

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRKİYE'DE İDARİ İŞLEM KURAMI

İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİ ÜZERİNE TARİHSEL BİR DENEME

Doktora Tezi

Nazile İrem YEŞİLYURT

Ankara-2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRKİYE'DE İDARİ İŞLEM KURAMI

İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİ ÜZERİNE TARİHSEL BİR DENEME

Doktora Tezi

Nazile İrem YEŞİLYURT

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Onur KARAHANOGULLARI

Ankara-2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRKİYE'DE İDARİ İŞLEM KURAMI

İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİ ÜZERİNE TARİHSEL BİR DENEME

Doktora Tezi

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Onur KARAHANOĞULLARI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Onur Karahanoğulları
Prof. Dr. Rukiye Akkaya Kır
Yrd. Doç. Dr. Artuk Ardicioğlu
Doç. Dr. Kaya Burak Öztürk
Doç. Dr. Sedat ÇAL

İmzası



Tez Sınavı Tarihi 22.09.2017

(Tez Beyan Belgesi)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...08...../...11...../..2017..)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Nazile İrem Yesilyurt.....

İmzası



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	İV
YAZIM KURALLARINA İLİŞKİN AÇIKLAMA.....	VI
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM:.....	21
“HUKUK-İ İDARE”DEN “ULUSAL İDARE HUKUKU”NA (İDARİ İŞLEM BİLGİSİNE KATKI SUNAN OKUL, AKIM, ÇİZGİLER).....	21
I. HUKUK-İ İDARENİN İŞLEM KURAMI MİRASI	25
A. Hukuk-i İdarenin Ders Programlarındaki Yeri ve İşlevi	27
B. Devlet İradesini İşlemleştirmeye Engel Medrese Şerhçi Geleneğinin Hukuk-i İdarede Sürdürülmesi.....	37
1. Ders Kitabı Açığı	37
2. Ders Kitaplarındaki Açıklar	46
C. İşlem Bilgisi Geliştirebilecek Sabit Kadro ve Kürsülerin Yokluğu	63
II. BİRİNCİ CUMHURİYET’TE İDARİ İŞLEM KURAMININ RESEPSİYONU	76
A. Resepsiyonun Niteliği: Yabancı Hukuk Değil, İşlem Bilgisi Aktarımı	76
B. İdari İşlemin Kuramsal Zeminini Modern Devlet Bilgisiyle Oluşturma Çabası	80
C. Tercüme Kütüphanesi	89
D. İşlem Kuramı Aktarımının Görünmez Kıldığı Kaynak: Devlet Şûrası Kararları.....	93
E. Geçmişle Hesaplaşan Öğretinin Özeleştirisi	98
III. İKİNCİ KUŞAK İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİNDE İDARİ İŞLEM KURAMINI KENDİNDEN BESLEME EĞİLİMİ	105
A. Danıştay ile Üniversite Arasında Ulusal İdare Hukuku İçin İşbirliği	110
1. Danıştay Yayıncılığı ile Desteklenen Hukuk Yayma Akımı.....	113
2. Yargıçlar Öğretisi’nin İdari İşlem Yazınına Katkısı	123
3. Danıştay’ın İdari İşleme İlişkin Birikiminin İdare Hukukçularınca Keşfi.....	131
B. Kıta Avrupası ile Bağların Gevşemesi.....	138
1. Uler: Kuramsal Resepsiyona Tepki.....	138
2. Duran: Ulusal “İçtihat Hukuku”na Erişme Arayışı	143
a) Gelenekten Gelişime: Fransız İdare Hukuku’nda Temel Kararlar Kataloğu	153
b) GAJA Benzeri Atıf Yöntemi	164
İKİNCİ BÖLÜM:	170
OLUŞTURUCU VE SAYRILIK TANILAYICI UNSUR BİLGİSİNİN GELİŞMESİ (İŞLEMLEŞTİRME VE ÇÖZÜMLEME)	170
I. UNSURLU ÇÖZÜMLEMENİN KITA AVRUPASI’NDAKİ KÖKLERİ	178
A. İradedeki Bozukluğun Tümsel Teşhisi: Olağan ve Basit Anlamıyla Yetki Aşımı.....	184
B. Yetki Aşımından Yasaya Aykırılık Düşüncesine Zorlu Geçiş	189
C. Denetimin İşlemden Dondurulmuş İradeli Görüngüyü Aşması	194
1. Bonnard: İşlemin Unsurlarına Ayırıştırılarak Çözümlemesi	205

2.	Hauriou: Roma Hukukunun Kategorik Sebep Kavrayışının İdari İşlemde Canlandırılması	214
3.	Jèze: Azmettiren Saik	223
II.	TÜRKİYE'DE BEŞ UNSURLU ÇÖZÜMLEMEYE VARİŞ	230
A.	İdari İşlemin Oluşum Bilgisinden Sayrılık Bilgisine Geçiş	237
1.	Onar: Kanun ve Nizama Aykırılığın Derecelenmesi	237
a)	İcrai kararın unsurlarının oluşturucu değerlerine göre derecelendirilmesi	241
b)	Unsurlarda hukuka aykırılık derecesinin davalık halleri belirlemesi	244
2.	Sarıca'nın Bonnardcı Unsur Araştırma Yöntemi	247
3.	Sebebin İdari İşlemin Oluşturucularına Eklenmesi	252
4.	İdari Etkinliklerde İşlevsel Belirlilik: Genel Amaç Sınırının Kamu Tüzelkişiliğinin Özgünlendiği Hizmetin Gerekleriyle Çizilmesi	259
5.	Yetkinin Nesnelleşmesi	265
a)	Hakkın Yetkiye, Yetkinin Yükümlülüğe Dönüşümü	265
b)	Takdir Hakkından Takdir Yetkisine	270
B.	Unsurlararası Bağlıntıların Kurulması	275
C.	Davalık Hallerin Bilgisinin Yargılamanın Teknik Aracı Olarak Güçlendirilmesi	280
1.	Danıştay'ın "Anayasal İdari Mahkeme Tekeli" ve İdari İşlemin Temyiz Davasında Çözümlemesi	283
2.	12 Mart 1971 Darbesi'ni İzleyen Anayasa ve Yasa Değişikliklerinin İdari İşlem Çalışmalarını Körüklemesi	298
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:	311
	İDARİ İŞLEM KAVRAMININ İÇLEM VE	311
	KAPLAMININ BELİRLENMESİ	311
I.	ÇAĞDAŞ İDARİ İŞLEM ANLATISI	314
A.	İdari İşlemin Ders Kitaplarındaki Kavramsal Görünümü	314
1.	Tanımlarda Baskın İdari İşlem Algısı	315
a)	İdari İşlemin İlk Çağrışımı: Tek Yanlı Kamu Gücü İşlemi	315
b)	İdari İşlemin Kaplamının İdari Sözleşmelerle Genişlemesi	325
c)	İdari İşlemin Kaplamının Birel İşlemlerle Daraltılması	328
d)	Özel Hukuk Terminolojisine Bağımlı İdari İşlem Tanımları	333
2.	İdarenin Kendi İşlemini Seçme Olanağı	338
3.	İdari İşlemde Kural ya da Norm Vurgusu	349
B.	İdari İşlemin Yüksek Mahkeme Kararlarındaki Kavramsal Görünümü	353
1.	Kamu Gücü Ölçütünün Örgün Kullanımı	356
2.	Somut Olay Odaklı Kavramlarda Değişkenlik, Ölçütlerde Düzenlilik	364
3.	İptal Davası Etkisine Eşdeğer Hukuksal Etki Araştırması	370
C.	Mahkeme Kararlarından Alınmış Tanıtların İdari İşlemin Hukuksal Rejimine İlişkin Koşullarla Kaynaşması	374
II.	KITA AVRUPASI KAYNAKLI GÖRÜŞ VE ÖĞRETİLERİN İDARİ İŞLEM KAVRAMINA YANSIMALARI	378
A.	Kamu Hizmetleri Okulu'nun I. Cumhuriyet'te Özgün Temsili	378
B.	Tutunmasına İzin Verilmeyen Bir Kuram Olarak Hükümet Tasarrufları	388
C.	Tek Yanlı Bağlanma ve Tek Yanlı Sonuç Doğurma Esasının Evrimi	394
1.	Egemenlik İşleminden Kamu Gücü İşlemine	394

a) Devletın Buyurma Yetkisinin Karşılığı Olarak Egemenlik İşlemi	395
b) Kamu Gücü Kavramının Yenilenmesi	399
2. İdari İşlemlerde Özenin Tanımı	405
D. İşlemlerin Sınıflandırılmasını Tetikleyen Ayrım: Özne ve Nesnel Hukuki Durumlar	410
SONUÇ	426
KAYNAKÇA.....	431
ÖZET.....	466
ABSTRACT.....	468



KISALTMALAR

AİD	: Âmme İdaresi Dergisi
AJDA	: Actualité juridique de droit administratif
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
CE	: Conseil d'État
coll.	: koleksiyon
concl.	: conclusions
contr.	: katkısıyla
éd.	: editör
DD	: Danıştay Dergisi
DDDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DİDD	: Danıştay İdari Dava Daireleri
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
EDCE	: Études et documents du Conseil d'État
GAJA	: Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
haz.	: hazırlayan
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun hükmünde kararname
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LSRGLA	: Librairie de la Société du Recueil général des lois & arrêts
PUF	: Presses universitaires de France
RA	: Revue administrative
RD publ.	: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFDA	: Revue française de droit administratif

- RG** : Resmi Gazete
- RISA** : Revue internationale des sciences administratives
- RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- SİM** : Siyasî İlimler Mecmuası
- TBB Dergisi** : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- TC** : Tribunal des conflits
- TODAİE** : Türkiye ve Ortadoğu Âmme İdaresi Enstitüsü
- trad.** : çeviren
- UM** : Uyuşmazlık Mahkemesi



YAZIM KURALLARINA İLİŞKİN AÇIKLAMA

Yazarların görüşleri aktarılırken eski dili günümüz Türkçesi ile sadeleştirmenin kavramların özgünlüğünü yitirmesi ve içeriğini değiştirmesi sakıncası taşıdığı gözetilerek çoğu zaman *doğrudan alıntılama* yöntemi tercih edilmiştir. Kendi yorum ve değerlendirmelerimizi paylaştığımız metin içinde, belirli bir yazarın belirli bir tarihte kullandığı bir kavramın güncel karşılığının onu aynen verdiğinden emin olunmadıkça (tasarruf yerine işlem gibi), kavramlar ilk haliyle olduğu gibi bırakılmıştır.

Özgün terminoloji ile birlikte özgün yazım şekli de asıl haliyle alıntılanmıştır. Osmanlıca'dan Latin Alfabesi'ne geçişin yarattığı transkripsiyon güçlüğünden kaynaklanan yazım şekline dokunulmamıştır (amacıyla yerine maksadile gibi). Noktasından virgüline, harfler üzerindeki inceltme işaretlerine kadar kaynağa sadık kalınmıştır. Sadece, yazarın kendi ifade tarzı ile hiçbir ilgisi bulunmayan, “s” harfinin “ş” harfi olarak yazılması gibi baskı hatasından ibaret olduğu kolaylıkla anlaşılabilir yazım hatalarını düzeltmekle yetinilmiştir (teshis yerine teşhis gibi).

Bununla birlikte, başvurduğumuz çoğaltma ders notu, önsöz, söylev gibi pek çok kaynağın aynı zamanda tarihsel vesika niteliği taşıdığı düşüncesiyle, ait oldukları dönemlere ilişkin izleri, ruhu daha iyi yansıtabilmek amacıyla *dolaylı aktarım* yönteminden genellikle ve bilerek uzak durulmuştur. Söz konusu izleri ve ruhu korumak, yazım hatalarını düzeltmek kaygısının önüne geçmiştir.

GİRİŞ

“Hikâyeler, unutulmaktan ziyade anılarda yer almamaya başladıklarında kendilerini anlatacak yeni bir ses bulurlar. Bu ses, tamamen farklı bir ruha sahipmiş gibi ortaya çıktığı, bu yüzden de insanda sanki birdenbire ortaya çıkmış duyusu uyandırdığı için, dünyaya daha önce hiç duymadığı bir hikâyeye anlattığından emindir; ruh olduğu gibi mevcutsa, o zaman da dünya zaten bu hikâyeyi daha önce hiç duymamıştır. Bu nedenle dünya bu hikâyeyi dinlemeyecektir bile. Fakat bu öyle bir sırt çevirmedir ki yüzyılın en tuhaf eleştiricilerine birinin sokakta anlaşılmasız şeyler geveleyen deli bir sahte peygambere omuz silkip aldırması gibi bir aldırmasıdır; safi haykırıştan ibaret bir haykırışı bir maceraya ve bir macerayı da anlatılacak hikâyeye dönüştürür.”

Greil Marcus, Ruj Lekesi: Yirminci Yüzyılın Gizli Tarihi

İdare Hukukunun Gönderge Topluluğunun Bıraktığı İzler ya da İzlerin Silinişi

Şimdideki ve buradaki düşünce, söz ya da yazı anlık değildir. Ne güncel olguların kendisi ne de onların bilgisi tarihselliğinden yalıtılmış halde bulunur. Geçmiş birikim olarak kurulur. Gün gelir, karşılaşılan yeni olguları açıklamak amacıyla bu kurulu birikimden destek alınır.

Hess, el emeğinin, zihinsel ya da sanatsal emeğin ürününü; buna ayrılan zamanı ya da ortaya çıktığı anı aşan bir geçmiş, şimdiki ve gelecek zaman kavrayışı içinde değerlendirir: “Filozof, anını kendisini önceleyen üstatları okuyarak oluşturur. Ressam müzeleri ziyaret eder, resmin tarihiyle tanışır.”¹ Bilimsel çalışmada da, şimdiki ve buradaki olgulardan yola çıkılır, geçmişte dolaşılır, geleceği tahayyül etmek için bugüne geri dönülür, geleceğe barındırdığı olasılıklar ölçüsünde yön vermeye çalışılır.

Her düşünce, söz ya da yazı, bir o kadar geçmişe aittir. Hiçbir göndermede bulunmadığımız, bazen kaynağını bilmeden genelgeçer ya da verili olarak kullandığımız her ilke, kavram ve ölçütte, bir gönderge/başvuru/referans topluluğunun (*communauté de référence*) izleri saklıdır. Bu topluluk, bize düşünmek için dayanaklar sunan kişiler

¹ Remi Hess - Sandrine Deulceux, “Sur la théorie des moments, Explorer le possible”, *Chimères*, no. 71, 2009/3, s. 15. http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/?q=node/315 (çevrimiçi: 20.9.2016).

ve eserlerinin tamamıdır. Bizimle birlikte, geçmiş kuşakları ve hatta gelecek kuşakları içine alır.²

Geçmişten *tabula rasa* yapılamaz. “Bilim, geçmiş kuşakların görgül kaosu kavramlara, ilkelere, hakikatlere, kısaca düşünceye çeviren zihinsel emeğinin ürünüdür.”³ Uzun vadede kişisel figürleri, unutturmak pahasına aşar; ancak onların düşüncelerini aktarabildiği ölçüde kuşakları tarihsellikte buluşturur. Düşüncelerin birbiriyle yarışması, süreğen bir derinleşmeyi beraberinde getirir.⁴ Her kuşak, kendi döneminin hakikatine yaklaşık olarak ulaşır. Söz konusu sınırlar içinde geçerliliği ifade eden kuramsal yapılar; birbirini izler, birbirine yaslanır, birbirini düzeltir ve giderek tortulaşmak suretiyle öğretiyi zenginleştirir.⁵ Çağdaş idare hukuku yazını da, bir gönderge/başvuru/referans topluluğunun çalışmalarındaki pek çok sapma, kopuş, uyarılma, tekrar ve süreklilikle oluşmuştur.

Fransız idare hukuku yazını kabaca tarandığında dahi, iptal davasının gelişimi, kamu hukuku okulları, Devlet Konseyi ile Üniversite Öğretisi'nin etkileşimi, içtihat hukukunun anlamı, idare hukuku eğitimi, farklı dönemlerin idare hukuku yönelimleri, kürsü gelenekleri, belirli tarihsel figürlerin, hükümet komiserlerinin ya da karar notlarının katkısı vb. konularda onlarca, bazen yüzlerce eserin yazılmış ve yazılmakta olduğu görülecektir. Ortaya çıkan tablo, Türkiye'de bir hayli özgün bilimsel veri varken idare hukukunun gelişiminin kuramsal ve tarihsel bir bakış açısıyla neredeyse hiç incelenmemiş olmasının doğurduğu yoksulluğu göstermek açısından önemlidir.

² *Ibid.*, s. 16.

³ Eugène Fleischmann, *La science universelle ou la logique de Hegel*, Plon, Paris, 1968, s. 354; aktaran: Henri Lefebvre, “Les paradoxes d'Althusser”, in *L'Homme et la société*, vol. 13, no. 1: Sociologie et philosophie, 1969, s. 6.

⁴ Carl Hempel, *Éléments d'épistémologie*, (trad. Bertrand Saint-Sernin), 2^e édition, Armand Colin, 1996, Paris, s. 119.

⁵ Mathilde Saussereau, *Les classifications des cas d'ouverture pour excès de pouvoir. Essai d'analyse critique*, thèse de doctorat, Paris I, 2002, s. 490.

Türkiye’de idare hukukunun kuramsal tarihi, birkaç ciltlik ansiklopedide ya da çok sayıda kitap ve makalede anlatılmayı hak eder. Her konunun kuramsal bir yönü bulunduğu doğruysa da; oluşumu görece yeni, hukuksal rejimi henüz muğlâk bazı güncel kurumlar, idare hukukunun bir disiplin olarak kökenlerini ve evrimini açıklamaya elverişli değildir. Uygulamaya yönelmeyen, kuramsal niteliği ağır basan bir çalışma, idare hukukunu tarihsel kuruluşu ile birlikte tanıma imkânı yaratabilir, sürekli değişen yasa ve kurumlar karşısında direnme gücü taşıyabilir. Kuramsal açıdan yüklü bir kavram üzerinden idare hukukunun bir disiplin olarak evrimini geçmişe dönük olarak aydınlatmak ise, bu yolda bir girişim oluşturabilir.

İdari işlem kuramının tarihsel evrimini Türkiye’de idare hukuku tarihi ile birleştirerek ortaya koymaya çalışan bu çalışma, karanlığa gömülmekte olan özgün ve zengin tarihsel verinin işlenmesine sıfır noktasından başlama zorluğu ile karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle, her girişim gibi pek çok eksik yönünün kalacağı, her türlü eleştiriye mahkum ve açık olduğu en baştan kabullenilerek kaleme alınmıştır.

İdari işlem kuramı, kamu hukukunun oluşumuna damgasını vuran okulların, pek çok yönelim, akım, çizgilerin, pozitivistimin farklı görünümlerinin, öznel hak, kamu tüzelkişiliği gibi temel hukuksal yapıların, hatta daha köklü bir tarihe sahip özel hukukun işlem kuramının etkileriyle biçimlenmiştir. İdari işlem kuramı diye andığımız, idari işlem kuramlarının (idari işleme ilişkin öğretilerin) bireşimidir.

İdari işlemin yalnızca iptal davasının konusunu oluşturan teknik bir kavram olarak anlaşılamayacağına ilişkin yaklaşımı Özay’ın ifadelerinde bulmak mümkündür. Özay, “Hukuk Devletin en önemli kurumu” olarak nitelediği iptal davalarını daha iyi kavrayabilmek için idari işlemi irdelemekte yarar görmesinin yanında, idare hukukunun “statüler hukuku” olması nedeniyle, hukuk düzeninin hem durağan halinin (hukuksal durumlar) hem de dinamik halinin ya da işleyişinin işlemlerle kavranabileceğini

düşünmektedir. Bu nedenle idare hukukunun konularını incelerken sistematüğın idari işlemden başlanarak kurulması gerektiğini ve geçmişte de böyle kurulmuş olduğunu savlamaktadır:

“Nitekim Fransa’da 1973’e kadar ülkemizde yazılmış bulunan İdare Hukuku tretelerinin başlıcalarında İdarenin anayasal temellerinden hemen sonra ve İdari Rejim kavramı içinde işlemler ele alınmakta, hukuksal durumlarla örgüt olarak İdarenin kuruluşu bunlardan sonra işlenmekteydi. Günümüzde de Fransız öğretisinin yerleşik sistematüğına uygun olarak İdarenin anayasal temellerinin ardından İdari Rejim, daha sonra İdari Yargı, bunlardan sonra da yapısal olarak İdare, örgüt ve birimleri incelenmektedir. Kolluk ise en sonlarda ele alınan konular arasındadır.”⁶

Bugün, idari işlem tanımı dahi tek başına ele alındığında, idarenin görgül düzeyden soyut düzeye aktarılmasını sağlayan kamu tüzelkişiliğı, idari makam, tek yanlılık, kamu hizmeti, kamu gücü ve daha pek çok kavram, kategori ve ölçütü içermeyi sürdürmektedir. Diğer yandan, idare hukukunun dönüşüm geçirdiğini haber veren sesler yükselmektedir.⁷

Akıllıoğlu’nun haklı serzenişine kulak verirse, “Yönetim Hukuku öğretisinde ‘gelecek kestirimi uygulanan bir yöntem değildir. Hukukçu, değişmediğini varsaydığı ‘biçimlerle’ uğraşmakta, içerik ya da konu ne olursa olsun bu biçimleri ya da teknikleri uygulayarak ‘mesleğini icra ettiğini’ sanmaktadır. / Bizde Yönetim Hukuku Kelsenci bir

⁶ İl Han Özey, **Günüşüğında Yönetim II - Yargısal Korunma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 157. Özey, Duran’ın 1972’de çoğaltma halinde çıkarılan, Onar’ın ölümü ve eserinin de tükenmiş olması karşısında ihtiyacı gidermek üzere 1982’de kitap halinde basısı yapılan Ders Notları’nın sistematüğının tamamen “yanlış” olduğuna dikkat çekmektedir: “(...) ‘işlevsel’ yönden ders kitabı yerine geçen bu ‘Notlar’da, en başta ele alınması gereken ve Onar’da o şekilde yer alan ‘İdarenin Yetkileri’ ile işlemler en sona konulduğundan, bu yöntemin izlendiğı derslerde yılın bitmesine bir iki ay kalıncaya kadar ne gerçek bir pratik çalışma yapılabilmekte, ne de İdari Yargı konularına girilebilmekteydi.” **Ibid.**, 2010, s. 157, dn. 5

⁷ Örneğın bkz.: Turgut Tan, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor Mu?”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağın, Cilt I**, Ankara, 2013, s. 121-142; Halil Uyanık, “İdare Hukukunda Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekelendirilmesi Sorunu”, **Prof. Dr. İl Han Özey’a Armağın, İÜHFM**, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1149-1162; N. Münci Çakmak, “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, **GÜHFD**, Cilt 16, Sayı 3, 2012, s. 121-135; Aydın Gülan - Kemal Berkarda, “Türk İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 134. Yıl**, (10-11 Mayıs 2002, Ankara), Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2002, s. 113-137.

biçimcilik içindedir. Tarihi ile ilgilenmemiştir. Bu nedenle de ‘gelişme yönü sorunu’ diye bir sorunu da olmamıştır.”⁸

Akıllıoğlu, özellikle yap-işlet-devret formülüyle 1983’ten sonra köklü bir değişim geçiren idare hukukunda, kamu personel rejiminde tek yanlı kurallarla belirlenen statü ilişkisinden sözleşme ilişkisine geçiş de dahil olmak üzere tek yanlı işlemde sözleşmeye geçiş yönünde genel bir eğilim olduğunu belirttikten sonra, 21. yüzyılda Türkiye’de idare hukukunun neye evrileceğine ilişkin bazı -koşullu- öngörülerde bulunmaktadır:

“Gelecek yıllarda Yönetim Hukukumuz Avrupa ölçülerine yer veren, demokratik bir yönetim anlayışına göre kendini yenilemek zorundadır. Bu gelişme, Yönetimin toplumsal ilişkiler alanından çekilerek yerini özel hukuka bırakması biçiminde olacağı gibi, aynı zamanda emredicilik ve tek yanlılıktan, uzlaşma, anlaşma ve sözleşme tekniklerine geçişle de sağlanacaktır. Yönetim hizmet arzeden kuruluşlar yerine daha çok topluma yön veren bilgi işlem kuruluşlarından oluşacaktır.”⁹

1970’lerde ortaya çıkan 1980’lerden itibaren Türkiye’de daha vurgulu bir hal alan kamu hizmetinin krizi söyleminin ötesinde, idare hukukunun yapısal bir dönüşüm geçirdiği savları kendini göstermektedir. İdare hukukunun dönüşümü yadsınamaz olmakla birlikte tüm bu öngörüler tartışmaya açıktır.

“Yorum ve yaşayan hukuk açısından kavramlara ilişkin bilimsel tartışmaları, yargılama hukukunun tekniği ve içtihatların içine hapsetmek, orada dondurmak, onları yalnızca yoksullaştırır. Kavramların bugüne ilişkin vurgusunu ve tarihsel özünü, çifte bağıntı olarak görmek gerekir. Bu özü belirlemede her kavramın tarihi bir araçtır.”¹⁰ En zayıf iddiayla, idari işlem yazınının bundan böyle köklü bir değişiklik geçirmemesi halinde

⁸ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yönetimde Yeniden Yapılanma Özel Sayısı, Yıl 1, Sayı: 4, Mayıs - Haziran 1995, s. 146 vd., www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm (paylaşım: 11 Ağustos 2004, çevrimiçi: 10.07.2016)

⁹ *Ibid.*, s. 146 vd.

¹⁰ Rukiye Akkaya Kia, “Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar”, **AÜEHFD**, Cilt 7, Sayı 3-4, Aralık 2003, s. 155.

bile, idari işlemin geçmişinden haberdar olmak, daha incelikli yeni bir kavrayışa yardımcı olabilir. Bir adım ötesinde, bugüne kadar erişmeyi başaran kuramda bazı kalımsal izlerin varlığını, belki de silinişini çekip çıkarmak, idare hukukunun günümüzdeki kimliğı ya da ileride nasıl bir renk alabileceğı hakkında akıl yürütmeyi sağlayabilir. Daha güçlü bir iddiada bulunursak, mevcut gerçekliğe müdahale etmeye elverişli epistemolojik olanaklar yaratabilmenin yolu idari işlem kuramının tarihsel uğraklarından geçmektedir.

Çalışmanın, bir tarih çalışması olma iddiası kesinlikle bulunmamaktadır. İdare hukuku öğretisinde idari işleme ilişkin kuramsal birikimin nasıl oluştuğı günümüz idare hukuku açısından bir soru işaretidir. Kuşaklararası aktarılan idari işlem bilgisi, güncel idare hukukunun içine işlemiş halde varlığını sürdürmekte ancak *idari işlem bilgisinin nasıl oluştuğunun bilgisi* gözden ırak kalmaktadır. Çağdaş idari işlem anlatısının ardında bir derinlik varsa, bu derinlik nasıl görmezden gelinebilir? Tarih, hukuku içinde eritmeden, idare hukukunun kuramsal temellerini hatırlayabilmemiz için ona eşlik edebilir.

“Olanaklının düşünürü” ya da “anların kuramcısı” olarak bilinen Lefebvre, bizi, idari işlem kuramında taşların zamanla nasıl yerli yerine oturduğunu tarihsel bir evrim çerçevesi içinde ortaya koyma amacımızı aşarak tarihçi rolü oynamaya soyunmaktan alıkoyabilecek bir yöntem seçeneğı sunmaktadır.

İdari İşlem Kuramının İzleğinin Keşfinde Yöntem: Geriye ve İleriye Bakmak

Lefebvre'in yöntem bilime özgülmiş bir yapıtı bulunmamaktadır. Lefebvre, geçmiş, şimdi ve geleceğı çok yönlü düşünce hareketleriyle kavrayan “geri-ileri bakışlı yöntem”ini (*méthode régressive-progressive*) Marx okumalarından esinlenerek geliştirmiştir. Bir tür diyalektik düşünme biçimi olan geri-ileri bakışlı bu yöntemi, 1937

tarihli ilk kitabı *Uluslara Karşı Ulusalçılık*'ta¹¹ kullanmaya başladığı saptanmaktadır.¹² Yönteminin ana hatlarını ilk kez 1953 tarihli bir makalesinde açıklamış,¹³ sonraki eserlerinde uygulamaya devam etmek suretiyle olgunlaştırmıştır.

Geri-ileri bakışlı yöntem, Lefebvre'in kendi çalışma alanını oluşturan (başta kırsal-kentsel, devlet, ulus gibi) konular dışında da uygulanmaya elverişlidir.¹⁴ Nitekim öyle de olmuştur.¹⁵ Lefebvre'in yöntemsel katkısının değeri, onu devralanlardan biri olan Sartre tarafından dile getirilmiştir.¹⁶

İdari işlem kuramının izleğini keşfederken bizi Lefebvre'e yönelten başlıca neden, Lefebvre'in yönteminin tarihsel yöntemden farklı olmasıdır. Tarihçi, geçmişteki olguların içine yerleşir ve buradan belirli bir dönemde ne olup bittiğini görmeye çalışır; bu bakış açısıyla, kıyaslamalar ve benzetmelere ulaşır, bazı çıkarımlarda bulunur.¹⁷

Lefebvre ise, Marx gibi, incelemeye şimdi ve burada "var olan"dan başlar.¹⁸ İlk aşamada, güncel durum, büyük bir titizlikle, ayrıntılı bir şekilde ortaya serilir (*moment*

¹¹ Henri Lefebvre, **Le nationalisme contre les nations -Analyse institutionnelle**, (éd. Michel Trebitsch), Méridiens Klincksieck, Paris, 1988 (1937 tarihli ilk basımın kopyası).

¹² Sandrine Deulceux - Remi Hess, **Henri Lefebvre (vie, œuvres, concepts)**, Ellipses, coll. Les grands théoriciens - Sciences humaines (dir. Alain Bruno), Paris, 2009, s. 79.

¹³ Henri Lefebvre, "Perspectives de la sociologie rurale", **Cahiers internationaux de la sociologie**, Vol. 14, 1953, s. 122-140.

¹⁴ Deulceux - Hess, **Henri Lefebvre**, 2009, s. 72. Lefebvre'i de tek bir disiplinle ilişkilendirmek zordur. Bu nedenle, kendisine "metafilozof" nitelmesi yakıştırılmaktadır (s. 3). Yaşamı boyunca yazdığı kitapların sayısı yaklaşık yetmiş bulan Lefebvre; felsefenin yanında, metamatik, dilbilim, coğrafya, tarih, siyaset bilimi, mimari ve sosyolojiyi de çalışmalarına konu etmiştir. Estetik ve sanat, ilgi alanı içindedir. Lefebvre, belirli bir konuya ilişkin bütünsel bakış açısının ancak farklı disiplinlerin iç bağlantılarını dikkate almak suretiyle oluşturulabileceğini savunmuş, çalışma konularını farklı disiplinlerin sunabileceği katkıya daima açık tutmuştur.

¹⁵ Kurumsal çözümleme için Savoye, Lapassade ile Lourau, toplumsal çözümleme için Mendel, kurumsal pedagoji için Lobrot, Guattari ve Tosquelles Lefebvre'i izlemişlerdir. Stéphane Bollut, "Se souvenir d'Henri Lefebvre, enfant du siècle", **Psychasoc - Institut européen psychanalyse et travail social**, 04.07.2012, <http://www.psychasoc.com/Textes/Se-souvenir-d-Henri-Lefebvre-enfant-dusiecle?print> (çevrimiçi: 10.08.2015).

¹⁶ "Henri Lefebvre, sosyoloji ve tarihi diyalektik materyalist bakış açısıyla bütünleştirmek için, yalın ve kusursuz bir yöntem yaratmıştır." Sartre'ın bu övgüsünü aktaran: Deulceux - Hess, **Henri Lefebvre**, 2009, s. 77. Sartre, ileri-geri bakışlı yöntemi *Diyalektik Aklın Eleştirisi*'nde, varoluşçuluk ve psikanalizi diyalektikle kavramak amacıyla kullanmıştır. Jean-Paul Sartre, **Critique de la raison dialectique précédé de Questions de méthode**, coll. Bibliothèque des Idées, Gallimard, Paris, 1960.

¹⁷ Deulceux - Hess, 2009, s. 74-75.

¹⁸ Lefebvre, *Grundrisse*'nin Giriş bölümünden Marx'ın cümlelerini aktarmaktadır: Marx için "mevcut olan" endüstriyel kapitalizmdir: "En gelişkin toplumda, burjuva toplumunda, toplumsal ilişkileri açığa vuran/ifade eden kategoriler, aynı zamanda kendini önceleyen tüm toplumların yapısını ve üretim

descriptif). Algı, buradan bazı çelişkiler yakalar. Çelişkiler nereden gelmektedir? Hareket noktasını oluşturan güncel durumdan adım adım geçmişe inilmeli, geçmiş zamanda şimdiki zamanın izi sürülmelidir (*moment analytico-régressif*).¹⁹ Geri-ileri bakışlı yöntem, en üst katmandan alt katmanlara doğru ilerleyen bir arkeolojik kazıya ya da yaşayan son nesilden başlayarak bir soyağacı çıkarmaya benzetilebilir.

Geçmişte şimdiki zamana doğru gelişen izlek keşfedildikten sonra, rota değiştirilir. Ters yönde bir hareketle, şimdiki zamana geri dönülür. Çelişkilerin kökenlerine dair bu sorgulama, ilk aşamada tanımlanmış bulunan güncel gerçekliği aydınlatılmış, anlaşılmalı, açıklanmış, geliştirilmiş haliyle yeniden kurmayı sağlar (*moment historico-génétiq*). Güncelin barındırdığı çelişkileri aşmak, onun içinde saklı olasılıkları bulmayı gerektirir. Çünkü Lefebvre'e göre, olasılık, gücünü içinde gizlendiği gerçeklikten alır. Geçmiş ve şimdi arasında devinen düşünme yöntemiyle, şimdiki zamana evrilen akış içindeki aşamalar ve tarihsel durakların daha önce saptanmış olması, sürecin bütünlüklü bilgisine erişmeye yardımcı olur. Böylece, mevcut durumun barındırdığı olası yönelimler de daha belirgin bir biçimde kendini göstermeye başlar.²⁰ Lefebvre, tarih için tarih yapmaz; tarihe damga vuran kişisel figürlerin dehasının, kendi dönemlerine rastlayan koşullarla ilişkili çelişkileri aşmalarından ileri geldiğini düşünür.²¹ Geri-ileri bakışlı yöntemle, tarihsel derinliği, olguların kronolojik aktığı düz

ilişkilerini kavramaya olanak tanır. Çünkü mevcut toplumsal yapı, kendini önceleyen toplumların kalıntılarını taşımakla kalmaz, önceki toplumsal yapılar mevcut toplumsal yapının kendisine doğru gelişerek onu oluşturmuştur.” Karl Marx, **Grundrisse (Fondements de la Critique de l' Économie Politique)**, (trad. Roger Dangeville), Éditions Anthropos, Paris, 1967-1968, s. 35; aktaran: Henri Lefebvre, **La production de l'espace**, Éditions Anthropos, Paris, 1994, s. 79. Her iki eserin Türkçe çevirisi için bkz.: Karl Marx, **Grundrisse (Ekonomi Politğin Eleştirisi İçin Ön Çalışma)**, (çev. Sevan Nişanyan), Birikim Yayınları, İstanbul, 2012; Henri Lefebvre, **Mekânın Üretimi**, (çev. Işık Ergüden), Sel Yayıncılık / KentSel Dizisi, İstanbul, 2014.

¹⁹ Deulceux - Hess, **Henri Lefebvre**, 2009, s. 5.

²⁰ **Ibid.**, s. 4.

²¹ Lefebvre, bahsettiğimiz yöntemle, edebiyat ve felsefenin Rabelais, Pascal, Descartes, Diderot ve Musset gibi tarihsel figürleri üzerinde de çalışmıştır. Bu kişilerin, hangi özgül toplumsal koşullarda yaratıcılığını gösterdiği sorusu ilgisini uyandırmıştır. Örneğin Rabelais'nin katkısı, Latince'yi zorunlu kılan Roma ve Vatikan'ın gücüne meydan okumasıdır.

bir çizgide değil, hareket halindeki düşüncenin çift yönlü kavrayışıyla incelemek amaçlanır.

Kavram ve kurumları tüm tarihsel duraklarda aynı içerik ve biçimlerle bulmak mümkün değildir. Ancak, farklı olgunlaşma ve yakınlaşma düzeylerinde izlerle karşılaşmak olağandır. Geçmişin kalkış noktası olarak alınması, bugünde izi olmayan kavram ve kurumların çalışmamızın genel bağlamı içinde ölçsüz bir şekilde büyütülmesi sakıncası taşımaktadır. Özellikle, Fransız ve Alman kamu hukukunda belirli dönemlerde yer edinmiş bazı düşüncelerin, Türkiye'ye aynı içerikle girmiş ve varlığını sürdürmüş gibi ele alınması bir anlatsal kimlik sorununa yol açabilir. Örneğin, “yargılamak yönetmektir, hükümet tasarrufları, saf idare işlemleri” gibi yaklaşımlar, Türkiye’de gerek öğreti gerekse uygulama tarafından seçilerek elenmiş ve kendini aynı dönemlerde aynı içerikle kabul ettirememiştir.

Kısacası, Fransız ve Alman idare hukukunun etkisi, eşzamanlı ve özdeş bir deneyim akışı şeklinde gerçekleşmemiştir. Lefebvre’in titizlikte tanımlanmış ve tanınmış şimdiki zamandan geçmişe doğru yol almayı benimseyen yöntemi, ilk bakışta geçmişte dağınık halde kendini gösteren olguların içinde kaybolup gitmeyi ya da Türkiye’de idari işlemin kuramsal seyrinin Fransa ya da Almanya ile tamamen çakıştığı gibi bir yanılsamaya kapılmayı önleyebilecektir.

İçtihat ve Mevzuat Işığında İdare Hukuku, Kuram Işığında İçtihat ve Mevzuat

“Hukuk bilimi, yazarlar kitaplarında Baro’da izlenen, yargı kararlarının darbeleriyle çarpışmaktan ibaret yöntemi terk etmedikçe gelişme kaydedemez. Avukatların yegâne hedefi için, davaları kazanmak için mükemmel olabilecek bu yöntem hukukun ölümü ve mevzuatta her türlü ilerlemenin mezarıdır.”

Denis Serrigny, Questions et traités de droit administratif

Duguit ve Hauriou’nun ölümünden sonra, Fransız idare hukukçuları kendi rollerini ve hukuk bilimine yaklaşımlarını yeniden tanımlama arayışına girmiştir. Bienvenu, 1985

tarihli bir makalesinde,²² kendi döneminin bilim topluluğuna ilişkin bazı kaygılar taşımakta ve idare hukukçularının yeni gibi görünen eğilimlerini aslında yarım asrı aşan bir rol ve yaklaşım değişikliğinin uzantısı olarak değerlendirmektedir. İdare Hukukunda Altın Çağ (*L'Âge d'Or*) ya da diğer adıyla Güzel Devir (*La Belle Époque*)²³ kapanmak üzereyken, idare hukukçuları bir önceki kuşağın soyut kuramsal yapılara erişmeyi amaç edinen yaklaşımına karşı tepkili ya da mesafeli bir duruş sergilemiştir. 1930'da, "hukuk kuramı ile idare hukukunun inceleme alanı arasında tam bir kopuş gereklidir" savını ortaya atan Eisenmann'ın²⁴ ardından, Waline,²⁵ 1951'de hukukçunun rolünün, "anayasa, yasa ve yönetmelikleri yorumlamak, varlık nedenlerini aydınlatmak, dağınık kuralların temel özelliklerini saptamak ve bir bütünlüğe kavuşturmak, yargının kuralları nasıl uyguladığını değerlendirmek" ile sınırlı olduğunu ileri sürmüştür. Pozitivizm, epistemolojik bir yöntem olarak, hukukun nesnellliğini tüm saflığıyla korumak pahasına, yürürlükteki hukuk ile hukukun bilinmesini birbirinden ayırmış; ikinciyi hukukun dışına atmıştır. Bu yaklaşım, gerek hukuk fakültelerinde gerekse öğretilerde yansıma alanı bulmuştur.

Bienvenu, pozitif hukuka sadakatin öğretinin üretimini kısırlaştırdığı kanaatindedir.²⁶ 1990'lara doğru, idare hukuku kitaplarında özet halinde içtihat incelemeleri, derleme

²² Jean-Jacques Bienvenu, "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", **Droits**, no. 1, 1985, s. 153-160.

²³ Hukuk biliminde geçmişten kopuşun ve kamu hukuku okullarının başlangıcı olan 1870'ler, aynı zamanda diğer bilim dalları ile moda, teknoloji, sanat, edebiyat için de *Belle Époque*'un başlangıcıdır. Fransa'da 19. yüzyılın son çeyreği ile I. Dünya Savaşı arası yaşanan refah dönemi, savaşların yol açtığı yıkımların yarattığı özlemle daha sonradan bu adı almıştır. *Belle Époque*, yaşanıp bittikten sonra yapılmış bir güzelleme olmakla birlikte güzellemede gerçeklik payı bulunmaktadır. Sanayi Devrimi'nin burjuvazinin refah düzeyini yükseltmesi, Batı toplumunun yaşam tarzını dönüştürdüğü gibi sanatçı ve bilimci topluluğunun çehresini değiştirmiştir. Ekonomik büyüme, teknolojik buluşlarda ilerleme, sanat ve bilim akımlarında canlanma; *Belle Époque*'u tanımlayan başat olgulardır.

²⁴ Charles Eisenmann, "Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou", **Revue philosophique de la France et de l'Étranger**, 55ème année, Janvier à Juin 1930, **Revue philosophique**, 1930, s. 279; aktaran: Bienvenu, "Remarques sur quelques tendances ...", 1985, s. 153.

²⁵ Marcel Waline, **Traité élémentaire de droit administratif**, Paris, Sirey, 1951, s. III; aktaran: Bienvenu, "Remarques sur quelques tendances...", 1985, s. 154.

²⁶ **Ibid.**, s. 156.

eserler ve karar notu yazımı ölçüsüz bir artış göstermiştir.²⁷ 1920-1930 yılları arasında, karar notu yazmak, idare hukukçuları için oluşturmaya çalıştıkları kuramsal yapıları sınamak için bir yoldur; 1950'lerde, bu alanda deneyimli sınırlı sayıda kişilerden oluşan bir topluluğun uğraşına dönüşmüştür, 1980'lerde ise bayağılaşmış, niteliksizleşmiştir.²⁸ Bienvenu, aynı zamanda, “özel idare hukuku” alanlarının (sağlık, yerel yönetimler, ekonomi, imar vd.) kanserli hücreler gibi önlenemez biçimde yayılmasının, genel idare hukukunu çözülmeye uğratmasından endişe duymaktadır. İdare hukukunun, hukuk sisteminin çelişkilerini giderme, tutarlılığını koruma işlevi gören temel ilke ve kavramlarının bozulmaya maruz kaldığına dikkat çekmektedir.²⁹

Bayağılaşma ve niteliksizleşme saptaması, tek bir yazara ait değildir. Okulların sonunun gelip geçmediğini sorgulayan Chevalier'nin saptamasıyla, bayağılaşmış bir hukuk manzarasında, yazarlar arasında gerçek yarık çizgilerini, hukuk üzerinde farklı bakış açılarını seçmek zorlaşmıştır. Daha teknik bir hal alan taraflaşmaların ve okul tartışmalarının geçmişteki okullarla pek ilgisi bulunmamaktadır. Okulların sonu, hukuk etrafında dönen kuramsal tartışmaların gözden düşürmekle kalmamakta, hukuk dogmatikliğinin eriştiği zaferi de geriletmektedir.³⁰ Hukuk alanında eski okullar ve düşünsel kurgu ürünü büyük hukuksal yapılar yok olurken yenileri inşa edilemediği gibi, kamu hukuku dergilerinde kuramsal çekişme, zıtlaşma, kutuplaşma arayanların beklentisi karşılıksız kalmaktadır.

Fransız idare hukukunun durumuna ilişkin bu gibi saptamalar, günümüz Türk idare hukuku açısından da eleştirel değer taşımaktadır. Yargı kararları ve mevzuat ışığında idare hukuku konularını açıklamaya yönelik çalışmalar hızla çoğalırken, yargı kararlarını ve mevzuatı soyut düzeyde işleyen çalışmalar tükenmektedir. Çalışmalara

²⁷ *Ibid.*, s. 154.

²⁸ *Ibid.*, s. 157.

²⁹ *Ibid.*, s. 159-160.

³⁰ Jacques Chevalier, “La fin des écoles?”, *Revue du droit public*, no. 3, 1997, s. 681.

çoğu sıklıkla “X içtihadı ışığında ... , X mevzuatı ışığında” gibi başlıklar atılması, başlı başına bir belirtidir. Kuramsal yapılar uygulamaya ışık tutmamakta, uygulamanın idare hukukuna ışık tutması beklenmektedir. Yargı kararlarının ve mevzuatın yeni kavramlar ve kategorilerle aydınlatılmasından çok, uygulamanın billurlaşmış halinin ortaya çıkarılarak okuyucuya sunulması öncelik kazanmaktadır.

1999 Anayasa değişikliklerinden itibaren, idare hukukunun inceleme alanı, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve tahkim gibi konulara, 2000’lerde ise kamu hizmeti alanından çıkarılmadan özelleştirilen elektrik, telekomünikasyon, doğal gaz gibi sektörel çalışmalara olan ilgiyi arttırmıştır. Sadece 2014-2015 yılları arasında yayınlanan kitaplar üzerinde yapılacak bir istatistik çalışma, idare hukuku alanındaki güncel eğilimi daha kapsamlı bir şekilde ortaya koyabilir. Ancak, yüzlerce kitap arasında monografik çalışmaların sayısının bir elin parmağını aşmadığını saptamak için kuşbakışı görmek dahi yeter; neredeyse geneli kapsamaya yatkın çoğulu fark etmek için istatistik verilere dayanmak zorunlu değildir.

Saptayabildiğimiz kadarıyla, Onar’dan³¹ sonra, kuramsal yönü ağır basan, idare hukuku konularını derinlemesine inceleyen *traité* niteliğinde başka eserler yazılmamıştır. Yayınevlerinin kataloglarında ya da kitapçıların raflarında yer alan ve idare hukuku yazınındaki baskın eğilimi apaçık gösteren kitaplar, iki kategoride sınıflandırılabilir.

İlk ve en geniş kategori, “konu yönünden” kamulaştırma, imar ya da ihale mevzuatının şerhi niteliğindeki kitaplardan oluşmaktadır. Amaç birliği taşıyan yüzlerce kitaba burada tek tek atıf yapmak mümkün olmadığından bu amacın ne olduğunu belirtmekle yetinebiliriz. Yazarlar, amaçlarını “yargı kararlarıyla birlikte kanun ve yönetmeliklerin uygulanma biçimini ortaya koymak, uygulamada doğmuş veya doğması muhtemel

³¹ Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları (Cilt I-II-III)**, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

hukuksal problemlerin çözümüne katkı sağlamak, mevzuata ilişkin sıkça sorulan soruların cevabını vermek, yasayla ilgili emsal yargı kararlarını derlemek, yasanın belirli bir olaya uygulanacak hükümlerini göstermek, en güncel mevzuatı yorumlamak, ilgililere itiraz ve dava yollarını göstermek, uygulamadan örnekler sunmak, uygulamada karşılaşılan sorunlara ışık tutmak, yasanın incelenen maddelerini güncel ve emsal kararlarla desteklemek, en pratik bilginin edinilebileceği kitap hazırlamak, mevzuat ve başvuru yolları hakkında ilgililere donanım ve bilgi kazandırmak” gibi benzer ifadelerle anlatılmaktadır. Ortak amaçtan yola çıkan kitapların adları da benzerlik göstermektedir. Bu kategorideki eserler, “(...) Mevzuatı ve Uygulaması, Türkiye’de (...) Kanunu ve Uygulaması, A’dan Z’ye (...): Mahkeme Kararları, Dava Rehberi, Dava Takip Rehberi, Hukuk Rehberi” gibi adlar almaktadır.

İlk kategorideki çalışmaların hızla değişen kurallar karşısında, bir ihtiyacın zorlamasıyla hazırlandığı yadsınamaz ve bu ihtiyaca cevap verdikleri sürece uygulamada sundukları katkı küçümsenemez. Fakat, idare hukukçusu öğretim üyelerinin belirli bir konudaki mesleki deneyimini kitaplaştırarak paylaştıkları uygulamacılarla yarışır ölçüde aynı kategoride üretimde bulunması, akademisyenlik mesleği ile hukuk diploması, en azından hukuk bilgisi gerektiren diğer meslekler arasındaki ayrımı silikleştirmesi açısından düşündürücüdür.

İkinci kategoriye ise, öğretim üyeleri tarafından hazırlanan ders kitapları oluşturmaktadır. Ders kitapları ise, “genel eser niteliği taşıyan ders kitapları” ve kendine özgü yeni bir türe dönüşmeye yatkın, genel eser niteliğiyle uyumsuz, hatta böyle bir iddiası da bulunmayan “öğrenci dostu ders kitapları”³² olarak ikiye ayrılabilir. Öğrenci

³² Bu nitelikle bize ait değildir. Gözler ve Kaplan’ın kitabının tanıtımından alınmıştır: “İncelemekte olduğunuz bu kitap, bu kitabın başında bulunan ‘Sunuş’ yazımında açıklanan ‘öğrenci dostu kitap’ anlayışıyla hazırlanmıştır. Bu anlayış çerçevesinde, bu kitabın, hacim olarak ince, içerik olarak da kolay anlaşılır olması için özen gösterilmiştir.” Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, **Kısa İdare Hukuku**, 8. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Ocak 2015; bir başka “kısa idare hukuku” örneği için bkz.: Halil Kalabalık, **Kısa İdare Hukuku**, 1. bası, Sayram Yayınları, Ekim 2014.

dostu kitap, “*Institutiones*’in açtığı yoldan giden, ‘açık ve basit (*levi ac simplici*)’ bir şekilde yazılmış olan ve öğrencilere hukuku ‘kolay yoldan (*ad leniore via*)’ ve ‘çok büyük bir emek harcanmaksızın (*sine magno labore*)’ öğretmeyi amaçlayan kitap demektir.”³³ Öğrenci dostu ders kitaplarının diğer adı “kısa kitap”tır.

“Öğrenci dostu”, oldukça yerinde bir nitelemedir. Çünkü Türkiye’de, gerek modern hukuk fakültelerinin genç yaşlarında gerekse sonrasında, ders notlarından derlenen, çoğaltma eser niteliği taşıyan kitaplar, burada değindiğimiz anlamda öğrenci dostu ders kitabı olmaktan çok uzaktır.

İlk dönem Cumhuriyet idare hukukçularından Muslihiddin Âdil (Taylan),³⁴ Onar,³⁵ Özkan³⁶ ve Menemencioğlu’nun³⁷ ders notları, Batı hukukunun bilimsel birikiminin adeta Türkiye’ye hızla akmasını sağlayan eserlerdir. Her dört hukukçuya ait çoğaltma eserlerin ortak özelliği, doğrudan yazarların girişimiyle değil de, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti* ya da *Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti* tarafından, hocaların izni alındıktan sonra öğrencilerin “kitap ve not ihtiyacını karşılamak amacıyla” ders notlarının bastırılmış olmasıdır. Cumhuriyet Döneminin ilk *müstakil* idari yargı kitabı olan *İdarî Kaza*³⁸ ise, yine *İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı* tarafından yayınlanmış olmakla birlikte, Onar’ın ders notlarının Asistan Sarıca tarafından iyileştirilmesi ve tamamlanmasıyla oluşturulmuştur.

Kitapların adları her ne kadar ders notu olarak geçse de, kuramsal yoğunluk ve

³³ Tanım, Gözler ve Kaplan’ın Sunuş yazısında geçmektedir: Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, **Kısa İdare Hukuku**, 10. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.

³⁴ Muslihiddin Âdil (Taylan), **Mukayeseli Hukuku İdare, 1930-1931 Ders Senesi**, Talebe Hukuk Cemiyeti Neşriyatı, Darülfünun Matbaası, İstanbul, 1931.

³⁵ Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1933; **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1934; **İdare Hukuku (Ders Notları)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1935.

³⁶ Mustafa Şeref Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı, no. 5, Ankara, 1935.

³⁷ Etem Menemencioğlu, **Amme Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı, no. 14, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1938.

³⁸ Ragıp Sarıca, **İdarî Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, no. 2, İstanbul, 1942.

derinliğin lisans öğrencilerinin edinmesi beklenen bilgi düzeyinin bir hayli ötesinde olması nedeniyle, belirtilen amacın, ders notlarının sahibinden çok Talebe Cemiyetlerinin öncelikli amacı olduğunu sanıyoruz. Nitekim Onar, İdarî Kaza için yazdığı *Önsöz*'de, bu kitabı, ilk derli toplu idari yargı kitabı olması bakımından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Kürsüsünün ders kitabı olarak kabul etmekle birlikte, ortaklaşa başarılı eserinde sadece öğrencilere hitap etmeyi hedeflemediği ifade edilmektedir:

“Takrirlerimden sonra intişar etmiş eserlerin, Türk ve Fransız Devlet Şûrası içtihatlarının tetkik ve ilâvesi ile çok ilmî esaslar dahilinde, iyi kavranmış olmasının verdiği bir itimada dayanan açık bir üslûpla yazılmış bu eser, sade talebenin değil, bütün hukukçuların ihtiyaçlarını karşılayacak bir mahiyeti haizdi. (...) Kitap, en yeni nazariyelerle beraber Türk Devlet Şûrası Kanununa istinat ettiği ve Devlet Şûrası içtihatlarından imkân nisbetinde istifade edildiği için hem nazarî hem de amelî kıymeti haizdir.”³⁹

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Kürsüsü hocalarının bağımsız bir idari yargı kitabı olarak 1942'de *İdarî Kaza*'yı yayınlamasından önce, idari yargı konularını 1940 tarihli *İdare Hukuku, (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât)* adlı kitabı içinde birlikte inceleyen Derbil, kendisini söz konusu kitabı çabuk elden çıkarmaya sevk eden sebebin öğrencinin eksik bilgiyle kalması kaygısı olduğunu açıklamaktadır:

“Bu kitabı, idare hukuku hakkında dilimizde mevcut eserlerden daha iyi yazılmış olduğu için bastırmiyorum; idare hukukumuz hakkında talebeme sağlık verecek bir eser bulamadığım için neşrediyorum.”⁴⁰

Derbil de, Hukuku İdare mirası ders kitaplarının yetersizliğinden kaynaklanan Türkçe ders kitabı açığını bir ölçüde kapatmak arzusu taşımaktadır. Ancak, yeni bir ders kitabı yayınlamakla, pedagojik olduğu kadar bilimsel inceleme yöntemi bakımından da idare

³⁹ Siddık Sami Onar, “Önsöz”, içinde Ragıp Sarıca, **İdarî Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları no. 2, İstanbul, 1942, s. 4.

⁴⁰ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku, Cilt I, (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı Seri: II, Sayı: 20, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940, s. VII.

hukuku kitaplarına bir yenilik getirmeye çalışmaktadır. Hukuk araştırmalarında, mevcut hukuk kurallarının öykülenir gibi belletmekle yetinilmesini reddederek, “kuralların zaman, mekan ve ihtiyaç doğrultusunda sorgulanmasını, karşılaştırılmasını ve eleştirilmesini”, daha önemlisi, bunu da aşan bir yöntemle, “idare hukukunun esas kuralları ve ilkeleri üzerinde durmayı”⁴¹ seçmiştir.

Kanaatimizce, ders notuyken kitaplaştırılmış tüm bu anılan çalışmaların kuramsal değerleri, eğitsel ya da uygulamalı niteliklerinden daha ağır basmaktadır. Aynı saptama; önsözlerinde öğrencilere okutulacak ders kitabı bulunmadığından yakınılan, acil bir ihtiyaca cevap vermek üzere ilerleyen tarihlerde basılan ders notları⁴² için de yinelenebilir.

Gözler, Türk Anayasa Hukuku öğretisinin bilimsel düzeyini irdelerken, birçok eserden oluşan öğretisinin bilimsel düzeyinin içerik yönünden değerlendirilmesinin güclüğü vurgusuyla, biçimsel bir ölçütü temel almaktadır. Biçimsel ölçütte ise, “alıntıların kaynağının usulüne uygun gösterilip gösterilmediğini” araştırmaktadır. Eserlerin ezici çoğunluğunda alıntılama ve kaynak gösterme kurallarına uyulmadığını, bibliyografyaların hiç gösterilmediğini ya da eksik gösterildiğini saptamaktadır. İlk kuşağın aktarımlarının “intihal” oluşturacak dereceye varması, ikinci kuşağınsa aktarımdan aktarması nedeniyle, Türk Anayasa Hukuku öğretisinde genel eserlerin

⁴¹ **Ibid.**, s. VI.

⁴² Hasan Refik Ertuğ, **İdare Hukuku Dersleri I: İdarenin Denetlenmesi**, Ar Basımevi, Ankara, 1947; Hasan Refik Ertuğ, **İdare Hukuku Dersleri II, Teşkilât**, Ar Basımevi, Ankara, 1948; Turhan Feyzioğlu, **İdare Hukuku Ders Notları, Sınıf III**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1955; Tahsin Bekir Balta, **İdarî Yargı**, (oğaltma), Ankara, 1962; Ragıp Sarıca, **İdare Hukuku**, (oğaltma), İstanbul, 1971; Ali Ülkü Azrak, **İdare Hukuku**, (oğaltma), İstanbul, 1972; Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku, İdarî Yargı, Ders Notları**, (oğaltma), Ankara, 1977; Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 447, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977; Metin Günday, **İdare Hukuku Ders Notları: İdarî İşlemler, I. Kitap, İdarî Kararlar - Düzenleyici İşlemler**, (oğaltma), Ankara, 1979; Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2956, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 648, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku Ders Notları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

bilimsel düzeyinin düşük, özgünlükten yoksun⁴³ ve anlatımlarının bulanık olduğu⁴⁴ gibi sonuçlara varmaktadır.

Yazarlar, önsözlerinde her ne kadar öğrencilerin ders malzemesi ihtiyacını karşılamayı amaçladıklarını ve dolayısıyla çalışmalarının iddiasız olduğunu özellikle belirtseler de, Gözler, “ders notu” olarak yansıtılan eserlerin aslında “ders kitabı” niteliğinde bulunduğunu saptamaktadır. Bu eserlerin, Gözler’in belirttiği gibi, aslında ders notu görünümüne katılmak gerekir. Ancak, “ders notu çıkmazı”ndan yakınan Gözler, bu görünümün ardında başka bir amaç saklandığı düşüncesindedir ki bu düşüncesine katılmak olanaklı değildir.

“Madem bu böyleyse, yazarları neden bunları bir “ders notu” olarak nitelendirmektedir? Bunun basit bir sebebi vardır: Çünkü bu kitaplar incelendiğinde, bunların bilimsel kalitesinin fevkalâde düşük olduğu, hatta en basit bilimsel yazma kurallarına uyulmadığı, yapılan alıntılarının kaynağının gösterilmediği ve hatta bu kitapların bazılarında bir bibliyografya dahi bulunmadığı gözlemlenmektedir. Dahası, bu eserlerden bazılarının aynı konuda kendisinden önce yazılmış eserlerle büyük ölçüde benzeştiği görülmekte ve muhtemelen yazarın benzer konuda yazılmış bir iki genel esere bakarak kitabı yazdığı anlaşılmaktadır. Aslında yazar da eserindeki bilimsel düzey düşüklüğünün farkındadır. Muhtemel eleştirilerden kurtulmak için de kitabını “ders notu” olarak nitelendirmektedir. Bir eleştiri gelirse yazar, kitabının “iddiasız” bir kitap olduğu ve öğrencilerinin ders malzemesi ihtiyacını karşılamak üzere hazırlandığı savunmasının arkasına sığınmaktadır. Ancak bu arada kitaplar birçok baskı yapmakta, yazar da telif ücreti almaya devam etmektedir. Mademki yazar, eserini kitap şeklinde sunuyor, genel dağıtımını yaptırıyor, birden fazla baskı

⁴³ “Türk anayasa hukuku doktrininde genel eserler düzeyinde, nakilciliği aşır, özgün tartışmalar içine giren, kendine has akıl yürütmeler yapan, orjinal argümanlar ileri süren yazarlar, yok değilse de pek azdır.” Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999, s. 267.

⁴⁴ “Yazarların anlattıkları şeyler kolayca anlaşılır. Yazarların kafasında âdeta bir sis perdesi vardır. Aslında bu büyük ölçüde yukarıda bahsettiğimiz nakilcilikten kaynaklanmaktadır. Değişik yazarlardan alıntılar yapıldığından, bu alıntılar belirli bir sistem dahilinde de verilemediğinden, alıntılar arasında bir bağ kurulamamaktadır. Oysa yazarlar kendileri bir tartışma, bir akıl yürütme, bir argümantasyon içine girseler, dil bakımından başarısız bile olsalar, anlam bakımından izlenebilirlerdi.” Gözler, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi** 1999, s. 268.

yapmasını sağlıyor, bu eseriyle prestij sahibi oluyor, telif ücreti alıyorsa, bu eleştirileri göğüslemek zorundadır.”⁴⁵

Gözler’in anayasa hukukunun genel eserlerinin büyük bir kısmını oluşturan ders notu görünümlü ders kitaplarına ilişkin “alıntılarda kaynak göstermeme” şeklindeki saptaması idare hukuku yazını için de geçerlidir. Ancak, bu gibi olguların varlığı, “bilimsel düzeyin düşüklüğü” sonucuna götürmeye yeterli sayılırsa, hem idare hukuku hem de anayasa hukuku yazını için çoğaltma (*teksir*) ders kitaplarının kuramsal içeriğinin ağırlığı görmezden gelinmiş, yazarlarına haksızlık edilmiş olacaktır. Birincisi, derslerde okutulan öğretiyi oluşturduğu önsözlerinde açıkça belirtilen çoğaltma eserler, yazarların yüklediği pedagojik amacı aşan bir derinliğe sahiptir. Çağdaş eserlerde, öğrenci dostu ders kitapları dışında böyle bir belirleme yer almaması, doğrudan onların bilimsel değerinin daha fazla olduğu yargısına götürmemelidir. Kitabın içeriği ve onun zamanla kazandığı işlev, yazarının ona yüklediği işleve göre önceliklidir. Aktarımın içeriğin oluşmasındaki belirleyiciliğine rağmen, çoğaltma ders kitaplarının, yukarıda ele aldığımız kategorilerdeki ders kitaplarından daha az özgün olduğunu söylemek de olanaksızdır. Cumhuriyet’in kuruluşundan 2000’lere kadar basılmış ders kitaplarında karşılaşılan aktarım ve alıntılar genellikle katıksız, işlenmeden bırakılmadığı gibi birden fazla ders kitabının salt kurgu yönünden karşılaştırılması bile, çağdaş eserler arasındaki içerik ve kurgu çakışmasını bunlarda bulamayacağımızı gösterebilecektir. Üstelik bu kitapların ders anlatımından derlenmesi, yazılı biçim altında bile sesli ve serbest düşünme tarzını yitirmelerine engel olmuştur. Farklı hocaların derslerini farklı kurgu ve yöntemlerle anlatması, özel olarak masa başında yayınlanmak üzere yazılmış ders kitaplarından daha özgün sınırlandırmalara erişilmesi sonucu doğurmuştur.

İdare hukuku dersini iki dönem boyunca alan öğrenciler ve özellikle hukuk fakültesi öğrencileri, öğrenci dostu ders kitabından (diğer adıyla kısa idare hukuku kitabından)

⁴⁵ *Ibid.*, s. 270.

çalışarak kendilerini kandırmamaları için uyarılmakta ve kendilerine “gerçek” ders kitabı önerilmektedir.⁴⁶ Ancak, öğrencilere yönelik bu gibi uyarı ve öneriler, bazı yazarların öğrenci dostu ya da kısa idare hukuku ders kitaplarını çalışma kartlarına dönüştürmesi,⁴⁷ “çalışma seti” adıyla kitap piyasasına sunması⁴⁸ ya da pratik çalışma kitaplarının test sorusu derlemesi içermesi⁴⁹ önünde bir engel değildir. Kitapların, öğrenci dostu olmak yanında, kariyer sınavlarına hazırlananlara ve uygulamacılara da hitap etmeye çalıştığı görülmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla, bazı idare hukukçusu öğretim üyeleri, yalnızca ilk kategorideki belirli bir konuya ilişkin mevzuatı şerh eden kitaplarla değil, doğrudan genel ders kitaplarıyla da yüzünü uygulamaya ve “kariyer sınavlarına” dönmüş durumdadır. Kitapların sunuş ya da tanıtım yazılarında doğrudan ifade edildiği gibi,⁵¹ müfredat ve dolayısıyla ders kitapları, mezuniyet sonrası öğrencileri bekleyen sınavlardan bağımsızlaşmamaktadır. Hukuk eğitiminin içeriği zaten mezuniyet sonrası girilecek sınavlara göre belirlenmektedir. Sınavların hukuk eğitimi yönlendirmesi ve ya etkilemesi değil, bunun ötesinde doğrudan hukuk eğitiminin içeriğini belirlemesi söz konusudur.

⁴⁶ Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, **Kısa İdare Hukuku**, 10. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016, önsöz (sayfa belirsiz)

⁴⁷ Ramazan Yıldırım - Ahmet Ziya Çalışkan vd., **İdare Hukuku Dersleri Çalışma Kartları**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2015; Ramazan Yıldırım - Ahmet Ziya Çalışkan vd., **İdari Yargılama Hukuku Çalışma Kartları**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2015.

⁴⁸ *Çalışma Seti*, pratik ve teorik olmak üzere iki çalışma kitabından oluşmaktadır: Oğuz Sancakdar, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 4. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014; Oğuz Sancakdar, **İdare Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, 6. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.

⁴⁹ Seçkin Yavuzdoğan - Buğra Tahtalı, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 3. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015; Ramazan Yıldırım, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 3. bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, Şubat 2013.

⁵⁰ *İdare Hukuku Dersleri Çalışma Kartları*'nin tanıtım yazısında bu husus şöyle ifade edilmektedir: “Bu çalışma kartında; kitap özeti, vize ve final sınavlarına hazırlık, ders tekrarı ve kariyer sınavlarına hazırlık gibi konuları bulabilirsiniz. Kartlar, bu alanda eğitim alan öğrenciler ve uygulamacılar için önemli bir başvuru kaynağıdır.” Ramazan Yıldırım - Ahmet Ziya Çalışkan, 2015.

⁵¹ “Elinizdeki İdare Hukuku notları, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültelerinde ve Meslek Yüksekokullarında okutulan İdare Hukuku dersi için hazırlanmıştır. Söz konusu kurumlardaki İdare Hukuku dersinin müfredatı dikkate alınarak hazırlanan bu eserin bir başka amacı, öğrencileri mezuniyet sonrası girecekleri Kamu Personeli Seçme Sınavına hazırlamaktır.” Bilal Canatan, **İdare Hukuku**, 4. bası, Detay Yayıncılık, Ekim, 2012.

Salt betimsel ve uygulamalı kaygı güden bir yöntem, ancak tarihsiz ya da tarihsel derinlikten yoksun bir ülkede ortaya çıkabilir.⁵² Türkiye’de, yürürlükteki hukukun ne olduğu, nasıl uygulandığı ve uygulanması gerektiği hukuk biliminin değerini ve bizden önceki kuşakların birikimini görünmez kılmaktadır. İdare hukuku vardır, ancak kuramı inceliklerini yitirmektedir. Basit bir geçmiş özlemi ya da geçmişe dönme arzusu ile idare hukukunda nostaljik bir hava estirmek kaygısı gütmeyen, skolastik bir çarka girmiş idari işlem anlatısının ardındaki kuramsal derinlik yeniden keşfedildiğinde, “ustalara saygı” borcu belki az ölçüde de olsa ödenmiş olacaktır.

Çalışma konumuz, bu itki ile belirlenmiştir. Hem idari işlemin tanımının, hem de taşıdığı kurucu kavram, kategori ve ölçütlerin yürürlükteki hukukun sınırlarını aşması, idari işlemi, onun “idare hukukunun gönderge/başvuru/referans topluluğu tarafından oluşturulmuş bilgisi” olarak incelemeyi hedefleyen bir çalışmanın konusu yapmaya elverişli hale getirmektedir.

⁵² Lefebvre, “Perspectives de la sociologie rurale”, 1953, s. 128.

BİRİNCİ BÖLÜM:

“HUKUK-İ İDARE”DEN “ULUSAL İDARE HUKUKU”NA (İDARİ İŞLEM BİLGİSİNE KATKI SUNAN OKUL, AKIM, ÇİZGİLER)

Türkiye’de idari işlem üzerine kapsamlı bir yazının varlığı ile birlikte, kuramsal gelişimini tarihsel yaklaşımla ele alan çalışma bulunmamaktadır. Akıllıoğlu’nun daha önce ortaya koyduğu tespit bu alandaki eksikliği anlatmaktadır:

“Ülkemizde yönetim hukukuna tarihsel bir yaklaşım ders kitaplarının ilk bölümlerindeki kısa açıklamalar dışında yapılmış değildir. Bu tarihsel yaklaşımın bir yanı da yönetim hukuku öğretisinin tarihini de içermeye gereğidir. Başka deyişle, yönetim hukuku bakımından tarihin rolünü ve yazarlarımızı gereken ölçüde tanıdığımız söylenemez.”⁵³

Saptayabildiğimiz kadarıyla, Akıllıoğlu Türkiye’de söz konusu eksikliği fark eden ve pek çok kez vurgulayan tek kişidir: “*Öğreti tarihi dediğimiz şey olabilir veya böyle denebilir buna, bizde idare tarihi var, idare hukuku tarihi yok.*”⁵⁴ Hemen ardından, idare hukuku tarihine ilişkin bir çalışmanın içeriğinin ne olacağı hakkında fikir vermektedir:

İdare hukuku tarihinin ne olduğu meselesine gelince, buradan çeşitli yaklaşımlar, mesela öğreti mensuplarının yaşayış şekilleri, yapıtları ve düşünceleri anlatılabilir veya belli kavramların çeşitli öğreti mensupları tarafından nasıl ele alındığı ve bunun tarih içinde nasıl biriktiği ele alınır.”⁵⁵

Aynı zamanda, böyle bir beklentisi olduğunu içtenlikle ifade etmektedir:

“Ancak böyle bir düşüncüyü ortaya attığım için genç meslektaşlarımın bir gün bu konuda çalışmalar yapacaklarını ümit ettiğim için, kendimi tatmin olmuş hissediyorum ve şu andan itibaren konuşmayı yapmış, bitirmiş olarak mutlu bir şekilde ayrılabilirim. Yani böyle bir fikir var ve bunu önemsemek gerekiyor ve bir gün bunu muhakkak genç arkadaşlarım yapacaklar ve çok iyi

⁵³ Tekin Akıllıoğlu, “‘Hukuk-u İdare’ Üzerine”, *AİD*, Cilt 16, Sayı 2, 1983, s. 57.

⁵⁴ Tekin Akıllıoğlu, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü: 5 Mart 2012, (bildiri metni), *İHİD*, Cilt 15, Sayı 2, s. 173.

⁵⁵ *Ibid.*, s. 173.

yapacaklar, o zaman hukuki düşüncemizin niteliği ve/veya hukuki düşünce yeteneğimiz çok artacak.”⁵⁶

Fransa’da, idare hukuku tarihine özgülenmiş kitaplara⁵⁷ ve idare hukuku geçmişinde belirli dönemlerinin eğilimlerini saptayan çalışmalara⁵⁸ ek olarak, iptal davası başta olmak üzere idare hukukunun köklü kurumları⁵⁹ ile kavramlarının⁶⁰ evriminin, bu evrimde özel hukukun etkisinin,⁶¹ idare hukukuna özgül katkı sunan öğreti, okul, hükümet komiseri veya hocaların,⁶² kamu hukuku ve idare hukuku eğitiminin⁶³, hatta

⁵⁶ **Ibid.**, s. 174.

⁵⁷ François Burdeau, **Histoire du droit administratif**, PUF, coll. Thémis, Paris, 1995; Grégoire Bigot, **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, PUF, Paris, 2002; Marie-Hélène Renaut, **Histoire du droit administratif**, Ellipses, Paris, 2007; Katia Weidenfeld, **Histoire du droit administratif, Du XIVe siècle à nos jours**, Economica, coll. Corpus, Paris, 2010.

⁵⁸ Julien Bonnecase, **La pensée juridique française de 1804 à l’heure présente. Ses variations et ses traits essentiels**, Delmas, Bordeaux, 1933; Jacques Chevalier, “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, **Le droit administratif en mutation**, PUF, 1993, s. 11-40; Jacques Chevalier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, **Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général**, vol. 2, PUF, 1979, s. 3-57.

⁵⁹ Çok geniş bir bibliyografyayı sınırlamanın olanaksızlığı karşısında, iptal davasının tarihsel gelişimini ortaya koyan birkaç çalışma örneği: Pierre Landon, **Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue**, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1942; Louis Imbert, **L’évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900**, Dalloz, Paris, 1952; Pierre Lampué, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu’au début du XXe siècle”, **Revue internationale des sciences administratives**, 20e année, no 2, 1954, s. 359-411; Pierre Landon, **L’Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir, des origines à 1954**, LGDJ, Paris, 1962; Pierre Landon, **Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954, douze ans de jurisprudence**, (thèse), LGDJ, Paris, 1968; Gilles Lebreton, “L’origine des cas d’ouverture du recours pour excès de pouvoir d’après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle”, **RD publ.**, tome 102, 1986, s. 1599-1634; Florent Blanco, **Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l’étude de l’évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l’excès de pouvoir**, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2010.

⁶⁰ Marcel Waline, **La notion judiciaire de l’excès de pouvoir**, (thèse de doctorat), Dalloz, Paris, 1926; Jacques Chevalier, **L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active**, LGDJ, 1970; Christian Lavialle, **L’évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français**, (thèse de doctorat), Toulouse, 1974; Mathilde Saussereau, **Les classifications des cas d’ouverture pour excès de pouvoir. Essai d’analyse critique**, (thèse de doctorat), Droit public, Paris 1, 2002; Norbert Foulquier, **Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d’un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle**, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.

⁶¹ Benoît Plessix, **L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif**, Editions Panthéon Assas, 2003.

⁶² Lucien Sfez, **Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français**, LGDJ, 1966; Paul Cintura, **La pensée politique de Léon Duguit**, Bière, Paris, 1969; Evelyne Pisier-Kouchner, **Le service public dans la théorie de l’état de Léon Duguit**, LGDJ, Paris, 1972; Bernard Noyer, **Essai sur la contribution du Doyen Bonnard au droit public français: étude d’une étape de la participation de l’Ecole de Bordeaux à la construction de l’Etat de Droit**, (thèse), 1984; Gilles J. Guglielmi, “Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif”, **Le droit administratif en mutation**, PUF, 1993, s. 41-49; Pascale Gonod, **Edouard Laferrière: un juriste au service de la République**, LGDJ, Paris, 1997; Eric Millard, Les disciples administrativistes d’Hauriou: Intervention au Colloque ”A propos de Maurice Hauriou”, Toulouse, 1997, **Revista Opiniao juridica**, 2005, 3 (6), s. 373-392; Jacques Chevalier, “La fin des écoles?”, **Revue du droit public**, no. 3, 1997, s. 679-700; Mathieu Touzeil-Divina, **La doctrine publiciste 1800-1880: Éléments de patristique administrative**, éd. La Mémoire du droit, Paris, 2009;

hukuk yayıncılığının⁶⁴ tarihsel bakış açısıyla incelendiği çalışmalar da bir hayli fazladır. Fransa’da biri 1979⁶⁵, diğeri 2013⁶⁶ yılında yayımlanan iki çalışmadan ilkinde tek yanlı idari işlem kuramının oluşumu yargı kararları odaklı, ikincisi ise öğretici odaklı ortaya konulmaktadır. Bu açıdan her iki eserin birbirini bütünlendiği görülmektedir.

Türkiye’de, başlı başına idare hukuku tarihi kitabı yazılmamıştır. İdare hukukunun gelişiminin kuramsal ve tarihsel bir bakış açısıyla incelenmesi ise istisnaidir.

Onar’ın *Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları* çalışmasında, idare hukukunun kuruluşu, Tanzimat’tan itibaren idari teşkilatın yenilenmesi ve kamu hizmetleri anlayışının gelişmesi bağlamında ortaya koyulmuştur.⁶⁷ Karahanoğulları’nın *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi* kitabında, idari yargı tarihine genel bir çerçeve, evrim çizgisi oluşturulmaya çalışılmıştır. İdari yargı tarihi, Osmanlı Devleti’nde kuruluşu ve Cumhuriyet’te “iadeten kuruluşu” bağlamında incelenmiştir.⁶⁸ Anılan çalışmalar dışında, idare hukukuna tarihsel yaklaşım, ders kitaplarının idari rejimin ya da hukuk devletinin esaslarına ayrılan bölümleri altında sınırlı olarak yer almaktadır. Ancak bu çalışmaların hiçbiri idari işlem konusuna özgülenmiş değildir. Erkut’un *İptal Davasının*

Le renouveau de la doctrine française, Les grands auteurs de la pensée juridiques au tournant du XXe siècle, (études réunies par Nader Hakim et Fabrice Melleray), Dalloz, Paris, 2009; Jean-Michel Blanquer - Marc Milet, **L’invention de l’État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne**, Odile Jacob, Paris, 2015.

⁶³ Marc Malherbe, **La Faculté de Droit de Bordeaux (1870-1970)**, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996; Clotilde Deffigier, **Les grands thèmes du droit administratif dans les traités et manuels de droit administratif de premier cycle**, (thèse de doctorat), Limoges, 1998; Mathieu Touzeil-Divina, **Éléments d’histoire de l’enseignement du droit public: La contribution du doyen Foucart (1799-1860)**, Université de Poitiers, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2007; Guillaume Richard, **Enseigner le droit public à Paris sous la troisième République**, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2015.

⁶⁴ Danièle Lochak, “Les revues de droit public”, **La culture des revues juridiques françaises**, (dir. André-Jean Arnaud), Giuffrè, Milano, 1988, s. 45-57; Pascale Gonod, “1952-1956: la naissance des ‘Grands arrêts’”, **RFDA, no. (spécial) 2: 50^e anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 2007, s. 225 vd.; Bernard Pacteau, **Jean-Baptiste Sirey (1762-1845). Un père de l’étude et de l’édition du contentieux moderne**, Dalloz, Paris, 2014.

⁶⁵ Frédéric Blancpain, **La formation historique de la théorie de l’acte administratif unilatéral**, Panthéon-Assas, Paris, 1979.

⁶⁶ Anne-Laure Girard, **La formation historique de la théorie de l’acte administratif unilatéral**, Dalloz, Paris, 2013.

⁶⁷ Siddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi: 3, Ankara, 1936, s. 1-26.

⁶⁸ Onur Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği isimli doktora tezi⁶⁹ kuramsal ağırlığına rağmen, tarihsel bir yaklaşımı içermeye niyetiyle yazılmamıştır.

Hukuk tarihçileri ise, genel olarak Osmanlı'da Tanzimat'tan itibaren hukuk reformları ve Cumhuriyet'in ilanından sonra *külli resepsiyon*⁷⁰ ile Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olma sürecini araştırma konusu olarak almışlar, farklı disiplinlerin tarihsel köklerine inmekten sakınmışlardır. Bir ülkedeki hukuk doktrinlerinin veya yabancı hukuk çevrelerinin kararlarının, yorumlarının doğurduğu etkileşim ise başlı başına resepsiyon olarak kabul edilmemektedir.⁷¹ İdare hukuku için, ceza hukuku, medeni hukuk ya da ticaret hukukunda olduğu gibi kanunların doğrudan doğruya benimsenmesinden (kodifikasyon) değil, öğreti ve yargı kararlarının oluşturduğu kuramsal zeminin aktarımından ve işlenmesinden söz edilebilir. İdare hukuku bu yönüyle, resepsiyon incelemelerinin zaten dışında kalmaktadır. Ayrıca, hukuk tarihi çalışmalarının çerçevesi, "hukuk kurallarının" nasıl, ne zaman, hangi nedenlerle nasıl değiştiğini incelemekle sınırlı tutulmuş, her disiplinin kendine özgü kuramsal içeriğinin kanunlaştırma hareketlerinden sonraki evrim süreci ilgili hukuk alanlarına havale edilmiştir.⁷² Söz konusu yaklaşım, her disiplinin kendine özgü teknik kavrayışının yarattığı çekinceler ve bilimsel işbölümü ile açıklandığında yadırganacak bir yönü bulunmamaktadır.

⁶⁹ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

⁷⁰ Külli resepsiyon, yabancı bir hukuk düzeninin veya çok önemli temel yabancı kanunların tümüyle alınması anlamına gelmektedir. Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939))**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 14.

⁷¹ Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, 1996, s. 13.

⁷² Kanunlaştırma faaliyetlerine ilişkin başlıca iki eser için bkz.: Hıfzı V. Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", **Tanzimat**, Cilt I, İstanbul, 1940, s. 139-209; Ferit Ayıter, "Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk", **Les Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul**, no. 1956, s. 170-215. Cumhuriyet'in Hukuk Devrimi'ni resepsiyon bağlamında siyasal ve toplumsal karakterleriyle açıklayan bir diğer eser için bkz.: Cahit Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2012.

Çalışmamızın idare hukuku tarihini anlatmak gibi bir amacı bulunmamakla birlikte, idari işlem kuramını; üniversite tarihi, Danıştay tarihi, kamu hukukçularının bilimsel özgeçmişleri, özel hukuk ile Kıta Avrupası hukukundan aldığı etkiler gibi unsurlar ile incelemeye çalıştığımızda aslında idare hukukunun tarihi de su yüzüne çıkmaya başlayacaktır. Zira idari işlem kuramının kökleri ve evrimi idare hukukunun tarihinden bağımsız olmadığı gibi, onun tarihsel evrelerini belirleyen özellikleri yansıtmaya elverişli konuların başını çekmektedir.

I. HUKUK-İ İDARENİN İŞLEM KURAMI MİRASI

“Hukuk-i İdare” adlandırması, Cumhuriyet’in kuruluşundan sonra da kısa bir dönem için bazı yazarca kullanılmaya, hatta kitapların adı böyle kalmaya devam etse de, *hukuk-i idare* ve *idare hukuku* tamlamaları, Osmanlı ile Cumhuriyet öğretisi arasındaki dönemsel ayrımı belirtmek için kullanılabilir.

Osmanlı Dönemi hukuk-i idare kitaplarının kurucu ya da öncül kabul edilebilmesi için, niteliklerinden başka, kendisinden sonra gelen öğreti tarafından izlenmesi, hatta etkilerinin belirgin olması birer ölçü olarak gözetilebilir. Oysa Cumhuriyet Dönemi idare hukuku öğretisi, bunlara açıkça atıfta bulunarak başvurmamakta, Osmanlı Dönemi’ne ait yazına eğilerek önceki yazarların görüşlerini işleme ve geliştirme kaygısı gütmemektir. Üstelik iki dönemin eserleri, gerek plan kurgusu ve gerekse içerik yönünden benzerlik göstermemektedir.

Meclis Hükümeti Evresi’nde, Osmanlı’dan gelen idare hakkındaki şikayetlerin dinlenilmesi ve memur yargılaması gibi konulara ilişkin kurumsal yapı kısmen örgütsel değişikliklere uğratılarak da olsa sürdürülmüştür. Fakat kuramsal birikim açısından aynı süreklilik arayışı karşılıksız kalmaktadır. İdarenin yargısal denetimine ilişkin olarak,

Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçebilecek kayda değer bir kuramsal birikim bulunamamaktadır.⁷³

İdarenin yargısal denetiminin kuramsal altyapısı açısından yapılan bu sorgulamayı, idari işlemin kuramsal bilgisi açısından da yürütülmelidir. 1 Kasım 1928'de kabul edilerek 3 Kasım 1928'de yayımlanan yasa ile, Latin alfabesi kabul edilmiştir. Yasa, 1 Aralık 1928'den itibaren kitaplar hariç bütün yayınların yeni harflerle basılmasını zorunlu kılmıştır. Kitapların ise, 1 Ocak 1929'dan itibaren yeni harflerle basılması öngörülmüştür. Cumhuriyet öğretisi, alfabe değişikliğinden kaynaklanan bir engel bulunmamasına rağmen Osmanlı Dönemi hukuk-i idare kitaplarıyla bağ kurmamış; Alman ve Fransız kamu hukuku öğretisini temel almıştır. Cumhuriyet'in ilk döneminde eserler veren kuşak, lisans eğitiminin sonuna kadar Osmanlıca eğitim görmüş olsa bile, lisansüstü eğitimini yurtdışında sürdürmüştür. Yine pek çoğu, lisans eğitimine başlamadan önce de Fransızca, Almanca, İngilizce ya da birden fazla dil bilmektedir. Bu nedenlerle, Batı'da oluşturulan kuramı takip etmiş, yayınları okumuş olmaları güçlü bir olasılıktır. Osmanlıca okuyabilen bir neslin yurtdışında eğitim alması, onları geçmişten uzaklaştıran tek neden olmasa gerek...

Dolayısıyla, "kuramsal kopuş, Batı öykünmecilik, hukuk-i idareye karşı direnç, alfabe sorunu" gibi tezler Cumhuriyet idare hukukçularının Osmanlı hukuk-i idarecilerinin ve çalışmalarının esamesini okumayan, yabancı kaynakların hukuk kuramlarını hızla içeriye aktarmaya çalışan yaklaşımını açıklamak için yeterli olmayacaktır. Söz konusu yaklaşımın nedenlerini, Cumhuriyet öğretisinin bireysel tercihlerini aşan bir biçimde, böyle bir birikimin gerçekten var olup olmadığı sorusuyla araştırmak doğru olur. Soruyu biraz daha açarsak, acaba Cumhuriyet kuşağı, kendini önceleyen Osmanlı

⁷³ Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2005, s. 189.

kuşağının birikimini görmezden gelip yeni bir idari işlem kavrayışı mı yaratmaya çalışmaktadır, yoksa zaten halihazırda böyle bir birikim bulunmamakta mıdır?

A. Hukuk-i İdarenin Ders Programlarındaki Yeri ve İşlevi

Kurumlar; kendilerini doğuran ihtiyaçlara tâbi olurlar, kuruluş işlevleriyle yaşarlar, kurumların etkinliklerinin içeriği kuruluş amaçlarıyla belirlenir. Osmanlı'nın çöküşe geçmesiyle girişilen yenileştirme hareketleri bağlamında açılan okulların eğitim-öğretim programları da, kendilerinden yetiştirmeleri beklenen insan modeline uygun olarak hazırlanmıştır.

1859'da açılan, 1877'de *yüksek tahsil müessesesi* olarak yenilenen **Mekteb-i Mülkiye**'nin kuruluşuna ve yeniden faaliyete geçişine ait iki nizamnamesinde, devlete memur yetiştirme amacı, öğrencilere kazandırılacak donanım ve yüksekokulların üreteceği işgücünün devlette hangi görevlerde çalışabileceği ayrıntılarıyla ifade edilmiştir.⁷⁴

Yükseköğrenimin amacı, Darülfünun kurma iradesini açığa vuran ilk metinlerden beri, Mekteb-i Mülkiye nizamnamelerinde olduğu gibi, memur yetiştirmek olarak ifade edilmiştir. Ulema, asker ve sivil kişilerden seçilmiş Komitenin (Meclisi Mahsus) üç öğretim derecesini düzenleyerek Meclisi Vâlâyı Ahkâm incelemesinde uygun görülen 1844 tarihli Tebliğ ile, “devlet dairelerinde çalışmak isteğinde bulunanlara gerekli

⁷⁴ 29 Rabiulahir 1275 (Kasım/Aralık 1858) tarihli Nizamname, m. 1: Mekteb-i mezbûr umûr-u mülkiye memuriyetlerinde istihdama ehil memurlar yetiştirilmek maksad-ı âlisine mebni tanzim ve teşkil olunmuştur. m. 4: Ketebeden intihap olunacakların Devletçe olan muharrerât-ı resmiyeyi okuyup lâyıki ile anlamaya ve tahriren ifâde-i meram etmeye muktedir olacak mertebede istihsal-i selîka etmiş olmaları ve talebeden alınacakların dahi sarf-ü-nahvi görerek lâakal mantıktan isogoci'ye kadar okumakla beraber mümkün mertebe ifâde ve istifâde-i meram edebilecek kadar fen-ni hat ve inşâ'dan dahi behredar bulunmaları lâzım gelecektir. Nizamname'nin tam metni için bkz.: Mücellitoğlu Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Cilt I: Târihçe (1859-1949, M.M. ve S.B.O.)**, Örnek Matbaası, Ankara, 1954, s. 16, 17. Yüksek tahsil müessesesi olarak yeniden faaliyete geçişten itibaren yürürlükte olan Nizamname m. 5: Mezunlar, kaza kaymakamlıklarına, Hükümet Merkezindeki kalemlerle vilâyetlerdeki kalemler reisliklerine, Şûrâ-yı Devlet mülâzımlıklarına, sefâret kâtipliklerine ve şahbenderliklere tâyin edilebileceklerdir. m. 6: Mezunların, ihzar edecekleri kaza kaymakamlıkları vâliliklere, sefâret kâtipleri sefirliklere, kalem reislikleri nezâret müsteşarlıklarına, Şûrâ-yı Devlet mülâzımlıklığı âzâlığına, Divân-ı Muhâsebat kâtiplikleri aynı yer reisliklerine ve bütün bu memuriyetlerin hepsi de Meclis-i Âyan âzâlığına kadar çıkma imkânını verecekler; hakkı ihlâl edilen mezunlar bu hususta idârî dâva açabileceklerdir. Yer veren: Mücellitoğlu Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Cilt I**, 1954, s. 35.

bilgileri almanın merkezi ve yeri olmak üzere Dersaadette elverişli bir yerde darülfünun yaptırılması” kararlaştırılmıştır.⁷⁵

Tanzimat Dönemi’nde Osmanlı bürokrasisinin modernleşmesi, hükümet merkezindeki bürolarda ve vilayetlerde memur gereksinimini arttırmıştır. Ülkede ortaokullar (rüşdiye) açılmış, yeni sivil okullar kurulmuştur.⁷⁶ Eğitiminin yaygınlaşmasının bir ayağı da modern yükseköğretim kurumlarına yaklaşan kurumların açılmaya başlanmasıdır. Yargı örgütlenmesi ve hukuk düzeneği dönüşürken, bu dönüşüme ayak uydurabilecek, yeni kural, kurum ve yöntemlerin bilgisiyle donatılmış Osmanlı hukukçularını eğitmeye dönük bir hukuk öğretimini kurumsallaştırma arayışına girilmiştir.

Darülfünun-ı Sultanî (Mekteb-i Hukuk-i Sultanî)’nin kurulduğu yıllarda (1873 sonra) nizamiye mahkemelerinin teşkilatlanması ve Şûra-yı Devlet ve Temyiz Mahkemesi olmak üzere, iki yüksek yargı organının kuruluşu tamamlanmıştır.⁷⁷ Hukuk ikiliği henüz ortadan kalkmamış olmakla birlikte, Tanzimat Döneminde, kamu hukuku ve toprak hukuku gibi yazılı kurullarla belirlenmemiş örfi hukuka dayanan alanlar, giderek yazılı hale getirilmektedir.⁷⁸ 1868’den beri sürmekte olan Mecelle hazırlıkları 1876’da sonuç vermiştir. Dahası, Mecelle, Kanunname-i Ticaret’in açık veya örtük göndermede bulunduğu borçlar hukukunu düzenleyen bir yasanın bulunmayışının yarattığı boşluğu gidermek ve nizamiye mahkemelerinde uygulanmak amacıyla yapılmıştır. İslam hukuku kaynaklarının dışına çıkılmaksızın kodlaştırılmış bir hukuk metni olsa da, Avrupa hukukunun metot ve teknikleriyle yargılama yapacak olan

⁷⁵ “ (...) aklâmı padişahide istihdam arzusunda bulunanlara istihsali fûnunu matlûbenin merkez ve makarri olmak üzere Dersaadette münasip bir mahalle darülfünun inşası”. Tebliğ’in aslı ve tamamı için bkz.: Cemil Bilsel, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 30-31.

⁷⁶ İlber Ortaylı, **Osmanlı’ya Bakmak (Osmanlı Çağdaşlaşması)**, İnkılâp Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 309.

⁷⁷ Mehmet Tevfik Özcan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi”, **İÜHF**, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 120.

⁷⁸ Osmanlı mevzuatı 1851’de ilk kez *Düstur* adıyla resmi bir derlemede yayınlanmıştır.

yargıçlar için hazırlanmıştır.⁷⁹ Osmanlı Devletinin hukuku bir yandan Batılılaşırken diğer yandan ulusal kimliğe bürünen bir mevzuat oluşmaktadır. 1847 tarihli Arazi Kanunnamesi, Devletin toprak mülkiyeti üzerindeki haklarını hemen sona erdirmese de, yeni bir toprak düzeni yaratarak, İmparatorluk toprakları için farklı hukuksal rejimler belirlemiştir.⁸⁰ Özel mülkiyetin oluşum süreci, elbette yalnızca toprak mülkiyetinin hukuksal rejiminin değişmesi ile sınırlı kalmayacak, tapu kayıt ve işlemlerinin, kadastro uygulamalarının, nüfus sayımının, vakıflar hukukunun ya da miras hukukunun gelişmesi de buna eşlik edecektir.

Yeterli sayıda yargıç yetiştirmenin zaman alacağı düşüncesiyle öncelikle hukukçu ya da en azından hukuk bilen memur yetiştirme ihtiyacının aciliyeti, öğrencilere vaz edilmiş hukuku bir an önce öğretmeyi kaçınılmaz kılmıştır. Hukuk eğitim ve öğretimi, yükseköğretimin karşılamaya çalıştığı ihtiyaçlar doğrultusunda, mülkiye memurları ve yargıçlar yetiştirmek şeklinde biçimlenmiştir. Yükseköğretimin öncelikli hedefi, öğrencilere ileride uygulamak zorunda kalacakları hukuk kurallarını öğretmek olunca, diğer hukuk dersleri gibi hukuk-i idare de *didaktik* bir niteliğe bürünmekten kurtulamamıştır.

1870’te, **Darülfünun-ı Osmânî** ile aynı yıl içinde Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti bünyesinde **Kavânîn ve Nizamât Dershanesi** açılmıştır. Ancak uzun yıllar sonra şubeleşerek hukukçu yetiştirebilecek olan Darülfünun-ı Osmânî’nin gelişimini beklemek mümkün değildir.⁸¹ Kavânîn ve Nizamât Dershanesi adını isabetle yansıtarak kanun ve nizamların bir yıla sıkıştırılmış kurslarını veren bir dersane gibi işlemiştir.

⁷⁹ Özcan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi”, 2003, s. 120.

⁸⁰ “Osmanlı Hukuku’nda ‘Mecelle’ ve ‘Arazi Kanunu’ Osmanlı toprak rejimini düzenleyen kanunlardı. Arazi Kanununa göre, Osmanlı İmparatorluğu’nda topraklar; miri topraklar, arazi-i metruke, arazi-i mevat, arazi-i mevkufe ve hazine-i hassaya ait mallar ile mülk topraklar şeklinde tasnif ediliyordu.” Pertev Bilgen, “Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme), **İÜSBFD**, Sayı 9, Ekim 1994, s. 23. Ayrıca bkz.: Sıddık Sami Onar, “Türk Hukukunda Âmme Emlâki Teorisi (Mukayeseli Tetkik)”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 479-535.

⁸¹ Emre Dölen, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 1: Osmanlı Döneminde Darülfünun (1862-1922)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 271, Akademya no. 7, İstanbul, Aralık 2009, s. 127.

Hukuk-i idare dersi verilmemiştir. 22 Sefer 1287 (Mayıs 1870) tarihli Tebliğ'den, bu okulun açılışının hukuk alanındaki gereksinimleri giderebilecek en kestirme yol olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır:

“ (...) halkın haklarını korumağa elverişli nizamî mahkemelerin ve konulan yeni kanunların iyi işliyebilmesi, mahkemelerin bu kanun ve nizamları iyi bilmesine bağlıdır. İdare memurları da bunları öğrenirse, idare işleri ile hukuk davaları arasındaki ihtilâflar giderilmiş ve hükûmet kuvveti ile kanun kuvveti birbirinden ayırt edilmiş olur.

Bunun için bir mektep açılması gereklidir. Bu temin olununcaya kadar mahkemelerde çalıştırılacak memurları az müddette yetiştirmek için Divanı Ahkâmı Adliye Nezaretinde acele bir yer açılması ve bir yılda kanun usullerile kanun ve nizamnamelerin öğretilmesi ve imtihanda kazananlara burs verilmesi, adliye mümeyyizlerle zâbit kâtiplerinin devama mecbur tutulması, ‘tezelden kanuna âşına memur yetiştirmeğe kesmen bir yol olduğu Adliye Vekâletinin teklifi ve Sadrâzamın arzı üzerine padişahça kabul olunmuştur.’⁸²

Açılışı 1869 tarihli Maarif-i Umûmiye Nizamnâmesi'nde öngörülen, açılışından yalnızca iki yıl sonra 1872'de fiilen, 1873'te hukuken kapatılan **Darülfünun-ı Osmânî**'nin her bir şubesinde (Hikmet ve Edebiyat, Hukuk, Ulûmu Tabiiye ve Riyaziye) okutulacak dersler kurucu Nizamname ile belirlenmiştir. Hukuk-i idare İlmi Hukuk Şubesi'nde okutulacak dersler arasında sayılmamıştır.⁸³

Darülfünun-ı Osmânî'nin kısa sürede kapanması üzerine, Mekteb-i Sultanî (Galatasaray Sultanîsî ya da bugünkü Galatasaray Lisesi) içinde, Edebiyat, Hukuk ve Mühendislik şubelerini barındıran **Darülfünun-ı Sultanî (Mekteb-i Hukuk-i Sultanî)** kuruluşuna yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Hukuk eğitimi, Mekteb-i Sultanî eğitiminin, hukuk yüksekokulu ile tamamlanması şeklinde yürütülmüştür. Darülfünun-ı Sultanî Nizamnamesi'nde “Hukuk Mektebi” ile “Turuk ve Maâbir Mektebi”nden söz edilmesi,

⁸² Bilsel, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, 1944, s. 75-76.

⁸³ Nizamname'ye göre okutulacak dersler şunlardır: Fıkıh şerifin muâmelâtı, usul-i fıkıh, Romalıların Kanunu, Fransızların İlmi hukuku, Usul-i Siyâsiye, İlmi Servet-i Milel. Nizamname'den aktaran: **Ibid.**, s. 35; Ali Yıldırım, **Türk Üniversite Tarihi (Darülfünun Dönemi)**, Öteki Yayınevi, Ankara, 1998, s. 68.

Darülfünun'un üniversiter bir kuruluş olmayıp meslek okulları topluluğu olduğunu doğrulamaktadır.⁸⁴ Hukuk-i idare dersi programda bulunmazken, *Roma İdare Mahkemesi* adlı bir dersin açılmış olması dikkat çekicidir.⁸⁵ *Hukuk-i İdare*, hukuk eğitiminin, Mekteb-i Sultanî'nin yüksek sınıfları biçiminde örgütlenmesinden birkaç yıl sonra, 28 Ocak 1876 tarihli Darülfünun-ı Sultanî Nizamnamesi uyarınca dört yıllık öğretim süresi boyunca okutulacak dersler cetveline dördüncü sınıf dersi olarak girmiştir.⁸⁶ Ancak, Darülfünun Hukuk Mektebi'nde okutulacak dersleri gösteren devlet salnâmeleri⁸⁷ incelendiğinde, hukuk-i idarenin çok kısa bir süre sonra, hemen 1877'de programdan kalktığı anlaşılmaktadır. Saptayabildiğimiz kadarıyla, hukuk-i idare adlı bir ders 1892'ye kadar tekrar açılmamıştır.

Darülfünun-ı Sultanî Hukuk Mektebi'nin öğretime ara vermesi üzerine 11 Zilkade 1295 (1878) tarihinde yayınlanan Nizamname ile Adliye Nezaretine bağlı Hukuk Mektebi kurulması öngörülmüştür. 17 Haziran 1296 (1880) tarihinde öğretime başlayan Hukuk Mektebi'nin kuruluşundan itibaren ders programının geçirdiği değişiklikler saklı kalmak kaydıyla, ilk üç yıl tamamlandıktan sonra şu derslerin yer aldığı saptanmaktadır: *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *Ceza Kanunnamesi*, *Ticaret-i Berriyeye Kanunnamesi*, *Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*, *Arazi Kanunnamesi* ve *Tapu Nizamnamesi Mumelâti*. *Medhal-i İlm-i Hukuk*, *Edebiyatı Türkiye*, *Talim-i Kitabet*, *Fransızca*, *Usul-i Muhâkemât-ı Hukukiye*, *Usul-i Muhâkemât-ı Ticâriye* ve *Teşkilatı Mahâkim Nizamnamesi*, *Usul-i*

⁸⁴ Dölen, *Türkiye'de Üniversite Tarihi 1*, 2009, s. 19.

⁸⁵ Mekteb-i Sultanî'nin Hukuk Şubesi'nin son sınıfında okutulmak üzere ders programına, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *Roma Hukuku* ve *Hukuk-i Milel* dersleri konulmuştur. *Fıkıh*, *Mecelle*, *Usul-i Fıkıh* dersleri dışındaki dersler (*Roma Hukuku*, *Ticaret Hukuku*, *Roma İdare Mahkemesi Tarihi*, *Hukuku Cezaiye* ve *Usul-i Muhakeme*, *Mukaddemat-ı İlm-i Hukuk* ve *İlm-i Servet-i Milel*, *Hukuk-i Siyâsiye*) yabancı ya da gayrimüslim öğretim üyeleri tarafından yürütülmüştür.

⁸⁶ Nizamname'nin öngördüğü dört yıllık ders cetveli şöyledir: Birinci sınıf: *Hukuka Giriş*, *Mecelle* (*Fıkıh*), *Mukayeseli Roma Hukuku*, *Roma Müesseseleri (Tarihi)*; ikinci sınıf: *İslam Hukuku (Usulü Fıkıh)*, *Mecelle*, *Mukayeseli Roma Hukuku*, *Osmanlı Ticaret Hukuku*; üçüncü sınıf: *Mecelle*, *Usulü Fıkıh*, *Mukayeseli Roma Hukuku*, *Mülki ve Ticari Davalar*, *Ceza Hukuku* ve *Muhakeme Usulü*; dördüncü sınıf: *Mukayeseli Roma Hukuku*, *Hukuk-i İdare*, *Amme Hukuku* (yerli ve yabancı) ve *Tedbir-i Müdun (Ekonomi Politik)*. Aktaran: Özcan, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi", 2003, s. 117.

⁸⁷ Devlet salnâmelerindeki derslere yer veren: Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 41.

*Muhâkemât-ı Cezâiye, Hukuk-i Düvel, Tarih-i Hukuk-i Düvel ve Muahedat-ı Osmânîye, Hikmet-i Hukuk, Tarih-i Hikmet-i Hukuk, Belagat-i Türkiye, Talim-i Hitabet, Roma Tarihi, Usul-i Defleri, Talim-i Muhâkeme-i Hukukiye ve Ticâriye ile Hülasa-i Evrak ve Tanzim-i İlam ve Müntahab Ebbas Hakkında İmtihan ve Mübahase, Talim-i Mulukeyat-ı Cezaiye ile Talimi Hülasa-i Evrak ve Tanzim-i İlam ve Müntahab Ebbas Hakkında İmtihan ve Mübahase, Hukuk-i Siyâsiye-i Osmânîye-i Dâhiliye (Hukuk-i Esasiye ve İdare-i Mülkiye), Vesaya, Feraiz, Ahkâm-ı Evkaf, Kitab'üd Diyyat, Mürafa-i Şeriye, Fransızca Retorik, Talim-i Kitabet-i Franseviye, Tarih-i Umumi, Tarih-i İslam ve Hukuk-i Siyâsiye-i Osmânîye.*⁸⁸

Üç yıl için bu kadar yoğun ders programında başlı başına hukuk-i dersi yoksa da, *Hukuk-i Siyâsiye-i Osmânîye-i Dâhiliye (Hukuk-i Esasiye ve İdare-i Mülkiye)* adıyla açılmış anayasa hukuku ile idare hukukunu kaynaştıran bir ders bulunmaktadır. Bu ders, Hukuk Mektebi'nde 1885'te göreve başlayan Sâid Bey tarafından ihdas edilmiş ve ilk kez kendisi tarafından okutulmuştur. Ders, 1888'e kadar programdaki yerini korumuştur.⁸⁹ Programdan görülebileceği gibi, bir disipliner alanın değil de ilgili düzenlemenin adını taşıyan pek çok ders bulunmaktadır. Mevzuat, idari mevzuat dahil olmak üzere dönüşür ve yenilenirken, kanun, kanunname ya da nizamname gibi isimlerle yürürlüğe konulan yeni yazılı kuralları uygulayabilecek bilgiye sahip memur (ve yargıç) sınıfını yetiştirmek ihtiyacı aciliyet taşımaktadır. Söz konusu ihtiyaç, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Ceza Kanunnamesi, Ticareti Berriye Kanunnamesi, Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi. Arazi Kanunnamesi ve Tapu Nizamnamesi Muâmelâtı*” gibi

⁸⁸ Osman Ergin, **Türk Maarif Tarihi**, Cilt III-IV, Eser Kültür Yayınları, İstanbul, 1977, s. 1107.

⁸⁹ Kemalpaşazâde Sâid, aynı zamanda Cebrail Gregor ile birlikte ilk devletler hukuku kitabının yazarıdır. Mehmet Ali Beyhan, “Bir II. Abdülhamid Devri Aydını'nın Profili: Lastik Said Bey”, **The Journal of Ottoman Studies XIII**, İstanbul, 1993, s. 170.

adlarla ya da bu alanlarda usul kurallarının uygulanmasına, belge düzenlenmesine ya da işlemlerin yapılmasına özgülenmiş ders açılmasının arkasında yatan nedendir.⁹⁰

Hukuk Mektebi 1886'da Maarif Nezaretine bağlanmış, Eylül 1900'de, Abdülhamit'in tahta çıkışının yirmi beşinci yılı münasebetiyle, Mülkiye Mektebi binası içinde üç şubeden (Ulûmu Âliyei Diniye, Ulûmu Riyaziye ve Edebiyat) oluşan **Darülfünunu Şahâne** açılmıştır. Darülfünun-ı Şahâne Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre, hukuk ve tıp da Darülfünun şubeleri arasında sayılmakla birlikte idareleri ayrı bırakılmıştır.⁹¹

Ekim 1891'de yeniden düzenlenen programla başlayan öğretim yılında okutulan dersler şunlardır: *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Methali İlmi Hukuk, Muhakematı Cezaiye, İdare-i Mülkiye, Feraiz ve Vesâya, Usulü Muhakematı Hukukiye, Ticareti Bahriye, Ceza Kanunnamesi, Hikmeti Hukuk, Hukuku Milel, Ticareti Berriye Kanunnamesi, Ahkâmül Evkaf, Muamelâtı Ecnebiyeye Müteallik Uhud ve Nizâmât ve Mukavelât, Arazi Kanunnamesi ile Tapu Nizamnamesi, Diyat ve Kitabüşşahade Aleşşahade, Tanzim-i İlâmat-ı Hukukiye, Usulü Tanzimi İlâmatı Cezaiye*. 1891 ders yılı programında İdare-i Mülkiye adlı ders ile karşılaşılrken, Hukuk-i İdare 1892'de programdaki yerini almıştır.

Abdülhamit İstibdadı altında, önceden sansür (*censure préalable*) rejimi uygulanmıştır.⁹² Zaten askeri gereksinimler nedeniyle, Avrupa dünyasına düşünce ve edebiyattan daha önce bu açıdan yaklaşmak zorunda kalan Osmanlı İmparatorluğu'nda⁹³ askeri eğitim, askeri tıp eğitimi oldukça erken bir tarihte

⁹⁰ Hatta 1910'a gelindiğinde, Arazi Kanunnamesine özgülenmiş ders açılmakla da yetinilmeyerek Ebül'ula Mardin Darülfünun Hukuk Mektebi bünyesinde açılmış "Hukuku Tasarrufiye-i Arazi ve Ahkâm-ı Evkaf" adlı bir kürsüye davet edilmiştir. Mardin, Mülkiye Mektebinde ve Kadastro Mektebinde de dersler vererek tapu ve kadastro işlerinin ıslahına hizmet edecek idarecileri yetiştirmiştir. "Önsöz" (yazarı belirsiz), **Ebül'ula Mardin'e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944.

⁹¹ Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 42.

⁹² "II. Abdülhamid'in gülünç boyutlara varan sansür yönetimi ise, Türk tarihinde onun en kusurlu sahifesi olarak anılır. (...) Türkiye'deki kitap ve yayın düşmanlığında da bu devir, 'öncü' rol oynamıştır." Ortaylı, **Osmanlı'ya Bakmak**, 2016, s. 133.

⁹³ **Ibid.**, s. 210.

güçlendirilmiş, fen bilimlerine ve teknik uzman yetiştirmeye önem verilmişken sosyal bilimler ve felsefe ise ihmal edilmiştir.⁹⁴ Son iki alanda, Batılılaşma hamlelerinin çok daha geç ve yavaş etkisini gösterebilmiştir. Kamu Hukukunun Batı kaynaklı soyut hukuksal düşünme biçimine ve kuramsal akımlara yaklaşması için de aynı saptamada bulunulabilir. Tanzimat hukuk-i idare hocaları Batı hukukçularının yazıp çizdiklerinden bihaber olmamakla birlikte, Abdülhamit döneminin bu gibi başat özellikleri kamu hukukunu da etkilemeden geçmemiştir. 1892’de *Hikmet-i Hukuk* (Hukuk Felsefesi) ve *Methal-i Hukuk* (Hukuk Başlangıcı ya da Hukuka Giriş) gibi dersler Mekteb-i Hukuk-i Şahane programından çıkarılmış, tarih ve anayasa hukukunu ilgilendiren dersler önemini yitirmiştir. Ders programındaki arındırma ve değişiklikler, modernist yaklaşım sahiplerinin etkisizleşmesinin bir yandan da siyasal meşruluk tartışmasına zemin hazırlayan düşünce ortamının kapatılmaya çalışılmasının bir sonucu olarak yorumlanmaktadır.⁹⁵ Çıkarılan dersler yerine, *Usul-i Fıkıh ile Hukuk-i İdare için birer ders eklenmiş*, *İcra Kanunnamesi* ders programına alınmıştır. Darülfünun II. Meşrutiyetin özgürlük koşullarından payını almış, I. Dünya Savaşı hatta mütareke yıllarında bazı atılımlara sahne olmuştur. Ders programı Batılı bir içeriğe bürünmeye başlamış, hoca kadrosu zenginleşmiştir.⁹⁶ 1891’de kaldırılan dersler de, II. Meşrutiyet ile geri gelmiş, Hukuk-i Âmme de ders programına alınmıştır. Kanun-i Esasi’nin askıya alındığı dönemde, programlardan silinmiş olması olasılığı güçlü görünen anayasa hukuku da tekrar programa alınmıştır.

⁹⁴ **Ibid.**, s. 131.

⁹⁵ Abdülhalik Mithat, “Mekteb-i Hukuk, Darülfünun Şuabatı”, **İstişare**, Cilt 1, 1324 (?), s. 119; aktaran: Özcan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi”, 2003, s. 128.

⁹⁶ Murat Katoğlu, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Eğitim, Kültür, Sanat”, **Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye (1908-1980)**, (yayın yönetmeni: Sina Akşin), Cem Yayınevi, 11. bası, İstanbul, 2011, s. 421.

1898’de Hukuk Mektebi’ne yazılan ve 1903’te mezun olan Bilsel, anılarında aktardığı kadarıyla, kendisi hukuk-i idare’yi birinci sınıf dersi olarak okumuştur.⁹⁷ 1909 öğretim yılı dersleri arasında ise, hukuk-i idare veya ona yakın bir derse rastlanmamaktadır.⁹⁸

Ders programlarının zamanbilimsel incelemesinin gösterdiği kadarıyla, ilk kez 1876’da Darülfünun-ı Sultanî’de okutulmaya başlayan hukuk-i idare dersi hukuk eğitiminde yalnızca iki yıl tutunabilmiş, I. Meşrutiyetin sona ermesiyle ders programlarından silinmiş ya da farklı derslerin içeriğinde kısmen yer edinmiş, 1892’de programa tekrar alınmış, kısa bir süre sonra programdan çıkarılmış, 1902’de geri dönmüş, 1909’a gelindiğinde yine kaldırılmıştır.

Mekteb-i Mülkiye bakımından ise, idare hukuku derslerinin Darülfünun’a göre süreklilik taşıdığı kesinlikle söylenebilir. Mekteb-i Mülkiye-i Şahane’nin *yüksek tahsil müessesesi* haline getirilmesi üzerine 1293 (1877)’ten itibaren *Usul-i İdare* adlı bir ders yüksek sınıfların ders programına alınmıştır.⁹⁹ Dersin adı, dördüncü sınıfta okutulacak dersler arasında *Usul-i İdare-i Umumiye ve İdareye Müteallik* Mevat olarak da geçebilmektedir.¹⁰⁰ Ders, hiçbir zaman *hukuk-i idare* adıyla açılmakla birlikte içerik olarak yönetim bilimi ile idare hukukunu kaynaştıran bir derstir. Usul-i idarenin, kamu yönetimi ile idare hukuku arasında salınması, Tanzimat okullarının önceliğinin hukuk bilen memur yetiştirmek olmasından kaynaklanmaktadır. Bazı tarih çalışmalarında idare

⁹⁷ Bilsel’in öğrenci olduğu 1898-1903 arası sınıflara ait ders programı şöyledir: Birinci Sınıf: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Ceza Kanunu, Hukuku Düvel, Hukuk-i İdare, Kitab-ün Nikah; ikinci Sınıf: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Vesaya ve Feraiz, Hukuk-i İdare, Hukuku Düvel, Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye; üçüncü sınıf: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Usul-ü Fıkıh, Usulü Muhakemat-ı Hukukiye, Ahkâm-ı Evkaf, Uhût (Hususî Devletler Hukuku ve Kapitülasyonlar), İcra Kanunu, Ticaret-i Bahriye Kanunu; dördüncü sınıf: Tanzim-i İlamât-ı Hukukiye, Tanzim-i İlamât-ı Cezaiye, Arazi Kanunu, Usul-i Fıkıh, Kitabüddiyât, Ticaret-i Bahriye Kanunu, Uhût (Kapitülasyonlar). Bilsel, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, 1944, s. 93-94.

⁹⁸ Hukuk Mektebi’nin 1909 öğretim yılı dersleri şöyledir: Ceza Hukuku, Mukaddime-i İlm-i Hukuk, Hukuk-ı Esasiye, Ulum-i Siyâsiye, Vesaya ve Feraiz, Kitab-ün Nikah, Usul-i Muhakemat-ı Cezâiyye, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye, Fıkıh, Hukuk-i Hususiye-i Düvel, Ticaret-i Berriye, Kavanin-i Maliye-i Osmânîye, Usul-i İcra, Sakk-ı Adli-i Ceza. Yer veren: Özcan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi”, 2003, s. 167-168.

⁹⁹ Mülkiye’nin 1877-1310 arası, idadî (lise düzeyi) ve âliye (yüksekokul düzeyi) sınıflarının ders programları için bkz.: Fahri, “Mülkiye’nin Tarihçesi”, **Mülkiye Mektebi Mecmuası**, Yıl 1, Sayı 2, Mayıs 1931, s. 43-46.

¹⁰⁰ Mücellitoğlu Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler**, Cilt I, 1954, s. 35.

hukuku¹⁰¹ bazılarında ise yönetim bilimi¹⁰² dersinin kökeni olarak değinilen usul-i idare, yöneticilere mesleki bilgi kazandırılırken, idare hukuku bilgisinin ölçülü olarak yönetim biliminin içine yedirildiği bir derstir; katıksız bir hukuk-i idare dersi değildir. Çünkü bu ikisi arasında yöntem ve kapsam olarak disiplinler bir ayrışma henüz gerçekleşmemiştir. Hukuk, öğrencilere mesleki donanımın gerektirdiği kadar öğretilmektedir.

Kamu hukuku eğitiminin hukuk eğitimi içindeki yeri oldukça yenidir. Başlangıçta egemenin hukuku olarak algılanan kamu hukuku alanı, hukuk eğitimi içindeki yerini aldıktan sonra devletin ve idarenin kurumsallaşmasına eşlik ederek gelişmiştir.¹⁰³ Türkiye’de kamu hukukunun hukuk eğitimi içinde yer alması ve yerleşmesi tarihsel evrim içinde farklı anlara karşılık gelmektedir. Yer alma oldukça yeniyse, yerleşme ondan çok daha yenidir. İdare hukuku için de aynı durum geçerlidir. Herhangi bir dersin adının belirli bir yıla ait programda geçmesi onun ancak hukuk eğitiminde yer aldığını gösterebilir, yerleştiğini göstermez. Üstelik yer alma olgusu kesintiye uğruyorsa bir dersin *zamanda sabitlenmesi*’nden söz edilemeyeceği gibi adı hukuk-i idare olup da ders programında süreklilik taşıyan bir ders bazen milletlerarası hukuka (hukuk-i düvel), bazen yönetim bilimine (usul-i idare) bazen ise Roma İdare Hukuku’na kayıyorsa, bu kez de *içerikte sabitlenme*’den söz edilemeyecektir. Yer almanın yerleşme olarak karşımıza çıktığı an, zamanda ve içerikte sabitlenmenin belirgin olarak saptanabildiği andır. Hukuk-i idarenin, zamanda ve içerikte sabitlenmeden ders programlarında yer almışsa da, akademik disiplin veya eğitimin unsuru olarak yerleşmememiştir.

¹⁰¹ **Ibid.**, s. 310-311.

¹⁰² Nuray E. Keskin, Nuray, “Türkiye’de Yönetim Biliminin Gelişimi: 1870-1910”, **AİD**, Cilt 41, Sayı 4, Aralık 2008, s. 3-10.

¹⁰³ Rukiye Akkaya Kia, “Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri...”, 2003, s. 139.

B. Devlet İradesini İşlemeleşirmeye Engel Medrese Şerhçi Geleneğinin Hukuk-i İdarede Sürdürülmesi

1. Ders Kitabı Açığı

19. yüzyılın son çeyreğinde oluşan hukuk-i idare yazını, hem nicel hem de nitel yönden sınırlılıklar taşımaktadır. Nitel yönden değerlendirildiğinde, yazının ders kitabı türü dışında bir gelişme kaydedemediği görülmektedir. 19. yüzyılda, Mecelle, Hukuk-i idare ve İcra dersleri dışında ders kitabı bulunmadığından, öğrenciler kendi tuttukları notları temize çekmiş ya da hocalar dersi yazdırmıştır.¹⁰⁴ Diğer taraftan, baskın tür olan ders kitabı sayısı çok da fazla değildir. Bazı kitapların gözden geçirilerek birden fazla kez basıldığı bir yana bırakılırsa, hukuk-i idare derslerine ait on civarında kitap bulunmaktadır. Ali Ragıp,¹⁰⁵ Kemalpaşazâde Sâid,¹⁰⁶ İbrahim Hakkı,¹⁰⁷ Hacı Ahmed Reşid,¹⁰⁸ İsmail Hakkı,¹⁰⁹ Celal Derviş,¹¹⁰ Ahmed Şuayb,¹¹¹ Mustafa Şeref¹¹² ve Muslihiddin Âdil¹¹³ ardından hukuk-i idare kitabı bırakan isimlerdir.

Osmanlı Dönemi'nde de gerek "basit idare hukuku" olarak da nitelenen usul-i idare derslerinde, gerekse hukuk-i idare ve âmme hukuku derslerinde okutulan ders

¹⁰⁴ Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 99.

¹⁰⁵ Ali Ragıp, **Hukuk-i İdare**, Matbaai Amire, İstanbul, 1303 (1887/1888).

¹⁰⁶ Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, Kitabçı Arakil, Der-Saadet, Mahmud Bey Matbaası, 1306 (1890/1891).

¹⁰⁷ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cilt I, Cilt II**, Karabet Matbaası, İstanbul, 1308 (1892/1893); İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 2. tab, Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896/1897).

¹⁰⁸ Hacı Ahmed Reşid, **Hukuk-i İdare**, İstanbul, 1311 (1895/1896).

¹⁰⁹ (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare**, İstanbul, 1324 (1908/1909); Evkaf Nezareti, Darülfünun Hukuk Fakültesi Muallimlerinden (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare, Hukuk Şubesi 1. Sınıf Dersleri**, Kanaat Matbaası, İstanbul, 1328 (1912/1913); (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare, Birinci Sene**, Edeb Matbaası, İstanbul, 1328 (1912/1913).

¹¹⁰ Celal Derviş, **Hukuk-i İdare**, İstanbul, 1325 (1909/1910).

¹¹¹ Divanı Muhasebat Madde-i Umumiyesi, Darülfünun-i Osmânî Hukuk Fakültesi Muallimlerinden Ahmed Şuayb, **Hukuk-i İdare (Birinci Sınıf Mahsus)**, Harik Matbaası, İstanbul, 1326-1327 (1910/1911); Ahmet Şuayb, **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri)**, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, İstanbul, 1327 (1911).

¹¹² (Özkan) Mustafa Şeref, **Hukuk-i İdare Notları, Sınıf 1**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Neşriyatı, Ankara, (tarihi belirsiz); (Özkan) Mustafa Şeref, **Hukuk-i İdare Notları**, Kader Matbaası, 1327 (1911/1912).

¹¹³ (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Mukayeseli Hukuk-i İdare Dersleri**, İstanbul, 1327 (1911/1912); (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuk-i İdare Ders Notları, Cilt I**, Güneş Matbaası, İstanbul, 1333 (1917); (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuk-i İdare Dersleri, 1335-1334 Senesi Notları**, Darülfünun Matbaası, İstanbul, 1335 (1919); (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuk-i İdare, 1335-1336 Sene-i Dersiyesi, İkinci ve Üçüncü Sınıf**, İstanbul, 1336 (1920).

kitaplarının büyük bölümünün doğrudan Fransızca'dan çevrilmiş olduğu saptaması ile karşılaşılmakla birlikte,¹¹⁴ bu saptamanın hukuk-i idare dahil olmak üzere âmme hukuku kitapları açısından görece bir geçerlik taşıdığı söylenebilir.

Hukuk-i idare kitapları, bu evrede açıkça çeviri niteliğinde altında basılmadıkları halde, büyük ölçüde çeviri barındıran, Osmanlı idaresine uyarlanmış özetlenmiş kopya ya da çeviri niteliği taşımaktadırlar.

Yaşamının önemli bir bölümü boyunca Şûra-yı Devlet bünyesindeki farklı görevlerde bulunan Kemalpaşazâde Sâid, idarenin yargısal denetimine ilişkin döneminin koşulları için oldukça erken tarihli (1306, 1890/1891) bir kitabın yazarıdır. Ancak kitabın adının *Mahâkim* (Mahkemeler) başlığını taşıması bizi yanıltmamalıdır. Çünkü Sâid Bey için “Mahâkim tabirinden maksat umumî adliye mahkemeleridir.”¹¹⁵ Yöneticilerin görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri fiiller hakkındaki şikayetleri dinleyen idare meclisleri ise, *mahkeme* olarak görülmediğinden idarenin yargısal denetimi kapsamı dışında tutulmuşsa da, Sâid Bey, bunların da *dava* görmekte olduğunu yadsımamaktadır. Şûra-yı Devlet’i “Devletin en büyük idare meclisi” olarak nitelirmektedir.¹¹⁶ Memurların görevlerinden dolayı yargılanmasının idare meclisleri ya da Şûra-yı Devlet’in görevi kapsamında olduğunu ifade etmekle birlikte, her ikisini de açıkça mahkeme niteliğiyle anmamaktadır. İdari yargı denetimi, memur yargılaması ile sınırlı anlaşıldığından, idari işlemlerinin doğal yargıcının idari yargı olduğu gibi bir anlayış henüz kök salmış değildir. Kemalpaşazâde Sâid, Fransa’da idari yargının kurucu ilkesi olan adliyenin idareye karışma yasağı ekseninde, adliye mahkemelerinin denetleyebileceği/denetlemeyeceği idari işleri saymaktadır. İdarenin yargısal denetimi

¹¹⁴ Nuray E. Keskin, **Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin “Köken” Sorunu**, GETA Tartışma Metinleri, no. 89, AÜ SBF GETA Yayını, Ankara, Kasım 2005, s. 3, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/files/2013/09/disiplin-koken.pdf> (çevrimiçi:23.04.2014); **AİD**, Cilt 39, Sayı 2, Haziran 2006, s. 4.

¹¹⁵ Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 31.

¹¹⁶ **Ibid.**, s. 51.

altında, idarenin idari yargı tarafından değil de adliye mahkemeleri tarafından denetlenebilecek/denetlenemeyecek işlerine ağırlık verilmektedir. Adli işler-idari işler ayrımını derinleştirmek için verilen örneklerin büyük ölçüde çeviri yoluyla Osmanlı'ya taşınmış olmasından dolayı özgün bir idari yargı kitabı yerine geçemeyecek olsa da, bu eser, idarenin yargısal denetimine ilişkin ilk çalışmalardan biri olarak görülebilir. Sait Bey, Kitap'ın İkinci Faslında, mahkemelerin görev konularını belirlemenin olanaksız olduğunu ileri sürmekte, bazı örneklerin verilmesini yeterli görmektedir. Mahkemelerin görev alanını belirleyen ölçütler aramak bir yana, örneklerini Mösyö Tonisen'in Belçika Anayasasını şerh ettiği kitabından özetleyerek çevirdiğini okurla paylaşmaktadır:

“Çok mükemmel bir kitap olan bahsi geçen şerhten, (...) pek çok bahisler açıldıktan sonra mahkemelerin vazifeleri dâhilinde olduğuna hüküm ve karar verilmiş maddeleri içine alan örneklerin tercüme edilerek işbu muhtasar [özet] risaleye dahil edilmesini uygun gördüm.”¹¹⁷

Sâid Bey, aynı özet çeviri yöntemini kitabının farklı bölümlerinde uygulamıştır. Kendi ifadesiyle,

“Meşhur hukukçu yazarlardan olup (Hukuk-i İdare Dersleri) adlı kitabı erbâb-ı hukukun i'tibâr ellerinde gezen (Dukron) adlı kişinin idare mahkemeleri hakkında yazdığı kısa va fâideli mütâlaa tercüme edilerek kaydedilmiştir.”¹¹⁸

Yabancı hukuk kitapları, Hukuk-i idare dersleri kitaplaştırılan hocaların bunların özet çevirilerini yoğun olarak kullanması dışında, konu anlatımının planması yönünden fark edilir bir etki doğurmuştur. İbrahim Hakkı'nın kitabının düşünsel kaynaklarının izlerini süren Akıllıoğlu, kitapta Fransız idare hukukçularından Batbie ve Mallein'in eserlerindeki konu bölümlendirmesinden esinlendiğini saptamıştır.¹¹⁹ Osmanlı'da idare hukuku konularını soyut bir düzen içinde ele alan hukuk-i idare kitabının henüz

¹¹⁷ **Ibid.**, s. 30, Osmanlıca'ya çevrilip özetlenerek aktarılmış örnekler (*Emsile*): s. 32.

¹¹⁸ **Ibid.**, s. 30, Osmanlıca'ya çevrilip özetlenerek aktarılmış örnekler (*Emsile*): s. 56.

¹¹⁹ Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, 1983, s. 63; Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, Mayıs-Haziran 1995, www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm (çevrimiçi: 25.4.2005).

yazılmamış olduğu bir çağda ders veren İbrahim Hakkı, idare hukuku konularının nasıl sınıflandırılması gerektiği sorusu ile karşı karşıya kalmış ve derslerindeki sözlü anlatımdan yola çıkılarak oluşturulmuş kitabının “Derslerin suret-i taksimi” başlığında, bu soruya cevap aramıştır. Batbie ve Mallein’in kitaplarını çevirerek derslerinde okutmak yerine kitap kurgularını koruyarak, Osmanlı mevzuatını bu kurgu içinde açıklamıştır.

İbrahim Hakkı, Mallein’in idare hukuku öğrenimin tüm hukuk okullarında yeknesaklığa kavuşmasına katkı sunmak amacıyla yaptığı plan denemesindeki (*plan raisonné*) iskeleti, “kısım ve fasıllar”dan neredeyse en alt düzey başlıklara kadar, bazı konuları bilerek dışarıda bırakması ya da vaat ettiği halde işleyememesi dışında aynen devralmıştır:

İbrahim Hakkı	Jules Mallein
<i>Hukuk-i İdare</i> ¹²⁰	<i>Considérations sur l’enseignement du droit administratif</i> ¹²¹
I. Kısım: Heyet-i İdare 1. İdare-i merkeziye -Nezaret (Bakanlıklar) -Şûrâ-yı Devlet 2. İdare-i vilâyât (Vilayetler) 3. İdare-i belediye 4. Zabıta 5. Me’mûrîn (Memurlar) -Me’mûrîn muhakemesi	Livre Premier: De l’organisation du pouvoir administratif et de ses attributions générales Titre Premier: De l’organisation générale et centrale -des ministères -du Conseil d’État Titre II: De l’administration départementale Titre III: De l’administration communale Titre IV: De la police générale Titre V: Des tribunaux administratifs
II. Kısım: Heyet-i İdareye Mevdû Menâfi Ma’neviye (İdarenin Güvencesi Altındaki Manevi Menfaatler) 1. Mezâhib (Mezhepler) 2. Matbûât (Basın ve yayın) 3. Maârif-i umûmîye (Genel eğitim)	Livre Second: Des intérêts moraux dont le pouvoir administratif est appelé à s’occuper Titre Premier: Des cultes Titre II: ... des publications par la voie de presse, de la gravure et du théâtre Titre III: De l’instruction publique et des établissements qui s’y rattachent
III. Kısım: Heyet-i İdareye Mevdû Menâfi Mâddiye (İdarenin Güvencesi Altındaki Maddi Menfaatler)	Livre Troisième: Des intérêts matériels Confiées au pouvoir administratif Titre Premier: Du domaine public

¹²⁰ Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896).

¹²¹ Librairie de Henri Plon, Paris, 1857; *Plan raisonné*: s. 179-243.

<ol style="list-style-type: none"> 1. Emlâk 2. Maâdin (madenler) 3. Umûr-i nâfia (bayındırlık işleri) 4. Menâfi umûmîye için istimlâk (Genel yarar için istimlâk, Kamulaştırma) 	<p>Titre II: Du domaine de l'État</p> <p>Titre III: Du domaine ou de la dotation de la couronne et du domaine privé de l'empereur</p> <p>Titre IV: Du domaine départemental</p> <p>Titre V: Du domaine municipal</p> <p>Titre VI: Du domaine des autres établissements publics</p> <p>Titre VII: Des mines et des exploitations plus ou moins assujetties au régime des mines</p> <p>Titre VIII: De la voirie</p> <p>Tire IX: Des eaux</p> <p>Titre X: Des travaux publics</p> <p>Titre XI: De l'expropriation pour cause d'utilité publique</p>
<p>IV. Kısım: Kuvve-i İdareye Mevdû Hem Maddî Hem Manevî Menâfi (İdarenin Güvencesi Altındaki Maddi ve Manevi Menfaatler)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Serbesti-i ticâret ve sanâyiin tahdîdâtı (Ticaret ve sanayi serbestisinin sınırları) 2. Sanâyî ve ticâretin teşvik ve terakkisine dair nizâmât 3. Müessesât-ı hayriye (Hayır kuruluşları) 	<p>Livre Quatrième: Des intérêts moraux et matériels que dirige, ou dans lesquels intervient le pouvoir administratif</p> <p>Titre Premier: De l'industrie</p> <ul style="list-style-type: none"> -des limitations portées au Principe de liberté de l'industrie -des institutions qui ont pour but la prospérité et le développement de l'industrie <p>Titre II: Des établissements de bienfaisance</p> <p>Titre III: Des établissements de répression</p>
<p>V. Kısım: Vesâit-i İcrâiye-i Hükûmetin Tedârîki Hususundaki Mükellefiyyet (Hükûmetin İcra Araçlarının Sağlanması Hususundaki Yükümlülük)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ahz-i asker usulü (Askerliğe kabul yöntemi) 2. Vesâit-i nakliye-i askeriyenin tedârîki (Askerliğe ilişkin taşıma araçlarının sağlanması) <p><u>Bu Kısımda işleneceği vaat edildiği halde işlenmemiş konular:</u> devletin malî hukukunun temel bilgileri, vergilerin ve kamu harcamalarının yönetimi, bütçe, genel borçlanma</p>	<p>Livre Cinquième: Des moyens généraux d'exécution dont le pouvoir administratif dispose</p> <p>Titre Premier: De la force publique</p> <ul style="list-style-type: none"> -des armées actives de terre et de mer (i) du recrutement (ii) des rapports de l'autorité civile avec la force armée (iii) du logement des troupes <p>Titre II: Des finances</p> <ul style="list-style-type: none"> -des impôts directs -des impôts indirects -des impôts accidentiels -de la comptabilité publique

İbrahim Hakkı'nın esinlendiği diğer Fransız hukukçu Batbie ise, Roma hukukunun Fransız Medeni Yasası'nda benimsenen, *personae-res-actae* (kişiler-eşya-işlem ya da kazanım yolları) üçlü ayrımını ilk kez, *Kamu Hukuku ve İdare Hukuku Elkitabı*'nda,¹²² idari yasaların açıklanmasına uygulamıştır. Batbie, idare hukukunun başlıca sorununun

¹²² Anselme Batbie, *Précis de droit public et administratif*, Cotillon (Librarie du Conseil d'État), Paris, 1860.

sistemleştirmeme ya da keyfi, gelişigüzel sistemleştirme olduğu bir çağda, “Bu *Elkitabı*’nın bir değeri, özgünlüğü ya da kazanımı varsa, bu değer olsa idare hukuku konularını düzene sokmasında saklıdır”¹²³ diyerek alçakgönüllülük göstermektedir. Batbie, kendisinden önceki eserlerin kurgusal açıklarını yakalayarak yeni bir kurguyu, o devirde idare hukukçularının hayranlık duyduğu özel hukuktan örnekseyerek oluşturmaya girişmiştir.

Batbie, 1860 tarihli *Elkitabı*’ndan önce yazılmış idare hukuku kitaplarını iki kategoride değerlendirmektedir. İlk kategorideki eserlerde, konular, aralarında mantıksal bir akış oluşturulmaksızın alfabetik sıraya göre dizilmiştir. *İdare Hukuku Sözlüğü*’ne benzeyen bu gibi eserler, bir sözlükten ne daha işlevsel ne de daha özenlidir. İkinci kategoriye, tek tek yayınlansalar da çok şey değiştirmeyecek olan özalgelerin (monografilerin) birleştirilmesiyle oluşturulan eserleri içermektedir.¹²⁴

“Kişiler-eşya-kazanım yolları” gibi bir ayrımla idare hukukunun konularının açıklanabileceği fikri, 1840’da Chauveau’dan çıktığı halde, bu yapıyı ilk kuran ve tüm çalışmalarında ödün vermeden uygulayan Batbie olmuştur. Batbie, Chauveau’nun düşünüp de uygulamadığı, İbrahim Hakkı’nın deyişiyle, eşhas-eşya-muamelat üçlü ayrımını, *Elkitabı*’ndan sonra yayınlanan yedi ciltlik çalışmasında¹²⁵ da korumuştur. Batbie için, söz konusu ayırım, özel hukuk kadar idare hukuku için de vazgeçilemeyecek, tüm konuları altında toplayabilecek bir “çatı”dır. Roma hukukçularının özel hukuka miras bıraktığı *personae-res-actae* ayrımı, günümüz medeni yasalarında kişiler hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku bölümlendirmesiyle

¹²³ **Ibid.**, s. 255-256.

¹²⁴ **Ibid.**, s. 255.

¹²⁵ Anselme Batbie, **Traité théorique et pratique de droit public et administratif**, 1^e édition, 7 tomes, Cotillon, Librairie du Conseil d’État, Paris, 1861-1868; tome I: **Introduction générale au droit public et administratif**, 1861; tome II: 1862; tome III: 1862; tome IV: 1863; tome V: 1867; tome VI: 1867; tome VII: 1868.

sürdürülmektedir. Batbie'nin *Elkitabı*'nın "İdare Hukuku"na ayrılmış ikinci yarısında oluşturduğu kurgu, İbrahim Hakkı'nın ders kitabınıninkiyle örtüşmektedir:

<p style="text-align: center;">İbrahim Hakkı</p> <p style="text-align: center;"><i>Hukuk-i İdare</i>¹²⁶</p>	<p style="text-align: center;">Anselme Batbie</p> <p style="text-align: center;"><i>Précis de droit public et administratif</i>¹²⁷</p>
<p>I. Kısım: Heyet-i İdare</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. İdare-i merkeziye -Nezaret (Bakanlıklar) - Şûrâ-yı Devlet 2. İdare-i vilâyât (Vilayetler) 3. İdare-i belediye 4. Zabıta 5. Me'mûrîn (Memurlar) -Me'mûrîn muhakemesi 	<p>Première Partie: Administration et autorités administratives</p> <p>Divisions administratives</p> <p>Division des fonctionnaires</p> <p>1° Des autorités administratives</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ministres 2. Conseil d'État 3. Préfets 4. Secrétaires généraux 5. Conseil de préfecture 6. Conseil général 7. Sous-préfets 8. Conseil d'arrondissement 9. Maires et adjoints 10. Conseils municipaux 11. Organisation spéciale des villes de Paris et de Lyon 12. Commissaires de police <p>2° Employés</p> <p>3° Agents d'exécution</p> <p>Deuxième Partie: Droit administratif proprement dit</p> <p>Section I: Personnes morales</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. L'État 2. Département 3. Commune 4. Sections de communes 5. (...)
<p>II. Kısım: Heyet-i İdareye Mevdû Menâfi Ma'neviye (İdarenin Güvencesi Altındaki Manevi Menfaatler)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mezâhib (Mezhepler) 2. Matbûât (Basın ve yayın) 3. Maârif-i umûmîye (Genel eğitim) 	<p>* <i>Elkitabı</i>'nın "Kamu Hukuku" başlıklı ilk yarısında, yurttaşların güvencelere bağlanmış hakları kapsamında incelenmektedir.</p>
<p>III. Kısım: Heyet-i İdareye Mevdû Menâfi Mâddiye (İdarenin Güvencesi Altındaki Maddi Menfaatler)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Emlâk 2. Maâdin (Madenler) 	<p>Section II: Division des choses</p> <p>Domaine public de l'État, des départements et des communes</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Voirie 2. Routes impériales et départementales 3. Chemins de fer

¹²⁶ Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896).

¹²⁷ Cotillon (Librarie du Conseil d'État), Paris, 1860, s. 36 vd. Batbie'nin yedi ciltlik çalışması (*traités*), *Elkitabı*'nın (*Précis*) genişletilmiş hali olduğundan ve ilk kez *Elkitabı*'nda benimsediği kurgu diğer ciltlerde de korunduğundan, karşılaştırmada *Elkitabı* dikkate alınmıştır.

<p>3. Umûr-i nâfia (Bayındırlık işleri) 4. Menâfi umûmiye için istimlâk (Genel yarar için istimlâk, Kamulaştırma)</p> <p>IV. Kısım: Kuvve-i İdareye Mevdû Hem Maddî Hem Manevî Menâfi (İdarenin Güvencesi Altındaki Maddî ve Manevi Menfaatler)</p> <p>1. Serbesti-i ticâret ve sanâyîin tahdîdâtı (Ticaret ve sanayi serbestisinin sınırları) 2. Sanâyî ve ticâretin teşvik ve terakkisine dair nizâmât 3. Müessesât-ı hayriye (Hayır kuruluşları)</p> <p>V. Kısım: Vesâit-i İcrâiye-i Hükûmetin Tedârîki Hususundaki Mükellefiyyet (Hükûmetin İcra Araçlarının Sağlanması Hususundaki Yükümlülük)</p> <p>1. Ahz-i asker usulü (Askerliğe kabul yöntemi) 2. Vesâit-i nakliye-i askeriyenin tedârîki (Askerliğe ilişkin taşıma araçlarının sağlanması)</p>	<p>4. Cours d'eau 5. Chemins vicinaux 6. Places, rues, passages</p> <p>Domaine privé de l'État, des départements et des communes <i>Biens appartenent soit aux personnes morales, soit aux particuliers</i></p> <p>1. Bois et forêts 2. Marais 3. Mines, minières et carrières <i>Choses de l'ordre administratif qui appartiennent aux particuliers</i></p> <p>1. Ateliers et établissements dangereux, incommodes ou insalubres 2. Brevets d'invention</p> <p>Servitudes d'utilité publique</p> <p>1. Aligement 2. Halage 3. Servitudes défensives ou militaires</p>
<p><u>*V. ve Son Kısımda işleneceği vaat edildiği halde işlenmemiş konular:</u> devletin malî hukukunun temel bilgileri, vergilerin ve kamu harcamalarının yönetimi, bütçe, genel borçlanma</p>	<p>Section III: Différentes manières d'acquérir Impôts. Contributions directes Impôts. Contributions indirectes Impôts départementaux Impôts communaux Section III (suite): Manières d'acquérir. Concession Expropriation pour cause d'utilité publique Travaux publics et marchés de fournitures Dettes de l'État (...)</p>

İbrahim Hakkı'nın kitabı ile diğer iki yazarın kitapları arasındaki çakışma kurgu ile sınırlı kalsaydı, bu durum basitçe "esinlenme" olarak nitelebilirdi. İbrahim Hakkı, kurgudaki çakışmaya ek olarak, Osmanlı mevzuatını ve idari örgütlenmesini aynı iskelete yerleştirerek, iki yazarın anlatımları büyük ölçüde Osmanlıca'ya çevirerek öğrencilerine anlatmıştır. Dolayısıyla, İbrahim Hakkı'nın ders kitabı, esinlenmeyi aşan,

çeviriye yaklaşan, ancak çeviriden çok *özet kopya* olarak nitelenebilecek bir uyarlamadır.

Üstelik İbrahim Hakkı'nın ders verdiği dönemlerin çağdaşı, Fransa'da ilk derli toplu, derinlemesine idari yargı incelemesinin yazarı kabul edilen Laferrière iken, Batbie ve Mallein'i örneklemesi düşündürücüdür. Laferrière'in 1887'den itibaren yayınlanan söz konusu eserleri iptal davası eksenli idare hukuku kitaplarıdır. Oysa İbrahim Hakkı'nın *Hukuk-i İdare* ders notlarının basıldığı 1312 (1896) tarihinde, Osmanlı'da idarenin iptal davası yoluyla denetimi, idari davaların konusu bakımından sınırlılıklar göstermektedir. Bu nedenle İbrahim Hakkı, çağdaşı olgularda karşılığı bulunmayan bir idare hukuku anlatmaktansa, Fransız yazını otuz ilâ kırk yıl geriden izlemeyi seçmiş olabilir.

Fransızca'dan idare hukuku kitaplarının veya diğer türlerde çalışmaların doğrudan çevrilmesi hareketinin ivme kazanması 1930'lardan sonraki yıllara denk düşmektedir. Hukuk-i idare derslerinde, Fransızca eserler aynen çevrilip okutulmamıştır. Fransız yazarların kitapları; konu kurgusu, içerik ve özellikle de mevzuat şerheden yaklaşım yönlerinden güçlü etkiler göstermiştir.

Ders kitaplarında, konu kurgusu bakımından Fransız yazarlardan esinlendiği gibi, yer yer Fransız kamu hukukçularının adları ve görüşleri anılmakta, ayrıca bazı terimler Fransızcadaki karşılıklarıyla kullanılmaktadır. Fransız kökenli kavram ve kurumlar Osmanlı mevzuatını şerheden anlatımla bütünleştirilemediği ölçüde eklektik kalıyor olsa da, ders kitaplarından edindiğimiz bu tür veriler, hukuk-i idare yazarlarının Kıta Avrupası hukukunu izlemeye bu dönemlerde daha başlamış olduğunu gösteren bir hayli güçlü işaretlerdir. Fransa'nın Osmanlı hukuk eğitimi üzerindeki etkisine daha geniş bir çerçeveden bakıldığında, hukuk okullarının ders programlarının da Fransa'dan

alındığını¹²⁸, derslerin büyük bir kısmının Fransız hocalarca okutulduğunu belirtmeden geçmemek gerekir.

2. Ders Kitaplarındaki Açıklar

“(...) idare hukuku tetkiklerinde bulunmak isteyenler için hiçbir Türkçe eser yoktur demek istemiyorum. Burada değerli hukukçularımızdan İbrahim Hakkı ile İsmail Hakkı'nın ve bu iki müellif arasında Yusuf Nuri, Ahmet Şuayp, Musliheddin Âdil, Mehmet Cevdet, Mehmet Kenan, hele hatırasını taziz ve tevkir ettiğim Mustafa Şeref Özkan'ın İdare Hukuku hakkındaki eserlerini saygı ile anmağı borç bilirim. Ancak, hepsi arap harflerile basılmış bu eserler; eski devirde idare hukukumuzun ne kadar geri olduğunu, bugün bu sahada da ne kadar ilerlemiş bulunduğumuzu ve bu hukukçularımızın ne kadar çalışmış olduklarını anlamağa yarar.”¹²⁹

Süheyp Derbil

Hukuk-i idare yazınının ders kitapları sınırlı kalmasının yanısıra, ders kitabı türü içinde de, öğretme, belletme, memur ve yargıç yetiştirme amacını aşan bir anlatı ortaya çıkamamıştır. Derslerin, yazarın kendisi ya da öğrencileri tarafından kayda geçirilerek kitaplaştırılmasıyla oluşan eserler, kuramsal içerikten yoksundur. Sözlü ders anlatımının kağıda dökülmesiyle oluşturulduklarından okura didaktik bir üslupla seslenmektedir.

Hukuk-i idare dersi kitaplarında, Osmanlı'nın 19. yy. sonu idareye ilişkin mevzuatını açıklayan bir yaklaşım hâkimdir. Söz konusu yaklaşım, yazarların esinlendiği Fransız hukukçular ve eserlerinin yazıldığı tarihler dikkate alındığında Şerhçi Okul'u (*École de l'Exégèse*) hatırlatmaktadır.

Napoléon devri kodifikasyon hareketlerinin etkisiyle güçlenen Şerhçi Okul, mevcut yasaları o devrin aklını yansıtan metinler olarak kabul etmiştir. Yürürlükteki yazılı hukukun mükemmelliği konusundaki inanç, bir taraftan hukukun eleştirel incelenmesini önlemiş, diğer yandan hukuksal pozitivizme giden yolu açmıştır.¹³⁰ 1804'te Medeni Kanunun (*Code Civil*) kabulü, idare hukukçularını idareye uygulanan kuralları

¹²⁸ Rukiye Akaya Kia, “Darülfünun'dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden, Hukuk-ı Âmme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar II”, **İÜHF**, Cilt 70, Sayı 1, 2012, s. 3.

¹²⁹ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, Cilt I, 1940, s. VII.

¹³⁰ Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm,” **AÜHF**, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, s. 20.

derlemeye ve yorumlamaya yönlendiren tarihsel duraktır. Fransa’da, 1804’ten 19. yüzyılın son çeyreğine kadar, idare hukuku yasa tapınımı düşüncesi ile yetişmiş kişilerin çalışma alanı olarak kalmıştır. Hukukçular, idarenin 19. yüzyıldan önceki gibi keyfi hareket etmesini engelleyecek bir önlem olarak idareyi sınırlayan kuralların bilinmesini kolaylaştırmaya çalışmışlardır. 18. yüzyılın idare hukukçuları arasında, kuralların özellikle onları uygulayacak yöneticiler tarafından bilinmeleri için yayınlanmalarının kaçınılmaz olduğu önemli bir iddiadır.¹³¹ İdare hukukçularının, medeni hukukta olduğu gibi idareye uygulanan kuralları bir bütün olarak içeren kod (düstur) oluşturulması hayali 19. yüzyılda da gerçekleşmeyince, kuralların açık ve düzenli yayınlanmamasının yol açtığı boşluk, mevzuat derlemesi (*receuil de la législation*) türü yayınlarla ya da idare hukuku kitaplarının mevzuatı derleyici tarzda yazılmasıyla giderilmek istenmiştir. Örneğin Fleurigeon, yasama organınca koda dönüştürülmeyen kuralları kendi girişimiyle *İdari Kod* adını verdiği bir çalışmada alfabetik dizin esasına göre derlemiştir. Yasaların ve hükümet işlemlerinin uygulanmasında karşılaşılan temel güçlük ve şüpheleri çözüme bağlamak amacını taşıyan bu çalışma, üst makamların uygulamaya ışık tutan yönerge ve kararları ile zenginleştirilmiştir.¹³² Block ise; yürürlükteki yasaları, yargısal ve idari kararları geçirdikleri değişiklikleri de gösterecek biçimde özetleyerek sunduğu *Sözlük*’te, konu üst başlıklarının altına, ilgili kavramları alfabetik dizin uyarınca yerleştirmiştir.¹³³ Batbie’nin İbrahim Hakkı’nın da katıldığı eleştirilerinden öğrendiğimiz kadarıyla, konuları alfabetik dizin uyarınca inceleyen bir yazar da Dufour’dur.¹³⁴ Baron de Gérando ise, Yürürlükteki Yasaların Düzenleşik ve Yöntemli Derlemesi (*Recueil*

¹³¹ Burdeau, *Histoire du droit administratif*, 1995, s. 38-40.

¹³² M. Fleurigeon, *Code Administratif ou Recueil par ordre alphabétique de matières, de toutes les Lois nouvelles et anciennes, relatives aux fonctions administratives et de police des Préfets, des Sous-Préfets, Maires, Adjoints et Commissaires de police et aux attributions des Conseils de Préfecture, de Département, d’Arrondissement Communal et de Municipalité, jusqu’au premier avril 1809*, tome 1, Chez Garnery, Paris, 1809.

¹³³ Maurice Block, *Dictionnaire de l’administration française*, 1^o édition, Berger-Levrault, Paris, 1856

¹³⁴ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^o édition, tome 2, L. Larose et Forcel, Paris, 1885, s. xj.

coordonné et méthodique des lois en vigueur) olarak nitelediği kitabında, yasa tasarılarının gerekçeleri ile hükümet yönergelerini kısa yorumlarıyla birleştirmiştir.¹³⁵ Benzer biçimde, Serrigny'nin kitaplarında da mevzuat şerhçi-derleyici yöntem ağır basmaktadır.¹³⁶

19. yy. son çeyreğinde, devlet kuramına ve Devlet Konseyi kararlarına yönelen bir nesil idare hukuku sahnesine çıkana kadar, idare hukukçusunun rolü, kodifikasyon gerçekleşmediğinden, dağınık görünen yasa ve yasa-altı mevzuatı mantıksal yorumla birleştirmek suretiyle yasakoyucunun iradesini araştırmanın ötesine geçmemiştir. Madenler, nehirlerin kurutulması, bayındırlık işleri, belediye kolluğu gibi farklı konuları düzenleyen kurallar, idare hukukunun özü gibi anlaşılmıştır. Hukuk eğitiminde de aynı yöntem geçerli olmuştur. Fuzier-Hermann, karar ve mevzuat derlemesi niteliğindeki bir çalışmanın 1886 tarihli ilk cildinde, “idari işlem kuramının hâlâ oluşturulmayı beklediğini” ilan etmektedir.¹³⁷ Jèze, *İdare Hukukunun Genel İlkeleri (Les Principes généraux du droit administratif)* kitabının Giriş sayfalarında, 1880 öncesi Fransız idare hukukunun “hiç abartısız, tam anlamıyla karmaşadan, çoğu zaman kanıtlanmamış ve kanıtlanmaya da çalışılmamış tutarsız, gelişigüzel sonuçlar birikintisinden ibaret” olduğu saptamasında bulunmakta; 19. yy. sonunu ise, “kaotik dönemin bitişi (*la fin de la période chaotique*)” diye anmaktadır.¹³⁸

19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren Fransa’da şerhçi-yorumcu yaklaşım dönemi kapanırken, aynı yaklaşım Osmanlı hukuk-i idare hukukçularında, tam olarak 19.

¹³⁵ Joseph-Marie de Gérando, **Institutes de droit administratif français ou éléments du Code administratif**, Nève, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, tome I: 1829, tome II: 1829, tome III: 1830, tome IV: 1830.

¹³⁶ Denis Serrigny, **Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, 1^e édition, 2 tomes, Joubert, Paris, 1842-1846; **Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, Joubert, Paris, 1846; **Questions et traités de droit administratif**, Auguste Durand Librairie-éditeur, Paris, 1854.

¹³⁷ **Répertoire général alphabétique du droit français**, tome 1, (dir. Édouard Fuzier-Hermann), Société du Recueil général des lois et des arrêts - L. Larose et Forcel, Paris, 1886, s. 461.

¹³⁸ Gaston Jèze, **Les Principes généraux du droit administratif**, Berger-Levrault, Paris-Nancy, 1904, s. 5-8.

yüzyılın son çeyreğinde yansıma bulmuştur. Darülfünun ve Mülkiye hocaları, Fransız idare hukukçularını, eşzamanlı değil de tarihsel bakımdan geriden izleyerek, derslerinde idare aygıtının yazılı kurallarını öğretmeye öncelik vermişlerdir.

19. yy. Osmanlı Devletinin hukuksal düzeninde belirleyici olan hukuk ikiliği (*dualisme juridique*) içinde, İslam Hukukuna dayanan dersler ile Batı tekniğine uygun olarak hazırlanan kuralların şerhine dayanan dersler arasında yöntem farklılaşmamıştır. Onar, geçmişe sorguyla bakan pek çok yazısından birinde şu tespitte bulunmaktadır:

“Gene fikhın ve binaenaleyh, medresenin tesiri altında bulunan ve mecelle ile idarî kanun ve nizamları madde madde şerhetmekten başka bir şey yapamıyan hukuk mektepleri de asrî hukuk ilmini tesis edemezlerdi ve edemediler.”¹³⁹

Usul-i Fıkıh'ta amaç uygulanacak şer'î hükümleri ortaya çıkarmak, bağlamını, kapsamını ve istisnalarını belirlemek, açıklamak (fetva), yorumla geliştirmek ya da genişletmektir (içtihad). Batı yönelimli kazuistik hukuk metinlerin yorumlanmasında ve açıklanmasında, fıkıh yöntemleri sürdürülmüştür. Tefsir hukukçuları (fakiher), Fransız Medeni Kanunu'nun yarattığı şerhçi akıma kolaylıkla uyum sağlamıştır. Osmanlı Devleti'nde “Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?” tartışmasının Mecelle savunucularının üstünlüğüyle sonuçlanmasından¹⁴⁰ ve Mecelle'nin kabulünden sonra, dersin hocaları, İslam Hukuku'nu kanunlaştıran ilk metin olan Mecelle'yi Fransız Medeni Kanunu gibi sayfalarca şerh etmişlerdir.¹⁴¹ İdareye ilişkin kanunname ve

¹³⁹ Siddık Sami Onar, “Adliyemizde Yeni Temayüller”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 18, Eylül 1932, s. 5.

¹⁴⁰ Seda Örsten Esirgen, “Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, 2011 (Bahar), Cilt 29, 2011, s. 31-48.

¹⁴¹ Biri 15. yüzyılda diğeri 19. yüzyılda iz bırakan iki önemli eser örnek alınarak karşılaştırıldığında, aralarında asırlar geçmesine rağmen şerh yönteminin kalıcı olduğu dikkat çekmektedir. İlk eser, Fatih döneminde Şeyhülislam mertebesinde bulunmuş Molla Hüsrev Mehmet Efendi (1400-1480)'nin Osmanlı medreselerinde uzun süre okutulan şerhidir: **Dürerû'l Hükkâm Fi Şerhi Gurerû'l Ahkâm**, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1307 (1891). İkinci eser ise, Darülfünun'un Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye dersi hocalarından Ali Haydar Efendi'nin Mecelle üzerine kaleme alınan en kapsamlı eser olarak bilinen dört ciltlik Mecelle şerhidir: **Şerhu Mecele'ti'l Ahkâm**, (çev. Raşit Gündoğdu, Osman Erdem), Osmanlı Yayınevi, Gül Neşriyat, İstanbul, 2014.

nizamnamelerin dersini veren hukukçuların izlediği yol da bundan çok uzak değildir. Adına ders açılan kanunname ve nizamnameler, içerik bakımından Batı Hukuku'nu yansıtsa bile, kazanım, usul-i fıkıhta olduğu gibi kuralın bilgisi ile sınırlı kalmıştır. Çünkü kaynak ve içerik bakımından büyük bir fark bulunmasına rağmen, şer'î olmayan hükümlerin şerhinin, medrese geleneğinde yetişen Osmanlı hukukçularının şerhçiliği ile bağdaştırılması önünde yöntemsel bir engel çıkmamıştır. Fransız Medeni Kanunu'nu şerhedenlerin yöntemi, fakihlerin geleneksel yöntemlerine zaten baştan beri yabancı değildir.

Yöntem benzerliği, Mecelle derslerinin öğretilmesinde kolaylaştırıcı olmuştur. Buna karşılık Hukuku İdare öğretiminde sorun yaratmıştır. Daha önce yazılmış kılavuz işlevi görecektir ders kitabı açığı bulunmasının da etkisiyle, idari mevzuat derlenerek öğrenciye anlatılmıştır.

Akıllıoğlu, ilk hukuk-i idare kitabının yazarı saydığı Darülfünun Hocası İbrahim Hakkı Paşa hakkında kaleme aldığı kapsamlı makalesinde, hemen hemen aynı mevzuat derleme ve şerh etme yönteminin uygulandığını kitaba dayandırdığı verilerle destekleyerek göstermektedir.¹⁴² İbrahim Hakkı'nın *Hukuk-i İdare* kitabının 1312 tarihli basısının¹⁴³ *İfâde-i Müellif* (Yazarın Önsözü) sayfalarında da ifade ettiği gibi, "idareye ilişkin yasa ve düzenlemelerin pek çok ve ayrıntılı olması karşısında ve öğrencilerin kısa zaman sonra bunları uygulama durumunda kalacakları göz önünde tutularak bunların başlıcalarına değinilmiş fakat asıl olarak *Ruhu İdare*'yi anlatmak

¹⁴² Akıllıoğlu, "Hukuku İdare' Üzerine", 1983, s. 56-69. İbrahim Hakkı ve döneminin hukuk-i idare öğretimi üzerine benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz.: Tekin Akıllıoğlu, "Yönetim Hukukumuz ve Geleceği", *Yeni Türkiye Dergisi*, Yönetimde Yeniden Yapılanma Özel Sayısı, Yıl 1, Sayı: 4, Mayıs-Haziran 1995, s. 146 vd., www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm (paylaşım: 11 Ağustos 2004, çevrimiçi: 10.07.2016).

¹⁴³ Aynı kitap daha önce 1308 (1892/1893) tarihinde de basılmış olmakla birlikte, buradaki açıklamalarda, 1312 (1896) tarihli ikinci ve son bası esas alınmıştır. İlk basıdan yararlanıldığında ayrıca belirtilmiştir. İlk bası: İbrahim Hakkı, *Hukuk-i İdare*, Cilt I, Cilt II, Karabet Matbaası, İstanbul, 1308 (1892/1893). İkinci ve son bası: İbrahim Hakkı, *Hukuk-i İdare*, 2. Bası, Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896).

amaçlanmıştır.”¹⁴⁴ Akıllıoğlu, İbrahim Hakkı'nın 19. yy. sonlarındaki Osmanlı mevzuatını betimlemeye ağırlık verdiği dikkat çekmekte, kitabın genel eğilimine dayanarak “*Ruhu İdare* ile, anlatılmak istenenin ana çizgilerinin veya özetinin kastedilmiş olabileceğini” belirtmektedir.¹⁴⁵ *Ruhu İdare*'yi, dönemin Fransız Hukuku'ndan esinlenen kamu hizmeti kuramı olarak da yorumlamaktadır.¹⁴⁶

İbrahim Hakkı'nın hukuk-i idare kitaplarına, aynı zamanda verdiği hukuk-i idare derslerine yüklediği başlıca işlev, geleceğin devlet görevlilerine hukuk kurallarını öğretmektir. Kitabın, hukuk dallarının sınıflandırılıp idare hukukunun bunlar arasındaki yerinin açıklandığı *Mukaddime* (Giriş) sayfalarında, aslında idare hukuku disiplininin çok idare hukukunun kaynaklarının tanıtımı ile karşılaşılmaktadır. İbrahim Hakkı, idareye uygulanan kuralların toplamını, idare hukuku disiplininin kendisiymiş gibi tanıtmaktadır:

“Yönetim Hukukuna gelince bu alanda çok çeşitli kaynak olup bunlar gerçekte tekdüze ve uyumlu bir bütün ve sıralama oluşturmazlar (yekvücut bir silsile mēvaddı kanuniye). Örneğin bu metinler kanun ve nizamlardan onları temel alarak yönetimce yapılan kurallardan, amirden memura resmi emir biçiminde verilen buyruklardan oluşur. Bunlar öteki hukuk dallarında rastlanan tekdüze ve aynı nitelikte yasal kurallardan oluşan bir sistem değildir.”¹⁴⁷

İdareye uygulanan kuralların, özel hukuktaki gibi tek bir düstur ya da yasada toplanmamış olmasının ortaya çıkardığı dağınıklık, hukuk-i idarenin bir disiplin olarak sistemleştirilmesini önünde aşılması gereken bir engel olarak görülebilir. Bu durumda, tutarlı bir sistem kurmaya yarayan soyut kavram, kategori ve ilkeleri yaratmak, idare hukukçularına düşen bilimsel görevi zorlaştırmaktadır.

¹⁴⁴ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare**, 2. bası, Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896), s. 3 vd.

¹⁴⁵ Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, 1983, s. 58

¹⁴⁶ Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, 1995, s. 146 vd.

¹⁴⁷ İbrahim Hakkı'nın kitabından yapılmış alıntılarının bir kısmında, yazarın ifadeleri sadeleştiren Akıllıoğlu'nun makalesinden yararlanılmıştır: Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, 1983, s. 59.

Bu zorluğu sezmiş olduğu anlaşılan İbrahim Hakkı; idareye uygulanan kuralların hızla değişebilirliğini ve hukuk-i idarenin alanının genişleme eğilimini gerekçe olarak sunarak, bu alana giren konuların genel ve soyut bir sınıflandırmasının yapılamayacağını belirtmektedir. Fransız yazarların bile böyle bir sınıflandırmaya erişme çabasının yeni olduğu ve idare hukukunun miladını III. Cumhuriyet kabul ettikleri bir dönemde, idare hukuku konularının nasıl bir kurguyla ele alınması gerektiği sorusu İbrahim Hakkı'yı gerçekten düşündürmüş olacak ki, konu anlatımına geçmeden önce, kitabının başında *Derslerin Suret-i Taksimi* başlığını açmıştır. Batbie'nin ve Batbie'den daha fazla Mallein'in çalışmalarını örnekseyerek bilimsel sınıflandırma sorununu aşmaya çabalamıştır.

Roma hukukunun *personae-res-actae* ayırımından beri özel hukuka yerleşmiş *eşhas-eşya-muamelat* (kişi-eşya-işlem ya da kazanım yolları) üçlü ayırımının kitap bölümlendirmesine örnek alınması, "muâmelât" konusu altında idari işlemin anlatıldığı anlamına gelmemektedir. Muâmelât ile kastedilen, genel olarak idari işler ya da idareye düşen görevlerdir. İdarenin etkinlik alanı, muâmelât alanına karşılık geliyor gibi görünmektedir. İbrahim Hakkı, "toplumun büyüklüğü, uygarlıkta ilerlemesi, gereksinimlerin çoğalması gibi nedenler karşısında, idare hukukunun alanına giren konuların genel ve soyut olarak belirlenmesinin olanaksızlığı"na dikkat çekmekle birlikte, hükümete düşen görevler¹⁴⁸ ile yönetime düşen görevlerin¹⁴⁹ kabaca bir listesini vermektedir.

İbrahim Hakkı'nın, Darülfünun'da verdiği hukuk-i düvel derslerinde yardımcılığını yapan Ahmet Şuayb, daha sonraki tarihlerde kitaba dönüştürülmüş derslerinde,

¹⁴⁸ "Sivil yönetimin üstlendiği işler (umuru idarei adliye), adliye yönetimi (umuru adliye), kara kuvvetleri yönetimi (kuvvei umuru berriye), deniz kuvvetleri yönetimi (kuvvei umuru bahriye), posta ve telgraf işleri yönetimi gibi konular hükümetin asıl görevlerinden sayılabilir." Akıllıoğlu, "Hukuku İdare' Üzerine", 1983, s. 60.

¹⁴⁹ "Eğitim ve bayındırlık işleri, (...) sanayi ve ticaretin ilerleme nedenlerini, halkın zenginliğini (mal edinimini) arttırıcı önlemleri alma (...), halkın dinlenmesini ve refah içinde yaşamasını öngören önlemler de bu cümledendir." İbrahim Hakkı'dan aktaran: Akıllıoğlu, "Hukuku İdare' Üzerine", 1983, s. 60.

öğrencilerine hukuk-i idarenin konusunu anlatırken, her şeyden önce “devletin görevi nedir?” sorusunu sorma gereği duymakta, siyasal ve toplumsal kurumların devletle ilişkisini açıklamaya çabalamaktadır.¹⁵⁰

Gerek İbrahim Hakki'nın verdiği liste, gerekse Ahmed Şuayb'ın dersinde değindiği konular, kamu hizmeti kavrayışının birer nüvesi olarak yorumlanabilir.

İbrahim Hakki'nın gözüyle idare, “örgütte görev yapan idareciler (eşhas), idarenin malları (eşya) ve idarenin yürüttüğü işlerdir (muâmelât). Bir de, eşhas, eşya ve muâmelâtı düzenleyen, onlara uygulanan *kurallar silsilesi* vardır.¹⁵¹ Bu sayılanlar, idare hukukunun alanını çizmektedir. “Yönetmelik örgüt ve orada görev yapanların (heyet-i idare) görev ve hizmetlerini düzenleyen kurallardan oluşan hukuk” hukuk-i idare olarak nitelendirilmektedir.¹⁵² Muamelat kavramı, idari işlemleri karşılamamakta, idarenin işleyiş-eyleyişinin genel çerçeveden bir görünümü vermektedir. Bu çerçevede içinde, idarenin gördüğü kamu hizmetleri önemli bir yer tutmaktadır. İdari işlemler ya da eylemler, İbrahim Hakki'nın hukuk-i idare kavrayışının oldukça uzağında durmaktadır. İdarenin işleyiş-eyleyiş hali, hukuksal işlem ya da eylem olarak soyutlanmamaktadır.

İbrahim Hakki'nın hukuk-i idare öğretimini idareye uygulanan kuralların öğretimine eşitleyen yaklaşımına bağlı olarak, dersin konuları, örgütün kuralları (yapısal kurallar), malların kuralları, işlerin kuralları şeklinde bölümlenmektedir.

19. yüzyılın son çeyreği ile 20. yüzyılın ilk çeyreği arasında basılmış diğer hukuk-i idare kitapları için de aynı özellikler belirleyicidir. Hukuk-i idare hocaları, Osmanlı'nın giderek genişleyen mevzuatının konuları arasında bağlantı kurmak, kanun ve

¹⁵⁰ Ahmed Şuayb, **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri)**, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, İstanbul, 1327 (1911), s. 23 vd.

¹⁵¹ “ (...) kamu hukukunun uygulanması, kamu mallarının kullanılması, kamu paralarının toplanılması ve bunların sarfedilmesi, asker alma, kamu yararının korunması, toplum yararına önlemlerin alınması gibi amaçlarla konan yöntem ve kuralların büyük bir ‘silsilei mevad’ dı hukukiye’ oluşturduğu açıktır.” İbrahim Hakki'dan aktaran: Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, 1983, s. 61.

¹⁵² İbrahim Hakki'dan aktaran: Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, 1983, s. 60.

nizamnameleri başlıklar altında derlemek ve mantıksal tutarlılık içinde geleceğin kamu görevlileri olan öğrencilerine belletmek amacı gütmüştür. Burada kastettiğimiz başlıklar, mevzuatın ilgili olduğu konuya işaret etmektedir; soyut bir hukuksal kavram ya da kategori altında idare hukukunun sistemleştirilmesi söz konusu olmamaktadır.

İbrahim Hakkı ve O'nunla aynı dönemde eserler veren hukuk-i idare hocaları, idare hukukuna baktığında, bir *yönetmelik örgütlenme* ile o *örgüte uygulanan dağıntı kuralları*'dan daha fazlasını görememektedir. Bu bakış açısı, idare hukukunun konularının, soyut bilimsel kategori ve ilkelere göre değil de idareye uygulanan kurallar esas alınarak sınıflandırılmasını beraberinde getirmektedir. Normların bilgisi, soyut kategoriler içinde yeniden kurulmadan sıralanmaktadır. Kısım, fasıl gibi konu anlatımı düzeyi bulunan kitaplarda, alt düzey konu başlıkları son derece somuttur. "Bulgaristan Emareti, Tunus Eyaleti, Cebel-i Lübnan Sancağı, Girit Vilayati, Sisam Beyliği, Paris İdaresi, Latin Cemaati, Ermeni Katolik Cemaati, Protestan Cemaati vb." gibi ardarda sıralanan somut altbaşlıklarda, ilgili kurallar tek tek öğrenciye aktarılmaktadır. Hatta başlıklar doğrudan "Pasaport Kanunu, Cemiyetler Kanunu, Zabıta Kanunu, Kanun-i Matbuat, Ahz-ı Asker Kanunu, Idâre-yi Vilâyat-ı Layihâ-yı (Tasarı) Kanunisi vb." gibi açıklanacak kanunun adını taşıyabilmektedir. Doğrudan dersi anlatan hoca tarafından hazırlanmamış, öğrencilerce tutulan notlardan bastırılan kitaplarda ise, konular kısım ve fasıllara bölünmediği gibi, başlık düzeyleri bile bulunmamaktadır.¹⁵³

¹⁵³ Bir belirsizliğe dikkat çekme gereği duyuyoruz. Bazı kitaplarda idare hukuku konularının sınıflandırmaya oturtulmadan sıralama şeklinde akıyor görünmesinin hocaların kendi ders anlatımından mı öğrencilerin tuttuğu notlardan mı kaynaklandığını bugün için bilmek olanaksızdır. Ahmet Şuayb ile İsmail Hakkı (Görelî)'nin kitapları, konuların sınıflandırılmadan sıralanarak aktığı hukuk-i idare yazınında belirgin örneklerdir. Ahmed Şuayb adına basılan iki hukuk-i idare kitabı da kendisi tarafından yazılmamış, birinci ve ikinci sene dersleri Hocalarının iznini alan öğrencilerce bastırılmıştır. **Hukuk-i İdare (Birinci Sınıf Mahsus)**, Harik Matbaası, İstanbul, 1326-1327 (1910-1911); **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri)**, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, İstanbul, 1327 (1911). İsmail Hakkı'nın kitabı da kendi kaleminden çıkmamıştır. Mekteb-i Hukuk birinci sınıf derslerindeki sözlü anlatım kaynak alınarak, öğrencilerinden Mehmed Salahaddin tarafından kitaplaştırılmıştır: (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare, Birinci Sene**, Edeb Matbaası, İstanbul, 1328 (1912/1913).

Konuların nasıl sınıflandırılması gerektiğinin içinden çıkmakta zorlanıldığı ya da bazen hiç sınıflandırılmadığı bir bilimsel olgunlaşma düzeyinde, idari işlem konusunda bir sınıflandırma bulamamak şaşırtıcı değildir.

Hukuk-i idare derslerinde idari işleme ilişkin en yoğun bilgiyle Şûrâ-yı Devlet, memur yargılaması ya da idarenin denetimini sağlayan başka yollar anlatılırken karşılaştırılması beklenebilir. Fakat durum hiç de böyle değildir.

Örneğin İbrahim Hakkı'nın yukarıda verdiğimiz ders kitabı içeriğinden de görülebileceği gibi, Birinci Kısımın *İdare-i Merkeziye* başlıklı Birinci Faslında “Şûrâ-yı Devlet”,¹⁵⁴ *Muhakeme-i İdare* başlıklı Altıncı ve Son Faslında ise “Me'mûrîn Muhakemesi, Mecalis-i İdare, (bir kez daha) Şûrâ-yı Devlet, İhtilâ ve Divan-ı Muhasebat”¹⁵⁵ anlatılmıştır. Kanun-kavânîn, nizam-nizamât, karar-mukârreât gibi hukuksal işleme ait terimler, belirtilen konulara ayrılmış sayfaların içinden ancak seçerek saptayabildiğimiz terimlerdir. Birinci Faslında, Şûrâ-yı Devlet; oluşumu, işleyişi, üyeler ile reisin belirlenmesi, dairelerin görevleri, toplanma ve karar alma yöntemleri ağır basacak şekilde öğrencilere anlatılmıştır.¹⁵⁶ Altıncı Faslında, *deavi-i idare* (idare davası) kavramı memur yargılaması ile sınırlanmış, Şûrâ-yı Devlet'in idare aleyhine şikayetleri çözmesi ise bu kavramın kapsamı dışında bırakılmıştır.¹⁵⁷ İdare davasının açıklandığı satırlarda, *hukuk-i tasarrufiye ve intisabiye* ifadesi geçmektedir:

“Bu deavi başlıca iki kısma ayrılır. Ki birincisi devletin hukuk-u tasarrufiye ve intisabiye vesairece efrad ile münasebetten tevliid eden davalardır ve bunlar elveyim bizde mahâkim-i adliyece racidir ikincisi de me'mûrîn devletin vazife-yi memuriyetlerine ait hususattan dolayı icap eden

¹⁵⁴ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare**, 1312 (1896), s. 27-34.

¹⁵⁵ **Ibid.**, s. 242-278.

¹⁵⁶ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 1312 (1896), s. 27-35.

¹⁵⁷ Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2005, s. 193.

muhakemeleri keyfiyettir ki bu da me'mûrîn muhakematı hakkındaki usul ve mahâkime tabidir.”¹⁵⁸

Aynı ifade, idare mahkemelerinin görevini İbrahim Hakkı gibi *me'mûrîn muhakemesi* ile sınırlı olarak anlayan Ahmet Şuayb'in ders notlarında da geçmektedir:

“Bizde, devletin, hukuk-i tasarrufiye ve intisabiyece efrad ile münasebetinden mütevellid ihtilaf mahâkimi adliyeye gidiyor.”¹⁵⁹

Yukarıda iki yazardan alıntılanan cümlelerde, adli yargının denetimine konu edilen özel hukuk işlemlerinin “devletle kişiler arasındaki ilişkilerden doğması” dışındaki özelliklerini aydınlatan herhangi ek bir bilgi ile karşılaşılmamaktadır. Hukuk-i idare derslerinde, idarenin denetimin konusu olarak idari işlem için ayrı bir başlık açılmaması bir yana, farklı konular içinde idari işlem türlerinin adı anıldığında bile, işlem terimi havada asılı durmaktadır. Oysa hukuk-i idare derslerinin en azından idarenin denetimine, Şûrâ-yı Devlet'e ya da memur yargılamasına özgülenmiş sayfalarında, konularla ilgili kanunname ve nizamname hükümleri kadar Şûrâ-yı Devlet'in ya da idare meclislerinin kararlarına da yer verilseydi, idari işlem bilgisinin örnek kararların yorumundan doğması belki bir ölçüde söz konusu olabilirdi.

Hukuk-i idare hocalarının derslerinden çoğaltılmış kitapların hiçbirinde başlı başına idari işlem konusuna ayrılmış, herhangi bir bölüm, hatta başlık dahi bulamadığımızı yeniden vurgulamak gereği duyuyoruz. Buraya kadar incelediğimiz kitaplar Hukuk-i İdare adını taşıyan kitaplardır. Ancak aynı saptama, Kemalpaşazâde Sâid'in idarenin yargısal denetimine özgülenmiş *Mahâkim* (Mahkemeler)¹⁶⁰ kitabı için de geçerlidir. Kitap, yazarın mahkemelere ilişkin genel düşünceleri ile başlamakta,¹⁶¹ İkinci Fasılda,

¹⁵⁸ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 1312 (1896), s. 243.

¹⁵⁹ Ahmed Şuayb, **Hukuk-i İdare (Birinci Sınıf Mahsus)**, Harik Matbaası, İstanbul, 1326-1327 (1910-1911), s. 11.

¹⁶⁰ Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891).

¹⁶¹ Kemalpaşazâde Sâid, “*Mülâât-i Umûmiye*”, **Mahâkim**, Kitabçı Arakil, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1306 (1890/1891), s. 2-30.

“Mahâkim ile Kuvve-i İdâre-i Hükûmetin Yekdiğerine Karşu Hudûd-ı Vezâifi,¹⁶² Mahâkimin Karışmaması Lâzım Geleceği Yolunda Hâl Olunan Mesâil,¹⁶³ Mahâkimin Müdâhalesi Lâzım Geleceği Yolunda Hâl Olunan Mesâil¹⁶⁴” gibi konular işlenmektedir. Üçüncü Fasılda “Mahâkim ile Kuvve-i İdâre-i Hükûmetin Taktî’ Hudûd-ı Vezâifi”,¹⁶⁵ Dördüncü Fasılda “Usûl-i Muhâkemat-ı Me’mûrin”,¹⁶⁶ Beşinci Fasılda ““Usûl-i Tefsîr-i Kavânîn”¹⁶⁷ anlatılmaktadır. Beşinci faslın kanunların nasıl yorumlanması gerektiğine değinilecekmiş gibi bir izlenim bırakan başlığı yanıltıcıdır. Çünkü dönemine damga vuran şerhçi akımdan ayrılmayan Sâid Bey, bu başlık altında açıklığa kavuşturulmasını gerekli gördüğü kanunları yorumlamaktadır. Yazarın kitabının Altıncı ve Son Faslına “Hapishâneler”e ayırması ise, ceza yargılaması ile hapisane idaresini, idare mahkemelerinin incelendiği bir esere konu bakımından hiç de yabancı bulmamış olabileceğini düşündürmektedir.

Sâid Bey’in kitabında, diğer hukuk-i idare kitaplarında olduğu gibi, idari işlem başlığı ile karşılaşmamış olmamız bir yana, hukuksal niteleme eksikliği söz konusudur. İkinci Fasılda, adliye mahkemelerin karışmaması gereken, Üçüncü Fasil’da ise müdahale etmesi gereken idare işleri sıralanırken, idari kararlardan/hükümet kararlardan hiçbirinin idari işlem olup olmadığı, idari işlem ise türünün ne olduğu verilmemektedir. İki fasıl altında da sayılan örnekler, *idare/hükümet işlerini ilgilendiren* kararlardır. Bu kararların, ne bir kavram olarak adı ne de ait oldukları soyut idari işlem kategorisi vardır. Adliye mahkemelerin denetleyemeyeceği kararlara genel olarak, kolluk ya da

¹⁶² Kemalpaşazâde Sâid, “Mahkemeler ile Hükümet İdaresi Kuvvetinin Görevlerinin Birbirlerine Karşı Sınırları”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 30-31.

¹⁶³ Kemalpaşazâde Sâid, “Mahkemelerin Karışmamasını Gerektiren Meseleler”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 32-39.

¹⁶⁴ Kemalpaşazâde Sâid, “Mahkemelerin Müdâhalesini Gerektiren Meseleler”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 39-43.

¹⁶⁵ Kemalpaşazâde Sâid, “Mahkemeler ile Hükümet İdaresinin Görev Sınırlarının Ayrılması”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 43-57.

¹⁶⁶ Kemalpaşazâde Sâid, “Memurların Yargılanmasına İlişkin Usul”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 57-64.

¹⁶⁷ Kemalpaşazâde Sâid, “Kanunların Yorumlanmasına İlişkin Yöntem”, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 64-68.

hükümet işlevine ilişkin ya da yabancılar hakkında verilen kararlar örnek gösterilmektedir: Kolluğun bir yabancıyı alıkonulmasına/memleketten kovulmasına ilişkin emri, hükümetin yabancı bir hükümete teslim olunmasını uygun gördüğü bir şüpheli ya da hükümlünün alıkonulmasına ilişkin emri, idarenin yabancı hükümetlerin suçluların iadesi istemlerini yerine getirmek ya da getirmemek yolundaki kararı,¹⁶⁸ yabancı bir askerın memleketten salıverilmesine ilişkin dilekçesine ilişkin kararlar, devletin askeri önlemleri, savaşan devletlerin askerinin sınırdan girmesinin kabulü ve muhafazası, devletlere ait anlaşmaların uygulanmasını sağlamak için çıkarılan emirlerden¹⁶⁹ oluşan uzunca bir liste verilmektedir. Sayılanlara ek olarak, “eğitim kurumlarında öğrenci sayısını arttırmak ya da eksiltmek hakkında idare tarafından çıkarılan emirlerin sorgulanması, bir idare heyetinin oluşumunun usul ve nizama uygunluğu,¹⁷⁰ bir valinin, mutasarrıfın,¹⁷¹ kaymakamın veya müdürün genel sağlık kurallarına ihlal edeceği gerekçesiyle bir meskenin ya da işyerinin kapatılması için verdikleri emrin isabeti veya meşruluğu hakkında karar vermek adliye mahkemelerinin görev alanı dışında tutulmuştur.

Etkin idare karışma yasağı, Sâid Bey’in kitabının ana temasını oluşturmaktadır. Sâid Bey, somut örnekleriyle, yasağın iki yönünü de ortaya koymaya çalışmıştır: Mahkemeler, kişisel ve genel hukuk davalarını görebilirlerse de, bu görme kanunların ve hükümetten çıkan emirlerin icrasından kaynaklanan bütün davaları içine almamaktadır.¹⁷² Etkin idare karışma yasağı, idareden çıkmış, hali hazırda emirlerin adliye mahkemelerince “iptal, fesih, tazmin” gibi yaptırımlarla duraksamaya uğratılmasına ya da ortadan kaldırılmasına engel olduğu gibi, adliye mahkemelerinin idari işlere ilişkin kararları idare yerine geçerek almasını da kapsamaktadır. İkinci tür

¹⁶⁸ **Ibid.**, s. 32.

¹⁶⁹ **Ibid.**, s. 33.

¹⁷⁰ **Ibid.**, s. 34.

¹⁷¹ Tanzimat’ta sancakların en üst idari amirine verilen ad.

¹⁷² **Ibid.**, s. 34.

örnekler, etkin idareye karışma yasağının *idare yerine geçme yasağı* yönüne dikkat çekmektedir: Bir okulun kuruluş amacı; okula parasız veya az ücretle öğrenci alınması; okul programı; hastahanelerde tabiplerle cerrahların, eczacıların kabulü, istihdamı, ihracı, değiştirilmesi; fabrika ve madenler gibi genel menfaat için işletilen şeylerin faaliyette men edilmesi mahkeme hükmüyle belirlenebilecek konular değildir.¹⁷³

Verilen örnekler, yazar Sâid Bey'in bakış açısıyla, Fransa'daki gibi, saf idare işlemi olarak mı, yoksa hükümet işlemi olarak mı algılanarak yargı denetimi dışında sayılmıştır? Yoksa daha baştan idari işlem olarak tanınmamış mıdır? Yoksa örtük olarak idari işlem kabul edilip de adliye mahkemelerince denetlenmeleri yerindelik yasağı kapsamında mı düşünülmüştür? İdari işlemleri saptayan açık bir hukuksal niteleme, kavram türetme ya da irade açıklamalarını ortak özelliklerine göre sınıflandırma girişimi bulunmadığından bu soruların cevabını almak olanaksızdır. Yine de, Sâid Bey'in pek çok örnekle idari işlerin genel mahkemelerin uyguladığı ortak hukukun ya da kendi deyimiyle “şahsın hukukunun” dışında kaldığını defalarca vurgulanmış olması, 20. yüzyıla varılmadan Osmanlı'da adli işler-idari ayrılığına işaret etmesi bakımından son derece önemlidir.

Sâid Bey, adli işler ile idari işleri, “şahsın hukukunu” mu yoksa “memleket halkının tamamına ait menfaatlerin” mi korunduğuna göre birbirinden ayırmaktadır. Kişinin vilayet, kaza, nahiye gibi idarelerden olan alacağı için açtığı *şahsî hukuk davası*,¹⁷⁴ imtiyaz sözleşmesinden doğan zararın giderimi istemli *tasarruf hukuku davası*¹⁷⁵, hükümet tarafından verilmiş bir ihtirâ beratından elde edilmiş *inhisâr hukuku* (tek hakları) *davası*¹⁷⁶ gibi sınırlı birkaç örnek dışında, adliye mahkemelerinin görevsizliğinde ısrar edilmektedir. “Umumî idari işlerin görülmesinin mahkemelere,

¹⁷³ **Ibid.**, s. 35.

¹⁷⁴ **Ibid.**, s. 39.

¹⁷⁵ **Ibid.**, s. 40.

¹⁷⁶ **Ibid.**, s. 41.

şahsın hukukuyla ilgili adliye işlerinin de idare memurlarına havale edilememesi” ilkesi, adli işler-idari işler ayrılığının güçlü bir vurgusudur.¹⁷⁷

Hukuk-i idare hocaları, adli işler ile idari işlerin birbirinden ayrılmasını, kuvve-i adliye ile kuvve-i idârenin ile birbirinden ayrı olmasına, kısaca kuvvetler ayrılığına dayandırmaktadır. Sâid Bey’in 19. yy. son çeyreğinde, şahsi menfaatlerin hukukunu, genel menfaatlerin hukuku ile karşılaştırarak geliştirdiği kuvvetler arasındaki sınırları çizme yaklaşımının aynısı 20. yy. ilk çeyreğinde Ahmet Şuayb’ın ifadelerinde de sürdürülmektedir:

“Kuvve-i idâre (Pouvoir administratif) menâfi-i umûmîyeye müteallik husûsâtı idare eder. Kuvve-i adliye (Pouvoir judiciaire) menâfi-i hususiye arasındaki münasebâtı idare eder. Ve bu iki kuvve kanunu tatbik etmek vazifesiyle mükellef bulunuyor. Şu halde bir şey hatıra gelir: o da, her ikisi de kanunun tatbikiyle mükellefdir.”¹⁷⁸

İdari işlere ilişkin olup da emir ve karar olarak adlandırılan irade açıklamalarını, idari işlemlere ayrılmış bir başlık yerine farklı bölümler içinde rastlantısal olarak bulabilmemiz idarenin denetiminin, idarenin işlemlerinin denetimi olarak soyutlanmamasından kaynaklanmaktadır. 19. yy. hukuk-i idare yazarları, idarenin denetimini, eylem ve işlemlerin değil de doğrudan yöneticilerin yargılanması olarak kavramaktadır. Bu nedenle, nizamnamelerin koyduğu kurallar çerçevesinde memurların yargılanmasında izlenen yöntemler üzerinde durulmakta, işlem veya eylemlerden hiç söz edilmemektedir.¹⁷⁹ Hukuk-i idare hocalarında, yöneticiler tarafından dışavurulan iradenin idareye bağlandığı ve idarenin işlemleri ile denetlendiği gibi bir yaklaşım ile karşılaşılması, işlemlerin yargılandığı nesnel nitelikte iptal davası bilgisinin 19. yüzyılın hukukçularından çıkmadığını göstermektedir.

¹⁷⁷ **Ibid.**, s. 46-47.

¹⁷⁸ Ahmet Şuayb, **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri 1327 (1911)**, s. 52.

¹⁷⁹ Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891), s. 57 vd.; aynı yönde: İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 1312 (1896/1897), s. 242 vd.

Hukuk-i idare, kısaca, idarenin kurallarının (idareye uygulanan ve idarenin uyguladığı kuralların) hukukudur.

Tanzimat'ta idari işlem kuramsal yönden ne kadar zayıfsa, özel kişiler arasındaki sözleşmeler üzerinde Roma hukuku geleneğinin etkileri en az o kadar zayıf kalmıştır. Kıta Avrupası yaklaşımli idari işlem kuramı, Roma hukuku kurum ve kavramlarından beslenmişken, İslam Hukuku'nun akitlerin yorumlanmasına ilişkin esaslarının idari işlemin gelişimini yönlendirmesi söz konusu olmamıştır.

Osmanlı'da özel mülkiyetin gelişmeye başlamasının, kapitalist sözleşme ilişkilerinin hukukunu da beraberinde getirmesi beklenebilirdi. Oysa gündelik yaşamdaki ve ticari etkinliklerdeki ilişkiler büyük ölçüde İslam Hukuku'nun akitlere ilişkin kurallarına, muamelata ilişkin fıkıh yorumuna tabi olmaya devam etmiştir. İdare hukukunun olduğu kadar özel hukukun geçmişini de daima yargılayan Onar'ın sözleriyle, “Fransızca'dan anlaşılmadan tercüme edilen Ticaret Kanununun ve diğer hususî kanunların Mecelle ile hiçbir alâkası yoktur. Bu kanunlar iktibas edilirken hangi ihtiyaçlara tekabül ettikleri bilinmemektedir. Tatbikatçılar ise, bunları fıkıhın metodu ile, yani sarf ve gramer ve isagoci yardımıyla anlamaya çalışmışlardır.”¹⁸⁰ Batı'dan alınan Ticaret Kanunnamesi, şer'î hukuku düzenlemek için çıkarılan Mecelle ve genel olarak fıkıh arasındaki uyumsuzluk, tutarlı bir sözleşme kavrayışı oluşturmaya engel olmuştur. “Tanzimat maarifte eski köklü, ananeli fakat rolünü bitirmiş medresenin yanına mektebi koyduğu gibi şer'îye mahkemelerinin yanına nizamiye mahkemelerini, ahkâmı şer'îyenin ve fıkıhın karşısına Avrupa kanunlarını koymuştur.”¹⁸¹ Onar'ın *hukuk ikiliği* adını koyarak incelediği¹⁸² bu durum, aslında ikilikten de öte, *hukuk çokluğu*'dur. Toplumsal

¹⁸⁰ Sıddık Sami (Onar), “Cumhuriyet ve Hususî Hukukumuz”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 31, Birinciteşrin (Ekim) 1933, s. 18.

¹⁸¹ Sıddık Sami (Onar), “Adliyemizde Yeni Temayüller”, 1932, s. 1.

¹⁸² Sıddık Sami Onar, “Les transformations de la structure administrative et juridique de la Turquie et son état actuel”, **Revue Internationale des Sciences Administratives**, no: 4/1955, Les Éditions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1955, s. 772 vd.

ilişkilerin çerçevesinin ortak kanunlarla çizildiği ulusal tekçi hukuk sisteminin aksine; dinsel aidiyet, hatta cemaat aidiyeti, yabancılık, kapitülasyonlara bağlı ayrıcalıklardan yararlanıp yararlanmama gibi taraflara ait özelliklerin gerek uygulanan hukuku gerekse uyumsuzlukların çözüm yerini değiştirebildiği, hukuk kurallarının farklı kaynaklardan belirlendiği bir yapı içinde, bütüncül bir sözleşmeler sistemi ortaya çıkamamıştır. Üstelik Tanzimat, Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu'nda *serbesti-i mukavelât*'ı kabul eden değişikliğe rağmen, modern özel hukukun sözleşmeleri tarafların iradesi ve kamu düzeni ile çelişmemek şartıyla geçerli sayma ilkesini de yerleştirememiştir. Mecelle'nin akitlerin sıhhat şartlarına ve âkitlerin ileri sürebilecekleri geçerlik şartlarına ilişkin hükümleri bu akitleri çoğunlukla feshe maruz bırakmış ve kötüniyetli âkitler bu durumdan yararlanmıştır. İşlemlerde güven ve süreklilik olanağı kalmamıştır. Hukuk ikiliği hatta hukuk çokluğu; özellikle ticari işlemleri zora sokmuştur, Ticaret Kanunu'nu neredeyse hükümsüz kılmıştır.¹⁸³

Bugün için, Osmanlı Dönemi'nin hukuk-i idare eğitiminin *tarihsel vesikası* olarak görebileceğimiz ders kitaplarındaki bazı açıkları ve idari işleme ilişkin kavramlaştırmanın yokluğunu saptadıktan sonra; başlangıç düzeyinde kazanımlarla sınırlı olsa da, hukuk-i idarenin idare hukukuna birkaç noktada kayda değer katkısının bulunduğunu belirtmeden geçemeyiz. Ders kitaplarının basıldığı dönem Abdülhamit'in istibdatına denk gelmesine rağmen, gerek kuvvetler ayrılığı ilkesine gerekse idari rejimin temelinde yatan adli-idari işler ayrılığı ilkesine derslerde önemli yer ayrılmaktadır. Ayrıca, kamu hukuku (*hukuk-i siyâsiye*) ile özel hukuk (*hukuk-i husûsiye*) birbirinden ayrılan iki farklı alan olarak öğrencilere tanıtılmaktadır. Bunlara karşılık, hükûmet-idare ayrımı konusunda pek fazla yol katedilmemiştir. Yönetime düşen görevler olarak ifade edilen kamu hizmeti anlayışı yine bu dönemde belirlemiştir. Fransız İdare Hukuku, Osmanlı yönetimin maddi varoluşuna uyarlanmamış, esinlenilmiş,

¹⁸³ Siddık Sami (Onar), "Cumhuriyet ve Hususî Hukukumuz", 1933, s. 20.

özetlenerek çevrilmiş ya da doğrudan aktarılmış bilgileriyle 19. yy. Türkiye'sine girmiştir.

Ne var ki, anmadan edemediğimiz bu gibi katkılar, I. Cumhuriyet hukukçularının idare hukukunu üzerinde yükseltmeye değer gördüğü bir kuram haznesi oluşturamamıştır. 1920'li ve 1930'lu yıllarda yayımlanan eserler, hukuk-i idare kitaplarının aksine, mevzuat açıklamasına oldukça sınırlı yer vermektedir. Alman ve Fransız kamu hukuku kaynaklı kuramların yazarların kendi görüşleri ile beslenerek açıklanması daha baskındır. Fransa'da idare hukukunun gerçek gelişiminin 1870'lerin başında başladığı genel kabul görmektedir. Jèze, bir önceki kuşağa yönelttiği eleştiride yalnız değildir. Ancak, 19. yüzyılın son çeyreğinde geçmişi sorgulayan Fransız kamu hukukçuları, kendilerini yetiştiren hocalara, okudukları kitaplara eleştirmek için de olsa atıfta bulunmayı bırakmamıştır. Kendi bilimsel konumlarını, geçmişle aralarında mesafeler açarak belirlemiştir. Geçmişten onunla hesaplaşarak kopmuşlar ya da geçmişten onu eleştirerek başkalaşmışlardır. I. Cumhuriyet'in ilk çeyreğinde ise, hukuk-i idare unutulmuş, buharlaşmış tarihöncesi gibidir. Osmanlıca kitaplara sırt çevrilmesi, geçmişi açıkça mahkûm eden bir kopuştan çok, hukuk-i idare ile idare hukukunun içerik yönünden birbirine bağlanamamasının bir sonucu olarak ortaya çıkmış görünmektedir. Cumhuriyet'in idare hukukçuları, idari işlem kuramını geçmişte zorlukla arayarak geliştirmek yerine, Kıta Avrupası hukukunu kendi çağlarının erişmiş olduğu gelişkinlik aşamasında yakalayıp üzerinde çalışmaya koyulmuştur.

C. İşlem Bilgisi Geliştirebilecek Sabit Kadro ve Kürsülerin Yokluğu

Sultan Abdülhamit Döneminde, istibdat ve sansüre rağmen, Doğu ve Batı kültürünü bilen muhalif bir gençlik yetişmiştir. Doğu-Batı kimliğine sahip bu gençlik Balkan Harbi ile başlayan on bir yıllık savaş sürecinde büyük ölçüde erimiş ve Türkiye'ye bu

mirastan çok fazla bir şey kalamamıştır.¹⁸⁴ Yine de Tanzimat'ın Osmanlı'nın çöküş evresi olduğu kadar Cumhuriyet'i kuran kadroların içinde yeşerdiği bir evre de olduğu dikkate alınır, hukuk-i idare hocalarının, İsmail Hakkı Görelî dışında, Cumhuriyet ile adeta buharlaşması sorgulamaya değerdir.

Tanzimat hukukçularının sonraki kuşaklara idari işlem bilgisi bırakamaması; savaşların eğitimi son derece güçleştirmesi, hukuk eğitimine yüklenen tarihsel işlevin kural şerheden ve geleceğin memurlarına uygulayacakları öğreten bir hukukçu modeli yaratması gibi olgularla olduğu kadar, kendi birikiminden beslenen otarşik denilebilecek bir idare hukuku bilim topluluğunun oluşmaması ile de doğrudan ilintilidir. Gerek öğretim elemanlarının asıl mesleki aidiyetinin okullar olmaması, gerekse okulların yapılanmasında kürsüleşme ve kadrolaşmanın 1933'e kadar gecikmesi kuşaklararası aktarımı olanaksızlaştırmıştır. Sık sık kurumsal kesintilere uğrayan hukuk eğitimi, kendisini yalnızca öğretme ve araştırma etkinliklerine özgüleyecek bir akademik işgücü planlamasından yoksun kalmıştır. Açılan okullar için gerekli öğretim elemanlarının yetiştirilmesine gereken önem verilmemiştir. Zaman zaman başta Fransa olmak üzere çeşitli Avrupa ülkelerine öğrenciler gönderilmişse de, geri dönenlerin pek azı öğretim alanında görev almış, büyük bölümü idari görevlerde kullanılmıştır.¹⁸⁵ Bu yıllarda bağımsız bir akademisyenlik mesleği olmadığından idari görevlerde bulunanlar *ilave-i memuriyetle* hocalık yapmışlardır.¹⁸⁶ Ek görev olarak işleyen müderrislik ve muallimlik kurumları, hocalardan yeterli derecede verim alınmasını ve uzun süre görev yapmalarını engellemiştir.¹⁸⁷ Hukuk eğitimi ancak ilmiye, askeriye ya da kalemiye ana hizmet sınıflarına mensup olanların gelecek memurluk kadrolarını doldurması

¹⁸⁴ Ortaylı, **Osmanlı'ya Bakmak**, 2016, s. 125.

¹⁸⁵ Dölen, **Türkiye'de Üniversite Tarihi 1**, 2009, s. 21.

¹⁸⁶ Ali Adem Yörük, **Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)**, (basılmamış yüksekisans tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 90.

¹⁸⁷ **Ibid.**, s. 95.

beklenenlere meslek gerekleriyle sınırlı bir deneyim ve donanım aktarmasına hizmet edebilmiştir.

Hocaların öğretim faaliyeti dışında mesleki etkinliklerde bulunması, sürekli ve düzenli bir yükseköğretim sistemi kurmanın önündeki engellerin başında gelmiştir. Öğrenciler de hocaları gibi, kendilerini eğitime özgüleyememiş, hukuk öğrenimi dışındaki mesleki etkinliklerini sürdürmüştür. Bu nedenle, haftalık ders saatleri yoğunlaştırılmamıştır. Kurumlar ve mesleki sıfatlar arası geçişliliğin bu denli sık olduğu bir işleyişten kürsüleşme üzerine kurulu bilim toplulukları oluşması da beklenemeyecektir.

Cemil Bilsel, sorunu çok iyi özetlemektedir:

“Profesörlük meslek değildi. Bütün hocalarımız tedris işini bir ilâve olarak almışlardı. Orta öğretimde olduğu gibi, yüksek öğretimde de, öğretmenin bir ihtisas işi olduğu fikri hiç kimseye gelmemişti. Talebe de baştan başa dairelere kâtip ve memur olarak devam edenlendi. / Hoca yalnız hoca, talebe de yalnız talebe olmadıkça ilim hayatı başlamaz. Zaten mektep bir yüksek ihtisas mektebi idi.”¹⁸⁸

İmparatorluk’tan Cumhuriyet’e geçiş, eğitimli insan kıtlığı çekilen bir evredir. Maarif-i Umûmiye Nizamnâmesi’nde yazılı dersleri okutacak hoca bulmakta güçlük çekileceğinden Nizamnâme’ye derslerin Türkçe ve Fransızca okutulmasına olanak tanıyan hüküm konulmuştur.¹⁸⁹ Derslerin Türkçe okutulması ilkesi geçerli olmakla birlikte, Türkçe okutacak hocaların sayıca azlığı karşısında Fransız hocalardan ve ders malzemelerinden yararlanma gereği kendini dayatmıştır. Hatta tezlerin savunmaları bile Türkçe ve Fransızca yapılmıştır.¹⁹⁰ Ek iş olarak hukuk-i idare hocalığı yapılmasının yanısıra, hocalar kürsülerin bulunmadığı okullarda birden fazla alanda derse girmiştir.

¹⁸⁸ Bilsel, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, 1944, s. 98-99.

¹⁸⁹ **Ibid.**, s. 33, 42.

¹⁹⁰ **Ibid.**, s. 42.

Hukuk-i İdare adını taşıyan on kadar kitap arasında ilk ders kitabının yazarı, ilk modern kamu hukukçularından İbrahim Hakkı Paşa'nın özgeçmişine göz atalım: İbrahim Hakkı, elli beş yıllık yaşamında (1863-1918), Mekteb-i Mülkiye'yi bitirdikten sonra Tahrirât-ı Hariciye kalemine girmiştir. II. Abdülhamit Döneminde, Meclis-i Sıhhiye üyeliği, Mabeyn mütercimliği, Babîâli hukuk müşavirliği görevlerinde bulunmuştur. II. Meşrutiyet'in ilanından sonra, Maarif, Nafia ve Ticaret, Hariciye nazırlığı ve Sadrazamlık (1908-1911) yapmıştır. Berlin Büyükelçiliği görevindeyken dizanteriden ölmüştür. Bu gibi çeşitli makamlarda görev almasının yanında tarih, hukuk-i siyâsiye, hukuk-i idare ve hukuk-i düvel muallimliği yaptığı görülmektedir.¹⁹¹ 1887'de *Hukuk-i Tarih* muallimliğine, 1888'de *Hukuk-i Siyâsiye* muallimliğine atanmıştır. Eylül 1882'den itibaren *hukuk-i idare*, Ocak 1894'ten itibaren *hukuk-i düvel* derslerini vermiştir. Birinci sınıfa okutulan *Mukaddime-i İlmi Hukuk* dersi için bir risale kaleme almıştır.¹⁹² *Hukuk-i İdare*¹⁹³ kitabının yanında *Hukuk-i Düvel* kitapları da yazmıştır.¹⁹⁴ Bunlara ek olarak, tarih,¹⁹⁵ din bilimi/din tarihi¹⁹⁶, tarih/coğrafya¹⁹⁷ ve maliye¹⁹⁸ alanlarında kitapları da bulunmaktadır.

¹⁹¹ İbrahim Hakkı (İstanbul 1863-Berlin 1918)'nin özgeçmişi ve eserleri hakkında daha derin araştırma verileri için bkz.: Akıllıoğlu, "Hukuku İdare" Üzerine", 1983, s. 56-69; Ahmet Cihan, "XIX. Yüzyıl Osmanlı Türkiyesi'nde İdare Hukuku Eğitimi ve Türk İdare Hukukçuları", **İHİD**, Cilt 12, Sayı 1-3, 1991, s. 120-123; Muharrem Dördüncü, "Sadrazam İbrahim Hakkı Paşa'nın Hayatı ve Avrupa Seyahati", **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1, 2015, s. 79-97; Ali Adem Yörük, **Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri**, 2008, s. 110; Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 94.

¹⁹² İbrahim Hakkı, **Mukaddime-i İlmi Hukuk**, İstanbul, 1319 (1903/1904).

¹⁹³ İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cilt II**, Karabet Matbaası, İstanbul, 1308 (1892/1893); İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 2. tab, Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896/1897).

¹⁹⁴ İbrahim Hakkı'nın Hukuk-i Düvel alanındaki üç kitabı: İbrahim Hakkı, **Medhal-i Hukûk-ı Beyneddüvel**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1303 (1887/1888); İbrahim Hakkı, **Tarih-i Hukuk-i Beyneddüvel**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1303 (1887/1888); İbrahim Hakkı, **Hukuk-i Düvel**, Matbaa ve Kütüphane-i Cihan, İstanbul, 1327 (1911/1912).

¹⁹⁵ İbrahim Hakkı, **Küçük Osmanlı Tarihi**, İstanbul, 1305 (1889/1890); İbrahim Hakkı, **Tarih-i Umumî, Cilt I-II**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1305 (1889/1890); **Cilt III**, Kasbar Matbaası, İstanbul, 1306 (1890/1891); İbrahim Hakkı, **Zübde-i Tarih-i Osmanî**, Mekteb Kütüphanesi İdâdiye Kısmı, İstanbul, 1309 (1893/1894), İbrahim Hakkı, **Zübde-i Tarih-i Osmanî** Mekteb Kütüphanesi İdâdiye Kısmı, İstanbul, 1312 (1896/1897).

¹⁹⁶ İbrahim Hakkı - Mehmed Azmi, **Muhtasar İslam Tarihi**, Kasbar Matbaası, İstanbul, 1284 (1868/1869); İbrahim Hakkı - Mehmed Azmi, **Muhtasar İslam Tarihi**, Gündüz Kitabevi, Ankara, 2008.

¹⁹⁷ İbrahim Hakkı - Mustafa Midhat, **Muhtasar Kıbrıs Coğrafyası ve Muhtasar Kıbrıs Tarihi**, Hilmi Kitaphanesi, İstanbul, 1338 (1920).

¹⁹⁸ İbrahim Hakkı, **Usûl-i Maliye**, Karabet Matbaası, İstanbul, 1315 (1899/1900).

Çevresinde daha çok “Lastik Sâid Bey” olarak bilinen, *Mahâkim*¹⁹⁹ adlı hukuk-i idare kitabının yazarı Kemalpaşazâde Sâid (1848-1921) ise, devletler hukuku alanında ilk Türkçe eser olma özelliğini taşıyan *Hukuk-i Düvel*'in de yazarlarından²⁰⁰ Ayrıca, 1301-1304 (1883-1886) yılları arasında Hukuk Mektebi'nde okuttuğu, günümüzde anayasa hukuku ve idare hukukuna karşılık gelen derse ait notları *Hukuk-i Siyâsiye-i Osmânîye* adıyla yayınlanmıştır.²⁰¹ Sâid Bey, kitap basıldığı sırada Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi'dir. İlk memuriyetine 1868'de Şûrâ-yı Devlet'te başlamış; burada 1874'e kadar muavin, kâtip ve başkâtip olarak görev yapmıştır. 1885'te Şûrâ-yı Devlet'e Muhakemat Dairesi üyesi göreviyle geri dönmüştür. Aynı yıl Muhakemat Dairesi Reisi, 1894'te Şûrâ-yı Devlet bünyesinde teşkil edilen Bidayet Mahkemesi Reisi olmuştur. Bu görevi, “devlet ve saltanat aleyhine neşrolunan muzır neşriyata muavenet ve dedikoduya sebebiyet” gibi suçlamalar nedeniyle 1899 yılında Yemen'e sürülmesine kadar devam etmiştir. II. Meşrutiyet'in ilanı üzerine çıkarılan genel aftan yararlanan Sâid Bey, 1908'te İstanbul'a dönerek Şûrâ-yı Devlet'e Tanzimat Dairesi Başkanlığı'na tayin edilmiştir.²⁰² Hukukun pek çok alanında ders vermiş, kitaplar yazmış Sâid Bey eşzamanlı olarak Şûrâ-yı Devlet'te görev yapmıştır.

İlm-i Servet ve Usul-i İdare müderrisi, Ulâ Sânisî rütbesindeki Sakızlı Ohannes Efendi (1830-1912), Mekteb-i Mülkiye'nin ilk müdürü Ali Nizamî Paşa tarafından, ek görev olarak, *Usul-i İdare* dersi ile *İlm-i Servet-i Milel* (Genel Ekonomi) dersleri müderrisliğine getirilmiştir.²⁰³ 1878'de Ticaret Mahkemesi Reisi; 1866'da Divan-ı

¹⁹⁹ Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, 1306 (1890/1891).

²⁰⁰ Kemalpaşazâde Sâid (Cebraîl Gregor ile birlikte), **Hukuk-i Düvel**, İstanbul, 1299 (1883/1884).

²⁰¹ Kemalpaşazâde Sâid, **Hukuk-i Siyâsiye-i Osmânîye**, Geram Matbaası, İstanbul, 1329 (1913/1914). **Medhal-i Usul-i Mes'uliyet-i Vükela** (İstanbul, 1326 (1890/1891) isimli vekillerin işledikleri suçlardan doğan sorumluluklarını incelediği bir kitabı da bulunmaktadır. Hukuk dışındaki alanlarda yazılmış, kitap türü dışında daha pek çok çalışmasını burada anmıyoruz. Çalışmalarını tek tek tanıtan bir makaleye bakılabilir: Mehmet Ali Beyhan, “Bir II. Abdülhamid Devri Aydını'nın Profili...”, 1993, s. 188 vd.

²⁰² Kemalpaşazâde Sâid'in özgeçmişi ve özellikle Osmanlı aydını kimliği hakkında bir araştırma için bkz.: **Ibid.**, s. 165-207.

²⁰³ Nuran Kara Pilehvarian, Muzaffer Tıraş, **Mektebi Mülkiyenin İstanbul Yılları**, Ankara Üniversitesi Yayınları no. 363, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları no. 605, İstanbul, Nisan 2013, s. 133-138.

Muhasebat (Sayıştay) Müdde-i Umumi'si; 1892'de Şûra-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi olmuştur. Mülkiyede yetiştirdiği öğrencilerinden II. Abdülhamit'in Başmabeyncisi Mehmed Arif Bey'in (Mülkiye 1302 (1866) mezunu) tavsiyesiyle Portakal Mikael Paşa'nın vefatından sonra açılan Hazine-i Hassa Nazırlığı'na, 1313 (1897)'te vezirlik payesi ve paşalık rütbesi verilerek getirilmiştir. Böylece Mülkiye'deki müderrislik görevi sona ermiştir.²⁰⁴

Muallim ve müderrislerin adeta yüksek memurluk görevine ek iş olarak ders vermesi ya da ders verirken yüksek memurluk görevine nakli, dersleri kesintiye uğratabilmiştir. Bu sorun, 1930'lara kadar giderilememiştir. Muallim ve müderrisliği ek iş olarak yapmayan, sadece okulda çalışan hocaların ise, derslerarası geçişliliği ve aynı anda birden fazla dersi vermesi disiplin-kürsü-kadro bakımından keskin bağlantılar kurulmasını engellemiştir. Mekteb-i Mülkiye'nin 1859'da açılışından yaklaşık 1930'lara kadar verilen dersleri, dersleri veren müderris ve profesörleri, onların göreve başladığı ve ayrıldığı tarihleri ve görevden ayrılma nedenlerini gösteren tablo²⁰⁵ incelendiğinde, Okul ile yüksek memurluklar arasında nakil, derslerarası nakil veya *görevlendirme tahvili* olgularının bir hayli yaygın olduğu dikkat çekmektedir. Dikkat çeken bir diğer olgu ise, derslerin çok sık kaldırılması ya da bazen bir diğerine eklenmesidir. Dersler içerik ve zamanda sabitlenmediği gibi, bunları verecek sabit kürsüler de oluşmuş değildir. Örneğin Sıddık Sami (Onar)'nin Mekteb-i Mülkiye'de verdiği derslerin kısa aralıklarla *müderrislik görevinin tahvili* yoluyla değiştirildiği, 1922'den itibaren farklı alanlarda ders anlattığı görülmektedir:

²⁰⁴ Mücellitoğlu Ali Çankaya, **Yeni Mülkiye Târîhi ve Mülkiyeliler (Mülkiye Şeref Kitabı), Cilt II (1859-1968)**, Mars Matbaası, Ankara, 1968-1969, s. 1058.

²⁰⁵ Mücellitoğlu Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler**, Cilt I, 1954, s. 289-318.

Dersin adı	Göreve başlama tarihi	Görevden ayrılma tarihi	Gerekçe
Hukuk-i Düvel	13.9.1341 (1922-1923)	10.7.1926	-
Devletler Hususî Hukuku	1.9.1926	9.2.1927	Medenî Hukuk müderrisliğine tahvil
Medenî Hukuk	5.2.1927	-	-
Usul-i Muhâkemat-ı Hukukiye, Hukuk Muhakemeleri Usulü	5.2.1927	?	

1930'lara doğru, hukuk fakültelerinde ders verebilecek yetişmiş hukukçu kadrosu açığı kapatılabilmiş değildir. Cumhuriyet'in ilk yükseköğretim kurumu sıfatı ve “yeni Türk toplumsal yaşamının kurucusu ve güçlendiricisi olma savı”²⁰⁶ ile 5 Kasım 1925 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi çatısı altında öğretim faaliyetlerine başlayan Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin kuruluş çalışmalarında, öğretim üyesi bulmanın son derece zor olduğu milletvekilleri tarafından dile getirilmiştir. Kadro sorununun çözümü amacıyla, çoğunluğunu Avrupa'da öğrenim görmüş aydın ve genç hukukçuların oluşturduğu milletvekilleri, Darülfünun programlarına göre belirlenen dersleri aralarında paylaşmıştır.²⁰⁷

Darülfünun-ı Sultanî Hukuk Mektebi ile İstanbul Hukuk Mektebi'nde, Osmanlı Devletindeki şer'î hukuk örfî hukuk ikiliğine bağlı olarak, şer'î hukuk ile ilişkili dersler medreselerde yetişmiş hocalar tarafından yürütülmüş, Batıdan alınmış hukuk kurumları ise bir miktar yurtdışında eğitim görmüş gayrimüslim hocalar tarafından öğretilmiştir. 1933 tarihli Darülfünun Tasfiyesi ve Üniversite Reformu'na kadar ordinaryus, profesör doçent gibi akademik dereceler bulunmaktadır. Hocalara *muallim* denilmekte, asistanlar ise mürit olarak geçmektedir. Nitekim Ankara Adliye Hukuk Mektebi hocalarının alacağı ünvan üzerinde çok tartışılan konulardan biri olmuştur. İstanbul'daki

²⁰⁶ Gazi Mustafa Kemal Paşa'nın Ankara Hukuk Mektebi'nin açılışında verdiği söylevin metni için bkz.: Ahmet Mumcu, **Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975) “Ankara Hukuk Fakültesinin Yarım Yüzyıllık Tarihi”**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 75-84.

²⁰⁷ **Ibid.**, s. 123.

hocalar medreselerden kalma *müderris* ünvanını kullanmaya devam ederken Ankara Adliye Hukuk Mektebi hocaları, kendilerine bu unvan ile hitap edilmesini istememiştir; Batı'nın modern yükseköğretim kurumlarında kullanılan *profesör* ünvanını seçmiştir.²⁰⁸ Ankara Adliye Hukuk Mektebi Talimatnâmesinin Mer'iyete Vaz'ı Hakkında Kararname'nin 5. maddesinde, “her dersin müstakil bir profesörü vardır” denilmek suretiyle Türkiye’de profesör terimi ilk kez mevzuata girmiştir.²⁰⁹ İstanbul’da ise, ancak Darülfünun yerine İstanbul Üniversitesi’nin kuruluşuyla müderrisler *ordinaryus*, muallimler ise *profesör* ünvanını almışlardır.

Tanzimat’ın okullaşma girişimlerinin süreklilik açısından en önemli zaafı esasen selef-halef ilişkisini düzene oturtacak asistanlık mesleğinin yerleştirilememesidir.²¹⁰ Hoca-öğrenci ilişkilerini resmîleştirecek kurumsal bir çerçeve yoktur. Mektebin ilk yıllarında kurumsal bir yapı arzetmemekle beraber *muallim muavinliği* -ki II. Meşrutiyet döneminde Avrupa’da eğitim görüp dönüşlerinde hocalık yapacak kişiler için kullanılacak bir tabirdir- kurumunun varlığı bilinmektedir. Muallim muavini Nazmi Efendi’nin Maarif Nezareti’nin emri üzerine, müdür Aziz Beyefendi tarafından görevden alındığı esnada müdüriyet, mektepte muallim muavinliğine gerek olmadığını Maarif Nezareti’ne bildirmiştir (19 Kasım 1891/17 R 1309, HMT, s. 72). Mektepte muallim yardımcılığı görevini yıllar sonra üstlenen diğer bir kişi İbrahim Hakkı Paşa’nın Hukuk-i Düvel derslerindeki yardımcısı Ahmed Şuayb’dır.²¹¹

1912 tarihli Darülfünun Nizamnâmesi, hocaları *müderris* ve *muallim* olarak ikiye ayırmıştır. Darülfünun’a tüzelkişilik ve bilimsel özerklik tanıyan 1919 tarihli

²⁰⁸ Ertuğrul Akçaoğlu, “Ankara, Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu ve İlk Yılları”, **TBB Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 374-375.

²⁰⁹ Emre Dölen, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 4: İstanbul Üniversitesi (1933-1946)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 278, Akademya no. 10, İstanbul, Nisan 2010, s. 71.

²¹⁰ Yörük, **Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri**, 2008, s. 95, dn. 360.

²¹¹ Ahmet Şuayb’ın ders anlatımı, hocası İbrahim Hakkı’nın kiler gibi *Hukuk-i İdare* kitabına dönüştürülmüştür: Divanı Muhasebat Müdde-i Umûmîsi, Darülfünun-ı Osmânî Hukuk Fakültesi Muallimlerinden Ahmed Şuayb, **Hukuk-i İdare (Birinci Sınıf Mahsus)**, 1326-1327 (1910-1911); Ahmet Şuayb, **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri)**, 1327 (1911).

Darülfünun-ı Osmânî Nizamnamesi ise, bilimsel konularda müderrisler meclisleri ile kürsüleri yetkilendirmiştir. Müderrislik ve muallimlik belli nesnel koşullara bağlanarak atama yöntemiyle yerine getirilen görevlere dönüştürülmüştür. Ayrıca, bazı medreselerde muavin ve müritlerin (asistanların) bulunması öngörülmüştür. Nizamnâme'yi tamamlayan İstanbul Darülfünunu Talimatnâmesi'nde, "Darülfünun heyet-i ilmiyesinin müderris, muallim ve müderris muavinlerinden oluştuğu" belirtilmektedir. Talimatnâme'nin getirdiği en önemli yeniliklerden biri tam gün çalışma esasıdır.²¹² Bu dönemde asistanlık kurumunun ve akademik kariyer anlayışının henüz gelişmemiş olduğu saptanmaktaysa da,²¹³ Nizamnâme ile Talimatnâme'nin getirdiği yenilikler, hocaların yükseköğretim dışında idari, askeri, adli hatta bakanlık gibi siyasi makamlarda bulunmasının etkilerini hafifleten sabit kadrolar oluşturma ve kürsüleşme yönünde küçük de olsa bir adım olarak değerlendirilebilir.

Mütareke Döneminde, 1908'den beri bir türlü hazırlanamayan Darülfünun-ı Osmanî Nizamnâmesi, 11 Teşrinievvel 1335 (11 Ekim 1919) tarihinde çıkarılarak Darülfünun'a bilimsel özerklik tanınmıştır.²¹⁴ Müderrislik ile muallimlik için atama şartı getiren, ayrıca bazı medreselerde (fakültelerde) muavin ve müritlerin (asistanların) bulunmasını öngören 1919 tarihli Nizamnâme, tam zamanlı çalışma esasını bile yerleştirememiş, akademik meslek anlayışını gelişkin bir düzeye taşımaya yeterli olmamıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 3 Mart 1924 tarihinde kabul edilen 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu (Öğretim Birliği Yasası), ülkedeki bütün eğitim kurumlarının

²¹² İstanbul Darülfünunu Talimatnâmesi m. 16: Müderris, muallim ve müderris muavinleri hariçte resmî ve hususî diğer bir vazife deruhte edemezler." Aktaran: Emre Dölen, **Türkiye'de Üniversite Tarihi 2: Cumhuriyet Döneminde İstanbul Darülfünunu (1922-1933)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 276, Akademya no. 8, İstanbul, Şubat 2010, s. 9.

²¹³ Özcan, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi", 2003, s. 144.

²¹⁴ **Düster**, 2. Tertip, Cilt 11, İstanbul 1928, s.401-409; **Takvim-i Vekâyi**, Sayı 3677, 25 Muharrem 1338, 21 Teşrin-i evvel 1335 (1919). "Darülfünun maarif-i âliyenin inkişaf ve terakkisine hadim Hukuk, Tıp, Edebiyat ve Fünûn Medreselerinden müteşekkil bir müessese-i ilmiyedir" (m. 1). "Darülfünun ilmî muhtariyeti haizdir". 8.2) Nizamname metninin tamamı için ayrıca bkz.: Sadi Irmak, "Pozitif Bilim Kuruluşları ve Darülfünun'dan Üniversiteye Geçiş", in **Cumhuriyet'in 50. Yılında İstanbul Üniversitesi**, (haz. Sadi Irmak), Sermet Matbaası, İstanbul, 1973, s. 102-110.

Maarif Vekâleti'ne bağlanmasını öngörmüştür. Aynı yıl çok kısa süre bir süre içinde kabul edilen 21 Nisan 1924 tarihli 493 sayılı Yasanın 2. maddesi, 1919 tarihli Darülfünun-ı Osmânî Nizamnâmesi ile Darülfünun'a tanınan bilimsel özerkliği korumuş, ayrıca 1. maddesiyle tüzelkişilik kazandırmıştır.²¹⁵ Bu iki kazanımın yanında, Cumhuriyetin modernleşme amacına uyum sağlayamayan eski kadrolarda köklü bir değişikliğe gidilmemiştir.

1924 tarihli hukuksal düzenlemelerin ardından, reform talepleri dile getirilmeye devam edilmiştir. Taleplerin gerekçelendirildiği temel sav, Darülfünun'un öğretim yapan ancak bilim yapamayan bir yapıda oluşudur. Dönemin Darülfünun Emni (Rektörü) Baltacıoğlu'nun İsmet Paşa ile Mustafa Kemal'e sunduğu önerilerde, bilim üretimine öncelik verilmesi, Türkiye'de yetişmiş uzman bulunmayan alanlarda yabancı öğretim üyesi getirilmesi veya yurtdışına öğrenci gönderilmesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir.²¹⁶ 1932'de Atatürk tarafından Türkiye'ye davet edilen İsviçreli Pedagog Malche,²¹⁷ 1933 İstanbul Üniversitesi reformunu hazırlayan Rapor'unda, hocaların pek azının öğretim üyeliğini asli meslek olarak yürüttüklerini belirtmekte ve Hukuk Mektebi dışındaki faaliyetlerin sınırlanmasından yana durmaktadır.²¹⁸ Ayrıca, kadroları

²¹⁵ 493 sayılı İstanbul Darülfünununun Şahsiyeti Hükmiyesi Hakkında Kanun metninin yukarıda anılan maddelerinin tamamı için bkz.: Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 44-45.

²¹⁶ İsmail Hakkı Baltacıoğlu, **Hayatım**, (haz. Ali Baltacıoğlu), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 273 vd., 293 vd.

²¹⁷ Malche aynı zamanda, Hitler iktidarında başka ülkelere iltica etmek zorunda kalan Yahudi ve anti-faşist öğretim üyelerinin kurduğu Akademik Yardım Cemiyeti ile Türkiye Cumhuriyeti yetkilileri arasında arabuluculuk görevi üstlenen ve Alman öğretim üyelerinin Türkiye'de yükseköğretime kazandırılmalarında başrolü oynayan kişidir.

²¹⁸ "(...) hususî faaliyetleri hasebile, meslekî faaliyet sırasında hâsıl ettikleri tecrübelerle bu iki fakülte [Hukuk ve Tıp Mektebi] hocaları tedrisatlarını zenginleştirmek imkânına maliktirler. Bu muzaaf faaliyetin çok şiddetli tenkitlere vücut verdiğini bilmiyor değilim. Bu mesele bir had ve nisbet meselesidir. Hususî meslek faaliyetinin tedris hizmetine hiçbir suretle mazarratı dokunmamalıdır. Şahsiyetin kabiliyetlerine ve kendisine tevdi edilmiş kürsünün ehemmiyetine göre, mezkûr meslekî faaliyetin tahdidi icap eder. Fakat, bir tabip veya hukukçunun, profesör tayin edildiği zaman bütün başka işgalâtı terk eylemesine taraftar değilim. Mesleğin amelî cihetlerle temas ve irtibatını muhafaza edebilmek üzere, ancak en müşkül meseleleri, en nazik işleri kabul etmekle iktifa eylememesi icap ettiği fikrindeyim." Alibert Malche, **İstanbul Üniversitesi Hakkında Rapor (29.05.1932)**, T.C. Maarif Vekillliği, Ana Programa Hazırlıklar, Seri: B, no. 5, Devlet Basımevi, İstanbul, 1939, s. 16-17.

sınırlayarak hoca sayısını azaltmayı vurguyla önermektedir.²¹⁹ Hukuk-i idare, Malche Raporu'nun "Fakülte başına heyeti talimiye kadroları" başlığında Hukuk Fakültesi için önerilen on iki "sabit" kürsü arasındadır.²²⁰ Malche, aynı zamanda Türkçe ders kitabı eksikliği nedeniyle öğrencilerin derste tuttıkları notlarla yetindiklerini saptamakta, Latin Alfabesinde bilimsel kaynakların arttırılması ve özellikle Türkçe yayın yapılması²²¹ gerekliliğine dikkat çekmektedir.²²²

İstibdat, sansür ve savaşların ardından son buharlaştırıcı etki Darülfünun Tasfiyesi ile 1933'te gelmiştir. Malche'nin Raporu'nu izleyecek şekilde hazırlanan 31 Mayıs 1933 tarihli ve 2252 sayılı Kanun, kadrolarda ilk kez kökten bir yenilenme yaratmıştır. Kanun, İstanbul Darülfünunu'nu ilga ederek Maarif Vekâleti'ne İstanbul Üniversitesi'ni kurma görevi yüklemiştir. Bu tarihten önceki örgütlenme lağvedilirken, geçici kadrolarla devamlılık sağlanmasına yönelik bir geçiş evresi (1 Ağustos 1933 ile 31 Mayıs 1934 arası) öngörülmüştür. Kanunun öngördüğü geçici kadrolar oluşturulmadan önce görev yapmakta olan 157 kişi görevden alınmıştır. Eski görevine devam etmesi gerektiğine karar verilenler, Kanunun öngördüğü yöntemle yeniden atanmıştır. Kadro dışı bırakılan müderris veya muallim sayısı 74'tür. Hukuk-i İdare Müderrisi Muslihiddin Âdil (Taylan) (1881-1944), Darülfünun Reformu ile görevinden çıkarılıp da geri döndürülmeyen, kadro dışı bırakılan 14 kişi arasındadır.²²³ Son kitabı 1933 tarihlidir.²²⁴

²¹⁹ "Profesör, muallim ve profesör muavinlerinin miktarı bilhassa yüksektir. Prensip olarak hoca miktarının azaltıp kalanlara daha iyi maddî şartlar temin edilmesi icap eylediği aşikârdır." **Ibid.**, s. 41.

²²⁰ Rapor'da sayılan diğer sabit kürsüler şunlardır: Hukuk İlmine medhal - Hukukun Umûmî Tarihi, Roma hukuku, Hukuk-i Âmme ve Mukayeseli Hukuk-i Esâsiye, Mukayeseli Türk ve Avrupa Kanunu Medenileri, Droit civil turc et droit civil comparé - droit des obligations, Hukuk-i Ticâret ve Bahriye - Droit commercial et maritime, Hukuk-i Umûmiye ve Husûsiye-i Düvel, Hukuk-i Ceza ve Tatbikat-i Cezâiye, Hukuk Muhakemeleri Usulü - Procedure civile - Poursuite et faillite - İcrâ ve İflâs, İktisâd, Fenn-i Umûmî-i Mâli, Tıbb-ı Adlî (Tıp Fakültesinde). **Ibid.**, s. 43.

²²¹ **Ibid.**, s. 30-31.

²²² "(...) dersin takrirlerini muhtevi bir kitap ta mevcut değilse, ellerinde takrir esnasında aldıkları notlardan gayri hiçbir şey yoktur. Ve geçirecekleri imtihanlar için bu notları ezbere bellemektedirler. Başka ne yapabilirler? Ve bu kadar büyük bir metin farkı karşısında, keyfiyeti bütün mevzuu baştan başa takrir etmek suretile telâfiye çalışan profesörleri mazur görmemek nasıl mümkün olabilir." **Ibid.**, s. 4

²²³ Ali Arslan, **Darülfünun'dan Üniversiteye**, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 346, 347; Emre Dölen, **Türkiye'de Üniversite Tarihi 3: Darülfünun'dan Üniversite'ye Geçiş (Türkiye ve Yeni Kadrolar)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 277, Akademya no. 9, İstanbul, Şubat 2010, s. 384.

Tasfiye'den sonra bir daha idare hukuku kitabı yazmamıştır. Yetmiş hukukçu sayısı çok azken, hatta bunların hemen hemen tamamı muallim ve müderrisliği ek iş olarak yapılmaktayken, bir kişinin hukuk-i idare hocalığından dışlanması önemlidir. 1933'e kadar sabit kadro ve kürsülerin oluşamaması ve 1933'te Darülfünun Tasfiyesi ile tamamlanan buharlaşma süreci; 1930'lı yıllarda idare hukuku hocası olarak neden yalnızca Onar ve Crozat ile karşılaştığımızı açıklamaktadır.

1933 Reformu Darülfünun'un eski kadrolarını tasfiye ederken, yeni kurulan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kapıları yabancı öğretim üyelerine ya da yurt dışında öğrenim görürken Batı hukukuyla daha yakından tanışma olanağı yakalamış gençlere açılmıştır. Kadro yenilenmesine, kadroda bir genişlemenin eşlik ettiği saptanmaktadır. *Malche Raporu*'nda Maarif Vekâleti kaynaklarından aktarıldığı kadarıyla, Darülfünun'daki müderris, mualim, müderris muavini, mürit (asistan) ve tercüman sayısı toplamı 202 iken, İstanbul Üniversitesinin kuruluşuyla, profesör, doçent, asistan, baş asistan, yardımcı sayısı toplamı 526'ya çıkmıştır.²²⁵ Darülfünun'un öğretim kadrosu geniş ölçüde elendikten sonra, yeni ortaya çıkan kadronun görünümü şöyledir: Geri dönebilenler dışında, ikinci grubu Batıda öğrenimi tamamlayıp başarıyla dönen Darülfünun dışı genç öğretim elemanları oluşturmaktadır. Bunlar, doktora koşulu aranmaksızın doçent adayı olarak atanmışlar, sonradan doçent ünvanı kazanmışlardır. Üçüncü grupta ise, yabancı profesörler yer almaktadır. Yabancı profesörlerin büyük kısmı, Nazi Rejimi'nde barınamayıp Reform ile aynı yıl içinde Türkiye'ye sığınan Almanlardır.²²⁶

1933 Reformundan kısa bir süre sonra, aynı yıl içinde Nazi Almanyası'ndan kaçan öğretim üyeleri Türkiye'ye gelmeye başlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti adına Cenevre

²²⁴ (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare, Birinci Cilt**, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933.

²²⁵ Sayılar, Bilsel'den alınmıştır: Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 62.

²²⁶ Katoğlu, "Cumhuriyet Türkiyesi'nde Eğitim, Kültür, Sanat", 2011, s. 425.

Büyükelçisi ile öğretim üyelerinin kurduğu Akademik Yardım Cemiyeti arasında imzalanan Sözleşme hükümleri uyarınca, öğretim üyelerinin tüm çalışma saatlerini üniversiteye ayırmaları kurala bağlanmıştır. Tam zamanlı mesai zorunluluğu; birden fazla mesleki etkinliği eşzamanlı yürüten müderris ve mullimlerin işgücünden yararlanan Darülfünun geleneğine son veren, sabit ve sürekli kadro ilkesini uygulamaya geçiren bir girişim olmuştur. Söz konusu girişim, kürsülerin kök salabileceği bir ortam yaratmasının yanısıra, Alman öğretim üyeleri, 1933 Reformu'nun temel başlıklarından birini oluşturan enstitülerin kurumsallaşmasında da rol almışlardır. Yine aynı Sözleşme'de, Türkiye'ye kabul edilen öğretim üyelerinin ilk yıllarda çevirmen desteğiyle yabancı dilde ders anlatacakları, üç ilâ beş yıl arasında Türkçe öğrenerek derslerini Türkçe anlatacakları öngörülmüştür. Çeviri desteği sağlamak için derslere katılan, hatta Almanca yazılmış eserleri Türkçe'ye çevirerek basılmasını sağlayan pek çok asistan Alman öğretim üyelerinin yanında yetişme olanağı bulmuştur. Malche'nin önerisine uygun olarak, yurtdışından gelen her yabancı profesörün yanına en az bir doktor veya genç doçent verilmesi uygulaması, yabancı öğretim üyelerinin bilgi ve deneyimlerini geleceğin Türk öğretim üyelerine aktarmalarını sağlamıştır.²²⁷ Ancak, Alman öğretim üyelerinin hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi ve genel kamu hukuku alanındaki etkilerini küçümsemek anlamına gelmemekle birlikte, 1933'ten itibaren yaşanan öğretim üyesi göçü, Alman nun Türkiye'ye taşınmasında kamu hukukundan çok özel hukuk açısından önemli sonuçlar doğurmuştur.

Aynı yıl içinde gerçekleşen bu iki olay, Üniversite Reformu ve Alman öğretim üyelerinin Türkiye'ye gelişi, kadro yapısını ve çalışma esaslarını değiştirerek geleceğe dönük ve planlı bir kürsüleşmeye geçişin önünü açan ilk ciddi aşamayı oluşturmuştur. 1933 Reformu, Darülfünun'u kurum olarak ilga ederek yerine İstanbul Üniversitesini kurarken, yükseköğretimde örgütsel bir dönüşümden fazlasını hedeflemiştir. Reform ve

²²⁷ Özcan, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi, 2003, s. 159.

ve kadro tazelenmesi, ders içeriklerinin ve pedagojik ilkelerin de değişmesinin, devlete işgücü yetiştirmekle yetinmeyerek bilim üreten üniversite projesinin gerçekleşmesinin yolunu çizmiştir. Darülfünun'dan Üniversite'ye geçiş, yükseköğretim işlevininin öğrenci yetiştirmekten, bilim insanı yetiştirmeye, bilimsel inceleme ve araştırmaya, bilgi yaymaya doğru genişlemesine ön ayak olmuştur.

II. BİRİNCİ CUMHURİYET'TE İDARİ İŞLEM KURAMININ RESEPSİYONU

“Eğer aynı mekana birçok fotoğrafçı koyarsanız, daima birbirinden çok farklı fotoğraflar çekeceklerdir. Çünkü onlar illa ki çok ama çok farklı yerlerden gelmişlerdir. Herbiri görme tarzını kendi hikayesine göre oluşturacaktır.”

Sebastião Salgado

A. Resepsiyonun Niteliği: Yabancı Hukuk Değil, İşlem Bilgisi Aktarımı

Resepsiyon, “sadece yabancı hukuk normlarının değil, yabancı bir hukuki düşüncenin taşınması; yabancı bir hukuk sistemine uymayı amaçlayan bir süreci başlatan önemli bir dönüm noktası” olarak tanımlanmaktadır.²²⁸ “Türkiye'nin medeni hukuk alanında İsviçre Hukuku'nu, ceza hukuku alanında İtalyan Hukuku'nu, ceza usulünde Alman Hukuku'nu, idare hukukunda Fransız Hukuku'nu aldığını söylemek büyük bir hata olur. Türkiye tek tek memleketlerin hukukunu değil, Batı Hukuku'nu, düşünce tarzı ve uygulaması ile almıştır. Bu bakımdan Batı Hukuku'nun temelinde yatan düşünce tarzı, yani Roma Hukuku, memleketimiz hukukunun da temelini oluşturmuştur.”²²⁹

Can; külli resepsiyon, eklektik resepsiyon, eski bir hukukun yeniden canlanması, yabancı hukukun zorla kabul ettirilmesi, hukukunu yerleşilen coğrafyaya birlikte

²²⁸ Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, 1996, s. 7.

²²⁹ Kudret Ayiter, **Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk** (15 Kasım 1978'de eğitime başlayan İzmir Hukuk Fakültesi'nde verilen ilk dersin metni), <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/hakkimizda/ilkacilis.htm> (çevrimiçi: 21.02.2015).

*götürme (transplantation)*²³⁰ şeklindeki sınıflandırmanın yanında, hukuk ailesi içinde *bilimsel resepsiyon* adı altında ayrı bir resepsiyon yönteminden söz etmektedir. Hukuk sistemi, diğer adıyla hukuk ailesi; ortak bir kaynaktan doğmuş olmak, ortak temel kavram ve yöntemler kullanmak, hukuku sosyal düzen faktörü olarak yorumlamakta ya da yorumlamamakta birleşmek gibi bazı ölçülere göre belirlenen ulusal hukuklar grubundan oluşmaktadır. Common Law, Roma-Cermen Sistemi, Sosyalist hukuk sistemi, büyük hukuk ailelerine örnektir.²³¹ Herhangi bir hukuk ailesinin yönünü belirleyen kavramlar, ilkeler, kategoriler, bölümler hukukçuların gerek çalışma yöntemlerinde gerekse düşünme biçimlerinde süreç içinde benimsenerek kullanılmışsa, söz konusu süreç *bilimsel resepsiyon* olarak adlandırılmaktadır.²³² Karahanoğulları ise, Türk idare hukukunun temel kavram ve kategorilerinin Fransız etkilenimli Türk öğretisi tarafından oluşturulmasını; bu kavram ve kategorilerin, kuralların ve içtihatların oluşturulmasında ve giderek idare hukukunun yaratılmasında gösterdiği etkiyi *füli resepsiyon* olarak nitelemektedir.²³³

İdare hukukunda resepsiyon, ceza hukuku, medeni hukuk ya da ticaret hukukunda olduğu gibi kanunların doğrudan doğruya benimsenmesi ile başlamamıştır. Fransa'da idare hukuku genel bir kod altında düzenlenmediğinden, ayrıca iptal nedenleri ya da idari işlemin tanımı da hâlâ yasa ile belirlenmediğinden, iradenin hukuksal çözümlenmesine ve yapılandırılmasına ilişkin birikimin kuramsal düzeyde aktarımla Türkiye'ye girdiği tespit edilebilmektedir. Bu bağlamda, başta Onar olmak üzere, ilk

²³⁰ Külli resepsiyon, bir bütün olarak Code halinde yabancı hukuk alımı, eklektik resepsiyon ise farklı Code'lardan parçalı yabancı hukuk alımıdır. Borçlar hukuku ilişkilerini ve eşya üzerindeki hakları (alım-satım, alacak, borç, senet vb.) eşsiz bir açıklıkta düzenleyen Roma hukukunun Avrupa'da ve özellikle almanya'da kapitalizmin işlenişine uyarlanarak yeniden canlanması, eski bir hukukun yeniden canlanmasına; Amerika'ya yerleşen İngiliz Kolonileri hukuklarını yerleştikleri coğrafyaya beraberlerinde götürmeleri ise *transplantation*'a örnektir. Cahit Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, 2012, s. 36-43.

²³¹ **Ibid.**, s. 90.

²³² İmre Zajtay, "La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux", **Revue internationale de droit comparé**, vol. 18, no. 2, 1966, s. 354.

²³³ Onur Karahanoğulları, "Fransa'da Kamu Yönetimi", in **Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri**, (haz. Koray Karasu), İmge Kitabevi, 3. bası, Ankara, 2013, s. 47.

kuşak yazarların idari işlemin varlıkbilgisine sunduğu katkıyı, Kıta Avrupası hukukçularının mirası kategori, yapı ve kavramların işlenmemiş bir kopyası olarak görmemekle birlikte, *kuramsal resepsiyon* olarak adlandırabiliriz.

Her hukuk sisteminin (ailesinin), hukuk kurallarının bunlar aracılığıyla ifade edildiği “kavramları” ve kuralların düzenlendiği (sistemleştirildiği) “kategorileri” bulunur. Aynı hukuk ailesindeki ülkelerde, hukuk kuralları farklılaşabilmekle birlikte, benzer kavram ve kategoriler geçerlidir.²³⁴ Osmanlı’da toplumsal yaşamı yeniden düzenleme (Tanzimat) çalışmalarından itibaren, Fransız idare hukukunu uygulamakta tereddüt edilmemiştir. Devlet örgütlenmesi ve idareye uygulanacak hukuk bakımından Batı ülkelerini ve bunlar içinde özellikle Fransa’nın model alınması, böylece hukuk sistemlerini kamu hukuku-özel hukuk ayrımı çerçevesinde örgütleyen Roma-Germen hukuk ailesine dâhil olması²³⁵, idare hukukunun oluşumunda kuramsal aktarıma açık bir alan doğurmuştur.

18. yüzyılın sonlarında ve 19. yüzyılda, Kıta Avrupası’nda hukukun mantıksal bütünlüğü olan, tutarlı, boşluklara yer vermeyen bir kurallar sisteminden, genel ve soyut buyruklardan oluştuğu anlayışı genel kabul görmüştür. Söz konusu anlayış, Roma hukukunun benimsenmesinde, kodifikasyon çalışmalarında ve bürokratik kamu hukukunun oluşumunda kendini göstermiştir. Üniversitelerde anayasa hukuku ve idare hukukundan oluşan ve temel dayanağı devlet olan yeni bir hukuk düşüncesi gelişmiştir. Bu düşüncenin ürünü, konuları sistemleştirme ve kavramsal çözümleme çabasıdır.²³⁶ I. Meşrutiyet’ten sonra, Roma hukuku derslerinin okutulması, Avrupa kökenli hukuk idari mevzuatın örneksenmesi gibi olgular Osmanlı’nın aynı hukuk anlayışının yörüngesine girdiği şeklinde yorumlanmaya çok elverişlidir. 1890’lardan itibaren yazılmış hukuk-i

²³⁴ Karahanoğulları, “Fransa’da Kamu Yönetimi”, 2013, s. 45.

²³⁵ **Ibid.**, s. 44 vd.

²³⁶ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi / Sosyolojik Bir Yaklaşım**, (çev. Şule Kut - Binnaz Toprak), 3. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 108-109.

idare ders kitaplarının, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını işlemeyen geçmemesi, daha bu dönemlerde Roma-Germen hukuk ailesi sistemi ve idari rejimle aidiyet kurulduğunun önemli bir işaretidir. Yine de, mevzuatın ve anlayışın taşınması hukuk-i idare ile başlamışken, bu dönemdeki yaklaşım şerhçi nitelik taşıdığından, kuramsal bir düzeye erişememiştir. Yürürlükteki hukukun anlatımı, soyut hukuk bilgisi düzeyine erişememiştir. İşlem kuramının resepsiyonu ise, ancak Cumhuriyet'te gerçekleşebilmiştir. Kısacası, kuramsal resepsiyonun yönetsel örgütlenmenin resepsiyonuna (kurumsal resepsiyona) göre, gecikmeli gerçekleştiği görülmektedir.

Nitekim, I. Cumhuriyet idare hukukçuları, Osmanlı'ya dönüp baktıklarında kurumsal devamlılığı ve Tanzimat'ın anayasal metinlerinin gerek kişilerin hak ve özgürlüklerine gerekse idarenin yasallık ilkesine kazandırdıklarını yadsımadıkları halde, Cumhuriyet'in ruhuna uygun bir idare hukuku birikimi bulamamaktadır:

“İdare hukukumuzun tekâmül safhaları arasında tanzimat devri en dikkate değer devirlerden biridir. (...) Cumhuriyete kadar gelen birçok müesseselerin temelleri bu devirde atılmıştır. Bununla beraber tanzimat devrinin yalnız teşkilâtın şeklini değiştirebilmiş olduğu ve fakat kurmak istediği yeni idareye lâzımgelen ruhu hiçbir zaman veremediği kuvvetle iddia edilebilir.”²³⁷

Onar, Cumhuriyet'in ilk çeyreğinde, söz konusu boşluğu doldurma misyonunu üstlenmiştir. Onar ve çağdaşı yazarların genel olarak kullandığı atıfsız yazım yöntemi, yabancı hukuk öğretisi kaynaklı görüşlerin içerilmesini kolaylaştırmıştır. İdari işlem bilgisinin, kimi bazen eklektik bir tarzda da olsa, sorgulanarak, mesafe alınarak, uyarlanarak, ayıklanarak, işlenerek aktarılması; Türk idare hukukunun, Cumhuriyetin ilk dönemlerinde bile yalnızca Kıta Avrupası idare hukukunun belirlediği bir yazgı gibi gelişmesine engel olmuştur. 1960'lı yıllardan itibaren ise, Fransız ve Alman etkisi sürmekle birlikte, idare hukuku ulusallaşma söyleminin apaçık öne çıktığı bir olgunlaşma süreci katetmiştir.

²³⁷ Siddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları**, 1936, s. 10.

B. İdari İşlemin Kuramsal Zeminini Modern Devlet Bilgisiyle Oluşturma Çabası

Türkiye’de idare hukuku, kendi iç dinamikleri nedeniyle Fransa ile doğrusal ve eş-tarihli bir evrim şeması izlememekle birlikte, adeta bir *eşitsiz ve bileşik gelişme* kaydetmiştir.²³⁸ Fransız ve Alman hukukçuların 19. yy. son çeyreği ile 20. yy. ilk çeyreği arası evrede devlet kuramı üzerine inşa ettikleri tartışmalar ile Osmanlı’nın aynı evrelerinde karşılaşılmamaktadır. Bu tartışmalar, yaklaşık yarım asırlık bir gecikme ile, I. Cumhuriyet’te idare hukukuna sızmaya başlamış görünmektedir. Örneğin nesnelci ve öznelci okullar arasında en yoğun haliyle 1880-1920 yılları arasında yaşanan, hem özel hukuka hem de genel kamu hukukuna damgasını vuran derin çatışmanın temel hatları, Türk hukuk yazınında ancak Menemencioğlu’nun *Âmme Hukuku*,²³⁹ Onar’ın *İdare Hukuku*²⁴⁰ ders notlarından 1930’ların son yıllarında izlenebilmektedir.

Jèze’in belirttiği gibi, Fransız İdare Hukuku, 21. yüzyıla “Devlet Nedir?” sorusuyla girmiştir.²⁴¹ Hukuk okulları, bu soruya verdikleri cevaplara göre şekillenmiştir. Türk İdare Hukuku’nda aynı sorgulamayı aktarıma bağlı bir dolayım ile de olsa, Cumhuriyet’in ilk kuşak kamu hukukçularında bulabiliriz. İlk kuşağının önceliği, ne kendi içinde ne de yabancı kuramcılar karşısında özgünlük yaratmak olmuştur. 19. yy. sonu - 20. yy. başı zaman diliminde, Avrupa’da ortaya çıkan kamu hukuku okullarının devleti açıklamak amacıyla geliştirdiği kuramları yerleştirmek amaçlanmıştır. Fakat özgünlük arayışının göze çarpmaması, öğretinin hangi kuramlara yöneldiğinin gelişigüzel tercihlerle belirlendiği, katıksız bir taşıma ya da aktarım faaliyetinden ibaret kaldığı anlamına gelmemektedir. Başta Bordeaux Okulu (ya da Kamu Hizmetleri Okulu), Toulouse Okulu, Strasbourg Okulu ve Viyana Okulu olmak üzere, devletin

²³⁸ Tarihsel gelişmenin farklı toplumlarda kendini tekrar etmesini açıklayan eşitsiz ve bileşik gelişme yasası hakkında bakılabilir: Sungur Savran, “Azgelişmişlik: Eşitsiz ve Bileşik Gelişme”, in **Kapitalizm, Az Gelişme, Eşit Olmayan Gelişme**, Onbirinci Tez Kitap Dizisi no. 3, İstanbul, Mayıs 1986, s. 49-72.

²³⁹ Menemencioğlu, *Âmme Hukuku Ders Notları*, 1938.

²⁴⁰ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku, I. Cilt, I. Kısım, Umumî Medhal*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1939.

²⁴¹ Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, 1904, s. 5.

hukuksal kuruluşunu ve hukukla ilişkisini açıklamaya çalışan görüşler idare hukuku yazını tarafından içerilmeye çalışılmıştır.

Günümüzde, ders kitaplarının ilk sayfalarında tarihöncesinden bahsedercesine “idare hukukunun uygulama alanını belirleyen ölçütler” bağlamında varlıkları dolaylı olarak hatırlatılan ve kamu gücü-kamu hizmeti ikilemine indirgenen okullar, “yalnız birer kamu hukuku okulu değil, devleti ve iktidarı farklı şekilde yorumlayan birer hukuk katedralidir.”²⁴² Kuramların merkezindeki “hukuk devleti” kavramı, Roma hukuku ve özel hukukun Kıta Avrupası’ndaki saygınlığı karşısında, idare hukukunun giderek özerkleşerek kendini bir hukuk bilimi dalı olarak ispat etmesinde en güçlü dayanak noktası olmuştur. Hatta Fransız idare hukuku tarihinde, “idare hukukunun altın çağı” olarak anılan bu dönemde, idare hukuku, idareye ilişkin bilgi üreten tüm disiplinler, anayasa hukuku ve sosyal bilimler üzerinde hegemonya kurmayı başaran, kamu hukukunun çekirdeğini oluşturan, erken olgunlaşmış özerk bir bilim dalı olarak kabul edilmektedir.²⁴³

Devletin oluşum şartlarını, işlevlerini, otoritesinin kaynağını; bilinçli özgür irade gücüyle hukuksal ilişkiler kuran fiziki varlık insanın yanında devletin hukuksal kişiliğinin yine hukukla sınırlanmış bir iradeyle tanınmasını sorgulayan kuramlar, idarenin faaliyetlerinin pozitif hukuktan bağımsız soyut bilgisine ulaşmayı amaçlamıştır. 20. yy. Fransız idare hukuku öğretisi, pozitif hukukun verileri karşısında düşünsel özerkliğe sahip çıkmıştır.²⁴⁴ Devlet kuramını, idare hukuku kavrayışlarını ve içtihatlarla getirdikleri yorumları oluşturan “ilke” olarak anlamıştır.²⁴⁵ Bu uğraş, modern devlet bilgisinden idare hukukunu besleyen zengin bir kuramsal miras bırakmıştır.

²⁴² Philippe Jestaz, “Déclin de la Doctrine”, **Droits - Revue française de théorie juridique**, no. 20, 1994, s. 93.

²⁴³ Chevalier, “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, 1993, s. 13 vd.

²⁴⁴ “Pozitif yasa, hukukçu için bir belgedir, yargıç ve idareci için bir sınırdır. Hukukçunun özgür eleştiri hakları dokunulmazlığını korur.” Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, tome 1: *La règle de droit - Le problème de l’État*, 3^e édition, éd. Fontemoing - E. de Boccard, Paris, 1927, s. 174-175.

²⁴⁵ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 8.

Klasik kamu hukuku öğretisi, aynı zamanda idare hukukunun öğretisidir. Bu açıdan, devlet kuramı-hukuk kuramı-idare hukuku açısından bir bütünleşme söz konusudur. Nitekim kamu tüzelkişiliği, idari işlemlerin sınıflandırılması, idari yargıda davalık haller (*cas d'ouverture*), maddi olguların iptal davası çerçevesinde denetimi, tek yanlılık, re'sen icra, takdir yetkisi, zımnî ret, idare işlevi, idari organ, hükümet tasarrufu gibi konulara eşlik eden tartışmalar büyük ölçüde aynı okulların kalemiyle şekillenmiştir. İdari işlem kuramının öncülleri kaynağını devlet kuramında bulmuştur. Diğer tüm tarihsel koşullardan soyutlarsak bile, Cumhuriyet'in ilk kuşağının Fransa'da idare hukukunun altın çağı olarak anılan dönemin son evrelerine denk düşmesi içeriğine başlı başına kuramsal değer katan bir rastlantı olmuştur.

Cumhuriyet'in ilk döneminde Fransa ile Türkiye arasındaki kuramsal birikim akışı, biraz daha geriye giderek, 19. yüzyılın son çeyreği ile Birinci Dünya Savaşı arası zaman diliminde Fransa ile Almanya arasındaki birikim akışını da gözden kaçırmamayı gerektirir. Türk idare hukukunun Fransız idare hukukunun etkisiyle gelişmesinden önce, bu iki komşu ülke arasında bir etkileşim gerçekleşmiştir. Kamu hukukçuları, mesafe aldıkları geleneksel Roma hukuku ve özel hukuk kavrayışının yanında, Alman hukukçularının çalışmalarında verimli bir esin kaynağı bulmuştur.²⁴⁶ III. Cumhuriyet; Jellinek, Laband, Mayer gibi Alman kamu hukukçularının ya da Bluntschli, Fleiner gibi İsviçreli kamu hukukçuların eserlerinin en fazla çevrildiği dönemdir.²⁴⁷ Fransız Kamu Hukuku'nda, Alman kamu hukukçularının etkisinin yanı sıra, kamu hukukuna göre daha köklü bir geçmişe sahip Roma hukuku ve özel hukuk geleneğinin izleri de oldukça görünürdür. Modern toplum Roma hukukundan beslenmiştir. Avrupa sekiz yüzyıl Roma hukuku kültürünün etkisi altında yaşadıkdan sonra, Ortaçağ ve Eski Rejim Dönemi

²⁴⁶ Bkz.: Berthélemy'nin Mayer'in kitabı için yazdığı önsöz; Otto Mayer, **Le droit administratif allemand**, tome I: *Partie générale*, V. Giard et E. Brière, coll. Bibliothèque internationale de droit public, Paris, 1903, s. IV.

²⁴⁷ Gérard Marcou, "Le droit administratif allemand dans la science juridique française", in **La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918**, (dir. Olivier Béaud - Patrick Wachsmann), PUS, Strasbourg, 1997, s. 258; aktaran: Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 27.

hukukçuları gibi, daha sonraki hukukçular da aynı kaynaktan alınan aynı hukuk sanatını öğrenmişlerdir.²⁴⁸ Borç, akit, tüzelkişilik, vekâlet, temsil, mülkiyet, miras, vasiyetname ve daha pek çok temel hukuk kurumu yalnızca modern özel hukukun değil, idare hukukunun da kuramsal kuruluşuna katkı sunmuştur. İdari işlem kuramının gelişimi, Devlet Konseyi (*Conseil d'État*) ile öğretinin özel hukuk biçimlerini kazıyıp bulmasını gerektirmiştir. Söz konusu yeniden keşif çabası sırasında kendi disiplinlerinin özerkliği iddiasını elden bırakmayan idare hukukçuları, özel hukuk mirasının idare hukukuna aktarılırken bozulma ve dönüşüme maruz kaldığının bilincindedir.²⁴⁹

Carré de Malberg, Hauriou, Duguit, Berthélemy, Esmein, Gierke, Renard, Bonnard, Jellinek, Ihering, Laferrière, Jèze, Barthélemy, Gurwitch, Kelsen, Laband, Gény, Saleilles, Merkl; ilk kuşak Cumhuriyet yazınında en sık ratlanan isimlerden yalnızca birkaçıdır. İdari işlem kuramının temelini atan bu yazarların geliştirdikleri yaklaşımlara ve Türkiye’de öğretinin kuramsal konumlanmalarına daha sonra değinilecek olduğundan, en genel çerçeveyeyle, Alman egemenlik anlayışını milli egemenliği doğal haklarla birleştirilen Fransız egemenlik anlayışından, Alman özsınırlama (*autolimitation*) kuramını Fransız dışsal sınırlama (*hétérolimitation*) kuramından ayıran çizgilerin idare hukuku yazınına yansıtıldığı, nesnelci ve öznelci yaklaşımlar arasındaki derin kuramsal yarılmının temel gerekçelerinin ortaya koyulduğu belirtilmekle yetinilebilir. I. Cumhuriyet öğretisi Kıta Avrupası’nın kuramsal çatışmalarının farkındadır. Ancak özellikle vurgulamak gerekir ki, genel eğilim, söz konusunu kuramsal çatışmalarla hesaplaşmak ve belirli bir doğrultuda tavır almak değil, içeriği derleyerek aktarmaktır. Cumhuriyet’in ilk kuşağını, kuramların tarihsel yükleri değil kuramların “ne olduğu” ilgilendirmektedir. Amaçlanan, modern devletin iradesinin hukuksal kuruluşunu kuramsal temellere oturtabilmektedir. Bu nedenle, olgunlaşmış,

²⁴⁸ Michel Villey, **Roma Hukuku - Güncelliği**, (çev. Bülent Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 11.

²⁴⁹ Latournerie, “Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d’État”, 1952, s. 200.

çatışmalarından olabildiğince arındırılmış idari işlem bilgisini kuramsal resepsiyonla Türkiye'ye taşımışlardır.

Fransa'da, Aucoc ve Laferrière'den beri idare hukukunu idari davalar odaklı yaklaşım idare hukukunun gelişimini baskın biçimde yönlendirmiştir. Sosyal bilimlerin sosyoloji, psikoloji, devlet kuramı gibi dallarından yararlanan Duguit gibi, I. Cumhuriyet'in öncü hukukçusu Onar da, yargı kararlarını ya da mevzuatı çalışmalarının inceleme nesnesi yapmak yerine, doğrudan kuramsal derinliği keşfetmeye ve anlatmaya çalışmıştır.

Osmanlı Dönemi'nin konu bakımından usul-i idare kitaplarına yaklaşan, mevzuatı açıklama işlevini ön plana çıkaran hukuk-i idare kitaplarının aksine, Cumhuriyet'in ilk çeyreğinde, 19. yy. sonu - 20. yy. başı Fransız ve Alman kamu hukuku öğretisi, neredeyse tüm idare hukuku ve âmme hukuku yazınına kaplamaktadır. Dergiler farklı disiplinlere özgülenmemiş, âmme hukuku ve idare hukukunun içeriği çakışmadan bahsedilebilecek kadar birbirine yaklaşmıştır. Örneğin, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin kuruluşundan itibaren idare hukuku derslerini vermekle görevlendirilen Derbil, dersin ilk döneminde, *İdare Teşkilâtının Umumî Esasları* altında, kuvvetler ayrılığı, tüzelkişilik ve kamu hizmeti kuramlarını, ikinci dönem ise teşkilatın yapısını anlatmaktadır. “Zabıta, hürriyet prensibi, müdafaa-i milliye, emlak-ı âmme, nafia işleri” üçüncü dönem ders konularını; “devletin nakliyat ve sanayie müdahalesi, maden sanayii” dördüncü dönem ders konularını oluşturmaktadır.²⁵⁰ Muallim Mitat Bey'in²⁵¹ ders notlarında idare hukuku ve anayasa hukuku derslerinin konuları dağınık bir şekilde yer almaktadır.²⁵² Darülfünun'u lağvederek İstanbul Üniversitesi'ni kuran 1933 Reformu'ndan önce, âmme hukuku derslerinin ne kapsamı ve dozu, ne de komşu

²⁵⁰ Mumcu, **Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne**, s. 132.

²⁵¹ İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesinde anayasa hukuku dersleri 1922'den 1933 üniversite reformuna kadar Ahmet Mithat (Metya) tarafından verilmiştir. Ahmet Mithat'ın görevine reform ile birlikte son verilmiştir. Tarık Zafer Tunaya, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. bası, İstanbul, 1969, s. 146-147.

²⁵² Mitat Bey, “Hukuku Âmme Dersleri 2: Devlet Anasının Hukukî Şeraiti”, **İÜHF**, Cilt 8, Sayı 46, Şubat 1930, s. 665; aktaran: Akkaya Kia, “Darülfünun'dan 1933 Üniversite Reformuna...”, 2012, s. 3-17.

dallarla sınırları konularında görüş ve uygulama birliği vardır.²⁵³ Sınırların belirsizliği, 1933'ten sonra da bir süre için devam etmiştir. Örneğin, Duguist sosyolojik pozitivist anlayışı benimsediği açıkça görülebilen Menemencioğlu'nun (1878-1963) 1938'te yayınlanan *Âmme Hukuku Ders Notları*²⁵⁴, müessese, şahsiyet, irade kuramları, devletin görevleri (işlevleri), organları, hal ve özgürlükler ile birlikte idari işlemleri (yasallık ilkesi, hukukî düstur-tekniik hukuk kaidesi ayrımı, hukukî işlemlerin sınıflandırılması) de kapsayan, hatta memurlar ve devletin sorumluluğu gibi diğer idare hukuku konularına uzanan bir içeriğe sahiptir.

Eserlerin niteliğine bakıldığında, gerek ders kitaplarında gerekse dergilerde yayınlanan makalelerde, atıfsız-dipnotsuz yazım yöntemi baskındır. “Alman müellifler, Fransız müellifler, bazı müellifler” gibi belirsiz ifadeler kullanılmakta, genel bir göndermenin ötesine geçilmemektedir. Görüşlerine başvuru yabancı yazarların ismi metnin gövdesinde zikredilse bile, kaynak eserin künyesine (eserin adı, bası tarihi-yeri, sayfa numarası vb.) yer verilmemektedir. Bu yöntem, araştırmamızın yürütülmesinde iki bakımdan güçlük doğurmaktadır: Yabancı öğreti ile Türkiye arasındaki kuramsal birikim akışını hem kaynak olarak hem de tarih olarak saptama güçlüğü, Türkiye’de öğretinin kendi görüşleri ile izlediği yabancı yazarların görüşlerini ayırıştırma güçlüğü. Buna rağmen, atıfsız-dipnotsuz aktarımı bir engel olarak değerlendirmek yerine, idari işlem kuramının tarihsel kökleri ile Alman ve Fransız öğretisinin idare hukuku öğretimimiz üzerindeki etkilerini açığa çıkarma ihtiyacının ne denli önemli olduğunu gösteren bir olgu olarak yorumlamak daha makuldür.

Özellikle ders kitaplarında, kimi zaman, yazarın kendi karşı görüşünü beyan edermişçesine açıkladığı bilginin kendisinden çıkmadığı, aslında Fransız ve Alman

²⁵³ Abadan, âmme hukuku ve hukuk-i esâsiye derslerinde de aynı bilgilerin dokunulmaksızın tekrarlandığını, hocaların dar bir çembere bağlı ve sarılı kaldığını ifade etmektedir. Yavuz Abadan, “Âmme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu”, *AÜSBFD*, Cilt 20, Sayı 2, 1965, s. 399.

²⁵⁴ Menemencioğlu, *Âmme Hukuku Ders Notları*, 1938.

kuramcılarının farklı düzeylerdeki çatışmalarını aktarımlarla yansıttığı fark edilebilmektedir. Örneğin, Duguit üzerine pek çok eser vermiş²⁵⁵ sosyolojik pozitivizmi Duguit'den çeviri yöntemiyle *Amme Hukuku Ders Notları*'na taşımış Menemencioğlu, Jellinek'in egemenlik kuramının karşısına Duguit'nin toplumsal dayanışma fikrini ya da Hauriou'nun müessese (*institution*) kuramının²⁵⁶ karşısına, Duguit'nin tüzelkişiliği reddeden yaklaşımını koyabilmektedir.²⁵⁷ Dolayısıyla, yazarın tavrı, çoğu zaman özgün bir görüş oluşturmak yerine benimsediği görüşü desteklemek şeklinde belirmektedir. Ayrıca, çatışan görüşlerin yeterli göndermeye başvurulmaksızın verilmesi, repliklerin karışmasına bağlı olarak dışarıdan akan bilginin çelişkilerle yüklü bir hal almasına yol açabilmektedir.

Özel hukukun işlem kuramı, bazı idare hukuku kurum ve kavramlarının işlenişinde iz bırakmıştır. İzler, kamu hukuku ile özel hukukun organik açıdan ayrılmadığı dönemler için daha görünürdür. Organik ayrımın olmaması ile, kuramcılarının, birden fazla hukuk disiplininin kimliğini taşımaları kastedilmektedir. Bu durum, farklı ölçülerde kavram ve kurumların içeriğine de yansımaktadır. Yazarların biyografisi ve Türkiye'de üniversite tarihi incelendiğinde; gördükleri eğitim, birden fazla alanda eser ya da ders vermeleri gibi özel hukuk ve idare hukuku arasındaki etkileşimin nedenlerini açıklayacak nesnel göstergelere ulaşılabilmektedir. Hukukçuların, birden fazla alanda ders ya da yapıtlar vermesi, daha önce değindiğimiz gibi, Osmanlı'dan beri yerleşmiş bir gelenektir.

²⁵⁵ Léon Duguit, **Hâkimiyet ve Hürriyet**, (çev. Menemenlizade Edhem - Etem Menemencioğlu), İkdâm Matbaası, 1341 (1925); Léon Duguit, **Hukuk-i Esasiye**, (çev. Menemenlizade Edhem - Etem Menemencioğlu), Maarif Vekâleti Neşriyatı no. 46, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1339 (1923); Etem Menemencioğlu, "Hukukî Müesseseler ve Tekâmül Kanunu", **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 6, Sayı 62, Mayıs 1936, s. 36-41; **Léon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri**, Maarif Vekillîği Siyasal Bilgiler Okulu Yayınları no. 6, İstanbul, 1939 (1923).

²⁵⁶ Kamu kurumu ve kamu kuruluşu kavramlarının kullanımında, ne idare hukuku öğretisinde ne de mevzuatta birlik bulunmamaktadır. Kavramların seçiminde, ilgili idarenin kamu tüzelkişiliğine sahip olup olmaması ayrımı yerleşik değildir. Dolayısıyla, idarenin örgütlenmesinde kullanılan "kurum" ve "kuruluş" kavramlarını çağrıştırmaya olasılığını ortadan kaldırmak amacıyla, Fransızca'daki *institution* kelimesinin bunların dışında bir üçüncü kavram olan "müessese" ile karşılanması tercih edilmiştir.

²⁵⁷ Menemencioğlu, **Amme Hukuku Ders Notları**, 1938, s. 22-38.

Disiplinlerarası ayırımın keskinleşmemiş olması, özellikle Onar'ın geliştirdiği idari işlem kuramında görünür hale gelmektedir. Onar, Mülkiye Mektebi'nde devletler umûmî ve husûsî hukuku müderris vekilliği yanında, Medeni Kanun'un kabulünden sonra ders programlarına alınan medeni hukuk derslerini de yürütmek üzere hukuk-i medeni muallimliğine tayin edilmiştir. Bu görev 1926-1936 yılları arasında devam etmiştir. Ceza Muhakemesi Usûlü Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyonda üye olarak bulunmuştur. İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nde bir süre icra hukuku dersleri vermiştir.²⁵⁸ Borçlar hukuku ve medeni hukuk alanında da pek çok telif ve tercüme eserleri bulunmaktadır.²⁵⁹ Yokluk, butlan, yolsuz işlem, hüsünüyet, illiyet, hata, hile, ikrah, gabin, üçüncü şahıs lehine şart gibi özel hukuk kaynaklı kavram dağarcığına sıklıkla başvurması, bu kurumların idare hukukunda uygulanabilirliğini irdelemesi, Onar'ın özel hukuk birikimini idari işlem kuramının dışında bırakmadığını ortaya koymaktadır.²⁶⁰ Bununla birlikte Onar, medeni hukuk ilkelerini idare hukuku ilişkilerine ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabilir nitelikte görmemiştir. Söz konusu ilkelerin yalnızca bilimsel bir değeri ve önemi olduğunu,

²⁵⁸ Ahmet Cihan, "Cumhuriyet Dönemi Türk İdare Hukukçuları: Protopografik Bir Deneme", **İHİD**, Cilt 13, Sayı 1, 2000, s. 109.

²⁵⁹ Sıddık Sami Onar, "Fransa Hukuk-ı Medenisinde 'İllet-Cause' Nazariyesi", **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 2, Sayı 15, Muharrem 1340 (1924), s. 387 vd.; "Mesuliyet-i Akdiye ve Mesuliyet-i Cürümiye", **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 2, Sayı 16, Rebiülevvel 1340 (1924), s. 483-496; "Eşhas-ı Menaviyenin Gayr-i Akdî Mesuliyetleri", **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 3, Sayı 22, K. Sani 1342 (1926), s. 1191-1201; **Hukuku Medeniye - Mülkiye İkinci Sınıf**, (çoğaltma); Andreas Von Tuhr, **Borçlar Kanununun Umumî Hükümleri**, (çev. Sıddık Sami Onar, Hazim Atıf Bey), Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1931; aynı eserin Birinci Cildi için bkz.: **İÜHF**, Cilt 9, Sayı 52, 1931, s. 1-6; "Adliyemizde Yeni Temayüller", **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 18, Eylül 1932, s. 1-8; devamı için: **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 19-20, Birinci ve İkinci Teşrin (Ekim ve Kasım) 1932, s.33-37; "Cumhuriyet ve Hususî Hukukumuz", **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 31, Birinciteşrin (Ekim) 1933, s. 17-22.

²⁶⁰ İleriki tarihlerde benimsenen terminolojiyle karşılaştırıldığında, Cumhuriyet'in ilk çeyreğinde kullanılan terminolojinin Türkiye'de zamanla yazından ayıklandığı ya da ağırlığını yitirdiği dikkat çekmektedir. Örneğin konversiyon, genel olarak kabul görmemiştir. Özel hukuk işlemlerinde olduğu gibi, idare ahlaki ve teamülünün esas alınması da yasallık ilkesi karşısında değerini yitirmiştir. "Kanuna karşı örf ve adet olmaz; kanunun yanı sıra örf ve adet teşekkül edip de kanunla çatışamaz; kanunu hüküm ve kuvvetten düşüremez." Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, (çoğaltma), Ankara, 1977, s. 127.

ancak hukukun birer genel ilkesi olarak kamu hizmetleri ile bağdaşabildikleri ölçüde uygulanabileceklerini kabul etmiştir.²⁶¹

Onar'ın asistanı Sarıca'nın idari işlem konusundaki yazılarını yayınlamasına kadar, Cumhuriyet'in ilk on beş yılında idari işlem kuramını kalemiyle yönlendiren bir diğer hukukçu ise, Crozat'dır. Crozat'nın çalışmalarında ise, özel hukukun değil henüz disiplinler ayrışma geçirmemiş “âmme hukuku”nun izleri görülür. Crozat da, çağdaşı Onar gibi katıksız bir idare hukukçusu değildir. Toulouse Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş ve aynı Fakültede doktorasını tamamladıktan sonra Hauriou'nun asistanlığını yapmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Darülfünun'daki umumî âmme hukuku dersleri için Fransa'dan öğretim üyesi getirme girişimlerinde bulununca, Fransız Hükümeti Crozat'yı önermiş, bu önerinin Fakülte Kurulu'nda kabul edilmesi üzerine, Paris Büyükelçisi Fethi Okyar ile Crozat arasında sözleşme imzalanmıştır. Crozat'nın sözleşmesi 1959 sonbaharına kadar düzenli olarak yenilenmiş, kırk üç yıl kesintisiz öğretim üyeliğinde bulunduktan sonra Fransa'ya dönmüştür. Çalıştığı ilk kürsü olan Umumî Âmme Hukuku Kürsüsü'nde Tunaya, Arsal ve Okandan'ın yetişmesini sağlayan Crozat, İstanbul Üniversitesi Rektörü Bilsel'in milletvekili seçilerek Üniversiteden ayrılmasıyla, Umumî Âmme Hukuku kürsüsünden Devletler Umumî Hukuku kürsüsüne geçmiştir. Crozat'nın büyük bir kısmı idari işleme ayrılmış idare hukuku çalışmalarının²⁶² yanında, *Devletler*

²⁶¹ Sıddık Sami Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, **Cemil Bilsel'e Armağan**, Kenan Basımevi ve Klişe Matbaası, İstanbul, 1939, s. 303.

²⁶² Charles Crozat, “Hauriou: Mücmel İdare ve Âmme Hukuku”, (çev. Necmettin), **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 34, İkincikânun (Ocak) 1934, s. 26; Charles Crozat, “İdarî Kararların Tefsiri”, (çev. Bedia), **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 34, İkincikânun (Ocak) 1934, s. 20-25; Charles Crozat, “Devlet Şûrası: Yasaya Uygunluk Mercii”, (çev. Muhtar Hamdi Yazır), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 38, Mayıs 1934, s. 20-26; devamı için: Charles Crozat, **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 40, Temmuz 1934, s. 19-27; Charles Crozat, “Hasar Nazariyesi”, **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 50, Mayıs 1935, s. 11-16; Charles Crozat, “İdari Selahiyetin Yerinde Kullanılmaması (Le détournement du pouvoir administratif)”, (çev. Muvaffak Şeref), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Sayı 61, Yıl 6, Nisan 1936, s. 8-18; Charles Crozat, “İdarenin Sükûtunun Hukuki Değeri (Şûrayı Devletin Yeni Bir Kararı Münasebetile)”, (çev. Fuat Dâniş Turnalığıl), **Hukuk Gazetesi**, Sene 4, no. 31-32, 7 Eylül 1938, s. 3-5 (Fransızca metin için: s. 16-18); Charles Crozat - Ferit Hakkı Saymen, **Devlet Şûrası Kanunları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 85, 1939.

*Umumî Hukuku*²⁶³ kitabı ile derslerinden çoğaltma *Âmme Hukuku*²⁶⁴ kitabı dâhil olmak üzere kamu hukukunun farklı alanlarında çalışmaları bulunmaktadır. Darülfünun Hukuk Mektebi'nin 1925-1926 ile 1929-1930 öğretim yıllarındaki ders programlarına bakıldığında,²⁶⁵ Hukuk-i Âmme dersi Crozat tarafından yürütüldüğü esnada, hukuk-i idare dersinin Muslihiddin Âdil (Taylan) Bey tarafından verildiği görülmektedir.

C. Tercüme Kütüphanesi

1930'lu yılların başlarında, İstanbul Darülfünunu'nda yapılması düşünülen yenileştirme ile birlikte, Darülfünun'un neden modern bir üniversite gibi işleyemediği sorgulanmaya başlanmıştır. Bu tarihten geçmişe doğru Darülfünun'a bakan yazarların gözüyle, "İstanbul Darülfünunu umumiyet itibarile belki iyi bir talim müessesesi ve beynelminel ilim harekâtında zararsız bir mutavassıttır. Fakat ilmi 'produktivite' itibarile geri kalmıştır."²⁶⁶ Pek çok hocanın "âlim değil muallim" olarak yetişmesi, hayatlarını tamamen bilimsel araştırmaya vakfedememesi, dolayısıyla bilimsel çevrenin gelişmemesi geri kalmışlığın nedenleri olarak gösterilmiştir. Darülfünun müderris ve muallimleri yalnızca üniversite hocası olmayan eski hocaların şöhretinin; bilgileri, eserleri ya da derslerinin yanında büyük ölçüde yüksek resmi konumlarından kaynaklandığına dikkat çekilmiştir.²⁶⁷ Bunlarla birlikte, Darülfünun sınıf usulü bir okul şeklini almış, araştırma fikri çevresinde örgütlenmemiştir.²⁶⁸ Kanun maddelerinin şerhi Darülfünun'un eğitim yönteminin başlıca unsuru olmuştur. Bu yöntem, hukuk okullarını bilimsel değeri olmayan, memleket kanunlarını öğreten uygulama okullarına

²⁶³ Charles Crozat, **Devletler Umumî Hukuku, Cilt I**, (çev. Edip F. Çelik), İsmail akgün Matbaası, İstanbul, 1950.

²⁶⁴ Charles Crozat, **Âmme Hukuku Dersleri, Birinci Kitap/ kısım 1: Devlet Teorisinin Tarihi**, (çev. Orhan Arsal), İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 73, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 11, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1938; **Âmme Hukuku Dersleri, İkinci Kitap / Kısım 1: Orta Zamanlar**, (çev. Recai Galip Okandan), İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 219, Kenan Basımevi, İstanbul, 1944; **Âmme Hukuku Dersleri, İkinci Kitap / Kısım 2: Orta Zamanlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 219, Kenan Basımevi, İstanbul, 1946.

²⁶⁵ Özcan, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi", 2003, s. 168 vd.

²⁶⁶ Muhlis Etem (Ete), "Darülfünundan Üniversiteye Doğru", **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 16, Temmuz 1932, s. 4.

²⁶⁷ Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber", 1944, s. 98.

²⁶⁸ Muhlis Etem (Ete), "Darülfünundan Üniversiteye Doğru", 1932, s. 4-5.

dönüştürmüştür.²⁶⁹ Eğitim dersten çoğaltma kitaplarla yürütüldüğünden monografi niteliğinde Türkçe eser yazılmasına gerek dahi duyulmamıştır.²⁷⁰ 1930'lara gelindiğinde, birçok bilim dalında Türkçe kitap eksikliği bulunmakta, öğrenciler yabancı dillerde yazılanları okuyup anlamakta güçlük çekmektedir.²⁷¹

Darülfünun-ı Sultanî'nin 28 Ocak 1876 tarihli Nizamnâme ile belirlenen derslerinde öğretim dilinin Fransızca mı Türkçe mi olacağı öğretim üyeleri arasında uzun uzadıya tartışılmıştır. Her alanda Türkçe kitaplar hazırlanıncaya ve bu dilde ders anlatabilecek öğretim üyeleri yetişinceye kadar derslerin iki dilde yapılması kararlaştırılmıştır.²⁷²

1877'de yüksekokul olarak yeniden yapılandırılarak açılan Mekteb-i Mülkiye'de ise, Fransızca dersleri, açılışından itibaren ders programına alınmıştır.²⁷³ Batı'nın izlerini memlekete sokma ihtiyacı duyulan Tanzimat'tan beri, Fransızca dersleri üniversite programlarında yer almasına ve liselerde yabancı dil öğretilmesine rağmen, istisnalar bir yana ortada dil öğrenenin bulunmadığından yakınılmaktadır:

“Üniversiteye gelen gençliğin büyük kısmı A kursundadır. Yabancı kaynaklardan kitap okuyabilenler her sınıfta üçü geçmez. (...) Yabancı dil tedrisatının sonucu pratik bakımdan bir “hiç”tir.”²⁷⁴ Peki Batı kültürü yurda nasıl sokulacaktır? Bütün gerekli eserlerin ve özellikle de klasiklerin çevrilmesinin bunların bir an önce yurda girmesi için en kestirme yol olduğu düşünülür. “Yunanlılardan başlayarak beşerî kültürü yaratmış eserleri bir plan dahilinde en kısa zamanda dilimize çevirmek” önerilir. Zira yabancı dil öğretiminin önemi yadsınmamakla birlikte,

²⁶⁹ Emin Erişirgil, “Cumhuriyette Ekonomi ve Hukuk Tedrisatı”, **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 8, Sayı 91, Birinciteşrin (Ekim) 1938, s. 344-345.

²⁷⁰ Muhlis Etem, “Darülfünundan Üniversiteye Doğru”, s. 4-5.

²⁷¹ Malche, 1933 tarihli İstanbul Üniversitesi Reformunu hazırlayan Rapor’unda “Türkçede ilmî neşriyat kâfi derecede mevcut değildir ve ecnebi eserlerini okuyup bihakkın anlamağa muktedir talebe miktarı azdır. Bundan dolayı, iktisabı malûmat için ellerindeki vasıta yalnız ders takrirleridir.” saptamasında bulunmaktadır. Malche, **İstanbul Üniversitesi Hakkında Rapor (29.05.1932)**, 1939, s. 4.

²⁷² Ekmeleddin İhsanoğlu, “Darülfünun Tarihçesine Giriş II: Üçüncü Teşebbüs: Darülfünun-i Sultanî”, **Belleten**, Cilt 57, Sayı 218, Nisan 1993, s. 227.

²⁷³ Fahri, “Mülkiye'nin Tarihçesi”, 1931, s. 43-46. Yazar, Mekteb-i Mülkiye'nin farklı sınıflarında okutulan derslerin listesini sunmaktadır.

²⁷⁴ Sadi Anadolu, “Yabancı Dil mi, Tercüme Kütüphanesi mi?”, **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 54, Eylül 1935, s. 1.

öğrencilerin metinleri okuyabilmesi için her üniversitelinin yabancı dil öğrenmesini bekleyecek zaman yoktur.”²⁷⁵

Bu nedenlerle, ilk kuşak öğretinin tavrı; dağınık, çoğu kez eklektik fakat kesinlikle “istilâcıdır”.²⁷⁶ Bir yandan, faaliyetlerini bilimsel araştırma işlevini esas alarak düzenleyen, kendi bilimsel camiasını yetiştiren üniversite arayışı sürerken, diğer yandan, ileride kürsüleri oluşturacak hocaların bir an önce yurtdışına gönderilmesi ve temel eserlerin Türkçe’ye çevrilmesi geçici bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Bilsel’in ifadesiyle, “Üniversite herşeyden önce kitap demektir. Üniversite hamlesi bu sebeple aynı zamanda bir kitap hamlesi olmak gerekmiştir”. 1933 Reformu ile yeni kurulan bütün enstitüler için temel kitaplar, dergiler bütün koleksiyonlarıyla edinilmeye çalışılmış, bunun için azımsanmayacak bir bütçe ayrılmış, katalog ilk sekiz yıl içinde hızla zenginleşmiştir.²⁷⁷

Derbil’in saptamasına göre, 1940 yılına gelindiğinde, idare hukukunda, Latin harfleriyle basılmış yalnızca dört kitap bulunmaktadır. Bunlardan ilk ikisi, Fransızca’dan çevrilmişken, son ikisi idare hukukuna giriş niteliğinde ders kitaplarıdır:

“Atıf’ın Berthélemy’den, İbrahim Âli’nin Roland’dan çevirdikleri hukuk idareleriyle, Musliheedin Âdil’in birinci cildinin birinci kısmı, Profesör Sıddık S. Onar’ın idare hukukunun birinci cildinin umumî methal teşkil eden birinci kısmı.”²⁷⁸

Yukarıda bahsedilen eksiklik, erken dönem Cumhuriyet’in çeviriye duyduğu gereksinimin yalnızca bir yönünü yansıtmaktadır. Dönemin çeviri etkinliğine yaklaşımı, eğitim alt yapısını oluşturma amacıyla sınırlı değildir. Ulusal politikaların odağına yerleştirilen kültürel ve toplumsal bir proje söz konusudur. Özellikle 1941’den itibaren çeviri yayıncılığı, bireysel ve özel çalışmaları aşan, doğrudan devletin kaynak ve

²⁷⁵ **Ibid.**, s. 2.

²⁷⁶ Abadan’ın Darülfünun Reformu sonrası âme hukuku kürsüleri için kullandığı bu niteleme, dönemin temel tutumunu yansıttığından, idare hukuku öğretisi için de aynen kullanılabilir. Abadan, “Âme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu”, 1965, s. 400.

²⁷⁷ Bilsel, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, 1944, s. 64.

²⁷⁸ Derbil, **İdare Hukuku, Cilt I**, 1940, S. VII.

kurumlarıyla desteklenen, Maarif Bakanı Hasan Âli Yücel'in öncülüğünde bir tarihsel seferberlik olarak ortaya çıkmıştır.²⁷⁹ Aynı zaman diliminde, idare hukuku yazınında da parçalı ya da bütün, asıl ya da özet çevirilerin yoğunluk kazanması, çeviriye bilginin aslı kaynağı olarak değer atfedilen, ona kurucu işlev yükleyen bu yaklaşımın bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Çevirinin ayrıcalıklı bilimsel faaliyet olarak benimsenmesi, Cumhuriyet'in modern hukuksal kuruluşunu ivedilikle katkı sunma arayışıyla uyumludur.

Dergiler de, ağırlıklı olarak, yurtdışında yayınlanan makale çevirilerinin, yeni çıkan kitapların kısa kronikler halinde tanıtımının ya da bir bölümünün doğrudan özetinin, yine yurtdışında düzenlenen konferans tebliğlerinin çevirilerinin toplamından oluşmaktadır. *Siyasal Bilgiler Mecmuası* adını alan *Mülkiye Mecmuası*'nın Ağustos 1934'te yayınlanan kırkbirinci sayısından itibaren "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri" üst başlığı altında yayınlanan dizi; Amerikan Hukuk Telâkkisi²⁸⁰, Institution Nazariyesi²⁸¹, Duguit'nin Devlet Nazariyesi²⁸², Kelsen'in Pür Hukuk Bilgisi²⁸³, Kelsen'e Göre Devletle Hukukun Ayniyeti²⁸⁴, Carré de Malberg'in Hukuk ve Devlet Telâkkisi²⁸⁵ başlıklı makale çevirileri ve konferans özetlerinden oluşmaktadır. Yayın dizisindeki bu eserler, dönemin öğretisinin tanımaya ve tanıtmaya çalıştığı kuramların çerçevesi

²⁷⁹ Turgay Kurultay, "Cumhuriyet Türkiyesi'nde Çevirinin Ağır Yüğü ve Türk Hümanizması", **Startseite**, no. 11, 1999, s. 13. Çeviri hareketi, Dünya Edebiyatından Tercüme dizisi ile başlamış, sonraları Batı klasikleriyle genişletilmiştir. Maarif Bakanlığı'nın 1945'te yayınladığı listeye göre, daha önce çevrilmiş on iki eserle birlikte, sadece Bakanlığın yayınladığı klasik ve modern tercüme sayıları iki yüz yirmi altıya ulaşmış, milli kütüphane oluşturma girişimi meyvelerini vermiş bulunmaktadır. Hasan Refik Ertuğ, "Kütüphane: Büyük Teşebbüs Yemişlerini Veriyor", **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 14, Sayı 166, Ocak 1945, s. 607.

²⁸⁰ Arthur Lehman Goodhart, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri I: Amerikan Hukuk Telâkkisi", (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 41, Ağustos 1934, s. 21-24; devamı için: *Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası*, Yıl 4, Sayı 42, Eylül 1934, s. 22-28.

²⁸¹ William Iwor Jennings, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri II: Institution Nazariyesi", (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 43, Birinciteşrin (Ekim) 1934, s. 20-28.

²⁸² Harold Joseph Laski, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri III: Duguit'nin Devlet Nazariyesi", (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 44, İkinciteşrin (Kasım) 1934, s. 27-36.

²⁸³ Hersch Lauterpacht, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri IV: Kelsenin Pür Hukuk Bilgisi", (konferans özeti: Hasan Şükrü Adal), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 46, İkincikânun (Ocak) 1935, s. 4-11.

²⁸⁴ Hersch Lauterpacht, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri V: Kelsen'e Göre Devletle Hukukun Ayniyeti", (konferans özeti: Hasan Şükrü Adal), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 50, Mayıs 1935, s. 35-39.

²⁸⁵ Yves Gouët, "Bugünkü Hukuk Teorileri: Carré de Malberg'in Hukuk ve Devlet Telâkkisi", (çev. Mustafa Emin), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 55, Birinciteşrin (Ekim) 1935, s. 20-24.

hakkında genel bir fikir vermektedir. Kıta Avrupası'na ek olarak, İngiliz ve Amerikan hukuk kuramcıları da çeviri yazınının içinde yer almaktadır. Cumhuriyet ile baş gösteren istilâcı çeviri akımı, yalnızca makale çevirilerine ilgi duymamış, Parry, Bonnard, Duguit, Berthélemy ve Merkl'in temel eserleri de Türkçe'ye kazandırılmıştır; kitaplar hakkında özet ya da kronikler yayınlanmıştır.²⁸⁶ Çeviriler, Kıta Avrupası kökenli kavram ve kategorilerin Türk hukuk sistemine girmesini sağlamış, böylece yeni hukuk dilinin oluşumuna katkı sunmuştur.

Cumhuriyet ilk kuşağının bilgiye erişmesine ve onu yaymasına yönelik eleştiriler günümüzün değer yargılarıyla oluşturulamaz. Özgünlüğün bulunmayışı, bizi bu dönemin kurucu işlevini kavramaktan alıkoymamalıdır. Çünkü çeviri niteliğindeki eserlerin bile, elbette doğrudan çevirmene atfedilemese de, idare hukuku yazınının bir parçasına dönüştüğü yadsınamaz. Bu anlamda, öğreti, özgün olmasa da, kuramsal içeriğin zenginliği nedeniyle kurucu bir öğretimdir; en azından kendisi bu misyonu yüklenmiştir.²⁸⁷

D. İşlem Kuramı Aktarımının Görünmez Kıldığı Kaynak: Devlet Şûrası Kararları

Yaklaşık 1940'lara kadar, Osmanlı hukuk-i idarecilerini görmezden gelen idare hukuku öğretisi, Devlet Şûrası kararlarını da kılavuz edinmemektedir. Öğreti ve yargı neredeyse kapalı devre iki alandır. İdari işlem anlatısında, yargı kararları öğretinin bir referansı olduğu zaman bile, bu kararlar Devlet Şûrası'nın değil, Fransız Devlet Konseyi'nin

²⁸⁶ Henry Berthélemy, **Hukuku İdare**, (çev. A. Atif Bayındır), Hamit Matbaası, İstanbul, 1931; Louis Rolland, **Hukuku İdare**, (çev. İbrahim Âli Erberk), İstanbul, 1933; Roger Bonnard, "İdarenin Kaza Yolile Murakabesi", (özetleyen: Etem Menemencioglu), **Mülkiye İctimai İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 43, Birinciteşrin (Ekim) 1934, s. 17-19; Roger Bonnard, **İdarenin Kazaî Murakabesi, Muhtelif Memleketlerdeki Murakabe Uzuvarı**, (çev. Hasan Şükrü Adal), İdare Dergisi, no. 86- 93, 1935; Roger Bonnard, **İdarî Kaza**, (Roger Bonnard'ın 1940 yılında Paris'te üçüncü kez Basılmış İdare Hukuku adlı eserinden çeviren: Ziya Yörük), Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1944; Clive Parry, **Âmme Hukuku**, (çev. Mukbil Özyörük), Ankara, 1944; Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954; Adolf Merkl, **Umumî İdare Hukuku**, (çev. Bedri Tahir Şaman), Titaş Basımevi, Ankara, 1942.

²⁸⁷ Onar, kendi misyonunu bizzat kendisi açıkça tanımlamıştır: " (...) –hukukun inkişafını temin etmek ve millî hukukumuzun esaslarını bulmak ve inkilâp hukukunu yapmak hususundaki vazifemiz (...)" Onar, Sıddık Sami, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları**, 1936, s. 1. Onar'ın kendine biçtiği misyon Cumhuriyet'in hukuksal kuruluşundan beklenen misyonun ta kendisidir.

kararlarıdır. Devlet Şûrası kararlarını inceleyen çok sınırlı sayıda ve kısa karar notu ile karşılaşılıyor olmamız, öğretinin düzenli yayınlanmayan Devlet Şûrası kararlarına erişme temennisine rağmen, *Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası*'nın ilk sayısının ancak Eylül 1937'de yayınlanabilmesi ile ilişkilendirilebilir.²⁸⁸ Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası'nın ilk sayılarında, 1934'den önce alınmış kararlara hiç yer verilmemiştir. Duran bu duruma, “mecmuayı tertipleyenler, 1934'ten geriye gitmemekle, belki de, TBMM'nin o yıl kabul ettiği 803 sayılı Kararla, '*Devlet Şûrası Deâvi dairesi, kazai vazife gören müstakil mahkeme sıfat ve selâhiyetiyle mücehhezdir.*' esasını doğrulamış bulunmasını yayınlanacak kararlara başlangıç olarak almışlardır.”²⁸⁹ yorumunu getirmiştir. 1934 öncesi kararların gerçek anlamda yargı kararı olarak değerlendirilip yayına alınmaması, Duran'ın yorumunun yersiz olmadığını göstermektedir.

Mecmua'nın içeriği bazı istişarî kararlarla *Deavî Umumî ve Hususî Heyetleri* ile *Birinci ve İkinci Deavi Daireleri*'nden çıkan yargı kararları ile sınırlanmıştır. Yargı kararları, uyumsuzluğun konusuna göre, “Memurlara Aid Hükümler, İskâne Aid Hükümler, Vergilere Aid Hükümler, Belediye İşlerine Aid Hükümler, Madenlere Aid Hükümleri İstimlâke Aid Hükümler, Müteferrik Hükümler” başlıkları altında sınıflandırılmıştır. Mecmua, ilk sayıdan itibaren üç ayda bir yayınlanmayı sürdürmüştür. Kararların kurgusuna bakıldığında, olabildiğince kısa ve hüküm fıkrası görünümünde oldukları anlaşılmaktadır. Hükme götüren en temel gerekçelerin belirtilmesiyle yetinilmekte;

²⁸⁸ Bu tarihten önce ve aynı tarihlerde, Şûra-yı Devlet kararlarına işlenmemiş haliyle Hukuk Gazetesi ve Hukukî Bilgiler Mecmuası gibi dergilerde de rastlanılabilmektedir. Örneğin *Hukuk Gazetesi*'nde karar notlarını yayınlayan Özal'ın Devlet Şûrası içinden biri, “Şûrayı Devlet Mülkiye Dairesi Başmuavini” olması, kararlara erişim engelinin bulunmaması yönünden dikkat çekicidir. Yazılanlar her ne kadar “karar notu” başlığını taşısa da, kararların kısa tanıtımından ileri gitmemekte, hatta hukuksal sorunun özetlenmesinin ardından esas hakkında değerlendirmeye girilmemektedir. Cudi Özal, “İdarî Davalar: Bir Şûrayı Devlet Kararı Hakkında Notlar (Birinci Deavi Dairesi, no. 1241, T. 3.6.1936)”, **Hukuk Gazetesi**, Sene 2, no. 16, 28 Ağustos 1936, s. 10; Cudi Özal, “İdarî Davalar: Bir Şûrayı Devlet Kararı Hakkında Notlar (Deavi Daireleri Umumî Heyeti), Sayı 35-3-19, T. 9.2.1936”, **Hukuk Gazetesi**, Sene 2, no. 16, 1 İkinciteşrin (Kasım) 1936, s. 10.

²⁸⁹ Lütfi Duran, “Atatürk Döneminde Danıştay”, **İHİD**, Cilt 2, Sayı 3, 1981, s. 36.

talep, maddi olay, gerekçe ve hüküm genellikle iç içe geçmektedir. Bu durum, Mecmua’da yayınlanan kararların, asıl değil özet olmasından kaynaklanmaktadır.

Esasen, Şûrâ-yı Devlet’in²⁹⁰ Osmanlı Dönemi’nde verdiği kararlar da Cumhuriyet öğretisinin ele almadığı birer inceleme verisidir. Şûrâ-yı Devlet kararları söz konusu olduğunda, Türkiye’de idari yargının ve idare hukukunun ilk ve tek sahibinin Türkiye Cumhuriyeti olduğu savı keskin bir söyleme dönüşmektedir. Onar’ın²⁹¹ 1930’larda ısrarla vurguladığı bu sav, ileriki yıllarda Derbil ve Özyörük tarafından açıkça dile getirilmeye devam edilmiştir:

“(…) eski Şûrayı Devlet, her ne kadar ilk bakışta bir idare mahkemesi gibi görünmekte idi ise de hakikatta bir bağımsız mahkeme mahiyetini haiz değildi. Çünkü eski Şûrayı Devletin kazaî kararları dahi icraî değildi, istişari idi. (...) Sadrazam tasdik etmezse veya Padişah onamazsa idarenin gadrine uğrayan vatandaş hakkını elde edemezdi. Saltanat devrinin Şûrayı Devleti, sonuna kadar bu yüz karasını taşıdı, hiçbir vakit bağımsız bir idare mahkemesi mahiyetini kazanamadı ve 1922 yılında saltanatla birlikte yok oldu.”²⁹²

Derbil, 1868’de Şûra-yı Devlet adıyla kurulan ilk Danıştay’ın gerçek bir idare mahkemesi olmadığı düşüncesindeyken, Özyörük, 1868’den beri kendini idari yargı bulunduğunu kanıtlamaya zorlayanlara seslenmekte ve idari yargı faaliyeti mevcut ise yargı kararlarının nerede olduğunu sormaktadır:

“Osmanlı Danıştayının görevleri konusunda yapılmış mahdut birkaç araştırmada da aynı gayreti görüyoruz: 1876 Anayasasından sonra dahi Osmanlı Danıştayının idarî yargıda görev sahibi olduğu iddiaya gayret edilmeğe çalışılmakta, fakat bakmış olduğu davalardan bir tek misal bile

²⁹⁰ Şimdiki ismiyle Danıştay; Şûra-yı Devlet, Şûrayı Devlet ya da Devlet Şûrası gibi farklı isimlerle anılmaktadır. Kuruluşundan itibaren Şûra-yı Devlet olarak geçmekte iken, Cumhuriyet tarihinde, 1938 tarihli 3546 sayılı Kanun ile Devlet Şûrası, 1946 tarihli 4904 sayılı Kanunla Danıştay ismini almıştır. Çalışmamızda, Osmanlı Dönemi’nin Danıştay’ını kastetmek için *Şûra-yı Devlet*, Cumhuriyet’in 1938’e kadar olan yılları için, ufak bir değişikliklerle *Şûrayı Devlet* ismi kullanılacaktır. Kanunların adlandırmalarına uygun olarak, 1938-1946 arası için *Devlet Şûrası*, 1945 sonrası için Danıştay olarak anılacaktır. Böylece, Kurumun hem Osmanlı ve Cumhuriyet’teki tarihsel dönemlerini ayırt etmek, hem de belirli bir dönem içinde mevzuat, yargı kararları ve yazın arasında karşılaşılan farklı kullanımları sadeleştirmek amaçlanmaktadır.

²⁹¹ Siddık Sami Onar, “Türkiye’de İdarenin Kazaî Murakabesi”, **İÜHF**M, Cilt 1, Sayı 1, 1935, s. 21-40; özellikle s. 21 ve s. 40.

²⁹² Süheyp Derbil, “Danıştayın Rolü”, **AÜHF**D, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 2.

verilememektedir. Ve olamazdı da...10 Mayıs 1868'de açılışı yapılan Osmanlı Danıştay, madem ki fertlerle İdare arasındaki bütün davalara bakacaktı... ve diyelim ki baktı; bu dosyalar herhalde bir yerdedir; acaba ihtilâflar ve verilen hükümler neydi?"²⁹³

(Şûra-yı Devlet ve Şurayı Devlet evreleri dahil) Devlet Şûrası kararlarını inceleme etkinliğinin yok denecek kadar az olduğu ilk çeyrekte, kararların kendisi görünmez durumdayken, Cumhuriyet Devlet Şûrası'nın idarenin denetiminde üstlendiği rol öne çıkarılmaya çalışılmaktadır. Aynı dönemde, idarî yargıya gerek olup olmadığı, adli yargı denetiminin yetersizliği karşısında Devlet Şûrası'nın yetkinliği, adli yargı denetiminin konusu ile Devlet-yurttaş ilişkisinin bağdaşmazlığı, iptal davasının niteliği ve önemi ısrarla işlenmekte, idari yargının idarenin doğal yargısı olduğu kanıtlanmaya çalışılmaktadır.²⁹⁴ Bu ikili tavır, belki de öğretinin Devlet Şûrası kararlarının, bunlara göre misliyle başvurduğu Devlet Konseyi kararlarının olgunluğuna erişmesi yönünde bir beklenti olarak yorumlanabilir.

1937'den öncesine ait kararların incelemeye konu olmamasının asıl nedeninin, öğretinin bu kararlara erişememiş olması ya da kararların hiç mevcut olmaması olmadığını, ardında başka bir anlayışın bulunduğunu düşünüyoruz. 1937 öncesinin yok sayılması, bugünün bakış açısıyla tarihsel verileri yorumlamaya, Osmanlı tarihinde "idare mahkemeleri", "iptal davaları" ve "iptal kararı" aramaya dayanan bir tarih anlayışının sonucudur.²⁹⁵ Bu anlayış, anılan kavramları bugün taşıdıkları anlamlarla tarihte arayan yazarlarda, Şûrâ-yı Devlet'te yargı kararı-yargı işlevi bulunmadığı yanılığına yol

²⁹³ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 46.

²⁹⁴ Sıddık Sami Onar, "Türkiye'de İdarenin Kazaî Murakabesi", 1935, s. 21-47; Sıddık Sami Onar, "İdarî Kazaya Lüzum Var mı? (I)", **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 3, Sayı 1-9, Temmuz 1937, s. 1-18; II. kısım için: **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 3, Sayı 2-10, Birinciteşrin (Ekim) 1937, s. 71-88; Refik Şevket İnce, "İdarî Kazada İptal Davalarının Mahiyeti ve Hukukî Neticeleri", **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 2, Sayı 3-7, İkincikânun (Ocak) 1937, s. 311-328; Cudi Özal, "İhtilâflar Mahkemesi Gibi İdarî Kaza da Tabii Bir Hukukî Müessesedir", **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, 1938, s. 5749-5752; Bu makaleye ilişkin değerlendirme için bkz.: Gad Franko Milaslı, "Kaza Birliği", **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, no. 6-102, 1938, s. 5659-5660; Uluğ Barık, "Fikir Hareketleri: İdarî Kaza", **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 7, Sayı 83, Şubat 1938, s. 693-697.

²⁹⁵ Karahanoğulları, Şûra-yı Devlet'in kuruluş dönemi işlevlerine bakarken, idari yargı, idare mahkemesi ve idari dava kalıplarını kullanmak yerine "denetim" kavramı üzerinden inceleme yürütmek gerektiği kanaatinde. Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2005, s. 151 vd.

açmaktadır. Saptadığımız bu olgular, aynı zamanda, Fransa ve Türkiye’de öğreti-içtihat arasındaki ilişki bağlamında önemli bir fark olarak ortaya çıkmakta, idare hukukunun özü itibariyle ya da baştan beri içtihat hukuku olduğu iddiasını Türkiye bakımından özellikle sorgulamaya götürmektedir. Akıllıoğlu’nun da dikkat çektiği gibi, bu iddia kanıtlanmaya muhtaçtır.²⁹⁶

Şûrâ-yı Devlet ve Devlet Şûrası kararlarının öğretinin başlıca referansı olmadığından diğer işareti ise, 1942 yılında Sarıca’nın (1912-1993) *İdarî Kaza* adlı eseri²⁹⁷ yayınlanana kadar, idari işlemin başlı başına iptal davasının konusu olarak ele alınmamasıdır. İdare hukuku yazınında, genel olarak, hukuk devletinin inşa sürecinde idarenin denetiminin geçirdiği aşamalar aktarılmakta; yargı denetiminin rolü vurgulanmaktadır. Fakat idari işlemlerin hukuksal rejimi, doğrudan iptal davasına ilişkin yargının yöntem kuralları çerçevesinde açıklanmamaktadır. İdari işlem kuramının doğrudan iptal davası içinde oluşturulması ve Danıştay kararlarının referans alınması öğretinin sonradan yöneldiği bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım ise, 1930’ların sonunda hâlâ tartışma götürülen “yargı düzeni ayrılığının gerekli olup olmadığı” sorusunun aşılmasına ve idari rejimin pekişmesine koşut olarak güçlenmiştir.

Sarıca (1912-1993), Danıştay kararlarını kuramla işleme konusunda yeni başlayacak bir yöntemin temsilcisidir. *İdarî Kaza* (1942), Onar’ın (1897-1972) idari yargıya ilişkin notlarını “ikmal ve ıslahı ve daha esaslı bir surette tertibile bir kitap haline konulmasını” Asistan Ragıp Sarıca’dan rica etmesi üzerine oluşmuştur. Onar’ın kitap için yazdığı Önsöz’de de belirtildiği gibi, “kitap, en yeni kuramlarla birlikte Türk Devlet Şûrası

²⁹⁶ Akıllıoğlu, idare hukuku kitaplarında idare hukukunun özellikleri altında, sırf medeni hukuktan farkını vurgulama ihtiyacından gelen “Türk idare hukuku içtihada dayanır” şeklindeki genel kabulü, köklü bir karşı iddia ile reddetmektedir: “Aslında Türk idare hukukunda içtihada dayanan en ufak bir kısım bile yoktur veya yok denecek kadar azdır, o zaman niçin Türk idare hukuku içtihada dayanır diye yazılıyor, çünkü başka ülkelerde öyle yazıldığı için, beni afetsinler. Türk idare hukukunda içtihadî nitelik bulunduğu savını, kanıtlanmış olmadığı için, hâlâ kavrayabilmiş değilim.” Tekin Akıllıoğlu, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü’nde sunulan tebliğ, (5 Mart 2012, İstanbul), *İHİD*, Cilt 15, Sayı 2, s. 184.

²⁹⁷ Sarıca, *İdarî Kaza*, 1942.

Kanunu'na dayandığı ve Devlet Şûrası içtihatlarından yararlanıldığı için kuramsal ve uygulamalı değere sahiptir".²⁹⁸ Devlet Şûrası kararları üzerine incelemelerinin yayınlanması da, ancak 1943'te Sarıca tarafından gerçekleştirilebilmiştir.²⁹⁹ Sarıca, aynı yıl yayınlanan *İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasında İlgi* başlıklı makalesinde de,³⁰⁰ Fransız Devlet Konseyi kararlarını metin içinde incelemekle birlikte, Devlet Şûrası'nın da aynı yönde düşündüğünü vurgulamak amacıyla dipnotlarında ilgili kararları göstermeden geçmemiştir. Sarıca'nın Cumhuriyet Döneminde Devlet Şûrası kararları ile öğreti arasında köprü kuran ilk idare hukukçusu olduğu söylenebilirse de, Devlet Şûrası kararlarının söz konusu makaledeki konumuna ve sayısına (on Devlet Konseyi kararına karşılık dört Devlet Şûrası kararı) bakıldığında, Devlet Konseyi kararları birincil başvuru kaynağı olma ayrıcalığını sürdürmektedir.

E. Geçmişle Hesaplaşan Öğretinin Özeleştirisi

Muslihiddin Âdil (Taylan)'in (1881-1944), 1933 tarihli *Mukayeseli Hukuku İdare* kitabı, Jèze'in 1880 öncesi Fransız şerhçi idare hukuku öğretisine yönelttiği eleştiri³⁰¹ ile açılmaktadır. Önsöz'de Jèze'in serzenişlerinin ve önerdiği bilimsel yöntemlerin çok benzerini bulmak mümkündür:

"-Mahdut bazı eserler istisna edilirse- yirmi, yirmi beş sene evvele kadar, garpta ve memleketimizde neşredilen 'Hukuku İdare'ler hemen umumiyetle, idare kanunlarının şerhlerinden ibaret kalmıştır. (...) bunlar 'Hukuku İdare'nin 'İdare kanunları mecmuundan ibaret olduğu' zehabını vermiştir. Halbuki, Hukuku İdare, kanunlar mecmuu değil, 'İdari hâdiseleri birbirine bağlayan münasebetleri anlatan ve bu hâdiselerin doğum tarzlarını teşrih ile müşterek esasları meydana çıkaran bir bilimdir'. (...) İlimde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin, görmediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştikâk ettikleri sebeplerle -halkalarını

²⁹⁸ Sarıca, **İdarî Kaza**, 1942, s. 4.

²⁹⁹ Ragıp Sarıca, "Mahkeme İctihatları, İdare Hukuku", **İÜHFİM**, Cilt 9, Sayı 3-4, s. 415-431.

³⁰⁰ Ragıp Sarıca, "İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgi", **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl 17, Sayı 7, 1943, s. 385-400.

³⁰¹ Jèze, **Les Principes généraux du droit administratif**, 1904, s. 5-8. **supra**. Bölüm I / Başlık I-B-2, "Ders Kitaplarındaki Açıklar".

birbirinden ayırmak kabil olmıyan- ince bir zincir teşkil eder. Bir bilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir.”³⁰²

Muslihiddin Âdil (Taylan), mesleki tecrübesine dayanarak, idare hukukunun olgunlaşma seyriinin düşüncelerin gelişimine bağlı olduğunu, değişen hukuk kurallarının açıklanmasıyla sınırlı bir etkinliğin temel ilke ve esaslara ulaşmakta işlevsel yetersizliğini fark ettiğini beyan etmektedir.

Aynı eleştiri, Derbil’in 1940 tarihli kitabının Önsöz satırlarında da yinelenir. Derbil de, Muslihiddin Âdil (Taylan) gibi Jèze’in yakınmalarından etkilenmiştir:

“Sayısı binleri aşan kanunları, nizamnameleri, talimatnameleri, mahkeme içtihatlarını birer birer ele alarak, madde tahlil ve izah etmek ilk bakışta pratik bir yol gibi görünebilir. Böylece idare hukukunu alâkadar eden bütün mevcut ve mer’î kaideler ortaya konulmuş olur. / İdare hukuku hakkında eskiden böyle eser yazılırdı. Bu yüzden idare hukuku, ancak hafızası kuvvetli, ezberci kimseler tarafından öğrenilebilir bir hukuk şubesi sayılırdı. Hatta Profesör Jèze’in rivayetine göre, Paris Hukuk Fakültesi profesörleri 1913 de idare hukukundan tahriri imtihan yapılamayacağı, elde metin olmadan idare hukuku bahisleri üzerinde bir şey yazılamayacağı kanaatine varmışlardı. Eski nesilden bir çok kimseler idare hukuku böyle öğrenmek suretile yetişmiş bulunmaktadırlar. (...) Hukuk tetkiklerinde yalnız mevcut hukuk kaidelerini incelemek, yalnız bunlara ehemmiyet vermek, bunları belletmek yolu tutulursa böyle yetişen kimseler, çok kere, öğrendikleri hukuk kaidelerinin zarurî olduğu, içtimaî düzenliğin bunlar sayesinde devam ettiği, bu kaideler değişirse içtimaî bir kargaşalık, millî bir felâket baş göstereceği kuruntusuna kapılırlar. Şuurlarında değilse bile şuurlarının altında böyle bir kanaat yerleşip kökleşmeğe başlar. Yenilik düşmanı birer muhafazakâr olurlar.”³⁰³

Erken Cumhuriyet idare hukukçuları, hukuk-i idareden yönlemsel bir kopuş içindedir. Yönlemsel kopuş, hem bilginin üretilmesine hem de öğrenciye aktarılmasına ilişkindir. Önsözlerde, okurlara yenilikçi bir tonla, idare hukukunu yenileme vaadiyle

³⁰² Muslihiddin Âdil (Taylan), **Mukayeseli Hukuku İdare**, Cilt I, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933, s. 3-4.

³⁰³ Derbil, **İdare Hukuku**, Cilt I, 1940, s. V-VI.

seslenmektedirler. Onar ise, yerellik arayışını ifade etmekte, Tanzimat'ı ve Cumhuriyet'i ısrarla sorgulamaya koyulmaktadır: Onar'ın *Mülkiye Mektebi Mecmuası*'nın daha ikinci sayısının başında yer alan "Tetkik Mevzuları" başlıklı yazısı, dönemin bilim topluluğunu oluşturan aydınlara yöneltilmiş bir "meçhul sahayı" yani kendi kurumlarını inceleme çağrısıdır:

"Münevverlerimiz için en meçhul saha kendi memleketimizdir. Avrupayı, Amerikayı, hattâ Asyanın uzak memleketlerini başkalarının yazmış olduğu kitaplardan okur ve tanırız; fakat kendi memleketimiz hakkında metodik hiçbir fikrimiz yoktur. Avrupa ve Amerika âlimleri memleketlerini ve memleketlerinde cereyan eden bütün içtimaî hâdiseleri ince ince tahlil ve terkip ederler; bu tahlil ve terkip bugün elimizdeki kitapların esasını teşkil eder. (...) Halbuki memleketimizin eski veya garptan alınmış yeni müesseseleri hakkında böyle tahlilî ve terkipî bir tetkika tesadüf etmek mümkün değildir.³⁰⁴ (...) Münevverlerimize memleket mevzuları pek ehemmiyetsiz görünüyor. Müesseseleri tetkik ederken Avrupanın tecrübelerini zikretmekle meseleyi hallettiğimizi zannediyor ve cemiyetlerin bünyelerindeki hususiyetleri düşünmeğe hiç lüzum görmüyoruz.³⁰⁵,"

Onar'a göre, Avrupa biliminin kendilerine göstereceği yol, bir metottan, sistemden ya da kendi bünyelerinden doğan tecrübelerden ibarettir. Onar, dönemin aydınlarının bu sistemler çerçevesinde kendi ülkelerini incelemek ve metodlarını kendi toplumsal ve tarihsel olgularına uygulamak yükümlülüğünü vurgulamaktadır.³⁰⁶ Devletlerin gelişme ve ilerlemesinde, ne kişilerin ne de meclislerin, *ilmin hâkimiyeti*'ni savunmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünü, bilimin ihmal edilmiş olmasına ve devletin kaderini belirleyen devlet adamlarının bilimsel esaslar değil kişisel menfaatler doğrultusunda yönetmesine dayandırmaktadır. Aydınlanmacı bakışını, "ilim ve

³⁰⁴ Siddık Sami (Onar), "Tetkik Mevzuları", *Mülkiye Mektebi Mecmuası*, Yıl 1, Sayı 2, Mayıs 1931, s. 1.

³⁰⁵ Siddık Sami (Onar), "Tetkik Mevzuları", 1931, s. 3.

³⁰⁶ *Ibid.*, s. 3.

tatbikatın ayrılmazlığı” tezi ile desteklemektedir.³⁰⁷ Onar’ın, Osmanlı Dönemi kurumlarını ve Cumhuriyet inkılâplarını sorgulayan, hatta Alman ve Fransız öğretisi kaynaklı kuramları tarihsel olgulara uygulamaya çalışan pek çok incelemesi³⁰⁸, bu bilinmez sahadaki bilimsel boşluğu doldurmayı bizzat üstendiğini göstermektedir. Söz konusu arayış, kendi çağdaşları arasında konumunu sivrilten yönü olmuştur.

Modern idare hukukunun yerleşmesinde kuramsal resepsiyonun temsilcisi sayabileceğimiz Onar, Osmanlı İmparatorluğunda Türk-İslam Hukuku bireşimi nasıl özgün bir hal aldıysa, Batı’nın hukuk kurumlarının Cumhuriyet’in ihtiyaçları doğrultusunda özgün bir gelişme kaydedeceğini savunmaktadır. Alıntılatacağımız cümleler, Onar’ın aynı hukuk ailelerine ait toplumlar arasında kuramsal resepsiyonu nasıl algıladığını ortaya çıkarmaktadır:

“Aynı medenî seviyeye varmış, aynı ihtiyaçları duymuş cemiyetlerin hukuk müesseselerinde bir benzerlik bulunması gayet tabiidir. Bu itibarla her hangi bir milletin hukukunda gördüğümüz bir müessese, eğer onu doğuran ihtiyaç sadece mahallî ve millî olmayıp umumî bir mahiyette ise, diğer milletlerin hukukunda da mevcut bulunmak icabeder. Bir milletin müesseselerinin dış şekillerinde gördüğümüz bazı hususiyetler onun yalnız o millete mahsus olduğu zannını verebilir; fakat bu dış görünüşü bir tarafa bırakıp özüne nüfuz etmeğe çalıştığımız ve onu doğuran sebep ve âmilleri göz önünde bulundurduğumuz zaman aynı sebep ve âmillere rastgeldiğimiz başka memleketlerde de müessesenin aynı özde ve fakat farklı şekillerde doğduğunu ve hattâ daha fazla gelişmiş bulunduğunu görebiliriz. (...) Aynı benzerliğin garp hukukiyle şark hukuku ve bilhassa Türk âlimlerinin çok işledikleri Türk-İslâm hukuku arasında da mevcut olduğuna kaniim.

³⁰⁷ Siddık Sami (Onar), “İlim ve Tatbikat”, **Mülkiye Mektebi Mecmuası**, Yıl 1, Sayı 5, Ağustos 1931, s. 5.

³⁰⁸ Siddık Sami (Onar), “Adliyemizde Yeni Temayüller”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 18, Eylül 1932, s. 1-8; devamı için: **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 19-20, Birinci ve İkinci Teşrin (Ekim ve Kasım) 1932, s.33-37; “Bizde Cemiyet Fikri ve Hayatı Neden İnkişaf Edemiyor?”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 22, İkincikânun (Ocak) 1933, s. 3-7 ; “Cumhuriyet ve Hususî Hukukumuz”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 31, Birinciteşrin (Ekim) 1933, s. 17-22; “Türkiye’de İdarenin Kazaî Murakabesi”, **İÜHFİM**, Cilt 1, Sayı 1, 1935, s. 21-47; **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 3, Ankara, 1936, s. 1-26; “Les transformations de la structure administrative et juridique de la Turquie et son état actuel”, **Revue Internationale des Sciences Administratives**, no: 4/1955, Les Éditions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1955; “İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye’nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu”, **Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, 1956, s. 263-299.

Dünyanın en büyük imparatorluklarından birkaçını kurmuş olan Türklerin kabul ve tatbik ettikleri hukukta zamanının medenî ihtiyaçlarının doğurduğu müesseselerin bulunmadığını düşünmek ve bu hukuku hiçbir zaman dünün garp hukukunun derecesine erişmemiş geri bir hukuk manzumesi sayma -en hafif tabiriyle- bir ihmal ve lâkaydiden başka bir şey değildir.”³⁰⁹

Onar, Cumhuriyet idare hukukunun son Osmanlı aydınıdır. Pek çok eserinde, Osmanlının hukuk kurumlarını yok saymak yerine, bunlar üzerine dikkatle eğilerek sorgulamadan geçirmeyi seçmiştir. Küçümseyici değil Cumhuriyet için dersler çıkarıcı bir tavır içinde olmuştur. Tanzimat’ın Batı’dan kurallar ve kurumlar düzeyini aşamayan aktarım tarzına tepki duymuş, düşünce hareketleri ve öğretilerle derinleşmeyen bir aktarımın ulusal hukukta gelişim kaynağı olamayacağını savunmuştur:

“Tanzimat devri açıldıktan sonra Avrupa’dan ve bilhassa Fransa’dan bir çok kanunlar ve nizamnameler alınmış (...) fakat bunların dayandıkları umumî esasları nazariyeleri yayacak fikir hareketleri ve doktrin teessüs edemediği (...) için alınan mevzuat ve kurulan müesseseler de fiilen ruhsuz bir manken halinde kalmıştır: halk, memurlar ve hatta Devlet adamlarının büyük bir kısmı da bunların ruhuna, maksatlarına ve hatta lüzum ve faydalarına nüfuz edememiş ve bu yüzden tatbikat yanlış mecralara dökülmüş ve hatta bu mevzuatın bir kısmı tamamiyle çorak bir sahada kuruyarak kaybolmuştur.”³¹⁰

Onar, inkılâp geçiren ve gelişmekte olan ülkelerin müesseselerinin hangi şartlarda gelişeceğini, zayıflayacağını ya da öleceğinin Hauriou’nun müessese (*institution*) kuramıyla çok iyi açıklanabileceği kanaatindedir. Böylece, Hauriou’nun senelerce geliştirerek ve kitabının farklı basılarında yeni unsurlar ekleyerek ortaya koyduğu kuram aracılığıyla, hem idare tarihimizdeki bazı deneyimlere kuramsal değer katma, hem de Tanzimat müesseselerinin neden yaşamadığını ve Cumhuriyet müesseselerinin nasıl yaşayabileceğini sorgulama olanağı bulacaktır. Onar, Hauriou’nun müessese kuramını Osmanlı ve Cumhuriyet kurumlarına uygulamaya şu sorudan başlamaktadır:

³⁰⁹ Sıddık Sami Onar, “Türk Hukukunda Âmm Emlâki Teorisi”, 1944, s. 479-480.

³¹⁰ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. XII-XIII.

“Nasıl oldu da bizim tanzimat müesseseleri çorak bir toprağa düşmüş çiçekler gibi soldu, uzun zaman cılız kaldı ve bizden çok sonra hayata atılan, tanzimatımızdan çok sonra bizim Tanzimat müesseselerimizin eşini kurmak isteyen Bulgaristanın müesseseleri ikinci meşrutiyetimizin başında, bize nümune olarak tavsiye edilecek derecede büyüdü ve inkişaf etti?”³¹¹

Bu soru, Onar’ı Tanzimat reformlarıyla oluşan müesseseleri ve mevcut müesseselere karşı tepki olarak ortaya çıkan inkılâpları sorgulamaya götürmüştür. *Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki*, Onar’ın idealist Cumhuriyet hukukçusu yanını en açık biçimde yansıtan çalışmalarındandır.

Hauriou’nun müessese kuramını Türkiye siyasal tarihine uyarlayan birden fazla çalışma, Umumî Âmme Hukuku Kürsüsü’nde asistanlığını yaptığı, tez danışmanı Crozat gibi Hauriou’nun müessese kuramından etkilenen Tunaya tarafından gerçekleştirilmiştir.³¹² Tunaya, doktora tezini hazırladığı esnada, Hauriou’nun eserini çevirerek Türkçeye kazandırmıştır.³¹³ Doktora tezinin konusuyla bağlantılı bir makaleyi de kaleme almıştır.³¹⁴ Nitekim Tunaya’nın asistanlığını yaptığı, aynı zamanda kendisinin tez danışmanı olan hocası Crozat da, Toulouse Hukuk Fakültesinde Hauriou’nun asistanlığını yaptıktan sonra 1926’da Türkiye’ye gelmiştir. Tunaya’nın doktora çalışmasını oluşturan kuramsal çerçeve, Anayasa Hukuku Kürsüsü’ne geçtikten sonra verdiği diğer eserlerde de düşünce evrenini belirlemiştir.³¹⁵ Esen’in “Prof. Tarık Zafer Tunaya, kitabının adından da anlaşılacağı Anayasa Hukukunu siyasî müesseselerle

³¹¹ Sıddık Sami Onar, *Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki*, Hukuk İlmîni Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 66, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1941, s. 3.

³¹² Tarık Zafer Tunaya, *Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri*, 1946; Crozat’ın Hocası Hauriou’dan bir çevirisi için bkz.: Charles Crozat, “Hauriou: Mücmel İdare ve Âmme Hukuku”, (çev. Necmettin), *Mülkiye Mecmuası*, Yıl 3, Sayı 34, İkincikânun (Ocak), 1934, s. 26.

³¹³ Maurice Hauriou, *Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimâî Vitalizm Denemesi)*, (çev. Tarık Zafer Tunaya), Kenan Matbaası, İstanbul, 1944.

³¹⁴ Tarık Zafer Tunaya, “Müessese Teorisinde Fikir Unsurunun Âmme ve Devletler Hukuku Sahalarındaki Değeri”, *İÜHFİM*, Cilt 13, Sayı 2, 1947, s. 529-560.

³¹⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku (1965-1966 Ders Yılı Notları)*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966; Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler (1859-1952)*; Doğan Güneş Yayınları, İstanbul, 1952. Çalışma daha sonra genişletilerek üç cilt halinde yayınlanmıştır: Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler, Cilt I: İkinci Meşrutiyet Dönemi (1908-1918)*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984; *Cilt II: Mütareke Dönemi (1918-1922)*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986; *Cilt III: İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989.

anlam kazanan bir bilim dalı olarak görür”³¹⁶ saptamasının yanına, “Tunaya, siyasal müesseseleri Hauriou’nun kuramının etkisi altında düşünmüştür” saptamasını ekleyebiliriz. Tunaya’nın, siyasal kurumlar üzerine, tez danışmanı Crozat ile birlikte bir çalışması da bulunmaktadır.³¹⁷ Müessese kuramının yaratıcısı filozof Hauriou’dan Toulouse’daki asistanı Crozat’ya, Crozat’dan ise İstanbul’daki asistanı Tunaya’ya doğru taşınması, idare hukuku bilgisinin kuşakların ortaklaşa düşünsel çabasıyla geliştiğinin çok iyi bir örneğidir.

Hauriou’nun müessese kuramı, devletin oluşumunu, hukuksal kişiliğe evrilmesini, hukuksal özne olarak varoluşunu açıklayan bir soyutlamadır. Bu anlamda, kamu hukukunun bir buluşu olsa da özel hukukun alanına da taşmaktadır.³¹⁸ Çünkü söz konusu kuram, Hauriou’nun “müesseselerin müessesesi” olarak nitelediği devlete³¹⁹ özgüllüğünü kaybettirmeden, Kilise, aile birliği, ticari şirketler, dernekler gibi toplulukları da kapsamına almaktadır. Kuramın dehası, bir yandan toplumsal yaşamı düzenleyen devlet dışındaki müesseseleri görmesinde, diğer yandan devleti merkezi bir güç olarak değil, iktidarın hukukla örgütlendiği organlı yapılardan oluşan bir müesseseler bütünü olarak kavramasındadır. Hauriou’nun tanımına göre, “Müessese, bir toplumsal çevrede hukuken tezahür eden ve süreklilik arz eden iş ya da teşebbüs fikridir; bu fikrin gerçekleşmesi için organlara sahip bir güç örgütlenir; diğer taraftan, bu fikrin gerçekleşmesine yönelik toplumsal grubun üyeleri arasında, gücün organları tarafından idare edilen ve usullerle düzenlenen ortak şuur doğar.”³²⁰ Müessese kuramı,

³¹⁶ Bülent Nuri Esen, “Türk Anayasa Hukukunda Bir Olay”, *AÜHFD*, Cilt 26, Sayı 3-4, 1969, s. 344.

³¹⁷ Charles Crozat-Tarık Zafer Tunaya, *XVIII. Asrın Sonunda Avrupa ve Amerika Siyasal Müesseselerinin Karakteristik Vasıfları: Büyük Fransız İhtilâli ve Devlet Mefhumi Üzerindeki Tesirleri*, Talat Altın Matbaası, İstanbul, 1949.

³¹⁸ Georges, Renard, “L’aide du droit administratif pour l’élaboration scientifique du droit privé”, in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Géný*, Paris, Sirey, 1934, tome 3, s. 78.

³¹⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e édition, Larose et Ténin, Paris, 1907, s. IX.

³²⁰ Maurice Hauriou, “Théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme sociale”, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, no. 4, 1925, s. 10.

idare hukukçuları cephesinde kamu tüzelkişiliğini, anayasa hukuku ve genel kamu hukuku cephesinde ise siyasal kurumları kavramakta destekleyici olmuştur. Fransa'dan çıkan söz konusu kuram, Türkiye'ye uyarlanırken modern demokrasinin hukuk kurumlarının tasarımında böyle bir izdüşüm bırakmıştır.

III. İKİNCİ KUŞAK İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİNDE İDARİ İŞLEM KURAMINI KENDİNDEN BESLEME EĞİLİMİ

Türkiye'de idare hukuku tarihinin ilk çağı *Hukuk-i İdare*, ikinci çağı *Kuramsal Resepsiyon* iken üçüncü çağı *Ulusal İdare Hukuku*'dur. Söz konusu dönemselleştirme, şüphesiz idare hukukunun bir çağdan diğerine anlık bir atlayışını değil, içinde geçiş evrelerini de barındırdıran bir gelişim seyrini yansıtmaktadır. 1950'li yıllar, hatta 1961 Anayasası'nın³²¹ ilk yılları ikinci çağdan üçüncü çağa geçişe evrilten bir ara dönem gibi düşünülebilir. Tarihsel akış içinde Darbe'nin gerçekleştiği ya da 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarih eski bir çağı kapatıp yenisini açmamıştır. Bu nedenle, üçüncü çağ için ancak bu iki tarihsel olgunun etkilerinin gözlenebildiği yaklaşık tarihler belirlenebilir. İdare hukukunun kuramsal tarihinin üçüncü çağının başlangıcını keskin bir başlangıç tarihinde sabitlemek yerine, Anayasa'nın Üniversite ve Danıştay üzerindeki etkilerinin giderek belirginleşmeye başladığı ve 521 sayılı yeni Danıştay Kanunu'nun yayımlanarak yürürlüğe girdiği 24.12.1964 tarihi³²² ile 12 Mart 1971 Darbesi arası beş yıllık döneme yaymak daha doğru olur. Üçüncü çağ olan Ulusal İdare Hukuku, ona niteliğini veren özelliklerini edinmeye başladığını açıkça izleyebildiğimiz 1960'ların ikinci yarısı ile 1970'lerin sonu arasına denk düşmektedir.

1961 Anayasası, Danıştay ve diğer yüksek mahkemeleri anayasa organı haline getirmiştir. Anayasa'da, Yüksek Hakimler Kurulu ile Yargıtay arasında kurulan bağ,

³²¹ R.G., 31.05.1961-10816.

³²² Danıştay Kanunu, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. R.G., 31.12.1964-11896.

Danıştay için kurulmamıştır. Danıştay'ın yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, idari rejimin ve idari yargının özellikleri göz önünde bulundurularak farklı esaslara bağlanmıştır.³²³ Yeni anayasal düzen ile uyum sağlamak üzere hazırlanan 521 sayılı yeni Danıştay Kanunu'nun 2. maddesinde, "Danıştay'ın bağımsız olduğu, yönetim ve temsilinin Birinci Başkan'a ait bulunduğu, Danıştay'ın bütçe ve Hükümet ile ilgili işlerinin Başbakanlık aracılığıyla yürütüleceği" belirtilmiştir. Danıştay, 1961 Anayasasınının 140. maddesinde, "kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir." olarak tanımlanmıştır. Komisyon Raporu'nda da belirtildiği gibi, anılan Anayasa hükmünde "idari alt mahkemeler tesisi imkânları açık bırakılmıştır."³²⁴ İlk derece idari yargı mercilerinin kurulması Meclis görüşmelerinde ifade edilmesine ve gerek Danıştay gerekse bakanlıklar tarafından bu konuda hazırlıklar yapılmasına rağmen, daha önce yargı işlevini yerine getiren il ve ilçe idare kurulları ile vergi itiraz ve temyiz komisyonları 1961 Anayasası Dönemi'nde de uzun yıllar görevlerini sürdürmüşlerdir.³²⁵ Yasama organı anayasal yükümlülüğünü yerine getirmemiş, İlk derece idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kuruluşu, 12 Eylül 1980'de Türk Silahlı Kuvvetleri'nin iktidara el koymasından sonra gerçekleşmiştir.

Danıştay'ın birikimini ve çalışmalarını sergileyebileceği bir ortamın oluşmasını için, gelişimi tetikleyici anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda bir iç örgütlenmenin de tamamlanması gerekmiştir. 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, 521

³²³ **Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu**, Karar no. 27, 09.09.1961, S. Sayısı 35, s. 6.

³²⁴ **Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu**, s. 6

³²⁵ Göksu'nun 1968'teki beyanı, Danıştay'ın ilk derece idare mahkemelerinin kurulmasına sıcak baktığını ve yeni yasa beklentisinin gerçekleşmesi için hazırlık çalışmalarını doğrudan desteklediğini göstermektedir: "Büyük Millet Meclisimizin genel arzu ve temayülü, hususiyle her yıl bütçe görüşmeleri sırasında önemle ileri sürüldüğü üzere, İlk Derece İdare Mahkemelerine ait Kanunun bir an önce çıkarılması ortamındadır. / Esasen bu konuda, Danıştay'ca ve bazı ilgili Bakanlıklar'ca kendi görüşlerine uygun tarzda kanun tasarıları hazırlanması yoluna da gidilmiştir. Bunların, yakında Yüce Mecliste bir arada görüşülerek Anayasa hükmünün ve genel isteğin yerine getirilmiş olacağı umudundayız." "Önsöz", **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. XVI.

sayılı Danıştay Kanunu dışında, idari yargı düzeninin derecelendiren ve dereceler arasında görev dağılımını köklü bir biçimde değiştiren başka bir yasa kabul edilmemiştir. Yine de, yeni anayasal ve yasal düzenlemelere geçiş ve uyum çok uzun olmasa da zaman almıştır. Danıştay örgütlenmesinin bunlara uygun hale gelmesi için, yönetmelikler çıkarılmış, Yasa'nın öngördüğü birimler kurulmuştur. Bunlar içinde, *Danıştay Kitaplığı Yönetmeliği*,³²⁶ *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Kuruluş ve Çalışma Yönetmeliği*³²⁷ ile *Danıştay Hizmet İçi Eğitim Yönetmeliği*'nin³²⁸ hazırlanarak Resmi Gazete'de yayımlanması Danıştay'ın etkinliklerini yönlendirmesi bakımından özellikle önemlidir.

1961 Anayasası, *Hukuk Profesörlerinin Anayasası*'dır. Hukuk fakülteleri, yeni anayasa yapımında oynadıkları rol ile yeni rejimin hukuksal çerçevesinin ve toplumsal kurumlarının şekillendirilmesinde söz sahibi olmuşlardır. Milli Birlik Komitesi'nin (MBK) iktidarı ele geçirdikten sonra yapılacaklara ilişkin önceden hazırlanmış bir eylem planının bulunmamasının ve düzen sağlanıp genel seçimlere gidildikten sonra iktidarı devretme niyetinde olmasının da etkisiyle, akademisyenlerden oluşturulmuş bir komisyona yeni anayasa hazırlama görevi verilmiştir. Aydınların katılımını sağlamak için alınan bu karar 27 Mayıs hareketinin yönünü değiştirmiştir ve onu sıradan bir hükümet darbesinden çok kurumsal bir devrime dönüştürmüştür.³²⁹

27 Mayıs 1960 Darbesi sabahında MBK Başkanı, Devlet ve Hükümet Başkanı Orgeneral Cemal Gürsel, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden bazı hocaları Ankara'ya davet etmiştir. 27 Mayıs sabahı, İstanbul Üniversitesi profesörlerinden Sıddık Sami Onar, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Naci Şensoy, Ragıp Sarıca, Tarık Zafer Tunaya, Hüseyin Nail Kubalı, Doçent İsmet Giritli ve Asistan Erdoğan Teziç uçakla

³²⁶ R.G., 12.02.1966-12225.

³²⁷ R.G., 22.12.1967-12783.

³²⁸ R.G., 29.04.1970-13483.

³²⁹ Feroz Ahmad, *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, (çev. Yavuz Alogan) Kaynak Yayınları, 10. bası, 2012, s. 153.

Ankara'ya getirilmiştir. 28 Mayıs günü Ankara Üniversitesi profesörlerinden Muammer Aksoy, İlhan Arsel ve Bahri Savcı'nın da kendilerine katılmasıyla yeni anayasa hazırlamak için çalışmalarına başlamışlardır. Dönemin İstanbul Üniversitesi Rektörü Sıddık Sami Onar'ın başkanlık ettiği söz konusu komisyon, *Onar Komisyonu* olarak anılmaktadır.³³⁰

Onar Komisyonu'nun 28 Mayıs tarihli ön raporunda Demokrat Parti'nin yasal olarak iktidara geldiği, ancak bir hükümetin yasallığının iktidara geliş biçiminde değil, onun anayasaya, basın, ordu ve üniversite gibi kurumlara saygısında yattığı belirtilmiştir. Komisyon, seçilmiş iktidarın kurulmasından önce devletin yenilenmesini ve yeni toplumsal kurumların oluşmasını önermiştir. Bu da yeni bir anayasanın hazırlanmasını, yeni yasaları, kurumları ve yeni bir seçim yasasını gerektirmekteydi.³³¹

1961 Anayasası'nın idareye ilişkin hükümlerinin yazılmasında kamu hukuku hocalarının ve Danıştay'ın³³² söz sahibi olması bu tarihe kadar geçen döneme ağırlığını koyan soruları açıklığa kavuşturarak yenilerine yönelmenin kapısını açmıştır. 1961 Anayasası Temsilciler Meclisi görüşmelerinde, idare hukukunun en tartışmalı konuları idare hukuku hocalarının ve Danıştay'ın görüşlerine atıflarda bulunmak suretiyle kapsamlı biçimde yeniden ele alınmış ve böylece eski tartışmalarının Anayasa ile çözüme bağlanmasına, çaba harcanmıştır. Böylece, “idare kural koyabilir mi, idari

³³⁰ MBK, Ekim 1960'ta, üniversite içinden gelen ihbarlara dayanarak 147 öğretim üyesini üniversitedeki görevinden almıştır. Üniversitedeki tasfiye “147'ler Olayı” olarak anılmaktadır. Görevine son verilenler arasında, Ali Fuat Başgil, Sabahattin Eyüboğlu, Yavuz Abadan, Nusret Hızır, Tarık Zafer Tunaya, Mina Urgan, Haldun Taner de bulunmaktadır. MBK Kararını protesto etmek amacıyla, Turhan Feyzioğlu, Sıddık Sami Onar, Fikret Narter ve Suut Kemal Yetkin gibi birçok rektör ve öğretim üyesi istifa etmiştir. 1960'ta görevden alınan öğretim üyeleri, 28 Mart 1962'de çıkarılan Yasa ile üniversitelere dönebilmişlerdir. Özyörük ve Giritli, Yasa kapsamında üniversiteye dönen idare hukukçularındandır. Hikmet Özdemir, “Siyasal Tarih (1960-1980)”, **Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye (1908-1980)**, (yayın yönetmeni: Sina Akşin), Cem Yayınevi, 11. bası, İstanbul, 2011, s. 235 vd.

³³¹ Ahmad, **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, 2012, s. 154.

³³² 1939 yılında Danıştay Birinci Sınıf Muavinliği ve Müddeiumumiliği unvanıyla yargıçlık mesleğine başlayan, 1941-1948 yılında Danıştay dışında hizmet verdikten sonra 1948 yılında Kanunsözcüsü olarak Danıştay'a dönen, 1950 yılında Danıştay Üyeliğine, 1960 yılında Danıştay Birinci Daire Başkanlığına seçilen Rıza Göksu, bu görevdeyken Temsilciler Meclisi üyeliğinde bulunmuştur. <http://www.danistay.gov.tr/icerik-7-rizagoksu.html> (çevrimiçi, 25.7.2017).

işlemlere karşı yargı yolu kapatılabilir mi, hükümet tasarrufu var mıdır” gibi idari işlem kuramına ilişkin sorular Anayasa’da büyük ölçüde cevaba bağlanmış, yazının yeni konularla zenginleşmesine elverişli alan yaratılmıştır. Danıştay’ın tarihsel gelişimi, iptal davalarının niteliği, yargı kararlarının bağlayıcılığı, yürütmeyi durdurma yetkisi, idari yargı örgütlenmesi; 1960-1980 arasında en çok ele alınan konulardandır. 1970’lerde “geri alma, tam yargı davası, idari işlemde doğan zarar, idarenin sorumluluğu, iradenin çözümlenmesi” gibi önceden teğet geçilen konular ilk defa kapsamlı bilimsel çalışmalara konu edilmeye başlanmıştır. Bunlarla birlikte, “re’sen yargılama, dava açma süresi, işlemin kesinleşmesi” gibi yargılama yöntemiyle bağlantılı konular, hem üniversite hocalarının hem de Danıştay meslek mensuplarının çalışmalarında işlenir olmuştur. İncelenen konularda çeşitlenmeye, idari yargı kurumlarının ve idari işlemin hukuksal rejiminin bilgisinde derinleşme eşlik etmiştir.

Yeni Anayasa ve Yasa’nın yürürlüğe girmesiyle, Danıştay’ın ve üniversiteli idare hukukçularının yönelimleri farklılaşmıştır. Daha önce Kıta Avrupası kamu hukuku kuramlarının aktarımına ağırlık veren idare hukuku öğretisi Danıştay kararlarını pusula edinmeye başlamıştır. Danıştay ise, kararlarını idare hukuku öğretisi için erişilebilir kılmaya çalışmıştır. Danıştay ile üniversitenin giderek yakınlaşması; karşılıklı işbirliği sayesinde kendinden beslenebilen, içtihadi ilkelere dayanan, ulusal nitelikli bir idare hukukunun oluşum koşullarını yaratmıştır. Danıştay’ın 1961-1970 arası tutumunda, bir yandan kurumsal saygınlığı ile birikiminin verdiği özgüven, diğer yandan kararlarının üniversite bilim çevrelerince eleştirilmesi ihtiyacı duymasından kaynaklanan bir alçakgönüllülük dikkat çekmektedir. 1970-1980 arası ise, idari yargı denetimine yönelik sınırlamalara karşı kendini korumaya ve savunmaya çalışan bir Danıştay karşımıza çıkmaktadır.

A. Danıştay ile Üniversite Arasında Ulusal İdare Hukuku İçin İşbirliği

“Osmanlı’da II. Meşrutiyet’in ilanının ve Kanun-ı Esasi’nin yürürlüğe konulmasının getirdiği özgürleşme, Cumhuriyet’te 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girişiyle yaşanmıştır.”³³³ Hem idari yargıyı hem üniversiteyi özgürleştiren Anayasa, idare hukukunun gelişimini hızlandıracak siyasal, toplumsal, akademik ortamı hazırlamıştır. İdari yargı denetiminin konu yönünden kapsamının ve yargılama yetkilerinin genişletilmesinin yanında Danıştay’ın bağımsız yüksek mahkeme güvencelerine kavuşması, hakimlik teminatının ve üniversite özerkliğinin güçlendirilmesi, bilim çevreleri ile yargı organlarını ulusal idare hukukuna işbirliğiyle erişme ortak amacıyla buluşturmuştur. Kurumsal özerklik, özgürlük ve özgüven duygusu, idare hukukunun özellikle Fransa kuşatmasından kurtularak, kendi yerel ortamında olgunlaşmasını sağlamıştır.

1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu’na vücut verecek ortak çalışma, 1960’ların ikinci yarısından itibaren ortak hedefe, ulusal idare hukukunu oluşturma hedefine kilitlenen bir işbirliğini somutlaştıran bir adımdır. Hükümet’in tasarının Danıştay’ın yönetimi altında karma bir komisyonca hazırlanmasını uygun görmesi üzerine, 1962’de, İstanbul Üniversitesi Hukuk ve İktisat Fakülteleriyle, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakülteleri ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü, bakanlıklar ve Danıştay temsilcilerinden bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon, ilk toplantısını Prof. Tahsin Bekir Balta başkanlığında gerçekleştirmiştir.³³⁴

Türkiye için yaklaşık 1965’e kadar, Fransa’da olduğu gibi, Devlet Konseyi ve Üniversite arasında etkileşimle gelişmiş bir idare hukukundan söz edilememektedir. Fransa’da ders kitapları (*manuels*) ve derinlikli inceleme kitapları (*traités*), hükümet

³³³ Tarihsel benzerlik, Uler tarafından kurulmuştur: Yıldırım Uler ile görüşme (07.03.2016, İstanbul).

³³⁴ “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 2, Sayı 5, 1972, s. 5.

komiserlerinin görüşleri (*conclusions des commissaires du gouvernement*), hocaların karar notları (*notes d'arrêts*) birbirine kenetlenmiş ve herbiri birbirine yansiyarak idari işlem bilgisini derinleştirmiştir. Türkiye'de ise, gelişim Kıta Avrupası'nın modern hukuk devleti bilgisinden doğan idari işlem bilgisinin başta idare hukuku ders notlarına olmak üzere yazına aktarılmasıyla gerçekleşmiştir.

1960'ların ikinci yarısında doğum işaretlerini belli eden, 1970'lerde varlığını açıkça gösteren Ulusal İdare Hukuku akımıyla, gerek üniversite hocalarının gerekse Danıştay üyelerinin araştırmaları ibre değiştirmeye başlamıştır. Öncesinde, Kıta Avrupası'ndan kuramsal aktarımın başrolünü üstlenen Üniversite Öğretisi Türk İdare Hukuku'nun kendine özgü birikimini keşfederek daha ileri taşımaya yönelmiş, Danıştay üyeleri ise bu tarihlere kadar üniversite hocaların yaptığı gibi Fransız Devlet Konseyi uygulamasını keşfe çıkmıştır.

1960'lı yılların görmeden geçemeyeceğimiz özelliği, artık idare hukukunun bilimsel topluluğunun oluşmuş olmasıdır. Osmanlı hukuk-i idarecilerinden Özkan'ın ders notları son kez 1935'te, derslerin verildiği tarihten daha sonra öğrencileri tarafından yayınlanmış,³³⁵ Muslihiddin Âdil (Taylan) ise 1933'te tasfiye edildikten sonra bir daha yazmamıştır. 1930'ların sonunda üniversiteli idare hukukçularına baktığımızda, son Osmanlı kuşağından geriye kalan tek isim Onar ve 1926'da Türkiye'ye gelen Crozat'dan başka kimseyi görememekteydik. 1940-1980 arasında; idare hukukunun bilim topluluğu Cumhuriyet'in ilk idare hukukçularının asistanlarına, hatta onların asistanlarının asistanlarına kadar yetişmiş kadrolarla genişlemiş durumdadır. İdari işlem hakkında yazılanların yazarlarına ve tarihlere göre dağılımına bakıldığında, yaklaşık olarak, Sarıca 1940'ların en başında; Ertuğ, Versan, Duran 1940'ların ilk yarısında; Derbil 1940'ların son yarısında; Özyörük 1950'lerin ortalarında; Giritli, Azrak

³³⁵ Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935.

1950'lerin sonunda; Gözübüyük 1960'ların başında; Yayla, Balta, Güran, Uler, Kıratlı, Zabunoğlu 1960'ların ortalarında; Tan 1960'ların sonunda; Bilgen, Mumcu, Özkol, Örucü 1970'lerin ilk yarısında, Akıllıoğlu 1970'lerin son yarısında idari işlem hakkında yazan öğretiyeye katılmıştır. Öğretinin *Üniversite Öğretisi* adını verdiğimiz bu kanadının yanında, *Danıştay Yargıçları Öğretisi* diğer kanadı meydana getirir. Yargıçların 1970'lerde idare hukukunda önemli bir alan tuttıkları, çalışmalarına en az Üniversite Öğretisi'ninkiler kadar başvurulduğu, kısaca idare hukuku öğretisinin dışında kalmadıkları, hatta onun önemli bir parçasını oluşturdukları görülmektedir.

Üniversite Öğretisi belirli bir olgunlaşma düzeyine eriştikten sonra, Kıta Avrupası kökenli kuramlarla bağlarını giderek gevşetmeye başlamıştır. Bağların gevşemesi, yabancı kökenli kuramların yansımaları kesintiye uğratmamıştır. Başta Alman kuramını izleyen Azrak ve Günday ile Fransız kuramını izleyen Duran ve Gözübüyük olmak üzere, etkilenim devam etmiştir. Dolayısıyla, idari işlem kuramının Kıta Avrupası ve Danıştay olmak üzere iki kaynaktan beslenmesi söz konusu olmuştur. Ancak, bu kez gelişimin belirleyicisi, *ulusal ölçekte kuramsal işbirliği*'dir.

1960'ların ikinci yarısından itibaren, öğretinin yazdığı karar incelemeleri, önceki yıllara göre hızla çoğalmaktadır. Danıştay ise, Tasnif ve Yayın Bürosu aracılığıyla kendi birikimini tertip ve tasnif etme, üyelerinin çalışmalarını paylaşabileceği alan yaratma, aynı zamanda bilim çevrelerinin görüşlerinden haberdar olma iradesiyle yayıncılık etkinliklerini geliştirmektedir. Danıştayın yeni yayın politikası, kendi içinden bir yargıçlar öğretisinin doğmasına zemin hazırlayacaktır. Meslekler (yargıçlık ve akademisyenlik) arası sıkı iletişim, idare hukukuna ulusal kimlik kazandıran bir işbirliğine dönüşecektir. Ulusal idare hukukunun temel beklentisi, yargı içtihadının, yani basitçe yargı kararının bilimsel içtihat niteliği kazanmasıdır:

“Kamu hukukunda yerleşmiş bulunan hukuki kavramlara Danıştayın ne mana verdiği diğer bir deyimle bu kavramları nasıl tanımladığı çok önemlidir. Örneğin bir ‘milli güvenlik’, ‘takdir hakkı’, ‘idari kurum’ gibi idare hukukunda yer almış kavramlardan idari yargı mercilerinin ne anladığının bilinmesi zorunludur. (...) Kamu hukukunun en önemli dalı olan idare hukuku ise doktrin ve idari yargı mercilerinin içtihatlarından oluşur. (...) idare hukukunun oluşumu teoriklerle uygulamacıların kavramlara aynı manayı vermelerine bağlıdır; en az karşılıklı olarak birbirlerinin kavramları nasıl tanımladıklarını bilmeleri lâzımdır. (...) Hukukun bir diğer kaynağı da ilmi içtihatlar yani doktrindir. Bir hakimin ilmi içtihatları çok yakından izlemesi lâzımdır.”³³⁶

[a.b.ç.]

Yargı ile öğretinin ulusal ölçekte bütünleşmesi için Üniversite ile Danıştay birbirini izlemiş ve birbirinin birikimini karşılıklı olarak daha ileri taşımaya çalışmıştır. İdari yargının başat dava türü iptal davasının konusu olan idari işlem kavramının gelişmesinde de, Kıta Avrupası idare hukukunun içe yansımından daha çok ulusal işbirliği belirleyici olmaya başlamıştır. Ulusal İdare Hukuku; kurumsal olarak güçlendirilmiş Danıştay ile Cumhuriyet’in ilk idare hukuku kürsülerinde asistanken artık doçent, profesör payesine kavuşmuş hocalar arasında işbirliğine dayanan bir özerkleşme devrini temsil etmektedir.

1. Danıştay Yayıncılığı ile Desteklenen Hukuk Yayma Akımı

Hukuk yayma ifadesinden yalnızca basılı yayın hizmetleri anlaşılmalıdır. Bu program, çok daha geniş bir bağlamda, “hukuku ilgili çevrelere açma, paylaşma, tanıtmaya, onların yararına sunma, anlaşılır kılma, kurucu ilkeleri belirginleştirme ve yayma” etkinliklerini içermektedir.³³⁷

³³⁶ Orhan Özdeş, “Danıştay Kararlarının Sistematiği”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 9-10, Yıl 3, 1973, s. 27.

³³⁷ 1977-1978 yıllarında Danıştay yardımcılığı görevinde bulunmuş Salih Er, o yıllarda Danıştay üyelerinin idarelere gidip ders verdiğini, özellikle düzenleyici işlemlerin hazırlık aşamasında katkı sunmaya çalıştığını anlatmaktadır. Bu uygulama, 1960’lı ve 1970’li yılların genel eğilimini iyi yansıtan bir tür hukuk yayma girişimidir. Fakat uygulamanın idareyi dönüştürücü etkisi olmadığı, aksine idarelerin yargıyı etkilemeye çalıştıkları fark edilince uygulamaya son verilmiştir. (Salih Er ile görüşme (17.05.2016), Ankara)

Cumhuriyet hukuk tarihinde, “hukuk yayma” denildiğinde, akla ilk olarak, adından da anlaşılabilceği gibi, bu amaca özgülennmiş *Hukuk İlmini Yayma Kurumu*³³⁸ gelmektedir. Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu’nun yayıncılık atılımları ise, hukuk yayma akımının idari yargı alanında canlanmasını sağlamıştır.

Danıştay’ın hukuku yayma, bilinebilir kılma, dışa açma arayışında ilk iş Danıştay kararlarını tasnif etmektir. 10.05.1961 tarihinde Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü ile beraber çalışmalara başlanmıştır. Genel Müdürlük uzmanlarının hazırladığı Rapor üzerine,³³⁹ 24 Aralık 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 164. maddesinde, “Birinci Başkan tarafından görevlendirilecek bir üyenin başkanlığında bir başyardımcı veya bu derecedeki bir kanunsözcüsü ile yardımcılardan ve kitaplık, yayın ve tasnif şeflerinden ve lüzumlu diğer memurlardan mürekkep Tasnif ve Yayın Bürosu’nun kurulması öngörülmüştür. Büro’nun yasal görevleri, kararların sistematik biçimde derlenmesi ve yayınlanması ile sınırlı değildir. Görevler “Danıştay daireleri ve kurulları tarafından verilen idari veya yargı kararlarını ve mevzuatı derlemek ve sınıflandırmak, Danıştay Kitaplığını düzenlemek, *Danıştay Dergisi*’nin yayınlanması işini yürütmek ve kamu hukuku ile ilgili bilimsel yayınları izlemek” olarak tanımlanmıştır. Danıştay Kanunu’nun getirdiği bu yenilikle, bir yandan Danıştay’ın daha bilimsel çalışmasını sağlamak; diğer yandan, yayıncılık ve kütüphanecilik çalışmalarıyla Danıştay birikimini derli toplu bir şekilde, meslek

³³⁸ Kurumun Tarihinden Notlar: Türk Hukuk Kurumu, 09.04.1934’de *Hukukçular Cemiyeti* adıyla kurulmuş, bu ad 23.11.1935’de *Hukuk İlmini Yayma Kurumu*’na, 05.04.1941’de de *Türk Hukuk Kurumu*’na çevrilmiştir. Kurum, 20 Mart 1939 günlü, 10603 sayılı Kararname ile kamu yararına çalışan dernekler arasına alınmıştır. Türk Hukuk Kurumu; yürürlükteki Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Kanunu uyarınca “dernek” olmakla birlikte 20.03.1939 gün ve 10603 ile 15.10.1973 gün ve 7/7351 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile “kurum” olarak tescil edildiği için yerleşik ve kamuya mal olmuş “Türk Hukuk Kurumu” adını hâlâ korumaktadır. Kurumun, varlık kazandığı ilk on yıl içinde, kütüphane oluşturulmuş, yabancı yasaların ve anayasaların çevrilmesi için Tercüme Bürosu kurulmuş, pek çok kitap Kurum tarafından basılmış, Radyo Konferansları ve Halkevi Konferansları da dahil olmak üzere konferanslar, toplantılar ve *Hukuk Kongresi* düzenlenmiş, ilgili bildirimler yayınlanmış, *Türk Hukuk Dergisi* çıkarılmış, *Türk Hukuk Lûgatı* hazırlanarak hukuk kavramlarının açıklamalı olarak Türkçe’ye kazandırılması sağlanmış, kurslar ve serbest kürsü dersleri verilmiş, yarışma ve törenler düzenlenmiş, ödüller verilmiş, Enstitüler oluşturulmuştur. <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/tarihimizden.html> (çevrimiçi: 05.04.2016).

³³⁹ Özdeş, “Danıştay Kararlarının Sistematiği”, 1973, s. 23.

mensuplarının, üniversitelilerin ve diğer hukukçuların yararlanmasına sunmak hedeflenmiştir. Kararların tasnifiyle güdülen amaç, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Kuruluş ve Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde³⁴⁰, “kararlar arasında meydana gelebilecek aykırılıkları önlemek, içtihat değişikliklerini izlemek, aynı konuda daha önce verilmiş kararları bulabilmek ve bilimsel çalışmalara yararlı olmak suretiyle işlerin yürütülmesinde güven, çabukluk ve kolaylık sağlamaktır.” şeklinde ifade bulmuştur. Tasnif işi, yargı kararlarını düzenlenmiş ve sınıflandırılmış haliyle yayınlamakla bitmemiş, kararlar yaratıcılarınca incelendikten sonra bilimsel çalışmalara veri olarak sunulmuştur.

Tasnif ve Yayın Bürosu'nun yasal kuruluş amaçları doğrultusunda attığı ilk büyük adım, “kuruluşunun yüzüncü yılına erişmiş bulunan Danıştay'ın bu devre içindeki gelişimini gösteren incelemeleri bir kitapta toplamak” olmuştur. *Yüzyıl Boyunca Danıştay*³⁴¹ adlı bu kitabın, *Önsöz* ve *Giriş* sayfalarında olduğu kadar, diğer satır aralarında da, Danıştay'ın gelişim seyrini kendi üyeleriyle, üniversitelerle, idareyle ve ilgili hukukçularla paylaşmayı hedefleyen bir çalışmanın, yine kendi üyeleri tarafından seçilmiş en sağlıklı belge ve kaynaklara dayanarak hazırlanmasının doğru olacağı düşüncesi yerleşmiş bulunmaktadır. *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, yargı organının kendi bünyesinde oluşturduğu on beş kişilik Komisyon'un, iki yıllık arşiv araştırmasının ürünü olarak doğmuştur.³⁴² Dolayısıyla, Danıştay'ın yayıncılık faaliyetlerini güdüleyen bir neden Danıştay ile kamu hukuku bilim çevreleri arasında düşünce akışı sağlamaksa,

³⁴⁰ R.G.: 22.12.1967.1967-12783.

³⁴¹ **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, 1968.

³⁴² Hazırlık aşamasında, Danıştay Kitaplık ve Arşivi, Millî Kütüphane, Türk Tarih Kurumu, İstanbul Üniversitesi, Hakkı Tarık Us ve Topkapı Sarayı Kitaplıklarından, Başbakanlık Arşivlerindeki belgelerden, Ruzname-i Ceride-i Havadis, Takvim-i Vekayi, eski ve yeni düsturlar, dergi ve gazetelerden, yerli ve yabancı yayınlardan yararlanılmıştır. Bu yayınlar içinde, kısmen kitaplardan alınmış yazılar, kısmen de Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi, TODAİE, ve Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü yayınlarında ya da İdare Dergisi, Adalet, Baro, Mülkiyeliler Birliği dergileri gibi süreli yayınlarda çıkan yazılar bulunmaktadır. “Önsöz”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 1968, s. XIII, XIV.

diğer neden Danıştay'ın kendi geçmişini diğer devlet birimlerinden edineceği verilerle derleyip belgelemektir.

1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu, *Danıştay Dergisi*'nin yayınlanması görevini de Tasnif ve Yayın Bürosu'na vermiştir. 1971'den itibaren yayınlanmaya başlanan *Danıştay Dergisi*, gerek 1937'de *Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası* adı altında yayınlanan, gerekse 2003-2005 yılları arasında *Danıştay Kararlar Dergisi* adıyla altı sayıyla sınırlı olarak yayınlanan dergilerden “nitelik ve içerik” yönünden gerçekten farklıdır. Öncelikle, Dergi'nin adında, ”kararlar” kelimesinin geçmemesi bile, Danıştay kararlarının erişilebilir kılınmasından ibaret bir amaç taşımadığı yönünde ipuçları vermektedir.

1971 yılından itibaren yayınlanan Danıştay Dergisi'nin ilk sayısının Önsöz ve Sunuş sayfalarında, ulusal idare hukukuna erişme yolunda “yeni nitelik ve içerikle” yayın yaşamına başlamasının gerekçeleri paylaşılmaktadır:

“İdarenin çeşitli konulardaki çalışmalarında, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kendisine ışık tutucu ve bazı hallerde de yasalar gereklerine göre bağlayıcı nitelik taşıyan önemli kararların ilim çevreleriyle beraber halk efkârına da sunulmasındaki büyük yarar açıktır. / Özellikle bu kararların ilim çevrelerinde kritiklerinin yapılmasında ve bu suretle doktrinde ne düşünüldüğünün öğrenilmesinde sayısız faydalar vardır. Ancak bu suretledir ki Türk İdare Hukuku gelişecek, zamanla ulusal bir nitelik kazanacaktır.”³⁴³

“Danıştay Dergisi muhtevası, baskı ve kapak şekli bakımından bazı yenilikleri ihtiva etmektedir. Yeni dergide, eskiden olduğu gibi Danıştay kararlarının yayınlanmasına devam olunacak, aynı zamanda, Yayın Komisyonunca seçilmiş olan, özellikle İdare hukuku ile ilgili bulunan inceleme ve yazılarına da yer verilecektir. / Yeni dergi, imkânların elverdiği ölçüde yayın dönemi içindeki Kamu Hukuku ile ilgili bilimsel yayınların bir listesini ve idarî yargı ile ilgili konferansı seminer

³⁴³ İsmail Hakkı Ülgen tarafından kaleme alınan Önsöz, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı, 1, 1971, s. 3.

ve benzeri bilimsel toplantılara ait haber ve bilgilerle Danıştay yayınlarının bir listesini de ihtiva edecektir.”³⁴⁴

Danıştay, kendi kararlarının ilim çevrelerince izlenmesini istediği kadar, ilim çevrelerindeki gelişmeleri, bilimsel çalışmaları izlemek istemektedir.

“Kendilerini, içinde buldukları kuruluşun kutsal görevine vakfetmiş olan, değerli meslektaşlarım ve bunlar dışındaki hukukçularımızla Üniversitelerimizin bu konularla ilgili dallarında çalışanlar tarafından, hukuka kaynak teşkil edecek esaslı ve yeni görüşler ortaya konmaktadır. Bu nedenle bizler için bilimsel ve hukukî alandaki gelişmelerin uzaktan zevkle izlenmesi, daha uygun olacaktır. (...) 521 sayılı Danıştay Kanununun Tasnif ve Yayın bürosuna ait hükmü gereğince, Danıştay kararlarının ve mevzuatın tertip ve tasnifini yapmak, âmme hukuku ile ilgili ilmî yayınları izlemek üzere kurulan (Tasnif ve Yayın Bürosu) nun, bugün iyi bir İdare altında kanunun amacına uygun bir gelişmeye erişmiş olması ve bu cümleden olarak, yeni bir hüviyet altında ilmî hukukî etüdlere ve eleştirilere de yer veren yeni bir derginin çıkarılmasına başlanması, sağlayacağı faydalar bakımından tebrike değer bir durumdur.”³⁴⁵

Danıştay Dergisi, 1971-2007 yılları arasında yüz on beşinci sayıya ulaşmıştır. 2003-2005 yılları arasında yalnızca altı sayı olarak yayınlanan *Danıştay Kararlar Dergisi*, 1937’de yayına başlayan Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası’nda olduğu gibi, yalnızca danışma kararları ile idari uyuşmazlıklara ilişkin kararları içermiştir.

Danıştay Kararlar Dergisi’nin 2003 tarihli ilk sayısı sunulurken, Tasnif ve Yayın Kurulu önceki dergiler ile “Danıştay-Üniversite işbirliğiyle ulusal idare hukuku oluşturma” amacına erişilmiş olduğunu beyan etmektedir:

“Böylece bir yandan yargısal kararlarıyla, kamu hizmetlerinin hukuka uygun yürütülmesinde idareye ışık tutarken, yönetsel kararlarıyla da yol gösterme işlevini yerine getirmiş; öte yandan, öğretici-uygulama iletişiminin de önünü açmıştır. / Bu açılım, Türk İdare Hukukunun gelişmesine ve

³⁴⁴ Tasnif ve Yayın Bürosu Başkanlığı’nın “Sunuş”u, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 5.

³⁴⁵ Rıza Göksu, “Danıştayla İlgili Konular ve Bazı Dilekler”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 7.

yabancı ülkeler, özellikle Fransa kaynaklı öğretilerin kuşatma ve etkisinden sıyrılarak ulusal nitelik kazanmasına yol açmıştır.”³⁴⁶

Tasnif ve Yayın Bürosu'nun kurulmasını takiben, Danıştay yardımcılarının, kanunsözcülerinin ve üyelerinin, “Yüksek İdare Mahkemesi’ni sahiplenmek, kararları arasında emsal olanları seçmek, hukuk kaynağı olarak içtihadı yaymak” gibi ifadelerle kurdukları söylem ile bunun için verdikleri emek dikkat çekicidir. Danıştay kararlarının çok iyi bilinmesi için hangi tasnif yöntemlerinin kullanılabileceğini araştıran Danıştay Üyesi Özdeş, tasnif ihtiyacını idare hukukunun içtihat hukuku, Danıştay’ın içtihat mahkemesi olmasına dayandırmaktadır.³⁴⁷ 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 31.12.1964 tarihinden itibaren Onikinci Daire kararları elden geçirilerek tasnife başlanmıştır. 1970 yılı sonuna kadar, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci dairelerin 99.673 adet kararı gözden geçirilmiş ve bunlardan 8.565 tanesi *emsal* kabul edilerek kartekse bağlanmıştır.³⁴⁸ Tasnif ve Yayın Bürosu’nun kuruluşunu izleyen ilk on beş yıllık dönem, daire kararları ile içtihadı birleştirme kararlarının kitaplarda derlenmesi çalışmalarının yoğunluk ve hız kazandığı dönemdir.³⁴⁹

³⁴⁶ “Sunuş”, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 2003, s. V. Sunuş’ta aynı zamanda, Danıştay Kararlar Dergisi’nin çıkarılmasıyla, Danıştay Dergisi’nin yayın yaşamının sona ermediği belirtilmiş, eskiden olduğu gibi, gereksinime göre yılda bir iki kez makale ve karar eleştirilerini içine alarak çıkarılmaya devam edileceği vaat edilmiştir. Ancak, bu vaat gerçekleşmemiştir.

³⁴⁷ Özdeş, “Danıştay Kararlarının Sistematiği”, 1973, s. 22.

³⁴⁸ **Ibid.**, s. 22, 26.

³⁴⁹ Ulusal İdare Hukuku çağında (1965-1980) yayınlanan karar derlemesi kitaplar için bkz.: Fuat Azgur, **Gereçli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965; **Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları (1953-1966)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 1, Alkan Matbaası, Ankara, 1966; **Danıştay Kararları (1965-1966-1967), Birinci Kitap**, (toplayan: Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu), İş Matbaası, Ankara, 1967; **Danıştay Kararları (1967-1968-1969), İkinci Kitap**, (toplayan: Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu), Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1969; **Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları**, (toplayan: Ahmet Şükrü Özeren, Erol Dündar, Orhan Dikbaş, Uzdem Akyüz), Ankara, 1969; **Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları (Kitap II)**, (haz. Faruk Burgu), Nam Yayıncılık, Ankara, 1970; **Danıştay Onuncu Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 12, Ankara, 1972; **Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 15, Ankara, 1973; **Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları II (1967-1972)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 16, Ankara, 1973; **Danıştay Sekizinci Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 19, Ankara, 1974; **Danıştay Dördüncü Daire Kararları (1971-1973)**, (haz. İsmail Diler, Tahsin Yağmurlu, Hüseyin Çelikkol), Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1974; **Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gereçler, İçtihatlar, Açıklamalar**, (haz. Hakkı Müderrisoğlu), Emel Matbaacılık, Ankara, 1974; **Danıştay Onikinci Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 22, Ankara, 1976; **Danıştay Yedinci Daire Kararları (1965-1967)**,

İdare hukukunda, özel hukuktaki gibi bir düstür (*code*) bulunmaması, idari yargı kararlarının “içtihadî hukuk kuralı (*règle jurisprudentielle*)” içerdiği düşüncesini doğurmaktadır. Bu düşüncenin hukuk yayma yaklaşımını nasıl etkilediğini anlayabilmek için, içtihadî hukuk kuralının yasalar veya diğer yazılı hukuk kaynakları karşısında değerinin ne olacağı tartışması bir yana bırakılabilir. Çünkü idari yargı kararlarının kural oluşturma gücünü küçümsemeyen hukuk yayma akımı, içtihadî kuralın bu niteliği kazanmasını, onun normlar hiyerarşisindeki yerinden bağımsız olarak, yazılı kurallar gibi, yargıç, idare ve toplum için bir davranış normu getirmesi ile ilişkilendirmektedir. Yargı kararları ve yargı kararlarına ilişkin incelemeler yayınlanması suretiyle, hangi davranış normlarının ihlal edildiği idareye hatırlatılmalı, idare hangi ilke ve kurallara göre yargılanacağını önceden bilmelidir. İçtihadî kuralın açıklanması ve bilinmesi, yasalaştırma hareketiyle belirlenmiş diğer hukuk dalları için yasanın açıklanması ve bilinebilir kılınması kadar önemli görülmektedir. Fransız İdare Hukuku’nda, yargı-öğreti ilişkisinin içtihadî kural oluşturmadaki rolü üzerinde en çok düşünen yazarlardan Rivero, yargı kararının içerdiği kuralın açıklığının önemi kadar bu kuralın saptanmasındaki güçlüğü dikkat çekmektedir:

“Hukuk yaşamında uyumsuzluk, asla bir rastlantısal aksaklıktan ibaret değildir: Dava, bozulmuş düzeni yeniden kurma amacına yönelir. [Yani] kural yargıç için yapılmaz; tüm hukuk öznelerini yasaya uygun olanın açıkça çizilmiş sınırları içinde hapsederek yargıcı işe yaramaz kılmak için yapılır. Yasanın bilinebilir, anlaşılabilir olması ona uyulması için asgari koşuldur; bu belirginlik ve açıklık, her ikisi de hukuk kuralı olduğuna göre, yazılı kural için geçerli olduğu gibi içtihadî kural için de geçerlidir. Oysa, yargı işlemi için bu daha zordur. (...) Kural, kararın içinde bir bütün olarak bulunur. (...) çoğu zaman maden filizindeki cevher gibidir. İçtihadî kural ancak onu tüm saflığıyla ortaya çıkaracak bir çalışma ile kullanılabilir hale gelir: Bu bir yandan yargıcın,

Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.24, Güneş Matbaacılık, Ankara, 1977; **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararları (1974-1975-1976-1977)**, (haz. Taner Gelegen, Fevzi Özgeneller), Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977; **Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 27, Ankara, 1979.

düşüncesi elverdiğince özlü ifade edilmesini, diğer yandan, yazılı kuralın yayınlanması gibi, yayılmasını ve öğretilmesini zorunlu kılar.”³⁵⁰

Yargı kararlarının işlenmesi, düzene sokulması, kararlardan soyut ilke ve kuralların süzülmesi, anlaşılır kılınması, aynı zamanda yargıcın kendi faaliyetlerine tutarlılık ve süreklilik kazandırmasının bir yoludur. Hukuk yayma akımı, yazılı hukuk kuralında aranan genellik, soyutluk ve hukuk düzeniyle tutarlılık özelliklerini içtihadî kurala da kazandırmaya çalışmaktadır. Yargıcın somut uyuşmazlıklar aracılığıyla söylediği hukuk, kararı yorumlayanlar tarafından aydınlatılmalı, sistemleştirilmeli, düzenli ve tutarlı bir dizgeye oturtulmalıdır.

Türkiye’de de, bütüncül bir yasalaraştırmaya tâbi tutulmayan idare hukukunda, yargı kararlarının hukuk kaynaklarından biri olduğu savı, Danıştay eliyle yasalar gibi yayınlanmaları gerektiği düşüncesini doğurmuştur. Tasnif ve Yayın Bürosunca yayınlanan eserlerde, bu sav sıkça vurgulanmaktadır:

“Esasen hukukun kaynakları arasında yer alan mahkeme içtihatları içinde Danıştay kararları, kamu hukuku alanında müstesna bir mevki işgal eder ve ilerde doğacak pozitif hukuku etkiler.”³⁵¹

“Birinci bölümde müsbet ve ideal hukuk mefhumları üzerinde durulmuş, Danıştay içtihatlarının müsbet hukukun kaynaklarından birini teşkil ettiğine işaret edilerek ulusal hukukun doğmasına yardımcı olacağı belirtilmiştir.”³⁵²

“(Kurallara riayeti sağlayan nedenler) kanun yapıcının iradesi olmayıp örf, âdet, halkın inancı ve mahkeme kararları gibi etkenlerdir. Bundan dolayıdır ki hukukun millet ile geliştiği ve onun bir parçası olduğu ve kendine özgü hukuku bulunmayan bir halkın özellik taşıyamıyacağı söylenir. / İşte bu nedenlerle ulusal hukukun doğmasında etkili bir unsur olarak kendini gösteren mahkeme içtihatları içinde Danıştay kararlarının, özellikle ideal hukuk açısından kritiklerinin yapılması, ilim çevrelerine düşen ulusal bir görev şeklinde belirir.”³⁵³ [a.b.ç.]

³⁵⁰ Jean Rivero, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, **EDCE**, 1955, s. 35.

³⁵¹ İsmail Hakkı Ülgen tarafından kaleme alınan “Önsöz”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 3.

³⁵² Aydın H. Tuncay, “Giriş”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 1968, s. 3.

³⁵³ **Ibid.**, s. 3.

Tasnif ve Yayın Bürosu, hukuk yaymayı, yargı kararından içtihadi kural yaratmanın bir yolu olarak benimsemiştir. Danıştay kendi kararlarını önem derecesine göre sınıflandırmalı; kararlara en yakın olduklarından Danıştay içinden belirlenen üyelere ilk elden işlenmeli; daha sonra idare ve diğer ilgililere, özellikle de “ilim çevrelerine” açılmalı; ilim çevreleriye, kararları bilimsel yöntem ve eleştirileriyle bir kez daha süzgeçten geçirerek, tekrar işleyerek mükemmelleştirmelidir. Türdeş yargı kararlarındaki somut hukuksal çözümler ancak ardındaki soyut ilke ve kurallar çekilip çıkarıldığında içtihadi kurala erişilebilecektir. Yargı kararlarında ham haliyle mevcut ilkelerden ideal hukuk kuralı çıkarmak yargıcın ve bilim çevrelerinin işbirliğini gerektirmektedir.

Danıştay hukuk yayma akımının etkisinde bilim çevrelerine açılırken nesnellik savındadır. Bu sava göre, Danıştay, tarihsel gelişiminin aşamalarını nesnel bir şekilde sunmak, -öznel eleştirilerle- tekrar gözden geçirilmesi için bilim çevrelerini harekete geçirmek istemiştir. Yargının birikiminin öğretinin de katkılarıyla pekiştirilmesi umudu taşıyan Danıştay meslek mensupları, *Danıştay Dergileri*'nde, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*'da ve *İdare Hukuku ve İdarî Yargı İle İlgili İncelemeler*'de, kendi bakış açılarını, bilim çevrelerinin önüne sermiştir:

“(…) Danıştayın görüşündeki değişiklikler, yukarıda da değinildiği gibi, objektif bir şekilde meydana konulmak istenmiş ve bunların müsbet ve hakikî hukuk (ideal) hukuk açılarından değerlendirilmeleri, kritiklerinin yapılması, bu konularla meşgul çevrelere bırakılmıştır. / Başlıca dileğimiz bu kritiklerin, ilim çevrelerince geniş ve etraflı bir şekilde ve aktüel değerleri de gözönünde tutulmak suretiyle yapılarak, idare ve yargı organları ile birlikte kamu oyunun tetkik ve istifadesine sunulmasıdır.”³⁵⁴

Yargı kararlarının önce yargıçlar daha sonra da bilim insanları tarafından işlenmesi, çözümlenmesi, kategorilere ayrılması, kategorilerin birleştirilmesi, düzene sokulması,

³⁵⁴ **Ibid.**, s. 2.

ilkelerin soyutlanması, sistemleştirilmesi, kurgulanması türdeş yargı kararlarında varılan ortak çözümleri ideal hukuk kuralına dönüştürecektir. İlgililer ve idare, yargı kararının ham halde içerdiği içtihadi kuralı, yargıçlar ve bilim çevrelerince olgunlaştırılmış haliyle bileceklerdir.

“İlgili mevzuat ve kararlarla bilimsel etüdlerin hazırlanıp yayınlanması ve esaslı bir tasnife tâbi tutulması keyfiyeti, kendi daire ve kurullarımızda ve ilgili hukuk alanında bir çok problemin daha kolay ve etkili, fazla vakit israf etmeden çözümlenmesine yardım ve hizmet etmiş olacağı gibi, bunların vaktinde kamunun görüşüne iletilebilmesi bakımından da ayrıca faydalar sağlamış olacaktır.”³⁵⁵

Danıştay’ın, Yeni Anayasa ve Yeni Danıştay Yasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra izlediği Danıştay ile Üniversite arasında köprü kurma, tarihsel gelişimi belgeleme ve birikime yenilerini ekleyerek yayma yönündeki programı, II. Dünya Savaşı sonrası Devlet Konseyi’nin yürüttüğü “hukuk yayma” programının (*diffusion du droit*) geç gerçekleşmiş bir benzeridir. Danıştay yayınlarının nitelik değiştirmesi ve Tasnif ve Yayın Bürosu ile çalışma komisyonlarının kurulması³⁵⁶ gibi Danıştay’ın iç örgütlenmesinde gerçekleşen yenilikler, Devlet Konseyi’nin hukuk yayma akımına kapıldığı dönemi hatırlatmaktadır. Tasnif ve Yayın Bürosu’nun yayınlarının herbirini Devlet Konseyi’nin çalışmalarıyla tek tek eşleştirmek doğru olmazsa da; Devlet Konseyi’nin kurumsal girişimiyle ya da üyelerinin bireysel girişimleriyle vücut bulan *Livre Jubilaire*, *EDCE*, *AJDA*, *GAJA* gibi çalışmalar ile Danıştay’ın 1965 ile 1980 arasında idare hukuku yazınına kazandırdığı *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, *Danıştay ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I-II-III*, *Danıştay Dergisi* gibi çalışmalar, nitelik ve içerik yönünden bir bütün olarak örtüşmektedir. Fakat özellikle dikkat çekmek gerekir

³⁵⁵ **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 1968, s. XVI.

³⁵⁶ 1954’te, Devlet Konseyi bünyesinde, Eşgüdüm ve Belgeleme Merkezi (*Centre de coordination et de documentation*) kurulmuştu. İlk evrede Devlet Konseyi’nin Eşgüdüm ve Belgeleme Merkezi’nin yürüttüğü yayıncılık görevi, günümüzde yine Devlet Konseyi çatısı altındaki Hukuksal Araştırmalar ve Yayın Merkezi (*Centre de recherches et diffusion juridiques - CRDJ*) tarafından sürdürülmektedir.

ki, tarihsel gecikmeyle aynı evrimin tekrarlanması, öykünmeden ya da etkilenimden kaynaklanmamaktadır. Aksine, hukuk yayma programı ile, Fransız Devlet Konseyi'ne benzemeye çalışılmadığı, başta yargı organının kendisinden, üniversitelerden, diğer devlet birimlerinden beslenerek, işbirliğiyle ulusal idare hukukuna erişme amacının güdüldüğü açıktır.

2. Yargıçlar Öğretisi'nin İdari İşlem Yazınına Katkısı

Danıştay'ın “daha bilimsel çalışmasını sağlamak üzere”³⁵⁷ Danıştay Kanunu uyarınca kurulan Tasnif ve Yayın Bürosu'nun çalışmaları, meslek mensuplarının farklı türlerde çalışmalarıyla idare hukuku yazınına katılabilmesinin önünü açmıştır. Kamu hukukuna ilişkin bilimsel çalışmaları dışarıdan izlemeyi yeterli görmeyen Tasnif ve Yayın Bürosu, o güne kadar sadece Danıştay kararlarının yayınlandığı dergilerden farklı olarak, 1971'den itibaren Danıştay Dergisi adıyla çıkarılacak yeni dergiyi, kendi üyelerinin bilimsel araştırma ve makalelerini de içerecek şekilde tasarlamıştır.

Derginin ilk sayısında “içerik ve nitelikte” yenilenmenin gerekçeleri ile kendisinden önceki dergilerden fazlasının ne olduğu okuyucuyla paylaşılmaktadır. Dönemin Danıştay Birinci Başkanı Ülgen'in Önsöz'de belirtildiği gibi;

“İşte bu nedenlerle 1937 yılından beri yayınlanmakta olan ‘Danıştay Kararlar Dergisi’nin, yukarıda belirttiğim amaç ve yararları gözönünde tutularak, daha mükemmel hale gelmesini sağlamak maksadıyla mahiyet ve muhtevasında bazı değişiklikler yapılması kararlaştırılmış ve Özellikle Kamu Hukuku ile ilgili ilmî yazılara, makalelere, eleştirme ve araştırmalara da yer veren yeni 1 sayılı dergi, *Danıştay Dergisi* adı altında, bu karar esasları dâhilinde hazırlanmıştır.”³⁵⁸

1960'lardan 1970'lere geçilirken, Danıştay üyeleri lisansüstü eğitim görmek ve bir model olarak Devlet Konseyi'ni izlemek üzere Fransa'ya gönderilmiştir. Yurtdışında görevlendirme, aynı zamanda Danıştay yardımcılığından kanunsözcülüğüne yükselmek

³⁵⁷ Orhan Özdeş, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 32.

³⁵⁸ Ülgen, “Önsöz”, 1971, s. 3.

için aranan bir koşuldur. Üyelerin, Danıştay Albümlerinde ya da Danıştay'ın internet sayfasında³⁵⁹ yer alan özgeçmişlerinden açıkça görüldüğü gibi, görevlendirmelerin gerçekleştirildiği okul birkaç ayrık durum dışında Paris Uluslararası Kamu Yönetimi Enstitüsü (*Institut International d'Administration Publique*)'dür. Özgeçmişlerden, üyelerin hangi tarih aralığında yurtdışında bulduklarını saptamak mümkün olmamakla birlikte, görevlendirmelerin 80'li yılların başında bile azalarak da olsa sürdüğü anlaşılmaktadır. *Danıştay Albümleri*'nde, Erol Dünder, Nuri Alan, Feridun Taşkın, Metin Güven, Yargıtay'dan görevlendirmeyle giderek daha sonra Danıştay'da çalışan Salim Özkan, Sabri Coşkun, Ahmet Nuri Çolakoglu, Tahsin Yağmurlu, Ahmet Şükrü Özeren, Almanya'ya giden Muzaffer Cebesoy, Mustafa Bumin, Nurettin Ünal, Muammer Oytan, Orhan Tüzemen, Öznur Aliefendioğlu, Acar Oltulu, Turgut Candan, Reşat Şamiloğlu, Abbas Gökçe, Orhun Gökçe, Orhun Yet, Oktay Nematlı ve Gürsoy Gönenç gibi isimlerden oluşan bir araştırma amacıyla yurtdışında görevlendirilenler listesiyle karşılaşılmaktadır.

Danıştay üyeleri, Paris Uluslararası Kamu Yönetimi Enstitüsü'nden diploma ya da sertifika almış olarak yurtiçi görevlerine döndükten sonra, Tasnif ve Yayın Bürosu'nun yarattığı olanaklarla kuram içerikli eserler vermeye başlamış, kitap derlemiş³⁶⁰, yurtdışında hazırladıkları tezleri *Danıştay Dergisi*'nin "Yazılar" bölümünde monografi olarak yayınlamışlardır. I. Cumhuriyet'te üniversitelilerce üstlenilen yabancı kitap ve makale çevirileri, II. Cumhuriyet'te Danıştay Yayıncılığı altında yargıçlar tarafından gerçekleştirilen bir etkinliğe dönüşmüştür. *Danıştay Dergisi*'nde, Fransa'da yazılmış incelemelere, makalelere ek olarak çeviriler de düzenli olarak yayınlanmıştır. Danıştay üyelerinin kavram çevirileri, terminoloji sorunu yaşayan I. Cumhuriyet öğretisinin ilk

³⁵⁹ <http://www.danistay.gov.tr/kurumsal-1-tarihce.html> (çevrimiçi: 27.08.2016).

³⁶⁰ **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 1968.

kez Türkçeleştirdiği kavramların süreklilik kazanmasına ve günümüze taşınmasına benzer bir işlev görebilmiştir.

1961 Anayasası'na uyumlu olarak 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu ile yeniden yapılandırılan Danıştay'ın etkinliklerinde en güçlü vurgu “meslek” kavramı üzerindedir. Danıştay “meslek mensubu yetiştirme” konusunda seçim aşamasından başlayarak bir planlama oluşturma gayreti içindedir.³⁶¹ “Yargıçlık mesleği”nin anlamı ve “meslek bilinci” üyelerin yazılarının alt metinlerine bile sinmiştir. 521 sayılı Danıştay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 18.6.1973 tarihli 1740 sayılı Kanun ise,³⁶² Danıştay meslek mensuplarının³⁶³ hizmet içi eğitim ve yükselmeleri hususlarında yenilikler getirmiştir.³⁶⁴ Yasanın “Hizmet içi eğitim” başlıklı ek 19. maddesi uyarınca, kanunsözcüleri, başyardımcı ve yardımcılarını hizmet içi eğitim çalışmalarına katılmak zorundadır. Aynı zamanda, söz konusu çalışmalara katılımın ile başarı durumunun üyelerin sicillerine işleneceği ve yükselmelerinde göz önünde bulundurulacağı öngörülmüştür.

³⁶¹ “Danıştay, fazla kadro olsa bile tüm kadroları doldurmaya çalışmazdı. Gerçekten hukukun üstünlüğüne inanan meslek mensubu adaylarını, ciddi ve hukuka uygun sınavlarla alan bir kurumdu. Yeterlik sınavı da aynı ciddiyetle yapılırdı. Hatta yeterince kadro olmasına rağmen sınavda başarısızlık nedeniyle Danıştay'dan atılanlar olmuştu. O dönem hem Danıştay'a alınanları seçenler hem onların yetişmesini sağlayanlar nitelikli kişilerdi.” Salih Er ile görüşme (26.05.2017, Ankara) *Danıştay Sınav Yönetmeliği m. 20/f.1 (Yeterlik Sınavı): Yardımcı adaylarının bir yıllık dönemde kazandıkları mesleki bilgi ve tecrübe derecesinin anlaşılması için yazılı ve sözlü yeterlik sınavı yapılır.*” Danıştay Sınav Yönetmeliği metni için bkz.: **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 8, s. 366-372; anılan hüküm için bkz.: s. 369.

³⁶¹ Tasnif ve Yayın Bürosu Başkanlığı'nın Sunuşu, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 5.

³⁶² **R.G.**, 30.06.1973-14580.

³⁶³ 521 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, Danıştay meslek mensupları, “Birinci Başkan, daire başkanları, üyeler, Başkanunsözcüsü, kanunsözcüleri, başyardımcılar ve yardımcılarını” olarak sayılmıştır.

³⁶⁴ 1740 sayılı Yasa'nın *Atanmaların içerden yapılması* başlıklı 119. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, “Boşalan kanunsözcülükleri, başyardımcılık ve yardımcılıklara bu dereceye yükselmeye hak kazanmış kanunsözcüleri veya yardımcılar atanır. Ancak 6 nci ve 2 nci derecelere atanabilmek için ayrıca Danıştay Başkanlığı tarafından yapılacak yükselme sınavını kazanmış olmak şarttır.” *Derece yükselmesi ve kademe ilerlemesi* başlıklı 121. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Boşalan bir kadroya atanmaya aynı derecede yeterli olanlar birden çok olduğu takdirde, sırası ile kıdem, disiplin cezası almamış bulunmak ve mesleki inceleme ve yazınlarında bulunmuş olmak tercih sebebi sayılır.”

Danıştay Hizmet İçi Eğitim Kurulu, 1973 tarihli 1740 sayılı Kanun'un, 521 sayılı Danıştay Kanunu'na getirdiği yeni hükümlere dayanarak, ikinci dereceye yükselecek meslek mensuplarına bazı idare hukuku konularını tez konusu olarak vererek incelemelerini sağlamıştır. Bu incelemeler arasından seçilen eserler, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler* adı altında üç ciltte toplanmıştır. İlk cilt 1976'da,³⁶⁵ İkinci cilt 1978'de,³⁶⁶ Üçüncü Cilt ise 1980'de³⁶⁷ yayınlanmıştır. Kitap'ın her bir cildinin sunuş yazıları, söz konusu inceleme derlemesinin oluşum ve sürdürülme gerekçelerini ortaya koymaktadır:

“Meslek mensupları arkadaşlarımız tarafından yapılan bu incelemelerden seçilen on adedi, bütün hukukçuların yararlanabilmeleri için bir kitap halinde bastırılmıştır. /Danıştay'ın son yıllarda büyük gelişme gösteren İdare Hukukunun bazı konularının daha teferruatlı incelenebilmesi amacıyla yaptığı çalışmaların Danıştay dışında da tanınması için bu kitabın yayımlanmasında büyük yarar olacağı düşünülmüştür.”³⁶⁸

“Meslek mensuplarınca yapılan bu incelemelerden (...) ilk onu, 'İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I' adıyla bir kitap halinde 1976'da yayımlanmıştır. / Bu kez yayımladığımız kitap ise, idare hukukunun vergiye ilişkin önemli konuları üzerinde yapılan incelemeler arasından seçilen altısına yer verilmiştir.”³⁶⁹

“521 sayılı Danıştay Kanununu değiştiren 1740 sayılı Yasaya göre, yardımcılarımız ikinci dereceye yükselirken İdare Hukuku ve İdarî Yargının önemli konularını incelemektedir. / Bu incelemelerin idare hukuku ve idarî yargı ile ilgilenenlerce önem ve ilgiyle izlendiği ve onlara yararlar sağladığı; yayımladığımız (İDARE HUKUKU VE İDARÎ YARGI İLE İLGİLİ İNCELEMELER) ADLI 'I' VE 'II' sayılı yayımlarımıza olan istek ve yayımlanmamış olanlar için

³⁶⁵ **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976.

³⁶⁶ **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler II**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 26, Yarı Açık Cezaevi, Ankara, 1978.

³⁶⁷ **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980.

³⁶⁸ Tasnif ve Yayın Bürosu Başkanlığı'nın Sunuşu, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, 1976, s. 5.

³⁶⁹ Tasnif ve Yayın Bürosu Başkanlığı'nın Sunuşu, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler II**, 1978, s. 3.

de kitaplığımıza yapılan başvurulardan anlaşılmaktadır. (...) Elimizde yayım bekleyen ve emek ürünü olan daha çok sayıda eser bulunmaktadır.³⁷⁰

Danıştayın yayıncılık etkinliklerini üyelerinin incelemelerini de içerecek şekilde genişletmesinden önce, hem yargıçlık görevinde bulunan hem de ardından yazılı çalışma bırakan idare hukukçusu sayısı çok azdır. Şûra-yı Devlet’de çalışmakla birlikte hukuk-i idare derslerini yürüten Sakızlı Ohannes Paşa ve Kemalpaşazade Sâid Osmanlı Dönemi’nde ders notları basılan hukukçulardır. Cumhuriyet’in kuruluşundan 1960’lara kadar geçen süredeyse, İsmail Hakkı Görelî³⁷¹ ile Balkar³⁷² gibi ayrıksı birkaç Danıştay üyesi dışında yargıçların idare hukuku yazımına çoğaltma ders notu, monografi, basılı bildiri ya da makale bıraktıklarını söylemek pek olanaklı değildir. Diğer üyelerin az sayıdaki çalışmaları, bilimsel inceleme ya da araştırma iddiasında olmayan özet karar derlemesi kitaplardır. Saptayabildiğimiz kadarıyla, Tuncay, *Danıştay Kararlar Dergisi*

³⁷⁰ Tasnif ve Yayın Bürosu Başkanlığı’nın Sunuşu, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, s. 5.

³⁷¹ 1879 doğumlu, Mekteb-i Mülkiye’yi bitiren, 1927’de Mülkiye Dairesi Reisliği’ne seçilen, daha sonra Tanzimat Dairesi Reisi olan, 1939’da seçildiği Danıştay Birinci Başkanlığı görevinden 1947’de yaş haddi nedeniyle ayrılan İsmail Hakkı Görelî’nin, ders notlarından derlenmiş bir *Hukuk-i İdare* kitabı bulunmaktadır: **Hukuk-i İdare, Birinci Sene**, Edeb Matbaası, İstanbul, 1328 (1912). Görelî’nin Cumhuriyet Dönemi’nde basılan eserleri ise, ağırlıklı olarak idari yargı ya da idarenin örgütlenmesi konularına ilişkindir: **Hukuk-i İdare**, Mülkiye Mektebi Matbaası, 1341 (1925); **Usulü İdare ve Kavanin**, Yıldız, Erkânı Harbiye Mektebi Matbaası, 1341 (1925); **Bizde Şurayı Devlet ve İdarenin Kazaî Murakabesi**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 27, Hapisane Matbaası, Ankara, 1937; “İdari Vesayet - Âme Hükûmî Şahıslarının İdarece Murakabası”, (18.12.1943 tarihinde Türk Hukuk Kurumu adına Dil Tarih Coğrafya Fakültesi’nde verilen konferans metni), **Adliye Dergisi**, Yıl 35, no. 26, 1944, s. 282-310; “3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu’nun 23 üncü Maddesinin A Bendinin Tefsirine İhtiyaç Varmıdır?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2, 1953, s. 89-93; **Devlet Şûrası (Şûra-yı Devlet) - (Danıştay)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.

³⁷² 1895 doğumlu, İstanbul ve Paris Hukuk Fakültelerini bitiren, 1946’da Başkanunsözcülüğüne atanan ve 1962’de yaş haddinden emekliye ayrılan Kemal Galip Balkar’ın çoğunluğu Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi’nde yayınlanmış, konu yönünden çeşitlilik gösteren makaleleri bulunmaktadır. Bunlardan yalnızca bir kısmı için bkz.: “Mahkeme Kararları Arasında Hangi Davalar Karara Bağlanıyabilir?”, **AÜSBFD**, Cilt 3, Sayı 1-2, 1948, s. 335-339; “İdare Hayatında Tefhim ve Tebliğin Ehemmiyeti”, **AÜSBFD**, Cilt 10, Sayı 2, 1955, s. 101-104; “İdarenin Takdir Salâhiyeti”, **AÜSBFD**, Cilt 11, Sayı 4, 1956, s. 124-134; “İptal Davası Açmak İçin Dava Konusu Tasarruf İle İlgili Şartı”, **AÜSBFD**, Cilt 14, Sayı 4, 1959, s. 216-238; “İdare ile Halk Arasındaki Münasebetler”, **AÜSBFD**, Cilt 28, Sayı 1, 1963, s. 431-434.

Alfabetik Özeti'ni³⁷³; Hocaoglu, *Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulâsaları*³⁷⁴ ile *Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları*'ni³⁷⁵ çıkarmışlardır.

Danıştay üyeleri, 1960'ların ikinci yarısında başlayan, 1970'lerde yoğunlaşan çalışmalarında, önceki dönemlerden farklı olarak, kararları derlemekle yetinmemiş, idare hukukunun yazılı öğretisine çeşitli türlerde yazılarla katkı sunmuşlardır. Bu türler içinde, karar incelemesi (*note d'arrêt*), güncel kararlar hakkında yorum yazısı (*chronique*), derleme kitap içinde basılmış özülge (*monographie*), makale, bildiri metni bulunmaktadır. Ancak Hukuk-i İdare'den Cumhuriyet'e geçişle Danıştay üyelerinin yargıçlık mesleğine ek olarak kürsülerde ders anlatması son bulduğundan, Sakızlı Ohannes, Kemalpaşazâde Sâid ve Göreli sonrası Danıştay üyelerinin kendi anlatımlarını bizzat yazıya dökmesiyle ya da öğrencilerin derslerde tuttıkları notları bastırılmasıyla ders malzemelerinin çoğaltma kitaba dönüşmesi (*manuel* ya da *cour polycopié*) söz konusu olmamıştır.

Danıştay Yayınları'ndan çıkan çalışmalarda daha belirgin olmak üzere, üyelerin neredeyse tüm çalışmalarında kısmen Alman idare hukukunun ve büyük ölçüde Fransız idare hukukunun etkileri açıkça görülebilmektedir.³⁷⁶ Üyelerin Fransa'da gerçekleştirdikleri araştırmalara dayanan tez ve makalelerde, Danıştay ile diğer

³⁷³ **Danıştay Kararlar Dergisi Alfabetik Özeti, Cilt I**, Sayı 1-25, (toplayan: Tuncay Aydın), Numune Matbaası, İstanbul, 1946.

³⁷⁴ Abdurrahman Şeref Hocaoglu, **Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulâsaları**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1955.

³⁷⁵ Abdurrahman Şeref Hocaoglu, **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları (1933-1948)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1949.

³⁷⁶ Örneğin bkz.: Sabri Tandoğan, "Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 33-115; Erol Dünder, "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)", **Danıştay Dergisi**, Sayı 12-13, Yıl 4, 1974, s. 43-71; Erol Dünder, "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, 1976, s. 161-189; Erman Bayraktar, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, 1976, s. 254-294; Güler Mermut, "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, 1976, s. 295-329; Mustafa Bumin, "Fransız ve Türk Hukukunda Kararname (Karşılaştırmalı Olarak)", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, 1980, s. 324-347; Kamer Genç, "Kamu Gücünün Kullanılması", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, 1980, s. 348-397.

Ülkelerin idari yargı kurumlarının karşılaştırılmasına önemli lde yer ayrılmakta, iptal davasının konusu olarak idari işlem üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Yargıçlar ğretisi'nin ortaya çıkışı, doğrudan Danıştay yayıncılığı ile ilişkilidir. Nitekim yelerin gerek Danıştay tarafından yayınlanan makale ve tez çalışmalarında gerekse Danıştay'dan bağımsız dergilerde yayınlanmış eserlerinde, yazar ismi altında görev nvanı belirtilmeden geçilmemiştir. Danıştay yeleri, görevleri gereği ya da görevlerinin ilgisi nedeniyle kalemi ellerine almışlardır. Yazıların arkasında, Danıştay'ın kurumsal kimliği ve yayıncılık desteği vardır. Ayrıca, söz konusu çalışmalar, bireysel girişimlerle değil, Danıştayın hizmet içi eğitim kapsamında gerçekleştirdiği görevlendirmeler sonucunda, meslekte yükselmenin bir koşulu olarak yrtlmştir. Tez konuları da, doğrudan 1740 sayılı Kanuna göre oluşturulan Hizmet İçi Eğitim Kurulunca belirlenmiştir. Danıştay'ın desteğiyle, Danıştay içinden, kendi üyelerinin yargı uygulamasının birikimini en sağlıklı, ilk elden verilere dayanarak paylaşması gözetilen ilk hedeftir. Danıştay yesi hukukçuların incelemeleri "meslek mensubu" sıfatıyla Tasnif ve Yayın Bürosu tarafından düzenli olarak yayınlanmıştır. 1970'ten itibaren zenginleşen Danıştay Kitaplığı'ndaki eserler, Danıştay Başkanlığı'nın damgasını taşımaktadır. Üyelerin kitap halinde yayınlanma olanağı bulunmayan tezleri de Danıştay Kitaplığı'na alınarak ilgililerin yararlanmasına açık tutulmuştur.

Yargıçlar ğretisi Danıştay desteğiyle, Danıştay çatısı altında gerçekleştirilen çalışmalara ek olarak Fakltelerce, derneklerce, farklı kurum ve kuruluşlarca çıkarılan dergilerde de yazılarını paylaşmışlardır. Örneğin, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*'nin *İdari Yargı zel Sayısı*'nda yayınlanmış yazıların yazara göre dağılımı dikkate alındığında, Danıştay yeleri çok daha fazla ne çıkmaktadır.³⁷⁷ *Danıştay Yardımcıları Derneği*'nin

³⁷⁷ **Mülkiyeliler Birliği Dergisi, İdari Yargı zel Sayısı**, Sayı: 6, 1967. Sait Köksal (5. Daire Başkanı), Recep Başpınar (5. Daire Başyardımcısı), Aydın Tuncay (ye), Kemal Berkem (4. Daire Başkanı), Rağıp Tartan (ye) bu sayıda makaleleri bulunan Danıştay üyeleridir.

çıkardığı *İdari Yargı Dergisi* de üyelerin yazılarının toplandığı dergilerdendir. Özellikle vurgulamak gerekir ki, yayın türü ve yayıncılık faaliyetini gerçekleştiren kurum ve kuruluş ne olursa olsun, Danıştay üyeleri daima görev ünvanlarıyla, Danıştay aidiyetini görünür kılarak, hatta adeta kendi adlarına olduğu kadar Danıştay adına yazmışlardır.

Danıştay üyeleri Danıştayın kendi örgütlenmesi içinde gerçekleştirilen yayıncılık ve kütüphanecilik etkinliklerini daha ileri götürecek bir girişimde bulunmuşlar ve *Danıştay Yardımcıları Derneği*'ni kurmuşlardır. 1978-1980 yılları arasında, Dernek faaliyetleri kapsamında kuram ile uygulama beraberliğini gözeterek *İdari Yargı* dergisini çıkarmaya başlamışlardır. Dernek uzun ömürlü olamamış, Dergi ise ancak on ikinci sayısına erişebilmiştir. Bu çaba her ne kadar Danıştay çatısı altında değil de üyelerin serbestçe kurdukları bir dernek altında gerçekleşse de, derneğin adının Danıştay Yardımcıları Derneği olması, üyelerin, kişisel gibi görünen bir girişimi aslında mesleki ünvan ve görevlerinin uzantısı olarak hayata geçirdiklerini göstermektedir. Derneğin çalışmaları Tasnif ve Yayın Bürosu ile hizmet içi eğitimdeki kadar doğrudan Danıştay'ın örgütlenmesine bağlı olmasa da, Danıştay'dan kopuk da değildir.

521 sayılı Danıştay Kanunu uyarınca Tasnif ve Yayın Bürosu'nun kurularak 1971'de yeni içerik ve nitelikte Danıştay Dergisi'nin yayına başlamasına kadar geçen dönemde, Danıştay kararlarının derlenerek ilgililerle paylaşılması ihtiyacına, üyelerin Danıştay dışında basılan çalışmaları bir ölçüde cevap vermiştir. Yargıçlar Öğretisi'nin ortaya çıkışına kadar, Danıştay üyelerince yazılan kitap ve makalelerin, hazırlanan karar derlemelerinin ortak özelliği Danıştay yayıncılığıyla desteklenmemiş, yazarların kendi adlarına gerçekleştirdikleri çalışmalar olmasıdır. Yargıçlar Öğretisi ise, Danıştay bünyesinde Tasnif ve Yayın Bürosu'nun kurulmasıyla gelişen Danıştay yayıncılığı sayesinde kendini dışavurma olanağı elde etmiştir. Yargıçlar Öğretisi, yargıçların kişisel

yazma çabasını aşan bir kurumsal etkinlik olması nedeniyle aynı zamanda bir *Danıştay Öğretisi*'dir.

3. Danıştay'ın İdari İşleme İlişkin Birikiminin İdare Hukukçularınca Keşfi

İçtihadın etkisinin her türdeş kararda sezilebilmesi için, içtihadı erişmekle de yetinilmeyerek, ondan yeterince güçlü ve düzenli bir kuramsal akım çıkarmak gerekir."

Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*

Yargıçlar Öğretisi, başlarda Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası içinde özet olarak, daha sonra üyelerce derlenmiş halde yayınlanan Danıştay kararlarını kendilerine görev olarak verilen incelemelerde geçmişe dönük olarak sistemleştirmişler, bunların bir kez daha işlenerek olgunlaştırılmaları için bilim çevrelerine çağrıda bulunmuşlardır. Danıştay'ın söz konusu çağrısı, üniversiteli idare hukukçularında karşılık bulmuştur. Danıştay üyeleri ile üniversite üyelerinin birbirlerini işbirliğine davet ederken taşıdıkları ortak kanı, ulusal idare hukukunu oluşturacak hammaddenin Danıştay kararlarından çıkarılması gerektiğidir. Ulusal idare hukuku için işbirliği, yalnızca bilimsel üretimde değil, karşılıklı söylemlerde de kendini apaçık göstermiştir.

Sarıca, 1966 tarihli Akşam Gazetesi'nde yayınlanan Danıştayca verilen iptal kararları ile yürütmenin durdurulması kararlarının hükümetçe yerine getirilmesi hakkında bir makalesinde, bilim verilerini halka yaymakla ödevli bir üniversite öğretim üyesi olarak konunun tartışılmasına katılmanın kendisi için kaçınılmaz bir ödev olduğunu belirtmektedir.³⁷⁸

Duran ise, 1967 yılında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'na yazacağı incelemelere konu etmek amacıyla doğrudan Danıştay'dan karar istemektedir:

"Bu vesile ile bir temennide bulunmaktan kendimizi alamıyoruz: Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi Yüksek Mahkemelerimizin yetkili makamları veya

³⁷⁸ Sarıca'nın istemine değinen: Aydın H. Tuncay, "Giriş", **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 1968, s. 3

hâkimleri ile diğer bütün mahkemeler veya hakimleri, ısdar ettikleri hükümler arasında, Amme Hukuku bakımından ilginç, prensiplere değinen ve tartışmalı gördükleri yeni veya değişik içtihadları ihtiva eden kararların birer suretini bize iletmek lutfunda bulunurlarsa; kroniğimizin hem ilk yayımla zenginleşmesine, hem de jürisprüdans ile doktrinin işbirliğine yardım etmiş olurlar. Nitekim Batı ülkelerinde, içtihatların değerlenmesi ve Hukukun gelişmesi, mahkemeler ile müelliflerin bu yoldaki işbirliği sayesinde sağlanabilmektedir. Mecmuamızın bu sayısının İdarî içtihadlar kroniğinde, 1966 yılına ait olup, tesadüfen elimize geçen henüz yayınlanmamış kararlar ile çeşitli yerlerde çıkmış bazı önemli içtihadları kısaca tahlil ve tenkide çalışacağız.”³⁷⁹ [a.b.ç.]

1963'te Danıştay Yardımcısı ünvanıyla mesleğe başlayan, Danıştay Kanunsözcülüğü, Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü görevlerinde bulunan, 1978'de Danıştay Üyeliğine seçilen Alan,³⁸⁰ 1970'li yıllarda üniversiteli idare hukukçularıyla Danıştay arasında gelişen ilişkileri şöyle anlatmaktadır:

“Güran, Bilgen, Yayla, Özay doçentken Danıştay'da kanunsözcüsü olarak çalışmak, mutfağa girmek istiyorlardı; aslında mutfağın içindeydiler. Girişimde bulunulacaktı ancak Yasa buna izin vermedi. Ankara'dan Tan, Akıllıoğlu veya Uler de arada gelip giderdi. İstanbul Üniversitesi idare hukukçuları daha etkin ve ilgiliydi. Gelip karar isterlerdi. Ben karar gönderir eleştiri beklerdim. (...) Hocalarla aynı zamanda mesleki bir dostluk, samimiyet de oluştu, arkadaş olmuştuk. Dostluğa varan ilişkiler kurduk. Bilimsel faaliyetlerle kopukluk giderildi.”³⁸¹

Alan, devamında, işbirliğinde yol kat ettiklerini, Danıştay kararlarının daha fazla incelenmesi beklentisinde olduklarını, ancak işbirliğini arzu edilen dereceye varamadıklarını belirtmeden geçmemektedir. Danıştay'ın kendisini bilimsel çevrelere açmasının bazen sonuçsuz kalabildiği Dinçer tarafından da ifade edilmektedir. Dinçer, “Bizi yeterince izleyip eleştirmediler.” diyerek sitemde bulunmaktadır.³⁸²

³⁷⁹ Lütfi Duran, “İçtihat Kroniği: İdare Hukuku”, **İÜHFİM**, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 318.

³⁸⁰ Nuri Alan, Yüksek Seçim Kurulu Üyeliği ve Başkanvekilliği görevini de yürütmüş, 1986'da Danıştay Beşinci Daire Başkanlığı'na seçilmiştir. 2000'da Danıştay Başkanı olmuş, 2004'te yaş haddinden emekliye ayrılmıştır. <http://www.danistay.gov.tr/icerik-18-nurialan.html> (çevrimiçi: 26.7.2017).

³⁸¹ Nuri Alan ile görüşme (12.6.2016, Ankara).

³⁸² Güven Dinçer ile görüşme (4.6.2016, Ankara).

Danıştay üyelerinin hukuk yayma akımından beklentilerinin tam olarak gerçekleşmediğini gösteren ifadeler karşılık, Üniversite Öğretisi'nde Danıştay'a değil de Danıştay içinde oluşmuş Yargıçlar Öğretisi'ne yönelik eleştiriler karşımıza çıkabilmektedir. Yargıçlar Öğretisi'nin yazma etkinliğini genişletmesinin işbölümünü bozabilecek bir hal alabileceği endişesi doğmuş olacak ki, Duran yargıçların bilimsel yayınlar yerine doğrudan kararlarıyla katkı sunmaları gereğine dikkat çekmektedir:

“Gerçi içtihad kroniğimizde açıklanan umut ve dileğimiz, sayın Danıştay mensupları arasında yankı uyandırmış ve bir süreden beri bunların Türk İdare Hukuku literatürüne değerli katkıları görülmeğe başlamıştır. Ancak bizim jürisprüdansla doktrinin işbirliği konusunda izhar ettiğimiz ümit ve temenniler, sayın Danıştay mensuplarının kuramsal ‘yazılar’ından ve yayınlarından ziyade, Yüksek İdare Mahkemesinin toplu çaba ve atılımlarının eseri olan yargısal kararlarla gerçekleşebilir ve esas büyük misyonu da bu yoldan başarılabilir.”³⁸³

İşbirliğinin istenen düzeye taşınıp taşınmadığı bir yana, idari işlem kuramında, 1940’lardan itibaren Danıştay kararlarının Üniversite Öğretisi tarafından gittikçe daha fazla dikkate alındığı açıktır. Danıştay kararlarına eğilmenin ulusal idare hukukuna erişmenin olmazsa olmaz koşulu olarak görüldüğü 1960’lı ve 1970’li yıllarda ise, I. Cumhuriyet’te devlet kuramı kanalından beslenerek, nesnelci kuramların etkisinde ele alınan idari işlem kuramının yönü, dava odaklı yaklaşıma doğru çevrilmiştir. Söz konusu yaklaşım, Danıştay kararlarının tasnifi ve Danıştay üyelerinin idare hukuku yazınına girişi ile yükselişe geçmiştir. İdari işlemi, iptal davasının konusu olarak ele alan çalışmalar hızla çoğalmıştır. Cumhuriyet’in ilk çeyreğinde, gerek idare hukuku gerekse kamu hukuku çalışanlar, irade açıklamalarının nasıl işlemleştirilebileceği, kamu tüzelkişilerine bağlanma biçimi, idarenin iradesindeki bozukluğun çözümlenmesi ve saptanması ile ilgilenmektedir. İdari işlemin baskın kimliği, devletin maddi varoluşunun hukuksal görünümü olarak kendini gösterirken, Danıştay kararlarını inceleyen

³⁸³ Lütfi Duran, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, **Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan, AÜSBFD**, Cilt 27, Sayı 3, 1972, s. 441.

çalışmaların yayılmasıyla, idari işlem yargı denetimindeki kimliğiyle öne çıkmaya başlamıştır.

Geç bir dönemin ürünü olarak, Danıştay birikiminden beslenen idari işlem bilgisinin olgunlaşmasında, uzun süre idare hukukuna göre arka planda kalan idari yargı derslerinin 1960'larda ayrı bir ders olarak açılmasının etkisi de gözardı edilmemelidir. İdari işlemin yargı denetiminin konusunu oluşturan kimliğinin pekişmesi, idari yargının bağımsız bir ders ve yazın olarak gelişimiyle ilintilidir. 1964 yılında çıkarılan Lisans Öğretim ve İmtihan Yönetmeliği³⁸⁴, Ankara Hukuk Fakültesi'nde verilen idare hukuku dersini ilk kez ikiye bölmüş; idare hukuku ikinci sınıfta, idarî kaza ise üçüncü sınıfta okutulmaya başlanmıştır.³⁸⁵ İlk bakışta, 1960'lar geç bir zaman dilimine karşılık geliyor gibi görünse de, Türkiye'de idari yargının idare hukukundan ayrılması Fransa'dan daha erken gerçekleşmiştir. Gerçi, Fransa'da, Aucoc ve Laferrière'den beri idare hukukunu idari uyuşmazlıkların yargı denetimi yoluyla çözülmesi bakış açısıyla ele alan yaklaşım hep var olmuştur. Söz konusu yaklaşım, Duguit ve Eisenmann'ın yaklaşımları kısmen dışarıda tutulmak gerekirse de, 19. yüzyılda Devlet Konseyi üyeleri ile üniversiteli idare hukukçularının çoğunluğu tarafından da sürdürülmüştür.³⁸⁶ Fransa'nın idari yargı örgütlenmesi 1953 tarihli Yasa idari mahkemeler (*tribunaux administratifs*), idari istinaf mahkemeleri (*cours administratifs d'appel*) ve Devlet Konseyi (*Conseil d'État*) olmak

³⁸⁴ **R.G.**, 13.04.1964-11681.

³⁸⁵ 1925'te Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin Talimatnamesi'nin³⁸⁵ 4. maddesine göre okutulacak dersler şunlardır: *Hukuk-i Medeniye, Mukayeseli Hukuk-i Medeniye, Roma Hukuku, Hukuk-i Ticaret (berri ve bahri), Usul-i Muhakeme-i Hukukiye, Hukuk-i Hususiye-i Düvel, Hukuk-i Esasiye, Hukuk-i İdare, Hukuk-i Düvel, Hukuk-i Ceza, Hukuk-i Âmme, Usul-i Muhakemat-i Cezaiye, Hukuk Tarihi, İktisat, Maliye, Tıbb-i Adli, İhtilaller Tarihi, Tarih-i Siyasî*. Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin ilk yıllarında, idare hukuku ilk dört yarıyılı haftada ikişer saat olarak Süheyp Nizamî (Derbil) Bey verilmektedir. İdarî kaza adlı bir ders açılmamıştır. Dersin izlencesi incelendiğinde, idari işlem konusunun yer almadığı, idari davaların dördüncü yarıyılında, yani idare hukuku müfredatının son konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır. Müfredat, kuvvetler ayrılığı, hükmî şahsiyet ve kamu hizmeti kuramları ile idare teşkilâtı konularıyla yüklenmiştir. Dersin izlencesine yer veren: Mumcu, **Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne**, 1977, s. 132-133.

³⁸⁶ Pascale Gonod, "Les membres du Conseil d'État, auteurs de manuels de droit administratif", in **le Conseil d'État et l'Université**, Actes du colloque du CERSA (07.02.2014, 08.02.2014), (dir. Jacques Caillosse - Olivier Renaudie), Dalloz, 2015, s. 129.

üzere üç dereceli yapıya dönüştürülmüştür. Uyuşmazlık odaklı idare hukuku yaklaşımının köklülüğüne ve yeni idari yargı örgütlenmesinin idari yargı kurumlarını ve davalara ilişkin yöntem kurallarını çeşitlendirmesine rağmen, idari yargının ayrı bir ders olarak açılması ancak 1980'lerin başında gerçekleşebilmiştir.³⁸⁷ Türkiye'de ise, tersine, Sıkıyönetim Dönemi'nde idari yargıyı derecelendiren ve alt derece idare ve vergi mahkemelerinin, bölge idare mahkemelerinin kuruluşunun dayanağını oluşturan 2575, 2576, 2577 sayılı yasaların kabulünden önce, idari yargı idare hukukunun dışında bir ders olarak okutulmaya başlanmıştır. 1964 tarihli Danıştay Kanunu'nun kabulünden itibaren, 1961 Anayasası'nın gerektirdiği yasal düzenlemelerin yapılarak yargı işlevi yerine getiren idari merciler yerine geçecek ilk derece yargı yerlerinin kurulması beklentisini ısrarla yineleyen hukukçular, bu beklentinin gerçekleşmesini beklemeden idari yargı dersini idare hukukundan ayrı vermeye başlamışlardır.

Öğreti, Devlet Şûrası kararlarını bilimsel veri olarak kullanmaya, 1940'ların ilk yarısında Sarıca'nın karar notlarından ve *İdarî Kaza*³⁸⁸ kitabındaki atıflardan anlaşılabilceği gibi istisnai bir yönelimle başlamıştır. 1940 öncesinde olsa olsa karar özeti şeklinde karşımıza çıkan çalışmalarla Sarıca'nın yöntem ve kurgu bakımından Hauriou'nun ve Jèze'in karar notları ile benzerlik gösteren çalışmaları karşılaştırıldığında, Danıştay kararlarının Türkiye'de kapsamlı incelenmesine Sarıca'nın öncülük ettiği söylenebilir.³⁸⁹ Sarıca, idari yargı uygulaması ile öğretisi arasında köprü

³⁸⁷ Fransa'da, Şubat 1804 (Devrim Takvimine göre Ventôse an XII) tarihli Yasayla, kamu yönetimi dersi hukuk fakültelerine girmişken, idare hukukunun başlı başına bir disiplin olarak tanınması 1837'de gerçekleşmiştir. 1837'den önce idare hukuku, hukuk fakülteleri dışında, özellikle yönetici ya da Devlet Konseyi'ne üye yetiştiren yüksekokullarda verilen uzmanlık eğitiminin bir parçasını oluşturmuştur. Madeleine Ventre-Denis, "L'administration publique comme matière d'enseignement à la faculté de droit de Paris dans le premier tiers du XIX^e siècle", *JEV*, no. 1, 1989, s. 105. 1837'den 1980'lere kadar (Türkiye'de idari yargının ayrı bir ders olarak okutulduğu 1960 ile 1980'ler arası dönem de dâhil olmak üzere), lisans programını belirleyen kararlar uyarınca, idari yargı ve idari davalar genel idare hukuku konuları içinde yer almıştır.

³⁸⁸ Sarıca, *İdarî Kaza*, 1942.

³⁸⁹ Jèze, karar notlarını genellikle yayım müdürlüğünü yaptığı *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* içinde yayınlamıştır. Hauriou'nun 1892'den 1929'da kadar olan idari yargı kararları için yazdığı notlar ise, oğlu André Hauriou tarafından babasının ölümünden sonra üç ciltte toplanmıştır: Maurice Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, d'après "les Notes*

kuran ilk idare hukukçusudur. Onar'ın 1940 öncesi idare hukuku ders kitaplarında Devlet Şûrası kararları konu anlatımının dışında bırakılmışken, Sarıca İdarî Kaza'da hem Devlet Konseyi kararlarına hem Devlet Şûrası kararlarına başvurmuştur. Onar'ın *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda yayınladığı karar notlarının bir kısmı medeni hukuk ile borçlar hukukuna,³⁹⁰ bir kısmı ise adli yargı ile idari yargının görev alanlarının sınırlarına ilişkin,³⁹¹ Sarıca, aynı sayılar içinde idari yargı kararlarına not yazmaktadır.³⁹² 1940'ların ikinci yarısına varıldığında Devlet Şûrası kararlarına yapılan atıflar da çoğalmıştır. 1940'tan önce Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası'nda yayınlanıp da en güncel haliyle inceleme konusu edilmeyen kararlar, geriye dönük bir şekilde incelenir olmuştur. Örneğin Duran'ın 1946 tarihli makalesinde, 1940'tan önce yayınlanan pek çok karara başvurulmaktadır.³⁹³ Aynı yıl içinde, Devlet Şûrası'nın eski kararlarını su yüzüne çıkaran iki karar derlemesi de yayınlanmış bulunmaktadır.³⁹⁴

Onar ve Sarıca'nın 1943'ten itibaren *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda "Mahkeme İçtihatları" başlığı ile ayrılan bölümde yayınlamaya başladıkları idari yargı kararı incelemelerinin, 1960'larda Duran³⁹⁵ ile o dönemde

d'arrêts" du Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou, 3 tomes, Sirey, Paris, 1929. Üç ciltlik karar notları hakkında bkz.: Pascal Arrighi, "Hauriou: un commentateur des arrêts du Conseil d'État", in Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949, Recueil Sirey, Paris, 1952, s. 341-346.

³⁹⁰ Sıddık Sami Onar, "Mahkeme İçtihatları", *İÜHF*M, Cilt 9, Sayı 3-4, 1944, s. 826-830; "Mahkeme İçtihatları Kroniği", *İÜHF*M, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 428-430.

³⁹¹ Onar, "Mahkeme İçtihatları Kroniği", 1944, s. 430-432.

³⁹² Ragıp Sarıca, "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", *İÜHF*M, Cilt 9, Sayı 1-2, 1943, s. 415-431; "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", *İÜHF*M, Cilt 9, Sayı 3-4, 1944, s. 783-804; "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", *İÜHF*M, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 389-408; "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", *İÜHF*M, Cilt 10, Sayı 3-4, 1945, s. 822-848.

³⁹³ Lütfi Duran, "İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", *İÜHF*M, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130-199.

³⁹⁴ Nahit Suphi Okay, **Danıştay Karar ve İçtihatları**, Kanaat Basımevi, Ankara, 1946; kitabın tanıtım yazısı için bkz.: Ferzan Arif Aras, **Ankara Barosu Hukuk Dergisi**, Cilt 3, Sayı 23, Şubat 1946, s. 13-14; Tuncay, **Danıştay Kararlar Dergisi Alfabetik Özeti**, 1946.

³⁹⁵ Lütfi Duran, "Mahkeme Kararları Kroniği: Adliye ile İdarenin Vazifeleri", *İÜHF*M, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 294-300; "Mahkeme Kararları Kroniği: Muhakeme Usulü", *İÜHF*M, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 304-307; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Kazaî Murakabesi", *İÜHF*M, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 307-311; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Mes'uliyeti", *İÜHF*M, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 311-319; "Mahkeme Kararları Kroniği, Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler", *İÜHF*M, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 418-447; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Malî Külfet Yükleme", *İÜHF*M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 988-1000; "Mahkeme Kararları Kroniği (Anayasa Hukuku): Uzatmalı Jandarmanın Başına Gelenler", *İÜHF*M, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 354-362; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarî

asistan olan Güran³⁹⁶ ve Yayla'nın³⁹⁷ yazılarıyla devamı gelmiştir. Kürsü olarak, karar incelemesi yazmayı uzun yıllar sürdürmek üzere üstlenmelerinin önemli bir nedeni, İçtihat ile öğreti, Danıştay ile üniversite arasında işbölümünü bozmayan bir işbirliği yaklaşımını benimsemeleridir. Karar notları, her sayıya yetiştirilemese de, Mecmua'da kendilerine ayrılan "Mahkeme Kararları Kroniği" başlığının hakkını vererek kronikleşmiştir (süreçleşmiştir). İstanbul'daki idare hukukçuları yargı kararlarını *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda incelemişken, Ankara cephesinde *Derbil Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*'nin 1949-1951 arası hemen hemen her sayısına düzenli aralıklarla karar notu göndermiştir.³⁹⁸

Mukavele", **İÜHF**M, Cilt 32, Sayı 1, 1966, s. 351-359; "İçtihat Kroniği: İdare Hukuku", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 318-362; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Teşkilâtı ve İdarî Karar", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 319-333; "Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Ajanları ve İdarenin Mes'uliyeti", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 333-351; "Mahkeme Kararları Kroniği: İmar ve İnşaat", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 351-362. Duran, daha sonraki karar notlarını ise *Amme İdaresi Dergisi*'nde derlemiştir: "Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar", **AİD**, Cilt 13, Sayı 2, Haziran 1980, s. 47-71; "Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar", **AİD**, Cilt 13, Sayı 3, s. 3-23.

³⁹⁶ Sait Güran, "Mahkeme Kararları Kroniği: Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi", **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 1000-1034.

³⁹⁷ Yıldızhan Yayla, "Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi", **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 1034-1048. Yayla, asistanlığından sonra aynı Dergi'de Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını da değerlendirmiştir: "Kronikler / Anayasa Mahkemesi Kararı", **İÜHF**M, Cilt 36, Sayı 1-4, Ord. Prof. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 589-604; "Kronikler / Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları", **İÜHF**M, Cilt 36, Sayı 1-4, Ord. Prof. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 605-614.

³⁹⁸ Süheyp Derbil, "Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Haksız yere istifa etmiş sayılan memurlar asliye mahkemelerinde tazminat dâvası açabilirler. 2. Vergi işleri için asliye mahkemelerine müracaat edilemez. 3. İdarenin kanuna müstenit olmıyarak tarh ve tahsil ettiği vergi ve resimler aleyhine açılan dâvalara bakmak asliye mahkemelerinin görevine dahildir.", **AÜHF**D, Cilt 6, Sayı 2, 1949, s. 418-422; "Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Bakanların idarî tasarrufları dolayısıyla genel mahkemelerde şahısları aleyhine dahi dâva açılmaz. 2. İki çarpışma 3. İlk Oturum", **AÜHF**D, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 433-441; "Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Askeri otomobil çarpışmasında selâhiyetli merci 2. Vazife itirazının adalet mahkemesinin ilk oturumunda idare tarafından yapılması meselesi", **AÜHF**D, Cilt 7, Sayı 2, 1950, s. 435-441; "Danıştay İçtihatları: 1. Yeni bir dâva müddeti 2. Yönetmeliklerin vatandaşlarla ilgisi 3. Bahçivan ve şoför gibi müteferrik müstahdemler işçi sayılmaz. 4. Bir vatandaş vatandaşlıktan nasıl çıkarılabilir?", **AÜHF**D, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s. 625-631; "Danıştay İçtihatları: 1. Memuriyete tâyin muamelelerinin tekemmülü 2. Yaş tashiinin manası ve kayıt tashiinden farkı 3. İktisadî Devlet teşekkülleri memurları hiçbir işle meşgul olamazlar mı? 4. Kadro yüzünden açıkta kalan memurların hakkı 5. Resmî rapor verilmediği için hasta memur maaşından mahrum edilebilir mi?", **AÜHF**D, Cilt 8, Sayı 1, 1951, s. 742-752; "Danıştay İçtihatları: 1. Vergi ihbar ikramiyelerinin üçte biri peşin verilmelidir. 2. Daktilolar işçi sayılır ise de şubeler merkeze bağlı sayılmaz. 3. İl Özel İdareleri taşıt tarifeleri düzenleyemezler. 4. Zلزle talimatnamesine aykırı yapıları yıktırmak belediyelere düşmez. 5. Kanunların Anayasa'ya aykırılığı davasının tetkiki Danıştay'ın görevi dışındadır. 6. Köy mahalle olur, fakat mahalle köy olamaz. 7. Memurun tahvili idarî bir lüzuma istinat etmelidir.", **AÜHF**D, Cilt 8, Sayı 3, 1951, s. 705-717.

Ne Hukuk-i İdare Evresi ne de I. Cumhuriyet, Danıştay kararlarından bir içtihat hukuku doğurabilmiştir. Zira hukuk-i idare yazarları için mevzuat yorumlamak, I. Cumhuriyet içinse Kıta Avrupası'ndan kuram aktarmak önceliklidir. Fransız III. Cumhuriyeti'nden beri Devlet Konseyi kararları, hükümet komiserleri ile üniversiteli hukukçular tarafından düzenli olarak işlenmekteyken, Türkiye'de karar notu yazma etkinliği ancak 1940'larda başlamış, 1950'lerde Uyuşmazlık Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarını da içerecek şekilde yaygınlaşmış, 1960'lardan itibaren süreklilik kazanmıştır. 1970'lere gelindiğinde Danıştay kararları artık öğretinin temel başvuru kaynağını oluşturmuştur. İchtihat hukuku, Danıştay'ın hukuk yayma programına, Üniversiteli hukukçuların yargı kararlarını bilimsel inceleme nesnesi olarak alıp işlemek suretiyle karşılık vermeleri sayesinde gelişme kaydetmiştir. Ulusal idare hukukunun kuruluşunun Danıştay kararlarından içtihadi kural yaratmakla gerçekleşebileceği düşüncesinde buluşulmasının etkisiyle, idari işlem bilgisinin yargı kararlarından referansla geliştirilmesine öncelik tanınmıştır.

B. Kıta Avrupası ile Bağların Gevşemesi

1. Uler: Kuramsal Resepsiyona Tepki

İdare hukuku öğretisi, Cumhuriyet'in ilk döneminde önce yok saydığı, sonra sınırlı olarak incelediği Danıştay kararlarına yönelmekteyken, Uler, 1970'te yayınlanan *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları* başlıklı doktora tezinin sunuşunda Fransız idare hukuku ile bağlarının çözüldüğünü bildirmektedir:

“Fransız idare hukukunun idare hukukumuzda örnek alınmış olduğu bir gerçektir. Ancak, sorunlar genellikle ortak da olsa Türk yargıcının bu sorunlara bakış açısı ve çözümleyiş biçimi bize özgü bir toplumsal olgu sayılmalıdır. İdare hukukumuzun artık bağımsız olarak geliştiği ve Fransız idare hukuku ile idare hukukumuzu eşanlamlı kullanmanın yanılıcı olacağı inancı ile Danıştayımızın kararlarından yararlanılmaya çalışılmış, konu ile ilgili sorunlara yaklaşımda, Danıştayımızın uyguladığı çözümlerin saptanmasında ve önerilen çözümlerde genellikle Fransız

yazarları ve uygulaması bir yana bırakılmıştır. Fransız idare hukukundan aktardığımız ve ortaklaşa kullandığımız bazı temel kavramlara bile nasıl kuşku ile bakıldığı, bizdeki uygulama biçimlerinin araştırılmasına çalışıldığı dikkati çekecektir. Bu konuda peşin hükümle aşırılığa kaçıldığı tartışılabilir.”³⁹⁹

Uler, seleflerinin aktarımcı bilimsel geleneğini, Fransa kökenli kuramlar ve Devlet Konseyi uygulamasıyla Türk idare hukuku arasındaki ilişkiyi sorgulamıştır. Uler’in ifadeleri, Üniversite Öğretisi’nin, 1970’lerin hemen başında, “Türk idare hukukunun daha önce etkisi altında geliştiği Fransız geleneği karşısında özerkliğinin açıkça ilan edilmesi” anlamına gelmektedir. Uler’in doktora tezinde karşılaştığımız özerklik ilanı, ulusal idare hukukunun Kıta Avrupası yerine kendinden beslenerek gelişmesinin koşullarını da gösteren diğer çalışmaları ile birlikte değerlendirilmelidir.

İdari sözleşmelerin iptal davasında incelenmesi Fransız Devlet Konseyi için tabu olmasına rağmen, Danıştay’ın 1960’larda idari hizmet sözleşmelerini iptal davasına konu etmesi, ulusal idare hukukunun somut bir kazanımı olmuştur. Duran’ın ve Uler’in hemen ilgisini uyandıran bu kazanım, Fransız idare hukukuna kök salmış gelişimi engelleyen görüşlerin Türk idare hukukundan ayıklanması gerektiği kanısını güçlendirmiştir:

“Danıştayımız, ele aldığımız kararlarında idarî sözleşme kavramını görev meselesinin hallinde cazibesine kapılarak kullanmış, ancak amacı ve özü çözülmek istenen probleme yabancı, eski bir geçmişi olan ve fakat rasyonel bir gelişme göstermemiş bulunan hükümlerini hukukumuzda aktarmamıştır. / Yüksek Mahkemenin getirdiği yenilik ve çözüm sade, basit ve etkilidir: İdarenin işlemlerini iptal dâvası yolu ile incelemek ve denetlemek.”⁴⁰⁰

³⁹⁹ Yıldırım Uler, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. VII.

⁴⁰⁰ Yıldırım Uler, “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”, **AÜHFD**, Cilt 22-23, Sayı 1-4, 1965-1966, s. 237.

İdari sözleşmelerin yargısal denetimi konusu, ulusal idare hukuku için, Danıştay'ın hem Devlet Konseyi'nin yerleşik çözümlerini hem de kendisini aşmasının temsili bir örneği olarak yorumlanmıştır:

“Resepsiyon hareketinin sonsuza doğru devam edeceği düşünülemez. Kendine özgü meselelerde uygun hal yolları bulmak gerektiği gibi, ortak meselelerde de mehz sistemden daha etkili ve ileri çözümler yaratmak gerekmektedir. Fransız İdare Hukukunda, tarihî gelişim içinde ve sonucunda bir anlamı olan pek çok esas ve müessesenin Türk Hukuku bakımından değeri tartışılabilir. Fransız Danıştayından çok daha genç olan Danıştayımızın sadece «Fransada böyle» diye orada bulduklarını aktarmaması sevindiricidir. / Danıştayımızın, bir yandan idarî işlemlerin denetim dışı kalmaması, diğer yandan durumları tam anlamı ile statüer olmayan personelin korunması bakımından, idarenin bu personel ile ilgili işlemlerini iptal dâvası yolu ile denetleyen içtihadını genişletmesini ve kanaatimizce bu konuda gereksiz ve yanıltıcı olan idarî sözleşmeler teorisinden söz etmekten vaz geçmesini dilemekteyiz.”⁴⁰¹

Uler'in idari sözleşmelerin yargılanabilirliği konusunda Danıştay'ın 1960'ların tam ortasında Fransa'dan çok ileride çözümler geliştirebildiği saptaması, hâlâ günceldir. Türk idari yargısı idari sözleşmelerin idari yargı denetimine konu edilebilmesi söz konusu olduğunda, daima Fransız idari yargısından adımlarca önde yol almıştır. Türkiye'de 1960'lardan beri idari sözleşmelerin iptal davasına konu edilebileceği tartışması kapanmışken, Fransa'da bu tabu hala yıkılamamıştır.

1960 ve 1970'lerde, gerek yüksek mahkeme olarak Danıştay'a duyulan güven gerekse bilimsel veri olarak Danıştay kararlarına tanınan değer artmıştır. 1961 Anayasasını takiben 1965'te yeni yasayla güçlendirilen Danıştay, üniversite hocalarının gözünde *ilerici bir anayasal kurum*'dur. Hatta Uler'in anlatımıyla, Fransız Devlet Konseyi'nden daha ilerici dahi davranabilmektedir. Danıştay'dan üniversiteye, üniversiteden Danıştay'a yöneltilen işbirliği çağrıları yanında, idare hukuku hocalarının Danıştay'dan övgüyle bahsettikleri gözden kaçmamaktadır. Kıratlı da, Danıştay kararlarından

⁴⁰¹ Uler, “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”, 1965-1966, s. 238.

örnekler üzerine kurduğu makalesinde, Uler'in Danıştay hakkında yaptığı son derece olumlu değerlendirmelerde olduğu gibi, Danıştay'ın idarenin takdir yetkisini denetlerken izlediği yolları şu satırlarda övmektedir:

“(…) kararların bütününde, tarihî ve köklü bir müessesemiz olan Türk Danıştayının, Anayasa’yı ve Hukuk Devleti gereklerini korumakta, Anayasa’nın bu görevi yüklediği teminat kurumları arasında, en övgüye lâyık olgunluğu ve ileri görüşlülüğü temsil ettiğini gözlemlemek mümkün değildir.”⁴⁰²

1970’ten sonra, öğretinin Kıta Avrupası ile bağları gevşemiş ancak tümüyle kopmamıştır. Kıta Avrupası’ndan etkilenim kadar, Danıştay ile öğretinin işbirliğine dayanan simbiyotik (ortakyaşar) beslenme olgusu, idare hukuku yazınının içeriğini belirlemiştir. Öğreti, Fransız ve Alman idare hukukçularını izlemekten ve onlara atıfta bulunmaktan vazgeçmemiştir. Uler’in dönemdaşı olan Yayla’da Fransız kuramının, Azrak’ta Alman ve Fransız kuramlarının güçlü etkileri görünmektedir. Kuramsal resepsiyonun, güçlü veya zayıf, Türk idare hukukuna etki ettiği tüm dönemlerde, öğretinin ve Danıştay üyelerinin pusulası genellikle Fransa olmakla birlikte, Azrak, Alman idare hukukunu izleyen daha sınırlı idare hukukçularından biridir. Öyle ki, Azrak’ın İstanbul Üniversitesinde İdare Hukuku asistanı olarak seçilmesinde bile, Onar’ın, kendisinden, Sarıca’dan, Duran’dan ve Yayla’dan farklı olarak Almanca’yı iyi bilen ve Alman İdare Hukukuna ilişkin çalışmalar yapabilecek bir asistanı yeğlemesi belirleyici olmuştur.⁴⁰³

Tanzimat’tan beri Alman, ondan daha fazla Fransız Kamu Hukuku kuramları Türkiye’ye aktarılmış, idare hukukunun kuramsal temelleri “etkilenimle”⁴⁰⁴ atılmıştır. Ülkemizde idare hukuku Cumhuriyet döneminde gelişmiştir. Bunda, Danıştay’ın rolü

⁴⁰² Metin Kıratlı, “Danıştay’ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, İdari Yargı Özel Sayısı, Sayı: 6, 1967, s. 33.

⁴⁰³ Ülkü Azrak ile görüşme (28.03.2014, İstanbul).

⁴⁰⁴ Karahanoğulları, Fransa ile Türkiye arasında “etkileşim”den değil Fransa’dan “etkilenim”den bahsedilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir: Karahanoğulları, “Fransa’da Kamu Yönetimi”, 2013, s. 47.

büyük olmuştur.⁴⁰⁵ Köksüz, uyarlanmamış, içerilmemiş resepsiyona duyulan tepki, Onar'dan itibaren dile getirilegelmiştir. İlk alınışında olduğu gibi, bugün de idare hukukumuz geniş ölçüde Fransız idare hukukunun etkisi altında olmakla birlikte, kendinden beslenmeyi ve özgün bir gelişme göstermeyi başarmıştır.⁴⁰⁶ Özgün gelişmenin doruğa ulaştığı bir evre saptanmaya çalışılırsa, bu evre ancak ulusal idare hukuku evresi olabilir.

Aynı hukuk ailesinin üyesi iki ulusal hukuk sistemi arasındaki benzerlik ya da etkileşimin, ulusal hukuk sistemlerinin özgün bir seyir izlemesine, kendi koşullarında evrilmesine bağlı olarak zaman içinde azalması olağandır. Düşünsel etkilerin günümüze kadar taşınan kalıcılığı, Türkiye'de idare hukukunun kendi gerçek tarihinin varlığını görmemize engel olmamalıdır. Aktarımın yoğunluğuna rağmen Türkiye'de idare hukukunun bugün için bir ulusal kimlik sorunu bulunmamaktadır. Kıta Avrupası kamu hukukunun kavram, ilke ve kategorileri belirli bir temele oturduktan sonra, kendi toplumsal ve siyasal koşulları içinde olgunlaşmıştır. Kıta Avrupası ile çizgisel bir evrime tabi olmamıştır. Türk idare hukuku, Fransız idare hukukunda kriz söyleminin dolaştığı dönemlerde, yetişkinliğini yaşamıştır. Fransız idare hukuku tarihi çalışmalarında da krizle anılan yıllarda⁴⁰⁷ Türkiye'de krizde, felce uğramış, tıkanmış, yolunu şaşırılmış bir idare hukuku yoktur. Aksine, kendi ayakları üzerinde dikilebilen, konularını çeşitlendiren, yetişmiş bir üniversite kuşağı ile kararları övgüyle karşılanan bir Danıştay vardır. Fransa ile aynı dönemde Türk idare hukukunun krizde olduğunu sanmak, "olmayan bir krizin söylemi"nden başka şey olmayacaktır.

⁴⁰⁵ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2014, s. 11.

⁴⁰⁶ **Ibid.**, s. 11.

⁴⁰⁷ Fransız idare hukuku, Altın Çağ'ın 1920'lerde kapanmasından itibaren kriz belirtileri göstermeye başlamış, 1953 tarihli İdari Yargı Reformu sonrasında idare hukukunun içinde bulunduğu durum apaçık kriz olarak nitelenmiştir. Burdeau, "La crise du droit administratif", **Histoire du droit administratif**, 1995, s. 459-485; Renaut, "L'âge de la crise de croissance du droit administratif", **Histoire du droit administratif**, 2007, s. 137-145. Kavrayışların istikrarsızlığı, ölçütlerin yarışması, hukuksal rejimlerin parçalanması; tutarlılığını yitiren idare hukukunun kriz düzeyinde bir içsel bozulma geçirdiği yorumlarına yol açmıştır. Jean-Jacques Bienvenu, "Le droit administratif: ne crise sans catastrophe", **Droits**, Jan. 1, 1986, s. 93.

2. Duran: Ulusal “İçtihat Hukuku”na Erişme Arayışı

Yargı kararlarının içtihatlaşmasında en büyük rolü içtihadı birleştirme kurumuna yükleyen Duran’ın, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması” makalesinin en başında, Fransız öğretisi ile Devlet Konseyi için iki sesli koro benzetmesinin sahibi Rivero’nun Fransız idare hukukununun sistemleştirmesinin nasıl bir işbirliği ile gerçekleştiğini tartışan *Sistem’bazlara Methiye (Apologie pour les faiseurs des systèmes)* makalesinin sonuç cümlelerine *epigraf* olarak yer vermiştir.⁴⁰⁸ Epigraf, bir yazının başına onun konusunu, özünü, yönünü vb. belirtmek için konulan -genellikle kısa- alıntıdır. Epigrafların temel düşüncüyü tanıtıcı birer özdeyiş olduğu ve Duran’ın böyle bir epigrafi boş yere ya da yalnızca şık dursun koymayacağı düşünülürse, epigraf yoluyla alıntı, Duran Rivero’nun sorunsalından etkilendiğinin işaretidir.

Rivero, anılan makalesinde hukukta sistemleştirmenin farklı düzeylerine dikkat çekmektedir. Büyük sentezlerle hukuksal görüngüye bütünsel bir açıklama getirilmesini en üst ve soyut düzeyde sistemleştirme olarak anlatmaktadır. Kelsen’in normlar hiyerarşisi-normların kademeli derecelenmesi kuramı bu düzey sistemleştirmeye örnek göstermektedir. Somuttan soyuta, çoğuldan tekile inilmek suretiyle, mevzu hukuktan ya da yargı kararlarından temel esaslar, kavramlar, ilkeler çıkarılmasını ise, saf hukuk kuramından alt düzeyde de olsa bir sistemleştirme olduğunu ileri sürmektedir.⁴⁰⁹

Rivero’nun makalesinin alt metinlerine kadar yerleşen temel sav, hukukçunun yargı kararlarını açıklamakla yetinmeyerek sistemleştirmeye yönelik bir müdahalesinin gerektiğidir. Diğer hukuk dalları için önemini yadsımamakla birlikte, idare hukukunun ilke, kavram ve kategorilerinin ana rahmine düştüğü yerin yasalar yerine çoğu zaman

⁴⁰⁸ Epigrafi, Duran’ın Rivero’dan çevirdiği şekliyle, aynen aktarıyoruz: “Evet, kaçınılmaz evrimler vardır, bu bir gerçek. Bugünün sistemi, günün birinde yerini elbet yeni bir sisteme bırakacaktır, bu da inkâr edilemez. Ama, gene de, Hukukun misyonu, herşeyden önce, kuralların genelliği ve istikrarı yoluyla, güvenliği sağlamaktır. Prof. Jean Rivero, *Apologie pour les ‘faiseurs de systèmes’* (Sistem’bazlara methiye), **Recueil Dalloz, Chronique XXIII**, 1951, s. 102. Duran, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 419.

⁴⁰⁹ Rivero, “*Apologie pour les ‘faiseurs de systèmes’*”, 1951, s. 109.

yargı kararları olması nedeniyle, Rivero idare hukukçularının sistemleştirici bilimsel müdahalesinin önemini ısrarla vurgulamaktadır.

Kanımızca da, içtihat, yargı düzeninin yüksek mahkemesi işlediği sürece kendiliğinden oluşmaz, oluşturulur. Somut hukuksal sorunlara ait çözümlerin soyut şemalarda birleşebilmesi için hukukçunun bilimsel müdahalesi zorunludur. İchtihat hukuku, ilgi çekici kararlarda ulaşılmış sonuçlar yığını değildir. Bu karmaşık yığının ayıklanması, içinden temel ilkelerin çekilerek olgunlaştırılması, kategorilerin belirginleştirilmesi ya da yaratılması, hükme götüren yolda başvuru olan ölçütlerin kavramsallaştırılması gerekir. İlke, kavram ve kategoriler bir dizgeye oturtulabildiği ölçüde, yargı uygulaması içtihadı yakınlaştırır. Türdeş kararların aralıksız sistemleştirilmesiyle içtihadı erişilebilir. Sistemleştirilen yargı kararları ilkelerle birbirine bağlanır ve bir iskelet halinde içtihadı oluşturur. Söz konusu bağ, idare hukukunun disiplinler tutarlılığını sağlamaktadır. Kısaca, idare hukukunun içtihat hukuku niteliği, tekil hukuksal çözümlerin birbirine eklenerek zaman içinde süreklilik kazanmasını değil, uzun ve katmerli bir çalışmanın ürünü olan ilke, kavram ve kategoriler aracılığıyla disiplinler tutarlılığın ve bütünlüğün korunmasını anlatır.

İchtihat, bu nedenle idare hukukunda yazılı kurallar doğrultusunda gelişen diğer hukuk dallarında mevcut bir düsturdan (koddan) fazlasını ifade eder. Zira yazılı hukuk kurallarının sürekliliği yürürlükte kaldıkları süreyle sınırlı olduğu halde, ilke, kavram, kategori ve ölçütler hem daha köklü bir geçmişe sahiptir hem de dönüşüm karşısında sağlamdır. Pozitif hukuk değişir, yürürlükten kalkar ancak içtihat yerli yerindedir; değiştirilmektense uyarlanması yeterli olur. Hatta içtihadın somut uyuşmazlığı çözmeye yetisi taşıması için pozitif hukuka aktarılması zorunlu değildir. Yargıç, yazılı hukuk kuralının yokluğunda ya da yazılı kuralla birlikte *idare hukukunun temel ilkeleri*'ni uygulayabilir. *Kamu hizmetinin ilkeleri* bunun en açık örneklerindedir. Pozitif hukukta

statü kavramıyla karşılaşma olasılığı çok düşüktür ancak yargıç yorumunda *statü* kavramını unutmaz ve çözümünü yalnızca bu kavramsal çerçeveye sığdırabilir. Bazen, *zumni ret* gibi yargı kararlarından doğan bir kurumun, yazılı hukuk kuralına dönüştürüldüğü görülür. Bazense, *menfaat* kavramında olduğu gibi pozitif hukukta geçse bile yargı kararlarının işlenmesiyle oluştuğu ölçüde anlamı ancak içtihattan çıkarılabilir.

Türkiye’de idare hukuku için sıkça dile getirilen içtihat hukuku niteliğinin, kendisine uzak bir sistem olan gelenekçi Anglo-Amerikan sisteminin içtihadı niteliğiyle ilgisi bulunmamaktadır. Birbiriyle ilgisiz iki yabancı kelimenin (*precedent* ve *jurisprudence*) Türkçe’de tek bir kavramla, içtihat kavramıyla, yerleşmesi, Türk idare hukukunun ve Fransız idare hukukunun “içtihat hukuku” olduğu savına yönelik bir düzeltmeyi gerekli kılmaktadır.

İçtihadın ilk anlamı, “emsal yargı kararı” olup tam olarak *Common Law* Sistemindeki *precedent* kelimesini karşılamaktadır. *Common Law* sisteminde içtihat hukuku gelenek hukukunu, daha doğrusu içtihat ile oluşmuş geleneği anlatır. İçtihat hukuku, örnek karara (emsale) uymanın hukuken zorunlu olmasıdır. Üst mahkeme tarafından verilen karar, alt mahkemenin değiştiremeyeceği bağlayıcı emsal (*binding precedent*) oluştur; mahkemeler, kendilerinin aynı konuda daha önce vermiş oldukları kararları da güçlü bir neden olmadıkça terk edemezler (*persuasive precedent*). Dolayısıyla, emsal yargı kararları, hukukun kaynakları arasında yer alır.

Öte yandan, Latince kökenli *jurisprudentia* kelimesi de, Türkçe’ye içtihat olarak yerleşmiştir. *Jurisprudentia*, “hukuk bilimi” anlamındadır. Fransız idare hukuku ya da Türk idare hukuku’na özgü bir “içtihat hukuku” niteliği, ancak yargı kararlarının hukuk bilgisinin oluşumuna katkısını ifade edebilir. Anglo-Amerikan hukuk anlayışından çıkan emsal yargı kararı ile bir ilgisi bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

Kısaca, yazılı yasanın üstünlüğü düşüncesine dayanan Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer alan iki ülke için, idare hukukunda içtihat en fazla *jurisprudentia* olabilir, kesinlikle *precedent* değildir.

Duran, Türk idare hukukunun Anglo-Amerikan sistemi gibi yapısı gereği içtihat hukuku (*case law*) olduğunu baştan kabul etmek yerine, Rivero'nun Fransız idare hukukundan anladığı gibi bir içtihat hukuku (*droit jurisprudentiel*) yaratmak için çok uğraşmıştır. Duran, yayın sayısı/sıklığı/uzunluğu/konu yelpazesi gibi özellikler gözetildiğinde, idare hukuku öğretisinin en üretken yazarlarından biridir. Duran'ın, sayfa sayısı altmış ila yüz arasında değişen ve konusunu bir hayli kapsamlı ele alan pek çok yazısı, *uzun makale* biçiminde yayınlanmış olmasına rağmen, gerçekte birer *kısa monografi* sayılabilir. “İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, altmış dokuz sayfa tutmaktadır.⁴¹⁰ Armağanlar içinde yayınlanmış “Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu”⁴¹¹ ve “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırları”⁴¹² adlı çalışmaları bile -aşağı ya da yukarı- altmış sayfa sınırında uzunluktadır.⁴¹³ İdare Hukuku Kürsüsü'nde asistan olmasından itibaren yazmaya başlayan Duran, 1990'lı yılların sonuna kadar düşünce üretmeyi ve yayınlamayı aralıksız sürdürmüştür.

Üretkenliğini büyük ölçüde sorunlu olguların gözlenmesinden besleyen Duran,⁴¹⁴ güncel sorunlara olan duyarlılığına, olguların gelecekte nereye varabileceğine ilişkin

⁴¹⁰ Duran, “İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, 1946, s. 130-199 (69 sf.).

⁴¹¹ Lütfi Duran, “Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Tahsin Bakir Balta'ya Armağan**, Ankara, 1974, s. 59-120 (61 sf.).

⁴¹² Lütfi Duran, “Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırları”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 193-251 (58 sf.).

⁴¹³ İdare hukukunda makale biçimli monografik çalışmalara örnek oluşturabilecek diğer iki çalışma: Ali Fuad Başgil, “Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim. Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52nci Maddesi Üzerinde Tarihî ve Tahlilî Etüd”, **Cemil Bilsel'e Armağan**, Kenan Basımevi ve Klişe Matbaası, İstanbul, 1939, s. 17-100 (83 sf.); İsmet Giritli, “Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması (İdarî Tasarrufların Maksat Unsurundaki Sakatlık)”, **İÜHFİM**, Cilt 21, Sayı 1-4, 1957, s. 81-174 (93 sf.).

⁴¹⁴ Örneğin bkz.: Duran, “Mahkeme Kararları Kroniği (Anayasa Hukuku): Uzatmalı Jandarmanın Başına Gelenler”, 1965, s. 354-362; Lütfi Duran, “Peştemallik ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, Cilt 20, Sayı 1, Mart 1987, s. 3-14; Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, **Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan**, **AÜSBFD**, Cilt 46, Sayı 1-2, 1991, s. 147-170.

öngörüsünü eklemiştir. Duran'ın idare hukukundaki güncel gelişmelerin nabzını tutma kaygısı taşıyan yazıları, duyarlılık ve öngörü sergilemesine ek olarak eleştireldir. Yazar, eleştirel tavrının en belirgin örneği olan çalışmalarını *İdare Hukuku Meseleleri*⁴¹⁵ ve *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*⁴¹⁶ kitaplarında toplamıştır.

Duran'ın eserleri arasında, içtihat hukukuna erişme hedefi doğrultusunda büyük önem attığı içtihadı birleştirme kararlarını inceleyen yazıları çoktur. İctihadı birleştirme kurumuna özgülünen yazıları⁴¹⁷ dışında, özellikle mahkeme kararı kroniklerinde içtihadı birleştirme kararlarının irdelenmesine yer ayırmıştır.⁴¹⁸ İdare hukukunda içtihatlaşamama sorununu içtihadı birleştirme kararlarını doğrudan inceleme konusu edinerek deşmiştir. Bununla beraber, tüm yazılarında, karar değil de içtihat kavramını tercih etmesi dikkat çekicidir. Danıştay ya da Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında tekrarlayan özellikleri keşfederek düzenlilik ve süreklilik saptayabildiği ölçüde, bunlara içtihat adını koymuştur.

Duran, 1972 tarihli *Danıştay'ın İctihatları Birleştirme Uygulaması*⁴¹⁹ makalesinde, Danıştay'ın izlediği içtihadı birleştirme yönteminin hukuk kurallarının uygulanmasına açıklık ve yeknesaklık getirmek amacıyla, aynı ya da benzer uyuşmazlıklarda hangi

⁴¹⁵ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 710, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 147, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957; Lütfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1080, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 230, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.

⁴¹⁶ Lütfi Duran, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.

⁴¹⁷ Lütfi Duran, "Tevhidi İctihat Nedir?", **Siyasî İlimler Mecmuası**, Cilt 23, Sayı 269, Ağustos 1953, s. 226-229; Duran, "Danıştay'ın İctihatları Birleştirme Uygulaması", 1972, s. 419-441.

⁴¹⁸ Lütfi Duran, "Mahkeme Kararları Kroniği", **İÜHFİM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 292-319; Lütfi Duran, "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Malî Külfet Yükleme", **İÜHFİM**, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 988-1000; Lütfi Duran, "İctihat Kroniği (İdare Hukuku / İdarî Mukavele)", **İÜHFİM**, Cilt 32, Sayı 1, 1966, s. 351-359; Lütfi Duran, "İctihat Kroniği", **İÜHFİM**, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 318-362; Lütfi Duran, "İdarî İşlemden Sorumluluk", **İÜHFİM**, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s. 3-26; Lütfi Duran, "İdarî Muhakeme Usulü", **İÜHFİM**, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s. 390-418; Lütfi Duran, "Yüksek Mahkemeler Arasında İctihad Uyuşmazlığı", **MHAD**, Cilt 1, Sayı 1, 1967, s. 9-27; Lütfi Duran, "Yüksek Memurların Yargı Yolu ile Korunması", **Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan**, AÜSBF Yayınları no. 280, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, s. 295-328; Lütfi Duran, "Askerî İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırları", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 193-251; Lütfi Duran, "Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar", **AİD**, Cilt 13, Sayı 2, 1980, s. 47-71; Cilt 13, Sayı 3, s. 3-23; Lütfi Duran, "İdarî İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", **AİD**, Cilt 21, Sayı 1, Mart 1988, s. 66 vd.

⁴¹⁹ Duran, "Danıştay'ın İctihatları Birleştirme Uygulaması", 1972, s. 419-441.

hukuk kuralının uygulanacağına ya da bir hukuk kuralının nasıl uygulanacağına gösterilmesinden pek de bir fazla katkı sunmadığını düşünmektedir. Danıştay, Duran'ın “yasanın yürürlükten kaldırılması ya da değiştirilmesi, hukuksal sorunu çözümlen yeni bir yasa hükmünün çıkarılması, yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi” olarak sınıflandırdığı üç durumda, yürürlükte olmayan bir yasa hükmünden uyumsuzluk çıkmayacağı gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine gerek görmemektedir. Danıştay'ın içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına ilişkin kararları, içtihadı birleştirme yöntemine atfedilen asıl işlevin, hukuk kuralının olguya uygulanması sorununu çözmek olduğunun bir belirtisidir.

Belki de, tek başına *GAJA* yaratmaya yeterli olmasa da, buna en elverişli yöntemin “Türk hukuk düzenine özgü” içtihadı birleştirme kurumu olduğunu sezen Duran, Danıştay'ın bu yetkisini, kendi kararlarını Devlet Konseyi'nin temel karar (*grand arrêt*) basamağına yükselten kararlarına yaklaştıracak şekilde geliştirmesi beklentisi içindedir. Yüksek mahkemeler, içtihadı birleştirme uygulaması sayesinde, somuttan soyuta atlama becerisi gösterebilmeli ve ilke kararları oluşturmayı başarabilmelidir:

“Gerçekten, içtihatlarını birleştirmeye yetkili yargı mercileri, çelişen ve çatışan özel ve özne kararlarına konu olan somut uyumsuzluk ve olaylardan sıyrılarak, bunların ortaya çıkardığı tartışmalı ve çetin soyut hukuk sorununu, bu yoldan, genel ve nesnel bir çözüme bağlamak, yani o noktada bir prensip kararı almak durumundadır. İşte yüksek mahkemeler, somuttan soyuta çıkmayı ve öznelde nesnele geçmeyi sağlayan bu işlemleriyle, Hukuka daha çok ve daha açık biçimde katkıda bulunmak olanağına sahiptir.”⁴²⁰

Duran, “aykırılık veya uyumsuzluk” koşulu yorumlanırken kararlar arasında “maddi olaylarda ayniyet ya da benzerlik” arayan Danıştay'a, içtihadı birleştirme uygulamasının barındırdığı “belli özel ve somut uyumsuzluğun üstüne çıkıp, geniş kapsamlı genel ve

⁴²⁰ Duran, “Danıştay'ın İchtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 419.

soyut bir hukuksal soruna çözüm getirme” olanağını kullanmadığı eleştirisini yöneltmektedir:

“Böyle olunca, içtihadların birleştirilmesi usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi önünde hüküm ihtilâflarının çözümlenmesi gibi, belki ondan da sıkı kayıt ve şartlar altında, sadece belirli bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının neden ibaret bulunduğunu veya uygulanış biçimini saptamaktan başka işe yaramamaktadır.”⁴²¹

Duran, Danıştayın, “ıçtihadın birleştirilmesine yer olmadığına” ilişkin kararlarında olduğu gibi, içtihadın birleştirilmesine ilişkin kararlarında da “ilke, kural ya da esas” yoksunluğuna dikkat çekmektedir.

“Danıştay’ın içtihadları birleştirme uygulamasındaki yöntem bakımından burada belirtmek istediğimiz en önemli nokta; söz konusu (9) karardan, yukarıda işaret edilen (...) dışında, hiçbirinin genel bir hukukî sorunu içermediği ve herhangi bir ilke veya kural koymadığıdır. Bu sekiz karar, çeşitli kanun hükümlerinin yorumunu yapmaktan, belli ve sınırlı kişilerle belirli durumlara uygulanmasını göstermekten öteye bir kapsam ve etki taşımamaktadır. (...) bu tür kararların, sonuçlarında değilse de, gerekçelerinde İdare Hukuku esaslarının belirlenmesi arzu ve temenni edilir. Ne yazık ki, içtihadın birleştirilmesi kabul edilen kararların çoğu bu kadarından da yoksundur.”⁴²²

Duran, içtihadı birleştirme kararlarında uyuşmazlık türü aşan bir içerik, kısaca soyut ilke ve esaslar aramakta, ancak bulamamaktadır. Danıştay kararlarından çıkarsadığı özlü bir eleştiriyi, çalışmasının pek çok yerinde defalarca benzer cümlelerle yineleyerek vurgulamaktadır.

“Yüksek Kurul, İçtihadın birleştirilmesinin, gerek usulüne ilişkin koşul ve ölçütlerde, gerek esası hakkındaki hükümlerde, hukukî sorunlarla ilgili genel ve nesnel kurallara ve ilkelere çıkmaktan uzak kalmakta; aksine elinden geldiğince, bu yoldan içtihad etmekten kaçınmakta ve daha ziyade

⁴²¹ **Ibid.**, s. 421.

⁴²² **Ibid.**, s. 436.

somut ve belirli bir olay ve durumlara uygulanabilecek mevzuat hükümlerinin tefsir ve tatbik tarzını gösteren, çok dar kapsamlı, adeta özel ve öznel kararlar vermektedir.”⁴²³

Günümüzde, geri alma kurumuna değinilen her çalışmada ilk akla gelen başvuru kaynağı olmayı sürdüren “memura kanuna aykırı olarak yapılmış ödemelerin idarece geri alınabileceğine” ilişkin içtihadı birleştirme kararı,⁴²⁴ varılan hukuksal sonucun gerekçeden yoksun olması nedeniyle eleştirilmiştir. Duran, “hâdisevi bir karar” değil, belki de hukuka aykırı işlemlerin geri alınmasına ilişkin genel ilkeler beklemiş; ancak söz konusu içtihadı birleştirme kararında, yalnızca memurlarla sınırlı olarak haksız ödemelerin geri alınabileceği doğrultusundaki hukuksal çözümden daha fazlasını bulamamıştır.

Bununla birlikte Duran, Danıştay’ın kanunun yürürlükte olup olmadığını ölçüt alarak, hukuksal sorunların “hal ve istikbalde dava konusu teşkil edip edilmeyecekleri üzerinde spekülasyona girmesini” de gereksiz bulmaktadır.⁴²⁵ İdare hukukunun *metin hukuku* değil, *ıçtihat hukuku* olduğu; içtihat hukukunun da “Yüksek İdare Mahkemesi’nin kararları ile ortaya koyduğu ilke ve kurallar”dan oluştuğu savındadır.⁴²⁶ Danıştay’ın gerçek anlamda içtihat hukukunu yaratmaya katkı sunmaktaki yetersizliğini, hukuk kurallarına ve ileride uyumsuzluk doğma olasılığına saplanmasıyla açıklamaktadır:

“Danıştay’ın bu yolda davranmamakta olması, (...) asıl içtihad ihtilâfına konu olan kanunun dar hükümlerinden sıyrılarak, gerçek aykırılık veya uyumsuzluğu yaratan hukukî sorunu belirleyip, o genel ve yüksek noktaya ulaşamamasından ileri gelmektedir.”⁴²⁷

Duran’ın içtihat birliği kavrayışı, aynı veya benzer uyumsuzlıklarda ortak hukuksal çözüm için başvurulacak “hukuk kuralı”nın belirliliği ile sınırlı olmayıp, “genelleme, soyutlama ve genişleme” yöntemleriyle oluşturulan ilkeleri içermektedir.

⁴²³ **Ibid.**, s. 439.

⁴²⁴ Danıştay İBK, E.1965/16, K.1971/20, T.27.03.1971.

⁴²⁵ Duran, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 428.

⁴²⁶ **Ibid.**, s. 429.

⁴²⁷ **Ibid.**, s. 429.

“Bu itibarla, içtihadları birleştirme usulünün gereği gibi işleyebilmesi için, bu işleme konu olacak kararların, hukukî sorun dışındaki unsur ve ayrıntılarından sıyrılarak, prensip meselesi üzerinde bir çözüme ulaşmak için çaba gösterilmelidir.”⁴²⁸

Duran, hukuksal sorunun çözümüne varılmasından çok, hangi hukuksal mantık yürütme yöntemleriyle çözüme varıldığını önemsemektedir. Danıştay’ın hukuka katkısını, hukuksal sorunun nasıl ortaya konulduğundan ve hukuksal çözüme götüren yöntemlerdeki becerisinden çıkarmaktadır. Danıştay’ın, benzeri uyuşmazlıkların senelerden beri aynı yönde çözümlenmesi halinde daire kararlarını *müstakar içtihat* oluşturmuş saymasına katılmamaktadır. Süreklilik kazandığı olgusal olarak saptanan bir anlayış ya da uygulamanın, ne Danıştay’ın işbölümü ya da görev dağılımına göre örgütlenen kendi organları arasında ne de idare üzerinde bir bağlayıcılığı bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, müstakar içtihattan söz edilemeyeceği kanısındadır.⁴²⁹ Müstakar içtihattan söz edebilmek için, istikrar kazanmış kararların varlığının, bağlayıcı bir mahkeme kararına dönüşecek şekilde saptanmasını istemektedir. Diğer bir deyişle, Duran’a göre, müstakar içtihat ancak içtihadı birleştirme yöntemiyle oluşturulabilir; aksi halde müstakar içtihat (varlığı hukuken saptanamadığı için) yoktur.

“Nihayet içtihadları birleştirme usulü, hukukî sorunlar etrafındaki değişik ve ayrışık görüş ve anlayışları, uygulama bakımından belirli ve müstakar bir içtihadı bağlamaya yarayan bir yol olduğundan, buna başvurmadan içtihadın istikrar bulduğu güvenle ve kesinlikle söylenemez.”⁴³⁰

Duran’ın amacı, ne dondurulmuş ve katı bir içtihat ne de gelişime kapalı, yaratıcılıktan yoksun, edilgen, muhafazakâr bir yargılama faaliyeti yaratmaktır.⁴³¹ Danıştay’ın gerektiğinde birleştirilmiş içtihadını da değiştirebilerek, tutarlı ve içdisiplini güçlü bir yargı düzeninin yüksek mahkemesi rolü üstlenmesini desteklemeye çabalamaktadır. Bu açıdan, Danıştay’dan çoğu zaman “Yüksek İdare Mahkemesi” diyerek bahsetmesi de

⁴²⁸ **Ibid.**, s. 423.

⁴²⁹ **Ibid.**, s. 432.

⁴³⁰ **Ibid.**, s. 432.

⁴³¹ **Ibid.**, s. 433.

anlamlıdır. Duran'ın Danıştayın idare üzerindeki etkinliğini “hukuki düzenleyicilik misyonu”⁴³² olarak nitelmesi ya da içtihat hukukunu ““Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararları ile ortaya koyduğu ilke ve kurallar”⁴³³ olarak tanımlaması bile, yargılama faaliyetine hukuk bilgisi için kurucu işlev yüklediğini yansıtmaktadır.

Duran, idare hukukunun sırf tedvin edilmemiş olması nedeniyle kendiliğinden içtihat hukukuna dönüşmeyeceğinin farkındadır. Danıştay'ın öznel ve somuttan hukuksal olgulardan genel esaslara, soyut ilkelere sıçrayabilmesini, “tedvin edilmemiş ve edilemeyecek Türk İdare Hukukunun oluşumunun ve erginliğinin sağlanmasının“ tek koşulu olarak görmekte, idare hukukunun bu koşul gerçekleşmedikçe içtihat hukukuna dönüşmeyeceğini kanısını taşımaktadır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirir bitirmez İdare Hukuku Kürsüsü'nde asistan olduğu 1944 yılından 1980 yılına kadar Türkiye'de de Fransız geleneğine benzer bir içtihat hukuku oluşturma çabası içine giren Duran, idare hukukunun içtihat hukukuna evrilmeye yönelik uzun çabalarına rağmen, 1970'lerin başlarında idare hukukunun henüz bu niteliği kazanmamış olduğunu biraz serzenişle dile getirmektedir:

“İşte, yedi yıl kadar önce, bir seri içtihat kroniğinin başlangıcında, Türk İdare Hukukunun geliştirilmesi bakımından doktrin ile jürisprüdansın işbirliğinden bahsederken⁴³⁴ Danıştay'ın böyle bir içtihat kudreti göstermesini umuyor ve diliyorduk. Bu yazıda incelenen içtihadın birleştirilmesi kararlarından derlenen örnek karşısında, umudumuzu korumak ve dileğimizi sürdürmek için, iyimser kalmayı çok isterdik. (...) Binaenaleyh, aksine bir gelişmeye tanık oluncaya değin, jürisprüdansın Türk İdare Hukukunu ileriye ve olgunluğa götüreceği hususunda iyimser olmak kabil değildir.”⁴³⁵

Duran'ın Türk idare hukukunu içtihatlaştırma uğraşında, Fransız idare hukukunda temel kararlar kataloğuna girebilen kararların (*Les grands arrêts de la jurisprudence*

⁴³² **Ibid.**, s. 434.

⁴³³ **Ibid.**, s. 436.

⁴³⁴ Duran, “İçtihat Kroniği”, 1967, s. 318.

⁴³⁵ Duran, “Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 440-441.

administrative – kısaca *GAJA*) özellikleri büyük ölçüde gözetilmiştir. İçtihadı birleştirme kararları, *GAJA*'nın Türkiye'deki karşılığı değildir. Çünkü bir yüksek mahkeme kararının *GAJA* mertebesine erişmesi için farklı aynı ya da benzer maddi olayları içeren kararlar arasında “uyuşmazlık ya da aykırılık” bulunması, farklı kararlarda verilen hükümlerin “çelişmesi ya da çatışması” koşulu aranmamaktadır. Fransa'da *GAJA* seçkinliği kazanan pek çok kararın ortak özelliği, bir ilkeyi, ölçütü, kavramı, kurumu idare hukukuna ilk kez sokan kararlar olmalarıdır. Bunun için, maddi olayların aynı ya da benzer olması, hukuksal sorunun hukuk kurallarının uygulanmasında tereddütten doğması gibi zorunluluklar bulunmadığı gibi, ilke, varılan hukuksal çözümün ortak olması da önemli değildir. Söz konusu ilke, ölçüt ya da kavramların geçmiş sorunlarını aydınlatılabilme, gelecek sorunlarda uygulanabilme gücüdür. Duran'ın gerek içtihadı birleştirme kararlarına gerekse Türkiye'de işlenerek *GAJA*'ya dönüşmeye yatkın diğer kararlarına eğilerek onlara *GAJA* özelliği kazandırma arayışı dikkat çekmektedir. Yargı kararlarına esas ve karar numaralarıyla atıf yapmak yerine onları isimlendirmekte, eserlerinde Danıştay savcılarının görüşlerini bilimsel düşünce olarak alarak üzerlerinde kapsamlı olarak durmaktadır.⁴³⁶

a) *Gelenekten Gelişime: Fransız İdare Hukuku'nda Temel Kararlar Kataloğu*

Fransız Devlet Konseyi'nin ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin seçilmiş kararları 1956'dan beri derlenerek *İdari Yargının Temel Kararları (Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - GAJA)*⁴³⁷ adı altında kitaplaştırılmaktadır. *GAJA Kitabı*, hukuken bağlayıcı emsal oluşturmamakla birlikte Fransız idare hukukunun gelişimine damga vuran yargı kararlarını işlenmiş halde sunan bir katalog olarak düşünülebilir.

⁴³⁶ Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdarî Müruru Müddet)”, *İÜHFİM*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945, s. 240-241.

⁴³⁷ Temel kararlar için yerleşik bir kısaltma olan *GAJA*, burada da kullanılacaktır. Temel kararların derlendiği eser ise *GAJA Kitabı* olarak anılacaktır.

Günümüzde Fransız idari yargısının temel kararlarının işlendiği birden fazla derleme kitap bulunmaktadır. Farklı derlemelerde yer verilen kararların aynı olmaması olağandır. Zira hangi kararların önemli olup olmadığının seçimi, yazar(lar)ına aittir. Ancak *GAJA Kitabı* denildiğinde akla gelen, 1956'da yayınlanan ve bu tarihten beri güncellenen ilk kitaptır⁴³⁸. Eserin doğum öyküsü ve içeriği, *Common Law Sistemi* anlamında içtihat hukuku olmayan Fransız idare hukukunda temel kararlar kategorisinin işlevini aydınlatmaya yardımcı olabilir.

Hukuksal tanımını bulunmayan temel karar kavramını *GAJA Kitabı*'nın başlığına taşıyan Cassin ve Waline, karar seçiminde belirleyici etkenleri birinci basının önsözünde bizzat şöyle açıklamaktadırlar:

“Öncelikle, seçilmiş ve kronolojik düzende yayınlanmış kararlar, mutlaka zamanında en fazla yankı uyandıran, basında hakkında konuşulan, kamuoyunda az çok dikkat çeken kararlar değildir; içtihadın önemli ya da en azından dikkate değer bir noktada kaydettiği ilerlemeyi, evrimi ya da yön değişikliğini ortaya koyan kararlardır.”⁴³⁹

Şüphesiz, 1956 öncesinde de Devlet Konseyi ya da Uyuşmazlık Mahkemesi, “temel karar” saygınlığı taşıyan kararlar vermiştir. *GAJA Kitabı*'nın özelliği, bu kararları diğerlerinden ayırarak, su yüzüne çıkararak, derleyip toplayarak geçmişe dönük bir şekilde temel karar mührünü üzerlerine vurmasıdır. Temel kararlar, bu niteliği Fransız idare hukukunun içtihat hukuku olmasından almamaktadır. Geçmişten süzülüp *GAJA Kitabı'na* girecek değerde görüldüklerinden temel karar olarak bilinmektedir.

⁴³⁸ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, René Cassin (préfacier), Marcel Waline (préfacier), **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1^e édition, Dalloz, 1956, s. VII. *GAJA*'nın sonraki basılarında, “idari yargının temel kararları” kategorisi, Devlet Konseyi'nden ya da Uyuşmazlık Mahkemesi'nden çıkmayan kararları da kapsayacak şekilde genişlemiştir. Anayasa Konseyi, Yargıtay ve AİHM kararları da çok sınırlı da olsa *GAJA*'ya alınmıştır. Eserin güncel basısı için bkz.: Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, **Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative**, 20^e édition, Dalloz, 2015. Bir diğer temel kararlar kataloğu: Clotilde Deffigier, Hélène Pauliat Jean-François Lachaume, Stéphane Braconnier, **Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence**, 15^e édition, PUF, coll. Thémis, 2014.

⁴³⁹ René Cassin, “Préface”, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1^e édition, Dalloz, 1956, s. VII.

GAJA Kitabı içinde, yüksek mahkemelerin kararları, hem konu hem de kronoloji bakımından sınıflandırılmaktadır. Her bir karara özgü başlıkta, varsa ilgili hükümet komiseri görüşü ya da karar notu aktarılmakta, Kitap'ın yazar(lar)ının kendi yorumlarına da yer verilmektedir. Ayrıca, incelenen kararı güçlendiren, dalgalandıran, bazen de ondan sapan diğer kararlar da belirtilebilmektedir. *GAJA Kitabı*, 1956'dan beri, ilk basının hacmini aşırı genişletmemeye özen gösterilerek kararların en yakın tarihli uzantısı olan kararlar da eklenmek suretiyle geliştirilmektedir. Temel kararları sistematik bir sunuşla ele alan ve düzenli olarak güncellenen *GAJA Kitabı*, yargı uygulamasının hukuk bilgisine kattıklarını tarihsel uğraklarıyla izlemeyi kolaylaştırmaktadır.

Temel kararlar kataloğuna girmeyi hak eden kararın ne bir hukuksal tanımı ne de ölçütü mevcuttur. Temel karar, önemli bir hukuksal soruna getirdiği özgün çözüm nedeniyle, idarede ya da toplumda bazı reformları ya da dönüşümü harekete geçirmiş olabilir. Kararın getirdiği yenilik; bazen yeni bir ilke ortaya koyması, bazense yeni konulara geleneksel bir ilkeyi uygulaması şeklinde gerçekleşebilir.⁴⁴⁰ Yüksek mahkeme kararlarının *GAJA Kitabı*'na girebilecek değer kazanması, genel olarak, bir ilkeyi, kavramı ya da ölçütü idare hukukuna ilk kez sokan, parlatan, üzerindeki bulanıklık veya çelişkileri gideren veya bunların ilerisi için de tutunmalarının önünü açan kararlar olmalarına bağlıdır.

İdare hukukunda bir ilki temsil ettiği için “temel karar” nitelemesi kazanan kararlar, daha sonrakiler için “soybaşı” oluşturmaktadır. Kararın kendisi kadar, hükümet komiserinin görüşleri ya da onu yorumlayanların notlarıyla da, idare hukukuna bir aşama atlattığı kabul edilmektedir. Mahkemelerin yaklaşımı ilerleyen dönemlerde sabit de kalsa, farklı yönlere de kaysa, kökteki kararın izleri kaybolmamaktadır.

⁴⁴⁰ Guy Braibant, “Qu'est-ce qu'un grand arrêt?”, *AJDA*, 2006, s. 1428.

Bazı temel kararlar, verildikleri tarihte önemsenmedikleri ve işlevsiz sayıldıkları halde, etkilerini uzun vadede göstermiş olabilir. Bazıları ise, pozitif hukuktaki değişiklikler nedeniyle, aynı hukuksal sorunun tekrar ortaya çıkma olasılığı ortadan kalktığından uygulamadaki değerlerini kaybetmiş olsalar bile, kuramsal değerlerini aynen korurlar.

Kısaca, temel kararın idare hukukunda uzun soluklu bir etki yaratması, aynı hukuksal çözümün ileride benzer davalarda da sürdürülmesiyle, yargıcı Anglo-Sakson sisteminde olduğu gibi bağlamasıyla ilişkili değildir. Kalıcı olan, mahkemenin vardığı sonuç yerine, yaslandığı ilke, kavram ya da kategorilerdir. Her temel karar, verildiği tarihten sonra kendi yolunu bulacaktır. Yargıç, her davada ilk kararın getirdiği yeniliklere açıkça göndermede bulunmasa bile, uygulamadaki kesintiler bıraktıkları izleri çok kolay silemeyecektir.

Fransız idare hukuku tarihini inceleyenler için, ilk *GAJA Kitabı*'nin ortaya çıkış öyküsü, kitabın kendisi gibi anlamlıdır. *GAJA*, bu öykü nedeniyle, Devlet Konseyi ile Üniversite arasındaki işbirliğinin sembolü haline gelmiştir. Rivero'nun 1955'te idare hukukunun temel ilke, ölçüt ve kategorilerinin oluşumunda öğretisi ile idari yargının birlikteliğini ifade etmek üzere yakıştırdığı “iki sesli koro (*chœur à deux voix*)”⁴⁴¹ benzetmesi, sadece bir yıl sonra Cassin, Waline, Weil, Long ve Braibant'ın yarattığı eserde cisimleşmiştir.

Fransa'da karar yazıcı-yorumcu (*arrestographe* ya da *arrétiste*) bir hukukçu etkinliği çok eskiden beri geleneksel olarak mevcuttur. Fransız Devrimi öncesi Eski Rejim'de yayınlanan pek çok karar derlemesi bulunsa da, söz konusu derlemeler seyrek yayınlandıkları için erişilemeyen kararları uygulamacıların bilgisine sunmakla sınırlı bir işlev taşımıştır. 19. yüzyılda, yargı kararlarının yayınlanması, üniversitelerin, yüksek mahkemelerin ya da devlet örgütlenmesi içinde herhangi bir birimin yayıncılık hizmeti

⁴⁴¹ Rivero, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif”, 1955, s. 34.

olarak değil de, başta *Dalloz* ve *Sirey* gibi özel girişimcilerin etkinliği olarak yürütülmüştür. Aynı yüzyılda, karar derlemeleri önceki karma niteliğinden kurtularak farklı hukuk dallarına özgülenmeye başlanmıştır.⁴⁴²

1934'te Henri Capitant'ın *Adli Yargının Temel Kararları* (*Les grands arrêts de la jurisprudence civile - GAJC*)⁴⁴³ eseri yayınlanmıştır. Yasalaştırma (*codification*) aşamasını, örneğin ceza hukuku ya da medeni hukuk ile kıyaslandığında büyük ölçüde tamamlamamış bir hukuk dalı için, yargı kararlarının gerek hukuk bilgisinin oluşumunda gerekse aktarılmasında ayrı bir yer edindiği doğrudur. Fakat ilk temel kararlar kataloğunun, idare hukukunda değil de, medeni hukukta doğması bile, yargı kararlarının bilimsel ölçütlere göre derecelendirilmesi, derlenmesi ve işlenmesinin, idare hukukunu *Common Law* sistemine benzer içtihat hukukuna dönüştürmeye yetmeyeceğinin bir kanıtı olarak değerlendirilebilir.

Devlet Konseyi'nin o güne kadar verdiği temel kararlardan bir seçki hazırlama fikri, 1952'de Cassin'den çıkmıştır. Capitant'ın eserinden esinlenen Cassin, onun bir benzerini idare hukukuna kazandırmak istemiştir. Devlet Konseyi'nde Başkanvekili makamına gelmeden önce medeni hukuk hocası olarak ders veren Cassin, Capitant'ın temel kararlar derlemesini derslerinde kullanmıştır. Long, 1952 yılında aralarında geçen bir konuşmada, Cassin'in kendisine şöyle dediğini belirtmektedir:

“Özel hukuk öğretirken *Adli Yargının Temel Kararları* derlemesini çok takdir ediyordum. Aynı eserin Devlet Konseyi için mevcut olmaması çok yazık. Daima atıfta bulunulan, başvuru kararları var ve bana öyle geliyor ki Savaş öncesi Yargıtay kararları için yapıldığı gibi bu temel kararlar da bir arada toplanmalı.”⁴⁴⁴

⁴⁴² **Ibid.**, s. 34.

⁴⁴³ Henri Capitant, **Les grands arrêts de la jurisprudence civile**, Dalloz, Paris, 1934.

⁴⁴⁴ Long'un sözlü tanıklığını aktaran: Pascale Gonod, “1952-1956: la naissance des ‘Grands arrêts’”, **RFDA, no. (spécial) 2: 50^e anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 2007, s. 225, dn. 3.

Nitekim André Hauriou'nun babası Maurice Hauriou'nun Devlet Konseyi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1892 ile 1928 yılları arasında verdiği kararlara ilişkin notlarını derlediği üç ciltlik çalışmasından sonra, idari yargının durumunu bütünlüklü bir çerçevede sunan bir eser daha ortaya çıkmamıştır. Hauriou'nun incelediği karar sayısının çok fazla oluşu, kararların seçiminde önem bakımından eşitliğin gözetilmemesi ve Hauriou'nun çabasını son gelişmeleri de işleyerek güncelleme gerekliliği *GAJA Kitabı*'nin tasarlanmasında etkili olmuştur. Cassin, karar sayısı azaltılmış ve yorumları olabildiğince kısa ve özlü tutulmuş yeni bir eserden yanadır.⁴⁴⁵

Cassin'in önerisi Waline'in desteğini almıştır. 1956 tarihli ilk *GAJA Kitabı*, Cassin ve Waline yönetiminde, "fakültelerin ve Devlet Konseyinin parlak kişiliklerinden" Long ve Weil ile "Devlet Konseyi'nin genç umutlarından" Braibant'dan⁴⁴⁶ oluşan üçlü tarafından yazılmıştır.⁴⁴⁷

Eserin ortaya çıkış öyküsüne, en az iki sesli koronun Devlet Konseyi ile Üniversite birlikteliğini temsil etmesi kadar anlam katan bir diğer önemli neden ise, eserin İkinci Dünya Savaşı ertesinde, Fransız İdare Hukukunda gerçekleşen reformlar dizisinin tamamlayıcısı olarak tasarlanmış olmasıdır.

- Savaşın sonlarına doğru, Devlet Konseyi kararlarında "hukukun genel ilkeleri" kavrayışı ortaya çıkmış 1944'ten itibaren bir dizi kararlar (örneğin 1944 tarihli *Veuve Trompier Gravier* Kararı, 1951 tarihli *Sociétés des concerts du conservatoire* Kararı) olgunlaşmıştır.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Long, Weil, Braibant, Cassin (préfacier), Waline (préfacier), **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1956, s. VI.

⁴⁴⁶ Övgüler, Cassin ve Waline'e aittir: **Ibid.**, s. V, VI.

⁴⁴⁷ 1990 tarihli basıdan itibaren Delvolvé ile Genevois; Long, Weil ve Braibant üçlüsüne katılmıştır. Bu tarihte eserin yaratıcılarından Cassin (1887-1976) ve Waline (1900-1982) hayatta olmadığından, yazar sayısı yeniden beşe çıkmıştır. Delvolvé, Paris II Üniversitesi'nde, Genevois ise Devlet Konseyi'nde görev yapmakta olduğundan, katılımda denge yine korunmaya çalışılmıştır.

⁴⁴⁸ Braibant, "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", 2006, s. 1428.

- 1946'da her yıl bir sayısı Devlet Konseyinin faaliyetlerini ve kararlarının evrimini içeren rapora ayrılmak kaydıyla *Études et documents du Conseil d'État (EDCE)* çıkarılmaya başlanmıştır. *EDCE* ile, Devlet Konseyinin faaliyetleri hakkında belirli aralıklarla bilgi paylaşılan ve üyelerin kendi çalışmalarıyla düşüncelerini ifade edebileceği bir alan yaratmak hedeflenmiştir.⁴⁴⁹
- Haziran 1950'de Devlet Konseyinin yüz ellinci yılını kutlamak amacıyla pek çok etkinlik düzenlenmiş ve 1952'de bunları içeren *Livre Jubilaire*⁴⁵⁰ yayınlanmıştır. GAJA'nın önsözünde de belirtildiği gibi, Cassin ve Waline, *GAJA Kitabı*'nı bu kitabın devamı niteliğinde görmektedir.⁴⁵¹
- 1954'te, Devlet Konseyi bünyesinde, ileride *GAJA Kitabı*'nin yazımında Cassin ve Waline'e eşlik edecek iki genç üyenin sorumluluğunda bir Eşgüdüm ve Belgeleme Merkezi (*Centre de coordination et de documentation*) kurulmuştur. Weil ile Long, nihai kararların alındığı tüm oturumlara katılmak ve bunlara ilişkin raporu düzenli olarak *Actualité juridique* adlı dergide yayınlamakla görevlendirilmişlerdir. Devlet Konseyi'nin Merkez'de çalışan diğer üyeleri de, karar kronikleri yazarak Dergi'nin güncelliğini korumasını sağlamakla görevlidir.⁴⁵² Dolayısıyla Merkez'in kurulma amacı ve faaliyetleri *GAJA Kitabı*'nin hazırlığı ile doğrudan bağlantılıdır.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Gonod, "1952-1956: la naissance des 'Grands arrêts'", 2007, s. 225.

⁴⁵⁰ Kitap'ta, Onar'ın da Fransızca bir makalesi bulunmaktadır: Sıddık Sami Onar, "Des rapports et des ressemblances existants entre les Conseils d'État Turc et Français", **Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire**, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949, Recueil Sirey, Paris, 1952, s. 555-574.

⁴⁵¹ Long, Weil, Braibant, Cassin (préfacier), Waline (préfacier), **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1956, s. VIII.

⁴⁵² İlk sayısı 1955'te yayınlanan *Actualité juridique, droit administratif (AJDA)* 2002'ye kadar aylık, bu tarihten itibaren haftalık olarak çıkarılmıştır. İlk evrede Devlet Konseyi'nin Eşgüdüm ve Belgeleme Merkezi'nin yürüttüğü yayıncılık görevi, günümüzde yine Devlet Konseyi çatısı altındaki Hukuki Araştırmalar ve Yayın Merkezi (*Centre de recherches et diffusion juridiques - CRDJ*) tarafından sürdürülmektedir. *AJDA*, Devlet Konseyi karar kroniği yayıncılığında altmış yılını doldurmuştur. Özel sayı için bkz.: **60 ans de chroniques de jurisprudence du Conseil d'État**, *AJDA*, no. (spécial) 2, 20.01.2014, s. 73-128.

⁴⁵³ Braibant, "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", 2006, s. 1428.

- Hukuk eğitimini güçlendirmek amacıyla gerçekleştirilen reformlar sonucunda uygulamalı dersler artmış, yargı kararları müfredatta daha fazla yer edinmiştir.⁴⁵⁴
- Belki de bu nedenler arasında en önemlisi, 1954'te yürürlüğe giren düzenlemelerle idari yargı örgütlenmesinin köklü bir değişiklik geçirmiş olmasıdır. Devlet Konseyi ile onun altında kurulan idare mahkemeleri arasında yeni bir görev dağılımı belirlenmiştir. Konsey'in gelişmekte olan yayıncılık faaliyeti yanında, idare mahkemelerinin, davacıların ve avukatların Konsey kararlarına erişimini kolaylaştıran ve idari yargı düzeni içinde Devlet Konseyi kararlarıyla tutarlılığı sağlayan yeni yollar bulmak zorunlu hale gelmiştir.

Tüm bu reform ve çalışmalar, Vichy Dönemi'nin sıkıntılarında ve ardından gelen Bağımsızlık ile yaşanan karmaşadan etkilenen Devlet Konseyi'nin kurumsal yapısının yeniden güçlendirilmesi sürecinin birer parçasıdır ve her birinin ardında, bu tarihsel dönemde Devlet Konseyi Başkanvekili olarak görev yapmakta olan, aynı zamanda özel hukuk hocaları Cassin'in izi vardır.⁴⁵⁵ Görevde bulunduğu zaman diliminde, kararların düzenli olarak yorumlanması ve yayınlanması suretiyle idari yargının evrimini saptamaya yönelik pek çok atılım gerçekleştiren Cassin ile hukukçunun esas görevinin “anayasa, yasa ve yönetmelikleri yorumlamak, varlık nedenlerini aydınlatmak, dağınık kuralların temel özelliklerini saptamak ve bir bütünlüğe kavuşturmak, yargının kuralları nasıl uyguladığını değerlendirmek” olduğu yaklaşımını benimseyen Paris Hukuk Fakültesi hocaları Waline'in⁴⁵⁶ yeşerttiği temel kararları

⁴⁵⁴ **Ibid.**, s. 1428.

⁴⁵⁵ Cassin, Waline'e yazdığı 5 Kasım 1956 tarihli mektupta, 53-934 sayılı 30 Eylül 1953 tarihli İdari Yargı Reformunu desteklediğini ifade etmektedir. Aktaran: Philippe Cossalter, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, **le Conseil d'État et l'Université**, Actes du colloque du CERSA (07.02.2014, 08.02.2014), (dir. Jacques Caillosse - Olivier Renaudie), Dalloz, 2015, s. 164.

⁴⁵⁶ Waline, **Traité élémentaire de droit administratif**, 1951, s. III; aktaran: Bienvenu, “Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif”, 1985, s. 154. Waline, yarım asrı aşan yaşamında (1926-1982), idare hukukunun neredeyse tüm konularını kavrayan üç yüz seksen dört karar notu yayınlamıştır. Hauriou'dan sonra, karar yorumcu geleneğinin sürdürülmesinde önemli rol oynamıştır. Waline'in karar notları, Hauriou'nunkiler gibi, üç ciltte toplanmıştır: **Notes d'arrêts de Marcel Waline**, Dalloz, Paris, vol. I: 2004, vol. II: 2005, vol. III: 2006. Waline'in idare hukuku

yorumlarla açıklığa kavuşturan bilimsel bir eser hazırlama fikri, dönemin koşullarında acilen tamamlanmayı gerektiren ortaklaşa bir çalışmayı harekete geçirmiştir.

GAJA Kitabı'nın Cassin ve Waline imzalı önsözünden de anlaşılıyor ki, eseri yazacak isimler de, Devlet Konseyi-Üniversite birlikteliğini yansıtacak bir denge arayışıyla seçilmiştir. Cassin ve Waline'in öneri götürdüğü ilk iki isimden Weil akademik çalışmalarıyla özellikle idare hukuku ve uluslararası kamu hukuku alanında uzmanlaşmış, farklı üniversitelerde ders vermekte olan bir hukukçuyken, Long önemli kamu görevlerinde bulunduktan sonra Devlet Konseyi üyesi olmuştur. Yazarlara eklenen son isim Braibant ise, Long gibi Devlet Konseyi'nin Eşgüdüm ve Belgeleme Merkezi'nden sorumludur. Dolayısıyla, *GAJA Kitabı*'nı hazırlayan beş ismin her birinin üniversitede ders vermek, tez yazmak gibi akademik özgeçmişini bulunmasıyla birlikte, eserin yazım aşamasında üçü Devlet Konseyi'nde (Cassin, Long ve Braibant), ikisi ise üniversitede (Waline ve Weil) çalışmakta olan hukukçular görev almıştır.

Braibant, yazar topluluğuna katılma nedenini şöyle açıklamaktadır:

“Çalışmanın ortasında katılmam ilk iki yazarın yaklaşımındaki farklılıklarla ilgili. Hoca, karar yorumlarına daima ‘Bu kararın iki yönden önemi bulunmaktadır.’ cümlesiyle, Devlet Konseyi üyesi ise olaydaki öykünün ayrıntılarını anlatarak başlıyordu. Örneğin ‘Bir küçük kız tütün fabrikasının vagonunun çarpması sonucunda yaralanmıştır’ gibi. Bana düşen görev, baştaki yazarı unutturacak şekilde yorumları uyumlu hale getirmek, yani Marceau Long’un yorumlarının içine öğreti sokmak ve Prosper Weil’in yorumlarını olgularla beslemektir.”⁴⁵⁷

Yazarların Devlet Konseyi'nin üst kademelerinde bulunan üyeler yerine, henüz yirmi altı yaşında olan Long ve Braibant gibi genç üyeler arasından seçilmesinin, Cassin'in kitap tamamlanıp yayınlandığında Devlet Konseyine mal edilmesinden duyduğu

yaklaşımı için ayrıca bkz.: Marcel Waline, “Le pouvoir normatif de la jurisprudence”, *Études en l'honneur de Georges Scelle*, II, LGDJ, 1950, s. 612 vd.

⁴⁵⁷ Braibant, “Qu'est-ce qu'un grand arrêt?”, 2006, s. 1428.

kaygıyla ilgili olduğu tahmin edilmektedir.⁴⁵⁸ Eseri oluşturanların isimlerinin kapakta dizilişi sırasında bile, üniversitenin ya da Devlet Konseyi'nin daha fazla öne çıkmasından sakınılmış, yazarlar öğreti ile yargı arasında işbirliği ve kurumsal denge algısını güçlendirecek şekilde kapağa yerleştirilmiştir.⁴⁵⁹

Cassin ve Waline, Önsöz'de okuyuculara, “bu üç ismin bir araya gelmesi sayesinde, kitabın en güvenilir kaynaklardan beslendiği ve yüksek idari yargının ruhuna ve hukuk biliminin gereklerine sadık kalındığı” güvencesini vermektedir.⁴⁶⁰

Waline, uygulamalı derslerini yürütenlerle “üniversite öğrencilerinin temel kararları edinmesi ve bu kitabın derhal alınmasının tavsiye edilmesi gerektiği” düşüncesini paylaşmıştır.⁴⁶¹ Nitekim öğrencilere hukukta lisans eğitiminin gözden geçirilmesinden sonra *Adli Yargının Temel Kararları* derlemesine benzer bir kaynak sunmak gerekliliğinin doğması, *GAJA Kitabı* çalışmalarını hızlandıran nedenlerden biridir. *GAJA Kitabı*, bugün hâlâ yalnızca mesleki gereklerle hukuku uygulayanların daima elinin altında bulundurduğu bir kitap olarak kalmamakta, fakültelerde idare hukukunun öğretiminde geniş yer tutmaktadır. İdare hukuku dersleri, temel kararlardan bağımsız anlatılmamaktadır.

Truchet, özellikle lisans ve lisansüstü öğrencilerine yönelik olarak hazırladığı İdare Hukuku (*Droit Administratif*) kitabının girişinde, diğer eserlerle kıyaslandığında kendi eserinin pek az yargı kararı içermesini şöyle açıklamaktadır:

⁴⁵⁸ Cassin, 27 Mart 1955 tarihli mektubunda, Long'u “başkanların ya da hükümet komiserlerinin belirli noktalarda bireysel düşüncelerini alması, ancak eserin geneline ilişkin bakış açılarını sormaması” doğrultusunda uyarılmaktadır. Aktaran: Cossalter, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 2015, s. 165 vd.

⁴⁵⁹ Cossalter, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 2015, s. 164.

⁴⁶⁰ Long, Weil, Braibant, Cassin (préfacier), Waline (préfacier), **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1956, s. VI.

⁴⁶¹ Braibant'ın Cassin'e yazdığı 19 Kasım 1956 tarihli mektuptan aktaran: Gonod, “1952-1956: la naissance des ‘Grands arrêts’”, 2007, s. 225, dn. 2.

“Yargı kararlarının en önemlileri *İdari Yargının Temel Kararları* (Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, *GAJA*) ile İçtihadın Temel Kararları (Lachaume, Pauliat, *GD*) içinde yayınlanmış bulunmaktadır; yargı kararları metinde yalnızca okuyucuya eşlik etmesi olmaz bu çalışmalara atıfla anılmıştır (bunlar dışında atıf yapılan kararlar dizinde gösterilmiştir).”⁴⁶²

Truchet, idare hukukunun tarihsel olarak mahkeme salonlarında, yargıç elinde doğmuş bir hukuk (*droit prétorien*) olduğunu ve içtihadın onun en önemli kaynaklarından birini oluşturmayı sürdürdüğünü kabul etmekle birlikte,⁴⁶³ pedagojik bir amaç gözeterek ders kitabında yargı kararlarına aşırı atıf yapmayı tercih etmemiştir. Zira temel kararların *GAJA* ya da *GD* (*Les grandes décisions de la jurisprudence*) adlı iki derleme kitaptaki yerini kısaca göstermek, zaten bu tür derleme çalışmaları elinin altında tutmaktan kaçamayacak okuyucu için yeterlidir.

Fransız idare hukukunda temel kararlar kataloğu *GAJA Kitabı* için seçilmiş kararlara, diğer yargı kararlarından daha fazla saygı gösterilmesinin yanı sıra, hukuk kaynaklarının yazılı olarak derlendiği, yasalaştığı medeni hukuktakinden ayrı bir işlev yüklenmektedir. Özel hukukçular, Fransız Medeni Kanunu (*Code Napoléon – Code Civil*) sonrasında da, Roma hukukunun şerhçi geleneğini izleyerek yazılı hükümleri yorumlama yöntemiyle ilerlemişlerdir. Geleneksel özel hukukta, yargıç ve üniversite hocaları düşüncelerini oluştururken aynı hammaddeyle, yazılı kural ile bağlıdır. Her ikisi de yasa metninin doğru yorumunu aramaktadır. Varılan yorumlar farklı olabilirse de, uğraşlar benzerdir. Üniversite hocası yargıcın yorumunda hata görürse, katılmadığı yorumun yerine kendisinininkini önerir. Özel hukukta ussal etkinlik, “yorumu karşı yorum” şeklinde gerçekleşir.⁴⁶⁴ Hukuku bilme aracı olarak, medeni hukukçu nasıl yasa şerhlerinden yararlanmaktaysa, idare hukukçusu da *GAJA* derlemelerine başvurma

⁴⁶² Didier Truchet, **Droit administratif**, PUF, Paris, 2008, s. 28.

⁴⁶³ **Ibid.**, s. 28.

⁴⁶⁴ Rivero, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, 1955, s. 29.

gereği duymaktadır.⁴⁶⁵ Hammadde olarak, yargı kararlarını işlemektedir. Disiplinin kurucu kavram ve ilkelerini yazılı hukuk kuralları yerine yargı kararları üzerinde çalışarak oluşturmaktadır. Fransız idare hukukunda yargı kararlarının, disiplinin kendisini özel hukukçuların geleneksel bilme yönteminden ayıran bir yeri bulunmaktadır. Bu nedenle, bazı yargı kararlarının diğerleri arasında daha “temel, önemli ya da saygın” olması, hukuksal bağlayıcılıklarından bağımsız değerlere göre erişilmiş bilimsel bir derecelendirmeye karşılık gelmektedir.

GAJA Kitabı'nın içerdiği kararlar yalnızca idare hukukunun evriminde temel aşamaları göstermeleri bakımından değil, aynı zamanda üniversite öğrencilerinin, araştırmacıların, öğretim görevlilerinin, avukatların ve yargıçların yetişmesinde belirleyici olmaları bakımından da “temel” nitelik taşımaktadır. Kitabın ortaya çıkışında ilk güdüleyici, yargı kararlarını derli toplu sunmak olsa da, ders malzemesi oluşturmak şeklindeki ikinci güdüleyici de karşılık bulmuştur. *GAJA Kitabı*, fakültelerde idare hukuku disiplininin temel hatlarını gösteren bir ders kitabı olarak okutulmaktadır. Aynı zamanda, Fransa'da üst kademe kamu görevlisi yetiştiren Ulusal İdare Okulu'na (*École nationale d'administration - ÉNA*) giriş sınavlarına yalnızca bu eserden çalışarak hazırlanılmaktadır.⁴⁶⁶ Kitabın zamanla pedagojik işlevinin ağır basması, tasarlayıcıları Cassin ve Waline'in hukuk hocası olmaktan kaynaklanan öngörüsünün gerçekleştiğini doğrulamaktadır.

b) GAJA Benzeri Atıf Yöntemi

GAJA Kitabı içindeki her bir karar, aynı zamanda bir özel isim, bir öykücük, hukuksal çözüme götüren düşünceler ve geleceğe aktardığı izlerle özdeşleşmiştir. Kararlar, yalnızca tarih ya da sayıyla gösterilmez; daima bir gerçek kişinin, idarenin ya da girişimcinin ismini taşır, damgalandığı özel isimle tanınır. Ayrıca, hatırlattığı öyküden

⁴⁶⁵ François Gazier, “Le cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence”, *EDCE*, 1956, s. 157.

⁴⁶⁶ Gonod, “Les membres du Conseil d'État, auteurs de manuels de droit administratif”, 2015, s. 129.

imgeler bırakır. Genellikle, onu var eden hukukçunun kimliğinden de koparılamaz. Bu hukukçu, ya kararda görüşlerini belirtmiş hükümet komiseri ya da kararı notlarında yorumlayandır.⁴⁶⁷

Duran, incelediği ya da örnek olarak atıfta bulunduğu Danıştay ile Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını, hatta Anayasa Mahkemesi kararlarını, davacı gerçek kişi, tüzelkişi ya da davacı topluluğunun ismiyle, hatta varsa davacının ünvanı ile anmaktadır. Davacı bilinemiyorsa, karar künyesinde, ilgili kısım boş bırakılmaktadır.⁴⁶⁸ Mahkeme kararlarını karşılıklı davacı ve davalı idareyi birlikte göstermek şeklinde de adlandırabilmektedir.⁴⁶⁹ Duran'ın atıf yöntemi, *GAJA Kitabı*'na girebilecek değerde görülen temel kararlarda olduğu gibi, mahkeme kararlarındaki her bir unsuru bilimsel incelemenin verisini oluşturmaya elverişli saymasından kaynaklanmaktadır:

“ (...) bir mahkeme ilâmının aslında bulunan unsurların bilistisna hepsi, nazari ve amelî bakımdan büyük önem taşır. Meselâ, dâvacı ve dâvalının adları, sıfatları, ikametgâhları, Kanun Sözcüsü, Başkan ve üyelerin adları, hükmün Esas ve Karar numaraları, muhtelif meselelerin ortaya çıkmasına ve münakaşasına vesile olabilir.”⁴⁷⁰

“ (...) Batılı Demokratik memleketlerde neşredilen mahkeme kararlarında, esas ilâmın metni ekseriya aynen, her zaman tarafların, vekillerinin, Kanun Sözcüsünün, Raportörün ve Başkanın adları behemehal dercolunur. Gerçekten, bu ve diğer unsurlar bazen çok mühim bir prensip meselesinin sarahaten veya zımnen halline medar olabilir ve Doktrin bunlardan istiane suretiyle umumî kaideler istihracına çalışır. Bundan başka, mahkeme kararlarının, tarih ve numaralarla

⁴⁶⁷ Gazier, “Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence”, 1956, s. 156, 157.

⁴⁶⁸ Duran, “İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, 1946. Makaleden bazı dipnotları aynen aktarıyoruz: “D 5,, 17/2/1944, E: 44/1991, K: 44/381, (...); DG, Müddeiumumî Şevket Özanalp, 13/9/1940, E: 40/237, K: 40/277, Tevhidi içtihat kararı, KM. 14, 48. Aynı yolda bir diğer karar: D 2, Tahir Apaydın ve arkadaşları, 17/11/1937, E: 37/160, K: 38/1486, KM. 8, 77-78” (s. 138, dn. 11); “DG, Çikiva VIII, 14/6/1938, 38/144, KM. 5, 99” (s. 148, dn. 19); “D 1,, 18/10/1937, E: 36/1811, K: 37/2107, KM. 3, 62; D 1, Yani Dimosten, 22/1/1938, E: 37/625, K: 38/275, KM. 8, 64-65; D 1, Sefer ve İbrahim, 23/2/1938, E: 36/1944, K: 248, KM. 5, 125-126” (s. 159, dn. 32); “DG, Haliç Vapurları Şirketi, 23/11/1937, E: 37/286, K: 37/256, KM. 2, 56-61” (s. 180, dn. 47); “DG,, 1937, E: 37/116, KM. 1, 46; Ali Oğlu Ömer, 24/2/1938, 36, K: 444, KM. 5, 126” (s. 189, dn. 58).

⁴⁶⁹ “Lütfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964” içinde: *X/Çankaya Kaymakamlığı* (s. 116), *İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü/Konuralp* (s. 186 vd.).

⁴⁷⁰ Lütfi Duran, “Mahkeme Kararları Kroniği”, **İÜHFİM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 293.

zikredilmesi ve hatırlanması güç olduğundan; dâvacının veya onunla birlikte dâvalının adlarıyla anılması kolaylık sağladığı için, artık her yerde usul itihaz edilmiş bulunmaktadır.”⁴⁷¹

Bunun yanısıra, Danıştay kararlarının erişilebilen tüm unsurlarıyla verilmesi; kararı özgüleştirmek, daha kolay hatırlanır ve diğer kararlar arasından seçilebilir kılmak, daha sonraki eserlerde ve mahkeme kararlarında dolaşımını teşvik etmek amacıyla benimsenmiş bir yöntemdir. Mahkemelerin belirli bir konudaki tutumunu gösteren kararların Duran’ın koyduğu isimlerle devirdaim etmesi, atıf yöntemi tercihinin sonuçsuz kalmadığını, kararlara Duran tarafından verilen isimlerin öğretide aynen yerleştiğini göstermektedir.

Kutucuoğlu Kararı, ilk kez Duran’ın 1964 tarihli *Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler*⁴⁷² başlıklı karar notlarının başında, bu adla yayınlanmıştır. Adlandırma, Danıştay’a değil, ilk elden Duran’a aittir. Kararın Kutucuoğlu adıyla geçtiği Duran’a ait bir diğer çalışma olan 1964 tarihli *Mahkeme Kararları Kroniği*’nin⁴⁷³ hemen ardından, yaklaşık bir yıl sonra Uler’in kaleme aldığı ve Duran’ın çalışmasına epeyce başvurduğu makalesinde,⁴⁷⁴ Danıştay kararları Duran’ın adlandırdığı gibi geçmektedir. Uler, “İdari İş (Hizmet) Sözleşmelerinden Söz Eden Danıştay Kararları”nı, *Serdengeçti Kararı*, *Altınok Kararı*, *Kutucuoğlu Kararı* şeklinde doğrudan ve kısaca adlarıyla zikretmektedir. Dipnotlarda ise Duran’ın benimsediği yöntemi terk ederek yerleşik atıf yöntemini kullanmakta ve karar künyesine bu isimleri almamaktadır. Giritli de, Danıştay’ı Fransız idare hukukunu yanlış yorumlayan öğretiyeye katılarak *Zingal T.A.Ş. Kararı*’nı yanlış bir sonuca bağlamakla eleştiren Duran’ın, bu eleştirisinde yanlış yorumların kaynağı olarak Onar’ı göstermesine karşı çıkmakta, Onar’ı savunan makalesinde, Danıştay kararlarından

⁴⁷¹ *Ibid.*, s. 294.

⁴⁷² Lütfi Duran, “Mahkeme Kararları Kroniği: Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler”, *İÜHF*M, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 1-3, s. 418-447. Kutucuoğlu kararı yanında değinilen diğer kararlar şöyle anılmaktadır: Arda ve Tokal Şirketi Kararı, İzmir İmalât ve İnşaatı Umumiye T.A.Ş. Davası, Zingal T.A.Ş. Kararı, Duran Kararı, Yörük Kararı, İşeren Kararı, Sunguroğlu Kararı, Altınok Kararı, Karacaoğlu Kararı, Serdengeçti Kararı vd.

⁴⁷³ Lütfi Duran, “İdarî Mukavele”, *İÜHF*M, Cilt 32, 1966, Sayı 1, s. 351-359.

⁴⁷⁴ Uler, “Sözleşmeli Personel, İdarî Sözleşmeler”, 1965-1966, s. 215-238.

Duran'ın adlandırmalarıyla (*Zingal T.A.Ş. Kararı*, *Kutucuoğlu Kararı* gibi) bahsetmektedir.⁴⁷⁵

1962'de kararlardaki özel isimler kaldırılmıştır. Aslında, Duran'ın davacı-davalı isimlerini kararı damgalamak için kullandığı zamanlarda, karardaki verilerin görünürlüğüne sınırlama getirilmiş durumdadır. Duran sınırlamayı eleştirmiş ve kendi atıf yöntemini sürdürmüştür.⁴⁷⁶ Karar unsurlarının sansürlenmesi Duran'ın atıf yönteminin amaçlarıyla bağdaşmadığından, sansürü şu gerekçelerle eleştirmiştir:

“(…) maalesef hususî neşriyatta hemen daima, bir müddetten beri de ‘Danıştay Kararlar Dergisi’nde, (…) karar unsurlarına yer verilmemektedir. ‘Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası’nın nın intişara başladığı ilk yıllarda, metinler; hey’eti hâkîmenin isimlerini ihtiva etmemekle beraber; taraflarla Kanun Sözcüsünün adlarını, soyadlarını ve sıfatlarını çok defa mütalâasının tamamını olduğu gibi aksettilinekteydi. Bilâhare, -öğrendiğimize göre-, Kanun Sözcüleri, serdettikleri düşüncelerden dolayı, davacıların ve bazen de dâvalıların muaheze ve muatebelerine maruz kaldıklarından; asıl ilâmlar ile Dergide yayımlanan metinlerde, bunların isimleri gösterilemez olmuş, ‘Danıştay Kararlar Dergisi’nin üç beş sene gecikme ile çıkan son sayılarında hakikî ve hususî hükmî şahıs olan tarafların ad, soyadı, sıfat ve ikametgâhları da açıklanmamağa başlamıştır. / Bu yayım şeklinin ne gibi bir mülâhazaya müstenit bulunduğunu bilmiyoruz. Müddei ve müddeialehy olan hakikî ve hususî hükmî şahısların dâvada Anayasa ile gizliliği kabul edilen hususî hayatlarına veya

⁴⁷⁵ İsmet Giritli, “Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdarî Mukaveleler”, **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 493-497.

⁴⁷⁶ “Mahkeme Kararları Kroniği: Adliye ile İdarenin Vazifeleri, **İÜHF**M, Cilt 28, Sayı 1, 1962” içinde geçen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları: *Hekimyan* (s. 295); *Aygün*, (s. 296); *Koçkan, Şekersigorta A.Ş.* (s. 297); *Maden* (s. 298); “UM. 3.2.1962, *Berberoğlu, Özkaya* (s. 299). “Mahkeme Kararları Kroniği: Muhakeme Usulü, **İÜHF**M, Cilt 28, Sayı 1, 1962” içinde geçen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları: *Kalkavan ve Arkadaşları* (s. 305), *Kocaeli Valiliği* (s. 306), *Kozcu* (s. 307). “Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Kazaî Murakabesi, **İÜHF**M, Cilt 28, Sayı 1, 1962” içinde incelenen Danıştay Kararı: “Danıştay 8. Daire, 8 Ocak 1962, *Denker*, Esas: 1961/2414 - Karar: 1962: 38” (s. 307). “Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Mes’uliyeti, **İÜHF**M, Cilt 28, Sayı 1, 1962” içinde incelenen Danıştay Kararı: “Danıştay 6. Daire, 13 Aralık 1961, *Kemâl Film Ltd Ş.*, Esas: 1961/419 - Karar: 1961: 3953” (s. 311). “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964” içinde anılan *Di Amerikan Tobako Kompani İnk* Kararı (s. 467, dn. 3). “Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihad Uyuşmazlığı, **MHAD**, Cilt 1, Sayı 1, 1967” içinde anılan bazı yüksek mahkeme kararları: Danıştay’ın *Çubuk Barajı İşletmesi* (s. 14) ve *Aşağı İğdeğacı Köyü* (s. 16) kararları, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin *Danıştay 65. Tümen Askerî Mahkemesi Kararı* ile Anayasa Mahkemesi’nin *Adalet Partisi T.B.M.M. Gurubu Kararı* (s. 27). “İdarî İşlemden Sorumluluk, **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967” içinde, Danıştay’ın, yine adları Duran’a ait olan *İlkin içtihadı* ile *Çelik ve Arkadaşları* (s. 10 vd.), *Arçelik A.Ş.* (s. 11) ve *Somer* (s. 25) kararları değerlendirilmektedir. “Yüksek Memurların Yargı Yolu ile Korunması, **Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan**, AÜSBF Yayınları no. 280, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969” içinde değinilen birkaç Danıştay kararı: *Conker* (s. 298), *Cenkçi* (s. 298).

kanunlarla teminat altında bulunan ticarî itibarlarına müteallik bir husus mevzubahis ise, hüviyetlerinin açıklanmaması mümkün ve lâzımdır. Fakat bu haller dışında, tarafların isimlerinin verilmemesi, herhangi bir esas ve sebeple kabili izah ve tecviz olmadıktan başka; bilâkis, kazaî faaliyetin aleniliği prensibine münafidir. Diğer taraftan, İdare Hukuku'nda dâvacı ve dâvalının ehliyet ve salâhiyeti, hususî hukuka nazaran esasa müessir olacak derecede ehemmiyetli bulunduğundan; bunların hüviyetlerinin bilinmesinde zaruret vardır. / Kanun Sözcüsü ile hâkimlerin adlarının işaret edilmesine gelince; bu da, dâvayı tetkik, rü'yet ve halleden kimselerin yetkili şahıslar olup olmadığı, hâkimlerde red veya istinkâf sebeplerinin bulunup bulunmadığı ve raportörlük görevinin yapılıp yapılmadığını tesbit bakımından, tarafların isimlerinden daha önemli ve lüzumlu unsurlardır. Gerçi, ilgililere tebliğ edilen ilâm suretlerinde hâkimlerin adları ve soyadları mevcuttur; lâkin bunlarda, ne Kanun Sözcüsünün, ne Raportörün isimleri ve ne de muhalif üyelerin noktai nazarı yer almamakta ve Dergide yayımlanan metinlerde bütün bu hususlar dercedilmemektedir.” (...) biz [Batılı Demokratik memleketlerde] evrensel hale gelmiş olan bu teamüle uygun hareket ederek, Mecmuamızda ilk defa yayımlanacak Mahkeme kararlarını, yukarda işaret edilen İstisnalar mahfuz ve hariç kalmak üzere, tekmil unsurları ile dercetmeyi ve içtihatların dâvacı adları ile isimlendirilmesini muvafık görüyoruz. Hukuk neşriyat ve tetkikatında birlik ve kolaylık te'min i maksadiyle, bu usulün resmî ve hususî yayımlarda da kabul ve tatbik edilmesini teklif ve temenni ediyoruz.⁴⁷⁷

Duran'ın 1972'den sonraki çalışmalarında, adlandırılarak anılan karar sayısı azalırken, klasik yöntemle verilen karar künyelerinin sayısı artmaya başlamıştır.⁴⁷⁸ 1982'den itibaren verdiği eserlerde ise, davacı isimlerinin de gösterildiği kararlar yok denecek kadar azdır. 1987-1988 tarihli “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi

⁴⁷⁷ Duran, “Mahkeme Kararları Kroniği”, 1962, s. 293, 294.

⁴⁷⁸ “Söz konusu kararları incelerken, tarih ve numaraları ile anmakla beraber; bunlardan yapacağımız aktarmaların yerini, adı geçen dergideki sahifeleri işaret ederek göstereceğiz.” Duran, “Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 420. Duran'ın içtihadı birleştirme kurumundan beklentisinin uyuşmazlık yaşayan somut hukuksal sorunu aşan soyut bir ilkeye erişilmesi olduğu açıkken, özel olarak içtihadı birleştirme uygulamasını irdelediği bir çalışmada, olağan atıf yöntemini kullanacağını belirtmesi bu beklentiyle uyumludur. Herhalde, içtihadı birleştirme kararlarını aynı hukuksal sorunu yaşayan davacıların adlarıyla anması düşünülemezdi. Nitekim çalışmasında yalnızca bir kararı, *Özsoy Kararı*'ni davacı ismiyle belirtmektedir ki bu karar da İçtihadı Birleştirme Kurulu'na değil, Dava Daireleri Kurulu'na aittir. Duran, “Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, s. 439. “**Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayınları no. 138, Ankara, 1974” içinde çok fazla Danıştay kararına değinilmişken, bunlardan ancak birkaçına davacı ismiyle atıfta bulunmaktadır.

Davalarının Çözümü (I-II)”⁴⁷⁹ ve 1991 tarihli “Yap-İşlet-Devret”⁴⁸⁰ makalesinde, eski atıf yöntemini yeniden izlediyse de söz konusu yöntem eski yazılarına göre ayrıksı kalmıştır.

⁴⁷⁹ Lütfi Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I), **AİD**, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987” içinde eski atıf yöntemini ayrıksı da olsa tekrarladığını gösteren bazı Danıştay Kararları: *Sevim Settar ve 23 arkadaşı* (s. 14), *Bossa T.A.Ş.* (s. 16).

⁴⁸⁰ Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, **Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, AÜSBFD**, Cilt 46, Sayı 1-2, 1991” içinde: *Çamurlu, Akçaören ve Sağrıca köyleri* (s. 168); *Gemlik Belediye Başkanlığı* (s. 169), *Türkiye Elektrik Kurumu* (s. 169).

İKİNCİ BÖLÜM:

OLUŞTURUCU VE SAYRILIK TANILAYICI UNSUR BİLGİSİNİN GELİŞMESİ (İŞLEMLEŞTİRME VE ÇÖZÜMLEME)

İdarenin etkinliğinin hukuka uygunluğunun irdelenebilmesi, hukukla kuşatılabilmesi, yaptırıma bağlanabilmesi soyut idari işlem epistemisinin hukukçularca geliştirilmiş olması sayesinde. Somut gerçekliği hukuk içinde kurabilmenin epistemolojik olanakları idari işlem kavrayışından geçmektedir.

İdari işlem kavramı kendi içinde iki ayrı işlem çağrışımı barındırır. Öncelikle, hukukçu işlemcesel (*opératoire*) bir çalışmayla maddi olgu üzerinde çalışır. İkincisi, onu hukuk düzeninde işlenebilir (*opérationnel*) kılmanın bir aracı olarak hukuksal olgu biçimine dönüştürür, yeniden yapılandırır, biçimlendirir, yani işlemleştirir. Maddi olgu, işlem biçimini almadan önce, hukukçunun zihinsel işlemine tabi tutulur. Tek cümleyle ifade etmeye çalışırsak, idari işlem, hukukçunun maddi olguyu işleyebilmek için, ona işlemcesel müdahalesinin ürünü olarak ortaya çıkmış soyut bir hukuksal biçimdir.

Ontoloji (varlık bilimi) ve epistemoloji (bilgi bilimi) birbirinden kopuk değildir. Bilgiyi salt düşünceyle kurulur sayan metafizik bir yana konulursa, salt düşünceyle kurulmuş hiçbir bilgi yoktur.⁴⁸¹ Varlığından Tanrı'nın gibi şüphe duyulmayan, varlığı metafizik uğraşlarla kanıtlanmaya ihtiyaç duyulmayan devletin maddi düzendeki görünümü olan siyasal-yönetimsel olgular, kamu hukukçuları için ontolojik (varlıkbilimsel) veridir. Ontolojik veri, episteme ile birleştirilmediğinde egemenin para toplaması, şiddet kullanması, bayındırlık hizmeti sunması, savaş ilan etmesi, bir mekanı karantinaya alması gibi dağınık ve tekil olgulardan oluşan bir kaotik çoğulluk (karmaşık düzenek ya da Kant'ın nitelemesiyle olgular rapsodisi) gibi algılanır. Bu olgular, hukukçu öznenin nesnelere. İdare hukukunun gönderge topluluğu (*communauté de référence*), içinden

⁴⁸¹ Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 7. bası, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 228.

devlet iradesini seçebildiği ontolojik veriyi (maddi olguları) hukuksallaştırmak için, onların oluşumuna, niteliklerine, türlerine ilişkin bilgi üretmişlerdir. Hukukçunun dolaylı veya doğrudan karşısına çıkan ontolojik veri üzerindeki düşünsel ameliyesi, *hukuksal biçim olarak idari işlemi* ortaya çıkarmıştır. Maddi düzen ontolojik alandadır, kendisi başlı başına kurgusal bir yapıntı olan hukuk düzeninde bir idari işlem kuramı oluşturmak ise epistemolojik (bilgibilimsel) alanda incelenebilir. Çünkü idari işlemin kendisi, öznenin nesneyle girdiği ilişkiden doğan, bilme ediminin ürünü olan bir epistemedir. Maddi düzenin olguları, hukuksal kavram ve kategorilerden yararlanan ussal müdahaleyle işlemeleştirilerek hukuk düzenine taşınabildiğinde varlıkbilimsel alandan bilgibilimsel alana geçilmiş olur.

Hukukçu, devlet iradesinin dışavurumu olan olgularla karşılaştığında, devletin “ne”liğine ilişkin açık sorular sormaz. Benzer biçimde, idarenin var olup olmadığını, onu var eden özniteliklerin ne olduğunu, hangi toplumsal çerçevede var olduğunu, neden var olduğunu yazmaz.⁴⁸² Ancak hukuka uygun ya da aykırı işlemin bilgisini ürettiğinde, devletin ve idarenin gerçekleştiği ontolojik zemine üstü kapalı göndermelerde bulunur. Bilgi, bunların neliğine ya da ne olması gerektiğine ilişkin işaretleri içerir. Dolayısıyla, idari işlem bilgisi, ne kaynağı ne de sonucu bakımından maddi gerçeklikten kopamaz. Bilinç içeriğindeki idari işlem gerçekten dış dünyadaki nesnelere girişilen ilişkiden doğar, hukuksal olgu olarak idari işlem siyasal-yönetimsel olguya ait bir bilgidir, idari işlem bilgisi yine olguya-nesneye, ontolojik veriye dönüktür.

⁴⁸² Araştırma konusu edilen varlığın gerçekliğinin ve özniteliklerinin sorgulanmaması yalnızca hukukçular için değil genel olarak bilim insanları için geçerli bir tutum sayılabilir: “Bilim adamı da şüphesiz varlıkla, var olan şeyle ilgilenir. Ama o, araştırma yaptığı varlığın gerçekten var olup olmadığını veya hangi anlamda var olduğunu doğal ve haklı olarak, kendi kendisine sormaz bile. Daha basit bir ifadeyle bilim adamı incelediği varlığın veya varlık parçasının, varlık tarzının varlığını tesis etmez. (...) bilimin gizli önvarsayımları arasında öznenin dışında bulunan nesnel bir gerçekliğin var olduğu, onun bilinebilir bir yapıda bulunduğu kabullerinin bulunduğuna işaret etmiştik.” Ahmet Arslan, **Felsefeye Giriş**, 21. bası, Adres Yayınları, Temmuz 2014, Ankara, s. 134.

Akıl ve zihin ile varlık arasında bir uygunluk (*adequatio*) düşüncesi, Yeniçağ Felsefesi öncesi Aristoteles'e kadar uzanan köklerinden beri, ontolojinin dayandığı temel düşünce olmuştur. Ontoloji, "ontos" ile "logos" arasında uygunluk arar. Özdeşlik, ontolojinin temel yasasıdır. Ontolojik yaklaşım, mantıksal özdeşlik ilkesini ontolojik özdeşlik yasasının zihnimizdeki bağlaşığı (*korrelat*) sayar. Mantığın ilkelerinin bize zaten varlığın düşünsel bir temsilini, yansımaları verdiğini, varlığın temsilini ve yansımaları düşünme sürecimiz ve zihnimiz içinde kavram olarak bulunduğunu kabul eder.⁴⁸³

Varlık yasalarıyla örtüşen biçimsel mantık ilkelerinden özdeşlik, çelişmezlik, üçüncü halin olanaksızlığı, yeterli sebep ilkelerinin bilimsel yaklaşım içinde de bir yeri ve değeri olduğunu yadsınamaz. Söz konusu ilkelerin düşünmeyi düzenleyici rolü dikkate alındığında, kavram ve önermelerimizi, bu ilkeler sayesinde oluştururuz, kavram ve önermelerimiz arasında tutarlılık ve geçerlilik ilişkisini yine bu ilkelerle kurup sınavabiliriz. Mantıksal/biçimsel yönden tutarsız bir önermenin içeriği de doğru olamaz.⁴⁸⁴ Tersinden bakıldığında, mantığın özdeşlik ilkesine uygun bir önermenin epistemolojik doğruluğu olmayabilir; hatta apaçık yanlış olabilir. Mantıkta doğruluktan aklın özdeşlik ilkesine uygun çıkarımlar yapması anlaşılır.⁴⁸⁵ Oysa bilgi biliminin aradığı doğru, bilginin konusu olan gerçekle bağdaşmasıdır. Dolayısıyla, mantık ilkelerini bilgi bilimi için geçerli saymak, kavram ve önermelerimizin gerçekliği olduğu gibi yansıttığını göstermez.

Bu doğrultuda, idari işlem kavramı da devletin varoluşunun zihne olduğu gibi yansıması değildir, maddi gerçekliğin hukukçularca geliştirilmiş kurgul bir epistemolojisinin

⁴⁸³ Doğan Özlem, **Mantık, Klasik/Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi**, 9. bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 54-55.

⁴⁸⁴ Doğan Özlem, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, 2. bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 43.

⁴⁸⁵ Arslan, **Felsefeye Giriş**, 2014, s. 58-59.

karşılığdır.⁴⁸⁶ Tekil ve dağınık olgular arasında bağlamlar, ortaklıklar, karşılaştırmalar ve sınıflandırmaları işleterek olguları soyutlama ediminin olgulara kazandırdığı genel kavram, idari işlemdir. İşlem bilgisi, nesnenin tam bir yansıması değil, onun oluşturulmuş “soyut biçim altındaki görüngü”sünün bilgisidir. İdari işlem, devlet iradesinin kendisini değil, soyut bilgisini verir. Bu anlamda, *ontos* ile *logos* bir özdeşlik de kurulamaz. Her türlü bilginin kurgusal olmasına ek olarak, idari işlem bilgisi kurgu içinde kurguya karşılık gelir. Maddi düzenin zihindeki kurgusu olmakla kalmaz, kurulduğu alem aynı zamanda hukuk düzeni olarak adlandırılan başka bir alemdir.

Hukuk düzeninin maddi düzenin aynası olmaması, idari işlem bilgisinin yönetsel-siyasal olguyla uygunluk düzeyinde değilse de bağlaşıklık, aynı zamanda hukuk düzeni ön tasarımının diğer kavramlarıyla tutarlılık taşımayabileceği anlamını vermez. Burada bahsedilen bağlaşıklık ve tutarlılık bilginin doğruluğunun ve ayakta kalabilmesinin koşuludur. Bilgi ile nesnenin bağlaşıklığı ile birlikte, bilgi ile başka bir bilgi arasında tutarlılık bulunmalıdır. İdari işlemin önsel (*a priori*) belitleri (aksiyomları), yapısı, içeriği, ilkeleri, kategorileri yoktur. Çünkü, belitler derken bunlar da hukukçularca oluşturulmuş, atfedilmiştir, kişi, irade, malvarlığı gibi. Gerçek kişi vardır, hukuksal kişiyle özdeş değildir, irade psişik iradeyle özdeş değildir, malvarlığı artı veya eksi hep vardır, sözleşmeciler eşit, bilinçli ve özgür irade sahibidir. Bu gibi belitler tüm kurgunun yapıtaşdır. Belitlerin herbiri, hukuksal akıl yürütme için ihtiyaç duyulan öncüller olarak düşünme süreçlerinde inşa edilmiş, kuramsal uğraşın aşamalarında oluşturulmuştur. Kendileri bir atfedişin, yapıntının ürünü olsa da, toplumsal ilişkilerle ve ilintili kavram dağarcığıyla tutarlı olmadıkça hukuksal düşüncede tutunmaları olanaksızdır. Bu koşul, işlem bilgisi gerçeklikten

⁴⁸⁶ Burada kullandığımız “kurgul” kelimesi, ussal etkinliği olumsuzlayıcı ya da bilginin sahteliğini çağrıştıran bir anlam vermemelidir. Aksine kurguldan kasıt, deney ve algıyla başlayan bilgiye akılsallığın eşlik etmesi ve duyumun aklın dolayımından geçmiş biçimiyle yeniden kurulmasıdır.

kopamamasından, gerçeklikten koştukça bilimsel değerini yitirmesinden kaynaklanmaktadır.

Hukukçular, kuramsal uğraşlarında, siyasal-yönetmel olgularla idari işlem arasında uygunluk yaratma arayışında olmamışlardır. Fakat, en fazla bir iki asırlık geçmişe sahip idari işlem kuramı, bin yılı aşkın bir geçmişe sahip özel hukukun işlem kuramı ile kıyaslandığında, irade uyuşmasını esas alarak onun ardındaki somut olguları ilke olarak dışlayan sözleşmenin aksine, soyut biçim olma özelliğini koruyarak somutu alabildiğine içerme eğilimiyle gelişmiştir. Bilinç içeriğinin somut olguları ya da iradenin psikik yönünü topyekûn kavrayamaması, ait oldukları hukuk disiplini (idare hukuku, özel hukuk, devletler hukuku vs.) bağımsız olarak irade üzerine kurulu her türlü hukuksal işlemin bilgisinin sınırını oluşturur. İdare hukukçuları, bu sınırı özel hukukçulardan çok daha fazla zorlamışlardır.

İdari işlemin kurama yükselmiş epistemolojik birikiminden söz edilebilir. Çünkü hukukçu nesnel olguyu bilme yetisini harekete geçirmekle kalmamakta, nesnel olguya hukuk düzeninde yeni bir biçim vermektedir. İşlem olarak kurma yani işlemleştirme edimi, bilme edimine eklenmektedir. Bu noktada, ele alınan olgular üzerinde iyi, kötü, doğru, yanlış, haklı, haksız vb. değer hükümleri vermenin, olgulara amaçlar, erekler, idealler yüklemenin bilimin konusunun dışında kaldığı,⁴⁸⁷ hukukun ise değer normları taşıdığı, dolayısıyla hukukla epistemolojinin bağdaşmayacağı gibi bir itiraz beklenebilir. Böyle bir itiraz, büyük bir olasılıkla, hukukçunun bilme ediminin tek nesnesinin normlar olduğu gibi yanlış bir önkabule yaslanacaktır. Hukuk uğraşı, elbette, duyuyu esas alan pozitif bilimsel diğer uğraşlara göre, deskriptif ve deneysel yönlerden zayıftır. Buyrukları ve yasakları ile kuralkoyucu (preskriptif), olması gerekene yönelmesiyle düzgüsel (normatif), deney dışı değer yargılarına dayanmasıyla inaksal (dogmatik)

⁴⁸⁷ Arslan, **Felsefeye Giriş**, 2014, s. 37.

özellikler gösterdiği de doğrudur. Bu nedenle, hukukun konusunun gerçek ve dar anlamda klasik bilimin konusu sayılamayacağı payında gerçeklik bulunabilir. Yine de, hukukçunun bilimsel çalışma yöntemlerinin, analitik, sentetik, sistematik ve diyalektik akıl yürütmesiyle, örneksime, soyutlama, genelleme, ayırıştırma, tümdengelim, tümevarım teknikleriyle bilimsel iş gördüğü, hukuk kurallarını yöntembilimin mantık kurallarına uyarak yorumlayıp uyguladığı ölçüde bilimsel bir etkinlikte bulunduğu da kabul edilebilir.⁴⁸⁸ Ancak, idari işlem kuramın öğretideki tarihsel köklerini ve evrimini incelemenin, kuralyorumcu-uygulayıcı etkinliği incelemekle de ilgisi bulunmadığı ortadadır. İdari işlem gibi yasal veya yasaaltı tanımı bile bulunmayan, maddi düzenin hukuk düzeninde sistemli kuruluşuna yarayan bir kavramın hukukçu kuşaklarca erişilmiş bilgisi, normun bilgisi değildir.

Dışavurulmuş irade açıklamaları, maddi olgu düzeyinden hukuksal olgu düzeyine “işlemeleştirilerek” aktarılır. İdari işlem, tüm hukuksal işlemler gibi, maddi düzendeki olgunun hukuk düzeninde soyut kuruluşunu sağlayan *postüla-kavram*'dır. İdari işlem, başta Anayasa ve yasalar olmak üzere idareye uygulanan tüm hukuk kaynaklarının *hukuk düzeni* adı altında sistemik kuruluşunu ayakta tutan bir kavram olmakla kalmaz; ayrıca idare hukukunun bilme yönteminde temel kabul gören bir öncül olarak idari işlem kavramına ihtiyaç duyulur. Maddi olgunun hukuksal olguya dönüştürülmesi ilk uslamlamadır. İdari işlem olma niteliğine bağlı sonuçların saptanması (hukuka uygunluk karinesinden yararlanması), hukuksal rejiminin açıklanması (re'sen icra edilip edilemeyeceği, ilan ya da tebliğ koşulları, hangi sürede geri alınabileceği, yargı yolunun açık olup olmaması gibi), hukuka uygunluğu konusunda bir yargıya varılması vb. ise, ikinci bir uslamlamayı gerektirir. İkinci uslamlama, işlemeleştirme adını verdiğimiz ilk uslamlama olmaksızın yürütülemeyeceğinden, idari işlem idarenin varoluşunun hukuksal bilgisine erişmede iş gören temel kavramlardan biridir.

⁴⁸⁸ Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 5-6.

İşlem kavramı, Anayasa’da, *devlet işlemleri, cumhurbaşkanının işlemleri, TBMM işlemleri, mahalli idarelerin işlemleri, idare makamlarının işlemleri, resmi görevlilerin işlemleri, idarenin işlemleri, kurul veya kurumların işlemleri* gibi farklı devlet organlarından çıkan irade açıklamaları olarak yer almaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ise, işlem; *düzenleyici işlem, uygulanan işlem, düzenlemeye dayalı işlem, icra edilen işlem, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken işlem, işlemin yürütmesinin durdurulması, uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlem, hak ihlal eden işlem, zarar doğuran işlem, hukuka aykırı işlem, işlemlerden doğan uyumsuzluklar, iş ve işlemler, tebligat işlemi, tebliğ edilen işlem* gibi belirlemelerin yanında, yargılamamanın aşamaları oluşturan işlemlerden ya da yargı organının işlemlerinden (*tahkik işlemi, görevsizlik ve yetkisizlik halinde yapılacak işlemler, bağlantıya ilişkin işlemler, temyizden verilecek karar üzerine yapılacak işlemler, usuli işlemler, mahkeme işlemleri, duruşma işlemleri, bilirkişi işlemleri*) söz edilmektedir. Ayrıca, Anayasa ile yasalarda, idari işlemler, doğrudan işlemin konusu ile adlandırılabilirdiği gibi (ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri, terfi işlemleri, tahsis işlemi, tahsil işlemi, acele kamulaştırma işlemleri, ihale işlemleri, atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler vb.), *idari başvuru ya da idari dava konusu işlem* ya da *hakkında yargı yolu açık işlem* olarak anılabilmektedir. Anayasa’da, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ve burada yer vermediğimiz pek çok hukuk metninde idari işlemin bir postüla-kavram olarak baskınlığı kolaylıkla tespit edilebilir. Ancak yazılı hukuk metinleri, hukukçulara genel olarak ikinci usulama faaliyeti hakkında yol göstermektedir. İlk usulama faaliyeti olan işlemleştirme ise, hukukçuların idari işlemin varlıkbilgisini soyut düşüncede oluşturma gücüne (kuram oluşturma gücüne) bağlı olarak gelişmiştir.

İşlemleştirme metafizik bir uğraş değildir. İşlemleştirme, görgül düzeydeki nesnel gerçekliğin algısıyla başlar. Görgül bilgi, kuramsal bilgi düzeyine sıçrayabilirse işleme

dönüşür. Örneğin irade soyut, iradenin dışavurulması somuttur; irade açıklaması somut, işlem soyuttur; hukuksal etki soyut, maddi etki somuttur. Görgül olmadan kuramsal olmaz. İrade, dışavurulmadan görgül düzeyde kavranamaz. Görgül düzeyde kavranılamazsa, işlem hiç oluşmaz. Diğer yandan, görgül de kurama sıkıca bağlıdır. Nesnel gerçekliğin hukuka taşınabilmesi için, onun kuramsal bilgisi daha önce düşünce alanında sistemli ve tutarlı bir dizge halinde geliştirilmiş bulunmalıdır. İdari işlemin kuramsal bilgisi olmadan, maddi olgu işlemeleştirilemez. Eşdeyişle, maddi olgunun mantıksal-soyut yansıması olan bir işlemin varlığından söz edilemez. Maddi olgu, kabaca nesnel bir gerçeklik olarak kalmaya devam eder, hukuk düzeni ona dışsaldır.

İdari işlemin unsurlu bir soyut biçim olması, fiziki varlığın ontolojisinden söz ediliyormuş gibi bir çağrışım yaratmaktadır. Oysa idari işlemin kendisi soyut olduğundan unsur da soyuttur. İdari işlemin başlı başına bir episteme olduğu gözetildiğinde, unsur olarak kullanılagelen kavram, hukukçuların türettikleri bir işlevsel bir adlandırmadan ibarettir. Unsurun ilk bilimsel işlevi, işlemin sağlıklı ve tam oluşum koşullarını anlatmasıdır (sentetik ve fizyolojik işlev). *Unsurlar, bu yönüyle, hukuka uygun bir idari işlemin oluşturucusudur.* Unsurun ikinci bilimsel işleviyse, idarenin işlemindeki eksiklik ve bozukluğa onu çözümlyerek tanı koymayı sağlayan bir araç olmasıdır (analitik ve patolojik işlev). Hukuka aykırı idari işlemdeki sayrılıtlıcalar (patojenler) onu unsurlarına ayırarak teşhis edilmektedir. *Unsurlar, hukuka aykırı oluşmuş (patojenez) işlemdeki sayrılık belirtilerinin (patolojik semptomların) çözümlayicisi ve tanıtkanıdır (patagnomiktir).*⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Tıp terimlerini örnekseme nedenimiz, hukuk biliminin de tıp ve diğer bilim dalları gibi, araştırmaya bozukluk nedenlerinden başlaması ve onlara tanı koymaya çalışmasıdır. Bilim, kural olarak dikkatini öncelikle “normal olana” yöneltmez, “normalden sapmalar” üzerinde çalışır. Patolojinin tıbbın temelini oluşturması gibi, hukuka aykırılık da hukukun temel inceleme konusudur. Hukuka aykırılığın bilgisi, kaçınılmaz olarak hukuka uygun olanın bilgisine erişmeyi de beraberinde getirmektedir. Tıp terimlerinin çevirisinde Mihçioğlu'nun Sözlüğü'nden yararlanılmıştır. Cemal Mihçioğlu, **Türk Hekimlik Dili**, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Başvuru Kitapları Dizisi no. 45, 1993, s. 269, 270, 423.

İdarenin iradesinin unsurlu varlık bilgisi hukukçular tarafından oluşturuldukça, işlem kavrayışı ortaya çıkmıştır; irade açıklaması işlemleşmiştir. Unsurlar, idarenin iradesinin maddi düzendeki görünümünün hem bütünsel olarak sağlıklı oluşum bilgisini (fizyolojisini) hem de çözümlenmiş sayrılık bilgisini (patolojisini) çıkarmayı sağlamıştır.

I. UNSURLU ÇÖZÜMLEMENİN KITA AVRUPASI'NDAKİ KÖKLERİ

Türkiye’de, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde, iptal davasının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırılık nedenleriyle açılabilmesi belirtilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce de, Şûrayı Devlet ve Danıştay Kanunlarında, iptal nedenleri sayma yöntemiyle belirlenmiştir. 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanununun 19. maddesinde, “idarî mukarrerat ve muamelât hakkında selâhiyet, şekil, esas ve maksat cihetlerinden kanuna veya nizama muhalefet” iptal nedenleri olarak gösterilmiştir; sebep unsuru ayrıca belirtilmemiştir. Sebebin, konu ile birlikte esas oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁴⁹⁰ 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu’nun 23. maddesi de aynı sınıflandırmayı sürdürmüştür. 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanununda ise, yetki, şekil, maksat unsurlarına, esas yerine geçmek üzere konu ve sebep unsurları eklenmiştir.⁴⁹¹

31 Aralık 1964’te 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki idari yargı kanunlarının uygulandığı evrelerde, unsurların içeriğinin doldurulmasında öğreti ve Danıştay’a çok daha fazla görev düşmesi nedeniyle, Türkiye’de saik, sebep ve amaç

⁴⁹⁰ Ragıp Sarıca, **İdarî Kaza, Cilt I, İdarî Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 53.

⁴⁹¹ “Yeni kanundan evvelki Danıştay Kanunu’nda idarî işlemlerin iptali sebepleri, yetki, şekil, esas ve maksat cihetlerine münhasırdı. Mevzuatımızda kazaî kontrol alanında bu bakımdan mevcut olan boşluk, eski kanunda iptal sebepleri arasında gösterilen (esas) unsurunun (sebebin) ve (konu) olarak iki hususu ihtiva eylediği gerekçesiyle ve içtihat yoluyla doldurulmaya çalışılmıştır. (...) kanunun 30. maddesi, esas unsuru yerine sebep ve konu unsurlarını açıkça koymak suretiyle, meseleye açıklık getirmiştir.” İsmet Giritli, “Mevzuat Kroniği - Âmme Hukuku (1965 Senesi)”, **İÜHFİM**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 247.

Fransa'daki gibi geçişli ele alınmakta iken, bu tarihten sonra iptal nedenlerinin unsurlarla örtüşmesi genel eğilime dönüşmüştür. Zaman içinde tanımlanan, idari işlemin patalojisine ve yetki aşımını hukuka aykırılığa kadar genişleten iptal nedenleri, 1964'te pozitif hukukla sabitlendikten sonra ilişkilendirildiği unsurun adını almıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu da beşli sınıflandırmayı korumuştur.

Fransa'da ise, tarihsel olarak, idari işlemlerin iptal davası yoluyla denetimine ilişkin ilke ve ölçütlere mevcut yasa hükümlerinin yorumlanması ve geliştirilmesi yöntemiyle erişilmemiştir. Aksine, Devlet Konseyi kararlarından çekip çıkarılan ölçütler öğreti ve hükümet komiserleri tarafından işlenerek geliştirildikten sonra yasakoyucunun müdahalesiyle yasalarda yer edinmiştir. Olağan ve basit anlamıyla yetkisizlikten ibaret olan yetki aşımından, önce yasaya aykırılık daha sonra ise hukuka aykırılık fikrine ulaşılması da aynı ortaklaşa uğraşın eseridir. Farklı yazarlarca geliştirilen sınıflandırmaların her biri, ayrı formüllere dayanan ayrı birer *tipoloji* niteliği taşımaktadır. Hukuka aykırılığı teşhis edebilmek amacıyla, devlet iradesinin görüngüsünü ya da oluşumunun izlediği süreci ayırıcı özelliklerini keşfederek soyut unsurlarla biçimlendirme etkinliği, tipolojileri ortaya çıkarmıştır. Sınıflandırmaların normatif değer taşımadığı, iptal nedenlerinin Devlet Konseyi ve öğreti tarafından kurgulandığı üzerinde Fransa'daki tüm yazarlar hemfikirdir. Hükümet Komiseri Théry'nin cümleleriyle, "Sınıflandırma kendi içinde normatif değere sahip değildir; yargı yoluna başvuranları bağlamamaktadır; yargıcın hukuku söylemek için kullandığı bir çözümleme aracından başka şey değildir."⁴⁹² Waline'e göre ise, "Sınıflandırmayla, gayet doğal olarak, farklı yargı kararlarının kaleme alınışında olduğu gibi *Recueil Lebon* tablolarının yapılandırılmasında da karşılaşıyorsak da, konu esas itibarıyla öğretiseldir." Ayrımları yapay bulan Waline, bunların gerçekte "hocaların ayrımı", yani "öğretimde

⁴⁹² Concl. sur CE 14.11.1975, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, **Rec.**, s. 578.

berraklık için yaptıkları bir ayırım” olduğunu belirtmektedir.⁴⁹³ Avrupa ülkelerinin pek çoğu Fransa’da oluşmuş iptal nedenlerini yasalarına aldığı halde, ne Fransız İdari Yargılama Kodu (*Code de Justice Administrative*) içinde, ne de diğer yasa ve düzenleyici metinlerde benzer bir hüküm mevcuttur.⁴⁹⁴ Son on yılda yayınlanan ders kitaplarına bakıldığında, yazarların iptal nedenlerini farklı başlıklar altında toplamayı sürdürdüğü anlaşılmaktadır.⁴⁹⁵

Türkiye’de idari işlemin beş unsurlu varlık ve çözümleme bilgisine, Fransa’dan doğrudan hukuk normu alımı yoluyla değil de aktarılmış kuramların idare hukuku öğretisinde olgunlaştırıldıktan sonra yasa kuralına dönüşmesi süreci sonunda varılmıştır. İptal nedenlerini unsurlarda katılaştıran yasaların yürürlüğe girmesinin de etkisiyle, Danıştay ile öğreti yasalardaki sınırlı unsurlara uyum sağlamıştır. Örneğin, Fransa’da işlemi var eden olguda yanılma (*erreur de fait*) ya da olguların yokluğu (*absence de faits*) ayrı bir iptal nedeni olarak düşünülmüştür. Bizde ise, iradenin oluşum sürecindeki maddi ve hukuksal olgular diğer unsurların oluşum sürecini izleseydi, yasal belirlikten dolayı pekâlâ işlemin ayrı bir unsuru da olabileceken, yasada özellikle belirtilmediği için sebep unsuru içinde eritilmiştir.

Yetki, şekil, sebep, konu ve amaç; güncel eserler içinde idare hukuku kitaplarında işlemin öğeleri (ya da unsurları), idari yargı kitaplarında ise iptal nedenleri başlığı

⁴⁹³ Marcel Waline, note sous CE 20.6.1958, *Guimezanes* et CE 25 juin 1958, *Bilger*, **RD Publ.**, 1959, s. 118; aktaran: Fabrice Melleray, “Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)”, **Répertoire de contentieux administratif**, Dalloz, Ocak 2007, (son güncelleme: Ocak 2014), s. 2.

⁴⁹⁴ Belçika, Yunanistan, İtalya örnekleri için bkz.: Michel Fromont, **Droit administratif des États européens**, PUF, 2006, s. 198; yer veren: Melleray, “Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)”, 2007, s. 2.

⁴⁹⁵ Laferrrière’den beri “dış hukuka aykırılık olarak” altında toplanan yetkisizlik ve şekil sakatlığı ayrı birer iptal nedeni olarak tüm yazarlarca korunmaktadır. Sınıflandırmada farklılık özellikle “iç hukuka aykırılık” olarak adlandırılan nedenlerin kavramsallaştırılmasında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Frier, iç hukuka aykırılık nedenlerini amaç, esasa ilişkin koşullar ve içerik başlıkları altında açıklamaktadır. Esasa ilişkin koşullar, işlemin temelindeki hukuksal ve maddi durumun değerlendirilmesini içermektedir. Pierre-Laurent Frier, **Précis de droit administratif**, 3^e édition, Montchrestien, Paris, 2004, s. 284 vd. Morand-Deville ve Waline gibi bazı yazarlar ise, iç hukuka aykırılığı yetki saptırması ve yasanın ihlalinden oluşmak üzere ikiye ayırmaktadır. Konudaki ve işlemi yapmaya sevk eden maddi ve hukuksal nedenlerdeki sakatlıklar, yasanın ihlali altında incelenmektedir. Jacqueline Morand-Deville, **Droit administratif**, 11^e édition, Montchrestien - Lextenso Éditions, Paris, 2009, s. 319 vd. Aynı yönde: Jean Waline, **Droit administratif**, 24^e édition, Dalloz, 2012, s. 655 vd.

altında yer alabilmektedir. Zira artık idari kararlarda sakatlık halleri “unsurlar” üzerinden incelenmektedir. Neredeyse tüm ders kitaplarında, “irade açıklaması ve hukuk düzeninde sonuç doğurma” özelliklerinin hukuksal işlemlerin bir türü olan idari işlemlerin de *doğuş koşullarını* oluşturduğu; beş unsurun ise hem *hukuka uygunluğunun unsurlarını* hem de *varlığının unsurlarını* oluşturduğu şeklinde yaklaşım dikkat çekmektedir.⁴⁹⁶ Bu ayırım, unsur sayısını beşten az tutan yasaların yürürlükte olduğu dönemlerde yazılan idare hukuku eserlerinden beri süregelmiştir.

Çok yakın tarihli bir çalışmada,⁴⁹⁷ öge (unsur) teriminin, açıkça, idari işlemin hem hukuk düzenindeki fizyolojisini hem de patolojisini ilgilendiren bir anlamda kullanıldığı söylenebilir. Kuruluş için tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının ilke olarak yeterli sayıldığı sözleşmeden farklı olarak, idari işlemin öğeleri, *iradenin hukuki sonuç doğurması için gereken kurucular* olarak nitelenmektedir. Sözleşmenin doğumunda *kişiler arası kurucular* hukuksal sonuç doğurmaya yeterliyken, idari işlemin doğumunda kişilerarası özelliği bulunmayan öğeler hukuksal sonuç doğurmanın koşulu olarak ele alınmaktadır. İdari işlemin öğelerinin kurucu olmaları yönüyle sentetik, çözümleyici olmaları yönüyle analitik değerine vurgu yapılmaktadır:

“İdari işlemlerin incelenmesi idarenin yasa çerçevesinde tutulmasına olanak sağlayacak, yasallık ilkesinin gerçekleşmesini sağlayacak araçlar üretir. İdari işlemin yapısını anlamaya yönelik çözümleme araçları bu nedenle önemlidir. İdari işlemi çözümlmek için öğelerine ayırmak en etkili çözümleme aracıdır.”⁴⁹⁸ (Sentetik / hukuka uygun oluşturucu değere vurgu)

“Ancak işlemin öğeleri yalnızca bir çözümleme aracı değildir. İdari işlemin yetki, neden, konu, amaç ve biçim olarak beş ögesi bulunmaktadır ve hukuka uygun bir idari işlem ancak bu öğeler tam ve sağlıklı olduğu zaman oluşur. İdari işlemin öğeleri, onun incelenmesi için bir araç olmaktan

⁴⁹⁶ **infra**. Bölüm III / Başlık I, “Çağdaş Eserlerde İdari İşlem Anlatısı”.

⁴⁹⁷ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 343.

⁴⁹⁸ **Ibid.**, s. 343.

önce açıklanmış iradenin idari işlem olabilmesinin kurucu koşullarıdır.”⁴⁹⁹ (Analitik / hukuka aykırılığı tanılayıcı değere vurgu)

İdari işlemin unsurlu kavranması, hukukçular için epistemolojik bir araçtır. Zaten kendisi hukuk düzeni içinde soyut bir kavram olan idari işlemin fiziki varlık gibi bir ontolojisinden söz edilemeyeceğinden, unsur ile kastedilen temelde ancak epistemolojik bir araç olabilir. Unsurlu varlıkbilgisi, “idari işlem hangi unsurlardan oluşur” gibi ontolojik bir soruya cevap vermemekte, “sağlıklı idari işlemin bilgisine nasıl erişilir? İdari işlemin hukuka uygun ya da aykırı olduğu nasıl anlaşılır” sorularını cevaplamaya yaramaktadır.

İşlemi unsurlara bölmek, Fransız geleneğinin doğrudan yönelimi olmamıştır. Hukuka aykırılığın bütünsel niteliğine rağmen, iradeyi çözümlerken farklı iptal nedenlerinin mevcut olup olmadığını soyut kategoriler içinde araştırmanın işlevselliği sayesinde idari işlemin bileşenlerine varılmıştır. Yeni iptal nedenleri tanımlandıkça idari işlemin anatomisi de çıkarılmış olmaktadır. İdari işlem unsurlandıkça, kamu düzeni ile bağlantısı oranında işlemin unsurlarının hukuka aykırılığını sorgulayan, soyutluk ilkesini esas alan özel hukukun aksine, idare hukukunda hukuka aykırılık kavrayışı güçlenmiştir. Danıştay, özel hukuk işlemi ile kamu hukuku işlemlerinin farklarını ortaya koymakta ve unsurların kapsamlı bir araştırmaya tabi tutulmasını idari yargının belirleyici özelliği saymaktadır:

“Özel hukuk alanındaki hukuki işlemlerin kurucu unsurları arasında ‘ehil irade’ ile ‘mümkün ve meşru konu’dan başka aranan ve uyumsuzluk durumunda yargı yoluyla belirlenecek başka bir husus yoktur. Şekil kamu düzeni ile ilişkisi oranında aranır. Sebep-maksat ise, kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olmadığı sürece özel hukuk işlemini-ilişkisini etkileyen, yargı yoluyla araştırılacak bir unsur değildir.

⁴⁹⁹ **Ibid.**, s. 343.

Kamu hukuku alanında ehil iradenin karşılığı olan ‘yetki’ ise yasal bir unsurdur. Özel hukuk alanında ‘ehil irade’, ‘mümkün ve meşru’ her konuda tasarrufta bulunabilir; kamu hukuku alanında ise yetki, ancak yasanın ya da yasaya dayanan düzenleyici tasarrufun saptadığı makam tarafından, verildiği konu için ve belirlenmiş usullere uygun olarak kullanılabilir. Yine kamu hukukunda ‘şekil ve usul’ ve ‘sebeup’ unsurları önceden bellidir; sebebi yasada belirtilmemiş işlemlerde idari makamın yetkisini hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun biçimde kullanması gerekir. Kamu hukukunda maksat unsuru daima ‘kamu yararı’dır. Yetki, kamu yararı amacı dışında kullanılamaz.”⁵⁰⁰

Özyörük, çeşitli unsurların ortaya çıkarılması ve sakatlığın “ârız olduğunun” tespit edilerek ortaya koyulmasını, yargı tekniğinde büyük bir aşama olarak değerlendirilmektedir:

“Fransa’da idari yargının kuruluşundan uzun süre sonra dahi, bir idarî tasarruf, hukuka uygunluğunun veya aykırılığının saptanması bakımından ‘tümlüğü’ içinde ele alınıyor ve idarî tasarruflardaki bütün sakatlıklar bir ‘yetki aşımı’ (=excès de pouvoir) kategorisi içinde mütalâa olunuyordu. Tıpkı bir adamın rahatsızlığının hangi uzvunda veya vücudunun hangi fonksiyonunda olduğu araştırılmaksızın ve tesbit edilmeksizin, sadece ‘hastadır’ şeklinde bir hükme varılması gibi. Halbuki hep biliriz, bir kimse hasta ise, onun belli bir hastalığı veya belli birkaç hastalığı vardır. Bunların hangi uzuvlarda ve hangi fonksiyonlarda olduğu bilinmeden, toptan bir hastalık teşhisi hiçbir şeye yaramaz. Buna benzer bir biçimde, başlangıçta da bir idarî tasarrufun ‘hukuka aykırı’ olduğu hükmü, bir ‘genellik’ içinde veriliyordu; İdare ‘yetkisini aşmıştır’ deniyordu. (...) Böylece, bütün sakatlıklar ‘tümsel bir yetkisizlik’ olarak ifade edilmekten kurtulunmuş, idarî tasarrufun unsurlarına aidiyetleri tesbit edilebilmiştir ve bu arada ‘yetki’nin de idarî tasarrufun unsurlarından sadece bir tanesi olduğu anlaşılmıştır.”⁵⁰¹

İptal nedenlerinin ortaya çıkışında, yargılama tekniğinin karşılaştığı teşhis sorunu, Özyörük’ün belirttiği gibi, hukuka aykırılığın kaynağının nerede olduğunun tanımlanamamasına bağlıdır. Günümüzde işlemin iptalini gerektirdiği kabul gören pek çok neden, yetki aşımı (*excès de pouvoir*) kavramının dışında bırakılarak teşhis edilecek

⁵⁰⁰ Danıştay İDDGK, 30.11.1990 tarihli E. 990/714 sayılı Anayasa Mahkemesi’ne itiraz gerekçesi; AYM, E. 1991/1, K. 1991/16, T. 21.06.1991, R.G., 26.09.1992-21357, s. 9.

⁵⁰¹ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 26-27.

bir bozukluk ve eksiklik olarak dahi görülmemiştir. İdari işlemin hukukçularca unsurlandırılmasının; organların yapısının tanımlanmasını, özelliklerinin ve birbirleriyle olan ilişkilerinin ortaya konulmasını konu edinen anatomi ile benzer yanı, hukuka aykırılığın tespitini kolaylaştırmayı amaçlamasıdır. İradi görüngünün ya da iradenin oluşum sürecinin soyut bir kalıp içinde unsurlarla biçimlendirilmesi, onun “işlemleştirilmesini” sağlamıştır. İrade çözümlenerek idari işlem olarak yapılandırılmıştır. Kamu hukukçuları, verili bir idari işlemi açıklayarak onun kuramını yaratmamış, aksine unsurlu varlıkbilgisinin oluşturulması idari işlemi var etmiştir. Unsurlu varlıkbilgisi derinleştikçe, iptal nedenleri yetki aşımından hukuka aykırılığa doğru genişlemiştir. Buna karşılık, yargı kararlarında daha önce mevcut olmayan yeni bir iptal nedeni kabul edildikçe, yargı kararlarında dağınık, düzensiz, ham ve parçalı halde bulunan veriler hukukçularca tanımlanmış, kavram olarak türetilmiş, sınıflandırılmış, ölçütlendirilmiş, dönüştürülmüş ve sistemleştirilmiştir. Böylece, yeni unsurlar idari işlemin hukuka uygun oluşum bilgisine eklenmiştir.

A. İradedeki Bozukluğun Tümsel Teşhisi: Olağan ve Basit Anlamıyla Yetki Aşımı

İptal nedenleri ya da hukuka aykırılık nedenleri başlıkları altında toplanan unsurlar, Fransa’da iptal davasının oluşmaya başlamasından itibaren *cas d’ouverture* olarak anılmaktadır. “Davalık haller” olarak çevirebileceğimiz *cas d’ouverture*, bir yönüyle, Devlet Konseyi’nin başvuru (dava) çerçevesinde inceleyebileceği eksiklik ve bozukluk belirtilerini, diğer yönüyle ise başvuru yapma (dava açma) hakkı yaratan durumları anlatmaktadır.⁵⁰² Söz konusu iki anlamı taşıyan davalık hal, davanın hem ön incelemede hem de esas incelemesinde kabul edilmesi için aranan koşulları birleştiren bir kavramdır.

⁵⁰² “Fransız literatüründe, iptal nedenleri (hukuka aykırılık nedenleri), *cas d’ouverture* terimi ile karşılanmaktadır. (...) tarihsel olarak hukuka aykırılık nedenleri aynı zamanda, Devlet Konseyi’nin başvuruyu inceleyebilme koşulunu da oluşturmaktadır.” Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, 2005, s. 43.

Davalık haller, Roma'da *preator*'un⁵⁰³ tüm talepleri değil, yalnızca belirli konulara ilişkin ve belirli biçimlerden biri kullanılarak açılan davaları himaye etmesine benzetilebilir. İddianın örf ve adet tarafından kabul edilen ve *preator* tarafından uygun bulunan dava kalıbı içinde ileri sürülmesi gerekmektedir.⁵⁰⁴ Kısaca, ancak sınırlı sayıdaki hak dava yoluyla himaye edilebilmektedir.

Roma'da yargı uygulamasının kabul ettiği dava şekillerinin listesinin sınırlı olması gibi, davalık haller de, Fransa'da ortaya çıkışı itibariyle hukuka aykırılık durumlarının tümünü içermek üzere kullanılan bir terim değildir. Diğer bir ifadeyle, iptal davası açılacak durumların sınırlı olduğu dönemlerde, davalık haller idari işlemlerde saptanabilecek tüm sayrılıklara denk düşmemektedir. Bugün için ise, Fransız idare hukukunda yerleşik *cas d'ouverture* ile eşanlam taşımak üzere, iptal araçları (*moyens d'annulation*), iptal nedenleri (*causes d'annulation*), iptal halleri (*cas d'annulation*), hukuka aykırılık türleri (*espèces d'illégalités*), geçersizlik halleri (*cas de nullité*) terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir. İptal davası açılan durumlar artık hukuka aykırılık durumlarına evrilmiş olduğundan, bu kullanımda bir sakınca da bulunmamaktadır.

Yetki aşımının, tarihsel olarak ortaya çıkan ilk davalık hal olduğu söylenebilir. Birinci İmparatorluğun son yıllarından (yaklaşık 1810'dan) 1852'ye kadar olan dönemde, yetki aşımı kavrayışı başta şekil sakatlığı olmak üzere bazı alanlarda gelişme eğilimi gösterse de, çok dar kalmıştır; genel çizgileriyle yetkisizliğe indirgenmiştir. Aynı zaman

⁵⁰³ *Preator, imperium*'a (devlet iktidarını kullanabilme, emrindeki personele emir verebilme ve uygulanması için gerekli tedbirleri alabilme yetkisine) sahip bir *magistra*'dır. Villey, **Roma Hukuku - Güncelliği**, 2010, s. 16, dn. 12.

⁵⁰⁴ Romalılar arasında doğan her türlü uyuşmazlık ilk olarak *preator* önüne getirilirdi, fakat *preator* olayı bütün unsurlarıyla inceleyerek hüküm vermek zorunda değildi. Tarafların dava açma hakkı bulunup bulunmadığına, uyuşmazlığa hangi hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin yönlendirici emir niteliğinde bir karar verirdi (*iurisdictio*). İnceleme sonucunda, uyuşmazlığı bu emre uygun hareket etmek ve bir hüküm vermek üzere yargıca gönderirdi. Ziya Umur, **Roma Hukuku (Tarihî Giriş - Kaynaklar - Umumî Mefhumlar - Hakların Himayesi)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1984, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 441, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974, s. 202. Ayrıca, *preator*'un belirli tür uyuşmazlıklarda hangi ilkelerin takip edileceğini bildiren *edictum* adlı bir beyanname yayınlama yetkisi (*ius edicendi*) bulunmaktaydı.

diliminde, yazarlar ve Devlet Konseyi, “yetkisizlik başvurusu ya da yetki aşımı başvurusu”ndan söz etmektedir.⁵⁰⁵

Excès de pouvoir, Türkçe’ye doğrudan “yetki aşımı” olarak çevrilmiş ve yerleşik kullanım kazanmıştır. Yetki aşımı kavramını yerleşik haliyle aynen kullanmadan önce asıl anlamına ilişkin birkaç aydınlatmayı gerekli görüyoruz. *Excès de pouvoir* içinde geçen “pouvoir” sözcüğü, devlet organlarının ilgili oldukları “kuvvet” anlamındadır. *Excès de pouvoir* kavramının içeriği, Fransız idari yargı tarihine eşlik eden kuvvetler ayrılığı fikri ile belirlenmiştir. Yetki aşımı kavramının özünde, başta anayasal fonksiyonların gaspı olmak üzere, yetkisizlik ve görevsizlik fikri yatmaktadır. Kavramın Türkçe’ye içeriğini yetkisizliğe indirgeyen sorunlu bir çeviriyle girmesi, Fransızca’da *incompétence* sözcüğünün hem idari yetkiyi hem de kuvvetlere düşen görevi karşılamasından kaynaklanıyor olabilir. Yetki aşımı davasında incelenebilen ilk sakatlık halleri, gerek yargıç gerekse idare tarafından gerçekleştirilenler olsun, yetkisizlik (*incompétence*) ile sınırlıdır. Fakat burada geçen yetkisizlik; görevsizliği ve fonksiyon gaspını da kapsamaktadır.

Yetki aşımı, kökeni itibariyle idari işlemlere özgü bir kavram değildir. Genel olarak yargıç tarafından yapılan işlemler için de yetki aşımından söz edilmektedir. Yetki aşımı, ilk kez 1791 ve Yıl III anayasalarında geçmekte olup, hem bu anayasalarda hem de daha sonraki tarihlerin anayasa ve yasa metinlerinde⁵⁰⁶, yargıcın kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ederek yasama ya da yürütmenin işlevine el attığı her türlü işlemini kastetmek için kullanılmıştır. Yargıcın anayasa ile belirlenmiş işlevine yabancılaşan işlemler yargıcın yetkisini aşması olarak tanımlanmaktadır. 27 Ventôse Yıl VIII tarihli Yasa’nın 77. ve 88. maddeleri ise, yargı kararlarının yasalara ve yargılama usullerine aykırı olmasını

⁵⁰⁵ Pierre Lampué, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu’au début du XXe siècle”, **RISA**, 20e année, no. 2, 1954, s. 373.

⁵⁰⁶ 3 Eylül 1791 tarihli Anayasa m. 27, 5 Fructidor Yıl III tarihli Anayasa m. 262, 27 Ventôse Yıl VIII tarihli Yasa m. 80.

yetki aşımı saymaktadır. Yargıtay, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturan yetki aşımı halleri dışında, bir adli yargı biriminin diğer bir adli yargı biriminin görev alanına taşmasını da yetki aşımı olarak değerlendirmiştir. Devlet Konseyi'nin idare hukukunda yetki aşımına ilişkin ilk içtihadı, Yargıtay'ın içtihadından pek farklılaşmamıştır; hiçbir surette dar yetki aşımı kavramının ötesine geçmemiş ve onun ilk çağrışımından (yetkisizlik ve görevsizlikten) sapmamıştır. Yargıtay'ın yorumunda olduğu gibi, üst makamın ya da başka bir makamın yetkilerine el atmak veya kendi yetkilerini kullanırken yasanın çizdiği sınırları aşmak yetki aşımı olarak yorumlanmıştır.⁵⁰⁷ Yargı işlevine taşan idari işlemler, idarenin işlevine taşan yargı kararları ve idare içindeki yetki kurallarının ihlali yetki aşımı kavramının çerçevesini oluşturmaktadır.

İptal nedenlerinin öncülleri (görevsizlik ya da yetkisizlik, şekil sakatlığı), ancak sınırlı sayıdaki bozma nedenleri (görevsizlik ya da yetkisizlik, usul hükümlerine aykırılık) ile benzerlik kurularak gelişme olanağı bulmuştur. İptal davasının kökenleri itibariyle, idari işlemlere karşı yetki aşımı başvurusu (*recours pour l'excès de pouvoir*) ile yargı kararlarına karşı temyiz başvurusunun (*recours en cassation*) birbirinden ayırt edilmesinde güçlük çekildiğinden, idari işlemlerde iptal nedenlerinin adli yargıdaki anlamına yakınlığı -dolayısıyla sınırlılığı- anlaşılır görünmektedir. Hauriou'nun saptadığı gibi, bu dönemlerde, “idarenin işlemlerinde yetki aşımı, medeni hukuk alanında olsun, idare hukuku alanında olsun, temyiz başvurusuna özgü ‘bozma’ yaptırıma bağlandığı ölçüde, yargı kararlarında yetki aşımına benzemektedir.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Edouard Laferrière, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 2^e édition, tome 2, Berger-Levrault, Paris, 1896, s. 400. Lampué, Laferrière'in bu dönemde Devlet Konseyi kararlarında yetki aşımının kapsamına ilişkin tespitini doğrulamaktadır: “Devlet Konseyi, idarenin ‘yetkilerini aştığı’na veya ‘ihlal ettiği’ne karar vermektedir. Çoğu zaman, yalnızca adli mahkemelere ait bir alanda verilen kararlara karşı ileri sürülen itirazlar söz konusudur. (...) Ancak, iptal yalnızca adli yargının görev alanına el atan işlemlere isabet etmemektedir. Farklı idari yargı merciileri arasında karşılıklı görev-yetki dağılımı kurallarını ihlal eden işlemlere de uygulanmaktadır.” Lampué, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir...”, 1954, s. 368.

⁵⁰⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, 7^e édition, Larose et Ténin, Paris, 1911, s. 431.

Dolayısıyla, hem idari yargıdaki hem de adli yargıdaki yetki aşımı, işlemin dış unsurları olan yetki ve şeklin incelenmesinden ibaret kalmıştır.

Temmuz Monarşisi Dönemi'nde (1830-1848), yetki aşımının ilk anlamı içinde yer almamasına rağmen, yasada belirlenmiş şekil kurallarının ihlali yeni bir davalık hal olarak kabul görmüştür.⁵⁰⁹ Ancak şekil sakatlığının işlemin iptalini gerektirecek ağırlığa ulaşmasının yanı sıra, şekil kuralının yalnızca idare yararına değil aynı zamanda yönetilenler yararına konulmuş olması şartı aranmıştır.⁵¹⁰ Landon'un "skandal kuramı (*théorie du scandale*)" adını verdiği bu yaklaşıma göre, yalnızca en ağır sakatlık halleri yetki aşımı sayılmakta, açık ve ağır bir hukuka aykırılığın bulunması Devlet Konseyi'nin davayı inceleyebilme şartını oluşturmaktadır.⁵¹¹ Şekil sakatlığının yeni bir davalık hal olarak benimsenmesinde, şekle uygunluğun yetkiyi koruduğu düşüncesi Devlet Konseyi içtihadına yön vermiştir. Şekil sakatlığının yetki aşımı kavramınca içerilmesinin ardında, bir bakıma bunun da bir tür yetkisizlik anlamına geldiği düşüncesi gizlidir. Fransa'da güncelliğini koruyan iç ve dış hukuka aykırılıklar ayırımının temelinde, ilk davalık hallerin dış hukuka aykırılık altında incelenen yetkisizlik ve şekil sakatlığı olarak ortaya çıkması yatmaktadır.

Temyiz mantığını taşıması nedeniyle başlarda sınırlı tutulan iptal nedenleri, Devlet Konseyi kararlarının da katkısıyla zamanla adli davalardaki anlamından farklılaşarak yeni hukuka aykırılık hallerine doğru genişleyecektir. İkinci İmparatorluk Dönemi'nden (1852'den) itibaren, yasanın ihlali (*violation de la loi*) ve yetki saptırmasının (*détournement de pouvoir*), yani iç hukuka aykırılıkların yetki aşımı kavramının içine alınmasıyla skandal kuramı yerini denetim kuramına (*théorie de la*

⁵⁰⁹ Lampué, "Le développement historique du recours pour excès de pouvoir...", 1954, s. 368, 373.

⁵¹⁰ Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4^e édition, LGDJ, Paris, 1943, s. 257.

⁵¹¹ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, (tez), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1942, s. 20.

régulation) bırakacaktır.⁵¹² Yetki aşımı, basitçe yetkisizlik ve görevsizlik olmaktan çıkarak adli yargıdan edindiği ilk çağrışımını kaybedecek ve yetkinin her türlü “kötüye kullanımını” anlatan bir anlamla yüklenecektir.⁵¹³ İptal nedenlerinin sınıflandırılmasında bugüne iz bırakan tipolojilerin tam da bu dönemde ortaya çıkması tesadüf değildir.

B. Yetki Aşımından Yasaya Aykırılık Düşüncesine Zorlu Geçiş

Aslında, Devlet Konseyi kuruluşundan beri yasayı ihlal eden ve tarafların kazanılmış haklarına dokunan idari işlemleri inceleyip iptal etmiyor değildir. Fakat “yasaya aykırılık nedeniyle hak ihlali iddiası” yalnızca çekişmeli başvurulara (*recours contentieux*) konu edilebilmekte, yetki aşımı başvurusunun konusunu oluşturmamaktadır. Nitekim çekişmeli başvurular, Devlet Konseyi tarafından yetki aşımı başvurusunu düzenleyen 7-14 Ekim 1790 tarihli Yasa çerçevesinde incelenmemektedir. Devlet Konseyi, kazanılmış hakları ihlal eden yasaya aykırı işlemleri iptal yetkisini, “her türlü hak ihlaline karşı yargı yolunun açık olduğu” ilkesinden çıkarmaktadır. Söz konusu ilkeye dayanan temel başvuru türü tam yargı başvurusudur (davasıdır).⁵¹⁴

Devlet Konseyi, tek düzenlemesi yetki aşımı başvurularında avukat ile temsil zorunluluğunu ortadan kaldırmak olan 2 Kasım 1864 tarihli Kararname'nin yürürlüğe girişiyle, bir usul kuralından içeriğini aşan bir yorum türetmek suretiyle, yetki aşımı kavramının mevcut sınırlarını zorlamaya başlamıştır. 1864'ten sonra, çekişmeli başvurular kısmen, yetki aşımı olarak nitelenmeye ve 1790 tarihli Yasa kapsamında

⁵¹² **Ibid.**, s. 96, s. 111 vd.

⁵¹³ Yetki aşımı kavramındaki dönüşümü sezen Serrigny, yetki aşımı ile yetkinin kötüye kullanımının nasıl özdeşleştirildiğini 1865'te şu cümlelerle özetlemektedir: “Devlet Konseyi, yetki aşımı sözcüklerini çok geniş yorumlama ve yetkinin kötüye kullanımı gibi anlama eğilimindedir. Bu eğilim ona etkin idare üzerinde denetimini genişletme yetisi kazandırmaktadır.” Denis Serrigny, **Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, 2^e édition, tome 1, Auguste Durand Librairie-éditeur, Paris, 1865, s. 308-309.

⁵¹⁴ Raphaël Alibert, **Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir**, Payot, Paris, 1926, s. 39.

değerlendirilmeye başlanmıştır. Ancak, yasaya aykırılık işlemin iptali için tek başına yeterli bir neden olarak görülememiştir. Yasaya aykırılık iddiasının mülkiyet hakkı ya da ticaret özgürlüğü gibi bir hak ihlali ile birleşmesi aranmıştır. Böylece, Devlet Konseyi, tam yargı başvurusu ile yetki aşımı başvurusu arasında, melez özellikler taşıyan yeni bir davalık hal yaratma olanağı bulmuştur. Yasaya aykırılık ve hak ihlali iddialarını birlikte yargılarken, diğer yetki aşımı başvurularındaki yargılama kurallarını uygulamış, iptal ya da ret şeklinde hüküm vermiştir. Yine de böyle bir iddianın incelenmesi için, yetki ve şekil sakatlıklarından farklı olarak menfaat ihlali yeterli bir önkoşul sayılmamıştır. Laferrière'in yeni gelişmekte olan davalık hale koyduğu ad, söz konusu melez özellikleri iyi yansıtmaktadır: Yasanın ve kazanılmış hakların ihlali”⁵¹⁵

19. yüzyılın son çeyreğine kadar, öznel nitelik taşıdığı hemen hemen tartışma götürmeyen iptal davasının, “karşıt taraflar arasındaki çekişme” kurgusuna dayandırıldığını ve “öznel hak ihlalinin düzelticisi” bir başvuru yolu olarak algılandığını, hatta idareden yasaya uygun davranmasını talep edebilmenin bile öznel hak kalıbına sokulmaya çalışıldığını (*droit subjectif à la légalité*) dikkate alırsak⁵¹⁶, yasanın ihlalinin yetki aşımı başvurusu içinde başlı başına bir iptal nedeni olarak yer edinmesinin zorluğu anlaşılır görünmektedir. Bunun için, hak ihlalinin yasanın ihlalinin görünümünden yalnızca biri olarak düşünülmesini beklemek gerekecektir.

Temmuz Monarşisi Dönemi'nde (1830-1848) yasaca öngörülmüş şekil kurallarının ihlalinin, şeklin yetkiyi koruduğu düşüncesiyle yetki aşımı kavramının içine alınması, her türlü yasaya aykırılığın yetki aşımı kavramı içinde yer edinebileceği yorumunu doğurmamıştır. Çünkü yasayı ihlal eden makam, gerçek anlamda yetki alanından çıkmamış sayılmaktadır. Bir idari makamın yasayı ihlal etmesi halinde, başka bir

⁵¹⁵ Edouard Laferrière, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 1^e édition, tome 2, Berger-Levrault, Paris, 1888, s. 506.

⁵¹⁶ **Ibid.**, s. 379.

makamın yetki alanına girdiği için kendisine yasaklanmış bir konuda karar almasından veya yetkisi için açık ve dışsal bir sınır oluşturan esaslı bir şekil şartını atlamasından farklı olarak, yetkisini aşmadığı düşünülmektedir.⁵¹⁷ Yetki aşımı başvurusu içinde işlemin yasaya uygunluk denetimine tabi tutulamaması, yasaya aykırılığın yalnızca hak ihlali ile birleştiğinde incelenebilmesi bu düşünceye yaslanmaktadır.

Yetki aşımı başvurusu, yeni davalık haller tanımlandıkça kendi içinde olgunlaşmış, diğer yandan, kökeninde kendisinden ayrı bir başvuru türü oluşturan çekişmeli başvurunun alanına taşarak gelişme göstermiştir.⁵¹⁸ İdari işlemlerin yasaya uygunluğunun denetimini konu edinen ve iptal yaptırımını içeren davalarda, kabul edilebilirlik koşulunun hak ihlalden uzaklaşarak menfaat ihlali olarak yerleşmesinde, yetki aşımı başvurusunun çekişmeli başvuruyu kendi içine katması da etkili olmuştur.

7-14 Ekim 1790 tarihli Yasa gibi, 24 Mayıs 1872 tarihli Yasa da idari işlemlere ve yargı kararlarına karşı Devlet Konseyi'ne başvuru yollarını birlikte düzenlemiştir. Fakat 1872 tarihli Yasanın 9. maddesi, yetkisizlik iddialarının çözüme bağlanmasından söz etmek yerine, “Devlet Konseyi çeşitli idari otoritelerin işlemlerine yöneltilen yetki aşımı davalarındaki iptal talepleri ve idari uyuşmazlıklar konusundaki başvuruları bağımsız biçimde karara bağlar” demekle yetinmiş, dolayısıyla yetki aşımı kavramının sınırlarına ilişkin hiçbir bir belirleme getirmemiştir.

Gerek yetki aşımı başvurusu ile temyiz başvurusu arasındaki, gerekse idari işlemler ile yargı işlemleri arasındaki 1790'dan beri süregelen belirsizliği gidermeyi başaran Laferrière, 1872 tarihli Yasa'yı iptal nedenlerinin genişlemesinin yasal zemini olarak değerlendirmiştir. İdari işlemlerde yetki aşımının adli davalardaki dar anlamına sıkıştırılmayacağını ileri sürmüştür. Laferrière, idari işlemlerle yetkinin aşılmasının

⁵¹⁷ Lampué, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir...”, 1954, s. 368, s. 374.

⁵¹⁸ Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 257.

yargı işlemleriyle yetkinin aşılmasından kapsam yönünden farkını açıklamıştır: “Yargı işlemleri bakımından, içtihat yetki aşımı kavramını olağan anlamının ötesine yaymamıştır. Yetki aşımı yasanın ihlalden ve yanlış uygulanmasından ayrı tutulmuştur; demek oluyor ki, bu son sakatlık halleri ancak bizzat yasakoyucu tarafından iptal nedeni olarak öngörüldüğünde yargı kararlarına karşı başvuru olanağı oluşturmaktadır. Aksine idari işlemler bakımından, yetki aşımı kavramı içtihat tarafından epeyce genişletilmiştir ve pek çok durumda yasanın ihlalini ve yanlış uygulanmasını da içermektedir.”⁵¹⁹

Laferrière, eserinin 1896’da yayınlanan ikinci basısında, yetki aşımının anlamındaki dönüşüm bağlamında, “yetki aşımı kavrayışından yasanın ihlali kavrayışına geçişin zorluğundan” da söz etmektedir. Yargıtay ve Devlet Konseyi’nin daraltılmış yetki aşımı kavrayışından daha ileri giderek, yargıcın yanlış yorumlama ya da yanlış uygulama sonucu yasayı ihlal ettiği durumları da yetki aşımı olarak düşünüp düşünemeyeceğimizi sorgulamaktadır.⁵²⁰ Burada yargıcın işlemlerinden bahsediyor görünse de, son iki durum ile yetki aşımı arasına keskin bir sınır çizgisi çeken Yargıtay’ın aksine, idari yargı için yeni bir iptal nedeni tanımlama arayışındadır. Gerçi, Yargıtay o güne kadar yasanın ihlali gerekçesiyle bozma kararları vermiş olsa bile, söz konusu kararlarını “yasaya açık aykırılığı” bozma nedeni olarak belirleyen yasalara (27 Kasım 1790 tarihli Yasa m. 3, 20 Nisan 1810 tarihli Yasa m. 7) dayandırma olanağı bulmuş olması sayesinde. Böyle bir yasal dayanaktan yoksun olan Devlet Konseyi içinse⁵²¹, yetki aşımının sınırlarını yasaya aykırılık sınırlarına çekmek daha yavaş ve uzun bir olgunlaşma

⁵¹⁹ Laferrière, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 1896, s. 395.

⁵²⁰ **Ibid.**, s. 395.

⁵²¹ Laferrière’in yorumuna göre, verdiği kararlar, Devlet Konseyi’nin yasal dayanak bulma sorunu ile pek de meşgul olmadığını, eski Kral Konseyi’ne bu konuda tanınmış yetkileri kendi kuruluşunun da ayrılmaz bir parçası olarak gördüğünü göstermektedir. Konsey, Yıl VIII’den 1830’a kadar, yetki aşımı konusundaki yargılaması için, gelenekler, adli yargıdan alınan örneksemeler ve Yıl VIII yasalarının genel hükümleri dışında dayanak noktaları aramamıştır. Laferrière, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 1896, s. 404-406.

sürecini gerektirmiştir. Aucoc, 19. yy. boyunca Yargıtay'ın ve Devlet Konseyi'nin yetki aşımına ilişkin içtihadının nasıl ters yönde seyrettiğini şöyle özetlemektedir:

“Yargıtay içtihadı yetki aşımının tanımını sınırlamıştır; aksine, Devlet Konseyi içtihadı tanımı bir hayli genişletmiş ve ondan kendisi için neredeyse Yargıtay'inkine eşit bir denetim yetkisi çıkarmıştır.”⁵²²

“Devlet Konseyi, tanımı, Yargıtay onu sınırladığı ölçüde genişletmiştir.”⁵²³

Waline'in saptamaları da aynı doğrultudadır:

“ (...) Yargıtay, birkaç yıllık duraksamadan sonra, 19. yüzyılın ikinci yarısında, yetki aşımı kuramını daha da kısıtlamaya başlamıştır. Tersine, Devlet Konseyi kavrayışını yavaşça genişletmiştir; sonra, ansızın, 1860'a doğru, kavrayışını canlandırmış ve o zamandan beri, iptal davası aralıksız büyüten bir önem kazanmıştır.”⁵²⁴

Devlet Konseyi'nin 1903 ve 1906'da verdiği kararlarla⁵²⁵, yasaya aykırılığın ona uzun süre eşlik eden hak ihlali koşulundan kopuş süreci hızlanmıştır. Bu gelişmeye koşut olarak, menfaat ihlali, hangi nedenle açılmış olursa olsun, iptal davası için yeterli önkoşul olarak kabul görmüştür. Laferrière'in “yasanın ve kazanılmış hakların ihlali” olarak adlandırdığı davalık hal, “yasanın veya kazanılmış hakların ihlali” olarak anılır olmuştur.⁵²⁶ Hak ihlali de, genel çerçeveyi oluşturan hukuka aykırılık üst kavramı içinde bir kategoriye dönüşmüştür. Hukuka aykırılık, zaman geçtikçe, yasanın ya da başka bir hukuk kuralının, hukukun tanıdığı hakların, hatta hukukun genel ilkelerinin ihlali olarak anlaşılmaya başlanmıştır.

⁵²² Léon Aucoc, “Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d' État”, **La France Judiciaire**, 1877-1878, s. 357.

⁵²³ Léon Aucoc, “Le Conseil d' État et les recours pour excès de pouvoir”, **Revue des deux mondes**, tome 29, 1878, s. 25.

⁵²⁴ Marcel Waline, **La notion judiciaire de l'excès de pouvoir: l'excès de pouvoirs du juge**, (tez), Dalloz, Paris, 1926, s. 243.

⁵²⁵ *Lot et Molinier*, 11.12.1903, **Lebon**, s. 780 (ayrıca bkz.: Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, **Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative**, 17^e édition, Dalloz, 2009, s. 71-75); *Alcindor*, 1.06.1906, **Lebon**, s. 516.

⁵²⁶ Alibert, **Le contrôle juridictionnel de l'administration...**, 1926, s. 41.

C. Denetimin İşlemlerde Dondurulmuş İradî Görüngüyü Aşması

Hiçbir işlem soyut değildir. Cümleyi olumlu kurarsak, her işlem sebeplidir. Roma hukukundan geçen “kimsenin sebepsiz borç altına girmeyeceği” ilkesi, özel hukuk ile kamu hukuku ayrımı tanımaksızın günümüzde de ayakta durmaktadır. Nedensellik, olup biten her şeyin bir *nedeni* olduğunu ve her nedenin bir *etki* doğurduğunu ifade etmektedir. Neden ile etki arasında bir zorunlu bağıntı olduğu, yeni her etkinin bir zorunlu nedeni bulunduğu ileri sürüldüğünde, nedensellik, *belirlenimcilik* (determinizm) olarak anlaşılıyor demektir.⁵²⁷ Doğanın nedensellik yasaları gibi, hukukun nedensellik yarasını oluşturan bu ilke,⁵²⁸ hem idare hukuku hem de özel hukuk için geçerliliğini korumaktadır. İşlemin içeriği ve hukuka uygunluğu, onun birimleri olan unsurların oluşum süreciyle belirlenmektedir.

İradeyi maddi düzende ve hukuk düzeninde kavranabilir kılmak için onu kalıba dökerek sabitleyen bir hukuksal işleme gerek vardır. Her işlem sebepli olmasına rağmen, farklı işlemler, hukuk düzeninde farklı soyutluk derecelerinde kendini göstermektedir. İradenin dışa yansımış, kendisini var eden psikolojik ve maddi olgulardan soyutlanarak işlem biçimini almış durumu “iradi görüngü (*instrumentatum*)” olarak adlandırılabilir.⁵²⁹ İşlem olarak nitelediğimiz, yazıya dökülmüş irade açıklaması, çoğu zaman iradi görüngüden başka şey değildir. İradi görüngü, iradenin dışavurumunu önceleyen maddi gerçekliğin ya da iradenin içeriğinin tüm bilgisini vermemektedir. Gerçek iradenin ne olduğunu, nasıl oluştuğunu kısmen gösterebilmektedir. Örneğin, tarihsel olarak zımni reddin ve sözlü irade açıklamalarının işlem sayılarak idareye

⁵²⁷ Doğan Özlem, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, 2003, s. 37.

⁵²⁸ “İradenin harekete geçmesi için yeterli bir nedene ihtiyacı vardır. Bu evrensel bir kuraldır. Cansız ve duyumsuz doğada, bu neden mekanikken (*causa efficiens*), irade söz konusu olduğunda psikolojiktir. İrade bir amaç için harekete geçer (*causa finalis*). Taş düşmek için düşmez; desteği kaldırıldığı için düşmek zorundadır. İnsan şu ya da bu amaca varmak için hareket eder. Nihai ereğinden yoksun bir iradi işlem, etkileyici nedeni olmayan bir taşın hareketi gibi mutlak surette olanaksızdır.” Rudolf von Ihering, **L'évolution du droit (Zweck im Recht)**, (Almanca 3. basıdan Fransızca'ya çev. O. de Meulenaere), Librairie A. Marescq, Paris, 1901, s. 2.

⁵²⁹ İradenin dışarıdaki işareti, Girard tarafından *instrumentatum* terimiyle anılmıştır. Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 41.

bağlanması nasıl tartışmalı olmuşsa, günümüzde de elektronik ortamda yapılan irade açıklamalarının idari işlem olarak kavranmasının zorluğu, iradi görüngünün geçmişe kendini önceleyen aşamalarının kâğıt üzerinde sabitlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

19. yüzyılın son çeyreği ile 20. yüzyılın ilk yılları arasında, öğretinin Devlet Konseyi'ne biçtiği, Konsey'in kendisini baskılayan siyasi yükler nedeniyle kabullenmek zorunda kaldığı rol, maddi gerçekliğin ya da idarenin gerçek iradesinin değil, hukukun yargıcı olmaktır. Devlet Konseyi, bu nedenle, uzun bir süre iradi görüngünün denetimiyle yetinmiştir.

Devlet Konseyi'ne göre, etkin idarenin iradesi, iptal davası yargıcının nüfuz edemeyeceği korunaklı bir alandır.⁵³⁰ 19. yüzyılın son çeyreği ile 20. yüzyılın ilk yıllarında, idari yargının “olguların değil hukukun yargıcı” olduğu savı Konseyi'nin kararlarında ağırlığını göstermektedir. Konsey, idari işlemin oluşum sürecini ve idarenin iradi görüngüde sezilemeyen gerçek iradesini re'sen araştırmayı çok uzun bir süre idari makamlara tanınan takdir yetkisi ile bağdaşmayan bir yargılama yetkisi olarak algılamıştır. İdareyi işlem yapmaya sevk eden olguların yokluğunu, işlem metninden ya da dosyaya giren verilerden anlaşılmadığı müddetçe, hukuk ötesi salt yönetsel bir sorun olarak değerlendirmiştir.

Devlet Konseyi, işlemi amaç yönünden denetlerken de, olguların denetimine benzer bir yol izlemiştir. Yetki saptırmasında, yargıcın işlemin ardında başka saiklerin gizlenip gizlenmediğini açığa çıkarması yine etkin idareye karışma engeline takılmıştır. Laferrière'in ifadesiyle, “Hiyerarşik üstün başvurabileceği bu tür araştırmalar idari yargıca yasaklanmıştır; çünkü onun usulsüzce etkin idarenin içine sızması sonucu

⁵³⁰ Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 43.

doğuracaktır.”⁵³¹ Konsey, idarenin işlemle izlediği amacı, işlemi yapan tarafından belirtilmesi, işlem metninde görünür kılınması ya da dosyaya giren bilgi ve belgelerden bazı ipuçlarının çıkarılabilmesi gibi şartlarla kendisini bağlı sayarak denetlemiştir. Yetki saptırmasını ortaya çıkarabilmek için, bunun ötesinde bir araştırma yetkisini kendisinde görmemiştir.⁵³² İşlemdeki sayrılığı, görevlinin kişisel iradesinde ya da olgularda değil, iradi görüngüde aramıştır.

Konsey’in öğretisi tarafından ısrarla hukukun yargıcı olarak nitelenmesi, soyut haliyle hukuk kuralının ve iradi görüngünün ya da en fazla dosyada sezildiği verilerin yargıcı olması beklentisini ifade etmektedir. Nitekim Konsey, bu nitelemenin dışına taşmamak için kendi yetkilerini geliştirmekte tereddüt etmiştir.

19. yy. sonlarında, başta Laferrière tarafından savunulan iptal davasının kişilere değil işleme karşı açıldığı fikri, Devlet Konseyi’nin yaklaşımını kuramsal açıdan beslemiştir. Nesnel niteliğiyle iptal davası, “yasaya uygunluk ile ilişkisi bağlamında, işleme karşı açılan dava” olarak kurgulanmıştır. Söz konusu yaklaşımın iptal davasına yüklediği işlev, idari işlemin nesnel hukuk düzenine uygunluğunun denetlenmesi olduğuna göre, Devlet Konseyi’nin denetiminde öne çıkan yöntem, re’sen araştırmadan çok bir tür iradi görüngü ile hukuk kuralı arasında karşılaştırma olmuştur. Konsey, işlemin sebebini ve amacını ancak yasa kuralı bunları açıkça belirterek idarenin yetkisini bağladığı takdirde, nesnel hukuk düzenine uygunluk denetiminin içinde değerlendirebilmiştir. Takdir yetkisini denetlemek için girişilecek araştırmayı, yerindelik denetimiyle özdeşleştirmiştir. Takdir yetkisini yasa ile önceden koşullandırılmamış bir yetki türü gibi yorumlamıştır. Bu koşullarda, “yasal önermelerin dışında kalan” bir yetki türünün nesnel hukuka uygunluk kalıbı içinde değerlendirilmesi bir açmaz olarak ortaya çıkmıştır. Bağlı yetkinin aksine, burada yasa ile idari işlem arasında basitçe bir

⁵³¹ Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1888, s. 523.

⁵³² Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1943, s. 112.

karşılaştırma denetim sorununu çözmemektedir. Dolayısıyla, olguların yokluğu, yetersizliği ya da yanlış nitelenmesi gibi durumlar, yasanın yanlış uygulanması ya da ihlali olarak tanımlanan davalık halin içine sokulmadığından yargı denetiminden bağışık kalmıştır.

İradi görüngü ile yasal önermenin karşılaştırılması ile sınırlı denetim anlayışı, bu dönemlerde idari yargıca biçilen yasaya aykırılığı iptal yaptırımına bağlamaktan ibaret mekanik rol ile de mantıksal uyum içindedir. Yargıcın hukuku mu olguları mı yargılayabileceğine ilişkin yetki tartışmaları, 19. yy. sonlarında, yetki aşımı başvurusu (iptal davası) ile tam yargı başvurusu (tam yargı davası) arasındaki sınırı çizmektedir. İdari dava türlerine ilişkin sınıflandırması, bu tarihlerde belirleyici daha sonra da kalıcı olan Laferrière'e göre, tam yargı başvurusunda, idari yargı olgulara ve hukuka egemendir; idareye karşı en geniş kapsamlı denetleme, düzeltme, hüküm verme yetkilerini kullanır. İdarenin aldığı kararları, hem hukuka aykırılık gerekçesiyle hem de hatalı oldukları gerekçesiyle de düzeltebilir.⁵³³ Yetki aşımı başvurusunda ise, dava konusu kararı değiştiremez, gözden geçiremez, düzeltemez. Yalnızca hukuk hakkında karar verir. İptal yetkisi, hukuka aykırılık gerekçesiyle sınırlıdır. Yerindelik ya da olguların yanlış değerlendirilmesi gerekçesiyle iptal kararı verilemez.⁵³⁴ Laferrière, yetki aşımı başvurusunu, tam yargı başvurusunun aksine taraflar arasında çekişme gibi değerlendirmedeğinden, iptal yargıcının gerçek bir dava yargıcının yetkilerine sahip olamayacağı sonucuna varmaktadır. Olguların denetimini yerindelik denetimine eşdeğer tutmaktadır. Yargıcın hukuka aykırılığın dış görünümünün ötesine geçerek, iradeye ya da olgulara temas etmesi, iptal davasının nesnel niteliğine yabancı bulmaktadır.

⁵³³ Laferrière'in görüşlerini eser künyesi belirtmeden metin içinde aktaran: Alibert, **Le contrôle juridictionnel de l'administration...**, 1926, s. 35.

⁵³⁴ Laferrière, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 1896, s. 394.

İptal davasında yalnızca hukukun yargıçlığını üstlenen Devlet Konseyi; amaç, konu ve sebebe ilişkin davalık hal bilgisinin olgunlaştırılması sayesinde takdir yetkisinin denetiminin de hukuka uygunluk denetimi olarak kavranmasına değin işlemin unsurlarını onun gerekçesiyle karıştırmıştır. Zira, Fransızca’da *motif* terimi, sözlüklerde verilen tanımları uyarınca da çok anlamlıdır. “Güdü, saik, neden, sebep, gerekçe” gibi birden fazla karşılığı bulunmaktadır.⁵³⁵ Bir yönüyle, işlemin varlık nedenini oluşturan verileri anlattığından, onun oluşum sürecine aittir. Diğer yönüyle ise, iradenin metne dökülmesine ilişkin olup, onun gerekçesi anlamına gelmektedir. Devlet Konseyi, 20. yüzyılın yaklaşık ilk on yılına kadar bu ayrıma henüz erişmemiş olduğundan idari işlemi ancak onu yapan idare olguları ifşa ettiği müddetçe ve ifşa ettiği kadarıyla inceleyebilmiştir. İşlemin oluşum sürecini ayırıştırarak güdü, saik ve sebeplerini irdelememiş; gerekçelendirilmiş bir işlem önüne geldiği takdirde sadece bu gerekçeyi gözetmiştir.

Olguların hiç var olmaması, görünürdeki olguların yasanın gereklerini karşılamaması ya da yasanın işlemin temelinde yatan olguları belirtmemiş olması halinde yargıcın ne hüküm vereceği oldukça geç bir tarihte, ancak 1907’den sonra verilen kararlarda, yetki aşımı kavramı ile bağdaştırılabilmektedir. 1905’te *Crozals* kararıyla,⁵³⁶ belediye başkanının görevden alınmasını gerektirdiği ileri sürülen olguların varlığını; 1906’da ise, *Abadie* kararıyla,⁵³⁷ bir hastaneye yapılan bağışlamanın kabulüne ilişkin kararnamede yer alan doğal mirasçılarının malvarlığı durumuna ilişkin bilgilerin gerçeği yansıtılıp yansıtılmadığını incelemeyi reddeden Konsey, 1907 tarihli *Monod* kararıyla⁵³⁸ yorumunu değiştirmiştir. İçişleri bakanlığında görev yapmaktayken kararname ile

⁵³⁵ **Türk Hukuk Lûgati**, (haz. Türk Hukuk Kurumu), 3. bası, Başbakanlık Mevzuat Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 461; Tahsin Saraç, **Büyük Fransızca Türkçe Sözlük**, 5. bası, Adam Yayınları, Eylül 1994, s. 921.

⁵³⁶ *Crozals*, 02.06.1905, **Rec.**, s. 493.

⁵³⁷ *Abadie*, 23.02.1906, **Rec.**, s. 192.

⁵³⁸ *Monod*, 28.06.1907, **Rec.**, s. 616. Devlet Konseyi çok daha önce, *Bonduelle* kararıyla, maddi olguların varlığını ve yeterliliğini incelemişse de, karar bir istisna olarak kalmıştır. *Bonduelle*, 01.12.1899, **Rec.**, s. 688.

emekliye sevk edilen bir müdür, idareden istemde bulunmadığını ileri sürmüştür. Gerçekte, idare, davacının özlük haklarını nezaketen vermek amacıyla böyle bir istem varmış gibi göstererek işlemin maddi ve manevi sonuçlarını hafifletmeye çalışmıştır. Konsey, istem yokluğunu dava konusu kararnameyi sakatlayacak nitelikte görmediğinden iptal etmemişse de, kararnamede belirtilen olguyu sabit kabul etmek yerine, olgunun varlığının incelemesine de girmiştir. Bu tarihten sonraki kararlarında, işlemin temelini oluşturan olguların gerçekte mevcut olmadığını saptadığı takdirde, “yasanın ihlali” ya da “yetki aşımı” formülüyle hüküm kurarak iptal kararı vermeye başlamıştır.

19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren, yetki aşımı başvurusu ile çekişmeli başvuru arasındaki sınırların giderek silinmesi, yetki aşımı başvurusunun 1800’lerdeki istisnai niteliğini kaybederek temel idari dava türüne evrilmesi,⁵³⁹ Devlet Konseyi’nin maddi olguları araştırmasını hızlandırıcı bir rol oynamıştır. Çekişmeli başvurularda, yasaya aykırılık iddiasıyla birlikte, maddi olguların varlığı ve değeri de incelenebilirken, bu döneme kadar, yetki aşımı başvurusunu inceleyen yargıcın yetkileri, çekişmeli başvuruyu inceleyen yargıcın oldukça gerisinde kalmıştır. Üstelik yetki aşımı başvurusu, ağır kabul edilebilirlik koşullarına bağlanmış, ancak başka bir yargı yolu bulunmadığında devreye girebilen istisnai bir yargı yolu olmuştur.⁵⁴⁰ 19. yüzyılın sonunda hükümet komiserleri, yetki aşımı başvurusunun çekişmeli başvurunun alanına taşarak genişlemesinin de etkisiyle, yargıcın çekişmeli başvurularda sahip olduğu yetkileri örnekseyerek,⁵⁴¹ öznel hak ihlali iddiasıyla sınırlı da olsa maddi olguları da araştırmaya başlamışlardır. Bununla birlikte, maddi olguların denetiminin yetki aşımı başvurusu içindeki yerini temellendirebilmek için yetki aşımı başvurusunun kökenleri itibariyle hiyerarşik başvurudan türediğini hatırlatma gereği duymuşlardır. Böylece,

⁵³⁹ **supra.** Bölüm II / Başlık I-B, “Yetki Aşımından Yasaya Aykırılık Düşüncesine Zorlu Geçiş”.

⁵⁴⁰ Alibert, **Le contrôle juridictionnel de l’administration...**, 1926, s. 37.

⁵⁴¹ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 56.

Devlet Konseyi kazanmaya başladığı yeni bir yetkiyi, tarihsel devamlılık izlenimi yaratmak suretiyle, üst makamın gerçekleştirdiği fakat farkı *a posteriori* devreye girmek olan yargı denetiminin verdiği bir olanak gibi yansıtabilmiştir.⁵⁴²

20. yüzyılın ilk on yılında, idarenin aşırı siyasallaşmasının yarattığı gerilimi gidermek için yasalara eklenen işlemlerin gerekçelendirilmesi zorunluluğuna ilişkin hükümler de, idari yargının maddi olguları denetlemesini teşvik etmiştir. Hükümeti sadakatle temsil eden valilerin vesayet yetkisi aracılığıyla kamu idarelerinin işlerine müdahalesi, merkez ile yerel yönetimler arasında bir yarılmaya yol açmıştır. İdareyi kangren ettiği ve infial yarattığı ileri sürülen vesayet yetkisinin itibarsızlaşması karşısında, Devlet Konseyi'nin uzlaştırıcı bir işlev üstlenmesi beklentisi oluşmuştur. Dönemin siyasal çatışma alanlarında idari işlemleri önceleyen süreci denetleme ihtiyacı, daha çarpıcı şekilde kendini göstermiştir.⁵⁴³ Söz konusu ihtiyaç, özellikle belediye başkanlarının görevden alınması ya da geçici olarak görevden uzaklaştırılması, belediye meclislerinin feshi ya da kararlarının iptali, kamu görevlilerine uygulanan disiplin yaptırımları, kamu hizmetine giriş, liyakatsiz yükseltme ve inanç özgürlüğünün sınırlanması gibi konularda, olguların denetimini kabul edilebilir kılmıştır. İdarenin kendi yetkisinin maddi koşulları oluşmadan karar almasını önlemek amacıyla, gerekçe gösterme yükümlülüğü getiren yasalar çoğalmıştır. Tüm idari işlemler bakımından genel nitelikte bir gerekçelendirme yükümlülüğünden söz edilemese de, başta 1905 tarihli Kilise ile devleti ayıran Yasadaki ve 1908'de değişiklik geçiren Belediye Yasası'ndakiler olmak üzere, çatışmalı alanlarda bu ilkeyi taşıyan pek çok yasa hükmü, olguların denetiminin önünü açmıştır. Konsey, yasamanın genel eğiliminden destek alarak, gerekçelendirme yükümlülüğünü yalnızca şekil kurallarıyla ilişkilendirmek yerine, ondan işlemin esasına

⁵⁴² **Ibid.**, s. 57 vd.

⁵⁴³ **Ibid.**, s. 53, 54.

ilişkin bir şart yaratabilmiştir.⁵⁴⁴ Daha önce belirttiğimiz gibi, uzun süre gerekçe ile işlemi önceleyen olguları karıştıran, aslında işlemin ardındaki olguları değil gerekçesini arayan Devlet Konseyi, olguları denetleme yetkisini gerekçe gösterme yükümlülüğü bulunmayan işlemlere de yaymıştır. Öncelikle, herhangi bir yükümlülük söz konusu olmadığı halde, idarenin işlemi kendiliğinden gerekçelendirebilmesi böyle bir olanak yaratmıştır. Bir sonraki aşamada ise, Konsey, gerekçenin işlem gövdesindeki ya da dava dosyasındaki varlığını da yeterli bulmayarak; gerekçenin gerçekliğinin de araştırılması gerektiği, bunun ise ancak olguların varlığının ve hukuksal değerinin irdelenmesiyle mümkün olabileceği yaklaşımını benimsemiştir.

Söz konusu yaklaşım, Devlet Konseyi'nin 1912 ile 1916 arasında, “olgu gerçekleşmemişse, işlem gerekçesizdir” sonucuna vardığı üç kararda görülebilmektedir.⁵⁴⁵ Ancak, idari makamların değerlendirdiği olguların varlığının ve değerinin yargı organlarınca bir kez daha sınanamayacağı düşüncesi, olguların denetleyebileceğini açıkça ilk kez kabul ettiği 1907 tarihli *Monod* kararından sonra da zayıflayarak etkisini sürdürmüştür. Bunda, yasaların özel görevli bazı komisyonlara maddi olguları değerlendirmek konusunda “son sözü söyleme, kesin karar verme” yetkisi tanımış olmasının payı bulunmaktadır. Komisyonların idari nitelik taşıdığından şüphe duyulmamasına rağmen, Konsey, söz konusu komisyonlar ile kendisi arasında, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasındakine benzer bir görev dağılımının bulunduğu yorumunu çıkarmıştır. Özel görevli idari komisyonların kararlarına karşı “olgunun değerlendirilmesinde hata” iddiası ileri sürüldüğünde, kendisini ilk derece mahkemesinin yerine geçerek maddi olguları re'sen araştırma yetkisinden yoksun bir kanun yolu mercii gibi konumlandırmıştır. O yüzden, Yargıtay'ın temyiz yargılamasında uymak zorunda olduğu sınırları kendisine de çizmek suretiyle, maddi olgular konusunda

⁵⁴⁴ **Ibid.**, s. 59.

⁵⁴⁵ *Boisselet*, 26.06.1912, **Rec.**, s. 740; *Mourguès*, 31.10.1913, **Rec.**, s. 1041; *Camino*, 14.01.1916, **Rec.**, s. 15.

son sözü söyleme, kesin karar verme yetkisi bulunmayan idari makamlar karşısında bile, maddi olguları yeniden sınamaktan kaçınmıştır.

Yaklaşık 1907'ye kadar, hukuka aykırılık, olgulardan ayrılmış iradi görüngünün soyut hukuk kuralına aykırılığıdır. Hukuka aykırılık, bu haliyle hukukta hata kavramına (*erreur de droit*) karşılık geldiğinden, olguda hatanın (*erreur de fait*) da bir hukuksallık sorununa dönüştürülmesi gerekmiştir. Olguların hukuka bağlanmasıyla, kâğıt üzerinde dondurulmuş irade açıklaması ile nesnel hukuk düzeninin kuralları arasında basitçe karşılaştırmadan öte, bu ikisinde de görünmeyen, çünkü gerçekte hiç var olmayan ya da yanlış değerlendirme sonucu varlık atfedilen olgular işlemin geçerliliğini etkileyebilmiştir. 1910 ile Devlet Konseyi'nin "hukuksal sebep yokluğu"na dayanmaya başladığı 1922 yılları arasındaki içtihadın akışına bakıldığında⁵⁴⁶, idarenin olguları çarpıtmasının aslında yasayı çarpıtması (ihlal etmesi) sonucu doğurduğu şeklinde bir yorum geliştirerek maddi olguların denetimini hukuksallık denetimine evriltmeye çalıştığı görülmektedir. İradenin oluşum sürecinin karmaşıklığı nedeniyle, yasanın yanlış uygulanmasının olguların hatalı değerlendirilmesinden kaynaklanabileceği düşüncesini iptal davasının yerleşik kalıpları içinde kuramsal temele oturtmak kolay olmamıştır. İşlemden dondurulmuş irade açıklamasında açıkça görünmeyen maddi gerçekliğe hukuksal değer yüklenmesi, yetki aşımının yasaya aykırılığı da kat ederek hukuka aykırılık denetimine doğru uzanmasını sağlayan bir gelişmedir.

1907'ten itibaren, Devlet Konseyi'nin olguları aksamalarla da olsa denetlemeye başlaması, öğretiyi yetki aşımındaki bu genişlemenin yeni bir iptal nedeni olarak mı tanımlanacağı yoksa daha önce tanımlanan iptal nedenleri içinde mi değerlendirileceği tartışmasına çekmiştir. 20. yüzyılın ilk çeyreğinde, Laferrière'in eseri olan dördü

⁵⁴⁶ İchtihadın akışı Hauriou ve Bonnard'ın eserlerinden izlenebilmektedir: Maurice Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc, Notes d'arrêts...*, tome 2, 1929, s. 383-384; Roger Bonnard, "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir", **RD. publ.**, 1923, s. 374-377.

tipolojinin (yetkisizlik, şekil sakatlığı, yasanın ve kazanılmış hakların ihlali, yetki saptırması) temel yapısının korunduğu söylenebilirse de, olgunlaşmakta ve yaygınlaşmakta olan davalık hallerin tamamını, özellikle de olguların denetimini içermek bakımından zaafı bulunduğu fark edilmiştir.⁵⁴⁷ Bunun yanı sıra, iptal nedenlerinin Fransa’da hiçbir zaman yasalaşmaması, pek çok kuramcının işlemdeki sayrılıkları farklı sınıflandırmalarla kavramasına olanak tanımıştır.

Jèze⁵⁴⁸ ve Hauriou⁵⁴⁹, Devlet Konseyi kararları üzerine kaleme aldıkları notlarında, olguda hata (*erreur de fait*) adı altında yeni bir iptal nedeni tanımak gerektiğini savunmaktadır. 1917’de “yetki aşımı türleri yasaya aykırılığa indirgenmeye devam edilirse, ileride yetki aşımı başvurusunun (iptal davasının) adını yasanın ihlali nedeniyle başvuru ya da yasallık denetimi başvurusu olarak değiştirmek gerekeceği” eleştirisini getiren Hauriou⁵⁵⁰, 1927’den itibaren olguda hatayı yasanın ihlali içinde ele almayı seçmiştir.⁵⁵¹ Bonnard ise, olguda hata kavramına olgunun yasayla bağdaşmayacak şekilde yanlış nitelenmesi durumunu dışarıda bıraktığı düşüncesiyle karşı çıkmış, maddi olgulara ilişkin hukuka aykırılığı, işlemi önceleyen olguların “maddi bakımdan yokluğu” ve “yasal bakımdan yokluğu” olmak üzere yeni kavramlarla tanımlamıştır.⁵⁵² İdari işlemin dayanması gereken maddi olgunun yasadaki gösterilmediği, gerçekte de var olmadığı durumda, Duguit ve Jèze idarenin takdirini yetkiye ilişkin sayarken, Hauriou sebep, Bonnard ise konu bağlamında değerlendirmiştir.

⁵⁴⁷ Jèze, 1910’da dörtlü tipolojiye karşı itirazı şöyle not düşmektedir: “Laferrière’den sonra, öğreti tüm yetki aşımı hallerini dört kategoriye sokmaya çalışmıştır (...). Yalnızca doğruluğa zarar vermek pahasına da olsa, bunu başaramamıştır. Yasanın ihlali de bir yetkisizlik hali ya da yetkisizlik de yasanın ihlali değilmiş gibi, yetkisizlik ile yasanın ve kazanılmış hakların ihlali için geniş, bazen anlaşılmaz sütunlar ayırmak gerekmiştir. Kendi adıma bu dar ve eskimiş sınıflandırmayı vargüçümle reddediyorum.” Gaston Jèze, “De l’erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir”, CE 13.5.1910, *Dessay*, **RD. publ.**, 1911, s. 286-287.

⁵⁴⁸ **Ibid.**, s. 286-291.

⁵⁴⁹ Maurice Hauriou, note sous CE 4.4.1914 *Gomel*, **Note d’arrêts...**, tome 2, s. 372-388 (**Sirey**, 1917, III, s. 25).

⁵⁵⁰ **Ibid.**, s. 374.

⁵⁵¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, 11^e édition, Sirey, Paris, 1927, s. 429; note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 380-388; note sous CE 27.3.1925, *Mariani*, **Notes d’arrêts...**, tome 2, 1929, s. 388-391.

⁵⁵² Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 105.

1910’lu yıllarda Jèze⁵⁵³ ve Hauriou’nun⁵⁵⁴ olguların yokluğunun ve yasaya aykırı değerlendirilmesinin nasıl davalık hal oluşturabileceğini açıklamaya çalışan karar notları, 1920’li yıllarda Bonnard⁵⁵⁵ ve Hauriou’nun⁵⁵⁶ iradenin oluşum sürecindeki olgulara hukuksal değer kazandıran eserleri, maddi gerçekliğin hukuk düzenine taşınmasının kuramsal başlangıcı olarak görülebilir. Böylece, idare hukuku öğretisi, özel hukukun kendisine göre daha köklü, Roma hukukunun izlerini taşıyan sebep ve saik kuramlarını kendisine kaynak almasına rağmen, işlemlerin sebebinden soyutluğunun kurala dönüşme eğilimi gösterdiği modern özel hukukun aksine, idari işlemleri sebeplendirme ve amaçlandırma yoluna girmiştir. İdari işlemlerde sebep ve amaç, beslendiği kaynağa benzemek yerine ondan uzaklaşarak gelişmiştir. İradi görüngünün çözümlenmesi, unsurlarla ayrıştırılması, bir yandan unsurlar arasındaki bağıntıyı görmeyi kolaylaştırmış, diğer yandan iradi görüngünün dayandığı maddi ve psikolojik olguları onun aldığı biçimin (iradi görüngü olarak işlemin) ötesinde kavranabilir kılmıştır.

1920’den sonra, Bonnard ve Hauriou, Devlet Konseyi kararlarını işleyerek idareyi işlem yapmaya sevk eden sebeplerin kuramını oluşturmuştur. İradenin çözümlenmesi yoluyla onu işlem olarak yapılandıran söz konusu çalışmalar, takdir yetkisinin yetki aşımı kavramınca nasıl içerilebileceğini açıklığa kavuşturmuş, aynı zamanda yerindelik düzeyine varmayan fakat yasaya uygunluk ile sınırlı olmayan bir denetimin alanını belirlemiştir.

⁵⁵³ Jèze, “De l’erreur de fait...”, CE 13.5.1910, *Dessay*, 1911, s. 286-291.

⁵⁵⁴ Hauriou, note sous CE 4.4.1914, *Gomel*, 1929, s. 372-388.

⁵⁵⁵ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 387.

⁵⁵⁶ Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 380-388; note sous CE 27.3.1925, *Mariani*, 1929, s. 388-391.

1926'a gelindiğinde, Alibert, Yargıtay'ın olguları değerlendirmekteki mutlak yetkisizliği karşısında⁵⁵⁷, iptal davası yargıcının hukuk ile olguyu birbirinden ayırmamasını, hukuk kuralının ne olduğunu daima olgular ışığında söylemesini olağan karşılamaktadır:

“Devlet Konseyi iptal davası yargıcı olarak karar verirken, yasama iradesine saygı gösterilmesini sağlamaktan ibaret bir işlev üstlenen Yargıtay'ın aksine, hukuk kuralına egemendir. Hatta bazen, yetki saptırması, hukukta ya da olguda hata kuramlarında olduğu gibi, hukuk kuralını yorum yoluyla yeniden yaratma yetkisine de sahiptir.⁵⁵⁸

İdarenin işlemine dayanak olarak sunduğu olguları sabit veri kabul etme eğilimi gösteren ya da re'sen araştırmaya başvurmayarak iradi görüngüyü aşan verileri ispat yükünü davacıya yükleyen Devlet Konseyi'nin olguların yargıçlığını üstlenip üstlenmemekteki tereddütünün kırılması, adli yargıcın yoksun olduğu re'sen araştırma yetkilerini keşfederek sahiplenmesinin en önemli aşamalarından biri olarak görülmelidir.

1. Bonnard: İşlemin Unsurlarına Ayrıştırılarak Çözülmesi

Bonnard tarafından geliştirilen tipoloji, idari işlemin unsurlarına ayrıştırılması üzerine kuruludur; işlemin her unsuruna bir hukuka uygunluk koşulu karşılık gelmektedir. Bonnard'ın iptal nedenlerini sınıflandırma yöntemi işlemi öncül veriler-konu-amaç (*motifs-objet-but*) unsurlarına ayırtırmaya dayalıdır. Bonnard, 1923'ten sonra, bu üçüne, işlemin dördüncü unsuru olarak irade açıklamasını (*déclaration de volonté*)

⁵⁵⁷ “Olguların değerlendirilmesi, tümüyle Yargıtay'ın yetkisi dışındadır. Yargıtay, bozulması talep edilen karardaki olgulara sabit gözüyle bakmalıdır ve kendisini esasa bakan yargıçların yasayı olgulara doğru uygulayıp uygulamadığını incelemekle sınırlanmalıdır. İlke o denli katıdır ki, hukuk ile olgunun birbirine karıştığı iddiaları kabul edilemezlik gerekçesiyle reddetmelidir. Hukuk ile olgunun ayrıştırılması olanaksız olduğundan, Mahkeme, kısmen de olsa nedensel olgular hakkında karar verme ve kendi yetkisinin sınırlarını ihlal etme kaygısıyla bu gibi iddialardan uzak durmalıdır.” Alibert, **Le contrôle juridictionnel de l'administration...**, 1926, s. 29-30.

⁵⁵⁸ **Ibid.**, s. 33.

eklemiştir.⁵⁵⁹ Sayılan üç unsur arasında bağıntıyı kurmayı da ihmal etmemiştir; takdir yetkisini yalnızca işlemin konusunda bulmakla birlikte⁵⁶⁰, öncül veriler ile işlemin konusu arasında uyumun gerekliliğine dikkat çekmiştir. İdari işlemin anatomisinin çıkarılması doğrultusunda ilk kapsamlı girişim Bonnard'dan gelmiştir.

Bonnard'ın çözümleme yönteminin ilk kez 1923'te yayınlanan makalesinde⁵⁶¹ belirgin biçimde uygulandığı görülmektedir. Makalesindeki sorunsal, takdir yetkisinin hangi unsurda gizlendiğini bulup çıkarmaktır. Bonnard, işlemi unsurlarına ayrıştırma ve daha sonra iradenin oluşum sürecini çözümleme yöntemine bu amaçla başvurmuştur. Böylelikle, takdir yetkisinin denetiminin iptal davasında yargıca tanınan yetkilerle bağdaşmadığı, davanın yapısını bozduğu doğrultusundaki eski anlayışa karşılık, denetimin hâlâ hukuka uygunluk çerçevesi içinde kaldığını, yerindelik denetimine taşmadığını kanıtlama olanağı bulacaktır.

Bonnard'ın makalesi, Duguit'nin yönteminden izler taşımaktadır. Bonnard da Duguit gibi iradenin oluşum sürecini çözümlenmiştir. Duguit, iradi görüngüyü incelerken hukuk biliminin sınırlarını aşarak psikoloji çalışmalarına yönelmiştir. Eserlerinde, görüşlerini desteklemek için bu çalışmalara pek çok kez göndermede bulunmuştur.⁵⁶² Bonnard için, Duguit gerektiğinde salt hukuksal bir yaklaşımı benimseyerek uzaklaşabileceği bir esin kaynağıdır. Duguit, psikolojiden yararlanarak iradi süreci kişide işlem yapma istencinin oluşumu ile başlatırken, Bonnard, Duguit'nin hukuksal işlem tanımını aynen

⁵⁵⁹ “Her türlü insan davranışı gibi, hukuksal işlem dört unsura ayrıştırılabilir: öncül veriler, konu, amaç ve irade açıklaması.” Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 28.

⁵⁶⁰ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 363 vd.; **Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif comparé**, Librairie Delagrave, Paris, 1934, s. 58-59.

⁵⁶¹ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 363-392.

⁵⁶² Léon Duguit, **Traité de constitutionnel**, tome 1, 3^e édition, Fontemoing, Paris, 1927-1930, s. 316-318; Duguit'nin eserlerinde psikoloji çalışmalarına göndermeleri saptayan: Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 99.

devralmasının hemen ardından⁵⁶³ iradenin geçirdiği psikolojik evrelerle ilgilenmeyerek, takdir yetkisini işlemin unsurlarında aramayı seçmiştir.

Bonnard'ın işlemin üç unsurundan biri saydığı *motif*, Jèze⁵⁶⁴, Duguit⁵⁶⁵ ve Ihering⁵⁶⁶'in eserlerinde de işlenmiştir. Fransız yazınında, genel olarak, sebep, saik, amaç veya gerekçeden herhangi birini ifade edercesine *motif* terimi kullanılabilir. *Motif* teriminin geçtiği her yerde, Türkçe'ye çevirmek amacıyla “güdü, saik, neden, sebep, gerekçe” gibi sözlük terimlerinden yalnızca birini seçmek anlamını bozma sakıncası taşımaktadır. Adını andığımız dört yazar için ortak olan *motif*, hangi yazar tarafından kullanıldığına bağlı olarak farklı anlam taşımakta; işlemin farklı unsurlarıyla ilişkilendirilmektedir. Söz konusu farklılıklar, her bir yazarın *motif* kavramına verdiği özgül anlamı en doğru biçimde yansıtabilmek amacıyla yazara göre değişen birden fazla Türkçe kavram karşılığı bulmayı zorunlu kılmaktadır.

Bonnard'ın kullandığı *motif* kavramının anlamını tam olarak vereceği düşüncesiyle, idari işlemin “öncül verileri” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

Bonnard'ın idari işlem kuramında *motif*, bugün sebep olarak adlandırdığımız unsura çok yakındır. Yine de Bonnard'dan bahsederken *motif* yerine sebebi koymak doğru olmayacaktır. Çünkü Bonnard'ın görüşlerini geliştirdiği tarihlerde, Devlet Konseyi kararı önceleyen olguları “hukuksal sebep” olarak adlandırsa da⁵⁶⁷, idari işlemler için sebep unsurunu Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan “borcun hukuksal sebebinin

⁵⁶³ “Hukuksal işlem, Duguit'nin söylediği gibi (*Traité de droit constitutionnel*, tome 2: *La théorie générale de l'État (Éléments, fonctions et organes de l'État)*, 2^e édition, éd. Fontemoing - E. de Bocard, Paris, 1923, s. 219), hukuk düzeninde değişiklik doğurmak amacıyla, hukuksal etki doğurmak üzere ortaya çıkan her türlü iradi işlemdir.” Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 368.

⁵⁶⁴ Gaston Jèze, “Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants”, *RD. publ.*, s. 377-444.

⁵⁶⁵ Léon Duguit, “Le motif impulsif et le but déterminant dans l'acte juridique de droit public. La jurisprudence du Conseil d'État français”, *Revue internationale de la théorie du droit*, tome I, 1926-1927, s. 227-239; *Traité de droit constitutionnel*, tome 1: *La règle de droit - Le problème de l'État*, 2^e édition, éd. Fontemoing - E. de Bocard, Paris, 1921, s. 249 vd., 284 vd.; 3^e édition, Fontemoing - E. de Bocard, Paris, 1927-1930, s. 316 vd.

⁵⁶⁶ Ihering, *L'évolution du droit*, 1901.

⁵⁶⁷ CE 20.1.1922, *Trépoint*, *RD. publ.*, tome 39, année 39, 1922, s. 88 vd.

bulunması” ilkesinden çıkarmaktadır. Bonnard, özel hukuk kuramında hâlâ belirsizliğini koruyan sebep fikrinin idare hukuku için korunamayacağı kanaatindedir. Kendisinin anladığı biçimiyle *motif*’in özel hukuk kökenli kavramlardan ne sebebe, ne de saike denk düştüğünü ifade etmiştir.⁵⁶⁸ Özel hukuk öğretisinin sebep ve saik hakkındaki tartışmalarının dışında kalmak istediğini özellikle vurgulamıştır.⁵⁶⁹ Bonnard’ın açık reddi karşısında, *motif* kavramına sebep ve saikten başka bir Türkçe kavram bulmak zorunludur. Üstelik, *motif*’i, saik olarak Türkçeleştirmek Bonnard’ın ona kazandırdığı anlamı daraltabilecektir. Hukukta saik, yalnızca iradenin dışavurumunu önceleyen psikolojik süreci çağrıştırmaktadır. Oysa Bonnard, maddi olguları da *motif* içinde incelemiştir. Tüm bu gerekçelerle, *motif*’i “öncül veriler” olarak Türkçeleştirmek çok daha uygun olacaktır.

Öte yandan, Bonnard, işlemden önce bazı verilerin mevcut olması zorunluluğunu gerekçe zorunluluğu ile karıştırmamak gerektiğinin de üzerinde durmuştur: “Gerekçe zorunluluğu öngören yasa, öncül verilerin varlığına değil yalnızca açıklanmasına ilişkin bir kural içermektedir.”⁵⁷⁰ Şüphesiz, gerekçe zorunluluğu öncül verilerin denetimini sağlamaya yöneliktir. Bonnard gerekçe ile sebep arasındaki ayrımları belirginleştirerek, gerekçenin sunulmuş olmasının öncül verilerin varlığını kesin olarak doğrulamayacağını, gerekçenin gerçekte mevcut olmayan öncül verilerin yerini almayacağını, yasada gerekçe zorunluluğuna yer verilmemiş olsa bile, yargıcın öncül verileri araştırma yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağını açıklamaktadır. Böylece, aslında işlemin ardındaki olguları değil, gerekçesini arayan, iderenin kendiliğinden ya da gerekçe yükümlülüğü uyarınca gerekçelendirdiği işlemlerde, gerekçede geçen maddi olguların gerçekliğini sorgulamaya girişmeyen Devlet Konseyi’nin aksine, Bonnard, 1923’te, gerekçe ile işlemi önceleyen veriler arasındaki sınırı çizmiş bulunmaktadır.

⁵⁶⁸ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 387.

⁵⁶⁹ Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 28, dn. 1.

⁵⁷⁰ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 388.

Bonnard, işlemin öncüllerini kastetmek üzere *motif* terimini benimsediğini, bu terimin anlatmaya çalıştıklarını karşılamaya en elverişli terim olduğunu bizzat ifade etmiştir. Ancak tüm yazarlar *motif* terimine Bonnard'daki anlamı vermediğinin farkında olduğundan, kendi kullanımından biraz şüphe de etmiştir. Devlet Konseyi ve Duguit, Jèze gibi bazı yazarlar, kendisinden farklı olarak, yalnızca işlemi önceleyen verileri değil; amaç gibi işlemi izleyen verileri, bir bakıma işlemden gerçekleştirmesi beklenenleri de *motif* kavramı altında toplamıştır.⁵⁷¹ Duguit, *motif*'i psikolojik özellikler yüklediği amaç ile ilişkilendirmiştir. Duguit'nin işlem kuramında *motif*, kişide psikolojik olarak işlem yapma güdüsünü harekete geçiren dışsal olgulardır (*motifs impulsifs*).⁵⁷² Olguların işleme dışsal niteliğini savunan Duguit, bunların işlemin hukuksal değeri üzerinde etkisi bulunmadığı görüşüne ulaşmıştır.⁵⁷³ Jèze, özel hukukun “psikolojik ve kişisel güdü” olarak tanımladığı saiki idari işlemlere uyarlamıştır.⁵⁷⁴ Bonnard ise, Duguit ile Jèze'in aksine, öncül verilerin kişinin ruh halinden ibaret bulunduğunu açıkça reddetmiştir.⁵⁷⁵ Daha önce, başka yazarlarca da kullanılan *motif* kavramını işlemin unsuruna dönüştürerek ona yeni bir tanım kazandırmıştır:

“Her hukuki işlemin temelinde onu harekete geçiren, varlık nedenini oluşturan bir öncül veri (durum, hukuksal işlem ya da maddi fiil) yatar.”⁵⁷⁶

Bonnard'ın öncül veri kavramının içeriğini “durum, hukuksal işlem ya da maddi fiil” olarak açması; öncül verileri psişik yönlerinden arındırdığı ve böylece onları hukuken kavranabilir, işleme dışsal olmayan, aksine işlemin içeriğini belirleyen bir unsur olarak kodladığını göstermektedir. Bonnard'a göre, burada saf ussal bir ilke geçerlidir:

⁵⁷¹ **Ibid.**, s. 369, dn. 1.

⁵⁷² Duguit, “dış etkiler (*influences extérieures*)” kavramını kullanan Ihering'den esinlenmiştir. Ihering, **L'évolution du droit**, 1901, s. 7 vd.

⁵⁷³ Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, tome 1, 1927-1930, s. 332.

⁵⁷⁴ Jèze, “Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants”, 1922, s. 377-444.

⁵⁷⁵ Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 28.

⁵⁷⁶ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 369, dn. 1; **Le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934, s. 58.

“Hiçbir yasal düzenleme bulunmasa bile, tüm işlemlerin öncül veriye sahip olması zorunluluğu, ussal bir hukuk ilkesinden çıkarılabilir. Öncül veri olmadan davranmak ya da işlemi öncül verisinden ayırmak kaçıklara özgüdür.”⁵⁷⁷

Ussal ilke uyarınca, öncül veri, işlemin kendisinden de önce, fakat onu oluşturacak bir unsur olarak ortaya çıktığından, “işlemin ilk unsuru” olarak adlandırılmaktadır.⁵⁷⁸ İşlemden, öncül verilerden yola çıkılmakta, amaca erişmek için konudan geçilmektedir.⁵⁷⁹ Bonnard’ın bu benzetmesi uyarınca, işlemi izleyen unsur olarak amaç, onu önceleyen verilerden açıkça ayrılmaktadır.

Bonnard’ın idari işlem kuramı, öncül verilerin hukuksal ve maddi varlığının yanı sıra değerlerinin de araştırılması gereğini içermektedir:

“Hukuksal işlemin oluşum sürecinde, ilk zihinsel faaliyet öncül verilerin açık seçik kavranmasıdır. Bu sırada, öncül verilerin var olup olmadığı değerlendirmeye tâbi tutulur. Söz konusu değerlendirme maddi varlığın algısı yönünden sakatlanmışsa olguda hata (*erreur de fait*), hukuki varlığın algısı yönünden sakatlanmışsa hukuki hata (*erreur de droit*) ortaya çıkar.”⁵⁸⁰

Bonnard, hukuksal hata ya da olguda hatanın tam olarak olguların zihinde idrak edildiği aşamada gerçekleştiğini ileri sürmüştür. Öncül verilerin değerinin ölçülmesi, her birinin özelliklerinin sınanması, maddi ve hukuksal bakımdan nitelenmesi aracılığıyla gerçekleşmektedir. Zihinsel sürecin ikinci aşaması, karar almaya gerek olup olmadığının kavranmasıdır. Bununla birlikte, hukuksal işlem öncül veriler tarafından harekete geçirildiğine göre, alınacak karar daha önce varlığı ve değeri takdir edilen öncül verilerle uyumlu içerik taşımalıdır.⁵⁸¹ Konu, öncül verilere uymalıdır.

Bordeaux Okulu’ndan öznel hak kavramını reddeden üstadı Duguit’den ayrılan bir çizgide Alman öznelciliğinin etkisinde kalan Bonnard, 1923’ten sonra yayınlanan

⁵⁷⁷ Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1943, s. 105.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, s. 28.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, s. 29.

⁵⁸⁰ Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 370.

⁵⁸¹ *Ibid.*, s. 370.

eserlerinde kendi idari işlem kuramını öznel kamu hakları kuramı ile bütünleştirmiştir. Windscheid, Ihering ve Jellinek'in temsil ettiği öznelci hukuk yaklaşımının etkileri, 1932 tarihli *Yönetilenlerin Öznel Kamu Hakları* başlıklı makalesinde⁵⁸² ve Türkçe'ye de kazandırılan *İdarenin Yargısal Denetimi* adlı kitabında⁵⁸³ daha açık görülebilmektedir.⁵⁸⁴ Bonnard, öznel hakkı şöyle tanımlamaktadır:

“Öznel hak, bir nesnel hukuk kuralı uyarınca, yargıya başvuru yaptırımı altında, bir kişiyi, menfaat oluşturan bir şeyin talebiyle zorlayabilme gücüdür (*pouvoir d'exiger*).”⁵⁸⁵

Bonnard'a göre, kişiler, ancak öznel hak sayesinde, işlem yapması, işlemin ehil ve yetkili kişi tarafından, belirli şekil ve yöntemler izlenerek, belirli bir amaç doğrultusunda yapılması, işlemin gerektirdiği içeriğe ve konuya sahip olması, hukuksal etki doğurması istemleriyle zorlanabilir.⁵⁸⁶

Bonnard'ın öznel hak eksenli idari işlem kuramının en önemli katkısı, yönetilen ve idare ilişkisinde, her ikisini nesnel hukuk düzeninden kaynaklanan karşılıklı hak ve yükümlülüklerle donatılmış hukuk özneleri olarak kurmasıdır. Bonnard, öznel hakkın

⁵⁸² Roger Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, **RD. publ.**, 1932, s. 695-728.

⁵⁸³ Bonnard, **Le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934. Türkçe çeviri için bkz.: Roger Bonnard, **İdarenin Kazafı Murakabesi**, (çev. Ahmed Reşid Turnagil), İstanbul Üniversitesi Ana Bilim Kitapları Tercüme Serisi Genel no. Hukuk no. 2, İstanbul, 1939.

⁵⁸⁴ Söz konusu etkiler, Bonnard'ı “ılımlı bir öznelci” olarak niteleyebileceğimiz ölçüde güçlü değildir. Bonnard'ın öznelcilik kadar nesnelciliğin de ılımlılaştırılmış etkilerini taşıdığını söylemek daha doğru olacaktır. Öznel hakların var olup olmadığı sorusu, kamu hukukçuları arasında daha önce çok tartışılmış ve onları öznelci ve nesnelci hukuk anlayışı çizgisinde ikiye bölmüştür. Bonnard, aynı soruya cevap verirken, iki çizgiden birini desteklemek ya da yeni fikirler ortaya atmak yerine önceki görüşlerden seçici bir sentez oluşturmuştur. 1923'te yayınlanan makalesinde, üzerinde çok tartışılmış, kopuş ya da uzlaşma yaşanmış bir konuda yepyeni bir söz söylemekten çekindiğini gizlememektedir: “(...) bir öğreti hiçbir zaman tamamıyla yanlış değildir. Her öğretilerde, ne kadar itiraz edilebilir olursa olsun, daima biraz gerçeklik payı vardır. İşte bu nedenle, bir sorun uzun uzadıya tartışılmışsa, bir an geldiğinde, görüşlerin sentezi yapılabilir.” Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, 1932, s. 698. Windscheid, Ihering, Jellinek ve Michoud'nun öznel hakkın kaynağını iradenin gücü ya da korunan menfaat ile açıklayan görüşlerinden olduğu kadar, Kelsen ve Duguit'nin öznel hakkın varlığını kökten reddeden, yalnızca nesnel hukuku tanıyan görüşlerinden de yararlanmıştı. Öznel kamu haklarının var olabilirliğini, çatışan görüşlerin benimsediği yanlarını dönüştürerek, katılmadığı yanlarını ise dışarıda bırakarak göstermeye çalışmıştır.

⁵⁸⁵ Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, 1932, s. 707. “Sübjektif hak evvelâ haddi zatinde bir mütalebe salâhiyetinden müteşekkil halde görünür. Onun kendine has cevheri bundan ibarettir. Sübjektif hakkın cevheri o hakkın sahibinin başkasından bir şeyi istemekliği salâhiyetidir.” Bonnard, **İdarenin Kazafı Murakabesi**, 1939, s. 47.

⁵⁸⁶ Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, 1932, s. 709-710. Aynı yönde: **Le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934, s. 43.

hukuksal kuruluşuna, onun etkin ve edilgen öznelerini belirlemeden varılamayacağını vurgulamıştır.⁵⁸⁷ Hakkı taşıyan, kendisine malvarlığı atfedilen ya da hakkın muhatabı olan öznelerin de hukuk kişisi olarak tanımlanmasına çaba sarf etmiştir. Öznel hakkını talep eden etkin öznenin karşısına, talebi yerine getirmekle yükümlü edilgen özneyi koymuştur. Öznel hak, Bonnard'ın etkin ve edilgen hukuk öznesi olarak kurduğu iki hukuk kişisi arasındaki ilişkide kendini göstermektedir.⁵⁸⁸ Bonnard, idareyi de öznel hakkı yerine getirmekle yükümlü özne olarak düşündüğünden, hatta idare karşısında öznel kamu haklarının varlığını açıkça savunduğundan, idari işlemin unsurlarını, birer öznel hak olarak değerlendirmiştir. Bu durumda, idarenin yargısal denetiminin konusunu öznel kamu haklarının ihlaline ilişkin bir iddia oluşturmaktadır.⁵⁸⁹

Bonnard'a göre, hem işlem yapılması gerekip gerekmediğini hem de hangi içerikte bir işlem yapılması gerektiğini, yani işlemin konusunu belirleyen unsur işlemin öncül verileridir. İşlemin tüm unsurlarında olduğu gibi konusunu da bir öznel hak olarak düşünen Bonnard, "konu hakkı"nın varlığını, öncül verilerin yasa ve yönetmeliklerde gösterilip gösterilmemesinden çıkarmıştır. Öncül verilerin yasa ya da yönetmelikle açıkça saptandığı durumlarda, yani Bonnard'ın bağlı yetki olarak adlandırdığı varsayımda, idare işlem yapmaya ya da belirli bir konuda işlem yapmaya zorlanabilir.⁵⁹⁰ Takdir yetkisi varsayımında ise, idarenin işlem yapmak ya da belirli bir konuda işlem yapmak yükümlülüğü bulunmadığını, dolayısıyla, öznel hakkın varlığından söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁵⁹¹ Kısaca, Bonnard, takdir yetkisinin bulunmamasını öznel hakkın varlığının bir koşulu olarak değerlendirmiştir. Bununla beraber, öncül verilerin yasada gösterildiği her durumu da konuya ilişkin öznel hak doğurmak için yeterli görmemiştir. Yetkinin niteliğini saptamak için bir ölçüt bulma arayışında olan

⁵⁸⁷ "Bir hakkı hukuken inşa etmek, bu hakkın hukuken aktif veya pasif sahibinin kim olduğunu belirlemektir." Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, s. 54.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, s. 43.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, s. 51.

⁵⁹⁰ Bonnard, "Les droits publics subjectifs des administrés", 1932, s. 709-710.

⁵⁹¹ Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, s. 57, 58, 61.

Bonnard, yasa ve yönetmeliğin belirsiz ifadelerinin yorum güçlüğü doğurabileceğini de göz önünde bulundurmıştır. Yorum güçlüğü'nün nasıl üstesinden gelinebileceğini düşünürken, “özel hakkın doğabilmesi için, öncül veriler yasa ya da yönetmelikte hangi açıklık derecesinde gösterilmiş olmalıdır?” sorusunu sormuştur. Yasa ya da yönetmelikteki belirleme, yalnızca maddi olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasını yeterli sayıyorsa, özel hak doğurmaya yeterli öncül verinin bulunduğunu; belirleme, bunun ötesinde, öncül verilerin niteliğinin ve değerinin de irdelenmesini gerektiriyorsa özel hakkın doğmayacağını kabul etmiştir.⁵⁹² Hatta yasa ile yönetmelik ifadelerinin son derece belirsiz olmasını, öncül verilerin neredeyse hiç belirlenmemesiyle eşdeğer tutmuştur. Anlaşılması çok güç olan yasa ve yönetmelik ifadeleri, Bonnard'ı yine takdir yetkisinin varlığı, dolayısıyla özel hakkın yokluğu tespitine götürmüştür.⁵⁹³

Bonnard, 1932'de temellerini attığı idari işlemin unsurlarını özel haklarla birleştirme yaklaşımını, sonraki tarihli eserlerinde de korumuştur. 1934'te özel hakkı öldüren takdir yetkisinin konusunun ne olduğunu sorgularken, yine işlemi unsurlarına ayrıştırma yolunu izlemiş ve takdir yetkisinin konusunun işlemin konusunun aynısı olduğu sonucuna varmıştır.⁵⁹⁴

Kitabının 1943 tarihli basısında ise, iptal nedenlerini “Yönetilenlerin İdari İşlemlerin Hukuka Uygunluğu'na İlişkin Özel Hakları” başlığı altında incelemiştir.⁵⁹⁵ İşlemin beş unsurunun her birine karşılık gelmek üzere beş özel hak sıralamıştır: Yetki hakkı, şekil hakkı, öncül veriler hakkı, konu hakkı, amaç hakkı.⁵⁹⁶ Her unsura bir özel hak karşılık geldiği gibi, sayılan özel hakların ihlali de bir hukuka aykırılık kategorisine

⁵⁹² Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, 1932, s. 714; Bonnard, **Le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934, s. 57, 62.

⁵⁹³ Bonnard, **Le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934, s. 61.

⁵⁹⁴ **Ibid.**, s. 58.

⁵⁹⁵ Roger Bonnard, “Les droits subjectifs des administrés à la légalité des actes administratifs”, **Précis de droit administratif**, 4^e édition, LGDJ, Paris, 1943, s. 91-113.

⁵⁹⁶ Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 97.

götürmektedir: Yetkisizlik (organik hukuka aykırılık), şekil sakatlığı (biçimsel hukuka aykırılık), öncül verilerin yokluğu (maddi hukuka aykırılık), konunun ihlali (maddi hukuka aykırılık), yetki saptırması (maddi hukuka aykırılık). Bonnard'ın işlemin unsuru-özel hak ihlali-hukuka aykırılık kategorisi üçlemesinde, hukuka aykırılık da yeni bir özel hakkı doğurmaktadır. Hukuka aykırı işlemin iptali yoluyla özel hak ihlalinin giderilmesini isteyebilmek de bir özel haktır.⁵⁹⁷

Aslında, iptal davasında denetlenen hukuka aykırılığın özel hak ihlali olduğu görüşü, İkinci İmparatorluk'tan (1852'den) itibaren geriletilmiş ve yerini nesnel hukuk düzeninin ihlalden ibaret olduğu görüşüne bırakmış bulunmaktadır. Bonnard, eski yaklaşımın 1940'larda neredeyse kendisinden başka savunucusu kalmadığını bildiği halde, hem idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun hem de hukuka aykırılığın giderilmesini talep etmenin aynı zamanda birer özel hak oluşturduğunu kanıtlamaktan vazgeçmemiştir. Bonnard'ın zayıflamış bir görüşten tümüyle kopmak yerine onu geliştirmekte direnmesi, idari işlem kuramına hukuka aykırılık ve aynı zamanda özel hak kategorilerinin unsurlarda kodlandığı özgün bir yaklaşım kazandırmıştır. İdari işlemin unsurlu oluşturulması ve çözümlenmesi yaklaşımının idare hukukuna kök salmasında etkisi en görünür yazar'ın Bonnard olduğu kolaylıkla söylenebilir.

2. Hauriou: Roma Hukukunun Kategorik Sebep Kavrayışının İdari İşlemlerde Canlandırılması

Hauriou'nun iradenin çözümlenmesinde olguların hukuksal değerine ilişkin ilk çalışması, Jèze'in 1922'de⁵⁹⁸, Bonnard'ın 1923'te⁵⁹⁹ aynı konudaki görüşlerinin temellerini attıkları yazılarını yayınlamış bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda biraz daha geç tarihlidir. Devlet Konseyi'nin giderek takdir yetkisinin alanını daraltma eğilimi gösteren kararları çoğalırken, Hauriou, dört yıllık bekleyişini "söz konusu

⁵⁹⁷ **Ibid.**, s. 98.

⁵⁹⁸ Jèze, "Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants", 1922, s. 377-444.

⁵⁹⁹ Bonnard, "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...", 1923, s. 363-392.

yeniliği düşünmeye ve içtihadın sağlamlaşmasını görmeye ihtiyacı olduğu” gerekçesiyle açıklamaktadır.⁶⁰⁰ Hauriou; Jèze ve Bonnard’ın görüşlerini ikna edici bulmadığından, içtihadın seyrini izleyip Devlet Konseyi’nin kendisinin benimsediği hukuksal sebep ölçütünü yerleştirmeye başladığını gördükten sonra, söz konusu kararlar üzerine notlarını yayınlamıştır. 1922’de *Trépont*⁶⁰¹, 1923’te ise *Blanchard* kararıyla⁶⁰² “maddi yönden gerçek olmayan olgu, var olmayan hukuksal sebep” formülünü kullanmak suretiyle özel hukukun sebep kuramını uygulamaya adım atan Devlet Konseyi, 1926 yılında, *Lefranc* kararında⁶⁰³ aynı formüle üçüncü kez başvurmuştur. Hauriou, Devlet Konseyi’nin 1922’den 1926’ya kadar olguları denetlemek konusunda gösterdiği cesareti teşvik etmek istemiştir. İctihadı tutarsız bulan Bonnard’ın aksine⁶⁰⁴, Devlet Konseyi’nin özel hukuk kaynaklı sebep kuramını kullanmasına duyduğu hayranlığı gizlememiş, son dört yıllık içtihadı övgüyle sahiplenmiştir.⁶⁰⁵

Devlet Konseyi’nin özel hukuk kaynaklı sebebi akılcı bir yorumla idari işlemlere uyarlayarak olguların denetimi sorununu bir hukuka uygunluk denetimi sorununa dönüştürdüğü kanaatinde olan Hauriou,⁶⁰⁶ hukuksal sebep ölçütünü, işleme dışsal gibi görünen olguların hukuka bağlanmasını sağlayan bir araç olarak anlamıştır. Hauriou’ya göre sebep, işlem için yasal temel (*base légale*) ile eşanlamlıdır. Devlet Konseyi’nin de her iki kavramı birbirini ikame ederek kullandığını saptamıştır.⁶⁰⁷ Özel hukukun klasik sebep kuramının temel özelliğini idari işlemler için de geçerli saymıştır: “Hukuksal

⁶⁰⁰ Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 381.

⁶⁰¹ CE 20.1.1922, *Trépont*, **RD publ.**, tome 39, année 39, 1922, s. 88 vd.

⁶⁰² CE 23.3.1923, *Blanchard*, **Sirey** 1925, III, s. 51.

⁶⁰³ CE 22.1.1926, *Lefranc*, **Sirey** 1926, III, s. 25.

⁶⁰⁴ Bonnard, hukuksal sebebin yokluğuna dayanan Devlet Konseyi kararlarının, gerçekte özel hukukun sebep kuramıyla da örtüşmediğini, örtüşseydi içtihadın yön değiştireceğini gösterdikten sonra, idare hukukunda sebep fikrinin terkedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bonnard, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives...”, 1923, s. 387.

⁶⁰⁵ “Devlet Konseyi, “bu cesur formül ile, bir yandan, ileri sürülen olguların yanlışlığı nedeniyle yasanın yanlış uygulanması üzerine içtihadında biriken karanlığı dağıtmış, diğer yandan, zor olan sebep kuramını kavrayışıyla öğretiyeye ilişkin çok haklı ve doğru bir fikri dile getirmiştir.” Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 381.

⁶⁰⁶ **Ibid.**, s. 389.

⁶⁰⁷ **Ibid.**, s. 384.

sebebe nesnel; aynı kategorideki tüm işlemler için aynıdır.”⁶⁰⁸ Hauriou’ya göre, idari işlemin hukuksal etki doğurabilmesi için bir hukuksal kategoriye bağlanması şarttır. Sebep, bir işlemin hukuksal kategorisini belirleyen olgudur. Bu nedenle, idari işlemin sebebini, belirleyici olgu (*fait déterminant*) olarak adlandırmaktadır. İleri sürülen olgunun gerçekte var olmaması; işlemin hukuksal sebepten yoksun olması anlamına geldiğinden, hiçbir kategoriye bağlanamamasına, dolayısıyla hukuksal etki doğurmamasına yol açmaktadır. Hauriou, hukuksal sebebin nesnelliğini ise, kategorilerin mutlaka açık veya örtük biçimde yazılı kurallarla belirlenmiş olması ile açıklamıştır. Hukuksal sebep nesnel olduğuna ve kategoriler yasa ile belirlendiğine göre, onu “kategorik sebep” olarak nitelermeyi doğru bulmuştur.⁶⁰⁹

Hauriou, nesnel nitelik taşıyan kategorik sebebi ve onu belirleyen olguyu (*fait déterminant*), daha önce Jèze’in geliştirdiği öznel nitelikteki azmettiren saikten (*motif déterminant*)⁶¹⁰ ayırmıştır. Belirleyici olgunun yokluğunu yasanın ihlali içinde değerlendirilirken, azmettiren saik yetki saptırması kavramına götürmektedir.⁶¹¹ Bu fark, Hauriou’nun işlemin amacı ile sebebi arasındaki bağıntıyı açıklamasına da aracılık etmiştir. Hauriou böylelikle, bu iki unsurdan birindeki sakatlığın diğerini nasıl etkileyeceğini de göstermiş olmaktadır:

“(…) asıl yetki saptırması durumu, yasal kategori bakımından belirleyici olgusu gerçekte mevcut olan, fakat öznel saiki hizmetin gereklerine uygun olmayan işlemin durumudur; hukuki sebep varlığını koruyacaksa da sakat hale gelecektir ve yetki saptırması hukuka aykırı sebebin bir türü gibi görünecektir.”⁶¹²

Hauriou’nun notlarına konu ettiği kararlar içinde, Devlet Konseyi, *Trépont* kararında, ilgilinin hakkında işlem yapılması isteminin bulunmaması nedeniyle, İçişleri Bakanlığı

⁶⁰⁸ **Ibid.**, s. 386.

⁶⁰⁹ **Ibid.**, s. 386.

⁶¹⁰ **infra**. Bölüm II / Başlık I-C-3, “Jèze: Azmettiren Saik”.

⁶¹¹ Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 386.

⁶¹² **Ibid.**, s. 386.

kararını “hukuksal sebep yokluğu” gerekçesiyle iptal etmiştir.⁶¹³ *Lefranc* kararında, ilgili yürüttüğü görevin kaldırıldığı gerekçesiyle Bakanlık tarafından açığa alınmıştır; birkaç gün sonra aynı göreve başka bir kişi getirilmiştir. Konsey, idarenin kararını var olmayan maddi olgu üzerine kurduğu, yani var olmayan hukuksal sebebe dayandığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.⁶¹⁴ *Mariani* kararında ise, Mariani, sağlık durumunu ileri sürerek tam tedaviyi de içeren bir izin isteminde bulunmuştur. Mariani’nin istemin idarece reddi üzerine açtığı davada, Konsey, olgulardan ibaret bir sorunun iptal davasında incelenemeyeceği, davacının ancak tam yargı davası açabileceği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemezliği doğrultusunda karar vermiştir.⁶¹⁵

Hauriou’nun anılan kararlara getirdiği yorum uyarınca, idarenin işlemleri yasal kategorilere ayrılmaktadır. Her yasal kategori, işlemin aynı zamanda hukuksal sebebini oluşturan belirleyici olgu ile tanımlanmaktadır. Kararların değerlendirilmesiyle ulaşılan yasal kategoriler şu şekilde gösterilebilir:

yasal kategori	hukuksal sebep
istem üzerine izin	istem: izni belirleyen olgu
görevin kaldırılması nedeniyle açığa alma	görevin kaldırılması: açığa almayı belirleyen olgu
hastalık gerekçesiyle izin	hastalık: izni belirleyen olgu

İşlemleri hukuksal sebebin kazandırdığı niteliğe göre sınıflandıran Hauriou’ya göre, “Görevlinin talebi üzerine izin, izinlere ilişkin bir yasal kategorilerden biriye de, bu kategori hastalık gerekçesiyle izin ile aynı değildir; görevlinin görevin kaldırılması nedeniyle açığa alınması yine bir yasal kategori teşkil etmektedir, farklı bir yasal kategori olan göreve son verme ile karıştırılmamalıdır.”⁶¹⁶ Hauriou, sebebin (maddi olgunun) iradeyle bağıni koparmıştır. Böylece, sebebi oluşturan olgudan sınırsız sayıda

⁶¹³ CE 20.1.1922, *Trépont*, **RD publ.**, tome 39, année 39, 1922, s. 88 vd.

⁶¹⁴ CE 22.1.1926, *Lefranc*, **Sirey** 1926, III, s. 25

⁶¹⁵ CE 27.3.1925, *Mariani*, **Sirey** 1927, III, s. 57

⁶¹⁶ Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 385.

işlem kategorisi türetmiş ve hukuksal işlemlerin ortak unsuru olan iradeyi esas alan işlem sınıflandırmasını parçalamış, dağıtmıştır.⁶¹⁷

Mariani kararına ilişkin notlarında, olguların var olup olmadığının saptanmasından ibaret görünen bir tartışmanın aslında bir hukuka aykırılık sorununa dönüştüğünü kanıtlamaya çalışan Hauriou, “hukuksal durumların” da sebepli olduğunu ileri sürmüştür: İzin hukuksal sebebini oluşturan bir olgu olarak hastalık, kamu görevlisinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmıştır. Kısaca, olgulardaki değişiklik hukuksal durumda değişikliği beraberinde getirmiştir. Hukuksal durumdaki değişiklik, ilgilinin tedaviyi de içeren izne hak kazanmasıdır. Aslında davacı, yalnızca olgunun varlığının tespitini başvuru konusu etmemekte, yetki aşımı başvurusu içinde kamu görevlisinin hukuksal durumuna bağlı bir hakkın varlığını ileri sürmektedir.⁶¹⁸ Hauriou, böylece, *Lefranc* ve *Trépont* kararlarına ilişkin notları ile daha önce idari işlemlerin sebepli olduğunu göstermekle yetinmemiş, *Mariani* kararına ilişkin notları ile hakların doğumunun da sebebe dayandığını açıklığa kavuşturmuştur.

Hauriou’nun görüşlerin zeminini oluşturan “kategorik sebep” Roma hukukundan çıkarılmıştır. Roma hukukunun eski hukuk ve klasik hukuk devirlerinde, merasim niteliğinde biçimlere aşırı öncelik tanıyan bir hukuk yaklaşımı egemen olmuştur.⁶¹⁹ Gerek sözleşmeler, gerekse mülkiyetin naklini konu edinen işlemler (*mancipatio*, *in jure cessio*), gerekli biçimlere uyulması şartıyla, bunları yapanın gerçek iradesi ile ilgilenilmeksizin tam ve geçerli hukuksal etki doğurabilmiştir. İrade özerkliğinin tanınmadığı bu hukuk yaklaşımı içinde, yapmacık ve abartılı merasimlerden oluşan biçim şartları, iradenin dışavurumuna hukuksal etki kazandırmak için yeterli sayılmıştır.

⁶¹⁷ Girard, Hauriou’nun iradeyi değerden düşüren aşırı biçimsel bir idari işlem kavrayışı geliştirmiş olduğu değerlendirmesinde bulunmaktadır. Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 98.

⁶¹⁸ Hauriou, note sous CE 27.3.1925, *Mariani*, 1929, s. 389.

⁶¹⁹ Örneğin, *mancipatio*’ya benzeyen şekilci *nexum* işlemiyle, aile reisi ödünç aldığı para karşılığında fiziki varlığı ile borç altına girmektedir. *Nexum*, borca batmış aile reisinin, beş şahidin ve bir *lipripens*’in (terazi tutanın) önünde, şekilci hareket ve sözlerle kendisini borç verene satması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Villey, **Roma Hukuku - Güncelliği**, 2010, s. 131.

Biçim, kişinin hangi amaçla borç altına girdiğini, iradesinin hata, hile veya korkutma ile sakatlanıp sakatlanmadığını görünmez kılmıştır.⁶²⁰ Roma hukukunun bir sistem olarak gelişmesine koşut olarak, iradeye biçilen rol artmaya başlasa bile, irade modern hukukun ona yüklediği değere sahip olmamıştır. Roma hukukunun alım-satım, alacak-borç, senet, sözleşme gibi kurumlarının ancak yeniden işlenerek kapitalizmin işleyişine uyarlanmasıyla, daha önce kölelik sistemi nedeniyle görece olarak kurulabilmiş eşitlerarası özel hukuk ilişkileri, mübadele güvenliğini tesis edecek biçimde akılcılaştırılmıştır. Ortaçağ'ın kölelik ve korporasyon gibi kurumlar aracılığıyla hak ve borçlarını kesin statülerle belirlediği hukuk öznesinin yerine, serbest rekabetin özgür iradesine ihtiyaç duyduğu birey geçmiştir. Doğal hukukun eşitlik, özgürlük ilkeleri sözleşme özgürlüğü fikrini beslemiştir.⁶²¹

Hauriou'nun görüşlerini açıkladığı dönemde, modern borçlar hukuku irade özerkliği ile işlemin kalıplarını büyük ölçüde yıkmış, kategorileri değerden düşürmüştür. Kişilere, karşılıklı iradelerin uyuşması kaydıyla, sınırsız sayıda ve tipte sözleşme kurma olanağı tanımaktadır. Sözleşme, neredeyse irade uyuşmasına indirgenmiştir. “Kimsenin sebepsiz borç altına girmeyeceği” ilkesi, Roma hukukundan beri geçerliliğini korumaktadır. Kişinin neyi, neden borçlandığının mutlaka bir sebep tarafından belirlendiği yadsınmamaktadır. Fakat, irade ile üstlenilmiş her borcun doğmasının ya da varlığını sürdürmesinin sebebine bağımlı olduğu görüşü, eski gücünü yitirmiştir. Tarafların iradesi ya da iktisadi gerekler doğrultusunda sebep ile borç arasındaki bağın koparılabilmesi kabul görmüştür. Tüm hukuksal işlemlerin, sözleşme ya da tek yanlı işlem ayırt edilmeksizin, sebepli olması gerekse bile, borç ile sebebi arasındaki bağ, her hukuksal işlem için aynı katılığa sahip değildir. Sebebin yokluğu,

⁶²⁰ “Eğer eski hukuk devrine gidersek, iradenin hiçbir zaman akitten doğan borçların temeli olmadığını görürüz. Şekle bağlı sözlerin karşılıklı söylenmesiyle, bir miktar paranın verilmesiyle (*mutui datio*) kendiliğinden doğmaktadırlar. Borçlunun hata sonucu veya korkunun etkisi altında taahhüt altına girmesinin önemi yoktur. Kendisini borçlu yapan ve alacaklıya bir dava hakkı veren şekilleri yerine getirmiştir.” **Ibid.**, s. 139.

⁶²¹ Cahit Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, 2012, s. 50.

borç doğduktan sonra ortadan kalkması, mevcut sebebin hukuka ya da ahlaka aykırılığı her zaman aynı sonucu doğurmamakta; işlemi sakatlamamaktadır. Karşılıklı rıza ile kurulan sözleşme, rızayı belirleyen maddi gerçeklikten ve psikolojik güdülerden bağımsız atakta durabilen soyut bir irade uyuşması olarak kavranabilmektedir. Hukuksal işlemler, genel olarak sebeplerinden çözülmüş, ayrılmış, ondan soyutlanarak bağımsız hale getirilmiştir. Daha özlü bir ifadeyle, modern özel hukuk işlemlerin hem Roma hukuku kalıntısı merasim ve şekillerini hem de sebeplerini de büyük ölçüde terk etmiştir.

Borcun, hem doğması hem de varlığını sürdürmesi bakımından sebebinden ayrılmazlığını savunan Capitant'ın 1923'te vardığı tespiti göre, "Fransız Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin (1804) üzerinden bir asırdan fazla geçmiş olmasına rağmen, Kanun'un sebebe ilişkin hükümlerinin (md. 1131, 1132, 1133) şerhleri; sebebi farklı sözleşme türlerine göre, konudan, irade uyuşmasından ya da tarafları uyuşmaya sevk eden dürtülerden ustaca ayıran açıklamalardan yoksundur."⁶²² Sebebin sözleşmenin oluşumuna ve geçerliliğine etkilerinin aydınlatılamaması, hatta önerilen farklı tanımlar içinden kavramsal bulanıklıklardan arındırılmış, sadeleştirilmiş bir tanımın bile diğerlerinden baskın gelip yerleşmemesi; Hauriou'nun özel hukukun sebep kuramından ilham aldığı dönemde, *Code* yorumcularının sebep üzerinde çalışmaya kayıtsız kalmaya devam etmesinin bir sonucudur. Şerhler, Roma hukukunun sebep anlayışını, modern hukukun borç ilişkilerine uyarlamayı başaran bir kuramsal katkı sunamamıştır. 19. yüzyılın çeyreği ile 20. yüzyılın ilk yarısı arasında, Artur, Timbat, Baudry-Lacantinerie ve Barde, Planiol, Dabin, Giorgi, Cornil gibi hukukçuların içinde bulunduğu Nedensellik Karşıtı Okul (*École Anticausaliste*), sebebi, hukuk tekniğinin kurtulması gereken yapay bir buluş, hatta *parazit kavram* olarak görmektedir. Adı geçen

⁶²² Henri Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, Paris, 1923, s. VII ve s. 27-28.

Okul; ehil tarafların, karşılıklı taahhütlerini içeren bir konu üzerinde uyuşmaya varması halinde sözleşmeyi kusursuz kurulmuş saymak gerektiğini; bu unsurların yanında sebebe ilişkin Fransız Medeni Kanunu hükümlerinin ilga edilmesinin hiçbir sakıncası bulunmadığını savunmaktadır.⁶²³

Roma hukuku ile Medeni Kanun (*Code Napoléon*) arasındaki anlayışın bambaşka olduğu Hauriou'nun dikkatinden kaçmamıştır. Hauriou, 20. yüzyıla egemen özel hukuk anlayışıyla hiç örtüşmediği halde, biçimselliğin ve nesnelliğin kayboluşunu tepkiyle karşılamıştır.⁶²⁴ Roma hukukunun kategorik sebep ölçütünü idari işlemler için yeniden canlandırmayı bilinçli olarak tercih etmiştir. Hatta özel hukukta, idare hukukunun kategorik ve nesnel hukuksal sebep kavrayışına öykünen bir dönüşümün yaşanacağı kehanetinde bulunmuştur:

“Bir gün gelecek, irade özerkliğinin aşırılığı şüphesiz fark edilecektir (...), er ya da geç Yargıtay içtihadı Devlet Konseyi içtihadını izleyecektir.”⁶²⁵

Hauriou'nun kehaneti gerçekleşmemiştir. Mübadele ilişkilerinde güvenin tesisi soyutluk ilkesine ihtiyaç duyar. Daha belirgin olarak ticaret hukukunda, asıl işlemin sebebinin her zaman araştırılmaması, borcun hukuka uygun bir sebepten doğduğuna güvenen iyiniyetli alacaklının korunması ve temel işlemi izleyen her işlemde temel işlemin varlığının ve geçerliliğinin yeniden sorgulanmaması esastır.⁶²⁶ 20. yüzyılın ilk çeyreğinde özel hukuk, mübadele ilişkilerinde hukuksal işlemin oluşum sürecinin hızını kesmeyen ve karşılıklı özgür irade uyuşması varsayımıyla oluşan ilişkilerinin ilke

⁶²³ Capitant, **De la cause des obligations**, 1923, s. VIII.

⁶²⁴ “(...) medeni hukuk, nesnel hukuksal sebep kavramını ve kategorilerin değerini yitirmiş izlenimini veriyor. 1134. maddenin koyduğu ve çekincesiz bir liberalizmle yorumlanan irade özerkliği ilkesi, uçsuz bucaksız anlaşmalar alanında her türlü kategoriye istilâ etmiş ve bu yüzden nesnel hukuksal sebebin pratik yararını ortadan kaldırmış görünüyor.” Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 387.

⁶²⁵ **Ibid.**, s. 387.

⁶²⁶ Kıymetli evrakın kolayca tedavül edebilmesinin zorunlu koşulu olarak bunda mündemiç borcun temel hukuksal ilişkiden soyut halde bulunması açık bir örnektir. Borçlu bono keşide ederken, bononun ileride kime geçeceğini bilmediğinden, hiç tanımadığı üçüncü kişi(lere) karşı borçlanmaktadır. Bonoyu alan alacaklılar ise, ne temel hukuksal ilişki ne de borcun sebebi hakkında fikir sahibidir. Senetle sebepten soyut borç ikrarı örneğinde ise, borçlu hangi sebep ve saiklerle senedi imzaladığı irdelenmeksizin, yalnızca ve yalnızca borç üstlenme iradesini kâğıda döktüğü için borçlu kabul edilebilmektedir.

olarak ayakta tutulmasını sağlayan bir sebep kuramına kavuşmuşken, idare hukuku ancak yeterli olgunluğa erişmiş iradenin işleme dönüşmesi ve iradenin dışavurumunu önceleyen olguları yargı denetimine katarak yerindelik alanının daraltılması arayışı içindedir. Özel hukukun işlem kuramı, 20. yüzyılda, soyutluk ilkesini maddi olgular, irade ve beyan arasındaki tutarlıluğa çoğu zaman tercih eden bir yolda ilerlemekte iken, kamu hukukçuları özel hukuka zıt yönde gelişen bir sebep kuramını inşa etmeye çabalamaktadır.

1927’de yayınladığı notlarında, sebebin daima yasada veya diğer düzenlemelerde belirlenmiş olduğu düşüncesinden yola çıkması, diğer bir deyişle yalnızca kategorik sebebi kabul etmesi nedeniyle, Hauriou, sebebin belirtilmediği durumlarda takdir yetkisinin nasıl denetlenebileceği sorusuna eğilememiştir. Bu soruyu Bonnard, kendisinden önce, 1923 tarihli makalesinde sorup cevaplamış bulunmaktadır. Hauriou, aynı soruya geri dönme gereği duymamıştır. Fakat her iki yazar, farklı bir kuramsal çerçeveden bakmalarına rağmen aynı sava ulaşmıştır: Maddi olguların denetimi salt olgulara ilişkin bir denetim değildir, aslında kağıt üzerinde dondurulmuş irade açıklamasında görülemeyen veriler de yetki aşımı davası çerçevesinde incelenmesi kaçınılmaz bir hukuksal sorun doğurmaktadır. Kategorik sebep, yasa veya diğer düzenlemelerde belirlenmiş olduğuna göre, Hauriou tarafından kolaylıkla “yasanın ihlali” olarak adlandırılan davalık hal altında değerlendirilebilmiştir. Hauriou, Devlet Konseyi’nin çok uzun süre hukuk ötesi ve maddi olgulardan ibaret algıladığı bir sorunun, aslında apaçık hukuksal bir sorun olduğunu kurarak kanıtlamıştır. Bonnard ise, takdir yetkisinin denetiminin yerindelik denetimi olmadığını işlemin unsurları üzerinden göstererek, iradenin dışavurumunu önceleyen verileri hukuka uygunluk denetimine katma yolunu izlemiştir.

Olguları nedensellik yasasıyla hukuka bağlayan kamu hukukçuları, idari işlemin unsurlandırılması ve üstelik unsurlararası etkileşimi gözden kaçırmayan unsurlu varlıkbilgisinin oluşturulması bakımından idari işlem kuramına bir eşik atlatmışlardır.

3. Jèze: Azmettiren Saik

Jèze, Hauriou gibi, özel hukuk ve kamu hukuku için tutarlı bir işlem kuramı inşa etme arzusuyla, doğrudan özel hukuka başvurmuş, ancak aynı referanstan farklı bir kuram geliştirmiştir.⁶²⁷

Adli yargı ve idari yargının “hukuka aykırı sebep” formülüne dayanan kararlarını izleyen Jèze, iradenin oluşum koşullarının hukuksal işlemlerin geçerliliğine etkisini sorgulamaya girişmiştir. Altmış altı sayfalık makalesinde,⁶²⁸ “Özel Hukukta Azmettiren Saikler Kuramı” ve “Kamu Hukukunda Azmettiren Saikler Kuramı” olmak iki başlık açmak suretiyle azmettiren saikleri (*motifs déterminants*)⁶²⁹ hukuksal işlem kuramının ortak kavramı olarak ele almıştır. Özel hukuk yazınına sıkça atıfta bulunması, hatta saikin tanımını doğrudan özel hukuktan aktarması, Jèze’in özel hukukun saik kuramı üzerinde yoğun bir ön çalışma yaptığı izlenimini uyandırmaktadır. Özel hukuk birikiminden hareket eden Jèze, azmettiren saiklerin kamu hukukunda işlemlerin geçerliliğine etkisinin genel kuramını oluşturmaya çalışmıştır.

Jèze, makalesinde, özel hukukun saik tanımını devralmamıştır. Tanımı açıklarken ise, saikin özel hukukta taşıdığı özellikleri eksiltmeden aynen vermiştir:

⁶²⁷ Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 94.

⁶²⁸ Jèze, “Essai d’une théorie générale sur les motifs déterminants”, 1922, s. 377-444.

⁶²⁹ Arapça kökenli bir sıfat olan “sâik, sâika”, sevmeden, götüren, sürükleyen ya da psikolojide güdü anlamındadır. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, (yay. haz. Aydın Sami Güneyçal), Aydın Kitabevi Yayınları, 21. bası, Ankara, 2004, s. 914. Azmettirmek ise, terim anlamıyla ceza hukukunu çağırırsa da, genel anlamıyla “bir işi yapmaya kesin olarak karar verdirmek” demektir. Jèze’in üzerinde çalıştığı *motifs déterminants* kavramı, kişiyi, karar vermeye sevk eden psikolojik dürtüleri ifade ettiğinden, “azmettiren saik” olarak çevrilmesi uygun düşmektedir. *Motif*’i daha önce Bonnard’ın kuramında taşıdığı anlamı en doğru şekilde yansıtmak amacıyla “öncül veri” şeklinde Türkçeleştirmiştik. Bu kez Jèze’in *motif*’e verdiği anlamı gözerek “saik” şeklinde Türkçeleştiriyoruz.

“Saik, bir kişiyi herhangi bir hukuki işlem yapmaya iten olgusal ya da hukuksal düşüncelerdir.”⁶³⁰

[a.b.ç.]

“Azmettiren saik, kişisel ve öznel; kişiden kişiye değişir. Aynı hukuki işlemin -ödünç, satış, bağış, vasiyet- kişilere ve koşullara göre değişen çok farklı saikleri bulunabilir. Aynı kişi, daima aynı saikle para ödünç almaz”.⁶³¹ [a.b.ç.]

“Saik (causa remota), her bir sözleşmeciye göre değişen, borçluda borçlanma istencini uyandıran kişisel nitelikteki içtepidir; her bir sözleşmeci için özü itibariyle kişisel, sonsuza dek değişen, kişiyi sözleşme yapmaya iten psikolojik bir nedendir.”⁶³² [a.b.ç.]

Sebeple saikin farklılaştırılması, Roma hukukunda, güdüleyici, dürtücü sebep (*causa impulsiva, remota*) ve dolaysız, yakın, nihai sebep (*causa proxima, immediatae, finalis*) ayrımına dayanmaktadır. Söz konusu ayrım glossatörlerin eserlerinde istisnai olarak rastlanırken, ayrım, kanonik hukuktan etkilenen postglossatörlerin metinlerinde önemli bir yer edinmiştir.⁶³³ Dürtücü sebebi anlatan saik ve nihai amacı anlatan sebebin ortak özelliği, her ikisinin iradeyi harekete geçiren neden (*raison d'agir*) olmasıdır; ilki, kişisel ve psikolojik nitelikleriyle işlemin sonucuna uzak bir nedeni, ikincisi ise kişiyi borç altına girmeye yönelten en yakın ve doğrudan amacı imler. Sebeple bir hukuksal değer atfedilirken, geçmişte (işlemden önce), iradeyi harekete geçiren, işlem yapmaya sevk eden neden psikolojik dürtüler, hukuksal kavrayışın neredeyse olanaksız olması nedeniyle iradi işlemin dışında kalmaktadır. Roma hukukunun sebeple saik arasındaki geleneksel ayrımı, modern özel hukukta yükselen irade özerkliği yaklaşımı ile uyumsuzluk taşımamaktadır. Saik, eskiden olduğu gibi, psişik yönüyle sebepten

⁶³⁰ Jèze, “Essai d’une théorie générale sur les motifs déterminants”, 1922, s. 377.

⁶³¹ **Ibid.**, s. 378.

⁶³² Jèze, Colin ile Capitant’a ait söz konusu tanımı (Ambroise Colin, Henri Capitant, **Cours élémentaire de droit civil français, tome II**, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1920, s. 299) aynen aktarmıştır. Jèze, “Essai d’une théorie générale sur les motifs déterminants”, 1922, s. 378.

⁶³³ 14. yüzyıldan itibaren, postglossatörler, güdüleyici, dürtücü sebebi kişiyi bağışlamaya yönelten işlemi önceleyen saik olarak, dolaysız, yakın ve nihai amacı ise, bağışlama niyeti (animus donandi) olarak yorumlamaktadırlar. Bağışlama işlemleri vesilesiyle, sebeple saik ayrımının postglossatörlerin yorumlarında açıklık kazandığı anlaşılmaktadır. Bartole, Balde, Dynus, Doneau gibi yorumcuların söz konusu ayrımı nasıl ele aldığını görmek için bkz.: Capitant, **De la cause des obligations**, 1923, s. VII ve s. 144 vd.

ayrılarak hukuksal işlem kavrayışının dışına tutulmuştur. Saikte hata gibi ayrık bir hal dışında işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Hukuksal işlemin psişik iradeden arındırılması, psişik iradenin hukuken değersizleştirilmesi iradenin giderek daha soyut biçim aldığı modern borç ilişkileri için de geçerliliğini korumuştur.

1920’lerde, sebep ve saik arasındaki Roma hukukundan beri süregelen ayırmadan şüphe duyulmamaktadır. Ancak, sebebin ne olduğunu tanımlama çabalarına rağmen kavramdaki bulanıklık giderilmiş değildir. Bu tarihlerde olduğu gibi, sonrasında da sebep tanımlanırken, daima amaç ile bütünleştirilmiştir. 1920’den daha sonraki tarihlere ait yaklaşık yarım asırlık aralıklarla birden fazla borçlar hukuku eserine göz atıldığında, sebebin amaç ile tanımlanmasının süreklilik kazandığı kolaylıkla söylenebilir.⁶³⁴ Çağdaş özel hukukun terminolojisinde de, işlemin amacı, “borcun hukuksal sebebi” olarak adlandırılmaya devam etmektedir. Sebep, hem kişide borç altına girme iradesini uyandıran, geçmişte tasarımlar olarak mevcut sebebi, hem de borç altına girerek gelecekte ulaşılmaya beklenen amacı anlatmaktadır. Örneğin, kazandırmanın amacı, işlemin sebebi olmaktadır.⁶³⁵ Bir başkasına karşı borç altına girmeye razı olan her kişinin iradesinin, bu borç karşılığında erişmeyi tasarladığı bir amaç tarafından belirlendiği kabul edilmektedir. Amaç düşüncesinin işlemde önce zuhur etmesi nedeniyle, amaç geçmişten gelse de; amacın en erken işlem anında gerçekleşebilmesi⁶³⁶ aslında geleceğe ait olduğunu gösterir. Özel hukuk işlem kuramındaki ikili anlamıyla *causa*, hem iradenin yönlendiricisi (sebebi) hem de yönelimi (amacı) yerine geçmektedir.

⁶³⁴ “Gerçekte hiçbir hukukî kavram sebebin tanımı kadar tartışmalara yol açmamıştır. En basit şekilde hukukî sebep, hukuki muameleye esas teşkil eden hukukî gaye ve amaçtır. Başka bir deyişle, borç doğuran hukukî muamelelerin sebebi o muameleyi yapan kimsenin taahhüt altına girmekle öngördüğü en yakın gayedir.” Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK m. 1-40)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 246, Ankara, 1969, s. 178. “Tarafların hukuki işlemle doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri amaca hukukta sebep (*causa*) denir.” Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 10. bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008, s. 169.

⁶³⁵ “Kazandırıcı muameleler bir gayeye erişmek için yapılır. İşte bir kazandırıcı muamelelerin üzerinde uyulmuş gayesine hukukî sebep, *causa*, denir.” Esener, **Borçlar Hukuku I**, 1969, s. 181.

⁶³⁶ Roma hukukunda aynî sözleşme olarak bilinen, modern hukuka da geçen ödünç veya rehin gibi sözleşme tiplerinde, amaç ile sebep eşzamanlı olarak işlem yapıldığı anda ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin hukuksal etki doğurması teslimle bağlı olduğundan, ödünç alınan şeyin borçluya teslimi ile, borçlu amacına erişmiş olmakta, iade etme borcunun sebebi de teslim ile doğmaktadır.

Kişiler, borç altına girmek amacıyla işlem yapmazlar. Borç, amacın kendisi değil, gelecekte gerçekleşmesi beklenen amaca erişmek için yalnızca bir araçtır. Fakat karşılıklı borç ilişkisinde beklenen amaç, her bir taraf için karşı tarafın edimi sayesinde gerçekleşebildiğine göre, A'nın edimi, B'nin amacının gerçekleşmiş hali, karşılığında, B'nin edimi A'nın amacının gerçekleşmiş hali olmaktadır. Her bir tarafın dolaysız ve nihai amacı, karşı tarafın ifa edeceği edimdedir. İşlemin konusu neyin borçlanıldığını (*quid debetur*), sebebi ise neden borçlanıldığını (*cur debetur*) gösterse de, beklenen amaç gerçekleştiği anda işlemin konusuna dönüşmektedir. Bu yönüyle, sebep ile amacı birlikte ele alan özel hukuk işlem kuramında, gerçekleşmiş amaç ile ifa edilmiş borç (işlemin konusu, edim) arasında da sıkı bir bağ ortaya çıkmaktadır. İşlemin amacı doğrudan ve en yakın sonucunu ifade ettiğinden, gerçekleştiği anda işlemin doğurduğu hukuksal sonuçla, yani konuyla çakışmaktadır.

Özel hukukta, mevcut bir borcun daha sonraki bir borcun hukuksal sebebini oluşturduğu durumlarda da, sebep kavramı kullanılmaktadır. Burada bahsedilen sebep, gerçekten geçmişe ait bir hukuksal olguyu ifade etmektedir. Kişinin gelecekteki bir beklentisi için borç altına girmesini, yani amacını anlatan sebep ile, asıl işlemin geçmişteki temel işlemle bağını anlatan sebep, farklı bağlamlara ait iki konu olarak görünmekle birlikte, her ikisi de tek bir sebep kavramı altında toplamaktadır.

Konu ile sebebin birbiriyle çakışmasına ek olarak, özel hukuk işlemleri sebep ile amaç arasındaki farklardan da büyük ölçüde yoksundur. Özel hukukun işlem kuramı, sebep ile amacın hukuksal işlemin ayrı unsurları olarak çözümlenmesi doğrultusunda seyretmemiştir. Jèze, belki de makalesini kaleme aldığı tarihteki özel hukuk geleneğinden esinlendiğinden, işlemin öncül verileri ile (*motifs*) ile yöneldiği amacı (*but*) ayrı unsurlar olarak birbirinden ayıran Bonnard'dan farklı olarak, sebebin geçmişte mi gelecekte mi var olduğunu belirginleştirmemiştir.

Jèze'in 1922'de atıfta bulunduğu medeni hukukçu yazarlardan Capitant (1865-1932), 1923 tarihli eserinde, işlemin amacının borcun hukuksal sebebi olarak anılmasını eleştirmektedir:

“Sebeup kelimesi, işlemden önceki bir şeyi düşündürmektedir. Oysa amaç gelecektedir ya da olsa olsa şimdidedir -çünkü amaca bazen işlemin yapıldığı anda dahi erişmek mümkün olabilir-; fakat hiçbir zaman geçmişte değildir”⁶³⁷.

Capitant'a göre, Roma hukukundan gelen nihai sebep (*causa finalis*) de hem geçmişini hem de geleceğini içine alarak birbirine karşıt iki zamansal çağrışım uyandırdığından sorunlu bir ifadedir.⁶³⁸ Capitant, doğru kullanımın “amaç” olduğu düzeltmesinden sonra, yine de kullanımda yerleşmiş “sebeup”i terketmemekte, sebep ile “amaç”ı birlikte kullanmayı sürdürmektedir.

Jèze'in, kimi zaman işlemin önceleyen maddi ve hukuksal olguları, kimi zaman ise işlemden beklenen amacı azmettiren saik olarak ele aldığı verdiği örneklerle doğrulanmaktadır. Tüm bu verileri, özel hukukçuların yaptığı gibi, geçmişe ya da geleceğe aidiyetini ayırt etmeksizin tek bir kavram altında toplamaktadır. Üstelik, yer yer de psikolojik güdüleri azmettiren saik olarak yorumlamaktadır. Jèze'in örneklerinde, kumar bir kişiyi borç almaya yönelten azmettiren saik olarak gösterildiğinde geleceğe, aksine, bağış daha önce kendisine iyilik yapmış bir kişiyi ödüllendirme arzusu olarak gösterildiğinde azmettiren saik ile geçmişe göndermede bulunmaktadır.⁶³⁹ Azmettiren saik kuramı, işlemin varlık kazanmasından önceki ve sonraki aşamalara uygulanmaktadır; işlemin bazen geleceğe dönük amacını, bazense geçmişte iradenin çıkış noktasında yer alan maddi ve hukuksal olguları kapsamaktadır. Jèze, idari işlemin Bonnard gibi unsurlarına ayıran analitik yöntemle incelemek yerine bir bütün olarak iç

⁶³⁷ Capitant, **De la cause des obligations**, 1923, s. 9.

⁶³⁸ **Ibid.**, s. 9, dn. 3.

⁶³⁹ Louis Jossérand, **Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé**, éditions du CNRS, Paris, 1984, s. 24 vd. (1928 tarihli eserden tıpkı bası).

bağıntılarıyla ele almıştır. Azmettiren saiki, işlemin sentetik yapısını oluşturan ve işlemin farklı unsurlarına etkide bulunan bir işlem birimi olarak düşünmüştür. Ayrıca, makalesinin sonuç bölümünde azmettiren saik kuramının yetki kuramından ayrılmazlığını da açıkça ifade etmiştir.

Azmettiren saik hakkındaki çalışmasının altyapısını özel hukukun kuramsal birikimi ile oluşturmaya ve özel hukukun saik tanımını makalesinin başında hiçbir değişiklik getirmeksizin tüm özellikleriyle almasına rağmen, Jèze, idari işlemin geçerliliğine ilişkin anlatısı ile azmettiren saiki özel hukuk kökenli saikten uzaklaşmıştır. Özel hukuka Roma hukukundan beri yerleşmiş anlayıştan farklı olarak, saikin hukuksal değerini görmezden gelmemiştir. Sadece azmettiren saikte psişik ve içsel (eski deyimle derunî) irade söz konusu olduğunda, psişik ve içsel iradenin idari işlemin geçerliliğine etkisini yadsımak yerine, bunun idari yargıç tarafından kavranmasının önündeki engelleri göstermiştir. Psişik ve içsel iradenin keşfi, görevlideki saikleri araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Psişik ve içsel iradeye erişerek onu idari yargı denetimine tabi tutmaktaki zorluk, görevlinin işleminin idarenin işlemine dönüşmesinden, yani irade açıklaması idareye bağlandığı andan itibaren iradenin sahibi gerçek kişinin silinmesinden, psişik iradesinin görünmezleşmesinden kaynaklanmaktadır. Jèze, idari yargının araştırma yöntemlerinin sınırlılığında doğan bu gibi engellere dikkat çekmekte son derece haklıdır. Nitekim idari yargıda görevli değil, idare dinlenmektedir; tanık çağrılmamakta, idare dosyaya giren veriler esas alınarak denetlenmektedir. Bundan dolayı, psişik irade yargı denetimi yoluyla sınırlı olarak kavranabilmektedir.

Özel hukukta ne saik ile sebebin kişiselliği ne de amacın mali yönü yadırganmamaktadır. Özel hukukun konusu, zaten devlet organlarının çalışmalarını düzenleyen kamu hukukundan farklı olarak, kendi çıkarlarının peşinde koşan özerk

etkinliklerin çerçevesini çizmektedir.⁶⁴⁰ Kişinin iradesini tahrik ederek hukuksal ilişki kurmaya yönelten kendi malvarlığına ilişkin bir menfaattir. Her hukuk kişinin aktif ve pasiflerinden oluşan bir malvarlığı bulunur. Sadece pasiflerden oluşsa bile, kişi malvarlığına sahiptir. Kişi, hukuksal işlemler yaparak malvarlığı üzerinde özgürce tasarruf eder. Hukuksal işlemin iktisadi ya da parasal amaçlarla güdülenmesi, onu işlevine yabancılaştırmamaktadır. Tam aksine, böyle bir güdülenme sözleşmenin niteliğine içkindir. Hukuksal ilişkilerin temel kurgusu, malvarlığını oluşturan değerlerin, işlemler aracılığıyla bir kişinin malvarlığından diğerininkine geçmesidir. Bu nedenle, özel hukukta işlemler, Roma hukukunun *causa*'yı esas alarak yaptığı sınıflandırmada olduğu gibi, işlemin malvarlığı üzerindeki etkisine göre sınıflandırılmaktadır. Örneğin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf, kendi malvarlığında vazgeçtiği bir değer karşılığında, karşı tarafın kendisine sağlayacağı edimi elde etmek için borç ilişkisine girmektedir. Bağışlama işleminde, bağışlayan, karşı edim beklemeksizin, kendi malvarlığından biri değeri bağışlamada bulunduğu kişinin malvarlığına geçirmekte, böylece kendisi malvarlığı yönünden fakirleşirken, diğer tarafın malvarlığının aktif kısmını çoğaltmaktadır.

Jèze, genel olarak idari işlemlerde siyasal güdülerini (*mobilis politiques*), özel olarak kolluk işlemlerinde mali kazanç güdülerini (*mobilis financières*) yetki saptırması doğurma nedeni saymıştır. Yetki saptırması, azmettiren saikin kişiselleşmesinden ya da hizmetin amacına yabancılaşmasından kaynaklanan bir bozukluk olarak değerlendirilmiştir.⁶⁴¹ İdari işlemde ona yabancı bir azmettiren saik yatmasını, iptal nedeni kabul etmiştir.

⁶⁴⁰ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 125.

⁶⁴¹ 1860'dan itibaren Devlet Konseyi'nin *Larbaud* (1862) ve *Lesbats* (1864) kararlarıyla içtihadı giren yetki saptırması kavramının ismi Aucoc tarafından konulmuştur. Yetki saptırmasının ilk tanımı da Aucoc'a aittir: "İdarenin bir görevlisi, tam olarak yetkisinde bir işlem yaparken ve yasaca öngörülmiş şekil kurallarını izlerken, takdiri yetkisini, bu yetki hangi durum ve gerekçeler için kendisine verilmişse bunlardan başka durum ve gerekçeler için kullandığında yetki aşımı mevcuttur." Léon Aucoc,

İdari işlemlerde, bir yandan Hauriou'nun kategorik sebep kuramı ile idari işlemler sebepten soyutlanmak yerine sebep unsuru idari işlemin oluşturucusu olarak kodlanırken, bir yandan Jèze'in azmettiren saik kuramıyla psikolojik nitelikli saik idari işlemin olumsuz unsuruna, onun geçersizlik nedenine evriltirilmiştir. Sonuç olarak, idari işlemlerde hem sebep kuramı hem de saik kuramı özel hukuk kaynağından beslenerek, beslendikçe ondan uzaklaşarak gelişmiştir. Özel hukukun modern iradi işlem kayrayışı, sebep, amaç ve konuya bunların herbirinin ayrı bir unsur olarak ele alınmasına hiçbir gerek bırakmayacak kadar değer kaybettirirken, idare hukukçuları saik de dahil olmak üzere hepsini *idari işlemi oluşturucu ve sayrılık çözümleyici unsur*'a dönüştürmüştür.

II. TÜRKİYE'DE BEŞ UNSURLU ÇÖZÜMLEMEYE VARİŞ

Davalık hallere Devlet Konseyi kararlarından çıkarılan öncüllerin hükümet komiserleri ve üniversiteli idare hukukçularınca işlenip sınıflandırılmasıyla erişilen ve davalık haller hiçbir zaman yasalaşmayan Fransa'da, idari işlem bilgisinin oluşumu içtihadî ve öğretiseldir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Kıta Avrupası'nda içtihat, yargı kararından kendinden ve anlık doğmamaktadır; ancak kararlardan çıkan verilerin işlenip kısa veya uzun vadede uygulamaya sağlam temellerle yerleştirilmesiyle varlık kazanmaktadır. Bu bakımdan içtihat, idari yargının tekelinde gelişmemiştir, yargı organı ve öğretî arasında işbirliğini gerektirmiştir. İdari işlemin oluşturucu ve sayrılık tanılayıcı bilgisinin Türkiye'ye girişinden önce kat ettiği evreler, beş unsurlu idari işlem kavrayışının kökenlerini oluşturduğundan, buraya kadar, başlarda yetkisizliği çağrıştırmaktan öte gitmeyen yetki aşımına yeni iptal nedenlerinin nasıl eklendiğine

Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1^e édition, tome 1, éd. Dunod, Paris, 1869, n. 283, s. 398. Laferrière bu tanımı benzer ifadelerle devralmıştır: "Yetki saptırması, yasal bir yetkiyi verildiği amaçtan saptırmak, onu yönelmediği amaçlar için kullanmaktır." Pascale Gonod, **Edouard Laferrière: un juriste au service de la République**, LGDJ, Paris, 1997, s. 170. Aucoc'un tanımı, takdiri yetkinin amacına yabancılaşmasını yetki saptırması olarak ele alıyor gibi görünse de, yasada yetkinin özgülendiği amacın önceden belirlendiği, yetkinin amaç ile bağlandığı durumlar, Devlet Konseyi kararlarında yetki saptırması olarak değerlendirilmiştir.

değınmeye çalıştık. İdare hukukunun içtihadı niteliğini, idareyi düzenleyen tek bir düstur olmaması karşısında yargıcın karar vermektan kaçınamamasının bir sonucu olarak yorumlayan Onar⁶⁴² ve çağdaşları, Türkiye’de yürürlükte olan Danıştay kanunlarının hükümlerini yorumlamaya, Kıta Avrupası tipolojilerini kuramsal temel kabul ederek başlamışlardır. Cumhuriyet’in ilk Danıştay kanunlarında sebep ayrı bir iptal davası açılacak hal olarak belirtilmemiş olmakla beraber, iptal davası açılacak nedenler kabaca sayılmıştır. Yasal belirlemenin içeriğı, Fransa’da 20. yüzyılın ilk çeyreğine kadar kuramlaştırılmış içtihat bilgisinden yararlanarak doldurulmuştur.

Danıştay’ın kuruluşunu, yapısı, yetki ve görevlerini, idari dava türlerini düzenleyen ilk Cumhuriyet Kanunu 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu’dur.⁶⁴³ Kanun’un 19. maddesinde, iptal davalarının “selâhiyet, şekil, esas ve maksat cihetlerinden kanuna veya nizama muhalefet” nedenleriyle açılacağı belirtilmiştir. 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu’nun⁶⁴⁴ 23. maddesinde aynı nedenler tekrarlanmıştır. I. Cumhuriyet hukukçuları iki yol izlemiştir. Birincisi, davalık hallerin bilgisinin belirli bir aşamaya eriştiğı Fransız yazarları anlamak, ikincisi Hauriou’nun sebep, Jèze’in saik, Laferrière’in yetki saptırması gibi kavramlarını yasalarda sayılan nedenleri derinleştirmek üzere Türk idare hukukuna yerleştirmek.

Kanun’da geçen sayrılık hallerine tanı koymak, her şeyden önce, idari işlemleri hukuk düzeninde soyut biçiminde oluşturmayı gerektirmiştir. İşlemin hukuk düzeniyle çelişip çelişmediğı saptamak için, işlem ile kanun ve nizamı basitçe karşılaştırılmak yetersizdir. Böyle bir yöntem hukukçuya dilbilgisine dayalı çıkarımın ötesine geçen bir hukuka aykırılık kavrayışı veremeyecektir. Dış hukuka aykırılık olarak adlandırılan yetki ve şekildeki bozuklukların saptanmasında böyle bir yöntem belki daha sık iş görebilecektir.

⁶⁴² Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları...**, 1936, s. 25.

⁶⁴³ 23.11.1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu, **R.G.:**7.12.1925-238.

⁶⁴⁴ 21.12.1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu, **R.G.:** 30.12.1938-4098.

Ancak, esas ve maksat yönünden bozukluklulara tanı konulurken, işlemin oluşumunu parçalara ayırmak, yeniden birleştirmek, parçalardaki bozuklukların birbiriyle bağlantılarını kurmak gerekecektir. Bu ussal etkinlik esnasında, idarenin maddi düzendeki varoluşu ile hukuk düzeninde nasıl varolması gerektiği arasında düşünsel git gellere başvurulacak, maddi düzenin bilgisi hukuk düzenine soyut kavramlarla taşınacaktır.

I. Cumhuriyet idare hukukçuları, dilbilgisel karşılaştırma yerine ussal yöntemi izleyerek, 1925 ve 1938 tarihli yasaların saydığı nedenler arasında yer alan esastan, idari işlemin sebebi, saiki ya da illeti olarak adlandırılan yeni bir unsur türetmişlerdir. İlk olarak Crozat, Onar ve Sarıca'nın çalışmalarında rastlanan idari işlemin olgularla oluşması, hukuksal sonucunun olgularla belirlenmesi, olguların amaçtaki bozukluğun teşhisinde veri olarak alınması bilgileri Türk idare hukuku için çok yenidir. Bugün bize kadim gelen sebep unsuru, bu dönemde idari işlemin oluşum bilgisinin bir parçası olarak, yasaların sözel ifadesinden çıkarılamadığı halde, Türk idare hukukuna girmiştir. Sebep, yasada sayılan kanuna ve nizama aykırılık türünü tanılamayı sağlayan bir epistemolojik araca dönüştürülmüştür.

Laferrière'in klasik davalık haller tipolojisi uyarınca dış hukuka aykırılık kategorisi altında toplanan yetki ve şekil konusunda ilk çalışmaların da aynı şekilde adını andığımız üç yazara ait olduğu göz ardı edilemez. Yazarlar, yasalarda esas olarak geçen iptal nedeninin konu ve sebebi (saiki) kapsamasını sağlamakla kalmamış, yetki yönünden kanun ve nizamnameye aykırılıkları kendi içinde sınıflandırmış, (fonksiyon gasbı, salâhiyet tecavüzü gibi), amacı yetki saptırması olarak kavramsallaştırmış,⁶⁴⁵ her bir iptal nedenini kendi içinde tanımlamıştır. Danıştay kanunlarında “şekil” olarak ifade

⁶⁴⁵ Kanunlarda maksat yönünden aykırılık olarak ifade bulan “iptal davası açılabilir hal”, Fransız idare hukuku kavramlarına aşına dönemdaş yazarlar Onar, Crozat ve Sarıca tarafından ortak bir çeviriyle “yetki saptırması” olarak Türkçeleştirilmiştir.

edilen iptal davası açılabilir hal, 1930'lu yıllarda, “şekil, merasim, usul, formalite”yi kapsayan içerikle ele ele alınarak belirginliğe kavuşturulmuştur.⁶⁴⁶ 1940'lı yıllarda aynı içerikle anlatılmaya devam olunmuştur.⁶⁴⁷ Şekil olarak ifade edilegelen unsur içinde dar anlamda şekli, merasim ya da formaliteden ayırmak amacıyla “gözetilen amaca ulaşınca kadar kovalanması lâzımgelen usul ve töreler” ifadesi ile de karşılaşılabilmektedir.⁶⁴⁸

1930-1940'lı yıllarda idari işlemi çözümleyen çalışmaların en önemli özelliği, gerek 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nda gerekse 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nda, “salâhiyet, şekil, esas, maksat” olarak sayılmış kanuna ve nizama aykırılık hallerini, bir yandan işlemin varlık bilgisini oluşturmak için birbirinden ayırıştırarak *tek başına unsur* adı altında derinleştirmeleri, bir yandan da işlemdeki *bütünsel sayrılık bilgisi*'ni unsurlarası bağlantıları yok saymadan incelemeleridir. İdari işlemi unsurlandırarak oluşturma ve unsurlardaki sayrılıkları sınıflandırarak hukuka aykırılığa teşhis koyma, aynı dönemin Fransa'sında belirli bir birikim düzeyine erişmiş durumdadır. Dolayısıyla, Onar, Crozat ve Sarıca sıfır noktasından değil, ama Türkiye için sıfır noktasından işe başlayacaklardır. Türkiye'de kendilerini önceleyen çalışmaların bulunmaması, Yasa'daki kanuna ve nizama aykırılık hallerini sabit ve katı yorumlamak yerine, işlemi gerektiğinde unsurlara bölüp gerektiğinde unsurlararası etkileşimi keşfedip hem oluşturucu hem sayrılık tanılayıcı bir işlem kavrayışının başlangıcını oluşturacaklardır.

Crozat ve Onar'ın çalışmalarından önce basılan idare hukuku ders notları Muslihiddin Âdil (Taylan)'a aittir. M. Âdil'in ders notları, Latin Alfabesi'nde basılmış ilk çoğaltma ders notu olma özelliğini taşımaktadır. Ders notlarında, 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı

⁶⁴⁶ Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 141.

⁶⁴⁷ Sarıca, **İdari Kaza**, 1942, s.147 vd.

⁶⁴⁸ Hasan Refik Ertuğ, **İdare Hukuku Dersleri I: İdarenin Denetlenmesi**, Ar Basımevi, Ankara, 1947, s. 41.

Devlet Kanunu'nun belirlediği davalık hallerine ilişkin hiçbir çözümleme bulunmamaktadır. Kanun'un "salâhiyet, şekil, esas, maksat" olarak belirlediği davalık haller açıklanırken yalnızca idarenin yetkisi olan bir konuda menfaati ihlal edilenin iptal davası açamayacağı ifade edilmektedir. Yetki aşımı dışındaki hukuka aykırılık nedenlerinin henüz davalık hal olarak geliştirilmediği 19. yy. Fransa'sında olduğu gibi, idarenin yetkisinin sorunsuz olduğu olasılıklarda, diğer davalık hallerin incelenebilmesinin önü kesilmektedir:

"Meselâ idare bir mahalde müesses olan pazar ve panayırın diğer bir mahale nakle karar verirse burada doğrudan doğruya ihlâl edilmiş bir hak yoktur. Bu yoldaki tebeddülü mevkie karar vermek idarenin salâhiyeti dahilindedir. Şüphe yok ki bu karardan dolayı evvela pazar ve panayırın küşat edildiği mahalde bulunan panayırıcıların menfaatleri elbette muhtel olmuştur. Fakat muamele kanununun idareye bahşettiği salâhiyetin istismalidir. Ve alâkadarların bundan dolayı dava ikamesine hakları olamaz."⁶⁴⁹

Özkan'ın 1935'te çoğaltılmış ders notlarında, davalık haller sıralandıktan sonra bunları tanımlayıcı açıklamalara yer verilmemekte, her biri için birer örnekle yetinilmektedir.⁶⁵⁰ Özkan'ın verdiği örneklerden biri, bugün sebep olarak adlandırdığımız unsura ve sayrılık nedenine ilişkin bir bilginin henüz var olmadığını göstermektedir. "Bir memurun görev yeri değiştirilirken rızasının alınıp alınmaması, memur hakkında şikayetler üzerine müfettişlerce yapılan soruşturma raporunda yer alan memurun bulunduğu yer halkına kendini sevdiren sevdirmemesi, görevine devamında faydalı olup olmayacağı" gibi veriler *şekil yönünden kanuna uygunsuzluk* kapsamında ele alınmaktadır. Bu türden "delâil mevcut olduğu takdirde" memur hakkında verilen karar şekil itibariyle kanuna uygun bir karar addedilmektedir. Kısaca, Özkan'a göre, işlem yapılmadan önce toplanması, varlığı araştırılması, görüşülmesi gereken karar delilleri, sebep ya da saik değil, şekle aittir.

⁶⁴⁹ Muslihiddin Âdil (Taylan), *Mukayeseli Hukuku İdare, 1930-1931 Ders Senesi*, 1931, s. 163.

⁶⁵⁰ Özkan, *İdare Hukuku Ders Notları*, 1935, s. 64-65.

1930’larda, Kanunun saydığı davalık halleri idari işlemin unsurlu bilgisine eğilmek amacıyla ele alan ilk kapsamlı çalışmalar Onar ile Crozat’dan gelmiştir; Sarıca ile devam etmiştir. Üç yazarın Fransız idare hukukunun eriştiği gelişkinlik düzeyini yakalayarak Türk İdare Hukuku’na kazandırdığı işlem bilgisi, sırasıyla, Derbil, Gözübüyük gibi idare hukukçularının eserlerine taşınmış, nihayet 1964 tarihli Danıştay Kanunu’nun 30/a hükmünde iptal davası açılacak haller yetki, sebep, şekil, sebep, konu, maksat olmak üzere sabitlenmiştir. 1964-1982 arası çalışmalarda, farklı konulardaki idari işlemler beş sabit unsurun her biri bakımından incelenir olmuştur. Güran, “memurun tahvili” işleminin hukuka uygunluğunu araştırırken beş unsurlu çözümleme yöntemini uygulamıştır.⁶⁵¹ Unsurlu inceleme o kadar yerleşik bir hal almıştır ki, Özay *İdarî Yaptırımlar*⁶⁵² çalışmasında idari yaptırım işlemi için, Azrak *Millileştirme ve İdare Hukuku*⁶⁵³ çalışmasında millileştirme işlemi için beş unsura ayrı başlık açıp çalışma konusu işlemi incelemiştir. İdare hukukunda belirli işlemlerin incelenmesinde, adeta ceza hukukunun belirli suç tiplerinin incelenmesiyle aynı yöntem izlenir olmuştur.

1964 öncesi geliştirilen oluşturucu, tanılayıcı, unsurlu idari işlem bilgisi 1982 tarihli idari yargılama kanunlarında da aynen korunmuştur. Danıştay’ın farklı evrelerde gerçekleştirdiği denetimin derecesine bağlı olarak yorumunda karşılaşılabilen kaymalar, temel yapının değişmesine neden olmamıştır.

Balta’nın 1962 tarihli *İdarî Yargı* ders notlarının,⁶⁵⁴ 1961 Anayasası Dönemi’nden günümüze kadar yayınlanan neredeyse tüm idari yargı kitaplarının kökünü ve gövdesini oluşturduğu iddia edilebilir. Her bir eserin kendine özgü yönlerini yok saymak anlamına gelmemek kaydıyla; idari işlemin unsurları, diğer deyişle iptal sebepleri; Balta’dan

⁶⁵¹ Sait Güran, “İdarî Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, *İÜHF*, Cilt 29, Sayı 1-2, 1963, s. 157-184.

⁶⁵² İl Han Özay, *İdarî Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 3326, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 691, Özdem Kardeşler Matbaacılık, İstanbul, 1985, s. 103-137.

⁶⁵³ Ali Ülkü Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2166, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 483, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 21-54.

⁶⁵⁴ Tahsin Bekir Balta, *İdarî Yargı* (çoğaltma), Ankara, 1962.

Gözübüyük'e, Gözübüyük'ten ise çağdaş eserlere gerek sistematığıyle gerekse içeriğiyle belirgin izlerle taşınmıştır.

Gözübüyük'ün hocası Balta'ya ithaf ettiği 1969 tarihli *Türkiyenin İdari Yapısı*⁶⁵⁵ adlı kitabının “Yargı Denetimi” başlıklı dördüncü bölümü, Balta'nın İdari Yargı dersinin notlarından oluşturulmuştur. Kitabın Önsöz'ünde sunulduğu şekilde, “Birinci başlıkta idare ile ilgili genel esaslara, ikinci başlıkta idari kuruluşlara, üçüncü başlıkta kamu görevlilerine ve dördüncü başlıkta idarenin yargısal denetimine yer verilmiştir.” Gözübüyük, bu kitaptan hemen bir yıl sonra, 1970'te yayınladığı *İdari Yargı*⁶⁵⁶ kitabında ise, yine Önsöz'de belirtildiği gibi, *Türkiyenin İdari Yapısı*'nın “İdari Yargı” bölümünde izlenen plan, esas itibarıyla korunmuştur. İdarenin yargı yoluyla denetimi sırasıyla, “idari yargı ile ilgili genel esaslar, idari yargı kuruluşları, görev uyuşmazlıkları, iptal davaları, temyiz davaları, tam yargı davaları, yorum davaları, yargılama usulü ve kanun yolları” olmak üzere dokuz bölümde incelenmiştir. Gözübüyük'ün gerek 1969, gerekse 1970 tarihli iki eserinde de idari yargının işlenişi, Balta'nın *İdarî Kaza*⁶⁵⁷ ders notunun kurgusunu ve başlıklarını küçük uyarlamalarla, içeriğini ise kendisi tarafından genişletilmiş olarak yansıtmaktadır. Gözübüyük'ün 1969 tarihli çalışmasının, hocası Balta'ya ithaf etmesinin sebebi, pek çok kitabın başında karşılaşılabildiğimiz bir teşekkür anlamına gelmeyip, Balta'nın kendi ders notlarından böyle bir kitap hazırlanmasına izin vermesiyle ilgilidir.

Gözübüyük, ilk defa idare hukuku dersleri ile birleştirilmemiş bir idari yargı kitabı içinde “iptal sebepleri”ni sistemli şekilde ortaya koymuştur. Yetki, şekil, sebep, konu,

⁶⁵⁵ Şeref Gözübüyük, *Türkiyenin İdari Yapısı (İdare - İdari Kuruluşlar - Kamu Görevlileri - Yargı Denetimi)*, TODAİE, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969.

⁶⁵⁶ Şeref Gözübüyük, *İdari Yargı*, TODAİE, Ankara, 1970.

⁶⁵⁷ Balta'nın yalnızca 1962 tarihli idari yargı ders notlarına erişilebilmiş, bu nedenle Gözübüyük'ün eserleri bu teksirle sınırlı olarak karşılaştırılabilir. Ancak, tek bir teksirle karşılaştırma, Gözübüyük'ün her iki kitabının da Balta'nın ders notlarına dayandığı tespiti için fazlasıyla yeterlidir. Tahsin Bekir Balta, *İdarî Yargı*, (teksir), Ankara, 1962. Üstelik, Türkiye'nin İdari Yapısı'nın Balta'ya ithaf edilmesi, bu tespit için ikinci bir dayanaktır. Söz konusu veriler dışında, Uler'in Balta'nın ders notlarının Gözübüyük tarafından basılmasını onayladığını doğrulayan sözlü tanıklığından da yararlanılmıştır. Yıldırım Uler ile görüşme, 7 Mart 2016, İstanbul.

maksat yönlerinden hukuka aykırılık için beş ayrı başlık açmış, her bir unsura karşılık gelen hukuka aykırılık hallerini de sınıflandırarak incelemiştir.

Gözübüyük'ün ölümünden sonra Tan tarafından aralıklarla güncellenen *İdari Yargı* bir süreliğine iki yazarın ismiyle yayınlanmış olup, günümüzde *Yönetmelik Yargı* adıyla yayınlanmayı sürdürmektedir. Sırasıyla; Balta'nın *İdarî Yargı* ders notları, Gözübüyük'ün *Türkiye'nin İdari Yapısı* eserinin “Yargı Denetimi” bölümü, bu bölümün geliştirilmesiyle kitaplaşan *İdari Yargı* eseri; oluşturucu ve sayrılık tanılayıcı unsur bilgisinin kuşaklararası büyük yapı ve içerik dönüşümleri geçirilmeden aktarılmasını sağlamıştır.

A. İdari İşlemin Oluşum Bilgisinden Sayrılık Bilgisine Geçiş

1. Onar: Kanun ve Nizama Aykırılığın Derecelenmesi

1930 ve 1940'lı yıllarda iradenin işlemeleştirilmesinde, nesnelci hukuk yaklaşımı egemendir. Duguit, özel hukuk kamu hukuku ayrımı gözetmeksizin, iradeye tek başına hukuksal sonuç doğurma yetisi atfetmemektedir. Nesnel hukuk düzeninin sadece ve sadece onun kurallarına uygun olarak oluşmuş irade açıklamalarına bir sonuç bağladığını kabul etmektedir. Herhangi bir iradeye bağlanabilecek hukuksal sonuç hukuk düzeninde *a priori* belirli olduğuna göre, iradenin o sonuca varması, yani işleme dönüşebilmesi, nesnel hukuk kurallarına uygunluğu ile koşullandırılmıştır. Bu durumda, idari işlemin oluşumu hukuka uygun oluşumu ile aynı şeye denk düşmektedir. I. Cumhuriyet idare hukukçularının, kanunlarda *iptal davası açılacak nedenler* olarak sıralanan hallerle kendilerini sınırlamak yerine, *işlemin sağlıklı oluşum bilgisi* üzerinde çalışmaya yoğunlaşmaları nesnel hukuksal etki kavrayışından kaynaklanmaktadır. Yokluk yaptırımına son derece geniş yer ayırmaları da, aynı doğrultuda, kanunlarda sayılan iptal nedenlerini, işlemin sağlıklı oluşum bilgisi olarak görmeleri ile ilintilidir.

Duguit'nin, iradeye, idare hukuku özel hukuk ayrımı yapmaksızın bir bütün olarak kavradığı hukuk düzeni ile uyumluluğu ölçüsünde işlem olarak hukuksal sonuç doğurma değeri atfeden nesnelci yaklaşımı, Türkiye'de ilk dönem idari işlemin varlıkbilgisini derinden etkilemiştir. Duguist nesnelci yaklaşım uyarınca, bir irade açıklaması işlem oluşturmak için hukuk düzeninin önceden belirlediği koşulları sağlamıyorsa, hukuk düzeni ona, eylem oluşturma, suç oluşturma, cezai yaptırım gibi başka tür sonuçlar bağlayacaktır.⁶⁵⁸ Onar da, Duguit gibi, nesnel hukuk düzeninde sonuç doğurmayı nesnel hukuka uygun oluşum ile koşullandırmaktadır. Aksi takdirde, hem özel hukuktaki hem idare hukukundaki iradi olgulara hukuk düzeninin işlem sonucunu bağlamayacağını, işlem oluşmayacağını kabul etmektedir:

“Umumî bakımdan hukukî tasarruf, bir veya müteaddit şahısların hukukî bir netice husule getirmek üzere iradelerini izhar etmeleridir; bu irade hukukun koyduğu şartlar ve kaidelere uygun ise; hukuk iradenin istihdaf ettiği neticenin husule geldiğini kabul eder.”⁶⁵⁹

Nesnel hukuka uygunluk ile koşullandırılmış kavrayış, idari işlem ile sınırlı değildir; genel hukuk kuramını kuşatmaktadır. Maddi düzenin devinimi (fili durumlar, doğal olaylar, maddi fiiller, işlemler, ihmaller) hukuk düzeninde ancak daha önceden öngörölmüş olmak kaydıyla karşılık bulmaktadır. Ayrıca, maddi devinim, hukuk düzeninde öngörölü karşılığı neyse ancak o karşılığa sonuca varmaktadır:

“(…) haksız fiillerle tasarrufların arasında şu esaslı fark vardır: Haksız fiil iradî bir fiil olmakla beraber irade kanunun o fiile tanıdığı neticenin istihsaline matuf değildir; bir şahsın malını telef eden kimse bu fiili tazminat vermek için değil o şahsı zarara uğratmak maksadile yapmıştır; katil fiilini ceza görmek maksadile işlememiş hattâ ceza hükmünden kaçmak için de birçok tedbirler

⁶⁵⁸ Duguit, nesnelci ve bütüncül hukuk düzeni anlayışını hiçbir zaman terk etmemekle birlikte, hukuk düzeninin sonuç bağlamadığı bir iradi olgunun idare hukukunda “işlemiş gibi” uygulanabilmesinin barındırdığı çelişkiyi fark ederek nesnel hukuksal sonuç hakkındaki görüşlerini zamanla yumuşatmıştır. Eksik, bozuk irade açıklamasına hukuk düzeninde sonuç bağlanmamasını hukuka uygunluk karinesi ile bağdaşır bir çerçeveye oturtacak şekilde uyarlamıştır. Duguit, hukuka uygunluk karinesi karşısında, nesnel hukuk bakımından sonuç doğurmayacak bir irade açıklamasının idarece uygulamaya konulmasına engel bulunmadığını, bu gibi irade açıklamalarına karşı iptal davası açılabilceğini kabul etmiştir.

⁶⁵⁹ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 43.

almıştır; fakat kanun haksız fiil failini zarar ve ziyan müeyyidesine, katili tesbit ettiği cezaya; onların arzuları hilâfına olarak çarpar. Halbuki tasarruflarda irade doğrudan meşru gördüğü neticeye matuftur, o neticeyi elde etmek maksadile izhar edilmiştir.”⁶⁶⁰

Onar, iradenin doğuracağı sonucun kendi gücünde saklı olmamasını, hukuk düzeninde öngörülmesi olmasını yukarıdaki örnekle çok iyi belirginleştirmektedir. Zira hukuk düzeni kişiye iradesinin yönelmediği, hatta iradesiyle kaçtığı sonuçları (tazminat veya ceza yaptırımını) bağlamaktadır. İşlemdaki iradenin diğer iradi olgulardan farkı, doğrudan hukukun öngördüğü sonuçlara yönelmek olsa da, bu fark iradenin her zaman yöneldiği sonuca erişebileceği, hukuk düzeninde işlem hukuksal biçimini alacağı anlamına gelmemektedir. Maddi fiildeki irade nasıl istem dışı hukuksal sonuçlar yaratabiliyorsa, işlem oluşturmaya yönelik irade de hukuk düzeninden istenen sonucu alamayabilecektir. Maddi düzeni devindiren fiili durumlar, doğal olaylar, eylemler hukuk düzenini oluşum aşamasında yöneldikleri sonuç bakımından değil, yalnızca dışavurulduğunda onlara bağlanacak sonuç bakımından ilgilendirmektedir. Oysa hukuksal işlemler söz konusu olduğunda, içerik ve biçim yönünden sağlıklı oluşum hukuk düzeninde varlık kazanmanın önkoşuludur:

“(…) hukukî tasarruflar doğumları bakımından da hukukî birer hâdiseler teşkil ederler: Hukukî tasarruf ancak kanunun koyduğu şartları haiz olduğu ve kanunî şekillerde yapıldığı takdirde istenilen neticeyi husule getirir; bu itibarla diğer hâdiselerle hukuk; neticeleri bakımından meşgul olduğu halde, hukukî tasarrufların bünyelerini ve unsurlarını tetkik ve tesbit etmek mecburiyetindedir.”⁶⁶¹

Onar’ın devletin tüm işlevleri için geçerli olmak üzere getirdiği işlem tanımında, hukuk kurallarına uygunluk veya aykırılık, halihazırda mevcut işlemin bir niteliği olarak yer bulmamaktadır. Hukuk kurallarına uygunluk, irade açıklamasının hukuksal durumlara etki ederek işlem oluşturmalarının, kısaca işlemin varoluşunun bir şartıdır:

⁶⁶⁰ **Ibid.**, s. 44.

⁶⁶¹ **Ibid.**, s. 44.

“Devletin fonksiyonları bakımından hukukî tasarrufları şu suretle tarif edebiliriz: Hukukî tasarruf, yeni bir hukukî vaziyet ihdas veya mevzut vaziyeti tadil veyahut iskat maksadile Devlet namına, selâhiyettar bir uzuv veya şahıs tarafından hukuk kaidelerine uygun bir surette irade izhar etmesidir.”⁶⁶² [a.b.ç.]

Devletten çıkan irade açıklamalarının geçerli olması ve devlete işlem olarak bağlanabilmesi için yasaya uygun açıklanma ve yasal unsurların bulunması aranmaktadır. İdarenin iradesinde dışavrumu ya da içeriği yönünden eksiklik ve bozukluklar söz konusu olduğunda ise, hukuk düzeni iradi olguya idari işlem oluşturma sonucunu değil de haksız fiil oluşturma sonucunu bağlamaktadır. İradi olgu, işlem olarak idareye atfedilmemekte, “yok” sayılmaktadır.

Onar’ın 1933 ile 1966 arasında yazdığı kitaplar kronolojik olarak incelendiğinde, idari işlemin unsurları ile iptal nedenlerinin ayrı bölümler altında toplandığı ve her iki bölümdeki sınıflandırmanın farklılaştırıldığı dikkat çekmektedir. Bu tarihler arasında yazılan eserlerin en belirgin özelliği ise, iradenin yapılandırılmasına ve çözümlenmesine ilişkin bilginin doğrudan Fransız ve Alman kuramcılarının birikimi ile nadiren İtalyan yazarların görüşleri üzerine oturtulmasıdır. Onar da çağdaşı kamu hukukçuları gibi atıfsız-dipnotsuz yazım yöntemini kullanmaktadır. Başvurduğu aktarım yönteminin belirleyici özelliği ise, kendi görüşlerini sergilemeden önce Kıta Avrupası birikimini metin içinde özetleyerek açıklamasıdır. Onar, hem 1933 hem 1939 tarihli ders notlarında ilk önce söz konusu birikimden destek alarak icrai karara hukuksal varlık kazandıran oluşturuculara yer vermekte, işlemin unsurlu bilgisini ortaya koyduktan sonra, 1925 tarihli Şûrayı Devlet Kanunu ile onu izleyen 1938 tarihli Danıştay Kanununun iptal nedenlerini belirleyen hükümlerinin incelenmesine geçmektedir. İşlemin unsurlarının ele alınışında her bir unsurun işlemi oluşturucu değerini, iptal

⁶⁶² **Ibid.**, s. 44 vd.

nedenlerinin ele alınışında ise unsurda çözümlenen hukuka aykırılığın ağırlığını derecelendirmektedir.

a) İcrai kararın unsurlarının oluşturuıcı değerlerine göre derecelendirilmesi

İdari işlemin iki temel oluşturuıcusu Onar'ın icrai karar tanımında en soyut haliyle yer almaktadır:

“İcraî kararlar, bir idarî makam tarafından, idare edilenlere karşı hukukî bir hüküm husule getirmek maksadile, ve icraî bir şekilde yani re'sen icrası mümkün bir tarzda izhar edilen irade beyanlarından ibarettir.”⁶⁶³ [a.b.ç.]

Onar, icrai kararın unsurlarını öncelikle “şekle ait olanlar” ve “esasa ait olanlar” olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Roma hukukundan beri geçerli olan temel hukuksal ayırım şekil-esas ayırımıdır. Şekil-esas ayırımı, Laferrière'ce geliştirilen ve günümüzde hâlâ davalık hal sınıflandırmasının iskeletini oluşturan klasikleşmiş tipolojide iç unsur-dış unsur ayırımı halini almıştır. “Selâhiyettar bir idarî makamdan sadır olmak” Onar için icrai kararın biçimsel oluşturuıcusudur:

“İdarî karar⁶⁶⁴, bir icraî karar mahiyetini iktisap ve icraî tedbirlere esas teşkil edebilmek için selâhiyettar bir makamdan sadır olmuş bulunmalıdır. (...)

Ders notlarında, icrai karar ve idari karar kavramları, idare içinde hazırlık aşaması geçirmiş, karar aşamasını şeklen atlamış ve uygulanabilir duruma gelmiş karar anlamında kullanılmaktadır. Onar'ın icrai karar kavrayışı uyarınca, re'sen icra edilebilme, tüm icrai kararların bünyesinde taşıdığı bir özelliktir. Onar, kararı alan makamlarla hazırlığına katılan makamlar arasındaki ayırımı da ortaya koymuş durumdadır. “Büro muameleleri, muhabereler, istişarî reyler, istişarî makamların mütalaaları gibi icraî kararın hazırlık ameliye ve safhalarile karara takaddüm eden tahkikat gibi formaliteler, muameleler”, yetkili makamlarca gerçekleştirilmiş olsa bile “icraî karar”

⁶⁶³ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Söemestre 3-4, 1933**, s. 111.

⁶⁶⁴ **Ibid.**, s. 112.

sayılmamaktadır. Çünkü bunlar, icraî kararı hazırlamaktadır. İşlemin hazırlığına katılan makamlar da ancak bu kadarına yetkilidirler. Hazırlık aşamasından karar aşamasına geçilmemişse, yani hazırlık aşamasındaki “muameleler” yetkili makamın iradesinden çıkmış bir karara dönüşmemişse, proje olarak kalmış demektir. Bunlar, “hüküm doğurmayacak, iptal davasına mahal vermeyecektir.”⁶⁶⁵ Onar’ın kararı hazırlamaya yetkili olanlarla onu imzalamaya yetkili olanları birbirinden ayırması, 20. yy. başında Meyer, Barthelémy, Hauriou gibi kamu hukukçularının eserleri ile yayılan *teknik yetki-hukuksal yetki karşıtlığı*’na örtük bir göndermedir. Teknik yetki-hukuksal yetki karşıtlığı uyarınca, idare içinde hukuksal nitelikte karar alma gücü belirli makamlarda yoğunlaşmıştır. Aslında her türlü idari işlem onu hazırlayan bir görevliler topluluğunun somut ürünüyse de, karar alma gücünü kullanan kişi, kararın teknik hazırlığına katılanları imzası ile görünmez kılmaktadır. İdaredeki görevliler kitlesi arasında “bir çeşit aristokrasi” söz konusudur. İdari karar, onu imzalayanın teknik bakımdan ne yeterli ne de yetkili olmasını gerektirmektedir. İdari işlemin hazırlığı, başka idarelerin katılımıyla ya da kararın sahibi idarenin farklı birimlerinin çalışmalarıyla gerçekleştirilmektedir. Pek çok işte önemli icrai kararlar almaya hukuken yetkili bakan, vali gibi yöneticiler, buna karşılık genellikle teknik yetkiden yoksundur.⁶⁶⁶

İcraîlik, Onar tarafından, soyut olarak hukuksal etki doğurup doğurmamasından bağımsız, işlemin biçimsel olarak vücut bulmasına ilişkin bir özellik olarak işlenmektedir. Yetkiyi işlemi “şeklen tekemmül ettiren”, ona hukuk düzeninde varlık kazandıran unsur olarak ele alınmaktadır. Yetki, iradeyi işlem olarak yapılandırmaya

⁶⁶⁵ **Ibid.**, s. 130. Altı yıl sonraki çalışmasında idari işlem yapmaya yetkili makamlar - işlemi hazırlamaya yetkili memurlar ayrımı ile aynen karşılaşıyoruz: “İdarî teşkilâta göre her memurun Devlet ve idare namına bir irade izhar etmesine imkân yoktur. Devlet ve idare namına irade izhar edecek, yani amme hükmî şahıslarını iltizam edebilecek bir hukukî tasarrufu yapmağa salâhiyetli olan makamlar muayyendir. Diğer memurlar ancak bu makamların alacakları kararları, yapacakları tasarrufları hazırlar. İdare namına irade izharına salâhiyeti olmayan bir memurun, meselâ bir kalem memurunun izhar edeceği bir irade amme hükmî şahıslarını ilzam edebilecek ve ferdi itaate mecbur kılacak bir hukukî tasarruf değildir.” Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazâî Murakabe”, 1939, s. 307.

⁶⁶⁶ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 272.

yeten başlıca unsurdur. İcrailik, yetkiye göre belirlenmektedir. Yetkili makamdan çıkmış irade açıklamasına, hukuksal etkisi ayrıca sorgulanmaksızın icrailik atfedilmektedir. Aksine, yetkisizlik söz konusu ise, iptal davasına konu olabilecek “hukuki vaziyet” yoktur, ortada olsa olsa “fiili vaziyet” vardır.

“Eğer böyle bir makamdan sadır olmamışsa bu karar bir proje mahiyetindedir. İcrai bir tedbire esas teşkil edemez.”⁶⁶⁷

Onar, şekle ve esasa ait unsurları ayırırken, Laferrière’in dış ve iç davalık haller ayırımından esinlenmiş olmalıdır. Yetki, biçim, yöntem, merasim gibi *işlemi şeklen tekemmül ettiren oluşturucular*, işlemin varlığının işareti olarak görülmektedir. *Dışsal tamlık* işlemi var etmektedir. Aksine, şekle ait unsurlardaki yokluk, işlemin yokluğu sonucunu doğurmaktadır. Ortada idari karar bulunmaması, onun hem idare tarafından uygulanmasına hem de idari davada yargılanmasına engel olmaktadır:

“Karar icraî bir şekil ve mahiyette olmalıdır. Yani re’sen hareket yolile, idari usullerle derhal icrası mümkün bulunmalıdır. Kararın bu imtiyazıdır ki, alakadarlara itiraz ve idari kazaya müracaat imkânı verir. Kararın icraî mahiyeti esasından müstakil olarak şekline bağlıdır. Karar muhtevası itibarile hukukî bir hüküm doğuracak kuvvet ve mahiyette olmadığı halde şekil bakımından tam ve icraî bir mahiyeti haiz olabilir. İcra memuru kararı aldığı zaman muhtevasına ve esasına değil şekline bakacaktır, şekil tam ise icraya memurdur.”⁶⁶⁸

Onar’ın yaklaşımıyla, ısdar şart ve şekillerine uygun olarak yetkili makam tarafından bir işlem tesis edilmişse, icraya konulabilecek, idari yargıda dava edilebilecektir. Yazar, idari kararın hukuk düzenine girip girmediğini, onun içeriğine değil şekline bakarak saptamaktadır. İrade açıklamasının hukuksal etkisini yetkili makamdan çıkmakla doğurduğunu ve fiili etkilerini gösterebilecek duruma geldiğini kabul etmektedir. Kararın icrai nitelik kazanmasında, soyut hukuksal etki (Onar’ın deyişiyle hukukî hüküm doğurma kuvvet ve mahiyeti) yerine biçimsel oluşuma öncelik tanınması

⁶⁶⁷ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4, 1933**, s. 113.

⁶⁶⁸ **Ibid.**, s. 113.

nedeniyle, “esas bakımdan hukukî hüküm tevhit etmeyen kararlar” da biçim bakımından icrai unsurları taşıdıkları takdirde iptal davasına konu edilebileceklerdir.⁶⁶⁹ Memur da önüne gelen bir irade açıklamasını uygulayıp uygulamayacağına karar verirken onun yalnızca biçimsel varlığını araştıracaktır. Onar, işlemin esasa ait unsurunu “idarenin bir taraflı beyanî iradesinin hukukî bir hüküm tevhitine matuf olması”⁶⁷⁰ diye tanımlamakla birlikte, icrai kararların unsurlarının ele alındığı sayfalarda esasa ait unsurlar hakkında bu tanım dışında pek fazla açıklama yer almamaktadır. Şekle ait unsurların çok daha kapsamlı değerlendirilmiş olması bile, Onar’ın işlemin oluşumunda biçimsel oluşumu gözettiğinin bir belirtisidir.

İşlemin oluşturucuları ile hukuka aykırılık nedenlerinin ders notlarında iki ayrı bölümde sınıflandırılması, sözleşme kuramında kurucu unsurlar ile geçersizlik nedenlerinin ayrı başlıklarda sınıflandırılmasına benzetilebilir. Fakat, Onar’ın özel hukukun şekil serbestisini idari işlemler açısından çürütüp tam aksine şekli icraî kararın unsuruna dönüştürmesi, üstelik şekil noksanının sonuçlarını yokluk derecesine kadar götürmesi; idari işlemin şekil kavrayışını özel hukuk sözleşmelerinden alabildiğine uzaklaştıran bir yorumdur.

b) Unsurlarda hukuka aykırılık derecesinin davalık halleri belirlemesi

Şeklin esasî öncelemesi, Onar’ı, iptal davası açılacak halleri kendi içinde sınıflandırırken de hukuka aykırılığı, hangi unsurda ortaya çıktığına veya unsur içindeki ağırlığına göre derecelendirmeye yöneltmiştir. Unsurlarda çözümlenen sayrılıklar ya işlemin oluşmasına engel olacak, onu yok saydıracak düzeydedir ya da iptal edilebilirlik düzeyindedir.

⁶⁶⁹ **Ibid.**, s. 114.

⁶⁷⁰ **Ibid.**, s. 116.

Onar, yetkisizlik halini iki derecede ele alarak, sonuçlarının farklı olacağını belirtmektedir. Yetkisizlikte, “icraî karar almak salâhiyetini haiz olan bir makamın veya uzvun salâhiyet sahasını aşması”, “hiç salâhiyet sahasına girmeyen bir karar alması” ilk derecedir ve bu gibi kararlar iptal davasının konusudur (iptal edilebilirlik). Birinci derece yetkisizliği somutlaştıran örnekler uyarınca, astın üstün yetkisinde bir kararı alması ya da üstün astın yetkisinde olan bir kararı alması (*hiyerarşi içinde kişi yönünden yetkisizlik*), aynı yetkilere sahip olan iki idari makamın yetkili olduğu coğrafi sınırlar dışında karar alması (Bursa Valisi’nin Eskişehir vilayetini ilgilendiren bir karar alması gibi, *yer yönünden yetkisizlik*), aynı idare içinde bir organın yetkisinde olan bir kararı başka bir organın alması (*organlararası yetkisizlik – kişi yönünden yetkisizlik*) iptal davasına konu edilebilecek birinci derece yetkisizlik halleridir (iptal edilebilirlik).⁶⁷¹ “İcraî karar almak salâhiyet ve sıfatını haiz olmayan bir memur veya şahıs tarafından yapılan muamele” ise iptal davasına konu edilemeyecektir. Daha ağır yetki düzeni ihlallerine karşılık gelen bu hukuka aykırılık derecesinde, “hukukî vaziyet” değil olsa olsa “fiili bir vaziyet”, adliye mahkemelerine başvuru nedeni olan bir “haksız fiil” söz konusudur. Bu derece ağır yetkisizliğe “salâhiyetin gasbı” örnek verilmektedir. İdari bir makam, yasama veya yargı yetkisini alanına girerek işlem yapmaya kalkışırsa, bu olasılık, mevcut yetkinin aşılmasından ya da başka bir idareye ait yetkinin kullanılmasından farklı değerlendirilmektedir. Zira idare adına şu veya bu konuda bir karar alma yetkisi başta daha yoktur ki aşılmış olsun veya başka idareye ait bir yetki kullanılmış olsun. Bu derecede bir yetkisizlik hali, idareye izafe edilemeyecektir. İdare hukuku bakımından bir işlem var olmayacaktır (yokluk).⁶⁷²

İdari işlemleri, devlet işlemleri içinde onlar ile aynı esaslara tabi bir kategori olarak düşünen Onar, idari kararın şekle ait unsurları ile varlık kazandığı doğrultusundaki

⁶⁷¹ **Ibid.**, s. 142.

⁶⁷² **Ibid.**, s. 141.

bakış açısını, nizamnameler ve yasalar açısından da korumaktadır. Gerek nizamnamelerin yasaya uygunluğu gerekse yasaların anayasaya uygunluğu bakımından hukuka aykırılığı derecelendirmektedir. Yargıcın şekle ait unsurların yokluğu nedeniyle hukuken var olmayan bir üst normu uygulamaktan kaçınmakla yükümlü olduğunu, ancak esasa ait unsurlar bakımından ihmal yetkisi bulunmadığını ileri sürmektedir. Şekle ait unsurlardan yoksun nizamname ve yasalar *yokluk*, esasa ilişkin unsurları bozuk nizamname ve yasalar *iptal edilebilirlik* sonucuna bağlanmaktadır:

“(…) hukukî şekiller dahilinde yapılan bir tasarruf, tıpkı mümeyyizin caiz olmıyan tasarrufları gibi mevcuttur, fakat iptale mahkûmdur. Binaenaleyh özü bakımından Teşkilâtı Esasîyeyi ihlâl etmekle beraber usulü dairesinde Büyük Millet Meclisinden sadir olan bir tasarrufu kanun addetmek mümkün değildir. Nitekim nizamnameler de böyledir (...) bir adliye mahkemesi nizamnameyi tatbik ve hatta tefsir etmek, mevcudiyetini yani şekil şartlarını aramakla beraber kanuna muhalefeti iddiasını tetkik edemez.”⁶⁷³

1933 tarihli ders notlarında, icrai kararı şekil ve esas olmak üzere iki unsura ayıran, şekle ait unsurlar içine yetkiye ağırlık veren Onar, 1939’da Fransız ve İtalyan yazarların çözümlmelerine eğilerek, iradi olguyu daha derinlemesine çözümllemiştir. Derinlemesine çözümllemenin sonucu, işlemin daha fazla unsurlanması olmuştur. Onar, 1939 tarihli ders notlarında, Bonnard’ın unsurlu çözümlleme yöntemini genel olarak devlet tasarruflarına uygulamıştır. Devletin hukuksal işlemlerini incelediğinde, beş unsur görmüştür: saik (sebeup), ehil ve selâhiyettar bir merci tarafından izhar edilen irade, mevzu, şekil.⁶⁷⁴ İşlemin unsurlarının çoğalmasına bağlı olarak, işlemi şeklen oluşturan yetki dışında, esasa ilişkin bir unsur olan sebep bakımından da yokluğun ortaya çıkabileceği sonucuna varmıştır:

“İlletsiz hukukî muamele”, unsuru noksan olduğundan hukukî varlık kazanamaz.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, 1939, s. 296.

⁶⁷⁴ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 57-64.

⁶⁷⁵ **Ibid.**, s. 146.

Şekil noksanı bakımından iptal davası açılacak haller de iptal edilebilirlik veya yokluk yaptırımına yol açmasına göre iki düzeyde ele alınmıştır. İdari işlemlerin genel şekil ve merasim şartlarına uyulmamışsa sadece “fiilî vaziyet” söz konusu olacaktır (yokluk). Bunlara uyulmakla beraber özel şekil ve merasim şartlarına uyulmaması işlemin yokluğuna yol açmayacak, işlemin iptalini gerektirecektir (iptal edilebilirlik).⁶⁷⁶

Unsurlardaki sayrılıkların iradeyi sakatlamakla kalmayıp onun hukuksal varlık kazanmasını engelleyeceği düşüncesi, Onar’ın 1930’lu yıllardaki eserlerinde yokluğa oldukça geniş bir kategori açılmasını beraberinde getirmiştir. Hocası Onar’ın görüşlerini izleyen asistan Sarıca’nın 1940’larda işlemin diğer unsurlarında da yokluğun ortaya çıkabileceğini ileri sürmesiyle zaten geniş olan bir kategori daha da genişletilmiştir. Sarıca’nın bakış açısıyla, işlemin unsurlu olduğundan şüphe edilmediğine göre, unsur olmanın mantığı gereği her unsur yokluğa yol açabilecektir.⁶⁷⁷

2. Sarıca’nın Bonnardcı Unsur Araştırma Yöntemi

Sarıca, idari işlemi unsurlu bütün oluşturan bir madde gibi düşünmektedir. Unsur eksikse, işlem var olmayacaktır. Sarıca’nın unsuru ele alış tarzıyla, idari işlemin ontolojisi (varlıkbilgisi) hukuka aykırılığının epistemolojisinden (bilgi biliminden) önce gelmekte, onu belirlemektedir. Sarıca unsur adını koyduğu iptal nedenlerinin herbirini işlemin varlık koşulu saydığından, yokluğun yetki ve şekil gibi dış hukuka aykırılıklarda ortaya çıkabilecek bir yaptırım olduğunun Hocası Onar da dahil olmak üzere seleflerinde genel kabul görmesine karşıdır.⁶⁷⁸ Mademki bir şeye unsur denilmektedir, o olmadan bütün aslında bir bütün olmayacaktır.

⁶⁷⁶ **Ibid.**, s. 143.

⁶⁷⁷ Sarıca, “İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgisi”, 1943, s. 386; “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 1191-1281.

⁶⁷⁸ Sarıca, “İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgisi”, 1943, s. 386.

Unsur terimi, işlem olarak yapılandırılmış iradedeki sayrılık hallerini soyut olarak ifade etmekten ziyade fiziki varlığı bulunan bir nesnenin belirli bir parçasını çağrıştırmaktadır. Sarıca, günümüzde yerleşik kullanım edindiği kolaylıkla saptanabilen unsur terimine 1943'te getirdiği açıklamalarda, pozitif bilimlerin dilini kullanmaktadır:

“Zira muhtelif unsurlardan husule gelen, terekküp eden bir bütünün, unsurlarından kat'an nazar meydana gelemeyeceği aşikârdır. Zihin, bir bütünü –kendisini teşkil eden- unsurlardan mahrum olarak tasavvur edemez. Meselâ şeker (glükoz): karbon, hidrojen ve oksijenden terekküp eder. Bunlar, şekerin unsurlarını teşkil ederler. Şeker, karbonsuz mütesavver olamayacağı gibi; ikinci ve üçüncü unsurlardan da kat'an nazar bahse mevzu olamaz. Bir kelime ile gerek karbonun, gerek hidrojenin, gerekse oksijenin yokluğu: şekerin de yokluğunu intaç eder.”⁶⁷⁹

Unsurlar, Sarıca'nın zihninde, işleme dış görüntüsünü veren bir şeylerden ibaret olmayıp adeta bir tepkimeyle onu maddeleştiren, hukuk düzeninde vücut veren şeylerdir. Unsurlardan herhangi birinin yokluğu, bozukluğu, olsa olsa bir “sahte karar” oluşturacaktır.⁶⁸⁰ Sarıca, aslında yokluğun işlemin tüm unsurlarda ortaya çıkabileceğini değil, tersinden, unsurlardaki eksikliğin işlem oluşturmayacağını, olsa olsa “fiili bir vaziyet” yaratacağını kanıtlamaya çalışmaktadır.

1938 tarihli Devlet Şûrası Kanunu'nda henüz beş unsura yer verilmediği halde, Sarıca'nın hukuka aykırılığı Kanun'da sayılanlardan fazla unsurda araması, Bonnard'ın işlemi unsurlarına ayırarak çözümlene yöntemini kendisinde bıraktığı etkinin bir sonucudur. Sarıca, *İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgî* makalesinin hemen başında, Bonnard'ı anmaktadır. Ancak, makalenin bütününde, Bonnard'ın çözümlene yöntemini özümsemiş olduğuna ilişkin o kadar çok işaret vardır ki, Bonnard'ı anmasa dahi, söz konusu işaretler Sarıca'nın Bonnardcı idari işlem tipolojisine yakınlığını anlamamıza yeter.

⁶⁷⁹ **Ibid.**, s. 386.

⁶⁸⁰ **Ibid.**, s. 387.

Sarıca, ilk cümlesi Bonnard'ın (ve Onar'ın) adıyla başlayan makalesinin ilk paragrafında altı unsur saymaktadır:

“Fransada Profesör R. Bonnard, memleketimizde sayın hocamız Ord. Prof. Sıddık Sami Onar tarafından müdafaa edilen telâkkiye dayanarak idare hukukunda cari olan hukukî tasarrufların unsurlarını şu suretle sıralayabiliriz: I- İzhar edilen bir iradenin mevcudiyeti; II- İradenin, yani tasarrufun salâhiyetli bir makamdan sadır olması III- Tasarrufun tâbi olduğu şekil usul ve merasime riayet edilmesi; IV- Tasarrufun, mevzuatın gösterdiği saike, sebebe dayanması; V- Tasarrufun, kanunun tayin ettiği mevzua sahip bulunması; VI- Nihayet, tasarrufu yapan failin, kanun vaziinin bu tasarruftan beklediği neticeyi, gayeyi, maksadı gütmesi”⁶⁸¹

Bonnard'ın öznel hakkın var olup olamayacağını beş unsurun her biri açısından ayrı ayrı sorgulamasına ve öznel hakların ihlalinin Bonnard'ı farklı iptal nedenlerine götürmesine benzer mantık yürütmeye, Sarıca da, yokluğun idari işlemlerin hangi unsurunda ortaya çıkabileceği tek tek araştırmakta, iptal davasında hukuka aykırılığın unsurlar sayesinde incelendiğini savlamaktadır. Hatta 1923'ten sonra, irade açıklamasını (*déclaration de volonté*) da işlemin unsurlu varlık bilgisine ekleyen Bonnard'ı⁶⁸² örnekseyerek “izhar edilen irade”yi idari işlemin unsurları arasına almaktadır.

Sarıca, makalesinin girişinde idare hukukundaki tasarrufların unsurlarını saydığını belirtmektedir. Giriş cümlesini atlayarak sayılan altı maddeyi okuduğumuzda yazarın hukuka uygunluk hallerini saydığı düşünebiliriz. Sıralanan unsurların sonundaki filler (olmaması, riayet edilmemesi, dayanmaması, bulunmaması, gütmemesi) olumsuz çekimlendiğinde, unsurlar hukuka aykırılık hallerini vermektedir. Bunun nedeni, Sarıca'nın saydığı maddelere idari işlem açısından kurucu işlev tanınması, hukuka aykırılığın bu oluşuma aykırılığın ta kendisi olduğunu kabul etmesidir. Unsursuzluk ya da unsurda sayrılık, o unsura ilişkin bir hukuka aykılığa karşılık gelmektedir. İdari

⁶⁸¹ **Ibid.**, s. 385.

⁶⁸² Bonnard, **Précis de droit administratif**, 1943, s. 28.

işlemin unsurlarında düzgünlük, sağlıklı oluşma ve doğma bilgisine hakim olmak sayrılık hali hakkında çıkarımda bulunmayı sağlamaktadır.

Sarıca'nın iptal davası tanımında, hukuka aykırığın beş yönden ortaya çıkabileceği belirtilmektedir:

“İptal davası, idare tarafından ittihaz olan icrai bir karardan şahsî, meşru ve aktüel bir menfaati muhtel olan bir şahsın idari bir mahkemeye müracaat ederek bu kararın mevzuata, hukuka; selahiyet, saik, mevzu, şekil ve maksat cihetlerinden biriyle aykırılığınan ötürü bozulmasını istemesidir.”

İşlemin hukuk düzenindeki unsurlu varlık bilgisinin ortaya koyulması ve özel hukukun kuruluş-geçerlilik ayrımının kaldırılması, idari işlemlerin hukuka aykırılığının yaptırımını da özel hukuktan farklılaştıran bir yorumdur. Özel hukukta irade beyanı kurucu unsur, bunun dışında kalan sayrılıklar ise ancak geçersizlik nedeni olarak ele alınırken, Sarıca tüm unsurları birlikte kurucu kabul etmektedir.

Yokluğu yalnızca yetki ve şekil gibi dışsal hukuka aykırılıklarla ilişkilendiren haleflerini eleştiren ve işlemin sebep (saik), maksat, konu gibi özünü (esasını) oluşturan unsurlarında da yokluğun söz konusu olabileceğini kanıtlamaya önemli çaba sarfeden Sarıca, sayrılıkları derecelendirerek iradi olguları idare hukuku açısından yok addetmekte başı çekmiştir.⁶⁸³ Devlet Şûrası'nın onaya tabi olan irade açıklamalarında onay alınmaması nedeniyle “icrası lâzım-ı kat'i” olmadığı gerekçesiyle incelemediği kararları yetki unsurunda eksiklik nedeniyle yok hükmünde saymıştır. Böyle bir sonuç, Sarıca'nın yokluğu *tüm unsurlarıyla tastamam bir işlem oluşmaması* olarak kavrayan bakış açısıyla tutarlıdır. Ancak, bu bakış açısı, iradi olguların idari işleme dönüşmediği her durumu yokluk ve haksız fiil kurumları ile açıklamak gibi bir sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Hukuksal etki doğurmayan her irade açıklaması yok hükmünde

⁶⁸³ Tekrar bkz.: Sarıca, “İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgî”, 1943, s. 385-400; Sarıca, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, 1944, s. 1191-1281.

sayılırsa, Sarıca'nın uzun uzadıya ele aldığı “görüş bildiren, idarenin içinde kalan, idari işlemi hazırlayan vb” irade açıklamalarını da yok hükmünde saymak gerekecektir.

Hocası Onar'ın işlemin hukuk düzeninde varlık kazanmasını sağlıklı oluşması koşuluna bağlayan düşüncelerini benimseyen Sarıca, kanun ve nizama aykırı irade açıklamasını idare hukuku alanına hiç girmemiş sayılmaktadır. İradi olgu ya tümünden yok addedilmekte ya da adli yargıda denetlenebileceği savıyla özel hukuk alanına atılmaktadır. Sarıca, yetki dışındaki unsurlar bakımından da yokluğun ortaya çıkabileceğini kabul etmekle birlikte, yokluk kuramının incelenmesinde yetki unsuruna ağırlık vermektedir. İdare adına irade açıklamaya yetkili olmayan makamlardan çıkan irade açıklamaları, idareye “izafe ve isnat edilebilecek icraî karar” sayılmamakta; “haksız fiil” olarak nitelenmektedir. Yetkisizlikle sakatlanmış irade açıklamalarının işlem olarak idareye bağlanmamasından da güçlü bir iddia ile, herhangi bir tür işlem bile kabul edilmemesi söz konusudur.⁶⁸⁴ Her türlü hukuksal işlemin kurucu unsuru olan sonuç doğurma yetisi bu gibi irade açıklamalarına tanınmadığından, hiçbir biçimde işlem oluşmamaktadır. Yetkisizlik, “hukukî vaziyet” yaratmadığından kendini “fiilî vaziyet” olarak göstermektedir.⁶⁸⁵ Buna karşılık Sarıca, ilerleyen tarihlerde yokluk hakkında kaleme aldığı yeni bir makalesinde, çok ağır ve önemli hukuka aykırılıklar iptal nedeni oluşturulmasına rağmen, yoklukla sakatlanmış bir kararın uygulanmasından doğan zararlardan ve hak ihlallerinden dolayı idare aleyhine tam yargı davası açılabilceğini kabul etmiştir:

“Yoklukla malûl bir kararın hukukan mevcut sayılmaması, idareye isnat ve izafe olunmaması, idarî bir mahiyeti haiz olmaması başka bir meseledir. Yoklukla malûl bir kararın tatbik ve

⁶⁸⁴ Aynı dönemde, Onar ve Sarıca gibi, Özkan'ın da, “idari işlemlerin kanunsuzluğu”na özel hukuk kaynaklı yokluk ve butlan gibi sonuçlar bağladığı görülmektedir. “Binaenaleyh memur ancak kanunun gösterdiği maksat uğrunda salâhiyetini kullanabilir. Kanunî maksat harici yapılan karar kanunsuzdur ve yok addedilir. (...) vali bu salâhiyetini vilâyet dahilinde etin fiyatını düşürmek için kullanırsa, bu salâhiyetini kanunun gösterdiği maksad haricinde kullanmış olacağından o karar batıldır.” Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 65.

⁶⁸⁵ Sarıca, **İdarî Kaza**, 1942, s. 27.

icrasından herhangi bir hakkın muhtel olması, zararın husule gelmesi halinde bundan idarenin mesul tutulması ise başka bir meseledir. Birinci mesele: bir kararın *isnadı* meselesidir. İkinci mesele: *mesuliyete* müteallik bir meseledir. Bu iki mesele arasında zarurî bir münasebet, tabiiyet ve ayniyet mevcut değildir.”⁶⁸⁶

“(…) yoklukla malûl bir kararın kendisine karşı değil de, avakıp ve netayicinden dolayı idare aleyhine açılan dâvaların idarî mahkemece evleviyetle kabulü, tetkik ve intacı lâzım gelir.”⁶⁸⁷

Yokluğa Onar tarafından çok geniş bir kategori ayrılmasının, kategorinin Sarıca tarafından daha da genişletilmesinin ardında güçlü bir kamu hukuku arayışı yatmaktadır. Kanun ve nizam sınırları dışına taşan bir idari varoluşu kabullenemeyen I. Cumhuriyet idare hukukçularının, idarenin iradesindeki bozuklukları idare hukukundan temizleme çabası, unsurlardaki pek çok sayrılığın haksız fiil olarak nitelenip özel hukuk alanına itilmesini beraberinde getirmiştir.

3. Sebebin İdari İşlemin Oluşturucularına Eklenmesi

Hukuk bilimi maddi düzeni hukuk düzenine taşırken, doğa bilimlerinin temel yasası olan nedenselliği kendisine de temel yasa olarak almıştır. Nedensellik yalnızca idari işlemin değil, genel olarak eylem, işlem, suç gibi tüm iradi olguların hukuk düzeninde içerilmesi, yaptırıma bağlanması için hukuk biliminin yararlanmaktan vazgeçemeyeceği bir yasadır. Hukuk düzeninde işlem, eylem, suç vb. sonuçlar doğabilmesi, bunların kökeninde mutlaka hareket, beyan gibi olumlu işaretlerin veya hareketsizlik, susma gibi olumsuz işaretlerin varlığını gerektirmektedir.

Cumhuriyet ilk kuşak ceza hukukçularından Honig, doğa bilimlerinde olduğu gibi hukuk biliminin konu edindiği tüm disiplinleri kuşatan bir nedensellikten söz etmektedir:

⁶⁸⁶ Ragıp Sarıca, “Yoklukla Malûl İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Malî Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHFİM**, Cilt 13, Sayı 3, 1947, s. 894.

⁶⁸⁷ **Ibid.**, s. 910.

“Tabii ilimlerde olduğu gibi hukukta da bir hâdisenin muayyen bir asla ircaında tereddüt olunduğu zaman ve yerde illî münasebet meselesi ortaya çıkar ve bu münasebetin neden ibaret olduğunu sorarız. Fizikî ilimler sahasındaki bu ircaa, tabiat hakkındaki tasavvurlarımızda bir nizam, bir bağ tesis edebilmek için muhtacdır. Demek ki bu sahada illiyet, bir nazım prensip olmak kıymetini haizdir; ve -bu mahiyet ve kıymeti dolayısıyla, düşüncemizin esas mefhumlarından birini teşkil eder. Hukuk ilminde de illiyet, esas mefhumlar arasına girer, yani hukukî düşüncenin temellerinden biridir. Bu sahada da illiyet, fiil ile neticeyi bir vahdet halinde yekdiğerine bağlayan nazım bir prensiptir.”⁶⁸⁸

Nedenselliğin hukuksal düşünceyi düzenleyen, ona tutarlılık veren temel kavrayış olduğu doğrultusundaki saptamaya katılmak gerekir. Nedensellik, maddi düzenin olgularını ya da içsel iradeyi ilgilendiriyor gibi görünen bir sorunun aslında tam olarak hukuk düzenini ilgilendiren bir sorun olarak ele alınmasını sağlamaktadır. İrade hukukunda sebebin işlemin oluşturucularından biri olarak kabul görmesi, olgusal bir hatanın hukuksal bir hataya dönüştürülerek yaptırıma bağlanmasının önünü açmıştır.

Toulouse Hukuk Fakültesi’nde Hauriou’nun asistanı olarak çalıştıktan sonra Darülfünun’da göreve başlayan Crozat anadili Fransızca’da yazdığından, derslerini de anadilinde anlattığından, kendisinin Fransız kamu hukuku ve idare hukuku donanımı çevirmenler aracılığıyla aktarılmıştır. Her ne kadar, Türkiye’de yürürlükte olan Anayasa ve Devlet Şûrası Kanunu’nu Fransız idare hukuku ile karşılaştırmalı olarak yorumlama savıyla yola çıksa da, Crozat’nın anlatısında başvurulan kaynaklar genellikle Fransız kuramcılar ve Fransız Devlet Konseyi’nin kararlarından ibarettir.⁶⁸⁹ 1925 tarihli 669

⁶⁸⁸ Richard Honig, “İllyet Nazariyesine Dair”, (çev. Yavuz Abadan), **İÜHF**, Cilt 2, 1936, s. 169. 1933’te Nazi Almanya’sından Türkiye’ye gelen Honig, aslen ceza hukukçusu olmakla birlikte, hukuk felsefesi ve hukuk tarihi alanlarında görevlendirilmiştir. Nedensellik bağı, iradeye dayanan işlem ve eylemlerle doğan hukuksal sonuç arasındaki bağı kurmak için farklı hukuk disiplinlerini aşan bir geçerlilikle ele almıştır.

⁶⁸⁹ Charles Crozat, “İdarî Kararların Tefsiri”, (çev. Bedia), **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 34, s. 20-25; Charles Crozat, “Devlet Şûrası: Yasaya Uygunluk Mercii”, (çev. Muhtar Hamdi Yazır), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 38, Mayıs 1934, s. 20-26; devamı için: **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 40, Temmuz 1934, s. 19-27. Crozat, genel olarak Fransız Devlet Konseyi içtihadına eğilse de, zımnî redde ilişkin bir karşılaştırmalı içtihat incelemesi de mevcuttur: Crozat, Charles, “İdarenin Sükûtunun Hukukî Değeri (Şûrayı Devletin Yeni Bir Kararı Münasebetile)”, (çev. Fuat Dâniş Turnalıgil), **Hukuk Gazetesi**, Sene 4, no. 31-32, 1938, s. 3-5 (Fransızca metin için: s. 16-18).

sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun 19. maddesinin nasıl uygulanacağını araştırmak amacıyla kaleme aldığı makale dizisinde⁶⁹⁰, aslında Fransa'dan edindiği bilgileri aktarmaktadır. Karşılaştırmadan çok aktarımda bulunmaktadır. Sonuç cümlelerinden, 1930'lı yıllar Türk idare hukukunda Onar'ın eserleri dışında cevaplanmaya çalışılmamış sorulara ışık tutmak amacıyla bu bilgilerin aktarıldığı anlaşılmaktadır.⁶⁹¹

Crozat'nın aktarımları, ilk bakışta, doğrudan Devlet Şûrası Kanunu'nun ilgili hükmünü ele almaması nedeniyle Türk idare hukukundan kopuk gibi görünebilir. Halbuki anlatılanlar inceleme konusu hükmün içeriğini doldurucu niteliktedir. Sebep, Devlet Şûrası Kanunu'nda kanuna ve nizama aykırılık halleri içinde sayılmamışken, bu hallerin hiçbir zaman kanunlarda sayılmadığı Fransa'da, Crozat Fransız hocalarından sebep ve saik kuramlarını okumamış olamaz. Crozat'nın okuduklarından bahsedecek çok şeyi vardır: Birbirini izleyen olgular olmadan idarenin karar veremeyeceği, amaçta idarenin takdir serbestisinin olamayacağı (Duguit'den aktarımla), sebebin gerçekliğinde ve yeterliğinde hatanın nasıl denetlendiği (Réglade'dan aktarımla) ele alınmaktadır.

Fransa'da, daha önce ele aldığımız gibi, yasalarda açıkça ifade bulmayan, idari işlemde görüngüsel olarak da kolayca anlaşılamayayan işlem sebeplerinin-saiklerinin nasıl denetlenebileceği Fransız idare hukukçularını köşeye sıkıştırmış bir soru olmuştur. Crozat, bu soruya verilen cevapları en özlü haliyle ortaya koymaktadır: İdarenin takdire bağlı serbestisinin denetimi hukuksallık içindedir. Olguları denetleyen yargıç, idare yerine geçmiş olmayacaktır. Durumun gerekleri ile yasaya uyma arasındaki bağlantı olguların denetiminden geçmektedir. "Olgular hukuka hükmetmektedir ve sıkı surette ona bağlıdır."⁶⁹² Kuramcılar; azmettirici saik, kategorik sebep, maddi olguda hata gibi farklı kavramsallaştırmalarla, olguların denetiminin hukuksallık denetimine katılmasını

⁶⁹⁰ Crozat, "Devlet Şûrası: Yasaya Uygunluk Mercii", 1934, s. 20-26; devamı için: **Mülkiye İçtimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 40, Temmuz 1934, s. 19-27.

⁶⁹¹ **Ibid.**, s. 27.

⁶⁹² **Ibid.**, s. 25.

sağlamışlardır. Farklı görüşlere hakim olan Crozat'nın doğrudan Türkiye'de yürürlükte olan hükümleri incelemektense, bu hükümleri aydınlatmak hedefiyle Kanun'da adı geçmeyen, ama Kanun'un yorumla kapsayabileceği sebep, saik'i Türkiye'de anlatması, sebep unsuruna doğru atılmış önemli bir adımdır.

Fransa'da olguların denetiminin aynı zamanda yasallık denetimi olduğu düşüncesinin kabul görmeye başlamasından itibaren, bazı yazarlar, davalık hal sınıflandırmasında olguların varlığının veya nitelemesinin doğurabileceği sayrılığı öncekilerden bağımsız bir davalık hal olarak kurgulamışken, bazıları mevcut davalık hallerin içinde ele almıştır. İşlemi önceleyen veriler (*motif*), Bonnard için başlı başına bir unsurdur. Hauriou, yasanın ihlalinin (*violation de la loi*) sebebi (*cause*) de kapsadığı görüşündedir. Duguit ile Jèze göre ise, işlem yapmaya güdüleyen olgular (*motif*) yetkiye ilişkindir.

Sarıca, işlemin oluşturucularını altı unsur olarak; Onar ise 1933'te şekil ve esas, 1939'dan sonra beş unsur olarak düşünmüştür. Her iki yazar, sebebi (kavram seçimine göre saik ya da illeti) yürürlükteki yasalardan açıkça çıkarılmayan ama yürürlükteki yasalarla çelişmeyen gizli bir oluşturucu olarak tanımlamışlardır. Fransa'dan farklı olarak, davalık hallerin yasalarda sayılmış olması nedeniyle, Onar ve Sarıca, sebebi yasalarda sayılanlardan birinin kapsamına almak zorunda kalmışlardır. Sebep unsurunu başlı başına işlemin oluşturucularından biri kabul ettikleri halde, onu iptal davası açılacak haller sınıflandırmasına bağımsız bir davalık hal olarak yerleştirememişlerdir. "Esas itibariyle kanuna veya nizama muhalefet" veya "kanunun veya nizamın ihlali" ifadelerinin, sebebi oluşturan olgulardaki hukuka aykırılıkları da kapsadığını ileri sürmüşlerdir. Kuralların, olgulara ruhuna ve amacına uygun olmayan şekilde uygulanması (olgu-kural uyumsuzluğu) ya da işlemin dayandırıldığı maddi olay ve olguların gerçekte mevcut olmaması (olgu-gerçek uyumsuzluğu) kuralın esas

yönünden ihlali olarak irdelenmiştir. Gerek 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nda gerekse 1938 tarihli Devlet Şûrası Kanunu'nda dört farklı iptal davası açılabilir hal gösterilmişken, Onar ve Sarıca yasalarda esas olarak ifade bulan hali yasanın ihlali olarak anlatmış, bunun içine olguların kanun ve nizama uygunluğunu da katmışlardır. İşlemin hukuka uygun oluşumu için gerekli olguların hiç bulunmaması ya da yanlış nitelenmesi, sonuç itibarıyla hukuk kuralının ihlali olarak kavranmıştır. İşlemin oluşturucularında Bonnard'ın unsurlandırmasının izini süren her iki idare hukukçusu da, işlemin sayrılığını tanılamakta Laferrière'in tipolojisine dönmüştür. Laferrière kaynaklı davalık hal tipolojisi, Fransa'da Laferrière'den günümüze farklı sınıflandırma denemelerinin temelini oluşturmayı başarmış tipolojidir. Klasikleşmiş tipoloji uyarınca, davalık haller; "salâhiyetsizlik, şekle uymamak, kanunun ihlali ve salâhiyetin yerinde kullanılmaması" olmak üzere dördü bir sınıflandırmaya karşılık gelmektedir. İşlemin oluşturucuların tipolojisi ile işlemdeki sayrılıkları tanılayıcıların tipolojisi tam olarak çakışmamaktadır. Fakat Laferrière'in tipolojisinde yasanın ihlali olarak yer bulan davalık halin içine sebebi de almayı başarmaları, Bonnard'ın unsurlu çözümlemesinden etkilenimle sebebin başlı başına idari işlemin oluşturucularından biri olduğuna kanaat getirmeleri sayesinde.

Onar'ın maddi olguları hukuksal olguya dönüştüren görüşleri, idari işlem için yeni bir sayrılık halini Laferrière'in davalık hal tipolojisi çerçevesinde kurmaktayken, benimsediği sebep kuramı, içeriği bakımından Hauriou'yu esas almaktadır. Yazarın Roma hukukunda doğmuş kategorik sebep (*cause catégorique*) kuramını özel hukuk birikimi sayesinde modern idare hukukunda yeniden canlandıran Hauriou'ya düşünsel yakınlığı anlaşılabilir. Osmanlı hukuk mekteplerinde yetişmiş Onar, Cumhuriyet idare hukukunun kurucu ismi olmanın yanında, icra hukuku dahil özel hukuk dersleri vermiş, borçlar hukuku kitapları yazmıştır. Onar, hem akademik etkinliklerinde, hem de idare hukuku alanındaki yazılarında özel hukuk donanımını asla terk etmemek suretiyle özel

hukukçu kimliğini daima korumuştur. Pek çok kavram seçiminde bu kimliği yansıtan Onar, Osmanlı kökenli özel hukuk diliyle “illet nazariyesi” derken⁶⁹³ kastettiği Hauriou’nun *cause* kuramından başka şey değildir. Sebep yerine “illet” kavramını da kullanabilmektedir. Olgulardan yoksun işlemleri “illetsiz muamele” nitelemesiyle anmaktadır.⁶⁹⁴ Hauriou gibi, illete (diğer kullanımla sebebe) tümüyle nesnel bir anlam yüklemektedir. Saik ve amaç kavramlarını, illetten, öznel bir sahaya ilişkin olmalarını vurgulayarak ayırt etmektedir.⁶⁹⁵ Çünkü olguların araştırılması tamamen nesnel gerçekliğe ilişkin bir sorunken, yetki saptırmasına tanı koyulmasının yolu idarede saik araştırmaktan geçmektedir. Onar’ın sebep kavrayışı yanında, amaç kavrayışı da Hauriou’nun izindedir ve yine özel hukuk birikimiyle şekillenmiştir. Onar, Hauriou’nun idari işlemin amaç yönünden denetiminin idare ahlakını da kapsadığı görüşünü, Hauriou’nun ismini açıkça hatırlatmadan da olsa aynen savunmaktadır.⁶⁹⁶ Yazarın kendi özel hukukçu kimliğiyle, yetkinin idare ahlakına aykırı olarak saptırılmasını özel hukuktaki iyiniyet kuralına aykırılığa ve hakkın kötüye kullanılmasına benzettiği⁶⁹⁷ aşamada bir kez daha devreye girmektedir. Sarıca, maddi ve hukuksal olguları, bazen “sebep ya da saik” bazen “sebep (saik)” şeklinde ifade etmektedir. Onar’ın çalışmalarındaysa, çok seyrek de olsa sebebi anlatmak üzere saik kavramı geçtiğinde, yazar, kastettiğinin amaç unsuru olmadığını gösterebilmek için Bonnard’ın görüşleri çerçevesinde öncül verilerden (*motif*)⁶⁹⁸ ya da Hauriou’nun anladığı haliyle kategorik sebepten (*cause catégorique*)⁶⁹⁹ bahsettiğine okurun dikkatini çekme gereği

⁶⁹³ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 147.

⁶⁹⁴ **Ibid.**, s. 146.

⁶⁹⁵ **Ibid.**, s. 148. “Mevzudan pek nazari bir surette ayrılabilen bu sebep görülüyor ki saik ve gaye gibi sübjektif âmillerden tamamen ayrılmaktadır.” Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 45.

⁶⁹⁶ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 147. 1939 tarihli çalışmada aynı yönde: Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, 1939, s. 316.

⁶⁹⁷ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 147.

⁶⁹⁸ Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, 1939, s. 306.

⁶⁹⁹ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 57. 1964 sayılı Danıştay Kanunu’nun 30/A hükmünde, sebep yönünden kanuna aykırılıktan dolayı iptal davası açılabilceği belirtildiği halde, Kıratlı, Kanun’daki kavram yerine Cumhuriyet’in ilk kuşak idare hukukçularınca yerleştirilmiş kavramları korumaktadır. Ne yalnızca saik,

duymaktadır. Kısaca Onar, nesnel nitelikte sebep unsuruna karşılık, saik kavramını, Jèze gibi psişik, Hauriou gibi kişisel ve ahlaki, sonuç olarak öznel bir durumu kasten kullanmaktadır.

Onar'ın idari işlemin bilgisini bir yandan özel hukuk donanımıyla yoğururken, diğer yandan gerek sebebin gerekse saikin, özel hukuk işlemlerinin aksine idari işlemin bir unsuru olduğunu göstermeye çalışması dikkat çekicidir:

“(…) bizim medenî hukukumuzda ise sebep ancak sebepsiz iktisap bakımından bir rol oynar, hukukî tasarrufun unsuru sayılmaz; medeni hukukun saik ve maksat gibi unsurları tasarrufun unsurlarından saymaması gayet tabiidir; çünkü bu hukuk tam bir irade muhtariyeti üzerine kurulmuştur. Kanun ancak memnu olan şeyleri saymıştır.”⁷⁰⁰

Hauriou'nun 20. yy. medeni hukukunun aşırı liberal yorumlarla Roma hukukunda geçerli nesnel hukuksal sebep anlayışını ortadan kaldırdığı⁷⁰¹ doğrultusundaki saptamalarının, Onar'ın bu cümleleriyle desteklendiği söylenebilir. İrade özekliği ilkesi gereği, yasaların yasakladığı ayrık durumlar ve kamu düzeninin koruduğu değerler dışında işlemleri *sıhhatsızlık tehlikesine maruz bırakmayan* özel hukukta, kural olarak sebep ve amacın işlemde ne oluşturucu ne de sayrılığa yol açıcı etkisi bulunurken, devletin işlemlerinde hem oluşturucu hem de sayrılıcı bir etkide buldukları Onar tarafından ısrarla anlatılmaktadır. Devletin işlevlerini gerçekleştirirken yaptığı işlemlerin bünyesi ile genel olarak hukuksal işlemlerin bünyesi arasındaki farklar sorgulanmaktadır. Onar, özel hukuk kuramlarını hiçbir zaman idare hukukuna olduğu gibi taşınacak birer veri olarak almamaktadır. Onları, idare hukuku ile özel hukuk arasındaki yapısal ve ilkesel farklılıkları derinleştirmek için işlemektedir. Köken itibarıyla özel hukuktan türeyen kavramları işleyerek idare hukukunun bünyesi ile

ne de yalnızca sebep kavramlarını kullanmaktadır; sebep unsuru “sebep ve saik” olarak anılmaktadır. Kıratlı, “Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması”, 1967, s. 33.

⁷⁰⁰ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 46.

⁷⁰¹ Hauriou, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, 1929, s. 387.

uyumlulaştırılmış yeni bir içeriğe kavuşturmaktadır. Özel hukukun hegemonyasında gelişen genel hukuksal işlem kuramını, adeta kamu hukuku için karşı tezler oluşturmak için yeniden ele almaktadır. Özel hukuktan beslenip ondan olabildiğince özerkleşmiş bir işlem kavrayışı oluşturmak, çokdisiplinli hukukçu kimliğinden yola çıkan Onar'ın en belirgin arayışıdır:

“İdarî fiil ve kararların diğer tabirile idarî tasarrufların şartlarının medenî hukuktan çıkarılamayacağı tabiidir.”⁷⁰²

Özel hukukta kişilerin, işlemlerinin fayda ve zararını kendileri hesaplayıp göze alması, hukukun iradelere ayırksı durumlarda karışması esasken devletin her türlü işleminin kıymetinin sebep ve amacıyla ölçülmeye mahkum olması⁷⁰³ Onar'ın idari işlemin unsurlarına ilişkin olarak ürettiği çok güçlü bir karşı tezdır. Onar'ın karşı tezi, idare hukukunda irade özerkliği ilkesini çürütmek için, işlemi unsurlandırmayı ve yasal belirlemelerin unsur bilgisiyle yorumlanmasını zorunlu bulan I. Cumhuriyet idare hukukçularının ortak bakış açısını dile getirmektedir.

4. İdari Etkinliklerde İşlevsel Belirlilik: Genel Amaç Sınırının Kamu Tüzelkişiliğinin Özgünlendiği Hizmetin Gereklileriyle Çizilmesi

Devlet, işlevsel belirlilikten ötürü, etkinliklerini toplumsal yaşamın gereklerinin yalnızca belli yönleri ya da boyutları üzerinde yoğunlaştırır.⁷⁰⁴ Özel kişilerin çıkarlarını hangi koşullarda gerçekleştirilebileceğini (örneğin, kişinin servetini kullanabilmesi için zihinsel faaliyetlerinin sekteye uğramamış olması, ticari işlemlerde uyulması gereken iyiniyetin ölçüsü, bu tür işlemlerin bağlayıcı olabilmesi için gerekli formaliteler) ve çıkarlara ilişkin işlemlerden doğacak sonuçları belirler. Özel hukuk sözleşmelerinin çerçevesini yasalarla çizdikten sonra rolü taraflara bırakır. Kişiler yasaların emredici hükümlerine uydukları sürece, karşılıklı ilişkilerinde değişiklikler yapabilir veya onlara

⁷⁰² Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, 1939, s. 283.

⁷⁰³ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 47.

⁷⁰⁴ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 118 vd.

tabi olabilirler. Bu ve benzeri yasaların tümü kuşkusuz devletin yurttaşları karşısındaki gücünün ifadesidir. Ancak bu yasalar kişinin başkalarıyla ilişkilerini kesin ve önceden tahmin edilebilir kılarak, böylelikle birbirlerine rakip kişilerin işbirliğinin açık ölçülebilir ve şiddetten uzak olmasını sağlayarak, kişisel çıkarları desteklemek ve denetlemek üzere düzenlenmiştir.⁷⁰⁵

Kamu düzeni; özel çıkarlarını takdir ettikleri zamanda, içerikte ve biçimde gerçekleştirmeye ilkesel olarak serbest bırakılmış özel kişilerin işlemlerine devletin müdahale etme olanağını yaratan bir ölçüt olarak belirir. İrade serbestisinin hüküm sürdüğü özel hukuk alanında, kamu düzeni istisnaen devreye girer. Nitekim özel hukuk işlemlerinde unsur bilgisinin geliştiği konular da toplumsal ilişkiler yumağının çok küçük bir kısmına denk düşebilir. Sebebe, amaca, konuya ve biçime kamu hukukundan farklı olarak daima değil ancak nadiren işlemin geçerliliğini etkileyen bir değer atfedilir.

Kendiliğinden büyüyerek gelişmiş bir yapı olmaktan çok bilinçli olarak inşa edilmiş bir çerçeve olan modern devlet, bir kez “kurulduktan” sonra sürekli olarak amaç ve işleve yönelik faaliyet gösterir. Salt ortaya çıkış sürecinde bir amaç olduğu için değil, gelecekteki varlığı için meşruluk ve etkinlikleri için gerekçe oluşturacak karmaşık görevleri yüklenmek üzere düzenlenmiş bir mekanizmadır. Birbiriyle çatışan çıkarlar arasında *modus vivendi* sağlanması gerekliliğinden kaynaklanan işlevi, toprakları üzerinde toplumsal sürecin örgütlenmesi ve harekete geçirilmesidir.⁷⁰⁶

İşlevsel belirlilik, toplumla özdeş olmayan devletin işlevsel sınırlılığını da anlatır. Gelir ve harcamalarından vergi ödeyen soyut yurttaşa (yurttaşlardan oluşan soyut topluluğa) yasaların soyut diliyle seslenir. Yasalar, soyut olarak ilişkili saydıkları dışında kişisel durumları gözetmeyen genel buyruklardır.⁷⁰⁷ Devletin çok yönlü toplumsal gerçekliğe

⁷⁰⁵ **Ibid.**, s. 125.

⁷⁰⁶ **Ibid.**, s. 116 vd.

⁷⁰⁷ **Ibid.**, s. 118.

müdahalesi, önceden anayasa ve yasalarla belirlenmiş, belirlenimle nesnelleşmiş görevler aracılığıyla olur. Devlet çatışan çıkarlar arasından, şüphesiz, ancak bir kısmını korur. Siyasal iktidarı ele geçirenler ya da siyasal iktidarı etkileyenler değiştikçe tercihler de değişse bile, makamları tutanlar hukuksallık ve meşruluğun devamı adına nesnel bir çerçevede varlık göstermek zorundadır.

Karmaşık ve incelikli bir mekanizma olarak devlet örgütlenmesi, içinde çoğu hiyerarşik olarak düzenlenmiş, farklı işlevler üstlenmiş, birbirini bütünleyen bir dizi örgütten oluşur. Örgütler, *ad hoc* gerekçelere dayanarak etkinlik göstermezler.⁷⁰⁸ Örgütlerin kendi içinde de en üstteki makama varılana kadar tüm birimlerin işlevi, görev alanları, yetkileri, çalışma yöntemleri, kuruluş amaçları, karar alma gücünün sınırları önceden kurala bağlanmıştır. Üstelik en temel ilk kuralı koyan işleyen birimin kendisi değil, yasama organıdır. Kuralların çizdiği sınırlar, görevlilere aynı zamanda sahiplenemeyeceği, kişiliğinden arındırılmış, genel, soyut, nesnel yetkiler ve sorumluluklar yükler; ihlalin önünü alıcı yaptırımlar belirler. İşlevsel belirlilik, makamları tutanların delemeyeceği ve onların delmeye zorlanamayacağı bir kalkan olarak hizmet gereklerinin, makamın geçilmesinden önce, daha kuruluş aşamasında belirlenmiş olması demektir.

1933 tarihli ilk idare hukuku ders notlarını “Âmme İdarelerinin ve Müesseselerinin Şahsiyet ve Ehliyeti” başlığıyla açan Onar, her şeyden önce, idarenin hukuk öznesi olarak niteliğini saptamak için kamu tüzelkişiliği üzerine farklı kuramların karşıtlıklarını orta koymaktadır. Yazar; Kamu Hizmetleri Okulu’nun koyu bir savunucusu, aynı zamanda *kamu tüzelkişiliğinin faraziliği* görüşünün tarafı olduğundan, “Amme hukuku hükmî şahısları, amme hizmetlerinin görülmesi için mevcut olan hükmî

⁷⁰⁸ **Ibid.**, s. 119.

şahıslardır”⁷⁰⁹ cümlesiyle, kamu tüzelkişilerin ehliyetinin çerperini en baştan çizmiş olmaktadır.

Günümüzde, idarenin karar alma gücünü, tüm tüzelkişilikler gibi sahip olduğu hak ehliyetinin doğal bir sonucu olarak gören bazı yazarların aksine,⁷¹⁰ Onar, özel hukuk tüzelkişileri ile kamu hukuku tüzelkişilerin ehliyetleri arasındaki köklü farkı şöyle açıklamaktadır:

“*Ehliyetleri itibarile*; hususî hukuk hükmî şahısları her türlü muameleleri ifa edebilirler. Kendi faaliyet sahaları haricindeki hususlara mütedair akitler yapmalarına bir mani yoktur. Meselâ kumaş ticareti yapmak maksadile tessessüs eden şirket, diğer bir madde üzerine de muamele yapabilir. Halbukî âmme hukuku hükmî şahsı ancak kendi faaliyet sahasına maksur muameleleri ifaya salâhiyettardır. Meselâ hükmî şahsiyeti haiz bir hastahane kumaş ticaretine kalkarsa gayri kanunî bir muamelede bulunmuş olur.”⁷¹¹

Onar’a göre, kamu tüzelkişiliğinin kuruluşundaki özellikler, kanunla kuruluş ve ehliyetlerinin faaliyet konu ve alanlarıyla sınırlılığı, işlem yapma gücüne zaten doğum aşamasında bir genel sınır çekmektedir.

Şüphesiz, özel hukuk tüzelkişisi olan bir anonim şirketin de ehliyeti esas sözleşmesinde belirtilen konularla sınırlıdır. Ancak hak ve ehliyetini kullanıp kullanmamak, etkinlik alanını ya da karar alma gücünü genişletmek, daraltmak, esnetmek; anonim şirketin kendi olanakları dâhilindedir. Kamu tüzelkişilerinin ise, böyle bir olanağı yoktur. Kamu tüzelkişisi, kendi kendini, kendi işlemiyle kuramayacağı için, kuruluş aşamasında dışarıdan çizilmiş sınırlara tabi olacaktır. Onar, idari kişiliklerin “tam ehliyetli” kişiler gibi oluşmadığını⁷¹², aslolanın ehliyetsiz ve yetkisizlik olduğunu⁷¹³ savunmaktadır. Ehliyet ve yetki idare hukuku için ayrıksı birer durum ise, bunun arkasında kamu

⁷⁰⁹ Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 24.

⁷¹⁰ **infra**. Bölüm III / Başlık I, “Çağdaş Eserlerde İdari İşlem Anlatısı”.

⁷¹¹ Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, 1933, s. 27.

⁷¹² **Ibid.**, s. 35.

⁷¹³ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 56.

hukukuna özgü yapısal bir mantık gizlidir. Onar bu mantığı, idare hukukunda ne irade özerkliği ne de işlem serbestisi bulunması olarak açıklığa kavuşturmuştur.⁷¹⁴

İlk kuşak idare hukukçuları, başta Onar olmak üzere her ne kadar amacın sebep ve yetkiden farklı olarak öznel bir işlem unsuru olduğunu belirtseler de, aslında amacı ehliyetini özgülendiği kamu hizmetine borçlu olan kamu tüzelkişilerinin yürüttükleri hizmetin gerekleriyle sınırlandırmışlardır. Bu sınırlama, idari işlemin diğer unsurlarına benzer şekilde amacını da nesnelleştirmiştir.

İdari işlemlerde; hata, hile, korkutma gibi psikolojik-içsel iradeyi etkileyen sebepler ya da kin, düşmanlık gibi kişisel amaçlarla yetkinin saptırılması halleri dışında, hukuka aykırılık nedenleri nesnelleştirilmiştir. Onar, ender de olsa, devletin tasarruflarında iradeyi bozan bu gibi nedenlerle hatta gabin ile de karşılaşılabilceğini kabul etmekte, bu gibi işlemlerin geri alınabileceğini veya iptal edilebileceğini belirtmektedir:

“Umumî bakımdan hukukî tasarrufun sahih olabilmesi için izhar edilen iradenin hatâ, hiyle, ikrah gibi iradeyi ifsad eden sebeplerle malûl bulunmaması lâzımdır. Devletin hukukî tasarrufları birtakım şekiller, murakabeler altında cereyan ettiği cihetle bu tasarruflarda hatâ vesairenin mevcudiyeti pek istisnaidir. Bununla beraber bu sebepler Devletin tasarruflarına da aynı suretle tesir eder. Tasarrufun tâbi olduğu eşkâl ve merasim hatâ vesaire ihtimallerini de ortadan kaldırmaz.”⁷¹⁵

Genel hukuksal işlem kuramı çerçevesinde, gerçek kişinin iradesindeki sayrılığın işlemlerin geçerliliğine etkisini belirleyen hata, hile, korkutma gibi durumlara, Günday’ın idari işlem üzerine çalışmalarında önemli yer ayrıldığı görülmektedir. Yazar, gerek ilki 1979 tarihli olan tüm ders notlarında, gerekse “İdari İşlemlerin Hukuki Rejimi” adlı 1989 tarihli çalışmasında, “İrade Beyanındaki Sakatlıklar” için ayrı başlık açmış ve hata, hile ile korkutmayı “idari kararların hukuksal değerini etkileyen

⁷¹⁴ **Ibid.**, s. 56.

⁷¹⁵ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 59. Aynı yönde: Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazai Murakabe”, 1939, s. 308-312.

noksanlar” olarak incelemiştir.⁷¹⁶ Genellikle özel hukuk işlemlerinin özünü oluşturan iradenin beyan edilmesinde karşılaşılan bu gibi sayrılıkların idari işlemler açısından da hukuka aykırılık nedeni sayılması gerektiğinin açıkça vurgulanması, Onar’dan sonra Günday’a özgü bir yaklaşım olarak kalmıştır.

Kamu tüzelkişiliğinin işlem ve eylemlerini nesnelleştirici düşünce sistemi sayesinde, yetki yükümlülük olarak kavranmış, sebep ile maddi düzenle hukuk düzen arasında bağ kurulmuş, amaca kamu tüzelkişinin varoluş nedeni olan hizmet gerekleri ile içerik kazandırılmıştır. Aynı düşünce sistemi, idare hukukuna özgü sorumluluk türü olarak hizmet kusuru açısından da geçerlidir. Kamu tüzelkişiliği kuramları, idarenin birincil sorumluluk nedeninin görevlinin kusurlu eylemleri yerine örgütlü, işlevli, teknik yapı olarak idarenin işleyişinde aranmasını da açıklamaktadır. Kamu hizmetinden ayrılabilen salt kişisel kusur gibi ayrık durum dışında, görevlinin kusurlu iradesi idarenin iradesi olarak kavranır ve idarenin doğrudan sorumlu tutulmasının gerekçesini oluşturur.

İdaredeki statüsü yanında tüm özel hukuk gerçek kişileri gibi ayrı bir kişiliğe sahip olan görevliler, görev ve yetkileri çerçevesinde idare adına irade açıkladıkları zaman, gerçek kişi statüleri silinmekte, idarenin bir aracısına, elçisine dönüşmektedir. İdareyi hukukla bağlamak için kamu görevinin kişiliği idare içinde eritilmektedir. Nesnelci hukuk ile, görevlinin kişisel davranışları kural olarak, idarenin davranışlarının ölçütü olmaktan çıkarılmıştır. Yine de, kurgu içinde idarenin görevlilerinin aslında birer gerçek kişi olduğu yadsınamayacağından, idari işlem kuramının tümüyle dışına atılamamıştır. Kişisel iradeyi bozan durumlara, idarenin iradesinin hukuka uygunluğunu da bozduğu ölçüde idari işlem kuramında yer açılmıştır. Özel iradenin nesnel işlevin önüne

⁷¹⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku Ders Notları: İdari İşlemler, I. Kitap, İdari Kararlar - Düzenleyici İşlemler**, (çoğaltma), Ankara, 1979, s. 49-52; **İdari İşlemlerin Hukuki Rejimi**, Ankara, 1989, s. 38-40; **İdare Hukuku Dersleri I (Giriş-İdari İşlemler-İdari Faaliyetler)**, (1989-1990 yılı, II. Sınıf öğrencileri için hazırlanmış ders notları), Ankara, 1990, s. 72-74; **İdare Hukuku**, 10. bası, İmaj Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 150-151.

geçmesi, işlemin amaç unsurunu bozan olumsuz bir değer kabul edilerek idari işlemin kuramının bir parçası olmuştur.

Amaç unsurunun bilgisinin öğretisi tarafından oluşturulmasında, psikik iradeyi olumsuzlayan, içeriği kamu hizmeti gerekleriyle doldurulmuş kamu yararını olumlayan bir evrim söz konusudur. Yetki saptırması incelenirken idarenin hizmete yabancı saiklerle hareket etmesine kanuna aykırılık tanısı konulması, amacın öznel olmadığını, tam tersine idareden sağlıklı bir işlem oluşumu için nesnel bir amaç beklendiğini göstermektedir. Onar'ın deyişiyle, idarenin kişisel etki ve erklerden kurtulup tek bir düşünceye, kamu hizmeti ve yararı düşüncesine bağlanması, nesnel bir yönetime tabi olması; 1930'ların ortasında idare hukununun kaydettiği ilerlemenin ve bunu doğuran büyük devrim ve köklü dönüşümlerin bir sonucudur.⁷¹⁷ İdarenin iradesinin hizmet kusuru ve hizmet gerekleri olmak üzere nesnel ölçülerle sınanması, aynı zamanda onun kişisel saiklerden uzak tutulmasının bir güvencesine dönüştürülmüştür.

5. Yetkinin Nesnelleşmesi

a) *Hakkın Yetkiye, Yetkinin Yükümlülüğe Dönüşümü*

“Ceza hukuku yargıca yalnızca yol göstermez; vergi yasaları vergi müfettişine yalnızca ne yapması gerektiğini söylemez. Bu tür yasaların uygulanacağına ilişkin yurttaşlara verilmiş güvence de içerir. Tüm kurallar, askıya alınmaları için hukuksal olarak geçerli bir neden olmadıkça bu kurallara uyulacağına ilişkin bir beklenti yaratır. Böyle bir güvence olmadan, kişi kendi davranışlarını ve sonuçlarını tartamayacaktır. Devlet yasaları yaparken, tabiiyetindekilere bu yasaları uygulamakla kendini yükümlü kılar. Devletin sınırları içindeki kişilerin (bireyler ya da gruplar) kendilerine ait hakları vardır. Bu haklar devletin arzularına bağlı değildir. Devletin bağısladığı, devletten koparılmış ya da devletin temsilcileri olarak sahip olunan haklar da değildir. Kişi olarak bu haklara sahiptirler, çünkü bu hakları şahsen taşıdıkları düşünülür. Devletin bu hakları onların elinden alması bütünüyle devletin gerçek gücünün dışındadır.”

Georges Jellinek, *Allgemeine Staatslehre (Recht des modernen Staates)*⁷¹⁸

Alman öznel haklar kuramının savunucularından Jellinek, kişinin yasanın kendine uygulanmasını isteme öznel hakkı karşısında, devletin haklarını silmektedir. Yazar, devletin hakkının yerine yasayı uygulama yükümlülüğünü koymaktadır. İdari işlemlerde yetki kullanımı, yasal yükümlülüğün sonucuna dönüştürülmektedir. Yetki

⁷¹⁷ Onar, “Türkiye’de İdarenin Kazâî Murakabesi”, 1935, s. 21.

⁷¹⁸ Georges Jellinek, **Das Recht des modernen Staates, I Band: Allgemeine Staatslehre**, 2 te durchgesehene und vermehrte Auflage. Verlag Otto v. Häring, Berlin, 1905, s. 359.

kullanmamamak, hem yasal yükümlülüğünün ihlaline hem de kişilerin öznel haklarının ihlaline denk düşmektedir. Yetki kullanmak bir yükümlülükse, kullanmamak bir yetkisizliktir. Jellinek, bu nedenle yasa kuralını uygulamamayı “devletin gücü dışında” görmektedir.

Nesnelci hukuk yaklaşımının en büyük temsilcisi sayabileceğimiz Duguit ise, devlet öznel hakları birlikte özel kişi veya görevli, her hukuk kişinin öznel haklarını da reddetmektedir. Duguit, idarenin görevlilerini “hizmeti yönetme makinesinin çarklarından yalnızca biri” olarak gördüğünden⁷¹⁹ idari işlem yapma yetkisinin görevlilerin öznel hak kullanımı olarak yorumlanmasına şiddetle karşı çıkmaktadır. Öznel hakkı ve tüzelkişiliği reddeden Duguit’in yazılarında, çağının nesnelci anlayışını yansıtan hak kavramının yeri olamazdı. Duguit, bilinçli olarak hak yerine yetki (*pouvoir*) kavramını kullanmakta, yükümlülüğü ise anlamını daha da güçlendirecek şekilde “ödev (*devoir*)” olarak ifade etmektedir.⁷²⁰

Bordeaux Okulu’nun Duguit’den sonraki takipçisi Jèze ve Berthélemy’nin çalışmalarında da devlet içinde öznel hak kullanımı yerine yetki kullanımının söz konusu olduğunu açıklayan nesnelci görüşler ile karşılaşmaktadır. Bu defa, idarenin yükümlülükleri, öznel hakkın yerine getirilmesini engellemekten değil, doğrudan nesnel hukuk düzeninden çıkarılmaktadır.⁷²¹ 20. yy. kamu hukukçularının özel kişilerin öznel haklarını veya devletin nesnel yükümlülüklerini savunurken farklı düşüncelerden yola çıkmalarına rağmen geldikleri ortak nokta, idareyi yetki ve yükümlülükleriyle kavramalarıdır.

Cumhuriyet’in idari işlem kuramında doğum izlerini belli ettiği andan itibaren nesnelci hukuk yaklaşımı ağır basmıştır. Bonnard’ın unsurlu idari işlem kavrayışı Onar’ı ama

⁷¹⁹ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, tome III: *La théorie générale de l’État* (suite et fin), 2^e édition, 1925, s. 96 ve 102.

⁷²⁰ Léon Duguit, **L’État, le droit objectif et la loi positive**, Dalloz, Paris, 2003, s. 162.

⁷²¹ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 273.

çok daha fazla Sarıca'yı derinden etkilemiş olmasına rağmen, Bonnard'ın iptal davasında öznel hak ihlalinin yargılandığı şeklindeki görüşü idare hukukuna sokulmamıştır. İptal davası, en baştan beri, nesnel hukuka aykırılık olarak anlaşılmıştır.

“(…) adliye mahkemeleri ancak sübjektif bir hakkın ihlâli halinde müdahale ederler, halbuki idarenin kazaî mürakabesini temin eden müessir vasıtalarından biri de iptal davalarıdır. İdarî mahkemeler her hangi bir talep üzerine sübjektif bir hakkın ihlâli mevzubahis olmasa da idarenin muamelelerini tetkik ve bunları salâhiyet, usul ve şekil, esas ve maksat bakımından kanuna muhalif görürlerse iptal ederler.”⁷²² [a.b.ç.]

Türk idare hukukunda, Özyörük'ten aktaracağımız kısa ve öz bir cümle yetkinin yükümlülük niteliğini yeterince güçlü bir vurguyla açıklamaktadır:

“Kullanılmayan yetki idare hukukunda aşılmış sayılır. Yetki kullanılması gereken bir hukuki iktidardır.”⁷²³

Fakat Özyörük, kişinin öznel haklarını korumak amacıyla devletin haklarını silerek yerine yükümlüklerini koyan Jellinek'in tam aksine, kullanılması gereken yetkileri, öznel hakları ortadan kaldırıcı etkisiyle düşünmektedir: İdarenin hakları olmadığı gibi, “Fertlerin de idare karşısında sübjektif hakları yoktur.”⁷²⁴

Özyörük, ne idarenin ne de idare karşısında kişilerin öznel hakları bulunmadığı savıyla, Jellinek'in bakış açısından ayrılmakla kalmamakta, Alman öznelciliğinin etkisini, Duguit ve Kelsen'in etkisiyle ılımlılaştıran Bonnard'ın görüşlerine de karşı çıkmış olmaktadır. Pek çok sayfada, devlet yetkilerinin kuralsallığı ile idarenin işleyişi arasındaki gerilime dikkat çekerken, öznelciliğe, öznel hak kuramına meydan okumaktadır.

⁷²² Onar, “Türkiye’de İdarenin Kazaî Mürakabesi”, 1935, s. 37.

⁷²³ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 160.

⁷²⁴ **Ibid.**, s. 173.

Özyörük, koyu bir nesnel hukuk sanuncusudur. İdari işlemlerle sınırlı kalmayarak, idarenin tüm işlemlerinde de *açık yetki* aramaktadır:

“Devlet kanunun özel hukuk yetkisi vermediği hiçbir alanda, hiçbir hukuki durum ve münasebette, özel hukuk yetkilerine sahip değildir. (...?) Böyle olunca da, istediği zaman özel hukuk yetkisi kullanarak özel hukuk alanına girmesi ve özel hukuk ilişkileri tesis etmesi kat’iyen söz konusu değildir. (...) İdarenin işlem yapması bir temel hak ve özgürlük kullanılması anlamına gelmediği için özel hukuk işlemi yapma yetkisi idarenin zatında yoktur. İdarenin sübjektif hakkı olmaz. (...) İdare, kanunların kendisine açıkça vermiş bulunduğu bir özel hukuk yetkisini kullanmışsa, o kullanıştan doğan ihtilâf idârî olmaz”.⁷²⁵

Özyörük’ün ders notlarının basıldığı 1977 yılında, özel kişilerin idari işlem yapması günümüzdeki kadar olağanlaşmış değildir. O dönemde, idarenin özel hukuk alanındaki işlemleri kamu tüzelkişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetinin kazandırdığı doğal bir yeti olarak anlaşılmamaktadır. Yazarın yetki konusundaki, köktenci pozitivist tavrı, belki de bu olguyla ilişkilendirilebilir.

Özyörük, idare hukukunun özelliklerinden biri olarak pek de sorgulanmamış biçimde yerleşik olarak kullanılagelen *içtihat hukuku* nitelemesine de düşünsel olarak çok uzaktır. Açıkça “İdare hukuku pozitif bir hukuk koludur.”⁷²⁶ saptamasında bulunacak kadar ayrıksı bir duruş sergilemektedir. Bu ifadeyle, idare hukukunun tek bir yasa altında kurallaştırılmış (*codifié*) bir hukuk kolu olduğunu kastettiğini hiç sanmıyoruz. Kendisini, taşıdığı Kelsenci etkilere rağmen normativist-pozitivist olarak da niteleyemeyiz. Ancak Özyörük’ün ifadelerinde, nesnel hakkın üzerini çizip atan koyu bir Duguist nesnelcilik sezilmektedir. Yetkinin yükümlülük olduğunu vurgulaması, günümüz yazarlarının⁷²⁷ aksine idarenin özel hukuk işlemleri için de açık yetkilendirme

⁷²⁵ **Ibid.**, s. 128-129.

⁷²⁶ **Ibid.**, s. 28.

⁷²⁷ **infra**. Bölüm III / Başlık I, “Çağdaş Eserlerde İdari İşlem Anlatısı”.

araması, Özyörük'ün katı bir hukuk düzeni bağlılığını göstermektedir. Yazar, devlet iradesini kaynağı ve sonuçları itibarıyla sıkıca hukuk düzenine bağlamaktadır.

“İdari uyuşmazlıklara yol açan ilişkilerde, taraflardan biri olan idare, öznel haklarını kullanan bir kişi değil, yetkilerini kullanan bir görevlidir.”⁷²⁸

Yetkiyi yükümlülüğe dönüştüren kavrayış, idari işlem kuramında uzun erimli kazanımlar doğurmuştur. 19. yüzyılda, hukuksal etkiyi özel hukuk işlemlerinin hukuksal etkisinden örneksemeyle “mevcut hukuksal durumlarda değişiklik” olarak düşünen kamu hukukçuları, istemi açıkça reddeden cevapları olumsuz idari işlem olarak niteleyememişlerdir. 20. yüzyılın eşiğinde ret cevabı işlem olarak kabul görmüş bulunmaktayken Hauriou, 1900 yılında, idarenin susmasının ret işlemi olmadığını, biraz daha belirginleştirirsek aslında işlem oluşturmadığı yazmıştır.⁷²⁹ Bakan-yargıç sistemini sona erdiren 1889 tarihli *Cadot* kararına kadar zaten idarenin herhangi bir uygulamasından yakınan kişinin yargıdan önce idareye başvurusu zorunluluğu geçerli olduğundan, idarenin başvuruyu cevapsız bırakması ilgililerin iptal davasına konu edebileceği bir işlem elde etmesine engel olmuştur. Bakan-yargıç sistemi terk edildikten sonra Devlet Konseyi, yine önüne mutlaka açık bir idari işleme karşı gelinmesini aramaya devam etmiştir. Açık idari işlem arayışı, yargısal denetimden kaçmak isteyen idarenin işine yaramış, idare yapılan başvuruları yanıtızsız bırakarak yargısal denetimin önünü tıkamıştır. İdarenin bu kaçışının önüne, Hauriou'nun yazısıyla aynı yıl içinde zımni ret varsayımını kabul eden 17 Temmuz 1900 tarihli Yasa ile geçilmiştir.⁷³⁰ 20.

⁷²⁸ Yıldızhan Yayla, “İdari Yargılamanın Özelliği”, **Atatürk'ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, (Ankara 15-16 Mayıs 1981), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1981, s. 132.

⁷²⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, 4^e édition, LSRGLA, Paris, 1900, s. 280.

⁷³⁰ Onur Karahanoğulları, “Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi”, s. 10, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf> (çevrimiçi: 10.8.2017). Türk idare hukuku yazınında, zımni ret kurumuna ilişkin ilk inceleme Crozat'nın kaleminden çıkmıştır. Crozat'nın yazısı, kısa bir karar değerlendirmesi ile sınırlıdır: Crozat, “İdarenin Sükûtunun Hukuki Değeri”, 1938, s. 3-5 (Fransızca metin için: s. 16-18). Crozat'nın ardından Duran, zımni ret kurumunu derinlemesine ve uzun uzadıya ele almıştır: Duran, “İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, 1946, s. 130-199.

yüzyılda, idarenin açık ret cevabının ardından susma yoluyla reddi de işlem olarak kabul görmüştür. Fransa’da zımni ret kurumunun doğuşunda ve Türkiye’de gerek yasal gerekse kuramsal dayanak kazanarak olgunlaşmasında⁷³¹ idarenin birel işlem yapmasının bir yükümlülük olarak anlaşılmasının etkisi bulunmaktadır.

b) *Takdir Hakkından Takdir Yetkisine*

Bazı kavram değişiklikleri, öğretinin kavramları diğer dillerden çevirirken ya da kullanacağı kavramları seçerken yaptığı tercihlerden öte, kuramsal içeriğin evriminden kaynaklanmaktadır. Alman ve Fransız kökenli hukuk devleti kuramlarının izlerini taşıyan takdir hakkı kavramının takdir yetkisine dönüşmesi bu bağlamda dikkat çekicidir. Takdir hakkı, devlet ve idare için kanunlara saygı göstermenin zorunlu olup olmadığının, devletin dilediği zaman kanunu askıya alıp alamayacağını sorgulandığı dönemlerde, tartışmaların özü ile uyumlu bir kavramsal karşılık oluşturmaktadır.

19. yy. sonu Alman hukuk devleti kuramında, devlete önel hakların sahibi hukuksal kişilik atfedilmesi, kamu hukukunun devlete bakışını belirlemiştir. Devletin, yalnızca ona ait olabilen haklarla donatılmış hukuksal kişiliğinin *biricikliği* tanınmıştır. Biriciklik, devlet iktidarının sınırsızlığından değil, devletin kendi gücünü sınırlayacak kuralları yine kendisinin belirlemesi ayrıcalığından gelmektedir. Alman kuramcılar, devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi Hegel’in kendi kendini sınırlama (*autolimitation*) düşüncesi üzerine inşa etmişlerdir. Hukukun kaynağını oluşturduğu gibi hukuk düzeninin içeriğini düzenleyen de devlet olduğuna göre, hukuk devlet için ancak dışsal bir zorlamayı ifade edebilir. Etkinliklerine uygulanacak, iç işleyişini belirleyecek kuralları kendi iradesiyle belirleme tekeli, özörgütlenme gücü (*pouvoir d’auto-organisation*) de yalnızca devlete aittir. Ihering, devletin hukuku yarattığını ve

⁷³¹ Zımni ret kurumunun ortaya çıkışını Fransız idari yargı tarihini dönemselleştirerek ele alan, ülkemizin idari yargılama kanunlarında düzenlenişini kronolojik olarak veren yakın tarihli bir çalışma için bkz.: Mehmet Rauf Karşlı, “Zımni Ret Kurumu ve zımni Ret Kurumunun Ülkemizdeki Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi*, Sayı 3, Aralık 2014, s. 196-218.

kendisinin de bu hukuka uymak zorunda olduğunu kabul etmekle beraber, devletin gerekli gördüğü takdirde hukuktan ayrılabilceğini ileri sürmüştür. Zira hukuk bir amaç değil, araçtır. Asıl amaç devletin “bekâsı”dır. O halde, aracı kullanmak için amacı değil; amaç için, o aracı terk etmek zorunlu ve doğaldır. Devletin varlığını tehlikeye sokan bir durumda, kanun devlet için feda edilebilir. Ihering ve kuramın diğer savunucuları için, hukuku ihdas eden devlet, hareketlerini kanunla sınırlamak suretiyle geçici bir siyaset yerine daimî ve istikrarlı bir siyaset takip etmiş olur; yani devletin hukuka uyması bir siyaset icabıdır. Olağanüstü durumlar karşısında bu siyasetten vazgeçilebilir.

Hukukun devleti öncelediğini kabul eden Fransız hukuk devleti anlayışı içinde de, “zorunluluk hali” düşüncesi çerçevesinde, idarenin yasalarla bağlılığını normal zamanlarla sınırlayan görüşler ortaya atılmıştır. Rolland, devletin hukuk kurallarına bağlılığını incelerken, olağan zamanlarla buhran zamanları arasında ayrıma gitmiştir. Buhran ve savaş zamanlarında, yasaya karşı da olsa devletin selâmeti için “yararlı” işlemlerin mazur görülmesi gerekir, bu işlemler de yasaya uygun işlemlerle aynı sonuçları doğurur. Bonnard ise, takdir hakkını idarenin kanuna bağlılığı ilkesinin bir istisnası olarak görmüştür. Diğer taraftan, takdir hakkı, devletin tüm hukuk özneleri gibi irade özerkliği bulunduğunu savunan Hauriou’da farklı bir kuramsal dayanak kazanmıştır. İdarenin hukuk kuralları karşısında sahip olduğu takdir hakkının irade özerkliği ilkesinin görünümünden başka bir şey değildir. Hukuk kuralları kişilerim hareket serbestisine, irade özerkliğine karşı konulmuş sınırlamalardır. Bunun neticesi, devletin sınırlamaya konu edilmeyen alanda veya bu sınırlar içinde kendi yazgısını belirlemekte bir özerliğe sahip olmasıdır. İdarenin takdir hakkı da aynı niteliktedir. Hauriou için, takdir hakkı, hukukun sınırladığı veya hiçbir sınır koymadığı alanlarda mevcuttur.

Onar'ın takdir hakkını yukarıda özetlediğimiz gibi Alman ve Fransız hukuk devleti anlayışı ile, Ihering, Rolland, Bonnard ve Hauriou'dan aktarımlarda izah ettiği ilk eserlerinde⁷³², takdir yetkisi kavramının kullanılmıyor olması aktarımın kaynağı olan düşüncelerle tutarlı görünmektedir. Nitekim bu düşüncelerin tümünde, takdir kanundan doğan bir yetki değil de kanun dışında cereyan eden bir hak olarak değerlendirilmektedir. Yazarın, 1939'dan itibaren, hükümet tasarrufları dışında, idarenin faaliyet ve tasarruflarının hukuk kaidelerine tâbiliğinin ilkeye dönüştüğünü açıkça kabul etmesiyle birlikte "takdir selâhiyeti" kavramının eserlerine yerleştiği göze çarpmaktadır. Onar, Fransız ve Alman kuramcılarının görüşlerine katılmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Şöyle ki, "buhran ve harp zamanlarında dahi kanunsuz bir tasarrufun bu niteliğini koruyacağını ve kanunsuz bir tasarrufun hükümlerine bağlı kalacağını" savunmaktadır.⁷³³ Özel hukuka egemen olan irade özerkliği ile sözleşme serbestisini açıkça reddetmektedir.⁷³⁴ Hatta eskiden kalan zihniyeti taşıyan ve idareyi maslahatla karıştıran zayıf bir azınlığın, idarenin hukuk kurallarından durumun gereklerine göre uzaklaşabileceğini ileri sürmesini eleştirmektedir. Yazara göre, "böyle bir iddianın hiçbir kıymeti yoktur, tüm kamu hizmetlerinin bünyelerine uygun hukuk kuralları mevcuttur ve idare her zaman bunlara uymaya mecburdur."⁷³⁵

Derbil, 1940'da basılan ders notlarında, 1930'lar idare hukuku yazınına yerleşmiş takdir hakkı kavramını kullanmakta ve takdir hakkını şöyle tanımlamaktadır:

⁷³² Sıddık Sami (Onar), "İdarenin Takdir Hakkı", **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 37, Nisan 1934, s. 35-39; Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları)**, **Sömestire 3-4**, 1933, s. 90.

⁷³³ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 254.

⁷³⁴ Onar, "Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe", 1939, s. 303.

⁷³⁵ **Ibid.**, s. 301.

“Kanunların sâkit kaldığı hallerde kanunun ruhuna, kamusal menfaate uygun şekilde hareket etmek kamusal idareye düşer; buna takdir hakkı (freies Ermessen) (pouvoir discrétionnaire) denir.”⁷³⁶

Crozat'nın “icabı hale göre hareket ile yasaya uyma” arasında bir tezat bulunup bulunmadığını tartıştığı yazısında,⁷³⁷ Viyana Okulu'nun görüşlerine başvurulmaktadır. Takdirin hangi yönlerden yasaya uygunluk denetimine açık olduğuna ilişkin görüşleri aktarmak suretiyle ve Devlet Şûrası Kanunu'nun 19. maddesinin uygulamasına ışık tutmaya çalışmaktadır. Crozat, idarenin takdirinin denetlenebileceğini kabul etmesine rağmen, bu yazısının da diğerleri gibi başka bir kimse tarafından çevrilmesine bağlı olduğunu düşündüğümüz bir kavram sorunu göze batmaktadır. Çeviride, “idarenin serbest takdir hakkı” ve “takdir salâhiyeti” kavramları aralarında hiçbir ayırım yapılmaksızın birlikte kullanılmaktadır.

Oysa devlet ile hukuku eşitleyen Viyana Okulu'nun normativist görüşlerinde takdir serbestisinin hukuk kurallarından çıktığı vurgusu, Crozat'nın kavramlarının çevirisiyle tamamen çelişecek ölçüde belirgindir: Kural koyma etkinliğinin işleyişinde genelden özele doğru kademeli bir ilerleme ve serbestiden bağlılığa doğru bir seyir hareketi mevcuttur. Hukuk kurallarının kademelenmesinde, üst normlar alt normlardan daha soyut ve kişilik dışı nitelik kazandığından, yukardan aşağıya doğru her kural koyucu için bir serbest hareket sahası ortaya çıkmaktadır; işte her derece arasındaki bu boşluk tasarrufu yapan uzvun takdir yetkisini oluşturmaktadır.⁷³⁸ İdare ve yargı, ancak daha yüksek takdir yetkisine sahip yasamanın boş ve açık bıraktığı takdir yetkisi ile yetinmektedir. Takdir yetkisi normlar hiyerarşisinden doğduğuna göre, üst normdan çıktığı gibi ona uygun olması da gerekmektedir. Viyana Okulu, idarenin takdirinin

⁷³⁶ Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku, Cilt I, (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât)**, 1940, s. 24.

⁷³⁷ Crozat, “Devlet Şûrası: Yasaya Uygunluk Mercii”, 1934, s. 19-27.

⁷³⁸ Adolf Merkl, *Umumî İdare Hukuku*, (çev. Bedri Tahir Şaman), Titaş Basımevi, Ankara, 1942, s. 197 vd.

normlar silsilesinin tümüyle dışında kaldığı koşullarda denetlenmesini kabul etmemektedir. Zira böyle bir denetim yargıya hukuk ötesi değerlendirmeler yapma olanağı tanımak anlamına gelecektir.

Hukuk öznesi olarak devletin ve kişilerin karşılıklı hukuksal durumunu sorgulayan öznelci kuramlar, her ikisinin iradesinin kaynağını sahip oldukları öznel haklar ile açıklamaya çalışmıştır. İdarenin irade açıklamalarının öznel haklar ile bağının koparılmasından ve irade özerkliğinin tümünden reddedilmesinden itibaren, idari işlemler *idarenin nesnel hukuk düzeninden doğan yetkileri*'ne dayandırılmaya başlanmıştır. Şöyle ki, idare adına irade açıklayan kişi kendi öznel hakkını kullanmamakta, nesnel hukuk düzeninin idareye verdiği bir yetkinin kullanılmasına aracılık etmektedir. Nesnel hukuk düzeninden doğan yetkileri kullanan kişi hukuksal sonuçtan doğrudan kendisi yararlanmamaktadır. Bu anlamda, idarenin tüm yetkileri, devletin, devlet adına irade açıklayan görevlinin ya da işlemin muhatabının öznel hakkı olmamakta, yürütülen hizmetin gerektirdiği hukuksal yükümlülöklere dönüşmektedir. Söz konusu yaklaşım çerçevesinde, takdirin de, idarenin öznel bir hakkı değil; yine hukuk kurallarının izin verdiği bir serbesti alanı olarak ele alınmaya başlanması anlaşılır hale gelmektedir. 1940'a kadar kamu hukuku yazınında çoğunlukla tek başına takdir hakkı kavramı kullanılmıştır. Bazı durumlarda ise aynı eser içinde bazı yerlerde takdir salahiyeti ve bazı yerlerde ise takdir hakkı olarak iki kavram eşanlamlıymışçasına birlikte geçmiştir. 1940'tan itibaren hukuk terminolojisi takdir hakkı kavramından giderek arındırılmış, yerini takdir salahiyetine (Türkçeleştirilmiş haliyle takdir yekisine) bırakmıştır.⁷³⁹

⁷³⁹ 1950'lerde, takdir yetkisi kavramı yerleşik kullanıma kavuşmuş olmasına rağmen, tek bir yazarda 1940 öncesi terminolojinin korunduğı dikkat çekmektedir: Baha Kargın, "İdarenin Takdir Hakkı", **İdare Dergisi**, Yıl 28, Sayı 245, Mart-Nisan 1957, s.71-84; "Takdir Hakkının Şumulu ve Sınırları", **İdare Dergisi**, Yıl 30, Sayı 256, Ocak-Şubat 1959, s 11-21.

B. Unsurlararası Bağntuların Kurulması

İşlemdaki sayrılık belirtilerine (patolojik semptomlara) tanı koymak, şüphesiz iradi olgudan farklı unsurlar çıkarmayı ve unsurları birbirinden ayrıştırarak işlemin bünyesine tekil etkilerini belirginleştirmeyi kaçınılmaz kılmıştır. Çözümleme, işlemin sayrılık bilgisine (patolojisine) nüfuz etmenin bir yöntemidir; işlemin hem oluşturucularının hem de sayrılıcıların kendi aralarındaki etkileşimi ortadan kaldırmamaktadır. İlk kuşak Cumhuriyet öğretisi, işlemi çözümlerken bir yandan da unsurlar arasında yetki-amaç ya da sebep-konu gibi ikili bağntılar kurmuştur. Hatta, ikili bağlantılarla yetinmeyerek yetki-amaç-sebeup gibi üçlü bağntılara da erişmiştir. İşlemdaki sayrılıkların çözümleme yöntemiyle (analitik yöntemle) unsurlarda incelenmesi, idari işlemin düzgün bir bütün olarak (sentetik) kavranmasına engel olmamıştır.

Özel hukuk için *unsursuzlaşma* ne kadar olağansa, kamu hukuku için iradi olgunun *unsurlanması* o kadar olağandır. İdare hukukçularının idari işlemin unsurlarını oluşturucu sayan yaklaşımı, aslında suçun unsurlarını kurucu sayan ceza hukukçularına çok daha yakındır. Hukuk öznesinin yalnızca kendi davranışının sonuçlarından sorumlu tutulabileceği esasına dayanan modern ceza hukuku, nedenselliğin en güçlü olduğu kamu hukuk disiplinidir. Aynı zamanda, suçun bilinçli insan iradesine atfedilmesi ve onun sorumlu tutulması esası uyarınca, psişik özellik taşıyan kusur da suçun bir unsuru olarak ale alınmıştır. Bu esaslar nedeniyle, *maddi ve manevi unsur* suçun incelenmesinde kurucu unsur sayılmaktadır. İdari işlem gibi bir iradi olgu olan suçun kaynağında da irade vardır. Ceza hukuku, bilinçli özgür iradenin davranışlarının sonuçlarıyla ilgilenir. Ceza hukukunda da, gerçekleşmedikleri takdirde suçun oluşmayacağı kabul edilen *asli (kurucu) unsurlar* ile varlığı veya yokluğu suçun oluşumunu etkilemeyen ancak suç ya da cezanın ağırlığını etkileyebilen *arizi (yan) unsurlar* birbirinden ayrılmıştır. Bu ikinciler aslında gerçek anlamda unsur niteliği bile taşımadıklarından daha çok *suça etki eden nedenler* olarak ifade edilmektedir. Ceza

hukuku, asli ve arızı unsurları da kendi içinde ikiye ayırmıştır. Bütün suçlara ait olan, her suçta mutlaka aranan unsurlar *genel kurucu unsurlardır*. Buna karşılık çeşitli suç tiplerini oluşturan, her bir suçta özel bir görünüm veren unsurlar *özel kurucu unsurlardır*.⁷⁴⁰ İdare hukukunda, başta Onar'ın çalışmalarında da rastladığımız şekil unsuru bilgileri, ceza hukukunun *iki bölü iki unsur ayrımı* ile bir hayli örtüşmektedir. Şekil idari işlemin kurucu bir unsuru sayılmakta, gerek asli ve yan şekil şartları gerekse tüm idari işlemler için genel ve bazı işlemlere özel şekil şartları iki bölü iki ayrıma tabi tutularak ele alınmaktadır.⁷⁴¹ İdare hukukçuları, idari işlemi unsurlandırırken Roma hukukundan, çağdaş özel hukuktan, doğa bilimlerinden hatta psikolojiden yararlanmışlardır. Ceza hukukunun suç genel kuramından hemen hemen hiç yararlanmalarına rağmen, idari işlemin incelenmesinde izledikleri yöntem suçun incelenmesinde izlenen yöntemlere çok benzemektedir.

Ceza hukukunda, suç başlıca iki yöntemle incelenmektedir. Tahlilci (analitik) yöntem suçun unsurlarına ayrılarak, bütüncü (sentetik) yöntem ise suçun bir bütün olarak incelenmesidir. Suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesi, “kanunsuz suç olmaz” ilkesinin gereklerinden biridir. Kanun tarafından yasaklananın ne olduğunu, somut fiilin ona uygun olup olmadığını, cezalandırılıp cezalandırılmayacağını doğru saptayabilmek, ancak yasal tipin kurucu unsurlarının ortaya konulmasıyla mümkündür.⁷⁴² İdareyi yetkilendiren yasalar da, ceza normları gibi tipiklik içermektedir. Ceza normu, nasıl belirli bir davranışı yasaklayarak bunu soyut suç tanımı olarak içeriyorsa, idareyi düzenleyen yasalar ve diğer kurallar da idarenin hukuka uygun davranışını büyük ölçüde tipikleştirmektedir. İdare hukukunda da, idarenin işlemlerinde olması gerekeni veya kural ile işlem arasındaki aykırılıkları saptamak ancak işlemi unsurlara ayırarak mümkündür.

⁷⁴⁰ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1990, s. 41.

⁷⁴¹ Siddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları)**, Sömestire 3-4, 1933, s. 143.

⁷⁴² Toroslu, **Ceza Hukuku**, 1990, s. 39.

Ceza hukukunda analitik yöntemde aşırıya kaçıldığı da olmuştur. Aşırılık, suçun unsurlara ayrılmasıyla kalmamış, unsurların herbirini bağımsız bir varlığa sahip bir şey olarak kabule kadar varmıştır. Buna tepki olarak, suçun birleştirici anlayışı geliştirilmiştir. Birleştirici anlayışa göre suç farklı görünümlere sahip olabilirse de parçalara bölünemez bir bütündür. Suçun unsurlu incelenmesi aşırı biçimselliğe götürülebilirken, bütüncü incelenmesi ise sezgisel bir kavrayışı tetikleme sakıncası taşımaktadır. Bu nedenlerle, ceza hukuku bilimsel, sistematik, didaktik gereklerle analitik yöntemden vazgeçememiştir. Suçun incelenmesinde sentezin analizi izlemesi gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁴³ Her iki yöntem birbirlerinin sakıncalarını gidericidir. Suç gibi iradi olgu olan idari işlem açısından da analiz ve sentezin birbirini yöntemsel tamamlayıcılığından söz edilebilir. İdare hukukçuları, idari işlemin oluşturucu ve sayrılıkları tanılayıcı unsur bilgisini inşa ederken, unsurları birbirinden koparmak yerine idari işlemin bütünsel bilgisini verecek unsurlararası bağıntıları da örmekten geri durmamışlardır.

Crozat, yetki saptırmasının nesnel yasanın ihlalini mi yoksa öznel niyette hata mı oluşturduğunu (Duguit ile Hauriou, Walter, Alibert'in çatışan görüşlerinden aktarımla), yargıcın amacı denetlerken yasaya uygunlukla sınırlı kalmayıp idare ahlakını da denetleyip denetleyemeyeceğini (Hauriou'dan aktarımla) ele almaktadır. Yazarın Devlet Konseyi kararlarını kısaca özetledikten sonra vardığı açıklamalar ise, olgu-kural uygunluğunun araştırılmasında işlemin farklı oluşturucu yönlerinin birbiri nasıl desteklediğini ortaya koymaktadır. Örneğin, idare kendisine verilen görevden alma ya da nakil yetkisini kullanmak yerine görevliyi emekliye sevk etme kararı aldıysa, yani emekliye sevk etme yetkisini saptırdıysa, hukuka aykırılığın teşhisine ancak sebebe ilişkin olgular yardımcı olabilecektir. Görevlinin emekliye ayrılma iradesini idareye

⁷⁴³ **Ibid.**, s. 40.

bildiren bir istemin gerçekte var olmadığı saptandığında, yetkinin amaca aykırı olarak saptırıldığı ortaya çıkarılabilecektir.⁷⁴⁴

Crozat, yetkinin hangi amaç doğrultusunda kullanılacağına yasal açıklık taşıdığı durumlarda yetki saptırmasının daha kolay denetlenebileceğini belirtmektedir. Açık amaç, kamu yararı ya da kamu yararının bir türü olabilecektir. Yazar, bu açıklamalardan sonra yetki saptırmasının tipik örneği “kolluk yetkisinin gelir amaçlı kullanılması” üzerinde durmaktadır.⁷⁴⁵ Açıklamalarında dikkat çekici olan, yasanın sözel ifadesinden çıkarılabilen genel amaç ve özgül amaç yanında, yetkinin kolluğa ilişkin olmasını da açık amaç olarak yorumlamasıdır. Kolluğa ilişkin yetki kuralı “âmmenin istirahat, selâmet, emniyetini temin amacıyla” şeklinde bir belirleme getirmese bile, zabıta işlevine ilişkin bu amaçlar açık amaç kabul edilmektedir. Yasanın açıkça belirlediği genel ve özel kamu yararı arasında bir açık kamu yararı amacı daha vardır ki, o da işlevin kendisinde tanımlı olan amaçtır. Crozat, bu noktada idarenin yerine getirdiği işlevde saklı bir yetki-amaç bağıntısını dile getirmiş olmaktadır.

Duguit'nin nesnelci hukuk yaklaşımı ile Hauriou'nun kategorik sebep hakkındaki görüşlerini benimsemesi, Onar'a, bir yandan sebep-konu, diğer yandan yetki-sebep bağıntısını kurmasının anahtarlarını vermiştir. Çünkü her iki Fransız idare hukukçusunca, işlemin oluşumu onun doğuracağı hukuksal sonuçla ilişkilendirilmiştir. Duguit irade açıklamasına hukuk düzeninde sonuç bağlanmasını onun unsurlarıyla tam oluşumu ile koşullandırmış ve maddi olguların görevlilerin yetkisini, hareket tarzını da belirleyeceğini kabul etmiştir.⁷⁴⁶ Hauriou ise, irade açıklamasının kategorik sebebinin onu belirli bir konuya vardiacağını savlamıştır. Duguit ile Hauriou'nun görüşlerindeki ortak nokta, sebebin ve sonucun hukuk düzeninde öngörülmesi bir neden-sonuç ilişkisi

⁷⁴⁴ Crozat, “Devlet Şûrası: Yasaya Uyunluk Mercii”, 1934, s. 25-27.

⁷⁴⁵ **Ibid.**, s. 19-20.

⁷⁴⁶ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 54.

içinde düşünülmesidir ve bu ilişkinin nesnelleştirilmesidir. Sağlıklı bir idari işlem ancak nesnel hukuka uygun olmak kaydıyla oluşabilmekte, işlem yasaların daha önce koyduğu kategorilere uygun bir olguya dayanmak kaydıyla, o kategorideki işlem addedilmektedir.⁷⁴⁷ İrade açıklamasının hangi kategoriye gireceğini, yani nesnel hukukta öngörülü hangi kategorik konuya (memurun isteği üzerine emekliye ayrılması mı, hastalığı veya sakatlığı nedeniyle görevden alınması mı, hukuka aykırı davranışı nedeniyle cezaen ihraç edilmesi mi)⁷⁴⁸ karşılık geldiğini işlemin oluşum aşamasındaki maddi olgular belirleyecektir.

Onar, sebep-konu ve yetki-sebep bağıntılarına ek olarak, yetki saptırmasını incelerken üçlü bir bağıntıyı da öne çıkarmaktadır. Birçok hallerde yetkinin verilmiş amacından saptırılarak yerinde kullanılmamasının işlemin dayandığı olguların yasa da geçen olgulara, kategorilere de uygunsuzluktan ileri gelebileceğine dikkat çekmektedir. Yetki saptırması nedeniyle geçersiz sayılan pek çok işlemin, Hauriou'nun daha önce saptadığı gibi, aynı zamanda sebepsizlikten dolayı sakat olduğunu belirtmektedir. Yetki-sebep-amaç arasında üçlü bir bağıntı bulunduğu savını, Hauriou'nun saptamalarına katılmasının yanısıra, Witta gibi İtalyan idare hukukçuların, sebepsizliği kamu yararına aykırılık olarak da değerlendirilebildiği bilgisiyle desteklemektedir.⁷⁴⁹

Bir unsurdaki eksiklik ya da bozukluğun çoğu durumda diğerindeki eksiklik ve bozukluktan bağımsız olmadığına, hukuka aykırılığın da aynı anda iki üç unsurdan birden ortaya çıkabileceğine, bir unsurdaki çözümlemenin diğer unsurlarda çözümlemeden destek alınmadan sonuç vermeyeceğine ilişkin yaklaşımlar, birinci kuşak öğretinin oluşturucu bilgidan tanılayıcı bilgiye sıçramasını sağlamıştır. Unsurlar, nasıl birbirlerini bütünleyerek işlemi oluşturuyorlarsa, aynı şekilde bireşim gibi birlikte

⁷⁴⁷ **Ibid.**, s. 48.

⁷⁴⁸ Onar, kendi ders notlarında, Hauriou'nun kategorik sebebi idari işlemler için yeniden canlandığı karar notlarında kullandığı memur hakkında tesis edilen işlem örneklerine Hauriou'ya katılarak aynen yer vermektedir. Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 48.

⁷⁴⁹ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 49, 50.

sayrılık yarattıkları, bir unsurdaki sayrılığın değerine de bulaştığı kabul edilmektedir. İdari işlemin incelenmesinde analitik ve sentetik yöntemlerin beraber kullanılması, çözümlenmiş ancak bütünsel bir idari işlem kavrayışının temelini atmıştır.

C. Davalık Hallerin Bilgisinin Yargılamanın Teknik Aracı Olarak Güçlendirilmesi

Fransa'da yetki aşımı başvurusundan, Osmanlı'da da idari başvurulardan türeyen kurumun iptal davasına dönüşmesi, gerçek anlamda "dava" hukuksal biçimine kavuşması 1961(≅1964)-1982 dönemine denk düşmektedir. 24.12.1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlüğe girişinden⁷⁵⁰ 6.1.1982 tarihli 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile birlikte idari yargı düzenini derecelendiren diğer iki temel yasanın yürürlüğe girişine⁷⁵¹ kadar geçen dönem, idari işlemin unsurlu bilgisinin idari dava hukuksal biçimi altında yargılama tekniğine dönüştürülerek en hızlı gelişme kaydettiği dönemdir. Sarıca'nın *İdari Kaza* ile 1942'de başlattığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi idare hukuku hocalarının başta *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* olmak üzere kesintisiz sürdürmeye çalıştığı Danıştay kararları incelemeleri, idari işlemi yargılama tekniğiyle birleştirmekte 1961(≅1964)'e kadar beklenen karşılığı bulamamıştır. 1942'de başlayan çaba ancak, Danıştay yönetiminin de hizmet içi eğitim projesiyle Danıştay meslek mensuplarını hocaların çabasına ortak etmesiyle somut karşılıklarını verebilmiştir. İdare hukukunun modern kuruluşunu kuramsal aktarımla başlatan, çok geçmeden Danıştay kararlarını incelemeyen idare hukukunun gelişemeyeceğini sezerek Danıştay'a yüzünü dönen Üniversite Öğretisi'nin yarattığı soyut bilgi birikimini Danıştay üyelerinin sahiplenmesi ve uygulamaya taşınması; Ulusal İdare Hukuku'nun oluşmasını sağlayan işbirliğidir. Bu işbirliği sayesinde, kuramsal

⁷⁵⁰ R.G.: 31.12.1964-11896.

⁷⁵¹ 6.1.1982 tarihli 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 6.1.1982 tarihli 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 6.1.1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu; aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır: R.G.: 20.1.1982-17580.

birikim idari davaların görülmesinde Danıştay'ın gereksinim duyduğu yargılama tekniği ile buluşabilmiştir.

1961 Anayasası'nın 140. maddesi, Danıştay'ı, “kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece mahkemesi”, 521 sayılı Danıştay Kanunu ise, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme mercii” olarak tarif etmek suretiyle hem bir yüksek mahkeme hem de tarihsel gelişimine uygun olarak danışma ve inceleme mercii olarak nitelemiştir.⁷⁵² 140. maddenin ikinci fıkrasına göre, “Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” Anılan ilk iki Anayasa hükmü, 1971 tarihli Anayasa değişikliklerinden⁷⁵³ etkilenmemiş, 1961 Anayasası yürürlükte olduğu süre boyunca ilk halleriyle kalmıştır.

Danıştay'ın idari davalara ilişkin görevi, ilk kez 1961 Anayasası metninde geçmemekle birlikte,⁷⁵⁴ yüksek mahkeme niteliğinin anayasal düzeyde tanınması 1961 Anayasası ile olmuştur. 1924 Anayasasından itibaren anayasal ve yasal gelişmeler, daha önce danışma görevi ağırlıkta olan Danıştay'ın yargı işlevini öne çıkarmak ve mahkeme niteliğini açıkça vurgulamak doğrultusunda olmuştur.⁷⁵⁵ Fakat Şûra-yı Devlet, 1924 tarihli 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda *Vazife-i İcraiye* altında düzenlenmişken, 1961 Anayasasının 3. kısmının yargı ile ilgili 3. bölümünün *Yüksek Mahkemeler* ile ilgili

⁷⁵² Orhan Özdeş, “Danıştay ve Tarihî Gelişimi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 30.

⁷⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.9.1971 tarihli 1488 sayılı Anayasa Değişikliği, R.G.: 22.9.1971-13964.

⁷⁵⁴ 1924 tarihli 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 51: “İdarî dava ve ihtilâfları rüyet ve hal, hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lahiyaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalea, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir şurayı devlet teşkil edilecektir.”

⁷⁵⁵ Süheyla Şenlen, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, **AÜSBFD**, Cilt 49, Sayı 3, 1994, s. 407-409.

yerinde düzenlenmiştir.⁷⁵⁶ Danıştay'ın idari daireleri ve idari görevleri de bulunduğu için bu evrede yine karma işlevli bir nitelik taşımaktaysa da, bir yargı mercii olarak yürütme organları arasında değil yargı organları arasında yer almaktadır. Bu bakımdan 1961 Anayasası 1924 Anayasası'ndan ayrılmış bulunmaktadır.⁷⁵⁷

1961 Anayasası hükümleri ile uyumlu yeni bir yasa hazırlama ihtiyacından doğan 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu; iptal davası, tam yargı davası ve temyiz davasının yanında yorum davası da düzenleyerek idari işlemlerin yorumu ve hukuka uygunluğu hakkında karar verilen davaları çeşitlendirmiş, bu konularda son kararı verme yetkisini Danıştay'da toplamıştır.

İdari işlemin unsurlu bilgisinin, idari davaların görülmesinde bir yargılama tekniği olarak en yoğun gelişme kaydettiği 1961(≅1964)-1982 arası evrenin tam ortalarında 12 Mart 1971 Darbesi gerçekleşmiştir. Ancak Darbe'yi izleyen Anayasa ve yasa değişiklikleri söz konusu evreyi kesintiye uğratamamıştır. Aksine, Danıştay ile yürütme arasındaki ilişkilerin gerilmesi, Danıştay'ı idari yargıya eleştiri yöneltilen konuları daha fazla tartışmaya ve geliştirmeye yöneltmiştir.

Söz konusu anayasal ve yasal seyrin Danıştay'ın idari davaları görme işlevini öne çıkarması ve 1961 Anayasası'nın bu işlevini Danıştay'ın bağımsız yüksek mahkeme niteliğiyle güçlendirmesi bir yana, idari işlemin unsurlu bilgisinin yargılama tekniği içinde gelişmesinde en büyük pay, idari yargı denetimini sınırlayan mevzuat gelişmelerine rağmen çalışmalarını sürdüren Ulusal İdare Hukuku'nun Yargıçlar Öğretisi kanadına aittir. Mevzuat değişiklikleri tek başına yeterli olmayıp ancak destekleyici, ön açıcı bir rol oynamıştır.

⁷⁵⁶ Nuri Alan, "İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü", **TBB Dergisi**, 1998/2, s. 521

⁷⁵⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt III, 1966, s. 1850.

1. Danıştay'ın “Anayasal İdari Mahkeme Tekeli” ve İdari İşlemin Temyiz Davasında Çözümlemesi

1961 Anayasası ile 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlükte olduğu evrede, “idari mahkeme-idari dava-idari işlem” kavramları gerçek anlamda Danıştay tekelinde toplanmıştır. Üçlü kavram buluşması, idari işlemin ilk kez bir mahkemede, dava yoluyla denetlenmesi anlamına gelmektedir. Vergi itiraz/temyiz komisyonları ile ilçe/il idare kurullarının kuruluş ve işleyişi 1960'lı yıllardan çok daha öncesine dayanmaktadır.⁷⁵⁸ 1924 Anayasası Dönemi kapandıktan sonra da varlığını sürdüren kurul ve komisyonlar, işlemin denetiminde bir derece; ancak yönetsel derece olarak işlemiştir. Anayasa'nın 114. ve 140. maddelerine açıklık getiren Temsilciler Meclisi Raporu'nun gösterdiği gibi, birinci ve ikinci derece idare ve vergi mahkemelerinin yasa ile kurulması olanağı açık bırakıldığı halde, alt derece mahkemeler kurulmamıştır.⁷⁵⁹ Kurul ve komisyonların idari başvuruları yargısal yöntemlerle incelemesi, onların idari davalara bakan derece mahkemesi niteliği kazanmasına yetmemiştir. Kurul ve komisyonların Anayasa hükümlerine uygun varlık kazanmış bir mahkeme sayılmaması, yaptıkları görevin “dava” kapsamında değerlendirilmesine de engel olmuştur. 1961 Anayasası metnindeki “dava deyimi, herşeyden önce iki kişi arasında çıkan bir uyuşmazlık dolayısıyla bu uyuşmazlığın çözümlenmesinin bir mahkemeden istenmiş olması üzerine ortaya çıkan bir durumu veyahut kendi üzerine suç atılan bir kimsenin cezalandırılması istemi ile savcı tarafından belli bir kimseye karşı ortaya çıkarılan uyuşmazlık durumunu anlatmaktadır”.⁷⁶⁰ İşte bu noktada, 1964 tarihli 521 sayılı

⁷⁵⁸ İlk kez 1926 yılında 755 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu uyarınca kurulan vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının, 1964 tarihli 321 sayılı Danıştay Kanunu'na kadar yapı ve işleyiş yönünden tarihçesi için bkz.: Nami Çağan, “Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları”, **AÜHFD**, Cilt 28, Sayı 1-4, 1971, s. 184-186.

⁷⁵⁹ “Komisyon Raporu, iktidarın yapısı-yargı bahsinde, ‘Ayrıca idarî alt mahkemeler tesisi imkânları da açık bırakılmıştır.’; 114 ncü madde gerekçesinde, ‘Madde bu formülü ile ilerde ihdas edilecek idare mahkemelerini de gözetmiş...’; 140 ncü madde gerekçesinde de, ‘Diğer taraftan sevkolunan bu madde ile (birinci fıkra) ilk derece idare mahkemelerinin kurulması yolu açık tutulmuş bulunmaktadır.’ Sait Güran, “Anayasa'nın 114 ve 140 ncü Maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik”, **İÜHFİM**, Cilt 30, Sayı 1-2, Ord. Prof. Halil Arslanlı'ya Armağan, 1964, s. 73.

⁷⁶⁰ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 201.

Danıştay Kanunu'nun öngördüğü idari yargıya özgü bir dava türü olarak temyiz davası karşımıza çıkmaktadır.

Alt derece idari mahkemelerin yokluğunda, yönetsel derecede *davasız denetlenmiş* bir işlem ilk derece esas mahkemesi olarak Yasa'nın 31. maddesi gereği temyiz davalarına bakmakta olan Danıştayca incelenmiştir.⁷⁶¹ Danıştay Daireleri, 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun öngördüğü işbölümü kurallarına göre kendilerinin baktığı konularda, hem de iptal davasının hem temyiz davasının mahkemesi olarak görev yapmıştır. İdari işlemlerin iptal davalarında olduğu gibi, temyiz davalarında da ilk kez bir dava kapsamında mahkeme denetimine tabi tutulması, idari işlemin teknik bilgisini pekiştirmiştir. Bu nedenlerle, 1961-1982 arası evrenin idari işlemin unsurlarının gelişimine katkısı incelenirken, denetimin iptal davasında olduğu kadar temyiz davasında gösterdiği özelliklere yer vermeden geçmemek gerekir.

521 sayılı Kanun kapsamındaki dava türünün “temyiz yolu” yerine özgül bir dava türü olarak “temyiz davası” olarak anılması, ilk derece mahkemelerinin kuruluşunun gerçekleşmemesi, davaya bakmakta olan anayasal statüde mahkemenin tek başına Danıştay olması nedeniyledir. Temyiz davası, bu yönüyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca ilk derece mahkemelerinin yargı kararlarının üst derece mahkemesince denetlendiği temyiz kanun yolundan ayrılmaktadır. *Muhakemenin iadesi*

⁷⁶¹ 24.12.1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu m. 31: İdari yargı mercilerinden özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş olan ve üst idari yargı mercii bulunmayan yargı kararları dâva daireleri ile Dâva Daireleri Kurulunda temyiz yolu ile kesin olarak görülür.” Vergi temyiz davaları, vergi temyiz komisyonu kararlarının ya da vergi temyiz komisyonu incelemesinden geçmeden kesinleşeceği öngörülmüş vergi itiraz komisyonu kararlarının bozulması istemiyle açılmaktadır (Örneğin DDDK, E.1970/125, K.1970/291, T.17.4.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971; D4D, E.1964/4667, K.1970/3, T.16.1.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971). Aynı şekilde, idari işlemleri yapan idare davalı gösterilirken, il/ilçe idare kurullarının kararlarının bozulması istenmektedir. (Örneğin D6D, E.1969/113, K.1970/1105, T.21.4.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971.) İdari işlemleri yapan makamın da temyiz davası açması olanaklıdır. Vergi dairesi genel müdürlükleri, komisyonların terkin kararlarına karşı dava açtığında, gerçek veya tüzelkişi vergi mükellefleri davalı sıfatı almaktadır. (Örneğin D4D, E.1968/2179, K.1970/2130, T.16.4.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971; D4D, E.1969/883, K.1970/1784, T.6.4.1979, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971; D4D, E.1968/6144, K.1970/1728, T.30.3.1973, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971; D4D, E.1969-2324, K.1970/2425, T.30.4.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971).

(m. 96) ile kararın düzeltilmesi (m. 98) 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun öngördüğü kanunyollarıdır; temyiz davası kanunyolları arasında yer almamaktadır. 1982'de ilk derece mahkemelerinin kurulmasıyla, derecelenen idari yargı organları arasındaki görev dağılımı yeniden gözden geçirilince, kavram da değişmiştir. Danıştay temyiz davasına bakan *tek, ilk ve son derece mahkemesi* olmaktan çıkıp *genel görevli temyiz mercii ve özel görevli ilk derece mahkemesi*'ne dönüşmüştür. 1924 Anayasası da, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, idari yargı alanında yetkili "tek mahkeme" olarak Danıştay'ı öngörmüştür. Danıştay'ın alt derecesini oluşturmak üzere bağımsız idare ve vergi mahkemelerinin kuruluşunun 1982'ye kadar gecikmesi nedeniyle yargı kararı veren yönetsel birimler anayasal dayanaktan yoksun olmalarına rağmen varoluşlarını sürdürmüşlerdir. Anayasa'ya göre geniş anlamda yargı mercii nitelikleri bulunmayan, Danıştay Kanunu'na göre ise, dar anlamda yargı merci olarak yorumlansalar bile yargısal nitelikleri zayıf kalan yönetsel birimlerin barındırdığı hukuksal statü belirsizliğini sorgulayan öğretiyi ile Anayasa Mahkemesi; Danıştay'ı idari yargının anayasal kuruluş gereği *tek mahkemesi*'si olarak tanımıştır. Söz konusu tanıma, Danıştay'ın idari işlemleri *dava yoluyla* denetleyen tekel konumunu daha da güçlendirmiştir. Yönetsel birimlerinden çıkan her türlü kararın, temyiz davası yoluyla Danıştay incelemesinden geçmeden kesinleşmemesi, gerçek anlamda mahkeme ve dava kavramlarının ancak Danıştay'da bir araya gelebildiğini çok açık göstermektedir. Yargı kararı verebilen yönetsel birimlerinin kararlarının son aşamada Danıştay denetiminden geçebilmesi, anayasal dayanak yoksunluğunun doğurduğu fiili durum-hukuksal yapı çatışmasını hafifleten tek mekanizmadır. Onar, söz konusu tekel konumunu şu cümlelerle açıklamaktadır:

"Pozitif sebebe gelince, anayasa tek bir idare mahkemesi tanımış ve bütün idarî ihtilâfların burada halledileceğini kabul etmiştir. İdarî bir ihtilâfi nihaî olarak başka bir mercide hallettirmek suretiyle Danıştayın kazaî salâhiyetini tahdit etmek anayasaya aykırı olur. Bu sebepten dolayı ihtilâfin

bünyesi itibariyle adli kazaya ait olanlardan gayri bütün ihtilâfların Danıştaya arzedilmesi icap eder. (...) Bu sebepten dolayı vergi itiraz ve temyiz komisyonları, il ve ilçe idare kurulları, disiplin heyetleri, üniversite senatoları ve üniversitelerarası kurul gibi kaza salâhiyetini haiz olan tekml idare heyetlerinin kazaî kararlarının temyiz mercii Danıştaydır.”⁷⁶² [a.b.ç.]

Yazara göre, Danıştay hem ilk derece mahkemesi hem de üst derece mahkemesi olması nedeniyle “genel mahkeme” sıfatına sahiptir.⁷⁶³

Üyeleri idare içinden seçilen, yargıç statüsü taşımayan, yargısal yöntemler izleyerek idari itirazları değerlendiren birimlerin kararları, 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu öncesinde de idari yargının anayasal yetki tekeline sahip mahkemesi Danıştayca denetlenmişse de, bu kararların nitelikleri ancak 1961 Anayasası’nın ve Anayasa’ya göre hazırlanmış yeni Danıştay Kanunu’nun getirdiği düzenlemelerin yürürlüğe girmesiyle gerek Yargıçlar Öğretisi gerekse Üniversite Öğretisi’nin üzerinde yoğunlaştığı bir tartışma konusuna dönüşmüştür.

Tartışma, *mahkeme-alt derece idari yargı organı-yargı yetkisi kullanan idari makam* kavramlarının birbirinden ayırt edilmesiyle yürütülmüştür. 1961 Anayasası’nın başta yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerde” kullanacağını öngören 7. maddesi olmak üzere, yargı mercii kavramının geçtiği diğer hükümleriyle (m. 31, 32, 114, 118, 142) birlikte dar anlamda bir yargı mercii kavramını benimsediği, dolayısıyla vergi komisyonları, inzibat komisyonları, disiplin kurulları, idare kurulları gibi mercilerin Anayasa’ya göre mahkeme niteliği taşıyamayacakları hususunda görüş birliğine varılmıştır.⁷⁶⁴ Görüş ayrılığı, kararlarının idari işlem mi yargı kararı mı sayılacağı, buna bağlı olarak iptal davasında mı temyiz davasında mı yargılanacağı noktasındadır.

⁷⁶² Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt III, 1966, s. 1896.

⁷⁶³ **Ibid.**, s. 1907-1908.

⁷⁶⁴ 1961 Anayasası’nca benimsenen dar anlamda yargı mercii (mahkeme) kavramı için bkz.: Rüşti Aral, “İdarî Dâva Türleri - Temyiz Dâvaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 545-548; Çağan, “Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları”, 1971, s. 188-191.

Anayasa Mahkemesi, 1964 tarihli kararıyla, Anayasa'nın 114. maddesindeki "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmünde geçen yargı mercii kavramını "Bu tabirden sadece yaptığı iş itibariyle değil, niteliği ve kuruluşu itibariyle de teminata sahip bir kazaî merci anlaşılmalıdır."⁷⁶⁵ şeklinde yorumlamış bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 1966 tarihli iki kararı da aynı doğrultudadır:

"Vergiler Temyiz Komisyonu kazaî usuller kullanarak karar vermekte ise de, müessese Maliye Vekâleti Teşkilâtı ve Vazifeleri hakkındaki 2996 sayılı kanunla kurulmuş olup, başkan ve üyelerinin atanmaları, hak ve ödevleri, emekliye ayrılmaları, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olmadığından bu başkan ve üyeler memur statüsüne girmektedirler. Şu durum karşısında kazaî nitelikte ve kazaî usullerle karar verseler dahi Anayasa'nın açık hükümleri önünde kurul mensuplarını hâkim ve teşkil ettikleri organı mahkeme niteliğinde görmeye imkân yoktur."⁷⁶⁶ [a.b.ç.]

"Anayasa'nın 149 uncu ve Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22/4/1962 gün ve 44 sayılı kanunun 21 inci maddelerinde iptal dâvası açmaya yetkili olan kişi, kurul ve makamlar açıkça gösterilmiştir. İsteğe bulunan bu sayılanlardan olmadığı" gibi mahkeme niteliğinde bulunmadığından Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı kanunun 27 nci maddeleri hükümlerinden yararlanması da mümkün değildir."⁷⁶⁷

Anayasa Mahkemesi, vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını dar anlamda yargı mercii yani bağımsız mahkeme olarak görmemişse de, komisyonlardan çıkan kararların yargı kararı niteliği taşıdığını da kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu makamları mahkeme addetmeyeceğini anlamak için 1966 yılının kararlarını beklemeğe de gerek yoktur. Çünkü 1961 Anayasası'nın metni ve Gerekçe'sini oluşturan Temsilciler Meclisi Komisyonu Raporu ile Genel Kurul görüşme tutanakları, idarenin tabi olması gereken

⁷⁶⁵ AYM, E. 1963/75, K.1963/29, T.30.5.1963, **AMKD**, Sayı 1, s. 254.

⁷⁶⁶ AYM, E.1996/16, K.1966/28, T.27.6.1966, **AMKD**, Sayı 4, s. 142; **R.G.:** 2.1.1967-12493.

⁷⁶⁷ AYM, E.1966/22, K.1966/37, T.22.9.1966; **R.G.:** 17.12.1967-12480.

yargı denetimi ile yargı organının niteliklerini açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır.⁷⁶⁸ Öğreti de, Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı şekilde yargı mercii ifadesinden sadece yaptığı iş bakımından değil, “niteliği ve kuruluş bakımından da hakimlik güvencesine sahip kişilerden oluşan bağımsız mahkeme”yi anlamıştır. Dolayısıyla, idareyi yargısal yöntemlerle denetleyen yönetsel makamların mahkeme sayılıp sayılmayacağı konusu görüş ayrılığı doğmamıştır.

Buna karşılık, 1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 31. maddesi, “İdari yargı mercilerinden özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş olan ve üst idari yargı mercii bulunmayan yargı kararları dâva daireleri ile Dâva Daireleri Kurulunda temyiz yolu ile kesin olarak görülür.” hükmüyle, kurul ve komisyonları açıkça “idari yargı mercii”, temyiz davasına konu olan kararlarını ise “yargı kararı” olarak nitelemiştir. Bununla birlikte, maddenin gerekçesinde, “halen yargı görevi yaptığı kabul olunan idare kurulları, temyiz ve itiraz komisyonları gibi diğer mercilerin Anayasa’ya uygun birer yargı mercii veya idare mahkemesi haline getirilmeleri zorunluluğu belirtilmeden geçilmemiştir.”⁷⁶⁹

İdare içinde örgütlenen, “bağımsız mahkemelerin aksine idari makamların hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olan, üyeleri hakimlik teminatına sahip olmayıp özlük işleri bakımından idari makamların etkileri altında bulunan”⁷⁷⁰ idari kurul ve komisyonların kararlarının hukuksal niteliğinin sorgulanması, öğretiyi farklı yorumlara götürmüştür.

Çağan, 1961 Anayasası hükümleri karşısında, bağımsız mahkeme niteliğinden yoksun komisyonlara yargısal görevler veren Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümlerini Anayasa’ya aykırı bulmakla birlikte, komisyonlar bu niteliğe kavuşuncaya kadar yürürlükteki VUK hükümlerinin uygulanmak zorunda olduğu kanısındadır. VUK, 1961

⁷⁶⁸ Lütfi Duran, “Vergiler İtiraz ve Temyiz Komisyonları ile Vergi İhtilâflarının Akıbeti”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, Mayıs 1967, s. 50-51.

⁷⁶⁹ Mehmet Akif Eranlı, **İzahlı ve Gerekçeli Danıştay Kanunu**, Kardeş Matbaası, Ankara, 1965, s. 40.

⁷⁷⁰ Aral, “İdari Dâva Türleri - Temyiz Dâvaları”, 1968, s. 539.

Anayasası'nın geçici 4. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kanunlar arasındadır. Anayasa'ya aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortadan kaldırılması mümkün olmadığına göre, VUK yasama organınca değiştirilmediği veya yürürlükten kaldırılmadığı sürece, uygulanması Anayasa'ya aykırı duruma rağmen sürdürülmelidir.⁷⁷¹

Onar, Anayasa'da yargı yetkisine sahip merci ve personel hakkında Danıştay'dan başka esas bulunmadığından, bunların organik durum ve personel statüsü bakımından idari nitelikte olacağını, sadece işlemlerinin maddi niteliğinin yargı işlemi sayılacağını belirtmiştir.⁷⁷² Yazar, idari heyetlerin ne 1924 Anayasası döneminde ne de 1961 Anayasası döneminde gerçek bir mahkeme olduklarını belirtmekle birlikte, dar anlamda bile olsa “yargı mercii” kavramını kullanmamakta, onun yerine “yargı yetkisini haiz idarî merci” kavramını tercih etmektedir. Onar'ın kavram tercihi, Danıştay Kanunu'nun 31. maddesindeki “üst idarî yargı mercii bulunmayan” ifadesinin Anayasa'nın Danıştay'ı yargı organı içinde tek idare mahkemesi olarak belirleyen 140. maddesi karşısında uygulanamayacağı kanaatinde olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁷³

Duran ise, Anayasa'nın geçici 7. maddesine⁷⁷⁴ rağmen bağımsız alt derece idari mahkemelerinin kurulmamasını ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarını dikkate alarak Anayasa'ya uygun bir yorum geliştirmektedir: Vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını yargı organı saymadığı gibi bunlardan çıkan kararları yargı kararı olarak görmemektedir. Komisyonlar “üst maliye mercii”, başvurular “zorunlu hiyerarşik idari başvuru”, yapacakları görev “hiyerarşik idari denetim”, başvuru sonucu verilecek

⁷⁷¹ Çağan, “Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları”, 1971, s. 191, 193.

⁷⁷² Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III**, 1966, s. 1850.

⁷⁷³ “Bunun dışında nihaî karar vermek yetkisini haiz bir yargı mercii kanun vazı ihdas edemez. 140 ıncı madde de bunu teyit etmektedir. Bu sebeplerden dolayı bu sözlerin hukukî bir değeri ve tatbik sahası olmamak gerekir.” Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III**, 1966, s. 1909-1910.

⁷⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (9.7.1961 tarihli 334 sayılı Kanun), **R.G.:** 20.7.1961-10859, Geçici m. 7: “Bu Anayasa ile kabul edilmiş olan yeni organ, kurum ve kurulların kuruluş ve işleyişleriyle ilgili kanunlar, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısından başlayarak en geç altı ay içinde ve bu Anayasa ile konulması emredilen diğer kanunlar da en geç iki yıl içinde çıkarılır.”

kararlar ise “idari işlem” olarak nitelenmektedir. Duran’ın yorumuyla, yeni anayasal ve yasal düzende, Danıştay önünde temyiz davası şeklinde görülmekte olan vergi uyuşmazlıklarını artık ilk defa yargı mercii denetimi sağlayan “iptal davası” niteliğinde kabul etmek ve konusu her ne olursa olsun, her uyuşmazlığın idari itiraz yollarından geçirilmek suretiyle Danıştay’a götürüleceği esasını benimsemek uygun düşecektir.⁷⁷⁵

Danıştay’ın söz konusu davalara temyiz davası olarak baktığına işaret eden Özyörük de, Kanununun 31. maddesinde geçen “üst yargı mercii”nin gerçekte mevcut olmadığından, yargı mercii olmadığı halde yargısal kararlar verdiği yadsınmayan kurulların kararları aleyhine açılacak davaların temyiz davası değil, iptal davası olarak kabul etmek gerektiği⁷⁷⁶ görüşünde Duran’la birleşmektedir.

Danıştay’ın tutumuna gelince, bir yönüyle Onar ve Çağan’a ama çok daha fazla Duran ve Özyörük’e yaklaştığı saptanabilir. Danıştay üye ve yardımcılarının yazılarında, idari kurul ve komisyonlar için “yargı yetkisi kullanan idari makam” nitelmesi geçmekte, kararlarının denetimi temyiz davası başlığı altında incelenmektedir.⁷⁷⁷ Bu durum Danıştay’ın Çağan ve Onar’ın görüşlerine yakın olduğu izlenimi uyandırabilir. Oysa Danıştay kararlarında açık nitelme ile karşılaşılmamaktadır. Danıştay’ın izlediği uygulama, Özyörük ve Duran’ın vardığı sonuçlara yakındır. Danıştay, iptal davası ile temyiz davasını birbirine benzetip aynı nitelikte görmüş, aynı şekilde incelemiş, iki dava türü arasında ayırım yapmamış, herbirinin özelliklerine yer ve önem

⁷⁷⁵ Duran, “Vergiler İtiraz ve Temyiz Komisyonları ile Vergi İhtilâflarının Akibeti”, 1967, s. 52. Aynı doğrultuda başka görüşler için bkz.: İhsan Uçul, “521 sayılı Yeni Danıştay Kanunu Karşısında Temyiz Dâvalarının Durumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, 1965, s. 7-9.

⁷⁷⁶ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, (çoğaltma), Ankara, 1972-1973, s. 241.

⁷⁷⁷ Aral, “İdarî Dâva Türleri - Temyiz Dâvaları”, 1968, s. 537-595; Uzdem Akyüz, “Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 7-98.

vermemiştir.⁷⁷⁸ Kurul ve komisyon kararları üzerine açılan davaları *ilk derece esas mahkemesi* gibi inceleyerek, iki dava türü arasındaki özellikleri silikleştirmiştir.

Temyiz davası ile iptal davasının yargı yetkisinin kullanılması yönünden birbirine benzemesine, Danıştay Kanunu'nun bazı hükümleri de dayanak oluşturmuştur. Kanunun 63. ve 85. maddeleri, yönetsel kurul ve komisyonlarının idari işlemler hakkında verdiği kararların incelemesinde Danıştay'ın bozma üzerine gönderme kararı vermeksizin, davanın esasını doğrudan karara bağlamasına olanak tanımıştır. Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasında, "31 nci maddede yazılı idari yargı mercileri tarafından uyuşmazlığın esası hakkında karar verildiği ve bu karara karşı süresi içinde Danıştaya dâva açıldığı takdirde bu mercilerin kararı bozulur ve başka ret sebebi yoksa dâvanın esası hakkında kesin karar verilir.;" 85. maddesinde ise, "Dâva Daireleri ve Dâva Daireleri Kurulu, temyiz yolu ile inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir. Ancak, Dâva Daireleri ve Dâva Daireleri Kurulu, dâva evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın incelenmesinden maddi vakıalar hakkında edinilen bilgi yeter görülürse veya uyuşmazlık sadece hukuksal noktalara ilişkin ise, kararı bozmakla beraber işin esası hakkında da karar verirler." hükümleri getirilmiştir. Anılan hükümler, Danıştay'a dava belgelerini ve gerekirse dosyayı getirterek inceleme olanağı tanımıştır. Dava belgelerinin ve dosyanın getirilmesi, bir ölçüde yeniden ve esastan incelemeye geçmektir.⁷⁷⁹ Bu gibi özellikler, temyiz kanun yolundan zaten temel farklılıklar taşıyan temyiz davasını ondan daha da uzaklaşarak iptal davasına yaklaştırmıştır.

⁷⁷⁸ Lütfi Duran, "Vergiler İtiraz ve Temyiz Komisyonları ile Vergi İhtilâflarının Akıbeti", **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, s. 53.

⁷⁷⁹ Akyüz, "Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları", 1980, s. 26.

Danıştay, bozma kararlarında “yetki ve görev dışında karar verilmesi” veya “usul hüküm ve kurallarına uyulmaması”⁷⁸⁰ gerekçelerine dayanmadığı durumlarda genel olarak işin esası hakkında da karar verme eğiliminde olmuştur. 1980’de Danıştay Yardımcısı görevinde olan Akyüz, temyiz davasına ilişkin oldukça kapsamlı incelemesinde, Danıştay’ın bozmadan sonra esas hakkında karar vermek yetkisini eski yıllara ait uyuşmazlıklarda yaygın bir şekilde kullandığını ortaya koymaktadır.⁷⁸¹ Danıştay, kurul ve komisyon kararlarını denetlerken, idari işlemin tüm unsurlarını aynı iptal davasında olduğu gibi incelemiştir. Temyiz davasında, yargı denetimini kurul ve komisyon kararının incelenmesinden doğrudan idari işlemin incelenmesine doğru genişletmiştir.

Temyiz davası reddedildiğinde, iptal davasında olduğu gibi, “davanın reddine” ibaresi kullanılmaktadır.⁷⁸² Dava kabul edildiğinde ise, hüküm fıkrasında, iptal davasından farklı olarak, kararın iptaline değil de “bozulmasına” ibaresi geçmektedir. Danıştay istisnaen bozma üzerine gönderme kararı vermektedir. Gönderme kararının verildiği temyiz davaları idare tarafından açılmış olanlardır. Örneğin, davalı vergi dairesi müdürlüğü vergi temyiz komisyonunun terkin işlemine karşı dava açtığında, terkin işlemini bozan Danıştay, “bozma kararında açıklanan esaslara uygun yeni bir karar verilmek üzere” tarh dosyasının yerine iadesine karar vermektedir.⁷⁸³ Danıştay vergi temyiz davalarının çoğunda, maddi olguların varlığını kendisi saptamakta, vergi

⁷⁸⁰ Kurul ve komisyonların toplanma ve yeter sayılarına uymaması, kararların gerekçeden yoksun olması, kararda istemle bağlı kalınmaması veya tüm istemlerin kararda karşılanmaması gibi. Temyiz davalarında bozma nedenleri için bkz.: **Ibid.**, s. 73-82.

⁷⁸¹ **Ibid.**, s. 73-82.

⁷⁸² Temyiz davası, bir kurum olarak idari yargılamada var olduğu dönemlerde “yargı niteliğinde karar veren bir alt merciin kararının üst merciye incelenip onaylanması söz konusudur.” şeklinde yorumlanmıştır. Ahmet Erdoğan, “Yönetmelik Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 17. Oysa Danıştay, davanın reddi halinde, alt merciin yargı kararı niteliğindeki kararının “onanması” hükmü kurmamaktadır. Yorumda “onaylama” ile kastedilenin aslında “onama” olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle, onaylama yerine onama kavramını kullandık.

⁷⁸³ D4D, E.1968/2179, K.1970/2130, T.16.4.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971; D4D, E.1969/228, K.1970/1601, T.23.3.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971.

kanunlarına uygun nitelenip nitelenmediğini araştırırken olguların hukuksal çıkarımını kendisi yapmaktadır.⁷⁸⁴

Yayınlanmış Danıştay kararlarının kurgusu incelendiğinde, davanın özetinin ardından “Türk Milleti adına” başlıklı gerekçe ve hüküm kısmı gelmektedir. Davanın özetinde, yargı yetkisi kullanan yönetsel birimlerde geçen aşamaya çok kısa değinildikten sonra davacının istemi verilmektedir. Kararın gövdesi olarak nitelendirilebilecek “Türk Milleti adına” ifadesi ile başlayan kısımda, il/ilçe idare kurulunun ya da vergi itiraz/temyiz komisyonunun kararının gerekçelerine yer verilmediği ya da karar alıntılanmadığı gibi geçirdiği yönetsel aşama da tekrarlanmamaktadır. Yargı yetkisi kullanan yönetsel makamlarının denetiminin temyiz davası kararlarında ayrıntılı yer bulamaması, şöyle bir yoruma vardır: Danıştay, temyiz kanun yolundan farklı olarak, söz konusu kurul ve komisyonları gerçek anlamda yargı denetimi yapan kuruluşlar olarak görmemektedir. Bu nedenle, Danıştay Kanunu’nun bozma kararından sonra işin esasını karara bağlama yetkisi veren hükümlerinden destek alarak, temyiz davasını yargı kararı saymadığı bir kararın hukuka uygunluğunu denetlemekten çok, ilk derece esas mahkemesi olarak idari işlemi denetliyor gibi yürütmektedir. Temyiz davasını, iptal davalarına benzetmektedir.

Aynı Danıştay dairesinin, işbölümü kuralları uyarınca kendi alanına giren konularda hem iptal davası mahkemesi hem de temyiz mahkemesi olarak görev yapması, davalık hallerin yorumlanmasında bir farklılığa yol açmamıştır. Bir dairenin bu iki davadan hangisine bakmakta olduğu yorum yöntemi sayesinde ayırt edilememekte, ancak kararın başında verilen istemi de içeren özet cümleleri ile verilen hükümden çıkarılabilmektedir. Temyiz davasının konusu, idare örgütü içinde yer aldığı halde yargı

⁷⁸⁴ “Ticari işle ilgili olarak seyahati icap ettiren bir muamele, mukavele ve gidilen müesseselerde herhangi bir yazışma bulunmadığı gibi, protokol ve programın mahiyetine göre de gezinin ticari maksatla yapıldığı hususunun kabulü mümkün olmadığından Temyiz komisyonu kararında dayanılan gerekçe yerinde görülmemişse de (...)” D4D, E.1968/6144, K.1970/1728, T.30.3.1973, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971.

yetkisi kullanan makamların idari işlemin onanması ya da başvurunun reddi doğrultusundaki kararlarının hukuka uygunluğunun incelenmesidir. Bu nedenle, Danıştay, doğrudan iptal davasında olduğu gibi idari işlemi denetlese bile sonuç olarak hukuka aykırı bulduğu idari işlemi iptal etmemekte, başvuru üzerine verilmiş kararı bozmaktadır. Hukuka aykırılık şüphesi başvuru sonucu verilen kararın esası üzerindeyse, ilk derece mahkemesi olarak baktığı iptal davalarında olduğu gibi, idari işlemi yargılama yöntemini kullanmaktadır. İdari işlemin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı hakkında varılan hukuksal çıkarım, bu idari işleme karşı yapılan başvuru üzerine verilen kurul veya komisyon kararının hukuka uygunluğu ya da aykırılığı hakkında bir hukuksal çıkarıma götürmektedir. Danıştay, temyiz davasını alt derecede verilmiş yargı kararının hukuka uygunluğu yerine adeta idari hiyerarşi içindeki bir makamın onay ya da ret işleminin hukuka uygunluğunu denetliyormuşçasına ele almaktadır. Sonuç olarak, Duran'ın görüşü doğrultusunda davranmaktadır.

Elbette, bir ilk derece mahkemesi kararı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca “görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması” ya da “usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması” halleri dışında (esas yönünden) hukuka aykırı karar verilmesi savıyla kanun yolu olarak temyize taşındığında, yargı kararının hukuka uygunluğunun incelenmesi, idari işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesinden bağımsız yürütülememektedir. Ancak iptal davasının ilk derece mahkemesinde geçirdiği aşamalar, ilk derece mahkemesi kararının gerekçeleri, kararın özeti, kanun yolu olarak temyizde verilmiş bir yargı kararının önemli birer parçasıdır. Oysa temyiz davası sonucu verilen bir kararda bu unsurlara rastlanmamaktadır.

Temyiz davasında husumetin kurul ve komisyona değil idari işlemi yapan idareye yöneltilmesi ya da idarenin temyiz davası açabilmesi bile, aslında yargılamanın özünü

idarenin iradesinin oluşturduğunu göstermesi bakımından temyiz davası ile iptal davası arasındaki yakınlığı belirginleştiren bir özelliktir.

Danıştay esas hakkında maddi ve hukuksal derece olarak kesin yargı kararları verebilmektedir. Üstelik, 521 sayılı Danıştay Kanunu hükümleri uyarınca kararları temyiz davasına konu olan idari birimlerin esas hakkında verdikleri kararlarda ısrar yetkisini bulunmamaktadır. İlk kararda direnilememesi, idari temyiz davasını adli yargıdaki temyiz yolundan da ayıran bir özelliktir. Danıştay temyiz davasını iptal davasına yaklaştırırsa da, iptal kararının bozulması halinde ilk derece mahkemesinin sahip olduğu ısrar olanağı kurul ve komisyonlara tanınmadığından, dosyanın istisnai olarak geri gönderildiği bozma kararlarında bile kurul ve komisyonlar “bozma kararı dairesinde” yeni bir karar vermek yükümlülüğü altındadır. Bozma kararına uyulduğu belirtilmekle birlikte yeni kararda bozma esasları dairesinde hareket edilmemesi ya da ısrar girişiminde bulunulması üzerine Danıştay’a bir kez daha başvuru yolu açılmaktadır. Danıştay her iki durumda da, hem bozma kararı vermekte hem de işin esasına hükmetmektedir.⁷⁸⁵ Temyiz davası, yalnızca denetimin konusu ve kapsamı bakımından değil, bozma kararının sonuçları bakımından da, Özyörük’ün ifadesiyle “düpedüz bir iptaldir”.⁷⁸⁶ Sonuç olarak, hukuka aykırılık şüphesi taşıyan idari işlemler hakkında yönetsel derecede yargı kararı benzeri bir karar verilmekteyken, temyiz davasında tüm işlemler tek, ilk ve son kez anayasal bir mahkemece yargılanmış olmaktadır.

⁷⁸⁵ D7D, E.1960/6906, K.1960/2008, T.1.11.1960, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı 83-84, s. 179; kararı değerlendiren: Şeref Gözübüyük, **İdari Yargı**, TODAİE Yayınları no. 116, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 194. Aynı yönde bir başka karar: D8D, E.1968/1321, K.1969/600, T.17.2.1969, **Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gerekçeler, İçtihatlar, Açıklamalar**, (haz. Hakkı Müderrisoğlu), Emel Matbaacılık, Ankara, 1974, s. 338.

⁷⁸⁶ “Görülüyor ki, buradaki bozma da Yargıtaydaki daire bozmasına benzememektedir. Zira, adli yargıdaki bozma ile, birinci derece mahkemesinin kararı ortadan kalkmış olmuyor; zira birinci derece mahkemesi ısrar edince onun vermiş olduğu karar ile bozma kararını bu sefer Genel Kurul inceliyor ve o da bozarsa, birinci derece mahkemesinin kararı ortadan kalkıyor.” Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, 1972-1973, s. 242.

Onar, Danıştay'ın temyiz davası için kullanabileceği yetkileri istinaftakilere benzetmektedir.⁷⁸⁷ Yönetmelik kurul ve komisyonların hukuksal niteliklerine ilişkin uzun ve kapsamlı tartışmalar sonucunda, kararlarının yargısal nitelikte olduğu gerek öğreti gerek Anayasa Mahkemesi cephesinde kabul görmüştür. Ancak, Danıştay'ın temyiz davası çerçevesinde verdiği kararlarda izlediği yöntem, bizi, istinaftan da öte, bir yargı kararının hukuka uygunluğunun incelenmesinden çok daha fazla, idare içinde hiyerarşik incelemeden geçerek kesinleşmiş bir idari işlemin hukuka uygunluğunun -ilk kez bir yargı organınca denetime tabi tutuluyormuşçasına- incelendiği sonucuna götürmektedir. Danıştay, temyiz davasında esas yönünden inceleme yapması gerektiğinde, kanun yolu mercii gibi salt hukuksal derece olarak yargılama yürütmemiş, ilk derece mahkemesi gibi, maddi ve hukuksal derece görevi yapmıştır. Tarafların sav ve savunmaları ile maddi olguların gerçekliğini değerlendirmiş, yargılama verilerini toplamış, gerektiğinde işlem dosyasını getirmiş, hukuk kurallarının maddi olguya doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemiştir. Re'sen araştırma yetkilerini; ilk derece araştırma ve yargılama mahkemesi olarak kullanmıştır. İdari işlemde sebep konu bağıntısındaki bozukluğu denetlerken, olguların gerçekliği konusunda idare ile davacı arasında bir uyumsuzluk bulunmuyorsa, maddi olguların gerçekliğini kendisi araştırmaya gerek görmeden yalnızca yasanın mevcut olgulara doğru uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmiştir.⁷⁸⁸ Aksine olguların yeterince aydınlanmadığı durumlarda, ilk derece mahkemelerinin iptal davasında izlediği yöntemden ayrılmayarak maddi derece olarak da çalışmıştır.

Oysa, Türkiye'de 1982'de kurulan ilk derece mahkemelerinin 1953'te kurulduğu Fransa'da, 1951 tarihli bir çalışmada, Devlet Konseyi'nin bakmakta olduğu iki dava arasında hukuka aykırılık nedenlerinin incelenme derecesi bakımından temel farklar

⁷⁸⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III**, 1966, s. 1993.

⁷⁸⁸ D6D, E.1966/1171, K.1970/227, T.28.1.1970, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 222.

bulunduğu, ilgili kararlar dayanak gösterilerek ortaya konulmaktadır. Farklar, valilik kurullarını (*conseils de préfecture*) kaldırarak yerine her biri bulunduğu şehrin adıyla anılacak ilk derece idare mahkemelerini kuran 1953 Reformu⁷⁸⁹ öncesinde de, temyiz başvurusunun yetki aşımı başvurunun aksine yargı kararlarına karşı yapılan bir başvuru olduğunun tartışılmayacak kadar kesin bir kabule dayanmasından kaynaklanmaktadır.

II. Dünya Savaşı esnasında özellikle de sonrasında çok fazla sayıda özel görevli yargılama komisyonlarının kurulmasıyla Fransız idari yargı düzeni dallanıp budaklanmıştır. Başvuru yolları ne kadar çeşitlenirse çeşitlensin kararların pek çoğu Yüksek İdare Mahkemesi incelemesinden geçeceğinden Devlet Konseyi önündeki temyiz başvuruları çoğalmıştır. Konsey; iptal davasında kural olarak her türlü hukuka uygunluk nedenini ileri sürmek olanaklıyken, temyiz başvurusunda yalnızca esas yargıcı önünde ileri sürülmüş olanları ve kamu düzeni ile bağlantısı nedeniyle re'sen dikkate alması gerekenleri incelemiştir. İlk derece yargı kararlarında gerekçe yükümlülüğünden taviz vermemekle birlikte, gerekçede yer alan maddi olguların varlığını ve gerçekliğini araştırmaktan kaçınmıştır. Birkaç ayrık karar bir kenarda tutulursa, genel olarak, yalnızca maddi olguların hukuksal niteliğinin doğruluğunu denetleme yetkisini saklı tutmuştur. Başta idari yaptırım konu edinen işlemlerde, olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını esas yargıcına bırakmış, olgunun hangi cezayı gerektirdiğini kendisi değerlendirmiştir.⁷⁹⁰ Fransız Devlet Konseyi'nin gözettiği bu ayırım, temyiz başvurusunun kabaca olgu incelemesi değil olgu ile hukuk kuralı arasında uygunluk incelemesi olarak işlediğinin önemli bir belirtisidir.

Fransız idari yargısında temyiz başvurusu, yetki aşımı başvurusu (davası) ve adli yargıdaki temyiz kanun yolu olmak üzere iki kaynaktan doğmuş ve etkilenmiştir.

⁷⁸⁹ Fransız idari yargı düzenine köklü değişiklikler getiren 1953 Reformu, bu yılda çıkarılan iki kararname ile belirli bir temele oturtulduktan sonra 1963 tarihli dört ayrı kararname ile gerçek kimliğini bulmuştur. Celal Erku, "Fransa'da 1953 Reformu ve Bugünkü İdari Yargının Genel Görünümü", **İHİD**, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 50.

⁷⁹⁰ Alain Barjot, "Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, Sa place par rapport au recours pour excès de pouvoir et au recours en cassation devant la Cour de Cassation", **EDCE**, no. 5, 1951, s. 67-68.

Karşılığında, yetki aşımı başvurusu da her ikisinden etkilenmiştir.⁷⁹¹ Buna rağmen Türkiye’de Danıştay’ın ilk derece esas mahkemesi olarak ele aldığı temyiz davasında belirginleşmeyen maddi derece-hukuksal derece ayrımı Fransız Danıştayı’nın temyiz başvurularında Reform gerçekleşmeden de var olmuştur.

Hukuka aykırılığı teşhis edilmeye çalışılan idari işlem değil, yasama işlemi ya da yargı işlemi de olsa, iradedeki sakatlığı unsurlu bilgisine ihtiyaç vardır. Danıştay, komisyon ve kurulların kararlarını idare içinde üst makamların denetiminden geçmiş bir idari işlem gibi değil de yargı kararı gibi inceleydi de unsurlu çözümlenmeye başvurmak zorunda olacaktı. Ancak bu kez çözümlenme, çok büyük olasılıkla ilk derece mahkemesi gibi giriştiği bir idari işlem çözümlenmesinin derinliğine inemeyecekti.

2. 12 Mart 1971 Darbesi’ni İzleyen Anayasa ve Yasa Değişikliklerinin İdari İşlem Çalışmalarını Kırması

12 Mart 1971 Darbesi, idare hukukuna bilimsel bir darbe vuramamıştır. Danıştay’ın birikimini koruma isteği, idare hukukçularını muhallifleşmeye, eleştirel ve korumacı bir konum almaya yöneltmiştir. Alan’ın saptamasıyla, “1971 yılında, deyim yerinde ise Anayasa ile idari yargı (Danıştay) arasındaki balayı dönemi bitmiş ve sert ilişkiler dönemi başlamıştır. 20.9.1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile yapılan idari yargıya ilişkin değişiklikler yargı yetkisini sınırlama döneminin başlangıcını teşkil etmiştir.”⁷⁹²

Danıştay’ın tepkisi, Hükümet’in idari yargı yetkisinin sınırlanmasına gerekçe gösterdiği konuları daha fazla araştırmak ve hukuk bilgisini teknik açıdan daha güçlü kullanabildiği kararlarla sınırlamalara cevap vermek olarak kendini göstermiştir.

⁷⁹¹ Fransa’da davalık hallerin henüz çeşitlenmediği 19. yüzyılda, yetki aşımı başvurusunun (iptal davasının), temyiz başvurusundaki bozma nedenlerinden “görevsizlik-yetkisizlik ya da usul hükümlerine aykırılık”tan örnekseyle, “görev-yetki ve şekil” ile sınırlı incelendiğini hatırlatalım.

⁷⁹² Alan, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, 1998, s. 523.

Dönemin Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen, Danıştay’da veya barolarda 1972 ve 1973 yıllarında yaptığı konuşmalarda,⁷⁹³ “asırlık müessese” Danıştay’ın tarihsel deneyiminden güç alarak, yasama ve yürütmeden gelen suçlamalara karşı başkanlık ettiği kurumu savunmaktadır. Yönetim krizlerinin başgösterdiği devrelerde, faturanın daima idarenin yasallığı ilkesini korumak amacıyla yasaya uygun faaliyet gösteren Danıştay’a ve devlet kurumlarına çıkarılmasını eleştirmektedir:

“Dikkat buyurulursa bu kabil davranışlar, esasında üstün gücü bulunan yürütmenin bu gücü gereği gibi kullanamadığı ve toplumun huzursuz hale gelip sarsıntılar geçirdiği devrelerde görülür ve kusur idare dışındaki temel kuruluşlarda aranır ve onların yetkileri kısıtlanmağa çalışılır. Bunun taze örneğini 1950 ile 1960 yılı arasındaki devrede gördük. Danıştay’ı karşısına alan veya karşısında gören iktidar, idareyi güçlüğe soktuğu sanılan bazı haller için ‘Danıştay’a başvurulamaz, Danıştay’a dava açılmaz’ diye, birçok kanunlara maddeler koydu. Netice ne oldu? Toplumun giderek artan huzursuzluğu, diğer birçok nedenlerle birlikte, 27 Mayıs İhtilâline yol açtı ve sonuçta 1961 Anayasasına idarî yargı yetkisinin kanunlarla dâhi önlenmesini ve kısıtlanmasını meneden ‘İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz.’ şeklindeki 114 üncü madde hükmü konuldu.”⁷⁹⁴

“(…) daha eski yıllar bir tarafa, 12 Mart muhtırasından sonra, bütün suçun Anayasada ve Anayasa ile teminata bağlanmış, başta Danıştay olmak üzere, Anayasal kuruluşlarda olduğu itham ve görüşünden hareketle, 12 Mart muhtırasının manasına uygun olmadığı kanısını samimiyetle taşıdığımız ve Anayasamızın temel düzeni ve hukuk devleti ile bağdaşır nitelikte görmediğimiz Anayasal değişiklikler ve buna uygun kanun düzenlemeleri yapılması cihetine gidilmiştir.”⁷⁹⁵

⁷⁹³ “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 2, Sayı 5, 1972, s. 4-18; “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 8, 1973, s. 3-13; “Danıştay Birinci Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in 1974 ‘Danıştay Günü’ Açış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 9-10, 1973, s. 5-17; “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in İzmir Barosunun ‘Hukuk Devleti’ Konusunda Düzenlediği Sempozyumda 6 Nisan 1974 Günü Yaptığı Konuşma”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 11, 1973, s. 4-10.

⁷⁹⁴ “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, 1973, s. 6-7.

⁷⁹⁵ “Danıştay Birinci Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in 1974 ‘Danıştay Günü’ Açış Konuşması”, 1973, s. 6.

Danıştay Başkanı, Danıştay'ı 12 Mart'tan sorumlu tutan, yargıyı yasalara aykırı olarak yetkilerini aşmakla itham eden sav ve sloganlara kurumsal sağduyu ile karşılık veren bir duruş sergilemektedir:

“Anayasal görevini en güç şartlar altında dahi Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre yerine getirmeye çalışan asırlık müessesemiz, kendisine yöneltilen olumsuz beyan ve davranışları, görevliler nezdinde yani hükümet ve Parlamento ile yaptığı temas ve çabalar dışında, kamu oyununda karşılamayı, cevaplandırmayı, bir kelime ile kendisini savunmayı, yüksek yargı yeri olmanın vakar ve haysiyetine uygun görmemiştir.”⁷⁹⁶

“Biz Yüksek Yargı yeri olarak, kendimizi kamu oyu önünde müdafaa etmeyiz. Şimdiye kadar radyolarda, televizyonlarda, basında kendimizi savunduğumuzu müşahade eylediniz mi? Yargı yerleri polemik mevzuuna girmez. Biz, ancak vezifelilerimizle, yetkililerle görüşür, kanaatlerimizi onlara sözlü veya yazılı olarak bildiririz. Tuttuğumuz yol ve prensip budur. (...) 12 Marttan bu yana başta Danıştay olmak üzere, Anayasa Mahkememiz dâhil, bütün yargı yerleri çeşitli ithamlar altında bırakıldı ve maalesef resmi ağızlardan ve radyolardan da aleyhimize beyanlar vâki oldu. Biz, bunları, aynı araçlarla karşılamıyoruz. Bizim kararlarımız bizleri bizatihi müdafaa eder. Yerecekse, kararlarımız yerer. Her türlü ilmî tenkide kararlarımız açıktır.”⁷⁹⁷

Ülgen'in, Danıştay'ın kararlarının arkasında durarak kararların zaten kendisini savunduğu ya da yerdiği ifadesini, daha önce de değindiğimiz gibi, 1971'de *Danıştay Dergisi*'nin yeni bir ad ve amaçla yayınlanmaya başlaması olgusuyla birlikte düşünülmelidir. Danıştay, 1971'den itibaren eleştiri odağı olan bir anayasal kurum olarak yalnızca eleştirildiği noktalarda kuramsal donanımını arttırmakla kalmamış, bilim çevrelerinin tartışmalarından gelebilecek katkılardan yoksun kalmamak için kararlarını eskisinden daha erişilebilir hale getirmeye uğraşmıştır.

⁷⁹⁶ “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen'in Danıştay'ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, 1973, s. 3-4.

⁷⁹⁷ “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen'in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, 1972, s. 11.

1971 tarihli Anayasa deęişiklikleri⁷⁹⁸ ile 1973 tarihli Danıştay Kanunu deęişikliklerinin⁷⁹⁹ kamuoyuna yansıyan temel siyasi sebepleri, Danıştay’ın kendini yasalarla bağlı saymayarak yerindelik denetimi yaptığı, idare yerine geçerek yasalarla yargıya tanınan yetkileri aştığıdır. Özellikle, Danıştay’ın yüksek memurların görevden alınması veya görev yerlerinin değiştirilmesi hakkındaki davalarda verdiği yürütmenin durdurulması kararları şikayet konusudur. Yargı organlarınca verilen yürütmenin durdurulması kararları, idari işlemlerin uygulanmasını geciktirmek veya durdurmak suretiyle idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıran kararlar olarak nitelenmektedir. Başbakanlık’ın yasa değişikliği teklifinde, “yargının yürütme organının yerine geçercesine kanunla verilmiş takdir haklarını fiilen sınırlama hatta iptale varır kararlar vermesinin devlet hayatını düzensizliğe sürüklediği, devlet hayatında kilit noktalara gelmiş kimselerin o yerlerde kalmalarında sakınca bulunduğu anlaşıldıktan sonra yapılan idari işlemlerin yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına konu olabildiği” belirtilmektedir.⁸⁰⁰ Hükümet, kamu görevlisi atanmalarında özlük haklarının eşdeğeri gözetildiği sürece takdir yetkisinin denetime konu olamayacağı savıyla, yer ve unvan yönünden kazanılmış hak anlayışını sınırlama arayışındadır. Gerek Anayasa’nın “yargı yolu başlıklı” 114. maddesinde gerekse 521 sayılı Danıştay Kanunu’nda gerçekleştirilen değişikliklik ve eklerin hedef tahtası, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin sınırlanmasıdır.⁸⁰¹

⁷⁹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.9.1971 tarihli 1488 sayılı Anayasa Değişikliği, **R.G.:** 22.9.1971-13964.

⁷⁹⁹ Danıştay Kanununun Bazı Maddelerine Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 18.6.1973 tarihli 1740 sayılı Kanun, **R.G.:** 30.6.1973-14580.

⁸⁰⁰ Yer veren: “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, 1972, s. 12.

⁸⁰¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.9.1971 tarihli 1488 sayılı Anayasa Değişikliği (**R.G.:** 22.9.1971-13964) ile 1961 Anayasası m. 114. maddesinin değiştirilmiştir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. / Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” Danıştay Kanununun Bazı Maddelerine Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 18.6.1973 tarihli 1740 sayılı Kanun (**R.G.:** 30.6.1973-14580521) ile 521 sayılı Danıştay Kanununa Ek m.1: “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara

Danıştay Başkanı Ülgen, Anayasanın 114. maddesinden yasaya aktarılması düşünülen hükümler hakkında henüz Danıştay Kanunu tasarı halindeyken paylaştığı değerlendirmeler; Danıştay’ın söz konusu hükümlerden yargı yetkisini kısıtlayıcı bir anlam çıkarmayarak takdir yetkisinin yargısal denetimi konusunda daha önce benimsediği yorumla yoluna devam edeceğinin işaretlerini vermektedir:

“(…) 114. maddenin 1. fıkrası ‘İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır’ demek suretiyle yargı yolunu tümü ile açık bırakmakta, yargı yetkisini kısıtlayıcı bir hüküm getirmediği gibi, buna imkân vermeyen bir anlam da taşımaktadır. (...) 2. fıkra hükmünün anlam ve kapsamına gelince; bu hüküm, doktrinde ve Danıştay uygulamasında mevcut olmakla beraber, şimdiye kadar anayasa’da ve diğer kanunlarda açıkça ifade edilmemiş olan bir ilkeyi Anayasa metnine dâhil etmektedir. Bu ilke, yargı organının yetkisinin de kanunlarla sınırlı bulunduğunu ve kanunların (ve Anayasa’nın) çizdiği yetki sınırlarını aşarak, yürütme organının yetkilerine tecavüz edemeyeceği ilkesidir. (...) Bundan başka, idarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyecektir. Esas itibarıyla bu hüküm, idare Hukukunda, idari yargıda mevcut durumu açıklığa kavuşturmayı, idarenin adliye karşısındaki istiklâli ilkesini dillendirmeği öngörmüştür. Bu itibarla, bu hüküm, Danıştay Kanununun 30 uncu maddesinin (A) bendinde yer alan yargı denetimini kısıtlayıcı bir anlam taşımamakta bu yetkinin sınırını göstermektedir.”⁸⁰² [a.b.ç.]

“(…) bu değişik maddenin ilk fıkrası, ‘yargı denetimi’ deyimini ‘yargı yolu’ deyimini ile ifadelendirmek suretiyle esas hükümde bir anlam değişikliği yapmamakta, yargı yolunu yine ve tümü ile açık bırakmakta, yargı yetkisini kısıtlayıcı bir hüküm getirmediği gibi, buna imkân vermeyen bir anlam da taşımaktadır. / Maddeye ilâve edilen ikinci fıkra hükmünün anlam ve kapsamına gelince; bu hüküm doktrinde ve Danıştay uygulamasında mevcut olmakla beraber, şimdiye kadar Anayasada ve kanunlarda açıkça ifade edilmemiş olan bir ilkeyi Anayasa metnine dahil etmektedir. (...) Esas itibarıyla bu hüküm idare hukukunda, idarî yargıda mevcut durumu açıklığa kavuşturmayı, idarenin yargı karşısındaki istiklâli prensibini dillendirmeği öngörmüş

uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez. / Danıştay Kanununun 94 üncü maddesinde yazılı yürütmeyi durdurma kararları, telâfisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddî ve idarî veya yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde verilebilir.” Danıştay Kanununa eklenen maddenin ilk fıkrası, Anayasa’nın 114. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin tekrarıdır.

⁸⁰² “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, 1972, s. 8.

olup, yeni bir hüküm niteliğinde değildir. Yani yargı denetimi yetkisini kısıtlayıcı bir anlam taşımayan, ancak bu yetkinin sınırını gösteren bir direktif hükmüdür.⁸⁰³ [a.b.ç.]

Tasarıda öngörülen hükümler yasalaşarak yürürlüğe girdikten sonra da, Danıştay aynı kurumsal tavrı sürdürmüştür. Danıştay Başkanı, mevcut uygulama her ne kadar “hangileri olduğu dahi anlaşılamayan birkaç karar yüzünden kınansa da” Danıştay’ın yargı yetkisinin sınırlarını zaten hep kendiliğinden gözettiğini, dolayısıyla ne eski ne de bundan sonraki uygulamanın getirilen yeni Anayasa ve Yasa hükümleriyle çelişmesinin söz konusu olamayacağını anlatmaktadır. Yeni hükümleri kısıtlama olarak üzerine almamaktadır. Bu hükümleri Danıştay’ın zaten hiçbir zaman saptadığı bir ilkenin anayasal ve yasal ifade bulmasından ibaret görmektedir.

Ülgen, Anayasa ve Yasa değişikliklerinin yargı yetkisini sınırlamaması bir yana, Anayasa’nın 114. maddesindeki yeni hükümlerin yasama organının yasalar koyarak da olsa yargıyı önleyememesi için getirildiğini ileri sürmektedir.⁸⁰⁴ Anayasanın 114. maddesini, takdir yetkisinin kullanılmasının söz konusu olduğu idari işlemler de dahil olmak üzere tüm idari işlemler bakımından *idari yolu yolunun istisnasızlığı*’nı güvence altına alan bir ilke olarak yorumlamaktadır:

“1961 anayasasına konulan 114 üncü madde hükmü, bizzat Danıştay içtihatlarıyla dahi, takdir yetkisi, Hükümet tasarrufu gibi deyimlerle adlandırılan – ve pek istisnaî hallere özgü – bazı tasarrufların yargı denetimi dışında bırakılmasını önlemiş ve Danıştay, idarenin beyanlarında örnek gösterdiği öğrencilerin not takdiri işlerinden tutunuzda, futbol maçları, at yarışları, idarî seçim, tayin ve nakil gibi her türlü işlemlerinin idarî takdire bağlı yönlerini de – istisnasız – yargı denetimine tâbi tutmuştur.”⁸⁰⁵

⁸⁰³ “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, 1973, s. 7. Aynı görüşün 1974 yılında tekrarı: “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in İzmir Barosunun ‘Hukuk Devleti’ Konusunda Düzenlediği Sempozyumda 6 Nisan 1974 Günü Yaptığı Konuşma”, 1973, s. 8.

⁸⁰⁴ “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, 1972, s. 14.

⁸⁰⁵ “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, 1973, s. 9.

Danıştay, yürütmenin durdurulması kararlarının idareyi engellediği savlarını “üzerinde durmaya dahi değmeyecek dayanaksız beyanlar” olarak görmekte;⁸⁰⁶ idarenin takdir yetkisini Danıştay denetimine açıklık koşuluyla tanımaktadır:

“İdarenin Danıştay’la görüş ayrılığını mucip olan hususlardan birisi takdir yetkisi ile ilgilidir. (...) Takdir yetkisi, keyfilik veya politik mülâhazaların hâkimiyetine açıklık demek olamaz. Bu yetkinin fertlerin hak ve menfaatleri ile kamu hizmetinin yararına ve gereklerine uygun olarak kullanıp kullanılmadığının idarenin yargısal denetimi ile tesbiti, hukuk devleti anlayışının tabii bir sonucudur. Ve bunu Anayasal görevi icabı yüksek idare mahkemesi sıfatıyla Danıştay yapmaktadır.”⁸⁰⁷

Ülgen’in Tasarı’ya ilişkin eleştirilerinde, takdir yetkisinin yetkili makamlarca yöntemli kullanılmasının onun hukuka uygunluğunun tek koşulu olmadığını, gerçek anlamda yargı denetiminin sebep, konu amaç unsurlarının incelenmesinden geçtiğini anlatmaktadır. Başkan’ın ifadelerinden, Danıştay’ın takdir yetkisini esas yönünden denetlemekten vazgeçmeyeceği anlaşılmaktadır:

“Ama bu defa ne diyor Başbakanlık? Takdir yetkisini usulüne göre kullanmış bir idari makamın tasarrufu ne yürütmeyi durdurma kararına ne de iptal kararına konu teşkil etmemelidir. Usulüne göre verilmiş, yani şekline ve yetkisine diyecek yok. Ama esası sakatsa? Yani, sebep, maksat veya konu yönlerinden sakat bir muamele ise? Bir kelime ile kamu yararına aykırı, kamu hizmetlerinin gerekleriyle ilgili bulunmayan bir işlem ise? Buna dokunma... Bunun adı ne olur, muhterem arkadaşlar? Keyfi idare olur. (...) Bizim kanunlarımızda bu yargı usullerimiz ve yetkilerimiz yıllardan beri aynen mevcut. İdarenin takdirine kamu yararı yönünden daima bakarız. İdare de bundan hoşlanmaz (...).”⁸⁰⁸

Ne memur atamalarının aylık, kıdem, derece gibi özlük haklarının aynen korunması koşulundan başka koşullar yönünden yargı denetimine tabi tutulmasını önlemeye yönelen ne de yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin koşulları ağırlaştırılan

⁸⁰⁶ **Ibid.**, s. 10.

⁸⁰⁷ **Ibid.**, s. 8-9.

⁸⁰⁸ “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, 1972, s. 13.

mevzuat değişiklikleri, Danıştay'ın hukuka aykırı olarak görevine son verilen kamu görevlilerinin açtığı davalarda yürütmeyi durdurma ve iptal kararı vermesini engelleyememiştir.⁸⁰⁹ Bu durum, yargı kararlarının uygulanmaması sorununu doğurmuştur.⁸¹⁰ TRT Genel Müdürlüğü'nden alınarak Başbakanlık Müşavirliği'ne atanan İsmail Cem (İpekçi)'nin açtığı davaları silsile halinde kazanmasına rağmen görevine dndrlmemesi, Yasama Meclisi'nin bile gündemine oturmuştur.⁸¹¹ İsmail Cem Olayı, yargı ile hkmet arasındaki çatışmanın yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının uygulanmaması ile sonuçlanması konusunda sembolik bir skandal haline gelmiştir.⁸¹²

Çatışma ve gerilim dönemlerinde Danıştay'a başkanlık etmiş lgen'in konuşmaları, Danıştay'ın iki darbe arası kurumsal tutumunu ilk ağızdan dile getirmektedir. Ülgen, Genel Kurul'daki veya dairelerdeki tartışmaları sylevlerine taşımakta; cümlelerinde

⁸⁰⁹ "Danıştay her olağanüstü durumda, bir üst yapı kurumu olarak etkilenmeden kalamamıştır. Esen rüzgarlardan etkilenmiştir. Karar vermemiştir diyemeyiz, karar veremez duruma düşmüştür. Ancak bu rüzgar hep geçici olmuştur. Sıkıyönetim veya olağanüstü hal bittiği andan itibaren çok değerli kararlara imza atmıştır. Helsinki Kararı veya 1402'likler Kararı gibi." Salih Er ile görüşme (26.05.2017, Ankara)

⁸¹⁰ lgen, bir konuda yargı organının idareye gösterdiği hukuka uygun yol belirginleştikten sonra, her bir kararın "kişiye özgü" olduğu düşüncesiyle kararların gereğine uygun işlem yapmaktan kaçınılmasının, Danıştay'ın iş yükünün artışının temel sebebi olduğunu ifade etmekte, Danıştay'ın gördüğü davaların 1973'e kadar giderek arttığı olgusunu rakamlarla ortaya koymaktadır. "Danıştay Birinci Başkanı Prof. İsmail Hakkı lgen'in 1974 'Danıştay Günü' Açış Konuşması", 1973, s. 16.

⁸¹¹ T.B.M.M., B:5, O:1, 7.4.1976, s. 142, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/t15/c015/b005/tbmm150150050142.pdf> (evrimii: 4.6.2017); Cumhuriyet Senatosu, B: 63, O:1, 10. 6.1975, s. 318. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS /t14/c022/b063/cs_140220630318.pdf (evrimii: 4.6.2017).

⁸¹² Danıştay; İsmail Cem'in TRT Genel Müdürlüğü'nden alınması ve yerine Nevzat Yalçıntaş'ın atanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin yürütmesini durdurmuştur (DDDK, K:1975/101, T.30.5.1975). Bu karar, kaynaklarda "ikili yürütmeyi durdurma kararı" olarak anılmaktadır. Yürütmeyi durdurma kararını tebellüğ ettikten sonra avukatları Doğan Tanyer ve Uğur Mumcu ile birlikte TRT'ye giden İsmail Cem içeri alınmamıştır. Ardından, yürütmesi durdurulan her iki işlem hakkında iptal kararı verilmiştir (DDDK, K.1976/1, 9.1.1976). Bu zaman aralığında, İsmail Cem'in Başbakanlık Müşavirliği'ne atanmasına ilişkin kararnamenin de yürütmesi durdurulmuş bulunmaktadır (D.5.D, K.1975/3298-1128, T.10.6.1975). Yargı kararlarının kamuoyunda yarattığı baskı zerine Nevzat Yalçıntaş'ın görevinden istifa etmesiyle, Bakanlar Kurulu bu kez şaban Karataş'ı Genel Müdür olarak atamıştır. İsmail Cem'in ikinci atamaya açtığı davada da yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir (DDDK, K.1976/97, T.13.2.1976). Aynı yıl, Karataş'ın TRT içinde yaptığı birçok atama; personelin Danıştay'a açtığı davalar sonucunda Karataş'ın genel müdürlük yetkilerini kullanamayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Ardışık yargı kararlarına rağmen Süleyman Demirel'in başbakanlığını yürüttüğü Milliyetçi Cephe Hükümetince TRT Genel Müdürlüğü görevine dndrlmeyen ve maaşları ödenmeyen İsmail Cem, tam yargı davası açma yoluna gitmiştir. Gazeteci Dündar'ın İsmail Cem ile yaptığı "İğneli Fıçı TRT" başlıklı söyleşi metni için bkz.: Can Dündar, **Ben Böyle Veda Etmeliyim - İsmail Cem Kitabı**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 85-164.

özne olarak birinci tekil şahıs (ben) değil, birinci çoğul şahıs (biz, Danıştay) kullanmaktadır. Ayrıca Danıştay'ın geliştirdiği uygulama, Ülgen'in beyanlarında gelecekteki tutuma ilişkin verdiği işaretlerin sonradan gerçekleştiğini doğrulamaktadır. Danıştay, 1970'lerde, tarihsel birikiminden güç alarak, çatışma ve gerilimden gelişim çıkarabilmiştir. Danıştay kökenli idare hukukçularınca 1970'lerin ilk yarısında kaleme alınan azımsanmayacak sayıda çalışma, Anayasa değişikliklerine ve 1740 sayılı Danıştay Kanunundaki değişikliklere duyulan tepkileri yansıtmaktadır. Danıştay'ın tarihsel birimini ortaya çıkaran ve idarenin hukuka bağlılığı düşüncesinin güçlenmesinde Danıştay'ın rolünün üstünde duran,⁸¹³ yargı denetimini sınırlayan Anayasa ve Yasa değişikliklerini irdeleyen çalışmaların⁸¹⁴ tam da bu dönemde yoğunlaşması rastlantı değildir. Üyeler; idari yargı alanının daraltılması, sıkıyönetim kararlarının yargısal denetimi, idari yargının sorunları gibi konularda yazarak Danıştay'ın etkisizleştirilmesini eleştirmektedir. Söz konusu çalışmalarda, idari yargı denetimi kendini savunmaktadır. Eleştirilerle birlikte, Danıştay meslek mensuplarının Danıştay Dergisi'nde yayınlanan makalelerinin çoğu “dilek, temenni, istek” cümleleriyle sonlandırılmaktadır. Sonuç cümlelerinde, yargı organı bazen “eleştirilerle” bazense “dilek, temenni, isteklerle” yasama ve yürütme organlarına seslenmektedir.

Danıştay'ın verdiği kararlar gerekçe gösterilerek 12 Mart 1971 Darbesi'nin yaşanmasından sorumlu tutulması, başta eleştirilerin muhatabı Danıştay'ı, aynı zamanda

⁸¹³ Rüştü Aral, “Danıştay'ın Tarihsel Kuruluş ve Görevleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 36-58; Orhan Özdeş, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 1, 1971, s. 22-32; Rüştü Aral, “İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50. Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 18-142; İhsan Olgun, “Danıştay'ın Tarihi Gelişimi (1740 Sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler)”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 9-10, 1973, s. 127-141; Orhan Özdeş, “Danıştay'ın Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Devrinde Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50.Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 167-183; Turhan Tufan Yüce, “Cumhuriyet'in Hukuk Düzeninde İdarenin Hukuka Bağlılığı ve Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50.Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 184-189.

⁸¹⁴ Recep Başpınar, “Danıştay'ın Yetkilerinin Sınırlandırılması Çalışmaları ve Düşündürdükleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 5, 1972, s. 43-54; Aydın H. Tuncay, **İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 14, Ankara, 1972; Kâzım Yenice, “Anayasa'da Değişiklik ve Danıştay”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 5, 1972, s. 39-42; **Yüzbeş ve Yüztüncü Yıllarında Danıştay (Anayasa Değişikliklerine İlişkin Görüşleriyle)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 20, Ankara, 1975.

Üniversite Öğretisi'ni eleştiri konusu olan noktaları daha fazla tartışmaya, araştırmaya, yazmaya itmiştir. İdari yargı yetkisinin anayasal ve yasal sınırlamalarla daraltılmaya çalışıldığı 1971-1982 dönemi, aksine Türk İdare Hukuku'nun en üretken evresi olmuştur. Hatta Danıştay'ın yetki sınırlamalarına tepki ile hızlandırdığı çalışmalar, Danıştay'ın içinden bir yargıçlar öğretisinin oluşmasını sağlamıştır.

521 sayılı Danıştay Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 18.06.1973 tarihli 1740 sayılı Kanun'un⁸¹⁵ Danıştay meslek mensuplarının hizmet içi eğitim ve yükselmeleri konularında getirdiği yeni düzenlemelere dayanılarak meslek mensuplarına bazı idare hukuku konuları tez konusu olarak verilmesi, hatta araştırma yapmak üzere geçici olarak Paris Uluslararası Kamu Yönetimi Enstitüsü'nde (*Institut International d'Administration Publique*) görevlendirilmeleri, meslek mensuplarının Fransa'daki araştırmalarından ürettikleri yazıları yargı uygulaması ile buluşturabilmesi olanağını yaratmıştır.

İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler'de⁸¹⁶, Danıştay Dergilerinde⁸¹⁷, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu'nun diğer yayınları içinde⁸¹⁸ ya da *Yüzyıl Boyunca*

⁸¹⁵ R.G., 30.06.1973-14580.

⁸¹⁶ Nuri Alan, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 330-371; Erman Bayraktar, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 254-294; Erol Dündar, "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştayı İçtihatlarına Göre)", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 161-189; Güler Mermut, "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 295-329; Sabri Tandoğan, "Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 33-115; Yüksel Esin (Danıştay Yardımcısı), "Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi)", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 131-162.

⁸¹⁷ Recep Başpınar, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 59-86; Taner Gelegen, "Türk Yönetim Örgütünde Yetki Devri", **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1972, s. 75-84; Erol Dündar, "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştayı İçtihatlarına Göre)", **Danıştay Dergisi**, Sayı 12-13, Yıl 4, 1974, s. 43-71; Kâzım Yenice, "Not Takdiri ve Denetim", **Danıştay Dergisi**, Sayı 42-43, 1981, s. 15-17.

Danıştay'da⁸¹⁹ toplanan, üyelerce yurtiçinde veya yurtdışında gerçekleştirilmiş araştırmaların ürünü olan çalışmaların pek çoğunun idari işlemin unsurlarına bağlı hukuka aykırılık halleri hakkında oluşu, Danıştay yönetiminin meslek mensuplarının özellikle bu konuda uygulamayı zenginleştirecek donanım edinmeleri beklentisinde olduğunu ortaya sermektedir. 12 Mart 1971'den itibaren idare hukukunun en hararetli tartışma konusuna dönüşen idarenin takdir yetkisinin idari işlemin unsurları ile bağlantısını kuran⁸²⁰ ya da idari işlemin unsurlarını inceleyen⁸²¹ çalışmaların bir kısmı Yargıçlar Öğretisi'nin, ona göre daha sınırlı olmakla birlikte Üniversite Öğretisi'nin kaleminden çıkmıştır.

Yargı ve yürütme arasındaki çatışma gerilim, idare hukuku tekniğinin gelişimini beslemiştir. 1971-1982 arası evrede, idari işlemin unsurlu çözümleme bilgisinin yargılama tekniğinin aracı olarak derinleştirilmesine ek olarak, Danıştay'ın idari işlemi yargılarken kullandığı kurum ve kavramların bilgisinde de büyük ölçüde gelişme kaydedildiğini görmeden geçemeyiz. Çalışma konularının başını, Danıştay'ın idarenin takdir yetkisini, ortadan kaldırmakla suçlandığı sınav notlarının ve kamu görevlisi atamalarının yargısal denetimi ile birlikte, yasa değişikliklerinin candamarını oluşturan yürütmenin durdurulması kurumu çekmektedir.⁸²² Yine 1970'lerde kamu görevlilerin

⁸¹⁸ Nuri Alan, "Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", **İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu** (10-11-12 Haziran 1982), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no:33, Ankara, 1982, s. 31-61. Konuşma metni 2003 yılında Danıştay Başkanlığı tarafından Alan'ın çalışmalarının derlendiği bir kitapta tekrar yayınlanmıştır: Nuri Alan, "Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", **Hukukla Kırkbir Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 66, Aralık 2003, s. 15-58.

⁸¹⁹ Ali Sıtkı Gökalp, "İdarî Dava Türleri - İptal Davaları", **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 440-480. "İdarî tasarruflarda sakatlıklar" başlığı için bkz.: s. 441-446.

⁸²⁰ Esin Örcü, "İngiltere'de Yapı İznine İlişkin İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim", **Kubalı'ya Armağan**, 1974, s. 237-252; Turgut Tan, "Sınav Notları ve Yargısal Denetim", **Danıştay Dergisi**, Yıl 5, Sayı 18-19, 1975, s. 188-192; İl Han Özay, "İdari Kolluk Eylemlerinde 'Amaç'", **İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan**, Cilt 45, Sayı 1-4, 1979-1981, s. 315-319.

⁸²¹ Tekin Akıllıoğlu, "Saklı Yetki Kavramı", **AİD**, Cilt 11, Sayı 3, 1978, s. 73-83; Tekin Akıllıoğlu, "Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları", **AİD**, Cilt 12, Sayı 4, 1979, s. 41-53.

⁸²² Muammer Oytan, "Yürütmenin Durdurulması", **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1972, s. 99-105; Muammer Oytan, **Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması**, Ülkemiz Matbaası, Ankara, 1973; Sami Akural, "İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif

hukuka aykırı olarak görev yerlerinin değiştirilmesi ve görevlerinden alınmalarının sembolik kriz haline gelmesinin de etkisiyle, işlemlerin geri alınması⁸²³ ve işlemler hakkında verilen iptal kararlarının yerine getirilmesi⁸²⁴ konuları idare hukuku yazınının ilgisini uyandıran konular olmuştur. İdari işlem bilgisinin yargılama tekniği olarak olgunlaştırıldığı 1970'li yıllar, aynı zamanda, idari dava türleri,⁸²⁵ idari davalarda ilk inceleme,⁸²⁶ idari yargılama yöntemi ve ilkeleri⁸²⁷ hakkında çalışmalar için de verimli bir yazını beraberinde getirmiştir. Saydığımız konuların büyük bir kısmı, ilk defa 1970-1982 arası yıllarda idare hukukunda ders kitapları dışına taşarak makale ve özgelge (monografi) tipi eserlere girmiştir. 1975'ten itibaren, anayasal kuvvetlerarası yetki

ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 116-134; Orhan Özdeş, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği", **Danıştay Dergisi**, Sayı 32-33, 1979, s. 3-21; Tahir Çağa, "Yürütmenin Durdurulmasına Dair", **Danıştay Dergisi**, Sayı 32-33, 1979, s. 34-44.

⁸²³ Turgut Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1970; Muammer Oytan, "İdari İşlemlerin Geri Alınması", **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1972, s. 106-109; Hasan İsmet Bıyıklı, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", **Danıştay Dergisi**, Sayı 11, 1973, s. 82-132; Doğu Tolon (Danıştay Yardımcısı), "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 163-209.

⁸²⁴ Uler, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, 1970; Ahmet Erdoğan, "Yönetmelik Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi", **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 10-21; Kâzım Yenice, "Karara Saygı", **Danıştay Dergisi**, Yıl 5, Sayı 16-17, 1975, s. 3-6.

⁸²⁵ Ahmet Erdoğan, "Almanya'da Tespit ve İptal Davalarının Uygulama Biçimi", **Danıştay Dergisi**, Sayı 2, 1971, s. 59-63; Ahmet Erdoğan, "Tespit Davası", **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 12-31; Güven Dinçer, "İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları – I", **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 8, 1973, s. 18-24; Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973; Osman Meriç, "İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı 11, 1973, s. 66-81; Ali Ülkü Azrak, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 145-164; Uzdem Akyüz (Danıştay Yardımcısı), "Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 7-98.

⁸²⁶ Erol Çırakman, "İdarî Dâvalarda Süre", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, s. 190-217; Firuzan İkinçioğulları, "Dâva Açma Ehliyeti", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 135-160

⁸²⁷ Orhan Özdeş, "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı 12-13, Yıl 4, 1974, s. 9-17; Erçetin Yorgancıoğlu, "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 218-253; Recep Başpınar, "Yargılama Hukuku Üzerine", **Danıştay Dergisi**, Sayı 36-37, 1980, s. 3-9; Yıldızhan Yayla, "İdari Yargılamanın Özelliği", **Atatürk'ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, (Ankara 15-16 Mayıs 1981), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1981, s. 129-140.

dağılımı, yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi sorgulamaya açılmış⁸²⁸ özellikle de yürütmenin kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bu bağlamda tartışılır olmuştur.⁸²⁹

⁸²⁸ Sait Güran, “Hukuk Devletinde Yürütme-Yargı İlişkisi ve Yargı’nın Üstün Yeri (Yürütme’nin Açıklamama İmtiyazı), **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 369-391; İl Han Özay, “Türkiye’nin Anayasal Düzen Arayışına Katkı, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 677-689; Kâzım Yenice, “İktidarlar ve Yargı”, **Danıştay Dergisi**, Atatürk’ün Doğumunun 100.Yılı Özel Sayısı, 1981, s. 64-66.

⁸²⁹ Lütfi Duran, “Kanun Hükmünde Kararname”, **AİD**, Cilt 8, Sayı 2, 1975, s. 3-19; Muammer Oytan, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 541-616; Ekrem Serim, “İngiltere’de Yürütme Organının Yasal Kararlar Çıkarma Yetkisi”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 811-834; Mustafa Bumin (Danıştay Yardımcısı), “Fransız ve Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (Karşılaştırmalı Olarak), **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, s. 324-347; Nuh Kibar (Danıştay Yardımcısı), “Türk Hukukunda Kararname (Kanun Hükmündeki Kararnameler Dahil), **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, s. 257-323.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
İDARİ İŞLEM KAVRAMININ İÇLEM VE
KAPLAMININ BELİRLENMESİ

İdarenin işleyişinde farklı görünüm ve biçimlerde beliren çok sayıda olgu arasından idari işlem olanların seçilmesi, bir kümenin ortak adı altında taşıdıkları ortak ölçütlerle birleştirilmesi, tür içinde alt kategorilerin yaratılması, kısaca yalnızca bazı olguların idari işlem olarak usamlanabilir hale gelmesi, idari işlem kavramın içlem ve kaplamının önceden düşünsel bir tasarım olarak çizilmiş olmasına bağlıdır.

Ad, nesnelere işaret eden sözcük türüdür. Bilim için önemli olan adlar, tür (cins) adlarıdır. Çünkü bunlar, bilimin konusu olan nesnelere veya olgulara işaret etmektedir.⁸³⁰ “İdari işlem” denildiğinde, tür adına karşılık gelir. Nesnelere veya olgular kümesinin ortak adı (sınıf adı) olan her sözcük aynı zamanda bir kavramdır. Tür adı olan kavramlar, nesnelere veya olguların kümelenmiş ve sınıflandırılmış haliyle soyutlanmasıyla oluştuğundan, kavramlarla nesnelere, olgular arasında *upuygunluk* (*adequatio*) bulunmaz. Her nesneye ya da olguya ayrı ad vermek mümkün olsaydı, yani bunlarla sözcükler arasında bire bir karşılaşma olsaydı, zaten onları tek bir kümede toplayan kavramlara gerek duyulmazdı.⁸³¹ Tüm kavramlarda olduğu gibi, bir kategorinin ortak adı olan “idari işlem kavramı” da, kendisinde soyutlanmış iradi olgular ile upuygunluktan yoksundur. İdari işlem kavramının kendisi ile içlem ve kaplamı sayesinde anlattığı olgular arasında bağlaşıklık ya da fiili bir uyum bulunmalıdır.

Bilimin dili, kavramlarla oluşturulur. Kavramlar, somut olgudan soyuta (deneyselden kuramsala), soyuttan somut olguya (kuramsaldan deneysel) geçişte birer köprüdür.

⁸³⁰ Doğan Özlem, **Bilim Felsefesi**, Notos Kitap Yayınevi, Kasım 2010, İstanbul, s. 19.

⁸³¹ **Ibid.**, s. 20.

*Bilim, tarihsel bir dile başvurabileceği gibi yapma dile de başvurabilir. Tarihsel diller, bir toplumun ortak yaşamından ve kültüründen çıkan aynı zamanda o kültürün taşıyıcısı olan dillerdir; yapma dillerse belli amaçlar için uydurulurlar. Yapma dillere gerek duyulmasının en önemli nedenlerinden biri, günlük dilin çokanlamlı ve çoğu kez belirsiz sözcükleri yerine, anlamları iyice belirlenmiş ve sınırlandırılmış simgelerin sağladığı kolaylıktır.*⁸³²

*Bilim için aslolan yapma dildir. Bilimin dili, tarihsel dile eklemlidir ancak tarihsel dilden farklı olarak, kullanıma bağlı bir doğallıkla evrilmez. Evrimsel biyolojinin diğer bilimlerle karıştırılması sonucu ortaya çıkan *memetik* “mem”lerin⁸³³ üreme yetisini taklide dayandırır. Bilimin dili, memler gibi taklitle kopyalanarak seçilim ve kalıtımla kuşaktan kuşağa da geçmez.*

*Bilimin dili, her kullanımda yeniden ve yeniden yapılır. Kullanılagelen kavramlar yerini yeni türetilmiş kavramlara bırakmadığı sürece, durağan kalmaz, evrilir. “Kavram, bilimiz arttıkça durmadan genişleyen bir haznedir.”⁸³⁴ Yeniden yapıma, dilbilgisel bir müdahaleyle yeni kavram yaratmak ya da onu dönüştürmek şeklinde olabileceği gibi, kavramın kapsam ve işlemine müdahaleyle de gerçekleştirilebilir. İdari işlem sözcüğünü, idari işlemler kümesinin tamamını içerecek şekilde kullandığımızda onun *kapsam*’ını kastetmiş oluruz; işlemler kümesinin ortak özelliğini gösterecek şekilde kullandığımızda ise *içlem*’ini kastetmiş oluruz. Eşdeyişle, ortak özellikler kavramın işlemini oluşturur. Kavramların kapsam ve işlemi arasında ters orantılı bir ilişki bulunur. İçlem çoğaldıkça, genişledikçe, kapsam azalır, daralır. Örneğin, hukuksal işlem*

⁸³² *Ibid.*, s. 18-19.

⁸³³ Mem, bir kültür içinde kişiden kişiye aktarılarak geçen düşünce, davranış veya bilgi parçaları olarak tanımlanabilir. Darwinci kültürel evrimin etkisinde gelişen memetik, bilginin kodlanabileceği savıyla, memleri genetiğin kodları olan *DNA*’lara benzer bir kültürel iletim birimi olarak ele almaktadır. Konuya ilişkin Türkçeye çevrilmiş birkaç başvuru kitabı için bkz.: Robert Aunger, **Memetik Evrim, Nasıl Düşündüğümüz Üzerine Yeni Bir Kuram**, (çev. Sinem Çevik), Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2011; Susan Blackmore, **Mem Makinesi**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2011.

⁸³⁴ Özlem, **Bilim Felsefesi**, 2010, s. 20.

kavramı idari işleme göre daha genel ve kuşatıcıdır. Alt kategorilerin tamamı (idari işlem dahil, yargı kararı, yasa, uluslararası antlaşma, protokol vs.) hukuksal işlem kavramının altına, yani onun kapsamına düşmektedir. Bu bakımdan kapsamı daha geniştir. Tersine, idari işlem kavramının içlemi hukuksal işlemten daha geniş, kapsamı ise daha dardır. Çünkü idari işlem ona özgü ayırt edici nitelikleriyle hukuksal işlemlerden ayrılır. Kamu gücüne dayanma, idari makam tarafından yapılma, tek yanlı hukuksal sonuç doğurma gibi özellikler idari işlemin işlemine işaret eder. Hukuksal işlemlerden yalnızca bir kısmı idari işlemken, idari işlemlerin tamamı hukuksal işlemdir. İdari işlem hukuksal işlemin kapsamında, aksine, hukuksal işlem idari işlemin içleminde yer almaktadır.

Bilimsel kavramlar sınıflandırma çabasının ürünüdür. Sınıflandırmada, olguların genel kategorilerde var olmayan ortak nitelikleri saptanır. Böylece içlemi genişlemiş alt kategorilere erişilir. Her alt kategori, üst kategoriyi bölen yeni bir kavram doğurur.

Kavram tanımlamanın önemi işte burada kendini gösterir. Tanımlama, “kavramın anlamını belirleme, açığa çıkarma işidir.”⁸³⁵ İdari işlemi tanımlamak, düşünsel etkinlikle oluşturulmuş bir kavramı, içeriğinin üzerinde yaklaşık olarak uzlaşılacak en yalın halinde sabitlemektir. İyi ve mutlak bir tanım, kavramın tüm oluşunu ortaya koyabilmeli, tüm niteliklerini, tüm içlemini sıralayabilmeli, yer aldığı tüm sınıfları belirleyebilmelidir.⁸³⁶

İdari işleme ilişkin ölçüt ve özelliklerden bazıları zamanla tanımdan düşmüş, yenileri tanıma girmiş ya da mevcut olanlar arasında birinden diğerine önem ve değer kayması olmuştur. İdari işlem tanımının geçirdiği değişiklik ve dönüşümler, onun yaşayan bir

⁸³⁵ **Ibid.**, s. 20.

⁸³⁶ Henri Lefebvre, **Logique formelle, logique dialectique**, 2^e édition, Anthropos, Paris, 1969. Kitabın yayınlanmamış çevirisinden yararlanılmıştır: **Biçimsel Mantık, Diyalektik Mantık**, (çev. Onur Karahanoğulları), s. 26.

kavram olarak işlem ve kaplamının durağan kalmadığını, kısaca anlamının evrildiğini göstermektedir.

I. ÇAĞDAŞ İDARİ İŞLEM ANLATISI

A. *İdari İşlemin Ders Kitaplarındaki Kavramsal Görünümü*

Güncel eserlerin idari işlem anlatısında her zaman apaçık kendini göstermeyebilen algı, tanımlardan yola çıkılarak görünür kılındığında, idari işlem kuramının ulaştığı durumdan geçmişe doğru yol alabileceğimiz bir zemin oluşabilecektir. Çalışmanın bütününde makaleler, tezler ve monografi türünde çalışmalar da ele alınmaya çalışılmış olmakla birlikte, idari işlem anlatısını incelemeye genel eser niteliği taşıyan, son basılarına günümüzde de kolaylıkla erişilebilen idare hukuku ve idari yargı ders kitaplarının idari işlem konusuna özgülünen bölümlerinden birer kesit alınarak başlanabilir. Çeşitli kategorilere ait eserler⁸³⁷ içinde genel eser niteliğindeki ders kitaplarını ayırt etmede, bir disiplinin temel bilgilerini, kurucu ilkelerini ya da öğretim programının başlıca konularını düzene koyarak sunmak, eğitimin uzantısı, destekleyicisi ya da çıktısı olma itibariyle pedagojik işlev barındırmak, kullanıma elverişli boyutlarıyla uygulamacıların ve öğrencilerin elinin altında bulunmak gibi özellikler göz önünde bulundurulmuştur. Kısaca, idari işleme ilişkin inceleme verisini bu kategorideki çalışmalarla sınırlamaya yönelten neden, ders kitabı işlevi de gören genel eserlerin, üniversite öğrencilerinin, uygulamacıların ve aynı zamanda akademisyenlerin idari işlem hakkında genel ve yoğunlaştırılmış bilgi edinebileceği temel başvuru kaynağını oluşturmasıdır. Gerek öğrenci dostu ya da diğer adıyla kısa idare hukuku kitapları, gerekse sınava hazırlık kitapları, yazarlarınca da ifade edildiği gibi, faydacı bir

⁸³⁷ **supra.** Giriş, “İçtihat ve Mevzuat Işığında İdare Hukuku, Hukuk Kuramı Işığında İçtihat ve Mevzuat”.

anlayışla, bilimsel görüşlerden kaçındığından⁸³⁸ bize idari işlem hakkında kuramsal bir kaynak sunamamakta, dolayısıyla incelememizin dışında kalmaktadır.

Başlangıç aşamasında, farklı yazarların idari işlem tanımlarının kitapların bu konuya özgülenmiş bölümlerinden alıntılanarak incelenmesi, üzerinde uzlaşmış bir idari işlem kavrayışının bulunup bulunmadığı hakkında önyargı oluşturmamızı sağlayabilecektir. Fakat, birbirine çok yakın görünen iki tanım arasında tek bir terim farklılaşmasının dahi rastlantısal olmadığı varsayılmalıdır. Tanımların eserlerin bütünsel içeriğinden kopuk incelenmesi, birbiriyle aynı ya da birbirine çok yakın terimler ardında farklı yaklaşımlar bulunma olasılığını gözden kaçırmamıza neden olabilir. Bu sakıncayı gidermek amacıyla, metin içi çözümleme yapılırken, tanımlarla yetinilmemelidir. İdari işlemin kitapların genel kurgusu içindeki yeri, her bir yazarın kullandığı kavrama diğer başlıklarda getirdiği yorumlar ya da görüşünü pekiştiren açıklamalar da dikkate alınmalıdır.

1. Tanımlarda Baskın İdari İşlem Algısı

a) *İdari İşlemin İlk Çağrışımları: Tek Yanlı Kamu Gücü İşlemi*

Yasalar çoğu zaman “tanımlar” başlıklı maddeleriyle, kavramların o yasanın uygulanması bağlamındaki anlamını açıklayarak farklı kavramlar arasındaki tutarlılığı sağlamaya çalışırlar. Tanımlar, ceza hukukunda ayrı bir değer ve önem taşır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “tanımlar” başlıklı 6. maddesinde, “vatandaş, çocuk, kamu görevlisi, yargı görevi yapan, gece vakti, silah, basın ve yayın yolu, itiyadi suç, suçlu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu” deyimlerinin anlamını sabitlemiş ve *ceza*

⁸³⁸ Yavuzdoğan - Tahtalı, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 2015; Yıldırım, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 2013. Yıldırım, kitabını şöyle sunmaktadır: “Bu kitap, idare hukuku ile ilgili sınavlara girecek öğrencilerin ve diğer kişilerin, girecekleri sınavlardaki başarılarını artırmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu nedenle, kitabın içeriğinde yargı kararı eleştirilerine, öğreti tartışmalarına ve bilimsel görüşlerin gerekçelerine yer verilmemiştir. Klasik soru örneklerinin tamamı, olay çözümüne yönelik ve idare hukuku öğrencilerine hitap edecek niteliktedir. Test soruları ise, hem idare hukuku öğrencilerine, hem de lisans öğretimini tamamlayan hakimlik, kaymakamlık, müfettişlik sınavlarına hazırlanan adaylara yönelik hazırlanmıştır.”

kanunlarının uygulanması bakımından bu deyimlerin nasıl anlaşılacağını göstermiştir. Suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması yasağı ve tipiklik ilkesi nedeniyle, Yasa'nın suçları düzenleyen hükümleri dahi birer tanım şeklinde yazılmıştır. Suçları düzenleyen ceza hukuku hükümleri aynı zamanda birer "suç tanımı"dır. Ceza hukukunun bu özgül durumuna rağmen, yasal tanımlar hukukçunun yorum olanağını ortadan kaldırmaz. Tanımlar, o hukuk dalının ilkelerine uygun yorumlarla tamamlanır. Bununla birlikte, kamu görevlisi kavramında olduğu gibi, belirli bir hukuk dalının tanımı farklı bir hukuk dalının tanımıyla her zaman örtüşmeyebilir. Yukarıda örnek verilen, soyutluk derecesi daha düşük kavramların pozitif hukukta tanımlanmaya daha elverişli olduğu söylenebilir. Fakat postüla-kavramların yazılı metinlerde dondurulması zordur. Bu nedenle postüla-kavramların tanımsızlığı, hukukun hemen hemen her dalı için geçerliliğini korur.

Türkiye'de, idari işlemin anlamını açıklayan, hangi irade açıklamalarının idari işlem olarak tanınacağına ilişkin ölçüler getiren, idari işlemi diğer irade açıklamalarından ayıran sınırları tarif eden, idari işlemin içerik ve biçim yönünden onlarsız olamayacağı belirtilerini gösteren, idari işlemin farklı türlerini içinde birleştiren pozitif hukuka ait özlü ve eksiksiz bir önerme bulunmaması, idari işlemin kuramının ve dolayısıyla işlem ve kapsamını tanıma dökme işinin öğretiyeye düştüğünü göstermektedir. Çünkü idari işlemin tanımı, kuramının bir parçasıdır. Düşünce alanında kalan bilgi olarak kuram, bu bilginin temellerini, kurallarını, ilkelerini, kavramlarını ve kavram tanımlarını da dizgeler içinde düzenlemektedir. İdari işlemi postüla-kavram olarak tekrarlayan pozitif hukuk metinleri, bazen belirli bir olguyu idari işlem olarak nitelese de, ne idari işlemin kuramını vermekte ne de idari işlemin neliğini tanımlamaktadır.

Türkiye’de idare hukukçuları, idari işlemi tanımlamaya başlamadan önce, Almanya’dan farklı olarak yasal tanımın bulunmadığına dikkat çekmektedir.⁸³⁹ Türkiye’de idari işlemin yasalarda tanımlanmamış olması karşısında, ilk aşamada doğrudan herhangi bir idari işlem tanımı vermek yerine, hukuksal işlemin tanımıyla konuya girmek tercih edilmektedir. Öncelikle, idari işlemin kapsamında yer aldığı hukuksal işlemler ele alınmakta, devamında, idari işleme has özelliklere değinilmektedir. Bu yöntemle, idari işlemin işlemi genişletilmekte, kapsamı daraltılmaktadır.

Tüm yazarlar, idari işlemlerin hukuksal işlemler olduğunu en başta ortaya koyduktan sonra, hukuksal işlemlerin tümünde bulunması zorunlu iki koşulu idari işlemler için de korumaktadır. Hukuksal işlemi var eden iki koşul, *irade açıklaması* ve *hukuksal sonuç (hüküm ya da etki)* doğurmazdır. Hukuksal işlemin ancak bu iki koşul (ana öge ya da kurucu unsur) bir araya geldiği takdirde meydana gelebileceği kabul edilmektedir:

“Genel olarak hukuki işlemler, hukuk aleminde bir yenilik ya da değişiklik meydana getirmek amacıyla yapılan irade açıklamalarıdır. (...) İdari işlemlerde de tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi (...)”⁸⁴⁰ [a.b.ç.]

“Hukuksal işlemlerin iki ana ögesi vardır. Bunlardan biri ‘irade açıklaması’, diğeri ‘hukuksal sonuç’tur. Eğer ortada, hukuksal sonuç doğurmaya yönelmiş bir irade açıklaması yoksa, hukuksal işlemde söz edilemez.”⁸⁴¹

“Konuya bir başlangıç olarak idari işlemi, idarenin hukukî sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklaması olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, idarî işlemin, biri ‘irade açıklaması’, diğeri ‘hukukî sonuç’ olmak üzere iki unsuru vardır. Ancak bu iki unsur bir araya geldiği takdirde hukukî işlem kurulur.”⁸⁴² [a.b.ç.]

⁸³⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I**, 2. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2009, s. 661; Ramazan Çağlayan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012 s. 335.

⁸⁴⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bası, İmaj Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 121.

⁸⁴¹ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 215.

⁸⁴² Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 13. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2013, s. 263.

“Bütün idari tasarruflar en genel anlamda bir hukuki tasarruf olduğu için; **ilk olarak** idare adına açıklanmış bir irade ve **ikinci olarak** da iradenin hukuki anlamda hüküm doğurması gerekir.”⁸⁴³

[a.b.ç.]

Yukarıdaki ilk üç alıntıda, irade açıklaması ile hukuksal etki arasındaki bağıllık dikkat çekicidir. İki kurucu unsur, birbirinden kopuk ifade edilmemektedir. Aksine, irade açıklamasının, hukuk alanında yenilik ya da değişiklik getirmek “amacıyla” yapıldığı ya da hukuksal sonuç doğurmaya “yöneldiği” belirtilmektedir. Bu belirleme, iradi nitelikteki hukuksal işlemleri, irade dışı olgulardan ayırmayı sağlamaktadır. Nitekim bazı olgular, hukuksal sonuca yönelmiş bir iradeden kaynaklanmadığı halde hukuk düzeninde etki doğurabilmektedir. Örneğin doğum ve ölüm açısından, hukuk düzeninde öngörülen sonuçlar olgunun gerçekleşmesine bağlı olarak kendiliğinden ortaya çıkabilmektedir. Ya da bir eylem iradi olmasına rağmen, suç oluşturma amacına yönelmediği halde suç niteliği kazanabilmektedir.

İdari işlem, tüm hukuksal işlemler için ortak koşullara, idare açıklamalarının *tek yanlı hukuki sonuç doğurması* ya da *kamu gücüne (ya da kamu gücü ayrıcalıklarına) dayanması* özellikleri eklenmek suretiyle diğer hukuksal işlemlerden farklılaştırılmaktadır.

“İdari işlemin uygulamadaki önemi, idari etkinliklerin yürütülmesinde en çok kullanılan yöntem olmasından; öğretici açısından önemi ise, idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalığını ön plana çıkarmasından kaynaklanmaktadır.”⁸⁴⁴

Dolayısıyla, idari işleme diğer hukuksal işlemler karşısında özgünlüğünü veren, irade açıklamasının hukuksal etki doğurmasını sağlayan gücün kaynağının farklı olmasıdır:

“Hukuki işlemin böyle bir hukuki sonuç doğurabilmesi için de, özünü oluşturan irade açıklamasının bir hukuki güce dayanması gerekir. Bu hukuki güç, özel hukuk işlemleri söz konusu

⁸⁴³ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2006, s. 345.

⁸⁴⁴ İsmet Giritli-Pertev Bilgen-Tayfun Akgüner-Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, 4. bası, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1068.

olduğunda sübjektif hak, kamu hukuku işlemleri söz konusu olduğunda ise kamu gücü ya da Devlet yetkisidir.”⁸⁴⁵

Kamu hizmeti ölçütü ise, tanımlarda hiçbir zaman tek başına yer almamakta, mahkeme kararlarında ve bu mahkeme kararlarına atıfta bulunan yazarların cümlelerinde, çoğu zaman kamu gücü ölçütünü desteklemek için ona eşlik etmektedir.

Tek yanlı işlem yapma yetkisi, devletin zor kullanma yetkisinin idare hukukundaki ifadesidir. Zor kullanma kavramından, mutlaka kaba güç ya da kolluk yetkileri anlaşılmalıdır. Kamu hukukunun büyük bir bölümü onun için vazgeçilmez kural koyma, emir verme, ölçüt belirleme, faaliyetleri yönlendirme amaçları doğrultusunda gelişmiştir.⁸⁴⁶ Tek yanlı zor, bunları da içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Devlet, gerek duyduğunda farklı dozlarda şiddete başvurarak yönetme tekeli elinde topladığına göre, kamu hukuku alanındaki işlemlerin özgün niteliğinin tek yanlılık olarak belirmesi doğal bir sonuçtur. Çağdaş eserlerin anlattısında, devlet gücüne dayalı zorlama alanı idare hukuku açısından idari işlemler ile kurulmaktadır. Ancak açıkça devlet gücü denilmemekte, gücün sahipliği “kamu”ya atfedilmektedir. Devlet gücü kavramı yerine, başına kamunun sahiplik sıfatının eklendiği bir kavram konulmaktadır. Tek yanlılığın içerdiği siyasal zor vurgusu, kamu gücü ya da kamu gücü ayrıcalıkları kavramlarıyla idare hukukuna yansıtılmaktadır.

“İdari etkinlikler ile bireysel etkinlikler birbirinden güdülen amaç açısından ve amaçlarına ulaşmada kullandıkları araçlarla ayırt edilirler. Özel hukuk ilişkileri hukuki anlamdaki eşitlik ilkesi üzerine inşa edilmiştir. İlke olarak hiçbir Özel hukuk süjesinin iradesi, diğerine istemi dışında empoze edilemez. Bundan dolayıdır ki, Özel hukuk ilişkilerinde iradelerin uzlaşmasıyla oluşan sözleşme, kişiler arasındaki ilişkilerin somut halini nitelendirir. (...) Buna karşılık idare, tek taraflı

⁸⁴⁵ Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 121.

⁸⁴⁶ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 124.

işlemler tesis ederek idare edilenler için bazen hak sağlayıp, bazen de yükümlülükler getirip iradesine uyulması için zorlamada bulunabilir.⁸⁴⁷ [a.b.ç.]

İdari işlemler, 19. yüzyılda olduğu gibi, açıkça “egemenlik işlemi” olarak adlandırılmasa da, kamu gücünün devletin egemenlik yetkisinin idari işlemlerde kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemler aracılığıyla kullanıldığı görüşüyle de karşılaşılabilmektedir:

“Bilindiği gibi, Devlet, egemenlik yetkisine sahip olup, kamu gücünü kullanarak tek yanlı iradesi ile hukuki sonuç yaratma ve gereğinde zor kullanarak uygulama yetkisine de sahip olduğundan özel kişilerle tarafları eşit olmayan ilişkilere girmektedir.”⁸⁴⁸ [a.b.ç.]

Kamu gücü; 19. yüzyılın doğrudan devletten veya onun yönetim aygıtından çıkan irade açıklamalarını egemenlik işlemi sayan iç egemenlik düşüncesinde olduğu gibi, devletin egemenlik yetkisinden idareye düşen pay gibi algılanabilmektedir:

“İdare görevini yani kamu hizmetlerini yerine getirirken, egemenliğin (emretme gücünün) idare hukuku alanına rastlayan (isabet eden) bölümünü yani ‘kamu gücünü’ kullanır.”⁸⁴⁹ [a.b.ç.]

Sınıflararası bir güç sistemi olarak kapitalist modern devlet, “dikey”, güç merkezli ve güçle harekete geçirilen ilişkilerin yalnızca devletle kişiler arasında bulunduğunu, kişilerarası tüm ilişkilerinse “yatay”, sözleşmeye dayalı, güç içermeyen ilişkiler olduğunu varsaymaktadır. Sermaye sahipliği, farklı sınıflardan sözleşme özneleri arasında fiili baskı ilişkilerinin yaratılması ve yeniden üretilmesi için siyasal olarak korunan bir araçtır. Varsayımın gizlediği çelişkide, tüm güç ilişkilerinin kaynağı olma iddiasındaki devlet, kendisinden değil de sermayenin özel ellerde toplanmasından doğan ilişkilerin güvencesi olarak davranmaktadır.⁸⁵⁰ Özel hukuk işlemlerinde özgür ve bilinçli iradi davranışından sorumlu özne, hukuksal ilişkinin tarafını oluşturmaktadır.

⁸⁴⁷ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 343.

⁸⁴⁸ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 5.

⁸⁴⁹ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 4.

⁸⁵⁰ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 116.

Ortak hukukta, kamu düzeninden kaynaklanan istisnai sınırlar dışında, taraflar hukuksal ilişkiye egemendir. Hukuk öznesi olmak bakımından eşitlenen kişilerin karşılıklı dışavurulan iradelerinin bilinçli rızaya dayandığı kabul edilmektedir.

Gerek kamu gücü, gerekse egemenlik kavramı denilmiş olsun, buraya kadar alıntılanan açıklamalarda idare dikey bir konuma yerleşmiştir, etkinliklerini yürütürken irade açıklayan tek öznedir. İdari işlemde etkin özne tektir. Hukuk kurallarıyla bağlanmış durumda bulunan idare, sınırlanmış bir zor kullanarak, iradesinin işleme katılmak ya da katılmamak yönünde olması hiçbir hukuksal değer taşımayan kişi hakkında işlem yapmaktadır. Yazarların cümlelerinde, rızanın bulunup bulunmamasından değil, rızanın aranmasına bile gerek duyulmamasından bahsedilmektedir. İrade açıklamasının yöneldiği kişi edilgen hukuk öznesi konumundadır. Bu nedenle, idari işlemlerde eşit irade atfedilmiş “taraf” kavramının yerine “ilgili” geçmektedir:

“Özel hukuk alanında, sùjeler (özneler, failer, hak sahipleri) hukuksal açıdan eşit haklara, çıkarlara ve iradelere sahiptirler. Bu nedenle genel kural, kişinin uygun iradesi olmadan, hukuksal durumun değiştirilememesidir. (...) Oysa idare, ilgililerin iradesi (isteği, arzusu) olmadan, sadece kendi iradesi (icrai işlem) ile, yararlandığı kamu gücüne dayanarak hukuksal durumlarda tek yanlı değişiklikler yapabilir.”⁸⁵¹ [a.b.ç.]

“Özel hukukta, bir hukukî işlem ancak birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla kurulabilir. Özel hukukta, kişi diğer kişinin rızası hilafına onunla bir hukukî işlem yapamaz. Oysa idare hukukunda bir idarî işlemin yapılabilmesi için, o işlemin ilgisi tarafından kabul edilmesine gerek yoktur.”⁸⁵² [a.b.ç.]

İdarenin iradesinin ilgililerin iradesi karşısında üstünlüğü, genel eserlerin tamamında en belirgin söylem olarak karşımıza çıkmaktadır:

“İşlemin tek yanlılığı nedeni ile özel hukuktakinin tersine, taraflar arasında iradelerin eşitliği değil, kamusal iradenin üstünlüğü esastır. İdari işlemlerin, tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin isteyip

⁸⁵¹ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 1069.

⁸⁵² Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 35.

istemediğine bakılmaksızın, hukuksal sonuç soğurması idare hukukunu özel hukuktan ayıran en önemli farklardan biridir. İdare hukukunda taraflar arasında eşitsizlik vardır.”⁸⁵³

İdarenin iradesinin üstünlüğü/iradelerin eşitsizliği görüşü, istisnasız kabul görmektedir. Tek yanlılık ve kamu gücü, yalnızca idari işlemlerde değil, tüm kamu hukuku işlemlerinde iradenin üstünlüğünü/iradelerin eşitsizliğini kanıtlayan bir özellik olarak ele alınmaktadır:

“Kamu gücü kullanılarak yapılmak, öteki tüm kamu hukuku işlemleri gibi, İdari işlemlerin en belirgin ve ayırdedici özelliğidir.”⁸⁵⁴

“Kamu adına açıklanan iradelere üstünlük tanınarak yapılan hukuksal işlemlere, kamu hukuku alanındaki hukuksal işlemler veya kısaca kamu hukuku işlemleri denir. Bir başka deyişle, kamu tüzel kişileri adına gerçek kişilerin açıkladığı ve bireylerin iradesine göre üstünlük tanınan irade açıklamalarıyla hukuk düzeninde değişiklik meydana gelmesine kamu hukuku alanındaki hukuksal işlemler denir.”⁸⁵⁵

Bu özellik, kamu gücü ayrıcalıklarında belirginleşmektedir. Üstün irade, kendini kamu gücüyle dayatmaktadır. İdari işlem, eşit iradelerin uyuştuğu sözleşmeyi referans alarak, sözleşme ile karşılaştırılarak tanımlanmaktadır. Bundan dolayı, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanan üstün iradenin tek taraflı hukuksal sonuç doğurmasına karşılık gelmektedir. Söz konusu tanımlama yöntemi, çağdaş yazarların önceliğinin idari işlemi tanımlamak değil, özel hukuk sözleşmesi ile tek yanlı idari işlemi ya da özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşmeyi birbirinden ayırt ederek idare hukukunun uygulama alanını ve idari yargının görev alanını belirlemek olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, çağdaş eserlerin idari işlem algısı, idari işlem özel hukuk sözleşmesi karşılığı çerçevesinde şekillenmektedir. Karşıtlık ise, kamu gücü ayrıcalıkları-üstünlük ölçütleri üzerinden kurulmaktadır.

⁸⁵³ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 227.

⁸⁵⁴ Günay, **İdare Hukuku**, 2013, s. 121.

⁸⁵⁵ Ramazan Yıldırım, **Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt 2**, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 45.

Ders kitaplarında Aristoteles'in *iki bölü tanımlama yöntemi* (ikiye taksim ederek târif: *définition dichotomique*) kullanılmaktadır. Aristoteles, Aristoteles, kavramsal tanımdan (târifî mefhûmî: *définition conceptuelle*), bir kavramın yakın cinsiyle (*Lâ. Genus proximum*) tür ayrımını (*Lâ. Differentia specia*) belirtmeyi anlıyordu.⁸⁵⁶ Daha açık bir deyişle Aristoteles, her tanımda, kavramı, birbirine karşı olan iki alt kavrama bölerek sınırlandırmaktaydı. Kitaplarda, idari işlem de, hukuksal işlemler içinde yakın ama bir o kadar da karşı cinsi olan özel hukuk sözleşmelerinden ayrılarak tanımlanmaktadır. İdari işlemin, özel hukuk sözleşmesi karşısında işlemini belirleyen, kategorik sınırlarını çizen ölçüt ise kamu gücü olmaktadır:

“Yürütme ve İdare'nin iradesinin üstünlüğü ise, İdare Hukuku ve kamu gücüne ilişkin konuların incelenmesinde ilk adımdır.”⁸⁵⁷

Kişisel çıkar ya da kâr amacı ile hareket eden özel kişilerin iradesine tanınmayan üstünlüğün idarenin iradesine tanınması, idare hukukunu kaplayan “kamu yararı düşüncesine dayandırılmaktadır:

“İdarenin işlem yapma yetkisi bir irade açıklamasından söz edildiğinde bunun kamu yararına yönelik olarak yapıldığı varsayıldığından, onun tek taraflı istencinin, öngörülmuş bulunan sonucun doğması için yeterli olacağını da kabul etmek gerekir. Aksi takdirde kamu yararı denilenle kişisel çıkarların eşit düzeyde kabul edilmesi gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu İdare'nin çoğu kez hiçbir iş yapamaz duruma gelmesi gibi bir sonuç doğurur. (...) Bu nedenle de idarenin idari işlemlerinin tek yanlı irade açıklamasıyla belli bir sonuç doğurması ve ilgililerinin rızasının olup olmamasına bakılmaması İdare Hukuku'nu özel hukuktan ayıran en önemli farklardan biri, belki de ilkidir.”⁸⁵⁸

Her bir yazarın tanımında farklı yönleri ön plana koyması ortak bir idari tanımı çıkarmayı olanaksızlaştırırsa da, tüm tanımlar idarenin üstünlüğü / iradelerin eşitsizliği

⁸⁵⁶ Aristoteles'in yakın cins-türsel ayrımına örnek olarak, hayvan türü yırtıcı olan ve olmayanlar olarak ikiye ayrılır. Yırtıcı hayvanlar içinde aslanın, yakın cinsi olan kedilerden (kaplan, sırtlan gibi) ayrımları gösterilir. Kedinin öteki yırtıcılardan (köpek gibi) ayrımlarını gösterilir. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 394.

⁸⁵⁷ Özay, **Günışığında Yönetim II**, 2010, s. 158.

⁸⁵⁸ **Ibid.**, s. 158.

görüŖünde ve kamu yararını gerekçe almak noktasında örtüŖmektedir. İrade açıklamasının tek yanlı olup olmamasından bağımsız olarak, üstün ve ayrıcalıklı konumunun varlığı, idarenin kamu yararı nedeniyle elinde bulundurduğu kamu gücü ölçütünden çıkarılmaktadır.

“Özel kesim etkinliklerinde görülmemekle birlikte, idari etkinliklerde idare, (her zaman kamu yararını gözetmek zorunda olduğundan), özel kiŖilere ve özel etkinliklere üstün olarak, ‘kamu gücüne sahip’ tir.”⁸⁵⁹

“İdari kararların icrai kararlar olma özellikleri, bu kararların kamu yararı amacına yönelik olmalarından ve alınmalarında kamu gücüne dayanılmasından kaynaklanmaktadır. Oysa Özel Hukuk alanındaki işlemler özel yararlaraya yönelik olduklarından, bu özellikten yoksundurlar.”⁸⁶⁰

“Kamu idaresinin amacı ‘kamu yararı (*intéret public*)’ dır. Özel idarelerin amacı ise özel çıkar, yani kâr elde etmektir. / Kamu idareleri, kamu yararı amacını gerçekleŖtirmek için, ‘kamu gücü (*puissance publique*)’ yle donatılmışlardır. Oysa özel idareler, kamu gücüne sahip değildirlir.”⁸⁶¹

“Özetle, idare hukukunda eşitlik ilkesi geçerliyken, idare hukukunda ‘eŖsitsizlik (*inégalité*)’ ilkesi geçerlidir. İdare hukukunda idare üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış. Bu yetki ve ayrıcalıklara, ‘kamu gücü ayrıcalıkları (*prérogative de puissance publique*)’ denir. Bu ayrıcalıkların altında yatan Ŗey ise, ‘kamu yararı (*intéret général*)’ düşüncesidir.”⁸⁶²

“İdare Hukuku, ‘idarenin kamu yararını gerçekleŖtirmesi için sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklarla bireylerin hak ve hürriyetlerinin dengelenmesini amaçlayan Kamu Hukuku daldır.’ Ŗeklinde tanımlanabilir.”⁸⁶³

Kamu yararı kavramına, idari işlemlerde hem idarenin üstünlüğünü hem de özerk olmamasını açıklamak için sıkça başvurulmaktadır:

⁸⁵⁹ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 4.

⁸⁶⁰ Günday, icrai karar kavramını, “tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yapma” anlamında kullanmaktadır. Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 124.

⁸⁶¹ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 10.

⁸⁶² **Ibid.**, s. 35.

⁸⁶³ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 343.

“(…) kamu hukuku işlemleri kamu gücü kullanılarak yapıldıklarından ve kamu gücü de ancak kamu yararını gerçekleştirmek için kullanılacağından, bu işlemlerin özünü oluşturan irade özerk bir irade olmayıp, ancak kamu yararını gerçekleştirmek için açıklanabilir.”⁸⁶⁴

b) İdari İşlemin Kaplamının İdari Sözleşmelerle Genişlemesi

Yazarların bir kısmı, idarenin düzenleyici işlemleri ile kararlarına karşılık gelecek şekilde tek taraflı idari işlemin tanımını vermekte iken, bazı tanımlarda tek taraflı ifadesinin yer almaması nedeniyle idari sözleşmeler de idari işlem kavramının kapsamına katılmış olmaktadır. Kitapların kurgusunda idari sözleşmelere genellikle bağımsız bir yer açılması, tanımların çoğunda idari işlemin tek yanlılık özelliğiyle nitelenmesi, tek yanlılık kavramını tanımlardan dışlayan yazarların dahi “idare hukuku işlemleri tek taraflıdır”⁸⁶⁵ genellemesinde bulunması gibi saptamalar, çağdaş eserlerde idari sözleşmelerin idari işlem sayılmadığı sonucuna götürmemelidir. Aksine, *çok yanlı kamu hukuku işlemleri*⁸⁶⁶ ya da *iki yanlı idari işlemler*⁸⁶⁷ gibi kavramlarla, sözleşmeler de açıkça idari işlem olarak nitelenmektedir:

“(…) idari sözleşmeler de ‘tek yanlı’ olmamakla beraber geniş anlamda idari işlem kavramı içinde yer almaktadırlar.”⁸⁶⁸

Gözler, idari işlemlerin kendi içinde sınıflandırılmasıyla varılan alt kategorilerin tümü için genel bir ölçüt olarak idari işlemi kamu gücü ayrıcalıkları ölçütüyle kimliklendirmektedir. İdari işlemler kümesinin ortak özelliğini “kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmak” şeklinde ifade etmektedir. İdare hukuku işlemlerinin tek

⁸⁶⁴ Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 121.

⁸⁶⁵ “(…) 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.” Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 35.

⁸⁶⁶ Yıldırım, **Türk İdarî Rejimi Dersleri, Cilt 2**, 2014, s. 49.

⁸⁶⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 274.

⁸⁶⁸ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 225.

yanlı olduğunu kitabının başlarında açıklamakla birlikte⁸⁶⁹, ilerleyen sayfalarda “tek yanlılık” özelliğini tanımına almamaktadır:

“*İdari işlemler*, hukukî sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklamalarıdır.”⁸⁷⁰

Gözler’in, irade açıklamalarının tek yanlı olduğunu belirtmeye gerek duymaması, bunu kamu gücü ayrıcalıklarının bir görünümü, sonuçlarından sadece biri olarak yorumlamasıyla⁸⁷¹ ilişkilendirilebilir. Diğer bir deyişle, Gözler’e göre, tek yanlılık zaten kamu gücü ayrıcalıklarından kaynaklanmaktadır. Yazar, kendi tanımını tek yanlılık yerine kamu gücü ayrıcalıkları kavramı ekseninde kurduğundan, idari sözleşmeleri kavramın kapsamı dışında bırakmamaktadır. Nitekim yazara göre, idari işlemler içinde zaten “iki yanlı idari işlemler” kategorisi de mevcuttur.⁸⁷²

Benzer biçimde, Günday da idari işlemleri *tek yanlı ve iki yanlı işlemler* olmak üzere başlıca iki kategori altında toplamaktadır; fakat idari işlemleri öncelikle kamu hukuku işlemleri içindeki yerini gösterecek biçimde tanımlamaktadır:

“Kamu hukuku işlemlerinin büyük bir kısmını oluşturan idari işlemler, idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir. Nasıl ki, yasama fonksiyonunu yasama işlemleri ile, yargı fonksiyonu yargı işlemleri ile yerine getiriliyor ise, idari fonksiyon da idari işlemler ile yerine getirilir.”⁸⁷³

Günday’a göre, idari işlemler, “kamu hukuku işlemleri”nden idare fonksiyonu ölçütü sayesinde, “kamu hukuku işlemi olmayan hukuksal işlemler”den ise kamu gücü ölçütü sayesinde ayırt edilmektedir. Yazar, daha sonra idari işlemlerden tek yanlı olanlar ile iki yanlı olanların tanımlarını ayrı vermektedir:

⁸⁶⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 35.

⁸⁷⁰ **Ibid.**, s. 266.

⁸⁷¹ **Ibid.**, s. 52 vd.

⁸⁷² **Ibid.**, s. 274 vd.

⁸⁷³ Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 121.

“Tek yanlı idari işlemler, ilgisinin rıza ve muvafakatına bağlı olmadan, İdarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesi ile yapılan işlemlerdir. (...) İki yanlı idari işlemler ise, idare ile ilgisinin karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyumunu sonucu yapılan işlemlerdir. İdari sözleşmeler, iki yanlı işlemlerdir.”⁸⁷⁴ [a.b.ç.]

Kamu gücüne dayandığı sürece işlemin tek yanlı veya iki yanlı olmasının onun idari sayılmasına engel olmayacağı anlayışıyla birlikte, sıklıkla idarenin işleyişinde tek yanlı işlemlerle nicel olarak daha fazla karşılaşıldığı olgusuna dikkat çekilerek tek yanlı işlem kuralı, idari sözleşme ise istisna olarak gösterilmektedir:

“İdarenin yetkilerinin (kullandığı güçlerin) içerisinde sayı itibarıyla en fazla karşılaşılan idarenin işlem yapma yetkisidir.”⁸⁷⁵

“İdarenin yaptığı hukuksal işlemlerin çoğu tek yanlı işlemlerdir. İdarenin yaptığı iki yanlı işlemlerin en belirgin örneği, idari sözleşmelerdir.”⁸⁷⁶

“Özel hukukta tek yanlı hukuksal işlemler ayrıksı olarak kabul edilmekte; bu işlemlerin genellikle iki yanlı olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin belirli bir mal vasiyetinde, murisin iradesine daha sonra kendisine vasiyette bulunulmasının iradesinin katılması; işverenin disiplin yetkisinin, iş sözleşmesi ile önceden işçi tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.”⁸⁷⁷

İdari işlemin *kaç yanlı* olduğunun belirlenmesinde, dışavurulan iradelerinin sayısı esas alındığından sözleşmeler tek yanlı idari işlem içinde görülmemesine rağmen, “karşı taraf” konumundaki kişinin iradesinin rolünün zayıflığına dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, üstün irade ön kabulü; idarenin sözleşmelerinin içeriğinin düzenlenmesinin, sona erdirilmesinin, uygulama koşullarının değiştirilmesinin tek yanlı özellikler göstermesi açısından kısmen de olsa korumaktadır:

“İdare hukukunda en yaygın işlem türünü özellikle, ‘idari karar’ veya ‘icrai karar’ biçiminde ortaya çıkan tek yanlı idari işlemler oluşturmaktadır. Sözleşme, ister özel hukuk, ister idare hukuku alanına ilişkin olsun, bunların kullanılma alanları, tek yanlı işlemler kadar yaygın değildir.

⁸⁷⁴ **Ibid.**, s. 122.

⁸⁷⁵ Yıldırım, **Türk İdâri Rejimi Dersleri, Cilt 2**, 2014, s. 43.

⁸⁷⁶ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 216.

⁸⁷⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 1069.

Kaldı ki, idarenin yaptığı sözleşmelerde de çoğu kez sözleşmenin içeriği idare tarafından tek yanlı olarak belirlenmekte, karşı tarafa idarenin önerisini kabul veya reddetmekten başka bir seçenek kalmamaktadır.”⁸⁷⁸

“Kamu hukuku alanında karşılaştığımız işlemlerin hemen hemen tümü tek yanlıdır. Sözleşme türünden olanlar da istisnaen bulunsa bile, ileride göreceğimiz gibi bunlar da alışık olduklarımızdan farklı ve neredeyse tek yanlı denilebilecek bir nevi ‘katılma işlem’ gibidirler.”⁸⁷⁹

Buraya kadar incelenen anlatıdan, idari işlem kavramının kapsamında hem tek yanlı idari işlemlerin hem de çok yanlı idari işlemlerin bulunduğu, kavramın içlemininse çoğunlukla kamu gücü (değişen kullanıma göre kamu gücü ayrıcalıkları) ölçütüyle belirlendiği sonucuna varılabilir. İdari işlemin tanımını gerek tek yanlı hukuksal sonuç doğurma, gerekse kamu gücü ayrıcalıklarına dayanma özellikleriyle kuran yazarların dayandığı ortak temel, özel hukuk işlemlerinde tarafların iradelerinin eşit hukuksal değer taşıması karşısında, idari işlemlerde ilgilinin rızasının aranmaması nedeniyle *iradenin üstünlüğü/iradelerin eşitsizliği*’nin geçerli olmasıdır. Dolayısıyla, eserlerin hiçbirinde idari sözleşmelerin varlığı görmezden gelinmemekle birlikte, kamu hukukunda işlemlerin tek yanlılığı, özel hukukta ise iki yanlılığı kuralı bozulmamaktadır.

c) İdari İşlemin Kapsamının Birel İşlemlerle Daraltılması

Çok yanlı ya da iki yanlı idari işlemlerin tek yanlı idari işlemlere oranla azlığı, özel kişilerin başvurduğu olağan hukuksal biçimin sözleşme, aksine, idarenin başvurduğu olağan hukuksal biçimin “tek yanlı idari işlem” olarak anlaşıldığını göstermektedir. Bu anlayış, idari işlemin tanımında tek yanlılık özelliğinin kaldırılmasına engel olmaktadır. İdari işlem tek yanlı idari işlem olarak tanımlanmayı sürdürmektedir.

“İdari işlemler, işlevsel anlamda idarenin hukuk alanında bir etki doğurmaya yönelik ve kamu gücü kullanarak yaptığı tek yanlı irade açıklamalarıdır.”⁸⁸⁰ [a.b.ç.]

⁸⁷⁸ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 217.

⁸⁷⁹ Özey, **Günışığında Yönetim II**, 2010, s. 158.

"Genel anlamda idari tasarrufların tümünü içine alan 'idari işlem', kural olarak, idari makamların, 'idare hukuku alanı' ile ilgili olarak ve kamu gücü kullanarak yaptıkları, kamusal nitelikli, etkili ve tek yanlı irade açıklamalarıdır."⁸⁸¹ [a.b.ç.]

İdari işlemleri tek yanlı idari işleme eşitleyen yukarıdaki tanımlarda, kimi zaman irade açıklamasının doğurduğu hukuksal sonuç yalnızca "hukuk alanında etki"⁸⁸² veya "etkili irade açıklaması"⁸⁸³ şeklinde genel olarak ifade edilmektedir. Bu ifadeler, hukuksal etkinin kurallar düzeninde mi ilgilinin hukuk evreninde mi değişiklik suretiyle gerçekleştiği ayrımına hiç değinmemektedir. İradenin tek yanlılık özelliği başta idari sözleşmeler olmak üzere çok yanlı irade açıklamalarını idari işlem kategorisinin dışına çıkarmaktaysa da, tek yanlı idari işlem kuralkoyucu ya da birel nitelikte olabilecektir. Hukuksal etkinin gerçekleşme biçiminin belirtilmemiş olması tanımlanan kavramın kapsamını genişletmiştir.

Atay, idari işlemlerin farklı türleri olduğu için, işlemlerin tamamını içerecek genişlikte bir formülün bulunmasının zorluğuna dikkat çekmektedir. Zorluğun farkında olmasına rağmen, idari işlemin tanımını sadece birel işlemleri kapsar şekilde daraltan bir tanıma ulaşmaktadır. Buradaki sorun, kuralkoyucu işlemlerinin tanımın dışına itiliyor olmasıdır.

"**İdari işlem;** İdare hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve de hizmetin gereklerine uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran (...) işlemlerdir."⁸⁸⁴ [a.b.ç.]

Genel, soyut ve nesnel durumları belirleyen, yani kural içeriği taşıyan işlemler, aktarılan tanımın dışında kalmaktadır. Örneğin, tüzük ve yönetmelikler, "ilgililerin" hukuksal

⁸⁸⁰ Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2012, s. 335.

⁸⁸¹ Kalabalık, **Kısa İdare Hukuku**, 2014, s. 135.

⁸⁸² Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2012, s. 335.

⁸⁸³ Kalabalık, **Kısa İdare Hukuku**, 2014, s. 135.

⁸⁸⁴ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 347.

durumu üzerinde hüküm ve sonuç doğuran işlemlerden değildir; hukuk düzenine kural ekleyen, bir kuralı değiştiren ya da ortadan kaldıran işlemlerdendir. Tüzük veya yönetmelik kurallarının birel işlemlerle belirli bir kişiye uygulanması sonucu öznel hukuksal durumlar ortaya çıkabilir. Düzenleyici işlemlerin “ilgilisi” uygulama aşamasında belirlenebilir. Atay’ın idari işlemi tanımlamak üzere, bu kavramla başlayan cümlesi, yalnızca birel işlemleri tanımlamaktadır. Nitekim tanımlayıcı cümlenin ardından verdiği (kamulaştırma, ruhsat veya işletme lisansı verilmesi, idari para cezasına hükmedilmesi, kamu görevlileri hakkında disiplin cezaları verilmesi, kamu görevlisinin resen emekliye sevk edilmesi gibi) örneklerin tamamı da birel işlemlere ilişkindir. Yazarın ifade tarzına göre, ilgilerin hukuksal durumlarından kastedilen ancak öznel hukuksal durumlar olabilir. Gerçekten öznel hukuksal durumlar kastedilmiş ise; tanım bu kez mevcut nesnel bir durumun (kuralın) ilgiliye uygulanmasının koşulunu oluşturan şart işlemleri de dışlayacaktır. Böyle bir yorum ise örnekler arasında şart işlemlerin yer alıyor olması ile çelişecektir. Söz konusu tanımın kuralkoyucu işlemleri görmezden geldiği açık olmakla birlikte, verdiği örnekler nedeniyle tüm birel işlemleri hedef aldığı kabul edilmelidir.

Yayla da, özel hukuk ilişkileri ile devletlerarası ilişkilerin belirleyici özelliği olan “eşitlik ve uyuma”dan yoksun idari işlemin tek taraflı bağlayıcılığını öne çıkarmaktadır. Bu nedenle, idari işlem yerine, idari sözleşmeleri içermeyen *tek taraflı bağlayıcı işlem* kavramını da kullanmaktadır. Yayla’nın tanımında idari işlem, “idarenin tek yanlı olarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemi”dir.⁸⁸⁵ Yazar, hukuk düzenine kural ekleme şeklinde gerçekleşen bir hukuksal sonuçtan hiç bahsetmemektedir. Kural içeriğine sahip olan işlemlerde, idari işlemin edilgen öznesi - ister “kişi”, ister “ilgili” adıyla anılsın- bulunmadığından, “kişiler hakkında” hukuksal sonuç doğuran işlemlerin birel işlemlerle sınırlı olduğu sonucuna varılabilir.

⁸⁸⁵ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 108.

Yayla'nın idari işleme ilişkin açıklamaları kamu gücü ya da kamu gücü ayrıcalıklarını içermemektedir. Kendisinden farklı olarak, idarenin tek yanlı işlem yapabilmesini kamu gücüne dayandıran Gözler de, “özel kişiler hakkında” işlem yapılmasından bahsederek, idari işlemi, idarenin kuralkoyucu işlemlerinin varlığını görünmez kılan bir yaklaşımla ele almaktadır:

“Kamu idareleri kamu gücüne sahip olduklarından dolayı özel kişiler karşısında *üstün* konumdadırlar. Özel kişilerin rızaları hilafına onlar hakkında işlem yapabilirler. Oysa özel idareler ile özel kişiler arasında *eşitlik* ilkesi geçerlidir.”⁸⁸⁶ [a.b.ç.]

Kanımızca, idari işlem denildiğinde akla ilk olarak ilgili ya da kişi hakkındaki birel işlemlerin gelmesi, idari işlemi özel hukuk sözleşmesinde bulunmayan üstün iradeyi vurgulayarak temellendirme çabasının bir sonucudur. Yazarlar, kitaplarında konuya “idari işlemler” üst başlığı atıp idari işlemi tanımlama vaadiyle yola çıkmakta, fakat sonuç olarak birel işlemi tanıma dökmetedir. İdari işlem anlatırcasına kişiye yönelen irade açıklaması olarak birel işlemlerin sınırlı bir görüntüsü çizilmektedir. Değindiğimiz yazarlardan farklı olarak, Günday'ın eserlerinde, birel işlemlerle sınırlı açıklamalara yer verilmesi bilinçli bir tercihtir. Yalnızca birel idari işlemlerin anlatılacağına işaretleri okuyucuya başlıklar aracılığıyla verilmiştir. Günday; düzenleyici işlemleri idare hukukunun kaynakları içinde ele almakta, genel olarak idari işlemleri inceleyeceğinde bunu belirtmeden geçmemekte, birel işlemler içinse “Bireysel İşlemler (İdari Kararlar” adıyla bağımsız bir başlık açmaktadır.⁸⁸⁷ Okuyucu, tanımın üstündeki “Bireysel İdari İşlemlerin (İdari Kararların) Tanımı ve Özellikleri” başlığından haberdardır.

Yazarın, çağdaş eserlerden ayrı bir sınıflandırma izlemesi, Alman idari işlem kavrayışının kendisinin hukuk eğitimde belirleyici olması ile ilişkilendirilebilir. 1976

⁸⁸⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 10.

⁸⁸⁷ Günday, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1979, s. 33 vd.; **İdari İşlemlerin Hukuki Rejimi**, 1989, s. 7 vd.; **İdare Hukuku Dersleri I (Giriş-İdari İşlemler-İdari Faaliyetler)**, 1990, s. 47 vd.; **İdare Hukuku**, 2013, s. 121 vd.

tarikli Alman İdari Usul Kanunu'nun (*VwVfG*) 35. maddesinde idari işlem şöyle tanımlanmaktadır: “İdari işlem, kamu hukuku alanında tekil bir durumu düzenlemeye yetkili bir idari makam tarafından gerçekleştirilen ve doğrudan dışsal hukuksal etki doğurmaya yönelik her türlü tasarruf, karar ya da diğer egemenlik (\cong üstün güç: *hoheitliche*) tedbirdir. Genel işlem, belirli veya belirlenebilir bir kişi grubunun genel niteliklerine yönelmiş veya kamu hukukuna özgü nitelikler taşıyan eşyaya [\cong kamu mallarına] ya da bunların kamu tarafından kullanımına ilişkin bir idari işlemdir.” Yasal tanımda geçen düzenleme (*Regelung*) terimi, Türkiye’de ve Fransa’da kabul edilen düzenleme etkinliğinden farklı bir anlama sahiptir. Duran’ın saptaması uyarınca, “düzenleme terimi, kimilerince ve kimi yerde, ‘hüküm’, ‘kural’, ‘kaide’ anlamında kullanıldığı gibi; ‘yasama’, ‘tanzim’, ‘tertîp’ etme işlem ve eylemlerini de ifade etmektedir.” Duran, idarenin düzenleme yetkisinden “yasama işlemlerini, yani kanunlarla ‘düzenleme’yi değil, yürütme ve idare organ ve makamlarınca, çeşitli başlıklar altında yapılan ‘tanzim etme’yi, genel, nesnel, birel olmayan, tükenmez kural-ışlemler niteliğinde ortaya çıkan idari tasarruflar”ı anlamaktadır.⁸⁸⁸ Alman idare hukukundaki düzenleme (*Regelung*) ise, işlemin hukuksal bir sonuç doğurmaya yönelmesini anlatmaktadır. Bu bakımdan işlem; emredici, kurucu ya da tespit edici olabilmektedir. İdari işlemin tekil durumu düzenlemeye yönelmesi ile kastedilen ise, belirli bir olaya veya kişiye yönelik olmasıdır. Bu özelliği, idari işlemi *satzung* ya da *verordnung* gibi sayısı tam olarak belli olmayan bir kitleye yönelen düzenlemelerden ayırmaktadır.⁸⁸⁹ Sonuç olarak Almanya’da, düzenleme kavramı, idarenin kural koyması ile sınırlı olmayıp birel işlemler için de kullanılabilir. İdari işlem ise, belirli, somut ve tekil durumları düzenlemeyen birel işlemler ile genel idari kararları içine almaktadır. Kural olarak, düzenleyici işlemlere karşı hak ihlali koşuluna bağlanmış

⁸⁸⁸ Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?”, *İHİD*, Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s. 34.

⁸⁸⁹ Dilşat Yılmaz, “Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, 2009, s. 305.

olması nedeniyle iptal davası açılmamaktadır.⁸⁹⁰ Alman idare hukukunda, gerek idari işlem kavramı gerekse iptal davasının konusu açılarından birel işlemler ile genel idari kararların öne çıkması, Günday'ın eserlerinin önemli bölümünü bireysel işlemlere (idari kararlara) ayırma nedenine ışık tutmaktadır.

d) Özel Hukuk Terminolojisine Bağımlı İdari İşlem Tanımları

Özel hukuk için bir geleneksel bir tek yanlı hukuksal işlem tanımından söz etmek mümkündür. Bununla, zamana ve tanımın sahibine göre asla değişmeden donup kalan bir tanım değil, pek çok tanımdan çıkan ana çizgilerin önemli dönüşümlere uğramadan kuşaklar arasında aktarılmasıyla süreklilik kazanmış, hâlâ yerleşik bulunan genel bir tanım anlatılmak istenmektedir.

Özel hukukun olağan işlem türü olarak sözleşme, hukuksal konumları eşitlenmiş tarafların kendi rızaları ile hak ve borçları üzerinde tasarruf ettikleri iki yanlı bir işlem olduğundan, “irade uyuşması” özelliği, özel hukukun tek yanlı işlem tanımından düşürülmüştür. Özel hukuka özgü geleneksel tek yanlı işlem tanımında iradilik özelliği yer almamaktadır. Ancak hak ve borçlar üzerinde etki özelliği işlemdeki taraf sayısından etkilenmemekte, hem sözleşmelerin hem de tek yanlı işlemlerin doğurabildiği ortak hukuksal etki olarak her iki tanımda da korunmaktadır.

“Tek yanlı işlem etkin ve edilgen öznelerin rızalarından bağımsız olarak onlar hesabına hak ve borç doğuran işlemdir.”⁸⁹¹

Özel hukukun geleneksel tek yanlı işlem tanımı, özel hukuk sözleşmesiyle kıyaslandığında kendisinde bulunmayan özellik aracılığıyla kurgulanmıştır. Tek yanlı

⁸⁹⁰ Yasa'nın iptal davasının ancak bir idari işlem nedeniyle hakkı ihlal edilenler tarafından açılabileceğini belirten 42. maddesinin 2. fıkrası ile, davanın nesnel niteliğinin tamamen gözardı edilmiş ve davanın açılması sıkı kayıt ve şartlara bağlanmıştır. Bu nedenle, Alman idare hukukunda idari başvuruların ya da iptal davasının işlemin uygulanmasını erteleyici etkisinin kabul edilmesi doğaldır. Metin Günday, “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, (Ankara 11-12 Mayıs 2000), Danıştay Yayın Bürosu Yayınları no. 59, Ankara, 2000, s. 14.

⁸⁹¹ Georges Dupuis, “Définition de l'acte unilatéral”, **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**, éd. Cujas, Paris, 1975, s. 205.

idari işlem ile özel hukuk sözleşmesi arasındaki farklılık, irade uyuşmasına gerek olup olmamasından ibaret gibi gösterildiğinde, genel anlamda tek yanlı işlem ile tek yanlı idari işlem hemen hemen aynı şeye benzeyecektir. Özel hukuk sözleşmesi ile tek yanlı özel hukuk işlemi karşıtlığı hangi sonucu veriyorsa, özel hukuk sözleşmesi ile tek yanlı idari işlem karşıtlığı da yaklaşık olarak aynı sonuca götürecektir. İrade uyuşması özelliği tek yanlı idari işlem tanımından da düşecek, özel hukuk işlemlerinde –taraf sayısından bağımsız- varlığını sürdüren “hak ve borç” kavramları idari işlemin tanımına karışacaktır. Sonuç olarak, idari işlem, idarenin tek taraflı olarak hak ve borçlar üzerinde aldığı kararlara dönüşecektir.

Erkut, idari işlemin geleneksel tanımının aşağıdaki gibi olduğunu ve iptal davasının konusunu oluşturacak bir idari işlemin kimliğinin ancak bu geleneksel tanımdan hareketle belirlenebileceğini sürmektedir:

“İdarî işlem, idarî makamların, kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır.”⁸⁹²

Erkut’un “geleneksel” nitelmesiyle verdiği tanım, özel hukuk etkisinde gelişen geleneksel hukuksal işlem tanımının “idari makam, kamu gücü ve kudreti, idare işlevi” özellikleriyle içlemi genişletilmiş halidir. Geleneksel özel hukuk işlemi tanımının, idari işlemin henüz hukuksal işlemler içinde özgül bir kategoriye dönüşmediği evrelerde, etkisi olmuş ancak idari işlem açısından gelenekselleşmemiştir. İdari işlemin ilk tanımlarından biri olarak kalmıştır. 20. yüzyılda, kendi disiplinlerinin özerkliğini ispatlamaya kararlı idare hukukçuları, bu tanıma meydan okumuş, onu *hukuksal durum* gibi yeni kavramlarla aşındırdıkça idari işlem, geleneksel hukuksal işlem tanımından uzaklaşmıştır.⁸⁹³

⁸⁹² Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, 1990, s. 2.

⁸⁹³ **infra**. Bölüm III / Başlık II-D, “İşlemlerin Sınıflandırılmasını Tetikleyen Ayırım: Özel ve Nesnel Hukuksal Durumlar”.

Borçlar hukuku kitaplarında yer alan işlem tanımlarında, hukuksal sonucu, kişilerin kendi hukuk evrenini değiştirmesi ya da irade uyuşmasıyla hukuksal bağ (*vinculum juris, lien juridique*) kurulması olarak yorumlayan öznelci (subjectiviste) korunmaktadır. “Özel hukukçulara göre hukuksal işlem, “bir kimsenin bir hukuki sonuç elde etmek (bir hakkı veya hukuki ilişkiyi meydana getirmek, değiştirmek veya ortadan kaldırmak) için irade açıklamasıdır.”⁸⁹⁴ Hukuksal sonuç, irade açıklamasından bir hakkın ya da hukuksal ilişkinin doğmasıdır.

Tek yanlı idari işlemin tanımını hukuksal etkinin ifade ediliş tarzı itibariyle birel işlemlerle özdeşleştiren bazı tanımlar; yalnızca işlemin ilgisinin hukuksal evreninin esas alındığında tereddüte yer bırakmayacak şekilde, “hak ve borç” kavramlarını içermektedir.

“İcrai işlemler (idari kararlar), yükledikleri borçlar ve tanıdıkları haklar ile, mevcut hukuksal düzeni değiştirmek amacıyla, idare tarafından yapılan tek yanlı hukuksal işlemlerdir.”⁸⁹⁵ [a.b.ç.]

Alıntılanan tanımda, icrai işlemler kavramının yanında “idari kararlar” parantezinin açılması dikkat çekicidir. İcrai işlemlerin idari kararlar olarak anlaşıldığı, idari kararlarla da, kişinin hak ve borçlarının durumunda değişiklik gerçekleştiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bir yandan hak ve borçlardan bir yandan da hukuk düzeninde değişiklikten söz edilmektedir. Hukuk düzenine kural katan ya da mevcut kuralı değiştiren, ortadan kaldıran irade açıklamaları idari işlem tanımında yer bulmadığına göre, “hukuksal düzen” ile kastedilen nedir? İrade açıklaması doğrudan hukuk düzenine mi yoksa kişinin hak ve borçlarından oluşan hukuk evrenine mi yönelmektedir? Ya da

⁸⁹⁴ Esener, **Borçlar Hukuku I - Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, 1969, s. 9.

⁸⁹⁵ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 1071.

hukuksal düzenin ilgilinin “hak ve borçlarına” karşılık gelen kısmı mı anlatılmaya çalışılmaktadır?⁸⁹⁶

Bu sorulara cevap vermek amacıyla, yukarıdaki tanımlayıcı cümle idare hukukunda kuralkoyucu işlemler ile birel işlemleri aynı kaplamla kuşatan, idari işlem kavramı altında birleştiren tanımlarla karşılaştırılabilir. Özel hukukun hak ve borç kavramlarıyla hukuk düzeni kavramının uyumsuz bir biçimde birlikte kullanılması, hem kuralkoyucu işlemlerden hem de birel işlemlerden uzak bir tanım ortaya çıkarmaktadır:

Öncelikle, birel işlemin iki türünü oluşturan durum işlem (şart işlem veya koşul işlem) ile öznel işlemin nasıl ele alındığına göz atılabilir.

Tan’a göre;

“Durum işlem, ‘bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunma veya ondan çıkma sonucunu doğuran’ işlemdir. (...) Bu işlemle belli bir kişi, genel ve kişilik dışı hukuksal bir duruma sokulur. (...) Bu işlemle oluşturulan hukuksal ilişkinin içeriği nesnel olarak önceden konmuş olan hukuk kuralları ile belirlenmiştir.”⁸⁹⁷
[a.b.ç.]

“Öznel işlemlerle, genel olarak, belli bir kişi için, ya da kişisel arasında özel bir hukuksal durum yaratılır. Yaratılan hukuksal durum hem özeldir, hem de kişiseldir. Öznel yeni bir hukuksal durumun doğmasına neden olan bir işlemdir. (...) Bu tür işlemlerde idare, işlemin içeriğini saptarken, yine önceden konmuş olan kurallarla bağlıdır.”⁸⁹⁸ [a.b.ç.]

Günday’ın tanımları Tan ile benzerlik göstermektedir:

“Şart işlemler, belli bir kişiyi veya nesneyi, hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir hukuki duruma (= statüye) sokan veya böyle bir hukuki durumdan çıkaran

⁸⁹⁶ Oysa yukarıda idari işlem yerine icrai işlemle “hak ve borç tanınmasından” söz eden Giritli ve diğerleri, kitaplarının başka bir bölümünde, icrai işlemin “hukuksal durumlarda değişiklik” yaptığını belirtmişti. Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 1069. “Hak ve borç” ile “hukuksal durum” gibi eşanlamı olmayan kavramların kolayca yer değiştiremeyeceği düşünüldüğünde, yazarların kavram değiştirmesinin bilinçli olup olmadığı soru işareti olarak kalmaktadır.

⁸⁹⁷ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 220.

⁸⁹⁸ **Ibid.**, s. 220.

işlemlerdir. Nesnel ve kişilik dışı hukuki durumun (= statünün) kapsamı önceden hukuk kurallarınca düzenlenmiş olduğu için, şart işlemlerin bu hukuki durumun kapsamını düzenlemesi söz konusu olamaz.”⁸⁹⁹ [a.b.ç.]

“Sübjektif işlemler belli bir kişi ya da nesneyi, kapsamını da kendilerinin belirledikleri hukuki duruma sokan işlemlerdir. Başka bir deyişle, sübjektif işlem, kişiye göre değişik durumlar yaratan bir işlem türüdür.”⁹⁰⁰ [a.b.ç.]

Yukarıda alıntılanan tanımlar Duguit’in Türk idare hukuku öğretisine mirasıdır. Mirasın, sahibi Duguit’den aktarımı onun kurduğu okulun sadık takipçilerinden Jèze aracılığıyla başlamıştır. Miras, zamanla çok fazla yeni aktarıcı kazanarak bozulmadan, eksilmeden günümüze kadar taşınmıştır. Tanımların ana kaynağına dönüldüğünde, Duguit’ye göre koşul işlemlerle yeni bir hukuksal durum yaratılmadığına göre, “borç yükleyen ve hak tanıyan idari karar” deyişi olsa olsa (Tan’ın nitelemesiyle) öznel işlemi Günday’ın nitelemesiyle) sübjektif işlemi anlatmak üzere kullanılmış olabilir.

İdari işlemin özgünlüğünün özel hukuk işlemleri ile karşılaştırarak ortaya koymaya çalışılması, amaçlananın aksi yönünde bir sonuç doğurmaktadır; özel hukuk işlemlerinin hukuksal etkisini anlatan “hak ve borç” kavramlarının idari işlemin tanımına sızmasına, idari işlemin özel hukukun bu kavramlarından bağımsız bir tanıma erişememesine yol açabilmektedir. Statüye bağlı hak, görev ve yükümlülüklerden söz etmek olanaklıysa da, borç kavramı idare hukukuna yabancısıdır.

Gerçekte, idari işlemin hukuksal etkisine özgünlük kazandıran, kurallar düzeniyle olan bağın dikkate alınmasıdır. Bu bağ, irade açıklamalarının sınıflandırılmasında yol göstericidir. İdarenin birel işlemlerinde, taraflar arasında bağ (ilişki) yerine kurallar düzeni bağdan söz edilmektedir. Birel işlemin iki alt kategorisi tanımlanırken, kural

⁸⁹⁹ Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 127.

⁹⁰⁰ **Ibid.**, s. 127.

getirmeyen işlemler bakımından da kuralsallık yadsınmamakta, hukuksal durumun mutlaka önceden belirlendiği ifade edilmektedir.

Oysa ilginin hukuksal evrenindeki hak ve borçlar esas alındığında, bir yandan kuralkoyucu işlemler ortadan kaybolmakta, diğer yandan statüde etki doğuran bir irade açıklaması söz konusu olsa bile, statünün kuralsallığı dikkatten kaçmaktadır. Kural kavramı idari işlemin bir uğrağı olmamaktadır.

2. İdarenin Kendi İşlemini Seçme Olanığı

Çağdaş eserlerde, idari işlem tanımlarında içerilmeyen iki olgu, özel kişilerin idari işlem yapması veya idarenin özel hukuk işlemi yapması, ayrıksı bir durumdan çok olağan hukuksal rejim olarak yansıtılabilmektedir.

Gözler, idari işlemi başlangıç için kabaca “idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımın yetersizliğini ve yanlışlığını belirttikten hemen sonra, “idarenin her işlemi idarî işlem değildir (idarenin bazı işlemleri özel hukuk işlemidir; idarî işlemin mutlaka idareden çıkması şart değildir (özel hukuk tüzel kişilerinin de bazı işlemleri idarî işlem olabilir)” şeklinde okuyucuyu uyararak iki düzeltme getirmektedir. Bu düzeltmeler, Cumhuriyet’in ilk çeyreği idare hukuku yazınında varlığından şüphe edilmeyecek kadar açık olan idari işlemde özne (idare örgütü içinde yer alan idari makam)-hukuksal biçim (idari işlem)-yargı yolu (idari yargı) birliğinin⁹⁰¹ günümüzde kaybolmuş bulunduğunu ortaya koymaktadır. Üstelik, idari işlemin olgunlaştırılmış bir tanımı verilmeden ayrıksı iki durumdan bahsedilmesi, hukuksal rejimlere karma nitelik veren istisnaların artık bir sapma ya da bozukluk olarak yorumlanmadığı, yazar tarafından olağan karşılandığı izlenimini yaratmaktadır.

İdarenin özel hukuk sözleşmesi ve diğer özel hukuk işlemlerini yapabilmesi için sadece tüzelkişilik sahibi olmasını yeterli sayan bir yaklaşım göze çarpmaktadır:

⁹⁰¹ **infra.** Bölüm III / Başlık II-A, “Kamu Hizmetleri Okulu’nun I. Cumhuriyet’te Özgün Temsili”.

“İdare, tüzelkişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler uyarınca sözleşmeler yapabilir.”⁹⁰²

“İdarenin işlemleri’ deyimi, ‘idari işlem’ deyimi ile özdeş olmayıp, daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki; İdarenin kamu gücü kullanarak değil de, tüzelkişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak yapmış olduğu işlemler (çoğu kez sözleşmeler) İdarenin işlemleri olmalarına karşın, idari işlem sayılmazlar. Örneğin İdarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri idari işlem değildir.”⁹⁰³

Söz konusu yaklaşıma göre, idarenin işlemleri (*actes de l’administration*) içinde özel hukuk işlemleri söz konusu olduğunda, idare doğumla ehliyet kazanan herhangi bir hukuk öznesine dönüşmektedir. İdare, kamu gücü ayrıcalıklarını değil de hak ehliyetini kullandığında saf bir tüzelkişidir, özel hukuk kişilerinden farkı kalmamaktadır.

İdarenin özel hukuk işlemlerini, idarenin tüzelkişiliğinden kaynaklanan hak ehliyeti ile açıklayan bazı yazarlar ise, yaklaşımı biraz daha ileriye taşımaktadır. İdarenin işlemleri içinde özel hukuk işlemleri söz konusu olduğunda, idare hukukunda yasal yetkilendirme ve kuralsallık ilkelerini, kamu tüzelkişiliği kuramının idari öznelerin iradesine getirdiği sınırlamaları ortadan kaldırmaktadır. İrade özerkliği ilkesi, bunların yerine konulmaktadır:

“Kamu tüzel kişileri özel hukuk sözleşmeleri de yapabilir. Bu, onların tüzel kişilik sıfatından kaynaklanır. (...) Üniversite ile kitapçı arasındaki sözleşme, irade serbestisi esasıyla yapıldığına yani kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmadığına göre bir özel hukuk sözleşmesidir.”⁹⁰⁴ [a.b.ç.]

İfadeler, idareye yetki veren herhangi bir hukuk kuralının dahi bulunmaması halinde, idarenin özel kişilerin yapabileceği her türlü işlemi yapabileceği sonucuna götürmeye açıktır. Kamu gücü ayrıcalıklarını kullanıp kullanmamasına göre farklı hukuk öznesi kimlikleriyle davranabilen idare, “bazen” idari işlem, “bazen de” özel hukuk kişilerinin yapabileceği her işlemi “doğal olarak” yapabilmektedir.

⁹⁰² Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 183.

⁹⁰³ **Ibid.**, s. 121.

⁹⁰⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 263-264.

“(...) idare bazen genel hükümlere tâbi nitelikte, bazen de genel hükümlerden ayrılan üstünlük ve ayrıcalıklarının söz konusu olduğu sözleşmeler yapabilir.”⁹⁰⁵

İdarenin kamu tüzelkişisi olarak ehliyeti, özel hukuk tüzelkişilerinin yetkilerini içermekte, kamu gücü ayrıcalıkları devreye girdiğinde bu yetki çerçevesini de aşmaktadır:

“İdare tasarrufta bulunurken ya tüzel kişiliği haiz olması dolayısıyla bütün tüzel kişiler gibi, tüzel kişiliğe bağlı işlemlerde bulunur ya da idare tüzel kişiliğinin yanında kamu kudretinden yararlanarak kamusal yetkiler kullanır. (...) Bunların kullanılabilmesi için kamu tüzel kişiliğine sahip olma ile birlikte mevzuat tarafından açıkça yetkilendirme gerekir. Dolayısıyla tüzel kişiliğin bir sonucu olarak gerçekleştirilen idarenin hukuki tasarrufları, idarenin işlemlerinden olup, idari işlem değildir.”⁹⁰⁶ [a.b.ç.]

İdarenin özel hukuk işlemleri yapabilmesi için tüzelkişiliğe sahip olması yeterli görülmektedir; açık yetki kuralı aranmamaktadır. Yetki kuralı aranmaması, idarenin ne zaman genel hükümlere tabi özel hukuk sözleşmeleri yapabileceğine ilişkin bir sınırlamanın bulunmadığını varsaymak anlamına da gelmektedir. İdare, tüzelkişi olduğuna göre, bunun doğal sonucu olarak özel hukuk işlemlerini yetkilendirme olmadan da yapabilmekte; yetkisi ehliyetinden gelmektedir. Kılık değiştiren idare, hem her tüzelkişinin hem de mevzuatla yetkilendirilmiş olmak koşuluyla kamu gücü kullanabilen ayrıcalıklı bir tüzelkişinin yetkileriyle donatılmaktadır.

Özyörük’ün 1977’de tamamen karşı görüşte olduğunu gösteren birkaç cümleyi aynen aktarıyoruz:

“Devlet kanunun özel hukuk yetkisi vermediği hiçbir alanda, hiçbir hukuki durum ve münasebette, özel hukuk yetkilerine sahip değildir. (...) Böyle olunca da, istediği zaman özel hukuk yetkisi kullanarak özel hukuk alanına girmesi ve özel hukuk ilişkileri tesis etmesi kat’iyen söz konusu değildir. (...) İdarenin işlem yapması bir temel hak ve özgürlük kullanılması anlamına gelmediği

⁹⁰⁵ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 343.

⁹⁰⁶ **Ibid.**, s. 344.

için özel hukuk işlemi yapma yetkisi idarenin zatında yoktur. İdarenin sübjektif hakkı olmaz. (...)
İdare, kanunların kendisine açıkça vermiş bulunduğu bir özel hukuk yetkisini kullanmışsa, o
kullanıştan doğan ihtilâf idârî olmaz.”⁹⁰⁷

Çağdaş yazında, idarenin “bazen” yetkiye dayanan idari işlemler, “bazen” de hak ehliyetine dayanan özel hukuk işlemleri yapabileceğinin ileri sürülmesi, idarenin idare hukuku alanındaki ya da özel hukuk alanındaki varoluşunun yarıştırılmasının bir ifadesidir. İdare hukukunda yetki kuralı aramak, yetkisizliğin kural olduğunu kabul etmektir. Dolayısıyla, idare seçim olanağından yararlanabilecek, aynı zamanda bunlardan birini seçmek durumunda kaldığında, özel hukuk işlemleri için yetkilendirme aranmaması, onun özel hukukun temel işlem türü olan sözleşmeler yapmasını kolaylaştıracaktır. İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarının içermeyen ancak yasalar uyarınca kamu hizmeti alanında örgütlenmiş etkinliklerinin yürütülmesine ilişkin işlemlerin idari işlem olarak nitelenmesinin ve idari yargıda yargılanmasının önü kesilecektir. Tüzelkişiliğe bağlı hak ehliyeti ile gerekçelendirilen özel hukuk işlemi yapma yetkisi, Özyörük’ün vardığı sonuçların tam aksine, idari işlemlerin alanı daraltılırken, özel hukuk sözleşmelerinin alanını olağanlaştıırılarak genişletmektedir.

Örneğin, Gözler’in kitabında *İdare Hukukunun Uygulama Alanı* başlıklı kısım; idarenin faaliyetlerinin özel hukuka tabi olması, idare hukukuna tabi olmasıyla yarışan bir durummuş gibi doğrudan şu cümlelerle başlamaktadır:

“İdarenin bazı faaliyetleri idare hukuka değil, özel hukuka tâbidir. Bu tür faaliyetlerde, idare aynen bir özel hukuk kişisiymiş gibi hareket etmektedir.”⁹⁰⁸ [a.b.ç.]

“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.”⁹⁰⁹ [a.b.ç.]

⁹⁰⁷ Özyörük, *İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları*, 1977, s. 128-129.

⁹⁰⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, 2013, s. 40.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, s. 51.

Yukarıdaki satırlardan uyarınca, idare, kamu gücü kullanmadığında, özel hukuk alanında *her türlü işlemle* var olmaya, *aynen bir özel hukuk kişisiymiş gibi* hareket edebilmeye başlamaktadır. Aynı idari örgütlenmenin içindeki farklı etkinlikler bakımından karma hukuksal rejimlerin, ara kategorilerin söz konusu olması ya da kısmen kamu hukukunun uygulanmaya devam etmesi olasılığına değinilmemektedir. İdare hukukunun tek ölçütünün kamu gücü olduğu savı karşısında, idarenin yalnızca kamu gücü kullanılmıyor olmasının idare hukukundan doğan tüm sınırları kaldırıp kaldırmadığı sorusu akla gelmektedir.

İncelenen genel eser niteliğinde kitaplarda ortaya çıkan temel boşluk; idarenin ne zaman kamu gücü kullanarak ortak hukuktan ayrılan işlemler yapabileceğini ne zaman “aynen” özel hukuk kişisiymişçesine irade özerkliğinden yararlanabileceğini saptamaya elverişli hiçbir ölçüt bulunmamasıdır. Daha çok kamu gücü kullanmanın ya da kullanmamanın sonuçlarıyla (özel hukuk işleminin varlığı, adli yargının görevli olması vb.) ilgilenmektedir. İdarenin kamu gücü gibi idare hukukunun alanını belirlediği kabul edilen bir ayrıcalığı terk ederek özel hukuk biçimlerine başvurabilmesinin koşullarının ne olduğu sorulmayan bir soru olarak bırakılmaktadır.

İdarenin işlemlerinin ne zaman kamu gücü ayrıcalıklarına dayanıp dayanmadığını ya da idarenin hangi koşullarda genel hükümlerden ayrılarak “aynen özel hukuk kişisiymişçesine” hareket edebileceğini saptamaya elverişli soyut ölçütler geliştirilememektedir. Anlatılanlar, yalnızca bu durumun sonuçlarının ne olacağı (özel hukuk işleminin varlığı, adli yargının görevli olması vb.) hakkında fikir vermektedir. Özellikle Gözler, kamu gücü, üstünlük, ayrıcalık gibi kavramları dogmatik kavramlar olarak almakta, basit cümlelerden keskin ve genelleyici sonuçlara varmakta, sonuçlarını somut örneklerle desteklemeye çalışmaktadır. Yazar “kamu gücü ayrıcalıkları”nı art arda gelen cümlelerde tek ve genelgeçer ölçüt olarak kazanmak istercesine

tekrarlamaktadır. Aşağıdaki alıntılar, bize yalnızca idari işlem başlığı altında kamu gücü ayrıcalıklarının ne kadar vurgulu olduğu hakkında düşünce edinmemizi sağlayabilmektedir. Gözler'in *İdare Hukuku* kitabında kamu gücü ölçütünün benzer cümlelerle tekrarlandığı tüm kısımları burada aktarmanın olanaksızlığı nedeniyle, kitapta idare hukukunun konularının kamu gücü ölçütü etrafında döndüğünü ayrıca belirtme gereği duyuyoruz.

“(…) idare eylem ve işlemlerinde kamu gücü ayrıcalıklarıyla, yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde görülmeyen birtakım imtiyazlarla donatılmış veya birtakım yükümlülükler 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.”⁹¹⁰

“*İdarenin şu işlemleri idarî işlem değil ‘özel hukuk işlemi’ niteliğindedir: (a) İdarenin kendi ‘özel mallarının yönetimi (gestion du domaine privé)’ ne ilişkin olarak yaptığı işlemler, idarî işlem değil, özel hukuka tâbi işlemlerdir ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar da adlî yargıda görülür; zira idare bu mallarını, bir özel hukuk kişinin mülkünü işletmesi gibi işletir. (...) (c) KİT’lerin üçüncü kişilerle yaptıkları işlemler, idarî işlem değil, ‘özel hukuk işlemi’ niteliğindedir; dolayısıyla bunlara idare hukuku değil, özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklara idarî yargıda değil, adlî yargıda bakılır. O hâlde, idarenin (bir kamu tüzelkişinin) kamu gücüne dayanmayan, kamu gücü ayrıcalıkları içermeyen işlemlerinin bir ‘idarî işlem’ değil, ‘özel hukuk işlemi’ olduğunu söyleyebiliriz.*”⁹¹¹ [a.b.ç.]

“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.”⁹¹²

⁹¹⁰ **Ibid.**, s. 50.

⁹¹¹ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 263-264.

⁹¹² Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 51.

“O hâlde, bir hukukî işlemin idarî nitelikte olup olmadığını tespit etmeye yarayan tek bir kriter vardır: o da kamu gücü ayrıcalıkları kriteridir. Dolayısıyla, şu sonuca varıyoruz: *Kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış hukukî işlemler idarî işlemidir.*”⁹¹³ [a.b.ç.]

Gözler’in yalnızca idari işlem kuramını değil, tüm idare hukuku yaklaşımını kamu gücü üzerinde kurduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Yazar, kamu idaresi-özel idare ayrımını kamu gücü ile açıklamakta,⁹¹⁴ idari fonksiyonun kamu gücü kullanılarak yerine getirildiğini belirtmekte,⁹¹⁵ idare hukukunun uygulama alanının yalnızca kamu gücü ölçütüyle belirlenebileceğini ileri sürmektedir.⁹¹⁶ Yukarıdaki alıntılardan görülebileceği gibi, anlatım, “kamu gücü ayrıcalıkları varsa / kamu gücü ayrıcalıkları yoksa, örneğin, keza, dolayısıyla, o hâlde” kelimeleri arasında gidip gelen bir mantık dizgesiyle oluşturulmuştur. Gerek dilin basitliği, gerekse sıralı cümlelerde öğelerin anlamı değiştirmeyecek şekilde yer değiştirerek yinelenmesi, skolastik⁹¹⁷ yöntemi çağrıştırmaktadır. Oysa ancak ve ancak hukuksal dogmatik ile araya mesafe konulduğunda, hukuk bilimi alanında konum alındığında hukuksal olgunun açıklanmasını engelleyen parmaklıklar sarılabılır ve öğretiler ya da okullar arasında çatlaklar, ayrılıklar ortaya çıkabilir.⁹¹⁸

Skolastik, biçimci ve dogmatiktir. Ortaçağ’ın azınlıkta kalan seküler eğitim kurumları dışında, en etkin ve yaygın eğitim kurumlarını oluşturan kilise ve manastır okullarında kullanılan skolastik eğitimin yaklaşımı, geleneksel şekilde sürdürülen ve sorguya kapalı bilgiyi öğrencilere dayatmak ve belletmektir. Tekrar ve basitleştirme skolastiğin bilgiyi belletme araçlarındandır. Kamu gücü ayrıcalıklarının tekrarı, belletmeyi kolaylaştırmaktadır; kısa ve genelgeçer açıklamalardan doğrudan örneklere

⁹¹³ **Ibid.**, s. 266.

⁹¹⁴ **Ibid.**, s. 10.

⁹¹⁵ **Ibid.**, s. 23.

⁹¹⁶ **Ibid.**, s. 45.

⁹¹⁷ Skolastik kelimesi, etimolojik köken olarak, “okul” anlamındaki “lâ schola”dan türetilmiştir. Hristiyanlığın dinsel felsefe okulunu dile getirdiğinden “okul felsefesi” deyimiyile özdeşleştirilebilir. “Medrese felsefesi” olarak da anılmaktadır. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 109.

⁹¹⁸ Chevalier, “La fin des écoles?”, 1997, s. 680.

atlanmasıysa, ölçütün kuramsal dayanağını açıklığa kavuşturmaktan kaçmayı sağlamaktadır.

Skolastik, Hristiyan kilisesinin Katolik dogmalarını Aristoteles ile temellendirme çabasıdır.⁹¹⁹ Kilise teologlarının eserlerinde savunusunu yaptığı Yeni Platoncu ve Yeni Aristocu Katolik Hristiyan doktrinleri, Ortaçağ dünyasının teorik temellerini oluşturmuştur.⁹²⁰ Belirli bir konuyu skolastik incelemek demek, “o konuda Aristoteles’in ne yazdığını okumak demektir. Daha derin bir inceleme, Aquino’lu Thomas’nın, Aristoteles’in bu yazısı üstüne de yazdığını okumak demektir. Bilimsel bir incelemeyse Aristoteles’in ve Aquino’lu Thomas’nın bu yazılarını tekrarlayan üçüncü bir kitabı okumak demektir.”⁹²¹

Buna rağmen, skolastik tekrar döngüsünün tekrarlanan bilgiye hiçbir şey katmadığı düşünülmemeli, aksine, onu ayrı bir renge boyadığı gözden kaçırılmamalıdır. Kilise, Antik Çağ’ın düşünsel mirasını Hristiyanlık süzgecinden geçirerek dönüştürmüştür. Aktarılan cümlelerde geçen kamu gücü ayrıcalıkları kavramı, Fransa’daki kökenleri itibariyle kamu hizmeti ölçütüyle içerilemeyen faaliyetlerin hukuksal rejimini idare hukukunun alanında oluşturmayı sağlayan kamu gücü ve kamu gücü ayrıcalıklarını değil, neoliberal otoriter devlet ve hukuk anlayışını yansıtmaktadır.⁹²² 19. yüzyılda hukuksal pozitivizmin burjuva iktidarlarının ve totaliter rejimlerin güçlenmesine sunduğu katkı gibi, kamu gücü kavramı da ideolojik işleve bürünmektedir. Pozitivistlerin totaliter rejimler karşısında, yasakoyucuyu sınırlayan görev ve yükümlülükler üzerinde fazla durmayan, tek nesnel irade sayılarak yürürlükte olması

⁹¹⁹ Hristiyan felsefesinin birinci büyük dönemi olan patristik felsefe (Kilise babaları felsefesi), ikinci büyük dönemi anlatan skolastik felsefenin hazırlayıcısıdır. Patristik’in Platon’a sarılması gibi, skolastik de Aristoteles’e sarılmıştır. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 109.

⁹²⁰ Tolga Gümüş, “Ortaçağdan Erken Modern Döneme Batı Avrupa’da Eğitim Tarihi”, **Mersin Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2010, s. 27.

⁹²¹ Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 109.

⁹²² “İdare hukukunun ‘kamu hizmeti’ kavramını, neo-liberal söylemin daha zayıf, daha belirsiz, daha sessiz bir kavram olarak yorumlamak istediğini kim inkar edebilir?” Akkaya Kia, “Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar”, 2003, s. 155.

nedeniyle yasanın uygulanmasını ve ona uyulmasını zorunlu kabul eden anlayışına yaklaşmaktadır. Gözler, kamu gücünün üstünlük ve ayrıcalıklar içermesi boyutunu sıkça vurgularken, yükümlülükler içermesi ve kuralsallığı boyutu üzerinde ya hiç durmamış ya da bu hususları satır aralarında geçiştirmiştir.

İdare hukukunun uygulama alanının hangi ölçüt üzerinden tanımlandığı, işlemlerin hukuksal rejimini, özellikle de yargı düzenleri arasındaki dağılımını belirlemek açısından teknik bir önem taşır. Ancak neyin ölçüt alındığı kadar, bu ölçütü hukukçuların teknik bir araç olarak kullanımına sokan siyasal ve ekonomik bağlam da önemlidir. Windscheid'in 20. yy. başında, yaptığı uyarıyı hatırlatırsak, "hukuksal işlem şudur veya budur denmemelidir; hukuksal işlemden şunu veya bunu anlıyorum denmelidir. Çünkü işlem basitçe pozitif hukuktan çıkan bir gözlemin sonucu değildir; kuramsal yapıyı oluşturma işidir."⁹²³ Gerçekten aslında, tanım vermeye çalışan her idare hukukçusu, idare işlemin ne olduğunu değil, kendisinin idari işlemde ne anladığını söylemektedir. Bu nedenle, hukukçular her ne kadar nesnelleştirilmiş bir hukuk dili sayesinde kendi siyasal konumlarını gizleme ayrıcalığından yararlınsalar da, vurgulanan ölçüt ya da ölçütler, rastlantısal seçilmediği varsayılan kavramlar olarak hukukçuların devletin toplumsal ve iktisadi alandaki işlevlerinin ne olması gerektiğine ilişkin algısı hakkında da işaretler verebilmektedir.

Örneğin, Çağlayan, İbn'i Haldun'un *Mukaddime*'sinden bir alıntıyla devletin işlevini şu şekilde ortaya koymaktadır:

⁹²³ Bernhard Windscheid - Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906, s. 61, n. 1; aktaran Georges Rouhette, "La doctrine de l'acte juridique: sur quelques matériaux récents", *Droits*, Jan. 1, 1988, s. 29.

“... insanlar arasında kargaşanın ve kan dökmenin önüne geçecek, aralarında adaleti tesis edecek, birbirlerine saldırmalarını önleyecek bir ‘yasakçı ve hâkim’ e ihtiyaç duyulmaktadır.”⁹²⁴

Yıldırım ise, yetki kavramından bahsederken, 1977’de yetkinin tam olarak “yükümlülük” anlamına geldiğini anlatan Özyörük’ten⁹²⁵ farklı olarak, parantez içinde idarenin “kullandığı güçler” ifadesine yer vermektedir.⁹²⁶

Kamu gücü kavramının kullanımının idare hukuku yazınında yeni olduğunu ileri sürmek, geçmişi görmezden gelmek olacaktır.. İdare hukuku, Fransa’da doğuşundan itibaren kamu gücü düşüncesi etrafında gelişmiştir.⁹²⁷ Fakat kamu gücünün ilk tarihsel aşamadaki anlamı, devletin egemenliğidir. Egemenliğe dayanan emretme, kısıtlama, düzen sağlama işlevleri kamu gücü kavramı ile de ifade edilebilmektedir. Nitekim *hakimiyet-temşiyet tasarrufları* ayrımında geçen hakimiyet, egemenliği karşılamaktadır. İdare hukuku, Fransa’da kamu gücünün [egemenin gücünün] hukuku, Türkiye’de ise kamu hizmetlerinin hukuku olarak doğmuştur. Fransa’da başta egemenlik, otorite gibi kavramlarla yer değiştirebilen kamu gücü, 1950’lerden itibaren kamu gücü ayrıcalıklarına evrilmiştir. 1960’larda, tek ölçüt aramanın çözümsüzlüğünü fark eden idare hukukçuları, kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalıklarının birlikte elde tutulması gerektiğinde uzlaşmışlardır.⁹²⁸ Farklı tarihsel evrelerde farklı içerik taşıyan kamu gücü,⁹²⁹ kamu hizmetinden daha eski bir ölçüt olmasına rağmen Fransızların idari işlem tanımlarına tek başına sızmakta genel olarak başarısız olmuştur. Fransa’da egemenlik,

⁹²⁴ İbn Haldun, **Mukaddime**, Cilt I, (çev. Zakir Kadiri Ugan), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1989, s. 103, 402; aktaran: Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 2. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2.

⁹²⁵ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 160.

⁹²⁶ “İdarenin yetkilerinin (kullandığı güçlerin) içerisinde sayı itibariyle en fazla karşılaşılan idarenin işlem yapma yetkisidir.” Yıldırım, **Türk İdari Rejimi Dersleri**, Cilt 2, 2014, s. 43.

⁹²⁷ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 109.

⁹²⁸ Burdeau, **Histoire du droit administratif**, 1995, s. 480.

⁹²⁹ **infra**. Bölüm III / Başlık II-C-1, “Egemenlik İşleminde Kamu Gücü İşlemine”.

kamu gücü ya da kamu gücü ayrıcalıkları genel olarak idari işlem tanımının dışında kalmıştır.⁹³⁰

Türkiye’de ise, bugün tanımının en baskın ölçütünü oluşturması, idari işlem kategorisine giren işlemlerin ortak niteliklerinin sadece kamu gücüyle gösterilmesi dikkat çekicidir. “Kriz halindeki kamu hizmeti” ölçütünün idare hukukunun uygulama alanını belirlemekteki yetersizliği karşısında, birden fazla ölçütü birlikte kullanma zorunluluğu satır aralarında geçebiliyor olsa⁹³¹, “kamu gücü ayrıcalıkları”nı tek ölçüt olarak alan yaklaşım baskın gelmektedir.

İdare hukukunu “önce kamu hizmetinin hukuku, sonra da kamu gücünün hukuku” olarak tanımlayan Tan, Kamu Hizmetleri Okulu (Bordeaux Okulu) ile Kamu Gücü Okulu (Toulouse Okulu)’nun görüşleri arasındaki temel farkın, ilkinin kamu yararına yönelik faaliyetin niteliğini, ikincisinin ise bu faaliyetin yerine getirilmesinde izlenen usulleri esas alması olduğuna dikkat çekmektedir.⁹³² Aynı zamanda, Fransa’da aynı ölçütlerin hem idare hukukunun uygulama alanının hem de idari yargının görev alanının belirlenmesinde yaratabileceği karışıklığı gidermek üzere, idare hukukunun uygulama alanını belirlemede kamu hizmeti, idari yargının görev alanını belirlemede kamu gücü ölçütünün uygulanmasına ilişkin önerilerden söz etmektedir.⁹³³ Türkiye’de, idari işlemi tanımlamanın kalkış noktasının yargı yolunu belirlemek olmasından kaynaklanıyor olsa

⁹³⁰ Bu bölümde, amacımız Türkiye’deki çağdaş yazının idari işlem kavramına bakışını incelemekle sınırlı olduğundan Fransız yazarlara metinde yer vermiyoruz. Ancak, idari işlem tanımlarına Fransız idare hukuku kitaplarından bakılabileceği gibi, doğrudan kaynak için şu eserlerdeki ilgili bölümlere başvurulabilir Yazarlar, farklı tanımları derleyerek ayrıntılı bir şekilde karşılaştırmaktadırlar: Richard Deau, **Les actes administratifs unilatéraux négociés**, Université d'Angers, 2006, s. 12-24, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00326535/> (30.08.2015); Patrick Goffaux, **L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée**, Collection de la faculté de droit - Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2002, s. 61-66; Anne-Laure Girard, **La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral**, Dalloz, Paris, 2013, s. 30-31; Gilles Lebreton, **L'acte administratif unilatéral (Documents réunis et commentés)**, Documents d'Études - série Droit administratif, La Documentation Française, no. 2.04, Eylül 1989, s. 2-5.

⁹³¹ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 20.

⁹³² Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 5.

⁹³³ Jean Rivero - Jean Waline, **Droit Administratif**, Paris, 1994, s. 29; aktaran: Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 4-5.

gerek, ortaya çıkan idari işlem anlatısı, idare hukukunu kamu gücünün hukuku olduğu algısı yaratmaktadır. İptal davasına konu olabilecek idari işlemin kamu gücüne dayanması gerektiğini vurgulamaya önem verildiğinden, idari işlem iradenin dışavurumunun gösterdiği özellikle tanımlanmaktadır. Diğer bir deyişle, iradenin dışavurumunda kullanılan araç olarak kamu gücü işlemin niteliğinin saptamasını sağlamakta, işlemin içeriği (ilgili olduğu etkinliğin konusu) dikkate alınmamaktadır. İşlemin içeriği ve bu içeriğin nasıl belirlendiği, kamu yararı kavramıyla geçiştirilmektedir. İdari işlem tanımları, işlemin dışavurumundaki araca göre, tek yanlı kamu gücü kullanımı ölçütüyle oluşturulmaktadır. Çağdaş eserlerde geçen kamu gücünün tam olarak hangi tarihsel evresindeki içerikle kullanıldığı anlaşılammakla birlikte, sonuç olarak, idari işlem, “kamu gücü işlemi”ne eşitlenmiş görünmektedir.

3. İdari İşlemlerde Kural ya da Norm Vurgusu

Norm teriminin yerleşik kullanımıyla, yalnızca genel, soyut, kişilik dışı içerikte ve süreklilik taşıyan hukuk kuralı kastedilmektedir. Oysa norm ve hukuk kuralı terimlerinin farklı kuram ve akımlar için eşanlamlı olmadığına dikkat etmek gerekir.

Kelsen ile idare hukukunda Eisenmann ve Merkl’in öğretileriyle bilinen Viyana Okulu’nun hukuk düzeni kavrayışında, norm bir yapıtaşdır, hukuk düzeni bir normatif bütündür. Sözleşme de bir norm olarak, hiçbir işlemi hukuk düzeninin dışında bırakmayan Viyana Okulu’nun çizdiği normlar hiyerarşisinin tabanında yer almaktadır. Fransız nesnelci öğretiler için ise hukuk düzeni, hukuksal durumlar bütünüdür. Hukuksal durumlardan yalnızca genel, soyut, nesnel ve sürekli olanlar norm sayılmaktadır. Bu özellikleriyle nitelenen hukuksal durum, kural kavramına denk düşmektedir. Nesnelci öğretilerde kuralın eşanlamını veren norm hukuk düzeninin tamamı değil, bir bölümüdür. Normativistlere göreyse, norm hukuk kuralı ile sınırlı değildir. Normativist pozitivist öğretiler, norma daha geniş bir kapsam vermektedir.

Hukuksal işlem, içeriğinin genel, soyut veya birel, somut olup olmamasından bağımsız olarak norm addedilmektedir.

Özay'ın yaklaşımının, idari işlemin tanımını kuralkoyucu işlemleri dışlayarak oluşturan pek çok yazardan farklı olduğu kolaylıkla saptanabilmektedir. Özay, idari işlem kavramından öncelikle “norm içeren işlemler”i anlamaktadır. İdari işlemin tanımına geçmeden önce, idare hukukunun kuralsallığını vurgulamaktadır. Bu çerçevede, idari işlem konusunu incelemeye “norm içeren işlemlerden” başlamak gerektiğini konunun girişinde ortaya koymaktadır.

“İdare Hukukunun bir ‘statüler hukuku’ olması nedeniyle bu alanda eylemlerden ziyade idarenin işlemleri büyük önem kazanır. Çünkü ilerde görüleceği gibi gerek bu genel hukuksal durumların belirlenmesi gerekse bunlara giriş, içinde bulunma ve çıkış için hep işlemler gerektiğinden, hukukta ‘işlem’ denilen kavram İdare Hukukunun en önemli konusunu ya da konularından birini oluşturmaktadır. / İncelemeye hangi konudan başlanılmasının daha yararlı olacağına ilişkin bir sorun ise kanımca yoktur. Çünkü bu genel durumlar da hukuk kuralları ile belirlendiğinden, başlangıç noktasının kural yani ‘norm’u içeren ‘işlem’ler olması kaçınılmazdır.”⁹³⁴ [a.b.ç.]

Özay'ın ele alış tarzıyla, norm ile hukuk kuralı, nesnelci öğretilerde olduğu gibi, eşanlamlıdır.

Özel hukuk işlemlerinde “iradelerin eşitliği” karşısında “kamusal iradenin üstünlüğü” savı, Özay'a göre de idari işlemlerin temel özelliğidir. Ancak, Özay “yürütme ve idarenin iradesinin üstünlüğü”nü aynı zamanda kuralsallığı içinde anlamaktadır. Kuralsallığı nedeniyle irade, bir yetki olarak ortaya çıkmaktadır.⁹³⁵ Dolayısıyla, her ne kadar idarenin üstünlüğü - iradelerin eşitsizliği bir ön kabul oluştursa da, özerklikten yoksun iradenin üstünlüğü aslında görecelidir. İdare hukukunun kuralsallığı içinde bir yetki biçimine büründüğünden ikincil bir rol oynamaktadır.

⁹³⁴ Özay, **Günışığında Yönetim II**, 2010, s. 156.

⁹³⁵ **Ibid.**, s. 158.

Özay’a göre, idarenin üstünlüğünün/iradelerin eşitsizliğinin bir bedeli vardır. İrade, özel kişilerininkinin aksine serbest bırakılmamış, sınırlanmıştır:

“İdare Hukuku, kamusal iradenin üstünlüğü nedeniyle bu alanda yer alan tüzelkişilerin herhangi bir özel hukuk kişisinden daha üstün yetkilere sahip olması temeline dayanır. Öte yandan, bu üstün yetkilerle donatılmış tüzelkişilik adına hareket edenler aslında gerçek kişiler olduğundan, yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek bakımından, İdare’yi hareketlerinde gerçek kişilere oranla çok daha sıkı ilke ve kurallarla bağlamak ve sınırlamak zorunluluğu da bir gerçektir.”⁹³⁶

Çağdaş eserlerde açık veya örtük biçimlerde idari işlemi açıklayıcı bir postüla olarak yer bulan üstün irade kabulü, irade özerkliğinin yokluğu ve hukuksal durumların kuralsallığı ile incelenmektedir.

“İdare hukuku alanında, hukuksal durumlar kuralsaldır. Kamu yönetimi alanında ‘hukuksal durumlar’ yani ‘hukuksal yetkiler ve ödevler’ genellikle kuralsaldır; önceden düzenlenmiştir. İlgililerin iradesine ya hiç, ya da sınırlı bir biçimde yer verilmiştir. Örneğin askere alma işleminde, tarafların iradesinin hemen hemen hiç etkisi yoktur. Buna karşılık, kimi işlemlerde, memur atamasında olduğu gibi, ilgilinin iradesine gerek vardır. Taraflar hukuksal bir ilişki içinde bulunup bulunmamakta serbest olmakla birlikte, yarattıkları hukuksal durumun içeriğini saptamakta serbest değildirler.”⁹³⁷

Gözler ise, idari işlemi üstün irade/iradelerin eşitsizliği ile tanımlayan baskın algıyı kamu gücünün özel hukuku aşan ayrıcalıklarla birlikte yükümlülükleri de içerdiğini belirterek daha ılımlı bir hale sokmaktadır. Ancak, kuralsallık vurgusunu idari işlem konusunun girişinde vurgulama ihtiyacı duyan Özay’dan farklı olarak, bu açıklama doğrudan idari işleme ilişkin bölümde yer almamakta, idare hukukunun ölçütlerine ilişkin bölümde geçmektedir.

“Ancak günümüzde ‘kamu gücü (*puissance publique*)’nden kastedilen şey, (...) idarî makamlar için öngörülmüş ‘genel hükümleri aşan şartlar (*conditions exorbitantes du droit commun*)’dir. Bu

⁹³⁶ **Ibid.**, s. 159-160.

⁹³⁷ Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 15.

şartlar, idareye sadece özel hukukta görülmeyen bazı ‘ayrıcalıklar ve imtiyazlar (*prérogatives et privilèges*)’ vermez; aynı zamanda idareye özel hukukta görülmeyen birtakım ‘yükümlülükler (*sujétions*)’ de yükler.”⁹³⁸

“Burada her ne kadar, ‘ayrıcalık (*prérogative*)’ terimi kullanılıyorsa da idare hukukunda idareye her zaman bir üstünlük veya bir ayrıcalık tanınmaz, aynı zamanda idare yükümlülüklerine de tabi tutulur. 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 kullanmaktadır.”⁹³⁹

Günday’ın hukuksal işlem kavrayışı ise, Kelsen’in temsil ettiği Viyana Okulu’nun hukuksal işlem kavrayışına yakındır. Kelsen’in öğrencisi olmuş, Viyana Okulu’nun görüşlerini Fransız idare hukukuna taşımış kamu hukukçusu Eisenmann, tüm hukuksal işlemleri norm yaratıcı işlemler (*actes normateurs*) kavramı altında toplamaktadır. İdari olsun veya olmasın, sözleşmeler de normatif işlemlerin içindedir. Eisenmann’ın tanımı uyarınca, “Hukuksal işlemler, norm yaratma mekanizma ve etkinlikleridir, bunlar normatif işlemlerdir.”⁹⁴⁰ Benzer biçimde, Günday da normu tüm hukuksal işlemler için ortak öz olarak anlamaktadır:

“Hukuki işlemin doğurduğu bu hukuki sonuç, hukuk düzenine yeni bir norm katma veya hukuk düzenindeki mevcut bir normu değiştirme ya da kaldırma biçiminde kendini gösterir. (...) İdari işlemlerde de, tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi, hukuk alanında bir yenilik ya da değişiklik meydana getirilir ve böylece hukuk düzenine yeni bir norm katılır veya mevcut bir norm değiştirilir ya da kaldırılır.”⁹⁴¹

Yazar, hukuksal işlemlerin doğurduğu sonucu; kategorilerin hepsini kuşatacak şekilde genel işlem kuramı çerçevesinde açıklamaktadır. Hukuksal işlemlerin tümü için ortak özellik, hukuk düzenine norm katmak, mevcut normu değiştirmek ya da ortadan kaldırmaktır. Kısaca, hukuksal işlemlerin tamamı normatiftir.

⁹³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 50.

⁹³⁹ **Ibid.**, s. 51-52.

⁹⁴⁰ Charles Eisenmann, **Cours de droit administratif**, tome 2, LGDJ, Paris, 1982-1983, s. 188.

⁹⁴¹ Günday, **İdare Hukuku**, 2013, s. 33 vd., s. 121.

Bununla birlikte, yazar, idari işlemin alt kategorilerinin belirlenmesinde normativistlerden ayrılmakta, Duguit ve Hauriou'nun kaleminde şekillenen, Jèze ve Bonnard tarafından sürdürülen sınıflandırmanın izinden gitmektedir. Eisenmann, idari işlemleri genel ve soyut normlar (*normes générales et abstraites*) ile birel ve somut normlar (*normes individuelles et concrètes*) olarak ikiye ayırmaktadır.⁹⁴² Adını andığımız diğer Fransız yazarlar ise, normların niteliği yerine hukuksal durumların niteliğini esas almaktadır. Günday, bireysel işlemler ile düzenleyici işlemleri, hukuksal durumların gösterdiği niteliklere göre tanımlamaktadır:

“Tek yanlı idari işlemleri de, bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olmak üzere iki kategori altında toplayabiliriz. Bireysel idari işlemler, belli kişi ya da durumlara ilişkin olarak yapılan idari işlemlerdir. (...) Buna karşılık, düzenleyici idari işlemler, belli kişi ve durumlara ilişkin olmayıp, genel ve soyut hukuk kuralları koyan işlemlerdir.”⁹⁴³

Günday'ın idari işlem anlatısı, hukuk düzenini normlar bütünü olarak gören kavrayış ile hukuksal durumlar bütünü olarak gören kavrayışın temel unsurlarını birlikte barındırmaktadır.

B. İdari İşlemin Yüksek Mahkeme Kararlarındaki Kavramsal Görünümü

Türkiye'de *GAJA Kitabı*⁹⁴⁴ gibi derli toplu bir temel kararlar kataloğu bulunmadığından, idari işlem kuramının Danıştay kararlarındaki evrim işaretlerini saptayamaya elverişli kararları diğer kararlar yığınınından ayırabilecek ölçüde ihtiyaç duyulmaktadır.

Danıştay'ın verdiği pek çok karar arasından *Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası*'nda *Danıştay Dergisi*'nde ya da *Danıştay Kararlar Dergisi*'nde yayınlanmaya değer görülen kararların hangi ölçütlere göre seçildiğini düzenleyen bir belge mevcut değildir. Seçim

⁹⁴² Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 1982-1983, s. 407.

⁹⁴³ Günday, *İdare Hukuku*, 2013, s. 122.

⁹⁴⁴ **supra**. Bölüm I / Başlık III-B-2-a, “Gelenekten Gelişime: Fransız İdare Hukukunda Temel Kararlar Kataloğu”.

yayın geleneğine göre belirlenmektedir. Dergilerde yayınlanacak kararların seçimi, yakın tarihli olanlara öncelik tanınmak şartıyla daire ve kurullara bırakılmıştır. Daire ve kurullar kendi kararları arasından bazılarını seçerek yayınlanmak üzere Tasnif ve Yayın Kurulu'na göndermektedir.

Yayınlanacak kararların seçiminde her mahkemenin kendine özgü ölçüleri bulunabilir ancak seçimi hangi kararın daha ilginç olduğu belirlenmez. Mahkeme, dava konusunun taşıdığı önemi, aynı tip davaların yaygınlaşması ve gerisinin gelmesi olasılığını gözetir. Her dairenin başkanı, tüm üyeleri ve tüm tetkik hâkimlerinden oluşan heyette, daha önce verilmiş kararlar, dosyadaki taraflardan bağımsız, soyut haliyle tartışılır. Bazen mahkeme kararının altına yayınlanması gerektiğine ilişkin not düşülür. Seçilen kararın, daha önce verilmiş pek çok kararı izliyor ve onlara süreklilik kazandırıyor olmasından daha önemlisi, söz konusu karardaki ilkesel çıkarım ve sonuçların kalıcı olacağı öngörüsüdür. Danıştay daire ve kurulları, kendi değerlendirmesi sonucunda yayınlanmış bir Danıştay kararından ileride sapabilir ya da başka yargı mercileri Danıştay ile aynı gerekçe ve çıkarımlara varmayabilir. Yine de, yayınladıkları dönem itibariyle belirtilen ölçülere göre elemeye tabi tutulduklarından Danıştay dergilerinde yayınlanmış kararlar, Danıştay'ın yorumunu saptamada başvurulması gereken ilk kaynaktır.

Günümüzde Danıştay'ın internet sitesinde “güncel kararlar” arşivinde yayınladığı kararlar bakımından ise, *Danıştay Dergisi*'nde yayınladıklarından farklı olarak, gündemdeki yeri itibariyle geniş bir ilgili kitlesi bulunan uyuşmazlıklarda ağırlıklı olarak “bozma kararlarının” kamuoyuna ilk elden duyurulması amacının gözetildiği izlenimi uyanmaktadır. Bu gibi kararların içerdiği ilkelerin değil de, çözümün güncellik derecesi gözetildiğinden Danıştay uygulamasının izleğini gösteren bir kaynak niteliği bulunmamaktadır.

Danıştay'ın yayınlanmış kararlarının hukuksal güç ve bağlayıcılık yönünden derecelendirilemeyeceği açık olmakla birlikte, Danıştay kararları hukukbilimine sunduğu katkı bakımından bir derecelendirmeye tabi tutulabilir. Bu derecelendirmede; “açıklamalı, şerhli, içtihatlı, gerekçeli, notlu” gibi nitelemelerle yayınlanmış idari yargı mevzuatı derlemelerinde, yasa hükümlerini aydınlatmak üzere ilgili hükmün hemen altında göndermede bulunulan kararların temel karar işlevi taşıdığı varsayılabilir. Çünkü bu kararlar, Fransız idare hukukunun Temel Kararlar Kataloğu'na benzer şekilde, kararın verildiği tarih itibarıyla dönemin ruhunu yansıtan, yargı yorumunu billurlaştıran, özel olarak seçilmiş kararlardır. Üstelik, eski tarihli bir kararın ileri tarihli bir mevzuat çalışmasında hala yer alıyor olması, içeriğinin hala devamlılık gösterdiğinin bir belirtisi olarak düşünülebilir.

Karahanoğulları'nın *İdarenin Hukukla Kavranması* adlı çalışmasında işlediği Danıştay kararlarının seçimindeki saiklerin GAJA ile benzerlik taşıdığı anlaşılmaktadır. *Önsöz*'den alıntılıyoruz:

“Bu çalışma için Danıştay Dergisi'nin birinci sayısı (1971) ile yüz on beşinci sayısı (2007) ve Danıştay Kararlar Dergisi'nin birinci (2003) ile altıncı (2005) sayıları sayfa sayfa incelenmiş, idare hukukunun ve idari yargının oluşumunda etkisi olabilecek kararlar saptanmıştır. Saptanan kararlardan 677'si bu çalışma için seçilerek kullanılmıştır. Kararların seçiminde “ilginç”, “şaşırtıcı”, “sıra dışı” veya bir başka kararla “çelişik” olması belirleyici olmamıştır. İdare hukukunun oluşumunda kurucu veya destekleyici işlevi olan kararlar seçilmiştir.”⁹⁴⁵

Çalışma; veri olarak *Danıştay Dergisi* ve *Danıştay Kararlar Dergisi*'nde yazar tarafından taranan kararlara dayanması nedeniyle yorumlu Danıştay kararı derlemesi niteliği taşımaktadır. Fakat çalışma, kararların kronolojik bir dizgeyle sunulmak yerine konuya göre sınıflandırılarak işlenmesi açısından *GAJA Kitabı*'ndan farklılaşmaktadır.

⁹⁴⁵ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. iii.

Söz konusu kararların Danıştayca verildiği tarihler gözetilerek genel bir dönemselleştirmeye varılabileceğinden, kurgu farkı, çalışmadan idari işlem konusuna ilişkin temel kararlar kataloğu gibi yararlanmaya engel oluşturacak bir önem taşımamaktadır. Aksine, Danıştay dergilerinde yayınlanacak kararların zaten ilk aşamada Danıştayca elendiği, daha sonra bir kez de kitabın oluşum sürecinde yazarca “İdare hukukunun oluşumunda kurucu veya destekleyici” olup olmamaları yönünden bir seçime tabi tutulduğu dikkate alındığında, bu çalışmada ele alınan kararlara temel kararlar kataloğu gibi başvurulabilir.

İdari işlemin Danıştay kararlarındaki kavramsal görünümünü incelemek amacıyla; temel kararlar kataloğuna benzer işlev taşımaları göz önünde bulundurularak, 1993’ten günümüze kadar yayınlanmış derlemelerden⁹⁴⁶ ve yukarıda son olarak değindiğimiz 2011 tarihli çalışmadan yola çıkılabilir.

1. Kamu Gücü Ölçütünün Örgün Kullanımı

Danıştay kararlarında, kamu gücü ölçütünün ele alınışı, idare hukuku ders kitaplarından iki yönüyle uzaklaşmaktadır. İlki kamu gücünün koşullandırılması, ikincisi ise, kamu hizmeti ölçütü ile birlikteliğidir.

Danıştay kararlarında başvuru kamu gücü, *kamu hukuku kural ve ilkeleriyle yetkilendirilmiş kamu gücü*’dür. İrade açıklamaları, idari makamlar kamu hukuku

⁹⁴⁶ Celâl Karavelioğlu, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt I, Madde 1-14**, Top-Kar Matbaası, Trabzon, 1993; Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, **İdari Yargılama Usulü (Kanun, Açıklama, İçtihat)**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996; Celal Erkut - Selçuk Soybay, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001; Metin Günday, **İdari Yargı Temel Kanunları**, İmaj Kitabevi, Ankara, 2001; Ahmet Arslan - Tuncay Dündar, **Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları (1933'den Günümüze)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002; İbrahim Topuz - Kadir Özkaya, **Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002; Yakup Bal - Mustafa Karabulut - Yahya Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003; Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, **İdari Yargı Mevzuatı (Anayasa, İlgili Kanunlar, Mahkeme Kararları, Kaynaklar)**, 8. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015; Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6. bası, PwC Türkiye, İstanbul, 2015; Celâl Karavelioğlu - Erdem Cemil Karavelioğlu, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 8. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2015.

alanına giren düzenlemelerin tanıdığı üstün yetkilerle hareket etmiş olduğu takdirde idari işlem niteliğine bürünmektedir.⁹⁴⁷ Danıştay, kamu gücünü *kamu hukuku alanında yetkilendirme* ile koşullandırıldığından, bu kavramı kamu hukuku kuralı ölçütünün, yani idari işlemin biçimsel ölçütünün somut olayda var olduğunun dolaylı bir ifadesi olarak dile getirmektedir.⁹⁴⁸ İdari makamlar, özel hukuk hükümleri kapsamında olmayan bir yetkiye kamu hukuku kural ve ilkeleriyle sahip olmuşlarsa, bu yetki kamu gücü adını almaktadır.⁹⁴⁹

Kamu gücü, kaynağı bakımından özel hukuk hükümlerinin dışında, kamu hukuku kural ve ilkelerinin yetkilendirmesi ile koşullandırılırken; kullanımı bakımından, kamu hizmetine bağlı görevlerin yürütülmesinden bağımsız ele alınmamaktadır.⁹⁵⁰ İdari işlemde, kamu gücünün, yürütülen kamu görevleri ile birlikteliği söz konusu olmaktadır. Kamu hizmeti, idari işlemin amacına, kamu gücüyle aracına işaret etmektedir. Ders kitaplarında kamu gücü ayrıcalıklarını tek başına ölçüt alan pek çok tanımın aksine, Danıştay kamu gücü ölçütünü, hem kamu kuralı biçimsel ölçütü ile hem de kamu hizmeti işlevsel ölçütü ile örgün hale getirmektedir.

Birden fazla ölçüte başvurarak karar veren, kamu hizmeti işlevini idari işlemin baskın ölçütü kabul eden ve kamu gücünü yalnızca idari işlemin biçimsel ölçütü sayan Danıştay'ın uygulaması ile ders kitaplarındaki idari işlem anlatısının arasındaki mesafe açıkça kendini göstermektedir.

⁹⁴⁷ Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 2015, s. 77.

⁹⁴⁸ D10D, E.1983/1432, K.1983/2702, T.22.12.1983: İdare tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem niteliği kazanabilmesi için, idare hukukunun ilkeleri içinde ve kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş olması gerektiği; nüfus kayıtları üzerinde tashih ve iptal işlemleri, özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan, buna ilişkin davaların adli yargı yerlerince çözümlenmesi gerektiği hk. (aktaran: Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 2015, s. 77, dn. 84).

⁹⁴⁹ D10D, E.1992/1673, K.1993/2426, T.10.06.1993: Gümrük Müdürlüğü'nce, taşınmazın tapu kaydına haciz şerhi konulması konusundaki isteği üzerine, Tapu Sicil Müdürlüğünce tesis edilen işlemin, özel hukuk hükümleri dışına çıkılarak yapılmış olması nedeniyle, idari işlem niteliği taşıdığı hk. (aktaran: Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 2015, s. 77, dn. 84).

⁹⁵⁰ D4D, E.1993/1469, K.1994/546, T.08.02.1994: İdari işlemin, bir kamu görevini yürütmekle görevli idarenin bu kamu görevine ilişkin olarak ve kamu gücü kullanarak oluşturduğu tek yanlı işlem olduğu hk. (aktaran: Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 2015, s. 77, dn. 84).

İdare hukuku ders kitaplarında, genel hatlarıyla, idari işlemi özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için Aristotelesçi iki bölü tanımlama yöntemine başvurulmaktadır.⁹⁵¹ Kamu gücü, iki tür arasındaki farklılıkların göstergesi olarak alınmaktadır. İdare hukukunun uygulama alanının tek ölçütünün “kamu hizmeti değil, kamu gücü” olduğu savının ardışık bölüm ve sayfalarda birkaç kez üstüne basılarak tekrarlandığı ders kitapları ile de karşılaşılmaktadır. Tek ölçüt savunucusu Gözler, idarenin idari işlemlerini kamu gücüne, özel hukuk sözleşmelerini her tüzelkişi gibi sahip olduğu hak ehliyetine dayandırdırmaktadır. Özel kişilerin ise, yalnızca kamu gücüne dayanan işlemlerinin idari olabileceğini ifade belirtmektedir:

“Özel hukuk kişilerinin kamu gücüne dayanan işlemleri birer idarî işlemdir. Bir özel hukuk tüzel kişisinin yaptığı işlemde bir ‘kamu gücü ayrıcalığı (*prérogative de puissance publique*)’ varsa o işlem bir ‘idarî işlem’dir; dolayısıyla idare hukukuna tâbidir ve ondan kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargıda görülür. Meselâ, Türkiye’de özel ilk ve orta öğretim kurumlarının öğrencilere sınavlarda not verme ve disiplin cezası verme işlemleri kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olduklarından birer idarî işlemdirler ve bunlara karşı idarî yargıda dava açılır”⁹⁵²

Gözler’in tek ölçüt savunusundan çıkarılabilecek sonuç kısaca şöyledir. Gerek özel kişilerce, gerekse idare tarafından yapılmış olsun, ancak kamu gücüne dayanan işlemler idari olabilir; tüm idari işlemler kamu gücü işlemidir; kamu gücü, tek başına, işlemin idari olup olmadığını saptamaya yeterlidir. Yazara göre Kızılay, Türkiye Jokey Kulübü, özel öğretim kurumları, özel hastaneler de kamu hizmeti yürütmekle birlikte, yürüttükleri kamu hizmetleri esas itibarıyla özel hukuka tabidir. Dolayısıyla, bunların bazı işlemlerine idare hukukunun uygulanabilme ihtimali, “kamu hizmeti yürütmeleri

⁹⁵¹ Aristoteles’in geliştirdiği iki bölü tanımlama yöntemi tüm cins ve türlerin tek ve doğru bir sınıflandırmasını yapılabilişçesine sınıflandırmada öznel (isteğe bağlı) ölçütleri ayırım göstergesi olarak aldığından eleştirilmiştir. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 395.

⁹⁵² Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 264.

nedeniyle değil, kendilerine bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınması ya da kamu gücü yükümlülüklerine tabi tutulmaları” nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁹⁵³

“İşte özel okulun not verme, diploma verme gibi böyle kamu gücü ayrıcalığına dayanarak yaptığı işlemler birer idarî işlemdir ve bunlara idare hukuku uygulanır. İşte bu tür işlemlere idare hukukunun uygulanma sebebi, söz konusu okulun kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi değil, söz konusu işlemlerinin kamu gücü ayrıcalığına dayanıyor olmasıdır.”⁹⁵⁴

Gözler, yukarıdaki “özel öğretim kurumu” örneğini, ilk ve orta dereceli eğitim ve öğretim anayasal bir hak ve aynı zamanda anayasal kamu hizmeti olduğu halde,⁹⁵⁵ idare hukukunun kamu hizmeti ölçütüyle değil kamu gücüyle belirlendiğini göstermek için kullanmaktadır. Anayasal kamu hizmeti niteliğindeki milli eğitim kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yetkilerin kamu gücü ayrıcalığı olarak nitelenmiş olması bir yana, Fransa’da Devlet Konseyi ile Türkiye’de Uyuşmazlık Mahkemesi ile Danıştay’ın kararlarından seçilen örnekler aynı sonuca bağlanmaktadır:

“Zira bir özel hukuk tüzel kişininin ‘kamu gücü ayrıcalıkları’na dayanan işlemlerini idarî nitelikte saymak, dolayısıyla da bu tür işlemlere idare hukukunu uygulamak ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklara idarî yargıda bakmak gerekir. (...) bir ‘hukukî işlemi’ ‘idarî işlem’ haline getiren şey onun idareden çıkmış olması değil, bu işlemin ‘kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış’ olmasıdır. O hâlde, bir hukukî işlem, ister kamu tüzel kişisi isterse özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılsın, bir kamu gücü ayrıcalığı içeriyorsa, o hukukî işlem *idarî işlem* niteliğindedir; dolayısıyla idare hukukuna tâbi olur ve ondan kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargıda karara bağlanır.”⁹⁵⁶

Oysa Danıştay, Gözler’in yorumundan farklı olarak, Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezi’nde görev yapan öğretmen hakkında açılan soruşturma sonucunda yaptırım

⁹⁵³ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 48.

⁹⁵⁴ **Ibid.**, s. 49.

⁹⁵⁵ Anayasa m. 42: Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. / Eğitim ve öğretim, (...) esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. / İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. / Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir.

⁹⁵⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, 2013, s. 265.

uygulanmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa ve yasalarda kamu hizmeti olduğu belirtilen eğitim ve öğretim hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi gerçek veya tüzelkişilerce görülmesinin, hizmetin kamu hizmeti, çalışanların da kamu görevlisi sayılmasına engel oluşturmayacağına karar vermiştir.⁹⁵⁷ Mahkeme kararında, kamu gücü ayrıcalıklarını ölçüt alan herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Tan ise, Gözler'den farklı olarak açıkça kamu gücü kavramını kullanmamakta, “kamu hizmeti” ile görevlendirilmiş özel hukuk tüzelkişilerinin “kamusal yetkiler” kullanarak işlem yapabildiğini belirtmektedir. Tan'ın dayanak gösterdiği aşağıdaki iki Danıştay kararlarında da, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin nitelenmesinde, Danıştay'ın kamu hizmeti ölçütünü esas aldığı, hatta ilk kararında kamu hizmeti ile birlikte Türkiye Diyanet Vakfı'nın örgüt yapısını da incelediği dikkat çekmektedir.

“Şehirlerarası Terminal İşletmesi (...) adi ortaklık olduğu ileri sürülen ortaklığın yönetim kurulu kamu hizmetinin niteliğinin gereği ... Büyükşehir Belediyesi ile ... Çiftliğinin kadrolu personeli oranından seçilerek atanmaktadır. Kamu hizmetini yerine getiren iki kamu idaresince oluşturulan kuruluş, oluşum biçimi itibariyle de idare yapısı içinde yer almakta, idare hukukuna tabi bulunmaktadır.⁹⁵⁸

“Türkiye Diyanet Vakfının Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz. (...) kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu dikkate alındığında, Vakıf, yapısı ve işlevleri yönünden nitelik itibariyle kamusal alana taşmakta; lojman tahsisi konusunda Vakıf

⁹⁵⁷ D10D, E.2009/11303, K.2009/8021, T.15.09.2009, **Danıştay Dergisi**, Yıl 40, Sayı 123, 2010.

⁹⁵⁸ D10D, E.1995/4326, K.1996/2769, T.21.05.1996, **Danıştay Dergisi**, Yıl 27, Sayı 92, 1997, aktaran: Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 227; Tan'ın dayanak gösterdiği, Türkiye Futbol Federasyonu'na ilişkin kararlar için ayrıca bkz.: D10D, E.1989/2924, K.1991/547, T.20.02.1991, **Danıştay Dergisi**, Yıl 22, Sayı 82-83, 1992, s. 1005; D10D, E.1991/1149, K.1991/2286, T.17.06.1991, **Danıştay Dergisi**, Yıl 22, Sayı 84-84, 1992, s. 695; aktaran: Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 226.

Konut Talimatında belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemler diyanet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşımaktadır.”⁹⁵⁹

Bu kararlardan hareketle, gerek adi ortaklık niteliğindeki Şehirlerarası Terminal İşletmesi'nin gerekse Türkiye Diyanet Vakfı'nın oluşumuna ilişkin özellikler nedeniyle, idare ile bağlarının kopmadığı, dolayısıyla organik ölçütün çözümediği sonucuna varılabilir. Ayrıca, Danıştay, Türkiye Diyanet Vakfı'nın kamu görevlisine tahsis etmiş olduğu konutun tahliye edilmesi yönündeki kararın iptali istemiyle idari yargıda açılan davada, işlemin “idari usul ve esaslara göre” tesis edildiğini belirtmek suretiyle, organik ve işlevsel ölçüt yanında biçimsel ölçütü de göz önünde bulundurmıştır.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın işlemlerine ilişkin kararlarında, yukarıda alıntılanan kararlarla aynı yorum yöntemini izlemiştir. İşlemin idariliğini; vakfın yapısı, işlevi ve işleyişi yönünden idari unsurların birlikteliğini ortaya koyarak gerekçelendirmiştir. Danıştay, Vakıf Yönetim Kurulu'nun iptal istemine konu olan kararında, vakıf adını taşıyan davalının işlemlerinin “örtülü biçimde de olsa Adalet Bakanlığı işlemi niteliğinde olduğu” nitelemesinde bulunmuştur.

“Bir özel hukuk tüzelkişisi olmakla birlikte Adalet Teşkilatı güçlendirme Vakfının, kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu dikkate alındığında; Vakıf, yapısı ve işlevleri yönünden nitelik itibarıyla kamusal alana taşmakta; lojman tahsisi konusunda Vakıf Konut Yönetmeliğinde belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemler adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşımaktadır. / Öte yandan; olayda davacının Hakim olduğu; lojman tahsisine yönelik başvuruyu Adalet Bakanlığına yaptığı; her ne kadar ‘tahsis’ Vakıfça yapılmakta ise de, işlemlerin Adalet Bakanlığınca yürütüldüğü ve bu suretle icrailik kazandığı; ayrıca, konuya ilişkin olarak tesis edilen işlemlerin Bakanlıkça ilgililere tebliğ edildiği

⁹⁵⁹ D5D, E.2000/624, K.2003/1085, T.01.04.2003, **Danıştay Kararları Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, 2003, s. 208 vd. Aynı yönde bkz.: D5D, E.2000/476, K.2000/1516, T.17.05.2000, **Danıştay Dergisi**, Yıl 33, Sayı 105, 2003, Aktaran: Tan, **İdare Hukuku**, s. 226.

hususları da gözönünde bulundurulduğunda, anılan işlemlerin, ‘örtülü’ biçimde de olsa Adalet Bakanlığı işlemi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”⁹⁶⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin nitelemesine göre ise, Vakıf “kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese”dir. Her iki Yüksek Mahkeme de, işlemin öznesinin idari niteliğini kaybetmediği sonucuna varırken, kamu hukuku kurallarına göre oluşum ve işleyiş, bütçenin gösterdiği özellikler, kamu hizmeti ile doğrudan bağlantılar, kurucuların ve karar alma gücünün kamu görevlileri olması gibi pek çok olguyu dikkate almıştır:

“Kamu hizmetlerinden sağlanacak gelirlerin vakıf amacına tahsis edilmesi ve bu şekilde klasik kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olağan bir yöntem değil ise de, kurucuları ile organları tümüyle Bakanlık merkez teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinden oluşan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, süreklilik arz eden gelirinin ‘Bakanlık Birimleri Taşra Teşkilatı tarafından verilecek her türlü hizmetlerden dolayı sağlanacak gelirler’den oluştuğu; gelirlerinin en az %80’ini nevi itibarıyla genel bütçeli idare bütçesi içinde yer alan bir hizmetin yerine getirilmesi amacıyla tahsisan kurulmuş olması nedeniyle 903 sayılı Kanunun 4. maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararı ile vergi muafiyetinden yararlandığı dikkate alındığında, ‘adalet hizmeti’ne yardımcı ve ‘o’na bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla da kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunun kabulü gerekir.”⁹⁶¹

Danıştay, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı’na ilişkin daha sonraki tarihli bir kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi kararının gerekçesini aynen koruyarak “adalet hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğundan, anılan Vakfın 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiğine” karar vermiştir.⁹⁶²

⁹⁶⁰ D8D, E.2000/476, K.2000/1516, T.17.05.2000, **Danıştay Dergisi**, Yıl 33, Sayı 105, 2003, s. 299.

⁹⁶¹ UM-HB, E.1999/1, K.1999/11, T.03.05.1999, **R.G.**, 21.09.1999-23823.

⁹⁶² DİDDK, E.2006/2958, K.2010/910, T.06.05.2010, **Danıştay Dergisi**, Yıl 40, Sayı 125, 2010, s. 50.

Özel hukuk statüsüne sahip ayrıcalıklı yapıların çağdaş kamu yönetiminde doğurduğu yozlaşma, yüksek mahkemelerin yukarıda değinilen kararlardan çok daha erken bir tarihte Duran tarafından gözlemlenmiştir. Yazar; taksi, dolmuş ve minibüslere ticari plaka dağıtımına ilişkin ihalelerden edinilecek paradan Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'na pay ayrılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi'deki hukuka aykırılıkları incelediği makalesinde, gözleme dayanan eleştirilerini paylaşmaktadır:

“Donanma Vakfı ile başlayıp Hava ve Kara Kuvvetlerine yayılan güçlendirme vakıflarının kurulması ve daha sonra, Adalet Bakanlığı da aralarında olmak üzere, birçok bakanlığın ve kamu kurumunun adlarını taşıyan ve/veya görev konularıyla ilgili vakıfların oluşturulması, devlet teşkilâtına paralel bir özel örgüt ağının belirmesine ve etkinliklerine yol açmakla, sanıldığı gibi ve savunulduğunun aksine, kamu yönetimine sakıncalar ve tehlikeler getirmektedir. / Bunların başında, kamu hizmeti ve yararı ile özel etkinlik ve çıkarların birbirine karıştırılması; bu yüzden kamusal gücün ve yetkilerin konu ve amacı dışında kullanılması gelmektedir. İdare teşkilatına paralel vakıf örgütünde yetkili ve görevli bulunanlar, çoğunlukla ilgili kamu görevlileri olduğundan; bunların vakıflara ilişkin etkinlikleri gereği gibi yürütülememekte ve etkili biçimde denetlenememektedir. Ayrıca bu vakıflar, iktisadî nitelikte faaliyet ve girişimlerde buldukları için, bunların organ ve personeli olarak çalışan kamu görevlileri, aslî sıfat ve uğraşları bakımından yasak olan çıkar ilişkilerinde taraf durumuna girmektedirler. Böylece oluşan menfaat bağları, her zaman asıl vakıfların konu ve amaçları ile çakışmayabileceği gibi; bu kişisel çıkarların yarattığı direnç nedeniyle, paralel özel örgütlerin kamusallaştırılması zorlaşmakta ve hattâ engellenmektedir.”⁹⁶³

Duran'ın cümleleri, aynı zamanda ileride Danıştay ile Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına konu olacak sorunun öngörüsü niteliğindedir. Yazar, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırların belirsizleştiği bulanık alanı fark etmiş, mahkemelerin sınır sorununu çözerken başvuracağı kamu hizmeti, kamusal yetki kullanımı, vakıf

⁹⁶³ Duran, “Peştemallik ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, 1987, s. 9.

örgütünde kamu görevlilerinin yer alması, vakfın mali kaynakları gibi ölçütler hakkında ipuçları vermiştir.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi; idare hukukuna organik, işlevsel ve biçimsel yönden bağlı oldukları halde özel hukuk örgütlenmesi görünümü altında var olan yapıların hukuk düzenleri arasında yarattığı çarpıklık ve bulanıklığı, çok yönlü bir değerlendirmeye gidermeye çalışmaktadır. Yüksek Mahkemeler; vakıf, anonim şirket veya adi ortaklık gibi adlar taşıyan özel kişi görünümlü idareleri veya idare örgütlenmesine yerleşmiş özel hukuk görünümlü yapıları, yalnızca ortak hukuk ile kavramamakta, ortak hukukun tüzelkişilik kurumunu kamu hukuku kavramları, ilkeleri ve kurumlarıyla dönüştürmektedir.⁹⁶⁴ Kararlarda, organik ölçütün zayıflatıldığını söylemek de olanaksızdır. Aksine, Medeni Kanun'da ya da Borçlar Kanunu'nda düzenlenen özel hukuk topluluklarının da idari özne niteliğini yitirmediğini göstermek amacıyla, birden fazla ölçütten destek alınmaktadır. Kararlarda, kamu gücü ölçütü hiç geçmemektedir. Ne Danıştay ne de Uyuşmazlık Mahkemesi bu gibi hukuksal sorunlarda kamu gücü ölçütüne yaslanmaktadır. Özel hukuk tüzelkişisi olmaktan çıkararak idari özneye çevirme etkinliği; kamu gücünü idare hukukunu bütünsel olarak açıklayan tek ölçüt addeden yaklaşım ile karşılaştırıldığında, idari işleme nitelik veren özellikleri çok yönlü tanılayan bir kavrayış olarak değerlendirilebilir.

2. Somut Olay Odaklı Kavramlarda Değişkenlik, Ölçütlerde Düzenlilik

Öğretinin ve yargının idari işlemin içlem ve kapsamını açıklamaya çalışması farklı gerekliliklerden kaynaklanmaktadır. Yargıçlar, soyut ölçütlere erişmek yerine, bakmakta oldukları iptal davasının konusu olan idari işlemin hukuksal rejiminin belirli bir yönünü belirginleştirmekle ilgilenmektedir. İdari işlemin tanımlamanın değil, kararın gerekçesini oluşturmaya elverişli bir tanıma başvurma, onu somut olaya

⁹⁶⁴ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2015, s. 15.

uygulayabilmenin ya da kararın gerekçesinde somut olaya uygun bir *tanıt* ortaya koymanın peşindedir. “İdari işlemdır” diye başlayan her tanıt, biçimsel olarak tanıma benzemektedir, ancak somut olay güdümlü içeriği nedeniyle aslında bir tanım değildir.

Yargı kararlarından hareketle, bir idari işlem tanımına ulaşmak beklentisi içinde olunmamalıdır. Çünkü Danıştay kararlarının gerekçelerinde karşılaştığımız önermeler, biçimsel olarak tanım görünümünde olmakla birlikte *tanıt* olarak adlandırılabilir.⁹⁶⁵

Kıyas ve tümdengelim, yargı organının başlıca akıl yürütme (çıkarım) yöntemleridir. Hüküm hukukçuluğu yapan idari yargıç, tasımlama (*sylogisme*) ve altlama (*subsumtion*) sürecinde, genel ve tümel öncülden, (büyük önermeden) özel ve tikel ölçüte (küçük önermeye) inen bir güzergah izler. Somut olanı, soyut ve genel olanın içine yerleştirir.⁹⁶⁶ Büyük önerme, soyut yasa ya da Anayasa kuralı olabileceği gibi, idare hukukunun temel ilke, kavram ve ölçütleri de olabilir. Yargıç, soyut kural, kavram, ölçüt ve ilkelerden somut olay için yargıya varır.

Tümdengelimin (*déduction*) ilk inceleme aşamasında işleyişi ise, bazı özellikler taşımaktadır. İdari işlemin olayda var olup olmadığını sorgulayan idari yargıç, yasal bir tanımdan değil biçimsel, işlevsel ve organik ölçütlerin zihninde soyut olarak bulunan bilgisinden yararlanmaktadır. Soyut bilgiyi, somut verilere örneksemektedir. İdari örgütlenme şeması ve kamu tüzelkişiliği, idari makam, kamu hizmeti gibi kavramlarla somut olayın verileri arasında gidip gelmektedir. Ölçütler, somut olayın verileri ile örtüştürülmeye çalışıldıktan sonra, gerekçe yazımında, tanım benzeri soyut bir önermeyi

⁹⁶⁵ Tanıtlama (ispat etme, démonstration); bir düşüncenin doğruluğunu ya da yanlışlığını yadsınamayacak biçimde göstermektir. Tanıtlamak için yararlanılan kanıtlara *tanıt* denir. Tanıtlamada doğrulukları kabul edilen tanıtlardan yola çıkılır. Tanıt (ispat, beyyine, delil, hüccet, preuve, proof) ise, tanıtlamanın dayandığı gerçektir. Aynı zamanda tanıtlamanın sonucunu dile getirir. Tanıtlamak için ileri sürülen kanıt bir tanıt olduğu gibi tanıtlamanın sonunda elde edilen tanıtlanmış da bir *tanıt*'tir. Aralarında anlam farkı bulunduğu halde kanıt ile anlamdaş olarak da kullanılmaktadır. Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, 1989, s. 395.

⁹⁶⁶ Hukukta en fazla başvurulan mantıksal araçlar olarak tümdengelim ve tümevarımı özel hukuktan örneklerle açıklayan bir çalışma için bkz.: Serozan, **Hukukta Yöntem**, 2015, s. 12 vd., s. 72 vd.

yargıcın kendisi oluşturma gereği duymaktadır. İşte yargılama etkinliği sonucunda ortaya çıkan bu tanıt, somut olayın etkisinden kurtulamamaktadır. Yargı kararlarında, somut olayın verilerinin her dava için geçerli bir tanım kalıbına dökülmesi yerine, somut olay belirlenimli bir idari işlem kayrayışını yansıtan tanıtlar karşımıza çıkmaktadır.

Tanıtlama, yargılamanın önemli bir parçasıdır. İdari işlemi tanıtlama ihtiyacı özellikle, yargıç davaya bakıp bakamayacağına karar verirken devreye girmektedir. Yargı organı, görevli yargı düzenini ya da kesin ve yürütülebilir idari işlemin varlığını araştırırken - tanımlama amacı gütmeyen halde- idari işleme ilişkin tanıtlayıcı önermeyi de vermiş olmaktadır. Yargı kararlarındaki tanıtın ders kitaplarındaki tanımlara kıyasla, idari işlemin ölçütlerini çoğu zaman eksik göstermesi, yargıcın davada şüpheli olgunun üzerine gitmesinden kaynaklanmaktadır. Bazı kararlarda, kamu hizmeti, kamu gücü veya idari makamın tek başına, bazı kararlarda ise hepsinin birlikte ortaya çıkması olağandır. Dolayısıyla, mahkemenin belirli bir uyumsuzluğa ilişkin olarak ortaya koyduğu bir tanıtlayıcı önermenin her zaman idari işleme ilişkin organik, işlevsel ve biçimsel ölçütleri aynı anda içermesi beklenemeyecektir. İrade açıklamasının niteliği şüphe uyandırdığında, ya idari işlemin varlığını apaçık gösteren ya da tam tersine onun varlığını çürüten ölçütün vurgulanmasıyla yetinilecektir.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen hukuksal sorunun yönlendirmesiyle, eksik unsurlu tanıtlar ortaya koyabilmektedir. Kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem bulunup bulunmadığı veya davaya hangi yargı düzeninde bakılması gerektiği gibi iki temel sorunla belirlenmiş önermeler, idari işlemlerin tümünün taşınması gereken ortak özellik ve ölçütleri içeren, hiçbir idari işlemi dışarıda bırakmayan genel ve soyut tanım oluşturmamaktadır.

Danıştay, idari işlemin işlem ve kaplamasını, tüm davalar için genelgeçer bir tanıma dökmeye çalışmamaktadır. Birel işlem dava edilmişse “ilgilinin hukuksal durumunu etkilemesi”; düzenleyici işlem dava edilmişse “kural”, kendine tanıtta yer bulacaktır. Davalının kamu tüzelkişiliği yokken, irade açıklaması biçimsel ve işlevsel yönden de idarilik özelliği taşıyorsa “idari işlemleri kamu tüzelkişilerinin yapabileceği” vurgulanacaktır. Aksine, yasama ya da yargı organlarının işlevsel yönden idari işlemleri söz konusu olduğunda, “işlevleri gereği idari olan makamlar” “idari görevleriyle ilgili olarak” gibi nitelermelerde bulunulacak, bu kez kamu tüzelkişiliği kavramı tanıtın dışında bırakılacaktır.⁹⁶⁷

Danıştay, tanıtlarında, işlevsel ölçüte ağırlık vermektedir. İdarenin örgütü içinde yer almayan ancak “idare işlevine ilişkin” olarak irade açıklayan devlet makamlarını, “idari makam” saymakta iken,⁹⁶⁸ işlevsel ölçüt de eksikse idari makam saymamaktadır.⁹⁶⁹ Hatta idare örgütü içinde yer alan bir makam bulunsa dahi, idare işlevi bulunmadığı durumda, işlemde idari nitelik görmemektedir.⁹⁷⁰ Kısaca, Danıştay’ın farklı

⁹⁶⁷ D10D, E.2006/1095, K.2007/5137, T.13.11.2007, **Danıştay Dergisi**, Yıl 38, Sayı 118, 2008, 2011, s. 332: İdari bir makam olarak kabul edilemeyen TBMM Başkanlığının ve Türkiye-ABD Parlamentolararası Dostluk Grubu Olağanüstü Genel Kurulunun, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeliklerini yeniden belirleyen tasarruflarının idari yargı denetimine tabi tutulamayacağı hk. “Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; iptal davalarında, bir idari makam tarafından tesis edilmiş olan, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlemin varlığının arandığı anlaşılmaktadır. İdari makam ve mercilerin, idari görevleriyle ilgili olarak tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki işlemleri idari işlem olarak tanımlanmaktadır.”

⁹⁶⁸ D10D, E.2007/7981, K.2010/6186, T.20.07.2010, **Danıştay Dergisi**, Yıl 41, Sayı 127, 2011, s. 326 : TBMM Başkanlığının idare işlevine ilişkin olarak tesis etmiş olduğu işlemlerin, kesin ve yürütülebilir idari işlem olduğu hk.

⁹⁶⁹ D10D, E.1990/2918, K.1990/1760, T.20.09.1990: Davacının, içtihatların birleştirilmesi isteminin, Danıştay Başkanlığı’nca İchtihatları Birleştirme Kurulu’na havale edilmemesine ilişkin işlemin, yargı işleviyle ilgili olup; idari işlem niteliğini taşımadığı hk.; D5D, E.1987/2379, K.1987/1785, T.16.12.1987, **Danıştay Dergisi**, Yıl 18, Sayı 70-71, 1988, s. 273: TBMM Başkanlığı’nda görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlerin idari nitelik taşıdığı, ancak TBMM İçtüzüğü’ne göre oluşturulmuş Plan ve Bütçe Komisyonu Anayasa sistemi içinde idari makam olmadığından Sayıştaya üye seçilmesiyle ilgili tasarrufunun idari işlem sayılamayacağı hk.

⁹⁷⁰ D10D, E.1991/3500, K.1992/46, T.15.01.1992, **Danıştay Dergisi**, Yıl 23, Sayı 86, 1993, s. 594: Savcılık tarafından verilen takipsizlik kararına itirazı reddeden Ağır Ceza Mahkemesi kararının, yazılı emirle bozulması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Adalet Bakanlığı işleminin Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan doğan bir yetki olduğu ve idari dava konusu yapılabilecek bir idari işlem olmadığı hk. Adalet Bakanının yargılama işlevine ait işleminin idari olmadığına ilişkin aynı yönde bir başka karar, D12D, E.2003/1018, K.2006/1436, T.14.4.2006, **Danıştay Dergisi**, Yıl 36, Sayı 113, 2006, s. 386: Yazılı emir ve kanun yararına bozma yollarına gidilmesi isteminin reddine yönelik Adalet

olasılıklardan vardığı tutarlı yoruma göre, devlet içinde idare işlevi varsa idari makam da vardır. Bu gibi kararlarda Danıştay'ın karşısına çıkan olgu, hiçbir devlet organının asıl hizmet alanına girmediğinden, yasama ya da yargı içindeki makamların idare işlevlerine ilişkin yürüttüğü atipik hizmet olarak belirlediğinden, “kamu hizmeti” yerine “idari görev” kavramı tercih edilmektedir. Üstelik, irade açıklaması devlet organlarından çıktığından biçimsel ölçüt olan kamu gücü ayrıcalıklarının var olduğunu belirtmeye gerek duyulmaktadır. Bu durumda Danıştay, kamu gücü ayrıcalıklarını, yasama ve yargı organlarının idari makamlarının idari işlemlerinde saklı ölçüt kabul ediyor olmalıdır.

İrade açıklamasının sahibinin asıl görevi yargılama işlevine giren yargıç ya da savcı olması, Danıştay'ın irade açıklamasını idari işlem olarak nitelemesini engellememektedir.⁹⁷¹ Çünkü bu durumlarda işlemlere idari nitelik kazandıran, yürütülen hizmetin idari olması ve işlemin yapılışında idari yöntem kurallarının izlenmesidir. Danıştay, ilke olarak, işlemin öznesine değil, o işlemin ilişkili olduğu işleve öncelik tanımaktadır. İdare işlevi mevcutsa, idari makam ölçütü onun peşi sıra gelmektedir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun Yargıtay üyelerinden birinin görev yerinin değiştirmesini konu edinen işlemin yargı işleviyle ilgisiz olup, idari işlem sayılması gerektiği hakkındaki kararda, idare işlevinin diğer ölçütlere önceliği açıkça vurgulanmaktadır:

“İdareyi ve idare alanını belirleyen en önemli öge olan ‘idare işlevi’ kavramı, oldukça önemli bir yere sahip olup, idare içinde yer alan birimlerin tüm işlemleri idare işlevine ait olmayabileceği gibi idare dışında yer alan yasama ve yargı organlarının idare işlevine ilişkin işlemleri de

Bakanlığı işleminin sonuçları yargısal alanda doğduğundan adli yargı düzeninde denetlenmesi gerektiği hk.

⁹⁷¹ D10D, E.2006/7165, K.2008/8312, T.26.11.2008, **Danıştay Dergisi**, Yıl 39, Sayı 121, 2009, s. 360: Adli rapor alınacak kişilerin sol kolunun mühürlenmesi ile ilgili Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün Genelgesi'ne dayanan uygulama ile davacının kolunun mühürlenmesi işleminin Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen bir idari işlem olduğu, hizmet kusuru ilkesi uyarınca tam yargı davası açabileceği hk.

bulunabilmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin, yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler ve hatta sadece yargıçlar tarafından yapılması, bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmaz. (...) İdare işlevine ilişkin olarak yapılan işlemler, hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idari işlem sayılarak, idari yargı denetimine tabi olması gerekir.”⁹⁷²

Ortaya çıkan olaya özgü tanıt bakılmakta olan davada iş gördüğü sürece, Danıştay’ın “idari makam, kamu tüzelkişisi, idare, idari makam, kamu kurumu, kamu idaresi” kavramlarından hangisini seçmesi gerektiği üzerinde durması pek önem taşımamaktadır. Danıştay’ın kavram seçimi, irade açıklamasının davadaki öznesine göre değişebilmektedir.

Danıştay her davada, idari işlemin alanının sınırlarını çizmeye çalışmaktadır. Bu amaçla geliştirdiği organik, işlevsel ve biçimsel ölçütlerden yararlanmaktadır. İdari işlemin kapsamının öznelere kimliği (idare, yasama içindeki idari makamlar, yargı içindeki idari makamlar, özel kişiler) bakımından karmaşık bir görünüme bürünmesi, farklı devlet organlarının tipik görev ve hizmetleri dışında irade açıklamakla yetkilendirilmiş olması nedeniyle; ölçütleri duruma göre tekil, birlikte veya birbirini baskılayan şekilde kullanmak zorunda kalmaktadır. Böylece, çok boyutlu ve geçişken olan toplumsal ilişkilerin idare hukukunda sistemli ele alınmasına katkı sunmaktadır.

Somut olayın özelliklerini gözetme ve idari işlem alanının karmaşasını çözme zorunluluğuna rağmen, yüksek mahkemelerin türdeş hukuksal sorunlarda idari işlemi diğer hukuksal işlemlerden ayırt edici ölçütleri yorumlama ve uygulama biçiminin düzenlilik ve süreklilik taşıdığını da kabul etmek gerekir. Yargı kararları halihazırda oluşturulmuş, kitaplara olduğu gibi aktarılacak bir tanım sunmamaktadır. Fakat, öngörülebilir ve izlenebilir bir uygulama sergilemekle, idari işlemin ölçütlerini yeni tanım denemelerine açık ve gelişkin haliyle öğretinin önüne koymaktadır.

⁹⁷² D5D, E.1995/4416, K.1996/1911, T.17.05.1996, **Danıştay Dergisi**, Yıl 27, Sayı 92, 1997.

3. İptal Davası Etkisine Eşdeğer Hukuksal Etki Araştırması

Danıştay, dava dilekçeleri üzerinde gerçekleştirilen ilk incelemede, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14/3-d maddesi uyarınca “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem” bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. İlk incelemede verilen kabul ve ret kararlarında, *hukuksal etki*'nin ne olduğu üzerinde kavramsal bir tartışmaya girmek yerine, *idari dava etkisi* odaklı bir yargılama yürütmektedir.

İdari işlemin soyut hukuksal etkisinin ne olduğunu irdelemenin öncelik taşımamasının nedeni, ilk inceleme mercilerinin esas incelemesine geçebilmenin önkoşulu olarak, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin varlığını saptama görevini yerine getirmeleridir.

1973'te Danıştay Tetkik Hakimliği, 1988'de Danıştay Savcılığı görevlerine atanan; 1997'de Danıştay Üyeliğine; 2005'de Danıştay Yedinci Daire Başkanlığına, 2010'da Danıştay Başsavcılığına seçilen Candan'ın İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerini açıklayan çalışmasında verdiği kendisine ait idari işlem tanımı da, yargıçlık deneyimine bağlı olarak, iptal davasına konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem arayışının etkisindedir.

“İdari işlem; bir idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, İdare Hukukunun kendisine tanıdığı olduğu kamu gücünü kullanarak ve *tek yanlı irade açıklamasıyla yapılan*, kesin (idari prosedürün son aşaması da bitirilmiş) ve yürütülmesi zorunlu (icrai) her türlü işlemdir.”⁹⁷³

Hukuksal etki, iptal davası etkisi (kesin ve yürütülmesi zorunlu olma) özellikleri ile eşdeğer tutulmakta, hukuksal etki doğuran irade açıklamaları “icrai işlem” adını almaktadır. İdari yargıcın bakış açısıyla hukuksal etkinin dava edilebilirlik olarak ele

⁹⁷³ Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2015, s. 64.

alınması, yalnızca iptal davasına konu edilebilen irade açıklamalarının idari işlem sayılabileceği yanılığını doğurmaktadır.

İptal davası kalıbı içinde denetlenebilirlik irade açıklamalarının hukuksal etki doğurmaya yönelerek işlem oluşturmasının bir koşulu değildir. Yargı yolu önünde bir engel bulunmadığı sürece, hukuksal etki doğuran irade açıklamalarına bağlanan bir sonuçtur. Dolayısıyla, “her idari işlem iptal davası kalıbı içinde denetlenebilir, yalnızca iptal davasında denetlenebilen işlemler idaridir” mantık yürütmesini içeren önermeye katılmak olanaksızdır. Örneğin, zorunlu itiraz yolu tüketilmeden dava açılmaması ortada bir idari işlem bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Oluşmuş bir işlemin henüz kesinleşmediğini, dolayısıyla dava açılmayacağını göstermektedir. İşlem, idarenin ilgililerin hukuksal durumları üzerinde etki yaratma iradesini içermekte, bu yönüyle hukuk düzenine yeni bir birel norm eklemektedir.⁹⁷⁴ Zorunlu idari itiraz, ilgilinin hakkında yapılmış bir idari işleme karşı dava açmadan önce, bu işlemin yeniden gözden geçirilmesini sağlamak için idareye başvurması zorunluluğunu içermektedir. İtiraz konusu işlem, ilgili açısından olumsuz hukuksal durum yaratmış, bu nedenle ilgili ile idare arasında uyuşmazlık doğurmuş olduğundan, yapılan başvuru ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması istenmektedir.⁹⁷⁵

İçlemi en geniş olan kavramlar en dar kaplama sahiptir ya da aksine kaplamı en geniş olan kavramlar en dar işleme sahiptir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 14/3-d maddesinde belirlenen “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem” ifadesinde mevcut nitelikler idari işlemin içlemini genişletmiş olduğundan, kaplamasını daraltmıştır. Birincisi, iptal davasının idari işleme karşı açılabilmesi kuralı, idarenin hukuksal etki doğurmayan tüm irade açıklamalarını (eylemleri başta olmak

⁹⁷⁴ Kaya Burak Öztürk, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 48.

⁹⁷⁵ **Ibid.**, s. 17.

üzere idari işlem biçimini alamayan fiili varoluşunu) dışarıda bırakmaktadır. İdari işlemin, ayrıca kesin olması ve yürütülmesi zorunlu olması şeklindeki iki koşul, her türlü idari işlemin de iptal davasına konu olamayacağına ilişkin bir sınır çizmektedir.

Türkiye'de idari işlem kuramı; paralel başvuru, bakan-yargıç, öznel dava, saf idare işlemleri vb. engelleri aynen Fransa'da olduğu gibi katederek gelişmemiştir. Ancak yargılama yöntemi kurallarının ve pek çok idare hukuku kavramının çeviriyle aktarıldığı düşünülürse, idari işlemin yargısal denetimi önündeki Fransa kökenli engellerin Türkiye'de de kısmen de olsa iz bıraktığı yadsınamaz. İşlem (*acte*) kavramının, idarenin işleyiş ve eyleyişini genel olarak anlatan bir üst kavram olarak Fransız idare hukuku yazımına girdiği 19. yy. başında, idarenin varoluşunun yargılanabilirliği istisnadır. 19. yy. son çeyreği ile 20. yy. ilk çeyreği arası zaman diliminde, idari işlem kuramının kamu hukuku okullarının elinde yükselişiyle, idarenin işleyiş eyleyişini dışavuran pek çok olgu idari işlem olarak kabul edilmiş, idarenin tek yanlı hukuksal işlemleri yargılanabilirlik bakımından ortak rejime kavuşmuştur. İdari işlemlerin iptal davasında yargılanabilirliğinin istisnadan ilkeye dönüşmesiyle birlikte, iptal davasında yargılanabilir iradi olguların, idari işlem niteliğine ek bazı özellikleri de taşıması gerektiği kabul edilmiştir. Tüm idari işlemlerin, idari dava etkisi taşıması kural olmakla birlikte, iptal davası önkoşullar açısından bazı sınırlamalara tabi kalmaya devam etmiştir. Yürürlükteki yasalarda hâlâ idari işlemin “kesin”, ayrıca “yürütülebilir” olmasının aranması, söz konusu yargı engellerinin günümüze ufalarak taşınan kalıntılarındanır.

İptal davası, geçmişinde, hem Türkiye’de hem Fransa’da idari davadan değil idari başvurudan türemiş,⁹⁷⁶ Fransa’da türeme, ilk evrelerinde büyük ölçüde adli yargıdaki temyiz örnekleriyle gerçekleşmiştir. Bu nedenle, iptal davasının üzerinde, hem

⁹⁷⁶ Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, 2005. s. 252.

idari başvurudan hem de temyiz başvurusundan kalma izler hâlâ durmaktadır. 19. yüzyılda, nasıl temyiz başvurusu (*recours en cassation*) için “nihai yargı kararı” aranıyorsa, Devlet Konseyi önünde yetki aşımının incelenebilmesi için de bir bakıma “idarenin nihai kararı” aranmaktadır. İşlemler dizisinin sonucu olan işlemlerde önceleyen işlemlerden nihai bir karar ortaya çıkmadığı, idari işlemlere karşı zorunlu başvurunun yapılmadığı ya da ilk irade açıklaması yetkili merciler tarafından onaylamadığı sürece; iptal davasına konu olabilecek bir idari işlemin bulunmadığının kabulü, idari yargının önüne ancak idarede sonuca erişmiş bir işlemin getirilebileceğinin kabulüdür. Bu üç varsayımda, kesin idari işlem aslında, ilk derece mahkemesinin nihai kararında olduğu gibi nihai idari kararı anlatmaktadır. İlk derece mahkemesinin davadan el çekmesi gibi, idare işleminden elini çekmektedir. Zorunlu idari başvuruya tabi idari işlemlerde, başvuruya cevap süresi geçtikten sonra iptal davası açılabilmesi ise, ilk derece mahkemesinin kesinleşmesine benzemektedir. Yetki aşımı başvurusunun, temyiz başvurusunun kalıplarını kıramadan geliştiği dönemlerin izdüşümü olarak, kökeninde yargı terminolojisine ait olan kesinlik kavramı idare hukukuna da sızmış ve bugüne kadar ulaşmış bulunmaktadır.

Danıştay, iptal davasının konusunu oluşturan idari işlemi, farklı zaman dilimlerinde farklı formüllere büründürerek dile getirmiştir. Önceleri “doğrudan doğruya icra ve infaz kabiliyeti bulunan idari kararlar”⁹⁷⁷ ya da “kati mahiyette olan idari tasarruflar”⁹⁷⁸ formülleri altında ele alınan sorun, altmışlı yıllarda “kesin ve re’sen icrası kabul mahiyette idari kararlar”⁹⁷⁹ ifadesi ile ve daha sonra da “kesin ve yürütülmesi gerekli

⁹⁷⁷ D6D, E.1946/2702, K.1947/57, T.10.01.1947, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Yıl 11, Sayı 35, Mart 1947.

⁹⁷⁸ D4D, E.1946/3083, K.1947/1193, T.29.05.1947, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Haziran-Eylül 1947.

⁹⁷⁹ D12D, E.1965/2782, K.1966/1633, T.28.04.1966, **Danıştay Kararları (1967-1968-1969)**, **İkinci Kitap**, (toplayan: Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu), Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1969, s. 39; D6D, E.1965/26, K.1965/2462, T.11.12.1965, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı 97-98-99.

idari işlem”⁹⁸⁰ kavramı çerçevesinde ortaya konulmuştur.⁹⁸¹ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun yürürlüğe girişinden itibaren ilk incelemede verilen verilen ret kararları ise, Kanunda’da geçen “kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem bulunmadığından...” formülüyle kapanmaktadır. Danıştay aynı formülü, yargı yolu kapalı işlemler için de kullanılmaktadır. Oysa etkisiz irade açıklamaları iptal davasına konu edilemediği halde, yargı yolunun kapalı olması nedeniyle ya da zorunlu idari başvuru yolu tüketilmediği gerekçesiyle iptal davasına konu edilemeyen işlemler, etkisiz irade açıklaması değildir.

Danıştay kararlarında, hukuksal etkiyi karşılamak üzere “hukuk düzeninde etki, hukuksal duruma etki,⁹⁸² hukuksal sonuç” gibi farklı ifadeler ile ender olarak karşılaşılabilmekteyse de, hukuksal etki, çoğunlukla iptal davasında irade açıklamasını yargılanabilir kılan bir özellik olarak belirlemektedir.

C. Mahkeme Kararlarından Alınmış Tanıtların İdari İşlemin Hukuksal Rejimine İlişkin Koşullarla Kaynaşması

Genel eser niteliğindeki ders kitaplarında, yazarlar bazen, tanım vermek yerine, yargı kararlarının tanıtılarını doğrudan tanımış gibi okuyucuyla paylaşmaktadır. Tanıtların tanıma dönüştürülmeden aktarılması, idari işlemin içlemini gösteren özelliklerin onun uygulanmasına ve dava edilebilirliğine ilişkin koşullarla kaynaşmasına yol açmaktadır.

Doğrudan tanıt aktarımının en büyük sakıncası ise, yargı organlarının hukuksal rejimi aydınlatmak üzere belirtmeden geçmediği “re’sen uygulanabilme, yargı denetimine tabi tutulma, kesin ve yürütülebilir hatta yazılı olma” gibi özelliklerin, irade açıklamalarına idari işlem niteliği kazandıran ortak özellikler gibi yansıtılmasıdır. Biçimsel mantığa

⁹⁸⁰ D8D, E.1974/2821, K.1975/1681, T.12.05.1975, **Danıştay Dergisi**, Sayı 20-21; D7D, E.1978/3004, K.1979/834, T.19.04.1979, **Danıştay Dergisi**, Yıl 10, Sayı 36-37, 1980, s. 447.

⁹⁸¹ Celal Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, Ankara, 1991, s. 109.

⁹⁸² “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için, idarenin tek yanlı irade ile kamu hukuku esaslarına dayanarak, ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen kararlarının, idari işlem niteliğinde olduğu hk. (DİDDGK, E.1985/80, K.1985/71, T.03.05.1985, **Danıştay Dergisi**, Yıl 16, Sayı 60-61, 1986, s. 107)”.

göre, tanımlananın niteliklerinin bir bölümü esaslı, bir bölümü ise rastlantısaldır. Tanımlanana içkin olan, onun dışında varolmayan özellikleri esaslı; ilişkilerden doğan, yer aldığı sınıfın niteliklerinden gelen özellikleri ise rastlantısaldır. Tanımlama öze ilişkin olmalıdır. Biçimsel mantık, onları kullanarak bir yandan görüngüyü, olumsalı, görünüşü, rastlantısalı; öte yandan özü ayırdedip ortaya koyabileceğimiz tipler varsayar. Kavram mantığı; öz mantığı, nitelik mantığıdır. Kavram belirlenmiş niteliklerin toplamı olan bir tiptir.⁹⁸³ Re'sen veya cebren uygulanabilme, yargı denetimine tabi tutulma, kesin ve yürütülebilir olma, yazılı olma gibi özellikler, onun esaslı değil rastlantısal özellikleridir. Bunların herbiri, onun özgül bir kavram olarak var eden nitelikleri değil, bazı koşullarda gösterebileceği özellikleri vermektedir.

İşlemin yapılışında rızaya ve eşit iradelerin uyuşmasına gerek duymaması ile ortaya çıkan üstünlük ve ayrıcalığın uygulama aşamasındaki görünümü; gerektiğinde idarenin kendi kararını “doğrudan ve kendiliğinden” ya da “zorla” yerine getirilmesi olarak anlatılmaktadır. Re'sen ya da cebren icra mahkeme kararlarında ve bazı yazarlarda, ağırlıklı olarak, idari işlemin temel özelliklerinden biri gibi verilmektedir.⁹⁸⁴ Bu durumun nedenlerinden biri, idari işlemin tanımını hukuksal rejimiyle birleştirerek, idarenin kendi kararlarını re'sen icra yetkisini genel bir yetki kabul eden Danıştay kararlarının idare hukuku kitaplarına ayıklanmadan ve işlenmeden aktarılmasıdır.

Örneğin hem Atay'ın hem de Tan'ın kitabında tanım örneği olarak sunulan bir Danıştay kararında, re'sen uygulanabilirlik tanımının içine yerleştirilmiştir:

⁹⁸³ Lefebvre, **Logique formelle, logique dialectique**, 1969. Kitabın yayınlanmamış çevirisinden yararlanılmıştır: **Biçimsel Mantık, Diyalektik Mantık**, (çev. Onur Karahanoğulları), s. 27.

⁹⁸⁴ Giritli, Bilgen vd., idarenin kamu hukuku alanına giren işlevlerini yerine getirme adına, aksine yasal bir metin bulunmadıkça, bir mahkemeye başvurmadan kendiliğinden hareket etmek ve doğrudan doğruya icrai kararlar almak yetkisine sahip olmasını temel bir kural kabul eden pek çok Danıştay kararı bulunduğuna dikkat çekmektedirler. Danıştay kararlarında, idarenin icrai karar alma yetkisi ile bu kararını güce başvurarak yerine getirme yetkisinin idarenin genel yetkisi olarak kabul edilmesinin, her ikisinin birbirine karıştırılmasından kaynaklandığını saptamaktadırlar. Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 1078.

“Kamu kurum ve kuruluşları tarafından Kamu Hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır.”⁹⁸⁵

Çağlayan da, Danıştay’ın işlemin doğrudan uygulanabilirliğini onun genel bir özelliğiymiş gibi gösteren Danıştay kararında geçen “İdari makam ya da mercilerin, idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olarak, kamu hukuku kurallarını uygulayarak kamusal alanda tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarruf” ifadesine atıfta bulunmaktadır.⁹⁸⁶ Danıştay’ın pek çok ölçütü bir araya getiriyormuş izlenimi uyandıran tanıtlayıcı önermesinde, idare hukukunun dağarcığına yabancı kavramların yer alması dikkat çekmektedir. Danıştay “kamusal alan” kavramını belki de, “kamu hukuku alanı” anlamında kullanmaya çalışmaktadır. Faaliyetin idare hukuku alanında olmasını bir koşul olarak ortaya koymasının hemen ardından, yersiz ve gereksiz olduğu halde, işlemin kamusal alanda tesis edildiğini de eklemektedir. Faaliyetin idare hukuku alanında görülüp görülmemesi idareye bırakılmaktadır.

Atay’ın kendi idari işlem tanımı da, geçerlilik ve uygulanma şartlarını, yargı denetimine tabi olup olmamasını da içerecek şekilde idari işlemin hukuksal rejimine bağlı özellikleri içermektedir:

“İdare hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve de hizmetin gereklerine uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran yani icrai niteliği olan, re’sen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargı denetimine tâbi ve kural olarak yazılı şekilde tesis edilen işlemlerdir.”⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ D10D, E.1987/1159, K.1987/1458, T.01.07.1987, **R.G.**, 24.07.1987-19527, s. 3; aktaran: Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 345; Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 224, 229.

⁹⁸⁶ D10D, E.2007/6407, K.2008/3039, T.30.04.2008, **Danıştay Dergisi**, Yıl 38, Sayı 119, s. 359; aktaran: Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2012, s. 335.

⁹⁸⁷ Atay, **İdare Hukuku**, 2006, s. 347.

Üstelik, “İlgililerin hukuki durumu üzerinde hüküm ve sonuç doğuran” ifadesi, yalnızca birel işlemin hukuksal etkisine işaret etmektedir. Danıştay’ın birel işlem ekseninde oluşturduğu bu tanıtın, idari işlemin genel bir tanımı olarak ders kitabına aktarılması sorunludur. Tanım olarak sunulan tanıt, düzenleyici işlemler gibi geniş bir idari işlemler alanını dışarıda bırakmaktadır.

Hem Çağlayan’ın ve hem de Atay’ın aktardığı diğer mahkeme kararlarında da, mahkemelerin asıl amacının aslında idari işlemi tanımlamak değil sadece iptal davasının konusunu oluşturabilecek idari işlem bulmak olduğu söylenebilir.

“İdari yargı yerinde hukuka uygunluk denetimi yapılarak iptali söz konusu olabilecek işlemler, idari makamlarca kamu hizmeti yükümlülüğünün ifası için kamu gücü kullanarak idare hukuku alanında sonuç doğuracak irade açıklamaları niteliğinde olmalıdır.”⁹⁸⁸

İdari işlemin mahkemelerce nasıl tanımlandığına örnek gösterilen bir diğer kararda da, Danıştay sadece kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemin ne olduğunu açıklamaktadır:

“İdare tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla, kamu gücü kullanılarak tek taraflı irade ile tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem”⁹⁸⁹

Yargı kararlarındaki tanıt, bilim özneleri için, eserlerine doğrudan yerleştirilebilecek kavram tanımı değil, ancak kavramın içlemine belirginleştirmek için başvurulabilecek veri olabilir. Ders kitabı ya da başka türde bir eser yazan hukukçu öznenin, herşeyden önce, *taksonomik*⁹⁹⁰ çaba sarf ederek, söz konusu veriyi adlandırması, özellikleriyle ait olduğu kategoriye belirlemesi, sınıflandırması gerekir. Oysa, yargı organlarının somut olay eksenli ve dolayısıyla tek yönlü (*monotetik*) önermelerinin, idare hukuku

⁹⁸⁸ AYİM 1. Daire, E. 1998/1051, K. 1999/932, T. 10.02.1999, **AYİMD**, s. 14; aktaran: Çağlayan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 2012, s. 335; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 422.

⁹⁸⁹ D3D, E. 1986/1733, K. 1986/1500, T. 04.06.1986, **Danıştay Dergisi**, Yıl 17, Sayı 64-65, 1987, s. 104; DİDDK, E. 1985/80, K. 1985/71, T. 03.05.1985, **Danıştay Dergisi**, Yıl 16, Sayı 60-61, 1986, s. 107; aktaran: Çağlayan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 2012, s. 335.

⁹⁹⁰ Grekçe kökenli taksonomi terimi, taksis (düzenleme) ve nomia (yöntem) sözcüklerinin birleşmesiyle oluşmuştur; Yunancada, taksis (düzenleme) ve nomos (yasa) sözcüklerini içermektedir. Taksonomi, “sınıflandırma bilimi” ve sınıflandırmada kullanılan kurallar ile ilkeler bütünü anlamını vermektedir.

kitaplarında idari işlemin genel tanımı gibi aktarılması, idari işlemin diğer irade açıklamalarından ayrılmasında çok yönlü (*politetik*) ölçütler kullanılması gereğinin üstünü örtebilmektedir.

II. KITA AVRUPASI KAYNAKLI GÖRÜŞ VE ÖĞRETİLERİN İDARİ İŞLEM KAVRAMINA YANSIMALARI

“Hukukî tasarruf nazariyesinin amme hukukuna girmesi ve inkişaf etmesi bu hukukun doğum ve tekâmül saflarından en mühimini teşkil eder”.

Sıddık Sami Onar⁹⁹¹

A. *Kamu Hizmetleri Okulu'nun I. Cumhuriyet'te Özgün Temsili*

Her okul, öncelikle, *tutarlılık* ve *devamlılık* peşinde koşan bir sanatsal hareketin ya da düşünce akımının *kristalleşmesidir*. Okullaşma, aynı sanat veya bilgi kavrayışına bağlılık gösteren, aynı temel yönelimleri paylaşan, biri diğerini kimlik özdeşleştirme yoluyla tanıyan bir yaratıcı veya aydın grubunun varlığının yanı sıra; yeniden üretim süreci sayesinde *süre* içinde yerleşmeyi de gerektirir. İkinci olarak, her okul bilginin *iletim* mekanizmaları ile belirginlik kazanır, “otorite” niteliğinde bir sav üzerinde temellenir. “Okul yaratmak”, “üstad”ın ikna edici, ayartıcı, etkisi altına alıcı sözünde kendini bulan “öğrenciler”in olması demektir.

Kamu hukuku okullarının temel yarılma hattı, idare hukukunun ve idari yargının alanının belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin ne olması gerektiği sorusundan geçmektedir. İdare hukukunu salt kamu hizmeti ya da salt kamu gücü üzerine inşa etmek, aynı zamanda farklı siyasal çizgilere karşılık gelmektedir.⁹⁹² Ölçütlerin yazarların kaleminde değişkenlik göstermesi devlete ve topluma ilişkin farklı bakış açılarına işaret ederken, zaman içinde evrilmesi ise, devletin işlevlerinin dönüşümü ile doğrudan bağlantılıdır. Hem Türkiye’de hem Fransa’da, idari yargı ile öğreti, gelişen,

⁹⁹¹ Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazâî Murakabe”, 1939, s. 275.

⁹⁹² Truchet, **Droit administratif**, 2008, s. 40.

azalan, çoğalan veya güçlenen işlevlerin tabi olacağı hukuksal rejimi, ölçütlerle belirlemeye çalışmışlardır.

İdare hukukuna kimlik veren, onun diğerleri karşısında alanını çizmeye yarayan ölçütler, aynı zamanda idari işlemi nitelemeyi sağlayan ölçütlerdir. Günümüzde idarenin özel hukuk sözleşmeleriyle etkinlik göstermesinin yaygınlaşması ve yeni idari sözleşme tiplerinin türemesi⁹⁹³ eğilimine rağmen, idarenin varoluşunun olağan hukuksal biçiminin tek yanlı idari işlem olduğu yadsınmamaktadır.⁹⁹⁴ Dolayısıyla, idarenin başvurduğu hukuksal biçimin niteliği saptanırken, okulların adıyla anılan ölçütlere yeniden başvurmak gereği kendi dayatmaktadır.

Ders kitaplarının idare hukukunun alanını ele alan sayfalarında kamu hukuku okullarının sırayla tanıtılması boşa değildir. Fransa'da bir ölçütün ortaya çıkışını tarihsel sembol haline getirerek *Temel Kararlar Kataloğu'na (GAJA Kitabı'na)* giren pek çok Devlet Konseyi kararına, Türk idare hukuku yazınında defalarca atıf yapılmıştır. Söz konusu kararlara çağdaş eserlerde de yeri bulunmaktadır. Ancak, iktisadi-toplumsal akış eşzamanlı olmadığından, Türkiye'de ölçütlerin ortaya çıkışı, olgunlaşması, zayıflaması Fransa ile eşzamanlı gerçekleşmemiştir. Fransa'da idare hukuku kamu gücü ölçütü üzerinde gelişmeye başlamıştır. Başlarda egemenlikle sınırlı bir çağrışıma sahip kamu gücü, 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren kamu hizmeti ile kaydadeğer bir gerileme yaşamış, 20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren kamu hizmeti kavramının bulanıklığı dile getirilir olmuştur. Türkiye'de ise, Cumhuriyet'in ilk çeyreğinde idare hukukunun

⁹⁹³ Klasik idari sözleşme türleri (mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, orman işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) dışında, Türkiye'de kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine yönelik uygulamalara dayanak oluşturan yasal ve idari düzenlemelerle yeni idari sözleşmeler (telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin görev, imtiyaz, GSM görev sözleşmeleri, kamu-özel işbirliği sözleşmeleri) ortaya çıktığı gibi; Fransa'da da, devredilmiş yönetim (*gestion déléguée*) gibi deyimlerle kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan isimli veya isimsiz sözleşmeler inceleme konusu yapılmaktadır. Söz konusu sözleşmelere ilişkin sınıflandırma ve açıklamalar için bkz.: Tan, **İdare Hukuku**, 2014, s. 304-316.

⁹⁹⁴ **supra**. Bölüm III / Başlık I-A-1-b, "İdari İşlemin Kaplamının İdari Sözleşmelerle Genişlemesi".

gelişimi kuramsal resepsiyon ile hızlandırılırken kamu hizmeti kavramı en güçlü dönemlerini yaşamaktadır.

Fransa’da, idarenin ayrı yargı düzeninde yargılanması bile bir kamu gücüne dayanan ayrıcalıklardan biri olarak anlaşılmıştır. Bu anlayış, Fransız idari yargısının uzun süre doğum sancıları çekmesine yol açmıştır. Üstelik idari yargı, aynı tarihsel yükü hâlâ kısmen de olsa taşımaktadır (örneğin, özel kişinin iradesinin idari yargıda yargılanmasının doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu düşüncesiyle idari sözleşmelerin iptal davasına konu edilememesi gibi). Türkiye’de, ne idarenin tek yanlı işlem yapabilme gücü ne de idari sözleşmelerin idari yargıda dava konusu edilebilmesi idare için bir ayrıcalık olarak yorumlanmıştır. I. Cumhuriyet’te, idare hukukunun ve idari yargının varlık nedeni kamu hizmeti ile meşrulaştırılmıştır. Türkiye’de, idare hukukunun doğum evresinde Fransa’ya benzer bir kamu gücü algısı karşılık bulmazken, idari yargının gerekli olup olmadığı konusundaki tartışma da erken tarihli birkaç yazıda geçmektedir.⁹⁹⁵

İdare hukuku tarihimizde, farklı okulların ya da en azından belirgin kuramsal akım ya da çizgilerin varlığı araştırıldığında, Cumhuriyet’in ilk çeyreğinde Kamu Hizmetleri Okulu’nun güçlü ve özgün bir biçimde temsil edildiği görülmektedir. Hukuk-i idare yazını, idare hukukunun konularını idareye düşen görevler ya da yönetsel işler üzerinden yazılı hukuka koşut bir sınıflandırmayla incelediğinden kamu hizmeti kuramına dair izler zayıftır. Devletin, idarenin ve hukukunun varlığını kamu hizmeti bağlamında düşünmenin, Osmanlı’dan sonra, Cumhuriyet Dönemi’nde ortaya çıkan bir yaklaşım olduğu dikkat çekmektedir.

⁹⁹⁵ Cudi Özal, “İhtilâflar Mahkemesi Gibi İdarî Kaza da Tabii Bir Hukukî Müessesedir”, **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, 6-102, 1938, s. 5749-5752; Bu makaleye ilişkin eleştiri ve değerlendirme için bkz.: Gad Franko Milaşlı, “Kaza Birliği”, **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, no. 6-102, 1938, s. 5659-5660.

Özkan (1897-1938) tarihli kitabına “âmme hizmeti ve tahlili” ile başlamaktadır; devamında, “hükmî şahıslar” her amme hizmetinin bağlandığı hukuksal kişilik olarak anlatılmaktadır; idari tasarruflar “âmme hizmetlerinin teşkil ve işletilmesinde hâkim üç prensip” altında incelenmektedir; memurlar “âmme hizmetini işletenler” başlığıyla ele alındığından başlık memuriyetin tanımına dönüşmektedir. Kısaca, eserin bütününde, kamu hizmeti idare hukuku konularının yörüngesini çizmektedir. Kamu hizmeti, idari tasarruf tanımında, bu tanımın tüm unsurlarını içine alacak kadar vurguludur:

“İdari tasarruflar, amme hizmetlerini işletmek üzere tesis edilmiş bir makamda bulunan kimsenin yine amme hizmetlerini işletmek maksadile yapmış olduğu işler, muamelelerdir.”⁹⁹⁶

Yazara göre, idare hukuku, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak için kurulmuş kamu hizmetlerinin hukuku demektir:

“Amme hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi keyfiyeti hukuku idarenin mevzuunu teşkil eder”⁹⁹⁷.

İdari otorite ise,

“İdarî otorite: Adlî otoritenin görmekte olduğu adlî hizmetlerden maada sair amme hizmetlerini gören makamların umumudur.”⁹⁹⁸

Bunların da ötesinde, Özkan, kamu hizmetini yalnızca idarenin değil, devletin varlık nedeni kabul etmektedir:

“Devlet amme hizmetlerinin görülmesi için milletin teşkilatlanmasıdır. Teşkilatlanmış millettir. Devlet amme hizmetlerinin mecmuudur.”⁹⁹⁹

Yazar devletin bağlı olduğu temel hukuk ilkelerini de kamu hizmeti ile açıklamaktadır:

“Kanunun hâkimiyeti ilkesinin yerleşmesinin kaynağı idarenin hukuk çerçevesi dâhilinde amme hizmetlerini yürütmekten ibaret bir mefhum haline gelmesidir.”¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁶ Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 32.

⁹⁹⁷ **Ibid.**, s. 9.

⁹⁹⁸ Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 60.

⁹⁹⁹ **Ibid.**, s. 29; Benzer devlet tanımı ilerleyen sayfalarda yinelenmektedir: “Devlet, topluluğun müşterek ve her bir şahıs için bir olan ihtiyaçlarını görmek üzere topluluğun teşkilatlanarak harekete geçmesidir, teşkilatlanmış millettir.” **Ibid.**, s. 50.

“âmmе hizmetlerinin işletilmesi kanunun idare edilenler üzerinde hakimiyetini maddileştirir.”¹⁰⁰¹

Aktarılanlardan çıkan yaklaşım; devletin kuruluşunun kamu hizmeti nedenine dayanması, varoluşunun sınırının yine kamu hizmeti olmasıdır. Sonuç olarak, idare hukukunun tüm kavramları, hatta devlet, farklı denklemlerle kamu hizmetine eşitlenmektedir. Üstelik, Özkan’ın Duguit’ın “toplumsal dayanışma” düşüncesini de eserinin “Giriş” bölümünde kendi hukuk anlayışına yerleştirdiği görülmektedir:

“Hukuk meselesinin mevzuu, gayesi, içtimaî tesanüdün muhafazası ve onun teyit ve takviyesidir.”¹⁰⁰²

Kısaca Özkan’ın ifadeleri, Kamu Hizmetleri Okulu için *slogan* niteliğindedir.

Onar ise, idare hukukunun kuruluş sürecini kamu hizmeti anlayışının gelişimi ile açıklamaktadır. İdarenin örgütlenmesi bütünüyle aynı düşünceye yönelmektedir; Türkiye Cumhuriyeti idaresinin kuvvet, imtiyaz ve yetkileri kamu hizmeti ile meşrulaştırılmaktadır:

“İdarenin teşkilâtı, salâhiyet ve imtiyazları bu gayeye ve ana fikrin tahakkukuna hizmet içindir.”

¹⁰⁰³

“Cumhuriyet idare hukuku, devlet aygıtının tüm hücrelerini kamu hizmeti ile yenilemiş ve canlandırmıştır.”¹⁰⁰⁴

Yazar, Cumhuriyet idare hukukunda farklı kuram ve görüşlerin herbirinin kabul ettiği bir genel esas oluşturduğu savıyla, idare hukukunu “âmmе hizmetleri hukuku” olarak tanımlamaktadır.¹⁰⁰⁵

Onar’ın idare hukuku yaklaşımında en güçlü etkilerin Kamu Gücü Okulu’nun temsilcisi olarak bilinen Hauriou’dan gelmesi asla bir çelişki olarak yorumlanmamalıdır. Böyle bir

¹⁰⁰⁰ **Ibid.**, s. 63.

¹⁰⁰¹ **Ibid.**, s. 66.

¹⁰⁰² **Ibid.**, s. 3.

¹⁰⁰³ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, 1936, s. 26.

¹⁰⁰⁴ **Ibid.**, s. 15.

¹⁰⁰⁵ **Ibid.**, s. 5.

yorum, ancak, Hauriou'nun sadece kamu gücüyle anılması gibi son derece çarpıtılmış ve genelgeçer bir idare hukuku tarihi bilgisine kendini yaslayabilir. Hauriou, kamu hizmetinin açıklayıcılığını hiçbir zaman reddetmemiş olması bir yana, kamu hizmeti kavrayışının yerleşmesine büyük katkılarda bulunmuştur. Müessese (*institution*) kuramı sayesinde, kamu hizmeti işlevinin örgüt içinde kurumsallaştırmasını açıklayan Hauriou'dur.

Onar, Hauriou'nun Kamu Hizmetleri Okulu'nun dışında olmakla birlikte, aslında kamu hizmeti anlayışının derinleşmesine ne ölçüde destek verdiğinin farkındadır. Tanzimat reformlarıyla oluşan kurumları ve bunlara karşı tepki olarak ortaya çıkan inkılâpları, monarşi kurumlarının neden yaşamadığı, Cumhuriyet kurumların nasıl oluşturulup yaşatılabileceği sorunsalını *Hauriou'nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki*¹⁰⁰⁶ başlıklı çalışmasında ele alması, onun Hauriou'nun kuramına atfettiği değer in güçlü bir göstergesidir. Onar'a göre, kamu hizmeti, idare hukukunu idarenin içini düzenleyen örgüt kurallarından ibaret olmaktan kurtararak hukuk abidesi yaratan esasların başını çekmektedir; o günün Türk İdare Hukuku, halkçı ve devletçi Türkiye Cumhuriyetinin ana ilkesi olan doğan kamu hizmeti düşüncesine dayanmaktadır.¹⁰⁰⁷ Yazar, aslında, kamu hizmetinin Hauriou'nun anlattığı niteliklere sahip kurumlar altında örgütlenmesini onların sürekliliğinin bir güvencesi olarak

¹⁰⁰⁶ Onar, **Hauriou'nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki**, 1941.

¹⁰⁰⁷ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, 1936, s. 26. "II. Abdülhamit Dönemi'nde savaş esnasında askeri ve Anadolu halkının ihtiyaçların giderilmesi amacına yönelik olarak devletin üstlendiği kamu hizmetlerinde bir çoğalma söz konusu olmakla birlikte, devletin temel işlevinin kamu hizmetine dayandırıldığı bir anlayış ile karşılaşmamaktadır. Çoğu çalışmasında geçmişe bakma gereği duyan Onar, Osmanlı'nın toprak düzeninin kamu hizmeti ile ilişkisini değerlendirdiğinde şöyle saptamalarda bulunmaktadır: "Osmanlı İmparatorluğunun idarî teşkilâtında âmme hizmetleri mefhumu yer bulamamıştır. Bu teşkilât daha ziyade askerî esaslara müstenittir. Geniş bir tevsii mezuniyet esasına dayanan bu teşkilâtta mahallî idareler Beylerbeyleriyle sancak beylerinin yükseknezareti altında tımar ve zeamet sahiplerine bırakılmış ve şu suretle idarî teşkilâtla arazî teşkilâtı arasında sıkı bir alâka tesis edilmiştir. Devlet vazifeleri ise âmme hizmetlerinden ziyade haricî siyasetin görülmesinden ve askerî hususlardan bir de asayiş ve inzibatın imkân nispetinde temininden, tımar ve zeamet erbabından devletin beklediği karşılık ta harplere asker hazırlamaktan ibaret idi. İçtimaî yardım işlerinin hattâ Nafia işlerinin husuî teşebbüslere ve bilhassa vakıflara bırakıldığını, bazı işlerin ise avarız vergilerle temin edildiğini görüyoruz." Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, 1936, s. 7 vd.

görmektedir. İdari işlemin unsurlarına oluşturuvcu ve sayrılık tanılayıcı bir anlam yüklerken Hauriou'nun görüşlerine katılmasına ek olarak, devletin idare aygıtını da Hauriou'nun müessese kuramını özümseyerek algılamaktadır.¹⁰⁰⁸ İdarenin işlemlerinin değil aslında devletin işlemlerinin genel kuramını vermeye çalışan Onar, devletin sürekliliğinin ve kişisel iradelerden bağışıklığının güvencesini Hauriou'nun müessese kuramında bulmuştur. İdarenin kamu görevlisinin genel hukuksal statüsünden ve psişik iradesinden bağışık nesnel işlev (kamu hizmeti) ve nesnel sorumluluk (hizmet kusuru) yüklenmiş nesnel bir örgüt olarak yapılandırılması, idareye nesnel hukuk düzenine uygun bir varoluş zorunluğuc getirmiştir.

Fransız Kamu Hizmetleri Okulu'nun Türkiye'de en güçlü temsil edildiğı dönemde bile, Fransız idare hukuku ile Türk idare hukuku arasında biri diğercine indirgenemez özgünlükler vardır. Onar'ın kamu hizmetini Cumhuriyet'in halkçılık ve devletçilik ilkelerine dayandırması kamu hizmeti anlayışının özgün bir yönünü oluşturmaktadır.¹⁰⁰⁹

1930-1940 yılları arasında, gerek âmme hukuku kitaplarında, gerekse idare hukuku kitaplarında, hükmi şahsiyet (tüzelkişilik) kuramlarına geniş yer ayrılması, hatta âmme hukuku kitaplarında ilk ele alınan konu ya da konulardan birinin kamu tüzelkişiliğı

¹⁰⁰⁸ "Hauriou meşhur müessese nazariyesini idareye tatbik ederken Fransa'da idarenin bir müessese mahiyetini almasının pek eski bir şey olmadığını söylüyor. Bu müellife göre idarenin elindeki kuvvet, âmme hizmetlerinin ifası, âmme menfaatlerinin temini ve idaresi fikrine değil belki hükümdarın şahsına ve iradesine tâbi olduğu, idare edilenlerin, idarenin keyfi arzularına ve hareketlerine, idare kuvvetinin âmme menfaat ve hizmetlerle alâkadar olmayan sahalarda kullanılmasına mani olacak bir teşkilât ve binaenaleyh bir muvazene mevcut olmadığı devirlerde idare bir müessese sayılmazdı. (...) Bugün idare bir müessesedir, çünkü şahısların hususî keyif ve arzularına değil âmme menfaati ve hizmeti fikrine tabidir. Bu fikri başarabilecek teşkilândırılmış bir kuvvet mevcuttur." Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 3, Ankara, 1936, s. 5.

¹⁰⁰⁹ "Bugün tek gayesi halkçılık ve halka hizmet olan, hiçbir sınıf ve zümreye hukukî bir menfaat ve imtiyaz tanımayan Türk Devleti, asırlarca ihmal edilmiş halkın, harap yurdun her ihtiyacına yetişmeğe, başkalarının asırlarda başarmadıkları işi senelere sıkıştırmağa çalışırken, âmme hizmetlerini tamamen mahallî idarelere ve hususî teşebbüslere bırakan ve bu işlerin hususî hukuk kaideleriyle görülmesini temin eden İngiltere gibi idarî rejim dışında kalan memleketlerin sistemini kabul edemezdi. Bu noktada göz önünde tutulacak şey idare kuvvetinin bir fikre, âmmeye hizmet fikir ve gayesine bağılı olmasıdır. (...) bir halk hükümeti olan Türkiye'nin halka hizmet gayesinden başka bir hedefi yoktur." Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, 1936, s.13.

olması,¹⁰¹⁰ kamu hizmeti okulunun ezici ağırlığı ve idari işlemler içinde idari sözleşmelere neredeyse hiç yer verilmemesi; dönemin kamu hukukçularının idareye baktıklarında, örgüt (kamu tüzelkişisi) - işlev (kamu hizmeti) çakışması görmeleriyle ilişkilidir. Bugün ise, ölçütlerarası birlikteliğin çözüldüğü çok açıktır.

Hukukçular, çağdaş yazarlar ve yargıçlar dahil, yaşadıkları dönemin devlet anlayışını ve yönetsel olgularını, kendi anlayışlarını katarak idari işleme ilişkin görüşleriyle hukuk içinde açıklama çabasındadır. I. Cumhuriyet hukukçuları, devletin işlevlerinin de genişlemiş olduğu savıyla, kamu hizmetleri anlayışının oluşmasını modern idare hukukunun üzerinde yükseldiği zemin olarak değerlendirmişlerdir. Hem devletin hem de idare hukukunun varlık nedeninde kamu hizmetini bulmuşlardır. İdare hukukunun tüm kurumlarında olduğu gibi, idari işlem tanımında da kamu hizmeti vurgusu göze çarpmaktadır. Kamu Hizmetleri Okulu'nun Onar'dan da önceki temsilcisi olarak niteleyebileceğimiz Özkan idari işlemi son derece kısa ve yalın cümlelerle, yalnızca kamu hizmetiyle tanımlamaktadır:

“Âmme hizmetlerini görenlerin yaptıkları tasarruflara, ‘idarî tasarruflar’ namı verilir.”¹⁰¹¹

Günümüzde idari işlem alanı, 1930’larda olduğu gibi Özkan’ın bir çırpıda verdiği yalın bir tanımla içerilecek kadar tek boyutlu değildir. Danıştay’ın birden fazla ölçütü örgün kullanma zorunluluğunun temel nedeni budur.¹⁰¹² İdari işlemin öznesi; idare, kamu tüzelkişiliğine yakın özel hukuk görünümlü vakıf ya da dernek, özel kişi vs. olabilmektedir. Özel kişiler kamu hizmeti yürütebilmekte, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilmektedir. İdarenin, yaptığı özel hukuk sözleşmeleri çeşitlenmektedir. Özel kişiler, tek yanlı idari işlem yapabilmektedir. Bir önceki başlıkta incelediğimiz çağdaş idari işlem tanımlarında, idare hukukunun uygulanma alanı veya idari yargının görev

¹⁰¹⁰ Menemencioğlu, **Amme Hukuku Ders Notları**, 1938, s. 22 vd.; Sıddık Sami (Onar), **İdare Hukuku (Ders Notları)**, Sömestire 3-4, 1933, s. 3 vd.; Muslihiddin Âdil (Taylan), **Mukayeseli Hukuku İdare, Birinci Cilt**, 1933, s. 93 vd.; Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 46 vd.

¹⁰¹¹ Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 32.

¹⁰¹² **supra**. Bölüm III / Başlık I, “Çağdaş Eserlerde İdari İşlem Anlatısı”.

alanı belirlenirken en vurgulu haliyle karşımıza çıkan kamu gücü ya da kamu ayrıcalık ve yükümlülükleri I. Cumhuriyet'in idari işlem tanımlarında hiç yer bulamamıştır. İdarenin işlevine ilişkin, tek ölçüt vardır; o da kamu hizmetidir. Devlet Şûrası, döneme egemen kamu hizmeti akımıyla uyumlu olarak, idari tasarrufun tanımında yalnızca kamu hizmetine yer vermektedir.¹⁰¹³ Bununla birlikte, “Devletin âmme kudreti istimal etmeyerek fert gibi hareket eylediği hususlarda hukuku hususiye kaidelerine tâbi olması idarî kaza sahasına aid esaslı prensiplerdendir”¹⁰¹⁴ demek suretiyle, Fransa'da otorite işlemleri (*actes d'autorité*) ile yürütüm işlemleri (*actes de gestion*) arasında sınır çizmek için geliştirilmiş kamu gücüne ölçütüne de başvurabilmektedir. Burada kullandığı “âmme kudreti” kavramı ise, güncel anlamıyla kamu gücü ayrıcalıklarını değil, o dönemin “hâkimiyet” kavramını anlatmaktadır.

Kamu hizmetinin, idarenin özel kişilerden farksız hareket etmediği işlemler dışında, tekil ölçüt olması idari yargının görev alanını belirleyen davalar (ve uyuşmazlıklar) için genel olarak geçerlidir. Öğretinin idari dava (ve uyuşmazlık) tanımları da idari işleminki gibi son derece yalın ve kısadır:

“İdarî dava diye âmme hizmetlerini alâkadar eden ihtilâfların heyeti umumiyesine derler.”¹⁰¹⁵

“Kısaca idarî davalar: âmme hizmetlerle ilgili olan ihtilâflardır.”¹⁰¹⁶

Kuvvetler ayrımı ilkesi uyarınca devletin yürüttüğü işlerin maddi yönden üçe ayrılmasında, idari işler aynı anlayışla kamu hizmeti ile sınırlı tutulmaktadır:

“Kamusal işler, (...) maddî vasıfları itibarile üç kısma ayrılmaktadır: 1. Teşriî işler, yani kanun vazetmek, hukukî kaideleri tesbit etmek; 2. Kazâî işler, yani mevcut hukukî kaideleri hâdiselere

¹⁰¹³ Örnek tanım için bkz. Müddeiumumî Şevket Özenalp'in mütaleası: “İdarî makam ve heyetlerin âmme hizmetlerinden birini ifa vesilesile yaptığı tasarruflara ‘idarî tasarruflar’ denir.” Devlet Şûrası, D5D, E.39/801, K.39/438, T.6.4.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 9, Eylül 1939, s. 35.

¹⁰¹⁴ Müddeiumumî Şevket Özenalp'in mütaleası, Devlet Şûrası, D5D, E.39/2692, K.39/117, T.15.7.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 10, s. 76.

¹⁰¹⁵ İbrahim Âli (Erberk), “İdarî Davalar: Umumî Prensipler”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 22, İkincikânun (Ocak) 1933, s. 44.

¹⁰¹⁶ Sarıca, **İdarî Kaza**, 1942, s. 13.

tabrik ederek doğruyu ifade ve ilân etmek; 3. İdarî işler, yani mevcut hukukî kaidelere uygun şekilde kamusal hizmetleri yapmak.”¹⁰¹⁷

Gerek idari davaların konusunun gerekse idari işlerin ölçütünün kamu hizmetinden ibaret olması, idarenin işlem yapma yetkisinin kamu hizmeti amacıyla sınırlı görülmesi ile mantıksal bütünlük içindedir:

“İdare otoriteleri, kamusal hizmetleri yapmak için, adliyenin izin ve kararını almak ihtiyacında bulunmadan idare olunanlar hakkında icrası lâzım kararlar verebilirler.”¹⁰¹⁸

Kamu hizmeti, yazarlar tarafından idare hukukunun idari dava, idari iş, idari işlem gibi tüm temel kavram ve kurumlarının açıklanmasında yeterli görülmektedir. Temel kavramları açıklayan tanımlar dahil olmak üzere tüm cümlelerde karşımıza çıkan yalınlık ve kısalık, dönemin koşullarında idare hukuku için bir eksiklik ya da henüz keşfedilememişlik değildir. İdare hukuku, idarenin işlemlerinde hangi yöntemleri izlediğini, hangi kuralları uyguladığını, kamu gücünü bir araç olarak kullanıp kullanılmadığı gözetilen biçimsel ölçüte gerek duymamaktadır. Kamu hizmeti, idarenin varoluşunu açıklamaya tek başına yetmektedir.

Fransa’da modern kamu hizmetinin kökleri, Devrimi, Cumhuriyeti ve Kamu Hizmeti Okulunu aşan bir geçmişte yer almakla birlikte,¹⁰¹⁹ Fransız idare hukuku, kamu gücünün hukuku olarak doğmuştur. Türkiye’de ise, genel ölçekte Cumhuriyet’in, özel ölçekte idare hukukunun kuramsal temelleri kamu hizmeti düşüncesiyle ile atılmıştır. Cumhuriyet niteliği kazanan devletin siyasal-yönetmel-hukuksal örgütlenmesinin kamu hizmeti denklemiyle kurulması, başta Duguit olmak üzere, Bordeaux Okulu’nun izlerini taşımaktadır. “Devletin varlık nedeni kamu hizmetidir” denklemi, Cumhuriyet’in kendini meşrulaştırmasının en önemli dayanaklarından biri olmuştur. Duguit’in “kamu

¹⁰¹⁷ Derbil, **İdare Hukuku**, Cilt I, 1940, s. 25.

¹⁰¹⁸ **Ibid.**, s. 41.

¹⁰¹⁹ Fransız hukukunda kamu hizmetleri kavramının oluşumuna ilişkin bkz.: Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2002, s. 103 vd.

hizmeti kavramı egemenlik kavramının yerine geçmiştir. Devlet emreden egemen bir güç değildir; ellerinde tuttıkları gücü kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla ödevli birtakım kişilerdir” anlayışı, monarşi yerine modern devlet kurma çabasında olan Türkiye Cumhuriyeti’nin meşruluk arayışına yol gösterici açıklıktadır.¹⁰²⁰ Kamu hizmeti; bu evrede, yeni kurulan Cumhuriyet’in kurucu değerlerini, devletin ekonomik politikasını açıklamaya en elverişli bir hukuksal kavram olarak algılanmıştır. Fransız kamu hizmeti anlayışını Halkçılık ve Devletçilik ile bütünleştirme uğraşı, ona özgün bir içerik katmıştır.

B. Tutunmasına İzin Verilmeyen Bir Kuram Olarak Hükümet Tasarrufları

Modern Fransız idare hukukunun kurucu hukuksal metni ve çağdaş idari-adli yargı düzeni ayrılığının kaynağı kabul edilen 16-24 Ağustos 1790 sayılı Yasanın 13. maddesi, yargıçların ne şekilde olursa olsun idari birimlerin işlerine ket vurmasını yasaklamıştır. Kurucu Yasa hükmünü çalışmalarında derinlemesine inceleyen Chevalier, söz konusu yasağın devrimcilerin aslında hiç de idari yargı kurma amacına sahip olmadıklarını gösterdiği sonucunu çıkarmaktadır.¹⁰²¹ İdari yargı ile etkin idarenin birbirinden ayrılması ve yargının etkin idareye karışmaması ise Fransız idare hukukunun kurucu ilkesidir. 19. yüzyılda, idari işlemin yargılama yetkisi karşısında yarattığı çağrışım olumsuzdur. Çünkü idari işlem, ilkesel olarak, yargılamadan bağımsızlık gibi bir güvenceyle korunan gerçek anlamda bir “idari güç” ifade etmektedir.¹⁰²² İdari işlem üst kavramı altında, yetki aşımı başvurusuna konu edilebilecek alan son derece sınırlı tutulmuştur. Günümüzde idari işlem biçimini aldığı ve iptal davasında yargılanabileceği tartışma götürmeyen pek çok irade açıklaması (kolluk işlemleri, yerel yönetimlerin

¹⁰²⁰ **Ibid.**, s. 117.

¹⁰²¹ Jacques Chevalier, **L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active**, LGDJ, 1970; “Du principe de séparation au principe de dualité”, **RFDA**, 1990, s. 712-723.

¹⁰²² Blancpain, **La formation historique de la théorie de l’acte administratif unilatéral**, 1979, s. 7.

işlemleri,¹⁰²³ idarenin takdir yetkisini kullandığı işlemler, kolluk işlemleri vs.) saf idare işlemi kabul edilerek yargılama etkinliği ile bağdaştırılmamış, yalnızca idare edilenlerin öznel haklarına dokunan çekişmeli işlemler yargı önüne götürülmeye elverişli kabul edilmiştir. Öznel hakka dokunan birel nitelikli idari karar, hak öznesi kişi ile idare arasında çekişmeli bir hukuksal ilişki yarattığı düşüncesiyle; sanki içeriğinde bir *yargısal hüküm* barındırıyormuşçasına Devlet Konseyi önünde temyiz edilebilir algılanmıştır.

Dolayısıyla, 19. yy. başında, idarenin işlemlerini iki kategoriye bölen temel sınıflandırma, irade açıklamasının hukuk düzeninde doğurduğu sonuca göre değil, idari dava etkisine göre yapılmaktadır. Dava etkisi, devlet organları arasında işlev ayırımına göre belirlenmektedir. Saf idare işlemleri, tam idare işlevine ait görülürken, çekişmeli işlemlerin özünde yargılama işlevine yaklaştığı düşüncesi, onları dava etkisi doğuran idare işlemlerine dönüştürmektedir. İdare işlemleri arasındaki ikili ayırım, ilk kategorinin yargılanaması, ikinci kategorininse temyiz benzeri bir yargı denetimine açık olması şeklinde bir hukuksal rejim farkı yaratmıştır.

19. yy. son çeyrekte itibaren saf idare işlemleri ile çekişmeli idari kararlar arasındaki ayırım silinerek, yargılanabilirlik bakımından tabi oldukları hukuksal rejim ortaklaşmıştır. Devlet Konseyi, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla oluşturduğu halde, idarenin işlemlerinden bir kısmını saf idari nitelik taşıdıkları gerekçesiyle değil de, bunlarda siyasi veya hükümet işlerine özgü nitelikler görerek ilk incelemede ret kararı vermeye başlamıştır. İdari dava etkisi esasına dayanan işlem yaklaşımı, hükümet tasarrufları adı altında yargılama yetkisinin dışında kalan yeni bir kategori üretmiştir. Bu kategorinin polis devlet ve yetkilendirilmiş adalet dönemlerinde değil de, hukuka

¹⁰²³ Anılan dönemde, yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının irade açıklamalarının bile idari işlem sayılmaması, irade açıklamasının bağlanacağı hukuk öznesine kavuşulmamış olmasıyla da ilişkilidir. Yerel yönetimler, henüz tüzelkişi olarak kavranmadığından, idari işlem sayılan irade açıklamaları hükümet eden idarenin işlemi olarak anlaşılmaktadır.

bağlı devlet anlayışının gelişmesinden sonra doğmuş olması; böyle bir sistemde zaten hükümetin kendi isteğiyle bazı işlemlerini yargı denetimi dışında bırakmak olanağına sahip olmasıyla, kısaca hükümet tasarrufları gibi bir kategoriye gerek duyulmamasıyla açıklanmaktadır.¹⁰²⁴

Fransa'da idarenin denetiminin adli makamlardan idareye, daha sonra idari yargıya geçmesi; idari yargıcın yetkilerinden duyulan şüpheleri ortadan kaldırmamıştır. Aksine, onun kendisini en azından bazı işlemler yönünden sınırlaması beklentisi doğurmuştur. Bakan-yargıç sistemi son bulmasına rağmen, etkin idareye karışma engeli en az eskisi kadar güçlü bir kurucu ilke olarak idari yargının önüne dikilmeyi sürdürmüştür. 1880'lerde, öğretisi ile hükümet komiserlerinin bir taraftan bakan-yargıç (*ministre juge*) kuramını çürütmeye, diğer taraftan Devlet Konseyi'nin 1872'de yetkilendirilmiş adalete (*justice déléguée*) geçişle¹⁰²⁵ kazandığı meşruluğu korumaya çalışması, Konsey'i etkin idare ile kendisi arasındaki sınırları aşmama kaygısına sürüklemiştir.¹⁰²⁶ İdari yargının söz konusu tarihsel koşulları; hükümetin bir kısım işlemlerinin nitelikleri gereği önceden konulmuş hukuk kurallarına tabi olamayacağı, bu yönden siyasi tasarruf sayılacakları, hukuksal ölçülerle denetlenemeyecekleri anlayışını beslemiştir.

Doğası gereği hukuk dışı işlem olmayacağı, Türk idare hukukunda erken kabul görmüş bir anlayıştır. Hukuk devleti düşüncesinin gelişimine rağmen Fransa ve Almanya'nın tarihsel nedenlerle birden bire kamu hukukundan söküp atmadığı, sınırlayarak da olsa

¹⁰²⁴ Gözübüyük, **İdari Yargı**, 1970, s. 19.

¹⁰²⁵ Fransız idari yargısında yetkilendirilmiş adalet, Devlet Konseyi'nin yargı yetkilerinin yasaya dayandığı durum ve evreleri anlatmaktadır. Konsey ilk olarak 3 Mart 1849'da, idari yargı konusunda yetkilendirilmişse de, 1849 düzenlemesi kısa ömürlü olmuştur. 25 Ocak 1852'de, Konsey'e başvurmadan önce bakana başvurmayı gerektiren bakan-yargıç yönteminin uygulandığı izinli adalete (*justice retenue*) dönülmüştür. 24 Mayıs 1872 tarihli Yasa, Konsey'i yeniden yargı konusunda yetkilendirilmiş ve Konsey bu tarihten itibaren "Fransız halkı adına" karar vermeye başlamıştır. Böylelikle, Devlet Konseyi, hukuksal gücünü devlet başkanının onayından alan, kararlar hazırlayan bir merci olmaktan çıkarak karar verme yetkisine sahip gerçek bir mahkemeye dönüşmüştür. Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2005, s. 34-45.

¹⁰²⁶ Devlet Konseyi'nin meşruluk kaygısının ardında yatan tarihsel bir dogmaya dönüşen etkin idare-idari yargı ayrımı için bkz.: Chevalier, **L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active**, 1970.

yargı denetimine tabi tutulamaz devlet iradesi olarak koruduğu kategoriler karşısında, Cumhuriyet öğretisi baştan itibaren sorgucu bir tutum takınmıştır.

Fransız idare hukukunun gelişimi gerileten ilke ve kurallarına ek olarak; devletin işlemlerinin ancak özel hukuk alanı içinde yaptırımı tabi tutulabildiği, eylemlerinden kaynaklanan zararın ise yalnızca *Fisc* Kuramı uyarınca hukuksal kişilik sahibi Hazine'den talep edilebildiği Alman idare hukukunun yükleri, Cumhuriyet idare hukukçularının yabancılaştığı bir dönemde kalmıştır. *Beytülmal* ile *Fisc* arasında benzerlik kuran Onar,¹⁰²⁷ bu benzerliğe Cumhuriyet'in hukuka bağlı devlet idealiyle geçmişe gömülmüş bir olgu olarak değinip geçmektedir.¹⁰²⁸ Fransız ve Alman kuramsal birikiminden aşırı beslenen Cumhuriyet idare hukukçuları, tarihin bu gibi gerici yükler taşıyan kalıntılarının üzerini çizmişlerdir. Hükümet tasarrufları ile benzer bir mantık içinde; kolluk işlemleri, disiplin işlemleri, kamu yararı kararları gibi bazı idari işlemlerin yerindelik alanında değerlendirilmesine ve bundan ötürü yargılama işleviyle bağdaştırılamamasına yol açan saf idare işlemleri kategorisi de Fransa'dan ithal edilmemiştir.

Yabancı ülkelerde, hükümet tasarrufları kategorisine, “yüksek devlet siyaseti”, “hikmet-i hükümet”, “hükümet etme işlevinin gereği”, “siyasi işlem”, “hükümetin takdir yetkisi” gibi dayanaklar gösterilmiştir. Söz konusu kategorinin ilk kuramsal ölçütü “siyasal saik”tir. İşlemin konusunu esas alan ikinci ölçüte göre ise, hükümet tasarrufları idari işlemlerden gündelik kamu hizmetlerinin yürütülmeleriyle ilgisiz olmaları yönünden ayrılmaktadır. İki ölçüt de, Cumhuriyet'in daha ilk dönemlerinden itibaren hükümet

¹⁰²⁷ “ (...) islâm hukukunda Almanyanın Hazine (*Fisc*) nazariyesine benzer bir mesuliyet nazariyesine rastgeliyoruz: Almanyada idare edenlerin hâkimiyeti ve bu hâkimiyetin zaruri hir neticesi olan, takdir hak ve salâhiyeti dolayısıyla kazaî mürakabe altına giremeyeceği yolundaki telâkkinin yanında devlet patrimuvanının da ayrı bir şahsiyeti olduğu ve bu şahsiyetin tamamen hususî hukuk kaidelerine tâbi bulunduğu ve binaenaleyh, devletin ferdi izrar ve onun müktesep haklarının ihlâl eden bir fiilden dolayı hazine aleyhine hususi hukuk kaidelerine istinaden dava açabileceği kabul ediliyordu. İslâm hukukunda da beytülmal aynı vaziyettedir. Hakkı ihlâl edilen fert fıkıh hükümlerine istinaden beytülmal aleyhine bir tazminat davası açabilir. Fakat bu çok dar bir sahadır ve idarenin tekmili fiil ve muamelelerine teşmil edilemez.” Onar, “Türkiye’de İdarenin Kazaî Murakabesi”, 1935, s. 27.

¹⁰²⁸ Onar, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, 1939, s. 281.

tasarrufları da idari işlem sayılarak çürütülmeye çalışılmıştır. Siyasal saik ölçütünün hukuk dışılığı vurgulanmıştır.¹⁰²⁹ Devletin yasama, yürütme ve yargı işlevleri dışında, siyasi ve diplomatik işlevlerini içine alan bir dördüncü işlevinin, yani hükümet işlevinin bulunmadığı yönünde itirazlar ileri sürülmüştür.¹⁰³⁰ Devletin işlevlerinin maddi yönden sınıflandırılması esasına göre hükümet etme ile idare etmenin birbirinden ayrı tutulmamasına ek olarak, hükümet ile idarenin organik açıdan ayrılamayacağı savunulmuştur. Bu tasarrufların, “empirique” bir listesinin yargı kararlarıyla oluştuğu ifade edilmiştir.¹⁰³¹

Giritli'nin konuya özgülenen ilk kitap olma özelliği taşıyan 1958 tarihli çalışmasında, hükümet tasarruflarını kategorik olarak reddeden yaklaşımı keskin ifadelerde bulmak olanaklıdır:

“Hükümet tasarrufları kuramı, eski mutlakiyet devirlerinin ‘hikmet-i hükümet’ (*raison d’Etat*) anlayışının bir bakiyesinden, ‘hortlamasından’, başka bir şey değildir.”

Giritli, hükümete tanınmak istenen serbestinin takdir yetkisi kurumuyla sağlanabileceğini savunmuştur.¹⁰³² Kurama Türkiye için hiçbir makul ve geçerli sebep gösterilmesinin de mümkün olmadığı kanaatinde olan yazar, hükümet tasarruflarının yargı yoluna başvuru hakkını engelleyen yasa hükümleri ile yaşatılmaya çalışılmasının

¹⁰²⁹ “Fransa’da bu nazariye doğmuş ve inkişaf etmiş olmakla beraber kriteriyomu bulmakta güçlük çekilmiş ve hâlâ bu tasarrufları diğerinden ayıracak bir hukukî kriteriyum bulunamamıştır. Bunun sebebi gayet basittir: Hükümet fonksiyonunun ve tasarruflarının gerek maddî gerekse uzvî bakımlardan diğer idarî tasarruflardan hiçbir farkı yoktur. Bu tasarrufları diğerlerinden ayıran hukukî bünyeleri değil kendilerine hâkim olan siyasî sebep ve düşüncelerdir.” Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 254. “Hükümet Tasarrufları nazariyesi hukuk prensiplerinden doğmamış, metinlerde bir esas bulamamış ancak siyasi endişe, tesir ve düşüncelerle ortaya atılmıştır.” İsmet Giritli, **Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no: 160, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958, s. 141.

¹⁰³⁰ Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 35 vd.

¹⁰³¹ “Teşkilâtı Esasiye Kanun’u icra vazifesinden bahsetmiş ayrı bir hükümet uzvu göstermemiştir. İcra vekilleri heyeti meb’uslardan, siyasî uzuvlardan teşekkül etmekle beraber bu heyet âzaları aynı zamanda idarenin en yüksek şefleridir. Aynı zamanda bu zatlar hükümet faaliyetleri diye gösterilen işleri de yine idarî müsteşarlarile, umum müdürlerle yani idare memurlarile birlikte hazırlarlar. Hattâ fonksiyon bakımından idare fonksiyonile hükümet fonksiyonunun ayrı ayrı olduğunu kabul eden müellifler bile bu iki fonksiyonun aynı uzuv, aynı teşkilât tarafından görüldüğünü kabul ederler, şu halde idare ve hükümet diye ayrı ayrı uzuvlar olmadığı gibi uzvî bakımdan da hükümet ve idare fonksiyonlarının ayrılmasına imkân yoktur.” Onar, **İdare Hukuku**, 1939, s. 40, 41.

¹⁰³² Giritli, **Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, 1958, s. V, s. 142.

Anayasa'ya aykırılığı üzerinde durmuştur.¹⁰³³ Öğretinin hükümet tasarrufu karşıtı duruşuna rağmen, Danıştay, 1961 Anayasası öncesi verdiği bazı kararlarında açıkça “hükümet tasarrufu” deyimini kullanmış, bazı kararlarında ise “Devletin yüksek siyaseti”, “Devletin icraatı siyaseti” ya da “siyasi tasarruf” gibi deyimlerle hükümet tasarruflarına dayanak oluşturan siyasal saik ölçütüne başvurmuştur. Danıştay kararlarını, dava konusu işlemin konusuna göre sınıflandırılmış haliyle gösteren liste, Gözübüyük'ün kitaplarında verilmiştir. Liste uyarınca Danıştay, “mukabele bilmisil kararları, iskan mevzuatının uygulanması ile ilgili kararlar, vatandaşlık işleri ile ilgili kararlar, yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili kararlar” önüne geldiğinde, hükümet tasarrufları anlayışını benimseyerek davaları ilk inceleme aşamasında reddetmiştir.¹⁰³⁴

Danıştay kararlarında uygulama alanı bulan hükümet tasarruflarına ek olarak idari yargı yolunu kapayan yasaların çoğalmasıyla, idare hukuku öğretisi, 1961 Anayasası öncesine ait eleştiri odağı iki olguyu ayrı kavramlarla ifade etmeye başlamıştır. Balta, hükümet tasarruflarına “prensip kısıntısı”, ikincisine ise “kanun marifetiyle kısıntı” adını vermiştir.¹⁰³⁵ Gözübüyük, hocası Balta'nın çoğaltma ders notlarını geliştirerek yayınladığı *İdari Yargı Kitabı*'nda, hükümet tasarruflarını “yargı kısıntısı”, yasayla getirilen kısıntıları ise “yasama kısıntısı” olarak ifade etmiştir.¹⁰³⁶

Ulusal İdare Hukuku Öğretisi, 1961 Anayasası Dönemi'nde de hükümet tasarruflarına çalışmalarında uzunca yer ayırmıştır. Fakat hükümet tasarruflarına yer ayrılma amacıyla öncesine göre bir farklılık dikkat çekmektedir. Hükümet tasarruflarından artık, Anayasa'nın 114. maddesi uyarınca olması gereken yargı denetimi anlatılırken, olmaması gerektiği halde olmuş bir tarihsel olgu gibi bahsedilmektedir. Örneğin Özyörük, 1977'de idari yargı denetiminin temel esaslarını anlatmak için hükümet

¹⁰³³ **Ibid.**, s. V, s. 144.

¹⁰³⁴ Gözübüyük, **İdari Yargı**, 1970, s. 21-22.

¹⁰³⁵ Balta, **İdari Yargı**, 1962, s. 45.

¹⁰³⁶ Gözübüyük, **İdari Yargı**, 1970, s. 17 vd.

tasarrufları kavramına başvurmaktadır. Hem hükümet tasarrufları hem de yasama kısıntıları, yazar tarafından, Anayasa'nın 114. maddesiyle geçmişe gömülmüş birer anlayış olarak, yargı denetimine açıklık ilkesinin karşı tezi olarak ele alınmaktadır.¹⁰³⁷

Diğer ülkelerden ithal edilen bazı kuramlar, içinde kök saldıkları tarihsel çatışma koşullarında özgün bir karşılık bulabilirler. Hatta ortaya çıktıkları ülke bakımından anlık ya da dönemsel bir kazanım teşkil edebilirler. Hükümet tasarrufları, Devlet Konseyi'nin geliştirmekte olduğu yeni yetkilere karşılık kendi meşruluğunu kabul ettirebilmek için verdiği bir tavizdir; Türkiye açısından ise, köksüz bir kuramsal bilginin zamanla erimesine ve tümden reddedilmesine bir örnektir.

C. Tek Yanlı Bağlanma ve Tek Yanlı Sonuç Doğurma Esasının Evrimi

1. Egemenlik İşleminden Kamu Gücü İşlemine

Egemenlik, kamu gücü, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri arasında bir soybağı vardır. Üç kavram modern idare hukukunda birinden diğerine içerik değiştirerek evrilmiştir. 19. yüzyılda egemenliği hangi hukuk öznesinin hangi koşullarda kullanacağı sorulduğunda verilen cevap ile günümüzde hangi hukuk öznesinin hangi koşullarda kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanacağı sorulduğunda verilen cevap şüphesiz farklıdır. Çok basit bir örnekle, egemenlik kullandığı hiçbir çağdaş eserde iddia edilmeyen özel hukuk özneleri veya özel hukuk öznesi görünümlü idarelerin, kamu gücü gücüne (veya kamu gücü ayrıcalıklarına) dayanan tek yanlı ve çok yanlı idari işlemler yapabileceğinden şüphe duyulmamaktadır. İdari işlemin esaslı niteliğini, dolayısıyla varlığını gösterdiği kabul edilen üç ölçütün birinden diğerine evrilmesi, geriye bir öz ortaklığı bırakmıştır. Evrimden geriye kalan öz ortaklığı, idari işlem yapanın işlemin muhatabıyla eşit olmayan üstün konumudur.

¹⁰³⁷ Özyörük, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, 1977, s. 18 vd.

a) Devletin Buyurma Yetkisinin Karşılığı Olarak Egemenlik İşlemi

İdari işlem egemenlik işlemi olarak doğmuştur. Egemenlik yerine kamu gücü kavramının kullanıldığı yerlerde, kamu gücü gerçekte devletin iç egemenliğini anlatmaktadır. Modern uluslararası ilişkiler sisteminin temel taşı Vestfalya Barışı'ndan (1648) 19. yüzyıla kadar pekişen devletler sistemi, yan yana egemenlerden oluşmaktadır. Sistemin içindeki devletler, sistemde belirlenmiş ve yetkilendirilmiş olmadıkları, aksine onu yarattıkları için sistemin organları değildir. Her devlet, gücünü kendinden almaktadır. Kendi toprakları üzerinde egemen, birbirine (soyut olarak) eşit bu sistemde, egemen devletler üzerinde herhangi bir otorite ya da örgüt düşüncesi geçersizdir. Sistem, uluslararası hukuka ve devletlerin üstünde değil de aralarındaki bir güç dengesine dayalıdır.¹⁰³⁸ İdari işlem uluslararası ilişkilerde yan yana kendi topraklarında tek başına egemen olanın, iç egemenliğinin kullanım biçimlerinden biri olarak algılanmaktadır. Diğer bir ifadeyle idari işlem, kategorik olarak egemenlik işlemi (*acte de souveraineté*) sayılmaktadır.

19. yy. Batı devletlerinin herbiri, mutlakiyetçi olanlar dahil, topraklarında tüm güç ve yönetim yetkilerinin tek sahibi olarak görülmektedir. İç egemenlik, 19. yy. hukuk devletinin en çarpıcı özelliğidir. Değerlerin meşru ve buyurucu dağıtımına ilişkin tüm toplumsal etkinlikler, ne denli farklı ve çok sayıda olursa olsun, tek bir karar merkezi - devletin kendisi- tarafından yürütülmektedir. Monist yapıda tek tüzelkişi olarak görünen devlet dışında, onun organı veya temsilcisi olmadığı ya da yetkilendirilmediği sürece, hiçbir gerçek veya tüzel kişi yönetme etkinliklerinde bulunamamaktadır. Yalnızca devlet, kendi yaptırımlarıyla desteklediği kendi koyduğu kurallara göre, bu etkinliklerin neler olacağını kararlaştırmaktadır.¹⁰³⁹ Meşru buyurma yetkisi, bunun uzantısı olarak idari işlem yapma yetkisi devletin egemenliğinden gelmektedir. Devletin

¹⁰³⁸ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 109-110.

¹⁰³⁹ **Ibid.**, s. 113-114.

tüzelkişiliğince ya da -farklı kuramsal kabullere göre- onun temsilcisi, vekili, organı ya da ayrı bir tüzelkişi olan birimlerce irade açıklanması da egemenliğin kullanılması anlamına gelmektedir. Egemenliğin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde, modern devletin güç merkezinin yanında giderek dal budak salan, etkinlik alanı genişleyen idari aygıtın işlemleri, bir tür yetkilendirme dolaylı görünse de egemenlik işlemi olmaktadır.

Kişilerarası yatay, güç içermeyen ilişkilerin sözleşme biçimiyle kurulduğu, devletinsel toplumsal etkinliklerinde dikey bir konumda bulunduğu düşüncesine rağmen, 19. yüzyılda “tek yanlı idari işlem”, Fransız hukuk yazınının sözlüğüne yabancıdır; tek yanlı idari işlem kavrayışı henüz oluşmamıştır. Sözleşmenin görkemi karşısında özel hukukta kendine yer bulamayan bu kavram, idare hukukçuları içinse önemsizdir. İdare hukukçuları, idari işlemde, zaten çağrışımı *emir, yasak, izin, kısıt, düzen* ile sınırlı olan “buyurucu işlemler ya da otorite işlemleri”ni anlamaktadır.¹⁰⁴⁰ 19. yy. sonu Alman kamu hukuku yazınında ortaya çıkan “tek yanlı kamu hukuku işlemi” kavramı, 1900’lü yılların başından itibaren Fransızca eserlerde yaygınlaşmaya başlamıştır.¹⁰⁴¹ Daha öncesindeyse, emir, yasak, izin, buyruk vb. içeren irade açıklamalarını kapsayan idari işlem kavramının başına “tek yanlı” nitelemesinin getirilmesine özel bir gereklilik bulunmadığı açıktır. Egemenin buyruğu doğası gereği tek yanlıdır, tek yanlı idari işlem olarak belirginleştirmek fazlalıktır. Devletle yönettiği kişiler arasındaki ilişkilerin dikeyliği, bu nitelermeyi örtük olarak içinde barındırmaktadır.

İdare öznel haklara ilişkin karar aldığında yargısal bir yetki, takdir yetkisi kullandığıdaysa yasama organına benzer bir egemenlik yetkisi iradesinde mevcutmuş gibi değerlendirilmektedir. İdarenin çekişmeli kararları yargının denetim alanına, saf idare işlemleri ise yasamanın egemenlik alanına ait bir varoluşu yansıtmaktadır. “İdarenin hukuksal sonuç doğuran tek yanlı irade açıklamaları”ni tek yanlı idari işlem

¹⁰⁴⁰ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 452.

¹⁰⁴¹ **Ibid.**, s. 454.

başlığı altında ortak bir hukuksal rejimde birleştirmeye engel ikiye bölünmüş bir idari işlem kavrayışı 19. yüzyıla damga vurmuştur. Tek yanlı idari işlemi özgül nitelikleriyle tanımlamaya çalışan önermeler ancak 20. yüzyılın ilk yıllarında belirmeye başlamıştır.¹⁰⁴²

19. yüzyıl başında, Fransız kamu hukukçuları, idare hukukunun uygulama alanını kamu gücü, kamu otoritesi kavramlarıyla açıklamıştır. Yazarların verdiği anlamla güç ve otorite, egemenlikten başka bir şey değildir. Devletin etkinlikleri, devlet organlarının - doğası gereği tek yanlı olan- egemenliğin bir aracı olarak kullandıkları emretme yetkisi, gücü, üstünlüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. İdarenin işlemleri de, bu güce (egemenliğe) dayanmaktadır. Berthélémy, Jacquelin ve Ducroq'un da savunduğu bu görüşler, *actes d'autorité* (= *actes de souveraineté*, *actes de commandement*) ile *actes de gestion* ayrımını doğurmuştur.¹⁰⁴³ Ayrım, Türkçe idare hukuku yazınına *hâkimiyet-temşiyet tasarrufları* olarak anlamını en yakın yansıtabilecek bir çeviriyle girmiştir. Hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayrımında geçen hakimiyet, doğrudan egemenliği karşılamaktadır. Fransızca'da egemenlik işlemi yerine otorite işlemi kavramının da kullanılmış olmasına bağlı olarak, Türkçe eserlerde "otorite işlemleri" kavramına ender de olsa rastlanabilmektedir. Yine de Giritli, Gözübüyük ve Tan, Günday gibi çağdaş yazarlar, Onar'ın çevirisine sadık kalarak eski kavramı kullanmaya devam etmektedirler.¹⁰⁴⁴

Kamu Hizmetleri Okulu'nun baskın geldiği I. Cumhuriyet'te, Devlet Şûrası'nın idari işlem kavrayışı da kamu hizmeti ölçütü ekseninde gelişmiştir. Devlet Şûrası bununla birlikte, "Devletin âmme kudreti istimal etmeyerek fert gibi hareket eylediği hususlarda hukuku hususiye kaidelerine tâbi olması idarî kaza sahasına aid esaslı

¹⁰⁴² Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, 1979, s. 8.

¹⁰⁴³ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, *İdare Hukuku*, 2011, s. 55.

¹⁰⁴⁴ Türk idare hukuku yazınında kavram kullanımını saptayan: Gözler, *İdare Hukuku*, 2013, s. 41, dn. 93. Gözler de, diğer çağdaş yazarlar gibi Türk hukukuna "hâkimiyet tasarrufları" ve "temşiyet tasarrufları" şeklinde giren bu kavramları kullanmaya devam edeceğini belirtmektedir.

prensiplerdendir”¹⁰⁴⁵ demek suretiyle, 19. yy. Fransız idare hukuku kaynaklı *egemenlik işlemleri-yürütüm işlemleri*¹⁰⁴⁶ ayırımına başvurduğu kararlar da vermiştir. Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası’nın yayınlanmaya başladığı 1937 yılından itibaren erişilebilir hale gelen kararlarında, “idarenin herhangi bir kişi gibi yaptığı işler” ölçütünü kendi görev alanını belirlerken kullanmıştır. Hazinesinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkulü satmasına,¹⁰⁴⁷ kiraya vermesine,¹⁰⁴⁸ fuzulen işgal edilen gayrimenkul için eciri misil belirlenmesine¹⁰⁴⁹ ilişkin uyuşmazlıkları özel hukuk alanına ilişkin olmaları nedeniyle adli yargının görevli olduğu uyuşmazlıklar olarak nitelemiştir.

1930’lu yıllarda “kamu erki” (kamu gücü) veya “kamu erki ayrıcalıkları” (kamu gücü ayrıcalıkları) kavramları, günümüzde özel kişilerin idari işlem yapabileceğini açıklayan kamu gücü ayrıcalıkları ölçütünden bambaşka bir anlama sahiptir. “Kamu erki ayrıcalıkları” ile, çoğaltma eserler arasında ilk kez Ertuğ’un 1947 tarihli *Siyasal Bilgiler Okulu İdare Hukuku Ders Notları*’nda karşılanmaktadır. Yazar, egemenlik-yürütüm işlemleri ayırımı bağlamında, idarenin kamu erki ayrıcalıklarından söz etmekte, özel kişilerin kamu erki kullanabileceklerine hiçbir surette değinmemektedir:

“Fransız yazarları, bu hususta muhtelif nazariyeler ileri sürmüşlerdir. Temşiyet tasarrufları (=Actes de Gestion) ve otorite tasarrufları (Actes d’Autorité) tefrikinden başlanarak, kriteriyumun, kamu hizmeti kavramına istinad ettirilmesine gidilmiştir. Hattâ, Kamû Hukukundan gelen ayrıcalıkların ve hakların kullanılmasını tazammun eden işlemlerden çıkan uyuşmazlıkların, bu hususta kriteriyum olarak alınması veya bu iki fikrin karıştırılması ile, kamu erkinin harekete gelmesinden

¹⁰⁴⁵ Müddeiumumî Şevket Özanalp’in mütaleası, Devlet Şûrası, D5D, E.39/2692, K.39/117, T.15.7.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 10, 1939, s. 76.

¹⁰⁴⁶ Bu aşamadan sonra, kendi ifadelerimizde, *hâkimiyet*’i egemenlik, *temşiyet*’i yürütüm olarak Türkçeleştirerek kullanmaya devam edeceğiz.

¹⁰⁴⁷ Devlet Şûrası, D5D, E.39/1531, K.39/60, T.28.2.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 8, Haziran 1939, s. 84.

¹⁰⁴⁸ Devlet Şûrası, D5D, E.38/2381, K.39/386, T.7.4.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 9, Eylül 1939, s. 74-75; Devlet Şûrası, D5D, E.39/2692, K.39/117, T.15.7.1939, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 10, 1939, s. 76.

¹⁰⁴⁹ Devlet Şûrası, D2D, no. 37/678, **Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası**, Sayı 1, Eylül 1937, s. 68.

veya kamu hizmetinden doğan her tasarrufun idare yargısına tâbi tutulması gibi türlü fikirlerin kriteriyum ittihazi taraflılarına bu yazarlar arasında rastlanmaktadır.»¹⁰⁵⁰

Çünkü 1940’larda kamu gücü, özel kişilerin idare gibi hareket ederek gerçekleştirdiği idari işlemlerinin ölçütü olarak hiç düşünülmemektedir. Tam tersine, idarenin özel kişi gibi hareket ederek yaptığı işlemleri idare hukuku alanından çıkarmak için başvuru bir ölçüttür.

b) Kamu Gücü Kavramının Yenilenmesi

19. yy. sonunda idarenin etkinlik alanının genişlemesi egemenlik ve otoriteye eşdeğer kamu gücü anlayışının çözülmesi sonucunu doğurmuştur. Bu dönemde; Laferrière’in “kamu gücü işlemi olmayan ancak kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin işlemler” şeklindeki üçüncü ya da ara bir kategori yaratarak egemenlik-yürütüm şeklindeki ikili ayrımı zayıflatması, Kamu Gücü Okulu’nun temsilcisi olarak bilindiğinden 20. yy. ilk çeyreğinde kamu hizmeti kuramına katkısı hiç görülmeyen Hauriou’nun Laferrière’in görüşlerini geliştirmesi, Kamu Hizmetleri Okulu’nun 1900’lere kadar “egemenlik ya da otorite işlemi” olarak kodlanan idari işlem algısını kırmaktaki etkisi ile kamu hizmeti kavramı idare hukukuna kök salmıştır. Egemenliği, mitik ve metafizik bir kavram olarak hukukun dışına atan Duguit, bu algının kırılmasında en önemli rolü oynamıştır. Duguit, bir yandan, tek yanlı egemenlik kullanmak anlamına gelen kamu gücü (otoritesi) anlayışına saldırırken, diğer yandan yerine kamu hizmeti anlayışını koymuştur. Ancak, devlet-idare hukuku-işlem-yargı yolu denklemi üzerine kurulan kamu hizmetleri anlayışının art arda aldığı darbelerle, 1930’lardan itibaren *idare hukukununun krizi* söyleminin bir parçası olarak *kamu hizmetinin krizi* söylemi idare hukukçuları arasında yayılmıştır. 1940’lardan yaklaşık 1950’lerin ortalarına kadar, idare hukukçuları neredeyse tek sesle kamu hizmeti kavramının düşüşe geçtiğini, çözüldüğünü, aşındığını, kamu işletmeciliğinin öldüğünü çöküntü duygusuyla anlatan

¹⁰⁵⁰ Ertuğ, *İdare Hukuku Dersleri I: İdarenin Denetlenmesi*, 1947, s. 36.

kronikler, makaleler, tezler üretmişlerdir. Kamu hizmetinin artık idare hukukunu ve yargı düzenleri arasındaki görev dağılımını açıklayıcı kavram olma özelliğini yitirdiğini düşünen hukukçular, yeni kavramlar arayışına girmişlerdir. Waline, idarenin kamu yararı amacı gütmesi ve kamu gücüne özgü ayrıcalıklardan yararlanmasını ölçüt olarak ileri sürmüştür. Vedel, “idare hukukunun anayasal temelleri”nden ölçüt çıkarmaya çabalamış, idarenin anayasal düzenlenişi itibariyle yürütmeye bağlı olmasını dikkate alarak idare hukukunu “kamu gücünün ortak hukuku” olarak yorumlamıştır. Chapus ise, idarenin ortak hukuku aşan yetkiler kadar ortak hukukta var olmayan yükümlülüklerle incelenmesi gerektiğine dikkat çekerek, kamu gücü ayrıcalıklarını “kamu gücü yükümlülük ve ayrıcalıklarına dönüştürmüştür.”¹⁰⁵¹ 1955’den sonra Fransız Devlet Konseyi ile Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kamu hizmetini çeşitli hukuksal kurumların ölçütü olarak kullandığı *Effimieff* (TC, 1955), *Époux Berlin* (CE, 1956), *Consorts Grimouard* (CE, 1956), *Société Le Béteon* (CE, 1956) kararları ile kamu hizmeti kavramı yeniden canlanma dönemi yaşamıştır. Dönemin Devlet Konseyi Başkanı Latournerie ile Kamu Hizmetleri Okulu’nun 1960’lardaki temsilcisi Laubadère, kamu hizmetinin değerini yeniden göstermeye çabalayan yazılarıyla bu canlanmaya katkı sunmuştur.¹⁰⁵² 1960’larda, tek ölçüt aramanın çözümsüzlüğünü fark eden Fransız idare hukukçuları, kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalıklarının birlikte elde tutulması gerektiğinde uzlaşmışlardır.¹⁰⁵³ Altın Çağ’da, iki büyük okul idare hukukunun kuramsal yapılarını nasıl birlikte oluşturmuşlarsa, onların selefleri de krizden çıkış yolu ararken tek bir ölçüte varamamışlardır.

Ulusal İdare Hukuku Öğretisi, kamu gücünü kavramını egemenlikten uzaklaştırarak yenileyen Fransız yazarlara kayıtsız kalmamıştır. Duran; Vedel’in Fransa’da 5.

¹⁰⁵¹ Burdeau, **Histoire du droit administratif**, 1995, s. 474.

¹⁰⁵² Roger Latournerie, “Sur un lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou la jouvence?”, **EDCE**, 1961, s. 61-159; André de Laubadère, “Révalorisations récentes de la Notion de service public en droit administratif français”, **AJDA**, 1961, s. 591-599. Değerlendiren: Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2002, s. 114.

¹⁰⁵³ Burdeau, **Histoire du droit administratif**, 1995, s. 480.

Cumhuriyet (1958 Anayasası) Düzeni açısından önerdiği, ileride Delvolvé'nin de sahiplendiği kamu gücü ölçütünün, 1961 Anayasası'nın 1971 değişikliklerinden önce getirdiği siyasal düzende, Türk idare hukuku açısından da geçerli sayılabileceğini ileri sürmüştür. Vedel ile Delvolvé, Fransa açısından idare hukukunun uygulama alanını şöyle açıklamıştır: Fransa'da 5. Cumhuriyet düzeninde idare hukuku, yürütme gücünün kamu gücünü kullanarak yaptığı etkinliklere uygulanan özerk kuralların bütünüdür; idare hukuku kamu gücünün genel ya da ortak hukukudur. Devletin siyasal organlarının ilişkileri, yabancı devletler ve uluslararası örgütlerle olan ilişkiler ve yargı organının kendi işlevi dışında kalan ve yürütme organınca üstün yetki ve yöntemlerle yürütülen tüm kamu etkinlikleri, idare hukukunun uygulama alanına girmektedir.¹⁰⁵⁴

Sarıca ise, 1971'de anlattığı derslerde, idari işlemlerin tek yanlılığından kaynaklanan üstünlüğü kamu gücü olarak dile getirmiştir. Yazar, kamu gücünün kapsamına hukuksal işlemler ve eylemler yapma gücünün girdiğini belirttikten sonra, özel hukuktaki durumun tersine, "idarenin istediği hukukî sonuçları tek taraflı doğurabilmesi başlı başına bir üstünlüktür" saptamasında bulunmaktadır.¹⁰⁵⁵ İşte bu üstünlük, Sarıca'nın düşüncesinde kamu gücü adını almaktadır:

"Çünkü idarenin, kendi dışındaki, hukuk düzeninde -o zamana kadar var olmayan- her hangi bir hukuki sonucu, tek taraflı iradesini açıklayarak yaptığı tek taraflı işlem sayesinde doğurabilmesi: kendi dışındaki düzende dilediği değişikliği tek başına yapması demektir. Bu ise, idarenin, gerçekten, üstün bir durumda olduğunu ispatlar. Bu, idarenin bir güce sahip olduğunu açığa vurur. Bu, idarenin böyle bir şey yapabilmek olanağına (gücüne) sahip bulunduğunu bize anlatır."¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁴ Georges Vedel - Pierre Delvolvé, **Droit administratif II**, 11. bası, PUF, Paris, 1990, s. 27. Aktaran: Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, **İdare Hukuku**, 2011, s. 58.

¹⁰⁵⁵ Ragıp Sarıca, **İdare Hukuku**, (çoğaltma), İstanbul, 1971, s. 84.

¹⁰⁵⁶ **Ibid.**, s. 84.

“(…) Tek taraflı işlem yapabilmek, gerçekten bir üstünlüğü belirtmektedir. Bunu yapabilmek, bir üstün yetkiye sahip olmayı gerektirmektedir. Kısacası bu, kamu gücüne sahip olmak demektir.”¹⁰⁵⁷

Sarıca tek yanlılığı; idarenin üstünlüğünün yani kamu gücünün varlığını ispatlamaya yeter bir özellik olarak görmektedir. İdarenin üstünlüğünün, kamu gücünün bir sonucu, irade birleşmesine gerek olmadan, “tek taraflı hukuki sonuç doğurma” iken, ikincisi “tek taraflı idari işlemin mevzuata ve hukuka uygun sayılması”dır:

“Bu gibi bir durumun idareye gerçekten bir üstünlük sağladığı ortadadır. Çünkü idare –tek başına dilediği hukuki sonuçları doğuran her türlü işlemi yapmak yetkisine bir yandan sahip bulunuyor. Öte yandan herhangi bir işlem yapmakla, idare, bu işleme sanki mevzuata ve hukuka uygunluk damgasını da vurmuş oluyor.”¹⁰⁵⁸

Tek yanlılık, hem idari işlemin hukuksal etkisinin doğuşu, hem de hukuka uygunluk karinesi bakımından kamu gücünü kendi içinde saklamaktadır. Sarıca, tüm tek yanlı idari işlemlerde böyle bir güç görürken, özel hukuk işlemlerinde görmemektedir. Sarıca’nın bakış açısıyla, hukuka uygunluk karinesine bağlı olarak; iptal davası açmak veya başka bir davada idari işlemin hukuka uygunluğunu ileri sürmek veya işlemin yokluğunun mahkemece saptanmasını istemek gibi olanaklar idareye yüklenmediğinden, tek taraflı idari işlem idare lehine üstün bir durum yaratmaktadır. Burada kamu gücü göze çarpmaktadır.¹⁰⁵⁹ İdarenin kendi tek taraflı işlemlerinin hukuka uygunluğunun karara bağlanması için dava açmasına gerek yokken, idari işleme karşı açılmış davalarda verilmiş yargı kararlarına karşı yargı yoluna başvurusu olanağı bulunmaktadır. Sarıca, tek yanlı idari işlemin hukuka aykırılığını saptayan geçici bir karar (yürütmeyi durdurma) veya kesin bir karar (iptal) verilmediği sürece idarenin onu “yürütmek, uygulamak, yerine getirmek, sonuçlarını çıkarmak, elde etmek” yetkisine

¹⁰⁵⁷ **Ibid.**, s. 85.

¹⁰⁵⁸ **Ibid.**, s. 86.

¹⁰⁵⁹ Sarıca, **İdare Hukuku**, 1971, s. 93.

sahip olmasını¹⁰⁶⁰ ve bunun karşılığında “idari işleme uymak zorunluluğu” bulunmasını,¹⁰⁶¹ işlemin kamu gücünü kendi içinde taşıdığı birer belirtisi saymaktadır. Tek yanlı idari işlemlerde, ayırım gözetilmeksizin, hukuksal sonuç doğurma ve hukuka uygunluk karinesi geçerli olduğuna göre, tüm tek tanlı işlemlerin kamu gücü taşıyan işlemler olduğu sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak Sarıca, kamu gücünü doğrudan tek yanlılık özelliğinden çıkarmaktadır. Tek yanlı işlemlerin yalnızca idarenin iradesiyle hukuksal sonuç doğurması ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanması olmak üzere taşıdığı iki üstünlük, kamu gücünden başka bir şey olmamaktadır.

Fransa’da, tek yanlı idari işlem yapmak, kamu gücüne bağlı bir *yeti* ya da *ehliyet* olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁶² Tek yanlı idari işlem yapmanın en başta gelen kamu gücü ayrıcalığı kabul edilmesine ek olarak, idari makamların tek yanlı olduğu halde özel hukuka tabi bulunan, idari nitelik taşımayan işlemlerinin de var olduğu kabul edilmektedir. Bu gibi işlemler, özel hukuk kurallarıyla düzenlenmiş hukuksal durumlar ve ilişkilerle bağlantılı görülmektedir. Örneğin, ticari kamu hizmeti yürütenlerin, hizmetin görevlileri ve kullanıcıları hakkında yaptıkları birel işlemleri ile kamu tüzelkişilerinin, özel malların idaresi için malik sıfatıyla yaptıkları, kuralkoyucu olanlar dışında kalan işlemleri idarenin tek yanlı özel hukuk işlemleri kategorisine sokulmaktadır. Buna karşılık, bu mallar üzerinde gerçekleşen alım-satım gibi tasarruf işlemleri idari sayılmaktadır.¹⁰⁶³

Çağdaş ders kitaplarında, idari işlem iki baskın eğilimle tanımlanmaktadır. İlk eğilim, idare hukukunun, siyasal zoru yansıtan kavram olan kamu gücünden başlanarak ve kamu gücü çerçevesinde incelenmesi gerektiğidir. Söz konusu eğilim içinde idari

¹⁰⁶⁰ **Ibid.**, s. 96.

¹⁰⁶¹ **Ibid.**, s. 105, 106.

¹⁰⁶² Burada özellikle bir yetkiden (*compétence*) değil yeti ya da ehliyetten (*capacité*) söz ettiğimiz altını çiziyoruz.

¹⁰⁶³ Truchet, **Droit administratif**, 2008, s. 225.

işlemin tanımını kamu gücü ile kuran yaklaşım içinde, idarenin kamu gücüne bağlı üstünlüğünü; kamu hizmeti, kamu yararı, idarenin kuralsallığı ve/veya kamu gücünün ayrıcalıklarla birlikte yükümlülükleri de içerdiği gibi açıklamalarla incelten yazarlar da bulunmaktadır. İkinci baskın eğilimse, idari işlemin iptal davasının konusunu oluşturan idari işlemle sınırlı tanımlanmasıdır. Bu eğilim, yeni bir tanım oluşturmaktan kaçınarak, yüksek mahkeme kararlarını doğrudan alıntılamanın, aslında idari işlemin tanımını vermek yerine hangi tür işlemlerin idari yargıda denetlenebileceğini yargı kararlarından alıntılanan tanıtılarda gösteren yazarlara özgüdür.

İdari işlemde kamu gücü vurgusu, hukuksal biçimlerin, hukuksal ilişkilerin kuruluşunda kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki köklü bir mantık ayrılığını göz önüne sermektedir. Özel hukuk, toplumsal ilişkinin özneleri arasında mevcut maddi eşitsizliği gizleyen biçimsel eşitliği alanın soyut kuruluşunu ayakta tutan bir belit olarak alırken, idare hukuku idari işlemin özneleri ile muhatapları arasındaki maddi eşitsizliği baştan kabul etmektedir. Maddi eşitsizlik hukuksal eşitsizlik olarak da karşılık bulmaktadır. Türkiye’de 1950’lere kadar müessese kuramı ile kamu hukukçularına esin kaynağı olan, ancak güncel eserlerde sadece Kamu Gücü Okulu’nun baştemsalcisi olarak anılan Hauriou bile, aslında özel hukuk sözleşmelerinin tarafları arasında da maddi eşitsizlik olduğunu görmüş ve kamu gücü kavramını bilinçli bir tercihle idari işlem tanımına almamıştır.

Özel hukukta, maddi eşitsizlik istisnaen dikkate alınmaktadır. Medeni hukukta velayet ya da vesayet altında bulunanların, borçlar hukukunda tüketicinin, iş hukukunda işçinin maddi gücünün zayıflığını gözetken koruyucu hükümler buna örnektir. Kamu düzeninin korunması amacıyla iki taraflı ilişkide tarafların serbestisini sınırlayan gabin, muvazaa gibi kurumlar yanında, birden fazla evliliğin gerçekleştiğinin saptanması halinde savcının re’sen harekete geçebilmesine olanak tanıyan kamu hukuku yetkileri de

mevcuttur. İdare hukuku ise, maddi eşitsizliği baştan kabul ederek özgül kuram ve ölçütlerle sınırlamaya çalışmaktadır.

2. İdari İşlemlerde Öznenin Tanımı

Yüceltilmiş, özgür irade gücüyle hukuk düzeninde var olan kişiler yanında, devletin hukuksal kişilik olarak kurulması ve ona irade atfedilmesi, 19. yy. sonu - 20. yy. başı kamu hukuku tartışmalarının temel eksenini oluşturur. Devletin hukukla sınırlandırılması ve sorumlu tutulması onun varoluşunu hukuka borçlu olan bir kişi olarak kurgulanmasını gerektirmektedir. Kamu hukukunda okullar arası kutuplaşmaları belirleyen, devletin siyasal varoluşunu hukuksal varoluşa dönüştürürken farklı açıklamalar getirmiş olmalarıdır.¹⁰⁶⁴ Devletin kişiliğinin hukuksal soyutlamasının başarısı, hukuk devleti düşüncesinin gelişimi ile doğru orantılıdır.

Güncel eserlerde, kamu tüzelkişiliği “idari teşkilat” başlığına sıkışmış bir konudur. Kamu tüzelkişiliği kavramına, yapısal idareyi, devletin birden fazla tüzelkişilikle örgütlenmesini anlatmak için başvurulmaktadır. 1930’lu 1940’lı yıllarda ise, öğretici çoklu tüzelkişilik yapılanmasının farkında olmakla birlikte, sayıları zaten bir elin parmaklarını geçmeyen ders notları arasında, gerek âmme hukuku kitaplarında, gerekse idare hukuku kitaplarında, “hükmi şahsiyet nazariyeleri”, tüm konularının girişini oluşturmaktadır. Tüzelkişiliğin gerçek bir kişilik olduğunu, farazi olduğunu ve hukuk tekniğinin zorunlu bir aracı olduğunu kabul eden üç farklı kuramsal yaklaşım kitaplarda kaydadeğer bir yer tutmaktadır.

¹⁰⁶⁴ Devletin kolektif tüzelkişiliği, Hauriou’nun çağdaşı ve dostu Duguit ile zıt düştüğü kuramların başında gelmektedir. Belirli bir amaçla bir araya gelmiş toplulukların, bilinç ve iradeyle gerçek kişiler gibi hareket edebileceklerini, haklara ve borçlara sahip olabileceklerini savlayan Hauriou, “kurumların kurumu” olarak nitelediği devletin kolektif bilincini ve iradesinin varlığını kanıtlamaya çalışmıştır. Rukiye Akkaya Kia, **Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 101. Egemen-devlet, ulus-devlet, genel irade, toplulukların ortak bilinç ve iradesi gibi kavramları kökten reddeden Duguit’ye göre ise, egemenliğe kişilik yüklemek kolektif tiraninin meşruiyetine anlam kazandırmaya çalışmaktır. **Ibid.**, 120.

İlk ele alınan konunun kamu tüzelkişiliği kuramları olması anlamlıdır. İdarenin işlemleri, etkinlikleri, hak ve yetkileri, görevlileri anlatılmadan önce, öznenin soyut kuruluşu kuramsal açıdan öğrenciye sezdirilmelidir. Devleti, kamu idarelerini ve diğer kamu kuruluşlarını kişi olarak kurmak temel soyut kavramların ayakta durabilmesi bakımından önceliklidir. Hukuk düzeninde irade açıklamalarının öznesi kişidir. Dolayısıyla, fiziki varlık insan yanında, irade, malvarlığı, ehliyet, yetki ve görevleri taşıyan idarenin her şeyden önce hukuk öznesi olarak kişiliğinin kavranabilmesi gerekmektedir.

Onar, 1933 tarihli kitabına, “Âmme İdarelerinin ve Müesseselerinin Şahsiyet ve Ehliyeti” başlığıyla giriş yapmaktadır.¹⁰⁶⁵ Muslihiddin Âdil (Taylan)’ın aynı tarihli kitabında, “Hükmî Şahsiyet Nazariyesi” başlığı altında, “Hükmî Şahsiyet Mefhumu ve Hükmî Şahsiyetin Mahiyeti” ile “Hukuku Âmme ve Hukuku Hususiye Hükmî Şahısları” arasındaki ayrıma yer verilmektedir.¹⁰⁶⁶ “Hükmî Şahıslar”, Özkan’ın 1935 tarihli ders notlarının ilk bölümlerinden birini oluşturmaktadır.¹⁰⁶⁷ Menemencioğlu’nun 1938 tarihli ders notlarında, şahsiyet, manevi şahsiyet, hâkimiyet, irade ve müessese kuramları anlatılmaktadır.¹⁰⁶⁸

Muslihiddin Âdil, *Mukayeseli Hukuku İdare*’nin ilk sayfasına “Hükmî Şahısların Tarifi, Evsafı [Vasıfları]” başlığını atmakta, “Hükmî Şahısların Hukukî Mahiyeti, Tasnifi”ni¹⁰⁶⁹ anlatmakta, ardından sırasıyla “Uzuvlar ve Memurlar”,¹⁰⁷⁰ sonra da “Memurlar”¹⁰⁷¹ konusuna girmektedir. Muslihiddin Âdil’in tüzelkişiliği, organ, makam ve makamda bulunan görevlilerden oluşmuş bir yapı olarak sistematik ele alması çağdaşları arasında bir ilktir. İdare adına irade açıklayan gerçek kişinin veya kişi

¹⁰⁶⁵ Siddık Sami (Onar), *İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4*, 1933.

¹⁰⁶⁶ Muslihiddin Âdil (Taylan), *Mukayeseli Hukuku İdare, Cilt I*, 1933, s. 93 vd.

¹⁰⁶⁷ Özkan, *İdare Hukuku Ders Notları*, 1935, s. 46 vd.

¹⁰⁶⁸ Menemencioğlu, *Amme Hukuku Ders Notları*, 1938, s. 22 vd.

¹⁰⁶⁹ Muslihiddin Âdil (Taylan), *Mukayeseli Hukuku İdare, 1930-1931 Ders Senesi*, 1931, s. 3-23.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, s. 23-30.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, s. 30 vd.

topluluğunun hukuksal niteliğinin belirlenmesi, 19. yüzyılın son çeyreği ile 20. yüzyılın ilk çeyreği arası evrenin Kıta Avrupası hukukçuları arasındaki en zengin kuramsal tartışmalarından birine gönderme içermektedir.

Görevli kendi adına irade açıklamadığına ve açıkladığı iradenin sonuçları kendi hukuk evreninde doğmadığına göre, görevliye kamu tüzelkişiliği içinde bir kimlik bulmak gerekmektedir: “Devlet istemek ve hareket etmek için birey olan araçlara ihtiyaç duyar, çünkü sadece psikolojik yaşantısı olan bireyler isteyebilir ve hareket edebilir. Bunlar devlet için hangi sıfatla isteyecek ve hareket edeceklerdir?”¹⁰⁷² İdari işlemi tanımlarken görevli; yasal temsilci mi, idari makam mı, idarenin vekili mi yoksa organı mı sayılacaktır? Bu gibi sorular aslen özel hukuk işlemlerinin tanımı için önemsizdir. Çünkü kişi kendi adına ve hesabına işlem yapmakta, irade, sahibinin hukuk evrenine yönelmektedir. Kamu hukukunda ise, irade, onu dışavurandan hukuk düzeninde ayrılmaktadır. 18. yy. anayasa hukuku düşünürleri, özel hukukun *temsil* ve *vekalet* kurumlarını siyasal ilişkileri açıklamak amacıyla kıyas yoluyla benimsemişlerdir. Anayasa hukukunun yaşattığı bu kurumlar, Fransız idare hukukçularına idari işlemin öznesinin tarifi için elverişsiz görünmüş ve Gierke ile Jellinek’e çok şey borçlu olan *Alman Organ Kuramı* baskın çıkmıştır. Görevliyi, *organ-kişi* olarak niteleyen söz konusu kuram; Mestre, Michoud, Moreau, Carré de Malberg gibi hukukçularda etki bırakmıştır. 1919’da kurama çekinceler koyan Hauriou ise, daha sonra kuramı kendi müessese (*institution*) kuramıyla bütünleştirmiştir.¹⁰⁷³

Cumhuriyet’in erken evrelerinde, memurlara ilişkin ders notları ile çeviri adı taşısa bile idare hukuku yazınının kapsamı içinde değerlendirmek zorunda olduğumuz çalışmalar, kamu tüzelkişiliğinin iradesinin organ ve makamlar aracılığıyla dışavurulduğunun

¹⁰⁷² Zéphirin Rogez, *L’acte administratif de puissance publique*, (thèse droit), J. Roussel, Paris, 1906, s. 16.

¹⁰⁷³ Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 258-264.

kavranmasına katkı sunmuştur. Örneğin, memurun hukuksal durumunun işçininkinden farklarını ortaya koyan ölçütlerden biri olarak, memurları devletin bir organı, işçileri ise işverenin vekili ya da temsilcisi olarak niteleyen Alman Organ Kuramı'na yer verilmektedir.¹⁰⁷⁴

Bahsettiğimiz devrin yazarlarının herbirinin tüzelkişiliğe ilişkin kuramlara sayfalar ayırması, idarenin irade açıklamalarında hukuk öznesinin belirlenmesi ve iradenin onu açıklayan insanın gerçek kişiliğinden koparak tüzelkişiliğe bağlanması; kişi-organ-makam ayrımlarının gelişmesi açısından önemlidir. Devlet yanında başka birimlerin de irade açıklayabilmesi, bunların kendi kişiliklerinin mi bulunduğu yoksa devlet kişiliğinin uzantısını mı oluşturdukları sorusunu beraberinde getirmiştir. Bu soru, devlet içinde kimin egemenlik kullanabileceği, dolayısıyla kimin idari işlem yapabileceği sorusuyla doğrudan ilintilidir. Devletin parçalı tüzelkişilik yapısına rağmen, özel kişilerden farklı iradi özelliklerle kurgulanması, iradesinin denetlenebilmesinin ve sorumlu tutulabilmesinin önşartını da oluşturmuştur. Kısaca, devleti tüzelkişilik olarak kurgulamak, bir yandan ona irade, yetki ve görevler atfetmek, diğer yandan onu tüzelkişiliğinin hukuksal çerçevesiyle sınırlamaktır.

1930'lu yıllarında idare hukukçuları ile kamu hukukçuları tüzelkişilik kuramına kurucu değer vermek açısından ortak bir tavır izlemişlerdir. Menemencioğlu, *Âmme Hukuku Ders Notları*'nda,¹⁰⁷⁵ devleti diğer kişiler dışında kendine özgü bir varlığa ve iradeye sahip kişi olarak kabul eden kuramlara yer vermektedir. Hukuku kişinin iradesinden doğan güç olarak açıklayan, egemenliği de kendisine varsayımsal bir irade atfedilen devlete özgü bir hak olarak düşünen öznelci görüşleri aktarmaktadır. Tartışmanın kuramsal değeri nedeniyle devletin kişiliğinin gerçekliği, faraziliği ya da hukuk

¹⁰⁷⁴ P. Stainof, "Memur ve İşçi", (çev. Halûk Sarım), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 39, Haziran 1934, s. 44.

¹⁰⁷⁵ Menemencioğlu, **Amme Hukuku Ders Notları**, 1938, s. 22-39.

teknikinin sonucu olduğunu ileri süren üç farklı kuramdan, Hauriou'nun müessese (institution) kuramından ve bu kuramı geliştiren Renard'da söz etmeden geçemese de, aslında herbirine mesafeli olduğu gözden kaçmamaktadır. Koyu bir Duguist olan Menemencioğlu, egemenlik ve kişilik kuramlarını reddeden Duguit'nin diliyle konuşmaktadır. Bütününde atıf içermeyen ders notlarının bu bölüme ilişkin başlığı altında genel bir "bibliyografya" verilmektedir.¹⁰⁷⁶ Bibliyografya'daki eserlerin çoğu, Duguit'nin daha önce Menemencioğlu tarafından bizzat Türkçe'ye çevrilmiş eserleridir. Menemencioğlu aslında, Duguit'den yalnızca kaynak eser olarak yararlanmamakta, Duguit'nin ilgili kuramlara karşıtlığını sergileyen eserleri, kendisinin de Duguist olmasının etkisiyle özetleyerek derslerinde anlatmaktadır.

Diğer yandan, irade açıklamasının tüzelkişiliğin iradesine dönüşmesi; idarenin denetiminin kamu görevlilerinin denetimi yoluyla değil de, doğrudan idareye karşı açılan iptal ya da tam yargı davaları yoluyla denetimi ile sağlandığı hukuksal kurguyu ayakta tutan temel taşı oluşturmuştur. İdare hukukunun diğer disiplinler karşısında kendine özgü ilkelerini oluşturmasının zemini kamu tüzelkişiliğidir. Çünkü pek çok vazgeçemediğimiz ilke ve kavramda, fiziki varlık insan, yani gerçek kişiden koparılmış soyutlamalar görürüz. Hizmet kusuru, idari işlem gibi soyutlamalar, bir başka soyutlama olan kamu tüzelkişiliği soyutlaması ile tutarlı bir bütün içinde kalmaktadır. Hukuka aykırı ya da kusurlu iradenin onu dışavuran görevliden bağımsızlaşarak tüzelkişiye yüklenmesi, idarenin işlemlerinin ve eylemlerinin yaptırma bağlanmasını sağlamıştır. Kamu tüzelkişilerinin yer ve işlev yönünden sınırlı ehliyetle doğması, hukuk düzenine en baştan sınırlı bir varoluşla girdikleri, hatta varoluşlarını ona borçlu oldukları anlamına gelmektedir.

¹⁰⁷⁶ **Ibid.**, s. 11.

Kıta Avrupası kamu hukukçuları, modern devleti, hukuksal varlık olarak kurmanın yollarını aramışlardır. Dirimsel varlık gibi ete kemiğe büründürülemez de, dirimsel varlığa atfedilen irade, malvarlığı, sorumluluk gibi özellikleri ona yükleyerek kişileştirebilecekleri kuramsal çerçeveyi zorlamışlardır. Devleti kişileştirmek, idari işlem kuramının geliştiği anadamdır.

Hukuksal öznenin kuruluşu, hem Alman ve Fransız kamu hukukçuları arasında, hem de her iki ülkenin kendi kamu hukukçuları arasında yarıklar açan bir tartışma olmuştur. Okulları oluşturan fay hatları hukuksal özne kavrayışından geçmektedir. Karşıt tutumlar Cumhuriyet'in ilk dönem âmme hukuku ve idare hukuku eserlerinde, uzun uzadıya aktarılmışsa da, çatışma doğurmamıştır. Kuram aktarıcılar, işlemleri devlete ve devlet içindeki diğer organ ve birimlere bağlayabilmenin nasıl açıklanabileceğinin peşindedir. Bu arayış, okul yaratmasa da, kamu hukukunun temelinde sapaşğlam donmuş bir çimento olarak kalmıştır. Kamu tüzelkişiliği bilgisi, kamu gücü kullanımının kişiselleşmesini engelleyici, tüzelkişiliğin yetki ve görevleriyle tanımlı, değişen kişilerden bağımsız bir yapı olarak kurgusunu sürdürmesinin mantıksal güvencesidir. Kamu tüzelkişiliğinin uzun zamandır yalnızca idarenin örgütünün şemasını çizmeye faydalı bir kavram olarak ele alınması, idare hukukunu yalnızca örgüt yapısı ile değil kuramsal yapısıyla da ayakta tuttuğu gerçeğini değiştirmemektedir.

D. İşlemlerin Sınıflandırılmasını Tetikleyen Ayrım: Öznel ve Nesnel Hukuksal Durumlar

Hukuksal etki, 20. yüzyılın ortalarına kadar idari işlemin en karanlık kavramlarından biri olagelmiştir. Hauriou'nun 1900'deki itirafına kulak verirsek, "İdare işleminin

özelliği hukuksal etki doğurmaya yönelmesidir (...) ancak söz konusu hukuksal etkiyi tanımlamak pek de kolay değildir.”¹⁰⁷⁷

Özel hukukçular, işleme baktıklarında geleneksel olarak, kişileri ve onların hak ve borçlarından oluşan içine kapalı hukuk evrenlerini görmüştür; doğrudan hukuksal sonuç doğurmadan, kişilerin kendi hukuk evrenini değişiklik yapabilmesini ya da iradeleri uyuşan taraflar arasında hukuksal bağ (*vinculum juris, lien juridique*) kurulmasını anlamıştır. Hukuksal ilişkinin varlığı, tarafların birbirlerine karşılıklı olarak ileri sürebilecekleri hak ve borçlara işaret etmektedir.

Borçlar hukukunda sözleşme ilişkisi; hak ve borç kavramlarına sadık kalmıştır. İdare hukukundaki *icrai işlem*'in özel hukuktaki en yakın karşılığı olarak nitelenebilecek *inşai işlem/yenilik doğuran işlem* tanımlarında, hak işlem kategorisini belirlemektedir. İlki 1969, ikincisi 2003 tarihli tanımlarda, özel hukukun tek yanlı işlemleri kastedilmesine rağmen, öznelci izlerin silinmediği görülmektedir:

“İnşai hak veya inşai muamele, tek taraflı bir irade beyanı ile hukukî bir ilişkiyi meydana getirmeyi, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı istihdaf eden bir haktır.”¹⁰⁷⁸

“Bir kısım haklar vardır ki, bunlar hak sahibine, tek taraflı irade beyanında bulunarak, yeni bir hukuki ilişki kurmak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek yahut sona erdirmek yetkisini verirler.”¹⁰⁷⁹

İnşai/yenilik doğuran haklar, tek taraflı hukuksal işlemlerin kaynağıdır. Hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan hukuksal sonuç, daima *hukuksal ilişki* üzerindedir: Yeni bir hukuksal ilişki kurulmakta, var olan hukuksal ilişkide değişiklik yaratılmakta ya da hukuksal ilişki ortadan kaldırılmaktadır. Özel hukukta öznelci kavrayış tarihsel süreklilik taşımaktadır.

¹⁰⁷⁷ Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1900, s. 280.

¹⁰⁷⁸ Esener, *Borçlar Hukuku I - Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. 1-40)*, 1969, s. 11.

¹⁰⁷⁹ Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 10. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 102.

20. yüzyılda, Duguit ve Hauriou, idari işlemi nesnel hukuk düzeninde kavramak için hukuksal durum kavramını art arda işleyerek pekiştirene kadar; idari işlemin doğurduğu hukuksal sonuç, Alman ve Fransız özel hukukçularının öznelci yaklaşımıyla yoğrulmuştur. 20. yüzyılın ilk çeyreği boyunca, hükümet komiserleri, öznel hukuksal sonuçlar doğuran işlemin etkisi altında kalmıştır. Hükümet komiserlerinin görüşleri doğrultusunda, hukuksal sonucu öznel hakkı veya hukuksal ilişkiyi ölçüt olarak saptayan Devlet Konseyi, idari işlemlerin ilgililere sağladığı yararı, onun hukuksal sonucu olarak nitelemiştir. Konsey, yalnızca içinde belirli bir kişinin ismi geçen birel işlemleri değil, yönetmelikleri de “hak yaratıcı” olup olmaması bakımından değerlendirmiştir.¹⁰⁸⁰

Duguit ve Hauriou'nun çalışmaları ise, idari işlemlerde hukuksal etkinin özel hukuk işlemlerindeki hukuksal etkiden farklılaşmasının öncüsü olmuştur. Duguit ve Hauriou, hak ve yükümlülük ya da hukuksal bağ gibi öznelci unsurları silerek, onların yerine *hukuksal durumları* ölçüt alan bir idari işlem kavrayışı koymuştur. Hukuksal durum, basit bir terminoloji değişikliğinin çok ötesinde, öznelci işlem anlayışını sarsmak için geliştirilmiş temel kavramlardan biridir. Yönetilenin idare karşısındaki konumunun, özel hukukun aksine, karşılıklı hak ve borç ilişkisi olarak kurgulanmaması, hukuksal etkinin yeniden tanımlanması olanağını yaratmıştır. İdari işlemler, hukuksal durum kavramı aracılığıyla yeni bir sınıflandırmaya kavuşturulmuştur. Günümüzde hâlâ kuralkoyucu idari işlem-birel idari işlem sınıflandırmasının temelini oluşturan nesnel-öznel durumlar ayrımı ilk defa Duguit tarafından geliştirilmiş olup, Bonnard ve Jèze tarafından sahiplenilmiştir. Bonnard, 1932 tarihli makalesinin dipnotunda, Jèze ve kendisinin bu sınıflandırmayı Duguit'den aldığını açıkça beyan etmiştir.¹⁰⁸¹ Söz konusu sınıflandırma, Türk idare hukukçularınca önce genel işlem kuramının bir parçası olarak

¹⁰⁸⁰ Girard, **La formation historique...**, 2013, s. 335.

¹⁰⁸¹ Bonnard, “Les droits publics subjectifs des administrés”, 1932, s. 711.

“hukuki tasarrufların maddi yönden tasnifi”, devamında ise idari işlemlerin hukuksal etkisine göre sınıflandırılması bakımından benimsenmiştir.

Hauriou, ilk yazılarından itibaren her idari işlemin hukuksal sonucunun hukuksal bağ (*vinculum iuris*) ile açıklanmasına karşı çıkmıştır. Özel hukuksal durumların, özel hukuk kavrayışı için tanıdık olması şaşırtıcı değildir. Fakat Hauriou özel hukuksal durumlar yanında, nesnel hukuksal durumların da varlığını keşfetmiştir. Nesnelci eğilimi giderek sivrileştikçe, nesnel hukuksal durumlar kavramını hukuksal ilişki kavramına meydan okuma aracına dönüştürmüştür.

Hauriou, idari işlemlerin hukuksal etkisini incelerken otorite işlemi-yürütüm işlemi (*acte d’autorité – acte de gestion*) ayırımından yola çıkmıştır. Hauriou ve de Bézin’in 1903 tarihli makalesinde, otorite işlemi söz konusu olduğunda yönetilenlerin idare karşısındaki konumunun “üçüncü kişi” olarak nitelenemeyeceği, idarenin iradesinin hukuksal sonuçlarına maruz kalan her kimsenin “edilgen özne” konumunda bulunduğu; yönetilenlerin ancak yürütüm işlemleri söz konusu olduğunda üçüncü kişi konumuna geçeceği ve özel haklarına dayanarak idare ile hukuksal bağ kurabileceği açıklanmaktadır.¹⁰⁸² Yazarlar, otorite işlemlerinde yönetilenin iradesine hiçbir hukuksal değer atfetmediklerinden ve yönetileni idare karşısında karşısında tamamen edilgen bir konuma yerleştirdiklerinden; bu kategorideki işlemlerde hukuksal ilişki doğmadığı sonucuna ulaşmaktadırlar. İdarenin etken özne, yönetilenin edilgen özne olduğu bir kurguda, idari işlemin sonucu, tarafları hukuksal ilişkiyle bağlamak ya da aralarındaki bir hukuksal ilişki bağına çözmek olarak düşünülmemektedir.

Hauriou, 1910’da hukuksal bağ ve hukuksal ilişki kavramlarının idari işlemlerle uyumsuzluğuna yönelik eleştirilerini keskinleştirmiş, ama yine de bu kavramları bir

¹⁰⁸² Maurice Hauriou - Guillaume de Bézin, “La déclaration de volonté dans le droit administratif français”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, s. 554 ve 561; aktaran: Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 337.

çarpıda söküp atmamıştır. 1910’da, idari işlemleri “hukuksal ilişki doğuranlar ve nesnel hukuksal durum yaratanlar” şeklinde bir ayrıma tabi tutarak, bu ayrımı müessese (*institution*) kuramıyla bütünleştirmiştir. Bu bütünleştirme ile, 1903’teki düşüncelerinin daha sağlam bir temele oturduğu söylenebilir. Hauriou, devleti ancak akçeli işlere girdiğinde hukuksal ilişkinin tarafı olarak görebilmektedir. Kaldı ki, Hauriou’ya göre idarenin işlemlerinin geneli bu nitelikte değildir. İdarenin mübadele ilişkisine girdiği ayrıksı durumlarda, onun öznel hukuksal kişiliğine ilişkin bir hukuksal bağ kurulabilecektir.¹⁰⁸³

Hauriou, hukuksal ilişkilerin mantıksal bir gereklilikten dolayı yatay hukuksal ilişki olabileceğini kabul etmektedir. Hauriou’nun idarenin işlemlerinden yatay hukuksal ilişki doğuranları çok dar bir alana hapsedmeye çalışmasının nedeni; öznel haklarla kurulan hukuksal ilişkilerin kendisine, hukuksal ticaret, alım-satım (*commerce juridique*), mülkiyet (*propriété*), ekonomik mübadele olgusu (*phénomène économique de l’échange*) gibi kavramları çağrıştırmasıdır.

Yazar, edilgen öznesi için yararlandırıcı içerikte olsa, hatta bu yarar parasal nitelikte olsa bile, otorite işlemlerinin hiçbir zaman öznel hak doğurmayacaklarını ileri sürmüştür. Hauriou’ya göre, yarar (*faveur, intérêt*) ile öznel hak (*droit subjectif*) birbirinden farklıdır. Yazar, bu farklılığı göstermek için yeni kavramlar türetmiştir. Otorite işlemlerinin edilgen özneye sağladığı yararları, öznel hak nitelemesinden kurtarmak için hak benzerleri (*sortes de droits*) veya kendine özgü idari haklar (*droits administratifs sui generis*) olarak adlandırmıştır.¹⁰⁸⁴ Kitabının 1911 tarihli yedinci basısında ise, otorite işlemleri-yürütüm işlemleri ayrımını ortadan kaldırarak, bunların her ikisinin de idari nitelikte hak ya da yararlar doğuracağını belirtmiştir. Her icrai işlemin etkisinin “hukuksal durum yaratmak, hukuksal durumu değiştirmek ya da

¹⁰⁸³ Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 338.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, s. 339.

sonlandırmak” olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, öznel hakkı bir daha geri döndürmemek üzere tamamen hukuksal etki kavrayışının dışına çıkarmıştır. Hauriou’nun verdiği örnekte, kamu malından özel yararlanmayı konu edinen izinlerin özel hukuktaki gibi nesnel hak kullanımı anlamına gelmediği açıklanmaktadır. İzin; bazı hak ve güvenceler, hatta mali yararlar sağlamasına rağmen öznel hak yaratmaya elverişsiz sayılmaktadır. Hauriou’nun nitelemesiyle, bunlar herkese karşı sürülebilir idari aynı hak (*droits réels administratifs opposables à tous*) niteliği taşımaktadır.¹⁰⁸⁵ Bir hak idari sıfatını kazandığında ticari ilişkilerde üzerinde özgürce tasarruf edebilecek öznel hak olma özelliklerini yitirmektedir. Hauriou’nun burada aynı hak ve ileri sürülebilirlik kavramlarını idari işlemlere uyarlamaya çalışması çarpıcıdır. Hauriou, Bordeaux Hukuk Fakültesi’ndeki akademik çalışmalarına kamu hukukuyla başlamamıştır. Doktora tezi, Roma hukukunda ve Fransız hukukunda aile kurumunun hukuksal statüsünün incelenmesi üzerinedir.¹⁰⁸⁶ Toplumsal kurumların tarihsel ve ahlaki boyutunu incelemek, Hauriou’nun ileride yaratacağı müessese kuramının düşünsel altyapısını oluşturmuştur. Kategorik sebep unsurunu Roma hukukundan esinle modern idare hukukunda canlandırırken ya da toplumsal hücrelerin müessese niteliği kazanmak gerektirdiği özellikleri devletin kurumsal yapısını açıklamak için kullanırken yaptığı gibi; Hauriou, yine özel hukuktan güç almakta, ancak özel hukukun işlem kuramının idare hukuku ile bağdaşmazlığı ön kabulüyle, özel hukuktan olabildiğince uzaklaştırılmış yeni kuramsal yapılara, ilkelere, ölçütlere erişmektedir.

Özel hukuk-kamu hukuku ayrımını kökten reddetmesine bağlı olarak, idari işlemler ile özel hukuk işlemlerini ayırım gözetmeksizin nesnel hukuk düzeni içinde yorumlayan Duguit ise, tüm hukuksal işlemleri nesnel hukuk düzenine bağlamak amacıyla hukuksal durumlar kavramını işlemiştir. Kuramında hukuksal etki, özel hukuk işlemleri

¹⁰⁸⁵ **Ibid.**, s. 340.

¹⁰⁸⁶ Akkaya Kia, **Bir Ders Konusu Olarak Devlet...**, 2013, s. 100.

bakımından da iki hukuk öznesi arasındaki bağ olmaktan çıkıp nesnel hukuk düzeninin parçasına dönüştürülmüştür. Duguit, 20. yüzyıla girerken şu tespitte bulunmaktadır:

“Eski hukuk bağı, vinculum juris kavramı yok olup gidiyor; hukuksal ilişki gözden kayboluyor (...) Hukuksal durumun varlığından söz ediliyor. Modern toplumların ihtiyaçlarına hârikulâde uyum sağlayan esnek ve yaratıcı bir anlayıştır. Devletin yetkilerini ve etkinliğini sınırlayabilen ve yükümlülüklerine işaret eden koruyucu bir anlayıştır.”¹⁰⁸⁷

Roma hukuku kökenli eskimiş ve dar kavramların, modern toplumsal ilişkilerin çeşitliliğini yok sayan hukukçuları yapmacık uyarlamalara sürüklemesi; Duguit’de tepki uyandırmıştır. Özellikle çağdaşı Alman hukukçuların hukuksal ilişkiyi geleneksel kalıplara sığdırmaya çalışarak devlet egemenliğinin sınırsızlığına ve yöneticilerin mutlak gücüne hukuksallık görüntüsü kazandırdığı düşüncesi, Duguit’yi yeni bir kuramsal anlayış geliştirmeye yönlendirmiştir.¹⁰⁸⁸ Ancak Duguit, 1920’lere kadar geleneğin yükünü taşımış; öznelci hukuksal işlem anlayışından tamamıyla uzaklaşması, yirmi yıla yayılmıştır. Duguit, 20. yüzyıldaki ilk çalışmalarında, öncelikle öznel hak kavramını reddederek öznel hukuksal durumlar kavramını geliştirmişse de eleştirdiği öznelci idari işlem anlayışının yerine özgün bir nesnel idari işlem kuramı geliştirmesi 1920’li yılları bulmuştur.¹⁰⁸⁹ Duguit’nin 1907 tarihli Anayasa Hukuku El Kitabı’nda (*Manuel de droit constitutionnel*) “hukuk evreni” kavramı idari işlem tanımının içinde vurgulu bir biçimde geçmekteyken, 1920’lerden itibaren ise irade açıklamalarının hukuksal etkisi, bireyci bir hukuk geleneğini yansıtan hukuk evreninden koparılarak nesnel hukuk düzeni içinde değerlendirilmiştir.

Duguit, hukuksal işlem yapma yetisini, bir öznel hak olarak bireye ve onun kutsadığı iradesine dayandırmak yerine, toplumsal dayanışmadan çıkan hukuk kuralıyla

¹⁰⁸⁷ Léon Duguit, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, (éd. Albert Fontemoing), Ancienne Librairie Thorin et Fils, Paris, 1901, s. 17-18; son tıpkı bası için bkz.: Duguit, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, 2003, s. 19.

¹⁰⁸⁸ Girard, *La formation historique...*, 2013, s. 342.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.* s. 345.

ilişkilendirmiştir. Duguit'nin düşünce sisteminde, ne yöneticilerin ne de özel kişilerin işlem yapma yetisi iradelerinden kaynaklanmaktadır; işlem yapma yetisi ancak hukuk kuralı sayesinde ve ona uygun olmak kaydıyla hukuksal değer taşımaktadır. Duguit'nin, idare-özel kişi ayırımına gitmeksizin tüm hukuksal işlemleri ve bunların yarattığı hukuksal durumları toplumsal dayanışmanın çizdiği nesnel çerçeveye sınırlaması dikkat çekicidir. Hukuk kurallarının kaynağını toplumsal dayanışmada bulan Duguit'ye göre, her türlü hukuksal işlem toplumsal sınırlar içinde var olabilmektedir.

Duguit, 1901'de tüm hukuksal işlemlerin kamu hukuku işlemi ya da özel hukuk işlemi olduğuna bakılmaksızın öznel hukuksal durumlar (*situations juridiques subjectives*) yarattığını savlamıştır. Yazarın burada “öznel” sıfatını kullanmasının öznel haklar ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Duguit, 20. yüzyılın ilk on yılında otorite işlemleri bakımından hukuksal durumların varlığını kabul edip yürütüm işlemleri bakımından öznel hak ve hukuksal bağ kavramlarını terk etmeyen Hauriou'dan farklı olarak, anılan kavramları hiçbir surette tanımamaktadır. Duguit'ye göre, hukuksal durum asla iki hukuk öznesi arasında hukuksal ilişki bulunmasını gerektirmemekte,¹⁰⁹⁰ hiçbir işlem hukuksal bağ yaratmamaktadır.¹⁰⁹¹ Duguit'nin, idarenin tüzelkişiliğine nesnel kişilik ve öznel kişilik olmak üzere iki cepheden bakan ve dolayısıyla idarenin işlemlerinin hukuksal etkisini de otorite işlemi ya da yürütüm işlemi olmasına göre değerlendiren Hauriou'dan farklı bir sonuca varması; tüzelkişilik kavramını daha baştan reddetmesinin sonucu olarak yorumlanabilir. Duguit'nin düşünce sisteminde tüzelkişilik kuramlarına yer olmadığından, idari işlemlerin etkisi de kişisel olamayacaktır; hukuksal etki daima toplumsaldır.¹⁰⁹²

¹⁰⁹⁰ Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 2003, s. 190.

¹⁰⁹¹ *Ibid.* s. 183.

¹⁰⁹² *Ibid.* s. 161, 183.

Duguit'nin hukuksal etkinin öznelci yorumunu reddetmesine rağmen tüm hukuksal işlemler açısından “öznel hukuksal durumlar” yaratma özelliğinden bahsetmesinin nedeni, hukuk kurallarını daha baştan işlem kabul etmemesinden kaynaklanmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Duguit'nin yaklaşımında hukuksal işlem ve hukuk kuralı ayrımı bulunmaktadır. Bu ayrım, yalnızca kural koymayan işlemleri hukuksal işlem saymasının dayanağıdır. Duguit yalnızca idari işlemlerin hukuksal etkisi üzerinde çalışmamış, hem kamu hukuku işlemleri ile özel hukuk işlemleri ayrımını, hem de Hauriou'nun otorite işlemleri-yürütüm işlemleri ayrımını aşan bir hukuksal etki kavrayışı geliştirmiştir.

Duguit'nin görüşleri, Alman kuramcılarının ve özel hukuk geleneğinin hukuksal etki anlayışını sarsmıştır. Ancak Duguit'nin, hukuksal işlemlerin ilişki yarattığını reddederek öznel hukuksal durumlar doğurma özelliği üzerinde ısrar etmesi, hukuksal işlemlerin kapsamını belirlemede çağdaşlarının yaklaşımının dışına çıkmasına engel olmuştur. Duguit, idarenin yalnızca birel işlemlerini hukuksal işlem sayan yerleşik anlayışa sadık kalmıştır. Genel, soyut, nesnel hukuksal durum yaratmaya yönelik irade açıklamalarını “maddi anlamda yasa” sayarak hukuksal işlem kavramının kapsamı dışında bırakmıştır. Tüm hukuksal işlemleri somut ve kişisel durumlarla ilişkilendirmiştir.

Duguit'nin yaklaşımı, idarenin yasamanın tekelindeki kurallar düzenini tamamlayabileceği düşüncesinin sancılı bir doğum evresinden geçerek kabul görmesine yol açmıştır. Bu düşüncenin kolay benimsenmemesi, Türkiye’de idare hukukunun farklı devirleri için farklı tarihsel nedenlere dayanmaktadır. Tanzimat Devri’nde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kuram ve uygulamadaki az gelişmişliği idarenin düzenleme yetkisinin ortaya çıkışına izin vermemiştir. Cumhuriyet’in yaklaşık ilk çeyreğinde ise, Duguit'nin görüşlerinde en güçlü ve belirgin ifadesini bulan maddi anlamda yasa kavrayışı, idarenin işlemlerinin birel işlemlerle sınırlı tek tip, monoblok bir kategori olarak

algılanmasına yol açmıştır. İlk evrede kuvvetler ayrılığı ilkesinin az gelişmişliği; ikinci evrede ise doğrudan kuvvetler ayrılığı ilkesinden çıkarılan yorumlar idarenin kural koyma yetkisinin kabulüne engel olmuştur.

Nesnel hukuksal durum yaratan yasama işlevinin, öznel hukuksal durum yaratan idare işlevinin padişahta toplandığı bir siyasi rejimde, devletin irade açıklamalarının kuvvetlerin ayrılığı esası uyarınca sınıflandırmasının hukuksal bir önem ve değeri olamazdı. Hukuk-i idare kitaplarında “kanun, kanunname, nizamname, talimatname, muvakkat kanun, tenbihatname, izahname, tamim” gibi işlem türlerine rastlanıyor olsa da, bunların kategorik yerine ilişkin hiçbir açıklama bulunmamaktadır. Osmanlı Devleti’nde padişah, bugün yasama, yürütme, yargıya atfedilen yetkilerin tümünü şahsında toplamakta olduğundan, farklı adlarla yapılan işlemlerin yasama yetkisine ait olanlar ya da yürütme yetkisine ait olanlar şeklinde birbirinden ayrılması olanağı bulunmamaktadır. Kural koyma yetkisinin tek sahibi Padişah’ın bu yetkisini yasama ya da düzenleme yetkisi olarak nitelemek olanaksızdır.¹⁰⁹³ Padişahın, nizamnamelerle ya da kanunnamelerle kural koyabilmesi, düzenleme yetkisini, dönem için anakronik bir kavram haline getirmektedir. Osmanlı’da bir düzenleme yetkisi aranırsa, bu yetki en fazla idarenin değil padişahın düzenleme yetkisi olabilecektir.¹⁰⁹⁴

Duguit’in öznel hukuksal durumlar yaratmaya yönelik işlemleri maddi anlamda yasa sayan yaklaşımı ise, 1921 ve 1924 Anayasası dönemlerinde idare hukuku öğretisinde etkiler bırakmıştır. Duguit’in yaklaşımında idarenin düzenleyici işlemine yer yoktur. Duguit, devlet işlemlerinin nitelemesinde işlemin ait olduğu işlevi dikkate almaktadır. Duguit’in bakış açısıyla, hukuk kuralı koymak yasama işlevine aittir; genel ve soyut hüküm maddi anlamda yasadır; birel ve somut hüküm gerçek anlamda hukuksal

¹⁰⁹³ Kaya Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 48 vd.

¹⁰⁹⁴ Osmanlı’da kanun ve nizamnameye hangi işlev veya konulara bağlı olarak başvurulduğunun son derece belirsiz olduğunu gösteren bir çalışma için bkz.: Talât Kâmil, “Türkiyede İdari Nizamnameler,” **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 59, Şubat 1936, s. 41-48.

işlemdir; idari işlemdir.”¹⁰⁹⁵ Duguit, yasaları toplumsal nitelikli nesnel hukukun ifadesi; hukuksal işlemlerin bir türü olan idari işlemleri ise, yasaları uygulayan birel işlemlerinden ibaret görmektedir.

Duguit’ye göre, maddi yasalar hukuk kuralı içerir (içermek zorundadır). Hukuk kurallarının toplumsal kurallar olmasının tarihsel ve mantıksal sonucu, zaten genel hükümler içermesidir.¹⁰⁹⁶ Duguit, bu nedenle “özel yasalar” a karşıdır. Özel yasa kavramı kabul edilirse, yasanın devletten çıkan hukuksal işlemde, yani idari işlemde farkı kalmayacağını ileri sürmektedir.¹⁰⁹⁷ Yasamanın kural koyarken belirli bir kişiye ya da nesneye ilişkin olguları dikkate almaması nasıl yasa olmaktan kaynaklanan bir zorunluluksa; idari işlemler yapılırken bu tür olguların dikkate alınması onların temel özelliklerinden biri olarak değerlendirmektedir.

İdari işlemleri, yalnızca birel işlemlerle sınırlı bir hukuksal işlem kategorisi olarak anlayan Duguit, düzenleyici işlemleri (*actes réglementaires*) idari işlem kabul etmemektedir: Yönetmeliklerin genel hükümler içermesinin, yürütme işlemi (*acte exécutif*) ya da idari işlem (*acte administratif*) oldukları anlamına gelmeyeceğini düşünmektedir. Düşüncesini gerekçelendirirken, yönetmelikle yasanın değiştirilememesinin ya da yönetmelik çıkarmanın yasayla bağlı olmasının onu yapanın niteliğine bağlı bir sonuç olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰⁹⁸ Dolayısıyla, yasa olarak nitelenmelerine engel görmemektedir.

Nesnel hukuksal durumlar idarenin düzenleme yetkisinin geç kabul görmesine neden olurken; öznel hukuksal durumlar, idare hukukunun statü hukuku niteliği kazanmasına öncülük etmiştir.

¹⁰⁹⁵ Léon Duguit, **Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale de l’État et Organisation politique**, 1ère édition, éd. Albert Fontemoing, Thorin et Fils, Paris, 1907, s. 153.

¹⁰⁹⁶ **Ibid.**, s. 160.

¹⁰⁹⁷ **Ibid.**, s. 160.

¹⁰⁹⁸ **Ibid.**, s. 161.

Âmme hukukçuları arasında Duguit'nin çizgisinin temsilcisi sayabileceğimiz Menemencioğlu, 1930'ların ikinci yarısında, işlemleri yarattıkları hukuksal duruma göre üçe ayırmaktadır:

“Fiil-kaide [kural işlem], nevi ve şahsı nazarı itibara almaksızın umumî ve gayri şahsî hukukî kaideler vazeden hukukî fiillerdir. Fiil kaide, bu fiilin faili tarafından mücerret ve gayri şahsî bir surette tayin edilmiş olan şartlar dahilinde bulunacak bilûmum fertlere tatbik olunan objektif hukukî vaziyetler tesis veya bu vaziyetleri tadil eder.”

“Fiil-şart [şart işlem], objektif bir hukukî vaziyetin tatbikini tahrik eder veya bu vaziyetin tatbikine şart teşkil eyler. Evlenme, memur tayini, suçlunun mahkûm edilmesi birer fiil-şarttır. Hukuk tekniği fiil-şartın iradi bir fiil ifa edilmeden de husul bulabileceğini göstermektedir. Meselâ rüşde vâsıl olma, memurun ölümü gibi hâdiselerin tatbik olunmayan bir vaziyetin reşide veya memurun ailesine tatbikine şart teşkil etmesi gibi.”

“Sübjektif fiil [sübjektif işlem], ferdî ve şahsî hukukî vaziyetler meydana getirmektedir. Sübjektif fiilin muhtevası bir kanun ve nizamname ile muayyen olmayıp hukukî fiilin faileri tarafından muayyen bir veya müteaddit fertleri nazarı itibara almak suretiyle meydana getirilmektedir. Bu nevi fiilin bariz misali ‘akid’dir. (...) Mamafih tek taraflı bir fiil de sübjektif bir hukukî vaziyet ihdas edebilir. Meselâ salâhiyettar bir memutun bir mükellefe vergi tahmil etmesi gibi.”¹⁰⁹⁹

Menemencioğlu'nun seçtiği örneklerin pek çoğu özel hukuktandır. Bunun ilk nedeni, Menemencioğlu'nun özel hukuk kamu hukuku ayrımı gözetmeksizin öznel hakkı reddeden ve her türlü hukuksal işleme bağlanan sonucun toplumsal dayanışmadan doğan nesnel hukuk düzeninde iradenin açıklanmasından da önce öngörülmüş olduğunu düşünen Duguit'nin etkisinde kalmış olmasıdır. Öznel hakka ilişkin okulun yaratıcı derinlikte tartışmaları bir yana, Duguit'nin hukuksal durumların nesnel hukukta önceden tanımlı olduğu savına katılmadan edemeyiz. Zira hukuksal durumlar, kişi ya da nesnelere yalnızca idare hukukuyla düzenlenen statütülerine özgü olmayıp idare hukukunu aşan bir açıklayıcılığa sahiptir. Hukuk düzenine bütünsel olarak bakıldığında,

¹⁰⁹⁹ Menemencioğlu, **Amme Hukuku Ders Notları**, 1938, s. 46.

onun nesnel ve öznel hukuksal durumları taşıdığı fark edilir. Örneğin medeni hukukta evliliğe ilişkin kurallar nesnel hukuksal durumları tanımlar ve düzenler. Evlilik sözleşmesi kişileri evli statüsüne sokar, boşanmaya ilişkin yargı kararı kişilerin evli statüsünden çıkmasını sağlar.

Hukuksal durumlar, yalnızca kamu hukuku alanında bulunmaz. Özel kişilerin iradelerini de sınırlayabilir: Reşit olmayan kişi borç altına giremez; evli statüsünde bir kişi tekrar evlenemez; eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez; malik bile olsa bu konutu satamaz veya üzerindeki hakları sınırlayamaz; eş olmayan üçüncü kişiler ise tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair kayıt kayıt koyduramaz. Yine de bu gibi sınırlamalara idare hukukuna göre çok daha ender rastlanır. Devletin toplumsal yaşamın tümünü kapsamak ve denetlemek gibi bir işlevi bulunmadığından, özel kişilerin iradesi serbest bırakılmıştır. Kural olarak, her kişi, malvarlığında bulunan eşyanın hukuksal durum tanımından ya da kendisinin hukuk öznesi olarak taşıdığı hukuksal durum tanımından kaynaklı olarak bağımsız, farklı tür ve içeriklerde sözleşmeler yapmaya ehildir. Kişiler birbirleriyle ilişkiye girmenin kendi çıkarlarına uygun olduğunu düşündükleri sürece, devlet bu kişilerin söz konusu çıkarlarını, gerekirse yasama ve güvenlik güçlerine başvurarak, yasalar yoluyla güvence altına alabilmeleri için gerekli olanakları sağlar. Devlet, kurallar koyarak, görünüşte taraf tutmadan hangi tür çıkarların devlet desteğine layık olduğuna karar verir. Dahası devlet mülkiyet ve öteki haklardan ya da eş, mirasçı ve vâsi olmaktan doğan hak ve ayrıcalıkları da saptar.¹¹⁰⁰ İdare hukukunda ise, hukuksal durumların çizdiği sınırlar daha fazla önem taşır. Bu nedenle, idare hukuku, hukuksal durum kavramını, özel hukukun aksine kalıcı ve temel bir sınıflandırma ölçütü olarak almıştır.

¹¹⁰⁰ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, 2005, s. 125.

İdari işlemleri kendi içinde sınıflandırmak üzere nesnel ve öznel hukuksal durumlar ikiliğine dayanılmasına, 1934 tarihi için dönemdaş idare hukukçularının aksine ayrıksı bir çaba olarak Crozat'da karşılaşılmaktadır. Cumhuriyet idare hukukçuları arasında, idari işlemleri öznel ve nesnel durumlar yaratmak ikiliği üzerinden sınıflandıran en erken tarihli görüşler Fransız kökenli Crozat'dan çıkmıştır. Crozat, 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nun¹¹⁰¹ “Şûrayı Devlet idarî kararların tayin-i manasını doğrudan doğruya ve sureti katiyede tetkik ve rüyet eder.” hükmünde yer alan idari karar kavramının içeriğini sorgulamaya şu sorudan başlamıştır: “Acaba idarî karar idarî tasarruf mu demektir?” İdari kararın, hem tek taraflı hem iki taraflı tasarrufları kapsayacağını kabul ettikten sonra; tek taraflı tasarrufları kişisel (öznel) veya genel (nesnel) özellik taşımalarına göre kendi içinde sınıflandırmıştır:

“Bu kararlar umumî veya ferdî olurlar. Yani umumî bir vaziyeti hukukiyeyi ihdas, tadil veya ilga edebildikleri gibi ferdî bir vaziyeti de ihdas, ilga veya tadil edebilirler. Yahut kanunî veya nizamî bir kaidenin bir şahsa tatbikini istilzam eder.”¹¹⁰²

Crozat, ikili ayrımı kullanarak tek yanlı idari işlemleri kendi içinde üçe ayırmış olmaktadır. Bunlardan ilki kuralkoyucu, düzenleyici, statülerin içeriğini belirleyici kategoriye, ikincisi doğrudan belirli kişinin statüsüne yönelik şart işlemlere, üçüncüsü ise ilk kategorideki kuralların kişilere uygulandığı subjektif işlem olarak adlandırılan kategoriye karşılık gelmektedir.

Üç kategori, Crozat'nın ardından başta Onar olmak üzere diğer yazarlarca da izlenip günümüze kadar taşınmıştır. Onar, “Hukukî İşlemlerin Maddî Bakımdan Tasnifi” başlığı altında, “kaide tasarruf, subjektif tasarruf, şart tasarruf ve kazaî tasarruf, muhtelit” sınıflandırmasına yer vermektedir.¹¹⁰³ Fransız idare hukukçularından

¹¹⁰¹ R.G.:7.12.1925-238.

¹¹⁰² Crozat, “İdarî Kararların Tefsiri”, 1934, s. 21.

¹¹⁰³ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I**, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 338-348.

Türkiye'ye daha sonra da Türkiye'de idare hukukçusu kuşaklar arasında dönüşüm geçirilmeden aktarılan üç kategori, idari işlemlerin sınıflandırılmasında temel kategoriler olarak yerleşmiştir. Çağdaş eserlerde, düzenleyici işlem-birel işlem-sübjektif işlem ayrımı olarak ifade edilen üçlü sınıflandırmanın köklerini oluşturmaktadır. Üçlü ayrım artık hukuksal işlemlerin tamamının ya da devlet işlemlerinin tabi olduğu bir ayrım olarak sunulmamakta, daha çok idari işlemlerin kendi içerisindeki sınıflandırmaya esas alınmaktadır.¹¹⁰⁴

Bir o kadar önemli olan, hukuksal durum kavramının statü kavramının anası olmasıdır. Özne hukuksal durum kavramı, Türk İdare Hukuku yazınına statü kavramından çok erken girmiştir. 1930'lerden itibaren, memur statüsünü inceleyen Türkçe yazılmış makalelerde¹¹⁰⁵ ya da yabancı dilden makale çevirilerinde¹¹⁰⁶, “statü” kavramının idare hukuku terminolojimize girdiği saptanmaktadır. İşlemin sonucunu kastetmek üzere hukuksal durum kavramı tercih edilirken,¹¹⁰⁷ statü kavramı başlangıçta, yalnızca memurlar için kullanılmıştır. Memur hakkında tesis edilen atama işlemi, içinde statü kavramının geçtiği tipik örnektir.¹¹⁰⁸ Atama işlemi ile kamu hizmeti ve memur arasında kurulan bağın, 1930'larda hizmet akdi olarak anılan iş sözleşmesi ile işçi-işveren arasında kurulan bağdan farkının ortaya konulmasında kilit kavram statü'dür. Özkan, memurun “statülü vaziyet”e girmesinden itibaren onunla bağlanmasının sonuçlarını şu şekilde anlatmaktadır:

“Bir defa istatü içine girmiş olan memurun onu isteğine göre bozabilmesine ve değiştirebilmesine imkân yoktur. İdare hukukunda hâkim olan prensiplerden birisi, âmme hizmetinin en iyi ve umumî menfaate en uygun bir surette görülmesi zarureti olduğu için, istatülü vaziyette şahsi menfaatlerin

¹¹⁰⁴ Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, 2009, s. 75.

¹¹⁰⁵ Hasan Şükrü Adal, “Memur Statüsü”, (çev. Halûk Sarım), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 39, Haziran 1934, s. 36-43.

¹¹⁰⁶ Stainof, “Memur ve İşçi”, Haziran 1934, s. 44-46, 48.

¹¹⁰⁷ “İdarî tasarruflar fertlerin ya lehlerinde ya aleyhlerinde hukukî bir vaziyet doğuran tasarruflardır.” Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 32.

¹¹⁰⁸ Onar, **İdare Hukuku, I. Cilt, I. Kısım, Umumî Medhal**, 1939, s. 45.

değil, umumî ve müşterek menfaatlerin icabına göre hareket edilir. (...) Vazı kanun bir vazifeyi diğer bir kısım vazife üzerine ilâve ederken, hiçbir vakit filan memurun vazifesini hafifletmeyim veya ağırlaştırıyım demez... Ve aynı zamanda o memurların vazifelerinin ağırlaşmalarına rızası olup olmadığını da soracak değildir ve böyle bir memur da, ben bu vazifeye girdiğim zaman şu işleri yapıyordum, şimdi ise işim arttı, ya işimi azalttınız, veya maaşım çoğalsın diyemez.”¹¹⁰⁹

Memurlara özgü kullanılan statü kavramı, statülere giriş ve çıkışın, kural olarak, özel hukukta hukuksal ilişkiyle, idare hukukunda ise tek taraflı bağla gerçekleşmesi yönünden farkını ortaya koymaktadır. Memur statüsü örneğini veren yazarlar iradenin rolüne ilişkin bir noktayı yadsımamaktadır. Memur, statüye girdiği andan itibaren onun içeriğini belirleyen yetki ve yükümlülüklerle tabi olmakla birlikte, statüye girip girmemek rızasına bağlıdır. Bağ, tek taraflı kurulsu bile, idare hukuku statüye girişte rıza yönünden özel hukuktaki iradiliği terk etmemiştir.

Günümüzde, statü kavramı yalnızca memur statüsünü çağrıştırmamaktadır. Özel hukuksal durumlara etki, statüye etki olarak ifade edilmektedir.¹¹¹⁰ Statü, hukuk öznelerinin içinde hareket edeceği kalıpların önceden belirlenmiş ve öznelere kurucu irade bırakılmamış durumları anlatmaktadır.¹¹¹¹ Bu durumlar, kurullarla tanımlı genel, soyut, nesnel hukuksal durumlardır. Statü kavramı başlı başına hukuksal durum tanımlarını karşılamaktadır. Kuralkoyucu işlem-birel işlem sınıflandırmasına ek olarak, bugün için idare hukukunun “statüler hukuku” olduğu iddiası varlığını sürdürdüğüne göre,¹¹¹² *statü* kavramının kökünü oluşturan *özel hukuksal durum* kavramının, idare hukukuna kimliğini veren bir kuramsal yapı taşı olduğu söylenebilir.

¹¹⁰⁹ Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1935, s. 30.

¹¹¹⁰ Örneğin, birel işlemlerdeki hukuksal etki “statü etkisi” olarak kavramsallaştırılmaktadır: “İdarenin iradesi kurullar düzenine veya hukuk öznelerinin / nesnelere statülerine yönelik sonuç doğurur. İlkine kural etkisi, ikincisine statü etkisi adını veriyoruz. Kural düzenine etki eden irade açıklamaları kuralkoyucu işlemler, hukuk öznelerinin / nesnelere hukuksal statülerine etki eden irade açıklamaları ise birel idari işlemlerdir.” Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2015, s. 278 vd.

¹¹¹¹ **Ibid.**, s. 154.

¹¹¹² “İdare Hukukunun bir ‘statüler hukuku’ olması nedeniyle bu alanda eylemlerden ziyade idarenin işlemleri büyük önem kazanır. Çünkü ilerde görüleceği gibi gerek bu genel hukuksal durumların

SONUÇ

Alışıldık görünen, tam olarak bu nedenle bilinmiş değildir. İdare hukukunun neredeyse tüm başlıkları (idari yargının görev alanının belirlenmesi, irade açıklamalarının hukuksal etkisine, açıklanan irade sayısına, iradenin açıklanmasında izlenen yöntem, iradenin dışavurumunun açık, sözlü veya örtük gerçekleşmesine veya ilgilinin istemini gerektirip gerektirmemesine göre sınıflandırılması, düzenleyici işlemler, adsız düzenleyici işlemler, takdir yetkisi, idari yargıda dava türleri, iptal davasının ön koşulları, iptal nedenleri, işlemde doğan zarardan dolayı açılacak tam yargı davaları, idari başvurular vs.) idari işlem kavramına uğramadan edemez. İdari işlem hakkındaki şimdiye ait söz ve yazı; bilginin fiilen eriştiği aşamayı gösterir. Bilimin dili, kavramları son aşamadaki haliyle sabitlemek zorunda kalır; ancak devinerek oluşmuş, şu anda da hareket etmeye devam eden içeriğin farklı anlamlarını sabitleyemez. Dolayısıyla, bu sabitleme görece bir sabitlemedir. Güncelin bilgisi, bir yandan biçimsel olarak sabitlemeye çalışılırken tüm devirlerin izlerini taşımaya devam ettiği gibi, onun başka bir aşamaya evrilmesi durdurulamaz.

Tanımlar, kavramları sabitlemek için başvurulan vazgeçilmez formüldür. Çağdaş idari işlem anlatısı, kavramı “kamu gücüne dayanan, karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın sonuç doğurmaya yönelik tek yanlı irade açıklaması” tanımında sabitlemektedir. “İdari işlem beş unsurdan oluşur” yasal dayanağı olan bir sabittir. Sabitlenmiş önermelerin farklı anlardaki içeriğin bilgisinden yoksunlaştırılmış tekrarı, bilgiyi bir nakarat olarak belletmekten daha fazlasını ifade edemeyecektir. İdari işlem kuramının farklı anlamlarına inen bir bellek ziyareti, idare hukukunda dönüşümün taşıdığı olasılıkları düşünmenin kapısını aralayabilecektir.

belirlenmesi gerekse bunlara giriş, içinde bulunma ve çıkış için hep işlemler gerektiğinden, hukukta ‘işlem’ denilen kavram İdare Hukukunun en önemli konusunu ya da konularından birini oluşturmaktadır.” Özey, **Günışığında Yönetim II - Yargısal Korunma**, 2010, s. 156.

Cumhuriyet idare hukuku, Osmanlı Dönemi'nin hukuk-i idare yazarlarından devralınacak kuramsal bir miras bulunmadığı söylemiyle yola çıkmıştır. Söylem, Kıta Avrupa hukukçularına öykünme, alfabe sorunu gibi nedenlerden veya geçmişî buharlaştırma, kuramsal kopuş gibi ideolojik bir tavırdan kaynaklanmamaktadır. Hukuk-i idarenin aktarabileceği idari işlem kuramı birikimi yok sayılmamıştır; böyle bir birikim yoktur. Modern devletin hukuksal kuruluşunu misyon olarak üstlenen I. Cumhuriyet'in idare hukukçuları, kamu tüzelkişisi, irade, kamu gücü, kamu hizmeti, idari organ ve makam, idari işlemin unsurları, hukuksal durum ve idare hukukunun temel taşlarını oluşturan daha pek çok kavram ve kurgul yapıyı; Kıta Avrupası hukukunun kendi çağlarında erişmiş olduğu gelişkinlik aşamasından yakalayarak bunlar üzerinde çalışmaya koyulmuşlardır. İdare hukukunun evriminin başlangıcı kuramsal resepsiyondur. Sarıca'nın 1940'lardan itibaren öncülük ettiği Danıştay kararlarını inceleme etkinliği; Onar, Duran, Güran, Yayla, Giritli'nin *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda "kronik" adı altında yayınlanan karar notlarına süregelenleşmiştir. İstanbul Üniversitesi hocalarının yargı kararlarını işlemeye yönelik ortaklaşa çabası, 1960'ların ikinci yarısından sonra Danıştay ile üniversite işbirliğinde içtihat yaratmayı hedefleyen ulusal idare hukukuna doğru yol almıştır. Kıta Avrupası idare hukuku kaynaklı bilgiyi mutlak doğru kabul etmeyen, Fransız idare hukukundan daha ilerici yorumlara varmanın olanaklı olduğuna ilişkin özgüven taşıyan Ulusal İdare Hukuku Öğretisi; Türkiye'de idare hukukunu kuramsal resepsiyondan olgunluk çağına geçiren eşiği atlamayı sağlamıştır.

1961 Anayasası Dönemi'nde kenetlenen Danıştay Yargıçları Öğretisi ile Üniversite Öğretisi, içtihadı Danıştay'ın hukuk yayma programı doğrultusunda bir anlam yüklemiştir. Duran, yazılı kuralların nasıl uygulanacağına ilişkin çözümlerin toplamının değil, bunlardan çıkan ilkelerin içtihat hukuku yaratma yetisine dikkat çekmiştir. Danıştay, öğretinin yargı kararlarını eleştirilmesi, sistemleştirilmesi ve ideal hukuk

kurallarına dönüştürmesi beklentisi içinde olmuştur. Danıştay'ın içinden yetişen Yargıçlar Öğretisi, meslek mensubu imzasıyla kaleme aldığı incelemelerle, kendi kararlarını ilk elden işlemeye çalışmıştır.

Aksine, içtihat hukukuna yaygın olarak yüklenen, günümüzde de apaçık kendini gösteren anlam, idare hukukunun yasalarla değil yargı kararlarıyla oluşturulduğudur. “İdare hukuku içtihat hukukudur” önermesi yalnızca eksik değil, yanlıştır. Türk idare hukukunda içtihat; ancak türdeş yargı kararlarından ham halde çıkan öncülleri inceleme verisi edinmekle, sistemleştirmekle, işlemekle, kavramlara, ilkelere, kuramlara çevirmekle anlam bulabilir. Kararlardaki olguları, hukuksal çözümleri saptayıp yığmak ve göstermek içtihat oluşturmaya elverişsizdir. Uygulama alanı sınırlı yasaların açıklanmasına yönelik mevzuat ve içtihat derlemeleri, yargı organlarının yasa hükümlerine getirdiği yoruma yazarın kendi yorumunu ekleyebilir. Fakat yargının yorumunu ilkelere, temel yapılar, kategorilere vardırılmaz; içtihat niteliğini hak etmez. Yargı kararı kendiliğinden içtihat üretmeyeceği gibi, her yargı kararı içtihat üretmez. Fransız Devlet Konseyi'nin 1872'de yetkilendirilmiş adalete geçişle kazandığı “Fransız halkı adına” karar verme meşruluğunu kaybetmek kaygısıyla verdiği bir taviz olan hükümet tasarrufları, içtihat niteliği kazanmamıştır. *Devlet Şûrası'nın hükümet tasarruflarına ilişkin içtihadı* denemez; en fazla Devlet Şûrası'nın 1961 Anayasası'ndan önceki dönemde verdiği *hükümet tasarruflarına ilişkin kararlar*'dan söz edilebilir. Devlet Konseyi'nin yaklaşımı Devlet Şûrası kararlarında geçici yansıma bulmasına rağmen, idare hukuku öğretisi, hükümet tasarruflarının hukukla açıklanamayacağını ısrarla vurgulamıştır; hükümet tasarruflarının içtihat olarak tutunmasına karşı çok sesle mücadele etmiştir; yargı kararlarından edinilen veriye hukuksal ölçüt geliştirmek yerine onu çürütmeyi seçmiştir. İctihada dönüşmeyen hükümet tasarrufları, 1961 Anayasası sonrası idare hukuku yazınında idari yargı denetiminin temel ilkeleri anlatılırken, geride kalmış bir tarihsel olgu olarak yer bulmaktadır. Tersine, idari sözleşmelerin iptal

davasına konu edilip edilemeyeceği konusunun uzun zamandır soru işareti bırakmamasında, Azrak'ın idari sözleşmenin kuram ve uygulamadaki gelişimini ele almasının ve Duran ile Uler'in idari hizmet sözleşmelerini "idari mukavele" sayarak bunlara karşı açılan davalara bakmayı kabul eden Danıştay kararlarını övgüyle destekleyen makaleler yazmasının payı azımsanamaz.

Bununla birlikte, *sebe*p'in idari işlemin bir unsuru ve aynı zamanda idari işlemin hukuka aykırılığını çözümlene aracı olarak idare hukukuna girmesi, yasalardan önce kuramla dayanak kazanması sayesinde. 1964 tarihli Danıştay Kanunu'ndan önceki Danıştay kanunlarında adı geçmeyen, Fransa'da hâlâ yasaya bağlanmasına bile gerek görülmeyen sebep, yürürlükteki yasalarda iptal davası açılacak hukuka aykırılık nedenleri arasında yerini almıştır. Fransız Devlet Konseyi'nin yetki aşımı başvurusunda verdiği kararların getirdiği yenilikleri ve hükümet komiserlerinin görüşlerini aralıksız izleyen kamu hukukçuları, idarenin iradesinin unsurlu bir hukuksal biçim almasının kuramlarını yaratmışlardır. Türkiye'de unsurlu idari işlem bilgisinin yerleşmesi, tek bir tarihsel figüre, çizgiye ya da okula mal edilemeyecektir. İşlemin sebebinin geçmişte, amacının ise gelecekte aranmasına ilişkin ayırım ilk kez Bonnard tarafından güçlendirilmiştir. Sebep unsuru, işlemi önceleyen verileri ayrı bir unsur kabul eden Bonnard'dan olduğu kadar, Roma hukukunun kategorik sebep ölçütünü idari işlemlere uyarlayan Hauriou'dan etkiler taşımaktadır. İdari işlemlerin, irade özerkliği ilkesi karşısında unsurların değerini yitirdiği özel hukuk işlemlerinden uzaklığı ise, döneminin yeni özel hukuk eğilimlerinden yola çıktığı halde, idari işlemler için farklılaştırılmış bir azmettiren saik kuramını oluşturan Jèze'in çalışmalarına dayandırılabilir. İradeci işlem anlayışını sarsan Duguit'nin görüşleri ise, idari işlemin nesnel hukuk düzeninde öngörülüş yetki, yükümlülük ve etkilerle kavranmasını sağlayan derin izler bırakmıştır.

İdare hukukunun disipliner kuruluşunda; okullar, akımlar, çizgiler ve yönelimlerin görmezden gelinemez katkısı vardır. İdari işlem kuramını oluşturan düşüncelerin birbirini izlemesi, düzeltilmesi, pekiştirmesi ya da bilim öznelerini cephelere ayırarak ölçüde çatışması; kuşakların birbirini tamamlama arayışının sonucudur. 1930’larda yayınladığı çalışmalarda Devlet Şûrası kararları yerine Kıta Avrupası kökenli kuramlar bağlamında iptal davası ile idari işleme yoğunlaşan Onar’ın kaleminin pek fazla değemediği konular ilk kez Sarıca tarafından yazılmıştır. Sarıca, öncelikle Onar’ın kendisine emanet ettiği ders notlarını yargı kararlarıyla zenginleştirmiş, dergilerde yargı kararları üzerine notlar yazmış, 1940’larda tam yargı davası, idari eylem, idarenin sorumluluğu konularına eğilmiştir.

Birbirini tamamlamaya çalışan kuşaklar, idari işlem kuramıyla bize, devasa bir bilgi yığını sunmaktadır. Geçmişin bilgisi, bugün sabit görüneni aydınlanmış içeriğiyle göstermekle kalmayacak; gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şimdiden doğrulanamayan olasılıklar hakkında düşünmenin sınırlarını genişletecektir. Kuramsal kazanımları yeniden keşfetmek, her şeyden önce ustalara saygı borcudur.

KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz, “Âmme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu”, **AÜSBFD**, Cilt 20, Sayı 2, 1965, s. 399-418.
- Abdülhalik Mithat, “Mekteb-i Hukuk, Darülfünun Şuabatı”, **İstisare**, Cilt 1, 1324 (1908/1909), s. 116-122.
- (Adal) Hasan Şükrü, “Memur Statüsü”, (çev. Halûk Sarım), **Mülkiye İçtimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 39, Haziran 1934, s. 36-43.
- Ahmad, Feroz, **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, (çev. Yavuz Alogan) Kaynak Yayınları, İstanbul, 10. bası, 2012.
- Ahmed Şuayb, **Hukuk-i İdare (Birinci Sınıf Mahsus)**, Harik Matbaası, İstanbul, 1326-1327 (1910-1911).
- Ahmet Şuayb, **Hukuk-i İdare (İkinci Sınıf Dersleri)**, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, İstanbul, 1327 (1911).
- Akçaoğlu, Ertuğrul, “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve İlk Yılları”, **TBB Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 367-379.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Saklı Yetki Kavramı”, **AİD**, Cilt 11, Sayı 3, 1978, s. 73-83.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları”, **AİD**, Cilt 12, Sayı 4, 1979, s. 41-53.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Hukuk-u İdare' Üzerine”, **AİD**, Cilt 16, Sayı 2, 1983, s. 56-69.
- Akıllıoğlu, Tekin, "Yönetim Hukukumuz ve Geleceği", **Yeni Türkiye Dergisi**, Yönetimde Yeniden Yapılanma Özel Sayısı, Yıl 1, Sayı: 4, Mayıs-Haziran 1995, www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm (paylaşım: 11 Ağustos 2004, çevrimiçi: 10.07.2016).
- Akıllıoğlu, Tekin, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü'nde sunulan tebliğ, (5 Mart 2012, İstanbul), **İHİD**, Cilt 15, Sayı 2, s. 171-194.
- Akkaya Kia, Rukiye, **Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Akkaya Kia, Rukiye, “Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar”, **AÜEHFD**, Cilt 7, Sayı 3 - 4, Aralık 2003, s. 139-155.
- Akkaya Kia, Rukiye, “Darülfünun'dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden, Hukuk-ı Âmme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar II”, **İÜHFMD**, Cilt 70, Sayı 1, 2012, s. 3-18.

- Akural, Sami, “İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 116-134.
- Akyüz, Uzdem, “Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 7-98.
- Alan, Nuri, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 330-371.
- Alan, Nuri, “Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (10-11-12 Haziran 1982)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 33, Ankara, 1982, s. 31-61.
- Alan, Nuri, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, **TBB Dergisi**, 1998/2, s. 517-560.
- Alan, Nuri, “Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **Hukukla Kırkbir Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 66, Aralık 2003, s. 15-58.
- Ali Haydar Efendi, **Şerhu Məcəleti'l Ahkâm**, (çev. Raşit Gündoğdu, Osman Erdem), Osmanlı Yayınevi, Gül Neşriyat, İstanbul, 2014.
- Alibert, Raphaël, **Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir**, Payot, Paris, 1926.
- Ali Ragıp, **Hukuk-u İdare**, Matbaai Amire, İstanbul, 1303 (1887/1888).
- Anadolu, Sadi, “Yabancı Dil mi, Tercüme Kütüphanesi mi?”, **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 54, Eylül 1935, s. 1.
- Aral, Rüştü, “İdarî Dâva Türleri - Temyiz Dâvaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 537-595.
- Aral, Rüştü, “Danıştay’ın Tarihçesi Kuruluş ve Görevleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 36-58.
- Aral, Rüştü, “İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50. Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 18-142.
- Arrighi, Pascal, “Hauriou: un commentateur des arrêts du Conseil d'État”, in **Le Conseil d'État, Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire**, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949, Recueil Sirey, Paris, 1952, s. 341-346.
- Arslan, Ahmet, **Felsefeye Giriş**, 21. bası, Adres Yayınları, Ankara, Temmuz 2014.
- Artukmaç, Sadık, **Bizde İdarenin Murakabesi**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950.

- Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Aucoc, Léon, **Introduction à l'étude du droit administratif, première conférence faite à l'École Impériale des ponts et chaussées**, Imprimerie administrative de Paul Dupont, Paris, 1865.
- Aucoc, Léon, **Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École Impériale des ponts et chaussées**, 1^e édition, 3 tomes, Dunod, Paris; tome I: 1869; tome II: 1870; tome III: 1876.
- Aucoc, Léon, **Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel**, Imprimerie nationale, Paris, 1876.
- Aucoc, Léon, "Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoir", **Revue des deux mondes**, tome 29, 1878, s. 5-31.
- Aucoc, Léon, "Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat", **La France Judiciaire**, 1877-1878, s. 354-359.
- Aunger, Robert, **Memetik Evrim, Nasıl Düşündüğümüz Üzerine Yeni Bir Kuram**, (çev. Sinem Çevik), Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Ayanoğlu, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Ayiter, Ferit, "Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk, **Les Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul**, no. 1956, s. 170 - 215.
- Ayiter, Kudret, **Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk** (15 Kasım 1978'de eğitime başlayan İzmir Hukuk Fakültesi'nde verilen ilk dersin metni), <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/hakkimizda/ilkacilis.htm> (çevrimiçi: 21.02.2015).
- Azrak, Ali Ülkü, **İdare Hukuku**, (çoğaltma), İstanbul, 1972.
- Azrak, Ali Ülkü, **Millileştirme ve İdare Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2166, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 483, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Azrak, Ali Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 145-164.
- Balkar, Kemal Galip, "Mahkeme Kararları Arasında Hangi Davalar Karara Bağlanmıyabilir?", **AÜSBFD**, Cilt 3, Sayı 1-2, 1948, s. 335-339.
- Balkar, Kemal Galip, "İdare Hayatında Tefhim ve Tebliğin Ehemmiyeti", **AÜSBFD**, Cilt 10, Sayı 2, 1955, s. 101-104.
- Balkar, Kemal Galip, "İdarenin Takdir Salâhiyeti", **AÜSBFD**, Cilt 11, Sayı 4, 1956, s. 124-134.
- Balkar, Kemal Galip, "İptal Davası Açmak İçin Dava Konusu Tasarruf İle İlgili Şartı", **AÜSBFD**, Cilt 14, Sayı 4, 1959, s. 216-238.

- Balkar, Kemal Galip, "İdare ile Halk Arasındaki Münasebetler", **AÜSBFD**, Cilt 28, Sayı 1, 1963, s. 431-434.
- Balta, Tahsin Bekir, **İdarî Yargı**, (çoğaltma), Ankara, 1962.
- Baltacıoğlu, İsmail Hakkı, **Hayatım**, (haz. Ali Baltacıoğlu), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Barık, Uluğ, "Fikir Hareketleri: İdarî Kaza", **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 7, Sayı 83, Şubat 1938, s. 693-697.
- Barjot, Alain, "Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, Sa place par rapport au recours pour excès de pouvoir et au recours en cassation devant la Cour de Cassation", **EDCE**, no. 5, 1951, s. 64-76.
- Başgil, Ali Fuad, "Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim. Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun 52'nci Maddesi Üzerinde Tarihi ve Tahlili Etüd", **Cemil Bilsel'e Armağan**, Kenan Basımevi ve Kılıç Matbaası, İstanbul, 1939, s. 17-100.
- Başpınar, Recep, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 59-86.
- Başpınar, Recep, "Danıştay'ın Yetkilerinin Sınırlandırılması Çalışmaları ve Düşündükleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı 5, 1972, s. 43-54.
- Başpınar, Recep, "Yargılama Hukuku Üzerine", **Danıştay Dergisi**, Sayı 36-37, 1980, s. 3-9.
- Batbie, Anselme, **Précis de droit public et administratif**, Cotillon, Librairie du Conseil d'État, Paris, 1860.
- Batbie, Anselme, **Traité théorique et pratique de droit public et administratif**, 1^e édition, 7 tomes, Cotillon, Librairie du Conseil d'État, Paris, 1861-1868; tome I: **Introduction générale au droit public et administratif**, 1861; tome II: 1862; tome III: 1862; tome IV: 1863; tome V: 1867; tome VI: 1867; tome VII: 1868.
- Bayraktar, Erman, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 254-294.
- Béquet, Léon, **Répertoire du droit administratif**, 28 volumes, (contr. Paul Dupré), (dir. Édouard Laferrière, 1892-1901 - Paul Dislère, 1901-1911), Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer, Paul Dupont, Paris, 1882-1911.
- Berthélemy, Henry, **Hukuku İdare**, (çev. A. Atif Bayındır), Hamit Matbaası, İstanbul, 1931.
- Beyhan, Mehmet Ali, "Bir II. Abdülhamid Devri Aydını'nın Profili: Lastik Said Bey", **The Journal of Ottoman Studies XIII**, İstanbul, 1993, s. 165-207.
- Bıyıklı, Hasan İsmet, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", **Danıştay Dergisi**, Sayı 11, 1973, s. 82-132.
- Bienvenu, Jean-Jacques, "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", **Droits**, no. 1, 1985, s. 153-160.

- Bigot, Grégoire, **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, PUF, Paris, 2002.
- Bilgen, Pertev, “Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme)”, **İÜSBFD**, Sayı 9, Ekim 1994, s. 23-38.
- Bilsel, Cemil, **İstanbul Üniversitesi Tarihi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943.
- Bilsel, Cemil, “Öğrenirken ve Öğretirken Beraber”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 23-107.
- Blackmore, Susan, **Mem Makinesi**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Blanco, Florent, **Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l’étude de l’évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l’excès de pouvoir**, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2010.
- Blancpain, Frédéric, **La formation historique de la théorie de l’acte administratif unilatéral**, Panthéon-Assas, Paris, 1979.
- Blanquer, Jean-Michel - Milet, Marc, **L’invention de l’État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne**, Odile Jacob, Paris, 2015.
- Block, Maurice, **Dictionnaire de l’administration française**, 1^e édition, Berger-Levrault, Paris, 1856.
- Bollut, Stéphane, “Se souvenir d’Henri Lefebvre, enfant du siècle”, **Psychasoc - Institut européen psychanalyse et travail social**, 04.07.2012, <http://www.psychasoc.com/Textes/Se-souvenir-d-Henri-Lefebvre-enfant-du-siecle?print> (çevrimiçi: 10.08.2015).
- Bonnard, Roger, “İdarenin Kaza Yolile Murakabesi”, (özetleyen: Menemenlizade Edhem -Etem Menemencioglu-), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 43, Birinciteşrin (Ekim) 1934, s. 17-19.
- Bonnard, Roger, **İdarenin Kazaî Murakabesi, Muhtelif Memleketlerdeki Murakabe Uzuvları**, (çev. Hasan Şükrü Adal), İdare Dergisi, no. 86-93, 1935.
- Bonnard, Roger, **İdarenin Kazaî Murakabesi**, (çev. Ahmed Reşid Turnagil), İstanbul Üniversitesi Ana İlim Kitapları Tercüme Serisi Genel no. Hukuk no. 2, İstanbul, 1939.
- Bonnard, Roger, **İdarî Kaza** (Roger Bonnard'ın 1940 yılında Paris'te üçüncü kez Basılmış İdare Hukuku adlı eserinden çeviren: Ziya Yörük), Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1944.
- Bonnard, Roger, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir”, **RD publ.**, 1923, s. 363-392.
- Bonnard, Roger, “Les droits publics subjectifs des administrés”, **Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, 1932, s. 695-728.
- Bonnard, Roger, **Le contrôle juridictionnel de l’administration: étude de droit administratif comparé**, Librairie Delagrave, Paris, 1934.

- Bonnard, Roger, **Précis de droit administratif**, 4^e édition, LGDJ, Paris, 1943.
- Bonnecase, Julien, **La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels**, Delmas, Bordeaux, 1933.
- Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939))**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.
- Braibant, Guy, "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", **AJDA**, 2006, s. 1428 vd.
- Burdeau, François, **Histoire du droit administratif**, PUF, coll. Themis, Paris, 1995.
- Bumin, Mustafa, "Fransız ve Türk Hukukunda Kararname (Karşılaştırmalı Olarak)", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 324-347.
- Can, Cahit, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2012.
- Canatan, Bilal, **İdare Hukuku**, 4. bası, Detay Yayıncılık, Ekim, 2012.
- Capitant, Henri, **De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)**, Dalloz, Paris, 1923.
- Capitant, Henri, **Les grands arrêts de la jurisprudence civile**, Dalloz, Paris, 1934.
- Celal Derviş, **Hukuk-u İdare**, İstanbul, 1325 (1909/1910).
- Chenot, Bernard - Etori, Charles, **Services publics et Institutions corporatives**, (1942-1943 senesi çoğaltma ders notları), Centre de documentation universitaire, Paris 1942-1943.
- Chenot, Bernard - Etori, Charles, **Services publics et Institutions corporatives**, (1945 senesi çoğaltma ders notları), Centre de documentation universitaire, Paris 1945.
- Chevalier, Jacques, **L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active**, LGDJ, 1970.
- Chevalier, Jacques, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in **Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général**, vol. 2, PUF, 1979, s. 3-57.
- Chevalier, Jacques, "Du principe de séparation au principe de dualité", **RFDA**, 1990, s. 712-723.
- Chevalier, Jacques, "Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel", **Le droit administratif en mutation**, PUF, 1993, s. 11-40.
- Chevalier, Jacques, "La fin des écoles?", **Revue du droit public**, no. 3, 1997, s. 679-700.
- Cihan, Ahmet, "Cumhuriyet Dönemi Türk İdare Hukukçuları: Protopografik Bir Deneme", **İHİD**, Cilt 13, Sayı 1, 2000, s. 109-148.
- Cintura, Paul, **La pensée politique de Léon Duguit**, Bière, Paris, 1969.
- Cihan, Ahmet, "XIX. Yüzyıl Osmanlı Türkiyesi'nde İdare Hukuku Eğitimi ve Türk İdare Hukukçuları", **İHİD**, Cilt 12, Sayı 1-3, 1991, s. 107-134.

- Colin, Ambroise - Capitant, Henri, **Cours élémentaire de droit civil français, tome II**, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1920.
- Collet, Martin - Collin, Pierre, **Les procédures fiscales**, PUF, 2014.
- Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire**, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949, Recueil Sirey, Paris, 1952.
- Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)**, (dir. Louis Fougère), Éditions du CNRS, 1974.
- 60 ans de chroniques de jurisprudence du Conseil d'État**, **AJDA**, no. (spécial) 2, 20.01.2014, s. 73-128.
- Cossalter, Philippe, "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, **le Conseil d'État et l'Université**, Actes du colloque du CERSA (07.02.2014, 08.02.2014), (dir. Jacques Caillosse - Olivier Renaudie), Dalloz, 2015, s. 163-177.
- Crozat, Charles, "İdarî Kararların Tefsiri", (çev. Bedia), **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 34, İkincikânun (Ocak) 1934, s. 20-25.
- Crozat, Charles, "Devlet Şûrası: Yasaya Uygunluk Mercii", (çev. Orhan Nurullah Adil), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 38, Mayıs 1934, s. 20-26; devamı için: **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 40, Temmuz 1934, s. 19-27.
- Crozat, Charles, "Hauriou: Mücmel İdare ve Âmme Hukuku", (çev. Necmettin), **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 34, İkincikânun (Ocak) 1934, s. 26.
- Crozat, Charles, "Hasar Nazariyesi", **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 50, Mayıs 1935, s. 11-16.
- Crozat, Charles, "İdarî Salâhiyetin Yerinde Kullanılmaması (Le détournement du pouvoir administratif)", (çev. Muvaffak Şeref), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Sayı 61, Yıl 6, Nisan 1936, s. 8-18.
- Charles Crozat, **Âmme Hukuku Dersleri, Birinci Kitap/ kısım 1: Devlet Teorisinin Tarihi**, (çev. Orhan Arsal), İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 73, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 11, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1938.
- Crozat, Charles, "İdarenin Sükûtunun Hukuki Değeri (Şûrayı Devletin Yeni Bir Kararı Münasebetile)", (çev. Fuat Dâniş Turnalığıl), **Hukuk Gazetesi**, Sene 4, Sayı 31-32, 7 Eylül 1938, s. 3-5 (Fransızca metin aynı yerde: s. 16-18).
- Crozat, Charles - Saymen, Ferit Hakkı, **Devlet Şûrası Kanunları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 85, İstanbul, 1939.
- Charles Crozat, **Âmme Hukuku Dersleri, İkinci Kitap / Kısım 1: Orta Zamanlar**, (çev. Recai Galip Okandan), İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 219, Kenan Basımevi, İstanbul, 1944.
- Charles Crozat, **Âmme Hukuku Dersleri, İkinci Kitap / Kısım 2: Orta Zamanlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 219, Kenan Basımevi, İstanbul, 1946.

- Crozat, Charles, **Devletler Umumî Hukuku, Cilt I**, (çev. Edip F. Çelik), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950.
- Crozat, Charles-Tunaya, Tarıf Zafer, **XVIII. Asrın Sonunda Avrupa ve Amerika Siyasi Müesseselerinin Karakteristik Vasıfları: Büyük Fransız İhtilâli ve Devlet Mefhumu Üzerindeki Tesirleri**, Talat Altın Matbaası, İstanbul, 1949.
- Çağa, Tahir, “Yürütmenin Durdurulmasına Dair”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 32-33, 1979, s. 34-44.
- Çağan, Nami, "Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları", **AÜHFD**, Cilt 28, Sayı 1-4, 1971, s. 183-204.
- Çağlayan, Ramazan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Çakmak, N. Münici, “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, **GÜHFD**, Cilt 16, Sayı 3, 2012, s. 121-135.
- Çankaya, Mücellitoğlu Ali, **Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Cilt I: Târihçe (1859-1949, M.M. ve S.B.O.)**, Örnek Matbaası, Ankara, 1954.
- Çankaya, Mücellitoğlu Ali, **Yeni Mülkiye Târihi ve Mülkiyeliler (Mülkiye Şeref Kitabı), Cilt II (1859-1968)**, Mars Matbaası, Ankara, 1968-196.
- Çırakman, Erol, “İdarî Dâvalarda Süre”, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, s. 190-217.
- Daël, Serge - Courrèges, Anne, **Contentieux administratif**, PUF, 2013.
- Deau, Richard, **Les actes administratifs unilatéraux négociés**, Université d'Angers, 2006; <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00326535/> (30.08.2015).
- Deffigier, Clotilde, **Les grands thèmes du droit administratif dans les traités et manuels de droit administratif de premier cycle**, (thèse de doctorat), Limoges, 1998.
- Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku, Cilt I, (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı Seri: II, Sayı: 20, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940.
- Derbil, Süheyp, “Danıştayın Rolü”, **AÜHFD**, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 1-8.
- Deulceux, Sandrine - Hess, Remi, “Sur la théorie des moments, Explorer le possible”, **Chimères**, no. 71, 2009/3, s. 15, http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/?q=node/315 (çevrimiçi: 20.9.2016)
- Deulceux, Sandrine - Hess, Remi, **Henri Lefebvre (vie, œuvres, concepts)**, Ellipses, coll. Les grands théoriciens - Sciences humaines (dir. Alain Bruno), Paris, 2009.
- Devellioğlu, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, (yay. haz. Aydın Sami Güneyçal), Aydın Kitabevi Yayınları, 21. bası, Ankara, 2004.
- Diñer, Güven, “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları – I”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 8, 1973, s. 18-24.
- Dölen, Emre, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 1: Osmanlı Döneminde Darülfünun (1862-1922)**, İstanbul bilgi Üniversitesi Yayınları no. 271, Akademya no. 7, İstanbul, Aralık 2009.

- Dölen, Emre, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 2: Cumhuriyet Döneminde İstanbul Darülfünunu (1922-1933)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 276, Akademya no. 8, İstanbul, Şubat 2010.
- Dölen, Emre, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 3: Darülfünun’dan Üniversite’ye Geçiş (Türkiye ve Yeni Kadrolar)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 277, Akademya no. 9, İstanbul, Şubat 2010.
- Dölen, Emre, **Türkiye’de Üniversite Tarihi 4: İstanbul Üniversitesi (1933-1946)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları no. 278, Akademya no. 10, İstanbul, Nisan 2010.
- Dördüncü, Muharrem, “Sadrazam İbrahim Hakkı Paşa’nın Hayatı ve Avrupa Seyahati”, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1, 2015, s. 79-97.
- Duguit, Léon, **L’État, le droit objectif et la loi positive**, (éd. Fontemoing – E. de Boccard), Ancienne Librairie Thorin et Fils, Paris, 1901; yenilenen bası için bkz. Léon Duguit, **L’État, le droit objectif et la loi positive**, Dalloz, Paris, 2003.
- Duguit, Léon, **Hukuk-i Esasiye**, (çev. Menemenlizade Edhem - Etem Menemencioğlu -), Maarif Vekâleti Neşriyatı no. 46, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1339 (1923).
- Duguit, Léon, **Hâkimiyet ve Hürriyet**, (çev. Menemenlizade Edhem - Etem Menemencioğlu-), İkdâm Matbaası, İstanbul, 1341 (1925) .
- Duguit, Léon, **Traité de droit constitutionnel**, 2^e édition, 5 volumes, éd. Fontemoing - E. de Boccard, Paris, 1921-1925; tome I: *La regle de droit - Le probleme de l’État*, 1921; tome II: *La théorie générale de l’État* (première partie: Éléments, fonctions et organes de l’État), 1923; tome III: *La théorie générale de l’État* (suite et fin), 1923.
- Duguit, Léon, **Traité de droit constitutionnel**, 3^e édition, 5 volumes, éd. Fontemoing - E. de Boccard, Paris, 1927-1930; tome I: *La regle de droit - Le probleme de l’État*.
- Duguit, Léon, “Le motif impulsif et le but déterminant dans l’acte juridique de droit public. La jurisprudence du Conseil d’État français”, **Revue internationale de la théorie du droit**, tome I, 1926-1927, s. 227-239.
- Duguit, Léon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Dupuis, Georges, “Définition de l’acte unilatéral”, **Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann**, éd. Cujas, Paris, 1975, s. 205-213.
- Duran, Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdarî Müruru Müddet)”, **İÜHFİM**, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945, s. 238-263.
- Duran, Lütfi, “İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, **İÜHFİM**, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130-199.
- Duran, Lütfi, “Tevhidi İçtihat Nedir?”, **Siyasî İlimler Mecmuası**, Cilt 23, Sayı 269, Ağustos 1953, s. 226-229.

- Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 710, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 147, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957.
- Duran, Lütfi, "İdarenin Mesuliyeti", **İÜHF**, Cilt 28, Sayı 2, 1962, s. 525-554.
- Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1080, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 230, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.
- Duran, Lütfi, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları", **İÜHF**, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 466-492.
- Duran, Lütfi, "Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihad Uyuşmazlığı", **MHAD**, Cilt 1, Sayı 1, 1967, s. 9-27.
- Duran, Lütfi, "İdarî İşlemden Sorumluluk", **İÜHF**, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s. 3-26.
- Duran, Lütfi, "İdarî Muhakeme Usulü", **İÜHF**, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s. 390-418.
- Duran, Lütfi, "Vergiler İtiraz ve Temyiz Komisyonları ile Vergi İhtilâflarının Akibeti", **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, Mayıs 1967, s. 50-54.
- Duran, Lütfi, "Yüksek Memurların Yargı Yolu ile Korunması", **Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan**, AÜSBF Yayınları no. 280, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, s. 295-328.
- Duran, Lütfi, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", **Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan**, **AÜSBFD**, Cilt 27, Sayı 3, 1972, s. 419-441.
- Duran, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayınları no. 138, Ankara, 1974.
- Duran, Lütfi, "Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu", **Prof. Dr. Tahsin Bakir Balta'ya Armağan**, Ankara, 1974, s. 59-120.
- Duran, Lütfi, "Kanun Hükmünde Kararname", **AİD**, Cilt 8, Sayı 2, 1975, s. 3-19.
- Duran, Lütfi, "Askeri İdarenin Yargısal Görev ve Yetkisinin Sınırları", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 193-251.
- Duran, Lütfi, "Atatürk Döneminde Danıştay", **İHİD**, Cilt 2, Sayı 3, 1981, s. 3-18.
- Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2956, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 648, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Duran, Lütfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", **İÜHF**, Cilt 4, Sayı 1-3, 1983, s. 33-42.
- Duran, Lütfi, "Peştemallik ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi", **AİD**, Cilt 20, Sayı 1, Mart 1987, s. 3-14.
- Duran, Lütfi, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.
- Duran, Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)", **AİD**, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, s. 3-17; "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", **AİD**, Cilt 21, Sayı 1, Mart 1988, s. 63-77.

- Duran, Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, **Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan**, AÜSBFD, Cilt 46, Sayı 1-2, 1991, s. 147-170.
- Dündar, Can, **Ben Böyle Veda Etmeliyim - İsmail Cem Kitabı**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- Dündar, Erol, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştayı İçtihatlarına Göre), **Danıştay Dergisi**, Sayı 12-13, Yıl 4, 1974, s. 43-71.
- Dündar, Erol, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştayı İçtihatlarına Göre), **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 161-189.
- Düren, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 447, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- Eisenmann, Charles, “Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou”, **Revue philosophique de la France et de l'Étranger**, 55^e année, Janvier à Juin 1930, s. 231-279.
- Eisenmann, Charles, **Cours De Droit Administratif**, tome 2, LGDJ, Paris, 1982-1983.
- Eranıl, Mehmet Akif, **İzahlı ve Gerekçeli Danıştay Kanunu**, Kardeş Matbaası, Ankara, 1965.
- (Erberk) İbrahim Âli, **Hukuku İdare, Mülkiye Mektebi İdarî Şubesine Mahsus Notlar**, İstanbul, 1929.
- (Erberk) İbrahim Âli, “İdarî Davalar: Umumî Prensipler”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 22, İkincikânun (Ocak) 1933, s. 44-47.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 10. bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.
- Erdoğan, Ahmet, “Yönetsel Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 10-21.
- Erdoğan, Ahmet, “Almanya’da Tespit ve İptal Davalarının Uygulama Biçimi”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 2, 1971, s. 59-63.
- Erdoğan, Ahmet, “Tespit Davası”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 3, 1971, s. 12-31.
- Ergin, Osman Nuri, **Türk Maarif Tarihi**, Cilt III-IV, Eser Kültür Yayınları, İstanbul, 1977.
- Erişirgil, Emin, “Cumhuriyette Ekonomi ve Hukuk Tedrisati”, **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 8, Sayı 91, Birinciteşrin (Ekim) 1938, s. 344-345.
- Erkut, Celal, “Fransa’da 1953 Reformu ve Bugünkü İdari Yargının Genel Görünümü”, **İHİD**, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 49-62.
- Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
- Erkut, Celal, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, Ankara, 1991, s. 109-114.
- Ertuğ, Hasan Refik, “Kütüphane: Büyük Teşebbüs Yemişlerini Veriyor”, **Siyasî İlimler Mecmuası**, Yıl 14, Sayı 166, Ocak 1945, s. 607.

- Ertuğ, Hasan Refik, **İdare Hukuku Dersleri I: İdarenin Denetlenmesi**, Ar Basımevi, Ankara, 1947.
- Ertuğ, Hasan Refik, **İdare Hukuku Dersleri, 2. Cilt**, Ar Basımevi, Ankara, 1947-1948; Hasan Refik Ertuğ, **İdare Hukuku Dersleri II, Teşkilât**, Ar Basımevi, Ankara, 1948.
- Esen, Bülent Nuri, “Türk Anayasa Hukukunda Bir Olay”, **AÜHFD**, Cilt 26, Sayı 3-4, 1969, s. 343-346.
- Esener, Turhan, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK m. 1-40)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 246, Ankara, 1969.
- Esin, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.
- Esin, Yüksel, “Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi), **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 131-162.
- (Ete), Muhlis Etem, “Darülfünundan Üniversiteye Doğru”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 16, Temmuz 1932, s. 4-6.
- Fahri, “Mülkiye'nin Tarihçesi”, **Mülkiye Mektebi Mecmuası**, Yıl 1, Sayı 2, Mayıs 1931, s. 43-46.
- Feyzioğlu, Turhan, “‘İdarî Karar’ ve ‘İdarî Makam’ Mefhumlarını Aydınlatan Bir Danıştay İçtihadı”, **AÜSBFD**, Cilt 2, Sayı 3-4, 1947, s. 431-434.
- Feyzioğlu, Turhan, **İdare Hukuku Ders Notları, Sınıf III**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1955.
- Fleischmann, Eugène, **La science universelle ou la logique de Hegel**, Plon, Paris, 1968.
- Fleurigeon, M., **Code Administratif ou Recueil par ordre alphabétique de matières, de toutes les Lois nouvelles et anciennes, relatives aux fonctions administratives et de police des Préfets, des Sous-Préfets, Maires, Adjointes et Commissaires de police et aux attributions des Conseils de Préfecture, de Département, d'Arrondissement Communal et de Municipalité, jusqu'au premier avril 1809**, Tome I, Chez Garnery, Paris, 1809.
- Foucault, Michel, **Bilginin Arkeolojisi**, (çev. Veli Urhan) , 2. bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014.
- Foulquier, Norbert, **Les droits publics subjectifs des administrées. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle**, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.
- Fournier, Jacques - Questiaux, Nicole, **Traité du social: Situations, luttes, politiques, institutions**, 1^e édition, Dalloz, Paris, 1976.
- Frier, Pierre-Laurent, **Précis de droit administratif**, 3^e édition, Montchrestien, Paris, 2004.
- Fromont, Michel, **Droit administratif des États européens**, PUF, 2006.

- Gazier, François, **Institutions administratives françaises**, les Cours de droit (Université de Paris. Institut d'études politiques, 1966-1967), Paris, 1967.
- Gazier, François, “Le cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence”, **EDCE**, 1956, 156-161.
- Gelegen, Taner, “Türk Yönetim Örgütünde Yetki Devri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1967, s. 75-84.
- Genç, Kamer, “Kamu Gücünün Kullanılması”, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 348-397.
- Gérando, Joseph-Marie de, **Institutes de droit administratif français ou éléments du Code administratif**, Chez Nève, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, tome I: 1829, tome II: 1829, tome III: 1830, tome IV: 1830.
- Girard, Anne-Laure, **La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral**, Dalloz, Paris, 2013.
- Giritli, İsmet, “Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması (İdarî Tasarrufların Maksat Unsurundaki Sakatlık)”, **İÜHFİM**, Cilt 21, Sayı 1-4, 1957, s. 81-174.
- Giritli, İsmet, **Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükûmet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 160, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958.
- Giritli, İsmet, “Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdarî Mukaveleler”, **İÜHFİM**, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 493-497.
- Giritli, İsmet, “Mevzuat Kroniği - Âmme Hukuku (1965 Senesi)”, **İÜHFİM**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 245-258.
- Giritli, İsmet, - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun - Berk, Kahraman, **İdare Hukuku**, 4. bası, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- Goffaux, Patrick, **L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée**, Collection de la faculté de droit - Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- Gonod, Pascale, **Édouard Laferrière: Un juriste au service de la République**, LGDJ, Paris, 1997.
- Gonod, Pascale, “1952-1956: la naissance des ‘Grands arrêts’”, **RFDA**, no. (spécial) 2: 50^e anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2007, s. 225 vd.
- Gonod, Pascale, “Les membres du Conseil d’État, auteurs de manuels de droit administratif”, **in le Conseil d’État et l’Université**, Actes du colloque du CERSA (07.02.2014, 08.02.2014), (dir. Jacques Caillosse - Olivier Renaudie), Dalloz, 2015, s. 127-137.

- Goodhart, Arthur Lehman, “Bugünkü Hukuk Nazariyeleri I: Amerikan Hukuk Telâkkisi”, (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 41, Ağustos 1934, s. 21-24; devamı için: **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 42, Eylül 1934, s. 22-28.
- Gouét, Yves, “Bugünkü Hukuk Teorileri: Carré de Malberg’in Hukuk ve Devlet Telakkisi”, (çev. Mustafa Emin), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 55, Birinciteşrin (Ekim) 1935, s. 20-24.
- Gökalp, Ali Sıtkı, “İdarî Dâva Türleri - İptal Dâvaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 440-480.
- Göksu, Rıza, “Danıştayla İlgili Konular ve Bazı Dilekler” **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 7-9.
- (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare**, İstanbul, 1324 (1908/1909).
- (Görelî) İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare, Hukuk Şubesi 1. Sınıf Dersleri**, Dersaadet, Kanaat Matbaası, İstanbul, 1328 (1912/1913).
- (Görelî), İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare, Birinci Sene**, Edeb Matbaası, İstanbul, 1328 (1912/1913).
- (Görelî), İsmail Hakkı, **Hukuk-i İdare**, Mülkiye Mektebi Matbaası, Ankara, 1341 (1925).
- (Görelî), İsmail Hakkı, **Usulü İdare ve Kavanin**, Erkânı Harbiye Mektebi Matbaası, İstanbul, 1341 (1925).
- Görelî, İsmail Hakkı, **Bizde Şurayı Devlet ve İdarenin Kazaî Murakabesi**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 27, Hapisane Matbaası, Ankara, 1937.
- Görelî, İsmail Hakkı, “İdari Vesayet - Âmme Hükâmî Şahıslarının İdarece Murakabası”, (18.12.1943 tarihinde Türk Hukuk Kurumu adına Dil Tarih Coğrafya Fakültesi’nde verilen konferans metni), **Adliye Dergisi**, Yıl 35, no. 26, 1944, s. 282-310.
- Görelî, İsmail Hakkı, “3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü Maddesinin A Bendinin Tefsirine İhtiyaç Varmıdır?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2, 1953, s. 89-93.
- Görelî, İsmail Hakkı, **Devlet Şûrası (Şûra-yı Devlet) - (Danıştay)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999.
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku, Cilt I**, 2. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2009.
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, 13. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2013.
- Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel. **Kısa İdare Hukuku**, 10. bası, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.
- Gözübüyük, Şeref, **Türkiyenin İdari Yapısı (İdare - İdari Kuruluşlar - Kamu Görevlileri - Yargı Denetimi)**, TODAİE, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969.
- Gözübüyük, Şeref, **İdari Yargı**, TODAİE Yayınları no. 116, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

- Guglielmi, Gilles J., “Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif”, **Le droit administratif en mutation**, PUF, 1993, s. 41-49.
- Gülan, Aydın - Berkarda, Kemal, “Türk İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 134. Yıl, 10-11 Mayıs 2002, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2002, s. 113-137.
- Güran, Sait, “Anayasa’nın 114 ve 140 ncı Maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik”, **İÜHFİM**, Cilt 30, Sayı 1-2, Ord. Prof. Halil Arslanlı’ya Armağan, 1964, s. 71-98.
- Gümüş, Tolga, “Ortaçağdan Erken Modern Döneme Batı Avrupa’da Eğitim Tarihi”, **Mersin Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2010, s. 25-40.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku Ders Notları: İdari İşlemler, I. Kitap, İdari Kararlar - Düzenleyici İşlemler**, (çoğaltma), Ankara, 1979.
- Günday, Metin, **İdari İşlemlerin Hukuki Rejimi**, Ankara, 1989.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku Dersleri I (Giriş-İdari İşlemler-İdari Faaliyetler)**, (1989-1990 yılı, II. Sınıf öğrencileri için hazırlanmış ders notları), Ankara, 1990.
- Günday, Metin, “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, (Ankara 11-12 Mayıs 2000), Danıştay Yayın Bürosu Yayınları no. 59, Ankara, 2000, s. 13-23.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. bası, İmaj Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.
- Güran, Sait, “İdarî Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addı”, **İÜHFİM**, Cilt 29, Sayı 1-2, 1963, s. 157-184.
- Güran, Sait, “Hukuk Devletinde Yürütme-Yargı İlişkisi ve Yargı’nın Üstün Yeri (Yürütme’nin Açıklamama İmtiyazı)”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 369-391.
- Hacı Ahmed Reşid, **Hukuk-i İdare**, İstanbul, 1311 (1895/1896).
- Hançerlioğlu, Orhan, **Felsefe Sözlüğü**, 7. bası, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Hauriou, Maurice, **Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimaî Vitalizm Denemesi)**, (çev. Tarık Zafer Tunaya), Kenan Matbaası, İstanbul, 1944.
- Hauriou, Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public général**, 4^e édition, LSRGLA, Paris, 1900.
- Hauriou, Maurice, - Bézin, Guillaume de, “La déclaration de volonté dans le droit administratif français”, **Revue trimestrielle de droit civil**, 1903, s. 543-586.
- Hauriou, Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public**, 6^e édition, Larose et Ténin, Paris, 1907.
- Hauriou, Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public**, 7^e édition, Larose et Ténin, Paris, 1911.

- Hauriou, Maurice, “Théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme sociale”, **Cahiers de la Nouvelle Journée**, no. 4, 1925, s. 2-45.
- Hauriou, Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public**, 11^e édition, Sirey, Paris, 1927.
- Hauriou, Maurice, **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, d’après “les Notes d’arrêts” du Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou**, 3 tomes, Sirey, Paris, 1929.
- Hempel, Carl, **Éléments d’épistémologie**, (trad. Bertrand Saint-Sernin), 2^e édition, Armand Colin, (coll. Cursus), Paris, 1996.
- Honig, Richard, “İlliyyet Nazariyesine Dair”, (çev. Yavuz Abadan), **İÜHFİM**, Cilt 2, 1936, s. 169-188.
- Irmak, Sadi, “Pozitif Bilim Kuruluşları ve Darülfünun’dan Üniversiteye Geçiş”, **Cumhuriyet’in 50. Yılında İstanbul Üniversitesi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1973, s. 57- 146.
- İbn Haldun, **Mukaddime, Cilt I**, (çev. Zakir Kadiri Ugan), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1989.
- İbrahim Hakkı - Mehmed Azmi, **Muhtasar İslam Tarihi**, Kasbar Matbaası, İstanbul, 1284 (1868/1869)
- İbrahim Hakkı - Mehmed Azmi, **Muhtasar İslam Tarihi**, Gündüz Kitabevi, Ankara, 2008.
- İbrahim Hakkı, **Medhal-i Hukûk-ı Beyneddüvel**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1303 (1887/1888).
- İbrahim Hakkı, **Tarih-i Hukuk-i Beyneddüvel**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1303 (1887/1888).
- İbrahim Hakkı, **Küçük Osmanlı Tarihi**, İstanbul, 1305 (1889/1890).
- İbrahim Hakkı, **Tarih-i Umumî, Cilt I-II**, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1305 (1889/1890); **Cilt III**, Kasbar Matbaası, İstanbul, 1306 (1890/1891).
- İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cilt II**, Karabet Matbaası, İstanbul, 1308 (1892/1893); İbrahim Hakkı, **Hukuk-i İdare, Cildi Evvel**, 2. tab, Karabet Matbaası, İstanbul, 1312 (1896/1897).
- İbrahim Hakkı, **Zübde-i Tarih-i Osmanî**, Mekteb Kütüphanesi İdâdiye Kısmı, İstanbul, 1309 (1893/1894), İbrahim Hakkı, **Zübde-i Tarih-i Osmanî** Mekteb Kütüphanesi İdâdiye Kısmı, İstanbul, 1312 (1896/1897).
- İbrahim Hakkı, **Usûl-i Maliye**, Karabet Matbaası, İstanbul, 1315 (1899/1900).
- İbrahim Hakkı, **Mukaddime-i İlm-i Hukuk**, İstanbul, 1319 (1903/1904).
- İbrahim Hakkı, **Hukuk-i Düvel**, Matbaa ve Kütüphane-i Cihan, İstanbul, 1327 (1911/1912).
- İbrahim Hakkı - Mustafa Midhat, **Muhtasar Kıbrıs Coğrafyası ve Muhtasar Kıbrıs Tarihi**, Hilmi Kitaphanesi, İstanbul, 1338 (1920).

- İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976.
- İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler II**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 26, Yarı Açık Cezaevi, Ankara, 1978.
- İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980.
- Ihering, Rudolph von, **L'évolution du droit (Zweck im Recht)**, (Almanca 3. basıdan Fransızca'ya çev. O. de Meulenaere), Librairie A. Marecq, Paris, 1901.
- İhsanoğlu, Ekmeleddin, "Darülfunun Tarihçesine Giriş II: Üçüncü Teşebbüs: Darülfunun-i Sultani", **Bellefen**, Cilt 57, Sayı 218, Nisan 1993.
- İkinciogulları, Firuzan, "Dâva Açma Ehliyeti", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 135-160.
- Imbert, Louis, **L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900**, Dalloz, Paris, 1952.
- İnce, Refik Şevket, "İdarî Kazada İptal Davalarının Mahiyeti ve Hukukî Neticeleri", **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 2, Sayı 3-7, İkincikânun (Ocak) 1937, s. 311-328.
- Jacquelin, René, **Les principes dominants du contentieux administratif**, V. Giard & E. Brière, Paris, 1899.
- Jacquelin, René, **Une conception d'ensemble du droit administratif**, V. Giard & E. Brière, Paris, 1899.
- Jellinek, Georges, **Das Recht des modernen Staates, I Band: Allgemeine Staatslehre**, 2 te durchgesehene und vermehrte Auflage. Verlag Otto v. Häring, Berlin, 1905.
- Jennings, William Iwor, "Bugünkü Hukuk Nazariyeleri II: Institution Nazariyesi", (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 43, Birinciteşrin (Ekim) 1934, s. 20-28.
- Jestaz, Philippe, "Déclin de la Doctrine", **Droits - Revue française de théorie juridique**, no. 20, 1994, s. 85-96.
- Jèze, Gaston, **Les Principes généraux du droit administratif**, 1^e édition, Berger-Levrault, Paris-Nancy, 1904.
- Jèze, Gaston, "Essai d'une théorie générale sur les motifs déterminants", **RD publ.**, 1922, s. 377-444.
- Jossérand, Louis, **Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé**, éditions du CNRS, Paris, 1984 (1928 tarihli eserden tıpkı bası).
- Kalabalık, Halil, **Kısa İdare Hukuku**, 1. bası, Sayram Yayınları, Konya, Ekim 2014.
- Kara Pilehvarian, Nuran - Tıraş, Muzaffer, **Mektebi Mülkiyenin İstanbul Yılları**, Ankara Üniversitesi Yayınları no. 363, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları no. 605, İstanbul, Nisan 2013.

- Karahanoğulları, Onur, “Zımnî Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi”, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf> (çevrimiçi: 10.8.2017).
- Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Karahanoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Karahanoğulları, Onur, “Fransa’da Kamu Yönetimi”, **Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri**, (haz. Koray Karasu), İmge Kitabevi, 3. bası, Ankara, 2013, 41-144.
- Karahanoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kargın, Baha, “İdarenin Takdir Hakkı”, **İdare Dergisi**, Yıl 28, Sayı 245, Mart-Nisan 1957, s. 71-84.
- Kargın, Baha, “Takdir Hakkının Şumulu ve Sınırları”, **İdare Dergisi**, Yıl 30, Sayı 256, Ocak-Şubat 1959, s. 11-21.
- Karşlı, Mehmet Rauf, “Zımnî Ret Kurumu ve zımnî Ret Kurumunun Ülkemizdeki Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, **Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi**, Sayı 3, Aralık 2014, s. 196-218.
- Katoğlu, Murat, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Eğitim, Kültür, Sanat”, **Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye (1908-1980)**, (yayın yönetmeni: Sina Akşin), Cem Yayınevi, 11. bası, İstanbul, 2011, s. 416-520.
- Kemalpaşazâde Sâid, **Hukuk-i Düvel**, (Cebrail Gregor ile birlikte), İstanbul, 1299 (1883/1884).
- Kemalpaşazâde Sâid, **Mahâkim**, Kitabçı Arakil, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1306 (1890/1891).
- Kemalpaşazâde Sâid, **Medhal-i Usul-i Mes’uliyet-i Vükela**, İstanbul, 1326 (1890/1891).
- Kemalpaşazâde Sâid, **Hukuk-i Siyâsiye-i Osmâniye, Birinci Kısım**, Gera Matbaası, İstanbul, 1329 (1913/1914).
- Kemalpaşazâde Sâid, **Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmâniye**, Alemdar Matbaası, İstanbul, 1329 (1913/1914).
- Keskin, Nuray E., **Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin “Köken” Sorunu**, GETA Tartışma Metinleri, no. 89, AÜ SBF GETA Yayını, Ankara, Kasım 2005, s. 1-22, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/files/2013/09/disiplin-koken.pdf>, (çevrimiçi:23.04.2014); **AİD**, Cilt 39, Sayı 2, Haziran 2006, s. 1-28.
- Keskin, Nuray E., “Türkiye’de Yönetim Biliminin Gelişimi: 1870-1910”, **AİD**, Cilt 41, Sayı 4, Aralık 2008, s. 1-22.
- Keyman, Selahattin, “Hukuki Pozitivizm,” **AÜHFD**, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, s. 17-55.

- Kıratlı, Metin, “Danıştay’ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi, İdari Yargı Özel Sayısı**, Sayı: 6, 1967, s. 31-33.
- Kıbar, Nuh, “Türk Hukukunda Kararname (Kanun Hükmündeki Kararnameler Dahil), **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, s. 257-323.
- Kurultay, Turgay, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Çevirinin Ağır Yüğü ve Türk Hümanizması”, **Startseite**, no. 11, 1999, s. 13-36.
- Laferrière, Edouard, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 1^e édition, 2 tomes, Berger-Levrault, Paris, tome I: 1887, tome II: 1888.
- Laferrière, Edouard, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, 2^e édition, tome 2, Berger-Levrault, Paris, 1896.
- Lampué, Pierre, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu’au début du XX^e siècle”, **Revue internationale des sciences administratives (RISA)**, 20^e année, no 2, 1954, s. 359-411.
- Landon, Pierre, **Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue**, (tez), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1942.
- Landon, Pierre, **L’Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir, des origines à 1954**, LGDJ, Paris, 1962.
- Landon, Pierre, **Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954, douze ans de jurisprudence**, (thèse), LGDJ, Paris, 1968.
- Laroque, Pierre, **Les grands problèmes sociaux contemporains**, 3 volumes, les Cours de droit (Université de Paris. Institut d’études politiques, 1948-1949), Paris, 1949.
- Latournerie, Roger, “Sur un lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou la jouvence?”, **EDCE**, 1961, s. 61-159.
- Lavialle, Christian, **L’évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français**, (thèse de doctorat), Toulouse, 1974.
- Lebreton, Gilles, “L’origine des cas d’ouverture du recours pour excès de pouvoir d’après les remontrances des Parlements au XVIII^e siècle”, **RD publ.**, tome 102, 1986, s. 1599-1634.
- Lebreton, Gilles, **L’acte administratif unilatéral (Documents réunis et commentés)**, Documents d’Études - série Droit administratif, La Documentation Française, no. 204, Eylül 1989.
- Lefebvre, Henri, “Perspectives de la sociologie rurale”, **Cahiers internationaux de la sociologie**, Vol. 14, 1953, s. 122-140.
- Henri Lefebvre, **Biçimsel Mantık, Diyalektik Mantık**, (Logique formelle, logique dialectique, 2^e édition, Anthropos, Paris, 1969), (çev. Onur Karahanoğulları), yayınlanmamış çeviri.

- Lefebvre, Henri, **Le nationalisme contre les nations - Analyse institutionnelle**, 1937 tarihli ilk basının kopyası, (éd. Michel Trebitsch), Méridiens Klincksieck, Paris, 1988 (1937 tarihli ilk basının kopyası).
- Laski, Harold Joseph, “Bugünkü Hukuk Nazariyeleri III: Duguit’nin Devlet Nazariyesi”, (çev. Hasan Şükrü Adal), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 44, İkinciteşrin (Kasım) 1934, s. 27-36.
- Lauterpacht, Hersch, “Bugünkü Hukuk Nazariyeleri IV: Kelsenin Pür Hukuk Bilgisi”, (konferans özeti: Hasan Şükrü Adal), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 46, İkincikânun (Ocak) 1935, s. 4-11.
- Lauterpacht, Hersch, “Bugünkü Hukuk Nazariyeleri V: Kelsen’e Göre Devletle Hukukun Ayniyeti”, (konferans özeti: Hasan Şükrü Adal), **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 50, Mayıs 1935, s. 35-39.
- Lochak, Danièle, “Les revues de droit public”, **La culture des revues juridiques françaises**, (dir. André-Jean Arnaud), Giuffrè, Milano, 1988, s. 45-57.
- Malche, Alibert, **İstanbul Üniversitesi Hakkında Rapor (29.05.1932)**, T.C. Maarif Vekilliği, Ana Programa Hazırlıklar, Seri: B, no. 5, Devlet Basımevi, İstanbul, 1939.
- Malherbe, Marc, **La Faculté de Droit de Bordeaux (1870-1970)**, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996.
- Mallein, Jules, **Considérations sur l’enseignement du droit administratif**, Librairie de Henri Plon, Paris, 1857.
- Marcou, Gérard, “Le droit administratif allemand dans la science juridique française”, in **La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918**, (dir. Olivier Béaud - Patrick Wachsmann), PUS, Strasbourg, 1997, s. 257-278.
- Marx, Karl, **Grundrisse (Fondements de la Critique de l’Économie Politique)**, (trad. Roger Dangeville), Éditions Anthropos, Paris, 1967-1968.
- Massot, Jean - Fouquet, Olivier, **Le Conseil d’État, juge de cassation**, Berger-Levrault, Paris, 1993.
- Mayer, Otto, **Le droit administratif allemand**, tome I: *Partie générale*, V. Giard et E. Brière, coll. Bibliothèque internationale de droit public, Paris, 1903.
- Mehmed Cemil, “Mekteb-i Hukuka ve Programlarına Bir Nazar”, **İlm-i Hukuk ve Mukayesi-i Kavanin Mecmuası**, Cilt 3-4, 1326 (1910/1911), s. 339-348.
- Melleray, Fabrice, “Recours pour excès de pouvoir (Moyens d’annulation)”, **Répertoire de contentieux administratif**, Dalloz, Ocak 2007, (son güncelleme: Ocak 2014).
- Menemencioğlu, Etem, “Hukukî Müesseseler ve Tekâmül Kanunu”, **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 6, Sayı 62, Mayıs 1936, s. 36-41.
- Menemencioğlu, Etem, **Âmme Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı no. 14, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1938.

- Menemencioğlu, Etem, **Léon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri**, Maarif Vekilliği Siyasal Bilgiler Okulu Yayınları no. 6, İstanbul, 1939.
- Meriç, Osman, "İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı 11, 1973, s. 66-81.
- Merkel, Adolf, **Umumî İdare Hukuku**, (çev. Bedri Tahir Şaman), Titaş Basımevi, Ankara, 1942.
- Mermut, Güler "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, s. 295-329.
- Mihçioğlu, Cemal, **Türk Hekimlik Dili**, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Başvuru Kitapları Dizisi no. 45, 1993.
- Milashı, Gad Franko, "Kaza Birliği", **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, no. 6-102, 1938, s. 5659-5660.
- Millard, Eric, Les disciples administrativistes d'Hauriou: Intervention au Colloque "A propos de Maurice Hauriou", Toulouse, 1997. **Revista Opiniao juridica**, 2005, 3 (6), s. 373-392.
- Mitat Bey, Hukuku Âmme Dersleri 2: Devlet Anasının Hukukî Şeraiti", **İÜHFİM**, Cilt 8, Sayı 46, Şubat 1930, s. 665-696.
- Molla Hüsrev Mehmet Efendi, (**Dürerû'l Hükkâm Fi Şerhi Gurerû'l Ahkâm**, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1307 (1891-1892).
- Morand-Devillier, Jacqueline, **Droit administratif**, 11^e édition, Montchrestien - Lextenso Éditions, Paris, 2009.
- Mumcu, Ahmet, **Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975) "Ankara Hukuk Fakültesinin Yarım Yüzyıllık Tarihi"**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- Noyer, Bernard, **Essai sur la contribution du Doyen Bonnard au droit public français: étude d'une étape de la participation de l'Ecole de Bordeaux à la construction de l'Etat de Droit**, (thèse), 1984.
- Odent, Raymond, **Contentieux administratif**, les Cours de droit (1949-1950), Université de Paris. Institut d'études politiques, Paris, 1950.
- Odent, Raymond, **Cours de contentieux administratif**, tome I, tome II, Dalloz, Paris, 2007.
- Oğuzman, Kemal - Barlas, Nami, **Medenî Hukuk**, 10. bası, Beta Yayıncılık, 2003.
- Olgun, İhsan, "Danıştay'ın Tarihi Gelişimi (1740 Sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler)", **Danıştay Dergisi**, Sayı 9-10, 1973, s. 127-141.
- (Onar) Sıddık Sami, "Fransa Hukuk-ı Medenisinde 'İllet-Cause' Nazariyesi", **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 2, Sayı 15, Temmuz 1340 (1924), s. 387 vd.
- (Onar) Sıddık Sami, "Mesuliyet-i Akdiye ve Mesuliyet-i Cürümiye", **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 2, Sayı 16, Eylül 1340 (1924), s. 483-496.

- (Onar) Sıddık Sami, “Eşhas-ı Menaviyenin Gayr-i Akdî Mesuliyetleri”, **Darulfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sene 3, Sayı 22, Ocak 1926, s. 1191-1201.
- (Onar) Sıddık Sami, **Hukuku Medeniye - Mülkiye İkinci Sınıf**, (çoğaltma), 1931.
- (Onar) Sıddık Sami, “Tetkik Mevzuları”, **Mülkiye Mektebi Mecmuası**, Yıl 1, Sayı 2, Mayıs 1931, s. 1-3.
- (Onar) Sıddık Sami, “İlim ve Tatbikat”, **Mülkiye Mektebi Mecmuası**, Yıl 1, Sayı 5, Ağustos 1931, s. 5-8.
- (Onar) Sıddık Sami, “Adliyemizde Yeni Temayüller”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 18, Eylül 1932, s. 1-8; devamı için: **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 19-20, Birinci ve İkinci Teşrin (Ekim ve Kasım) 1932, s. 33-37.
- (Onar) Sıddık Sami, **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1933.
- (Onar) Sıddık Sami, “Bizde Cemiyet Fikri ve Hayatı Neden İnkişaf Edemiyor?”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 2, Sayı 22, İkincikânun (Ocak) 1933, s. 3-7.
- (Onar) Sıddık Sami, “Cumhuriyet ve Hususî Hukukumuz”, **Mülkiye Mecmuası**, Yıl 3, Sayı 31, Birinciteşrin (Ekim) 1933, s. 17-22.
- (Onar) Sıddık Sami, **İdare Hukuku (Ders Notları), Sömestire 3-4**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1934.
- (Onar) Sıddık Sami, “İdarenin Takdir Hakkı”, **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 37, Nisan 1934, s. 35-39.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku (Ders Notları)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebe Cemiyeti Neşriyatı, İstanbul, 1935.
- Onar, Sıddık Sami, “Türkiye’de İdarenin Kazaî Murakabesi”, **İÜHFİM**, Cilt 1, Sayı 1, 1935, s. 21-47.
- Onar, Sıddık Sami, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Hukuk İlmîni Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 3, Ankara, 1936, s. 1-26.
- Onar, Sıddık Sami, “İdarî Kazaya Lüzum Var mı? (I)”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 3, Sayı 1-9, Temmuz 1937, s. 1-18; II. kısmı için: **İzmir Barosu Dergisi**, Sene 3, Sayı 2-10, Birinciteşrin (Ekim) 1937, s. 71-88.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku, I. Cilt, I. Kısım, Umumî Medhal**, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1939.
- Onar, Sıddık Sami, “Âmme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe”, **Cemil Bilsel’e Armağan**, Kenan Basımevi ve Klişe Matbaası, İstanbul, 1939, s. 275-335.
- Onar, Sıddık Sami, **Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki**, Hukuk İlmîni Yayma Kurumu Konferanslar Serisi no. 66, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1941.

- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku, I. Cilt**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1942.
- Onar, Sıddık Sami, “Türk Hukukunda Âmme Emlâki Teorisi (Mukayeseli Tetkik)”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 479-535.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.
- Onar, Sıddık Sami, “Des rapports et des ressemblances existants entre les Conseils d’État Turc et Français”, in **Le Conseil d’État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire**, 4 nivôse an VIII - 24 décembre 1949, Recueil Sirey, Paris, 1952, s. 555-574.
- Onar, Sıddık Sami, “Les transformations de la structure administrative et juridique de la Turquie et son état actuel”, **Revue Internationale des Sciences Administratives**, no: 4/1955, Les Éditions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1955, s. 740-786.
- Onar, Sıddık Sami, “İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye’nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu”, **Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, 1956, s. 263-299.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları (Cilt I-II-III)**, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Ortaylı, İlber, **Osmanlı’ya Bakmak (Osmanlı Çağdaşlaşması)**, İnkılâp Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Oytan, Muammer, “Yürütmenin Durdurulması”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1972, s. 99-105.
- Oytan, Muammer, “İdari İşlemlerin Geri Alınması”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 6-7, 1972, s. 106-109.
- Oytan, Muammer, **Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması**, Ülkemiz Matbaası, Ankara, 1973.
- Oytan, Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 541-616.
- Örücü, Esin, “İngiltere’de Yapı İznine İlişkin İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim”, **Kubalı’ya Armağan**, 1974, s. 237-252.
- Özal, Cudi, “İhtilâflar Mahkemesi Gibi İdarî Kaza da Tabii Bir Hukukî Müessesedir”, **Hukukî Bilgiler Mecmuası**, Sene 9, 1938, s. 5749-5752.
- Özay, İl Han, “Türkiye’nin Anayasal Düzen Arayışına Katkı”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 677-689.

- Özay, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde ‘Amaç’”, **İÜHFM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, Cilt 45, Sayı 1-4, 1979-1981, s. 315-319.
- Özay, İl Han, **İdarî Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 3326, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 691, Özdem Kardeşler Matbaacılık, İstanbul, 1985.
- Özay, İl Han, **Günüşğinde Yönetim II - Yargısal Korunma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Özdemir, Hikmet, “Siyasal Tarih (1960-1980)”, **Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye (1908-1980)**, (yayın yönetmeni: Sina Akşin), Cem Yayınevi, 11. bası, İstanbul, 2011, s. 225-292.
- Özdeş, Orhan, “Danıştay ve Tarihî Gelişimi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 22-32.
- Özdeş, Orhan, “Danıştay’ın Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Devrinde Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50.Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 167-183.
- Özdeş, Orhan, “Danıştay Kararlarının Sistematiği”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 9-10, Yıl 3, 1973, s. 22-28.
- Özdeş, Orhan, “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 12-13, Yıl 4, 1974, s. 9-17.
- Özlem, Doğan, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, 2. bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 1996.
- Özlem, Doğan, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, 3. bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Özlem, Doğan, **Mantık, Klasik/Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi**, 9. bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2007.
- Özlem, Doğan, **Bilim Felsefesi**, Notos Kitap Yayınevi, İstanbul, Kasım 2010.
- Örsten Esirgen, Seda, “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, 2011 (Bahar), Cilt 29, 2011, s. 31-48.
- Özcan, Mehmet Tevfik, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumsallaşmasının Tarihçesi”, **İÜHFM**, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 85-174.
- Özdeş, Orhan, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 32-33, 1979, s. 3-21.
- (Özkan) Mustafa Şeref, **Hukuk-i İdare Notları, Sınıf 1**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Neşriyatı, Ankara, (tarihi belirsiz).
- (Özkan) Mustafa Şeref, **Hukuk-i İdare Notları**, Kader Matbaası, 1327 (1911/1912).
- Özkan, Mustafa Şeref, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı no. 5, Ankara, 1935.
- Öztürk, Kaya Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- Öztürk, Kaya Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

- Özyörük, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, (çoğaltma), Ankara, 1972-1973.
- Özyörük, Mukbil, **İdare Hukuku, İdari Yargı, Ders Notları**, (çoğaltma), Ankara, 1977.
- Pacteau, Bernard, **Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXème siècle**, PUF, coll. Léviathan, 2003.
- Pacteau, Bernard, **Jean-Baptiste Sirey (1762-1845). Un père de l'étude et de l'édition du contentieux moderne**, Dalloz, Paris, 2014.
- Parry, Clive, **Âmme Hukuku**, (çev. Mukbil Özyörük), Ankara, 1944.
- Pisier-Kouchner, Evelyne, **Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit**, LGDJ, Paris, 1972.
- Plessix, Benoît, **L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif**, Editions Panthéon Assas, 2003.
- Poggi, Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi / Sosyolojik Bir Yaklaşım**, (çev. Şule Kut - Binnaz Toprak), 3. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Puget, Henri, **Institutions politiques et administratives de l'Europe contemporaine**, (1941-1942 senesi çoğaltma ders notları).
- Renard, Georges, "L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé", in **Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný**, Paris, Sirey, 1934, tome 3.
- Renaut, Marie-Hélène, **Histoire du droit administratif**, Ellipses, Paris, 2007.
- Répertoire général alphabétique du droit français**, tome 1, (dir. Édouard Fuzier-Hermann), Société du Recueil général des lois et des arrêts - L. Larose et Forcel, Paris, 1886.
- Le renouveau de la doctrine française, Les grands auteurs de la pensée juridiques au tournant du XXe siècle**, (études réunies par Nader Hakim et Fabrice Melleray), Dalloz, Paris, 2009.
- Richard, Guillaume, **Enseigner le droit public à Paris sous la troisième République**, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2015.
- Rivero, Jean, "Apologie pour les 'faiseurs de systèmes'", **Recueil Dalloz, Chronique XXIII**, 1951, s. 99-102.
- Rivero, Jean, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", **EDCE**, 1955, s. 27-36.
- Rivero, Jean, - Waline, Jean, **Droit Administratif**, Paris, 1994.
- Rolland, Louis, **Hukuku İdare**, (çev. İbrahim Âli Erberk), İstanbul, 1933.
- Sancakdar, Oğuz, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 4. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.
- Sancakdar, Oğuz, **İdare Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, 6. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Saraç, Tahsin, **Büyük Fransızca Türkçe Sözlük**, beşinci bası, Adam Yayınları, Eylül 1994.

- Sarıca, Ragıp, **İdarî Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları no. 2, İstanbul, 1942.
- Sarıca, Ragıp, “İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgî”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl 17, Sayı 7, Temmuz 1943, s. 385-400.
- Sarıca, Ragıp, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 1191-1281.
- Sarıca, Ragıp, “Yoklukla Malûl İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Malî Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHF**, Cilt 13, Sayı 3, 1947, s. 893-910.
- Sarıca, Ragıp, **İdarî Kaza, Cilt I, İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.
- Sarıca, Ragıp, **İdare Hukuku**, (çoğaltma), İstanbul, 1971.
- Sartre, Jean-Paul, **Critique de la raison dialectique précédé de Questions de méthode**, coll. Bibliothèque des Idées, Gallimard, Paris, 1960.
- Saussereau, Mathilde, **Les classifications des cas d'ouverture pour excès de pouvoir. Essai d'analyse critique**, thèse de doctorat, Paris I, 2002.
- Savran, Sungur, “Azgelişmişlik: Eşitsiz ve Bileşik Gelişme”, in **Kapitalizm, Az Gelişme, Eşit Olmayan Gelişme**, Onbirinci Tez Kitap Dizisi no. 3, İstanbul, Mayıs 1986, s. 49-72.
- Seiller, Bertrand - Guyomar, Mattias, **Contentieux administratif**, 2^e édition, Dalloz, 2012.
- Serim, Ekrem, “İngiltere’de Yürütme Organının Yasal Kararlar Çıkarma Yetkisi”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 2354, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 530, İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları no. 4, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 811-834.
- Serozan, Rona, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Serrigny, Denis, **Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, 1^e édition, 2 tomes, Joubert, Paris, 1842-1846.
- Serrigny, Denis, **Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, Joubert, Paris, 1846.
- Serrigny, Denis, **Questions et traités de droit administratif**, Auguste Durand Librairie-éditeur, Paris, 1854.
- Serrigny, Denis, **Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil**, 2^e édition, 3 tomes, Auguste Durand Librairie-éditeur, Paris, 1865.
- Sfez, Lucien, **Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français**, LGDJ, 1966.
- Stainof, P., “Memur ve İşçi”, (çev. Halûk Sarım), **Mülkiye İctimaî İlimler Mecmuası**, Yıl 4, Sayı 39, Haziran 1934, s. 44-46.

- Şenlen, Süheyla, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, **AÜSBFD**, Cilt 49, Sayı 3, 1994, s. 401-413.
- Talât Kâmil, "Türkiyede İdarî Nizamnameler," **Siyasal Bilgiler Mecmuası**, Yıl 5, Sayı 59, Şubat 1936, s. 41-48.
- Tan, Turgut, “Osmanlı İmparatorluğu’nun Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, Cilt 22, Sayı 2, 1967, s. 285-326.
- Tan, Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1970.
- Tan, Turgut, “Sınav Notları ve Yargısal Denetim”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 5, Sayı 18-19, 1975, s. 188-192.
- Tan, Turgut, “Recherches d’une nouvelle rationalité dans le domaine administratif en Turquie”, **Turkish Public Administration Annual**, Sayı 13-14, 1988, s. 63-68.
- Tan, Turgut, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor Mu?”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Cilt I**, Ankara, 2013, s. 121-142.
- Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2014.
- Tandoğan, Sabri, “Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 33-115.
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare Dersleri**, İstanbul, 1327 (1911/1912).
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuku İdare Ders Notları, Cilt I**, Güneş Matbaası, İstanbul, 1333 (1917).
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuk-i İdâre Dersleri, 1335-1334 Senesi Notları**, Darülfünûn Matbaası, İstanbul, 1335 (1919).
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Hukuk-ı İdâre, 1335-1336 Sene-i Dersiyesi, İkinci ve Üçüncü Sınıf**, İstanbul, 1336 (1920).
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare, 1930-1931 Ders Senesi**, Talebe Hukuk Cemiyeti Neşriyatı, Darülfünun Matbaası, İstanbul, 1931.
- (Taylan) Muslihiddin Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare, Cilt I**, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933.
- Teissier, Georges, **La responsabilité de la puissance publique**, Paul Dupont, Paris, 1906.
- Tolon, Doğu, “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 29, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1980, s. 163-209.
- Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1990.
- Touzeil-Divina, Mathieu, **La doctrine publiciste 1800-1880: Éléments de patristique administrative**, éd. La Mémoire du droit, Paris, 2009.

- Touzeil-Divina, Mathieu, **Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public: La contribution du doyen Foucart (1799-1860)**, Université de Poitiers, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2007.
- Tuhr, Andreas von, **Borçlar Kanununun Umumî Hükümleri**, (çev. Sıddık Sami Onar, Hazim Atıf Bey), Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1931; aynı eserin Birinci Cildi için bkz. **İÜHF**, Cilt 9, Sayı 52, 1931, s. 1-6.
- Tunaya, Tarık Zafer, **Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri**, 1946.
- Tunaya, Tarık Zafer, "Müessese Teorisinde Fikir Unsurunun Âmme ve Devletler Hukuku Sahalarındaki Değeri", **İÜHF**, Cilt 13, Sayı 2, 1947, s. 529-560.
- Tunaya, Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasal Partiler (1859-1952)**; Doğan Güneş Yayınları, İstanbul, 1952.
- Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku (1965-1966 Ders Yılı Notları)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966.
- Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. bası, İstanbul, 1969.
- Tunaya, Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasal Partiler, Cilt I: İkinci Meşrutiyet Dönemi (1908-1918)**, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984; **Cilt II: Mütareke Dönemi (1918-1922)**, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986; **Cilt III: İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi**, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989.
- Tuncay, Aydın H., **İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 14, Ankara, 1972.
- Türk Hukuk Lûgatı**, (haz. Türk Hukuk Kurumu), 3. Bası, Başbakanlık Mevzuat Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- Uçul, İhsan, "521 sayılı Yeni Danıştay Kanunu Karşısında Temyiz Dâvalarının Durumu", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, 1965, s. 7-9.
- Uler, Yıldırım, "Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler", **AÜHF**, Cilt 22-23, Sayı 1-4, 1965-1966, s. 215-238.
- Uler, Yıldırım, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Umur, Ziya, **Roma Hukuku (Tarihî Giriş - Kaynaklar - Umumî Mefhumlar - Hakların Himayesi)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1984, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 441, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974.
- Uyanık, Halil, "İdare Hukukunda Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenirilmesi Sorunu", **Prof. Dr. İl Han Özyay'a Armağan, İÜHF**, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1149-1162.
- Ülgen, İsmail Hakkı, "Önsöz", **Danıştay Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 1971, s. 3.
- Ülgen, İsmail Hakkı, "Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen'in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma", **Danıştay Dergisi**, Yıl 2, Sayı 5, 1972, s. 4-18.

- Ülgen, İsmail Hakkı, “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 8, 1973, s. 3-13.
- Ülgen, İsmail Hakkı, “Danıştay Birinci Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in 1974 ‘Danıştay Günü’ Açış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 9-10, 1973, s. 5-17.
- Ülgen, İsmail Hakkı, “Danıştay Başkanı Prof. İsmail Hakkı Ülgen’in İzmir Barosunun ‘Hukuk Devleti’ Konusunda Düzenlediği Sempozyumda 6 Nisan 1974 Günü Yaptığı Konuşma”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 11, 1973, s. 4-10.
- Vedel, Georges, - Delvolvé, Pierre, **Droit administratif II**, 11. bası, PUF, Paris, 1990.
- Velidedeoğlu, Hıfzı V., “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, **Tanzimat**, Cilt I, İstanbul, 1940, s. 139-209.
- Ventre-Denis, Madeleine, “L’administration publique comme matière d’enseignement à la faculté de droit de Paris dans le premier tiers du XIX^e siècle”, **JEV**, no. 1, 1989, s. 103 vd.
- Willey, Michel, **Roma Hukuku - Güncelliği**, (çev. Bülent Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- Waline, Jean, **Droit administratif**, 24^eme édition, Dalloz, 2012.
- Waline, Marcel, **La notion judiciaire de l’excès de pouvoir**, (thèse de doctorat), Dalloz, Paris, 1926.
- Waline, Marcel, “Le pouvoir normatif de la jurisprudence”, in **Études en l’honneur de Georges Scelle**, II, , LGDJ, 1950, s. 613-632.
- Waline, Marcel, **Traité élémentaire de droit administratif**, Paris, Sirey, 1951.
- Weidenfeld, Katia, **Histoire du droit administratif, Du XIVE siècle à nos jours**, Economica, coll. Corpus, Paris, 2010.
- Windscheid, Bernhard - Kipp, Theodor, **Lehrbuch des Pandektenrechts**, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906.
- Yavuzdoğan, Seçkin - Tahtalı, Buğra, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 3. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yayla, Yıldızhan, “İdari Yargılamanın Özelliği”, **Atatürk’ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, (Ankara 15-16 Mayıs 1981), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1981, s. 129-140.
- Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku Ders Notları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yenice, Kâzım, “Anayasa’da Değişiklik ve Danıştay”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 5, 1972, s. 39-42.
- Yenice, Kâzım, “Karara Saygı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 5, Sayı 16-17, 1975, s. 3-6.
- Yenice, Kâzım, “İktidarlar ve Yargı”, **Danıştay Dergisi**, Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, 1981, s. 64-66.
- Yenice, Kâzım, “Not Takdiri ve Denetim”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 42-43, 1981, s. 15-17.

- Yıldırım, Ali, **Türk Üniversite Tarihi (Darülfünun Dönemi)**, Öteki Yayınevi, Ankara, 1998.
- Yıldırım, Ramazan, **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü Hukuku Pratik Çalışmaları ve Test Soruları**, 3. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, Şubat 2013.
- Yıldırım, Ramazan, **Türk İdârî Rejimi Dersleri, Cilt 2**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2014.
- Yıldırım, Ramazan - Çalışkan, Ahmet Ziya, vd., **İdare Hukuku Dersleri Çalışma Kartları**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2015.
- Yılmaz, Dilşat, “Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 1-2, 2009, s. 303-320.
- Yorgancıoğlu, Erçetin, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 218-253.
- Yörük, Ali Âdem, **Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)**, (basılmamış yüksekisans tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, İstanbul, 2008.
- Yüce, Tufan Turhan, “Cumhuriyet’in Hukuk Düzeninde İdarenin Hukuka Bağlılığı ve Danıştay”, **Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin Kuruluşunun 50.Yılı Özel Sayısı**, 1973, s. 184-189.
- Yüzbeş ve Yüzaltıncı Yıllarında Danıştay (Anayasa Değişikliklerine İlişkin Görüşleriyle)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 20, Ankara, 1975.
- Yüzyıl Boyunca Danıştay: 1868-1968**, (haz. Rıza Göksu, Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş vd.), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. XVI.
- Zajtay, İmre , “La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux”, **Revue internationale de droit comparé**, vol. 18, no. 2, 1966, s. 353-363.
- Rogez, Zéphirin, **L’acte administratif de puissance publique**, (thèse droit), J. Roussel, Paris, 1906.

KARAR VE MEVZUAT DERLEMELERİ

Türkiye

- Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil, **İdari Yargı Mevzuatı (Anayasa, İlgili Kanunlar, Mahkeme Kararları, Kaynaklar)**, 8. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Arslan, Ahmet - Dündar, Tuncay, **Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu Kararları (1933'den Günümüze)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Azgun, Fuad, **Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965.
- Bal, Yakup - Karabulut, Mustafa - Şahin, Yahya, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları (Kitap II)**, (haz. Faruk Burgu), Nam Yayıncılık, Ankara, 1970.
- Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları**, (toplayan: Ahmet Şükrü Özeren, Erol Dündar, Orhan Dikbaş, Uzdem Akyüz), Ankara, 1969.
- Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6. bası, PwC Türkiye, İstanbul, 2015.
- Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 27, Ankara, 1979.
- Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 15, Ankara, 1973.
- Danıştay Dördüncü Daire Kararları (1971-1973)**, (haz. İsmail Diler, Tahsin Yağmurlu, Hüseyin Çelikkol), Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1974.
- Danıştay İçtihadları Birleştirme Kararları (1953-1966)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 1, Alkan Matbaası, Ankara, 1966.
- Danıştay İçtihadları Birleştirme Kararları II (1967-1972)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 16, Ankara, 1973.
- Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gerekçeler, İçtihatlar, Açıklamalar**, (haz. Hakkı Müderrisoğlu), Emel Matbaacılık, Ankara, 1974.
- Danıştay Kararlar Dergisi Alfabetik Özeti, Cilt I, Sayı 1-25**, (toplayan: Tuncay Aydın), Numune Matbaası, İstanbul, 1946.
- Danıştay Kararları (1965-1966-1967), Birinci Kitap**, (toplayan: Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu), İş Matbaası, Ankara, 1967.
- Danıştay Kararları (1967-1968-1969), İkinci Kitap**, (toplayan: Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu), Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1969.
- Danıştay Onikinci Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 22, Ankara, 1976.

- Danıştay Onuncu Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 12, Ankara, 1972.
- Danıştay Sekizinci Daire Kararları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no. 19, Ankara, 1974.
- Danıştay Yedinci Daire Kararları (1965-1967)**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.24, Güneş Matbaacılık, Ankara, 1977.
- Erkut, Celal - Soybay, Selçuk, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Gözübüyük, Şeref - Dinçer, Güven, **İdari Yargılama Usulü (Kanun, Açıklama, İçtihat)**, 1. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- Günday Metin, **İdari Yargı Temel Kanunları**, İmaj Kitabevi, Ankara, 2001.
- Hocaoğlu, Abdurrahman Şeref, **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları (1933-1948)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1949.
- Hocaoğlu, Abdurrahman Şeref, **Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulâsaları**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1955.
- Karavelioğlu, Celâl – Karavelioğlu, Erdem Cemil, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 8. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2015.
- Karavelioğlu, Celal, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt I, Madde 1-14**, Top-Kar Matbaası, Trabzon, 1993.
- Okay, Nahit Suphi, **Danıştay Karar ve İçtihatları**, Kanaat Basımevi, Ankara, 1946.
- Topuz, İbrahim - Özkaya, Kadir, **Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002.
- Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararları (1974-1975-1976-1977)**, (haz. Taner Gelegen, Fevzi Özgeneller), Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977.

Fransa

- Deffigier, Clotilde - Pauliat, Hélène - Lachaume, Jean-François - Braconnier, Stéphane, **Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence**, 15^e édition, PUF, coll. Thémis, 2014.
- Long, Marceau - Weil, Prosper - Braibant, Guy - Cassin, René (préfacier) - Waline, Marcel (préfacier), **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1^e édition, Dalloz, 1956
- Long, Marceau - Weil, Prosper - Braibant, Guy – Delvolvé, Pierre - Genevois, Bruno, **Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative**, 20^e édition, Dalloz, 2015.

KARAR NOTLARI / İNCELEMELERİ

Türkiye

Derbil, Süheyp, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Haksız yere istifa etmiş sayılan memurlar asliye mahkemelerinde tazminat dâvası açabilirler. 2. Vergi işleri için asliye mahkemelerine müracaat edilemez. 3. İdarenin kanuna müstenit olmayarak tarh ve tahsil ettiği vergi ve resimler aleyhine açılan dâvalara bakmak asliye mahkemelerinin görevine dahildir.”, **AÜHFD**, Cilt 6, Sayı 2, 1949, s. 418-422.

Derbil, Süheyp, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Bakanların idarî tasarrufları dolayısıyla genel mahkemelerde şahısları aleyhine dahi dâva açılmaz. 2. İki çarpışma 3. İlk Oturum”, **AÜHFD**, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 433-441.

Derbil, Süheyp, “ Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları: 1. Askeri otomobil çarpmasında selâhiyetli merci 2. Vazife itirazının adalet mahkemesinin ilk oturumunda idare tarafından yapılması meselesi”, **AÜHFD**, Cilt 7, Sayı 2, 1950, s. 435-441.

Derbil, Süheyp, “Danıştay İçtihatları: 1. Yeni bir dâva müddeti 2. Yönetmeliklerin vatandaşlarla ilgisi 3. Bahçıvan ve şoför gibi müteferrik müstahdemler işçi sayılmaz. 4. Bir vatandaş vatandaşlıktan nasıl çıkarılabilir?”, **AÜHFD**, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s. 625-631.

Derbil, Süheyp, “Danıştay İçtihatları: 1. Memuriyete tâyin muamelelerinin tekemmülü 2. Yaş tashihiinin manası ve kayıt tashihiinden farkı 3. İktisadî Devlet teşekkülleri memurları hiçbir işle meşgul olamazlar mı? 4. Kadro yüzünden açıkta kalan memurların hakkı 5. Resmî rapor verilmediği için hasta memur maaşından mahrum edilebilir mi?”, **AÜHFD**, Cilt 8, Sayı 1, 1951, s. 742-752.

Derbil, Süheyp, “Danıştay İçtihatları: 1. Vergi ihbar ikramiyelerinin üçte biri peşin verilmelidir. 2. Daktilolar işçi sayılır ise de şubeler merkeze bağlı sayılmaz. 3. İl Özel İdareleri taşıt tarifeleri düzenleyemezler. 4. Zelzele talimatnamesine aykırı yapıları yıktırmak belediyelere düşmez. 5. Kanunların Anayasa’ya aykırılığı davasının tetkiki Danıştay’ın görevi dışındadır. 6. Köy mahalle olur, fakat mahalle köy olamaz. 7. Memurun tahvili idarî bir lüzuma istinat etmelidir.”, **AÜHFD**, Cilt 8, Sayı 3, 1951, s. 705-717.

Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği", **İÜHFM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 292-319

Duran, Lütfi, “Mahkeme Kararları Kroniği: Adliye ile İdarenin Vazifeleri”, **İÜHFM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 294-300.

Duran, Lütfi, “Mahkeme Kararları Kroniği: Muhakeme Usulü”, **İÜHFM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 304-307.

Duran, Lütfi, “Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Kazaî Murakabesi”, **İÜHFM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 307-311.

Duran, Lütfi, “Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Mes’uliyeti”, **İÜHFM**, Cilt 28, Sayı 1, 1962, s. 311-319.

- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği, Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler", **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 418-447.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarenin Malî Külfet Yükleme", **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 988-1000.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği (Anayasa Hukuku): Uzatmalı Jandarmanın Başına Gelenler", **İÜHF**M, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 354-362.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği: İdarî Mukavele", **İÜHF**M, Cilt 32, Sayı 1, 1966, s. 351-359.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Teşkilâtı ve İdarî Karar", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 319-333.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Ajanları ve İdarenin Mes'uliyeti", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 333-351.
- Duran, Lütfi, "Mahkeme Kararları Kroniği: İmar ve İnşaat", **İÜHF**M, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 351-362.
- Duran, Lütfi, "Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar", **AİD**, Cilt 13, Sayı 2, Haziran 1980, s. 47-71.
- Duran, Lütfi, "Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar", **AİD**, Cilt 13, Sayı 3, s. 3-23.
- Güran, Sait, "Mahkeme Kararları Kroniği: Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi", **İÜHF**M, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 1000-1034.
- Onar, Sıddık Sami Onar, "Mahkeme İçtihatları", **İÜHF**M, Cilt 9, Sayı 3-4, 1944, s. 826-830.
- Onar, Sıddık Sami Onar, "Mahkeme İçtihatları", **İÜHF**M, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 428-430.
- Onar, Sıddık Sami Onar, "Mahkeme İçtihatları", **İÜHF**M, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 430-432.
- Özal, Cudi, "İdarî Davalar: Bir Şûrayı Devlet Kararı Hakkında Notlar (Birinci Deavi Dairesi, no. 1241, T. 3.6.1936)", **Hukuk Gazetesi**, Sene 2, no. 16, 28 Ağustos 1936, s. 10.
- Özal, Cudi, "İdarî Davalar: Bir Şûrayı Devlet Kararı Hakkında Notlar (Deavi Daireleri Umumî Heyeti), Sayı 35-3-19, T. 9.2.1936)", **Hukuk Gazetesi**, Sene 2, no. 16, 1 İkinciteşrin (Kasım) 1936, s. 10.
- Sarıca, Ragıp, "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", **İÜHF**M, Cilt 9, Sayı 1-2, 1943, s. 415-431.
- Sarıca, Ragıp, "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", **İÜHF**M, Cilt 9, Sayı 3-4, 1944, s. 783-804.
- Sarıca, Ragıp, "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", **İÜHF**M, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 389-408.
- Sarıca, Ragıp, "Mahkeme İçtihatları: İdare Hukuku", **İÜHF**M, Cilt 10, Sayı 3-4, 1945, s. 822-848.

- Yayla, Yıldızhan, "Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi", **İÜHFİM**, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 1034-1048
- Yayla, Yıldızhan, "Kronikler / Anayasa Mahkemesi Kararı", **İÜHFİM**, Cilt 36, Sayı 1-4, Ord. Prof. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 589-604.
- Yayla, Yıldızhan, "Kronikler / Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları", **İÜHFİM**, Cilt 36, Sayı 1-4, Ord. Prof. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 605-614.

Fransa

- Hauriou, Maurice, note sous CE *Gomel*, 4.4.1914, **Note d'arrêts...**, tome 2, 1929, s. 372-388 (**Sirey** 1917, III, s. 25).
- Hauriou, Maurice, note sous CE 22.1.1926, *Lefranc*, **Notes d'arrêts...**, tome 2, 1929, s. 380-388.
- Hauriou, Maurice, note sous CE 27.3.1925, *Mariani*, **Notes d'arrêts...**, tome 2, 1929, s. 388-391.
- Hauriou, Maurice, note sous CE 26.6.1908, *Daroux*, **Notes d'arrêts...**, tome 2, 1929, s. 391-397.
- Jèze, Gaston, "De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir", CE, 13.5.1910, *Dessay*, **RD publ.**, 1911, s. 286-291.
- Waline, Marcel, **Notes d'arrêts de Marcel Waline**, Dalloz, Paris, vol. I: 2004, vol.: 2005, vol. III: 2006.
- Waline, Marcel, note sous CE 20.6.1958, *Guimezanes* et CE 25 juin 1958, *Bilger*, **RD publ.**, 1959, s. 118.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/> (01.05.2015)

<http://www.turkhukukkurumu.org.tr/tarihimizden.html> (çevrimiçi: 05.04.2016)

<http://www.danistay.gov.tr/kurumsal-1-tarihce.html> (çevrimiçi: 27.08.2016)

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Karar no. 27, 09.09.1961, S. Sayısı 35, s. 6

GÖRÜŞME NOTLARI

Ali Ülkü Azrak ile görüşme (28.3.2014, İstanbul)

Yıldırım Uler ile görüşme (7.3.2016, İstanbul)

Güven Dinçer ile görüşme (4.6.2016, Ankara)

Salih Er ile görüşme (17.5.2016, Ankara)

Salih Er ile görüşme (26.5.2017, Ankara)

Nuri Alan ile görüşme (12.6.2016, Ankara)

ÖZET

Yeşilyurt, Nazile İrem, Türkiye’de İdari İşlem Kuramı / İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme, Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Onur Karahanoğulları, vi + 469 s.

İdare hukukunun günümüzde hala kullanmaya devam ettiğimiz temel yapılarının, kavramlarının, kategorilerinin tarihsel derinliğini ortaya koymaya yönelik bir yaklaşım benimsenmiştir. İdari işlem bilginin şu an eriştiği aşamada, birbirini eleştiren, birbirinden esinlenen, birbirinde farklı düzeylerde etkiler bırakan kuşakların izleri ortaya çıkarılmıştır. Tez, ustalara saygı borcunu ödeme güdüsüyle kaleme alınmıştır.

Tez, üç bölümden oluşmaktadır:

Birinci Bölüm’de, idari işlem kuramının evrimini gösteren genel bir çerçeve çizmek amacıyla, idare hukukunun gelişimi dönemlere ayrılmıştır. Dönemleştirmede; idare hukuku eğitimi, siyasal tarih, üniversite tarihi, yazarların geçmişleri, konuların yazarlara ve tarihlere göre dağılımı, Danıştay ile öğretisi arasındaki etkileşim, söylev ve önsözler gibi tarihsel verilerden de yararlanılmıştır. Tarihsel veriler, incelenen yargı kararları ile desteklenmiştir. Her döneme, onun temel özelliklerini yansıtan bir ad verilmiştir. İlk dönem, “Hukuk-i İdare”, ikinci dönem “Kuramsal Aktarım”, üçüncü dönem ise “Ulusal İdare Hukuku” olarak adlandırılmıştır.

İkinci Bölüm’de, beş unsurlu idari işlem bilgisinin kökenleri ve oluşumu ortaya oluşumu ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, idari işlemin unsurlu kavranmasının kavranmasının epistemolojik işlevleri vurgulanmıştır. İdari işlem kuramına katkı

kuramına katkı sunan yazarların, unsurları, bir yönüyle, hukuka uygun bir idari bir idari işlemin oluşturucusu, diğer yönüyle ise, idare açıklamalarındaki eksiklik açıklamalarındaki eksiklik ve bozukluğu çözümleyerek tanı koymayı sağlayan sağlayan araç olarak geliştirdiği gösterilmiştir. İdari işlemin unsurlarla incelenmesinin, onu başta özel hukuk işlemlerinden, genel olarak hukuksal hukuksal işlemlerden ayıran bir özellik olduğu sonucuna varılmıştır.

Üçüncü Bölüm'de, günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer alan tanımlardan ve yakın tarihli yargı kararlarından yola çıkılarak, idari işlem bilgisinin eriştiği son aşama incelenmiştir. Önceki tarihsel aşamalarda, kavramın taşıdığı niteliklerin, ölçütlerinin, kategorilerinin nasıl belirlendiği açıklanmıştır. Geçmişteki kuramsal yorumlar ile güncel tartışmalar arasında bağ kurulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdari işlem öğretisi, idare hukuku tarihi, kuşakların ortak birikimi, idari işlemin unsurları ve tanımı

ABSTRACT

Yeşilyurt, Nazile İrem, The Theory of Administrative Act in Turkey / A Historical Essay on Administrative Law Doctrine, Doctoral Thesis, Advisor: Prof. Dr. Onur Karahanoğulları, vi + 469 p.

In this thesis, we have taken an approach which aims to reveal the historical roots of contemporary structures, categories and concepts that we still use in administrative law. At this level of our understanding about the theory of administrative act, those generations that criticised each other; inspired from each other; affected each other were traced back. This work is penned in order to acknowledge the great work of those administrative law professors.

The thesis has three chapters.

In the first chapter, in order to frame a general overview of the evolution of the theory of administrative act, administrative law has been divided into periods. In this periodisation; the historical data such as administrative law education, political history, history of university, the distribution of subjects according to the dates and authors, interaction between the Council of State and doctrine, institutional discourses are used. Historical data is supported with reviewed case law. Every period is named according to the main features of those periods. We named the first period as “Hukuk-i İdare”, the second period as “Theoretical Reception”, and the third period as “National Administrative Law”.

In the second chapter, the five-element administrative act’s evolution and roots

and roots were revealed. In this regard, the perception of epistemological epistemological understanding of administrative act was emphasised. Those Those authors that contributed to the evolution of the theory of administrative act administrative act took these elements as the main items of a lawful act or in an or in an other sense, developed them as the instruments that helped to diagnose diagnose flaws and gaps in the declaration of intention of the administration. administration. Analysing administrative act with its elements makes it different different first from acts of private law, and, in general from all legal acts.

acts.

In the third chapter, through recent case-law and the definitions in administrative text books, the development of the knowledge of administrative act was scrutinised. It was explained that how the features, the criterias and the categorisations of the concept were specified in the previous historical periods. The connection between contemporary discussions and theoretical remarks were tried to be made.

Key words: Administrative act doctrine, administrative law history, generations' common knowledge, elements and definition of the administrative act