

Bölüm 1

İDARE KAVRAMI*

Bibliyografya.- André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, On beşinci Baskı, 1999, c.I, s.618-630; Hartmut Maurer, *Droit administratif allemand*, (Traduit par Michel Fromont), Paris, L.G.D.J., 1994, s.9-19; Gustave Peiser, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1989, s.2-4; Jean-Marie Aubry ve Robert Ducos-Ader, *Droit public*, Paris, Sirey, 1976, s.177-179; Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993, s.14-35; Georges Dupuis ve Marie-José Guédon, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 1993, s.10-16; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1971, s.9-35; Jean-Pierre Dubois, *Droit administratif*, Paris, Eyrolles, 1992, s.7-31; Francis-Paul Benoît, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, s.27-52; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, Beşinci Baskı, 2002, s.4-23; Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları*, Ankara, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1977, s.94-120; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, c.I, s.1-8; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982, s.1-14; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku*, Ankara, Işın Yayıncılık, Tarihsiz, s.1-23; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, İkinci Baskı, 2001, c.1, s.3-13; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Bası, 1999, s.467; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s.3-14; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, İkinci Baskı, 1990, s.18-128; Şükrü Karatepe, *İdare Hukuku*, İzmir, Üniversite Kitabevi, 1993, s.22-28.

“İdare hukuku (*droit administratif*)”nun konusu “idare”dir. Peki ama “idare” nedir?

İdare.- Genel anlamda “idare (yönetim, *administration*)”, belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti demektir¹. Bu anlamda idare (yönetim), hem *örgütü*, hem de bu örgütün *faaliyetlerini* ifade eder. İdare olgusu beşerî faaliyetin her alanında görülür. Açıkçası nerede belli bir amacın gerçekleşmesi için yapılan bir faaliyet varsa, orada bir idare olgusu vardır.

Kamu İdaresi-Özel İdare Ayrımı.- Buna göre, idare olgusu, bir devlette görüldüğü gibi, özel hayatın her alanında, bir şirkette, bir vakıfta, bir dernekte, hatta bir apartmanda da görülür². İdare kavramı, hem kamu kesimi, hem de özel kesim için geçerlidir³. Hemen belirtelim ki, idare hukukunun konusunu oluşturan “idare”, şirket, vakıf, dernek gibi özel idareler değil, devletin idaresi, yani kamu idaresidir. Bu nedenle “kamu idaresi (*administration publique*)” ile

* Bu bölüm Gözler, *İdare Hukuku*, *op. cit.*, c.1, s.21-38'den özetlenmiştir. Daha geniş bilgi için oraya bakınız.

1. A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, Onüçüncü Baskı, 1999, s.1; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku*, Ankara, Işın Yayıncılık, Tarihsiz, s.1.
2. Hartmut Maurer, *Droit administratif allemand* (Trad. par Michel Fromont), Paris, LGDJ, 1994, s.9.
3. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op. cit.*, s.1.

“özel idare (*administration privée*)”yi birbirinden ayırmak gerekir. Kamu idaresi ile özel idareler arasında şu farklılıklar vardır⁴:

1. *Amaçları farklıdır.* Kamu idaresinin amacı “kamu yararı (*intérêt public*)”dır. Özel idarelerin amacı ise özel çıkar, yani kâr elde etmektir.
2. Kamu idareleri, kamu yararı amacını gerçekleştirebilmek için, “kamu gücü (*puissance publique*)”yle donatılmışlardır. Oysa özel idareler, kamu gücüne sahip değildirler.
3. Kamu idareleri kamu gücüne sahip olduklarından dolayı özel kişiler karşısında *üstün* konumdadırlar. Özel kişilerin rızaları hilafına onlar hakkında işlem yapabilirler. Oysa özel idareler ile özel kişiler arasında *eşitlik ilkesi* geçerlidir. Bu şu anlama gelir ki, bir özel idare, örneğin bir şirket, bir özel kişinin rızasını almaksızın onunla ilgili bir hukukî işlemde bulunamaz.
4. Kamu idaresinin kuruluşu ve çalışması kanunlarla düzenlenmiştir. Kamu idaresi alanında *kanuna bağlılık ilkesi* geçerlidir. Kamu idaresinin yöneticisi, karşılaştığı soruna, tüm ihtimalleri düşünerek serbestçe bir çözüm bulamaz. Kamu yöneticisi, kanunun izin vermediği bir çözüme başvuramaz. Buna karşılık özel idarelerin kuruluş ve faaliyetlerinde kural olarak *serbestlik ilkesi* geçerlidir. Özel idarenin yöneticisi, kamu idaresinin yöneticisine oranla daha serbesttir⁵.

İdare hukukunun konusunu “kamu idareleri”, yani “devlet idaresi” oluşturur. Bu nedenle idare hukukunun konusunu tespit ederken “özel idareleri” bir kenara atmak gerekir. Sonuç olarak idare hukukunun, aslında “kamu idaresi hukuku” olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, dilde pratiklik bakımından, “kamu idaresi”ne kısaca “idare”, “kamu idaresi hukuku”na da doğrudan “idare hukuku” denmektedir.

İdare hukukunun konusunun kamu idaresi olduğunu söylemiş bulunuyoruz. Ancak bunu söylemekle iş bitmiyor. Zira devlette de çeşitli organlar ve fonksiyonlar vardır. Anayasamıza göre, devlette yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel organ ve fonksiyon vardır. İdare hukukunun konusu olarak idareyi hem *organ*, hem de *fonksiyon* olarak yasamadan, yürütmeden ve yargıdan ayırmak gerekir. İşte burada bunu yapmaya çalışacağız.

“Organik Anlamda İdare”-“Fonksiyonel Anlamda İdare” Ayrımı.- İdare hukukunun konusunun “kamu idaresi” veya daha kısa bir terimle “idare” olduğunu söylemekle iş bitmiyor. Zira idare hukukunun konusu olan “idare” kavramı da, biri “organik”, diğeri “fonksiyonel” olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. İdarenin organı, yani kuruluşu, personeli, teşkilâtı söz konusu olduğunda “organik anlamda idare (*administration au sens organique*)”-den, faaliyetleri yani eylem ve işlemleri söz konusu olduğunda ise “fonksiyonel anlamda idare (*administration au sens organique*)”den bahsedilir. “Organik anlamda idare” terimi yerine doğrudan “idare organı”; “fonksiyonel anlamda idare”

4. Bu farklılıklar konusunda bkz. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op. cit.*, s.9; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s.4-6; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1971, s.10-11.

5. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op. cit.*, s.9; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.4-6.

re” terimi yerine de doğrudan “idare fonksiyonu” teriminin kullanıldığı da olur. Biz de aşağıda genellikle “idare organı” ve “idare fonksiyonu” terimlerini kullanacağız. Burada da önce “idare organı”nı, yani “organik anlamda idare”yi (I); sonra da “idare fonksiyonu”nu, yani “fonksiyonel anlamda idare”yi (II) inceleyeceğiz.

I. İDARE ORGANI (ORGANİK ANLAMDA İDARE)

Bibliyografya.- Günday, *op. cit.*, s.3-21; Özyörük, *op. cit.*, s.94-120; Onar, *op. cit.*, c.I, s.1-8; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.3-13; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.467; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.3-14; Yayla, *op. cit.*, s.18-20; Gustave Peiser, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1989, 1-3; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.617-630; Maurer, *op. cit.*, s.9-10, 13-14; Auby ve Ducos-Ader, *op. cit.*, s.177-179; Vlachos, *op. cit.*, s.14-35; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.10-16; Rivero, *op. cit.*, s.11-13.

“İdare organı”, devletin bir organıdır. Ama devletin başka organları da vardır. İdare organı, devletin diğer organlarından nasıl ayrılır? İşte biz burada bu soruya cevap arayacağız.

A. İDARE ORGANININ YASAMA ORGANINDAN AYRILMASI⁶

İdare organının yasama organından ayrılmasında bir mesele yoktur. Zira 1982 Anayasasına göre, yasama organı genel oyla seçilen 550 milletvekilinden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisidir (m.75). Yani genel oyla seçilen 550 milletvekilinin oluşturduğu organ, “idare” kavramına dahil değildir. Bu organ yasama organıdır.

B. İDARE ORGANININ YARGI ORGANINDAN AYRILMASI⁷

İdare organının yargı organından ayrılmasında da bir mesele yoktur. Anayasamızın 9^üncü maddesine göre, “yargı yetkisi, Türk milleti adına *bağımsız mahkemelerce* kullanılır”. Burada “bağımsız mahkemeler” ifadesinin altını çiziyoruz. Çünkü, bu ifade yargı organının tanımını bize vermektedir. “Bağımsız mahkemeler” ifadesinde geçen “mahkemeler” kelimesinin çoğul bir kelime olduğuna dikkat edilmelidir. Yani yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, birçok mahkemeden oluşmuş bir “organlar topluluğu”dur⁸. Diğer yandan yargı organının asıl ayırt edici özelliği, bu organı oluşturan mahkemelerin *bağımsız* olmalarıdır. Anayasamızın 138 ve 139^üncü maddeleri göz önünde tutularak bağımsız mahkemeler şöyle tanımlanabilir: Bağımsız mahkemeler, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan (m.138/2), kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine

6. Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları*, Ankara, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1977, s.90; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, Beşinci Baskı, 2002, s.4; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, İkinci Baskı, 2001, c.1, s.5-8; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.4; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.6-7; Gustave Peiser, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1989, s.2.

7. Günday, *op. cit.*, s.4; Özyörük, *op. cit.*, s.91-93; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.8-10; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.3; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.8-10; Peiser, *op. cit.*, s.2.

8. Günday, *op. cit.*, s.4-5.

getirilmesi geciktirilemeyen (m.138/4) görevlerinde bağımsız (m.138/1) ve teminatlı hâkimlerden (m.139) meydana gelen kuruluşlardır⁹.

Yargı organı bu şekilde tanımlanırsa, onu idare organından ayırmak kolaydır. Zira, yargı organı bağımsız hakimlerden oluşur. İdare ise, hiyerarşi veya vesayet yetkisine tâbi kamu görevlilerinden oluşur. Türkiye’de yargı organı ile idare organı arasında kural olarak bir karışma yoktur. Burada tek problem askerî yargı alanında vardır. Askerî mahkemelerdeki subay üyeler aynı zamanda askerî idarenin bir memuru durumundadırlar. Bu nedenle askerî idare ile askerî yargıyı birbirinden ayırmakta muğlaklık vardır. Özellikle askerî yargının disiplin mahkemeleri alanında, tam anlamıyla “idare” ile “yargı” iç içe geçmiştir. Ayrım çok zordur. Çünkü aynı kişi hem idarenin bir elemanı, hem de disiplin mahkemesinde başkan veya üyedir.

C. İDARE ORGANININ YÜRÜTME ORGANINDAN AYRILMASI¹⁰

İdare organı, Anayasamızın 123 ilâ 137’nci maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasamıza göre idare organı, “merkezî idare” ve “yerinden yönetim kuruluşları” olarak ikiye ayrılmaktadır (m.126). Merkezî idare de kendi içinde “başkent teşkilâtı” ve “taşra teşkilâtı” olarak ikiye ayrılmaktadır. Taşra teşkilâtı da Anayasaya göre, “illere, iller de diğer kademeli bölümlere” ayrılır. Yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden ve hizmet yönünden olmak üzere iki çeşittir. “Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları”na Anayasamız “mahallî idareler” (m.127) demektedir. “Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları” olarak Anayasamızda, “yükseköğretim kuruluşları ve üst kuruluşları” (m.130-132), “radyo ve televizyon kuruluşları” (m.133), “Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu” (m.135) ve “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” (m.135) düzenlenmiştir. Biz idarî teşkilâtı aşağıda ayrıntılarıyla göreceğiz. Burada sadece şu soruya cevap arayacağız: İdare organı, yürütme organının diğer kısımlarından nasıl ayrılır?

Anayasamıza göre idare organı, yürütme organının içinde yer almaktadır. Ancak idare, yürütme organının tamamı değil, sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Anayasamız, yürütme organını üçüncü kısmının ikinci bölümünde dört başlık altında şu şekilde düzenlemiştir:

- I. Cumhurbaşkanı (m.101-108)
- II. Bakanlar Kurulu (m.109-118)
- III. Olağanüstü Yönetim Usûlleri (m.119-122)
- IV. İdare (m.123-137)

Anayasamızın planına göre, “idare”yi, yürütme organının diğer kesimlerinden ayırmak oldukça kolaydır. *Anayasamıza göre, idare organı, yürütme or-*

9. *Ibid.*, s.5.

10. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.11-13; Özyörük, *op. cit.*, s.93-96; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.2-3; Günday, *op. cit.*, s.7-9; Peiser, *op. cit.*, s.2.

ganının Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu dışında kalan kısmıdır. Bakanlar Kurulu da başbakan ve bakanlardan oluşmaktadır. O hâlde idare organına, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanların girmediğini söyleyebiliriz. Ancak bu gözlemden yola çıkarak Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunun, Başbakanın ve bakanların idareden tamamıyla ayrı organlar olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar birçok bakımından “idare” ile yakın ilişkiler içindedir ve yer yer idare kavramına dahildir. Şöyle ki:

1. Bakanlar idareden tamamıyla ayrı değildir¹¹. Çünkü bakanlar, belli bir kamu hizmeti örgütünün, yani bakanlığın, başı konumundadır. Devlet bazı kamu hizmetlerini (savunma, güvenlik, sağlık, eğitim vb) kendi üstlenmiş ve bu hizmetleri “merkezî idare” adı verilen bir teşkilât aracılığıyla yürütmektedir. İşte merkezî idare tarafından yürütülen ve “millî kamu hizmetleri” olarak adlandırılan bu hizmetler bakanlıklar biçiminde teşkilâtlandırılmışlardır. İşte bakanlar, bakanlıklar şeklinde örgütlenmiş olan bu kamu hizmetlerinin en yüksek amiridirler. Bakanlıklar hiç şüphesiz ki “idare” kavramına dahildir. O hâlde, bu bakanlıkların başındaki bakanları, idare kavramından tamamıyla ayrı düşünmek mümkün değildir.

2. Başbakan da idareden tamamıyla ayrı değildir¹². Çünkü, (a) bir kere, Diyanet İşleri Başkanlığı, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, Millî İstihbarat Teşkilâtı, Devlet Planlama Teşkilâtı gibi bir hizmet bakanlığıymış gibi doğrudan doğruya Başbakanlığa bağlanmış bulunan hizmetler ve bu hizmetleri yürüten örgütler mevcuttur. Bu örgütlerin hiyerarşik amiri Başbakandır¹³. (b) İkinci olarak, yukarıda idare kavramıyla yakın ilişkiler içinde olduğunu gösterdiğimiz bakanları Başbakan seçer (m.109). Gerektiğinde Başbakan bakanların görevden alınmasını Cumhurbaşkanına önerir. O hâlde Başbakanın bakanların amiri durumunda olduğunu söyleyebiliriz¹⁴. (c) Üçüncü olarak, Başbakan, bakanlar üzerinde bir gözetme yetkisine sahiptir. Zira, Anayasanın 112’nci maddesine göre, “Başbakan, bakanların görevlerinin kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür” (m.112/3). Yani Başbakanın bakanlara müdahale etme yetkisi vardır. Bu üç husus dikkate alındığında Başbakanı idareden tamamıyla ayrı düşünmek mümkün değildir.

3. Bakanlar Kurulu da idareden tamamıyla ayrı değildir¹⁵. Çünkü, bir kere, yukarıda gördüğümüz gibi bu kurulun oluştuğu kişiler olan Başbakan ve bakanlar idare ile yakın ilişkiler içindedir. Öyleyse, bu kişilerden oluşmuş bu Kurulun da idareden tamamıyla ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Diğer yandan Bakanlar Kurulunun kendisi doğrudan birçok idarî işlemler yapmaktadır.

11. Özyörük, *op. cit.*, s.94-95; Günday, *op. cit.*, s.7-8.

12. Özyörük, *op. cit.*, s.95; Günday, *op. cit.*, s.7-8.

13. Özyörük, *op. cit.*, s.95; Günday, *op. cit.*, s.8.

14. Günday, *op. cit.*, s.8.

15. Özyörük, *op. cit.*, s.95; Günday, *op. cit.*, s.7-8.

Bu işlemlerin bir kısmı tüzük, yönetmelik gibi “düzenleyici işlemler”dir. Diğer kısmı ise “Bakanlar Kurulu kararı” veya “Bakanlar Kurulu kararnamesi” adı altında yapılan “bireysel idarî işlem”lerdir. Bakanlar Kurulu bir yıl içinde genellikle onbinden fazla karar almaktadır. Bu işlemler bazı yüksek memurların atanmasından, bazı kimselerin vatandaşlığa alınmasına veya vatandaşlıktan çıkarılmasına kadar uzanmaktadır. Bu yönüyle Bakanlar Kurulunun idare kavramıyla yakın ilişkiler içinde olduğunu söyleyebiliriz.

4. Cumhurbaşkanını da idareden tamamıyla ayrı değildir¹⁶. Bir kere Cumhurbaşkanı gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu toplantıya çağırıp ona başkanlık edebilir (m.104). İkinci olarak Başbakanı yine Cumhurbaşkanı atar. Üçüncü olarak Bakanları da Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı atar ve görevden alır (m.109). Dördüncü olarak Bakanlar Kurulunun kararlarını Cumhurbaşkanı imzalar. Beşinci olarak birçok atama işlemi, Cumhurbaşkanının da imzasının bulunduğu “müşterek kararname”yle olur. Rektör atama işlemi gibi bazı atama işlemlerini ise bizzat Cumhurbaşkanı yapar. Keza Cumhurbaşkanı Devlet Denetleme Kuruluna idareyi denetlettirebilir¹⁷.

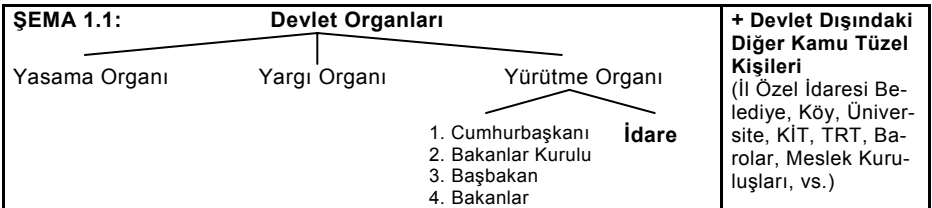
Uzun lafın kısası, idare organı, yürütme organının bir parçasıdır. Bu parça, kural olarak, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanların dışın-da yer alır. Ancak Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve Bakanlar, idare kavramıyla yakın ilişkiler içindedir.

Şimdiye kadar ulaştığımız sonuçları özet olarak hatırlatalım:

SONUÇLAR:

1. İdare hukukunun konusu olan idare, “özel idareler” değil, “kamu idaresi”dir. “Kamu idaresi” terimi yerine kısaca “idare” terimi kullanılır.
2. İdare, devletin bir organıdır. Ancak bu idare organı, devletin yasama ve yargı organlarının tamamıyla dışında kalır.
3. İdare, devletin yürütme organının bir parçasıdır.
4. Yürütme organının içinde yer alan, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar idare kavramına kural olarak dahil değildir. O hâlde, idare, yürütme organının Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar dışında kalan kısmıdır.
5. Ancak, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve Bakanlar, idare kavramıyla yakın ilişkiler içindedir.

Şimdi devlet organları arasında idarenin yerini şematik olarak gösterelim:



16. Özyörük, *op. cit.*, s.95; Günday, *op. cit.*, s.9.

17. Günday, *op. cit.*, s.9.

Yukarıdaki açıklamalara göre, idare organını, devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar dışında kalan kısmı olarak tanımlayabiliriz. Ancak, idare organı, devletin bu kısmından ibaret değildir. İdare organına, il özel idaresi, belediye, köy, üniversite, KİT, TRT gibi devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri de dahildir. O halde organik anlamda idareyi veya kısaca idare organını şöyle tanımlayabiliriz:

İDARE ORGANININ TANIMI: İdare organı, devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar dışında kalan kısmı ile devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileridir. (Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin nereler olduğu aşağıdaki bölümlerde görülecektir).



II. İDARÎ FONKSİYON (FONKSİYONEL ANLAMDA İDARE)

Bibliyografya.- Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, Dördüncü Baskı, 1923, s.90-102; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, İkinci Baskı, 1923, c.II, s.132-136; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, c.I, s.268-284; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.625-630; Auby ve Ducos-Ader, *op. cit.*, s.176-178; Bénéit, *op. cit.*, s.27-52; Rivero, *op. cit.*, s.11-12; Gérard Timsit, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1963; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı, 2002, s.172-175; Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1965, s.12-36; Burhan Kuzu, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s.28-41; Günday, *op. cit.*, s.9-16; Özyörük, *op. cit.*, s.92-120; Duran, *op. cit.*, s.6-10; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.8-13; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.7-14; İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1994, s.363-374; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I: Genel Konular*, AÜSBF Yayınları, 1970-1972, s.4; Yayla, *op. cit.*, s.23-26; Karatepe, *op. cit.*, s.22-26.

Geleneksel olarak “devletin hukukî fonksiyonları (*fonctions juridiques de l'Etat*)” üçe ayrılır: “Yasama fonksiyonu (*fonction législative*)”, “yürütme fonksiyonu (*fonction exécutive*)” ve “yargı fonksiyonu (*fonction juridictionnelle*)”. Çok genel olarak ve sırf bir başlangıç fikri vermek üzere, yasama fonksiyonu ile devletin kural koyduğunu, yürütme fonksiyonuyla devletin bu kuralları uyguladığını, yargı fonksiyonuyla da devletin bireyler arasında ve bireyler ile kendi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözdüğünü söyleyebiliriz. Ancak bu üç fonksiyonun birbirinden tam ve kesin çizgilerle ayrılması oldukça zordur. Bu konuda maddî ve organik olmak üzere iki değişik kriter önerilmiştir.

A. MADDÎ KRİTER

“Maddî kriter (*criterium matériel*)” ünlü Fransız hukukçusu Léon Duguit (“Leon Dügi”) tarafından savunulmuştur¹⁸. Maddî kriter, devletin hukukî fonksiyonlarının tasnifini, *bu fonksiyonların yerine getirilmesinde başvuru*

18. Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, Dördüncü Baskı, 1923, s.90-102; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, İkinci Baskı, 1923, Cilt II, s.132 vd.

ruhan işlemlerin hukukî mahiyetine göre yapmaktadır. Buna göre, hukukî işlemler maddî mahiyetlerine göre, “kural-işlem (*actes-règles*)”, “sübjektif işlem (*acte subjectif*)” ve “yargı işlemi (*acte juridictionnel*)” olarak üçe ayrılır. Bu üç tür işlemten her birinin yapılması, devletin üç hukukî fonksiyonundan birini meydana getirir¹⁹. Duguit’ye göre,

“devlet, *yasama* fonksiyonuyla objektif hukuku formüle eder ve uygulamaya koyar. *İdarî* fonksiyonuyla devlet, sübjektif bir hukukî durum yaratır veya bireysel bir işlemle yasal bir durumun doğması için gerekli şartı belirler. *Yargı* fonksiyonuyla devlet, ihlâl veya uyuşmazlık halinde, bir hukuk kuralının veya hukukî durumun varlığını ve kapsamını belirtir ve buna uyulmasını sağlayacak tedbirlere karar verir”²⁰.

Görüldüğü gibi Duguit, devletin fonksiyonları, bu fonksiyonları ifa eden kişi veya kurullardan yani memur ve organlardan tamamen bağımsız olarak, sırf bu fonksiyonların yerine getirilmesinde başvurulmuş işlemlerin iç bünyelerine, hukukî mahiyetlerine göre tanımlanmaktadır²¹. Maddî kritere göre:

1. Yasama fonksiyonu kural koymak, yani genel, sürekli, objektif, kişisel olmayan işlemler yapmak demektir²².

2. İdarî fonksiyon ise sübjektif hukukî durum doğurucudur. İdarî işlem daima bireysel ve somut işlemlerdir. Yasama işlemi, bir hukuk kuralı koyar; idarî işlem ise bir hukukî durum yaratır²³. Örneğin, yasama işlemi belirli yetkileri olan bir memurluk görevi ihdas eder, idarî işlemle ise, bu göreve belirli bir kişi atanır²⁴. Duguit’ye göre yasama işlemi ile idarî işlem arasında açık farklar vardır: Yasama işlemleri daima genel ve soyut, idarî işlemler ise daima bireysel ve somuttur²⁵.

3. Yargı fonksiyonuyla ise “devlet, kendisine sunulan bir hukukî sorunu çözer. Bunun için ise, bir hukuk kuralının ihlâl edilip edilmediğini bildirir”²⁶. Maddî ölçüte göre, yargı fonksiyonu, hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümlen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonudur. Maddî kritere göre yargı fonksiyonu, “*iddia-tespit-müeyyide*” aşamalarından geçerek ifa edilir. Bir kere, bir mahkemenin karar verebilmesi için her şeyden önce, bir hukuka aykırılık iddiası (*prétention*) olmalıdır²⁷. İkinci olarak mahkeme, bu iddianın doğru olup olmadığını tespit (*constatation*) eder²⁸. Üçüncü olarak ise, mahkeme hukuka aykırılığın olduğunu tespit ederse, hukuka aykırılığın gide-

19. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı, 2002, s.172.

20. Duguit, *Manuël de droit constitutionnel*, op. cit., s.88.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, s.90.

23. Duguit, *Manuël de droit constitutionnel*, op. cit., s.102-103.

24. *Ibid.*, s.102.

25. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.172.

26. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., c.II, s.156.

27. Duguit, *Manuël de droit constitutionnel*, op. cit., s.119.

28. *Ibid.*

rilmesi için, yani bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisi için müeyyide (*sanction*) uygulanmasına karar verir.

-Maddî Kriterin Eleştirisi

Maddî kriter, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını birbirinden ayırmada yetersiz kalmaktadır. Çünkü:

a) Yürütme organının tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerini, maddî nitelikleri bakımından yasama işlemlerinden ayırmaya imkân yoktur. Bunlar da tıpkı yasama işlemleri gibi, yani kanunlar gibi, genel, soyut, sürekli, objektif, kişilik-dışı işlemlerdir. Yürütme organının düzenleyici işlemleri de kural-işlem niteliğindedir. Bu nedenle maddî kriter idarî fonksiyonu, yasama fonksiyonundan ayırmaya imkân vermez.

b) Diğer yandan yasama organının da bireysel nitelikte işlemleri vardır. Örneğin Türkiye’de yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı (Anayasa, m.83), Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesi kararı, genel, soyut objektif kişilik-dışı nitelikte değil, tam tersine somut ve bireysel niteliktedir. Nihayet birçok ülkede tek kişi için çıkarılmış kanunlara da rastlanmaktadır. Örneğin²⁹ Türkiye’de Mustafa Kemal’e “Atatürk” soyadı bir kanunla³⁰ verilmiştir. Keza, 1948 yılında, 7 Temmuz 1948 tarih ve 5245 sayılı “İdil Biret ve Suna Kan’ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun” çıkarılmıştı. Aynı şekilde Türkiye’de memlekete olağanüstü hizmet veren bazı kişilere “hidematı amme veya vatanî hizmet tertibinden maaş” bağlayan kanunlar³¹ genel nitelikte değildir. Keza, deprem veya sel felaketi nedeniyle harap olan bir kasabaya yardım yapılması için özel kanunlar da çıkarılabilir. Bu tür kanunlar genel nitelikte değildir³². Tek kişi için çıkarılmış kanunlara istisnaen olsa da Fransa’da da rastlanır. Örneğin 13 Temmuz 1906 tarihli Kanun, topçu yüzbaşı Alfred Dreyfus’un süvari bölük komutanı (*chef d’escadron*) olarak terfisini öngörüyordu³³. Keza 28 Aralık 1967 tarihli kanun, Mareşal Juin’in veresini veraset ve intikal vergisinden muaf tutuyordu³⁴.

c) Maddî kriterle yasama fonksiyonu ile yargı fonksiyonunu birbirinden ayırmak mümkün değildir. Zira, yasama organının da bazı işlemleri “iddia-tespit-müeyyide” aşamalarını içermekte ve bu bakımdan maddî nitelikleri itibarıyla yargı fonksiyonuna benzemektedir. Örneğin meclis soruşturması usulünde bir bakanın hukuk düzenini çiğnediği iddia edilir. Bu iddia araştırılır. Türkiye Büyük Millet Meclisi iddianın doğru olduğu kanaatine varırsa, ilgili bakanın Yüce Divana sevk edilmesine karar verir. Keza yasama dokunulmazlığının kaldırılması usulünde aynı aşamaların bulunduğu söylenebilir. O hâlde maddî kriter kullanılarak yasama fonksiyonu ile yargı fonksiyonu birbirinden ayrılamaz.

d) Diğer yandan maddî kriter, idarî fonksiyon ile yargı fonksiyonunu birbirinden ayırt etmekte de yetersiz kalmaktadır. Çünkü yürütme organının bazı işlemleri de “id-

29. Bu konuda birçok örnek için bkz. İl Han Özyay, *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1994, s.371.

30. 24 Kasım 1934 tarih ve 2865 sayılı Kanun.

31. Örneğin İl Han Özyay’ın işaret ettiği gibi, 5 Ocak 1961 tarih ve 215 sayılı Kanun, “merhum Cemal Paşa kızı Kamuran Cemal’e vatani hizmet tertibinden maaş tahsisi”ni öngörüyordu. (Özyay, *op. cit.*, s.372).

32. Başka örnekler için bkz. Özyay, *op. cit.*, s.372-372.

33. René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Monchrestien, Onbeşinci Baskı, 2001, c.I, s.82.

34. *Ibid.*

dia-tespit-müeyyide” aşamalarını içermekte ve bu bakımdan yargı fonksiyonuna benzemektedir. Örneğin, üniversite idaresinin disiplin soruşturması sonucunda bir öğrenciye okuldan uzaklaştırma cezası vermesi işlemi, maddî açıdan yargı işlemine benzemektedir. Burada öğrencinin kopya çektiği yolunda bir iddia, bu iddianın doğru olup olmadığının tespiti ve bu tespitten sonra da müeyyide uygulama aşamaları yer almaktadır. Maddî kritere bakarak, disiplin cezasının yargı fonksiyonuna dahil bir işlem olduğu söylenebilir. Oysa bu doğru değildir. Bu nedenle, maddî kriter kullanılarak idarî fonksiyon ile yargı fonksiyonu birbirinden ayrılamaz.

B. ŞEKLİ VEYA ORGANİK KRİTER

“Şeklî kriter (*criterium formel*)” de denen “organik kriter (*criterium organique*)” ünlü Fransız anayasa hukukçusu Raymond Carré de Malberg (“Remon Kare dö Malberg” okunur) tarafından savunulmuştur³⁵. Şeklî veya organik kriter, devlet fonksiyonlarını, bu fonksiyonları ifa eden *organa* ve bu fonksiyonların *yapılış şekillerine* göre tasnif etmektedir. Bu ayırmada işlemin niteliği, yani onun genel soyut, bireysel olmasının hiçbir rolü yoktur. Bu kritere göre, devletin üç çeşit organı tarafından, bu organlardan her birine özgü şekillerde yerine getirilen işlemler o organın fonksiyonudur. Buna göre, yasama organının kendine has biçimde yerine getirdiği işlemler yasama fonksiyonunu, idarenin kendine has usûllerle yerine getirdiği işlemler de idarî fonksiyonu, keza, yargı organının kendisine has usûllerle yerine getirdiği işlemler de yargı fonksiyonunu oluşturur. Carré de Malberg’e göre, hukukî açıdan, devletin işlemleri, yasama organı tarafından yapıldığında yasama işlemlerini; idare organı tarafından yapıldığında idare işlemlerini ve yargı organı tarafından yapıldığında ise yargı işlemlerini oluşturur³⁶.

Organik kriteri kullanarak yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını şu şekilde tanımlayabiliriz:

Yasama Fonksiyonu.- Organik kritere göre, yasama fonksiyonu, yasama organının yaptığı işlemlerden oluşur. Türkiye’de yasama organı genel oyla seçilen 550 milletvekilinden oluşmuş Türkiye Büyük Millet Meclisidir. O hâlde Türkiye Büyük Millet Meclisinin işlemleri yasama fonksiyonunu oluşturur.

İdarî Fonksiyon.- Organik kritere göre, idarî fonksiyon, idare organından çıkan eylem ve işlemlerden oluşur. Bu kriter bakımından, idare organı tarafından yapılan her eylem ve işlem, bir idarî eylem ve işlemdir. İdare organının ne olduğunu ise yukarıda gördük.

Yargı Fonksiyonu.- Organik kritere göre yargı fonksiyonu, yargı organlarının yaptıkları işlemlerden oluşur. Yukarıda gördüğümüz gibi, yargı organı bağımsız mahkemelerden oluşur.

Organik kriteri kullanarak idarî fonksiyonu yasama ve yargı fonksiyonlarından birbirinden kolayca ayırabiliriz.

35. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, Paris, Sirey, 1920, Cilt I, s.268-284.

36. *Ibid.*

1. İdarî Fonksiyonun Yasama Fonksiyonundan Ayrılması³⁷

Organik kritere göre, “idarî fonksiyon (*fonction administrative*)”, “yasama fonksiyonu (*fonction législative*)”ndan kolayca ayrılır. Yasama organından çıkan işlemler yasama fonksiyonunu, idare organından çıkan işlemler ise idarî fonksiyonunu oluşturur. Buna göre, idare organından çıkan bir işlem, maddî açıdan yasama işlemine benzese, yani genel, soyut, objektif ve kişilik-dışı olsa bile, bu işlem bir yasama işlemi değil, bir idarî işlemdir. Çünkü, böyle bir işlem, idare organından çıkmaktadır. Örneğin, tüzük, yönetmelik gibi “yürütme organının düzenleyici işlemleri” genel, soyut, objektif, kişilik-dışı işlemlerdir, yani maddî açıdan yasama işlemlerine benzerler; ama idare organından çıktıklarına göre organik açıdan bir idare işlemidirler ve idarî fonksiyona dahildirler. Buna karşılık, yasama organınca yapılmış bir işlem, maddî açıdan idarî işleme benzese, yani bireysel, somut ve sübjektif bir duruma ilişkin olsa bile, bu işlem bir idarî işlem, bir yasama işlemidir. Çünkü, böyle bir işlem de yasama organından çıkmaktadır. Örneğin, TBMM’nin Cumhurbaşkanını seçme işlemi, bireysel bir işlem olup, maddî açıdan idarî işleme benzese bile, organik açıdan bir yasama işlemidir ve yasama işlemlerinin hukukî rejimine tâbidir.

2. İdarî Fonksiyonun Yargı Fonksiyonundan Ayrılması³⁸

Organik (şekli) ölçüte göre yargı fonksiyonu, yargı *organlarının*, yani mahkemelerin her türlü faaliyetinden oluşmaktadır. Organik kriter, idarî fonksiyonu, yasama ve yargı fonksiyonlarından ayırt etmek için elverişli bir ölçütür; ama mahkemelerin her türlü faaliyetlerini yargı fonksiyonu kapsamına soktuğu için gereğinden fazla geniştir. Zira, mahkemelerin yazı işlerine ve idarî personeline ilişkin işlemleri yargı fonksiyonu değil, idarî fonksiyon niteliğindedir³⁹. O hâlde yukarıda gördüğümüz maddî kriteri de devreye sokmak gerekmektedir. Buna göre *yargı fonksiyonu, yargı organlarından çıkan ve hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını karara bağlama fonksiyonu* olarak tanımlamak uygun olur. Bu tanıma göre, yasama fonksiyonu şu iki unsur ile tanımlanmaktadır:

a) *Organik Unsur: Yargı Organından Çıkma.*- Bir kere, yargı fonksiyonu, yargı organlarının bir fonksiyonudur. Bir faaliyetin yargı fonksiyonu kapsa-

37. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.372-374; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.8-10; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op. cit.*, s.3; Günday, *op. cit.*, s.9-10; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I: Genel Konular*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970-1972, s11-13; Peiser, *op. cit.*, s.2.

38. Ali Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXIV, 1969, Sayı 1-4, s.129-140; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.8-10; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, *op. cit.*, s.3; Günday, *op. cit.*, s.4; Balta, *op. cit.*, s.13-17; Özyörük, *op. cit.*, s.90-91; Peiser, *op. cit.*, s.2; Lutfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982, s.9-10; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.1; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.621-622; René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Monchrestien, Onbeşinci Baskı, 2001, c.I, s.971-988; Timsit, *op. cit.*, s.127-128; Long et al., *op. cit.*, s.469-476.

39. Kuru, *op. cit.*, s.1.

mında bir faaliyet olarak görülebilmesi için, o faaliyetin bir “yargı organı”, yani bir “mahkeme” tarafından yapılıyor olması gerekir. Yargı organları, Anayasamızın üçüncü kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmiş yüksek mahkemeler ve bunlara tâbi ilk derece mahkemelerinden oluşur. O hâlde, bu mahkemelerin faaliyetleri, aşağıdaki maddî unsuru da taşıyorlarsa bir “yargı fonksiyonu” kapsamına girerler. Buna karşılık, bir yargı organından çıkmayan bir eylem veya işlem, maddî bakımdan yargı işlemine benzese bile, yani bir hukukî uyumsuzluk hakkında verilse, “iddia-tespit-müeyyide” aşamalarını içerse bile, hiçbir zaman bir “yargı işlemi” olamaz. Vali veya kaymakamların verdikleri gayrimenkul zilyetliğine tecavüzün önlenmesi kararları, idarî makamlar tarafından verilen disiplin cezaları, kolluk işlemleri, idarî para cezaları, yargı fonksiyonunun içinde değil, idarî fonksiyonun içinde kalırlar.

b) Maddî Unsur: Hukukî Uyuşmazlıkları Çözme.- İkinci olarak, yargı fonksiyonu, hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözme fonksiyonudur. Bundan şu sonuç çıkar ki, yargı organlarının hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarına ilişkin olmayan işlemleri yargı fonksiyonunun değil, idarî fonksiyonun kapsamındadırlar. Örneğin yargı organlarının idarî personeline, yazı işlerine, bazı durumlarda hakimlerin disiplinine, yargı organının iç çalışma düzenine, bir yasama organının daireleri arasında görev dağılımına, hakimlerin diğer hakimler tarafından notlandırılmasına, vb. işlemleri yargısal nitelikte değil, idarî niteliktedir.

Unsurlar Birlikte Gerçekleşmeli.- Bir işlemin yargı fonksiyonu olarak görülebilmesi için, bu işlemin yukarıdaki iki unsuru birlikte (kümülatif olarak) gerçekleştirmesi gerekir. Şöyle ki: Birinci unsuru gerçekleştirmedikçe sadece ikinci unsuru taşıyan işlemler, yargı fonksiyonu dahilinde bir işlem olarak görülemezler. Bu şu anlama gelir ki, yargı organı (mahkeme) niteliğinde olmayan bir organın yaptığı bir faaliyet, içerik olarak, yani maddî bakımdan ne kadar yargı faaliyetine benzerse benzesin “yargı fonksiyonu”na dahil bir fonksiyon olarak kabul edilemez. Yani idarî makamların hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözme ve karara bağlama yolundaki faaliyetleri yargı fonksiyonu olarak kabul edilemez. Bu faaliyetler, iddia, tespit ve müeyyide aşamalarını içerseler de yargısal faaliyet olarak nitelendirilemez. Mesela, idarenin, kopya çektiği iddia edilen bir öğrenci hakkında soruşturma açıp bu iddianın doğruluğunu tespit ettikten sonra ona disiplin cezası vermesi işlemi, bir yargı işlemi değil, bir idarî işlem niteliğindedir. Çünkü, disiplin cezasına karar veren makam, bir yargı organı değil, bir idarî makamdır.

Diğer yandan birinci unsuru taşımakla birlikte ikinci unsuru taşımayan işlemler bir yargı işlemi değildir. Yani bir yargı organından çıkmakla birlikte, bir hukukî uyumsuzluğun veya bir aykırılık iddiasının çözümüne ilişkin değil ise, bu işlem bir yargı işlemi değildir. Örneğin yukarıda belirtildiği gibi mahkemelerin yazı işlerine ilişkin işlemleri bir yargı işlemi değildir.

3. İdarî Fonksiyonun Hükûmet Fonksiyonundan Ayrılması⁴⁰

Yürütme fonksiyonu, devletin yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan faaliyetlerini kapsar. Ancak yürütme fonksiyonu, “idarî fonksiyon (*fonction administrative*)” ve “hükûmet fonksiyonu (*fonction gouvernementale*)” olmak üzere iki kısımdan oluşur. Yürütme fonksiyonunun, “idarî fonksiyon” olan kısmı ile “hükûmet fonksiyonu” olan kısmını birbirinden ayırmak gerekir. Zira “idarî fonksiyon” idare hukukunun, “hükûmet fonksiyonu” anayasa hukukunun konusuna girer. Bu ayırım nasıl yapılır?

Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hükûmet fonksiyonu, “ülkenin genel siyasetini belirleme”, “ülkenin yüksek yönetimini sağlama”, “büyük tercihlerde bulunma” faaliyetidir. İdarî fonksiyonu ise, halkın günlük ortak ihtiyaçlarının giderilmesi fonksiyonudur⁴¹. Hükûmet fonksiyonu, genel siyaset, idarî fonksiyon, kamu hizmetiyle alakalıdır. Hükûmet fonksiyonu, “siyasi”, idarî fonksiyon ise “teknik” niteliktedir⁴².

Ancak bu farkların bazen pek açık olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ülkenin genel siyasetini belirleme ile günlük kamu hizmetleri arasındaki sınır çizgisi bazen belirsizleşir. Diğer yandan, gerek “ülkenin yüksek yönetimi” veya “büyük tercihlerde bulunma” faaliyeti de, sıradan günlük idarî faaliyetler de aynı hukukî rejime tâbidir; her ikisi de birtakım idarî işlemlerle yürütülür⁴³. Nihayet genel siyaset de idarenin kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleriyle yürütülür. Yürütülen faaliyetin “siyasi” nitelikte mi, “idarî” nitelikte mi olduğunu söylemek bazen çok güçtür.

Zorluklar ne olursa olsun, somut olarak *şu işlemlerin, idarî fonksiyona değil, “hükûmet fonksiyonu”na girdiğini söyleyebiliriz:*

a) Cumhurbaşkanı seçilmesi, Bakanlar Kurulunun oluşturulması, Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından atanması, bakanların Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve görevlerinden alınması işlemleri idarî nitelikte değil, siyasî niteliktedir⁴⁴. Bunlar idarî fonksiyonun değil,

40. Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, s.4-6; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, İkinci Baskı, 1947, s.1-4; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.947-967; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.630-631, 703-711; Bénéoit, *op. cit.*, s.46-52; Rivero, *op. cit.*, s.12; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.8-10; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.3; Günday, *op. cit.*, s.12-13; Özay, *op. cit.*, s.363-364; Eroğlu, *op. cit.*, s.11; Bénéoit, *op. cit.*, s.49-50; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, s.170-175; Siddik Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, c.I, s.11; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilât Hukuku*, İstanbul, Baha Matbaası, 1960, s.52-55; İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Doğu Matbaacılık, 1964, s.7-8; Duran, *op. cit.*, s.8-9; Yayla, *op. cit.*, s.26-27.

41. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.11-12; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.10; Özay, *op. cit.*, s.267.

42. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi, op. cit.*, s.170-175; Vedel, *op. cit.*, s.4-6; Laferrière, *op. cit.*, s.1-4; Onar, *op. cit.*, c.I, s.11; Başgil, *op. cit.*, s.52-55; Arsel, *op. cit.*, s.7-8; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.11-12; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.10; Özay, *op. cit.*, s.267.

43. Bu ayırımın eleştirisi hakkında bkz.: Georges Vedel ve Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, c.I, s.72.

44. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.72.

hükûmet fonksiyonuna dahil işlemlerdir⁴⁵. Bunlarının incelenmesi idare hukukunun değil, anayasa hukukunun konusuna girer. Keza, bu tür işlemler birer idarî işlem olmadıklarına göre, bunların idarî yargı organları tarafından yargısal denetimleri de mümkün değildir.

b) Yürütme organının yasama organı ile olan ilişkileri idarî fonksiyon kapsamına girmez. Buna göre yürütme organının kanunların hazırlanması ve yayınlanması sürecinde yaptığı işlemler (mesela Bakanlar Kurulunun kanun tasarısı sunması, Cumhurbaşkanının kanunların yayınlanmasına, geri gönderilmesine ilişkin kararları, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerini yayınlanmasına, geri göndermesine veya halkoymasına sunmasına ilişkin işlemleri) idarî fonksiyon niteliğinde değil; hükûmet fonksiyonu niteliğindedir. Keza TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı tarafından yenilenmesi kararı da idarî fonksiyon alanında bulunmaz. Bunların incelenmesi de idare hukukunun değil, anayasa hukukunun alanına girer. Bu tür işlemler, bir idarî işlem olmadıklarına göre idarî yargının denetimi dışında kalır.

c) Yürütme organının yargı organıyla olan ilişkileri (örneğin Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması) idarî fonksiyon niteliğinde değildir. Bunların incelenmesi de idare hukukunun içine değil, anayasa hukukunun konusuna girer. Keza bu tür işlemlere karşı da idarî yargıda dava açılamaz.

d) Yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri idarî nitelikte değildir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, devletin “diplomatik faaliyeti”, yani devletin diğer bir devlet ile veya bir uluslararası kuruluşla yaptığı eylem ve işlemler, “idarî fonksiyon” değil, “hükûmet fonksiyonu” kapsamına girer⁴⁷. Dolayısıyla bu tür ilişkilerin incelenmesi idare hukukunun değil, uluslararası hukukun konusuna dahildir. Bu tür işlemlere karşı da idarî yargı organlarında dava açılamaz.

SONUÇLAR:

1. İdarî fonksiyon, yasama ve yargı fonksiyonlarının dışında kalan bir devlet fonksiyonudur.
2. İdarî fonksiyon, esasen, yürütme organının bir fonksiyonudur. Ancak, yürütme organının şu fonksiyonları idarî fonksiyonun dışında kalır (Bunlar “hükûmet fonksiyonu”na dahildirler):
 - a) Cumhurbaşkanının seçilmesi, Bakanlar Kurulunun kurulması, Başbakanın atanması, bakanların seçilmesi ve görevlerinden alınması.
 - b) Yürütme organının yasama organıyla olan ilişkileri.
 - c) Yürütme organının yargı organıyla olan ilişkileri.
 - d) Yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri.

İDARÎ FONKSİYONUN TANIMI: *İdarî fonksiyon*, yürütme organının bir fonksiyonudur. Ancak, yürütme organının yasama ve yargı organları ve yabancı devletler ile ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler ve keza Cumhurbaşkanının seçilmesi, Bakanlar Kurulunun oluşturulması, Başbakanın atanması ve bakanların atanması ve azli işlemleri idarî fonksiyonun dışında kalır.

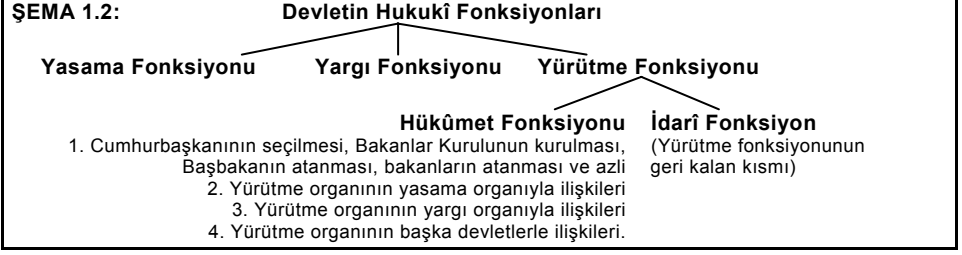
Bu sonucu şu şekilde formüleştirebiliriz:

İdarî Fonksiyon = Yürütme Organının Fonksiyonu - Hükûmet Fonksiyonu

45. Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I: Genel Konular*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970-1972, s.6

46. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.73.

47. *Ibid.*, c.I, s.74.



İdarî Fonksiyona Ek- İdarî fonksiyon, yukarıdaki gibi devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasî fonksiyonu dışında kalan fonksiyonu olarak tanımlanabilir. Ancak idarî fonksiyon, devletin bu fonksiyonundan ibaret değildir. Zira, aşağıda göreceğimiz gibi devlet dışında, il özel idaresi, belediye, köy, üniversiteler, TRT, KİT'ler gibi kamu tüzel kişileri vardır. Bunların fonksiyonu da idarî fonksiyon kapsamındadır. O hâlde, idarî fonksiyon daha geniş olarak şu şekilde tanımlanabilir:

İDARÎ FONKSİYON, devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasî fonksiyonu dışında kalan fonksiyonu ve devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerinin fonksiyonudur.



Söz idarî fonksiyondan açılmışken, idarî fonksiyonun özelliklerini görelim.

C. İDARÎ FONKSİYONUN ÖZELLİKLERİ⁴⁸

1. İdarî fonksiyonun amacı kamu yararını gerçekleştirmektir⁴⁹. Özel kişilerin faaliyetlerinin amacı ise genellikle özel yarar, yani kâr sağlamaktır. İdare verdiği hizmetlerin karşılığında bazen belli bir bedel olsa da, idarenin asıl amacı kâr sağlamak değil, kamu yararını gerçekleştirmektir.

2. İdarî fonksiyonun konusu, kamu hizmetleridir⁵⁰. Kamu hizmetlerini aşağıda dokuzuncu bölümde göreceğiz. Kamu hizmeti, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik; diğer bir ifadeyle, insanların ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere yürütülen faaliyetlerdir. O hâlde, savunma, güvenlik, sağlık, eğitim, ulaşım, haberleşme gibi çok değişik faaliyetler, idarî fonksiyona konu olabilirler.

3. İdarî fonksiyon, idarî işlemlerle yürütülür⁵¹. İdarî işlemin ne olduğunu aşağıda beşinci bölümde göreceğiz.

4. İdarî fonksiyon, kamu gücü kullanılarak yerine getirilir⁵². İdare özel kişiler ile eşit değil, onlardan üstündür. İdarî fonksiyonun yerine getirilebilmesi için özel kişilerin rızaları gerekmez. Özel kişilerin rızaları hilafına da idare birtakım işlemler yapabilir. Örneğin gerekli gördüğü özel mülkiyette bulunan araziyi, sahibi satmaya yanaşmasa da, kamulaştırabilir. İdarenin bunu yapabilmesinin altında sahip olduğu, üstün ve ayrıcalıklı bir yetki olan, “kamu gücü”ne sahip olması yatmaktadır.

48. Günday, *op. cit.*, s.13-15; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6; Özyörük, *op. cit.*, s.117-121; Duran, *op. cit.*, s.6-8; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6, 14; Maurer, *op. cit.*, s.13-14.

49. Günday, *op. cit.*, s.15; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6; Duran, *op. cit.*, s.7; Maurer, *op. cit.*, s.13.

50. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6.

51. Günday, *op. cit.*, s.16.

52. Günday, *op. cit.*, s.16-17; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.14.

5. İdarî fonksiyon, süreklidir⁵³. Yasama ve yargı fonksiyonları zaman zaman yürütülen fonksiyonlardır. İdarî fonksiyon ise süreklidir. Yılın her gününde, günün her saatinde idare faaliyette bulunur. Zira savunma, güvenlik, sağlık gibi bazı ihtiyaçlar her gün ve her saat ortaya çıkabilecek ihtiyaçlardır. Onun için ordu, polis, hastaneler, itfaiye gibi bazı idareler sürekli çalışır.

6. İdarî fonksiyon kendiliğinden harekete geçer⁵⁴. Yasama ve yargı fonksiyonlarının çalışması için özel usûller gerekir. Yasama için kanun teklifi veya kanun tasarılarının sunulması gerekir. Yargı için ise dava açılması gerekir. Oysa, idarî fonksiyon için böyle bir şey gerek yoktur. İdare kendiliğinden hareket eder.

7. İdarî fonksiyon bireylerle doğrudan doğruya ilgilidir⁵⁵. Yasama fonksiyonu ancak dolaylı olarak bireyleri ilgilendir. Bireylerin, davacı, davalı, sanık vs. olmadıkça da yargıyla bir ilişkisi olmaz. Ömrü boyunca mahkeme huzuruna çıkmayan insanlar vardır. Ancak, idareyle bağlantı içine girmemiş insan yoktur. Herkes yaşamının her anında idareyle doğrudan doğruya ilişki içindedir. Sabah yola çıkıldığında kamu hizmetlerinden yararlanır. Bizzat, yol bir idarî fonksiyonla ilgilidir. Ulaşım (belediye otobüsü) yine idarî fonksiyondur.

İdarî fonksiyonun devletin diğer fonksiyonlarından ayrımı ve yukarıdaki özellikleri göz önünde bulundurularak idarî fonksiyon şu şekilde tanımlanabilir:

İDARİ FONKSİYON, devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasi fonksiyonu dışında kalan toplumun günlük yaşamını sürdürmek, dolayısıyla kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen fonksiyondur.

KUTU 1-1: İdarenin Faaliyet Alanı.- İdarenin hangi alanlarda faaliyet göstermesi gerektiği konusunda, liberal ve müdahaleci olmak üzere belli başlı iki anlayış vardır.

Liberal anlayışa göre devlet, mümkün olan en dar alanda faaliyet göstermelidir. Bu alan esasen savunma, güvenlik ve adalet hizmetlerinden ibarettir. Liberal devlet anlayışına "jandarma devlet" anlayışı denir.

Müdahaleci anlayışlar, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesini öngörürler. Bu görüşler de kendi içinde sosyalist ve sosyal devlet anlayışı olmak üzere ikiye ayrılır. **(a) Sosyalist anlayışa** göre, devlet sosyal ve ekonomik alana müdahale etmeli, özellikle iktisadî hayatı bütünüyle kontrol altına almalıdır. Bu anlayış günümüzde iflas etmiştir. **(b) Sosyal devlet anlayışı**, devletin sadece iç ve dış güvenlik ve adalet alanında değil, herkese insan onuruna yaraşan bir yaşam seviyesi sağlamak üzere, sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmeli, başta eğitim, sağlık, barınma, çalışma gibi sosyal alanlarda da faaliyet göstermelidir.

1982 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel görevlerini "devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5'inci maddesinde şu şekilde belirlemiştir: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlarda siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır". Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti idaresinin savunma, güvenlik gibi klasik görevleri olduğu gibi sosyal devlet anlayışına uygun sosyal ve ekonomik görevleri de vardır.

Devlet faaliyetlerini konu itibarıyla sınıflandırmak çok güç ise de genel olarak T.C. devlet idaresinin faaliyetleri, "ulusal savunma faaliyetleri (millî güvenliğin korunması)", "kolluk faaliyetleri (kamu düzeninin sağlanması)", "kamu hizmetlerinin sunulması faaliyetleri", "özendirme ve destekleme (teşvik) faaliyetleri", "iç düzen faaliyetleri" ve "planlama faaliyetleri" şeklinde gruplara ayrılmaktadır⁵⁶.

53. Özyörük, *op. cit.*, s.120; Günday, *op. cit.*, s.17; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6.

54. Özyörük, *op. cit.*, s.120; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6; Duran, *op. cit.*, s.7.

55. Özyörük, *op. cit.*, s.119; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku, op. cit.*, s.6.

56. Örneğin bkz. Günday, *op. cit.*, 2004, s.23.

