

Bölüm 2

İDARE HUKUKU

(Tanımı, Sistemleri, Gelişimi, Özellikleri, Kaynakları, Uygulama Alanı, Bölümleri ve İlkeleri)*

Bibliyografya.- Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.77-93; Chapus, *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 Benoît, *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, *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.

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 ve bölümlerini 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 Hâkim Olan İlkeler

I. İDARE HUKUKUNUN TANIMI

Bibliyografya.- Chapus, *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 bütünüdür¹. Bu kural-lar kamu hukuku kuralları olabileceği gibi özel hukuk kuralları da olabilir. Bu

* Bu bölüm Gözler, *İdare Hukuku, op. cit.*, c.I, s.41-112'den özetlenmiştir.

1. Peiser, *op. cit.*, s.1.

anlamda Anglo-Sakson ülkelerinde de idare hukuku vardır. Geniş anlamda idare hukukuna aslında “idarenin hukuku (*droit de l'administration*)” denebilir².

b) Dar anlamda idare hukuku (*droit administratif au sens stricte*) ise idarenin kuruluş ve işleyişine uygulanan kamu hukuku kurallarının bütünüdür. Bu anlamda idare hukuku kuralları, özel hukuk kurallarından farklı, “özel hukuk kurallarını aşan birtakım kurallar (*règles exorbitantes du droit commun*)” oluşur³. *İşte dar anlamda idare hukuku, idare organına ve fonksiyonuna uygulanan özel hukuk kurallarından farklı olan kurallar bütünüdür*⁴. 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 kurallarının 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; Benoît, *op. cit.*, s.70-73; O. Hood Phillips ve Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, Yedinci Baskı, 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 “adlî 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 “idare hukuku” ve genel mahkemeler (adlî yargı) düzeninden ayrı bir “idarî yargı” düzeni yoktur.

Şüphesiz, İngiltere ve ABD gibi Anglo-Sakson ülkelerinde de, bir “idare” teşkilâtı ve bu teşkilâtın yürüttüğü idarî nitelikte faaliyetler vardır. Keza bu ülkelerde idare teşkilâtının kuruluşunun ve işleyişinin tâbi olduğu hukuk kuralları da mevcuttur. Yani Anglo-Sakson ülkelerinde de “idareye uygulanan bir hukuk” vardır; ancak bu hukuk, “idare hukuku” değil, ülkenin genel hukukudur.

2. Chapus, *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, *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 hukuka aşan hukuk kurallarının bütünü” olarak tanımlamaktadır.

Bu ülkeler ülkenin genel hukukundan farklı, bu hukukta görülmeyen özelliklere sahip bir “idare hukuku”na sahip değildir. Bu ülkelerde idareye de özel kişilere uygulanan genel hukuk uygulanır⁵. Bu ülkelerde “idare hukuku (*administrative law*)” dersinin bulunması, bu isimli kitapların yazılması⁶, bu ülkelerde bir kıta Avrupası ülkelerinde anlaşıldığı anlamda bir “idare hukuku”nun bulunduğu anlamına gelmez. Zira bu ülkelerde “*administrative law* (idare hukuku)” denen hukuk dalında, özel hukukta görülmeyen hükümlere, yani kamu gücü ayrıcalıklarına veya yükümlülüklerine rastlanmaz.

Keza bu ülkelerde idarî uyumsuzluklara 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 açılır⁷. Bu ülkelerde “idare mahkemeleri (*administrative tribunals*)”⁸ 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 adlî mahkemeler arasında yer alan uzmanlık mahkemesi niteliğinde olan mahkemelerdir. Bu nedenle Anglo-Sakson sistemine “adlî idare sistemi” de denir.

B. KARA AVRUPASI SİSTEMİ: İDARÎ 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; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.17-19; Balta, *op. cit.*, s.140-143; Bénéoit, *op. cit.*, s.55-56.

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 bütüne 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 “kıta Avrupası sistemi”ni, diğer bir ifadeyle “Fransız sistemi”ni anlatmaktadır.

5. Francis-Paul Bénéoit, *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. Bénéoit, *op. cit.*, s.71.

8. De Smith ve Brazier, *op. cit.*, s.535, 541.

III. İDARE HUKUKUNUN DOĞUMU VE GELİŞİMİ

Bibliyografya.- Chapus, *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, *op. cit.*, s.127-139; Duran, *op. cit.*, s.17-21.

Bir ülkede idare hukukunun doğabilmesi için öncelikle o ülkede kamu hukuku-özel hukuk ayırımının yerleşmiş olması gerekir⁹. 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, Almanya ve Türkiye’de nasıl doğduğunu görelim.

A. FRANSA’DA¹⁰

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*)¹¹ kabul edilmiş ve hakimlerin idareye karşı açılmış davalara bakmaları, idarî işler hakkında karar vermeleri ceza tehdidi altında yasaklanmıştır¹². Bu Kanunun İkinci Bölümünün 13’üncü maddesi şöyle demektedir:

“Adlî görevler, idarî görevlerden ayrıldılar 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”¹³.

Keza 16 Fructidor Yıl III [1795] tarihli bir Kararname “her ne türde olursa olsun mahkemelerde idarî işlemler hakkında dava açılmayacağı” hüküm altına almıştır. Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun, gerekse 16 Fructidor Yıl III [1795] tarihli Kararname hâlâ yürürlüktedir ve uygulanmaktadır. Örneğin Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının dayanaklarında 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunu her zaman zikreder¹⁴.

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 veriyordu¹⁵. İdare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlık hakkında idarenin kendisinin karar

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

10. Chapus, *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.

11. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748.

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

13. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.101; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748.

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

15. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.103; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748.

vermesi sistemine “idareci-hâkim sistemi (*systeme de l'administrateur-juge*)” denmektedir¹⁶. Bu ise adalet ve hakkaniyete aykırıydı¹⁷. Çünkü, idare aynı davada hem taraf, hem de hâkim oluyordu¹⁸. Bu ise “kimse kendi davasında hâkim olamaz (*nemo debet esse iudex in propria causa*)” şeklinde ifade edilen evrensel hukuk ilkesine aykırıydı¹⁹.

Neticede bu durumu bir ölçüde de olsa gidermek için 22 Frimaire Yıl VIII (13 Aralık 1799) Anayasasıyla “*Conseil d'État* [konsey deta okunur] (Devlet Şurası, Danıştay)” kuruldu ve idare ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkları çözme görevi *Conseil d'État*'ya verildi²⁰. Ancak *Conseil d'État*'nın uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisi yoktu. Uyuşmazlık hakkında bir karar tasarıyı hazırlayıp devlet başkanına bunu bir teklif olarak sunuyor; kararı devlet başkanı veriyordu²¹. Buna “tutulmuş adalet sistemi (*systeme de la justice retenue*)” denir²². Bununla birlikte *Conseil d'État*'nın prestiji ve hukukî otoritesi öyle yerleşti ki, yetmişbeş yıl boyunca, uyuşmazlıkların çözümü konusunda *Conseil d'État*'nin önerilerinin aşağı yukarı hepsi devlet başkanı tarafından benimsendi²³. *Conseil d'État* bu dönemde bir “mahkeme”, üyeleri bir “hâkim” değildi ve idarenin bir parçası durumundaydı. Bununla birlikte uyuşmazlıkları çözerken aşağı yukarı bir yargısal usûl uyguluyordu. Nihayetinde 24 Mayıs 1872 tarihli Kanunla, *Conseil d'État*'ya uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetkisi tanındı²⁴. Böylece “devredilmiş adalet sistemi (*systeme de le justice déléguée*)”ne geçilmiş oldu²⁵. 1872'den bu yana *Conseil d'État* bir idarî yargı organı olarak etkin olarak çalışmış ve idare hukukunun pek çok önemli kavram ve ilkesini geliştirmiştir.

Kısacası, 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.

16. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748. Buna “idare-hâkim sistemi (*systeme de l'administration-juge*)” de denir (De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.347).

17. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748.

18. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.103.

19. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748.

20. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.748; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.104.

21. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.749.

22. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.104.

23. *Ibid.*

24. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.750.

25. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.751; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.105.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, idare hukuku, Fransa'da *Conseil d'État*'nin idarî uyumsuzluklara 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 yaratmıştır²⁶.

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 doktrinin çabası ile sistemleştirilmiş, böylece bir disiplin olarak idare hukuku gelişmiştir. Fransa'da ilk idare hukuku kitabı Louis de Cormenin tarafından 1822 yılında yazılmıştır²⁷. Cormenin'in kitabını Emile-Victor Foucart²⁸, Joseph-Marie de Gérando²⁹ ve Louis Macarel'in³⁰ kitapları izlemektedir³¹. 1850-1900 döneminde şu kitaplar zikredilebilir: Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administra-tif*, 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)³². Bu gurup 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 kitabıdır³³. 1900'den sonra Fransa'da yayınlanmış olan genel eser niteliğindeki idare hukuku kitaplarının bir listesi bu kitabın girişinde "idare hukukunun bilgi kaynakları hakkında açıklama" başlığı altında verilmiştir. Bu kitapların listesini görmek için oraya (s.5-7) bakınız.

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)³⁴. Almanya'da 1800'lerin ikinci yarısında önce 1863'te Baden'de, sonra 1872-73'te Prusya'da, 1875'de Essen'de, 1876'da Württemberg'de, 1879'da Bavyera'da idarî yargı organlarının kurulmasıyla idare hukuku gelişmeye ve uygulanmaya başlanmıştır³⁵. Bugün de Almanya'da birçok idare hukuku prensibi, başta Prusya Yüksek İdare Mahkemesi olmak üzere diğer idare mahkemelerinin içtihatlarıyla ilk defa ifade edilmiş ve uygulanmaya konulmuştur³⁶.

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

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

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

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

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

31. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.13.

32. *Ibid.*

33. Chapus, *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 yayınlanmıştır: Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 1989.

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

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

C. TÜRKİYE'DE

1. İdarî Yargının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi³⁷.- Türkiye'de 1868 yılında Fransız *Conseil d'État*'sı örneğine göre bir "Şurayı Devlet" kuruldu ve "hükümet ile eşhas beyninde (=idare ile bireyler arasında)" ortaya çıkacak uyuşmazlıklara bakmak görevi kendisine verildi³⁸. Şurayı Devlet kararları Sadrazamın onayı ve Padişahın iradesiyle yürürlüğe konuluyordu³⁹. Ancak 1876 Kanun-u Esasîsi "hükümet ile eşhas beynindeki davalar dahi mehakim-i umumiyeye aittir" (m.85) diyerek genel yargıdan ayrı bir "idarî yargı" sisteminden vazgeçmiştir⁴⁰. Bununla birlikte gerek birinci, gerekse ikinci meşrutiyet dönemlerinde idare ile memur arasındaki uyuşmazlıkların ve özellikle "memurin muhakematı" işlerinin Şurayı Devletin görev sahasında kaldığı anlaşılmaktadır⁴¹. Şurayı Devlet, saltanatın kaldırılmasıyla birlikte, diğer Osmanlı kurumları gibi, 1 Kasım 1922 tarihinde kaldırılmıştır⁴². 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, genel hukuktan ayrı bir idare hukukunun gelişmiş olduğunu söylemek güçtür⁴³.

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'inci maddesi "Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlenmek(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 çözümlenmek"le görevlidir demiştir (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.- Türkiye'de idare hukuku dersinin öğretimine ilk defa ne zaman başlandığı tam olarak bilinmemektedir. 1859 yılında açılan Mekteb-i Mülkiyenin ders programında *usûl-ü idare* isimli bir ders bulunduğu not edilmektedir⁴⁴. 1879'da kurulan Mekteb-i Hukukta da bir idare hukuku dersi olduğu ve

37. Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, 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.

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

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

40. *Ibid.*

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

42. *Ibid.*

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

44. Tanık Zafer Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, İkinci Baskı, 1969, s.109.

bu dersin İbrahim Hakkı Paşa tarafından verildiği belirtilmektedir⁴⁵. Ülkemizde ilk idare hukuku kitabı *Hukuk-u İdare* başlığı altında İbrahim Hakkı Paşa tarafından 1891 ve 1892 yıllarında yayınlanmıştır⁴⁶. Gerek Osmanlı, gerekse Cumhuriyet döneminde Türk idare hukuku Fransız idare hukukundan büyük ölçüde esinlenmiştir⁴⁷.

Türk idare hukuku doktrinindeki genel eserlerinin bir listesi bu kitabın girişinde “idare hukukunun bilgi kaynakları” başlığı altında verilmiştir. Bu kitapların listesini görmek için oraya (s.6-7) bakınız.

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, *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 dalıdır⁴⁸. İdare hukuku, 1800’lerin sonunda Fransa’da ortaya çıkmıştır. Oysa özel hukukun kökeni Roma hukukuna uzanır.

2. İdare hukuku “tedvin (codifié)”⁴⁹ edilmemiş bir hukuk dalıdır⁵⁰. 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 (jurisprudential)” bir hukuk dalıdır⁵¹. İdare hukuku kuralları kanun koyucu tarafından konulmamıştır. İdare hukuku bir “yargıç yapısı hukuk (*droit prétorien*)”tur⁵². Yani idare hukuku kuralları, idarî yargı organlarının uzun bir zaman boyunca somut olaylarda verdikleri kararlarla oluşmuştur⁵³. Bununla birlikte, idare hukuku alanında birçok

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

46. Balta, *op. cit.*, s.142; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.18; Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, www.idare.gen.tr/akillioглу-yonetim.htm (11 Ağustos 2004).

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

48. 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; Duran, *op. cit.*, s.29; Eroğlu, *op. cit.*, s.26-27.

49. Tedvin (*codification*) kavramı hakkında bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, s.175-176.

50. Rivero, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.15; Özyörük, *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;

51. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.15-20; Rivero, *op. cit.*, s.29; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.89; Prosper Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.23; Özyörük, *op. cit.*, s.142; Günday, *op. cit.*, s.26; Duran, *op. cit.*, s.31; Peiser, *op. cit.*, s.6.

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

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

kanun vardır⁵⁴. 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 oluşturulmuştur⁵⁵. İdare hukukunun içtihadî nitelikte olmasının *avantajı*, bu hukuk dalına esneklik sağlaması; *dezavantajı* ise, hukukî belirsizliğe yol açmasıdır⁵⁶. Ayrıca, idare hukukunun içtihadî nitelikte olması yüzünden bu hukuk dalının kuralları, dağınık hâlde bulunur ve bu nedenle de öğrenilmeleri çok zordur⁵⁷. İdare hukuku içtihadî nitelikte olmasından dolayı, idare hukukunun genel prensipleri, normlar hiyerarşisinde kanun altı, tüzük dahil idarenin düzenleyici işlemlerinden üstün konumdadır. Dolayısıyla idare hukukunun genel ilkeleri, idareyi bağlar, ama kanun koyucuyu bağlamaz. Kanun koyucu bu ilkelere aykırı veya bunlara istesna getiren düzenlemeleri her zaman yapabilir.

4. İdare hukuku bağımsız (autonome) bir hukuk dalıdır⁵⁸. İdare hukuku özel hukuktan tamamıyla ayrı bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun bazı kavram ve ilkelerinin (örneğin tek taraflı işlemler, icrailik, 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)” niteliktedir⁵⁹. Yani idare hukuku bir “statüler hukuku”dur⁶⁰. 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 iradeleriyle kararlaştırılan hukukî ilişkiler yoktur. İdare hukukunda kurallarla önceden belirlenmiş “statüler”, yani “genel hukukî durumlar”⁶¹ vardır. Vatandaşlık statüsü, öğrencilik statüsü, memurluk statüsü, emeklilik statüsü gibi⁶². Bu statülere girip çıkmak çoğunlukla ilgili kişinin isteğine bağlıdır. Ancak, ilgili kişinin, içine girmek istediği statünün koşullarını belirleme, bu konuda pazarlık yapma gibi bir imkanı yoktur. İdare hukukunun bu “statüsel (statutaire)” özelliğine idare hukukunun “kural sallığı (nizamîliği)” özelliği de denmektedir⁶³.

54. Örneğin 10 Haziran 1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 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.

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

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

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

58. “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; Özyörtük, *op. cit.*, s.139; Eroğlu, *op. cit.*, s.24.

59. Eroğlu, *op. cit.*, s.30; Özay, *op. cit.*, s.30.

60. Özay, *op. cit.*, s.337.

61. *Ibid.*, s.336.

62. *Ibid.*, s.337.

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

6. İdare hukuku işlemleri “tek-tarafli (unilatérale)”dır⁶⁴. Özel hukukta, bir hukukî işlem 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 ilgilisi 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 “icrailik (*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 geçerliken, idare hukukunda “eşitsizlik (*inégalité*)” ilkesi geçerlidir⁶⁵. İdare hukukunda idare üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmıştır. Bu yetki ve ayrıcalıklara “kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogatives de puissance publique*)” denir⁶⁶. Bu ayrıcalıkların altında yatan şey ise, “kamu yararı (*intérêt général*)” düşüncesidir⁶⁷. Örneğin, bir yol yapımında yol hizasında 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 uyuşmazlıklar idarî yargıda karara bağlanı⁶⁸. Özel hukuk uyuşmazlıklarına normal adliye mahkemeleri bakarken, idarî uyuşmazlıklara idare mahkemeleri bakar.

V. İDARE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Bibliyografya.- Chapus, *op. cit.*, c.1, 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.1, 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. Burada hatırlatma mahiyetinde şu bilgileri kısaca göreceğiz:

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

65. Bénéit, *op. cit.*, s.75.

66. De Forges, *op. cit.*, s.98; Bénéit, *op. cit.*, s.76; Chapus, *op. cit.*, s.469.

67. Chapus, *op. cit.*, c.1, s.470.

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



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 kuralları 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 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıdır. 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 yapılmış işlemlerdir. İdare hukukuna kaynaklık eden pek çok kanun vardır. Bunlardan bir kaçı şunlardır: 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 yedinci bölümde ayrıca göreceğiz (s.353-366). İdare hukuku alanında pek çok kural kanun hükmünde kararnameyle konulmuştur. Örneğin 13 Aralık 1983 tarih ve 174 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 8 Mart 1984 tarih ve 233 sayılı İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadî Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 1984 tarih ve 195 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi 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 işlemdir⁶⁹. Türk hukukunda, usûlüne göre onaylanıp yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmalar iç hukuk bakımından da bağlayıcıdır ve kanun değerindedir (Anayasa, m.90). Dolayısıyla, uluslararası andlaşmayla getirilen kurallar da idare hukuku bakımından bağlayıcıdır. Bu alanda uluslararası andlaşmayla kabul edilen bir kural varsa, bu kural gerek idareyi 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). 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 geçirmek şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Tüzükleri aşağıda idarenin düzenleyici işlemlerini inceleyeceğimiz yedinci bölümde ayrıca göreceğiz. Bu konuda oraya (s.366-368) 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 yedinci bölümde ayrıca göreceğiz. Bu konuda oraya (s.369-372) bakılmalıdır.

69. 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.

2. Yazısız Kaynak: Örf ve Adet Hukuku

Hukukta *yazısız kaynak* olarak örf ve adet hukukundan bahsedilir. İdare hukuku alanında *örf ve adet hukuku*⁷⁰, aksini düşünenler varsa da, 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 gerekir. Özel hukuk alanında örf ve adet geçerlidir. Çünkü Medenî Kanununun 1'inci maddesiyle böyle bir tanıma yapılmıştır. Bu maddeye göre, hâkim, önündeki davada uygulanmak üzere kanunda hüküm bulamaz ise, varsa o konudaki örf ve adet kuralını uygular. İşte bu nedenle, özel hukuk alanında örf ve adet hukukunun 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 öngörmektedir.

Bu nedenle, idare hukuku alanında örf ve adet hukuku, hukukun bir kaynağı olamaz. 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 442 sayılı Köy Kanununun 89'uncu maddesine göre, nüfusu 150'den az olan yerler bir köye bağlanmamışsa veya bu yerler birleştirilerek bir köy hâline getirilmemiş ise, bu yerler "eski göreneklere" göre yönetilirler. O hâlde yukarıdaki koşulları taşıyan nüfusu 150'den küçük yerlerin idaresi konusunda örf ve adet hukuku kaynak olabilir.

KUTU 2-1: "İdarî Teamül ve Tatbikat".- İdarî uygulamalarda, kanunî bir zorunluluk olmasına 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 teamül ve tatbikat örf ve adet hukuku kuralı değildir ve hukukun kaynağı da olamazlar⁷¹. Zira, idarenin yaptığı bir işlemi idare mahkemeleri, bu işlem hukuka aykırı olmadıkça, sırf idarenin eski uygulamalarını aykırı olduğu için iptal edemez⁷². Nitekim Danıştay idarenin eski uygulamasından vazgeçebileceğine karar vermiş ve şöyle demiştir: "Geçmiş yıllara ilişkin kararnamelerde 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"⁷³.

B. YARDIMCI KAYNAKLAR

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

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

71. Metin Günday (*op. cit.*, 2004, s.32), idarî teamül ve tatbikatın "özel hukukun yazılı olmayan kaynağı olan örf ve adete karşılık" geldiğini yazmaktadır. Kanımızca bu görüşün doğruluğu şüphelidir. Çünkü, yukarıda açıkladığı gibi özel hukukta örf ve adet hukuku, 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.

72. Aksi görüş için bkz. Günday, *op. cit.*, s.33.

73. 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).

a) Yargısal içtihatlar⁷⁴.- Yukarıda belirtildiği gibi idare hukukunda çok önemli bir kaynak vazifesi görürler. *İçtihat, örnek alınan mahkeme kararı demektir.* Hakimler, karar verirken çoğunlukla, zorunlu olmamakla birlikte, önle-rindeki 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, *ıçtihadı 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 (ıçtihadı birleştirme kararları dışında), *yardımcı* kaynaktırlar. Bu şu anlama gelir ki, hâkim, isterse bu içtihatlardan yararlanabi-lir. Bunlar bağlayıcı değildir. Hâkim istiyorsa, başka türlü karar verebilir. An-cak başka türlü karar verirse kararı Danıştay tarafından bozulur.

İdare Hukukunda İçtihat Hukukun Asıl Kaynağı Olabilir.- Burada şunu da belirtelim, hakimin önünde yazılı kaynak olmaması durumunda, yargısal içti-hatlar, 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, idare hu-kukunun yazılı kaynak olmadığına göre bir “asıl kaynağı”dır.

İdare Hukukunda İçtihat, Normlar Hiyerarşisinde Kanun Altı Değerdedir.- Yukarıda (s.33) belirttiğimiz gibi, idare hukukunun bir kaynağı olarak içtihat, daha doğru bir ifadeyle “ıçtihadî kural”, normlar hiyerarşisinde, kanun altı⁷⁵ düzeyde yer alır. Dolayısıyla kanun koyucu istediği her zaman bu kuralın aksi-ne düzenleme yapabilir.

b) Doktrin (öğreti)⁷⁶ idare hukukunun yardımcı kaynaklarının ikincisidir. İdare hukuku doktrini, idare hukuku alanında çalışan bilim adamlarının görüş ve düşünceleridir. Fransız ve Türk idare hukuku doktrinin başlıca eserleri yuka-rıda (s.5-7) idare hukukunun bilgi kaynakları başlığı altında verilmiştir. Doktri-nin bir bağlayıcılığı yoktur. İdare mahkemesi hakimleri doktrine uymak zorun-da değildir. Ancak, istiyorlarsa, karışık bir problemi kendileri çözmek yerine, bu konuda bilim adamlarının önerdikleri çözümden yararlanabilirler.

74. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.1, s.135; Günday, *op.cit.*, s.32.

75. Metin Günday “İdare Hukukunda yargı içtihatları çoğu kez Anayasadan hemen sonra gelir” diye yaz-maktadır (*op. cit.*, 2004, s.32). Bu ifade ortada bir kanun yoksa doğru olabilir. Bu ifadeden içtihadın ka-nun üstü değerde veya kanunla aynı değerde olduğu sonucu çıkıyorsa, 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 hakimin ya-sama organından üstün olması diye bir şey söz konusu olamaz.

76. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.1, s.116; Günday, *op.cit.*, s.32.

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, *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.332-335; 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, adlî 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*)”nın⁷⁷ tespiti için iki ölçüt kullanılmaktadır: Kamu gücü ölçütü ve kamu hizmeti ölçütü.

A. KAMU GÜCÜ ÖLÇÜTÜ⁷⁸

“Kamu gücü ölçütü (*critère de puissance publique*)”, 1800’lerin sonlarında Fransa’da ortaya çıkmıştır. Bu ölçüt, Fransa’da Toulouse (*Tuluz* okunur) Hukuk Fakültesi Dekanı Maurice Hauriou (*Moris Oryu* okunur) (1856-1929) tarafından savunulmuştur⁷⁹. Bu nedenle, bu ölçüte dayalı idare hukuku anlayışına “kamu gücü okulu (*école de la puissance publique*)” veya kısaca “Toulouse okulu (*école de Toulouse*)” denir⁸⁰.

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

Bu ölçüte göre idarenin tasarrufları, yani işlemleri, “hakimiyet tasarrufları” ve “temşiyet tasarrufları”⁸¹ şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

77. Bénéoit, *op. cit.*, s.67.

78. 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, *op. cit.*, c.I, s.3-4; Bénéoit, *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.

79. 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.

80. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.3.

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

1. Hakimiyet Tasarrufları (Kamu Gücü İşlemleri)

“Hakimiyet tasarrufları” veya daha doğru bir çeviriyle “otorite işlemleri (*actes d'autorité*)” veya daha anlaşılır bir ifadeyle “kamu gücü işlemleri (*actes de puissance public*)”⁸², idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlemlerdir⁸³. İdare, bu işlemlerle, emreder, yasak koyar, tek taraflı düzenlemeler yapar; kısacası “emretme iradesi (*volonté de commandement*)”ni açıklar. İdare, idare edilenler karşısında üstün ve ayrıcalıklı konumdadır. 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 bağlanır⁸⁴.

Örneğin idare, yol yapımı sırasında yolun üzerinde kalan tarlayı bedelini ödemek şartıyla kamulaştırır. Kamulaştırma işleminde, idare kamu gücü kullanır. 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 işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklara idarî yargıda bakılmalıdır.

2. Temşiyet Tasarrufları (İşletme İşlemleri)

“Temşiyet tasarrufları” veya daha anlaşılır bir ifadeyle “işletme işlemleri (*actes de gestion*)”⁸⁵, idarenin bir “malik” veya bir “işletmeci” sıfatıyla yaptığı işlemlerdir. İdarenin “temşiyet tasarrufları (işletme işlemleri)” özel kişilerin işlemleriyle karşılaştırılabilir niteliktedir. İdare bu tür işlemlerinde, tamamıyla bir özel kişi gibi hareket eder; kamu gücüne sahip olmasından kaynaklanan yetkilere başvurmaz; özel kişilerle eşit konumdadır. İdarenin “temşiyet tasarrufları (işletme işlemleri)”, idare hukukuna değil, özel hukuka tâbidir. Bu tür işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, idarî yargıda değil, adlî yargıda çözümlenir⁸⁶.

Örneğin ülkemizde bazı şehirlerde mahkemeler devlete ait bir binada değil, idarenin özel kişilerden kiraladığı binalarda çalışmaktadır. İdare, bina ihtiyacını kendisi bina

82. Fransızların “*actes d'autorité*” dedikleri şey aslında “otorite işlemleri” şeklinde Türkçe'ye çevrilebilir. Ama “*actes d'autorité*” 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; Özyay, *op. cit.*, s.332.

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

84. *Ibid.*

85. 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; Özyay, *op. cit.*, s.332.

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

yaptırmak yerine, özel kişiye ait bir binayı o kişiden kiralayarak karşılayabilir. Burada idare, tamamıyla bir işletmeci olarak hareket eder; üstünlük yetkilerini kullanmaz ve özel kişi ile tamamıyla kendisi de bir özel kişiymiş gibi kira sözleşmesi yapar. İdare burada özel kişiyi, kira sözleşmesi yapmaya 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 ÖLÇÜTÜ⁸⁷

“Kamu hizmeti ölçütü (*critère du service public*)”, Fransa’da 1900’lerin başından itibaren ortaya atılmıştır. Bu ölçüt, Fransa’da Bordeaux (*Bordo* okunur) Hukuk Fakültesi Dekanı Léon Duguit⁸⁸ (Leon Dügi okunur) (1859-1928) tarafından savunulmuş ve Roger Bonnard, Gaston Jèze, Louis Rolland gibi yazarlar tarafından devam ettirilmiştir⁸⁹. Bu nedenle, bu ölçüt üzerine kurulu olan idare hukuku anlayışına “kamu hizmeti ekolü (*école du service public*)” veya kısaca “Bordeaux ekolü (*école de Bordeaux*)” denir⁹⁰.

Kamu hizmeti ölçütü köklerini Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco* kararında bulur⁹¹. Bu kriter, Fransız Danıştayının (*Conseil d’Etat*) 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier* kararı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin 28 Şubat 1908 tarihli *Feutry* kararında da ifade edilmiştir⁹².

Kamu hizmeti ölçütüne göre, kamu hizmetlerinin⁹³ 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*)” yapmıştır⁹⁴. 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 tanımlamıştır⁹⁵. Kısacası Kamu hizmeti ekolüne göre, “kamu hizmeti - idare hukuku - idarî yargı kavramları” arasında tam bir örtüşme vardır. Kamu hizmeti, idare hukukunun

87. Rivero, *op. cit.*, s.31-32; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.42-46; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.2-3; Bénéoit, *op. cit.*, s.81-82; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111-115; Duran, *op. cit.*, s.23-24.

88. Bkz. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 2.B., 1923, c.II, s.103-140.

89. 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.

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

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

92. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.111.

93. “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 konusunu aşağıda dokuzuncu bölümde ayrıca göreceğiz.

94. Rivero, *op. cit.*, s.31; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.112;

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

uygulama alanını oluşturur ve bu alandaki bütün uyuşmazlıklar da idarî yargıya tâbidir.

Kamu Hizmeti Kriterinin Yetersizliği (Kamu Hizmeti Kavramının Çöküşü veya Krizi)⁹⁶.- Bugün idare hukukunun uygulama alanını ve keza idarî yargının görev alanını tespit etmek bakımından kamu hizmeti ölçütü yetersiz kalmaktadır. Bu dört nedenden dolayıdır:

1. Kamu hizmeti kriteri, birinci darbeyi, “iktisadî ve ticarî kamu hizmetleri (*services publics industriels et commerciaux*)”nin ortaya çıkmasıyla yemiştir. İdare, bu tür kamu hizmetlerini idare hukukuna göre değil, özel hukuka göre yürütmekte ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar da idarî yargıya değil, adlî yargıya tâbi olmaktadır. O hâlde günümüzde idarenin kamu hizmeti niteliğinde olan her faaliyetinin idare hukukunun uygulama alanına gireceği söylenemez⁹⁷. 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.

2. İkinci olarak kanun koyucu, kamu hizmeti veren bazı kamu kurumlarını faaliyetlerini bile bile idare hukukuna değil, özel hukuka tâbi kılmıştır. Örneğin SSK, BAĞ-KUR gibi sosyal güvenlik kurumlarının durumu böyledir. Hiç şüphe yok ki bu kurumlar bir kamu hizmeti vermektedir. Zira, bu kurumlar, kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyette bulunmaktadırlar. Keza bu kurumlar devlet tarafından kanunla kurulmuşlardır. Oysa bu kurumlar 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 çözümlenir. O hâlde, kamu hizmeti kavramı idare hukukunun uygulama alanını tam anlamıyla açıklayamamaktadır.

3. Üçüncü olarak, “özel kişiler tarafından yürütülen kamu hizmetleri (*services publics gérés par des organismes privés*)” de vardır⁹⁸. Bu tür kamu hizmetleri esasen özel hukuka tâbidir. Ancak bunlara yürüttükleri hizmet nedeniyle bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınmakta veya bunlar bazı kamu gücü yükümlülüklerine tâbi kılınmaktadır⁹⁹. Örneğin kamuya yararlı dernekler, özel öğretim kurumları ve özel hastaneler, tatmininde kamu yararı bulunan kamusal ihtiyaçları karşılamaya yöneliktirler. Bu tür hizmetleri yürüten kuruluşlar “idarî” kavramına dahil olmamalarına rağmen, bunlara da idare hukuku yer yer uygulanmakta, örneğin, özel öğretim kurumlarının belli bir oranda öğrencileri harçsız olarak kaydetmesi zorunluluğu getirilmektedir. En azında bu tür kuru-

96. Rivero, *op. cit.*, s.31-33; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.44-48; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.116-121.

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

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

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

luşlar idarenin gözetim ve denetimine tâbi tutulmaktadır¹⁰⁰. Dolayısıyla 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 girebilmektedir¹⁰¹.

4. 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) çalıştıracağı 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 özel hukuk uygulanmakta ve bu tür personel ile idare arasında çıkacak uyuşmazlıklar da adli yargıda çözümlenmektedir. Dolayısıyla özel hukuk, artık klasik kamu hizmetleri alanına dahi yer yer nüfuz etmektedir.

Özetle, idare hukukunun uygulama alanı kamu hizmeti kavramıyla açıklanamaz. Çünkü 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 gerilemiş ise de, 1900’lerin ikinci yarısından itibaren, “kamu hizmeti teorisinin krizi (*crise de la théorie du service public*)” neticesinde eski gücüne tekrar kavuşmuştur¹⁰². Bu duruma “kamu gücü ölçütüne dönüş (*renouveau de la puissance publique*)” ismi verilmektedir¹⁰³. Fransız doktrinindeki yazarların çoğunluğu idare hukukunu “kamu gücü” düşüncesinden türeyen kavramlar etrafında inşa etmeye çalışmaktadırlar. 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 hükümleri¹⁰⁴ aşan şartlar (*conditions exorbitantes du droit commun*)”dır. Bu şartlar, idareye sadece özel hukukta görülmeyen bazı “ayrıcalıklar ve imtiyazlar (*prérogatives et privilèges*)” vermez; aynı zamanda idareye özel hukukta görülmeyen birtakım “yükümlülükler (*sujétions*)” de yükler¹⁰⁵. Buna göre, bir hukukî ilişkide, bir hukukî durumda, bir hukukî eylem veya işlemde, “özel hu-

100. Günday, *op. cit.*, s.31.

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

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

103. *Ibid.*

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

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

kukta 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 kriteriyle bir alakası olmadığı ortadadır. Bu kriter yukarıda gördüğümüz “kamu gücü kriteri”nin modern tabirlerle ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Günümüzde 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 yükümlülüklerle 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. 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 alan birtakım faaliyetler de özel hukuka tâbi kılınabilir. Aynı şekilde

normalde adli yargının görev alanında bulunan bir uyuşmazlık, kanunla idarî yargının görev alanına veya normalde adli yargının görev alanında bulunan bir uyuşmazlık idarî yargının görev alanına sokulabilir. Türkiye’de normalde idarî yargının görev alanına girmesi düşünülebilecek birçok uyuşmazlık kanunla adli yargının görev alanına sokulmuştur.

D. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

Bibliyografya.- Chapus, *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; Bénéit, *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; Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2004.

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 kullanılmaktadır¹⁰⁶. Biz de “kamu gücü” yerine “kamu gücü ayrıcalıkları” tabirini kullanacağız.

Tanım.- *Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuku 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 kullanmaktadırlar¹⁰⁷. Burada her ne kadar “ayrıcalık (*prérogative*)” terimi kullanılıyorsa da, idare hukukunda idareye her zaman bir üstünlük veya bir ayrıcalık tanınmaz; aynı zamanda idare yükümlülüklerine¹⁰⁸ de tâbi tutulur¹⁰⁹. 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 kullanmaktadırlar¹¹⁰. Biz daha yaygın kavram olan “kamu gücü ayrıcalıkları” kavramını kullanacağız.

Varlık Sebebi.- Niçin idareye birtakım kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış-tır? Bunun sebebi “kamu yararı (*intérêt général*)”nın sağlanması düşüncesidir¹¹¹. Örneğin bir yol yapımında yol üzerinde kalan bir tarlanın kamulaştırıl-

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

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

108. 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.

109. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.36; Bénéit, *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*)” tanıyan kurullardan oluşmuş bir hukuk dalı olarak tanımlamaktadır (Rivero, *op. cit.*, s.35).

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

111. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.470.

ması gerekir. Bunda kamu yararı vardır. Eğer idareye kamu gücü ayrıcalığı (tek yanlı karar alma gücü ve re'sen icra) tanınmamış olsaydı, idarenin o tarlaya el atabilmesi için mutlaka tarla sahibiyile anlaşması ve onu satın alması gerekirdi. Eğer tarla sahibi, tarlasını satmayı kabul etmez ise, idare kamu gücü ayrıcalığına sahip olmasaydı, tarla sahibini zorlaması mümkün olmazdı.

Kamu Gücü Ayrıcalıkları Nelerdir?- İdare hukukunda görülen başlıca kamu gücü ayrıcalıkları nelerdir? Veya diğer bir ifadeyle “özel hukukta görül-meyen 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 ayrıcalığıdır¹¹². 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 denir¹¹³.

2. “Re'sen icra (*exécution d'office*)” da bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹¹⁴. İdare, özel hukuk kişilerinden farklı olarak, mahkemelere ve icra dairelerine başvurmaksızın kendi aldığı kararları yine kendisi “cebren icra (*exécution forcée*)” edebilir¹¹⁵. Keza, idarenin belli koşullar altında “cebir kullanma (*recours à la contrainte*)” yetkisi de vardır¹¹⁶.

3. “Hukuka uygunluk karinesi (*présomption de conformité au droit, présomption de légalité, privilège du préalable*)” de bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹¹⁷. Bu şu anlama gelir: İdarenin aldığı bir karar, bir mahkeme tarafından iptal edilinceye 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 ayrıcalığıdır¹¹⁸. İdarenin malları kamu malı statüsüne tâbi tutulur ve bu şekilde özel bir himaye görürler¹¹⁹. Örneğin kamu malları zamanaşımı ile kazanılamaz.

5. “Kamu alacakları tahsili (*recouvrement des créances publiques*)”¹²⁰ için ayrı bir usûl uygulanması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹²¹. Kamu alacaklarının tahsilinde, özel hukuktaki usûllerden farklı bir usûlün uygulanması, ortada bir idare hukuku durumunun olduğu anlamına gelir. Türkiye’de kamu alacaklarının tahsili hakkında 21 Temmuz 1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun uygulanmaktadır.

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

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

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

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

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

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

118. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.616; Dubois, *op. cit.*, s.77; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.171.

119. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.474.

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

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

6. Bir borç hakkında “özel hukuk cebrî icra yolları (*voies d'exécution forcée du droit privé*)”nın uygulanamaması¹²², bir kişinin “mallarının haczedilemezliği (*insaisissabilité des biens*)”¹²³ ve keza bir kişinin “iflas (*faillite*)”nın istenememesi¹²⁴ bir kamu gücü ayrıcalığıdır.

7. Bir sözleşmenin “idarî sözleşme (*contrat administratif*)” sayılması da bir kamu gücü ayrıcalığına işaret eder¹²⁵. 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 ayrıcalığıdır¹²⁶. 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 devlet memuru olarak kabul edilir¹²⁷.

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

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 adli yargıya değil de, “idarî yargı (*juge administratif*)”ya tâbi tutulması da bir kamu gücü ayrıcalığı örneğidir¹²⁸. İdare, özellikle Fransız sisteminde, kendine has bir hâkim tarafından yargılanmak ayrıcalığına sahiptir¹²⁹. Bu şu anlama gelir. Bir uyuşmazlığı çözme görevi idarî yargıya verilmiş ise, o uyuşmazlığa idare hukuku uygulanabilir.

13. Ortaya çıkan zararların tazmini “idarî sorumluluk (*responsabilité administrative*)” rejimine tâbi olması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹³⁰. Zira, aşağıda onüçüncü 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 kılınmıştır¹³¹. (a) Örneğin özel

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

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

124. Vlachos, *op. cit.*, s.332; De Forges, *op. cit.*, s.98.

125. De Forges, *op. cit.*, s.99; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.372-373; Vedel ve Delvolvé, *p. cit.*, c.II, s.616.

126. De Forges, *op. cit.*, s.99; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.615; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.171.

127. 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”.

128. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.470; Dupuis ve Guédon, *op. cit.*, s.70; Vlachos, *op. cit.*, s.53.

129. 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).

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

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

hukuk kişileri irade serbestisi çerçevesinde hareket ederler. Bir sözleşme yapıp yapmamakta veya sözleşmeci tarafı seçmekte serbesttirler. Buna karşılık idarenin bu gibi serbestlikleri yoktur. Örneğin Sözleşmeci tarafı seçmek için kamu ihalesi düzenlemek zorundadır¹³². **(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 durumundadır¹³³. **(c)** Keza, özel kişiler kanuna ve ahlâka aykırı olmayan her türlü amacı güdebilirler. Oysa idare sadece “kamu yararı (*intéret général*)” amacıyla eylem ve işlemlerde bulunabilir¹³⁴. **(d)** Nihayet, özel kişiler, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda “tahkim (*arbitrage*)” yoluna gidebilirler. Oysa idare, kural olarak tahkim yoluna gidemez¹³⁵. 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 (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 İlkelere 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 geçerlidir¹³⁶.

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*)”¹³⁷, idarî irtifaklar kurma, istimval, geçici işgal, vergilendirme, cebir (zor) kullanma, disiplin cezası verme, bir alanı tekel hâline getirme, vs. hep birer kamu gücü ayrıcalığıdır¹³⁸. Keza tüzel kişinin sahip olduğu taşınmaz mallar üzerinde yaptığı inşaat ve tamirat işlerinin bir “bayındırlık (nafıa) işi (*travaux publics*)”¹³⁹ olarak nitelendirilmesi de bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹⁴⁰. 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 ayrıcalıklarla-

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

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*

135. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.170; De Forges, *op. cit.*, s.99.

136. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.170.

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

138. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.35; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.470.

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

140. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.II, s.616; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.171.

rı 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.

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

- A. İdare Hukuku - Anayasa Hukuku
- B. İdare Hukuku - Malî Hukuk
- C. İdare Hukuku - Vatandaşlık Hukuku
- D. İdare Hukuku - Yabancılar Hukuku
- E. İdare Hukuku - Ceza Hukuku
- F. İdare Hukuku - Uluslararası Hukuk
- G. İdare Hukuku - Muhakeme Hukukları
- H. İdare Hukuku - Özel Hukuk Dalları

Yukarıdaki konular hakkında bkz.: Gözler, *İdare Hukuku, op. cit.*, c.I, s.72-84.

VIII. İDARE HUKUKUNUN BÖLÜMLERİ

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

İdare hukuku, gerek Fransız¹⁴¹, gerek Alman hukukunda¹⁴² 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:

141. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.9-10.

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

A. ÖZEL İDARE HUKUKU

İdare hukuku çok çeşitli alanlara uygulanmaktadır¹⁴³. Zira idarenin çok çeşitli faaliyet sahaları vardır: Güvenlik, ulusal savunma, trafik, maliye, ekonomi, eğitim, sağlık, imar, orman, çevre, bayındırlık, gümrük, turizm, vs¹⁴⁴. 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 hukukuna “özel idare hukuku (*droit administratif spécial*¹⁴⁵, *besonderes Verwaltungsrecht*¹⁴⁶)” denir. Özel idare hukukuna, ceza hukuku ve borçlar hukukundaki benzer ayrımlardan 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 denebilir¹⁴⁷.

B. GENEL İDARE HUKUKU

İdare hukuku, kamu idaresinin çok çeşitli alanlarına uygulanmaktadır¹⁴⁸. Zira idarenin çok çeşitli faaliyet sahaları vardır: Güvenlik, millî savunma, trafik, maliye, ekonomi, ulaştırma, eğitim, sağlık, imar, orman, çevre, bayındırlık, gümrük, turizm, vs¹⁴⁹. İşte idare hukukunun bütün bu alanlarda uygulanabilen, kavram, kurum ve kuralları “genel idare hukuku (*droit administratif général*¹⁵⁰, *allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁵¹)”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 ge-

143. *Ibid.*, s.37.

144. *Ibid.*, s.14.

145. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.9.

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

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

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

149. *Ibid.*, s.14.

150. Chapus, *op. cit.*, c.I, s.9.

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

nişliği, 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 göreceğimiz gibi, idarî işlemler, tek taraflı ve iki taraflı olmak üzere ikiye ayrılır. Tek taraflı idarî işlemler de bireysel ve düzenleyici olmak üzere ikiye ayrılır. Bireysel idarî işlemlere “idarî karar” denir. Düzenleyici işlemler, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliktir. İki taraflı 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 Büyük Şehir 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 kavramı, kurumu, ve kolluk kuralları 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 düzenini sağlamak amacıyla yaptığı işlem de bir kolluk işlemidir ve genel olarak 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. İdarenin Sorumluluğu.- “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 sorumludur 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.

9. 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.

ŞEMA 2.2:

İDARE HUKUKU

GENEL İDARE HUKUKU

İdarî Teşkilât
İdarî İşlemler
Kamu Hizmeti
Kolluk
Kamu Görevlileri
Kamu Malları
İdarenin Sorumluluğu
İdarî Yargı

ÖZEL İDARE HUKUKU

Malî Hukuk
İmar Hukuku
Ekonomik Kamu Hukuku
Trafik Hukuku
Eğitim İdaresi Hukuku
Sağlık İdaresi Hukuku
Orman Hukuku
Çevre Hukuku
Bayındırlık Hukuku
Gümrük Hukuku
Turizm Hukuku, vs.

Bizim bu kitabımız da “idare hukuku” adını taşısa da bir “genel idare hukuku” kitabıdır. Bu kitabın planı da yukarıdaki genel idare hukuku konularına paralel olarak oluşturulmuştur (İdarî yargı ayrı bir kitap konusu olarak düşünülür).

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.7-124.

Anayasamızın 1’inci maddesine göre, “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir”. Anayasamızın 2’nci maddesine göre ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir”. Anayasamızın 3’üncü maddesine göre, “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür”. Anayasamızın

10'uncu maddesinde de eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bu dört maddeden yola çıkarak idare hukukuna hâkim olan temel ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- | | |
|---|------------------------------------|
| 1. Cumhuriyetçilik ilkesi | 6. Laik devlet ilkesi |
| 2. Üniter devlet ilkesi | 7. Sosyal devlet ilkesi |
| 3. İnsan haklarına saygılı devlet ilkesi | 8. Hukuk devleti ilkesi |
| 4. Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet ilkesi | 9. Eşitlik İlkesi |
| 5. Demokratik devlet ilkesi | 10. Başlangıçta Belirtilen İlkeler |

Bu ilkeler esasen anayasa hukuku kitaplarında incelenmektedir. Bunları idare hukuku derslerinde de inceleyerek zaman kaybetmemek gerekir. Bu ilkeler konusunda anayasa hukuku kitaplarına bakılmalıdır¹⁵². Ancak bu ilkelerden “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkelerinin idare hukuku açısından arz ettikleri önem dolayısıyla ayrıca incelenmesi gerekir. Keza bu iki ilkeye “kanunîlik ilkesi”ni de ilâve etmek gerekir.

A. 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. *Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet demektir*¹⁵³.

1. Tarihsel Gelişimi

Hukuk devleti anlayışı birden ortaya çıkmamıştır. Ortaçağda “mülk devlet” anlayışı vardı. Daha sonra “polis devleti” ve “hazine teorisi” anlayışları ortaya çıktı. Hukuk devleti anlayışını görmeden bunları kısaca görmekte yarar vardır.

a) Mülk-Devlet Anlayışı¹⁵⁴

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 konumundaydı¹⁵⁵. Kralın ülke üzerindeki yetkisi, mülkiyet hakkına benzetiliyordu¹⁵⁶. Keza kralın dışındaki yöneticiler olan feodal beylerin yetki-

152. Örneğin Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.105-202.

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

154. 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; Özay, *op. cit.*, s.24-26.

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

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

leri de, esas itibarıyla sahip oldukları toprak mülkiyetinden kaynaklanıyordu¹⁵⁷. Yani feodal beylerin sahip oldukları kamusal yetki ve ayrıcalıklar da mülkiyet esasına dayanıyordu¹⁵⁸. Özetle, bu sistemde kamu gücüne sahip olanların (kralın ve feodal beylerin) bu yetkileri onların şahsî malı olarak görülüyordu¹⁵⁹. Keza, bu kamusal yetkiler, sözleşmeyle devredilebiliyor; miras yoluyla varislerle de geçebiliyordu¹⁶⁰. Böyle bir sistemde, yönetici olarak, gerek kralı, gerekse feodal beyleri sınırlandıran bir “idare hukuku” yoktu¹⁶¹. Gerek kral, gerekse feodal beylerin yetkileri tabii hukuk doktriniyle sınırlandırılmaya çalışılıyordu¹⁶². Kral ve feodal beylerin yetkileri esas itibarıyla, birer mülkiyet hakkı olarak özel hukuka tâbi idi¹⁶³. Bu anlamda özel hukukun kralı ve feodal beyleri sınırlandırdığını söyleyebiliriz. Özellikle bu dönemde meşru olarak kazanılmış haklara (ki bu haklara *jura quaesita* deniyordu¹⁶⁴) saygı ilkesi vardı. Kral, başta feodal beylerin olmak üzere kimsenin kazanılmış haklarına (*jura quaesita*) dokunmamalıydı. 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 “tabii hukuk” idi. Ancak zamanla kralın, bazı istisnaî durumlarda kazanılmış haklara dokunabilmesine imkân veren üstün bir hakka (ki bu hakka *jus eminens* deniyordu¹⁶⁵) sahip olduğu kabul edildi. 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 geldi¹⁶⁶ ve “polis devleti” anlayışına yaklaşılmış oldu.

b) Polis Devleti Anlayışı¹⁶⁷

“Hukuk devleti”, “polis devleti” deyiminin karşıtı anlamında kullanılmaktadır¹⁶⁸. 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”¹⁶⁹ devlet demektir¹⁷⁰.

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

158. *Ibid.*

159. *Ibid.*

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

161. *Ibid.*

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

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

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

165. *Ibid.*

166. *Ibid.*

167. 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; Özay, *op. cit.*, s.24-26; Maurer, *op. cit.*, s.22.

168. Burada şunu belirtelim ki, konuyla ilgisi sınırlı olan bazı kişiler, hukuk devletini, *hukukçuların* etkili olduğu, polis devletini de *polislerin* etkili olduğu bir devlet anlayışı olduğunu sanmaktadırlar. Aşağıda açıklandığı gibi bu doğru değildir. “Polis devleti” ifadesindeki “polis” kolluk demek değildir.

169. Günday, *op. cit.*, s.36.

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

“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 kavramdır¹⁷¹. Polis devleti anlayışı tarihsel olarak feodal devlet devrinden mutlak hükümdarlık devrine geçişte ortaya çıkmıştır¹⁷².

“Polis devleti (*Polizeistaat*)” ifadesindeki “polis (*Polizei*)”¹⁷³ kelimesi bugünkü gibi “kolluk (=zabıta)” anlamında değil, kamunun refah ve selametini sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılıyordu¹⁷⁴. Devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güç ise “polis kudreti (*Polizeigewalt*)” olarak adlandırılıyordu¹⁷⁵. Kısaca “polis” deyi mi hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamına geliyordu¹⁷⁶. İşte, “polis kudreti”nin bu anlamından dolayı Almanya’da mutlak hükümdarlık rejimi, “polis devleti” olarak adlandırılmıştır¹⁷⁷. Bugün de idaresi hukuka bağlı olmayan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlamayan devlet tipi için “polis devleti” tabiri kullanılmaktadır¹⁷⁸. Polis devleti anlayışında devlet hukuka bağlı olmadığına göre, devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenmesi de söz konusu değildir¹⁷⁹.

c) Hazine Teorisi¹⁸⁰

Polis devleti anlayışının egemen olduğu Almanya’da 18’inci yüzyılın ortalarında “hazine teorisi (*Fiskustheorie*)” geliştirilmiştir¹⁸¹. Polis devleti anlayışı yönetilenlere herhangi bir hukukî güvence tanımazken, hazine teorisi yönetilenlere bazı hukukî güvenceler sağlamaktadır¹⁸². “Hazine teorisi”, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlâl edilen kişilere yargısal yoldan malî karşılık elde etme imkanını tanımaktadır¹⁸³. Bu teoriye göre, devletin hazinesi, hükümdarın dışında ve tamamen bağımsız bir özel hukuk tüzel kişisi kabul edilmektedir¹⁸⁴. Böylece, hukuk kurallarına bağlı olmayan ve yargı denetimine de tâbi bulunmayan *devlet* ile özel hukuk hükümlerine tâbi olan ve aleyhinde dava açılabilen *hazine* birbirinden ayrılıyordu¹⁸⁵. Örneğin devlet özel bir kişiye ait olan bir taşınmaza el atabiliyor; onu işgal edebiliyor; kişiyi zorla çalıştırabiliyordu. Dev-

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

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

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

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

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

176. Günday, *op. cit.*, s.36.

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

178. *Ibid.*

179. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

letin bu tür eylem ve işlemlerinin 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 alabiliyorlardı¹⁸⁶. Bu durum Alman hukukunda “katlan, ama tazminat iste (*Dulde, aber liquidieren*)” özdeyişiyle ifade edilmiştir¹⁸⁷. 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 benimsen-dikçe, hazine teorisi yavaş yavaş terk edildi ve onun yerini yine ilk önce Al-manya’da “hukuk devleti (*Rechtsstaat*)” teorisi aldı¹⁸⁸. Daha sonra “hukuk devleti (*Etat de droit*)” kavramı Fransa’ya geçti¹⁸⁹. Hukuk devleti tabiri daha çok kara Avrupası ülkelerinde kullanılıyor. Anglo-Sakson ülkelerinde benzer şeyi ifade etmek için “hukukun hükümranlığı (*rule of law*)” tabiri kullanılmaktadır¹⁹⁰.

2. Hukuk Devleti İlkesinin Gereklere (Hukuk Devletin Şartları)

Hukuk devleti ilkesinin gereklere veya varlık şartları nelerdir? Diğer bir ifadeyle, bir devletin ve devlet idaresinin hukuk devleti olarak nitelendirilebil-mesi için hangi şartları taşıması gerekir? Bu gereklere “hukuk devletin genel gereklere” ve “hukuk devletin özel gereklere” olarak ikiye ayırabiliriz. Hukuk devletin 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 DEVLETİNİN GEREKLERİ	
GENEL GEREKLERİ (<i>Devletin Hukuka Bağlılığı</i>)	ÖZEL GEREKLERİ (<i>İdarenin Hukuka Bağlılığı</i>)
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 devletin genel gereklere, sonra özel gereklere görelim:

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

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

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

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

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

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

190. *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 müeyyidelen-dirilir. 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, Anayasamızın 138'inci maddesine göre, "hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak... hüküm verirler". Mahkemeler baktıkları davaları, "yerindelik (*opportunité*)" açısından değil, "hukukîlik (*légalité*)" açısından değerlendirirler. Mahkemelerin baktıkları davalarda siyasal yerindelik 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 bahsedilemez. Bu üç gereklilik, idarenin hukuka bağlılığının ön şartlarıdır. Diğer bir ifa-

deyle, bir devlette, idare hukuka bağlı olsa bile, yasama organı hükümet ve yargı organı hukuka bağlı değilse, orada vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulunmaları imkân dahilinde değildir.

b) Hukuk Devletinın Özel Gereklere (İdarenin Hukuka Bağlılığının Şartları)

İdarenin hukuka bağlılığının 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:

aa) İdarenin bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tâbi olmalıdır. İdarenin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymak zorunda olmasının müeyyidesi Anayasamızda öngörülmüştür. 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 bağlılığı ilkesi bakımından beş adet pürüz vardır. Aşağıda sayacağımız beş adet işleme karşı dava açılmaz; bunlara karşı yargı yolu kapalıdır. Dolayısıyla bunlar ülkemizde hukuk devletinin istisnalarını oluşturmaktadırlar. Bu beş işlem şunlardır:

1. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, m.105/2 ve 125/2).
2. Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, m.125/2).
3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (Anayasa, m.159/4).
4. Uyarma ve kınama disiplin cezaları (Anayasa, m.129/3). (Bunlar, kanunla yargı denetimi dışına çıkarılabilir; çıkarılmamışsa yargı denetimine tabidir).
5. 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.

*bb) Hakimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır*¹⁹¹. 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 bağımsızlığı 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; genelge 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.

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

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 gerekir¹⁹². İdare takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda dahi tam bir serbestiye sahip değildir. İdare bu yetkisini tüzük ve yönetmelik gibi genel kurallarla düzenlemek ve bu düzenlemelere uymak zorundadır. Buna “*düzenli idare ilkesi*” denir¹⁹³. Keza, yine idarî faaliyetlerin belirliliği ilkesi nedeniyle idarenin, istikrar kazanmış uygulamalarından vazgeçmemesi gerekir¹⁹⁴. Keza hukuk devletinde idare, kişilerin “*kazanılmış haklarına saygı*” göstermelidir¹⁹⁵.

dd) *Hukukî Güvenlik İlkesi*¹⁹⁶ ve *Geçmişe Etki Yasası*¹⁹⁷.- 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 artırılsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır. Belki bireyler, bu yeni oranda vergi ödeyeceklerini önceden bilseydiler, o faaliyette bulunmayabileceklerdi. Neticede idarenin geçmişe etkili işlemler 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 vergilendirilirsem ne yaparım” diye endişe duyarlar. Bir hukuk devletinde idarenin bireyleri böyle endişeli durumlara sokmaya hakkı yoktur.

ee) *İdarenin malî sorumluluğu mevcut olmalıdır*¹⁹⁸. Nihayet hukuk devleti ilkesi, idarenin malî sorumluluğu ilkesini de gerektirir¹⁹⁹. 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.

192. Günday, *op. cit.*, s.44.

193. *Ibid.*, s.45.

194. *Ibid.*

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

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

197. 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.

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

199. Günday, *op. cit.*, s.49.

B. EŞİTLİK İLKESİ

Bibliyografya.- Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 180-192; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.137-138; Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, op. cit., s.384-391; Christian Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s.138-139.

İdari teşkilata hakim olan diğer bir ilke de eşitlik ilkesidir. 1982 Anayasasının “kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10’uncu maddesi şöyle demektedir:

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

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

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 niteliğindedir²⁰⁰. 1961 Anayasası eşitlik ilkesini “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 çıkmaktadır²⁰¹. 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 soruyu 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.

a) *Devlet Organları.-* Eşitlik ilkesi, “devlet organları”nı, yani, yasama, yürütme 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, 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. Çoğun-

200. Özbudun, op. cit., s.137.

201. Özbudun, op. cit., s.137; Christian Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s.138.

lukla 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 işlemi, idarî yargı organları tarafından sırf eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebilir.

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

a) *Mutlak Eşitlik.* - Mutlak eşitlikten kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır²⁰². Kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz²⁰³. Kanımızca, Anayasanın 10'uncu maddesinin ilk fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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, felsefî 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 “özgül 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.

b) *Nispi Eşitlik.* - Nispi 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, nispi eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumu, niteliği yaptığı işe göre değişebilecektir²⁰⁴.

Anayasa Mahkememiz de değişik tarihlerde verdiği kararlarında “nispi eşitlik” anlayışını benimsemiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/15 sayılı kararında şöyle demiştir:

202. Özbudun buna “şekli hukukî eşitlik” diyor. Özbudun, *op. cit.*, s.137.

203. Mutlak eşitliğe “aritmetik eşitlik” de denebilir. Mutlak eşitlik, Aristo'nun *Nikomakhos'a Ahlâk* 'ında yaptığı adalet ayırmamasında “denkleştirici adalet (tâvizî adalet, *iustitia commutativa*)”e tekabül eder. Denkleştirici adalet için bkz. Gözler, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.313.

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

“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 tanımamasını 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 eylemli 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”²⁰⁵.

KUTU 2-2: Pozitif Ayrımcılık.-

Toplum içinde zayıf durumda olanları (örneğin kadınları) korumak için yapılan ayrımcılığa pozitif ayrımcılık denmektedir. Bu tür ayrımcılıkta amaç, eşitsizlik yaratmak değil, zaten fiilen mevcut olan eşitsizliği gidermek ve azaltmaktır. Bu tür uygulamalar ilk bakışta eşitlik ilkesine aykırı gibi görünse de uygulamada çoğunlukla yargı organları tarafından eşitlik ilkesine aykırı olarak görülmemektedir. Örneğin Danıştay bir kararında “okullar arasındaki yer değişikliklerinde kız öğrencilere 3 puan eklenmesine ve erkek öğrencilere göre bir öncelik hakkı sağlanmasını” eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır²⁰⁶.

C. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ²⁰⁷

Yukarıda gördüğümüz “insan haklarına saygı”, “Atatürk milliyetçiliği”, “demokratik devlet”, “lâiklik”, “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleri Anayasamızın 2’nci maddesinde öngörülmüş, 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 kanuniliği ilkesi”ni görelim. Bu ilkeye “kanunî idare ilkesi”²⁰⁸ veya “yasal yönetim ilkesi”²⁰⁹ de denildiğini hatırlatalım.

İdarenin kanuniliği 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 *sınıridir*.

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

Yasama yetkisi “aslî (*originair*)” bir yetkidir²¹⁰. Yasama organı, bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. Bir alanda kanun çıkarılabilmesi için o alanın daha önce Anayasayla düzenleniyor olmasına gerek yoktur. Anayasanın hiçbir şekilde düzenlemediği bir alanı, yasama organı, ilk elden düzenleyebilir. Bu anlamda

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

206. Danıştay Sekizinci Dairesi, 9 Ocak 1985 tarih ve E.1983/826, K.1985/4 sayılı Kararı (Nakleden: Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, 2006, c.1, s.149.

207. 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.1, 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 Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965; Burhan Kuzu, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

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

209. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.1, s.36-37.

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

yasama yetkisi, “ilkel”, “aslî (*originaire*)” bir yetkidir. Yasama organının anayasaya dayanma zorunluluğu yoktur. Yasama organının tek zorunluluğu, anayasaya aykırı düzenleme yapmamaktır²¹¹. Buna karşılık idare, yasama organı tarafından önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunamaz. İdare faaliyette bulunabilmek için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye sahip olmalıdır²¹². İdarenin işlemleri kanuna dayanmak zorundadır. Kanun olmayan yerde, idare de yoktur²¹³. Bu anlamda idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanan, kanunu izleyen, yani *secundum legem* bir yetkidir²¹⁴. Diğer bir ifadeyle, idare, yasama organı devreye girmeden tek başına çalışamaz²¹⁵. Yani idarî fonksiyon, kanuna dayanmak zorundadır. İdarenin kanun olmayan bir alanda genel düzenleme yetkisi yoktur²¹⁶. İdarenin kendine has bir inisiyatif gücü yoktur. İdarenin alanı kanunların uygulanmasıdır²¹⁷. Kısacası idare kanuna dayanmalıdır. Bu nedenle bu ilkeye bazı kitaplarda “kanunî dayanak ilkesi” ismi verilmektedir²¹⁸.

Hukukumuzda “kanuna dayanma ilkesi”nin sadece iki adet *istisnası* vardır. Birinci olarak Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnemelerinin 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 “aslî (*originaire*)” düzenleme yetkisinin iki örneğidir.

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* olmak zorundadır²¹⁹. 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 vermektedirler²²⁰. 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.

KUTU 2-3: Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri
Kanunu.- TBMM tarafından kabul edilen 15 Temmuz 2004 tarih ve 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanununun 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 birer defa daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderilmiştir. Söz konusu kanun, TBMM tarafından tekrar kabul edilip Cumhurbaşkanıya gönderilmediği için henüz yürürlüğe girmemiştir (Eylül 2006).

211. Özbudun, *op. cit.*, s.192.

212. Günday, *op. cit.*, s.41.

213. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1965, s.41.

214. Özbudun, *op. cit.*, s.191.

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

216. *Ibid.* s.477.

217. *Ibid.*

218. Balta, *op. cit.*, s.127; Günday, *op. cit.*, s.28.

219. Carré de Malberg, *op. cit.*, c.I, s.332-336; Güneş, *op. cit.*, s.82-83, 85-86; Özbudun, *op. cit.*, s.191-192.

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