kişi olduğu düşüncesi benimdikçe, hazine teorisi yavaş yavaş terk edildi ve onun yerini yine ilk önce Almanya’da “hukuk devleti (*Rechtsstaat*)” teorisi aldı<sup>283</sup>. Daha sonra “hukuk devleti (*Etat de droit*)” kavramı Fransa’ya geçti<sup>284</sup>. Hukuk devleti tabiri daha çok kara Avrupası ülkelerinde kullanılmaktadır. Anglo-Sakson ülkelerinde benzer şeyi ifade etmek için “hukukun hükümlerliği (*rule of law*)” tabiri kullanılır<sup>285</sup>.

## 2. Hukuk Devleti İlkesinin Gereklere (Hukuk Devletinin Şartları)

Hukuk devleti ilkesinin gereklere veya varlık şartları nelerdir? Diğer bir ifadeyle, bir devletin ve devlet idaresinin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için hangi şartları taşıması gerekir? Bu gereklere “hukuk devletinin genel gereklere” ve “hukuk devletinin özel gereklere” olarak ikiye ayırabiliriz. Hukuk devletinin genel gereklere, *devletin* (yasama, yürütme ve yargı organlarının) hukuka bağlılığının; özel gereklere ise *idarenin* hukuka bağlılığının şartlarıdır. Bu şartlar şu şekilde bir şema hâlinde gösterilebilir:

| ŞEMA 2.3: Hukuk Devletinin Gereklere                      |  |
|---|--|
| <b>Genel Gereklere (<i>Devletin Hukuka Bağlılığı</i>)</b> | <b>Özel Gereklere (<i>İdarenin Hukuka Bağlılığı</i>)</b> |
| 1. Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır.                  | 1. İdare yargısal denetime tâbi olmalıdır.               |
| 2. Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır.                   | 2. Hakimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır.             |
| 3. Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır.                 | 3. İdarî faaliyetler önceden bilinebilir olmalıdır.      |
|   | 4. Hukukî güvenlik ilkesi mevcut olmalıdır.              |
|   | 5. İdarenin malî sorumluluğu mevcut olmalıdır.           |

Şimdi bu şema dahilinde önce hukuk devletinin genel gereklere, sonra özel gereklere görelim:

### a) Hukuk Devletinin Genel Gereklere (*Devletin Hukuka Bağlılığının Şartları*)

Hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet demek olduğuna ve devlet de, yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, hukuk devletinin üç temel gereği vardır: (1) Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır. (2) Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır. (3) Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır.

282. Maurer, *op. cit.*, s.22. Diğer bir ifadeyle bu teoride, “hazine”, devletin günah keçisi hâline gelmektedir (*Ibid*).

283. Balta, *op. cit.*, s.87; Günday, *op. cit.*, s.37.

284. Balta, *op. cit.*, s.92.

285. *Ibid*.

*aa) Yasama Organı Hukuka Bağlı Olmalıdır.*- Kanun yapma yetkisine sahip olan yasama organının kanunla bağlı olması mümkün olmadığına göre, yasama organının hukuka bağlı olmasından onun Anayasayla bağlı olması anlaşılır. Anayasamızın 11’inci maddesine göre, yasama organı da Anayasayla bağlıdır ve “kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”. O halde yasama organı Anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Türkiye’de bu ilke Anayasa Mahkemesi tarafından müeyyidelendirilir. Buna göre, yasama organının yaptığı bir kanun Anayasaya aykırı ise, bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. Sonuç olarak Türkiye’de yasama organının Anayasaya bağlılığı konusunda bir problem olmadığını söyleyebiliriz. Yasama organı ya seve seve Anayasaya uyar; ya da Anayasa Mahkemesi tarafından uydurulur.

*bb) Yargı Organı da Hukuka Bağlı Olmalıdır.*- Eğer hukuk devleti, devletin hukuka bağlılığı anlamına geliyorsa, yargı da devletin üç temel organından biriye, hukuk devletinin bir şartı da yargının hukuka bağlılığıdır. Yargısı hukuka bağlı olmayan bir devlette vatandaşların kendilerini hukukî güvenlik içinde hissedebileceklerini söylemek elbette mümkün değildir. Anayasamız sadece yasama ve yürütme organlarının değil, yargı organının da hukuka bağlılığını açıkça öngörmüştür. Bir kere, yargı organlarının Anayasayla bağlı oldukları açıktır. Zira Anayasamızın 11’inci maddesi, “Anayasa hükümleri, yargı... organlarını... bağlayan temel hukuk kurallarıdır” demektedir. Diğer yandan, Anayasanın 138’inci maddesine göre, “hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak... hüküm verirler”. Mahkemeler baktıkları davaları, “yerinelik (*opportunité*)” açısından değil, “hukukîlik (*légalité*)” açısından değerlendirirler. Mahkemelerin baktıkları davalarda siyasal yerinelik açısından karar vermeleri durumunda, hukuk değil, başka bir şey gerçekleşeceğinden hukuk devleti ilkesi zedelenir.

*cc) Yürütme Organı Hukuka Bağlı Olmalıdır.*- Bir devletin hukuk devleti olması için onun yürütme organının da hukuka bağlı olması gerekir. Türk hukuk düzeninde yürütme organının Anayasa ile bağlı olduğu esas kabul edilmiştir. Anayasamızın 11’inci maddesine göre, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve *idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır*. O hâlde idare, Anayasaya aykırı eylem ve işlem yapmamak zorundadır. Diğer yandan yürütme organı kanunlarla da bağlıdır. İdarenin “kanuna bağlılığı ilkesi” veya “kanuna saygı ilkesi”, Anayasamızın 8’inci maddesinde, “yürütme görevi ve yetkisi... kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” denilerek kabul edilmiştir. Buna göre, idare, sahip olduğu yetkileri kullanırken veya üstlendiği görevleri yerine getirirken kanunlara uygun davranmak zorundadır. Aynı şekilde idare, tüzük ve yönetmeliklere de uymak durumundadır.

Bu üç şart hukuk devletinde idarenin hukuka bağlılığı için gerekli olan genel şartlardır. Bunlar olmadan idarenin hukuka bağlılığından zaten bahse-

dilemez. Bu üç gereklilik, idarenin hukuka bağıllığının ön şartlarıdır. Diğer bir ifadeyle, bir devlette, idare hukuka bağıl olsa bile, yasama organı hükümet ve yargı organı hukuka bağıl değilse, orada vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulunmaları imkân dahilinde değildir.

### ***b) Hukuk Devletinın Özel Gereklere (İdarenin Hukuka Bağıllığının Şartları)***

İdarenin hukuka bağıllığının gerçekleşmesi için yukarıdaki genel gereklerin yanında, ayrıca bazı özel şartların da gerçekleşmesi de gerekir. Yani, idare bakımından hukuk devleti ilkesinin özel gerekleri de vardır. Bu gerekler şunlardır:

*1. İdarenin Bütün Eylem ve İşlemleri Yargı Denetimine Tâbi Olmalıdır.*- İdarenin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymak zorunda olmasının müeyyidesi Anayasamızda öngörölmüştür. Anayasamızın 125'inci maddesine göre, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". Yani idarenin yaptığı işlemler uyması gereken üst kurallara uymuyorsa, bunlara karşı dava açılabilir. Mahkemeler bu işlemleri iptal ederler.

Ancak Türkiye'de idarenin hukuka bağıllığı ilkesi bakımından beş adet pürüz vardır. Aşağıda sayacağımız beş adet işleme karşı dava açılmaz; bunlara karşı yargı yolu kapalıdır. Dolayısıyla bunlar ölkemizde hukuk devletinin istisnalarını oluşturmaktadırlar. Bu beş işlem şunlardır:

- a) Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, m.105/2 ve 125/2).
- b) Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, m.125/2).
- c) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (AY, m.159/4).
- d) Uyarma ve kınama disiplin cezaları yargı denetimi dışında *birakılabilir* (m.129/3).

*Uyarı:* Uyarma ve kınama disiplin cezaları kanunla yargı denetimi dışına çıkarılabilir; çıkarılmamışsa yargı denetimine tâbidir. Örneğin DMK, uyarma ve kınama disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Dolayısıyla memurlar bu cezalara karşı iptal davası açamazlar. Ancak Yüksek Öğretim Kanunu bu cezaları yargı denetimi dışında bırakmamıştır. Dolayısıyla öğretim üyeleri ve öğrenciler aldıkları uyarma ve kınama cezalarına karşı iptal davası açabilirler.

- e) Sıkıyönetim komutanının işlemleri (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Ek m.3. Bu sonuncu kısıntı, kanundan kaynaklandığı için kanun koyucu tarafından kaldırabilir).

Bu beş işlem söz konusu olduğunda, idare yine hukuka uymalıdır. Ancak bu durumlarda idarenin hukuka uyup uymadığının yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir.

Doktrinde bir idarî işlemin kanunla veya anayasayla yargı denetimi dışına çıkarılmasına "**yasama kısıntısı**" ismi verilir<sup>286</sup>. Zira bu durumlarda idarî yargının görev alanı yasama organı tarafından kanunla kısıtlanmıştır.

Aslında yukarıdaki beş kısıntı doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklandığı için bunlara “yasama kısıntısı” değil, “anayasa koyucunun kısıntısı” veya “anayasa kısıntısı” demek daha doğru olur.

Bazen, özellikle geçmişte, gerek Türkiye’de, gerekse başka ülkelerde, Anayasa ve kanunlarda öngörülmemiş olmasına rağmen, yargı organları, yürütme organının bazı işlemlerini denetlemeyi siyasî sebeplerle reddetmişlerdir. Yani bazı durumlarda yargı denetiminin alanı bizzat yargı organı tarafından kısıntıya uğratılmıştır. Bu duruma doktrinde, “**yargı kısıntısı**” ve yargı organının denetlemeye kendisini yetkili görmediği işlemlere de “**hükûmet tasarrufları**” denir. Örneğin Türkiye’de Danıştay 1930’lu ve 1940’lı yıllarda, Hükûmetin aldığı mukabele bilmisil, iskan işleri, vatandaşlık işleri, yabancıların sınırdışı edilmeleri ile ilgili kararları, idarî değil siyasî nitelikte görmüş, bunları “hükûmet tasarrufu” saymış ve denetlemeyi reddetmiştir<sup>287</sup>. 1961 Anayasasının 114 ve 1982 Anayasasının 125’inci maddeleri karşısında bu şekilde bir “hükûmet tasarrufu” anlayışının geçerliliği kalmamıştır.

Ancak *idarî yargı organları, yürütme organının bütün işlemlerini değil, sadece “idarî işlemleri”ni denetlemeye yetkilidir*. Yürütme organında çıkan, ama birer idarî işlem olmayan pek çok işlem vardır. Örneğin Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun kurulmasına dair işlemleri, Cumhurbaşkanının bir bakanı görevden alma işlemi, yürütme organının yasama organı ile ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler (örneğin Cumhurbaşkanının TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermesi işlemi), yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler (örneğin bir yabancı diplomatın *persona non grata* ilân edilmesi işlemi) birer idarî işlem olmadıkları için yargı denetimine tâbi değildir. Bunlara benzer daha 40 küsur işlem vardır (Bu işlemleri ileride Bölüm 7’de göreceğiz). Burada not edelim ki bu işlemlerin yargı denetimi dışında olmasının hukuk devleti ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından doğuracağı bir sakınca da genellikle yoktur.

Nihayet idarenin hazırlık işlemleri, teyit edici işlemleri, iç düzen işlemleri gibi *icraî nitelikte olmayan işlemleri* de yargı denetimine tâbi değildir. Çünkü bunlar, kesin ve yürütülebilir nitelikte değildir, yani vatandaşların hukuki durumlarında bir değişiklik yaratmazlar (Bu işlemleri ileride Bölüm 8’de göreceğiz).

*bb) Hakimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır*<sup>288</sup>. Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk devleti ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı organları tarafından denetlenmesini gerektirmektedir. Ancak bu denetimin sözde kalmaması için, denetimi yapan mahkemelerin idareden bağımsız olmaları gerekir. O hâlde hukuk devleti ilkesinin bir şartının da *mahkemelerin bağım-*

287. *Ibid.*, s.22-25.

288. Balta, *op. cit.*, s.108.

*sızlığı ilkesi* olduğunu söyleyebiliriz. Anayasamızın 138’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelle gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2). Keza Anayasamız 139’uncu maddesinde hakimlerin görevlerini hiçbir şeyden çekinmeden yerine getirebilmeleri amacıyla “hakimlik teminatı”nı kabul etmiştir. Türkiye’de, askerî yargı bir yana bırakılırsa, adlî ve idarî yargı alanında hakimlerin bağımsızlığı ve teminatı bakımından büyük bir problem olmadığını söyleyebiliriz.

*cc) İdarenin faaliyetleri önceden bilinebilir olmalıdır.* Hukuk devleti ilkesinin idare bakımından diğer bir gereği de “*idarî faaliyetlerinin belirliliği ilkesi*”dir. Hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin idare edilenler tarafından önceden tahmin edilebilir olması gerekir<sup>289</sup>. İdare takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda dahi tam bir serbestiye sahip değildir. İdare bu yetkisini tüzük ve yönetmelik gibi genel kurullarla düzenlemek ve bu düzenlemelere uymak zorundadır. Buna “*düzenli idare ilkesi*” denir<sup>290</sup>. Keza yine idarî faaliyetlerin belirliliği ilkesi nedeniyle idarenin, istikrar kazanmış uygulamalarından vazgeçmemesi gerekir<sup>291</sup>. Keza hukuk devletinde idare, kişilerin “*kazanılmış haklarına saygı*” göstermelidir<sup>292</sup>.

*dd) Hukukî Güvenlik İlkesi*<sup>293</sup> ve *Geçmişe Etki Yasağı*<sup>294</sup>.- Bir hukuk devletinde, bireyler kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre ayarlayabilme imkânına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, bireyler kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmezler. Bugün hukuka uygun olarak yaptıkları bir faaliyet, yarın kabul edilen bir kanun veya düzenleyici işlem nedeniyle hukuka aykırı hâle gelebiliyorsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır. O nedenle, idare hukukunda, kural olarak, idarî işlemlerin “geriye yürümezliği ilkesi” geçerlidir. Örneğin bireyler belli bir dönemde faaliyetleri için belli bir oranda vergi ödeyeceklerini önceden bilirler ve ona göre bu faaliyeti yapıp yapmamaya karar verirler. Bu faaliyeti yaptıktan sonra, bu faaliyet dolayısıyla ödeyecekleri vergi oranı geçmişe etkili olarak artırılırsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır. Belki bireyler, bu yeni oranda vergi ödeyeceklerini önceden bilseydiler, o faaliyette bulunmayabileceklerdi. Neticede idarenin geçmişe etkili işlemler

289. Günday, *op. cit.*, s.44.

290. *Ibid.*, s.45.

291. *Ibid.*

292. Balta, *op. cit.*, s.108; Bu konuda ayrıca bkz.: Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 2003.

293. Long *et al.*, *op. cit.*, s.402; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.1147; Aubry ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.338; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.114; Vlachos, *op. cit.*, s.151.

294. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.303; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.748; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.114.

yapabilme ihtimali, bireylerin hukuk güvenliğini sarsar. Bu güvenlik bir kere sarsılınca, bireyler “ben bugün bu faaliyeti yapıyorum; ama ya yarın bu faaliyetim dolayısıyla yüksek oranda vergilendirilirim ne yaparım” diye endişe duyarlar. Bir hukuk devletinde idarenin bireyleri böyle endişeli durumlara sokmaya hakkı yoktur.

*Örnek Kararlar.*- Fransız Danıştayının 25 Haziran 1948 tarihli *Société du Journal “L’Aurore”* kararına konu teşkil eden olayda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, 30 Aralık 1947 tarihli bir kararıyla, elektrik satış fiyatını 1 Ocak 1948 tarihinden itibaren artırıyor. Ancak bu yeni fiyatın, makbuzu henüz gelmemiş 1947 yılının Aralık ayındaki elektrik tüketimlerine de uygulanacağını öngörüyordu. Dolayısıyla söz konusu fiyat, yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış elektrik tüketimine de uygulanmış oluyordu. Bu karara karşı “L’Aurore” şirketinin açtığı davada Fransız Danıştay, söz konusu bakanlık kararının “düzenleyici işlemlerin ancak geleceği düzenleyebileceği ilkesine” aykırı olduğuna karar vermiş ve işlemi iptal etmiştir<sup>295</sup>.

Fransız Danıştay 11 Haziran 1993 tarihli *Commune de Rai* kararında da yürürlüğe girmesinden önce yapılan su tüketimine zamlı tarifenin uygulanmasını öngören belediye kararını geriye yürümezlik ilkesine aykırı bulmuştur<sup>296</sup>. Fransız Danıştay kararları arasında geriye yürümezlik ilkesinin uygulandığı başta vergiye, sonra memurların statüsüne ilişkin düzenleyici işlemler konusunda pek çok örnek karar vardır<sup>297</sup>.

*Türk Danıştay.*- Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 9 Mart 1993 tarih ve E.1992/299, K.1993/63 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, Bakanlar Kurulu, 1991 yılı için, daha bu yıl başlamadan, 13 Mart 1990 tarih ve 90/328 sayılı Kararıyla ihracat istisnası oranını % 16 olarak saptamıştır. Daha sonra Bakanlar Kurulu 1991 yılı devam ederken 12 Ağustos 1991 tarih ve 91/2073 sayılı kararıyla ihracat istisna oranını % 12’ye indirmiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, ihracat istisna oranının, bu oranın uygulanacağı takvim yılının Ağustos ayında değiştirilmesini hukukî güvenlik ilkesine aykırı bulmuştur<sup>298</sup>. Gerçekten de bu olayda ihracatçılar, 1991 yılında ticarî faaliyetlerini % 16’lık istisna oranına göre düzen-

295. Conseil d’État, 25 Haziran 1948, *Société du Journal “L’Aurore”*, RDCE, 1948, s.289 (Kararın metni ve incelemesi Long *et al.*, *op. cit.*, s.400-407’de bulunmaktadır).

296. Conseil d’État, 11 Haziran 1993, *Commune de Rai*, RDCE, 1993, s.592 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1147).

297. Örneğin Conseil d’État, 16 Mart 1956, *Garrigou*, RDCE, 1956, s.121; Conseil d’État, 14 Mayıs 1956, *Secrétaire d’Etat aux finances et ministre des finances et affaires économiques c. Jacquier*, RDCE, 1956, s.278; Conseil d’État, 14 Şubat 1958, *Chamley et Perret*, RDCE, 1958, s.99; Conseil d’État, 30 Haziran 1959, *Metge*, RDCE, 1959, s.89 (Nakleden: Long *et al.*, *op. cit.*, s.403).

298. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 9 Mart 1993 Tarih ve E.1992/299, K.1993/63 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

lemiştir. Sekiz ay sonra bu oranın % 12'ye indirilmesi, ihracatçıların hukukî güvenliğini sarsmıştır.

Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun 15 Ocak 1999 tarih ve E.1997/417, K.1999/81 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, Bakanlar Kurulu, 12 Ocak 1995 tarih ve 95/6428 sayılı kararıyla<sup>299</sup> gelir ve kurumlar vergisinden alınan fon payı artırılarak % 10 olarak belirlemiş ve bu yeni oranın 1994 yılı gelirlerine de uygulanması öngörmüştür. Danıştay bu geçmişe etkili uygulamanın hukukî güvenlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Bakanlar Kuruluna yasayla tanınan düzenleme yetkisinin geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir. Dava konusu kararname kapsamındaki fonların gelir ve kurumlar vergisi üzerinden, belirlenen oranlarda alınan mali yükümlülük olduğu dikkate alındığında vergilendirme dönemi sona erdikten sonra daha önce belirlenen ve duyurulan yükümlülüklerin artırılmasının geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırılmasına olanak bulunmamaktadır”<sup>300</sup>.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 29 Ocak 1999 tarih ve E.1998/316, K.1999/169 sayılı kararıyla da, 1995 yılında kabul edilen fon oranı artırılmasına ilişkin bir Bakanlar Kurulu kararının<sup>301</sup> 1994 yılı gelirlerine ilişkin vergilere de uygulanmasını hukukî güvenlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>302</sup>.

*ee) İdarenin malî sorumluluğu mevcut olmalıdır*<sup>303</sup>. Nihayet hukuk devleti ilkesi, idarenin malî sorumluluğu ilkesini de gerektirir<sup>304</sup>. Bir devlete hukuk devletidir diyebilmek için bu devletin idaresinin eylemleriyle kişilere verdiği zararları parasal olarak da ödemesi gerekir. Anayasamız bu ilkeyi açıkça kabul etmiştir. Anayasamızın 125'inci maddesinin son fıkrasına göre, “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. O halde devlet idaresi, hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle kişilere zarar vermişse, bunları ödemekle yükümlüdür. İdare bu yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmiyorsa, mahkemeler idareyi verdiği zararları tazmin etmeye mahkum ederler. Dolayısıyla, Türkiye’de hukuk devletinin bir gereği olan, idarenin malî sorumluluğu ilkesi gerçekleşmiştir.

299. *Resmî Gazete*, 1 Şubat 1995, Sayı 22189.

300. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 15 Ocak 1999 Tarih ve E.1997/417, K.1999/81 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

301. 12 Ocak 1995 tarih ve 95/6428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, *Resmî Gazete*, 1 Şubat 1995, Sayı 22189.

302. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 29 Ocak 1999 Tarih ve E.1998/316, K.1999/169 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

303. Balta, *op. cit.*, s.108.

304. Günday, *op. cit.*, s.49.



## G. EŞİTLİK İLKESİ

**Bibliyografya.-** Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 180-192; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.137-138; Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş, op. cit.*, s.138-139.

1982 Anayasasının “Kanun Önünde Eşitlik” başlığını taşıyan 10’uncu maddesi şöyle demektedir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür (2004 yılında eklenmiştir).

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

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

**NOT:** 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanun ile son fıkranın “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Ancak 5735 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesinin 5.6.2008 tarihli ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

### 1. Hukukî Niteliği

Eşitlik ilkesi, hukukî niteliği itibarıyla, hukuk devleti ilkesinin bir parçası veya bir temel hak ve hürriyet değil, devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilkedir. Çünkü eşitlik ilkesi devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğindedir<sup>305</sup>. 1961 Anayasası eşitlik ilkesine “temel haklar ve ödevler” kısmında (m.12) düzenlemiş olmasına rağmen, 1982 Anayasası eşitlik ilkesini, “temel haklar ve ödevler” kısmına değil, “genel esaslar” kısmına yerleştirmiştir. Anayasanın bu sistematüğinden, Anayasanın eşitlik ilkesini devlet yönetimine egemen olan bir “temel ilke”, bir “genel esas” olarak düşündüğü sonucu çıkmaktadır<sup>306</sup>. Bu şu anlama gelmektedir ki, eşitlik ilkesi de, laiklik ilkesi, Atatürk milliyetçiliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesi gibi anayasal sistemin temel yapısını belirleyen ilkelere biridir.

### 2. Muhatapları

Eşitlik ilkesinin devlet yönetimine egemen olan bir “temel ilke” olduğunu bu şekilde gördükten sonra, şimdi, şu soruya sormak gerekir: Devlet yönetimine egemen olan bir “temel ilke” olarak eşitlik ilkesi kimlere hitap etmektedir? Anayasanın 10’uncu maddesi bu konuda “*devlet organları ve idare makamları* bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” demektedir. O halde, eşitlik ilkesinin devlet organlarına ve idare makamlarına hitap ettiğini söyleyebiliriz.

305. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.137.

306. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.137; Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş, op. cit.*, s.138.

a) *Devlet Organları*.- Eşitlik ilkesi, “devlet organları”nı, yani, yasama, yürütüme ve yargı organlarını bağlar. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organları “bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”. Örneğin eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler getiren bir kanun, mesela dil, din ve mezhep bakımından vatandaşlar arasında ayırım yapılmasını öngören bir kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilebilir.

b) *İdare Makamları*.- Eşitlik ilkesinin genel olarak devlet organlarının dışında özellikle idare makamlarına hitap ettiği kuşkusuzdur. Anayasanın 10’uncu maddesinde zaten bu husus “*idare makamları* bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” diyerek vurgulanmıştır. Çoğunlukla genel ve soyut düzenlemeler getiren yasama organından ziyade bireysel ve somut işlemler yapan idarenin eşitlik ilkesini çiğnemesi ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla bir kanunu uygulayacak olan idarî makamlar, bireysel durumlarda uygulayacakları kanunu eşitlik ilkesine uygun bir şekilde tatbik etmek zorundadırlar. Bir kanunun aynı hükmünü bir kişi için bir şekilde, diğer kişi için başka bir şekilde uygulayan idarî makamın işlemleri, idarî yargı organları tarafından sırf eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebilir.

c) *Eşitlik İlkesi Özel Kişilere de Hitap Eder mi?*- Anayasamızın 10’uncu maddesinde tanınan eşitlik ilkesinin özel kişilere de hitap edip etmediği, yani özel kişileri de bağlayıp bağlamadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, Alman anayasa hukukundan esinlenerek, Anayasa kurallarının *yatay etkiye* de sahip olduğunu belirtip, eşitlik ilkesinin özel kişileri de bağlayabileceği ve özellikle de iş hukuku gibi alanlarda uygulama bulabileceğini ileri sürmektedirler<sup>307</sup>. Eğer *eşitlik ilkesinin yatay etkisinin* olduğu kabul edilirse, bu ilke, özel hukuk alanında da uygulama bulabilir.

Bu görüş lehine Anayasamızın “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve *kişileri* bağlayan temel hukuk kurallarıdır” diyen “Anayasanın bağlayıcılığı” başlıklı 11’inci maddesi de ileri sürülebilir. Anayasa hükümlerinin, hitap ediyorsa, özel kişileri de bağlayacağı tartışmasızdır.

Ancak bizim burada tartıştığımız husus, Anayasamızın 10’uncu maddesindeki eşitlik ilkesinin özel kişilere hitap edip etmediği hususudur. Eğer eşitlik ilkesi özel kişilere hitap etmiyorsa, 11’inci madde uyarınca 10’uncu maddenin bağlayıcı olmasının özel kişiler bakımından doğuracağı bir hüküm ve sonuç yoktur.

307. Bu konudaki tartışmalar için bkz.: Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, op. cit., s.154-157.

Kanımızca eşitlik ilkesi, Anayasamızda devlet yönetimine hakim bir temel ilke olarak değil de, bir *temel hak* olarak düzenlenseydi, bu ilkenin özel kişileri de bağlayacağı çok daha kolay olarak savunulabilirdi<sup>308</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi eşitlik ilkesi bizim Anayasamızda devlet yönetimine hakim bir *temel ilke* olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu ilkenin özel kişileri bağlayacağı yolundaki yorumlar, 10’uncu maddenin yeri dikkate alındığında, sistematik açıdan tutarsız yorumlardır. Nihayet, Anayasamızın 10’uncu maddesinde eşitlik ilkesinin muhatapları arasında “özel kişiler” sayılmamış; tersine “*devlet organları ve idare makamları* bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” denmiştir. Anayasa koyucu isteseydi, eşitliği ilkesinin muhatapları arasında özel kişileri de sayabilirdi.

### 3. Çeşitleri

Eşitlik, biri mutlak, diğeri nispi olmak üzere iki değişik anlamda anlaşılmaktadır.

a) *Mutlak Eşitlik*.- Mutlak eşitlikten kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır<sup>309</sup>. Kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz<sup>310</sup>. Kanımızca, Anayasanın 10’uncu maddesinin ilk fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü, bu konularda mutlak eşitliği emretmektedir. Yani, hangi düşüncelerle olursa olsun, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamaz. Örneğin kız öğrencileri bir okula teşvik etmek için giriş sınavlarında kız öğrencilere puan eklenmesi yolunda bir uygulama “mutlak eşitlik” ilkesine aykırıdır. Anayasanın 10’uncu maddesinin ilk fıkrasına göre, cinsiyet, bir “özümlü ayırım yasağı”dır. Cinsiyete dayalı bir ayırım öngören düzenleme, hangi arzu edilen (kız öğrenci oranını yükseltmek gibi) mülahazayla olursa olsun eşitlik ilkesine aykırı olur. Çünkü “cinsiyet” bir mutlak eşitlik sebebidir. Keza 10’uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” hükmü de böyle bir “mutlak eşitlik” hükmüdür.

Hukuk kurallarının aynı durumda bulunan kişilere farklı uygulanması eşitlik ilkesini ihlâl eder. Örneğin Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu

308. Alman Anayasasında eşitlik ilkesi (m.3) “temel haklar” bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla bu konuda Alman anayasa hukukundan alınan çözümler, Türk anayasa hukukunda geçerli olamaz.

309. Özbudun (*Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.137) buna “şekli hukukî eşitlik” diyor.

310. Mutlak eşitliğe “arimetik eşitlik” de denebilir. Mutlak eşitlik, Aristo’nun *Nikomakhos’a Ahlak*’ında yaptığı adalet ayırlamasında “denkleştirici adalet (tâvizî adalet, *iustitia commutativa*)”e tekabül eder. Denkleştirici adalet için bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.313.

lunun 25 Aralık 1998 tarih ve K.1998/708 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, idare, bir sağlık meslek lisesi müdürünü Kadro Kıstasları Yönetmeliğinde öngörülen şartları taşımadığı (hekim olmadığı) gerekçesiyle görevden almış, ancak aynı göreve yine bu Yönetmeliğin şartlarını taşımayan, yani hekim olmayan birisini atamıştır. Danıştay bu kararında aynı hukukî durumda bulunan kişilere hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanması gereğine işaret etmiş, yönetmelik hükümlerinin bir kişi için uygulanıp, aynı durumda olan bir başka kişi için uygulanmamasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir<sup>311</sup>.

*b) Nispî Eşitlik.* - Nispî eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bu şu anlama gelir ki, *farklı* durumlarda bulunan kişiler, *farklı* işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispî eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunu, niteliğine yaptığı işe göre değişebilir<sup>312</sup>.

**Türk Anayasa Mahkemesi** değişik tarihlerde verdiği kararlarında “nispî eşitlik” anlayışını benimsemiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 13 Nisan 1976 tarih ve K.1976/23 sayılı kararında şöyle demiştir:

“[Eşitlik ilkesi], herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır”<sup>313</sup>.

Anayasa Mahkemesi 27 Eylül 1988 tarih ve K.1988/27 sayılı kararında aynı yönde şöyle demiştir:

“Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi, ‘yasa önünde eşitlik’ olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani ‘eşit olmayanların eşitsizliği’ eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”<sup>314</sup>.

311. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 25 Aralık 1998 Tarih ve E.1997/699, K.1998/708 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 1000, s.48-51.

312. Nispi eşitliğe “geometrik eşitlik” de denebilir. Nispî eşitlik, Aristo’nun *Nikomakhos’a Ahlâk*’ında yaptığı adalet ayırtımında “dağıtıcı adalet (tevfîî adalet, *iustitia distributiva*)”e tekabül eder. Örneğin bir annenin üç yaşında çocuğuna nazaran on yaşında çocuğuna daha fazla yemek vermesi dağıtıcı adalet, yani nispî eşitlik ilkesine uygundur. Bu konuda bkz. Gözler, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.313.

313. Anayasa Mahkemesi, 13 Nisan 1976 Tarih ve E.1976/3, K.1976/3 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.166.

314. Anayasa Mahkemesi, 27 Eylül 1989 Tarih ve E.1988/7, K.1988/27 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 24, s.421.

Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/15 sayılı Kararında da nispi eşitlik anlayışını şu şekilde dile getirmiştir:

“Yasa önünde eşitlik ilkesi’ hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa’nın amaçladığı eylemi değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz”<sup>315</sup>.

**Danıştay** da çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda nispi eşitlik ilkesini esas almıştır. Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi 23 Haziran 1999 tarih ve E.1996/993, K.1999/3627 sayılı kararında telefon kontör ücretlerinin ankesörlü telefonlar ve kontörlü gişe telefonları için farklı belirlenmesinde eşitlik ilkesine aykırı olmadığına; keza askerî birliklerdeki kontörlü gişe telefonları için daha az ücret belirlenmesinin de eşitlik ilkesini zedelediğine karar vermiştir. Danıştay bu kararında şöyle demiştir:

“Yasa önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında sözkonusu olabilir. Kimi vatandaşların başka bir kurala bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda yasa önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden sözedilemez. Başka bir deyişle eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında sözkonusu olabilir. Bu nedenle Anayasa’da her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtilen askerlik hizmetini ifa edenlerin yararlandığı askeri birliklerdeki kontör ücretlerinin farklı belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılığından da sözedilemez”<sup>316</sup>.

Danıştay Sekizinci Dairesi 18 Şubat 1998 tarih ve E.1996/4715, K.1998/490 sayılı kararında tıpta uzmanlık sınavında (TUS), tıp fakültesi mezunu olmayanlara sınavın % 30'luk kısmının farklı uygulanmasına dair işlemin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına, çünkü tıp fakültesi mezunlarıyla tıp fakültesi mezunu olmayanların aynı durumda bulunmadıklarına karar vermiştir<sup>317</sup>.

315. Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 Tarih ve E.1997/65, K.1999/15 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 16 Şubat 2000, Sayı 23966, s.45.

316. Danıştay Onuncu Dairesi, 23 Haziran 1999 Tarih ve E.1996/993, K.1999/3627 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

317. Danıştay Sekizinci Dairesi, 18 Şubat 1998 Tarih ve E.1996/4715, K.1998/490 Sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

Danıştay kimlerin farklı durumda bulunup bulunmadığını, bulunulan farklı durumun farklı uygulamayı meşru kılıp kılmadığını idarî yargı organlarının takdir edeceğini kabul etmektedir. Örneğin Danıştay Sekizinci Dairesinin 19 Kasım 1990 tarih ve E.1989/1379, K.1990/1339 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda Ankara Belediyesi EGO Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan “Ankara Belediyesi EGO Otobüsleri ile Seyahat Edecek Öğrenciler İçin İndirimli Paso Yönetmeliği”nin 4’üncü maddesinin ikinci fıkrası “öğrenci pasosu 28 yaşından yukarı olan öğrencilere” verilmeyeceğini öngörmekteydi. 28 yaşından büyük bir öğrenci Yönetmeliğin bu hükmünün iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesinde iptal davası açmış, Ankara İkinci İdare Mahkemesi de yönetmeliğin bu hükmünü 1 Eylül 1989 tarih ve E.1989/122, K.1989/1183 sayılı kararıyla “aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle” iptal etmiştir. Ankara İkinci İdare Mahkemesinin bu kararı daha sonra Danıştay tarafından onanmıştır<sup>318</sup>.

Danıştayın bu kararının doğruluğu şüphelidir. “Yaş” da bir farklılık nedeni olabilir. Farklı yaştakilerin farklı uygulamalara tâbi tutulması eşitlik ilkesine aykırı görülmeyebilir. Danıştayın bu kararına göre “yaş” da Anayasanın 10’uncu maddesinde sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet gibi bir “mutlak eşitlik nedeni” hâline gelmektedir. Oysa Anayasanın 10’uncu maddesinde söz konusu nedenler arasında “yaş” sayılmamaktadır. Hangi farklı durumların mutlak eşitlik ilkesinden ayrılmaya izin verdiğinin objektif bir kriterinin bulunması gerekir.

Danıştay Sekizinci Dairesi, 5 Mayıs 1997 tarih ve E.1995/4420, K.1997/1490 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir üniversitesinin fen bilimleri enstitüsü yüksek lisans öğrencilerinin yazılı sınavlara girebilmesi için sınav gideri adı altında belli bir miktar para yatırmalarına, bu parayı yatırmayanların yazılı sınavlara alınmamlarına, onun yerine sözlü sınava tâbi tutulmalarına karar vermiştir. İzmir 2’nci İdare Mahkemesi, 29 Mart 1995 gün ve 444 sayılı kararıyla idarenin bu işlemini, “davalı idarenin yazılı sınav hakkını bu şekilde şarta bağlaması ve bu koşulu yerine getirmeyenleri sözlü sınava tabi tutacağını bildirmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği” gerekçesiyle iptal etmiş, Danıştay da bu kararı onamıştır<sup>319</sup>.

### **Pozitif Ayrımcılık**

“Pozitif ayrımcılık (*positive discrimination*, ABD’de *affirmative action*)”, işe girme veya okula kabul edilme gibi bazı alanlarda kadınlara ve-

318. Danıştay Sekizinci Dairesi, 19 Kasım 1990 tarih ve E.1989/1379, K.1990/1339 Sayılı Karar, (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

319. Danıştay Sekizinci Dairesi, 5 Mayıs 1997 Tarih ve E.1995/4420, K.1997/1490 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

ya etnik veya ırksal azınlıklara öncelik verilmesi şeklindeki uygulamadır. Örneğin bir okula giriş sınavında bir beyaz çocuğun sınavı kazanması için 80 olması gerekirken, bir siyah çocuğun 60 olması yeterli ise ortada bir pozitif ayrımcılık vardır. Aynı şekilde işe alınmada sakatlara, kadınlara veya belirli etnik gruplara öncelik veriliyor veya onların daha fazla oranda işe alınmaları için kota konuyorsa yine pozitif ayrımcılık vardır. Keza partilerin milletvekili aday listelerinin en az belli bir yüzdede kadınlardan oluşması öngörülüyorsa (seçilme kotaları) yine ortada pozitif ayrımcılık vardır. Bu tür uygulamalar, normalde eşitlik ilkesine aykırıdır. Ancak bu tür uygulamalarda amaçlanan şey, eşitsizlik yaratmak değil, zaten fiilen mevcut olan bir eşitsizliği bir ölçüde de olsa gidermeye çalışmaktır. Pozitif ayrımcılık uygulamaları pek çok ülkede görülmektedir. Bu ülkelerde yüksek mahkemeler, çoğunlukla, bu tür uygulamaların eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermişlerdir. Anayasamızın 10’uncu maddesinin ilk fıkrasında “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” dediğine göre, Türkiye’de dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep bakımından, mevcut fiili eşitsizlikleri gidermek için dahi bir ayrımcılık yapılamaz. Örneğin Türkiye’de belli bir mezhebe mensup veya belli bir dili konuşan çocukların üniversiteye girmesinde bunlara ek puan veya bunların elde ettikleri ham puanın daha avantajlı bir katsayı ile çarpılması gibi bir uygulama yapılamaz. Aynı şey cinsiyet için de düşünülebilir. Ancak Anayasamızın 10’uncu maddesine 7 Mayıs 2004 tarihinde eklenen ikinci fıkra cinsiyet bakımından pozitif ayrımcılık yapılabileceği şeklinde yorumlanabilir. Zira bu fıkra “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” denmektedir. Bu fıkra kullanılarak “eşitliğin yaşama geçirilmesi” ifadesinden yola çıkarak, gerçek hayatta böyle bir eşitlik yoksa, devletin kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaparak bu eşitliği fiilen sağlaması gerektiği söylenebilir.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 9 Ocak 1985 tarih ve E.1982/826, K.1985/4 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, Bir Kısım Derslerin Öğretimini Yabancı Dille Yapan Resmî Okullar Özel Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 10’uncu maddesinin son fıkrasıyla bu okullara girişte kız öğrencilere 3 puan eklenmesi kuralı getirilmiştir. Danıştay Sekizinci Dairesi, bu kuralın, kız öğrencilere, erkek öğrencilere göre bir öncelik hakkı sağlanmasına ilişkin olduğunu tespit etmiş, ancak “Türk toplum yapısı gelenek ve görenekleri göz önünde” bulundurulduğunda kız öğrencilere adı geçen okullarda öncelik tanınmasının “Anayasaya ve Temel Eğitim Yasasında amaçlanan okuma ve fırsat eşitliği ilkelerini zedelediğinden söz edileme(yeceğine)” karar vermiştir<sup>320</sup>.

320. Danıştay Sekizinci Dairesi, 9 Ocak 1985 Tarih ve E.1982/826, K.1985/4 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 60-61, s.350 (Danıştay Bilgi Bankasında da mevcut). Karara

## H. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

**Bibliyografya.-** Balta, *op. cit.*, s.126-133; Günday, *op. cit.*, s.41; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.47-50; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.38-39; Duran, *op. cit.*, s.36-37; Eroğlu, *op. cit.*, s.45-60; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.626-628; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.229-232; Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organunun Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965; Burhan Kuzu, *Yürütme Organunun Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

Yukarıda gördüğümüz “insan haklarına saygı”, “Atatürk milliyetçiliği”, “demokratik devlet”, “lâiklik”, “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleri Anayasamızın 2’nci maddesinde öngörölmüş, sadece idareyi değil, aynı zamanda yasama ve yargı organlarını da bağlayan temel anayasal ilkelere dir. Burada son olarak, sadece idare için önemli bir ilke olan “idarenin kanunîliği ilkesi”ni görelim. Bu ilkeye “kanunî idare ilkesi”<sup>321</sup> veya “yasal yönetim ilkesi”<sup>322</sup> de dendiğini hatırlatalım.

İdarenin kanunîliği ilkesinin iki değişik anlamı vardır. İdarenin eylem ve işlemleri hem *kanuna dayanmalı*, hem de bu eylem ve işlemler *kanuna aykırı olmamalıdır*. Yani kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem *şartı*, hem de *sınırdır*

### 1. Kanuna Dayanma İlkesi (İdarenin *Secundum Legem* Özelliği)

Yasama yetkisi aslî bir yetkidir<sup>323</sup>. Yasama organı, bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. O alanın daha önce Anayasayla düzenleniyor olmasına gerek yoktur. Anayasanın hiçbir şekilde düzenlemediği bir alanı, yasama organı, ilk elden düzenleyebilir. Bu anlamda yasama yetkisi, “ilkel (veya ilksel)”, “aslî (*originair*)” bir yetkidir. Yasama organının anayasaya dayanma zorunluluğu yoktur. Yasama organının tek zorunluluğu, anayasaya aykırı düzenleme yapmamaktır<sup>324</sup>. Buna karşılık idare, yasama organı tarafından önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunamaz. İdare faaliyette bulunabilmek için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye sahip olmalıdır<sup>325</sup>. İdarenin işlemleri kanuna dayanmak zorundadır. Kanun olmayan yerde, idare de yoktur<sup>326</sup>. Bu anlamda idarenin düzenleme yetkisi ka-

---

dikkat çeken: Zuhal Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, Yetkin, 1996, s.70.

321. Balta, *op. cit.*, s.126; Günday, *op. cit.*, s.41.

322. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.36-37.

323. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.367-368.

324. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.192.

325. Günday, *op. cit.*, s.41.

326. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organunun Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965, s.41.



nundan kaynaklanan, kanunu izleyen, yani *secundum legem*<sup>327</sup> bir yetkidir<sup>328</sup>. Diğer bir ifadeyle, idare, yasama organı devreye girmeden tek başına çalışamaz<sup>329</sup>. Yani idarî fonksiyon, kanuna dayanmak zorundadır. İdarenin kanun olmayan bir alanda genel düzenleme yetkisi yoktur<sup>330</sup>. İdarenin kendine has bir inisiyatif gücü yoktur<sup>331</sup>. İdarenin alanı kanunların uygulanmasıdır<sup>332</sup>. Kısacası idare kanuna dayanmalıdır. Bu nedenle bu ilkeye bazı kitaplarda “kanunî dayanak ilkesi” ismi verilmektedir<sup>333</sup>.

Hukumumuzda “kanuna dayanma ilkesi”nin sadece iki adet istisnası vardır. Birinci olarak Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelelerinin kanuna dayanma zorunluluğu yoktur (Anayasa, m.121). İkinci olarak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve çalışma esaslarının düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de kanuna dayanmak zorunda değildir. Bu iki tür kararname, Türkiye’de yürütme organının istisnaen sahip olduğu “aslı (*originare*)” düzenleme yetkisinin iki örneğidir.

Danıştay Altıncı Dairesinin 28 Şubat 1996 tarih ve E.1996/91, K.1996/929 sayılı kararına konu teşkil eden olayda Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından çıkarılan Millî Saraylar Daire Başkanlığı Koruma ve Değerlendirme Kurulu Kuruluş ve Görevleri Yönetmeliği 14 Aralık 1993 tarih ve 21788 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelikle, 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanununda hiçbir şekilde öngörülmemiş olan “Koruma ve Değerlendirme Kurulu” kurulmuştur. Danıştay Altıncı Dairesi, bir idarî kurulun yönetmelikle kurulamayacağını, kanunla kurulması gerektiğini belirtmiş ve söz konusu Yönetmeliği idarenin kanuniliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve şöyle demiştir:

“2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu’nun 3. maddesinin ( 1 ) bendinde ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yönetiminde bulunan milli saray, köşk, kasır ve müstemilatının bakım, onarım ve muhafazası ile ilgili hizmetleri yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliğinin görev ve sorumlulukları arasında sayılmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Millî Saraylar Daire Başkanlığı bünyesindeki saray, köşk ve kasırlar ile bunların içinde bulunan taşınır kültür varlıkları tarihi bahçeleri ve çevrelerinin koruma ve değerlendirme hizmetlerinin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere kurulan "Koruma ve De-

327. *Secundum legem* “kanunu izleyen, kanundan sonra” *Secundum* kelimesi *secundo* (ikinci) kelimesinden gelip, “sonra” “izleyen” anlamına gelir

328. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.191.

329. Carré de Malberg, *op. cit.*, c.I, s.475.

330. *Ibid.* s.477.

331. *Ibid.*

332. *Ibid.*

333. Balta, *op. cit.*, s.127; Günay, *op. cit.*, s.28.

ğerlendirme Kurulu"nın oluşumu, görevleri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemek amacıyla davaya konu yönetmelik yayınlanmış ise de, T.C. Anayasası'nın anılan maddesiyle idarelerin yönetim ve oluşum biçimlerinin kanunla düzenleneceği, diğer bir deyişle ilgili *idarenin yapısını oluşturan birimlerin kurulması yetkileri ve görevlerinin ancak kanunla belirleneceği* hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesindeki kültür varlıklarının bakım, onarım ve muhafazası ile ilgili olarak 2919 sayılı Yasanın 2. maddesiyle Milli Saraylar Daire Başkanlığının oluşturulduğu, bu oluşumun dava konusu edilen yönetmelikle değiştirilerek bazı üyeleri kurum dışından atanan kişilerden oluşan Milli Saraylar Koruma ve Değerlendirme Kuruluna kanunda öngörülen yetki ve görevlerin verilmesi sonucunda, anılan daire başkanlığının görev ve yetkilerinin kaldırıldığı veya anılan kurulca paylaşıldığı, bu durumun da Anayasa'da öngörülen idarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceğine ilişkin hükümlere aykırı olarak tesis edilen yönetmelikte hukuka uyarlık bulunmamaktadır"<sup>334</sup>.

## 2. Kanuna Aykırı Olmama İlkesi (İdarenin *Intra Legem* Özelliği)

İkinci olarak, idarenin eylem ve işlemleri kanuna aykırı olmamalıdır. İdarenin eylem ve işlemleri *kanunun çizdiği sınırlar içinde*, yani *intra legem*<sup>335</sup> olmak zorundadır<sup>336</sup>. İdarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygun olması özelliğine, kanunların çizdiği sınırlar içinde kalması özelliğine, "idarenin *intra legem* özelliği" ismini verebiliriz. Bazı yazarlar bu ilkeye "kanuna saygı ilkesi" ismini vermektedirler<sup>337</sup>. İdarenin eylem ve işlemlerinin *intra legem* niteliği 1982 Anayasasının 8'inci maddesinde "yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" denilerek ifade edilmiştir.

**Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri Kanunu.-** TBMM tarafından kabul edilen 15 Temmuz 2004 tarih ve 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanunun 44'üncü maddesinde, "bakanlıklar ile kamu tüzel kişileri, önceden kanunla düzenlenmeyen konularda ve kanun hükümlerine aykırı şekilde idarî düzenleme yapamazlar" denilerek hem "kanuna dayanma", hem de "kanuna aykırı olmama" ilkesi açıkça dile getirilmiştir. Ancak bu Kanun Cumhurbaşkanı tarafından 3 Ağustos 2004 tarihinde bir defa daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmiştir. Söz konusu kanun, TBMM tarafından tekrar kabul edilip Cumhurbaşkanı'na gönderilmediği için henüz yürürlüğe girmemiştir (Nisan 2008).

334. Danıştay Altıncı Dairesi, 28 Şubat 1996 Tarih ve E.1996/91, K.1996/929 Sayılı Karar (*Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*).

335. *Intra legem*, "kanun içi" anlamına gelmektedir. "Intra" Latince "iç, içinde" demektir.

336. Carré de Malberg, *op. cit.*, c.I, s.332-336; Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, *op. cit.*, s.82-83, 85-86; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.191-192.

337. Balta, *op. cit.*, s.127; Günday, *op. cit.*, s.41.

## İKİNCİ BÖLÜM İLE İLGİLİ EK BİBLİYOGRAFYA

**İdare Hukukunun Gelişimi, Özellikleri, Kriterleri, Ekolleri.-** *Droit administratif: Bilan critique, Revue Pouvoirs*, 1985, n° 46 (10 Makale) • *Le droit administratif en mutation*, (Ouvrage collectif présenté par Jacques Chevallier), Paris, PUF, 1993 (12 makale) • *Le droit administratif: Des principes fondamentaux à l'effectivité de la règle; bilan, perspectives d'un droit en mutation, Actualité juridique-Droit administratif*, Haziran 1995, Özel Sayı, (21 Makale). • P. Alies *et al.*, *L'administration dans son droit: genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985. • G. Marcou (Ed.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe: Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, 2000. • Jacques Chevalier, "La fin des écoles?", *Revue du droit public*, 1997, s.359 vd. • Jacques Chevalier, "Le droit administratif, droit de privilège", *Pouvoirs*, n° 46, 1988, s.57-70. • Jean Rivero, "Existe-t-il un critère de droit administratif", *Revue du droit public*, 1953, s.279-296. • Georges Vedel, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1954, n° 8, s.21 vd.. • René Chapus, "Le service public et la puissance publique", *Revue du droit public*, 1968, s.235 vd.. • Jean-Marie Pontier, "Le droit administratif et la complexité", *Actualité juridique-Droit administratif*, 2000, s.187 vd. • Sıddık Sami Onar, *Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları*, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferansları, 1936.

**İdare Hukuku-Anayasa Hukuku.-** Jacques Robert, "Droit administratif et droit constitutionnel", *Revue du droit public*, 1998, n° 4, s.971-978. • Louis Favoreu, "L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit", *in Mélanges L. Hamon*, Paris, Economica, 1982, s.235 vd.; Louis Favoreu, "La constitutionnalisation du droit" *Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, s.25 vd.; Georges Vedel, "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge", *Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, s.777 vd.; A.S. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris, Economica, 1987. • O. Schrameck, "Droit administratif et droit constitutionnel", *Actualité juridique-Droit administratif*, Haziran 1995, Özel Sayı, s.34 vd.

**İdare Hukuku-Uluslararası Hukuk.-** G. Teboul, "Droit administratif et droit international", *Revue du droit public*, 1998, s.979 vd.

**İdare Hukukunun Kaynakları.-** Charles Debbasch, "Les sources du droit administratif: permanence et novation", *Recueil Dalloz-Sirey*, 1971, Chronique, s.255 vd. • T. Larzul, *Les mutations des sources du droit administratif*, Paris, L'Hermès, 1994.

**İdare Hukukunun Tedvini.-** *La codification*, (Actes du Colloque IEJ Toulouse), Paris, Dalloz, 1996. • *La codification, Revue Droits*, 1996, Sayı 24. (12 makale). • 1998, Sayı 16 (7 Makale), 1998, Sayı 27 (11 Makale). • *La codification* (Özel Dosya) *in Ac-*

*tualité juridique-Droit administratif*, 1997 n° 9 (10 Makale). • M. Letourneur, “Quelques réflexions sur la codification en droit administratif”, *Mélanges Juilot de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, s.276 vd. • A. Legrand, “La codification de la procédure administrative en France”, *Revue administrative de droit comparé*, 1981, s.181 vd.. • Y. Robineau, “Droit administratif et codification”, *Actualité juridique-Droit administratif*, Haziran 1995 (Özel Sayı), s.110 vd.

**İçtihat:-** *La jurisprudence*, *Archives du philosophie du droit*, 1985, Cilt 30. • François Gazier, “Le rôle de la jurisprudence dans le développement du droit administratif français”, *Revue international de droit administratif comparé*, Cilt 8, 1986, s.161 vd. • Daniel Labetoulle, “Le juge administratif et la jurisprudence”, *Revue administratif*, Özel Sayı 5, 1999, s.59 vd.. • Bernard Pacteau, “La jurisprudence, une chance du droit administratif”, *Revue administratif*, Özel Sayı 6-1999, s.70 vd.. • Georges Vedel, “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?”, *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1979-1980, n° 31, s.31 vd.

**Doktrin.-** *Le Conseil d'État et la doctrine* (Célébration du IIe centenaire du Conseil d'État), *Revue administrative*, 1997, Özel Sayı, (10 Makale). • *La doctrine juridique* (Centre universitaire de recherches de Picardie), Paris, PUF, 1993. • *Doctrine et recherche en droit*, *Revue Droits*, 1994, n° 20 (16 Makale). • Jean Rivero, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif”, *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1955, n° 9, s.27 vd.

**Teamül ve Pratik.-** G. Teboul, “La coutume, source formelle de droit en droit administratif”, *Revue Droits*, 1986, n° 3, s.97 vd.. • G. Teboul, “Usages et coutume dans la jurisprudence administrative”, Paris, LGDJ, 1989. • Paul Amserek, “Le rôle de la pratique dans la formation du droit”, *Revue du droit public*, 1983, s.1471 vd.

**Kemal Gözler, İdare Hukuku, Bursa, 2. Baskı, 2009, c.I. ([www.idare.gen.tr/idarehukuku.htm](http://www.idare.gen.tr/idarehukuku.htm))**

© K. Gözler. Tüm hakları saklıdır. İzinsiz başka yerlerde yayınlanamaz.

(c) Kemal Gözler. Bu sayfaya izin almadan link verilebilir. Ancak, bu web sayfası, önceden izin almaksızın ne suretle olursa olsun, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, tekrar yayınlanamaz, dağıtılamaz, başka internet sitelerine metin olarak konulamaz. İzin için kgozler[at]hotmail.com adresine başvurunuz. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 3 Mart 2004 tarih ve 4630 sayılı kanunla değişik 71 ve 72'nci maddeleri, bir fikir ve sanat eserini herhangi bir yöntemle çoğaltanları, dağıtanları, satanları, elinde bulunduranları, paraya çevrilmeksizin, 2 (iki) yıldan 4 (dört) yıla kadar hapis cezası veya

50.000 TL'den 150.000 TL'ye kadar ağır para cezasıyla veya zararın ağırlığı dikkate alınarak bunların her ikisiyle birden cezalandırmaktadır.

### **Alıntılar (İktibas) Konusunda Açıklamalar**

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: (1) İktibas, bir eserin “*bazı cümle ve fıkralarının*” bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). (2) İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). (3) İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların turnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. (4) İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). (5) İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 3 Mart 2004 tarih ve 4630 sayılı kanunla değişik 71'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, 35'inci maddeye aykırı olarak “kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak” göstererek iktibas yapan kişileri, 2 (iki) yıldan 4 (dört) yıla kadar hapis cezası veya 50.000 TL'den 150.000 TL'ye kadar ağır para cezasıyla veya zararın ağırlığı dikkate alınarak bunların her ikisiyle birden cezalandırmaktadır.

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, “iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir”.