



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÜCÜ KAVRAMI

İSMAİL UÇAR

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

EYLÜL 2016



İDARE HUKUKUNDA KAMU GÜCÜ KAVRAMI

İsmail UÇAR

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

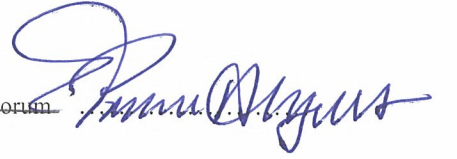
EYLÜL 2016

İsmail UÇAR tarafından hazırlanan “İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramı” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında İdare Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Kamu Hukuku, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Doç. Dr. N. Münir ÇAKMAK

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Yrd. Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 27/09/2016

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Mehmet Akif ÖZER

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü V.



ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



İsmail UÇAR

27.09.2016

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÜCÜ KAVRAMI
(Yüksek Lisans Tezi)

İsmail UÇAR

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Eylül 2016

ÖZET

Kamu gücü kavramı birçok farklı disiplin ve alanda kullanıldığından çok sayıda görünüme sahiptir. Ancak kavram idare hukukunda kullanıldığında daha dar ve teknik bir niteliğe bürünmektedir. Kamu gücü idare hukukunda en çok kullanılan kavramlardan biridir. Dolayısıyla kavramın içeriği ve anlamı, idare hukukundaki değişim ve gelişmelerden doğrudan etkilenmektedir. Bu etkilerin sonucunda kamu gücü kavramı da değişmekte ve gelişmektedir. Türkiye'nin de tercih ettiği idari rejim sistemindeki kamu gücü fikri, idarenin birçok ayrıcalık ve üstünlüğe sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri ile kamu hizmeti anlayışı gereğince, bu üstünlük ve ayrıcalıklar idareye aynı zamanda birtakım yükümlülükler de getirmektedir. Bu ayrıcalık ve yükümlülükler, idare hukukunu özel hukuktan ayıran en önemli yön olmasıyla birlikte, kamu gücünü de idare hukukunun temel kavramlarından biri haline getirmektedir. İdareye özgü kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin var olmasının nedeni, idari faaliyetin konusunun kamu hizmeti, amacının ise kamu yararı olmasıdır. Dolayısıyla kamu gücü kavramı, kamu hizmeti ve kamu yararı kavramlarıyla da yakından ilişkilidir. Kamu gücünün idare hukukundaki yeri, diğer temel kavramlarla ilişkisi, geçirdiği değişim ve gelişimler birlikte değerlendirildiğinde, kamu gücü idare hukukunun uygulama alanını belirleyen temel ölçüt haline gelmektedir.

Bilim Kodu : 501.2.054

Anahtar Kelimeler : Kamu gücü, idari rejim, ayrıcalık, yükümlülük, idare hukukunun uygulama alanı.

Sayfa Adedi : 183

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

THE CONCEPT OF PUBLIC POWER IN ADMINISTRATIVE LAW
(M. Sc. Thesis)

İsmail UÇAR

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
September 2016

ABSTRACT

The concept of public power has various aspects as it is used in several different disciplines and areas. However, this concept takes on a more narrow and technical characterization when it is used in administrative law. Public power is one of the most commonly used concepts in administrative law. Thus, content and meaning of this concept are directly affected by the transformations and progress in administrative law. As a result of these impacts, the concept of public power also transforms and progresses. The concept of public power in the administrative regime system, which Turkey prefers, leads to that administration having several privileges and supremacies. In compliance with the principles of the social state, the state of law and also the concept of public service, these privileges and supremacies impose a number of obligations on administration. These privileges and obligations, in conjunction with being the most important aspects which make administrative law different from private law, make public power one of the fundamental concepts of administrative law. The reason why the public power privileges and obligations exist is that its purpose is public service and its intention is public interest. Therefore, the concept of public power is closely related to the concepts of public service and public interest. When the position of public power in the administrative law is considered together with the relation with the other fundamental concepts in the administrative law and its resulting transformations and progress, public power becomes the main criterion which specifies the application area of administrative law.

Science Code : 501.2.054
Key Words : Public power, administrative regime, privilege, obligation,
application area of administrative law.
Page Number : 183
Supervisor : Prof. Bahtiyar AKYILMAZ

TEŞEKKÜR

İdare hukukunda kamu gücünün görünümü, değişim ve gelişmeleri incelenen bu tez çalışmasında; değerli bilgi ve fikirleriyle büyük yardımı olan, yüksek lisans eğitimimin başladığı günden bu yana desteğini hiç esirgemeyerek yol gösterici olan değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ'a şükranlarımı sunarım.

Hem tez çalışmamda hem de akademik hayatta ilgi ve desteklerini her zaman hissettiğim, bilgi ve tecrübelerinden çok şey öğrendiğim saygıdeğer kürsü hocalarım Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Prof. Dr. Ender Ethem ATAY, Doç. Dr. Münci ÇAKMAK ve Doç. Dr. Dilşat YILMAZ'a teşekkürü borç bilirim.

Tez çalışmam süresince bana destek ve moral veren kürsü arkadaşlarıma ve her zaman yanımda olan ailem ve yakın arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU GÜCÜ KAVRAMININ TEORİK TEMELLERİ

1.1. KAVRAMSAL OLARAK KAMU GÜCÜ VE AİT OLDUĞU SİSTEM	5
1.1.1. Kamu ve Güç	5
1.1.2. Kamu Gücü Kavramında Toplum ve Devlet	7
1.1.3. Organik Anlamda “Kamu Güçleri”	9
1.1.4. Maddi (İşlevsel, Fonksiyonel) Anlamda Kamu Gücü: Ayrıcalıklar ve Yükümlülükler	10
1.1.4.1. Hukuki Anlamda Ayrıcalık ve Ayrıcalığın Sonucu Olarak Yükümlülük	11
1.1.4.2. İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalıklarının İşlevi ve Ayrıcalıklar Zinciri	12
1.1.4.3. Kamu Gücü Ayrıcalıkları ve Yükümlülükleri	14
1.1.5. Kamu Gücü Kavramının Kapsamı	21
1.1.5.1. Geniş Anlamda Kamu Gücü	21
1.1.5.2. Dar Anlamda Kamu Gücü	23
1.1.5.3. İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramının Kapsamı ve Tanımı	25

Sayfa

1.1.6. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Ayırımında Kamu Gücü	27
1.1.6.1. Eşitlik-Eşitsizlik İlişkisi Bakımından	28
1.1.6.2. Konu ve Amaç Bakımından.....	29
1.1.6.3. Başvurulan Ölçütler Bakımından.....	29
1.1.6.4. Rasyonel Kabul Edilebilirlik Bakımından	31
1.1.6.5. Kamu Hukuku-Özel Hukuk Arasında Yarışmanın Kamu Gücü Fikrine Etkileri	35
1.1.6.6. İdare Hukuku Bakımından.....	38
1.1.7. İdari Rejim ve Kamu Gücü	43
1.1.7.1. Adli İdare Sisteminde Kamu Gücünün Yeri	44
1.1.7.2. İdari Rejim Sisteminde Kamu Gücünün Yeri	49
1.2. KAMU GÜCÜNÜN KAYNAĞI	55
1.2.1. İmperium Yetkisi	56
1.2.2. Egemenlik	60

İKİNCİ BÖLÜM**KAMU GÜCÜNÜN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI TEMEL KAVRAMLARLA
İLİŞKİSİ VE TEMEL KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI**

2.1. KAMU GÜCÜNÜN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI TEMEL KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	65
2.1.1. Hukuk Devleti ve Kamu Gücü	65
2.1.1.1. Mülk Devlet ve Polis Devletinde Kamu Gücü Anlayışı: Sınırsızlık ve Sorumsuzluk	66
2.1.1.2. Kamu Gücünün Sınırlılığına ve Sorumluluğuna Geçiş Süreci ve Tutuk Adalet Anlayışı	68
2.1.1.3. Hukuk Devletinde Kamu Gücü Anlayışı: Sınırlılık ve Sorumluluk	71
2.1.1.4. Kamu Gücü Anlayışında Yeni Eğilim: Bireyin Rızası ve Dinlenilme Hakkı	75

Sayfa

2.1.2. Kamu Hizmeti ve Kamu Gücü	79
2.1.2.1. Kamu Hizmeti Kavramı	79
2.1.2.2. Kamu Hizmeti ve Kamu Gücü İlişkisi	81
2.1.2.2.1. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Bir Kamu Hizmetini Yüklenen Özel Kişiye Devri.....	85
2.1.2.2.2. Kamu Hizmeti Anlayışının Değişmesi ile Birlikte Kamu Gücü Ayrıcalıklarında Daralma ve Dönüşüm	95
2.1.3. Kamu Yararı ve Kamu Gücü	99
2.1.3.1. Kamu Yararı Kavramı.....	99
2.1.3.2. Kamu Yararı ve Kamu Gücü İlişkisi.....	101
2.1.3.3. Kamu Yararı Amacından Dolayı Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Vazgeçilmezliği	104
2.1.4. Kuvvetler Ayrılığı ve Kamu Gücü	106
2.2. İDARE HUKUKUNDA TEMEL KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI	113
2.2.1. İdari İşlemlerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları	113
2.2.1.1. Tek Yanlılık	115
2.2.1.2. İcrailik.....	118
2.2.1.3. Hukuka Uygunluk Karinesi	119
2.2.1.4. Re'sen İcra ve Cebri İcra.....	127
2.2.2. İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları.....	131
2.2.2.1. İdarenin İdari Sözleşmenin Yapılmasından Önceki Kamu Gücü Ayrıcalıkları.....	133
2.2.2.2. İdarenin İdari Sözleşmenin Yapılmasından Sonraki Kamu Gücü Ayrıcalıkları.....	133
2.2.2.3. Sözleşmenin İfasında Kusur Olması Durumunda Yaptırımlar ...	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANINI BELİRLEMEDE BİR ÖLÇÜT OLARAK KAMU GÜCÜ KAVRAMI**

3.1. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI	137
3.1.1. İdare Hukukunun Uygulama Alanı ve İdari Yargının Görev Alanı Arasındaki İlişki.....	137
3.1.2. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Korunması.....	139
3.2. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANINI BELİRLEMEDE BAŞVURULAN TEMEL ÖLÇÜTLER	141
3.2.1. Hâkimiyet-Temşiyet Ayrımına Dayanan Kamu Gücü Ölçütü.....	141
3.2.1.1. Hâkimiyet Tasarrufları	142
3.2.1.2. Temşiyet Tasarrufları	144
3.2.1.3. Hâkimiyet-Temşiyet Tasarrufu Ayrımının Türkiye’de Kullanımı ve Terki	147
3.2.2. Kamu Hizmeti Ölçütü	150
3.2.2.1. Kamu Hizmeti Ölçütünün Ortaya Çıkışı ve Kullanımı	150
3.2.2.2. Kamu Hizmeti Ölçütünün Krizi	154
3.2.3. Yeni Kamu Gücü Ölçütü.....	159
3.2.4. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Yaklaşımı	162
SONUÇ	171
KAYNAKLAR	175
ÖZGEÇMİŞ	183

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklama
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AFDA	Association Française Pour La Recherche En Droit Administratif
AİD	Amme İdaresi Dergisi
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
D.	Daire
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İDDK	İdari Dava Daireleri Kurulu
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsü
LGDJ	La Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
M.Ö.	Milattan önce
M.S.	Milattan sonra
R.G.	Resmi Gazete
Sa.	Sayı
TCDD	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

Kısaltmalar**Açıklama****Trad.**

Traducteur, Traductrice

TRT

Türkiye Radyo Televizyon Kurumu

Vd.

Ve devamı

Y.

Yıl



GİRİŞ

İdare hukukunun genel olarak üç temel kavram etrafında şekillendiği söylenebilir. Bu kavramlar kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararadır. İdare hukukuna ilişkin hemen her konuda bu üç kavrama rastlamak mümkündür. Ne var ki, kamu gücünün bu üç temel kavram arasında, idare hukuku öğretisinde üzerinde en az durulan kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kökleri Roma Kamu Hukukuna ait bir kavram olan imperium yetkisine kadar dayanan kamu gücü, günümüzde egemenliğin idare hukukuna yansması olarak kabul edilmektedir. Devlete ilişkin olan bu kavram, devletin yapısı, toplumsal hayattaki rolü, kamu hizmeti anlayışı ve hukuk sistemi tercihi gibi birçok faktöre bağlı olarak kendi görünümünü kazanmaktadır.

Kamu gücü kavramı devlete ilişkin olduğundan, kavramın birçok farklı disiplinde çeşitli yön ve boyutlarda adının anılması mümkündür. Ancak idare hukukunda bu hukuk dalına özgü bir hal almış, devlet teorisindeki geniş ve siyasi niteliği haiz egemenlikten sıyrılarak, daha dar ve teknik bir kimliğe bürünmüştür. Bununla birlikte kamu gücü, idare hukukunun “özgün” niteliğine en önemli katkıyı sağlayan kavramdır. Örneğin idari işlemi diğer işlemlerden, idari sözleşmeyi özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli yön kamu gücünü içermeleridir. Dolayısıyla kamu gücü kavramını incelemek idare hukukunun yapısını kavramaya yardımcı olacaktır.

Her işlem ve eyleminde kamu yararı amacını gütmek zorunda olan idare, bu amacı gerçekleştirmek için birtakım ayrıcalıklarla donatılmıştır. Bu ayrıcalıklara kamu gücü ayrıcalıkları adı verilmektedir. Özel hukuk ilişkilerinde görülmesi mümkün olmayan bu ayrıcalıklar, idare hukukunun kendine özgü yapısının simgeleridir. Genel olarak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde Anglo-Sakson ülkelerine nazaran kamu hizmeti alanı daha geniştir. Dolayısıyla bu ülkelerde idareler, geniş kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi adına, geniş kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmıştır. Bu sebeple genel olarak Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan idari rejim sisteminde, kamu gücü kavramı çok önemli bir yer tutar. Türkiye’de de idari rejim sistemi geçerlidir. Kamu gücü kavramının incelenmesi,

Ülkemizde uygulanan hukuk sistemiyle de ilgili olduğundan, bu noktada da ayrı bir öneme sahiptir.

Kamu gücü hem devlet teorisinde hem de idare hukukunda birçok değişime uğramıştır. Hukuk devleti öncesi “salt” ve “mutlak” güç olarak kabul edilen, birey lehine hukuki bir sınır ya da denetlemeye tabi tutulmayan kamu gücü, hukuk devletiyle birlikte hukukun egemenliği altına girmiştir. Kamu gücünün hukuk devleti öncesindeki olumsuz görünümü, bugün de kavrama kuşkuyla yaklaşılmasına yol açmaktadır. Ancak günümüzde kamu gücü “sınır” ve “denetleme” kavramlarıyla uyumsuz değildir.

Kamu gücünün gerekçesi, kamu yararının sağlanması ve kamu hizmeti gereklerinin yerine getirilmesidir. Ancak bunlar gerçekleşirken de idare hukuki sınırlara uygun davranmak zorundadır. Günümüz kamu gücü anlayışında idareler, özel kişilerde var olmayan ayrıcalıklara sahip oldukları için aynı zamanda özel kişilerin tabi olmadığı ykmllklere de tabi kılınmıştır. İdarenin ayrıcalıklarına başvururken, bu ykmllklere de uyması gerekir.

Çalışmamızın ilk bölümünü “Kamu Gücü Kavramının Teorik Temelleri” başlığı oluşturmaktadır. Bu bölümde kamu gücü öncelikle kavramsal olarak incelenecek, kavramın farklı ve ayırıcı yönleri ele alınarak idare hukukundaki görünümü üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise kamu gücü kavramının ait olduğu idari rejim sistemi incelenerek, kamu gücünün bu sistemdeki yeri değerlendirilecektir. Bu bölümde son olarak, kamu gücünün kaynağı olarak kabul gören iki önemli kavram imperium yetkisi ve egemenliğin, kamu gücü ile bağlantıları ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün başlığı, “Kamu Gücünün İdare Hukukundaki Bazı Temel Kavramlarla İlişkisi ve Temel Kamu Gücü Ayrıcalıkları”dır. Bu bölümde ilk olarak kamu gücünün, hukuk devleti, kamu hizmeti, kamu yararı ve kuvvetler ayrılığı kavramlarıyla olan ilişkileri ile bu kavramların geçirdikleri değişimlerin kamu gücüne etkileri üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise idare hukukundaki iki temel faaliyet aracı olan idari işlem ve idari sözleşmelerde kamu gücünün görünümü incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümü “İdare Hukukunun Uygulama Alanını Belirlemede Bir Ölçüt Olarak Kamu Gücü Kavramı” başlığını taşımaktadır. İdare hukukunu diğer hukuk dallarından ayırarak, uygulama alanını tespit etmekte öne sürülen iki ölçüt kamu hizmeti ve kamu gücüdür. İdare hukukunun uygulama alanını belirlemek, idari yargının görev alanını da belirlemek demektir. Bu bölümde söz konusu hususta kamu gücünün bir ölçüt olarak değeri ve etkisi incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU GÜCÜ KAVRAMININ TEORİK TEMELLERİ

1.1. KAVRAMSAL OLARAK KAMU GÜCÜ VE AİT OLDUĞU SİSTEM

İdare hukukunda kamu gücü kadar çok başvurulana, itibarlı; ancak aynı zamanda bu kadar karmaşık olan az sayıda kavram vardır. Hukuk dilinde bu kavram, farklı dönemlerde, birçok farklı yönde kullanılmıştır. Kavramın zenginliğini oluşturan, belki de özünde sahip olduğu niteliğinden daha fazla, bilinmezliği ve aynı zamanda akla getirdiği kudrettir¹.

Siyaset bilimi ve kamu hukuku öğretisinde geçmişte adı sıkça anılan ve bugünde anılmaya devam eden kamu gücü kavramının ne anlama geldiğine ilişkin çok fazla cevaba rastlanılmamaktadır². Karmaşık bir kimliğe ve birçok görünüme sahip olan kamu gücü kavramı, ancak birbirinden ayrılmaz iki bileşeni; “güc”ündeki özü ve “kamu”daki niteliği bir arada değerlendirilerek anlaşılabilir³. Dolayısıyla kavramın tanımını yapmadan önce kamunun ve gücün ne anlama geldiğini ortaya koymak gerekir.

Kamu gücü idari rejim sistemine özgü bir kavramdır. Bu bakımdan kamu gücünün, kamu hukuku özel hukuk ayrımı ve ortaya çıkardığı idari rejim sistemi içerisindeki konumunu tespit etmek de faydalı olacaktır.

1.1.1. Kamu ve Güç

Kamu kavramı sözlükte iki ayrı tanıma sahiptir. İlk olarak, “*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*” anlamını taşımaktadır. Bunun yanında kamunun “*bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme*” anlamı da vardır. Bir toplumbilim terimi olarak ise kamu, “*topluluk oluşturunca ortak çıkarlar çevresinde oluşan ve üyeleri bu ortak*

¹ Rousset, M. (1960). *L'idée de la puissance publique en droit administratif*. Paris, 7.

² Mazéres kamu gücü nedir sorusunun, “unutulan ve hatta unutulduğu da unutulana” bir soru olduğunu belirtiyor. Mazéres, J.A. (2006). Qu'est-ce que la puissance publique?. In *La Puissance Publique à l'Heure Européenne*. Sous la direction de Philippe Raimbault, Paris, Dalloz, 9.

³ Mazéres, (2006), 12.

çıkarlar konusunda karar birliğine ulaşmak için etkileşimde bulunan toplumsal kesim” demektir⁴.

Kamu denilince akla gelen ilk kavram genellikle devlet olmaktadır. Çoğu zaman kamu ile devlet sanki eş anlamlıymış gibi anlaşılır. Ancak kamu kavramı her ne kadar devletle özdeşleşmiş bir ciddiyet akla getirirse de aynı zamanda toplumu da ifade etmektedir⁵.

Divanü Lugati't Türk'te “kamug”⁶ kavramı, hepsi, herkes anlamlarında kullanılmıştır⁷. Yani kelimenin kökenine bakıldığında, “birden fazla, çokluk” manasını içerdiği görülmektedir. Dolayısıyla kamu kavramının kökeninde, devlet anlamına nazaran toplum anlamının daha ağır bastığı söylenebilir⁸.

Kamu kavramı yerine “amme” kavramı da kullanılmaktadır. Amme, toplumun geneli, halk anlamı taşır. Etimolojik incelemeyi bir kenara bırakırsak kamu, çeşitli teknik tamlamalar içinde bazen tek başına devlet, bazen tek başına toplum, bazen de aynı anda hem devlet hem de toplum anlamında kullanılmaktadır. Kamu personeli, kamu kurumu, kamu giderleri, kamu tüzel kişisi gibi kavramlarda kamu ifadesi devleti işaret etmektedir. Kamu sağlığı, kamu düzeni, kamu güvenliği dendiğinde kamu kavramıyla akla ilk olarak toplum gelir. Kamu malı, kamu yararı dediğimizde ise kamudan, hem devlet hem de toplum anlaşılabilir⁹.

Güç kelimesi sözlükte birçok tanıma sahiptir. Kamu gücü kavramındaki güç, *“fizik, düşünce ve ahlak yönünden bir etki yapabilme veya bir etkiye direnebilme yeteneği, kuvvet”, “bir olaya yol açan her türlü hareket, kuvvet, takat”, “büyük etkinliği ve önemi olan nitelik”, “bir şeyin yapılmasını tüzeyle, anlaşmayla değil de,*

⁴ *Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.*

⁵ Çakmak, N.M. (2013). *İdare hukukunda kuramsal olarak kamu yararı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17-18. Yelbaşı Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü'nde kamuyu, 1. Devlet, Devlete ait, ilişkin, halk hizmeti gören Devlet organlarının tümü, 2. Bütün, hep, genel, herkes, âlem, Umum, 3. Halka dair, halkın tamamı, bütün insanlar, 4. Amme, umuma mahsus olan, şeklinde tanımlamıştır. Yelbaşı, C. (2014). *Ansiklopedik hukuk sözlüğü*. İstanbul, 329.

⁶ Kelimenin kökeninin, İran kökenli antik bir dil olan Soğdca diline dayandığı, ancak Türk Dil Devrimi sürecinde, Öztürkçe sanılarak yeniden diriltildiği belirtilmektedir. Eker, S. (2009). Divanü Lugati't-Türk ve İran dillerinden kopyalar üzerine. I. *International Journal of Central Asian Studies*, 13, 239 (8. dipnot).

⁷ “*Kamug kişi tüz ermes* (Herkes bir olmaz).” Eker, (2009), 259.

⁸ Çakmak, (2009), 18.

⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Çakmak, (2013), 17-27.

baskı yoluyla sağlayan etkinlik” gibi sözlük anlamlarıyla ilişkilendirilebilir¹⁰. Kamu gücü yerine kamu kudreti kavramı da kullanılmaktadır. Kudret ise “*güç, erk, erke, iktidar*” demektir¹¹.

Hem hukuk hem de siyaset geleneğinde, genellikle egemenlik kavramına yakın kullanılan hatta zaman zaman onunla karıştırılan güç kavramıyla, açık bir şekilde tahakküm, buyruk ve boyun eğilmesi zorunlu kuvvete atıf yapılmaktadır. Hauriou ise kavrama buyruk ve emir fikrinin ötesinde çok daha farklı ve derin bir anlam vermiş, kamu gücünü çalışma, harekete geçme ve gerçekleştirme gücüyle ilişkilendirmiştir¹².

Kamu gücündeki güç, her zaman zorlama, baskı, tahakküm, bir tarafın bağımlılığı, diğer tarafın buyruğu ve otorite demek değildir. Bu noktada güç, “kurum” ve “faaliyet” kavramlarıyla açıklanmaktadır. Hauriou’nun fikirlerinden¹³ yola çıkan Mazéres’e göre güç, bir kurumun enerjisi, yani organize olmuş bir faaliyetin gayreti, bir faaliyetin kurumsal enerjisidir. Aslında kamu “gücü”, tahakküm, nüfuz ve söz geçirmeden çok, bir faaliyet, bir eylemdir¹⁴.

Hem kişinin hem de eşyanın, özlerinde gizli maddi veya manevi bir kuvvet bulundurup bulundurmadağı, söz konusu gücün dış âleme yansıması suretiyle tespit edilebilir. Dolayısıyla kamu gücü varlığı da dış âlemde meydana getirdiğı değişiklikler gözlenerek kavranabilir¹⁵.

1.1.2. Kamu Gücü Kavramında Toplum ve Devlet

Kamu gücü kavramında, kamunun toplum anlamında mı yoksa devlet anlamında mı kabul edilmesi gerektiğı tartışılabilir. Anayasanın başlangıç hükümlerinde ve 6’ncı maddesinin ilk fıkrasında bulunan “Egemenlik kayıtsız şartsız

¹⁰ *Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.*

¹¹ *Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.*

¹² Mazéres, (2006), 30.

¹³ Hauriou’ya göre modern kamu hukuku egemenlik ya da hâkimiyet hukuku, yasa ve kurumlar olmak üzere üç temel fikir etrafında şekillenmektedir. Ona göre güç, yasayla eşgüdömlü olan kurumsal faaliyettir (enerjidir). Mazéres, (2006), 32.

¹⁴ Mazéres, (2006), 32.

¹⁵ Menemencioğlu, E. (1959). Amme kudreti ve şahsiyet nazariyesi. *Türk Hukuk Kurumu Yayınları*, Ankara, 3.

Milletindir” ilkesi, kamu gücü kavramındaki kamunun millet anlamında kullanıldığını, yani başka bir deyişle kamu gücünün toplumun/milletin gücü anlamına geldiğini akla getirmektedir¹⁶.

Kamu gücü kavramındaki kamu sözcüğünün toplumu/milleti mi yoksa devleti/idareyi mi ifade ettiği hususunda bir sonuca ulaşabilmek için idare hukukunda “kamu”yu içeren diğer kavramların incelenmesi faydalı olacaktır. Örneğin kamu kavramının hem toplum hem de devlet anlamında kullanıldığının söylenebileceği kamu yararı kavramı¹⁷ kamu gücünde kamunun ne anlam ifade ettiğini belirleme konusunda yol gösterici olabilir. Kamu yararının gerçekleşmesiyle birlikte toplumun tamamının ya da bir kesiminin menfaati doğrudan olumlu bir şekilde etkilenir. Yani kamu yararıyla toplum arasında doğrudan bir bağ vardır. Bununla birlikte kamuoyu¹⁸, kamuya açık alan, kamu sağlığı¹⁹ gibi kavramlarda kamu aslında tam olarak sadece toplumu ifade etmektedir²⁰. Ancak kamu gücünde aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Kamu yararında toplumsal menfaat, kamuoyunda toplumun genel görüşü, kamu sağlığında toplumun genel sağlık durumu söz konusuyken, kamu gücünde toplumun kullandığı bir güçten söz edilemez. Kamu gücünün kullanımında toplumun olsa olsa hayli dolaylı bir bağı söz konusudur. Doğrudan bağ ancak bireylerin kamu gücü kullanımının pasif tarafını oluşturduğu, yani gücü kullanan değil, gücün kullanımından etkilenen tarafta olduğu durumlarda kurulur²¹. Çünkü kamu gücünde ayrıcalığı ve gücü kullanan devlet ve idare organlarıdır. Aslında kamu gücü toplumda yaşayan insanların kuvvetinin

¹⁶ Örneğin devlet gücünün kaynağını toplumda bulan görüşe göre, Romalılar imperium yetkisinin (devlet gücünün) esas sahibinin toplum olduğunu, bu gücün idare edenlere toplum tarafından vekâleten verildiğini savunmuşlardır. Aynı görüş 15’inci yüzyılın sonlarından itibaren teorik olarak gelişmiş John Locke, J.J. Rousseau gibi taraftarlar kazanmıştır. 1791, 1793 ve 1848 Fransız Anayasalarında da yer almış, milli egemenlik ve halk egemenliği görüşleri üzerinde etkili olmuştur. Okandan, R.G. (1966). *Umumi amme hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 758 vd.

¹⁷ Kamu yararında hem ülkesi, insanı ve egemenliğiyle devlet, hem de insanları bir arada tutan kamusallık anlayışı bir arada bulunmaktadır. Çakmak, (2009), 25-26.

¹⁸ Bir konuyla ilgili halkın genel düşüncesi, halkoyu, amme efkârı, efkârıumumiye. *Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük*.

¹⁹ Bir toplumda büyük halk kitlelerinin sağlık koşulları açısından içinde bulunduğu durum. *Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük*.

²⁰ Çakmak, (2013), 25.

²¹ Roma hukukunda kamu gücü subjektif bir nitelik olarak değerlendirilerek halkın iradesine bağlı bir iktidar olarak tespit edilmiştir. Ancak halkın bu gücü doğrudan doğruya kullanmadığı gerçeğiyle karşılaşınca hukukçular hatalarının farkına vararak yeni değerlendirmeler yapmak zorunda kalmışlardır. Menemencioğlu, (1959), 3-4.

toplamı olarak değerlendirilebilecek olmakla birlikte, toplumsal bir zaruretle birlikte, bugün, idare elinde merkezleşmektedir²².

Sonuç olarak kamu gücü kavramındaki kamu niteliği, devleti ve daha geniş anlamda onunla ilişkili veya onun yörüngesinde bulunan otoriteleri (kamu tüzel kişilikleri gibi) ifade etmektedir²³. Dolayısıyla kamu gücündeki kamunun, devlet/idare anlamında ortaya çıktığı düşüncesindeyiz. Anayasanın da 6'ncı maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız Milletle olduğunu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağını belirtmiştir. Kamu gücü de, devletin yürütme organının uzantısı olan idarece kullanıldığında, idarenin gücü olmaktadır.

1.1.3. Organik Anlamda “Kamu Güçleri”

Kamu gücü çoğul yani kamu güçleri (kuvvetleri) şeklinde kullanıldığında genellikle organik anlamda kullanılmaktadır. Başka bir deyişle, teşkilatı ifade etmek için tercih edilmektedir. Ancak ifade ettiği teşkilat idari teşkilat değil, geniş anlamda devlet teşkilatıdır. Örneğin Özkan, anayasa hukukunun tanımını yaparken, devletin yapısı, kamu güçlerinin teşkilatlanması, bunların birbirleriyle ilişkileri ve bireylerin kamu hakları ile ilgilenen hukuk dalı olduğunu belirtmiştir²⁴. Burada aslında kamu güçlerinden kastedilen devlet erkleridir. Başka bir deyişle, “idari işlemlerin tek yanlılığı” gibi kamu gücünün idare hukukundaki işlevsel görünümünden farklı bir anlamda kullanılmakta, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerini işaret edilmektedir.

Fransız Anayasası²⁵ cumhurbaşkanının görevlerini sayarken 5'inci²⁶ ve 16'nci²⁷ maddelerinde, Anayasa Konseyi kararlarının bağlayıcılığını düzenlerken

²² Menemencioğlu, (1959), 8.

²³ Mazéres, (2006), 32.

²⁴ Özkan, M.Ş. (1935). *İdare hukuku ders notları*. Ankara: Köy Hocası Matbaası, 9.

²⁵ Fransız Anayasasının Türkçe metni için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>. İnternet: 28 Haziran 2015'te alınmıştır. Anayasanın orijinal metni için bkz. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf. İnternet: 28 Haziran 2015'te alınmıştır.

²⁶ Madde 5: “...Cumhurbaşkanı Anayasaya saygı duyulmasını gözetir. Hakemlik yetkisine dayanarak, kamu güçlerinin düzenli çalışmasını sağladığı gibi devletin devamlılığını temin eder.”

²⁷ Madde 16: “Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, ülkesinin bütünlüğü veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesi ciddi ve ani biçimde tehdit edildiği ve anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi bozulduğu zaman Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa

62'nci maddesinde²⁸ “pouvoirs publics” ifadesini kullanmaktadır. Adalet Bakanlığının Fransız Anayasası çevirisinde “pouvoirs publics” kamu güçleri olarak tercüme edilmiştir. Fransız Anayasasında geçen “pouvoirs publics” ifadesinin “kamu gücü (puissance publique)” kavramından farklı olduğunu belirtmek gerekir. “Pouvoirs publics” ifadesi aslında dilimizdeki “devlet erkleri” kavramına karşılık gelmektedir. Örneğin Adalet Bakanlığı Fransız Anayasasının 5'inci maddesine “...Cumhurbaşkanı Anayasaya saygı duyulmasını gözetir. Hakemlik yetkisine dayanarak, kamu güçlerinin düzenli çalışmasını sağladığı gibi devletin devamlılığını temin eder.” şeklindeki çevirisinde “pouvoirs publics” ifadesi için “kamu güçleri” kavramını kullanmıştır. Kanaatimizce söz konusu maddede de işaret edilen devlet erkleridir. Sonuç olarak “kamu güçleri” ifadesinin “kamu otoriteleri”, “devlet organları”, “devlet erkleri” gibi kavramlar yerine, organik anlamda da kullanıldığı görülmektedir. Bu şekilde kullanılınca kavramın tekil kullanımında sahip olduğu maddi ve teknik anlamın dışına çıkılmaktadır. Dolayısıyla zaman zaman “kamu güçleri”, kamu gücü fikrinin dışında devlet teşkilatını ifade etmek için kullanılmaktadır.

1.1.4. Maddi (İşlevsel, Fonksiyonel) Anlamda Kamu Gücü: Ayrıcalıklar ve Yükümlülükler

Kamu gücü bir yandan idare hukukunun temel kavramı olarak görülmekte²⁹, diğer yandan da idari faaliyetin görünümelerini açıklamaya imkân sunmaktadır³⁰. Maddi (işlevsel, fonksiyonel) anlamda kamu gücü bir etkinliği ifade etmektedir³¹. Bir tasarrufun içeriğine bakıldığında özel hukuk ilişkilerinden farklı üstünlük ve ayrıcalıklar içeriyorsa maddi anlamda kamu gücünden bahsedilir. Kavramın bu

Konseyinin resmi görüşlerini aldıktan sonra, bu şartların gerektirdiği önlemleri alır... ..Bu önlemler anayasal kamu güçlerine en kısa süreler içinde görevlerini yerine getirmek olanaklarını sağlama iradesinden kaynaklanmalıdır...”

²⁸ Madde 62: “Anayasa Konseyinin kararlarına karşı başvuru yolları kapalıdır. Bu kararlar, bütün kamusal güçleri, idare ve adli otoriteleri ve tüm kamusal erkleri bağlar.”

²⁹ Truchet, D. (2015). *Droit administratif*. (6. Edition). Paris: Thémis Droit, 46.

³⁰ Mazéres (2006), 23.

³¹ Örneğin kamu gücünün denetiminin bir türü olan iptal davasında idarenin değil, idari işlemin denetiminin yapılmasından dolayı, kamu gücünde organın değil fonksiyonun öne çıktığı yorumu yapılabilir.

yönüne vurgu yapmak için günümüzde genelde “kamu gücü ayrıcalıkları” ifadesi tercih edilmektedir³².

1.1.4.1. Hukuki Anlamda Ayrıcalık ve Ayrıcalığın Sonucu Olarak Yükümlülük

En geniş anlamıyla hukuki anlamda ayrıcalık, “*genel bir yükümlülüğünden muaf tutma ya da müstesna bir hukuki rejime dâhil etme yoluyla yararlananlara daha fazla veya daha az hukuki ya da ekonomik avantajlar sağlayan, genel hukuk karşısında bir farklılık*” olarak tanımlanabilir³³. Bu kapsamıyla hukuki anlamda bir değer ifade eden ayrıcalık kavramı, temel olarak devlet yetkileri ve özellikle de idare işlevi bakımından belirleyici bir hâl almaktadır³⁴. Ayrıcalık bir yandan tek yanlı hareket etmek suretiyle hukuki sonuçlar yaratabilme yeteneğini ifade etmekte; diğer yandan onu kullanan egemen organların paylaştığı kamu iktidarının yapısı ve sahip olduğu yetkilerin niteliğine ilişkin yapılan incelemelerde önemli bir yere sahip olmaktadır³⁵.

Erkut kamu hukukunda ayrıcalık kavramını; “*Devlet organlarının ve İdare Cihazının tabi olduğu istisnai ve üstün hukuki rejime bağlı faaliyetler ile bu nitelikteki faaliyetler sırasında üçüncü kişiler üzerinde onların iradelerinden bağımsız biçimde sonuçlar yaratabilme imtiyazı*” şeklinde tanımlamakta ve ayrıcalıkların devlet organlarına ait olmasına rağmen bireyler üzerindeki somut etkileri göz önüne alındığında esas itibarıyla idareye özgü bir alan olduğunu belirtmektedir³⁶.

Kamu gücü kavramı, idareye özgü araçların özel hukuku “aşan” karakterini ortaya çıkarmaktadır³⁷. Bu araçlar kamu gücü ayrıcalıklarıdır. Bu bakımdan kamu gücü ayrıcalıkları da, kural olarak özel hukuk ilişkilerinde görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar olarak tanımlanabilir³⁸. Bu yönde bir tanım tercih

³² Gözler, K. (2009). *İdare hukuku*. (2. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, C.I, 87.

³³ Dupuis, G. (1962). *Les privilèges de l'administration*. Thèse de Doctorat dactylographiée. C.I., Université de Paris, 15.

³⁴ Erkut, C. (2004). *Kamu kudreti ayrıcalıkları ve tutuk adalet anlayışı*. İstanbul: Yenilik Basımevi, 52.

³⁵ Erkut, (2004), 53.

³⁶ Erkut, (2004), 53.

³⁷ Kada, N., Mathieu, M. (2014). Puissance publique. in *Dictionnaire d'Administration Publique*. Sous la direction de Kada, N., Mathieu, M, Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 404.

³⁸ Gözler. (2009), C.I, 87. Serrand, P. (2015). *Droit administratif, les actions administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, Tome 1, 39. Serrand’a göre kamu gücü ayrıcalıklarının varlıkları, devlet erklerinin, bir görevi (misyonu), özel hukuka aykırı (özel hukuktan farklı) bir rejime göre gerçekleştirme yönündeki iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu rejim özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanan hukuktan farklı olarak, “daha fazla” veya “daha az” özellikler getirmektedir. Serrand,

edilince, bazı yazarlar doğrudan “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” terimini kullanmaktadır³⁹. Her ne kadar kamu gücüyle birlikte “ayrıcalık”⁴⁰ kavramı ön plana çıksa da, idare hukukunda idareye tanınan ayrıcalıklar ve üstünlüklerin yanında, idare aynı zamanda yükümlülüklerle de tabi tutulmaktadır⁴¹. Bu nedenle bazı Fransız yazarlar da “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” ifadesi yerine “özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve bağımlılıklar” ifadesini kullanmaktadır⁴². Biz çalışmamızda idare hukukunda en çok kullanıldığı şekliyle, kamu gücü ayrıcalıkları ifadesini tercih ediyoruz.

1.1.4.2. İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalıklarının İşlevi ve Ayrıcalıklar Zinciri

İdare, faaliyetlerini yürütebilmek için, özel hukuk kişilerinin yaptığı sözleşmeler gibi, özel hukukun sunduğu vasıtalara başvurabilir. Bununla birlikte idare sıklıkla, özel hukuku aşan ayrıcalıklar olarak ifade edilen, ona kamu gücü niteliklerini veren kamu hukuku vasıtalarına başvurmak zorunda kalmaktadır⁴³. Eşitler arası ilişkileri düzenleyen, özel hukukta rastlanmayan kamu gücü ayrıcalıkları, idare hukukunda idari faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejimin analizinde önemli bir yere sahiptir⁴⁴.

Kamu yararının temsilcisi sıfatıyla tek yanlılık denen genel bir gücü elinde bulunduran idare, özel kişilerin kamu yararının gerçekleşmesine engel olabilecek

(2015), C.I, 39. Yazarın “daha fazla veya daha az” (en plus ou en moins) ifadesiyle kastettiği, söz konusu rejimin bazen özel hukuku aşan ayrıcalıklar (yani daha fazla yetkiler) getirmesi, bazen de özel hukukta görülmeyen yükümlülükler (daha az, sınırlandırılmış yetkiler) getirmesidir.

³⁹ Vedel, G., Delvolvé, P. (1992). *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, C.I, 35. (Vlachos, G. (1993). *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Ellipses, 49. Yazar özel hukuku (genel hükümleri) aşan blok terimini tercih etmekte, kamu gücü ayrıcalığı kavramını ise bu blok dâhilinde, alt başlığında yer alan “tek yanlı icrai karar rejimi” için kullanmaktadır.

⁴⁰ Ayrıcalık kavramı kamu gücü anlayışının derinliğini ortaya koymaktadır. Erkut, (2004), 53.

⁴¹ Chevallier J., (1988). *Le droit administratif, droit de privilège? Pouvoirs: Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, (46), 59. Rivero, J., Waline, J. (2006). *Précis de droit administratif*. (21. Edition). Paris: Dalloz, 23. Gözler idarenin özel hukuku aşan yükümlülüklerine şu örneği vermektedir: “Özel hukukta bir kişi sözleşme yaparken karşı tarafı seçmekte serbest iken, idare hukukunda idare sözleşme yaparken karşı tarafı seçmekte serbest değildir. Kamu ihalesi sürecinde belirli kişiyle sözleşme yapmak zorundadır.” Gözler. (2009), C.I, 87. (165. dipnot).

⁴² De Forges, J.M. (1992). *Droit administratif*. (7. Edition). Paris: Presses Universitaires de France, 98'den aktaran Gözler, (2009), C.I, 87.

⁴³ Chapus, R. (2001). *Droit administratif général*. (15. Edition). Paris: Montchrestien, Tome I, 469-470.

⁴⁴ Erkut, (2004), 52.

dirençlerinin kırılabilmesi için⁴⁵ “kendini zorla kabul ettiren kararlar” alma ayrıcalığına sahiptir⁴⁶. Yani kamu yararının gerçekleşmesi için idarenin bu kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması bir zorunluluktur⁴⁷. Bu yönüyle kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin faaliyetlerini gerçekleştirmek için kullandığı hukuki vasıtalar⁴⁸.

İdarenin kamu gücü kullanarak üçüncü kişiler karşısında çeşitli ayrıcalıklara sahip olduğu ilk kez Hauriou tarafından dile getirilmiştir⁴⁹. Yazara göre idarenin sahip olduğu bu ayrıcalıklı konum iki farklı temele oturtulmuştur. Birincisi idarenin tek yanlı işlem yapabilmesi ve bu işlemlerin icrası için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymamasıdır. İkincisi ise tek yanlı idari tasarruflara karşı açılan davalarda yürütmenin kendiliğinden durmaması, idari tasarrufların hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi idarenin yargı organları önünde sahip olduğu avantajlardır⁵⁰.

Bir kamu hizmetini görmekle yükümlü kılınmış özel hukuk kişileri sadece o hizmete ilişkin bazı ayrıcalıklardan yararlanmaktadır. Ancak bu durum istisna teşkil etmektedir. Dolayısıyla kural olarak kamu gücü ayrıcalıkları idareye özgü ayrıcalıklardır. Sadece idare, kamu hizmeti misyonunu yerine getirdiği ölçüde bu ayrıcalıklardan yararlanabilir. İdareye karşı cebri icra yollarının bulunmaması ve dolayısıyla idarenin mallarının haczedilemezliği ve bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi⁵¹ gibi koruyucu ayrıcalıklar da idarenin iyi işleyişini temin etmektedir⁵².

⁴⁵ Günday, M. (2013). *İdare hukuku*. (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi, 17.

⁴⁶ Chapus, (2001), C.I, 470.

⁴⁷ Günday bu görüşünü açıklamak için şu örneği veriyor; idare toplumsal bir gereksinimi karşılamak için bir taşınmaza ihtiyaç duyduğunda eğer özel kişiyle eşit konumda olursa, taşınmazı elde etmek için özel kişinin rızasına ihtiyaç duyar. Yani malik eğer taşınmazını satmak istemezse, idare o taşınmazı alamaz ve dolayısıyla ilgili kamu hizmetini yürütmesi imkânsız hale gelir. Günday, (2013), 17.

⁴⁸ Chapus, (2001), C.I, 469.

⁴⁹ Erkut, (2004), 55.

⁵⁰ Chevallier, J. (1970). *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*. Paris, LGDJ, 271-272'den aktaran Erkut, (2004), 55.

⁵¹ Fransa'da 150 yıldan beri tekrarlanan, Türkiye'de ise çok da üzerinde durulmayan bu ilke, “yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılamaz” düşüncesiyle içtihadî bir ilkeye dönüşmüştür. Bu ilkeye göre Fransa'da mahkemelerin bir bayındırlık eserinin işletilmesine, bütünlüğüne müdahale eden karar veremeyeceği kabul edilmektedir. Gözler, (2009), C. II, 994.

⁵² Oberdorff, H. (2010). *Institutions administratives*. (6. Edition). Paris: Sirey, 38.

İdare hukukunda idarenin sahip olduğu üstünlükler bir “ayrıcılık zinciri”⁵³ meydana getirmekte; iç içe geçmiş ve bir bütünlük halinde birbirlerini izlemekte ve birbirini tamamlayarak bir “ayrıcılık bloğu”⁵⁴ ortaya çıkarmaktadır. Asli ve vazgeçilmez olan kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin tek yanlı tasarruflarda bulunabilme, bu tasarruflarını başka bir makamın onayı ya da rızası olmadan yürütebilme ve gerektiğinde cebri icra gibi zor kullanma usullerine başvurabilme yeteneği⁵⁵ ile idari tasarrufların hukuka uygunluk karinesi zırhına sahip olması biçiminde “ayrıcılık bloğu” oluşturmaktadır⁵⁶. Bu ayrıcalıklardan bazıları idarenin harekete geçerek bir eylemde bulunmasına izin verirken bazıları da idareyi dışsal (harici) fiillerden ve etkilerden korumaktadır⁵⁷. Bir başka deyişle söz konusu ayrıcalıklar bloğu, idareye faaliyet ayrıcalıkları ve koruma ayrıcalıkları sunmaktadır. Koruma ayrıcalıkları, kamu yararının temsilcisi olan idareye karşı “elverişsiz” olan bazı faaliyetleri engelleyerek⁵⁸ onu hukuki vasıtalarla belli bir koruma alanı içine almaktayken⁵⁹, faaliyet ayrıcalıkları idarenin bu yararı gerçekleştirmesi için harekete geçmesine izin vermektedir. Başka bir deyişle idare faaliyet ayrıcalıklarından yararlanarak daha rahat hareket etme imkânına kavuşmaktadır⁶⁰. Bu ayrıcalıklar en yoğun olarak, idarenin ilgilinin rızasına ya da yargıcın ön onayına ihtiyaç duymaksızın ilgililere zorla hukuki borçlar yükleyebilme yetkisinde kendini göstermektedir⁶¹.

1.1.4.3. Kamu Gücü Ayrıcalıkları ve Yükümlülükleri

Kamu gücü ayrıcalıkları, temel olarak, kamu hizmetinden yararlananlara karşı tek taraflı yükümlülükleri zorla kabul ettirme gücü ve bunları icra etmek için

⁵³ Erkut, (2004), 56.

⁵⁴ Erkut, (2004), 58.

⁵⁵ İdare edilenlere karşı tek taraflı yükümlülükleri zorla kabul ettirme gücü ve bunları icra etmek için gerektiğinde cebre başvurma kudreti, kamu gücünü karakterize ederek onu ortaya koyan iki temel güçtür. Gondouin, G., Inseguet-Brisset, V., Van Lang, A., (2015). *Dictionnaire de droit administratif*. (7. Edition). France: Sirey, 372.

⁵⁶ Erkut bu noktada bir ayırım yapmakta, temel ve vazgeçilmez ayrıcalıklar bloğunun imperium yetkisinden kaynaklandığını, diğerlerinin ise idari rejimin temel yapısı ve karakterinden kaynaklanan ayrıcalıklı hukuki rejimler ile genel idari usulün olağan sonucu ortaya çıkan hukuki rejimin üstün ve müstesna yapısından kaynaklandığını belirtmektedir. Erkut, (2004), 59.

⁵⁷ Chapus, (2001), C.I, 470.

⁵⁸ Chapus, (2001), C.I, 474.

⁵⁹ Örneğin kamu tüzel kişileri, kamu maliyesine ilişkin kurallarına tabi olmakla birlikte, bazı durumlarda borçlarının silinmesine ilişkin özel vasıtalarla yararlanmaktadır. Serrand, (2015), 40.

⁶⁰ Serrand, (2015), 39.

⁶¹ Serrand, (2015), 40.

gerektiğinde cebre başvurma gücü olmak üzere idarenin sahip olduğu iki kudret tarafından çekirdeği oluşturulan bir eşitsizlik hukukunu ifade etmektedir⁶².

Öncelikle, idarenin, ilgililerin rızasına veya onayına ihtiyaç duymadan işlem yapabilme yeteneğini ifade eden tek yanlı işlem yapma yetkisi ve idari işlemin sahip olduğu icrailik özelliği bir kamu gücü ayrıcalığıdır⁶³. İdarenin sahip olduğu tek yanlı işlem yapabilme yeteneği, önemi itibarıyla diğer tüm kamu gücü ayrıcalıklarının önünde gelmektedir⁶⁴. İdarenin aldığı bir kararı, özel kişilerden farklı olarak, bir mahkemenin ya da icra dairesinin yardımına ihtiyaç duymaksızın, belirli şartlar altında bizzat kendisinin uygulayabilmesini ifade eden re'sen icra yetkisi ile belli şartlar altında sahip olduğu zor kullanma yetkisi (cebri icra) de birer kamu gücü ayrıcalığı olarak öne çıkmaktadır⁶⁵. İdari işlemin mahkemece iptal edilene ya da yürütülmesi durdurulana karar hukuka uygun kabul edilerek uygulanabilir nitelikte olması ve kişinin işlemin iptali için mahkemeye başvurusunun işlemin yürütülmesini durdurulmaması ile "hukuka uygunluk karinesi"nden yararlanması bir başka kamu gücü ayrıcalığıdır⁶⁶.

Söz konusu temel kamu gücü ayrıcalıklarının yanında daha birçok ayrıcalıktan bahsedilebilir. İdare hukukuna ilişkin her konuda kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerine rastlamak kaçınılmaz olduğundan, bunları tek tek saymak ve bunlara ilişkin eksiksiz bir liste yapmak mümkün değildir⁶⁷. Yukarıda sayılanlar dışında kamu gücü ayrıcalıklarından öne çıkanlar, şu şekilde sıralanabilir⁶⁸:

1. Kamu mallarının zamanaşımıyla kazanılamaması örneğinde olduğu gibi⁶⁹, idarenin mallarının özel himaye görmesini sağlayan "kamu malı statüsü"⁷⁰,

⁶² Gondouin, Insegruet-Brisset, Van Lang, (2015), 372.

⁶³ Chapus, (2001), 470. Vlachos, (1993), 50.

⁶⁴ Truchet, (2015), 47.

⁶⁵ Gözler, (2009), C.I, 88.

⁶⁶ Gözler, (2009), C.I, 88. Vlachos, (1993), 50.

⁶⁷ Gözler, (2009), C.I, 91. Dupuis, (1962).

⁶⁸ Bkz. Gözler, (2009), C.I, 88-91.

⁶⁹ Gözler, (2009), C.I, 88.

⁷⁰ Chapus, (2001), C.I, 474.

2. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Yasada öngörülen usullerde olduğu gibi, kamu alacaklarının tahsili için, özel hukuktaki usullerden farklı bir usulün uygulanması⁷¹,

3. İdareye karşı cebri icra yollarının uygulanamaması, idarenin mallarının haczedilemezliği ve iflasının istenememesi halleri⁷²,

4. Bir sözleşmeye, kendisine özel hukuk kurallarının değil idare hukuku kurallarının uygulanacağı sonucunu ortaya çıkaran, “idari sözleşme” niteliğinin verilmesi⁷³,

5. Kamu görevlileri bazı bakımlardan özel bir korumaya tabi olduğundan, bir tüzel kişinin personelinin “kamu görevlisi” sayılması⁷⁴,

6. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarında “zorunlu üyelik” esası ve “zorunlu aidat” usulünün benimsenmesi⁷⁵.

7. Bir kamu tüzel kişiliğine vergi muafiyeti sağlanması⁷⁶,

8. Kamulaştırma yetkisi⁷⁷,

9. İdari irtifaklar kurma, özel kişilere ait malların istimvali, bayındırlık işlerinin yürütülmesinde duyulan ihtiyaç üzerine özel mülklerin geçici işgali, bazı çevrelerde

⁷¹ Gözler, (2009), 88. Serrand, (2015), 40.

⁷² Chapus, (2001), C.I, 169.

⁷³ Gözler, (2009), C.I, 89. Vlachos, (1993), 49-50. Zira idari sözleşmelerde idarenin tek yanlı işlemler yaparak ayrıcalıklardan yararlanabilmesi söz konusudur. Truchet, (2015), 47.

⁷⁴ Chapus, (2001), C.I, 171. Kamu görevlileri bazı bakımlardan özel bir korumaya bazı bakımlardan da özel yükümlülüklerle tabi tutulmaktadır. Türk hukukunda kamu kurumlarının personelleri Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Gözler, (2009), C.I, 89.

⁷⁵ Örneğin bir avukatın mesleğini icra edebilmesi için baroya, bir doktorun ise tabipler odasına üye olması gerekir. Bu gibi durumlarda zorunlu aidat usulü de söz konusu olmaktadır. Gözler, (2009), C.I, 89-90.

⁷⁶ Bir kamu tüzel kişiliğine vergi muafiyeti sağlanması da onun ayrıcalıklarla donatıldığına ve ona idare hukukunun uygulanabileceğine işarettir. Bu bakımdan “vergi muafiyeti” de bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Gözler, (2009), C.I, 90.

⁷⁷ Chapus, (2001), C.I, 470. Vlachos, (1993), 332. .

satışa çıkan taşınmazlar ya da açık arttırmada satışa çıkarılan sanat eserleri üzerinde önalım hakkının kullanılması⁷⁸,

10. Bunları takiben vergilendirme, cebir kullanma, disiplin cezası verme, tehlikeli halde bulunan taşınmazlarla ilgili re'sen harekete geçme, istihdam, sahipsiz ve başıboş malları tutma, bir alanı tekel haline getirme de kamu gücü ayrıcalıklarındandır⁷⁹.

11. Bazı yazarlara göre bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıda değil de idari yargıda görülmesi de bir kamu gücü ayrıcalığıdır⁸⁰. Bu görüşe göre idarenin yararlandığı koruma ayrıcalıklarından biri de, genel olarak adli yargı değil, kendisine daha yakın olduğu söylenegelen idari yargı denetimine tabi tutulmasıdır⁸¹. İdarenin yargı organları karşısındaki bağımsızlığı; yargının idarenin yerine geçerek karar alamaması ile ona emir verememesi ve idarenin işlem tesis edebilmesi için yargı organının onayına ihtiyaç duymaması gibi ayrıcalıkları, idarenin adli yargıda değil de idari yargıda denetime tabi tutulmasının da bir kamu gücü ayrıcalığı teşkil edeceğini akla getirebilir. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. İdari yargının Fransa'da ortaya çıktığı dönemler için bir uyuşmazlığın idari yargıya tabi tutulması idare lehine bir ayrıcalık sonucunu doğurmuşsa bile⁸² günümüzde idari yargının sahip olduğu işlevler karşısında bunu savunmak idari yargının anlam ve önemiyle çelişecektir. Daha da önemlisi bir yargı kolunun uyuşmazlığın taraflarından birisi için, hem de o taraf kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan güçlü idare ise, bir "ayrıcalık" teşkil etmesi hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Öncelikle hukuka tabi olmak bakımından idarenin özel kişiler karşısında veya yargı organı karşısında bir üstünlüğü ya da ayrıcalığı söz konusu değildir. İdare de özel kişiler gibi hukuka

⁷⁸ Aslında önalım hakkı özel hukukta da var olduğu için genel bir kamu gücü ayrıcalığı değildir. Ancak idare tarafından kamu yararı adına gerçekleştirildiğinde kamu gücü ayrıcalığı haline gelir. Truchet, (2015), 46-47.

⁷⁹ Chapus, (2001), C.I, 470. Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 35-36.

⁸⁰ Dupuis, G., Guédon, M. J., Chrétien, P. (2010). *Droit administratif*. (12. Edition). Paris: Sirey, 100. Gözler, (2009), C.I. 90. Vlachos, (1993), 51.

⁸¹ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2010), 101. Vlachos "Kendine Özgü Yargılamaya Sahip Olma Ayrıcalığı" başlığı altında, idarenin, idari fonksiyonun uygulanmasında, aktif idarede bulunmuş ve kendi bağrından çıkmış olan, idari faaliyetlerin gerekleriyle vatandaş haklarının korunması arasında denge kurmaya çalışan yargıç tarafından yargılanma ayrıcalığı olduğunu ifade etmiştir. Vlachos. (1993), 51.

⁸² Vigouroux, ilk başlarda idari yargının görevinin idareyi korumak olduğunu ifade etmektedir. Vigouroux, C. (2013). Fransız Danıştay'ı ve yargı içindeki önemi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*. Ankara, 10.

uygun davranmak zorundadır. Hukuka tabi olmak bakımından bir eşitsizlik hukuku değil, eşitlik hukuku söz konusudur⁸³. İdari mahkemeler idareye emir veremese de, bir işlemi iptal ettiğinde idare bu kararı eksiksiz uygulamak zorundadır. Dolayısıyla yargılamada ve yargı kararını uygulamada üstünlük idarede değil, hukuktaadır.

Bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıda değil de idari yargıda görülmesinin bir kamu gücü ayrıcalığı teşkil edeceği yönündeki görüşün aksine, günümüzde idarenin, idare hukuku ilke ve kurallarına daha az aşına olan adli yargıda daha elverişli sonuçlar alacağı düşüncesiyle, kendisi üzerinde daha etkili olan idari yargı denetiminden kaçma eğiliminin olduğu düşüncesi ilgi çekicidir⁸⁴. Nitekim idari davaların kamu hukuku alanında uzmanlaşmış yargıçlar tarafından çözümlenmesi, bireylerin de idarelere karşı idari yargıya özgü etkin silahlardan yararlanmasını sağlamaktadır⁸⁵. Özellikle idari yargıda davalı taraf her zaman idare olmasına rağmen ispata ilişkin uygulamalar⁸⁶, özel hukuka nazaran davalı idare için daha az elverişlidir. İlgililer ise idarenin kamu gücü ayrıcalıkları karşısında, idari yargıda adli yargıya nazaran daha elverişli konumdadır. Yargıç çoğu zaman davacıdan delil istememekte, sadece ciddi karinelerini sormaktadır. Yani idare bu konuda bir ayrıcalığa sahip değildir; aksine idarenin ağırlaştırılmış bir sorumluluğu söz konusudur⁸⁷. Örneğin özel hukuk uyuşmazlıklarında kural olarak davacı davasını ispatla yükümlüken, idari yargıda çoğu kez idare tesis ettiği işlemin hukuka uygun olduğunu ispatlamak zorunda kalmaktadır⁸⁸. İşlemi tesis eden her zaman idare olduğundan, davaya ilişkin bilgi ve belgelerin genellikle idaredir ve ilgili dosya mahkemenin talebiyle idarece sunulmaktadır⁸⁹. Ayrıca zaman zaman idari rejim sisteminde, idari yargıcın idareye yakın olması hukuk devletinin gerekleri açısından kuşkuya sebebiyet verse de, aslında yargıcın idareye yakın olması, aynı zamanda kontrolü ele almasına da yardımcı olmuştur⁹⁰. Dolayısıyla günümüzde idari yargının

⁸³ Chevallier, (1988), 59-60.

⁸⁴ Özay, İ. (2004). *Günüşiğinde yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 520.

⁸⁵ Güran, S. (2008). İdari yargı denetiminin kapsamı ve sınırları. *2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara: Danıştay Yayınları, 58.

⁸⁶ İdari yargıda ispata ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yasin, M. (2015). *İdari yargılama usulünde ispat*. İstanbul, 12 Levha Yayınları.

⁸⁷ Dupuis, (1962), 211.

⁸⁸ Tekinsoy, A. (2013). *İdari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması*. Ankara: Savaş Yayınevi, 24.

⁸⁹ Dupuis, (1962), 208.

⁹⁰ Chevallier, (1988), 58. Vigouroux, idari yargıcın, idareye yakın olduğu için, ona hayır diyebilip, onun kararları iptal edebildiğini ifade etmektedir. Vigouroux, (2013), 10.

idare için bir kamu gücü ayrıcalığı olduğunu söylemek bizce mümkün değildir ve hatta idarenin yargılamada avantaja sahip olması önünde bir engel teşkil etmektedir/etmelidir. Bu noktada görev idare yargıcına düşmektedir. Yargıç idarenin sahip olduğu kamu gücü karşısında güçsüz durumda olan bireyin etkin silahlardan yararlanmasını sağlamaktan çekinmemeli ve idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını gözetici şekilde hareket etmemelidir⁹¹.

İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklardan sonra, yeni kamu gücü anlayışının getirdiği yükümlülüklerden de bahsetmek gerekir. Kamu yararını gerçekleştirmek üzere yararlandığı ayrıcalıklar neticesinde vatandaşlara çeşitli borçlar ve zorunluluklar yükleyebilen idare, şüphesiz ki bu ayrıcalıkların yanında diğer kişilere oranla daha sıkı yükümlülüklerle tabi kılınmalıdır⁹². Örneğin idare bir sözleşme yapmak istediğinde sözleşmecisi tarafı seçerken diğer kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde sahip olduğu özgürlüğe sahip değildir. İdarenin sözleşmecisi tarafı seçmek için kamu ihalesi düzenlemek zorunda olduğu durumlar buna örnek gösterilebilir. İdare, personel seçmekte de diğer kişiler gibi serbest değildir. İdarenin genellikle sınav düzenlemek ve sınavda başarılı olanları istihdam etmek gibi yükümlülükleri vardır. Özel kişiler faaliyetlerinde hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her türlü amacı güdebilir. Buna karşılık idare sadece kamu yararı amacını güdebilir⁹³.

Bir görüşe göre zararların tazmininin idari sorumluluk rejimine tabi olması da bir kamu gücü ayrıcalığıdır⁹⁴. İdari sorumluluk, bazı benzerlikler taşımasına rağmen özel hukuk sorumluluğundan farklıdır. Buna göre bir faaliyet alanı özel hukuk sorumluluğundan farklı bir sorumluluk rejimine kaydırılmışsa o uyumsuzluğa idare hukuku uygulanabilir denilmektedir⁹⁵. Şüphesiz idari sorumluluk idare hukukunun konusudur. Ancak kanımızca bunu idarenin bir ayrıcalığı olarak saymak mümkün değildir. Örneğin başlangıçta bayındırlık hizmetleri sebebiyle özel mülklere yapılan

⁹¹ Vigouroux, idari yargının her geçen gün kendini yenilediğini, Danıştay için en önemli unsurun temel haklar olduğunu belirtmektedir. Vigouroux, (2013), 13.

⁹² Chevallier, (1988), 58-59. Rivero, Waline, (2006), 23. Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 36. Benoit, F.P. (1968). *Le droit administratif français*. Paris, Dalloz, 76-78'den aktaran Gözler, (2009), C.I, 90. Erkut, (2004), 59-60.

⁹³ Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 36.

⁹⁴ Rivero, J. (1971). *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 435'ten nakleden Gözler, (2009), C.I, 90. Vlachos bu durumu doğrudan kamu gücü ayrıcalığı diye nitelendirmemekte, ancak benzer anlamda kullanılan, idare hukukunda özel hukuku (genel hukuku) aşan blok başlığı altında idarenin sorumluluğuna da yer vermektedir. Vlachos, (1993), 49-51.

⁹⁵ Gözler, (2009), C.I, 90.

hukuka uygun müdahaleler neticesinde doğan özel ve olağandışı zararların tazmini amacıyla ortaya çıkan kusursuz sorumluluk, risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi ilkelerle gelişerek idarenin sorumluluğu alanında geniş bir yer edinmiş⁹⁶, özel hukuktaki gibi bir istisna olmanın da üstünde en az kusur sorumluluğu kadar yaygın ve önemli hale gelmiştir⁹⁷.

Ayrıcalık, kelime anlamı olarak “başkalarından ayrı ve üstün tutulma durumu, imtiyaz” demektir. Bu yönüyle “idari sorumluluk” alanını idarenin ayrıcalıkları arasında değil, kamu hizmetinin ifasına ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin ya da kusursuz sorumluluğun bir sonucu olarak görmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Başka bir deyişle idarenin sorumluluğunun, kamu gücü ayrıcalıklarıyla değil kamu gücü yükümlülükleriyle ilgili olduğu düşüncesindeyiz. Tüm bunlara ek olarak, kanaatimizce hukuk devleti ilkesine göre de, idari sorumluluk rejiminin, idare adına ayrıcalık teşkil etmesi düşünülemez. Aksi düşünce zarar verenin zarar gören karşısında sorumluluk anlamında ayrıcalıklı olduğunun kabulü anlamına gelir ki, bu da idare hukukunun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı sonucunu doğurur. Örneğin idarenin hizmet kusuru neticesinde zarar gören bireyin, zararının tazmini için idari yargıya başvurduğunda idare hukuku kurallarının uygulanması ve idari yargıcın davayı görmesinin, idare için bir ayrıcalık oluşturması hem hakkaniyet hem de hukuk mantığı açısından kabul edilemez. İdarenin faaliyetlerini icra ederken birçok ayrıcalığa sahip olduğu bir gerçektir. Ancak söz konusu faaliyetler yargı önüne taşındığında, kamu gücü denetlenmekte ve bu süreçte idarenin kamu gücünün değil hukukun egemenliği hüküm sürmektedir. Dolayısıyla zararların tazmininin idari sorumluluk rejimine tabi olması, kanaatimizce bir kamu gücü ayrıcalığı olmayıp; aksine idarenin yükümlülükleriyle ilgili bir konudur.

Kamu gücü ayrıcalıklarının tek bir listesini yapmak mümkün olmadığı gibi yükümlülüklerinin de tek bir listesini yapmak mümkün değildir. Yukarıda sayılanlar gibi pek çok ayrıcalık ve yükümlülükten söz etmek mümkündür. Örneğin devamlılık, uyarılma, tarafsızlık ve eşitlik gibi kamu hizmeti ilkeleri idare için birçok alanda

⁹⁶ Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2014). *Türk idare hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 155.

⁹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 162.

yükümlülük getirir⁹⁸. Kanunilik ilkesi de idareye birçok yükümlülük getirir; zira idarenin her faaliyeti kanuna dayanmak ve ona uygun olmak zorundadır⁹⁹.

1.1.5. Kamu Gücü Kavramının Kapsamı

Kamu gücü kavramının devlet iktidarının ya da egemenliğinin tamamını mı kapsadığı yoksa idare hukukuna özgü bir kavram mı olduğu tartışılması gereken bir diğer meseledir. Buna göre kamu gücü; egemenlik, iktidar, devlet kudreti, imperium yetkisi gibi kavramların yerine kullanılabilecek kapsamda bir kavram mıdır? Yoksa söz konusu kavramlardan daha dar kapsamlı, onların bir nevi idare hukukundaki yansıması şeklinde mi kabul etmek gerekir?

Bazı yazarlara göre kamu gücü esasen devletin doğasını açıklamaya yarayan, devletin kurucu unsuru olan bir kavramdır. Bazılarına göre ise daha sınırlı ve teknik nitelikteki bu kavram, idare hukukuna mantığını, temelini ve özünü vermeye yarayan, idare hukukunun kurucu kavramıdır¹⁰⁰. Bu yönüyle kamu gücü kavramını kapsamı bakımından, geniş anlamda kamu gücü ve dar anlamda kamu gücü olarak ikiye ayırmak mümkündür.

1.1.5.1. Geniş Anlamda Kamu Gücü

İdare hukukundaki kamu gücü fikri, devlet teorisindeki geniş anlamda kamu gücü kavramıyla bütünleşmekte, onun içinde yer almaktadır. Devlet teorisindeki kamu gücü ile kastedilen, devlete kararlarını kabul ettirme ve gerektiğinde zorla icra etme yeteneği veren tek yanlı emir verme gücüdür¹⁰¹. Dolayısıyla geniş anlamda kamu gücü kavramının kapsamına, devletin üç organı olan yasama, yürütme ve yargının sahip olduğu devlet yetkilerinin, ayrıcalıklarının ve üstünlüklerinin tamamı girmektedir. Başka bir deyişle geniş anlamda kamu gücü ayrıcalıkları sadece idareye ayrılmış değildir¹⁰². Bu yönüyle kamu gücü ayrıcalıklarına idari fonksiyon içerisinde değerlendirilemeyecek olan, yasama organının kanun yapması, anayasa

⁹⁸ Gözler, (2009), C.I, 90.

⁹⁹ Gözler, (2009), C.I, 90.

¹⁰⁰ Mazéres, (2006), 20.

¹⁰¹ Denizeau, C. (2004). *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*. Paris: LGDJ, 5.

¹⁰² Denizeau, (2004), 5.

değişikliği, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi, Bakanlar Kurulunun ifa ettiği siyasi fonksiyon gibi faaliyetler de dâhildir. Dolayısıyla kavram geniş anlamıyla kullanıldığında idare hukukuna özgü, teknik bir kavram olmaktan çıkmakta; sınırları oldukça geniş, anayasa hukuku, ceza hukuku ve hatta icra-iflas hukuku gibi birçok hukuk dalıyla ve siyaset bilimi, felsefe gibi bilimlerle doğrudan ilgili hale gelmektedir.

Denizeau yasama, yürütme ve yargının da yararlandığı kamu gücü için “devletsele kamu gücü” ifadesini kullanmaktadır¹⁰³. Bu noktada kavramı geniş anlamıyla “devletsele kamu gücü” olarak ele alan öğretideki yazarlara değinmek faydalı olacaktır. Zabunoğlu eserlerinde yer yer kamu gücüyle eş anlamlı olan “amme kudreti” terimini devlet kudreti terimiyle eş anlamlı olarak kullanmıştır¹⁰⁴. Yazar sadece idarenin değil, devletin tümüyle sahip olduğu üstün gücü ifade etmek için devlet kudreti terimini kullanmaktadır. Bununla birlikte amme kudretinin (kamu gücü) de bu üstün gücü ifade etmek için kullanılan terimlerden biri olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵.

Okandan’a göre devletin üstün gücünü ifade etmek için kullanılan egemenlik teriminin çeşitli tartışmalarla birlikte tercih edilmemeye başlanmasıyla emretme gücü, amme kudreti, amme iktidarı, devlet gücü, devlet iktidarı, otorite, siyasi güç gibi terimler kullanılmaya başlanmıştır¹⁰⁶. Duguit de kamu hukukunun temel kavramları olduklarını reddetmekle birlikte; imperium, kamu gücü, egemenlik gibi kavramları bir arada kullanmıştır¹⁰⁷.

Genç’e göre kamu gücü kavramı tekil olarak kullanıldığında anlatılmak istenen tam olarak ifade edilememekte; kamu güçleri kavramından yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tamamı anlaşılmakta ve dolayısıyla kamu güçleri egemenlikle aynı anlama gelmektedir¹⁰⁸. Ona göre kamu güçleri egemenliğin mutlak

¹⁰³ Denizeau, (2004), 5.

¹⁰⁴ Zabunoğlu, Y. K. (1963). *Devlet kudretinin sınırlandırılması*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 55, 108.

¹⁰⁵ Zabunoğlu, Y. K. (1973). *Kamu hukukuna giriş*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 112.

¹⁰⁶ Okandan, (1966), 742.

¹⁰⁷ Duguit, L. (1954). *Kamu hukuku dersleri* (çev. S. Derbil). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 78.

¹⁰⁸ Genç, K. (1980). Kamu gücünün kullanılması. *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III.*, 351. “Sosyal birliklerin en büyüğü ve yaygını olan devletin, bu niteliğini koruyabilmesi ve devam ettirebilmesi için bünyesindeki fert ve topluluklara kendisini kabul ettirecek ve onlar arasında düzen

bir güç sağladığı anlayışının terk edilerek, devlet egemenliğinin sınırlanabileceği görüşünün kabul edilmesiyle birlikte egemenlik kavramının yerine kullanılan kavramlardan biridir¹⁰⁹.

Genç'in görüşü ile Fransız Anayasasında geçen ifadeler arasında paralellik söz konusudur. Daha önce değinildiği gibi Fransız Anayasası cumhurbaşkanının görevlerini sayan 5'inci ve 16'ncı maddelerinde, Anayasa Konseyi kararlarının bağlayıcılığını düzeyen 62'nci maddesinde "kamu güçleri" (pouvoirs publics) ifadesini organik anlamda yani devlet teşkilatını ifade edecek biçimde kullanmaktadır. Dolayısıyla kamu gücünün tekil kullanımının anlatılmak isteneni ifade edemediği görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira tekil kullanımında fonksiyonel anlam ağır basmaktayken, çoğul kullanımda organik anlam ağır basmaktadır. Kamu gücü (la puissance publique) bir fikri, kamu güçleri (kuvvetleri) (les pouvoirs publics) ise devlet erklerini ifade etmektedir.

1.1.5.2. Dar Anlamda Kamu Gücü

Aslında kamu gücünün tek sahibi olan devlet, bu gücün uygulanmasını kamu otoritelerine emanet etmektedir¹¹⁰. Dar anlamda kamu gücü terimiyle yürütme organının uzantısı olan idarenin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkların toplamı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle kamu gücü idareye ve idare hukukuna özgü teknik bir kavramdır. Yasama organın kanun yapması, anayasa değişikliği, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi, Bakanlar Kurulunun ifa ettiği siyasi fonksiyon gibi idari fonksiyonun dışındaki üstünlük ve ayrıcalıklar dar anlamda kamu gücü ayrıcalıklarına dâhil değildir. İdari işlemin icrailiği, hukuka uygunluk karinesi, idari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklar, kamu mallarının

ve disiplini sağlayacak, diğer devletlere karşı kendini koruyacak ve varlığını devam ettirecek bir güç gereklidir ki bu devlet gücü veya kamu güçleridir. Bu güç, bünyesinde yer alan diğer fert ve topluluklardan ayrı bir tinsel (manevi) ve hukuki bir kişilik olarak kabulü sonucunda meydana gelmiş olmaktadır. Bu güç olmadan devlette olamaz ve devletin yerini anarşi alır..." "...Bu güç, devletin doğuşunun sonucu olarak oluşmuş ve devletin meydana gelmesinin bir ölçütü (kriter) olarak kabul edilmiştir." Genç, (1980), 352-353.

¹⁰⁹ Genç'e göre egemenlik yerine kullanılan diğer kavramlar devlet gücü, devlet kudreti, kamu iktidarı, kamu kudreti gibi kavramlardır. Genç, (1980), 350.

¹¹⁰ Denizeau, (2004), 5.

sahip olduğu ayrıcalıklar gibi idare hukukuna özgü kurumlar dar anlamda kamu gücünün kapsamına girmektedir.

Onar, kamu gücünü idari rejimin en esaslı unsuru olarak göstererek¹¹¹, kamu gücünün halkın günlük işleri çerçevesinde kamu düzenini ve kamu hizmetlerini sağlayan bir idare kuvveti olduğunu belirtmiştir¹¹². Ona göre kamu gücü veya kendi ifadesiyle “idare kuvveti”, kamu hizmetlerinin ifasını ve kanunların uygulanmasını sağlayan bir kudret olup, ülkenin dış tehlikelere karşı savunulmasını sağlayan askeri kuvvet ve yargılama fonksiyonunu yerine getiren kuvvet kamu gücünden ayrıdır. Onar’a göre kamu gücü hükümet ve anayasa kuvveti olan yürütme kuvvetinin bir dalıdır¹¹³. Yani arasında bir bağ bulunsa da kamu gücü, milli birliğe ilişkin işleri gören ve siyasi bir niteliği haiz yürütme kuvvetinden daha dar kapsamlıdır ve siyasi olmaktan ziyade daha teknik bir niteliğe sahiptir¹¹⁴.

Akyılmaz, Sezginer ve Kaya’ya göre de kamu gücü, kamu yararını üstün kılabilmek adına ve asla keyfi olarak kullanılmamak üzere “idareye” tanınan bir yetkidir¹¹⁵. Atay da kamu gücünü, devletin kurucu unsurlarından olan egemenliğin idare hukukundaki yansıması olarak görmekte¹¹⁶ ve kamu gücü üstünlük ve ayrıcalıklarını idarenin kullandığı araçlar olarak nitelendirmektedir¹¹⁷.

Erkut eserinde kamu gücünü en geniş anlamıyla devletin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklar olarak ele almakta¹¹⁸, ancak kamu gücünün gerçek ve somut yüzünün idarenin sahasında oluştuğunu¹¹⁹ ve kamu gücü ayrıcalıklarının bireyler üzerindeki somut etkileri açısından esas anlamda idareye özgü bir alan olduğunu belirtmektedir¹²⁰.

¹¹¹ Onar kamu gücü kavramını “*idare kuvveti veya amme kudreti*” olarak ifade etmektedir. Onar, S.S. (1966). *İdare hukukunun umumi esasları*. (3. Baskı), İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, C.I, 51.

¹¹² Onar, (1966), C.I, 52-53.

¹¹³ Onar, (1966), C.I, 52.

¹¹⁴ Onar, (1966), C.I, 53.

¹¹⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 30.

¹¹⁶ Atay, E.E. (2014). *İdare hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 148, 633.

¹¹⁷ Atay, (2014), 14.

¹¹⁸ Erkut, (2004), 17 vd.

¹¹⁹ Erkut, (2004), 14.

¹²⁰ Erkut, (2004), 53.

Yaşar da kamu gücünün halka ait bir iktidarın parçası olmakla birlikte, idarenin kamu yararı amacıyla yüklenmiş olduğu kamu hizmetlerinin ifasına yönelik idareye tanınmış bir araç olduğunu belirtmektedir. Ona göre kamu gücü, halk adına devlet, devletin hesabına ise idare tarafından kullanılmaktadır¹²¹.

1.1.5.3. İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramının Kapsamı ve Tanımı

Kamu gücü önemini en yoğun şekilde idare hukukunda hissettirmekteyse de, kavramın siyaset biliminden kamu hukukunun diğer dallarına uzanan geniş bir yelpazede kullanılması, ona birbirinden farklı anlamlar yüklenmesine neden olmaktadır. Siyaset bilimi ve kamu hukukunun diğer dallarında (anayasa hukuku gibi) kamu gücü kavramı kullanıldığında, tüm devlet erklerinin sahip olduğu güç anlamında; yani geniş anlamda kamu gücü işaret edilmektedir. İdare hukukunda ise kavram daha dar ve teknik anlamda, idareye özgü olarak kullanılmaktadır.

Genç bir hukuk dalı olan idare hukukunda, diğer hukuk dallarındaki kurum ve ilkelere dayanarak yararlanılır. Ancak idare hukuku diğer hukuk dallarına bağımlı olmayan özerk bir hukuk dalı olduğundan, bu yararlanma bünyesinde taşıdığı özellikler dikkate alınarak yapılır¹²². “İdare hukuku hukukun diğer branşlarındaki kaynaklardan beslenir ve fakat besinleri kaynağındaki anlamın dışında kendi özgünlüğü içinde sindirir.”¹²³ “İdare hukukunun bütün kurumları idarenin doğasından etkilenerek hukuksal rejimlerini tesis etmektedir.”¹²⁴

İdari rejimde idare, yürütmeden ayrılmış, onun bir uzantısı olmakla birlikte ondan ayrı nitelikte, bağımsız bir teşkilat haline gelmiştir. Bu teşkilat, tamamen siyasi niteliğe sahip yürütmeden farklı olarak teknik bir niteliğe sahiptir¹²⁵.

¹²¹ Yaşar, H. N. (2014). *İdare hukuku*. İstanbul, Der Kitabevi, 32.

¹²² Atay, (2014), 39-41.

¹²³ Atay, E. E. (2007). İdare hukukuna ilişkin temel tespitler ve bu hukuk dalının belli başlı özellikleri. *GÜHFD*, 11 (1-2), 527.

¹²⁴ Uyanık, H. (2011). İdare hukukunun eksen kayması: idarenin üstünlüğünün gerekçelendirilmesi sorunu. *İÜHFM*, 69 (1-2), 1153.

¹²⁵ Onar, (1966), C.I, 60-61.

İdare, yürütmenin bir uzantısı olarak¹²⁶ ve yargı yerleri karşısındaki bağımsızlığı dolayısıyla özel hukuk kişilerinin ehliyet ve haklarından ayrı birtakım yetkilere sahip olmalıdır. Bu yetkiler egemenliğin bir sonucudur. İdare, devlete özgü olan egemenliğin bir kısmını kullanmak yetkisine sahiptir. İdarenin elindeki bu güç ise kamu gücüdür¹²⁷.

Kamu gücü fikri, yavaş yavaş egemenlik fikrinden ayrılmış¹²⁸, idari rejimle sıkı bir bağ içerisinde idare hukukuna yerleşmiş ve otonom bir hal almıştır. Kavram bir yandan idare hukukunun temel kavramı olarak görülmekte¹²⁹, bir yandan da idari faaliyetin görünümünü açıklamaya imkân sunmaktadır¹³⁰. Dolayısıyla muğlak ve karmaşık bir tabiata sahip olan kamu gücü¹³¹, idare hukuku dışındaki kamu hukuku alanlarında ve siyaset biliminde çok farklı görünümle anılsa da¹³², idare hukukunda kullanılış şekliyle, bu hukuk dalına özgü olarak ele alınmıştır.

Tüm bu açıklamaların sonucunda, idare hukukunda en geniş anlamda “devletin tekelinde olan örgütlenmiş zorun, idare tarafından kullanılan biçimi”¹³³ diyebileceğimiz kamu gücü, devletin kurucu unsurlarından egemenliğin idare hukukundaki yansıması olarak¹³⁴, işlem ve eylemlerinde kamu yararını sağlamayı amaç edinen idarenin, bu amaç doğrultusunda ve asla keyfi olarak kullanılmamak üzere¹³⁵ donatıldığı üstünlük ve ayrıcalıklar demetinin toplamı¹³⁶ şeklinde tanımlanabilir.

¹²⁶ “İdare, yürütmenin ‘sevk ve idaresi altında teknisyen bir cihazdır’ ama yürütmenin kendisi siyasi bir heyettir.” Özyörük, M. (13/12/1979). Zayıflatılmış yürütme, üstelik frenlenirse. *Tercüman Gazetesi*.

¹²⁷ Onar, (1966), C.I, 61.

¹²⁸ Rousset, (1960), 67.

¹²⁹ Truchet, (2015), 46.

¹³⁰ Mazéres, (2006), 23.

¹³¹ Mazéres, (2006), 27.

¹³² Mazéres, (2006), 9, 12.

¹³³ İnternet: Karahanoğulları, O. (Tarih belirtilmemiş). *Bazı idare hukuku kavramlarına sözlük tanımları*. İnternet: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf> 11 Aralık 2014’de alınmıştır.

¹³⁴ Atay, (2014), 148, 633.

¹³⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 30.

¹³⁶ Erkut, (2004), 36, 38. Rousset, (1960), 67.

1.1.6. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Ayırımında Kamu Gücü

Ülkemizde de anlaşıldığı şekliyle kamu gücü kavramı, teknik ve idare hukukuna özgü anlamını, genel olarak, kamu hukuku-özel hukuk ayırımını yapan ülkelerde kazanmaktadır. Bu yönüyle söz konusu ayırma değinmek gerekir.

Ortak bir hukuk düşüncesine ulaşmak bakımından, hukuk kurallarını belirli disiplin ve bölümler halinde inceleyerek ayrımlar yapmak ve bu sayede her disiplin ve bölümün ayrıntılarına inerek kendi özelliklerini ortaya çıkarmak faydalı görülmüştür¹³⁷. Tarihsel olarak en eski ve günümüzde de en yaygın bölümlenme olan¹³⁸ kamu hukuku-özel hukuk ayırımının kaynağı Roma Hukukuna kadar dayanır¹³⁹. Bununla birlikte Roma Hukukunda özel hukukla daha çok ilgilenilmiş, devlet-birey ilişkilerini içeren kamu hukuku çalışmaları daha sonraki dönem hukukçularına bırakılmıştır¹⁴⁰. Küçük şehir devletlerinin zamanla büyük bir imparatorluğa dönüşmesiyle kamu hukuku öne çıkmaya başlamış olsa da, Roma Medeniyetinin yerini feodalizme bırakmasıyla birlikte kamu hukuku-özel hukuk ayırımı anlamını yitirmiştir¹⁴¹. Bu sebeple kamu hukuku, özel hukuka göre yeni bir hukuk dalı olarak nitelendirilir ve özel hukuk kamu hukukuna nazaran daha az değişime uğrar. Kamu hukuku ise sürekli bir değişim ve gelişim içindedir. Bununla birlikte kamu hukukunda yasa koyucunun hukuk kurallarını oluşturmak bakımından özel hukuka nazaran daha çok serbestiye sahip olduğu ve kamu hukukunun devletle

¹³⁷ Bilge, N. (2012). *Hukuk başlangıcı*. (30. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 111.

¹³⁸ Bilge, (2012), 111.

¹³⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 25. Bu ayırım ilk kez M.Ö. 27 ve M.S. 284 yılları arasındaki Prenslik devrinin ünlü hukukçusu Ulpianus tarafından ortaya atılmıştır. Ona göre medeni hukuk (ius civile), bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerin ya da bireyin özel yararı ile toplum arasındaki ilişkinin düzenlendiği kuralların, kamu hukuku ise vatandaşlarla devlet arasındaki Roma siyasi hayatının şekil ve şartlarını belirten kuralların tümüdür. Abadan, Y. (1965). Amme hukukunun konusu ve öğretim metodu. *AÜSBFD*, 20 (2), 401. Roma Hukukunda Ius Publicum-Ius Privatum (Roma Kamu Hukuku-Roma Özel Hukuku) ayırımı konusunda detaylı bilgi için bkz. Çelebican-Karadeniz, Ö. (1997). *Roma hukuku*. (6. baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 104-109. İfade farklı olsa da Fransız düşünür Montesquieu'nun yapmış olduğu siyasal hukuk-medeni hukuk ayırımı da Ulpianus'un yaptığı ayırımla benzerlik göstermektedir. Bilge, (2012), 111.

¹⁴⁰ Samuel, G. (1983). Public and private law: a private lawyer's response. *Modern Law Review*, 46 (5), 559. Ayırım ilk olarak Roma Hukukunda kendini gösterse de, Corpus Juris Civilis'de önemli bir yeri yoktur. Merryman, J.H. (1968). The public law-private law distinction in European and American Law. *Journal of Public Law*, 17, 5.

¹⁴¹ Yüksel, M. (2008). Kamu hukuku-özel hukuk ayırımı ve günümüzdeki değeri. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*. 41-42, 54.

yakından ilişkili olması bakımından siyasal etkiye daha açık bir alan olduğu söylenebilir¹⁴².

Türkiye'ye girişi 19'uncu yüzyılın sonlarını bulan idare hukuku ise, aslında dünyada çok eski bir geçmişe sahip kamu hukuku-özel hukuk ayrımını getirmiş olan hukuk reformunun ülkemizdeki ilk sonuçlarından biridir¹⁴³. Bu bakımdan da söz konusu ayırım "idare hukuku" açısından önemli bir yere sahiptir¹⁴⁴. Kökleri Roma Hukukuna kadar dayanan bu ayırım çeşitli açılardan ele alınarak incelenebilir.

1.1.6.1. Eşitlik-Eşitsizlik İlişkisi Bakımından

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımında ilk göze çarpan farklılık eşitlik-eşitsizlik ilişkisidir. Özel hukuk ilişkilerinde taraflar tamamen eşitken, kamu hukukunda devlet kamu yararının temsilcisi sıfatıyla üstün olan taraftır; yani eşitsizlik söz konusudur. Ancak bu eşitsizlik devletin kişiliğinden değil, kamu yararı amacından kaynaklanmaktadır. Özel hukukun rolü ise, eşit hak ve menfaatlara sahip bireyler arasındaki ilişkilerin eşit şartlar dâhilinde dağıtımını suretiyle adaletin sağlanması iken, kamu hukuku hukuki güvenliğin sağlanması ve kamu hizmetlerinin ifasına hizmet eder¹⁴⁵.

Devletin özel kişiler karşısında varlığı, yetkisi ve yükümlülüklerinden hareketle, egemenlik hakkından kaynaklanan üstün konumunu kullandığı alan kamu hukuku alanıdır¹⁴⁶. Devletin üstün konumu ise idare hukukunda idarenin üstün konumu olarak "kamu gücü" şeklinde yansımaktadır. Ancak hukuk devletinde bu eşitsizlik asla sınırsızlık anlamına gelmez. Kamu gücü herhangi bir kişinin ya da heyetin şahsına bağlı bir hak değildir¹⁴⁷. Devlet, ancak kendisine hukuk kurallarıyla tanınan üstünlük ve ayrıcalıkları yine hukuk kuralları ile hukukun genel ilkelerini dikkate alarak, öngörülen sınırlar dâhilinde kullanacaktır. Devletin sahip olduğu ayrıcalıklar, kamu yararını etkin kılmak için verilmiştir. Yani aslında üstün olan devlet

¹⁴² Güriz, A. (2006). *Hukuk başlangıcı*. (11. baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi, 106.

¹⁴³ Balta, T. B. (1967). Türkiye'de idare hukuku ve idare bilimi (çev.T. Tan). *AÜSBFD*, 22 (4), 261.

¹⁴⁴ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımını ele almak idare hukukunun önemini tekrar ele almak bakımından da önemlidir. Çakmak, M. (2011). İdare hukukunun anlamı ve önemi. *İÜHFM*, 69 (1-2), 708.

¹⁴⁵ Onar, (1966), C.I, 110.

¹⁴⁶ Atay, E. E. (2013). *Hukuk başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 126.

¹⁴⁷ Menemencioğlu, (1959), 9.

değil kamu yararadır. Devlet, kamu yararının temsilcisi sıfatıyla ayrıcalıklara sahiptir¹⁴⁸. Bununla birlikte devletin bulunduğu her alan da kamu hukuku alanı değildir. Bir başka deyişle, idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapmak suretiyle girdiği hukuki ilişkilerde olduğu gibi¹⁴⁹, devletin üstünlük ve ayrıcalıklardan yararlanmadığı, özel hukuk sahasında yer aldığı durumlar da oldukça yaygındır.

1.1.6.2. Konu ve Amaç Bakımından

Konu bakımından özel hukuk, bireyler arasındaki ilişkileri düzenler ve amaç bakımından kişisel çıkarlara ilişkindir. Kamu hukuku ise, devlet ve yerel yönetimler ile kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyerek kamu yararı amacının gerçekleşmesine yardım eder ve kamu gücünü kullanacakların belirlenmesi suretiyle kamu hizmetlerinin sunulmasına yöneliktir¹⁵⁰.

1.1.6.3. Başvurulan Ölçütler Bakımından

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımını belirleyebilmek için kullanılan çok sayıda ölçüt vardır. Bunlardan önemlileri, korunan menfaatin kamusal menfaat mi yoksa özel menfaat mi olduğunu dikkate alan menfaat ölçütü¹⁵¹, hukuk alanının emredici kurallar mı getirdiği yoksa irade serbestisi mi tanıdığını dikkate alan irade serbestisi ölçütü¹⁵², taraflardan birinin devlet olup olmadığını referans alan hukuki ilişkinin tarafları ölçütü¹⁵³ ile devletin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkları kullanıp kullanmadığına göre ayırım yapan egemenlik ölçütü ve egemenlik ölçütüne çok

¹⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 30.

¹⁴⁹ Atay, (2013), 126.

¹⁵⁰ Atay, (2013), 127. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımının yargı yerlerine yansımalarıyla bireylerin hukuk karşısındaki durumu da etkilenmektedir. Özücü, E., (1991). Kamu hukuku-özel hukuk: kavram ve ölçüt tartışması. *İHİD*, 1-3, 303.

¹⁵¹ Ayrımın tarihsel kaynaklığına sahiplik eden Roma Hukukunda dayanak noktası menfaat ölçütüydü. Bu görüşü bugün de benimseyenler olmakla birlikte, genellikle inandırıcı görülmemektedir. Çünkü bireylerin özel durumlarına ilişkin olan mülkiyet, evlenme gibi hukuki kurumlar kamu yararıyla da yakından ilişkilidir. Kamu hukukunun temelini oluşturan devlet, bireylerin özel yararını da koruma gayreti içerisindedir. Çelebicin-Karadeniz, (1997), 105. Dolayısıyla menfaat ölçütünü dayanak olarak kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapmak son derece güçtür. Çünkü bu ölçüt kabul edildiğinde, kamu yararı-bireysel yarar ayrımını yapmak için de elverişli bir ölçüte ihtiyaç duyulacaktır ki, toplum hayatında çıkarların her zaman birbirinden ayrı gözükmediği düşünüldüğünde bu pek de mümkün olmamaktadır. Bilge, (2012), 175. Güriz, (2006), 106-107.

¹⁵² Özel hukukta da irade serbestisinin her daim söz konusu olmadığı, aksine emredici kuralların varlığı bu ölçütü de etkisiz kılmaktadır. Bilge, (2012), 176. Güriz, (2006), 107.

¹⁵³ Devlet ile kişiler arasındaki ilişkilerde de zaman zaman özel hukuk kurallarının uygulandığı düşünüldüğünde bu ölçütün tam olarak belirleyici olmadığını belirtmek gerekir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 25.

yakın olan eşitlik ölçütüdür¹⁵⁴. Bu yönüyle bakıldığında, kamu hukuku-özel hukuk ayrımında başvuru olan ölçütlerden hiçbirisi tek başına kesin olarak belirleyici nitelikte olmamakla birlikte¹⁵⁵, ölçütler arasında egemenlik ve eşitlik ölçütlerinin öne çıktığı görülmektedir¹⁵⁶. Nitekim bu ölçütler arasında kamu hukuku-özel hukuk ayrımında başvuru olan en önemli ölçütün egemenlik olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷. Devletin en temel niteliği olan egemenliğin, devlet hayatında ne zaman söz konusu olduğunu tespitinin kolaylığı¹⁵⁸ da ölçütü diğerlerine göre daha elverişli kılmaktadır.

Egemenlik ve eşitlik ölçütlerine göre, özel hukukta taraflar eşit konumdadır ve hiçbirinin diğeri üzerinde bir üstünlüğü söz konusu değildir. Ancak kamu hukukunda devlet yine pozitif hukukun kendisine sunduğu ölçüde üstünlük ve ayrıcalıklara sahiptir. Yani egemenlik ölçütüne göre kamu hukuku devletin egemenlik haklarını kullandığı hukuktur¹⁵⁹. Kamu hukukunda devlet, bireye bir şeyi emreden, gerektiğinde iradesini ona zorla kabul ettiren konumdadır. Yani egemenlik kudretine, sahip olduğu kamu otoritesine dayanarak işlem yapmaktadır. Devletin bireyden vergi alması, onu askere çağırması, suç işlediğinde ceza vermesi devlet ile birey arasındaki üstlük ve altlık ilişkisine, kamu otoritesinin üstünlüğüne örnektir¹⁶⁰. Kamu hukukunda hukuki ilişkinin taraflarından biri her zaman idaredir. Bu sahada idare, kamu hizmetlerini ifa etme yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak “devlet egemenliğinin bir yansıması olan kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmıştır.”¹⁶¹ Ancak daha önce de belirtildiği gibi devlet her faaliyetinde üstünlük ve ayrıcalıklarından faydalanmaz. Özellikle son yıllarda, devletin özel hukuk sahasında eşitler arası ilişkilerde bulunduğu durumlar da azımsanmayacak yoğunluktadır.

¹⁵⁴ Ölçütlere ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Atay, (2013), 127-129. Özyörük, M. (1959). *Hukuka giriş*. Ankara: Ege Matbaası, 38-45. Bilge, (2012), 175-178.

¹⁵⁵ Atay, (2013), 129.

¹⁵⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26. Kamu hukukunun üstün durumda bulunan devletin taraf olduğu hukuki ilişkileri, özel hukukun ise eşit durumda olan bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalı olduğunu belirten görüşe “süjeler nazariyesi”(öznel kuramı) de denmektedir. Çelebician-Karadeniz, (1997), 105.

¹⁵⁷ Güriz, (2006), 109. “Bizde, ilmî ve kazaî içtihatlarla göre, âmme hukuku-hususî hukuk ayrımının esası, hâkimiyettir.” Özyörük, (1959), 50.

¹⁵⁸ Güriz, (2006), 107.

¹⁵⁹ Özyörük, (1959), 40. Bilge, (2012), 176.

¹⁶⁰ Bilge, (2012), 176.

¹⁶¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26.

Egemenlik ve eşitlik ölçütlerine başvuruda, uluslararası hukuku ayrı tutmak gerekir. Çünkü devletlerarası ilişkiler eşitler arası bir nitelik taşıırken devletler hukuku kamu hukukunun bir dalı kabul edilmektedir¹⁶².

1.1.6.4. Rasyonel Kabul Edilebilirlik Bakımından

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımının öneminin bugün oldukça tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu ayırmda önemli bir ölçüt olan, devletin egemenlik adı altında sübjektif bir hakkının varlığını reddeden Duguit¹⁶³, dolayısıyla söz konusu ayrımı da reddetmiş ve hukukun kamu-özel şeklinde ayrılamayacağını, bir bütün olduğunu savunmuştur. Ona göre idare edenlerin, egemenlik gibi bir sübjektif hakkı değil, kamu hizmetinden yararlananlarda olduğu gibi kaynağını hukuk kurallarından alan hukuki yetkileri söz konusudur. Bu yönüyle idareler de kamu hizmetinden yararlananlar da hukuk kurallarıyla bağlıdır ve hukuk kuralları herkes için aynıdır. Dolayısıyla kamu hukuku-özel hukuk gibi bir ayırım yapmanın bilimsel bir yanı yoktur¹⁶⁴. Bununla birlikte Duguit'ye göre hukuk sahası fazlasıyla genişlediğinden, hukuku belli bir düzen ve metot içinde incelemek için bazı ayrımlar yapmak zorunludur. Ayrımların en eskisi olan kamu hukuku-özel hukuk ayrımını yapmak da faydalıdır. Ancak klasik teorilerin bu ayrıma atfettiği değer kabul edilebilir değildir¹⁶⁵.

Kelsen'e göre de, kamu hukuku-özel hukuk ayrımında devlete bireylerde bulunmayan hukuki bir önem ve üstünlük izafe edilmektedir. Yazara göre bu ayrımın kabulü, hukukun bireyleri mutlak suretle devleti ise nispi olarak bağlayacağını kabul etmek anlamına gelecektir. Ona göre hukuku devlet, devleti de hukuk yaratmamıştır. Aksine devletle hukuk aynı şeydir ve ikisi de varlığını anayasaya borçludur. Devlet sahip olduğu ayrıcalıkları, birey ise sözleşme yapma özgürlüğünü hukuk düzeninden alır. Yani ikisi arasında bir fark yoktur. Dolayısıyla yazar, kamu hukuku

¹⁶² Güriz, (2006), 108. Bilge, (2012), 176-177.

¹⁶³ Yazarın devlete ilişkin metafizik görüş ile egemenlik kavramı hakkındaki eleştiri ve görüşleri için bkz. Duguit, (1954), (çev. S. Derbil.), 54 vd.

¹⁶⁴ Duguit, L. (1827). *Traité de droit constitutionnel*. (3. Edition). 650'den aktaran Özyörük, (1959), 47-48. Merryman, Kıta Avrupası'ndaki bu ayrımın gücünü büyük ölçüde, hukuki gerçeklerden ziyade, tarihsel fikir ve olaylardan aldığını ifade etmektedir. Merryman, (1968), 14.

¹⁶⁵ Duguit, (1827), 702 vd.'dan aktaran Özyörük, (1959), 49.

özel hukuk ayırımından söz edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁶⁶. Kelsen'e göre, bu ayırım mantıken reddedilmesi gereken ve bilimsel değeri olmayan bir ayırım olsa da ideolojik bir değeri vardır. Bu ayırimda devlete, saf hukuk düşüncesine göre olmasa da kanunlara göre, gereklilikten kaynaklanan bir hareket serbestisi tanınmaktadır¹⁶⁷.

Merryman ayırımın günümüzdeki krizi hakkındaki görüşlerini açıklarken, kamu hukukuyla özel hukuk arasındaki ayırımın öneminin iki farklı, ama birbiriyle ilişkili gücün etkisiyle azaldığını belirtmektedir. Yazara göre, öncelikle Kıta Avrupası'nda idare hukukunun gelişimi, özel hukuk kişilerinin talep ve haklarını ihlal eden ya da görmezden gelen kamu gücünün gittikçe artan bir sınırlamaya tabi olmasını sağlamıştır. Hukuk devleti ile birlikte, hukukun egemenliğinin devletin kendi üzerinde de uygulanabilirliği konusundaki ısrar, devletin de hukuk süjesi olarak yalnızca bir taraf olduğu (her ne kadar hala çok önemli bir taraf olsa da) homojen hukuk sistemini sınırlamak konusunda öncülük etmiştir. Bu yaklaşım, aslen özel hukuktan ortaya çıkarak kamu hukuku sahasında yer alan geleneksel hukuk biliminin kavramsal yapısını uygulamak için, bilim adamlarının çabaları ile sağlamlaştırılmıştır. Ona göre bu iki durum "kamu hukukunun özelleşmesi" olarak adlandırılabilir önemli bir eğilimi ortaya çıkarmıştır¹⁶⁸.

Görüldüğü gibi ayırma getirilen eleştirilerde, kamu hukukunun aleyhine, tabiri caizse "özel hukukun tarafı" tutulmaktadır. Devlete (idareye) ve kullanılan kamu gücüne getirilen sınırlandırmalar kamu hukukuna yakıştırılamamaktadır¹⁶⁹. Bunun için Merryman'ın görüşünde belirttiği gibi, idarenin sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin önem kazanması "özelleşme" olarak görülmektedir. Bu görüşlerde, kamu hukuku ile kamu gücünün sınırlandırılmasının yan yana gelemeyecek kavramlar olduğu, öyle değilse bile, kamu hukukunun getirdiği sınırlamaların özel

¹⁶⁶ Kelsen, H. (1953). *Théorie pure du droit* (trad: H, Thevenaz). Edition de la Baconnaiere, Neuchatel, 148'den aktaran Özyörük, (1959), 45-47.

¹⁶⁷ Kelsen, (1953), (trad. H., Thevenaz), 152'den aktaran Özyörük, (1959), 48. Güriz, (2006), 108-109.

¹⁶⁸ Merryman, (1968), 17-18.

¹⁶⁹ Dicey gibi bazı yazarlar, bireysel özgürlüklerin tek bir hukukta, genel olarak özel hukukta daha iyi korunacağına inandıkları için kamu hukuku özel hukuk ayırımına da karşı çıkmışlardır. Alder, J. (2011). *Constitutional law and administrative law*. (8. Edition). Palgrave Macmillan, 18.

hukuktan kaynaklandığı ve özel hukukun sayesinde gerçekleştiği fikrinin hâkim olduğu söylenebilir¹⁷⁰.

Ayrımı reddeden görüşlerin temelinde devletin hukuktan üstün olmadığı, devlete hukuk kurallarından bağımsız, kamu hukukunun niteliği gereği üstünlük verilemeyeceği anlayışının yattığı görülmektedir. Kanaatimizce kamu hukuku-özel hukuk ayrımında devlete bahsedilen üstünlük ve ayrıcalıkların, kamu hukukunun doğası gereği var olduğu anlamı çıkmamaktadır. Yani kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapıldığında, ölçütlerden hangisi kullanılırsa kullanılsın, devletin anayasa ve kanunlardan almadığı bir yetkiyi kullanamayacağı açıktır. Fakat hukuk sisteminin kamu hukuku alanında devlete (idareye) kamu yararını sağlamak adına birtakım üstünlük ve ayrıcalıklar tanıdığı reddedilemez. Yani devlete ayrıcalıkları sunan kamu hukuku-özel hukuk ayrımı değil, hukuk sisteminin bizzat kendisidir. Hukuk sisteminin bu yönü kamu hukuku-özel hukuk ayrımını ortaya çıkarmakta ve halen varlığının devamını sağlamaktadır.

Pozitif hukukun devlete sunduğu üstünlük ve ayrıcalıklar kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapılması sonucunu doğurmuştur. Yoksa ayrım salt devlete üstünlük ve ayrıcalıklar sunan bir olgu değildir. Aksine kamu hukukunun, devlete sunulan üstünlük ve ayrıcalıklar karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak misyonu vardır¹⁷¹. Egemenlik de kamu gücü de, aynı zaman da hukuk üzerinde etkileri olsa da, hukuk tarafından yaratılmışlardır. Şüphesiz etkili olmak ve değiştirmek, yaratmaktan daha zayıf bir gücü ifade eder. Devletin egemenliği ve kamu gücü, hukukun egemenliğinden üstün değildir. Hukuk otonom iken, kamu gücü düzenlenmiş ve kurallara tabi tutulmuş haldedir¹⁷².

¹⁷⁰ Aslında bu fikrin temeli Anglo-Sakson ülkelerinde idare hukukuna bakış açısından kaynaklanmaktadır. Kıta Avrupası'ndaki idare hukukunun dayandığı prensipler İngiltere ve ABD'de var olan "common law"ın üstünlüğü fikri ile daima taarruz altında kalmıştır. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Garner, J.W., (1957). İdare hukuku hakkında Anglo-Amerikan görüşü (çev. C. Aygen). *AÜSBFD*. 12 (1), 92-124.

¹⁷¹ "Toplumsal hayat ve insan hak ve özgürlükleri üzerinde ciddiyetle durulması gereken konulardır. Bu konuların muhtevasının incelenmesi ve özellikle bireyin idareye karşı korunması faaliyetlerini düzenlemek özel hukukun kapasitesini aşar. Özel hukukun gücü bu türden faaliyetlerle ilgilenmek için yetersizdir. Bu yetersizliğin sebebi, özel hukuk yargılama mantığının kamusal mantıktan yoksun olmasıdır. Hemen belirtelim ki özel hukuk kamu hukukundan daha 'zayıf' olduğu için değil, tamamen farklı olduğu için böyle bir değerlendirme yapmaktayız." Çakmak, (2011), 708.

¹⁷² Picard, E. (1999). Impuissance publique en droit. *AJDA* 20 Juillet 1999 in *Special Puissance Publique ou Impuissance Publique?*, 11.

Devlet, bireylerin menfaatleri karşısında duran, onlarla çatışan bir yapı değil, aksine kişisel çıkarların bütününe ifadesi olarak, kamu yararını tesis ve temsil eden, onu sürdürme ve gerçekleştirmeye çalışan/çalışması gereken bir yapıdır¹⁷³. Kamu hukuku alanında idareye, bireye nazaran birtakım üstünlük ve ayrıcalıkların verilmesi, idarenin kamu hizmetlerini ifa etme yükümlülüğünün bir sonucu olarak¹⁷⁴, temsil ettiği kamu yararını gerçekleştirebilmek ve onu üstün kılabilmek amacını taşır. Bu yönüyle bireylerle ilişkilerde üstün tutulan aslında devlet değil, onun temsil ettiği ve gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kamu yararıdır¹⁷⁵. Sonuç olarak devlet ve kamu tüzel kişiliği ile sübjektif bir hak olarak devlet egemenliği kabul edildiği takdirde kamu hukuku-özel hukuk ayrımını kabul etmek zorunluluktur. Aksi söyleyişle bahsedilen bu iki kavram reddedildiğinde ise Kelsen ve Duguit'nin yaptığı gibi bu ayrımı da reddetmek gerekir¹⁷⁶.

Ortaçağ Avrupası Hukuk Sistemleri¹⁷⁷, İslam Hukuku¹⁷⁸, Kilise Hukuku, Sosyalist Hukuk Sistemleri gibi bugünkü hukuk devleti anlayışının var olmadığı sistemlerde kamu hukuku-özel hukuk ayrımının reddedildiği düşünüldüğünde kamu hukukuyla hukuk devleti arasındaki yakın ilişki gözlemlenebilir. Zira günümüzde kamu hukuku salt devlete birtakım üstünlük ve ayrıcalıklar tanıyan bir alan değil, aksine devletin tarih boyunca sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkları getirdiği kurallarla sınırlandıran, bu üstünlük ve ayrıcalıklar karşısında güçsüz durumda olan bireyi koruyan bir niteliği ve uzmanlığı haizdir¹⁷⁹. Kamu hizmeti alanı oldukça sınırlı olduğundan devletin üstünlük ve ayrıcalıklarının da oldukça dar olduğu ve geleneksel olarak kamu hukuku-özel hukuk ayrımının yapılmadığı Anglo-Sakson hukuk sistemini bir kenara bırakırsak (ki son dönemde bu hukuk sisteminde de

¹⁷³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 27.

¹⁷⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26.

¹⁷⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26. *"Kamu hukuku alanında; özel hukuk ideolojisinde tümüyle farklı bir durum söz konusu olup hükümetin rolü sadece özel hakların korunmasıyla sınırlı tutulmaz. Aksine, devlet müdahalesiyle kamu yararının gerçekleştirileceği düşünülür. Bu bakış açısından anayasa ve idare hukuku, kamu hukukunun iki temel alanı olarak görülür."* Yüksel, (2008), 63.

¹⁷⁶ Özyörük, (1959), 35.

¹⁷⁷ Güriz, (2006), 105.

¹⁷⁸ İslam hukukunda, kamu hukuku ve özel hukuk, medeni hukuk ve ceza hukuku, maddi hukuk ve usul hukuku gibi sistematik ayrımlar mevcut değildir. Schacht, J. (1986). *İslam hukukuna giriş*. (çev. Dağ M., Şener, A.). Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 114.

¹⁷⁹ *"...hukuk devletin hukuku olan idare hukuku, aynı zamanda, kamu gücünün kamu yararına, hukuka uygun olarak kullanılmasını sağlayan; keyfi ve hukuka aykırı kullanıldığı zaman bireyi devlete karşı koruyan bir hukuk dalıdır."* Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 30.

ayrımdan sıkça bahsedilmektedir¹⁸⁰), hukuk devleti anlayışının var olmadığı ülke ve dönemlerde kamu hukukunun gelişiminin durması da bunun kanıtıdır¹⁸¹. Dolayısıyla oldukça eski bir kökene sahip bu ayrımın, tarihi gelişimi içinde önemli bazı hukukçular tarafından reddedilmiş olsa da, ister sadece hukuk öğrenimini kolaylaştıracak bir yol olarak kabul edilsin isterse de ayrıma daha önemli nitelikler atfedilsin, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bugün de varlığını ve değerini koruduğu bir gerçektir¹⁸².

1.1.6.5. Kamu Hukuku-Özel Hukuk Arasında Yarışmanın Kamu Gücü Fikrine Etkileri

Kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınır Roma Hukukundan beri tarihi süreçte devamlı değişkenlik göstermiştir. Bugün de sınırları net bir çizgiyle ayırmak mümkün görülmemektedir¹⁸³. Şüphesiz bunda ekonomik gelişme ve değişimler ile toplumsal hayat ve devletin tüm bu durumlar karşısındaki pozisyonunun rolü büyüktür.

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımının kökenleri Roma Hukukuna kadar dayansa da, Roma Hukukunda özel hukuk kamu hukukuna nazaran çok daha

¹⁸⁰ Merryman, bu sistemde uygulanmamasının temel sebebini, Roma Hukukunun Kıta Avrupası'nda gösterdiği etkinin İngiltere için hiç söz konusu olmaması ve ayrımın Kıta Avrupası'nda sekiz yüzyıldır kullanılması karşısında Anglo-Sakson hukukçularının yüzyıllardır ayrımı reddetme eğilimleri olarak göstermektedir. Merryman, (1968), 5, 7. Bununla birlikte Britanya'da da kamu hukuku-özel hukuk ayrımından zaman zaman bahsedilmektedir. Örneğin O'Reilly kararında İstinaf Mahkemesi Başkanı Lord Denning, "günümüzde iki hukuk alanının varlığını kabul etmenin zamanıdır: özel hukuk ve kamu hukuku. Özel hukuk vatandaşlar arası ilişkileri düzenler, kamu hukuku vatandaşların kamu idareleri karşısındaki ilişkilerini düzenler", demiştir. Özü, (1991), 310. 1970'lerin sonu ve 1980'lerin başında Lord Diplock liderliğinde onlar için yeni olan kamu hukuku-özel hukuk ayrımı geliştirilmiştir. Edward, D., (1991). Administrative law in Scotland: the public law/private law distinction revisited. In *Constitutional Adjudication in European Community and National Law (Essays for Mr. Justice T.F. O'Higgins)* Butterworths, 283 vd. Anglo-Sakson yazarlarından Alder de ayrıma büyük bir güç atfetmesi de, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını faydalı bulmakta, bu sistemde ayrıma karşı çıkılmasının nedeninin Dicey gibi bazı yazarlarca bireysel özgürlüklerin, tek bir hukukta, genel olarak özel hukukta daha iyi korunacağına olan inanış olduğunu belirtmektedir. Alder, J. (2011), 18.

¹⁸¹ "İdari Rejimi benimseyen ülkelerde İdare Hukuku modern anlamda devlet anlayışının yani hukuka saygılı ve kişinin hak ve hürriyetlerini tanıyan ve güvence altına alan sistemlerin ortaya çıktığı dönemlerde oluşmuştur. Bireylere hukuki güvenceyi sağlayamayan, hukuk devletinin kural ve kurumlarının oluşmadığı ülkelerde idare hukukuna ihtiyaç duyulmaz." Atay, (2014), 36.

¹⁸² Modern hukuk sistemlerinde ayrıma en büyük önemi atfeden ülke Fransa'dır. Samuel, (1983), 559. Bu ayrım İslam Hukuku, Kilise Hukuku gibi dini hukuk sistemlerinde ve Anglo-Sakson hukukunda yer almamaktadır. Morellet, J. (1938). L'interpénétration du droit public et du droit privé. In *Introduction à l'étude du droit compare - Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, T. III*, 140'dan aktaran Özyörük, (1959), 48. Sosyalist hukuk sistemi de hukukun bu tarz ayrımlarına karşıdır. Bilge, (2012), 111,178.

¹⁸³ Çelebicı-Karadeniz, (1997), 106.

önemli bir yer tutmuştur. Hukukçular uzun süre özel hukukla daha fazla ilgilenmiş, kamu hukuku zayıf kalmıştır. Güriz, bu durumu kamu hukuku ilişkilerinin bireyler üzerindeki etkilerinin daha sınırlı olmasına bağlamıştır¹⁸⁴. Gerçekten de devletin (idarenin) sosyal ve ekonomik hayatta var olmadığı, kamu hizmetlerini yaygın olarak yüklenmediği dönemlerde devlet-birey ilişkilerinin ve dolayısıyla kamu hukukunun gelişmemesi anlaşılır bir durumdur. Ancak kanaatimizce kamu hukukunun bu durumu sadece devlet-birey ilişkilerinin yoğunluğuna bağlanamaz. Zira kamu hukukunun varlığı, devletin sadece bireylerin gündelik hayatındaki etki yoğunluğuyla değil, etkisinin hukukla sınırlı olup olmamasıyla da ilgilidir. Devlet uzun süre kendisini herhangi bir hukukla bağlı kılmak istememiştir. Devlet-birey arasındaki ilişkinin yoğunluğu sadece kamu hizmetleriyle değil, yasak ve baskılarla da artabilir. Dolayısıyla devletin toplumsal hayat üzerindeki olumsuz etkilerinin yoğun bir şekilde yaşandığı dönemlerde kamu hukukunun gelişmemesi, tek başına kamu hukuku ilişkilerinin bireyler üzerindeki etkilerinin daha sınırlı olmasından değil, devletin kendisini hukukla bağlı kılmak istememesinden de kaynaklanmıştır. Bu sebeplerle kamu hukukunun hem sosyal devletle hem de hukuk devletiyle yakından ilgisi olduğu söylenebilir¹⁸⁵.

19'uncu yüzyılın özgürlük mücadelelerinde Avrupa'ya ışık tutmuş olan Fransız İhtilali ile İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin bireyci hukuk görüşünü yerleştirmesi, özgürlük ve eşitlik anlayışıyla birlikte herkes, temel hak ve özgürlüklerden azami yararlanma imkânına kavuşmuştur. Ancak sonraları, o dönemde kabul gören özgürlük anlayışı eşitsizlikler yaratmış, sistemde güçlenenlerin zayıf kalanlar üzerinde ekonomik hâkimiyet kurmaları suretiyle, zayıfların temel hak ve özgürlüklerinden olması gerektiği kadar yararlanması imkânsız hale gelmiştir. İşverenlerin sahip olduğu ekonomik güç ve nüfuzla işçileri istismarı, toplumun artan ortak ihtiyaçlarının özel teşebbüslerce karşılanamaması ya da toplumun istismarı gibi sebeplerle devlet yeni hizmetleri yüklenmek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine devletin toplum hayatına zayıflar lehine müdahaleleri giderek çoğalmış, bireycilik ve liberalizm anlayışı yerini daha çok müdahalecilik

¹⁸⁴ Güriz, (2006), 104.

¹⁸⁵ Günday'a göre idare hukukunun doğuşunun birinci şartı, idarenin hukuka bağlı olması gereğidir. Hukuka bağlı devlet anlayışının var olmadığı dönemlerde, bağımsız bir hukuk dalı olarak idare hukukuna ihtiyaç duyulmamıştır. Örneğin polis devleti anlayışının hâkim olduğu dönemlerde idare hukukundan bahsedilmemiştir. Günday, (2013), 26.

anlayışına bırakmaya başlamıştır¹⁸⁶. Avrupa hükümetleri değişmiş, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesinin yaygın hale gelmesiyle, 19'uncu yüzyılın bireyci devleti yerini 20'nci yüzyılın sosyal devletine bırakmıştır¹⁸⁷. Devletin toplum hayatındaki rolünün genişlemesi ise kamu hukukunun gelişimine yol açmış¹⁸⁸, dolayısıyla kamu gücü ayrıcalıkları da idare adına faaliyetlerini yerine getirebilmesi için vazgeçilmez vasıtalar haline gelmiştir. Devlet, özel hukuk kişilerinin arasındaki ilişkilere adeta üçüncü bir hukuk süjesi olarak dâhil olmaya başlamıştır. Devletin yetkilerinin ve görevlerinin artması, sosyal devlet ilkesinin yerleşmesiyle birlikte kamu hukuku alanı özel hukuk aleyhine genişlemiştir¹⁸⁹. Bu durum ise “kamu hukukunun özel hukuku istilası” olarak nitelendirilmiştir¹⁹⁰. Chrétien ve Chiffot'ta göre Birinci Dünya Savaşı sonrası girilen ekonomik kriz sonrası kapitalizmin getirdiği zorlukları ortadan kaldırmak için “kamu gücü” devreye girmiştir¹⁹¹. Dolayısıyla söz konusu dönemde kamu gücü ayrıcalıkları genişlemiştir.

Son dönemde liberal politikalarla birlikte kamu hukukunun özel hukuku istilası tersine dönmüş görünmektedir. Kamu hukuku alanının daraltılması fikri yaygınlaşmaktadır. Bunun en açık kanıtı idarece yürütülen yatırım ve hizmetlerin özelleştirilmesiyle ilgili uygulamalardır¹⁹². Müdahaleci devlet sosyal ve ekonomik

¹⁸⁶ Özyörük bu duruma işveren-işçi arasındaki hukuki ilişkinin değişimini örnek vermektedir. Zira devletin müdahalelerinden önce işveren işçiyle istediği ücretle istediği kadar çalıştırmak üzere sözleşme yapabilmekteydi. Devletin müdahalesiyle işverenlerin asgari ücretten daha az ücret ödemesi, işçilerin belirli saatten fazla çalıştırılmalarının önüne geçilmiştir. Bu durum özel hukuktaki sözleşme özgürlüğüne devletin bir müdahalesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Özyörük, (1959), 53. “Özel girişime ağırlık veren, kişisel tercihleri, insan haklarını ön plana alan, insanlara yalnızca özgürlük sunan kapitalist (liberal) devlet anlayışından, toplum yararını ön planda tutan, özel girişime izin vermeyen, insan gereksinimlerini belirli merkezi planlamalarla karşılamaya çalışan, sanayi devriminden sonraki vahşi kapitalizm döneminde aç bırakılmış olan, sömürülmüş olan emekçi yığınlar ekmek sunan komünist devlet anlayışına gelinmiştir. Ne var ki; çok geçmeden, açken fazla bir anlamı olmayan özgürlüklerin, insanların karınları doydukça giderek önem kazandığı anlaşılmış ve sonunda insanlara aynı zamanda özgürlük ve ekmek sunmayı amaçlayan sosyal devlet, hukuk devleti anlayışına gelinmiştir.” Kaya, Y.K., (26/08/1990). Çağ atlama yolunda deve dikenleri 1, Devletin görünen yüzü: Bürokrasi. Milliyet Gazetesi.

¹⁸⁷ Merryman, (1968), 15.

¹⁸⁸ Burada devletin toplum hayatında genişleyen rolünün hukuk kurallarıyla sınırlandırılması fikrinin de kamu hukukunun gelişimindeki önemini altını çizmek gerekir.

¹⁸⁹ Merryman, (1968), s.15. Devletin ödevlerindeki artış Anayasalarda “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” şeklinde ayrı bir başlık halinde yer almasını sağlamıştır. Ailenin korunması, sosyal güvenliğin sağlanması, eğitim hizmeti, sağlık hizmeti gibi ödevler eklendikçe, devletin bunları yerine getirebilmesi için yeni yetkilerle donatılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Güriz, (2006), 106, 110.

¹⁹⁰ Kamu hukukunun özel hukuku istilasına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Özyörük, (1959), 51-54. Jennings bu durumu “Kamu hukuku özel hukuku yavaş yavaş yiyip bitiriyor” şeklinde nitelendirmiştir. Pound, R. (1939). Public law and private law. *Cornell Law Review*, 24 (4), 469.

¹⁹¹ Chrétien, P., Chiffot, N. (2012). *Droit administratif*. (13. Edition). Paris: Sirey, 10.

¹⁹² Güriz, (2006), 106.

alandan çekilmeye başlamış, daha önce yüklendiği kamu hizmetlerini tekrar özel kişilere devretme eğilimine girmiştir. Bugün için devlet devrettiği kamu hizmetlerinde daha çok düzenleyen ve denetleyen pozisyonunda kalmayı yeğlemektedir. Bununla birlikte, kamu gücü ayrıcalıklarının varlık sebebi olan kamu hizmeti özel kişilere devredildikçe, söz konusu ayrıcalıkların da devri söz konusu olmaktadır.

İdarenin özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin artması, kamu hizmetlerini devrettiği özel hukuk kişilerine kamusal yetkiler de sunmasıyla karmaşılaşan ekonomik ve sosyal yaşam, kamu hukuku-özel hukuk ayrımındaki netliğin de ortadan kalkmasına yol açmıştır¹⁹³. Özellikle, özelleştirme uygulamalarının yaygınlaştırılması önce ayrımın belirsizleşerek bulanıklaşmasına, sonrasında ise kamu hukuku aleyhine şekillenmesine yol açmıştır¹⁹⁴. Ancak yine de özel hukuk kişilerin yürütülmesine imkân tanınan kamu hizmetlerinin düzenlenmesi, gereklerine uygun biçimde yürütülmelerinin denetlenmesi ve aykırılığın tespiti halinde bazı yaptırımların uygulanması idare hukukunun içinde kalmaktadır¹⁹⁵. Dolayısıyla kamu gücü ayrıcalıkları bazı noktalarda daralmış, bazı noktalarda da, regülasyonda (düzenleme ve denetlemede) olduğu gibi, şekil değiştirmiştir.

1.1.6.6. İdare Hukuku Bakımından

İdare hukukunun doğması için kamu hukuku-özel hukuk ayrımının da benimsenmesi gerekir¹⁹⁶. Bu hukuk dalının doğuşu ve gelişimi kamu hukuku-özel hukuk ayrımını yapan ülkelerde meydana gelmiştir¹⁹⁷.

İdare hukuku 19'uncu yüzyılda Kıta Avrupası'nda doğmuştur. Kamu hizmetlerindeki gelişme, devletin sosyal ve ekonomik hayattaki rolünün giderek artması, idari yargı düzeninin ortaya çıkması gibi etmenler ile hukuk devleti

¹⁹³ Gözübüyük, Ş., Tan, T. (2013). *İdare hukuku*. (9. Baskı) Ankara: Turhan Kitabevi, C.I, 11. İdarenin özel hukuk alanındaki işlemlerinin artmasıyla ortaya çıkan idare hukuku-özel hukuk karmaşasının getirdiği bazı sorunlara ilişkin bkz. Yılmaz, D. (2013). İdare hukuku ve özel hukuk arasında yarışma mı uzlaşma mı?. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2), 163-180.

¹⁹⁴ Sancaktar, O. (2006). Özelleştirmenin kamu hukuku-özel hukuk ayrımına etkileri ve bu bağlamda güncel özelleştirme tartışmalarındaki başlıca görüşler. *DEÜHFD*, 6 (1), 243.

¹⁹⁵ Atay, (2013), 35. Günday, (2013), 27.

¹⁹⁶ Günday, (2013), 26.

¹⁹⁷ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 11. Örneğin İslam hukukunda, kamu hukuku ve özel hukuk gibi sistematik ayrımlar bulunmadığından, anayasa ve idare hukukuna ilişkin hükümler maddi hukuka ilişkin yazılmış ana kitapların çeşitli bölümlerine dağıtılmıştır. Schacht, (1986), (çev. Dağ M., Şener, A.), 209.

anlayışının doğması idare hukukunun gelişmesine yol açmıştır¹⁹⁸. Devletin ekonomik hayata müdahalesiyle, idareler özel hukuk formlarını da kullanmak zorunda kalmış, bu ise kamu hukukunda bir “özelleşme” olarak yorumlanmıştır¹⁹⁹.

Kamu hukuku-özel hukuk ayırımına dayanan idare hukuku²⁰⁰, ülkemize de kamu hukuku-özel hukuk ayırımını getiren hukuk reformlarıyla vücut bulmuştur²⁰¹. Ülkemizde adli yargıdan ayrı bir idari yargı sisteminin kurulması ve özerk idare hukukunun oluşması anlamını taşıyan idari rejim sisteminin uygulanmaya başlaması kamu hukuku-özel hukuk ayırımının önemli sonuçlarından biridir²⁰². Yargı düzenleri arasındaki görev uyuşmazlıkları hakkında nihai karar mercii olan Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hukuku-özel hukuk ayırımını yapmak için kurulmuştur²⁰³. Bu yönüyle, idari yargıya “Kamu Hukuku Yargısı” da denilmektedir²⁰⁴.

İdare hukukunun kamu hukukunun bir dalı olması ona temel niteliklerini kazandırmıştır. En önemlisi de devletin egemenliğinden idari faaliyetin temel hukuki aracını; yani kamu gücünü ortaya çıkarmıştır²⁰⁵. İdare hukukunun kamu hukukunun bir dalı olması ve ayrıca kuvvetler ayrılığı-idari rejim-Uyuşmazlık Mahkemesi-kamu hukuku-özel hukuk ayırımında kullanılan ölçütler gibi konuların birbirleri arasındaki ilişki, kamu hukuku-özel hukuk ayırımının yapılmasının doğrudan idare hukukuyla da ilgili olduğunu ortaya koymaktadır.

Kamu hukukunun bir dalı olan idare hukukunda uygulama alanının belirlenmesi açısından başvurulacak en önemli ölçüt, egemenliğin idare hukukundaki yansıması olan kamu gücüdür. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımındaki menfaat

¹⁹⁸ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 11.

¹⁹⁹ Merryman, (1968), 16.

²⁰⁰ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 11.

²⁰¹ Balta, (1967), 261.

²⁰² Özyörük, (1959), 50.

²⁰³ Özyörük, (1959), 51. Uyuşmazlık Mahkemesinin esas varoluş sebebi kuvvetler ayrılığı ilkesi ve uygulanmasında aranmıştır. Ancak daha sonra bu görüş Fransa’da kuvvetler birliği ilkesinin uygulandığı dönemde de idari makam-adliye ayırımının kıskançlıkla korunduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yayla’ya göre yargı gücü içinde fonksiyonel bir farklılaşma olduğu için, yargı organı içinde ortaya çıkan bu çokluğun yargılama birliğini engellememesi için Uyuşmazlık Mahkemesine ihtiyaç vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayla, Y. (1968). Uyuşmazlık Mahkemesi ve geleceği üzerine. *İÜHFM*, 34 (1-4), 201-209.

²⁰⁴ Özyörük, M. (15/12/1979). Murakebe mi? Müdahale mi?. *Tercüman Gazetesi*.

²⁰⁵ Truchet, (2015), 25.

ölçütüne benzer şekilde, Leon Duguit'in kamu hizmeti görüşü bir dönem etkisini sürdürmüş olsa da²⁰⁶, kamu gücü ölçütü halen birçok yazar tarafından savunulmaktadır²⁰⁷.

İdari rejim kamu hukuku-özel hukuk ayrımını yapan ülkelerde yerleşmiştir. İdari rejimin en esaslı unsuru ise kamu gücüdür. Dolayısıyla kamu hukuku-özel hukuk ayrımının varlığı, bir ülkede idare hukukuna özgü kamu gücü ayrıcalıklarının var olup olmadığını da belirlemektedir.

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımının ve idari rejimin var olduğu ülkelerde, kamu hukuku yargıcı "kamu gücünün denetimi" ve kamu gücü karşısındaki bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda da uzmanlaşmakta ve bu yönde araç ve müesseseler geliştirmektedir. Bu bakımdan idare hukuku özel hukuktan ayrı, özerk niteliğe sahip birçok müesseseye sahiptir. Örneğin, kamu hukukunun yarattığı, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan ayrı, özerk niteliği haiz hizmet kusuru özel hukuk ilişkilerinde kendisini göstermez²⁰⁸. Hizmet kusuru idarenin kusurudur. Dolayısıyla hizmet kusurunun varlığı halinde bireylerin zararının giderilmesi için kusurun kişiselleştirilmesine, belli bir kamu görevlisine atıf veya izafe edilmesine gerek dahi yoktur. Zararın karşılanması için kamu hizmetinin işleyişinde kusurun olması yeterlidir²⁰⁹.

Tam yargı davalarında idarenin kusursuz sorumluluk hallerinin tarihsel süreç içerisinde son derece genişlemesi ve zarara uğrayan bireyin zararının karşılanarak kamu külfetleri karşısında eşitliğin sağlanması da idare hukukuna özgü bireyi koruyucu müesseselerin ne derece geliştiğinin göstergesidir²¹⁰.

²⁰⁶ Özyörük, (1959), 50.

²⁰⁷ Gözler, (2009), C.I, 85-86.

²⁰⁸ Bilge, (2012), 112.

²⁰⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 161. "Sahip olduğu geniş içtihat alanı sayesinde Fransız ve Türk idarî yargısı, nesnel ve anonim bir hizmet kusuru teorisi inşa etmiş ve idareyi özel hukuktaki 'adam çalıştırmanın sorumluluğu'ndan çok daha geniş bir 'kusurlu sorumluluk çerçevesi' içine sokmuştur." Akyılmaz, B., Evren, C.C., Üstün Türkoğlu, K., İsbir, B., Karagöz Cin, E., Albal, H., Çıtak, H.A., (2015). İnsan Zararları Mahkemelerinin kuruluş ve görevlerine dair kanun teklifine eleştirel bakış. *GÜHFD*, 19 (2), 175.

²¹⁰ "... idarî yargı yerleri, özel hukukta oldukça sınırlı bir şekilde uygulanan kusursuz sorumluluk teorisini neredeyse kusurlu sorumlulukla aynı sıklıkta uygulamaya muvaffak olmuş, bu kapsamda 'risk ilkesi', 'kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi' ve hatta 'sosyal risk ilkesi' gibi özgün prensipler geliştirmiştir..." Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 175.

Bir başka örnek olarak da idari yargıda iptal davası açmak bakımından menfaat ihlalinin yeterli görülmesi gösterilebilir. Menfaat ihlalinin adli yargıda geçerli olan hak ihlali kavramından çok daha geniş olduğunu söylemek gerekir. İptal davası açmak için hak ihlalinin aranmayarak menfaat ihlalinin yeterli görülmesinin amacı, “iptal davasının alanını genişletme” ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır²¹¹.

Yine idari yargıda var olan hâkimin re’sen araştırma ilkesi, kamu gücü kullanan idare karşısında güçsüz durumdaki bireyin davaya ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye sunma yükünü omuzlarından almaktadır²¹². İdari yargılama usulünde re’sen araştırma ilkesi dışında, idari yargıda ilk inceleme aşamasında davacının davasını idari yargı kolu içinde görevsiz veya yetkisiz mahkemede açması halinde dava dosyasının re’sen görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi (İYUK m. 15/1-a), davacı davayı hasım göstermeden veya yanlış hasım göstererek açmışsa dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesi (m. 3/1-c) gibi, medeni yargılama usulünde bulunmayan, davacının hak ve menfaatlerinin daha kolay korunmasını sağlayan başka usul kuralları da vardır²¹³.

Görüldüğü gibi hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışıyla birlikte kamu hukuku ve dolayısıyla idare hukuku, kamu gücü kullanan devlet (idare) karşısında bireyi koruyucu mekanizmalar geliştiren bir alan haline gelmiştir. Hizmet kusuru, re’sen araştırma ilkesi, idarenin kusursuz sorumluluk halleri gibi yukarıda örnek verdiğimiz müesseseler idare hukukuna özgü, özerk müesseselerdir. Dolayısıyla idari yargı mercileri, bireyi koruyucu bu müesseseler konusunda uzmanlaşmış durumdadır²¹⁴.

²¹¹ Gözübüyük, Tan, (2013), C.II, 326.

²¹² “Kamu gücü kullanma ayrıcalıklarıyla donatılan, yaptığı eylem ve işlemler bakımından hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, icrai hareket yetkisine sahip olan idare, birey karşısında ‘görünüşte’ de olsa önemli bir üstünlüğe sahiptir. İdarenin sahip olduğu bu ayrıcalıklar, idareyi hukuka aykırı hareket etme konusunda cesaretlendirirken; bireyin hak ve özgürlük alanına müdahale konusunda da önemli bir risk oluşturmaktadır. İşte bu sebeple idari yargı yerleri, re’sen araştırma yetkisi ile donatılmışlardır. Yargılama sürecinde mahkemeyi (yargıcı) aktif konuma getiren re’sen araştırma yetkisi, gerek güç, gerekse bilgi bakımından zayıf durumdaki davacıların (bireylerin) korunması amacına hizmet eden önemli bir araçtır.” Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 184.

²¹³ Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 187.

²¹⁴ Bu hususta Oder’in şu tespiti son derece önemlidir: “Danıştay aslında öteden beri çevre davalarından kamuoyunu çok yakından ilgilendiren farklı davalara uzanmaya kadar temel hak

Son dönemde kamu hukuku-özel hukuk alanlarındaki değişime paralel olarak, idare hukukunun alanı da özel hukuk lehine daralmaktadır²¹⁵. Bu sebeplerle her ne kadar idare hukuku bir kamu hukuku dalı olsa da, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmadığı eşitler arası ilişkilere girdiği faaliyetler olan “özel yönetim”²¹⁶ alanındaki genişleme dikkate alındığında, “idarenin hukuku” kamu hukuku ve özel hukuk kurallarından meydana gelen karma bir hukuk şekline bürünmektedir²¹⁷. Ayrıca idarenin “çoğu kez, kendisi üzerinde daha etkili bir biçimde görülebilen idari yargı denetimini bertaraf edebilmek amacı ve kamu hizmeti ilke ve kurallarına daha az (aşına) olan Adliye yargıcı önünde çözümlenebilecek bir uyuşmazlıkta, kendine daha elverişli bir sonuç edebilir zannıyla bu alandan kaçma eğilimleri ... dikkat çekmektedir.”²¹⁸ Dolayısıyla söz konusu değişimler kamu gücü ayrıcalıklarının da daralması ve dönüşümüne neden olmaktadır.

Kamu hukukunun bireyi kamu gücü kullanan idare karşısında koruyucu fonksiyonu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu dönüşümün bireyler açısından ciddi riskler içerdiğini de kabul etmek gerekir.

“...İdari davaların, Kamu Hukuku’nun kendine özgü kavramlarına, mantığına, muhakemesine sahip ve bilgileri ile donanmış olan ve de hukuk devletine bu kapsamda bakmak ‘uzmanlığına’ sahip bulunan yargıçlar tarafından yargılanması; bireylerin de, davalı İdare’lere karşı, İdari Yargı’nın farklı, etkin silahlarından yararlanması demektir”²¹⁹

somutlaşması anlamındaki anayasallaşmada genel performans açısından Anayasa Mahkemesi’ne yol gösterici içtihatlarla sahip olmuştur... Danıştay ve Anayasa Mahkemesi arasındaki yargısal diyalogda, Danıştay’ın daha ileride olduğu örneklerdeki yaklaşıma Anayasa Mahkemesinin kulak vermesini dilememiz gerekir. Böylece Türkiye’de hukuk devletinin özsel anlamı güçlenir ve yargılama kalitemiz de yetkinliğimiz de pekişir.” Oder, B. E. (2015). Anayasal düzende idari yargı sistemi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 100

²¹⁵ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 14.

²¹⁶ İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlandığı faaliyetlerine “kamusal yönetim” (gestion publique), bu ayrıcalıklardan yararlanmadığı, eşitler arası ilişkilerle yürüttüğü faaliyetlerine ise “özel yönetim” (gestion privé) denmektedir. Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 3.

²¹⁷ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 3. Yüksel’e göre “Hukukun Karma Dalları” başlığı altında toplanan iş hukuku, banka hukuku, fikri mülkiyet hukuku, hava hukuku gibi yeni hukuk dallarının varlığı da kamu hukuku-özel hukuk ayrımının sorunsuz ve mutlak bir ayırım olmadığını göstermekte ve bu konunun tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Yüksel, (2008), 66.

²¹⁸ Özey, (2004), 520.

²¹⁹ Güran, (2008), 58.

İlk bakışta geçmişte devletin üstün olduğu söylenegelen kamu hukuku alanının, eşitliğin hâkim olduğu özel hukuk alanı lehine daralması birey hak ve özgürlükleri açısından olumlu bir izlenim bırakabilir. Ancak daha önce belirtildiği gibi devlet, bireylerin menfaatleri karşısında duran, onlarla çatışan bir yapı değil, aksine kişisel çıkarların bir bütün halinde ifadesi olarak, kamu yararını tesis ve temsil eden, onu sürdürme ve gerçekleştirmeye çalışan/çalışması gereken bir yapıdır²²⁰. Kamu hukuku alanında idareye bireyin karşısında birtakım üstünlük ve ayrıcalıkların verilmesi, idarenin kamu hizmetlerini ifa etme yükümlülüğünün bir sonucu olarak²²¹, temsil ettiği kamu yararını gerçekleştirebilmek ve onu üstün kılabilmek amacını taşır. Bu yönüyle bireylerle ilişkilerde üstün tutulan aslında devlet değil, onun temsil ettiği ve gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kamu yararıdır²²². Kamu hukukunda kamu yararının üstünlüğü ve kamu hukukunun kamu gücü karşısında güçsüz konumdaki bireyi koruyucu yönü birlikte düşünüldüğünde söz konusu daralmanın sonuçlarına kuşkuyla yaklaşmak gerekecektir²²³.

1.1.7. İdari Rejim ve Kamu Gücü

Denetlenen her zaman siyasal iktidarlar ve yöneticiler olduğu için, bugünkü duruma gelinebilmesi çok zaman ve emek gerektirmiş olsa da²²⁴, bugün artık idarenin yargısal denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olarak görülmektedir. Zira hukuk devleti ilkesi, idarenin hukuka bağlılığını ve idarenin işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun olarak yürütülmesini zorunlu kılar. Dolayısıyla idarenin ve faaliyetlerinin hukuk kurallarıyla düzenlenmesi ve yargı yolu ile denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin zorunlu unsurlarındandır²²⁵.

İdarenin ve faaliyetlerinin hukuk tarafından düzenlenme şekli ile yargısal denetimini gerçekleştirme tarzı ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilir. “İdareyi ve

²²⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 27.

²²¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26.

²²² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26.

²²³ “Medeni yargılama usulünde eşit hukuki konumda olan kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ve ‘kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması’ esas iken, idari yargılama usulünde kamu gücü ve ayrıcalıklarından faydalanan idare ile kişi arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi esastır ve idari yargılama usulünde kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasının yanında ‘kamu yararının’ korunması da amaçlanır. Bu amaç ve nitelik farklılığı yargılama usulü kurallarına da yansımıştır.” Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 184.

²²⁴ Şenlen, S. (1994). Türkiye’de idari yargının doğuşu ve tarihi gelişimi. *AÜSBFD*, 49 (3), 411.

²²⁵ Günday, (2013), 24.

*idari faaliyetleri düzenleyen hukuk kuralları, bireyler arasındaki özel hukuk kuralları olabileceği gibi, özel hukuktan tamamen farklı ve idareye özgü hukuk kuralları da olabilir.*²²⁶

İdarenin ve idari faaliyetlerin nasıl düzenleneceği ve yargısal denetimin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin Batı Hukuk Sisteminde genel olarak adli idare sistemi (diğer adlarıyla; İngiliz sistemi, Anglo-Sakson sistemi ya da yargı birliği sistemi) ve idari rejim (diğer adlarıyla Fransız sistemi, Kıta Avrupası sistemi, yargı ayrılığı sistemi ya da icrai idare) olmak üzere iki hukuk sistemi karşımıza çıkmaktadır. Bir ülkede kamu hukuku-özel hukuk ayrımının yapıp yapılmaması uygulanan hukuk sistemi açısından doğrudan belirleyicidir²²⁷. Genel olarak kamu hukuku-özel hukuk ayrımını yapan ülkelerde idari rejimin, yapmayan ülkelerde ise adli idare sisteminin varlık gösterdiği söylenebilir. İdari rejim ve kamu gücü ilişkisini daha net bir şekilde ortaya koyabilmek için, öncelikle adli idare sistemini idari rejimden ayrılan yönleriyle birlikte incelemek yerinde olacaktır.

1.1.7.1. Adli İdare Sisteminde Kamu Gücünün Yeri

Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini tercih eden ülkelerde var olan adli idare sisteminde tek hukuk ve tek yargı söz konusudur²²⁸. Genel olarak idareye uygulanan kurallar bireylere uygulanan kurallardan farklı değildir. Bu hukuk sisteminde, kamulaştırmada olduğu gibi istisnai usuller dışında²²⁹, idareye ve faaliyetlerine genel ve ortak hukuk (common law) uygulanmakta²³⁰, hukuk kavramı, devletin içerisinde gerçekleşen tüm hukuki ilişkileri yönlendirme ve yönetmeyi kapsamaktadır²³¹. Bir başka deyişle, bu ülkelerde

²²⁶ Günday, (2013), 24.

²²⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 93.

²²⁸ Bu yüzden adli idare sistemi “tek hukuk – tek yargı sistemi” olarak da adlandırılmaktadır. Günday, (2013), 24. Bir başka deyişle bu sisteme “hukukun ve yargının tekliği sistemi” denilmektedir. Atay, (2014), 32.

²²⁹ Gözübüyük, Tan, (2013), 8.

²³⁰ Günday, (2013), 24. “Fransız ihtilaline ve bunun getirdiği bütün sonuçlara karşı çıkan İngilizler ise, başlangıçta kendi ülkelerinde geçerli bulunan ‘tek hukuk’un (commun law) içinde, İdareye ve onun faaliyet ve murakabesine ilişkin ayrı bir bölümün (bir idare hukukunun) bile varlığını reddetmişler ve hele idarenin, Fransa’daki gibi, adliye mahkemelerinden gayri bir ‘yargı düzenince’ denetlenmesine hep karşı çıkmışlardır.” Özyörük, M. (09/12/1979). İdari rejim nereye gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*.

²³¹ Atay, (2014), 32.

idari rejim ülkelerinde olduğu gibi bağımsız bir idare hukuku oluşmamıştır²³². Eşitler arası ilişkilere uygulanan kurallar idare-birey ilişkileri için de geçerlidir. Kural olarak hem idare ile bireyler arasındaki ilişkilere uygulanan hukuk kuralları açısından hem de idari işlem ve eylemler sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlemeye yetkili yargı yerleri açısından bir farklılık söz konusu değildir²³³. Özellikle Dicey gibi Anglo-Sakson hukukçuları tarafından, kim olursa olsun herkesin, aynı yargı yerlerinde, aynı hukuka tabi olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak görülmüştür²³⁴.

Adli idare sisteminin oluşumuna etkide bulunan üç temel unsurdan söz edilebilir²³⁵;

1. İlk olarak İngilizlerin liberalizme olan bağlılığını belirtmek gerekir²³⁶. İngiltere'deki liberalizm anlayışıyla keyfiliğe karşı mücadele verilmiş ve hak ve özgürlükler elde edilmiştir. 1215 tarihli ünlü Magna Charta Libertatum, sonrasında Bill of Rights, İngiltere'de kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlaşılış şekli bakımından

²³² İdari rejimde olduğu gibi bağımsız bir idare hukukundan söz edilmese de, İngiltere'de de kapsamı giderek genişleyen bir idare hukukunun varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Özücü, E. (1993). Büyük Britanya'da idarenin yargısal denetimi. *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara, 258 vd. Franklin Delona Roosevelt'in "New Deal" Programı sonrası ABD.'de ortaya çıkan bağımsız idari otoritelerle birlikte Federal İdarenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisi genişlemiş, böylece devletin "regülatör" olarak yer aldığı alanlara ilişkin olarak idari rejim sistemindekine benzer bir idare hukukunun varlığı hakkında değerlendirmeler yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Berkarda, K. (2000). Amerika'da idare hukuku var mı?. *İHİD*, 13 (1), 87-107. Ancak burada sözü edilen değişimin yalnızca belli bir alanla sınırlı olduğunun, idarenin idari rejimdeki gibi yaygın bir şekilde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmadığının altını çizmek gerekir. Aslında bu noktada idare hukukunun tanımının ne şekilde yapıldığı önem kazanmaktadır. İdare hukuku, idareye uygulanan kurallar bütünü olarak geniş anlamda tanımlanırsa, şüphesiz idarenin bulunduğu her yerde (dolayısıyla her ülkede) bir idare hukuku mevcuttur.

²³³ Atay, (2014), 32. İngiltere'de 1960'lardan bu yana "Administrative Tribunals" yani özel idare mahkemeleri denilebilecek mercilerin sayısı artmaktadır. Özücü, (1993), 259. Detaylı bilgi için bkz. Barnett, H. (2013). *Constitutional and administrative law*. (10. Edition). Routledge, 662 vd. Ancak bu yargı yerlerinin kararlarına karşı temyiz mercii hukuk mahkemeleri olduğu için ayrı bir yargı düzeninden söz etmek mümkün değildir. Bir başka deyişle adli idare sisteminde de idarenin denetimi, idareyi denetleyen yargısal görevleri haiz idari makamlar ve dolayısıyla idari yargı vardır. Ancak bunlar aynı yargı kolunda yer almaktadır. Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 181.

²³⁴ Dicey idarenin ayrı yargı yerlerinde ayrı kurallarla denetlenmesi halinde, sistemin devleti kişiye tercih edeceği önyargısıyla hareket etmiştir. Özücü, (1993), 255. Dicey bireysel özgürlüklerin, tek bir hukukta, genel olarak özel hukukta, daha iyi korunacağına inanmıştır. Alder, (2011), 18.

²³⁵ Atay, (2014), 35-36.

²³⁶ Bu anlayışa göre, idarenin ayrı bir yargı düzenine tabi tutulması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı görülüyordu. Ancak Kıta Avrupası'ndaki gelişmeler bu endişeyi doğrulamamış aksine ters yönde olmuştur. Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 8.

önemli etkide bulunmuştur. Bu ülkedeki kuvvetler ayrılığı anlayışına göre, idare de kişilerin tabi olduğu kurallara tabi olmalıdır²³⁷.

2. Adli idare sisteminde, idare toplum içinde önemli bir yer işgal etmez ve yalnızca belli toplumsal ihtiyaçların tatminini sağlamaya çalışır. Dolayısıyla idarenin ayrıcalık ve üstünlüğü bulunmamakta, zaten idare aşırı yetkilere de ihtiyaç duymamaktadır. Bu sebeplerle idare için ayrı hukuk kurallarının varlığı da gerekmez. İdare de herkes gibi aynı hukuk kurallarına tabidir.

3. Adli idare sistemini var eden üçüncü etmen de, en azından 20'nci yüzyıl başına kadar İngiltere'de mahalli idarelerin merkezi idareden güçlü konumda yer almasıdır. Kamu yararı geleneksel olarak mahalli idarelerce sağlanmıştır.

Bu sistemde idare, idari rejimdeki gibi üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmamıştır. Bunun temel sebebi tarihsel yönleriyle birlikte, bu ülkelerdeki liberal anlayıştır. İdari rejim ülkelerinde kamu hizmeti olarak görülen birçok faaliyet, adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerde serbest piyasa aktörlerinin yürüttüğü ticari faaliyet alanı olarak görülmüştür. Çok daha sınırlı bir alanda kamu hizmeti gören idareye kamu gücü ayrıcalıklarının verilmesine de gerek duyulmamıştır²³⁸. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinin sınırlı bir alanda yürütülmesinden dolayı, idare için ayrı hukuki esaslar belirlenmemiş, idarenin icrai karar alabilmesinden çok, yargı organının idareye ayrıcalıklı emir verme yetkisi ortaya çıkmıştır²³⁹. Dolayısıyla her ne kadar devlet olabilmenin unsurlarından biri olarak görülen egemenlik, devlet kudreti, iktidar gibi kavramların yer almadığı söylenemeyecek olsa da, bu ülkelerde idari rejimdeki anlamıyla idare hukukuna özgü teknik bir "kamu gücü" fikrinin ve geniş ayrıcalıkların varlığından söz etmek mümkün değildir²⁴⁰.

²³⁷ Adli idare sisteminde kuvvetler ayrılığında yürütme-yargı ilişkisi için bkz. Barnett, (2013), 81 vd. Alder, (2011), 146-147.

²³⁸ Bu konuda Onar şu örneği vermiştir; İngiltere'de de Bakanlıklar mevcuttur. Ancak bu Bakanlıklar icrai kararlar olarak doğrudan idari faaliyetlerde bulunmazlar. İdari rejimde kendini gösteren idari faaliyetler, mahalli idareler ya da özel hukuk kişisi şirketler tarafından yerine getirilir. Onar, (1966), C.I, 79. Kural bu olmakla birlikte regülasyon alanında idareler kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Berkarda, (2000), 87-107.

²³⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 93.

²⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 94.

Adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerde de bir yürütme gücü (hükümet kuvveti) ve milli savunma görevini yerine getiren merkezi askeri güç tabii ki bulunmaktadır. Ancak idari rejime özgü kamu gücü, askeri güç ve siyasi niteliği ağır basan yürütme gücünden ayrı, kamu hizmetlerini ifa amacıyla mevcut olan teknik²⁴¹ niteliğe sahip bir kuvvettir. Adli idare sisteminde halkın bireysel ihtiyaçlarını, günlük işlerini ve hayatını ilgilendiren hizmetler mahalli idareler veya onların teşekkülleri tarafından adli otoritelerin denetim ve gözetimi altında görülmektedir. Bu yönüyle bu ülkelerde Onar'ın deyiimiyle ayrı bir "idare kuvveti" mevcut değildir²⁴². Bir başka deyişle, teknik niteliğe sahip kamu gücü değil, siyasi niteliğe sahip yürütme gücü (hükümet kuvveti) mevcuttur.

Adli idare sisteminde idarenin yargısal denetimini yapmak üzere idari mahkemeler mevcut değildir. Dolayısıyla idari uyuşmazlıklar da, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlendiği genel mahkemelerde çözümlenir. Dolayısıyla mahkemeler "common law"dan aldığı tüm yetkileri idareye de uygulayabilir. Bazı istisnalar dışında idare re'sen hareket etme yetkisine sahip değildir. İdarenin pek çok kararını uygulayabilmesi için öncelikle mahkemelerden onay alması gerekir. Mahkemeler mahalli idarelere karşı çıkardıkları "mandamus"²⁴³ ve merkezi idareye karşı çıkardıkları "certiorari"²⁴⁴ ve "prohibition"²⁴⁵ denilen emirlerle²⁴⁶ adeta "*idareyi idare ederler*"; idareye belli işlem ve eylemler yapmayı ya

²⁴¹ Teknik nitelik idari rejimi ortaya çıkaran sebeplerden biri olarak görülmektedir. Bu görüşe göre, idarenin ifa ettiği kamu hizmetlerinin teknik yönü, adli yargı yerlerinden ayrı uzmanlaşmış idari yargıçlarca kamu yararı da gözetilerek karar verilmesini gerektirmektedir. Onar, (1966), C.I, 55 vd.

²⁴² Fransa'da idari rejimin esas ve temeli kral ve hükümet adamlarının kamu hizmetlerini bizzat üzerine almaları ve merkezileştirmeleriyle ortaya çıkmıştır. Onar, (1996), C.I, 52 vd.

²⁴³ Mandamus (mandatory order), idareyi veya bir kamu görevlisini, kendisine common law veya yasayla verilen kamu görevini yerine getirmesi için zorlamaya yönelik yargısal bir emirdir. Örüçü, (1993), 264. Detaylı bilgi için bkz. Avcı, A., (2014). İngiliz hukukunda mandamus (mandatory order) ilkesi. *HHFD*, 4 (2), 165-180.

²⁴⁴ Certiorari (quashing order), idarenin yetki dışı ya da yetkisini kötüye kullanarak veya doğal adalet kurallarına aykırı ya da yasa hatasıyla aldığı kararın iptal edilmesi yoludur. Alder, (2011), 416. Örüçü, (1993), 263.

²⁴⁵ Prohibition (prohibing order), idarenin hukuka aykırı bir karar almasını engellemek için başvuru olan bir yoldur. Certiorari'den farkı idarenin işleminin henüz tesis edilmeden önüne geçilerek durdurulmasıdır. Alder, (2011), 416. Örüçü, (1993), 264.

²⁴⁶ "*Aslında bunlar idarenin kanunsuz bir işlemi sebebi ile mahkemeden talep olunan ilamlardır. Bu sistemde mahkemeler, sahip oldukları ayrıcalıklı emir verme yetkileri ile idare üzerinde yargısal denetimin ötesinde bir kontrole sahiptirler. Bu fevkalade yetkiler sayesinde, mahkemeler idare tarafından yapılan hukuka aykırı işlemin iptali sınırını aşp; idari rejimin aksine, idari makama bir fiili işlemek ya da bundan kaçınmak yönünde direktif (emir) vermiş olmaktadır.*" Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 95. Bu emirler bireylerin sahip oldukları hakları korumak amacıyla idare ve kamu görevlilerine yönelik "olağanüstü hâkim emri" anlamına gelen "prerogative writs" olarak adlandırılmaktaydı. Künnecke, M. (2006). *Tradition and change in administrative law, An Anglo-*

da yapmamayı emreder, kendi kararlarını idari işlemlere ikame ederler²⁴⁷. Mahkemelerin idare üzerinde gerçekleştirdiği yargısal denetimde “ultra vires” ilkesi geçerlidir. Parlamento egemenliğinden gelen bu ilke, idarenin parlamentonun çizdiği yasal sınırları aşıp aşmadığıyla ilgilendir. Ultra vires ilkesi idarenin yetkisini, dayanağı olan yasa hükmüne uygun olarak kullanmasını gerektirir. Aksi halde karar, ultra vires (yanlış idare, makul olmama, yetkiyi yanlış amaçla kullanma ya da yersiz nedenleri göz önünde bulundurma) nedeniyle iptal edilir²⁴⁸. Bu noktada adli idare sisteminde idarenin takdir yetkisine ilişkin anlayışı da belirtmek gerekir. Bu sistemde hukukun üstünlüğü ilkesi (Rule of Law), idare için ayrı yargı yeri ve ayrı hukuk düşüncesini reddetmekle beraber, aynı zamanda idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına da karşı çıkar²⁴⁹.

İdari rejimde kamu gücü ayrıcalıkları arasında en önemlilerinden sayılabilecek idari işlemin icraılığı, idarenin herhangi bir makamın onayına ihtiyaç duymaksızın ve muhatabın rızasını aramaksızın işlemi tesis edebilmesi ve bu işlemin tesis edilmekle birlikte yürürlük kazanmasını ifade eder. Bir başka kamu gücü ayrıcalığı olan hukuka uygunluk karinesi ise, idari işlemin idari yargı yerlerince iptal edilmedikçe ya da yürütmesi durdurulmadıkça hukuka uygun kabul edilmesi/varsayılması anlamına gelir. Yani idarenin yargı yerlerinden bağımsızlığı söz konusudur. Ancak adli idare sisteminde, mahkemelerin “idareyi idare etmesi” göz önüne alındığında, bu bağımsızlığın, yani kamu gücü ayrıcalığının var olmadığı görülmektedir. İdare kendine özgü bir güce sahip olmadığı için faaliyeti de sadece bir fonksiyonun ifasından ibarettir. Bu fonksiyonun gerektirdiği güç kendisinin değil, başka organların ve bu organların personelinin elindedir²⁵⁰.

German Comparison. Springer, 11. Artık mandamus, mandatory order; prohibition, prohibiting order; certiorari ise quashing order olarak anılmaktadır. Künncecke, (2006), 39. Alder, (2011), 416-417. Söz konusu yasal yollar yalnızca “administrative tribunals” önünde kullanılabilir. Alder, (2011), 417.

²⁴⁷ Özyörük, (09/12/1979). İdari Rejim Nereye Gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de aslında bir özel hukuk müessesesi olmakla birlikte kamu hukukunda da uygulanan “injection” ise, dava süresince idarenin bir işlemi sürdürmekten men eden, o işlemin yürütülmesini yasaklayan, geçici bir koruma tedbiri niteliğinde bir mahkeme kararıdır. Detaylı bilgi için bkz. Aslan, Z., (1997-1998). İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde bireylerin geçici olarak yargısal korunması. *Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan*. 17 (1-2), 55-62.

²⁴⁸ Özücü, (1993), 260.

²⁴⁹ Özücü, (1993), 255-256.

²⁵⁰ Fransa’da da idari rejime geçilmeden önce idarenin aldığı kararlar ancak hâkimin icradan önce kabul etmesi ve onaylamasıyla bir hukuki mahiyet kazanır ve bireylerin hukuk dünyasında bir değişiklik meydana getirebilirdi. Onar, (1966), C.I, 54.

Ayrı kurallara tabi olmayan, vatandaşla eşit konumda yer alan, genel anlamda kamu gücüne sahip olmayan idarenin bulunduğu adli idare sisteminde, idareye uygulanan kurallardan oluşan “idarenin hukuku” var olsa da, idari rejimdeki gibi bağımsız bir idare hukuku da meydana gelmemiş, dolayısıyla da idarenin denetimi için ayrı bir yargı düzeni oluşturulmamıştır. İdarenin denetimi de adli yargı yerlerinde yapılmaktadır.

1.1.7.2. İdari Rejim Sisteminde Kamu Gücünün Yeri

Yargı ikiciliğine (düalitesi) dayanan idari rejim Fransa’daki kuvvetler ayrılığı anlayışından doğmuştur. Bu anlayışa göre idari uyuşmazlıklar genel mahkemelerce çözümlenirse, yargının idareye müdahalesi gündeme gelir ve kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenir²⁵¹. Aslında kuvvetler ayrılığı ilkesi ile idari rejim arasında doğrudan bir bağlantı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde de kuvvetler ayrılığına dayanan bir anayasal sistem söz konusu olmasına rağmen idari rejim uygulanmamaktadır.

Fransa’da kuvvetler ayrılığı ilkesinin yorumlanış biçimi ve idari rejim ile arasında bağ kurma gayreti tarihsel sebeplere dayanmaktadır. Fransız Devrimi öncesinde genel mahkemelerin işlevini gören tutucu ve ayrıcalıklı sınıflardan oluşan ve yasaları tescil hakları bulunan parlamentolar, eski ayrıcalıklarının azalmasından duyduğu şüphe ile birlikte kendi çıkarlarına aykırı olabilecek hususlarda yasaları tescil etmeyerek yürürlüğe girişini engellemekte ve idarenin faaliyetlerine engel olmaktaydı. Bu durum karşısında, Fransız Devrimi’ni gerçekleştiren devrimciler, yeni kurulan adli mahkemelerin de aynı tutuma sahip olmasından çekiniyordu. Dolayısıyla adli mahkemelerin idarenin işlemlerine müdahale etmesine karşı çıkıyorlardı²⁵². Yani Fransa’da idari yargının kurulması aslında adli yargının idareye müdahale etmesinden duyulan korkudan kaynaklanmış, eski rejimin kötü anıları idareye ilişkin davalara adli yargıcın bakmasının yasaklanmasına yol açmıştır²⁵³. Fransa’da idari rejim icra makamlarıyla (idare) adliye makamları arasındaki iktidar

²⁵¹ Atay, E.E., (1998). Fransa’da adli yargı idari yargı ayrımı. *Kamu Hukuku Arşivi*. Y.1., 102, 109.

²⁵² Atay, (1998), 109 vd.

²⁵³ Chrétien, Chiffot, (2012), 715.

ayrılığına dayandırıldığı için de, idari rejimin en esaslı unsuru kamu gücü olarak görülmektedir²⁵⁴.

Tarihsel ve siyasi sebeplerle ortaya çıkan idari rejim, sonraları kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bir arada değerlendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesi de buna göre yorumlanmış ve şekillenmiştir. Örneğin Hauriou idarenin, bireysel ve özel hukuk ilişkilerine özel hukuk kurallarını uygulamakla görevli adli yargı yerlerine karşı sahip olduğu bağımsızlığının, en önemli kamu gücü ayrıcalığı olduğunu savunmuştur²⁵⁵.

Onar'a göre idari rejiminden söz edebilmek için üç temel özelliğin var olması gerekir²⁵⁶;

1. İlk olarak devletin içinde ayrı ve merkezi nitelikte bir idare teşkilatı kurulmalı ve bu teşkilatın elinde ayrı bir kuvvet (kamu gücü) bulunmalıdır.

2. İdarenin faaliyetleri özel hukuk kurallarından ayrı bir takım hukuk kurallarına tabi tutulmalıdır.

3. Son olarak ise idare makamları adli yargı karşısında tam bir bağımsızlığa sahip olmalıdır. Bağımsızlığın bir gereği olarak, yani idare makamlarını adli makamların müdahalesinden korumak üzere, bir üst mahkeme olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin kurulması gerekir²⁵⁷.

Fransız sistemi olarak anılan idari rejim, bütün Kıta Avrupası'nı etkilediği gibi²⁵⁸, bazı İslam ülkelerini de etkilemiş ve hatta Latin Amerika ile Japonya'ya kadar da etkisini göstermiştir. Bu sisteme "Kontinental Sistem" de denilmektedir. Bizim de bu sisteme katılmamızla birlikte, ülkemizde bir "Türk İdare Hukuku" gelişmiş, idari

²⁵⁴ Onar, (1966), C.I, 52.

²⁵⁵ Onar, (1966), C.I, 49.

²⁵⁶ Onar, (1966), C.I, 50.

²⁵⁷ Demirkol idari rejimin unsurlarını; re'sen hareket eden ve etkili işlem yapan idarenin varlığı, idarenin yargısal denetimi, yargısal denetimin ihtisas mahkemeleri tarafından yapılması ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlığı olarak saymıştır. Demirkol, S. (2001). İdare hukukunda idari rejim olgusu unsurları ve hukuk devleti ilkesiyle ilişkisi. *Türk İdare Dergisi*, 431, 75-84.

²⁵⁸ Vigouroux, 2013 yılında Avrupa Birliği'ne üye 27 devletten 15'inde yargı ayrılığının söz konusu olduğunu, yani ayrı ayrı idari yargıç ve adli yargıçların mevcut olduğunu belirtmiştir. Vigouroux, (2013), 9.

rejimin esasları Türk idare hayatında ve faaliyetinde geçerli hale gelmiştir²⁵⁹. Bu sistemde idare, özel hukuk kurallarından farklı, idareye özel ve özgü idare hukuku kurallarına tabi olmakta ve işlevini bu kurallara göre yerine getirmektedir²⁶⁰. Hem otonom bir idare hukukunun hem de idari uyuşmazlıkları çözümlmek üzere ayrı bir yargı düzeninin (idari yargı) varlığı dolayısıyla, bu sistemde hukuk ve yargının ikiciliği (düalitesi) söz konusudur²⁶¹.

Özyörük'e göre, bizde batılılaşmanın bir gereği olarak Fransa'dan 1868'de kopya edilen, ancak yüksek mahkeme olarak 1924 Anayasasıyla kurulmuş ve 1926'da göreve başlamış Danıştay ile birlikte var olan idari yargı²⁶², başta kamu hukuku-özel hukuk ayrımının mutlak şekilde yapılması olmak üzere birçok sebeple vazgeçilmez bir müessese olmuştur²⁶³. Yargı ikiciliği olan bu sistemde iki yargı düzeni arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmek üzere ise Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur.

Günümüzde de Anayasal hükümlerden ülkemizde idari rejim sisteminin benimsendiği görülmektedir. Anayasa'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*"; 140'inci maddesinin birinci fıkrasında, "*Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar*"; 142'nci maddesinde "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*"; 155'inci maddesinin birinci fıkrasında da, "*Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda*

²⁵⁹ Özyörük, M. (09/12/1979). İdari Rejim Nereye Gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*.

²⁶⁰ Atay, (2014), 32.

²⁶¹ Atay, (2014), 33.

²⁶² İkinci Osmanlı'da 1864 yılından itibaren taşradaki idare meclisleriyle birlikte tam anlamıyla idari rejime geçildiğini, 1868 yılında Şura-yı Devlet kurulduktan sonra ise söz konusu meclis kararlarının temyizinin de yolunun açıldığını iddia etmektedir. İkinci, E.B., (2001). Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri. *Ankara Barosu Dergisi*, 58 (1), 7. Onar ise 1868 yılında Şura-yı Devlet kurulduktan sonra Türk pozitif hukukunda idari rejimin kabul edildiğini belirtmiştir. Onar, (1966), C.I, 87. Özyörük ise Onar'ın görüşlerine karşı çıkmıştır. Ona göre Osmanlı'da kurulan Şura-yı Devlet'in yargısal yönü sunidir. Herhangi bir yargısal karar var olmadığı gibi o dönem kamu hukuku-özel hukuk ayrımı da yapılmamıştır ve uyuşmazlıklarda uygulanacak bir idare hukuku da bulunmamaktadır. Özyörük bu gerekçelerle birlikte, bir yargı organı olarak Danıştay'ın 1927'den beri görev yaptığını görüşünü ifade etmektedir. Özyörük, M. (1972-1973). *İdare Hukuku Dersleri (Çoğaltma)*. Ankara, 152 vd. Ülkemizdeki idari yargı tarihi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de idari yargı tarihi*. İnternet: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyede-idariyargitarihi.pdf> 1 Temmuz 2015'te alınmıştır.

²⁶³ Özyörük, M. (08/12/1979). Devlet hukukumuzdaki buhran. *Tercüman Gazetesi*.

gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar”; 157’nci maddesinin birinci fıkrasında *“Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir”* ve 158’inci maddesinde *“Uyuşmazlık Mahkemesi adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir”* hükümleri yer almakta; 159’uncu maddesinde de HSYK’nın *“üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçil(eceği)”* belirtilmektedir. Anayasamızda yer alan bu hükümler, ülkemizde idari yargının hem organik hem de fonksiyonel olarak, adli yargıdan bağımsız, ayrı bir yargı kolu biçiminde oluşturulduğunu göstermektedir²⁶⁴.

İdari rejim denen bu sistemde ayrı bir idari yargı kolu olmasının nedeni; kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış idarenin, özel hukuk kişileriyle olan ilişkilerinde, kamu düzenini tesise yönelik faaliyetlerinde ve kamu hizmetlerinin ifasında özel hukuk hükümlerinden farklı esasları bulunan bağımsız, kendine özgü ve özerk bir hukuk dalı olan idare hukuku hükümlerinin uygulanıyor olmasıdır²⁶⁵. Bu sistemde idari yargıç, idare hukukuna ilişkin konularda uzmanlaşmakta ve yargılama konusunda mesleki kalite artmaktadır²⁶⁶.

Adli idare sisteminde idarenin faaliyeti bir fonksiyonun ifasından ibaret olup, bu fonksiyonun gerektirdiği güç başka organların elindeyken, idari rejimde idare bu fonksiyonu gerçekleştirmek için kendisine verilmiş kamu gücünü re’sen kullanır. Bu yönüyle idarenin faaliyeti sadece bir fonksiyonun ifası değil aynı zamanda bir gücün kullanımı şeklinde ortaya çıkar. Örneğin idari rejim olmayan ülkelerde idarenin vergi alacağını tahsil etmesi, sadece bir fonksiyonun ifası şeklinde gerçekleşir. Bu fonksiyonun gerçekleşmesi yani vergi alacağının tahsili için bir güce ihtiyaç

²⁶⁴ Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 178-179. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu durumu *“Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrıma ilişkin kurallar yer almıştır.”* ifadeleriyle belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 04/10/2006, E. 2006/75, K. 2006/99, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> 15 Ekim 2015’te alınmıştır.

²⁶⁵ Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 180-181.

²⁶⁶ Maidowski, U. (2013). Yargı ayrılığının düşündükleri. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*. Ankara, 24.

duyuluyorsa, bu gücün kullanımı idarenin faaliyeti ile beraber gerçekleşmeyecek, bu güç bir bireyin alacağının tahsilinde olduğu gibi başka bir organın eliyle kullanılacaktır. Ancak idari rejimde hem gücün kullanımı hem de fonksiyonun ifası birlikte gerçekleşecek, idarenin vergi toplaması aynı zamanda bir gücün kullanımı şeklinde ortaya çıkacaktır²⁶⁷.

İdari rejimde adli idare sisteminden farklı olarak, idare icrai kararlar alarak re'sen uygulama yetkisine sahiptir. Bu kararı almak için mahkemenin onayına ihtiyaç duymaz²⁶⁸. Başka bir deyişle idari işlem, başka makamların bir güç izafe ederek icra kabiliyeti vermelerine gerek olmaksızın kendiliğinden bu niteliği haizdir ve işlemi tesis eden makam veya görevli tarafından bizzat icra edilebilir²⁶⁹. Bireyler daha sonra bu kararlara karşı idari yargı yerlerinde dava açabilir. İdari yargı mercileri ise idari kararları hukuka aykırı görürlerse iptal ederler; iptal etmenin ötesinde bu kararları değiştiremez ya da idarenin yerine geçerek karar alamazlar²⁷⁰. Yani bir başka deyişle, idari rejim idari yargının idareye müdahalesine değil, fakat onun "murakabesi"ne (denetlenmesine) imkân verir²⁷¹. Yargı mercileri adli idare sisteminde olduğu gibi idareye karşı yargılama yetkisinin üstünde bir yetki kullanamazlar²⁷². İdare, yargı organı karşısında bağımsızdır. İşlem tesis etmeden ya da eylemlerini gerçekleştirmeden önce yargının onayına ihtiyaç duymaz. Yargı organı idareye emir ve direktif veremez²⁷³. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması, yargıya bağımlılığından değil hukuk devleti anlayışından kaynaklanmaktadır. Yargı karar verdikten sonra bu kararı uygulayacak olan yine idaredir²⁷⁴. Görüldüğü gibi adli idare sistemi ve idari rejim sistemlerinde hem hukuk devletine hem de kuvvetler ayrılığı ilkesine bakış açısında ciddi farklılıklar söz konusudur. Burada hukuka uygun davranmak bakımından idarenin bir üstünlük ya

²⁶⁷ Onar, (1966), C.I, 54. Serrand, (2015), 40.

²⁶⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 96.

²⁶⁹ Onar, (1966), C.I, 54.

²⁷⁰ Özyörük, M. (09/12/1979). İdari rejim nereye gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*.

²⁷¹ Özyörük, M. (15/12/1979). Murakabe mi? Müdahale mi?. *Tercüman Gazetesi*.

²⁷² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 96.

²⁷³ Fransa'da idari yargı kararının uygulanmaması durumunda, idari yargı yerlerinin idareye kesin hükmün uygulanmasına yönelik olarak emir verebilme yetkisi 8 Şubat 1995 tarihli bir yasayla kabul edilmiştir. Atay, E. E. (2008). Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yürütme yargı ayrılığı ve idari yargı denetiminin niteliği. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 141. Bu bağlamda idari yargı kararının uygulanması bakımından Fransa'da yargısal emir yasağının yumuşadığı söylenebilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, H.N., (2013). *İdari yargı kararlarının etkinleştirilmesi arayışında idari yargı idari yargıç ve yargısal emir*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

²⁷⁴ Atay, (2014), 37.

da ayrıcalığından bahsedilemeyeceğini tekrar hatırlatmak faydalı olacaktır. Yargı organı idareye emir veremese de, idari işlemi iptal ettiğinde, idare buna uygun olarak iptal kararını uygulamak zorundadır.

İdarenin sahip olduğu ayrı bir güç olan kamu gücünün bir gereği olarak, adli yargı yerleri idareye müdahale edemezler. İdare, gerek tasarrufta bulunmak için gerek bunları yürütmek için adli yargı yerlerinin kararına veya yardımına muhtaç değildir. Onar bu konuda şu örneği vermektedir²⁷⁵; bir birey alacağını tahsil etmek için adli yargı yerlerine başvurmak zorunda olduğu halde idare vergi alacağını doğrudan kendi kuvveti ile tahsil edebilir. Bireyler ellerinde mahkeme ilamı olsa dahi, alacağının tahsili için icra dairelerine başvurmak zorundadır. İdare ise ne karşı tarafın rızasına ne de yargı yerlerinin onayına ihtiyaç duyar. Ona göre, idari kararların bireyler üzerinde doğrudan doğruya icra edilebilir niteliği göz önüne alındığında, idari kararlar icra edilebilirlik bakımından yargı kararlarına yaklaşır. Devletin icra dairelerine verdiği güç ve yetki, kamu gücü olarak idarenin de elinde bulunmaktadır²⁷⁶.

İdari rejimde idare bireyden farklı kabul edilmiştir. Çoğu zaman buna, idare bireyden üstündür denilmektedir. Özyörük bu ifadeye karşı çıkmakta, üstün değil “farklı” denilmesinin gerektiğini belirtmektedir. Ona göre idare, bireyin sahip olduğu özgürlük ve sübjektif haklardan mahrumken, devlet yetkilerine sahiptir. Bu mutlaka üstün yetkiler anlamına gelmemektedir. Buna “farklı yetkiler” demek gerekir²⁷⁷. Ayrıca idarenin sahip olduğu bu ayrıcalıkların yanında, idareye aynı zamanda özel hukukta ve özel hukuk kişilerinde görülmeyen birtakım yükümlülükler de yüklendiğini hatırlatmak yerinde olacaktır²⁷⁸.

İdarenin bireylerin rıza ve onayına ihtiyaç duymaksızın karar alma ve bunu uygulama yetkisi bir egemenlik hakkından ve emretme gücünden gelmektedir. Yani bu durum idare hukukunda kamu gücünün bir örneğidir. Buna icrai karar alma gücü de denilmektedir²⁷⁹. İdari rejimde idare, bu gibi birçok kamu gücü ayrıcalığından

²⁷⁵ Onar, (1966), C.I, 50.

²⁷⁶ Onar, (1966), C.I, 51.

²⁷⁷ Özyörük, M. (09/12/1979). İdari rejim nereye gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*.

²⁷⁸ Gözler, (2009), C.I, 85.

²⁷⁹ Atay, (2014), 37.

yararlanır. Ancak bu gücü asla keyfi kullanamaz. Her ne kadar idari rejim dönemsel olarak ortaya çıkan siyasi bir ihtiyacın karşılanması için tarihsel sebeplerle ortaya çıkmış olsa da, zaman içinde ulaştığı noktada, onun için hukuk devleti ilkesi ulaşılmak istenen yegâne amaç haline gelmiştir²⁸⁰. Kamu gücü en başta ülke üzerinde yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini koruma aracıdır²⁸¹. İdare kamu gücünü kendisine tanınan sınırlar içerisinde, kamu yararını ve hizmet gereklerini yerine getirme amacıyla kullanabilir²⁸². Örneğin Hauriou idari rejimin dayandığı gücün bağlı olduğu fikrin, kamu hizmeti fikri olduğunu belirtmiştir. Ona göre kamu gücü bu hizmetlerin gerçekleşmesi için bir araçtır²⁸³. En genel anlamda idarenin kamu gücü kullanma yetkisine sahip olmasının nedeni, kamu yararının öncelikli olmasından dolayı, kamu yararını etkin kılabilme amacıdır²⁸⁴.

1.2. KAMU GÜCÜNÜN KAYNAĞI

Kamu hizmetlerini ifa etmek ve kamu yararını sağlamak için, idarenin sahip olduğu ayrıcalıkları ifade eden kamu gücü, idari rejim ülkelerinde devletin emretme gücünün idare hukukundaki bir uzantısıdır. İdare hukukundaki kamu gücü fikri, devlet teorisindeki “geniş anlamda kamu gücü” kavramıyla bütünleşmekte, onun içinde yer almaktadır²⁸⁵. Kamu gücü fikri, devlet, anayasa ve egemenlik kavramları ile birlikte özü bir, ayrılmaz bağlantıları sağlamaktadır²⁸⁶. Mazéres’e göre egemenlik, meşruluk ile birlikte kamu gücüne kimliksel karakterini kazandıran temel kavramdır²⁸⁷.

Devletin emretme gücü dönem dönem birçok farklı kavramla ifade edilmiştir. Bu kavramlardan en sık kullanılanı egemenliktir. Egemenlik kavramının mucidi Jean Bodin’in kapsamını ve içeriğini belirlediği dönem bu kavrama olan yaklaşım ile günümüzde olan yaklaşım arasındaki uçurum, bu süreçte kavramın çok defa saldırıya uğramasına yol açmıştır. Ortaya çıktığı dönemde sınırsız, mutlak ve

²⁸⁰ Demirkol hukuk devleti ilkesi ile idari rejim arasındaki ilişkiyi açıklarken, idari rejimin hukuk devletinin bir tür yansıması olduğunu ve hukuk devleti ilkesiyle idari rejimin bir bütünlük arz ettiğini ifade etmiştir. Demirkol, (2001), 75, 84.

²⁸¹ Yaşar, (2014), 32.

²⁸² Atay, (2014), 37.

²⁸³ Onar, (1966), C.I, 58.

²⁸⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 93.

²⁸⁵ Denizeau, (2004), 5.

²⁸⁶ Denizeau, (2004), 3.

²⁸⁷ Mazéres, (2006), 13.

devredilemez olarak nitelendirilen egemenlik, hukuk devleti anlayışıyla birlikte her bir özelliğinin sarsılmasıyla sorgulanmış, hatta birçok yazar tarafından reddedilmiştir. Kavrama şüpheyile yaklaşanların giderek artmasıyla, devletin emretme gücü, devlet kudreti, kamu gücü, siyasal iktidar, otorite gibi birçok farklı kavramın kullanımı söz konusu olmuştur. Devletin emretme gücünü ifade etmek için kullanılan en eski kavram “imperium” (hâkimiyet) ise, Roma İmparatorluğu döneminde, devlete (yani imparatora) tanınan en geniş yetkileri ifade etmektedir²⁸⁸. Bu noktada devlet gücünü ifade eden ve dolayısıyla idare hukukundaki kamu gücüne kaynaklık eden en eski kavram “imperium” ve en yaygın kavram “egemenlik”e değinmek gerekir.

1.2.1. İmperium Yetkisi

İmperium Roma Kamu Hukukuna ait bir terimdir²⁸⁹. Roma Hukukunda devlete tanınan en geniş yetkileri ifade etmek için kullanılan imperium yetkisinin “İmparator Emirnameleri”nde somutlaştığı kabul edilmektedir²⁹⁰. Roma Hukukunun yasal kaynakları olan bu Emirnamelerin, kamu gücü ayrıcalıklarının da temeli olduğu söylenebilir²⁹¹.

İmperium kavramı da kamu gücü kavramıyla benzer kaderi yaşamıştır. Jarrosson’a göre imperium, hukukçuların çok aşına oldukları bir kavram olmakla birlikte aynı zamanda muğlak ve belirsizdir. İmperium’un hiçbir zaman ne anlam ne içerik ne de uygulama alanı bakımından, tam olarak çerçevesi çizilememiştir²⁹².

Günümüzde imperium kavramına hemen hemen sadece yargıcın yetkileri bakımından yaklaşılsa da, kavramın çeşitli hukuk dallarını da ilgilendirmesi göz önüne alındığında “devletin imperium yetkisi” olarak da ele alınması gerekir²⁹³. Hiçbirisi anlamını tam olarak ortaya koymasa da, kavram genel olarak, devletin ayrıcalıklarına dâhil olan güç, zor kullanma ve emretme fikirlerini

²⁸⁸ Erkut, (2004), 43.

²⁸⁹ Zabunoğlu, (1963), 35. Jarrosson, C. (1991). Réflexions sur l'imperium. In *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 247.

²⁹⁰ Ventura, M. (1934). *Roma hukuku*. İstanbul, C. I, 101-102'den aktaran Erkut, (2004), 43.

²⁹¹ Erkut, (2004), 43. Menemenoğlu, (1959), 3.

²⁹² Jarrosson, (1991), 245.

²⁹³ Erkut, (2004), 42. Jarrosson, (1991), 246.

çağrıştırmaktadır²⁹⁴. Yani imperium yetkisinin en genel anlamda devlet adına egemenlik yetkilerini kullananlara tanınan üstün iktidar olduğu söylenebilir²⁹⁵.

Jarrosen'un deyiimiyle imperium devletin tarih boyunca kıskanç biçimde koruduğu temel ayrıcalığı olarak süregelmıştır²⁹⁶. Bununla birlikte ona göre, devlet emreder ve buyurur; ancak tam olarak maksimum güce başvurmaya geciktirir. Devletin imperium yetkisini ortaya koyan iki hareketten; kılıcı havada sallandırmayı, onu indirmeye tercih eder²⁹⁷.

Duguit'ye göre, modern devlette egemenlik kavramının temsil ettiği fikri, yani üstün bir gücün ast iradeler üzerinde hüküm sürmesi fikrini ilk önce Romalılar ortaya atmışlardır. Romalılara göre ast iradeler üzerinde üstün bir kudretin hüküm sürmesinin tek sebebi ise üstün kudretin varlığıdır. Roma Cumhuriyeti sırasında bazı amirlerin yetkisini, sonrasında ise imparatorların yetkisini ifade etmek üzere kullanılan imperium kavramı, 17'nci yüzyılda egemenlik kavramının ifade ettiği bütün unsurları içermektedir²⁹⁸.

İmperium sadece imparatorun kişiliğine bağlı bir güç değil, devlete ilişkin bir fikirdir²⁹⁹. Bununla birlikte, günümüzde artık "adalet bütünüyle kraldan gelir" anlayışı savunulamayacak olsa da, geçmişten günümüze miras kalan cumhurbaşkanının suçluları affetme yetkisi³⁰⁰, imperium yetkisinin zaman zaman kişiselleştirilmiş şekilde karşımıza çıktığını göstermektedir³⁰¹.

İmperium yetkisi ile ilgili bir diğer önemli husus ülkeselliktir. "Kral, kendi krallığında imparatorudur." olarak bilinen söz imperium fikrini net şekilde ortaya koymaktadır. Bu formül günümüzde, "Devlet, kendi ülkesinde hükümrandır."

²⁹⁴ Jarrosen, (1991), 245.

²⁹⁵ Erkut, (2004), 44.

²⁹⁶ Jarrosen, (1991), 253.

²⁹⁷ Jarrosen, (1991), 254.

²⁹⁸ Duguit, (1954), (çev. S., Derbil), 56.

²⁹⁹ Rousset, (1960), 13.

³⁰⁰ Jarrosen, (1991), 254.

³⁰¹ Erkut, (2004), 46.

şeklinde uyarlanabilir. Bu noktada aslında egemenlik ve ülkesellik devletin imperium yetkisinin ihtiyaç duyduğu dayanaklardır³⁰².

Zor kullanma gücünü düzenlemeyi ve aynı zamanda onu yürütmeyi, keza sonuç olarak onu kaldırmayı da kapsayan imperium yetkisi³⁰³, bununla birlikte hükmetmek gücünü de içermekte, kavram günümüzde kapsamı itibariyle güç, iktidar, emretme, hükmetme, kudret gibi temel siyasi ve idari kavramların tamamını temsil etmektedir³⁰⁴. Örneğin Roma Hukukunda imperium yetkisinin kullanıldığı bir diğer alan da, Pretor'un (Yüce Yargıç) kullandığı yargılama yetkisidir³⁰⁵. Dolayısıyla kavram devletin tüm organlarıyla sahip olduğu ayrıcalıklı yetkilerin tamamını ifade etmekte, bu noktada geniş anlamda kamu gücü kavramıyla büyük benzerlik göstermektedir.

Emretme yetkisinin doğal uzantısı olan zor kullanma hakkı dâhilinde, emir verme, re'sen icra ve yaptırım uygulama gibi zorlayıcı yöntemlerin de imperium yetkisinin kapsamında olduğu düşünüldüğünde, imperium yetkisi çerçevesinde kullanılan gücün, günümüz kamu gücü ayrıcalıklarının da temelini oluşturduğu söylenebilir³⁰⁶. Zira idarenin toplum üzerinde üstünlüğünü kurabilmek için kullandığı hareket vasıtası olan kamu gücü de, devletin tekelinde olan zor kullanma gücünü ifade etmektedir³⁰⁷. Yasalarda öngörülmüş olan, idarenin tek yanlı aldığı kararları re'sen uygulaması, işlemlerini icra ederken herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaması gibi kamu gücü fikrinden kaynaklanan ayrıcalıkların özünü, hükmetme ve gerektiğinde zor kullanma gücünü içeren imperium yetkisi oluşturmaktadır³⁰⁸. Jarroson da, idarenin icrai kararlar alabilme olanağının sonucu olan "ön ayrıcalığı"nı ve bu kararları re'sen icra edebilme ayrıcalığını imperium yetkisinin görünümüleri arasında saymaktadır³⁰⁹. Günümüzde daha ziyade kamu hukukunda görülen ve devletin ayrıcalıklarına ilişkin olma doğasını koruyan imperium yetkisi, birçok farklı

³⁰² Jarroson, (1991), 248.

³⁰³ Jarroson, (1991), 254.

³⁰⁴ Erkut, (2004), 46.

³⁰⁵ Erkut, (2004), 44.

³⁰⁶ Erkut, (2004), 45.

³⁰⁷ Gondouin, Insegruet-Brisset, Van Lang, (2015), 372.

³⁰⁸ Erkut, (2004), 46-47.

³⁰⁹ Jarroson, (1991), 257-258.

görünümde “temel bir güç” olarak ortaya çıkmıştır³¹⁰. Potansiyel bir kudret olan kamu gücü de, imperium yetkisiyle birlikte gerçekleşmektedir³¹¹.

Tüm organlarıyla birlikte devlete tanınan imperium yetkisi, belki de daha fazla yargıca (yargı organına) tanınmış bir yetkidir³¹². Erkut, adli yargıcın, imperium yetkisinden kaynaklanan bu gücü her uyuşmazlığın kendine özgü nitelikleri çerçevesinde ve gerektiğinde tereddütsüz biçimde uygularken, idare yargıcının tam yargı uyuşmazlıklarında dahi emretme kudretini kullanmaktan çekindiğinin söylenebileceğini belirtmiştir³¹³. Bu durumun nedeni olarak, idari rejim sistemindeki kuvvetler ayrılığı anlayışının ve dolayısıyla idarenin bağımsızlığı ilkesinin katı yorumlanışının etkili olduğu söylenebilir. Zira idari rejimde idari yargı yerleri önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlamakla yetinir. Yani “yargı organı, idareye emir ve talimat veremez” anlayışı hâkimdir.

Bu noktadan hareketle, imperium yetkisiyle idari rejimdeki idareye özgü kamu gücü ayrıcalıklarının bir farkını ortaya koymak gerekir. Belirtildiği gibi imperium yetkisi yargı organının da kullandığı bir yetkidir. İdare hukukundaki kamu gücü kavramı idareye özgü ayrıcalıklar olarak ele alınmadığı, yani devlet organlarının tümünün sahip olduğu ayrıcalıklar olarak (geniş anlamda) ele alındığı takdirde ortaya bir karmaşa çıkmaktadır. Şöyle ki; idarenin işlem tesis ederken bir yargı kararına ihtiyaç duymaması ya da yargı organının idareye emir verememesi bir kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul edilmektedir. Ancak yargı organının da imperium yetkisine, belki de idareden daha fazla, sahip olduğu belirtilmektedir. O halde imperium yetkisine sahip yargı organına karşı idarenin sahip olduğu bağımsızlık da aynı zamanda imperium yetkisiyle açıklanamaz. Dolayısıyla idare hukukundaki kamu gücü ayrıcalıkları kavramı, her ne kadar özünü imperium yetkisinde bulsa da, yasama ve yargı yetkisiyle, kavramın siyasi niteliği haiz yürütme yetkisinden ayrı, kendine has bir “idare kuvveti”ni oluşturduğu ve dolayısıyla daha çok “idareye özgü” bir kavram haline geldiği söylenebilir. Imperium yetkisi şüphesiz adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerde de mevcuttur. Ancak kamu gücü ayrıcalığı idari rejime özgü bir kavramdır. İdari rejim ülkelerindeki idarelerin adli idare sisteminin uygulandığı

³¹⁰ Jarroson, (1991), 259.

³¹¹ Yaşar, (2014), 32.

³¹² Erkut, (2004), 47.

³¹³ Erkut, (2004), 48.

ülkelere nazaran sahip olduğu fazladan ayrıcalıklar, uygulanan sistemin idareye ilişkin kendine özgü farklılıklarını ortaya koymakta ve kamu gücü ayrıcalıklarını oluşturmaktadır.

Erkut eserinde önemli bir noktaya daha değinmektedir. Devletin organları arasında imperium yetkisinin kapsam ve sınırları doğru belirlenmeli, birinin diğerlerine üstünlüğüne dayalı orantısız ve dengesiz biçimde dağılımının önüne geçilmelidir. Aksi halde “güçler eşitsizliği ve karmaşası” ortaya çıkacaktır³¹⁴. İdarenin geniş kamu gücü ayrıcalıkları karşısında bireyin güçsüz ve savunmasız olduğu düşünüldüğünde, bu dengeyi kurmak konusunda idare yargıcına da şüphesiz önemli görevler düşmektedir. Yargıcın, idarenin yargı organına karşı bağımsızlığını katı yorumlayarak, yerindelik denetimden kaçınırken hukukilik denetimini de sekteye uğratması, idarenin kullandığı kamu gücünün denetiminin etkisizliği sonucunu doğurur. Bu durum da yargılama faaliyetinin güçsüz bireyin aleyhine gerçekleştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla yargıç, idarenin kamu gücü karşısında, kendisinin de imperium yetkisinin bir kısmını (hukuk devleti açısından en önemli kısmını) kullandığının farkında olarak hareket etmeli, güçler dengesinin kendi aleyhine bozulmasının önüne geçmelidir.

1.2.2. Egemenlik

İbni Haldun’a göre toplumsal yaşam insan için kaçınılmaz bir zorunluluktur. İnsanın hayatını devam ettirebilmesi için beslenmeye ve korunmaya ihtiyacı vardır. Her ikisi de insanın tek başına gerçekleştirebileceği faaliyetler değildir. Bu yüzden yardımlaşma insan için vazgeçilmezdir. Toplumsal yaşam olmadan insanın varlığını sürdürmesi mümkün değildir³¹⁵. Toplumsal yaşamın gerekliliğinden sonra ise insanları birbirinden koruyacak bir “düzenleyici” gereklidir. İnsanı kendi türünden koruyacak, hepsinden güçlü, saldıranlara karşı eziciliği olan, sayesinde kimsenin başkasına saldırmayı ya da hakkını almayı başaramayacağı bu “düzenleyici” “egemen” olmanın anlamını verir³¹⁶. Bu düzenleyici ve yargılayıcı güç devlettir. Bu gücün işlevsel olabilmesi için yönetilenlere egemen olması gerekir. Devlet

³¹⁴ Erkut, (2004), 51.

³¹⁵ Haldun, İ. (1977). *Mukaddime*. (çev. Dursun T.). Ankara: Onur Yayınları, C. I, 139 vd.

³¹⁶ Haldun, (1977), 142.

egemenliği yakınlık bağı ve yakınlar birliği (asabiyet) ile ulaşma amacı güdülen en son basamaktır³¹⁷. Devlet egemenliği, insanın bir başarısıdır. Egemenlik de insan olduğu için verilmiştir. Devlete ve devlet politikasına uygun olan iyi ve iyinin gerekleridir. *“İyi tutum ve davranışlarda yarışmak, egemenliği sağlamanın; tersiyse onu yitirmenin belirtilerindendir.”*³¹⁸

Fransa’da Eski Rejim döneminde, idarenin kamu gücü ayrıcalıkları, aynı zamanda hem kaynağı hem de amacı üzerine kurulmuştur. Buna göre kamu gücü ayrıcalıklarının amacı “ortak iyi”nin (kamu yararının) gerçekleştirilmesi iken, kaynağı ise egemenliktir³¹⁹. Bodin, egemenliği bir devletin mutlak ve sürekli iktidarı olarak tanımlamıştır³²⁰. Egemenlik kavramının Fransızca karşılığı olan “souveraineté” köken olarak Latince’de “en üstün iktidar” anlamına gelen “superanus” kelimesinden gelir³²¹. Ortaya çıkışı tarihsel mücadelelere dayanan bu kavram, ilk olarak Ortaçağ’ın sonlarına doğru devletlerin varlığını tehdit eden kuvvetlerin ortaya çıkması ile Fransa’da kullanılmaya başlanmıştır. Bu mücadelelerin bir tarafında başta Fransa Krallığı olmak üzere monarşiler, diğer tarafında ise Feodalite, Papalık ve Roma-Cermen İmparatorluğu bulunmuştur. Bu mücadelelerden içte feodal beylere, dışarıda ise Roma-Cermen İmparatorluğuna karşı üstün çıkan Fransa Krallığının, içte kendisine rakip olabilecek bir iktidar, dışta da kendinden üstün bir güç tanımadığını ifade eden bir “hukuki formül” olarak egemenlik kavramı kullanılmıştır³²². *“Egemenliğin bu şekilde, devletle ilişkili bir kavram haline gelişi, o dönemdeki iç siyasal ve dinsel çekişmelerden kaynaklanan kaos ortamını ve sosyal düzensizliği ortadan kaldıracak pratik bir siyasal gereksinime cevap biçiminde olmuştur.”*³²³

Egemenlik dış ve iç egemenlik olarak ikiye ayrılmaktadır. Dış egemenlik devletin diğer devletlerden bağımsız olması ve devletlerarası ilişkilerin hukuki eşitlik statüsüne dayanması anlamına gelir. Ancak devletlerarası hukukun geldiği nokta

³¹⁷ Haldun, (1977), 329.

³¹⁸ Haldun, (1977), 336 vd.

³¹⁹ Kada, Mathieu, (2014), 404.

³²⁰ Bodin, J. (1993). *Les six livres de la république*. Edition et Présentation de Gérard Mairet, Paris, 111.

³²¹ Kapani, M. (2005). *Politika bilimine giriş*. (17. Baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi, 54-56.

³²² Kapani, (2005), 55-56.

³²³ Sunay, R. (2007). *Tartışılan egemenlik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 22.

dış egemenlik kavramının da tartışılmasına yol açmaktadır. Bu yüzden dış egemenlik yerine “bağımsızlık” kavramının kullanılmasının yerinde olacağı savunulmaktadır³²⁴.

İç egemenlik ise iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Birincisi egemenliğin ilk ve asıl anlamı olan “*devlet iktidarının en üstün olma, sınırsız ve mutlak olma, bölünmez ve devredilmez olma gibi niteliklerini belirtir.*”³²⁵ Yani burada egemenlik doğrudan iktidarın kendisini değil, sahip olduğu nitelikleri belirtmekte, devlet iktidarının özelliklerini açıklamaktadır³²⁶. İkinci olarak ise egemenlik devlet iktidarının bizzat kendisini, somut içeriğini ifade etmektedir³²⁷.

Huntington, ulus devletin “dış egemenlik” ve “iç egemenlik” iddiasıyla otoritenin rasyonelleşmesinin anlam bulduğunu belirtmektedir³²⁸. Ortaçağ’ın sonlarından itibaren devlet ile ilgili bir anlam kazanan egemenlik, devlete emretme, hükmetme ya da son sözü söyleme gücü sağlarken, bir yandan devlet de belirli bir toprak ve halk üzerinde, “kesin karar verme gücünü kullanan aygıt” olarak ortaya çıkmaktadır³²⁹. Devlet öncelikle karar verme tekeli elinde bulunduran bir aygıttır.

Schmitt, karar ve egemenliği ilişkilendirerek kullanmıştır³³⁰. “En üstün ve asli hükmedici güç” olan egemenliğin soyut tanımının kabul veya reddedilmesinin teorik ya da pratik açıdan büyük bir farkı yoktur. Tartışılan, anlaşmazlık durumunda kamu yararını, kamu güvenliğini, kamu düzenini vb. neyin oluşturduğuna kimin karar vereceği gibi somut uygulamalardır³³¹. Ona göre Bodin’in de başarısının sebebi “karar”ı egemenlik kavramının içerisine yerleştirmesinde yatar³³². Kararda aslolan, kararın daha yüksek bir merciin tetkikine tabi olmamasıdır. “*Mesele, bir sorunun şu veya bu çözüme kavuşturulması değil, gecikmesiz ve temyizsiz çözüme kavuşturulmasıdır.*”³³³ Bu noktada devlet, belirli bir ülke ve insan topluluğu üzerinde

³²⁴ Denizeau, (2004), 11. Kapani, (2005), 57.

³²⁵ Kapani, (2005), 58.

³²⁶ Kapani, (2005), 58.

³²⁷ Kapani, (2005), 58.

³²⁸ Huntington, S.P., (1966). Political modernization: America vs. Europe. *World Politics*, 18, 378.

³²⁹ Sunay, (2007), 22.

³³⁰ Schmitt, C. (2002). *Siyasi ilahiyat- egemenlik kuramı üzerine dört bölüm*. (çev. E. Zeybekoğlu). Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 11 vd.

³³¹ Schmitt, (2002), 14.

³³² Schmitt, (2002), 16.

³³³ Schmitt, (2002), 59.

“hükmetme, emir ve direktif verme, nihai sözü söyleme gücü”nü kullanan bir aygıt olarak ortaya çıkmaktadır³³⁴.

Egemenlik modern devleti kendinden önceki siyasi yapılardan ayıran temel özelliktir. Kavram devlete hukuksal varlığını kazandırmakta, ona biçim vermekte ve böylece devletin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmektedir³³⁵.

Egemenlik kavramı devlet kavramıyla birlikte incelenir. Çoğu zaman devletin kurucu unsuru olarak görülür. Egemenlik olmadan devletin de olamayacağı söylenir. Ancak çağdaş politika biliminde bu kavramın reddedilmesi yönündeki görüşler gittikçe güçlenmekte³³⁶ ve kavram bazı yazarlarca devletin ayırt edici ölçütü olarak görülmemektedir³³⁷. Egemenlik kavramına karşı öne sürülen itirazlar genellikle içinde bulunulan şartların etkisi çerçevesinde şekillenmektedir. Bu durum ise egemenlik tartışmasının her dönemde farklı ve kendine has bir yapıya bürünmesini sağlamıştır³³⁸. Ekonomik ilişkilerin yaşadığı değişimlerle uluslararası nitelik kazanması, uluslararası örgütlerin artan etkisi, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin salt iç mesele olmaktan çıkarak uluslararası bir sorun haline gelmesi, tartışmayı önceki dönemden farklılaştıran temel hususlardır³³⁹.

Egemenliği bölünmez, mutlak ve sınırsız olarak nitelendiren klasik egemenlik anlayışı çağdaş demokratik sistemlerle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla demokratik sistemlerde bu kuram terkedilmiştir. Modern egemenlik kuramında da devlet egemenliğinin iki yönü söz konusudur. Dış egemenlik devletin herhangi bir dış otoritenin kontrolü altında olmamasını ifade ederken, iç egemenlik ise bir devletin kendi ülkesi ve vatandaşları üzerinde en üstün otoriteye sahip olması anlamına gelir³⁴⁰ (iç egemenlik yerine kamu gücü kavramı da kullanılmaktadır³⁴¹). Egemenliğin kaynağının halk olarak görülmesiyle birlikte egemenlik sınırlanmış ve kuvvetler ayrılığı ilkesine göre bölünerek çeşitli devlet organları tarafından

³³⁴ Sunay, (2007), 26.

³³⁵ Sunay, (2007), 16.

³³⁶ Kapani, (2005), 54.

³³⁷ Bkz. Kapani, (2005), 55 vd.

³³⁸ Sunay, (2007), 15.

³³⁹ Sunay, (2007), 15.

³⁴⁰ Avcı, M. (2005). Klasik egemenlik kuramı ile günümüzdeki kamu hizmeti anlayışının çatışması. *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8, 72 vd.

³⁴¹ Denizeau, (2004), 11.

kullanılabilir hale gelmiştir³⁴². Günümüzde artık kuvvetler (yasama, yürütme ve yargı), *“devlet egemenliğinin bir parçasıdır ve fakat hiçbir zaman tek başına egemenliğin tamamı anlamını taşımaz.”*³⁴³

İdare hukukunun kamu hukukunun bir dalı olması ona temel niteliklerini kazandırmıştır. En önemlisi de devletin egemenliğinden idari faaliyetin temel hukuki aracını, yani kamu gücünü ortaya çıkarmıştır³⁴⁴. Hem hukuk dalları arasındaki hem de bahse konu iki kavram arasındaki yakın ilişki sonucu, egemenlik ve kamu gücü kavramları iç içe geçmiş, yakın ve hatta çoğu zaman karıştırılan, birbiri yerine kullanılan kavramlar olmuşlardır³⁴⁵.

Egemenliğin niteliklerine bakıldığında, bu kavramın kamu gücüyle arasındaki farkı ortaya koymak gerekir. Devlet bazı kamu gücü ayrıcalıklarından, onları bir başka hukuk süjesine devrederek ya da onunla paylaşarak vazgeçebilir. Bu durumda devlet egemenliğinden vazgeçmiş ya da onu sınırlandırmış değildir. Ancak yine egemenliğin gücüyle aldığı bir kararla kamu gücü ayrıcalığını paylaşmıştır³⁴⁶.

³⁴² Avcı, (2005), 72 vd.

³⁴³ Atay, (2008), 124.

³⁴⁴ Truchet, (2015), 25.

³⁴⁵ Mazéres, (2006), 13.

³⁴⁶ Denizeau, (2004), 12.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU GÜCÜNÜN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI TEMEL KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE TEMEL KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

2.1. KAMU GÜCÜNÜN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI TEMEL KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Kamu gücü kavramının idare hukukundaki kavramlarla ilişkisi, kamu gücünün idare hukukundaki yeri ve görünümünü tespit etmek için son derece önemlidir. Kavramın ilişkili olduğu hukuk devleti, kamu hizmeti, kamu yararı ve kuvvetler ayrılığı gibi kavramlardaki değişim ve dönüşümler, kamu gücü anlayışında da değişim ve dönüşümlere yol açmaktadır. Bu bakımdan bu değişim ve dönüşümleri incelemek, kamu gücü anlayışın günümüzde geldiği noktaya ilişkin yeni birtakım değerlendirmeler yapmaya da olanak sağlamaktadır.

2.1.1. Hukuk Devleti ve Kamu Gücü

Hukuk devleti anlayışının yerleşmesine kadar yaşanan süreçte, egemen kudret, kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasına ve verdiği zararlardan sorumlu tutulmasına yanaşmamıştır. Elbette her dönem egemen kudreti sınırlayan dini, ahlaki ya da geleneksel normlar söz konusu olmuştur. Ancak bu sınırlandırmalar objektif hukuki normlarla gerçekleşmediği için, bireyler adına hukuki bir güvence getirildiğinden söz etmek mümkün değildir. Kamu gücünün hukuk devleti anlayışıyla birlikte yaşadığı dönüşümü ortaya koyabilmek için Kıta Avrupa'sında idarenin kendini hukukla bağlı görmediği döneme de kısaca değinmek faydalı olacaktır.

2.1.1.1. Mülk Devlet ve Polis Devletinde Kamu Gücü Anlayışı: Sınırsızlık ve Sorumsuzluk

Hukuk devleti, tarihsel süreçte Kıta Avrupa'sındaki mülk devlet ve polis devleti anlayışlarından sonra 19'uncu yüzyılda ortaya çıkmıştır³⁴⁷. Yani hukuk devleti devlet sistemlerinin geçirdiği bir gelişmenin sonucudur³⁴⁸. Feodal sistemdeki mülk devlet, sınırsız egemenlik hakkını elinde görmekteydi. Sonrasında ise devletin kutsandığı, devlet adına yöneticilerin kendilerini hukukla bağlı görmedikleri polis devleti geldi.

Mülk devlet, hükümdarın mutlak iktidarına dayanan devlettir. Mülk kavramı güç ve otorite tekeline sahip olmayı ifade eder. Feodal sistemin geçerli olduğu Orta Çağ'da yaygın olan mülk devlette, devlet ve üzerindeki yaşayan insanlar, yani tebaa, hükümdarın kişisel mülküdür³⁴⁹. Ülkenin sahibi olan feodal beyin elinde bulundurduğu kamusal yetki ve ayrıcalıklar mülkiyet esasına dayanmaktadır³⁵⁰. Yani hükümdarın egemenliği, ülkenin ve buna tabi olan bireylerin maliki olmasından ileri gelmektedir³⁵¹. Güçlü merkezi yapının bulunmadığı bu sistemde feodal beyler kural koyma, kolluk, vergilendirme ve uyuşmazlık çözme gibi yetkilere sahiptir; yasama, yürütme ve yargı yetkisi feodal beydedir³⁵². Hükümdarın gücünü doğrudan kendi egemenlik yetkisinden aldığı mülk devlette, insan hak sahibi bir birey değil, *"hükümdarın mülkiyet hakkının konusu olan bir süjedir."*³⁵³ Hükümdar, egemenliği altında yaşayan insanların güvenliğini, huzur ve refahını sağlamak zorunda olsa da, bu konuda nasıl hareket edeceği, ne yapıp ne yapmayacağı yine kendi kişiliğine bağlıdır³⁵⁴. Derebeylerin sahip olduğu yetkiler bugünkü anlamda devlet anlayışının tanıdığı bir yetkiden değil, kişiliklerine bağlı hakka sahip olmalarından ileri gelmektedir³⁵⁵. Dolayısıyla mülk devlette temel hak ve özgürlüklerin korunduğundan

³⁴⁷ Atay, (2014), 101.

³⁴⁸ Eroğlu, H. (1963). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Kardeşler Matbaası, C.I, 20.

³⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 104. Atay, 106.

³⁵⁰ Atay, 107.

³⁵¹ Eroğlu, (1963), 20.

³⁵² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 104.

³⁵³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 104.

³⁵⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 104.

³⁵⁵ Eroğlu, (1963), 20.

veya kamu gücünün hukuki anlamda herhangi bir sınırı olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Mülk devlet sonrasında, 17 ve 18'inci yüzyıllarda Kıta Avrupası'nda hüküm süren mutlakiyetçi rejimler için polis devleti ifadesi kullanılmıştır³⁵⁶. Kontrolsüz ve sınırsız kamu gücünü işaret eden polis devleti kavramı, Almanya'da doğmuş ve idarenin hukukla bağlı olmadığını gösteren devlet tipini ifade etmek için kullanılmıştır³⁵⁷. Polis devletinde polis kavramı günümüzdeki kolluk ve zabıta anlamını taşımamaktadır. Bu kavram herhangi bir sınır kabul etmeyen devlet faaliyetleri için kullanılmıştır. Polis, hukukla bağlı olmayan üstün bir güç olarak³⁵⁸, kamu gücü anlamını taşımaktadır³⁵⁹.

Polis devletinde yöneticiler halka karşı hiçbir hukuk kuralıyla bağlı değildir. Yönetenlerin kamunun yararına gördüğü her türlü karar ve tedbir alınabilir³⁶⁰. Bu sistemde hukuk kuralları sıradan vatandaşlar içindir; devlet organlarını bağlamaz. Devletin kamunun yararına gördüğü faaliyetleri yürütebilmek için kullandığı sınırsız ve denetimsiz güce ise "polis kudreti" denmektedir³⁶¹. İdarenin hukukla bağlı olmadığı polis devletinde yöneten ve yönetilenler arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralları mevcut değildir³⁶². Dolayısıyla polis devletindeki bu kamu gücü anlayışından dolayı birey haklarına da yer verilmemektedir³⁶³.

Polis devletinin mülk devletten en önemli farkı, hükümdarın yetkilerini kendi şahsından değil, temsil ettiği devlet gücünden almasıdır³⁶⁴. Yani kamu gücünün kaynağı hükümdarın kişiliğinden değil, toplum düzenini temin için var olan, en üstün güç niteliğini haiz devlettir.

³⁵⁶ Günday, (2013), 37.

³⁵⁷ Eroğlu, (1963), 21.

³⁵⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 105. Günday, (2013), 38.

³⁵⁹ Balta, H. T. (1970/72). *İdare hukuku, genel konular*. Ankara, 86. Eroğlu, (1963), 21.

³⁶⁰ Bu durum Rousseau'nun şu sözünü akla getirmektedir; "*Egemen varlık, egemen olmak dolayısıyla, ne olması gerekse, her zaman odur.*" Rousseau, J. J. (2012). *Toplum sözleşmesi*. (çev. V. Günyol). İstanbul: Adam Yayınları, 12.

³⁶¹ Günday, 38.

³⁶² Günday, 38.

³⁶³ Chrétien, Chiffot, (2012), 105, (3. dipnot).

³⁶⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 105.

Polis devletinin sakıncalarını giderebilmek için Almanya'da 18'inci yüzyılın ortalarında hazine teorisi ortaya atılmıştır. Devlet hazinesi devletten ayrı bir özel hukuk kişiliği haline getirilmiş ve devletin bireye verdiği zararların tazmini için hazineye dava açılabilme imkânı ortaya çıkmıştır. Hukuk kurallarına bağlı olmayan kamu gücünün temsilcisi devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi, aleyhine dava açılabilen hazine birbirinden ayrılmıştır³⁶⁵. Yani kamu gücü hala sınır kabul etmemekte, sadece “katlan ama tazminat iste” ilkesini benimsemektedir³⁶⁶. Dolayısıyla bireyler tamamıyla yargısal teminat dışında bırakılmamıştır³⁶⁷.

Görüldüğü gibi mülk devlet ve polis devletinde kamu gücü hukuki bir sınıra ya da yargısal denetime tabi olmamıştır. Mülk devlette kutsanan hükümdar, polis devletinde ise devlettir. Hukuk ise sıradan vatandaş arasındaki ilişkilerde bir anlam ifade eder. Mülk devlette hükümdarın, polis devletinde ise devlet organlarının kullandığı kamu gücünün hukuki bir sınırı söz konusu değildir. Hazine teorisiyle birlikte devlet idarenin vatandaşlarına verdiği zararların tazmini yoluna gitse de hukuki bir sınırdan bahsetmek mümkün görülmektedir. Zira devlet istediği bir taşınmaza el atarak onu işgal edebilmekte veya istediği kişiyi istediği bir işte çalıştırabilmektedir³⁶⁸. Dolayısıyla kamu gücü, kamu hukuku alanında herhangi bir sınır ve sorumluluk kabul etmemektedir. Mali olarak sorumlu tutulabilecek olan devletten ayrı, özel hukuk kişisi olarak kabul edilen hazinedir. Bu devlet yapılarında kendinden üstün bir güç kabul etmeyen hükümdar ve onun temsil ettiği devletin sınırı ve sorumluluğu kabul edilmemektedir.

2.1.1.2. Kamu Gücünün Sınırlılığına ve Sorumluluğuna Geçiş Süreci ve Tutuk Adalet Anlayışı

Kamu gücünün sınırlandırılması fikri insanlığı çok eski çağlardan beri düşünmeye iten ciddi bir endişe olsa da³⁶⁹, hukuk devleti ilkesine ulaşana kadar bireyler ve egemen güç arasında uzun mücadeleler söz konusu olmuştur³⁷⁰. Şüphesiz yüzyıllar boyunca devletin egemen kudreti, dini, ahlaki veya geleneksel

³⁶⁵ Günday, (2013), 38.

³⁶⁶ Atay, (2014), 110.

³⁶⁷ Balta, (1970/72), 87.

³⁶⁸ Günday, (2013), 38-39.

³⁶⁹ Zabunoğlu, (1963), 1.

³⁷⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 103.

normlarla sınırlandırılmaya tabi olmuştur. Ancak bu sınırlandırmanın objektif ve bağlayıcı hukuk ilkeleriyle gerçekleştirilmesi, hukuk devleti ilkesiyle sonuca ulaşmıştır. İdarenin yargısal denetiminin ve idarenin sorumluluğunun hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurları olduğu bugün artık tartışmaya dahi açık değildir. Ancak egemen gücün karşısında bu iki unsurun sağlanması hiç de kolay olmamıştır.

İdarenin yargısal denetimi ve sorumluluğu ile bu prensiplerin uygulanabilmesi birçok engelle karşılaşmıştır. Bu noktada problem idarenin ajanları ve idari işlemler bakımından karşımıza çıkmıştır³⁷¹.

Fransız Devrimi sürecinde, kanuna uygun olarak, daha üst bir idari merci tarafından gönderilmediği sürece, memurların kamu görevlerine ilişkin olmak üzere mahkemelere çağırılmayacağına ilişkin hükümler söz konusuydu. Dolayısıyla devlet adına ve hesabına işlem yapan memur yargılanamadığına göre, yapılan işlem evleviyetle daha az “sorumlu” tutulmalıydı. Fransız Devrimi sürecindeki hukuki belgelerin hiçbirinde devletin genel sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmamaktaydı. Medeni Kanun zarar verenin verdiği zararı tazminine ilişkin genel prensibi kabul etmiş olsa da, devrimci yasa koyucu söz konusu devletin sorumluluğu olunca sessizliğini koruyordu³⁷². Egemen irade, memurların yaptıkları ihlallerden dolayı devletin sorumlu tutulamayacağı düşüncesine sahipti. Ayrıca memurların ötesinde, hükümetin siyasal sorumluluğu yeterliydi. Tamamen söz konusu bu egemen iradenin hizmetinde olan, hiyerarşik ve merkezileştirilmiş idare yapısı sorumluluğun tümüyle dışında bırakılmıştı. Aynı zamanda idare egemenliğin de bir parçasına sahipti. Söz konusu dönem devlet yönetiminde hâkim olan düşünceye göre devleti ve egemenliğini sorumlu tutmak mümkün değildi. Bu noktada Danıştay denetiminin karşılaştığı, uzun zaman aşılmaz görünen engellerini hatırlıyoruz; egemenlik ve hükümet tasarrufları, otorite ya da kamu gücü işlemleri; yani devletin üstün iradesine bağlı işlemler. Söz konusu işlemler hukuk devleti anlayışının yerleşmesinden sonra dahi uzunca bir süre idari yargı denetiminin dışında tutulmuştu. İşte bu yapının otoriter tutumu ve mutlakiyetçiliği, kamu gücü

³⁷¹ Rousset, (1960), 29.

³⁷² Rousset, (1960), 30.

kavramının, daha sonra ilerleyerek etkisini anayasa ve idare hukuku üzerinde de gösterecek olan demokrasi fikrine uygunlaşmasını güçleştiriyordu³⁷³.

11 Haziran 1806 tarihinde yürürlüğe konan bir kararnameyle Fransız Danıştayı'nda yargılama faaliyetlerini yerine getirmek üzere bir Uyuşmazlık Komisyonu oluşturulmuştur. Bu komisyonun yargılama sonucunda verdiği kararların hukuk dünyasında yürürlüğe girebilmesi için Devlet Başkanı'nın onayına ihtiyaç duyulduğundan, Komisyon kararları için olsa olsa "yargı kararı tasarısı" denilmesi doğru olacaktır³⁷⁴.

Fransa'da 1870 İhtilali sonrasında başlayan III. Cumhuriyet döneminde yürürlüğe konulan 24 Mayıs 1872 tarihli yasayla Fransız Danıştayı bünyesinde bir dava dairesi oluşturulmasıyla günümüz idari yargısının yargılama anlamında ilk adımlarının atıldığı kabul edilmektedir. Fransa'da yargı kararının yürürlüğe girmesi için Devlet Başkanı'nın onayına ihtiyaç duyulması gereken dönemden söz konusu döneme kadar geçen süreci anlatmak için öğretici tarafından "tutuk adalet" kavramı kullanılmıştır³⁷⁵. *"Tutuk adalet, idarenin kendi tanıdığı sınırlarda, kendi istediği kadar denetlenmesidir."*³⁷⁶ Her ne kadar o dönem Komisyonca çıkarılan "yargı kararı taslağı"nın Devlet Başkanı'nca incelenmeksizin onaylanması bir gelenek haline dönüşmüş olduğundan tutuk adalet sisteminin uygulamada hiçbir zaman var olmadığı söylene de³⁷⁷, bu sistemde idareye bağımlılık söz konusudur³⁷⁸. İdare kullandığı kamu gücünün başka hiçbir güç tarafından denetlenmesini istememiş, kendisi ve işlemleri hakkında nihai kararı yine kendisinin verme ayrıcalığını elinde tutmaya çalışmıştır.

Osmanlı Devleti'nde ise idarenin denetlenmesi bireylerin idarenin keyfiliğine karşı hukuki olarak korumasından çok, idarenin düzenlenmesi ve düzeltilmesini amaçlıyordu. Başlangıçta denetim idare üzerinde değil, idare edenler üzerinde gerçekleşmekteydi³⁷⁹. Söz konusu dönemde Osmanlı Devleti'nde de Şura-yı

³⁷³ Rousset, (1960), 31.

³⁷⁴ Erkut, (2004), 26-28.

³⁷⁵ Erkut, (2004), 26-28.

³⁷⁶ Karahanoğulları, (2005), 102.

³⁷⁷ Erkut, (2004), 31.

³⁷⁸ Erkut, (2004), 30.

³⁷⁹ Karahanoğulları, (2005), 251-252.

Devlet'in yargısal ve idari kararları onaya tabiydi. İl idare meclislerinin idare davalarında verdikleri kararlar ise, başka bir idare makamının onayı gerekmeksizin yürürlüğe girebiliyordu. Yani en azından il düzeyinde o dönem için tutuk adalet anlayışının terkedilerek, *“idareyi denetleyen birimin, bunu, idareden bağımsız biçimde bir devlet yetkisi kullanımı olarak yerine getirmesi”*³⁸⁰ anlamına gelen yetkili (bağımsız) adalet anlayışına geçildiği söylenebilir³⁸¹.

2.1.1.3. Hukuk Devletinde Kamu Gücü Anlayışı: Sınırlılık ve Sorumluluk

Rousseau'nun *“Egemen kudretin özünde asla sınırlanmamak özelliği vardır. O, ya her şeye muktedirdir; ya da hiçbir şey değildir.”* anlayışından yola çıkan sistemler, devlet kudretinin sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir³⁸². Ancak devlet kudreti ile egemenlik ve dolayısıyla kamu gücü sınır kavramının zıddı değildir³⁸³.

19'uncu yüzyılın sonlarında, sınırlandırılmaz ve denetlenemez kamu gücü anlayışının terkedilmeye başlamasıyla, idare hukuku perspektifi de değişmiştir. İdare hukuku sadece idare için ayrıcalıklar hukuku olmak görünümünden uzaklaşarak, kamu hizmetinden yararlananların haklarını koruyan bir hukuk alanı haline gelmeye başlamış ve idare, hukukun boyunduruğu altına alınarak idare hukuku hukuk devletinin gereklerine uyumsuz olmaktan kurtarılmıştır³⁸⁴.

En genel anlamda hukuk devleti teorisi, doğrudan doğruya ve sadece *“vatandaşların yararı”* ve *“vatandaşların korunması”* amacı üzerine kurulmuş³⁸⁵ ve sınırsız yasama gücünü öngören *“kanun devleti”* anlayışına karşı yapılan savaşın bir aygıtı olarak görülmüştür. Böylece yasalar da anayasal denetime tabi olmak üzere denetim altına alınmıştır³⁸⁶.

Hukuk devleti anlayışının hâkim olduğu günümüzdeki modern devlette, devletin egemen kudreti ve otoritesi sınırsız değildir³⁸⁷. Hukuk devletinde kamu

³⁸⁰ Karahanoğulları, (2005), 102.

³⁸¹ Karahanoğulları, (2005), 101.

³⁸² Zabunoğlu, (1963), 3.

³⁸³ Zabunoğlu, (1963), 4-5.

³⁸⁴ Chevallier, (1988), 58.

³⁸⁵ Chevallier, J. (2010). *L'Etat de droit*. (5. Edition). Paris: Montchrestien, 30.

³⁸⁶ Chevallier, (2010), 31.

³⁸⁷ Atay, (2014), 103.

gücü, hukukla sınırlandırılmış ve ona bağımlı kılınmış, yani hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir³⁸⁸. Hukuk devletinde idarenin genel hukuk ilkelerinin, anayasanın ve yasaların tanıdığı yetkilerin dışında, sınırsız ve keyfi bir ayrıcalığı söz konusu olamaz³⁸⁹. Zira idare ne denli güçlü olursa olsun, hukukun egemenliği altındadır. Bu hukuk sadece meclis tarafından oylanan yasalar değil, hukukun genel ilkelerini de kapsayan hukuktur³⁹⁰. Bu bakımdan hukuk devleti teorisinin gelişmekte olan idare hukuku öğretisine “sağlam bir dayanak” işlevi gördüğünü belirtmek gerekir. Öyle ki hukuk devleti teorisi, iptal davası vasıtasıyla, idari işlemlerin idari yargı tarafından gittikçe genişleyen denetimini ve gittikçe gelişen idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunu desteklemiştir. Böylece artık “idarenin bir ayrıcalığı” olarak değil, bireylere sunulan teminatları pekiştiren, onlara güç katan bir araç olarak tasarlanan, yeniden kurgulanmış gerçek bir idare hukukunu ortaya çıkarmıştır³⁹¹.

Hukuk devletinin herkesçe kabul edilen tam ve eksiksiz bir tanımını yapmak mümkün görülmediğinden genel olarak unsurların bileşiminden yola çıkılarak ne olduğu ortaya konulmaya çalışmaktadır. Ancak *“tanımların ortak niteliği ve hareket noktası, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı, bireylerin ve temel hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Kısacası, hukuk devletinin nihai amacı, ulaşmak istediği nokta, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesidir.”*³⁹² Bu durumu Danıştay da bir kararında *“T.C. Anayasasının 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel niteliklerinden olan ‘hukuk devleti’ ilkesi, vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçüsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir.”* şeklinde ifade etmiştir³⁹³.

Kamu gücü ayrıcalıklarının yanında, idarenin aynı zamanda yükümlülükleri de söz konusudur. Her şeyden önce idarenin, evrensel bir yükümlülük olan hukuka

³⁸⁸ Atay, (2014), 103.

³⁸⁹ Atay, (2014), 104.

³⁹⁰ Chrétien, Chiffot, (2012), 105.

³⁹¹ Chevallier, (2010), 32.

³⁹² Atay, (2014), 113.

³⁹³ Danıştay, 2.D., 02/03/2016, E.2016/309, K. 2016/997. İnternet: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>. 20 Haziran 2016'da alınmıştır.

saygı gösterme zorunluluğu vardır³⁹⁴. Kamu gücü hiçbir şekilde “kesin ve şartsız”, “hami ve gizemli”, “kendi başına sahip olduğu eksiksiz ve mükemmel egemenliği kimseye ve hiçbir şeye borcu olmayan” bir kavram olarak görülemez³⁹⁵. İdare hukukunda idarenin gücü (ve etkinliği) ile birey hakları (ve bunların etkin teminatı) arasında, idari otoritelerin faaliyet özgürlüğü ile idarenin yargısal denetimi arasında ihtiyaç duyulan dengenin sağlanması gerekir³⁹⁶.

İdarenin yargısal denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarındandır. Bu denetim kamu gücü kullanan devlet karşısında bireyin zayıf konumda olması ve bu sebeple korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır³⁹⁷. Danıştay İdari Dava Daireleri bir kararından bu durumu şu sözlerle ifade etmiştir; *“Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlı kalan devlettir. Hukuk devletinin başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin öğeleridir. Hukuk devleti ilkesinin temel ögesi, yasalar da dâhil olmak üzere, Devletin tüm organlarının faaliyet ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarının yargı denetimine tabi tutulmasıdır.”*³⁹⁸

“Bireylerin hukuk güvenliğini tüm gerekleriyle gözetin ve yerine getiren devlet” olarak da tanımlanan “hukuk devleti” ilkesinin özünü *“kamu kudretinin her türlü tasarrufunda öncelikle hukukla bağlı olarak, adil davranma yükümü altında olduğu ve yargı fonksiyonu ile yargısal denetim mekanizmalarının kamu gücünde ortaya çıkabilecek aksi yöndeki sapmaları hukuk düzeninden kaldırabilme güç ve etkinliği ile donatılmaları gereği”* oluşturmaktadır³⁹⁹.

Devletle olan organik bağı dolayısıyla birtakım özel hareket araçlarıyla donatılan idare, maddi ve hukuki görünümü altında, uygulama, yönetme ve zor

³⁹⁴ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 100.

³⁹⁵ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 100. Picard, (1999), 11.

³⁹⁶ Truchet, (2015), 15. Vigouroux da, idari yargıda hukukilik, saygı duyulması gereken temel haklar ve idarenin gereksinimleri arasındaki dengeye vurgu yapmaktadır. Vigouroux, (2013), 10.

³⁹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 145.

³⁹⁸ Danıştay, İDDK, 29/04/2010, E. 2009/901, K. 2010/903. Ayrıca bkz. Danıştay, İDDK, 19/04/2007, E. 2005/2988, K. 2007/555, Danıştay, 8.D., 24/12/1998, E. 1997/1959, K. 1998/4563, Danıştay, 8.D. 15/06/1998, E. 1998/397, K. 1998/2243. İnternet: 18 Haziran 2016’da alınmıştır. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>.

³⁹⁹ Erkut, (2004), 18.

kullanma tekelini düzenlemekle görevlidir. Dolayısıyla idare hukuku, eşitsizlik ve tek yanlı bir yapı olarak nitelendirilmektedir. Ancak şüphesiz hukuk devleti, bu gücü hukukun egemenliği altına alma amacını taşımaktadır. Hukuk devleti anlayışının merkezinde, devlet organlarının mülkiyet hakkı sahibi gibi davranmasının önüne geçme prensibi yer almaktadır. Tüm hukuki tasarrufların ya da maddi güç kullanımlarının bir hukuki norma dayanması zorunludur. Bu yüzden güç kullanımı tamamen hukukla çerçevesi çizilmiş bir yetki olarak ortaya çıkmaktadır. İdare de kamu hizmetinden yararlananlar da aynı derecede hukuka tabidir. Başka bir deyişle yasa önünde eşitlik söz konusudur. Bu sebeple hukuka tabi olmak bakımından, idare hukuku bir eşitsizlik hukuku değil, yasaya uygunluk hukukudur. Hukuk, idareye faaliyette bulunurken bazı ayrıcalıklar sağladığı gibi, aynı zamanda gücünü de sınırlandırmaktadır⁴⁰⁰.

Kamu gücünün hukukla sınırlandırılması ve yargısal denetimiyle birlikte idarenin sorumluluğu da hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir. İdarenin sorumluluğu kavramı, idare hukukunun diğer birçok kurumu gibi oldukça genç bir kavramdır. Tarihsel köken olarak bireysel sorumluluk kavramının geçmişte çok daha eskilere dayanır. 19'uncu yüzyıldan itibaren hem devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesinin artmasıyla ortaya çıkan "müdahaleci devlet" fikri ve Fransız Devrimi ile başlayarak yerleşmeye başlayan "hukuk devleti" anlayışı, devleti sorumsuzluk sahasından sorumluluk sahasına doğru itmeye başlamıştır. Devletin sorumluluğunun, önceleri özel hukuk kişisi gibi davrandığı eşitler arası ilişkilerden kaynaklanan ve özel hukuk hükümlerinden doğan sorumluluk olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Devletin, özel hukuk hükümlerinden doğan sorumluluğu yetersiz kalınca, kamu gücü kullanarak, tek yanlı olarak yaptığı işlem ve eylemlerden dolayı kamu hukuku kurallarından doğan sorumluluğu ortaya çıkmıştır⁴⁰¹. Kamu hukukundan doğan sorumluluk açısından da, demokratik hukuk devletlerinde önceleri idarenin kamu hizmeti görürken işlediği kusurlardan dolayı meydana gelen kusur sorumluluğu, yani hizmet kusuru kavramı ortaya çıkmış, daha sonra ise bazı

⁴⁰⁰ Chevallier, (1988), 59-60.

⁴⁰¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 154 vd. Atay, E. E., Odabaşı, H., (2010). *Teori ve yargı kararları ışığında idarenin sorumluluğu ve tazminat davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 39-52.

durumlarda idarenin kusurunun aranmaksızın sorumluluğu yoluna gidilebilecek kusursuz sorumluluk hallerinden söz edilmeye başlanmıştır.

2.1.1.4. Kamu Gücü Anlayışında Yeni Eğilim: Bireyin Rızası ve Dinlenilme Hakkı

İdarenin “*bireylerin hak ve yararlarına kamusal güç kullanarak müdahale etmeden önce hukuken düzenlenmiş bir süreçte, yargılama organlarının hüküm vermek üzere yaptıkları soruşturmaya benzer bir soruşturma yapması ve ilgililere iddia ve savunmada bulunma imkânını vermesini*” ifade eden idari usul⁴⁰², getirdiği ilkelerle birlikte kamu gücünü yumuşatmış ve bireyin idari işlemin yapılış sürecine katılımını sağlamaya başlamıştır. Waline, bilgi edinme ve belgelere erişim hakkı, bazı idari işlemlerde gerekçe gösterme zorunluluğu gibi idari işlemin “buyurucu” karakterini hafifleten reformlar sayesinde, son yıllarda bireylerin iradesinin idarenin iradesine olan bağımlılığının yumuşatıldığını belirtmektedir⁴⁰³. Bir idari usul ilkesi olarak “dinlenilme hakkı” ise bu noktada ayrı bir öneme sahiptir. Zira ilgili, dinlenilme hakkı sayesinde, hakkında tesis edilecek işlemin yapılış sürecine katılma imkânına sahip olmakta ve idarenin kullanacağı kamu gücü karşısında görüşlerini ifade edebilmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlığıyla 28 Eylül 1977 tarih ve 77(31) sayılı tavsiye kararında, üye ülkelerin idareye ilişkin hukuk ve uygulamada yararlanması için belirlemiş olduğu beş temel ilkedен⁴⁰⁴ biri de dinlenilme hakkıdır⁴⁰⁵.

Avrupa Komisyonu’nca 13 Eylül 2000 tarihinde, halk ile Komisyon arasındaki ilişkilerin hangi kurallar dâhilinde gerçekleşeceğini göstermek ve kaliteli bir hizmet sunulmasını sağlamak amacıyla kabul edilen “Avrupa Komisyonu İyi Yönetim

⁴⁰² Akyılmaz, B. (2000). *İdari usul ilkeleri ışığında idari işlemin yapılış usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 70-71.

⁴⁰³ Waline, J. (2014). *Droit administratif*. (25. Edition). Paris, Dalloz, 415.

⁴⁰⁴ Beş temel ilke dinlenilme hakkı, bilgi kaynaklarına giriş, hukuki yardım ve temsil, idari işlemlerin gerekçeli olması ve işleme karşı başvuru yollarının belirtilmesidir. Akıllıoğlu, T. (1981). Bireyin yönetsel işlemler karşısında korunması ve yönetim hukukumuz. *AİD*. 14 (3), 39.

⁴⁰⁵ Akıllıoğlu, T. (1983). *Yönetim önünde savunma hakları*. Ankara: TODAİE, 194-196. Akıllıoğlu, (1981), 40. Akyılmaz, (2000), 141.

Yasası'nın⁴⁰⁶ 16'ncı maddesinde "Dinlenilme ve Görüş Bildirme Hakkı" düzenlenmiştir.

13-14 Ekim'de Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulan ve kabul gören Avrupa Temel Haklar Şartı, 7-8 Aralık 2000'deki "Nice Zirvesi"nde onaylanarak resmiyet kazanmıştır. AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin, vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenleyen Temel Haklar Şartı'nın, "iyi yönetim isteme hakkı"nı düzenleyen 41. Maddesinin ikinci fıkrasında dinlenilme hakkı yer almaktadır; *"Bu hak, herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkını... içerir."*⁴⁰⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "İyi İdare" konusunda üye devletlere yönelik 20 Haziran 2007 tarih 2007 (7) sayılı tavsiye kararının 14'üncü maddesinde ise dinlenilme hakkını şu şekilde tanımlamaktadır;

"Birel İşlemlerde Özel Kişilerin Dinlenilme Hakkı"

*İdare özel kişilerin haklarını doğrudan ve olumsuz etkileyecek bir birel işlem yapmayı tasarladığında ve bu kişilere görüşlerini açıklama imkânı verilmediğinde, bu kişiler, açıkça gereksiz değilse, makul bir sürede ve ulusal hukuk tarafından tanınmış biçimde ve gerektiğinde seçtikleri bir kişinin yardımıyla görüşlerini açıklama imkânına sahiptir."*⁴⁰⁸

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2007 (7) sayılı tavsiye kararının 8'inci maddesi dinlenilme hakkı ile bağlantılı olan "katılım ilkesi"ni düzenlemektedir. Buna göre; *"Acil durumlar dışında idare, özel kişilere, hak ve çıkarlarını etkileyen idari kararların hazırlığına ve uygulanmasına uygun araçlarla katılma olanağı tanır."*⁴⁰⁹

Türk hukukunda genel bir idari usul yasası bulunmadığından dinlenilme hakkının da idarenin tüm faaliyetlerini kapsayacak biçimde var olduğunu söylemek

⁴⁰⁶ Akyılmaz, B. (2003). İyi yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası. *GÜHFD*. 7 (1-2), 7.

⁴⁰⁷ Akyılmaz, (2003), 3.

⁴⁰⁸ Kararın tam metni için bkz. Karahanoğulları, O. (2015). *İdarenin hukukla kavranması: yasallık ve idari işlemler (yargı kararlarına dayalı bir inceleme)*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Yayınevi, 690 vd. Ayrıca bkz. Karahanoğulları, O. (çev). (2007). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iyi idare konusunda üye devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı. *Danıştay Dergisi*, (116). (İnternet: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, 20 Mayıs 2015'te alınmıştır).

⁴⁰⁹ Karahanoğulları, (2012), 646.

güçtür⁴¹⁰. Ancak disiplin hukukundaki savunma hakkı⁴¹¹ bu alanda bireylere dinlenilme hakkı getirmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Kuruma İtirazen Şikâyet Başvurusu” başlıklı 56’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında Kamu İhale Kurumunun incelediği kamu ihalelerine yönelik itirazen şikâyet başvurularında, Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verileceği ve bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililerin dinleneceği öngörülmüştür. Ancak görüldüğü gibi ilgililerin dinlenilip dinlenilmeyeceği konusunda takdir yetkisi Kurula aittir. Ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ilgili maddelerinde düzenlenen savunma hakkı, dinlenilme hakkına örnek teşkil etmektedir. Kanun Kurulun yapacağı soruşturmalarda, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağını öngörerek dinlenilme hakkının tanınmasını bir nevi zorunlu tutmuştur (Madde 44/3). Yine Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile dinlenilme hakkını da içeren idari usul ilkeleri düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü gibi bireyin iradesini reddeden klasik kamu gücü anlayışı yumuşamakta, bireylerin de karar alma süreçlerine katılımı sağlanması giderek önem kazanmaktadır.

Demokratik rejimlerde “rıza” toplumun iktidara katılım araçlarıyla sağlanmaktadır⁴¹². Günümüzde kamu gücü ayrıcalıkları sonsuz ve sınırsız homojen bir blok oluşturmamaktadır. Örneğin Avrupa Birliği Hukukunda kamu gücü ayrıcalıklarının çoğu çok sıkı koşullarda onaylanıp verilebilecek özel ve istisnai haklar olarak değerlendirilmektedir⁴¹³. Kamu gücünün klasik görünümü olan, “buyurma” ve “itaat” yumuşamakta ve “rıza” kavramı da kamu gücüyle birlikte anılmaya başlanmaktadır. Weber’e göre salt güç bir sosyal ilişkide karşı tarafın

⁴¹⁰ Akyılmaz, (2000), 142. Ancak Akıllıoğlu, bu hakkı çeşitli anayasal ilkelerle ilişkilendirmiş ve kanuni bir düzenlemeyle öngörülmemiş olsa da uygulanabilir olduğu görüşünü savunmuştur; hukuk devleti ilkesi öncelikle insan haklarına saygı gösteren bir devleti gerektirir. Anayasa mahkemesi de hukuka uygunluğu sadece iç hukuk kurallarındaki kurallara uygunluk olarak değil, uygar ülkelerde kabul görmüş genel hukuk ilkelerine uygunluğu da kapsayacak şekilde genişletici bir yorumla “benimseme” (reception) yöntemini uygulamaktadır. Buna göre hukukumuzda, bilinen hukuk sistemlerinde temel bir hak olan dinlenilme hakkına ilişkin düzenleme yer almasa da hukuk devleti ilkesi ekseninde uygulanması kabul görebilir. Akıllıoğlu, (1981), 41.

⁴¹¹ Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 130’uncu maddesinin birinci fıkrası; “Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez” hükmüyle savunma hakkını düzenlemektedir.

⁴¹² Sezginer, M. (2010). *Günümüz demokrasilerinde kuvvetler ilişkisi ve 1982 Anayasası’nda sorunlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 21.

⁴¹³ Truchet, (2015), 48.

direnmesine ve aksi yönde iradesine rağmen üstün gelebilme imkânıdır. Hâkimiyet ise emre itaat edebilecek kişileri bulabilme imkânıdır⁴¹⁴. İşte bu noktada karşımıza çıkan iki temel kavram ise “meşruiyet” ve “rıza”dır. Mazéres kamu gücünün ne olduğunu sorguladığı çalışmasının sonunda Nietzsche’nin Böyle Buyurdu Zerdüş adlı eserinde kullandığı üç metafor olan deve, aslan ve çocuğa atıfta bulunmaktadır. Ona göre deve bağımlılığın, ezilmenin ve boyun eğmenin, buna karşın aslan ise egemen ve hâkim gücün temsilcisidir. Güç ile boyun eğme arasındaki karşıtlıkta ise çocuğun masumiyeti ve rızası yer almaktadır. Bu noktada kamu gücü de, sadece aslanın heybetine karşı boyun eğen devenin itaatini değil, aynı zamanda masum çocuğun rızasını, kendiliğinden kabulünü ortaya çıkaran güç olmaktadır⁴¹⁵.

Kutlu, siyasi iktidar-toplumsal rıza ve itaat ilişkisini şu sözlerle ifade etmektedir; *“Kamusal gücü kullanan devlet ortaya koyduğu işlevleriyle halk üzerinde kamusal işlemlerde bulunur, bu eylemleriyle halkta olumlu ya da olumsuz değerler ve düşünceler bırakır. Salt güce dayanan bir siyasi iktidar sürekli toplumsal esenlik sağlamaktan uzaktır. O halde halkın yönetime rıza göstermesi ve onun işlevlerine itaat etmesi gerekir. Rousseau’nun dediği gibi, ‘en güçlünün gücünü hak, boyun eğmeği de ödev biçimine sokmadıkça hep egemen kalacak kadar güçlü değildir’. Sonuçta siyasi iktidar, iki unsurun bir araya gelmesiyle oluşur: Başkaları için emir vermek, bu emirleri yerine getirme araçlarına sahip olmak, birinci unsurun yerine gelebilmesi için yetkilendirme gerekir, yetki yasadan gelir, ikinci unsurun yerine gelebilmesi için meşru kılınmış güç gerekir, meşru güç diyorum çünkü içinde toplumsal rıza vardır, itaat ancak bu şekilde kurulabilir.”*⁴¹⁶ Siyasi iktidar için yapılan bu yorum daha mikro düzeyde, idare ve faaliyetlerine de uygulanabilir. O halde kamu gücünü kullanan idare, işlevlerini yerine getirmek için bireyler üzerinde idari işlemler tesis eder ve eylemlerde bulunur. İdarenin bu tasarrufları bireyler üzerinde olumlu ya da olumsuz değerler ve düşünceler bırakır. Salt güce dayanan idare kamu yararı ve kamu düzenini sağlamaktan uzaktır. Dolayısıyla bireyi idari işlemin yapılış sürecine katan idari usul ilkeleri, toplumsal rıza ve itaatin sağlanması için son derece önemlidir. Kamu gücü fikrinde bireyin rızası temelli dönüşüm ve gelişim, idarenin

⁴¹⁴ Mazéres, (2006), 15.

⁴¹⁵ Mazéres, (2006), 35.

⁴¹⁶ Kutlu, M. (2001). *Kuvvetler ayrılığı temelleri-gelişimi hukuk devletinin kökenleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 50.

gücünde ve ayrıcalığında azalma gerçekleşmesini değil, aksine, toplumsal itaatin daha güçlü ve rıza temelli sağlanması suretiyle, idarenin hareket etmesini kolaylaştıran ayrıcalık araçlarını daha etkin kullanmasını sağlayacaktır. İdarenin idare hukuku sahasındaki fiili ve hukuki üstünlüğü, bireylerin algısında “daha meşru bir güç” haline gelmesi, aynı zamanda idarenin kullandığı kamu gücünü salt güç olmaktan kurtararak Mazéres’in ve Kutlu’nun işaret ettiği “modern hukuk devletine uygun güç” biçimini alacaktır.

2.1.2. Kamu Hizmeti ve Kamu Gücü

Kamu hizmeti de kamu gücü gibi idare hukukunun etrafında şekillendiği kavramlardan biridir. Hatta öyle denebilir ki, idare hukuku bu iki kavram üzerine inşa edilmiştir. İdare hukukuna ilişkin kavramların tanımlanmasında ve idare hukukunun uygulama alanını belirlemede iki kavrama da sıklıkla başvurulmaktadır. Bu bakımdan iki kavram arasında bir rekabetin olduğundan bahsedilebilir. Rekabetin dışında, kamu hizmetinin kamu gücü varlığının gerekçesini oluşturması, daha önemli bir ilişkiyi de ortaya koymayı gerekli kılmaktadır.

2.1.2.1. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti kavramı kamu gücüyle birlikte idare hukukunun temel kavramlarından biridir. Kamu gücü ayrıcalıklarını kullanan idarenin varlık sebebi ve faaliyetlerinin sınırı en soyut anlamda kamu yararıdır. Soyut anlamdaki kamu yararının yasama organınca somutlaştırılması, kamu gücü kullanılarak yürütülecek olan hizmetlerin planlanıp kararlaştırılması ve düzenlemeye tabi kılınması sonucunda ise kamu hizmetleri ortaya çıkar⁴¹⁷.

İdari faaliyetin konusunu oluşturan kamu hizmetinin sürekli değişmesi ve gelişmesi tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır⁴¹⁸. Chapus kamu hizmetini, kamu yararı amacıyla bir kamu tüzel kişiliği tarafından yüklenilen ya da güvence altına alınan faaliyet olarak tanımlamıştır⁴¹⁹. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “geniş

⁴¹⁷ Atay, (2014), 577-578.

⁴¹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 548.

⁴¹⁹ Chapus, R. (1968). Le service public et la puissance publique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, 84 (1-3), 239.

tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez.”⁴²⁰

Danıştay da kararlarında geniş anlamda kamu hizmetini aynı yönde tanımlamaktadır⁴²¹: *“Kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir.”⁴²²*

Günümüzde kamu hizmetleri sadece idare tarafından ifa edilmemektedir. Artık idarenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerin de kamu hizmeti görmesi mümkündür⁴²³. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre; *“ ‘Kamu hizmeti kavramı’nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.”⁴²⁴*

⁴²⁰ Anayasa Mahkemesi, 22/02/2012, E. 2011/53, K. 2012/27, R.G. Tarih-Sayı: 06/07/2012-28345. Anayasa Mahkemesi, 09/12/1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. Tarih-Sayı: 24/01/1995-22181. Anayasa Mahkemesi, 28/06/1995, E. 1994/71, K. 1995/23, R.G. Tarih-Sayı: 20/03/1996-22586.

⁴²¹ *“Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”* Danıştay, 5.D., 15/04/2009, E. 2007/6860, K. 2009/2011, *Danıştay Dergisi* Sa. 123. Danıştay, 2.D., 30/11/2011, E. 2008/3392, K. 2011/5944, *Danıştay Dergisi*, Y. 2012, Sa. 129.

⁴²² Danıştay, 1.D., 17/04/2000, E. 2002/29, K. 2000/59, *Danıştay Dergisi*, Sa. 104.

⁴²³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 549.

⁴²⁴ Anayasa Mahkemesi, 09/12/1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. Tarih-Sayı: 24/01/1995-22181.

Öğretide bir hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olarak belirlenemeyeceğine ilişkin genel bir görüş vardır⁴²⁵. Bu noktada yasama organının iradesi önem kazanmaktadır⁴²⁶. Hatta Truchet kamu hizmetini belli faaliyetler üzerine siyasi iktidar tarafından yapıştırılan bir etiketten ibaret görmektedir⁴²⁷. Sonuç olarak kamu hizmeti, “*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare veya onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyetler*” olarak tanımlanabilir⁴²⁸.

2.1.2.2. Kamu Hizmeti ve Kamu Gücü İlişkisi

Kamu gücü ve kamu hizmeti kavramları, idare hukukunun uygulama ve idari yargının görev alanını belirlemede rakip iki kavram olarak görülmektedir⁴²⁹. Bu sebeple kamu gücü ve kamu hizmeti arasındaki ilişki genelde bu rekabet üzerinden şekillenmektedir. Ancak idare hukukunun bu iki temel kavramı arasında, rekabetten çok daha hayati bir bağ söz konusudur.

Klasik kamu hizmeti anlayışına göre devlet iktidarının veya kamu adına hareket etmenin meşruluk kriteri kamu hizmetidir. Buna göre kamu hizmeti sunan idarenin (klasik anlayışa göre “idare edenlerin”), kamu hizmetinden yararlananlara (klasik anlayışa göre “idare edilenlere”) emir verebilmeleri, yasaklar koyabilmeleri ve onları cezalandırabilmelerinin tek meşruluk kriteri bunların kamu hizmetlerinin sağlanması amacıyla yapılmasıdır⁴³⁰. Hatta kamu hizmeti öğretisine göre devletin varlık nedeni toplumun iyiliğine çalışmak, kamu için gerekli ve yararlı olan girişimlerde bulunmak ve faaliyetleri yerine getirmektir⁴³¹.

⁴²⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 548. Gözübüyük, Tan, (2013), 585. Gülan, A. (1988). Kamu hizmeti kavramı. *İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı*, Y.9, (1-3), 155. Günday, (2013), 331. Ulusoy, A. (2004). *Kamu hizmeti incelemeleri*. Ankara: Ülke Kitapları, 28-29.

⁴²⁶ Bkz. Gülan, (1988), 151-154.

⁴²⁷ Ulusoy, A. (2004). Anayasa Mahkemesi’nin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yollarına yaklaşımı hakkında bir değerlendirme. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 61.

⁴²⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 550.

⁴²⁹ Gondouin, Insegruet-Brisset, Van Lang, (2015), 372.

⁴³⁰ Ulusoy, A. (1998). Kamu hizmeti anlayışında yeni yönelimler: Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti teorilerine etkileri. *AİD, TODAİE Yayınları*. No:31/2, 21.

⁴³¹ Karahanoğulları, O. (2002). *Kamu hizmeti; kavram ve hukuksal rejim*. Ankara: Turhan Kitapevi, 54 vd.

Kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin bir hizmeti genel hukuku aşan bir rejime göre gerçekleştirmesi yönündeki iradesini de ortaya çıkarmaktadır. Yani kamu gücü ayrıcalıklarının varlığıyla kamu hizmeti rejimi, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde başvurulacak hukuku aşan bir rejim haline gelmektedir⁴³².

Burdeau, kamu gücü ve kamu hizmetini, idare hukukunun etrafında kurulduğu “iki büyük katedral” olarak nitelendirmektedir⁴³³. Yani idare hukuku temellerini iki “ayak”, “kolon” veya iki “temel direk” olarak nitelendirilebilecek kamu gücü ve kamu hizmetinde bulmaktadır⁴³⁴. İdare hukuku tümüyle, biri kullanılan araçlara (kamu gücü) diğeri ise güdülen amaçlara (kamu hizmeti) ilişkin olan bu iki kavrama dayanmaktadır⁴³⁵.

“Güç” ve “hizmet” fikirlerinin birlikteliği üzerine kurulan idari rejim, kimi idare lehine kimi kamu hizmetinden yararlananlar lehine hükümler getiren normların oluşturduğu bir bileşimdir. Bu da idari rejime iki yönlü bir karakter kazandırmaktadır⁴³⁶. Yani idare hukuku ne kamu hizmetinden ne de kamu gücü ayrıcalıklarından bağımsız düşünülemez. Burada idare hukuku tarihinde çok önemli bir yere sahip iki önemli kişilikten bahsetmek gerekir. Maurice Hauriou idare hukukunu kamu gücü kavramı üzerine, Leon Duguit ise kamu hizmeti kavramı üzerine inşa etmiştir. Bu iki yazar fikri anlamda idare hukukunu yapılandırmış ve idare hukukunun temel kurucu unsurlarına ilişkin araştırmalarda bulunmuştur. İdare hukukunu ortaya çıkaran, bugün de halen etkilerini devam ettiren, iki yazarın temellerini oluşturduğu kamu gücü ve kamu hizmeti fikirlerinin sentezidir. İki yazarın düşünceleri “Kamu Gücü Ekolü” ve “Kamu Hizmeti Ekolü” olarak bugün de etkisini sürdürmektedir⁴³⁷.

Ülke üzerinde yaşayan bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma aracı olan kamu gücü⁴³⁸, hukuk tarafından çizilen sınırlar içerisinde, kamu yararı ve hizmet

⁴³² Serrand, (2015), 39.

⁴³³ Kada, Mathieu, (2014), 404.

⁴³⁴ Chevallier, J. (1979). Les fondements idéologiques du droit administratif français. *Variations Autour de l'Idéologie de l'Intérêt Général*, 2, 6.

⁴³⁵ Chevallier, (1979), 6.

⁴³⁶ Chevallier, (1988), 59.

⁴³⁷ Truchet, (2015), 13-14.

⁴³⁸ Yaşar, (2014), 32. “İnsan ve Yurttaş Haklarının güvence altına alınması bir kamu gücünü zorunlu kılar, böylece, bu güç, tevdi edilen özel kişilerin çıkarına değil, herkesin yararı için kurulmuştur.” Kutlu, (2001), 48.

gereklerini yerine getirmek için kullanılmaktadır⁴³⁹. Yani kamu gücü, kurucu yasalarında kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmeleri için idareler tarafından başvurulmuş hukuki faaliyet kudretidir⁴⁴⁰. Kamu hizmeti de, en genel anlamda, kamu gücünün eyleme geçmiş halidir⁴⁴¹.

Adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerdeki kamu gücü anlayışı idari rejim sisteminden oldukça farklıdır. Adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerdeki liberal anlayış, idari rejim ülkelerinde kamu hizmeti olarak görülen birçok faaliyetin, serbest piyasa aktörlerinin yürüttüğü ticari faaliyet alanı olarak görülmesine yol açmıştır. Çok daha sınırlı bir alanda kamu hizmeti gören idareye, idari rejimdeki anlamıyla geniş kamu ayrıcalıklarının verilmesine de gerek duyulmamıştır⁴⁴². Dolayısıyla idari rejimin temel unsuru olan kamu gücü, halkın günlük işleri çerçevesinde kamu düzenini ve kamu hizmetlerini sağlayan bir idare kuvveti olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴³. Hauriou da idari rejimin dayandığı bu gücün (kamu gücünün) bağlı olduğu fikrin, kamu hizmeti fikri olduğunu belirtmiştir. Kamu hizmetini “izlenen amaçlar alanı”, kamu gücünü de “kullanılan araçlar alanı” şeklinde kurgulayan yazara göre⁴⁴⁴, kamu gücü bu hizmetlerin gerçekleşmesi için bir araçtır⁴⁴⁵. Bu bakımdan, söz konusu iki kavram idare hukukunda aynı anda ve “eşit düzeyde” yer almasalar da, her ikisinin de bir arada varlığı mümkündür⁴⁴⁶.

Ülkemizde hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında devlete ekonomik ve toplumsal ödevler yüklendiği düşünüldüğünde, kamu hizmetinin toplumsal ilişkiler alanının tümünü kapsayıcı bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle devlet her şeyi gözetmek, desteklemek ya da yönetmek durumundadır⁴⁴⁷. Böyle bir

⁴³⁹ Atay, (2014), 37.

⁴⁴⁰ Rousset, (1960), 190.

⁴⁴¹ Bigot, G. (2000). Les mythes fondateurs du droit administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. 16 (3), 528'den aktaran Yaşar, (2013), 7.

⁴⁴² Bu konuda Onar şu örneği vermiştir; İngiltere’de de Bakanlıklar mevcuttur. Ancak bu Bakanlıklar icrai kararlar olarak doğrudan idari faaliyetlerde bulunmazlar. İdari rejimde kendini gösteren idari faaliyetler, mahalli idareler ya da özel hukuk kişisi şirketler tarafından yerine getirilir. Onar, (1966), C.I., 79. Kural bu olmakla birlikte regülasyon alanında idareler kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Berkarda, (2000), 87-107.

⁴⁴³ Onar, (1966), C.I., 52-53.

⁴⁴⁴ Chapus, (1968), 235.

⁴⁴⁵ Onar, (1966), C.I., 58.

⁴⁴⁶ Chapus, (1968), 235.

⁴⁴⁷ Akıllıoğlu, T. (1988). Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler. *İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı*, Y.9, (1-3), 18. Ayrıca bkz. Tan, T. (1976). *Planlamanın hukuki düzeni*. Ankara: TODAİE, 5-26.

anayasal tercihin sonucunda da bu hizmetleri görebilmek için idare geniş kamu gücü ayrıcalıklarına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca 1961 Anayasasında yürütme sadece bir görev olarak nitelendirilirken, 1982 Anayasasında hem yetki hem de görev olarak nitelendirilmiştir. Bu bakımdan Anayasa güçlü bir yürütme öngörmüştür⁴⁴⁸.

Devlet egemenliğinin yansıması olan kamu gücü, kamu hizmetlerini ifa etme yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁹. Günümüz toplumunda idareye belirli ödevler yüklenmektedir. Kamu gücü bu ödevlerin yerine getirilmesi için, toplumca himaye edilmiş bazı ayrıcalıklar şeklinde idareye verilmiştir. İdarenin, toplumun da ihtiyaç duyduğu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için bu ayrıcalıklara sahip olması bir zorunluluktur⁴⁵⁰. Örneğin idareye karşı cebri icra yollarının bulunmaması ve dolayısıyla idarenin mallarının haczedilemezliği, bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi gibi koruyucu ayrıcalıklar idarenin iyi işleyişini ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin ifasını temin etmektedir⁴⁵¹.

Kamu hizmeti, kamu gücü ayrıcalıklarının gerekçesi olmakla birlikte aynı zamanda bu ayrıcalıkların sınırını da oluşturmaktadır. Hauriou'ya göre kamu hizmeti fikri, kamu gücünde objektif bir kendi kendini sınırlamaya yol açmıştır⁴⁵². Kamu gücü, herhangi bir kişinin ya da heyetin şahsına bağlı bir hak değildir⁴⁵³. Yani kamu gücü ayrıcalıkları idarenin sadece bir devlet organı olması sebebiyle sahip olduğu, dilediği zaman dilediği şekilde, dilediği amaç uğruna kullanabileceği ayrıcalıklar olarak görülmemektedir. İdarenin toplumun ihtiyaç duyduğu fonksiyonu yerine getirecek şekilde ayrıcalıklardan faydalanabileceği için, kamu hizmeti kamu gücüne aynı zamanda bir sınır da çizmektedir. Bu bakımdan kamu gücü hem temelini hem de sınırlarını kamu hizmetinden yararlananların ihtiyaç ve taleplerini tatmin etme iradesinde bulmaktadır⁴⁵⁴.

Kamu hizmeti fikrinin bir sonucu da idare ile bireyler arasındaki ilişkide tarafların konumuna yeni bir boyut kazandırmasıdır. Günümüzde idarenin topluma

⁴⁴⁸ Yet, O. (2008). Erklar ayrımı Türkiye uygulaması ve yargının konumu. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 12.

⁴⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 26.

⁴⁵⁰ Menemencioğlu, (1959), 8-9.

⁴⁵¹ Oberdorff, (2013), 38.

⁴⁵² Mazéres, (2006), 24.

⁴⁵³ Menemencioğlu, (1959), 9.

⁴⁵⁴ Chevallier, (1979), 46.

müdahale yöntemleri değişmiştir. İdare artık sadece hukuk kuralları üreten, bireylere belli şekilde davranma ya da davranmamaya ilişkin ödevler yükleyen bir aygıt olmaktan çıkmış, somut sosyal faaliyetler yöneten ve maddi hizmetler sağlayan bir yapı haline gelmiştir. İdarenin sunduğu hizmetlerin kullanıcıları, yani bireyler, zamanla boyunduruk altında “idare edilenler” olmaktan çıkarak, “kamu hizmetinden yararlananlar” haline gelmiştir⁴⁵⁵. Yani bireyler, idarenin kamu gücü ayrıcalıkları altında ezilen ve bu ayrıcalıklara tabi konumda olmaktan, ayrıcalıklar sayesinde ihtiyaç duydukları hizmete kavuşan konuma geçiş yapmıştır⁴⁵⁶.

Kamu hizmeti fikrinin kamu gücü ayrıcalıklarına ilişkin bir diğer etkisi organik anlamda gerçekleşmektedir. Öyle ki kural olarak sadece kamu hukuku tüzel kişileri, kamu hizmeti misyonu yerine getirdiği ölçüde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilirler. Bununla birlikte günümüzde bir kamu hizmetini görmekle yükümlü kılınmış özel hukuk kişileri de sadece o hizmetine ilişkin bazı ayrıcalıklardan yararlanmaktadır⁴⁵⁷. Görüldüğü gibi ayrıcalıklar idarenin kişiliğinden ziyade, kamu hizmeti ile birlikte anlam bulmaktadır.

Kamu gücü ve kamu hizmeti arasındaki yakın ilişki sebebiyle kamu hizmeti anlayışındaki değişimler kamu gücünü de etkilemektedir. Kamu hizmeti özel kişiler eliyle görüldüğünde, kamu hizmetinin ifasına ilişkin kamu gücü ayrıcalıklarının da kamu hizmetini ifa eden özel kişilere devri gündeme gelmektedir.

2.1.2.2.1. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Bir Kamu Hizmetini Yüklenen Özel Kişiye Devri

Son dönemde müdahaleci devlet, sosyal ve ekonomik alandan çekilmeye başlamış, daha önce yüklendiği kamu hizmetlerini tekrar özel kişilere devretme eğilimine girmiştir.

Bugün için idare, devrettiği kamu hizmetlerinde daha çok düzenleyen ve denetleyen konumda kalmayı tercih etmektedir. Bununla birlikte, kamu gücü

⁴⁵⁵ Chevallier, (1988), 65.

⁴⁵⁶ Chevallier, kamu hizmetinin kamu gücünün temelini ve sınırlarını oluşturmasını “Güç, hizmettir” başlığı altında incelemiştir. Chevallier, (1979), 46.

⁴⁵⁷ Oberdorff, (2013), 38.

ayrıcalıklarının varlık sebebi olan kamu hizmeti özel kişilere devredildikçe, söz konusu ayrıcalıkların da devri söz konusu olmaktadır. Zira bir hizmetin yürütülmesinde kamu gücü ayrıcalıklarının varlığı hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi yönünde bir işarettir. Buna göre kamu gücü ayrıcalıklarının varlığıyla kamu hizmeti rejimi, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde başvurulacak hukuku aşan bir rejim haline gelmektedir⁴⁵⁸.

Öğretide bir görüşe göre yasa koyucunun kamu gücünün kullanılmasını özel kişilere devretmesi kabul edilemez. Bilgen, 10-14 Mayıs 1993 günlerinde “İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri” adlı II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi’nde, III. Oturum sonrası tartışmalar faslında, özel kişilerin kamu gücü kullanamayacağını savunmuştur. Ona göre Anayasanın 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasındaki, “Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmü gereğince bir tüzel kişi hem özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendiriliyor hem de kamu gücü kullanması öngörülüyor ise, bu durum Anayasaya aykırılık teşkil eder⁴⁵⁹.

TBMM tarafından hazırlanan Haziran 2011 tarihli madde gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, Anayasanın 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin Danışma Meclisi gerekçesi aşağıdaki gibidir;

“Bu temel ilkeleri belirtirken, çağımızda milletlerin birbirleriyle kaynaşmakta olduklarını ve menfaatlerini korumak için topluluklar oluşturdukları gerçeğini görmemezlikten gelemeyiz. Milletler, özellikle hür milletler, kendi iradeleriyle uluslararası topluluklar meydana getirmektedirler. Bu topluluklarda müşterek kararlar alınması gerekmektedir. Bunun açık örnekleri Birleşmiş Milletler, Avrupa Milletler Topluluğu ve NATO gibi kuruluşlardır. Bu örgütlerin yetkili organlarının aldıkları kararlar, elbette Türk Hukukunun müsaade ettiği ölçüde Türkiye’de uygulanacaktır.”

Maddenin gerekçesinden, bahsedilen egemenliğin dış egemenlik olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre bir uluslararası hukuk süjesine, ancak Anayasanın ilgili hükümlerinde yer alan makamlarca, söz konusu hükümlerde

⁴⁵⁸ Serrand, (2015), 39.

⁴⁵⁹ Bilgen, P. (1993). III. Oturum-Tartışmalar. II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 215.

öngörülen düzenlemelere uygun olarak yetki verilebilir. Dolayısıyla bu maddenin idare hukukundaki kamu gücü ayrıcalıklarıyla ilgili olmadığı görülmektedir.

Bu konuda örnek teşkil eden bir Anayasa Mahkemesi kararına değinmek faydalı olacaktır. Özel hukuk tüzel kişileri olan Organize Sanayi Bölgelerine, kamulaştırma yetkisi veren 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 5'inci ve geçici 11'inci maddeleri Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Danıştay tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Bu hususta Danıştay'ın dayandığı Anayasa kurallarından birisi de Anayasa'nın 6'ncı maddesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi ise kararında, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 6'ncı maddesi ile ilgisi olmadığını ifade etmiş, Organize Sanayi Bölgelerinin bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatıldığını ancak bu durumun kamulaştırma yapabilmesi yönünden yeterli olmadığını, Anayasanın 46'ncı maddesi gereğince Organize Sanayi Bölgelerinin kamulaştırma yapabilmesi için kamu tüzel kişiliğini de haiz olmasının zorunlu olduğunu belirterek ilgili hükümleri iptal etmiştir⁴⁶⁰.

Anayasanın 46'ncı maddesi yalnızca devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma yapabileceğini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi de kararında bu maddeye dayanmaktadır. Bir kamu gücü ayrıcalığı olan kamulaştırmanın özel hukuk kişilerinince yapılabilmesi doğrudan Anayasaca yasaklanmıştır. Kamu hizmeti gören özel hukuk kişisi eğer bir taşınmaza ihtiyaç duyarsa idareye başvurarak kendi lehine kamulaştırma yapmasını talep etmek zorundadır. Sonuç olarak, özel hukuk kişilerinin kamulaştırma dışındaki kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de açıkça belirttiği gibi Anayasanın 6'ncı maddesi bu konuda bir engel teşkil etmemektedir.

Daha önce değinildiği gibi bugün artık özel hukuk kişilerinin de kamu hizmeti görebileceği hem içtihatça hem de öğretice kabul görmektedir. Kamu hizmeti, kamu gücü ayrıcalıklarının varlık sebebidir; kamu gücü ayrıcalıklarının varlığı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için bir zorunluluk olarak görülmektedir. Dolayısıyla bir kamu hizmetini görmekle yükümlenen özel hukuk kişinin, söz konusu hizmeti yürütebilmek adına birtakım kamu gücü ayrıcalıklarından da yararlanması kaçınılmazdır. Özel hukuk kişinin, kamulaştırmada yapmak zorunda olduğu gibi,

⁴⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 31/10/2013, E. 2013/49, K. 2013/125, *Kazancı İctihat Bilgi Bankası*.

kamu gücünü içeren tüm işlemlerinde idareye başvurarak kendisi lehine işlem tesis etmesini istemesinin zorunlu olması durumunda, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kamu tüzel kişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, bir kamu hizmetinin ifası için özel hukuk kişisi lehine söz konusu kamu hizmetine ilişkin olarak tekel oluşturmak söz konusu olabilir. Bu durum başlı başına özel hukuk kişisine kamu gücü ayrıcalığı tanınmasıdır. Bununla birlikte Truchet, yasanın bir mesleğin yerine getirilebilmesi için aradığı niteliklerle beraber oluşturduğu meslek tekelleri⁴⁶¹ (avukatlık, doktorluk, eczacılık, noterlik mesleklerinde olduğu gibi) ve çok istisnai olarak rekabet kurallarına aykırı olmayacak şekilde tekelleşmesine rıza gösterilen özel kişilerin varlıklarının kamu gücü ayrıcalığı olarak nitelendirilmeyeceğini ifade etmektedir⁴⁶². Bu noktada belirtmek gerekir ki, Fransa’da söz konusu kişilerin tekelleşmeleri (kuruluşu) kamu gücü ayrıcalığı olmasa da, bu kişiler de faaliyetlerini gerçekleştirirken kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Örneğin bir baronun kurulması başlı başına bir kamu gücü ayrıcalığı değildir; burada tekellik, avukatlık mesleğinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak bir baro kurulduktan sonra tek yanlı işlemler tesis edebilmekte, yani kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Türkiye’de ise meslek kuruluşları Anayasanın 135’inci maddesinde düzenlenmiş ve kamu kurumu niteliğini haiz kılınmıştır. Söz konusu hükme göre kanunla kurulan “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları”nın Türkiye’deki kuruluşu ve varlığı, Fransa’dan farklı olarak bir kamu gücü ayrıcalığı olarak gerçekleşmektedir.

Özel kişilerin kamu hizmeti görmek üzere yetkilendirilmesi yasayla, sözleşmeyle ya da idari izin (ruhsat, lisans) ile gerçekleşebilir⁴⁶³. Kural olarak kamu hizmetinin kuruluşu bir teşkilatı gerektirir. İdarenin yasallığı ilkesi gereği bir teşkilatın kurulması yasayla ya da yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak olur. Dolayısıyla yasayla ya da yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak kamu hizmetinin özel kişilerce oluşturulması da mümkündür⁴⁶⁴. Yasayla ya da yasanın verdiği açık yetkiye

⁴⁶¹ Türkiye’de meslek kuruluşları kamu kurumu niteliğinde (kamu tüzel kişisi) kabul edilmektedir (Anayasa madde 135). Fransa’da ise meslek kuruluşları, birtakım kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan özel hukuk tüzel kişileri olarak kabul edilmektedir.

⁴⁶² Truchet, (2015), 48.

⁴⁶³ Ulusoy, (2004), 66 vd.

⁴⁶⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 550.

dayanılarak kamu hizmetinin özel kişilerce oluşturulması mümkün olsa da, özel kişinin kamu hizmetini ifası genellikle kamu hizmetinin devri sözleşmesinden kaynaklanır. Ancak bazı dernek ve kuruluşlar herhangi bir sözleşmeye dayanmadan da birtakım ayrıcalıklardan yararlanabilir⁴⁶⁵. Örneğin 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Yasasının 5'inci maddesine göre, özel hukuk kişisi olan Organize Sanayi Bölgeleri, Bakanlıkça kamu yararı kararı alınmasıyla birlikte idareye kendi lehine kamulaştırma yaptırabilir. Yine söz konusu Yasanın 4'üncü maddesine göre, yürürlüğe giren imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının Organize Sanayi Bölgeleri tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi Kanunla bir özel hukuk kişisine kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma imkânı tanınmıştır. Ayrıca ülkemizde tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin idarenin tek yanlı işlem niteliğindeki izniyle özel kişilerce görülebilmesini sağlayan ruhsat usulü de⁴⁶⁶, kamu hizmetinin bir sözleşmeye dayanmadan özel kişilerce görülmesine örnektir. Bu şekilde devirlerle bir kamu hizmetini ifa eden özel kişi, fonksiyonunu yerine getirebilmek için kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanır.

Özel kişilerin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması, genellikle idari bir faaliyette yer alan özel kişilere bu ayrıcalıkların devredilmesi suretiyle gerçekleşir⁴⁶⁷. Ancak kamu gücü ayrıcalıkları, kamu hizmetinin belirlenmesi için olmazsa olmaz bir şart değildir. Yani kamu gücü ayrıcalıkları olmadan da bir kamu hizmeti yürütülüyor olabilir. Fakat yine de kamu gücü ayrıcalıklarının varlığı kamu hizmetinin varlığına işaret eden önemli bir göstergedir⁴⁶⁸. Başka bir deyişle, bir faaliyet kamu gücü kullanılarak yerine getiriliyorsa, bu faaliyet kamu hizmetine ilişkindir. Ancak kamu gücü kullanımının olmadığı durumlarda da bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi mümkündür. Özellikle özel hukuk hükümlerine göre yürütülen kamu hizmetlerinde kamu gücü kullanımı son derece sınırlıdır.

⁴⁶⁵ Truchet, (2015), 342.

⁴⁶⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 556.

⁴⁶⁷ Avrupa Birliği ülkelerinde, Birliğin liberal anlayışının etkilerinden dolayı özel hukuk kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması giderek azalmaktadır. Truchet, (2015), 48.

⁴⁶⁸ Gözler, (2009), C.II, 269. Serrand, (2015), 41.

Aslında kural, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmasıdır. Yani özel hukuk kişilerinin kamu gücü kullanımı istisna teşkil etmektedir. Söz konusu istisnai durumlarda özel hukuk kişileri, kamu hizmetinden yararlananlara tek yanlı borçlar ve yasaklar getirebilir⁴⁶⁹. Yani özel hukuk kişisi “tek yanlı karar alma gücü”nde kendini gösteren faaliyet ayrıcalıklarına sahip olabilir. Bunun yanında özel hukuk kişisi, kamu yararının temsilcisi olan idareye karşı “elverişsiz” olan bazı faaliyet ve tedbirleri engelleyerek⁴⁷⁰ onu hukuki vasıtalarla belli bir koruma alanı içine alan koruma ayrıcalıklarından da yararlanabilir. Örneğin Fransız Danıştay, “l’île d’Yeu” ile bağlantıyı sağlayan deniz ulaşımı kamu hizmetini tüm yıl ifa eden gemilerin, diğer özel şirketlerin zararına olmasına rağmen, Fromentine Limanına girişte bir öncelikten yararlanacağına hükmetmiştir. Zira liman idareye ait olmasına rağmen, kamu hizmeti, özel hukuk kişinin bir kamu malını kullanımında özel bir kolaylıktan faydalanmasının kabulünü gerekli kılabılır⁴⁷¹.

Bir özel hukuk kişisi kamu hizmetini yüklendiğinde, bunun sonucu olarak şüphesiz bu hizmete ilişkin hukuki rejim de etkilenmektedir. Zira özel hukuk kişinin, özellikle kamu hizmetinden yararlananlarla olan ilişkilerinde, önemli ölçüde özel hukuk hükümlerine tabi olması söz konusu olmaktadır. Öte yandan söz konusu hizmetle bağlantılı ilişkilerde kamu hukuku kuralları da etkisini sürdürmektedir. Bir başka deyişle bu ilişkilere hâkim olan tek hukuk özel hukuk değildir. Her şeyden önce, kamu hizmeti gören özel hukuk kişisi, bağlı olduğu idare tarafından kamu hukuku kurallarına göre denetlenmektedir⁴⁷².

Özel hukuk kişisi tek yanlı karar alma gücünü idarenin yakın gözetim ve denetimi altında kullanır. Artık kamu hizmetinin yüklenen emanetçinin idareden ifaya ilişkin görüşlerini alması dışında, idare doğrudan karar almamaktadır. Yani kamu hizmetinin ifasına yönelik kararı alan idare değil, kendi hesabına emanetçinin bizzat

⁴⁶⁹ Serrand, (2015), 40.

⁴⁷⁰ Chapus, (2001), C.I, 474.

⁴⁷¹ CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, no. 250124 aktaran Serrand, (2015), 41.

⁴⁷² Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 582.

kendisidir. İdarenin ise kamu hizmetine ilişkin riskleri gözeterek tedbirleri almak yükümlülüğü devam etmektedir⁴⁷³.

Özel hukuk kişisi kamu gücü ayrıcalıklarından ne şekilde yararlanırsa yararlansın, Fransa'da içtihat kamu hizmetinin idari kamu hizmeti mi yoksa endüstriyel ve ticari kamu hizmeti mi olduğuna bakarak bir ayırım yapar⁴⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki hem idari kamu hizmetlerinin hem de endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin, kamu gücü ayrıcalıkları devredilerek ya da devredilmeyerek özel kişiler tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Yani devredilen kamu hizmetinin türü ne olursa olsun özel hukuk kişisine kamu gücü ayrıcalıklarının devri bir zorunluluk değildir. Aynı şekilde doğası gereği özel hukuk kurallarının hâkim olduğu endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine devrinde de birtakım kamu gücü ayrıcalıklarının devri mümkün olabilmektedir. Tüm bu farklı olasılıklar ilgili kamu hizmetine uygulanacak hukuki rejimi de etkilemektedir⁴⁷⁵. Sonuç olarak kamu gücü ayrıcalıkları devrinin yoğun olduğu durumlarda idare hukukunun, aksi halde de bilhassa endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri alanında özel hukuk kurallarının hâkim olduğu söylenebilir. Ancak her durumda hem özel hukuk hem de idare hukuku kuralları uygulanacak hukuki rejimde yer edeceğinden, karma bir kamu hizmeti hukukunun oluştuğu ve uyuşmazlık çıkması durumunda uygulanacak hukuk kuralları bakımından bir ayırım yapmanın gerekeceği açıktır. İşte “kamu gücü” kavramı bu ayırımı yapmakta bir kıstas olarak ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmeti gören özel hukuk kişinin sorumluluğu, zararın bu kuruluşun kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarından kaynaklanması durumunda, idari sorumluluk olarak değerlendirilebilir. Ayrıca söz konusu özel hukuk kişileri tek yanlı idari işlemler de tesis edebilmektedir⁴⁷⁶. Dolayısıyla bunlara karşı da idari yargı da iptal davası açılabilir. Fransa'da içtihat bu hususta iki durumu ayırmaktadır; Buna göre özel hukuk kişisi kamu yararının ifası çerçevesinde kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımı söz konusuysa, düzenleyici ya da birel nitelikte idari kararlar alabilmektedir. Ancak yüklenilen hizmet endüstriyel ve ticari bir hizmetse, kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin düzenlemeler getiren düzenleyici işlemler idari nitelikte

⁴⁷³ Rousset, (1960), 239.

⁴⁷⁴ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 483. Truchet, (2015), 342-343.

⁴⁷⁵ Truchet, (2015), 342-343.

⁴⁷⁶ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 485.

olabilir⁴⁷⁷. Zira bu işlemlerde kamu gücü karakteri ağır basmaktadır. Başka bir deyişle endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde birel işlemler genellikle özel hukuk işlemi olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak kamu hizmetinin organizasyonuna ve işleyişine ilişkin düzenleyici işlemlerde kamu gücü karakteri ağır bastığı için “idari” işlem olarak kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, aslında özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan PTT’nin telefon tarifesi idari işlem olarak kabul edilip uyuşmazlığın Danıştayca çözümlenmesi gösterilebilir⁴⁷⁸. Bu noktada idarenin bizzat yürüttüğü endüstriyel ve ticari kamu hizmetler ile özel hukuk kişilerinin bir ödev olarak yüklendiği endüstriyel ve ticari kamu hizmetler arasında, kamu gücünün kullanımı ve tesis edilen işlemin idariliğinin tespiti bakımından bir benzerlik söz konusudur. İdare de endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerini yürütürken kural olarak özel hukuk kurallarına tabidir. Ancak kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin düzenleyici işlemlerde kamu gücü karakterinin ağır bastığı görülmektedir. Danıştay konuya örnek teşkil edebilecek bir olayda, *“Hizmetlerin görülebilmesi için saptanan ücretler ile düzenlenen tarifeler mahalli veya merkezi vesayet organının onayı ile kesinleştiğinden kamu fiyatı olarak isimlendirilen ve kamu kudreti karakteri ağır basan bu gibi ücret saptamaları da idari işlem sayılır. Elektrik hizmetleri ile yakın ilgisi olan trafo tesislerinin idari rejim dışında düşünülmesine imkân olmadığı gibi, kamu hizmeti yapan Elektrik Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından kamu geliri niteliğinde iştirak payı adı altında bir para alınmasını öngören hukuki tasarrufların tek yanlı re’sen icra edilebilen idari bir işlem niteliğinde olduğunu kabul etmek zorunludur. Bu nedenlerle ayrıca davacı ile idare arasında bir sözleşme yapılmış olması tarafların hukuki durumunda ve uyuşmazlığın çözümleneceği yargı yerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyeceğinden”* davanın çözümünün kendi görev alanına girdiğine karar vermiştir⁴⁷⁹. Yapılan işlemde kamu gücü karakterinin ağır basıp basmadığının ve işlemin idari işlem olup olmadığının tespitinde organik açıdan değil işlevsel açıdan bir değerlendirme yapılacağından, söz konusu kararı endüstriyel ve ticari kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişilerine de uyarlamak mümkündür. İşlemi yapan özel hukuk kişisi de olsa, önemli olan

⁴⁷⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 374. Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 582. Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 365.

⁴⁷⁸ Danıştay, DDK, 19/01/1968, E. 962/582, K. 968/14 aktaran, Tan, T. (1993). İdarenin özel hukuk alanındaki işlemleri. *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, 199.

⁴⁷⁹ Danıştay, 9.D., 20/11/1975, E. 975/1175, K. 975/1999, *Danıştay Dergisi*, Sa. 22-23, 368’den aktaran Tan, (1993), 200.

işlemede kamu gücü karakterinin ağır basıp basmadığıdır. Dolayısıyla endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde de özel hukuk kişinin kamu gücü karakteri ağır basan, hizmetin organizasyonuna ilişkin idari işlemler tesis etmesi mümkündür.

Endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde özel hukuk kişinin genel olarak birel idari işlem tesis edememesi, bu hizmetlerin doğası ve yürütülmesinin prensip olarak özel hukuk kurallarına tabi olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁸⁰. Bununla birlikte idari kamu hizmetlerinde ise, işlemin türü ne olursa olsun (düzenleyici ya da birel), kamu gücü ayrıcalığından yararlanılmışsa işlemler idari işlem olarak değerlendirilir⁴⁸¹. Bu konuda Fransız Danıştay “Magnier Kararı”yla çözüm getirmiştir. Karara konu olayda tarım arazilerine zarar veren otlarla mücadele etmek için karar alınarak, valilikçe bölgesel çalışma grupları oluşturulması zorunlu tutulmuştur. Yasa koyucu, kamu hizmeti ifa etmek üzere oluşturulan bu özel hukuk kişilerine çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma yetkisi de vermiştir. Buna göre bu özel kuruluşlar kendi bölgelerinde tekeldir ve bölgesel vergilere ilişkin bazı imtiyazlardan faydalanmaktadır. Ayrıca parazitlere karşı ilaçlama konusunda re’sen icra yetkisine sahiptir. Özel hukuk kişilerinin tüm bu faaliyetleri ise İl Tarım Hizmetlerinin denetim ve gözetimi altında gerçekleştirilmiştir. Sonuç olarak yargıç, özel hukuk kişilerinin, ilgili taşınmazların maliklerine ya da diğer ilgililere yönelik yükümlülük getiren tek yanlı kararlar alması durumunda, bu kararların idari yargının görev alanına giren idari işlem niteliğinde olduğuna karar vermiştir⁴⁸². Ayrıca yine Fransız Danıştay bazı spor federasyonlarının ulusal ya da bölgesel müsabakalar düzenlemelerine ilişkin gördükleri kamu hizmetlerinde, kamu gücü ayrıcalıkları kullanarak aldıkları kararları idari işlem olarak kabul etmiştir⁴⁸³. Yine konuya ilişkin olarak, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi futbol federasyonu adına alınan bir kararla bir futbolcuya verilen cezayı idari karar olarak nitelendirmiştir⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 485.

⁴⁸¹ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 483.

⁴⁸² CE, 13 janvier 1961, Magnier, R.33, RDP 1961. 155, concl. J. Fournier aktaran, Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 483.

⁴⁸³ CE, 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d’articles de sport, R. 577, conc. J. Théry, aktaran Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 483-484.

⁴⁸⁴ TC, 7 juillet 1980, Pechaud Groupement de football professionnel, R.510; D.1981. 296, aktaran Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 484.

İdare organları dışındaki organların da (yasama ve yargı), idare işlevine giren işlemler yapabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca kamu hizmeti ödevi yüklenen özel kişilerin, buna şart olarak kamu gücü ayrıcalıklarından da yararlanması ve idari işlem tesis edebilmesi karşısında, organik öğeye ağırlık tanıyan idari işlem tanımı önemini yitirmiştir⁴⁸⁵. Dolayısıyla artık idari işlemlerin idare tarafından tesis edilen işlemler olarak tanımlanması yetersiz kalmaktadır. Türk hukukunda da idari işlemin tespitinde işlemi tesis eden makamı dikkate alan organik öğenin önemini yitirdiği⁴⁸⁶ dikkate alındığında, idari işlemin ayırt edici özelliğinin kamu gücü olduğu⁴⁸⁷ görülmektedir. Danıştay Organize Sanayi Bölgesi yönetim kurulunun kararına karşı açılan bir davada, özel hukuk kişinin kamusal yetki ve usuller kullanması ile tek yanlı irade beyanıyla hukuki sonuç doğurmasına vurgu yaparak özel hukuk kişinin işlemini idari işlem olarak kabul etmiştir⁴⁸⁸. Yine “3461 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesiyle, Türkiye Futbol Federasyonu’nun genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü”nü belirten Danıştay, Federasyonun özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının, salt bu nedenle tesis edeceği işlemlerin idari işlem niteliğine sahip olmasını engellemeyeceğini belirtmiştir⁴⁸⁹.

Kanaatimizce özel hukuk kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması, yüklendikleri kamu hizmetinin yürütülebilmesi için zorunlu olduğu durumlarla sınırlı olması gerekir. Zira kural, kamu gücü ayrıcalıklarından idarenin yararlanmasıdır. Özel hukuk kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması ise değişen kamu hizmeti anlayışı neticesinde özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti görmesi yönündeki tercih ile birlikte, kamu hizmetinin yürütülebilmesi için ortaya çıkan zorunluluktan kaynaklanan bir istisnadır. Dolayısıyla bu durum “zorunluluk” sınırını aşmamalıdır. İdare her zaman kamu yararı amacıyla hareket etmek durumundadır. Özel hukuk kişilerinin temel amacı ise kâr elde etmektir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi, o faaliyet kamu yararı amacıyla yürütüldüğü sürece mümkündür⁴⁹⁰. Bu noktada özel hukuk kişilerinin yüklendikleri kamu

⁴⁸⁵ Tan, (1993), 195.

⁴⁸⁶ Gözübüyük, Tan, (2013), 365.

⁴⁸⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 374.

⁴⁸⁸ Danıştay, 10.D., 16/12/2009, E. 2009/5590, K. 2009/10533, *Danıştay Dergisi*, Sa. 124, 392 vd.’dan aktaran Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 365.

⁴⁸⁹ Danıştay, 10.D., 17/06/1991, E.991/1149, K.991/2286, *Danıştay Dergisi*, Sa. 84-85, 695’ten aktaran Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 365.

⁴⁹⁰ Chapus, (1968), 240.

hizmetini yürütürken, kamu yararının zarar görmemesi için idarenin gerekli tüm önlemleri alması gerekir. Özel hukuk kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanırken, idarenin, denetim ve gözetimi en etkin şekilde gerçekleştirmesi gerekir⁴⁹¹. Aksi halde özel hukuk kişilerinin, kamu hizmetini yürütmek adına sahip olduğu ayrıcalıkları, “daha fazla kâr” amacıyla kullanarak, kamu yararının zedelenmesine yol açma riski her zaman mevcuttur. Bu durumun önüne geçilmemesi halinde ise idarenin de sorumluluğu gündeme gelebilir.

2.1.2.2.2. Kamu Hizmeti Anlayışının Değişmesi ile Birlikte Kamu Gücü Ayrıcalıklarında Daralma ve Dönüşüm

Klasik egemenlik kuramında egemenlik tek elde toplanmıştır. Dolayısıyla bu kurama göre tüm kamu hizmetlerinin devlet tarafından sağlanması gerekir. Aksi halde egemenlik devredilmiş olur. Günümüz modern egemenlik anlayışında bu görüş terkedilmiştir. Artık devlet tüm kamu hizmetlerini üstlenmemekte, hatta devletin sadece özel sektörün karışmak istemeyeceği veya işin niteliği gereği karışamayacağı alanlara müdahale etmesi gerektiği görüşü kuvvetlenmektedir⁴⁹².

Günümüzde bireylerin devletten beklentilerinin artması kamu hizmeti anlayışının değişmesine neden olmuştur. Zira devlet bu beklentileri tam olarak karşılayamaz hale gelmiştir⁴⁹³. Bununla birlikte kamu hizmeti anlayışının değişmesinin nedenleri olarak sanayileşme, demokratikleşme, sosyal ve hukuk devleti anlayışı, uluslararası ilişkiler, çağdaş idare usulleri, kitle iletişim ve ulaşım araçları, ekonomik ve mali tercihler, nüfus artışı ve kentleşme, kültür ve zihniyet olarak toplumsal değişme gibi etkenler de inkâr edilemez⁴⁹⁴. Örneğin Yayla,

⁴⁹¹ İdarenin kamu hizmetinin doğrudan sunumundan çekilerek denetleme görevini üstlenmesi gerektiği yönündeki görüşlerin yanında, idarenin sahip olduğu denetim yetkisinin de zaman içinde özel sektöre devredilmesi gündeme gelmiştir. Ancak bu durum şüphesiz idarenin kamu hizmetlerinden tamamen dışlanmasına veya çok sınırlı bir müdahale alanının olmasına sebep olacaktır. Evren, Ç. C. (2016). *Kamu-özel işbirlikleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 37, (69. dipnot). İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarının bu denli sınırlanması düşüncesi, kamu hizmetlerinin geleceği ve kamu yararının sağlanması bakımından son derece risklidir. Kamu hizmetleri üzerindeki denetim yetkisi kamu gücü kullanımını gerektirir. Hem hizmet sunumunda hem de denetimde kamu gücü kullanımının özel sektöre devri kamu hizmeti ile kamu yararı anlayışımıza ve hukuk sistemimize uygun değildir.

⁴⁹² Avcı, (2005), 81.

⁴⁹³ Sarısoy, S. (2010). Düzenleyici devlet ve regülasyon uygulamalarının etkinliği üzerine tartışmalar. *Maliye Dergisi*. (159), 279.

⁴⁹⁴ Avcı, M. (2014). İdarenin kamu hizmeti faaliyetlerinde daralma ve dönüşüm: özelleştirme ve regülasyon. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. (16), Ocak, Ankara, 112.

Anayasa Mahkemesinin 18/02/1985 gün ve 1985/4 sayılı Kararına ilişkin incelemesinde, Yüksek Mahkemenin, iktisadi şartlara göre oluşturulan, tesislerin bakımı, idamesi ve yeni yatırımlar yapılması için kamu hizmetlerinin fiyatlandırıldığını belirtmektedir. Yazar bu noktada Mahkemenin “sosyal” değil “iktisadi” şartları öne çıkarmasının altını çizmekte, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetlerinin, iktisadi devlet uygulaması içinde daraltılabildiğinden hareketle, bu durumu kamu hizmetinin sonu olarak nitelendirmektedir⁴⁹⁵.

Neticede devlet tekel niteliğinde yer aldığı birçok alandan çekilerek, bu alanları rekabete açmış ve büyük ölçüde özel sektöre devretmiştir. Bununla birlikte kamu yararı düşüncesi, devletin rekabete açarak çekildiği bu alanlarda düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmesi gerektiği yönünde görüşü ortaya çıkarmıştır⁴⁹⁶. Devletin rolüne ilişkin anlayış ve yaklaşımlardaki değişimler ile birlikte, devletin gerçekleştirdiği faaliyetlerin niceliği ve niteliği de bu durumdan etkilenmiştir⁴⁹⁷.

Chapus kamu hizmeti ile kamu tüzel kişiliği arasında bir ilişkinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Yani kamu hizmeti teşkil eden faaliyet, kamu tüzel kişisi tarafından yetkilendirilerek onun yerine geçen ve onun yerine hareket eden bir özel kişi tarafından gerçekleştirilse de, bu faaliyetin idare tarafından koruma (güvence) altına alınmış olması gerekir⁴⁹⁸. İdarenin bu husustaki denetimi, herhangi bir özel faaliyet üzerinde gerçekleştirdiği kolluk denetimine göre çok daha yoğun bir denetimdir⁴⁹⁹.

Kamu hizmetlerinin sunulmasının özel kesime devredilmesine ilişkin eğilimle birlikte, devletin düzenleme ve denetim işlevi önem kazanmıştır. Özellikle ekonomik açıdan gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelerde, devletin kamu hizmeti alanlarından önemli ölçüde çekilerek, bireyin ve özel kesimin egemen olduğu piyasa ekonomisinin eline bırakılması, etkin denetim ve müdahale mekanizmalarının (regülasyon kurumlarının) geliştirilmesini önemli kılmaktadır⁵⁰⁰. “Regülasyon

⁴⁹⁵ Yayla, Y. (1986). Sosyal devletten iktisadi devlete (veya kamu hizmetinin sonu). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 33-38. İncelemeye konu karar: Anayasa Mahkemesi, 18/02/1985, K.1985/4, R.G. Tarih: 26/06/1985.

⁴⁹⁶ Sarısoy, (2010), 279.

⁴⁹⁷ Avcı, (2014), 113.

⁴⁹⁸ Chapus, (1968), 240.

⁴⁹⁹ Ulusoy, (2004), 63.

⁵⁰⁰ Avcı, (2014), 125.

*kavramı, belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme) ve bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) olarak da tanımlanmaktadır.*⁵⁰¹

Kamusal ihtiyacın ortaya çıkmasıyla birlikte, idare doğrudan kendisi kamu hizmeti teşkilatını oluşturabileceği gibi, özel kişilerce kurulmasını da sağlayabilir. Kamu hizmetini oluşturan özel kişiler bunun sonucunda kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanır⁵⁰². Kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan özel hukuk kişisi, idarenin gözetim ve denetimi altındadır. Hatta bu ayrıcalıklardan yararlanmasa dahi, bir kamu hizmetini ifa ettiği ve faaliyetlerindeki kamu yararı, kuruluş, organizasyon ve fonksiyonuna ilişkin şartlar ve yükümlülükleri bakımından idare tarafından denetlenmek durumundadır⁵⁰³. Belirtmek gerekir bu noktada idarenin yetkisi, kolluk denetiminin üzerinde bir denetim ve düzenleme yetkisidir⁵⁰⁴.

Kamu hizmeti anlayışının değişmesi ve hizmetlerin özelleştirilmesi ile idarenin düzenleyen ve denetlenen konuma geçmesi, faaliyetlerinin de daralması ve dönüşmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁵⁰⁵. Dolayısıyla idarenin kamu gücü ayrıcalıkları da bu durumdan etkilenmektedir.

İdare ister bir hizmeti, kamu hizmeti olmaktan çıkararak özel kişilere devredip regülatör pozisyona geçsin, isterse de kamu hizmetini çeşitli usullerle özel kişilere gördürerek, kolluk denetiminin üzerinde bir denetim ve düzenleme gerçekleştirsin, her iki durumda da kamu gücü ayrıcalıklarında sayısal olarak ciddi bir azalma gerçekleşmektedir. Zira idare artık hizmeti bizzat ifa eden olmaktan çıkmaktadır. İdarenin devrettiği hizmetten yararlananlarla idare arasında, hizmetin ifasına ilişkin doğrudan bir bağ söz konusu değildir. Kamu hizmeti, niteliği korunarak özel kişilere devredildiğinde, hizmetten yararlananlarla hizmetin ifasına ilişkin doğrudan bağa, söz konusu hizmeti gören özel kişi sahiptir. Dolayısıyla buna ilişkin ayrıcalıklardan da bu özel kişi yararlanmaktadır. Ancak idarenin hem regülatör olduğu durumlarda hem de kolluk denetiminin üzerinde düzenleme ve denetim gerçekleştirmesi halinde bu faaliyetlere ilişkin ayrıcalıkları devam etmektedir. Ancak söz konusu ayrıcalıkların

⁵⁰¹ Avci, (2014), 126.

⁵⁰² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 550.

⁵⁰³ Truchet, (2015), 326-327.

⁵⁰⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 550.

⁵⁰⁵ Avci, (2014), 106.

hizmeti ifa eden özel kişiye yönelik olduğunu belirtmek gerekir. Yani aslında idare faal olmaktan çıkmakta ve gözetleyen duruma geçmektedir. İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklar da, doğrudan hizmetin bireylerle kavuşturulmasına yönelik değil, kamu hizmetini ifa eden özel kişi-kamu hizmeti ve kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki ilişkiyi düzenlemeye ve denetlemeye yönelik ayrıcalıklara dönüşmektedir. Kamu-özel işbirliklerinde yapılan ihalelerin denetimi, özel kişilerin yapım ve işletme aşamalarında, tesislerin, üretilen mal ve hizmetlerin önceden belirlenen standartlara uygun olup olmadığının denetimi, belirlenen standartlara göre hizmetin sunulup sunulmadığına ilişkin periyodik denetimler⁵⁰⁶ bu dönüşüme örnek olarak gösterilebilir. Sonuç olarak idarenin kamu gücü ayrıcalıklarında hem bir daralma hem de bir dönüşüm söz konusudur.

Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesi kamu gücü yükümlülüklerini (özel hukuku aşan yükümlülükler) ortadan kaldırmamaktadır. Ancak kamu hizmetini ifa eden özel kişi olduğundan doğal olarak bu yükümlülüklerde de azalma olacağını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte kamu gücü yükümlülüklerinde de ayrıcalıklarda olduğu gibi bir dönüşüm gerçekleşmektedir. İdarenin doğrudan hizmetin ifasına yönelik yükümlükleri, düzenleme ve denetleme faaliyetine ilişkin yükümlülüklerle dönüşmektedir.

Kamu hizmetinin ifası ister idare tarafından ister özel kişi tarafından gerçekleştirilsin, amaç kamu yararının sağlanmasıdır. Fakat özel kişilerin doğası gereği kişisel çıkarları adına hareket etmesi kamu hizmeti alanında ciddi bir riski de ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin olarak düzenleme ve denetleme yetkisi ve görevi olan idarenin buna ilişkin ayrıcalıklarını etkili bir şekilde kullanması kamu yararının sağlanması için son derece önemlidir.

Daha önce de belirtildiği gibi idari rejimdeki Devlet'in birçok farklı sahada bulunmasını içeren yaygın kamu hizmeti anlayışı, idarenin geniş kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmasındaki temel gerekçedir. Bu sebeple yaygın kamu hizmetinden dar alanda kamu hizmeti anlayışına doğru gerçekleşen eğilimin bir başka tartışmaya daha yol açması mümkündür. Kanaatimizce idarenin, eskisi kadar geniş bir alanda faaliyet göstermediği için, her durumda, sahip olduğu geniş

⁵⁰⁶ Evren, (2016), 140 vd.

ayrıcalıklar zincirinin tamamına günümüzde hala ihtiyaç duyup duymadığı tartışılmalıdır. Kamu hizmeti anlayışı, adli idare sisteminin uygulandığı ülkelerdeki anlayışa doğru evrilirken, yargı organının hiçbir surette idareye emir verememesi, her türlü idari işlemin yargı onayına ihtiyaç duymaksızın tesis edilerek uygulanabilir nitelikte olması gibi ayrıcalıkları içeren kamu gücü anlayışının sabit kalması sorgulanabilir niteliktedir. Artık daha sınırlı bir alanda kamu hizmeti gören idarenin, bazı işlemlerinin yürürlüğe girmesi için yargı onayına tabi kılınması ya da yargı kararlarının idarece uygulanmaması gibi durumlarda⁵⁰⁷ yargının idareye emir verebilmesi gibi hususların tartışılmaya değer olduğu kanaatindeyiz.

2.1.3. Kamu Yararı ve Kamu Gücü

Kamu yararı kavramı da kamu gücü kavramı gibi, birden çok disiplinin çalışma alanındadır⁵⁰⁸. Bu durum kamu yararının da kamu gücü gibi birçok görünüme sahip olmasına yol açmaktadır. Kamu yararın en önemli yönlerinden biri ise, devlet faaliyetlerinin en temel ve değişmez amacı olmasıdır. Eski çağlarda liderlerin, kralların günümüzde ise devlet erklerinin (yasama, yürütme ve yargı organlarının) giriştiği faaliyetleri meşrulaştıran kamu yararıdır. Başka bir deyişle kamu yararı egemenliği meşrulaştırmanın temel aracıdır⁵⁰⁹. Bu bakımdan egemenliğin idare hukukundaki yansıması olan kamu gücünün kamu yararıyla ilişkisini incelemek gerekir.

2.1.3.1. Kamu Yararı Kavramı

Birçok işleve sahip olan kamu yararı kavramının tek bir tanımını yapmak mümkün değildir⁵¹⁰. Bu yüzden bir tanım yerine her olayda somut koşullara göre bir belirleme yapmak gerekir. Bu sayede kavram esneklik kazanmaktadır. Bu açıdan öz ya da niteliğe göre değil, biçimsel bir tanım yapmak gerekir. Bu da yasaların

⁵⁰⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Yaşar, H.N., (2013). *İdari yargı kararlarının etkinleştirilmesi arayışında idari yargı idari yargıç ve yargısal emir*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

⁵⁰⁸ Çakmak, (2013), 15.

⁵⁰⁹ Çakmak, (2013), 301.

⁵¹⁰ Çakmak kamu yararını tanımlamayı zorlaştıran nedenler arasında, “tanımlayanların farklılığı”, “çoklu gerçeklik-farklı görünüm durumu”, “kavramın kurgusallığının olumsuz etkileri” ve “çok yönlü ve birden çok disiplinin içinde yer alan bir kavram olması”nı saymaktadır. Çakmak, (2013), 57 vd.

kamu yararına olduğu varsayımdır. Bu varsayımdan idare de yararlanır. Aksi kanıtlanmadıkça idarenin her faaliyeti kamu yararınadır⁵¹¹.

*“Kamu yararı, toplumsal değerlerin bir yansıması olduğundan zamana ve mekâna göre değişiklik gösterir.”*⁵¹² Tek ve değişmez bir toplumsal iyilik anlayışı mutlak toplum iktidarlarını ve monarşileri işaret etmektedir. Dolayısıyla çağdaş kamu yararı değişken ve tartışılabilir⁵¹³. Kamu yararını tanımlayarak ona tek bir anlam yüklemek ve sadece idare hukuku anlamında sınırlarını çizmek doğru olmadığı gibi, tehlike de arz edebilir⁵¹⁴.

Bir faaliyetin kamu yararına sayılabilmesi için tüm bireylerin teker teker kişisel çıkarlarına uygun olması gerekmez. Yani kamu yararı toplumdaki bireylerin kişisel yararlarının toplamı olarak nitelendirilemez. Ancak bununla birlikte bireylerin yararlarıyla tümüyle ilgisiz de değildir. Aslında genel olarak kamu yararı bireylerin de yararınadır⁵¹⁵. Örneğin bir yol yapımı için taşınmazı kamulaştırılan birey belki de o yoldan hiç yararlanmayacaktır. Dolayısıyla yol yapım faaliyeti o bireyin yararına olmayabilir. Bununla birlikte bu faaliyet tümüyle birey yararına ilgisiz de değildir. Zira birçok kişi o yolu kullanacak ve sonuç olarak yol yapımındaki kamu yararı ile yolu kullanan bireylerin yararı kesişmiş olacaktır.

Kamu yararı genellikle çoğunluğun yararidir. Ancak bazen çoğunluğun yararı ile tek bir kişinin yararı çatıştığında, o tek kişinin yararının niteliği dolayısıyla çoğunluğun yararına üstün tutulması gerekir. Örneğin bir ambulansın trafikte geçiş üstünlüğüne sahip olmasında hastanın yararı, yolda hareket halinde olan diğer bireylerin yararına üstün tutulmaktadır. Dolayısıyla bazen kamu yararının belirlenmesinde sayıca üstünlük değil, yararın niteliği dikkate alınmaktadır⁵¹⁶.

Kamu yararını belirleyen en başta anayasa koyucudur. Anayasa koyucu kamu yararının ne olduğunu anayasada belirtir. Dolayısıyla kamu yararının

⁵¹¹ Akıllıoğlu, (1988), 11.

⁵¹² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 28.

⁵¹³ Akıllıoğlu, (1988), 22.

⁵¹⁴ Kaya, C. (2011). *Kararlarından hareketle kamu yararı kavramına Danıştay'ın bakışı*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 11.

⁵¹⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 28.

⁵¹⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 29.

tespitinde anayasa esas kaynaktır. Yani anayasa olmadan kamu yararı somutlaştırılmaz. Yasa koyucu ise söz konusu anayasa hükümleriyle bağlı kalarak, anayasada hedefleri belirlenmiş kamu yararını yasalarla somutlaştırır. Yasaların da nihai amacı kamu yararıdır. İdare ise anayasa ve diğer yasalarla belirlenen kamu yararını gerçekleştirir. Yani idare kural olarak kamu yararının ne olduğunu tespit etmemekte, tespit edilen kamu yararını uygulamaktadır. Bununla birlikte münhasıran yasa koyucunun yetkisine bırakılmamış konularda, anayasa, yasa ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak üzere kamu yararını tespit edebilir. Ancak bu halde dahi idare, kamu yararını anayasaya uygun yorumlamak zorundadır⁵¹⁷.

İdarenin organlarının kurulması ve kaldırılması da dâhil her türlü faaliyette belirleyici unsur kamu yararıdır. Kamu yararı, idarenin tüm faaliyetlerinin ortak amacıdır⁵¹⁸. Kamu gücü ayrıcalıkları da idareye anayasayla ve yasalarla belirlenen kamu yararını gerçekleştirebilmesi için verilmiştir. İdare kamu yararı amacı dışında hareket ettiğinde faaliyetleri hukuka aykırı hale gelir. Bu noktada idarenin idari faaliyetlerinde kamu yararına uygun hareket edip etmediğini denetleyerek karar veren ise idari yargı yerleridir.

2.1.3.2. Kamu Yararı ve Kamu Gücü İlişkisi

İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması ve kamu yararını temsil etme işlevi birbirine yapışık durumdadır⁵¹⁹. Kamu yararı düşüncesi öncelikle kamu gücü ayrıcalıkları için gerekçe olma vasfına sahiptir. Bununla birlikte idarenin bu ayrıcalıklarını kullanırken güdeceği amaca sınır çizmektedir.

İdarenin işlem yapma yönünde bir iradesi ortaya çıktığı zaman bunun kamu yararı amacına yönelik olarak yapıldığı varsayılmaktadır. Bu yüzden idarenin tek yanlı iradesinin öngörölmüş olunan sonucu doğurması için yeterli olacağını da kabul etmek gerekir. Aksi halde kamu yararı ve kişisel çıkar eşit düzeyde kalır ve bu yüzden idare neredeyse hiçbir iş yapamaz duruma düşer⁵²⁰. Dolayısıyla idarenin kamu gücü kullanma yetkisine sahip olmasının temel nedeni, kamu yararının

⁵¹⁷ Kaya, (2011), 18-25.

⁵¹⁸ Kaya, (2011), 25.

⁵¹⁹ Yaşar, (2014). 32.

⁵²⁰ Özay, (2004), 405.

öncelikli olmasından dolayı, kamu yararını etkin kılabilme amacıdır⁵²¹. İdare her şeyden önce kamu yararını gerçekleştirmek için çabalayan devlet organıdır⁵²². Özel kişiler yaptığı işlemlerle elde etmek istedikleri amaçları serbestçe belirleyebilirler. Bu açıdan geniş bir özgürlüğe sahiptirler. Ancak idare ve kamu görevlileri kamu yararı ve yasa koyucunun özel olarak belirlediği amaçlar dışında kişisel gayeler güdemezler⁵²³. İdarenin faaliyetlerinin yegâne amacının kamu yararı olması, onu genel hukuk sùjelerinden ayırmaktadır. İdarenin amacının bu farklı yönü sahip olduğu araçlarının da farklı olması sonucunu doğurur⁵²⁴.

İdarenin anayasa ve yasalarla tespit edilen ve aynı zamanda tüm faaliyetlerinin yegâne amacı olan kamu yararını bireysel çıkarlara üstün kılabilmesi için bir takım ayrıcalık ve üstünlüklere ihtiyacı vardır. Bu üstünlük ve ayrıcalıklar ise kamu gücü fikriyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla idare hukukundaki bu kamu gücü fikri, kamu yararı misyonunu gerçekleştirebilmek adına, idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarını sistemleştiren kavramdır⁵²⁵.

Kamu gücü, idareye özgü, ona harekete geçme imkânı tanıyan ve ayrıca onu belli bir koruma alanı içerisine alan ayrıcalıklarla anlam bulur⁵²⁶. Özel hukuk ilişkilerinde bulunmayan bu ayrıcalıklar, kamu yararının üstün kılınabilmesi için idareye verilmiştir⁵²⁷. Bu yönüyle kamu gücü ayrıcalıkları kamu yararını özel kişilere zorla kabul ettirir⁵²⁸.

Özel hukuk ilişkilerinde genel olarak var olmayan kamu yararı amacı, yine özel hukuk ilişkilerinde var olmayan kamu gücü ayrıcalıklarını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte idarenin genel amacının kamu yararı olması bir başka sonucu daha ortaya çıkarmaktadır. Kamu gücü ayrıcalıklarının varlığına bir nevi gerekçe niteliğinde olan kamu yararı, bir yandan bu ayrıcalıklara amaç bakımından sınır çizmektedir. İdare sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını kamu yararına uygun kullanmak zorundadır. Ülke üzerinde yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini

⁵²¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 93.

⁵²² Rousset, (1960), 46.

⁵²³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 427.

⁵²⁴ Yaşar, (2014). 33.

⁵²⁵ Denizeau, (2004), 4.

⁵²⁶ Truchet, (2015), 46.

⁵²⁷ Denizeau, (2004), 4.

⁵²⁸ Truchet, (2015), 46.

koruma aracı olan kamu gücü⁵²⁹, hukuken çizilen sınırlar içerisinde, kamu yararını ve hizmet gereklerini yerine getirme amacıyla kullanılabilir⁵³⁰.

Tarih boyunca tüm devletlerin yaptırım gücünün ortak meşruiyetinin simgesi kamu yararı düşüncesi olmuştur⁵³¹. Devletin kuvvet kullanımı, en başta kendi varlığını sürdürebilmesi ve aynı zamanda toplumun bir arada güvenli bir şekilde yaşamasının sağlanabilmesi için gereklidir. İç ve dış güvenlik ile barış ve huzurun sağlanabilmesi idare hukuku literatüründe kamu düzeni kavramı ile ifade edilmektedir. Kamu düzenin korunması da şüphesiz kamu gücünü gerektirir⁵³². İdarenin bütün işlem ve eylemlerindeki yegâne amacı kamu yararıdır. Kolluk faaliyetlerinde ise amaç, hem kamu yararı hem de kamu düzeninin korunması ve sağlanmasıdır. Dolayısıyla devletin ve toplumun hayatı buna bağlı olduğundan, kamu düzeninin sağlanmasında da kamu yararı vardır⁵³³.

Kamu yararı kavramı kamu gücü ayrıcalıklarını meşru kılmaktadır⁵³⁴. Ancak bu meşruluğun fikri anlamda bir meşruluk olduğunu belirtmek gerekir. Zira ne kamu yararı düşüncesi ne de kamu gücü düşüncesinin idarenin sahip olduğu ayrıcalıklar açısından tek başına hukuki bir değeri yoktur. Bu kavramlar hukuka uygun olmakla meşruluk kazanmaktadır⁵³⁵. İdare kamu yararını gerçekleştirmeye çalışırken kuralsız hareket etme özgürlüğüne sahip olmadığı gibi, sebep olduğu zararlardan dolayı sorumsuz da değildir⁵³⁶. Yani idare kamu gücü ayrıcalıklarına başvurarak kamu yararı amacını gerçekleştirmeye çalışırken hukuka uygun davranmak zorundadır. Aksi halde yargısal denetimin sonucunda tesis ettiği işlem iptal edilecek ve/veya ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁵²⁹ Yaşar, (2014), 32.

⁵³⁰ Atay, (2014), 37.

⁵³¹ Canturk, C., (2007). Pers istilasına kadar ilk çağ Anadolu uygarlıklarında devlet ve yönetim. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Doktora Tezi, Bursa, 227.

⁵³² Çakmak, (2013), 302.

⁵³³ Çakmak, (2013), 302.

⁵³⁴ Oberdorff, (2013), 38.

⁵³⁵ Yaşar, (2014), 273.

⁵³⁶ Rousset, (1960), 46.

2.1.3.3. Kamu Yararı Amacından Dolayı Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Vazgeçilmezliği

İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklar kamu yararının gereği olarak tanınmıştır. Bu yüzden idare, icrai nitelikte işlem tesis etmesini sağlayan ayrıcalıklarından vazgeçemez⁵³⁷. Kamu gücü herhangi bir kişinin ya da heyetin şahsına bağlı bir hak değildir⁵³⁸. İdare görevlerini yerine getirmek için gerektiğinde kamu gücü ayrıcalıklarını uygulamak zorundadır⁵³⁹. Aksi halde doğabilecek zararlardan idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Kamu gücü ayrıcalıkları idarenin ya da kamu görevlilerin kişiliğine tanınmış lütuf ya da haklar olmadığından, idare için gerektiğinde bu ayrıcalıklara başvurmak hem yetki hem de görev niteliğindedir.

İdari işlemin yargıcın dahli olmaksızın alınarak uygulanabilmesini sağlayan idarenin “ön ayrıcalığı” aynı zamanda idarenin yargıca başvurmadan karar almasını zorunlu kılar⁵⁴⁰. İdare, kendi adı ve hesabına karar alması için, yasayla bir istisna getirilmediği sürece⁵⁴¹, yargıca başvuramaz⁵⁴². Özel hukuk ilişkilerinde kişi, ancak yargıya başvurarak hukuk alanında iradesini geçerli kılar ve hakkına kavuşabilir⁵⁴³. Ancak idare her faaliyetinde hukuka uygun davrandığını ispat etmek zorunda değildir. Bu bakımdan işleme karşı dava açacak taraf da idare değil, ilgilidir. Başka bir deyişle idare, hak sahibi olmak için önceden dava açmak zorunda değildir⁵⁴⁴.

İdarenin yaptığı iş ve eylemlerde işlemin muhatabının rızası ya da başka bir organın onayına ihtiyaç duymaması, idari rejim sisteminin getirdiği özelliklerdendir. Danıştay da bir kararında idari rejimde idari işlemlerin yargı yerlerinin onamasına ihtiyaç duymadığını belirtmiştir: “İdari rejimde, idari işlemlerin, tesis edildikleri anda kesin ve icrai nitelikte olduğu ve hukuka uygunluk karinesinden yararlandıkları; idari yargı yerinin onamasına bağlı olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurdukları, bu

⁵³⁷ Atay, (2014), 431.

⁵³⁸ Menemencioğlu, (1959), 9.

⁵³⁹ Rousset, (1960), 87.

⁵⁴⁰ Debbasch, C., Colin, F. (2014). *Droit administratif*. (11. Edition). Paris: Economica, 376. Foillard, P. (2014). *Droit administratif*. (3. Edition). Bruxelles: Collection Paradigme, 2014, 184. Rouault, M.C. (2006). *Droit administratif*. Gualino Editeur, 277.

⁵⁴¹ Debbasch, Colin, (2014), 376.

⁵⁴² Debbasch, Colin, (2014), 376. Foillard, (2014), 184. Rousset, (1960), 87. Aksi yönde görüş için bkz. Yaşar, (2014), s. 274.

⁵⁴³ Yaşar, (2013), 105.

⁵⁴⁴ Gözler, (2009), C.I, 678-679.

nedenle, mahkemece, ‘davanın reddine, dava konusu işlemin onanmasına’ şeklinde hüküm kurulmasında isabet görülmediği; davada işin esasına yönelik ileri sürülen iddianın, VUK.nun 122 ve 124 üncü maddeleri uyarınca tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada incelenemeyeceği... İdari Rejimin uygulandığı hukuk sistemlerinde, İdarenin Kamu Hukuku alanında yapmış olduğu idari işlemlerin hukuki varlık kazanabilmeleri, yargı organınca uygun görülmesine ve onanmalarına bağlı değildir. İdari karar alma prosedürü içinde, ‘onama’ yetkisi, işlemi yapan, kararı alan idari makamın hiyerarşik üstüne ya da vesayet makamına aittir. Bu bakımdan; temyize konu kararın hüküm fıkrasında ‘...davanın reddine...’ ibaresinden sonra yer alan ve hiyerarşik veya vesayet makamının yetkisinin yargı yerince kullanılması anlamına geldiği için Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ile Anayasanın 125 inci maddesine aykırı olan ‘...dava konusu işlemin onanmasına;...’ ibaresinin yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ‘...davanın reddine...’ şeklinde düzeltilmesi suretiyle işin esasına geçildi.”⁵⁴⁵

Kamu gücü ayrıcalıklarının vazgeçilmezliği kural olmakla birlikte bu kuralın iki istisnası söz konusudur. İlk olarak idari sözleşmeler alanında, idarenin tek yanlı karar alma ayrıcalığı esnetilmiştir. İdarenin tek yanlı icrai kararı kendisinin alabilmesinin yanında, bu hususta yargıca başvurarak onun karar vermesini istemesi de kabul edilmiştir⁵⁴⁶. Örneğin idari sözleşmelerde idare sahip olduğu kamu gücü ayrıcalığının sonucu olarak sözleşmeyi feshedebileceği gibi, sözleşmenin feshini yargıçtan da talep edebilir. Bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinde ise idarenin tek yanlı tasarrufu ile sözleşmeyi feshedemeyeceği, sözleşmenin feshinin ancak mahkeme kararıyla söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁵⁴⁷. İkinci olarak ise kamu mallarının özel kişilerce işgal edildiği durumlarda, işgalin son bulması ve işgalcinin kamu malını terkini sağlamak için yargıca başvurabileceği kabul edilmiştir⁵⁴⁸. Kamu mallarının haksız işgali durumunda idare öncelikle re’sen icra yetkisini kullanarak işgale son verebilir. Bunun yanında 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunda öngörülen idari yoldan yararlanabilir. Son olarak ise adli yargıda tecavüzün menî davası açarak kamu malına yapılan tecavüzün önlenmesini

⁵⁴⁵ Danıştay, 7.D., 16/11/2005, E.2002/4300, K.2005/2763, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁴⁶ Atay, (2014), 431.

⁵⁴⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 518-519.

⁵⁴⁸ Atay, (2014), 431.

isteyebilir⁵⁴⁹. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da idarenin “*idari kararlar alıp bunları re’sen uygulayabileceği gibi, bu mallara yönelik tecavüzleri men etmek gerektiğinde genel mahkemelere dava açmak hak ve yetkisine*” sahip olduğu yönünde karar vermiştir⁵⁵⁰.

2.1.4. Kuvvetler Ayrılığı ve Kamu Gücü

Kuvvetler ayrılığındaki kuvvetten anlaşılan devlet kudretidir. Kuvvetler ayrılığıyla devlet iktidarı işlevlerine göre bölünüp dağıtılmaktadır. “*İktidar kullanımının farklılaşarak, özünde, devlet iktidarının ayrı ellerde toplanması yolu ile iktidarlar arasında denge kurulup siyasi gücün sınırlandırılması amaçlanmaktadır.*”⁵⁵¹ Kutlu’ya göre kuvvetler ayrılığı ilkesi, “*devlet iktidarını, dengeler sistemine dönüştürerek, karşı ağırlıklar kurup, gücün gücü durdurmasını, devlet düzeneği içinde gerçekleştiren önemli bir sınırlama aracıdır.*”⁵⁵²

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve kamu gücü arasında iki farklı temel ilişki kurmak mümkündür. Bunlardan birisi kamu gücünün denetimidir. Buna göre “*kuvvetler ayrılığı, diğerlerini yönetme gücüne sahip olan bireylerin, söz konusu yetkilerini kötüye kullanabilecekleri ve dolayısıyla bunun denetlenmesi gerektiğine ilişkin antropolojik varsayıma dayanmaktadır. Bu sebeple, idare, yetkinin ancak sınırlı olarak kullanılacağı güvencesini vermek durumundadır.*”⁵⁵³ Kamu gücü kullanan idarenin, tarafsız ve bağımsız yargı kuvveti tarafından denetlenmesi kuvvetler ayrılığı ilkesiyle mümkündür ve bu husus hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Sınırlı ve sorumlu kamu gücü anlayışı “Hukuk Devleti ve Kamu Gücü” başlığı altında ele alındığından, bu başlık altında daha fazla üzerinde durulacak olan, kuvvetler ayrılığı ve kamu gücü ilişkisinin ikinci boyutudur. İdari rejimde, idarenin bağımsızlığı, mahkemelerin idareyi denetleyebilmesi; ancak

⁵⁴⁹ Gözler, (2009), C.II, 897.

⁵⁵⁰ “*Belediye sınırları içinde bulunan yollar, meydanlar, parklar, mezarlıklar gibi taşınmazlar kamu malı olup, bu taşınmazlar üzerinde belediyenin özel mülkiyet hakkından söz edilemez ise de bunların idare ve muhafazasına yönelik hak ve yetkilerinin (bu cümleden olarak gerektiğinde dava açmak yetkisinin) bulunduğu kabulü zorunludur.*” Yargıtay, HGK, 30/09/1981, E. 1980/3-1715, K. 1981/645, Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁵¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 137-138.

⁵⁵² Kutlu, (2001), 205.

⁵⁵³ Troper, M. (2005). Sınırlı iktidar, hukuk devleti ve demokrasi. 04-05-06 Ocak 2005 tarihli *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Editör: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 78, 25-26.

idareye müdahale edememesi yönündeki kuvvetler ayrılığı anlayışı bu ikinci boyutu oluşturmaktadır. Ayrıca “bağımsız idari yargı”, adli ve idari otoritelerin ayrılığı prensibinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bağımsız idari yargı da, kuvvetler ayrılığı prensibinin idare hukukundaki yansımasıdır⁵⁵⁴.

Birbirlerinin alanlarına müdahale etmelerini engellemek üzere yasama, yürütme ve yargı şeklindeki kuvvetler ayrılığı idari rejimde açıkça fark edilebilir. Başka bir deyişle kuvvetler ayrılığı, Kıta Avrupası’nda adli idare sistemine nazaran daha belirgindir⁵⁵⁵. İdari rejimde bu ayrımın keskinliğinin nedeni ise 17 ve 18’inci yüzyıllarda yargı organını oluşturan parlamentlerin, eski rejimde gerçekleştirdiği söylenegelen suiistimallerin sonucu olarak, Fransız devrimcilerinin günah keçisi haline gelmesidir⁵⁵⁶.

Daha önce de değinildiği gibi Fransa’da kuvvetler ayrılığı ilkesinin yorumlanış biçimi ile idari rejim arasında bağ kurma gayreti tarihsel sebeplere dayanmaktadır. Fransız Devrimi öncesinde genel mahkemelerin işlevini gören parlamentler, tutucu ve ayrıcalıklı sınıflardan oluşmakta ve bu parlamentlerin yasaları tescil hakları bulunmaktaydı. Parlamentler, eski ayrıcalıklarının azalmasından şüphe duydukları durumlarda, kendi çıkarlarına aykırı olabilecek hususlarda yasaları tescil etmeyerek yürürlüğe girişini engellemekte ve idarenin faaliyetlerine engel olmaktaydı. İşte bu sebeple, Fransız Devrimi’ni gerçekleştiren devrimciler, yeni kurulan adli mahkemelerin de aynı tutucu ve engelleyici tutuma sahip olmasından çekinmekteydi. Dolayısıyla adli mahkemelerin idarenin işlemlerine müdahale etmesine karşı çıkmaktaydılar⁵⁵⁷. Görüldüğü gibi Fransa’da idari yargının kurulması aslında büyük ölçüde adli yargının idareye müdahale etmesinden duyulan korkudan kaynaklanmıştır. Başka bir deyişle eski rejimin olumsuz anıları, idareye ilişkin davalara adli yargıcın bakmasının yasaklanmasına yol açmıştır⁵⁵⁸.

Eski rejimin yargıçlarının tutumundan duyulan korku ve olumsuz anılar neticesinde, öncelikle yasama ve yargı kararı arasında keskin bir ayrım söz konusu

⁵⁵⁴ Karaman, E. (2013). *Türk idari yargısının görev alanının anayasal dayanağı*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 115.

⁵⁵⁵ Merryman, (1968), 9-10.

⁵⁵⁶ Merryman, (1968), 10.

⁵⁵⁷ Atay, (1998), 109 vd.

⁵⁵⁸ Chrétien, Chiffot, (2012), 715.

olmuş, hukuku ancak yasa koyucunun meydana getireceği anlayışıyla, yargısal denetim ve yargıcın yorum yetkisi oldukça sınırlı tutulmuştur. Bu kuvvetler ayrılığı anlayışı ve yargıçlara olan güvensizlik, idare hukukunun gelişiminde rol oynamıştır. Buna göre, öncelikle hükümetten ayrı olarak idare organının da bağımsızlığının korunması anlayışı söz konusu olmuştur. Ancak idarenin bağımsızlığının yanında, bir denetime de tabi tutulması gerekli görülmüştür. Fakat yargısal denetimi eski rejim yargıçlarının yapması kabul edilemez bulunmuş ve dolayısıyla idarenin içinden yine idareyi denetleyecek olan bir yapı ortaya çıkmıştır. Bu yapı, yine idarenin içinden çıktığı için başlangıçta bir yargı organı olarak kabul edilemese de, uzun yıllar sonucunda bugünkü idari yargı meydana gelmiştir⁵⁵⁹. Günümüze değin yaşanan gelişmeler, uygulama ve yasal düzenlemelerle, yargı gücünün lehine olmak üzere yeniden bir dengenin sağlanması şeklinde gerçekleşmiştir⁵⁶⁰.

İdari rejimde idarenin bağımsızlığı, denetimi ve yargı organı karşısındaki konumuna ilişkin bu serüven kuvvetler ayrılığı ilkesinin yorumlanışını da buna göre şekillendirmiştir. Örneğin adli idare sisteminin var olduğu İngiltere’de, 1215 tarihli ünlü Magna Charta Libertatum, sonrasında Bill of Rights, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlaşılış şekli bakımından önemli etkide bulunmuştur. Bu ülkedeki kuvvetler ayrılığı anlayışına göre, idare de kişilerin tabi olduğu kurallara tabi olmalıdır⁵⁶¹. Bu anlayışa göre, idarenin ayrı bir yargı düzenine tabi tutulması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür.

Yargı ikiciliğine (düalitesine) dayanan idari rejim ile Fransa’daki kuvvetler ayrılığı anlayışı ilişkisine göre, idari uyuşmazlıklar genel mahkemelerce çözümlenirse, yargının idareye müdahalesi gündeme gelir ve kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenir⁵⁶². Dolayısıyla bu kuvvetler ayrılığı anlayışı, idarenin denetlemesine izin verir; hatta bunu emreder. Ancak idareye müdahaleyi yasaklar⁵⁶³. İdare yargıcı, dava konusu idari işlemi değiştiremez ve idarenin yerine geçerek işlem tesis edemez. Örneğin hukuka aykırı not işlemi iptal eder, ancak kendisi bir not takdirinde bulunamaz; hukuka aykırı görevden alma işlemi iptal eder, ancak

⁵⁵⁹ Merryman, (1968), 10.

⁵⁶⁰ Atay, (2008), 136.

⁵⁶¹ Atay, (2014), 35. Adli idare sisteminde kuvvetler ayrılığında yürütme-yargı ilişkisi için bkz. Barnett, (2013), 81 vd. , Alder, (2011), 146-147.

⁵⁶² Atay, (1998), 102, 109.

⁵⁶³ Özyörük, M. (15/12/1979). Murakabe mi? Müdahale mi?. *Tercüman Gazetesi*.

görevden alınan kişiyi alındığı görevine atayamaz; bir düzenleyici işlemin hukuka aykırı hükmünü iptal eder, ancak iptal edilen hükmün yerine yeni bir hüküm öngöremez; hukuka aykırı bir disiplin cezasını iptal eder, ancak hukuka uygun yeni bir disiplin cezası veremez⁵⁶⁴. Başka bir deyişle idarenin sahip olduğu kamu gücünün, yargıç tarafından hukuka uygunluğu denetlenabilir, ancak bu güç idarenin elinden alınarak bizzat yargıç tarafından kullanılamaz. Nitekim Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmekte, dördüncü fıkrasında ise, *“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”* hükmü yer almaktadır. Yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin ikinci fıkrası, *“İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”* şeklindedir. Bu düzenlemeler karşısında hukuk sistemimizin, idareye yargı organı karşısında belli ölçüde bağımsızlık verdiği söylenebilir. İdarenin bağımsızlığı ilkesi de, aslında yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarının bir sonucudur⁵⁶⁵. Buna göre idare sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla yargı organı karşısında da bazı ayrıcalıklara sahiptir. Örneğin Hauriou idarenin, bireysel ve özel hukuk ilişkilerine özel hukuk kurallarını uygulamakla görevli adli yargı yerlerine karşı sahip olduğu bağımsızlığının, en önemli kamu gücü ayrıcalığı olduğunu savunmuştur⁵⁶⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlığı da esas itibariyle kuvvetler ayrılığı ilkesi ve uygulamasında aranmıştır. Fransa'da bu ilkenin yorumlanışına göre, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrılığı benimsenmiş ve adli yargının idareyi denetlemesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı görülmüştür. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesine de bu yüzden ihtiyaç duyulmuş ve idarenin adli yargıda davalı olduğu

⁵⁶⁴ Atay, (2008), 141.

⁵⁶⁵ Yaşar, (2014), 72.

⁵⁶⁶ Onar, (1966), C.1, 49.

zaman görev uyuşmazlığı çıkarma imkânına sahip olması istenmiştir⁵⁶⁷. Ancak daha sonra bu görüş eleştirilmiştir. Zira yargının idareyi denetlemesi, idari faaliyete katıldığı anlamına gelmez. Örneğin ticaret mahkemeleri de yargısal denetim gerçekleştirmekte, ancak bu durum mahkemelerin ticaret yaptığı anlamına gelmemektedir. Ayrıca zaman içinde idari yargı da adli yargı gibi bağımsız yargı mercii haline gelmiştir. Kaldı ki, Fransa'da kuvvetler birliği ilkesinin geçerli olduğu dönemde de, idare ve adli yargı ayrımı kıskançlıkla korunmuştur. Dolayısıyla bu noktada asıl sebep kuvvetler ayrılığı ilkesi değil, Fransa'da o dönem gerçekleşen devrimler karşısında adli yargının tutuculuğu ve direnme eğiliminin ayrı bir yargı organına (idari yargı) ve dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesine ihtiyaç duyulması şeklindeki tarihi bir gerçektir⁵⁶⁸.

Tüm bu açıklamaların sonunda kanaatimizce, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile idari rejim arasında doğrudan bir bağlantı olduğunu, başka bir deyişle idari rejimin kuvvetler ayrılığı ilkesinin olmazsa olmaz bir unsuru olduğunu, adli yargı-idari yargı ayrımının ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kuvvetler ayrılığı ilkesinden doğduğunu söylemek mümkün değildir. Zira örneğin İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde de kuvvetler ayrılığına dayanan bir anayasal sistem söz konusu olmasına rağmen idari rejim uygulanmamaktadır. Ancak her ne kadar idari rejimin varlığının doğrudan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile açıklanması mümkün olmasa ve idari rejimin kökleri tarihsel bir gerçeğe dayansa da, tarihsel süreçte Fransa'da kuvvetler ayrılığı ilkesinin yorumlanış biçiminin bu hususta etkili olduğunu kabul etmek gerekir. İdari rejim ve kuvvetler ayrılığı arasında kurulan bağlantı hem öğreti hem de içtihat aracılığıyla iki kavramın da birbirini etkilemesi sonucunu doğurmuştur. Tarihsel bir gerçekten doğan ve yorum yöntemiyle kurulan idari rejim-kuvvetler ayrılığı ilişkisi, Kıta Avrupası'ndaki kuvvetler ayrılığı anlayışının da bu ilişkiye göre şekillenmesi ve en azından kendine has bir hal almasında etkili olmuştur. Örneğin Danıştay bir kararında idari rejimde idarenin işlemlerinde yargı yerlerinin onamasına ihtiyaç duymadığını belirtmiş ve bunu kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de ilişkilendirmiştir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Yayla, (1968), 201.

⁵⁶⁸ Yayla, (1968), 202.

⁵⁶⁹ "İdari Rejimin uygulandığı hukuk sistemlerinde, İdarenin Kamu Hukuku alanında yapmış olduğu idari işlemlerin hukuki varlık kazanabilmeleri, yargı organınca uygun görülmesine ve onanmalarına bağlı değildir. İdari karar alma prosedürü içinde, 'onama' yetkisi, işlemi yapan, kararı alan idari makamın hiyerarşik üstüne ya da vesayet makamına aittir. Bu bakımdan; temyize konu kararın

Dolayısıyla idari rejim ve bu sistemdeki kamu gücü fikrinin ortaya çıkış sebebi farklı tarihsel gerçeklere dayansa da, daha sonra kuvvetler ayrılığı ilkesiyle birlikte yorumlanarak Kıta Avrupası hukuk sistemine özgü bir kamu gücü fikri ve kuvvetler ayrılığı anlayışının doğmasına yol açmıştır.

Ayrıca Kıta Avrupası'ndaki gelişmeler, adli idare sistemindeki "idarenin ayrı bir yargı düzenine tabi tutulması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır" endişesini endişeyi doğrulamamış, aksine, gidişat ters yönde olmuştur⁵⁷⁰. İdari rejimde idarenin hukukla bağlanmasını konu edinen bağımsız bir idare hukuku ve idarenin denetimi konusunda uzmanlaşmış idari yargı ortaya çıkmıştır. Ayrıca idari yargıcın idareye yakın olması hukuk devletinin gerekleri açısından zaman zaman kuşkuyla yol açsa da, aslında yargıcın idareye yakın olması aynı zamanda kontrolü ele almasına da yardımcı olmuştur⁵⁷¹. Başlangıçta "idarenin içinden" doğan idari yargı zamanla adli yargı gibi bağımsız bir yargı mercii haline gelmiştir. Dolayısıyla kanaatimizce idari rejimin en esaslı unsuru olan kamu gücü, idarenin bağımsızlığı ilkesinde (ve de Kıta Avrupası'ndaki kuvvetler ayrılığı anlayışında) önemli bir yere sahiptir. İdarenin sahip olduğu kamu gücü ve Kıta Avrupası'ndaki kuvvetler ayrılığı anlayışı yargının idareyi denetlemesini değil, müdahalesini ve idarenin yerine geçmesini önlemektedir. Bu sistemin ve anlayışının da günümüzdeki yegâne amacı şüphesiz hukuk devletinin gerçekleştirilmesidir⁵⁷². Ayrıca idari yargı, adli yargıdan ayrı bir biçimde oluşturularak genel yargı düzeninde bir ayrışmaya yol açmış olsa da, dünyada idarenin yargısal denetiminin en özgün kaynağını oluşturmaktadır⁵⁷³.

Ülkemizdeki parlamenter sistemde üçlü kuvvetler ayrılığında yasama ve yürütmenin kesin bir şekilde ayrıldığını söylemek mümkün değildir. Yasama ve yürütme çoğu kez iç içe geçebilmekte, görünürde bir ayırım var gibi görünse de,

hüküm fıkrasında '...davanın reddine...' ibaresinden sonra yer alan ve hiyerarşik veya vesayet makamının yetkisinin yargı yerince kullanılması anlamına geldiği için Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ile Anayasanın 125 inci maddesine aykırı olan '...dava konusu işlemin onanmasına;...' ibaresinin yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca '...davanın reddine...' şeklinde düzeltilmesi suretiyle işin esasına geçildi." Danıştay, 7.D., 16/11/2005, E. 2002/4300, K. 2005/2763, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁵⁷⁰ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 8.

⁵⁷¹ Chevallier, (1988), 58.

⁵⁷² Demirkol hukuk devleti ilkesi ile idari rejim arasındaki ilişkiyi açıklarken, idari rejimin hukuk devletinin bir tür yansıması olduğunu ve hukuk devleti ilkesiyle idari rejimin bir bütünlük arz ettiğini ifade etmiştir. Demirkol, (2001), 75, 84.

⁵⁷³ Yaşar, (2014), 72.

gerçekte, bu ayrım giderek belirsizleşmektedir. Dolayısıyla yasama ve yürütmenin bütünleşip birleşmesi sonucunda, çok daha güçlü bir “kuvvet” meydana gelmektedir⁵⁷⁴. Bu sebeple kuvvetler ayrılığı ilkesiyle birlikte tarafsız ve bağımsız yargının varlığı kamu gücünün sınırlanması ve denetimi konusunda en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷⁵. Bu noktadan hareketle de denilebilir ki, kuvvetler ayrılığı anlayışı bağlamında idarenin bağımsızlığı ilkesi yargıç tarafından katı yorumlanır ve idare lehine sonuçlara varılırsa, idarenin kamu gücü karşısında zayıf durumda olan bireyin en önemli güvencesi olan yargı, birey hak ve özgürlüklerini korumak bakımından etkili bir araç olma vasfını kaybeder. Bunun sonucunda da kuvvetler dengesi bozulur ve hukuk devleti ilkesi zarar görür.

İdari rejim sistemindeki kamu gücü anlayışı idari yargının idarenin kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklarını korumak değil, adaleti sağlamak üzere, bu ayrıcalıklar karşısında güçsüz durumdaki bireyi koruyacak şekilde, kamu gücünün denetimini yapmaktır. Dolayısıyla kamu gücü fikri, Kıta Avrupası’ndaki kamu hizmeti ve kamu yararı anlayışının bir yansıması ve gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Kuvvetler ayrılığındaki yargı erkinin bir ayağı olan idari yargının amacı da, ortaya çıkan “ayrıcalıklar zinciri”nin denetimini gerçekleştirerek idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamaktır. İdarenin yargı organının onu denetlemenin ötesinde müdahale etmesinin önüne geçen ayrıcalığı ise, yaygın kamu hizmeti anlayışının neticesinde faaliyetlerini yerine getirebilmesi adına daha rahat ve hızlı hareket etmesini sağlamaya yöneliktir. Yoksa bu ayrıcalık, idarenin etkin yargısal denetimi önünde bir engel olarak yorumlanmamalıdır. Yargı organı da idarenin kuvvetler ayrılığı anlayışı ve idari rejimden kaynaklanan bu ayrıcalığını kanaatimizce dar yorumlamalı, “müdahale” etmekten çekinirken, “etkin denetim”i zayıflatmamalıdır. Zira bahsedilen tüm bu ilke ve anlayışların günümüzdeki yegâne amacı idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi sadece idarenin bağımsızlığı ilkesini ortaya çıkaran kamu gücü ayrıcalığını değil, idarenin etkin yargısal denetimini gerektirir. Hatta bu ikincisinin birincisinden daha önemli ve asıl

⁵⁷⁴ Ulusoy, A. (2005). İdari yargının demokratik sistem içindeki konumu. *04-05-06 Ocak 2005 tarihli Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Editör: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları:78, 354-355.

⁵⁷⁵ ABD Anayasası’nın yapımcılarından Alexander Hamilton deyişiyle; “yargı gücü, yasama ve yürütmeden ayrılmadıkça özgürlük olamaz. (...) Özgürlüğün yargıdan korkacak bir tarafı yoktur, ama diğer ikisiyle birleştiği anda korkulacak çok şey var demektir.” Yet, (2008), 20.

olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kuvvetler ayrılığı idareyi diğer organlar karşısında korumak için değil, sınırlı devleti sağlamak için ortaya atılmıştır.

2.2. İDARE HUKUKUNDA TEMEL KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

Kamu gücü ayrıcalıklarını tek tek saymak ve eksiksiz bir listesini yapmak mümkün değildir⁵⁷⁶. İdari işlem ve idari sözleşmelerdeki kamu gücü ayrıcalıkları idarenin faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi için genel hukuku aşar şekilde hareket etmesine izin veren faaliyet ayrıcalıklarıdır. Bu ayrıcalıklar dışında, kamu gücünün görünümüne kavuştuğu birçok ayrıcalıktan bahsetmek mümkündür. Örneğin kamu mallar, kamu yararının temsilcisi olan idareye karşı “elverişsiz” olan bazı faaliyet ve tedbirleri engelleyerek⁵⁷⁷ onu hukuki vasıtalarla belli bir koruma alanı içine alan, koruma ayrıcalıklarının yoğunlaştığı alandır. Kamu mallarının hukuki rejiminde kamu hizmetine tahsis edilmiş malların koruması, devredilemezliği ve zamanaşımı yoluyla kazanılamamasıdır⁵⁷⁸. Bu bakımdan kamu malı statüsü⁵⁷⁹ de bir kamu gücü ayrıcalığı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸⁰. Söz konusu koruma ayrıcalıkları istisnai ayrıcalıklar olarak görülmektedir⁵⁸¹. Burada ise idare hukukunda öne çıkan temel kamu gücü ayrıcalıklarına değinilecektir.

2.2.1. İdari İşlemlerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları

İdarenin faaliyetlerinde başvurduğu en temel araç idari işlemdir. Dolayısıyla idari işlem kamu gücü ayrıcalıklarının en yoğun rastlanıldığı alandır. Bununla birlikte idari işlemlerin tek yanlılık, icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve re’sen icra edilebilme gibi özellikleri de imperium yetkisinden kaynaklanan asli ve vazgeçilmez temel kamu gücü ayrıcalıkları olarak sayılmaktadır⁵⁸². Bu bakımdan kamu gücü fikrinin analizinde idari işlem kavramı en önemli yeri işgal etmektedir.

⁵⁷⁶ Gözler, (2009), 91.

⁵⁷⁷ Chapus, (2001), C.I, 474.

⁵⁷⁸ Frier, P. L., Petit, J. (2015). *Droit administratif*. (10. Edition), LGDJ 43.

⁵⁷⁹ Chapus, (2001), C.I, 474.

⁵⁸⁰ Chapus, (2001), C.I., 171. Gözler, (2009), C.I, 88.

⁵⁸¹ Frier, Petit, (2015), LGDJ, 43.

⁵⁸² Erkut, (2004), 58-60.

İdarenin varlığı ve kamu gücü kullanımının en somut hali idari işlemler aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla idari işlem, idarenin bireyler karşısındaki en etkili araçtır. İdari işlemin en etkili araç olması, “hukuki durumlara müdahale” edebilme gücüne sahip olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁸³.

Öncelikle hangi işlemlerin idari işlem olduğunun tespitindeki en önemli ölçüt kamu gücü kullanımıdır. Başka bir deyişle kamu gücü kullanımı, idari işlemleri diğer hukuki işlemlerden ayırmaktadır.

İdari işlemler her şeyden önce birer hukuki işlemdir⁵⁸⁴. Hukuki işlem ile kastedilen en basit tanımıyla hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanıdır. Burada önemle belirtmek gerekir ki, idarenin yaptığı her işlem idari işlem değildir. Nitekim idarenin kamu gücü kullanmaksızın tesis ettiği özel hukuka tabi işlemleri, idari işlem kategorisinde kabul edilmez. Bu tarz işlemler idarenin işlemi olsa da idari işlem kategorisine dâhil edilmez⁵⁸⁵. İlgilinin hukuki durumunu etkileyen tek yanlı bir düzenlemeyi ifade eden idari işlemler, kamu gücü kullanılarak yapılan tasarruflardır⁵⁸⁶. Buna göre idari işleme en önemli ayırıcı yönünü veren kamu gücü de dikkate alınacak olursa idari işlem “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerin, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları*” olarak tanımlanabilir⁵⁸⁷.

Daha önce de belirtildiği gibi, idare organları dışındaki devlet organlarının da (yasama ve yargı), idare işlevine giren işlemler yapabileceği ve ayrıca kamu hizmeti ödevi yüklenen özel kişilerin, buna şart olarak kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması ve idari işlem yapabileceğinin kabulüyle birlikte, organik öğeye ağırlık

⁵⁸³ Yılmaz, D., (2014). *İdari işlemin icrailik özelliği*. Ankara: Astana Yayınları, 176.

⁵⁸⁴ Akyılmaz, (2000), 24.

⁵⁸⁵ Atay, (2004) s. 421.

⁵⁸⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 378.

⁵⁸⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 373. “*İdare hukuku öğretisinde idari işlem; idarenin idare hukuku alanında gördüğü hizmet ve faaliyetlere ilişkin hukuksal sonuç yaratmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmakta olup, kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmeleri, kesin ve icrai olmaları, resen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmeleri de idari işlemlerin diğer özelliklerini oluşturmaktadır.*” Danıştay, 15.D., 09/09/2015, E. 2015/2061, K. 2015/4886, *Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası*.

tanıyan idari işlem tanımı önemini yitirmiştir⁵⁸⁸. Dolayısıyla artık idari işlemlerin idare tarafından tesis edilen işlemler olarak tanımlanması yetersiz kalmaktadır.

İdarenin faaliyetinin kamu hukukuna tabi bir idari faaliyet ya da özel hukuk alanında bir özel hukuk faaliyeti olup olmadığı, faaliyetin kamu gücü kullanılarak yapılıp yapılmadığına göre tespit edilmektedir. Buna göre idarenin hukuki tasarrufu, kamu gücü ayrıcalığını içeren bir hukuki norma dayanıyorsa, kamu hukukuna tabi bir idari tasarruf söz konusu demektir. Bununla birlikte özel hukuk alanında, özel hukuk usullerine göre gerçekleştirilen tasarruflar, idari işlem olarak kabul edilmez⁵⁸⁹. İdare özel hukuk alanında da sıklıkla faaliyet göstermektedir. Ancak bu alanda idarenin yaptığı işlemleri tümüyle özel hukuk işlemi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira idare özel hukuk alanında da kamusal usullere başvurarak işlem tesis edebilmektedir. Bu noktada özel hukuk işlemi ve idari işlem arasındaki ayrımı yapma konusunda temel faktör kamu gücü kullanımıdır⁵⁹⁰. Dolayısıyla kamu gücü idari işlemin özellikleri arasında kendini göstermektedir.

2.2.1.1. Tek Yanlılık

İdare hukukundaki ayrıcalıklar zincirinin bir halkası olan tek yanlılık, idarenin kamu gücüne dayanarak karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymaksızın, sadece kendi iradesiyle hukuksal durumlarda değişiklik yapabilmesini ifade eder. İdari işlemlerdeki tek yanlılığın nedeni, özel hukukun aksine kamu hukukunda iradenin eşitliğinin değil, kamusal iradenin üstünlüğünün söz konusu olmasıdır⁵⁹¹.

İdarenin işlem yapma yönünde bir iradesi ortaya çıktığı zaman bunun kamu yararı amacına yönelik olarak yapıldığı varsayılmaktadır. Bu yüzden idarenin tek yanlı iradesinin öngörülmüş olunan sonucu doğurması için yeterli olacağını da kabul etmek gerekir. Aksi halde kamu yararı ve kişisel çıkar eşit düzeyde kalır ve bu yüzden idare neredeyse hiçbir iş yapamaz duruma düşer⁵⁹².

⁵⁸⁸ Tan, (1993), 195.

⁵⁸⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 378.

⁵⁹⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 379.

⁵⁹¹ Özyay, (2004), 405.

⁵⁹² Özyay, (2004), 405.

Özel hukuk alanında hak sahiplerinin iradeleri arasında eşitlik söz konusudur; kural olarak, hukuk âleminde değişiklik yapmanın olağan yolu, birbirine eşit olan bu iradelerin uyuşmasıdır⁵⁹³. Eşitler arası bir ilişkide bir tarafın işlemlerinin, tek taraflı irade beyanı ile tesis edilmekle birlikte, hukuk dünyasında hukuka uygun kabul edilerek, karşı tarafta hukuki etki yaratması, kişinin hukuki statüsünü değiştirmesi kural olarak mümkün değildir⁵⁹⁴. Özel hukuk ilişkilerinde olağan olan karşılıklı iradelerin uyuşmasıdır. Bu bakımdan başka bir kişiyi etkileyen tek yanlı kararlar sayısı son derece az olan istisnalardır. Özel hukuk ilişkilerindeki tek yanlı kararların büyük kısmı (evlat edinme ve vesayetin kaldırılması gibi) aile hukukunda bulunmaktadır. Ayrıca işçinin işe girmeden önce iş sözleşmesinde kabul ettiği gibi “önceden rıza gösterme” nedeniyle de tek yanlı kararlar ortaya çıkmaktadır. İşverenin tek yanlı gibi görünen disiplin cezası işleminde aslında işçi işverenin bu şekildeki kararlarına daha önceden imzaladığı iş sözleşmesiyle rıza göstermiştir. Ayrıca tek yanlı işlem olarak kabul edilen bir vasiyetin ya da bağışın kabulünde de ilgilinin sonradan gösterdiği rıza söz konusudur⁵⁹⁵. Örneğin tek yanlı gibi görünen vasiyette mirasçı durumundaki kişinin iradesi bunu kabul etmeme yönündeyse, söz konusu hukuki işlem hüküm ve sonuç doğurmaz⁵⁹⁶. Özel hukukta tesis edilen işlemlerin ilgililerin itirazına rağmen etkilerini göstermesi, örneğin yargı kararı gibi, başka bir makamın araya girmesiyle mümkün olur⁵⁹⁷. Bu bakımdan tek yanlı hukuki işlemlerin özel hukukta oldukça azınlıkta kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁹⁸. Dolayısıyla nitelik olarak da kamu hukukuna nazaran zayıf görünen özel hukuk alanında az sayıdaki tek yanlılık “insan iradelerinin hukuki eşitliği”⁵⁹⁹ genel kuralını

⁵⁹³ Giritli, İ., Bilgen P., Akgüner, T., Berk, K., (2013). *İdare hukuku*. (6. Baskı). İstanbul: Der Yayınevi, 1278.

⁵⁹⁴ Kural bu olmakla birlikte; Dupuis tek yanlı irade beyanı ile hukuki sonuç doğuran işlemlerin her durumda sadece kamu hukukuna özgü olmadığını belirtmiştir. Yazara göre “emretme yetkisini haiz kişilerin diğerleri üzerindeki egemenliği, başka bir deyişle insanın bir başka insan üzerindeki hâkimiyeti var olduğu sürece tek yanlı işlemlerin varlığı da her yerde ve her alanda hüküm sürecektir.” Yazar özel hukuk alanında da mirasın reddi, bir haktan feragat, gayri meşru çocuğun tanınması, aile birliğinde velinin çocuğun nam ve hesabına karar verebilmesi gibi çeşitli tek yanlı işlemlerin hukuki sonuç doğurabileceğini belirtmiştir. Dupuis, G., (1975). Définition de l'acte unilatéral. *Melanges Eisenmann*. Paris: Edit. Cujas, 209'dan aktaran Erkut, (2004), 57 (97. dipnot).

⁵⁹⁵ Waline, (2014), 415.

⁵⁹⁶ Özay, (2004), 405.

⁵⁹⁷ Onar, (1966), C.III, 1458.

⁵⁹⁸ Kılıçoğlu, A. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (17. Baskı). Ankara: Turhan Yayınevi, 47.

⁵⁹⁹ Waline, (2014), 415.

değiştirmemektedir. Sonuç olarak özel hukuk ilişkilerinde çok yanlılık kural ve tek yanlılık istisnayken, idare hukukunda kural tek yanlı işlem tesisidir⁶⁰⁰.

İdari işlemlerdeki idare hukukuna özgü tek yanlılık kavramı, tek irade açıklamasını ifade eder. Ancak tek irade açıklaması, işlemin sadece tek kişi ya da makamın iradesini içermesini değil, işlemin yöneldiği kişinin yani ilgilinin iradesinin işlemin tesisi bakımından önemli olmadığını, başka bir deyişle işlemi tesis edenlerin iradesinin değer taşıdığını ifade eder⁶⁰¹. *“Yani işlemin tek yanlı olup olmaması hususu işlemi oluşturan kişilerin sayısına göre değil, işlemle ilgisi arasındaki bağın niteliğine göre belirlenmektedir.”*⁶⁰²

Çok yanlı işlemlerde hukuki tasarruf, hukuki ilişkinin taraflarının rızaları ve karşılıklı uyuşan irade açıklamaları ile oluşurken, tek yanlı işlemlerde ise işlemin muhatabı, rızası aranmaksızın işlemi tesis edenin iradesi ile işlemle belirlenen hukuki duruma uymaya zorlanır⁶⁰³. İlgilinin işleme ilişkin mutabakatı, talebi ya da işlemi kabul etmesi, işlemin sözleşme ya da çok yanlı işlem olması sonucunu doğurmaz⁶⁰⁴. Çünkü tek yanlı işleme gösterilen rıza ya da işlemin tesisinden önce idareyi harekete geçirmek için yapılan başvuru, işlemin yapılışındaki temel irade değil, işlemin yapılış sürecinde tek başına hukuki bir etkisi olmayan, idareyi harekete geçirme ya da idareye fikir verme niteliği taşıyan usuli işlemlerden birisini oluşturan iradedir. Bu sebeple tek yanlı işleme gösterilen rıza işlemin yapılış sürecinde gerçekleşen usuli bir aşama olarak kabul edilmelidir⁶⁰⁵.

Sonuç olarak idarenin tek yanlı işlemleri, *“tamamen kamu gücü faaliyeti sonucunda oluşan ve yöneldikleri kişilerin iradelerinden bağımsız olarak hukuki değer ifade edebilen işlemlerdir.”*⁶⁰⁶

⁶⁰⁰ Vlachos, (1993), 147.

⁶⁰¹ Erkut, (1990), 13.

⁶⁰² Sezginer, M. (2000). *İptal davasının uygulama alanı bakımından ayrılabilir işlem kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 37.

⁶⁰³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 379.

⁶⁰⁴ Sezginer, (2000), 37.

⁶⁰⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 379-380.

⁶⁰⁶ Erkut, (1990), 14.

2.2.1.2. İcrailik

Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası sisteminin tipik ve ayırt edici özelliklerinden biri de, idarenin icrai karar alma yetkisine sahip olmasıdır⁶⁰⁷. İdari işlemlerin, herhangi bir yargı kararına⁶⁰⁸ ve ilgilinin ya da diğer idarelerin rıza ve onayına ihtiyaç duyulmaksızın tesis edilmekle⁶⁰⁹, araya başka bir işlem girmeksizin⁶¹⁰ hukuki etki göstermesi idari işlemin icrailiğini gösterir. İdari işlemin icrailik özelliği “hukuksal durumlarda yeni birtakım etkiler yaratma gücü”nü ifade etmektedir⁶¹¹. Bu özellik, idareye özel kişiler karşısında önemli üstünlükler sağlamakta; idare bu sayede iradesini ilgililere kabul ettirmek imkânına kavuşmaktadır⁶¹².

İdari işlemin icrai niteliği idarenin kamu gücü sayesinde bireyler üzerinde ayrıca başka bir işleme ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesidir⁶¹³. İcrailiğin ortaya çıkardığı etki maddi âlemde gerçekleşen fiili etki değil, hukuki bir etkidir⁶¹⁴. İdarenin icrai işlemlerine icrai karar da denmektedir. Waline icrai kararı, idarenin hukuki durumlarda tek yanlı değişiklik yapma gücünü kullandığı işlemler olarak tanımlamaktadır⁶¹⁵.

İdari işlemlerin icrailiğinin altında kamu gücüne sahip olması yatar⁶¹⁶. İdari faaliyetin olağan yöntemi olan icrai işlem, pratikte en fazla karşılaşılan işlem olmasının yanında, teorik açıdan da kamu gücü ayrıcalıklarını en net şekilde açığa çıkaran işlem türüdür⁶¹⁷.

Özel hukuk ilişkilerinde kural olarak, bir kişinin iradesiyle, karşı tarafın rızası olmaksızın onun hukuki durumunda değişiklik yaratması görülmez⁶¹⁸. İcrai nitelikte bir karar gerçekleştirmek isteyen bir kişi karşı tarafın rızasını almak ya da yargıcın

⁶⁰⁷ Yılmaz, (2014), 175.

⁶⁰⁸ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 368.

⁶⁰⁹ Atay, (2014), 431.

⁶¹⁰ Erkut, (1990), 120.

⁶¹¹ Erkut, (1990), 120.

⁶¹² Gözler, (2009), C.I, 674.

⁶¹³ Erkut, (1990), 119.

⁶¹⁴ Yılmaz, (2014), 28.

⁶¹⁵ Waline, (2014), 415.

⁶¹⁶ Gözler, (2009), C.I, 674.

⁶¹⁷ Waline, (2014), 415.

⁶¹⁸ Waline, (2014), 415. Yılmaz, (2014), 32.

müdahalesini talep etmek zorundadır. Atay bu konuda şu örneği vermektedir; ev sahibi kiracısını evden çıkartmak istemesi durumunda, kiracı kiralananı kendi iradesiyle terk etmek istemezse, ev sahibinin bu hususta yargıca başvurarak kiracının çıkarılmasına hükmeden bir kararı talep etmekten başka bir seçeneği yoktur. Buna karşılık idarenin, faaliyetlerini yerine getirirken ne ilgilinin rızasına ne de yargıcın onayına ihtiyacı vardır. Ev sahibi kiracıyı mahkeme kararı olmadan kiralananı çıkartamazken, idare, örneğin bir yabancıyı sınır dışı etmek istediğinde, kararı alır ve uygular. Ancak alınan karar hukuka uygunluk denetimine tabidir. Bu noktada yargının iki farklı görünümü ortaya çıkmaktadır. Özel hukukta yargıç icrai nitelikte kararlar alarak önceden müdahalede bulunabilmekteyken, idare hukukunda ancak karar alındıktan sonra alınan kararın hukuka uygunluğunu denetleyebilmektedir⁶¹⁹.

İdarenin ilgilinin direncini kırmak için yargıca başvurarak bir mahkeme kararı almak zorunda olmaması, “icrai karar” kavramını tam olarak vurgulayan niteliktir⁶²⁰. Hukuksal durumlarda yeni birtakım etkiler yaratma gücünü içeren icrai işlemlerin bu yönü, diğer işlemlerden ayırt edilmesinde gözetilen en önemli ölçütü oluşturmaktadır⁶²¹.

2.2.1.3. Hukuka Uygunluk Karinesi

İdari işlemin icrailiği aynı zamanda aksi ispat edilinceye kadar idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir⁶²². Yani idari işlemler, başka bir organın ön incelemesine tabi tutulmaksızın tümüyle hukuk düzeninde yer aldıklarından, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar⁶²³. İdare tarafından kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanılarak tesis edilen, ilgili kişilerin ya da herhangi başka bir erkin onayına ihtiyaç duymadan kamu hizmetinden yararlananların hukuk dünyasında değişiklikler yaratabilen idari işlemlerin, hukuk devletinde kanuni bir dayanağının bulunması ve kanunlara uygun olarak tesis edilmeleri gerekir⁶²⁴. İşte bu nedenle idari işlemler, yargı tarafından ya da yine idarenin kendisi tarafından ortadan kaldırılmadıkça,

⁶¹⁹ Atay, (2014), s. 426.

⁶²⁰ Waline, (2014), 441.

⁶²¹ Erkut, (1990), s.120.

⁶²² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 380.

⁶²³ Chevallier, (1988), 61.

⁶²⁴ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 367.

kanuni bir dayanağa sahip ve hukuka uygun varsayılır⁶²⁵. Bu ilkeye, hukuka uygunluk karinesi adı verilir⁶²⁶. Rivero hukuka uygunluk karinesinin önemini idari işlemin diğer özellikleriyle birlikte değerlendirerek ortaya koymaktadır. Yazar hukuka uygunluk karinesinin tüm idare hukukuna egemen olduğunu ve o olmadan idari işlemin icrailik yönünün açıklanamayacağını, idareye tanınan bu güçle derhal uygulanabilirliğin sağlandığını belirtmektedir⁶²⁷.

Karine, hukukta genel olarak anlaşıldığı şekliyle; varlığı bilinen olumlu ya da olumsuz bir durumdan diğer bir durumun yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkân veren kural olarak tanımlandığında, idari işlemlerin hukuka uygun kabul edilmesinin bu anlamda bir karine olmadığı görülmektedir⁶²⁸. Hukuka uygunluk karinesi özel hukuktaki karinelerin aksine herhangi bir kanuna ya da maddi bir olaya dayanmaya ihtiyaç duymaz. Bu yönüyle hukuka uygunluk karinesinin kamu gücü fikrinden kaynaklanan, idare hukukuna özgü bir ilke olduğu söylenebilir⁶²⁹. Ancak karineden ziyade hukukun genel bir ilkesi olan ceza hukukundaki masumiyet karinesi gibi, hukuka uygunluk karinesi de bu ifade şekliyle öğretiyeye yerleşmiş ve kabul görmüştür. “*İdare hukuku hukukun diğer branşlarındaki kaynaklardan beslenir ve fakat besinleri kaynağındaki anlamın dışında kendi özgünlüğü içinde sindirir.*”⁶³⁰ Bu sebeple kanaatimizce hukuka uygunluk karinesi ifadesini kullanmakta bir mahsur görülmemelidir.

Hukuka uygunluk karinesi, kanunilik karinesi olarak da adlandırılır. Danıştay ise eski tarihli bazı kararlarında “doğruluk karinesi” ifadesini tercih etmiştir⁶³¹.

⁶²⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 380. Özay, (2004), 407.

⁶²⁶ “Öte yandan, idari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” Anayasa Mahkemesi, 21/09/1995, E. 1995/27, K. 1995/47, *Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası*. Anayasa Mahkemesi, 21/09/1995, E. 1995/46, K. 1995/49, *Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası*.

⁶²⁷ De Gastines, L. (1991). *Les présomptions en droit administratif*. Paris: LGDJ, 2.

⁶²⁸ Tekinsoy, (2013), 20.

⁶²⁹ Danıştay da bir kararında hukuka uygunluk karinesi için “idare hukukunun bir ilkesi” ifadesini kullanmıştır. Danıştay, 9.D., 07/03/1972, E. 1972/179, K. 1972/494, *Danıştay Dergisi*, Sa: 8, Y. 1973, 282’den aktaran Karahanoğulları, (2015), 161-162. Danıştay’ın bir başka kararında Başkanunsözcüsü vekili hukuka uygunluk karinesi için “idare hukukunun ilkesi” olarak bahsetmektedir. “*Bundan başka idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluluğunu doğurur.*” Danıştay, İBGK, 22/12/1973, E. 1968/8, K. 1973/14, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁶³⁰ Atay, (2007), 527.

⁶³¹ “İdari işlemlerde doğruluk karinesi bulunduğundan, aksi yetkili merci veya makamlarca saptandığı tarihe kadar doğru kabul edilen bir işlemin doğurduğu sonuçların da doğru olması gerekmektedir.” Danıştay, İBGK, 22/12/1973, E. 1969/8 K. 1973/14. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Danıştay, 9.D.,

Fransız hukukunda ise karine, kanunilik karinesi, hukuka uygunluk karinesi ve düzgünlük (uygunluk) karinesi gibi ifadelerle adlandırılmaktadır⁶³². Ayrıca idari işlemin hâkim tarafından incelenmeden hukuki sonuç doğurması⁶³³ ve kural olarak dava açılmasının tek başına işlemin yürütmesini durdurmaması sebebiyle, idari işlemin hem icrailik hem de hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi genel özelliklerini kapsayacak şekilde, “ön ayrıcalık” ifadesi de sıklıkla kullanılmaktadır⁶³⁴.

İdari faaliyet, kamu hizmetinden yararlananların itirazları ile çalışmaz hale getirilemeyeceğinden, uygulanması gereken idari işlemler lehine hukuka uygunluk karinesi mevcuttur. İşlem tesis edilmekle birlikte hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu bakımdan idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesi için yargının bir ön onayına ihtiyaç yoktur. *“Yargıç bir idari işlemi ancak sonradan (a posteriori) iptal edebilir.”*⁶³⁵ Dava açılması da kural olarak idari işlemin yürütmesini durdurmaz⁶³⁶. Ancak tabii ki, davanın sonucunda hukuka aykırılık gerekçesiyle idari işlem iptal edilirse, öncesinde bu işlemi uygulayan idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Yani idare işlemini uygularken sorumluluk riskini göze almaktadır⁶³⁷. İdare, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlansa da, hukukun egemenliği altındandır. İdarenin her şeyden önce hukuka uygun davranma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla idare, öncelikle bir işlemi tesis etmeden önce hukuka uygun olup olmayacağına ilişkin yeterli inceleme ve araştırmayı yapmak zorundadır. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesi idareyi sorumluluktan kurtarmaz. Zira *“hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları, varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır.”*⁶³⁸ İdari işlemin iptaliyle birlikte hukuka uygunluk karinesi de geriye yürür şekilde ortadan kalkmaktadır. İdare, idari işlemin iptal

07/03/1972, E. 1972/179, K. 1972/494, *Danıştay Dergisi*, Sa: 8, Y. 1973, 282. Danıştay, 9.D., 13/11/1973, E.1972/1739, K. 1973/2182, *Danıştay Dergisi*, Sa: 14-15, Y. 1974, 423'ten aktaran Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 380.

⁶³² Rousset, (1960), 86-87, 120.

⁶³³ Gözler, (2009), C.I, 678. Gondouin, Insegruet-Brisset, Van Lang, (2015), 366.

⁶³⁴ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 514. Gondouin, Insegruet-Brisset, Van Lang, (2015), 366-367.

⁶³⁵ Mestre, A. (1974). *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration: études sur le recours pour excès de pouvoir*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 25-26.

⁶³⁶ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27'nci maddesinin birinci fıkrası bu kuralı öngörmektedir; *“Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.”*

⁶³⁷ Rousset, (1960), 86.

⁶³⁸ Danıştay, 2.D., 06/10/2010, E. 2010/672, K. 2010/3699, *Danıştay Dergisi*, Sa: 126, Y. 2011, 110.

kararından önce hukuka uygun kabul edildiği savunmasıyla sorumluluktan kurtulamaz.

Tesis edilmekle hukuka uygun kabul edilen idari işlem, istem üzerine idare mahkemesince verilecek yürütmeyi durdurma kararı veya dava sonunda verilen iptal kararıyla ortadan kaldırılabilir. Bunun dışında ilgili, idareye başvurarak kararın geri alınmasını ya da kaldırılmasını da sağlayabilir. Bu hususlar haricinde hukuk düzenine girerek hukuki sonuçlar doğuran idari işleme karşı ilgilinin göstereceği fiili direniş, idarenin icra araçlarına (re'sen icra) veya kamu düzenini bozduğu ölçüde kolluk önlemlerine maruz kalacaktır⁶³⁹.

*“İdare yasalardan aldığı yetki ile irade açıklamış, hukuki sonuç doğurmuş, doğan sonuç hukuka uygun kabul edilmiştir. Kişiye ulaşan tebligat, tarlasının imara girdiğini ve yeşil alan kapsamında kaldığını yani mülkiyet hakkının sınırlandığını veya vergi borcu olduğunu ödemezse zorla tahsil edileceğini bildiriyor olabilir. Öğrencinin katıldığı bir gösterinin yasadışı olduğu, dağılmaları gerektiği çağrısı yapılmış, gösteri biber gazı ve copla dağıtılmış, öğrenciye birkaç hafta sonra gelen tebligatta da hakkında disiplin soruşturması açıldığı bildirilmiş olabilir. Ya da idare şehrin ana meydanındaki bütün yaya geçitlerini kapatıp yayaların yer altındaki geçitleri kullanmasını zorunlu kılan bir kural koymuş olabilir.”*⁶⁴⁰ Bütün bu idari işlemlerde icralık özelliği gereği hukuki etki ortaya çıkmıştır ve sonuç da hukuka uygun kabul edilmektedir. Ayrıca idarenin elinde bu hukuki etkiyi fiili etkiye dönüştürebilecek re'sen icra ve direnişleri kırabilecek kolluk yetkisi bulunmaktadır⁶⁴¹. Dolayısıyla hukuka aykırılık olduğu kanısında olan ilgili idari işlemin etkilerinden kurtulmak için, idareyi ikna etmek suretiyle işlemin geri alınmasını ya da dava açarak mahkemece iptal edilmesini sağlamak zorundadır.

İdari işlemin hukuka uygunluk karinesi zırhına sahip olması, icrai olmasından kaynaklanmaktadır⁶⁴². İdari işlemin icrai olması hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasını gerektirmekte ve işlemin hukuka uygun kabul edilmesi de icrailiğine

⁶³⁹ Karahanoğulları, (2015), 159.

⁶⁴⁰ Karahanoğulları, (2015), 160.

⁶⁴¹ Karahanoğulları, (2015), 160.

⁶⁴² Erkut, (2004), 57.

güç ve meşruiyet sağlamaktadır⁶⁴³. Hukuka uygunluk karinesi, hukuk devletinde idari işlemlere derhal uyma zorunluluğunun temelini ve gerekçesini göstermektedir⁶⁴⁴. Karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymadan hukuki sonuç doğurabilmenin bir gereği olan hukuka uygunluk karinesi ile birlikte, idarenin kamu gücüne dayanan ve kamu hizmetinden kaynaklanan fiili üstünlüğü hukuki üstünlük biçimini de almaktadır⁶⁴⁵. Bu sebeple ilgili idari işlemin hukuka uygun olmadığı kanaatindeyse mahkemeye başvurmak zorundadır. Mahkeme kararına kadar idari işlemin ilgili üzerindeki hukuki etkisi devam eder⁶⁴⁶.

İdarenin sahip olduğu ayrıcalıkların varlık nedeni kamu yararının temsilcisi olmasıdır. İdare, kamu yararını amaçlar ve gerçekleştirmeye çalışır. Ancak hem kamu yararı hem kamu gücü hukuka uygunluk karinesine dayanarak meşruiyet kazanır. İdari işlemin sahip olduğu ayrıcalığa hukuki anlamda meşruiyetini veren, kamu yararı amacı ya da bu amacı gerçekleştirmek üzere sahip olduğu kamu gücü aracı değil, hukuka uygun olarak tesis edilmesidir. Bunun sonucu da, idari işlemlerin hukuka uygun tesis edildiğinin işareti olan, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır⁶⁴⁷. Tek yanlı işlemlere hukuki bir güç katan⁶⁴⁸ hukuka uygunluk karinesi idari işlemler için bir nevi meşruiyet⁶⁴⁹ zırhı⁶⁵⁰ görevi görmektedir.

İdari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için, idari işleme uygun hareket etme, aslında hukuka uygun hareket etme anlamı da taşımaktadır⁶⁵¹. Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve 8'inci maddesinde yer alan yürütmenin anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceğine ilişkin hüküm, şüphesiz idarenin de hukuka uygun hareket etmesini

⁶⁴³ “Bundan başka idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluluğunu doğurur.” Danıştay, İBGK, 22/12/1973, E. 1968/8, K. 1973/14, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁶⁴⁴ De Gastines bu yönde bir açıklama veya yorumda bulunulabileceğini, ancak hukuka uygunluk karinesinin bu yönünün bir açıklama veya yorumdan daha fazla hukuki bir değerinin olmadığını belirtmektedir. Ona göre hukuka uygun idari işlemlerin zaten hukuka uygun varsayılmaya ihtiyacı yoktur. Hukuka aykırı idari işlemlere uyulmayı zorunlu kılan ise hukuka uygun varsayılmalarıdır. Bu noktada yazar, hukuka aykırı idari işlemlerin de, aynen hukuka uygun idari işlemler gibi, yürürlüğe girmekle birtakım kurallar getirmesinden bahsetmektedir. De Gastines, (1991), 2-3.

⁶⁴⁵ Karahanoğulları, (2015), 159.

⁶⁴⁶ Karahanoğulları, (2015), 159.

⁶⁴⁷ Yaşar, (2014), 273.

⁶⁴⁸ Rousset, (1960), 131.

⁶⁴⁹ Yaşar, (2014), 273.

⁶⁵⁰ Erkut, (2004), 60.

⁶⁵¹ Yaşar, (2014), 274-275.

gerektirmektedir. İdari rejimde, idarenin hukuk düzeninde sonuç doğuran işlemler tesis etmesi için yargının onayına ihtiyaç duymadığı düşünüldüğünde, aksi yargı organınca kararlaştırılmadığı sürece, faaliyetlerinin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir⁶⁵². Aksi halde idari faaliyetlerin meşruluğu sorunu gündeme gelir. Hukuka uygunluk karinesinin altında yatan kavramlardan bir diğeri “kamu yararı” düşüncesidir⁶⁵³. Karine, kamu yararını sağlaması beklenen idarenin, her işlem ve eyleminin hukuka uygunluk şüphesi altında gerçekleşmemesini temin eder.

İdari işlemler yürürlükte olduğu sürece hem ilgilileri hem idarenin kendisi için bağlayıcıdır. Yani hukuka uygunluk karinesi tüm hukuk düzeni ve tüm idareler için geçerlidir. İşlemi tesis eden idare dışındaki idareler de idari işlemin hukuka uygun olduğunu kabul etmek zorundadır⁶⁵⁴. Örnek bir karara konu olayda Danıştay, Milli Eğitim Bakanlığınca onaylanmış bir diplomanın sahteliği ve geçersizliği hüküm altına alınmadıkça başka bir idarece bu diplomaya itibar edilmemesinin mümkün olmadığını belirtmiştir⁶⁵⁵.

Tekinsoy ise, idarenin hukuka aykırı işlemini geri alabileceğinden hareketle, hukuka uygunluk karinesinin idare açısından bir etki doğurmadığı düşüncesindedir⁶⁵⁶. Şüphesiz idari işlem için hukuka uygunluk karinesi, idari işlem hukuk düzeninde var olduğu sürece geçerlidir. Dolayısıyla, kanaatimizce idari işlemin geri alınabilmesi ya da yargı organınca iptal edilebilmesi hukuka uygunluk karinesinin idare için geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz. İşlem hukuk düzeninde var olduğu sürece hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuka aykırılık olduğunu düşünen idare, doğan hukuki sonuçları ortadan kaldırmak için idari işlemi geri almalıdır. Aksi halde yürürlükte olduğu sürece hukuka uygun kabul edilecek idari işlem sonuçlarını herkes için doğurmaya devam edecektir. Hukuka uygunluk

⁶⁵² “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan ve çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan “hukuk devleti” ilkesinin önkoşullarından birisi de hukuk güvenliğidir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını ve bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu itibarla, idari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” Danıştay, 8.D., 19/12/2008, E. 2008/4826, K. 2008/8384, Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁵³ Gözler, (2009), C.I, 679.

⁶⁵⁴ Karahanoğulları, (2015), 161.

⁶⁵⁵ Danıştay, İDDK., 25/12/1970, E. 1970/503, K. 1970/744, Danıştay Dergisi, Sa: 3, Y. 1971, 163’ten aktaran Karahanoğulları, (2015), 161.

⁶⁵⁶ Tekinsoy, (2013), 28.

karinesinin idarece ya da yargı organınca ortadan kaldırılabilmesi, bir etkisinin olmadığını değil, sadece geçici bir hukuki etkiye sahip olduğunu gösterir.

İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması dolayısıyla işleme uygun hareket etmenin aslında hukuka uygun hareket etme anlamını da taşıması ve hukuka uygunluk karinesinin tüm hukuk düzeni ve idareler için geçerli olması birlikte düşünüldüğünde, karinenin aynı zamanda bir güvence işlevinin olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁵⁷. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesi, hukuki ilişkilerdeki güvenlik, istikrar ve öngörülebilirliğin de aracı haline gelmektedir. Zira *“kişiler, statülerinin zaman içinde sabitlendiğini ve ancak hukuka aykırı ise mahkemece iptal edilebileceğini veya idare tarafından belli güvencelerle geri alınabileceğini bilirler.”*⁶⁵⁸ Özellikle hak doğurucu idari işlemler bakımından işlemin yürürlükte olduğu sürece hukuka uygun kabul edilmesi ve tüm hukuk düzeni ile idareler tarafından yok sayılamayacak olması, bireyler açısından bir güvence niteliğindedir. Karahanoğulları'nın aktardığı, konuya ilişkin örnek bir olayda, memura geçici görev yolluğu ödenmiş, daha sonra bu ödemeye son verilmiş ve ayrıca ödenmiş olan yolluklar da geri istenmiştir. Danıştay hukuka uygunluk karinesine başvurarak, paranın geri istenilmesi işlemini hukuka aykırı bulmuştur;

*“İdare hukukunun bir ilkesi olan idari işlemlerde doğruluk karinesi, idari işlemlerin düzeltildiği tarihe kadar doğurduğu sonuçların hukuken geçerli ve muteber sayılmasını gerektirmektedir... Davacıya ödenmiş bulunan geçici görev yollukları da bir idari karara müstenid olduğundan bir teftiş raporuna istinaden ve yetkili yargı organlarından karar alınmadan davacının maaşından kesinti yapılması kanun hükümlerine ve hukuk esaslarına aykırıdır.”*⁶⁵⁹

İdari işlemlerin hukuki gücü, ilgililer tarafından dava açılarak aksi yönde bir yargı kararı alınmadığı sürece, tesis edilmekle birlikte anında hukuk düzeninde yer alarak tam ve eksiksiz bir etkiye sahip olmalarında görülmektedir. İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, aynı zamanda geçici bir hukuki

⁶⁵⁷ Karahanoğulları, (2015), 161.

⁶⁵⁸ Karahanoğulları, (2015), 161.

⁶⁵⁹ Danıştay, 9.D., 07/03/1972, E. 1972/179, K. 1972/494, *Danıştay Dergisi*, Sa: 8, Y. 1973, 282'den aktaran Karahanoğulları, (2015), 161-162.

etkiye⁶⁶⁰ sahip olduğunu ve idarenin sahip olduğu ayrıcalığın sınırlarını gösterdiğinden, ayrı bir öneme sahiptir. Öyle ki karine, idari işlemin “kesin hüküm” olmadığını doğrulamakta, idari işlem ve yargı kararının etkisini ayırarak, farklılığını göstermektedir⁶⁶¹. Öncelikle idari işlem, yargı tarafından iptal edilinceye kadar geçerlidir⁶⁶². Yani varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak sürdüren idari işlemler, iptal edilmekle tesis edildiği ana kadar geriye yürür şekilde ortadan kalkmaktadır. Bu sayede işlemin hukuka aykırılığı yargı organınca tespit edildiğinden, hukuka uygunluk karinesi de idari işlemle birlikte geriye yürür şekilde sonlanmaktadır⁶⁶³. Ayrıca yargı yeri henüz iptal kararı vermeden yürütmenin durdurulması kararı vererek de, davaya konu idari işlemin hukuka uygunluk karinesini dava sonuçlanıncaya kadar askıya alabilir.

Hukuka uygunluk karinesi, sadece geçerli (uygun, makbul) varsayımına dayandığı için, idari işleme “geçici” bir hukuki güç verir⁶⁶⁴. Bununla birlikte dava açma süresinin geçmesi nedeniyle bazı idari işlemler kesin etkiye sahip olabilirler. Ancak yine de yargı kararı kadar güçlü olamazlar. Zira hala sorgulanabilir, idare tarafından değiştirilebilir ya da ortadan kaldırılabilir durumdadırlar⁶⁶⁵. Örneğin bir yargı kararı hiçbir zaman geri alınamayacağı halde, idari işlem, kazanılmış haklara saygılı olmak koşuluyla, idarece değiştirilebilir ya da geri alınabilir. Ayrıca kural olarak kesinleşen yargı kararı ortadan kaldırılamayacağı halde, düzenleyici idari işlemler dava açma süresi geçmiş olsa dahi, sonradan ona dayanılarak tesis edilen

⁶⁶⁰ De Gastines, (1991), 2-3. İdari işlemin yargıç onayına ihtiyaç duymadan, tesis edilmekle birlikte hukuki sonuç doğurması ve işleme karşı iptal davası açıldığında yürütmesinin durmaması yönü, ön ayrıcalık kavramının yanı sıra “geçici icra” olarak da nitelendirilmektedir. Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 514. Dolayısıyla ön ayrıcalığın sonuçlarından biri olan hukuka uygunluk karinesi de aynı zamanda, geçici etkiye işaret etmektedir.

⁶⁶¹ Rousset, (1960), 86. Frier ve Petit idari işlemlerin herhangi bir ön ayrıcalığı (dolayısıyla hukuka uygunluk karinesine) sahip olmadığını belirtmektedir. İdari işlem yargı kararı niteliğinde değildir ve özellikle kesin hüküm gücüne de sahip olamaz. Ayrıca, tek yanlılık yazılı bir dayanak olmadan var olamaz. Bir hukuki metin idareye karar alma ve iradesini zorla kabul ettirme yetkisi vermiyorsa, o da herkes gibi hak sahibi olabilmek için mahkemeye başvurmak zorundadır. Bu hususlardan yola çıkan yazarlar, yürütülmek için yargı kararına ihtiyaç duymamayı ifade eden “ön ayrıcalık” (privilège du préalable) ifadesi yerine, “tek yanlı karar ayrıcalığı” ifadesinin tercih edilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Frier, Petit, (2015), 321-322.

⁶⁶² Yaşar, (2014), s.275.

⁶⁶³ “Hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları, varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır.” Danıştay, 2.D., 06/10/2010, E. 2010/672, K. 2010/3699, *Danıştay Dergisi*, Sa: 126, Y. 2011, 110.

⁶⁶⁴ Rousset, (1960), 87.

⁶⁶⁵ Rousset, (1960), 88.

birel işlemlere dava açılması suretiyle de iptal edilebilir⁶⁶⁶. Dolayısıyla hukuka uygunluk karinesi sonuçları itibariyle, idari faaliyetlere tanınan hukuka uygun addedilme ayrıcalığının sadece geçici bir etkiye sahip olduğuna, idarece ya da yargıcın kararıyla ortadan kalkabileceğine de işaret etmektedir.

2.2.1.4. Re'sen İcra ve Cebri İcra

İdari işlem icrailik özelliği sayesinde tesis edilmesiyle birlikte sonuçlarını hukuk âleminde doğurur. Ancak bu sonuçların maddi âleme de aktarılması gerekmektedir. İdari işlemin hukuk âleminde ortaya çıkardığı sonuçların maddi âleme doğrudan doğruya idare tarafından aktarılmasına re'sen icra edilmesi denir. Yani icrailik, idari işlemin oluşmasına ilişkin iken, re'sen icra idari işlemin uygulanmasına ilişkindir⁶⁶⁷.

İdare ilgilinin direncini kırmak için kural olarak yargıca başvurarak bir mahkeme kararı almak zorunda değildir. Yani bir kararı uygulamakla yükümlü kılınmışsa, o karara ilişkin gerekli tüm tedbirleri alabilir. Örneğin alınan bir karara yönelik olarak devlet yardımı ödemesi yapmak ya da hakkında meslekten çıkarma kararı alınmış bir memurun maaş ödemesini durdurmak gibi. İdari işlemin ilgisine bir yarar ya da yetki (örneğin sürücü ehliyeti, avcılık belgesi vs.) verdiği durumlarda, ilgili hakkını kendi başına kullanabileceğinden, idareye düşen sadece buna engel olmamaktır⁶⁶⁸. Asıl sorun ise ilgisine bir yükümlülük getiren işlemlerde ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁹. Zira ilgilinin hak ve yetki getiren işleme değil, yükümlülük getiren işleme direnç göstermesi ihtimal dâhilindedir. Bu noktada da öncelikle belirtmek gerekir ki, idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından, kural olarak ilgililer idari işleme uymak zorundadır⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Yaşar, (2014), 275.

⁶⁶⁷ Gözler, (2009), C.I, 675.

⁶⁶⁸ Waline, (2014), 441. İlgilisine bir yarar sağlayan ruhsat ve izin işlemlerinin meydana getirdiği değişiklik ve yenilikler kendiliğinden maddi âleme yansıdığından, idare sadece ilgilinin bu yararını engellemekle yükümlüdür. Günday, (2013), 125.

⁶⁶⁹ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 426.

⁶⁷⁰ Waline, (2014), 441. *“İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır. İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir.”* Danıştay, 11.D., 28/06/2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

İdarenin, tesis ettiği işlemlerin büyük bir bölümünü, cebre başvurmadan ve kuvvet kullanmadan uygulaması mümkündür. Örneğin idare, memura verdiği aylıktan kesme cezasını herhangi bir kuvvete başvurmadan, ödediği maaştan kesinti yapmak suretiyle uygulayabilir. Gözler bu şekilde idari işlemin cebre başvurmaksızın uygulanmasını “cebri olmayan re’sen icra” olarak ifade etmektedir⁶⁷¹. Cebri olmayan re’sen icraya bir başka örnek bir memura kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezasının verilmesi gösterilebilir. Bu örnekte idarenin yapacağı tek şey memurun kademesini ilerletmeyerek işlemini bizzat yürütmektir⁶⁷². Yine bir memura devlet memurluğundan çıkarma cezası verildiğinde, idarece yetkileri elinden alınarak ve maaş ödemesi durdurularak cebre başvurulmadan idari işlem uygulanmış olur⁶⁷³.

İdare kural olarak tesis ettiği işlemi kendisi uygulayabilir⁶⁷⁴. Ancak bu kurala istisna getirilmiş, bazı durumlarda idari işlemlerin uygulanması için idarenin mahkemeye veya icra dairelerine (adli makamlara) başvurması zorunluluğu öngörülmüş olabilir. Örneğin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10’uncu maddesine göre idarenin, kamulaştırma kararının uygulanması için mal sahibinin rızasını alması, alamazsa asliye hukuk mahkemesine başvurarak kamulaştırmaya konu taşınmaz malın idare adına tescili talebinde bulunması gerekir. Dolayısıyla kamulaştırma kararında idarenin re’sen icra yetkisi yoktur⁶⁷⁵.

İlgililer genellikle idari işleme karşı direnmezler. Kararın gereğini yerine getirerek ona uyarlar⁶⁷⁶. İlgiliyi idari işleme uymaya iten şey, genellikle yaptırıma maruz kalma korkusudur. Zira idari işleme itaatsizlik bir cezai ya da idari bir yaptırım

⁶⁷¹ Gözler, (2009), C.I, 1072.

⁶⁷² Dursun, H. (2007). İdari işlemlerin idare tarafından re’sen icrası. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (72), 251.

⁶⁷³ Vedel, Delvolvé, (1992), C.I. 323.

⁶⁷⁴ Gözler, (2009), C.I, 1071. Günday’a göre idarenin bir kararını re’sen icra edebilmesi için bu konuda yasal bir izne ihtiyaç vardır. Günday, (2013), 125, 244. Dursun bu konuda “icrai işlemin yürütülmesinin ilgilinin hukuksal alanına girip girmemesi” veya “işlemin yürütülmesinin tamamının veya büyük kısmının idareye ait olup olmaması”na göre ayırım yapmaktadır. Ona göre işlemin yürütülmesinin tamamının veya büyük kısmının idareye ait olduğu işlemlerin (örneğin disiplin cezaları) idare tarafından re’sen icra edilebilmesi kural, edilememesi ise istisnadır. Bu işlemler ile sadece hukuki bir durum yaratan işlemler (ruhsat ya da izin gibi), cebre başvurulmadan idarece re’sen icra edilebilir. Buna karşılık “yürütülmesi ilgiliye bağlı olan” ve “ilgilinin hukuksal alanına giren işlemler”de idarenin re’sen icra yetkisinin olmaması kural, olması ise istisnadır. Dursun, (2007), 252 vd.

⁶⁷⁵ Gözler, (2009), C.I, 1071. Günday, (2013), 125.

⁶⁷⁶ Gözler, (2009), C.I, 1070.

gündeme getirebilir⁶⁷⁷. Ancak yaptırım yoluyla işleme itaatin sağlanması zaman alacağından, ilgilinin direncinin kırılabilmesi için idare, hatalı yere park eden aracın çekilmesinde olduğu gibi, cebri icra yoluna başvurabilir⁶⁷⁸.

Cebri icra kişilerin hukuki güvenliği açısından ciddi tehlikeler içermektedir. Ancak öte yandan idare, kişisel çıkarların direnci karşısında silahsız bırakılamaz⁶⁷⁹. Dolayısıyla idarenin tesis ettiği bazı işlemlerini uygulaması için ilgilinin fiziki varlığı ya da maddi varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması ve kuvvet kullanması gerekebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki idarenin kural olarak cebri icra yetkisi yoktur⁶⁸⁰. İcrai bir idari işlemin, zorunlu olarak aynı zamanda cebren icra edilmeye elverişli olmadığını söylemek bir çelişki yaratmamaktadır. Başka bir deyişle, idari işlemlerin icrailik özelliği tek başına cebre başvurma ayrıcalığını beraberinde getirmez⁶⁸¹. Zira idarenin ilgilinin fiziki varlığı ya da maddi varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması kişi hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına gelir. Dolayısıyla idarenin cebir kullanması, Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13’üncü maddesindeki şartların⁶⁸² gerçekleşmesiyle mümkün olabilir. Bu şartlar şunlardır⁶⁸³: **“(a) Re’sen icra için kullanılan cebir kanunla öngörülmüş olmalıdır. Dolayısıyla bir kanunla belli bir konuda idareye ayrıca ve açıkça cebir kullanma yetkisi verilmemişse, idare kendiliğinden cebir kullanma yetkisine sahip olamaz. (b) Kullanılan cebir Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplere (kamu yararı, kamu düzeni, kamu sağlığı, vs.) dayanmalıdır. (c) Durumun gerektirdiği ölçüde cebir kullanılmalıdır. Dolayısıyla idareye kararlarını uygulamak için cebir kullanma yetkisi kanunla verilmiş olsa bile, idare bu cebri ölçüsüz bir şekilde kullanılmamalıdır. (d) Kullanılan cebir demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır. Kullanılan cebir hakkın özüne dokunmamalıdır.”**

⁶⁷⁷ Waline, (2014), 441.

⁶⁷⁸ Waline, (2014), 442.

⁶⁷⁹ Waline, (2014), 442.

⁶⁸⁰ Gözler, (2009), C.I, 1074.

⁶⁸¹ Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 323.

⁶⁸² Anayasa Madde 13; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁶⁸³ Gözler, (2009), C.I, 1075.

Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13’üncü maddesi dışında, çeşitli temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelere ilişkin hâkim kararı gibi özgül güvenceler getirilmiş olabilir. Dolayısıyla özgül güvence getirilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda cebri icra yetkisinin kullanılabilmesi için ayrıca öngörülen şartlara da uyulması gerekir. Sonuç olarak idarenin idari işlemlerin uygulanması amacıyla cebir kullanabilmesi için öncelikle idareye bu yetkinin yasayla verilmiş olması ve ayrıca Anayasayla öngörülen şartların sağlanması gerekir⁶⁸⁴.

Fransa’da idarenin, bazı yasalarda cebri icra yetkisini kullanabileceği açıkça hüküm altına alındığı ilgili alanlarda, kararlarını cebren icra edebileceği kabul edilmektedir. Bu gibi istisnai durumlar dışında hangi koşullarda cebri icranın söz konusu olabileceği ise “Société immobilière de Saint-Just” kararında hükümet komiseri Romieu tarafından sistemleştirilmiştir. Waline söz konusu koşulları temel olarak şu sonuçlara ulaşmaktadır⁶⁸⁵;

1. Öncelikle icra edilecek işlemin yasal dayanağı bulunmalıdır.

2. İdarenin idari işlemi icra ederken ilgilinin aktif ya da pasif bir direnciyle karşılaşması gerekir. Aksi halde cebre başvurmak yararsız bir sıkıntı vermekten ibaret olacaktır.

3. İster yasayla herhangi bir cezai ya da idari yaptırım öngörülmemiş, ister uygulanan yaptırımlar işlevsiz kalmış olsun, idare ilgilinin direncini kırmak için yasada öngörülenler dışında yollara başvuramaz.

4. Acil bir durum söz konusu olduğunda, ilgilinin herhangi bir direnişi olmasa da, idare re’sen icra ve cebri icra yetkisine sahiptir. Romieu’nün bu konudaki formülü şudur; *“Ev yanarken, itfaiyenin gönderilmesi için yargıçtan izin talep edilmez.”* Ancak daha sonra acil durumun var olup olmadığı yargıç tarafından denetlenebilir. Acil durumun varlığı halinde cebri icra için bireylerin direneceği herhangi bir idari işlemin

⁶⁸⁴ Gözler, (2009), C.I, 1075.

⁶⁸⁵ Waline, (2014), 442-443.

varlığına dahi ihtiyaç olmayabilir. Zira bazı durumlarda idari işlem tesis etmek için dahi gerekli zamanın olmaması ihtimal dâhilindedir.

5. Acil durumun varlığı da dâhil, her bir durumda, alınan tedbirler hedeflenen amacı aşmamalıdır.

6. Bu şartların varlığı halinde idare cebri icraya yetkilidir. Ancak yine de bu yetkiye başvurmak zorunda değildir. Ayrıca cebri icra her durumda kullanılabilecek bir ayrıcalık değildir. Dolayısıyla sadece zorunlu durumlarda başvurulmak üzere katı ve dar bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Kullanılan araçlar ulaşılmak istenen amaca uygun olmalı ve ölçülülük ilkesine uyulmalıdır.

7. İdarenin, her ne kadar düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunsa da, cebri icraya başvurma konusunda kendi kendini yetkilendirecek şekilde düzenleyici işlem yapma yetkisi yoktur.

8. İdari işlemin icrası, idare için her zaman risk ve tehlikeleri de beraberinde getirir. İdari yargıcın sonradan yapacağı denetimde cebri icranın hukuka aykırı gerçekleştiği tespit edilirse idarenin sorumluluğu gündeme gelir. İdare mülkiyet hakkına ya da bir temel hak ve özgürlüğe hukuka aykırı olarak müdahale ettiğinde adli yargının görev alanına giren “fiili yol” gündeme gelebilir.

2.2.2. İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları

Her şeyden önce bir sözleşmeye, kendisine özel hukuk kurallarının değil idare hukuku kurallarının uygulanacağı sonucunu ortaya çıkaran, “idari sözleşme” niteliğinin verilmesi başlı başına bir kamu gücü ayrıcalığıdır⁶⁸⁶. Zira idari sözleşmelerde idare tek yanlı işlemler yaparak ayrıcalıklardan yararlanabilmektedir⁶⁸⁷.

Özay idari sözleşmelerin sadece iki taraf arasında imzalandığı için sözleşme adını taşıdığını, aslında “katılma işlem” olduğunu belirtmektedir. Zira ona göre

⁶⁸⁶ Gözler, (2009), 89. Vlachos, (1993), 49-50.

⁶⁸⁷ Truchet, (2015), 47.

maddi bakımdan karma işlem niteliğinde olan idari sözleşmelerin hükümlerinin büyük bir bölümü, düzenleyici (kural) işlemlerden oluşmaktadır. İki taraf arasında anlaşmaya varılarak belirlenen ise sözleşmenin mali hükümleridir⁶⁸⁸. İdari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının yoğunluğunu Poyaud şu sözlerle ifade etmektedir: *“Sözleşme gitgide tek yanlı hale geliyor ve özel kişinin iradesi gitgide daha az belirgin oluyor. Kamu gücünün kuvveti karşısında akdi görünüm belirsiz bir hale geliyor.”*⁶⁸⁹

İdareye ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanınmış olması bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için maddi şarttır. “Özel hukuku aşan şartlar” olarak ifade edilen bu ayrıcalık ve üstünlükler, idarenin karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini etkileyebilecek nitelikte kamu gücüne dayanan tek yanlı işlem tesis edebilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁶⁹⁰. İdari sözleşmede idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmasının sebebi, kamu yararıyla kişisel yararın karşı karşıya olması ve kamu yararının üstün tutulmasıdır⁶⁹¹.

Özel hukuk sözleşmelerinin aksine idari sözleşmelerde idarenin sözleşmenin karşı tarafına nazaran birtakım ayrıcalıkları söz konusudur. Bu ayrıcalıklar gerek sözleşme hükümlerinden gerekse de idari sözleşmenin doğasından kaynaklanan, tüm idari sözleşmelere uygulanan genel kurallardan kaynaklanabilir. İdari sözleşmelerdeki kamu gücü ayrıcalıkları sözleşmenin ifası ya da kötü ifası durumunda, sözleşmenin olması gerektiği gibi ifasına vesile olmak üzere ortaya çıkmaktadır. Ancak bu temel eşitsizliğin mali yönden bir sınırı söz konusudur; sözleşmenin karşı tarafı özel kişi, özel hukukta var olmayan ve sözleşmenin konusunu gerçekleştirmesine yönelik bazı teminatlardan yararlanmaktadır. Ayrıca idarece hangi ayrıcalıklardan yararlanılırsa yararlanılsın, sözleşmenin karşı tarafı için sözleşme öncesi öngörülere göre bir ücret kararlaştırılır⁶⁹².

⁶⁸⁸ Özay, (2004), 511.

⁶⁸⁹ Poyaud, D. (1991). *La nullité des contrats administratif*. Paris: LGDJ, 299'dan aktaran Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 472.

⁶⁹⁰ Atay, (2014), 552.

⁶⁹¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 472.

⁶⁹² Waline, (2014), 478.

2.2.2.1. İdarenin İdari Sözleşmenin Yapılmasından Önceki Kamu Gücü Ayrıcalıkları

İdarenin idari sözleşmenin yapılmasından önceki kamu gücü ayrıcalıklarında “şartnameler” öne çıkmaktadır. İdarenin sözleşme yapılırken veya sözleşmenin yapılışı esnasında hazırladığı genel şartnameler (genel hukuki şartname, genel teknik şartname) üzerinde sözleşmecinin tarafın hiçbir söz hakkı yoktur. İdarenin genel düzenleyici işlemlerinden olan bu şartnamelere karşı taraf ilave yapamaz, şartnameleri değiştiremez, kısmen kabul veya reddedemez. Yani koşulsuz şartsız bu şartnameleri kabul etmek zorundadır. İdari sözleşmeler de mutlaka bu şartnamelere dayanmak zorundadır⁶⁹³.

2.2.2.2. İdarenin İdari Sözleşmenin Yapılmasından Sonraki Kamu Gücü Ayrıcalıkları

Sözleşme tesis eden herkes gibi idare de öncelikle diğer tarafın sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesini isteme hakkına sahiptir. Yani şahsen ifa borcu söz konusudur. Buna göre yüklenicinin sözleşmenin ifasına ilişkin bazı kısımları alt yüklenicilere devretmesi için, yetkilendirilmiş olması ve özel hukuk kişileri arasında alt yüklenicilerin kim olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Sadece mücbir sebep durumunda yüklenici, sözleşmenin konusu tümüyle ortadan kalkacaksa bu durumunun aksi yönünde hareket edebilir. Bunun dışında şahsen ifa borcunu yerine getiremeyecek olan yüklenicinin yapabileceği tek şey sözleşmenin feshi için yargıca başvurmasıdır⁶⁹⁴.

Waline sözleşme yürütülürken idarenin sahip olduğu ayrıcalıkları iki temelde toplamaktadır⁶⁹⁵:

1. İdari sözleşmelerde kural olarak idare, sözleşmenin ifasına ilişkin faaliyetleri hem yönetme hem de denetleme hakkını korumaktadır. Örneğin bayındırlık işleri konusunda idarenin mühendisleri, bir köprü ya da yol yapımında

⁶⁹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 479.

⁶⁹⁴ Waline, (2014), 478-479

⁶⁹⁵ Waline, (2014), 479.

şantiyelere serbestçe girerek, yükleniciye hizmete ilişkin emirler verebilir. Aynı zamanda araç ve gereçlerin kullanımını denetleyebilir.

2. İdare sözleşmecinin yükümlülüklerini daha fazla ya da daha az hale getirmek üzere tek yanlı olarak değiştirebilir. Sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi özel hukukta temel bir ilke olan sözleşmenin değişmezliği ilkesine aykırı olduğu için idari sözleşmelerdeki bu özel durum bazı yazarlarca reddedilse de, kamu yararının gerekleri zamanla değişebileceğinden, kamu yararının sağlanmasının sözleşmenin değişmez hükümleri tarafından başarısızlıkla sonuçlanması kabul edilemez görülmektedir. Dolayısıyla bu noktada kamu yararının önceliği ön plana çıkmaktadır. Sonuç olarak idare sözleşmecinin yükümlülüklerini arttırabilir, azaltabilir ya da değiştirebilir⁶⁹⁶. Bu kural özellikle kamu hizmeti imtiyazında değer kazanmaktadır. Örneğin Fransa'da gazla aydınlatma yapan imtiyazcı, elektriğin icadıyla birlikte bu yeni tekniğe uyum sağlamaya zorlanmıştır. Bu duruma benzer olarak örneğin, genişlemekte olan bir şehirde tramvay ağı imtiyazcısı yeni hatlar oluşturmaya zorlanabilir.

İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi son derece katı sınırlara sahiptir. Bu ayrıcalık kamu hizmetinin yeni koşullara uyum sağlaması gerekliliğinin üzerine kurulmuştur. Ayrıca belirli bir ağırlık derecesinin üzerindeki değişiklikler neticesinde sözleşmeci yargıçtan sözleşmenin feshini talep edebilir. Bununla birlikte tek yanlı değişiklik asla sözleşmeci için kararlaştırılan mali avantajların azaltılmasına yönelik olamaz. Ayrıca tek yanlı değişiklik sonucunda sözleşmeci yeni yükümlülükleri karşılığında mali bir karşılık elde etme hakkına sahiptir⁶⁹⁷.

İdare sözleşmede öngörülen süre dolmadan sözleşme konusu hizmeti satın alabilir (rachat usulü). İdare, kamu hizmetlerini düzenleme ve teşkilatlandırma konusunda sahip olduğu takdir yetkisinin bir sonucu olarak, imtiyaz sözleşmesinde hakkında hüküm olsun ya da olmasın (hatta bunu yasaklayan bir hüküm olsa bile), tek yanlı idari tasarrufuyla rachat kararı alabilir⁶⁹⁸. Ayrıca sözleşmenin gerektiği şekilde ifa edilmediği durumlarda işe el koyarak geçici bir süre süre bizzat veya

⁶⁹⁶ Örneğin idare yürütülen kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda sözleşmeci özel kişiden yeni araç ve gereçler almasını veya yeni tesis inşa etmesini talep edebilir. Atay, (2014), 552.

⁶⁹⁷ Waline, (2014), 480.

⁶⁹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 520.

belirleyeceği kişi aracılığıyla işin yürütülmesine karar verebilir. Son olarak ise, sözleşmeci tarafın yükümlülüklerini yerine getirmedeği durumlarda idare sözleşmeyi feshedebilir⁶⁹⁹.

2.2.2.3. Sözleşmenin İfasında Kusur Olması Durumunda Yaptırımlar

Sözleşmenin ifasında idarenin kusurlu olması halinde, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmeci tarafın kendi yükümlülüklerini yerine getirmeyi askıya alması mümkündür. Ancak idari sözleşmelerde idarenin kusuru ne olursa olsun sözleşmeci taraf ifayla yükümlü kalmaya devam eder. Ancak yargıca başvurarak zararının tazmin edilmesini ya da ağır kusur halinde sözleşmenin feshini talep edebilir⁷⁰⁰.

Sözleşmeci tarafın kusuru halinde ise sözleşmenin ifasındaki özensizlik, kusur, hile, gecikme gibi durumlarda idare özel hukuka nazaran kendine has özellikleri olan geniş bir yaptırım zincirinden faydalanır⁷⁰¹:

- a) Yaptırımlar sadece zararın tazminine yönelik değil, ayrıca sözleşmenin ifasının kamu yararı gereklerine uygun olarak etkin bir biçimde gerçekleşmesine yöneliktir.
- b) İdare hizmetin gerçek sahibi olduğu için, sözleşme öncesi öngörülenler dışında da, sözleşmede yer almasa dahi ortaya çıkan eksikliği gidermeye uygun yaptırımlar belirleyebilir.
- c) Yargıcın sözleşmenin ifasında kusurun bulunduğuna ilişkin önceden vereceği bir karara ihtiyaç duymaksızın yapılacak bir ihtar müteakip idare tarafından tek yanlı olarak yaptırımlar kararlaştırılabilir. Burada sözleşmeye ilişkin faaliyetler kapsamında kamu gücünün temel nitelikleri olan, icrai işlem tesis etme ve idarenin ön ayrıcalığı yeniden ortaya çıkmaktadır⁷⁰².

⁶⁹⁹ Atay, (2014), 552.

⁷⁰⁰ Waline, (2014), 480.

⁷⁰¹ Waline, (2014), 480.

⁷⁰² İmtiyaz sözleşmelerinde diğer idari sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin sona ermesi tek yanlı bir idari tasarruf ile olmaz. İmtiyaz sözleşmesinin feshini gerektiren hallerin varlığı halinde idare kamu hizmetinin gereği gibi ifasını sağlamak üzere derhal işe geçici olarak el koyar ve sözleşmenin feshi için idari yargıya başvurur. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 519.

- d) Yaptırımın hukuka aykırı olması durumunda sözleşmeci taraf zararın telafisi için yargıçtan tazminat talebinde bulunabilir.

İdari sözleşmede mali yaptırımlar, sözleşmede önceden öngörülen muhtemel aykırılıkların gerçekleşmesi halinde uygulanmak üzere belirlenmiş olabilir (örneğin ifanın gecikmesi halinde uygulanacak cezai şart). Ayrıca uygulanacak mali yaptırım sözleşmenin ifası sırasında kusurla birlikte ortaya çıkan zarara göre sonradan da hesaplanabilir⁷⁰³.

⁷⁰³ Waline, (2014), 480-481.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANINI BELİRLEMEDE BİR ÖLÇÜT OLARAK KAMU GÜCÜ KAVRAMI

3.1. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI

Özel hukuktan farklı, kendine has hukuk kurallarını barındıran idare hukukunun hangi durumlarda uygulanacağını tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira ayrı bir idare hukukunun var olduğu sistemlerde genel olarak bu hukuku uygulamak üzere ayrı bir yargı kolu (idari yargı) da bulunmaktadır. Dolayısıyla hangi tür ilişkilerde idare hukukunun hangi tür ilişkilerde özel hukukun uygulanacağını belirlenmesine yönelik olarak kullanılmak üzere ölçütlere ihtiyaç duyulmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinde idari dava türleri sayılmıştır. Buna göre idari davalar idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. O halde bir uyuşmazlıkta idare hukukunun uygulama alanını tespiti, hangi tür işlemlerin “idari işlem”, hangi tür eylemlerin “idari eylem” ve hangi sözleşmelerin “idari sözleşme” olarak nitelendirileceğinden ibarettir. Başka bir deyişle bu konudaki arayış, bir tasarrufa “idari” olma niteliğini kazandıran özelliğini belirlemeye yöneliktir. Ancak bu hususta uygulanacak ölçüt ya da ölçütlere geçmeden önce idare hukukunun uygulama alanı ve idari yargının görev alanının örtüşüp örtüşmediğini ve idari yargının Anayasal dayanaklarını ele almak gerekir.

3.1.1. İdare Hukukunun Uygulama Alanı ve İdari Yargının Görev Alanı Arasındaki İlişki

Chapus idare hukuku ve idari yargının aynı şey olmadığından hareketle, idare hukukunun uygulama alanını belirleyen ölçüt ile idari yargının uygulama alanını belirleyen ölçütün aynı olamayacağını belirtmiştir⁷⁰⁴. Ona göre idare hukuku kamu hizmetinin hukukudur ve idare hukukuna ilişkin kavramlar kamu hizmeti ölçütü olarak

⁷⁰⁴ Chapus, (1968), 235-282.

tanımlanmalıdır. İdare hukuku hizmete ilişkin bir hukuktur; sadece belirlenmiş bir amaca ilişkin değil, olabilecek en meşru amaca ilişkin hukuktur⁷⁰⁵. Bununla birlikte yazara göre idare hukukunun kamu hizmetine göre tanımlanması, idari yargı için de kamu hizmeti kavramının temel alınmasını gerektirmez; idari yargı kamu gücünün yargısıdır⁷⁰⁶.

İdare, faaliyetlerini yerine getirirken, genellikle kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanarak hareket eder. Bu tür faaliyete “kamusal yönetim” denilmektedir. İdare bazı durumlarda ise bireyler arasındaki (eşitler arası) ilişkilerden farksız ilişkilere girmektedir. Bu tür faaliyete ise “özel yönetim” adı verilir⁷⁰⁷. Yani “*idare hukuku, idarenin hukuku olmasına rağmen, idareyi düzenleyen tek hukuk dalı değildir.*”⁷⁰⁸ İdare hukuku yerine “idarenin hukuku” deyiimi tercih edilirse, “idarenin hukuku”nun içerdği kuralların özgünlüğünden hareketle bir tanım yapılması üzerinde düşünmeye ihtiyaç yoktur⁷⁰⁹. Zira bu durumda idarenin hukuku, hem birtakım özgün kuralları hem de özel hukuk kurallarını içermekte; bağımsız ve özerk niteliği haiz olmamaktadır.

Adli idare sisteminde, idareye uygulanacak kuralları idare hukuku ve özel hukuk kuralları olarak ikiye ayırmanın bir anlamı yoktur. İdareye de herkese uygulanan hukuk uygulandığından ve de ayrı bir idari yargı rejimi bulunmadığından, bu sistemde, idareye uygulanan kuralların tamamı idare hukukunu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, adli idare sisteminde idare hukuku, idarenin hukukudur⁷¹⁰. Dolayısıyla, bu sistemde, özel hukuk dışında idareye uygulanan kendine özgü bir idare hukuku bulunmaması bakımından, “adli idare sisteminde idare hukuku yoktur” tezi kabul edilebilir⁷¹¹.

⁷⁰⁵ Chapus, (1968), 237 vd.

⁷⁰⁶ Chapus, (1968), 260 vd.

⁷⁰⁷ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 3.

⁷⁰⁸ Günday, (2013), 30.

⁷⁰⁹ Chapus, (1968), 239, (4. dipnot).

⁷¹⁰ Ayanoğlu, T. (2004). *Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre idari eylemin tanımlanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 20.

⁷¹¹ Ayanoğlu, (2004), 20.

İdare hukuku, idareye uygulanan tüm hukuk kurallarının toplamı olarak tanımlanırsa, idare hukukunun alanından bahsedilemez. Bu durumda, eğer ayrı bir idari yargı rejimi varsa, idari yargının görev alanından bahsetmek mümkün olur⁷¹².

İdari rejim sisteminde idarenin faaliyeti, idari nitelikte bir faaliyetse idare hukuku, özel nitelikte ise özel hukuk kuralları uygulanır. Dolayısıyla idarenin hukuku, hem idare hukuku hem de özel hukuk kurallarını kapsar. İdari yargı ise bu kurallardan, idare hukukuna ilişkin olanlarla ilgilenir. Sonuç olarak idare hukukunun alanı ile idari yargının görev alanı, ayrıksı durumlar dışında, özdeş bir nitelik kazanmaktadır⁷¹³. Başka bir deyişle idare hukukunun uygulama alanı kural olarak aynı zamanda idari yargının görev alanıdır. İdare hukuku ve idari yargılama hukuku arasındaki yakın ilişki, Chapus tarafından ileri sürülen görüşün aksine, ikisi için de aynı ölçütü aramayı gerekli kılmaktadır.

Bu bakımdan uygulamada kamusal yönetim ve özel yönetim şeklindeki iki tür faaliyetin ayrılması büyük bir önem taşımaktadır. Zira kamusal yönetim biçimi, idarenin genel hukuktan farklı kendine has idare hukuku kurallarına tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar da, kural olarak, idari yargının görev alanına girmektedir. İdarenin eşitler arası ilişkilerde bulunduğu özel yönetim biçimindeki faaliyetlerinde ise özel hukuk kuralları uygulanmakta ve ortaya çıkan uyuşmazlıklar da adli yargıda çözümlenmektedir⁷¹⁴.

3.1.2. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Korunması

Ülkemizde idari yargının görev alanı anayasal korunmaya sahiptir⁷¹⁵. Anayasa'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140'ıncı maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142'nci maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155'inci maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay,

⁷¹² Tan, T., Akıllıoğlu, T. (1978). 1961 Anayasası ve Türkiye'de yönetim hukukunun uygulama alanı sorunu. *AİD*, 11 (2), 40. Ayanoğlu, (2004), 20.

⁷¹³ Tan, Akıllıoğlu, (1978), 37. Ayanoğlu, (2004), 21.

⁷¹⁴ Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 3.

⁷¹⁵ Ayanoğlu, (2004), 31. Karaman, (2013), 115. Günday, M. (1997). İdari yargının görev alanının Anayasal dayanakları. *Anayasa Yargısı*, 14, 347-358.

idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar”; 157’nci maddesinin birinci fıkrasında “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir”⁷¹⁶ ve 158’inci maddesinde “Uyuşmazlık Mahkemesi adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir” hükümleri yer almakta; 159’uncu maddesinde de HSYK’nın “üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasında idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçil(eceği)” belirtilmektedir. Anayasamızda yer alan bu hükümler, ülkemizde idari yargının hem organik hem de fonksiyonel olarak, adli yargıdan bağımsız, ayrı bir yargı kolu biçiminde oluşturulduğunu göstermektedir⁷¹⁷. Bununla birlikte haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde idari bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıya bırakılabileceği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; *“mahkemelerin görevleri belirlenirken adlî ve idarî olarak nitelenen yargı ayrılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. ... İhtisaslaşmayı esas alan bu düzenlemelerin kamu yararı amacıyla getirildikleri anlaşılmakla, yargı ayrılığı ilkesine aykırı olmadıkları sonucuna varılmıştır.”*⁷¹⁸

İdari rejimi benimseyen ülkelerde adli yargı, idari işlem ve eylemler üzerinde etkili denetim yetkisinden soyutlanmakta ve bu yetkiler kural olarak idari yargı yerlerine verilmektedir. Dolayısıyla idari işlem ve eylemlerinin denetiminin adli

⁷¹⁶ Günday’a göre her ne kadar Anayasada, Danıştay’ın görev alanına ilişkin olarak açıkça “idari davalar”dan değil, sadece davalardan söz edilse de, özel görevli bir yargı yeri olan Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’nin görev alanını güvenceye alan Anayasanın, genel idari yargının görev alanını güvence altına almadığından söz edilemez. Dolayısıyla asker kişileri ilgilendiremeyen ya da askerî hizmete ilişkin olmayan idari işlem ve eylemlerin denetimi genel idari yargıda yapılacaktır. Günday, (1997), 353.

⁷¹⁷ Akyılmaz, Evren, Üstün Türkoğlu, İsbir, Karagöz Cin, Albal, Çıtak, (2015), 178-179. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu durumu “Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrıma ilişkin kurallar yer almıştır.” ifadeleriyle belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 04/10/2006, E. 2006/75, K. 2006/99, İnternet: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> 15 Ekim 2015’te alınmıştır.

⁷¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 21/12/2006, E.2003/75, K.2006/114, R.G. Tarih-Sayı: 31/03/2007-26479.

yargıda gerçekleşmesi, idarenin etkin yargısal denetimini güçleştirecektir. Dolayısıyla, idari rejimi benimseyen ülkelerde, idari yargının görev alanının belirlenmesi sorunu, sadece hangi tür uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözümleneceği sorunu; başka bir deyişle salt teknik yargılama usulü sorununun ötesinde, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ile yakından ilgili bir sorun olarak kendini göstermektedir⁷¹⁹.

3.2. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANINI BELİRLEMEDE BAŞVURULAN TEMEL ÖLÇÜTLER

İdare hukukunun ve dolayısıyla idari yargının görev alanını belirlemek için tarihsel süreç içerisinde farklı temellere dayalı çok sayıda ölçüt öne sürülmüştür. Bu ölçütlerden bazıları dönem dönem öğreti ve içtihatça öne çıkarılmış, ancak aynı zamanda yetersiz görülerek eleştirilere maruz kalmıştır. Ortaya atılan ve farklı şekillerde isimlendirilen ölçütler incelendiğinde, bu görüşlerin genel olarak kamu gücü ve kamu hizmeti kavramlarının farklı oran ve görünümünden ibaret olduğu görülmektedir. Bu yüzden çalışmamızda, kamu gücü ölçütünün iki farklı görünümü ve kamu hizmeti ölçütü ele alınmakla yetinilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kamu hukuku özel hukuk ayrımında kullanılan ölçütlerde olduğu gibi, idare hukukunun görev alanını belirleyen ölçütlerden de her birinin sorunu çözmekte katkısının olduğunu ve aynı zamanda hiçbirinin tek başına yeterli olmadığını kabul etmek gerekir. Kanaatimizce bu noktada yapılacak tartışma hangi ölçütün temel ölçüt olacağına ilişkin olmalıdır. Bir kavramı tek ölçüt olarak kabul edip diğer kavramı tümünden dışlamak idare hukukunun uygulama alanını belirlemede yetersizliğin ortaya çıkmasına yol açacaktır.

3.2.1. Hâkimiyet-Temşiyet Ayrımına Dayanan Kamu Gücü Ölçütü

Kamu gücü, idare hukukunun görev alanını belirlemede, uygulamada ve öğretide ilk ortaya atılan ve kullanılan kavramdır⁷²⁰. Fransa'da Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı Maurice Hauriou (1856-1929) tarafından savunulan⁷²¹ bu ölçüt, Fransa'da 19'uncu yüzyıl sonlarına kadar, Türkiye'de ise 1950'li yıllara kadar

⁷¹⁹ Günday, (1997), 347.

⁷²⁰ Duran, L. (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 22.

⁷²¹ Frier, Petit, (2015), 35. Gözler, (2009), C.I, 75.

kullanılmıştır⁷²². Kamu gücü ölçütüne göre idarenin, kamu gücüne dayanan ve kamusal usullerle gerçekleştirdiği tasarrufları idare hukukunun alanını teşkil eder. İdarenin, özel kişiler gibi eşitler arası ilişkiler sonucundaki tasarrufları ise özel hukuk kapsamına girer⁷²³. Özellikle Laferrière ve Berthélémy gibi yazarların üzerinde durduğu bu ölçüt⁷²⁴, hâkimiyet tasarrufları ve temşiyet tasarrufları ayrımını yapmaktadır. Hatta Laferrière hâkimiyet tasarrufları ve temşiyet tasarrufları ayrımını idare hukukunun tanımının merkezine yerleştirmektedir⁷²⁵.

3.2.1.1. Hâkimiyet Tasarrufları

Fransa'da idarenin kamu gücüne başvurarak yaptığı işlemler olan “actes d'autorité” dilimize hâkimiyet tasarrufları olarak çevrilmiş⁷²⁶ ve günümüzde de kullanılmaya devam edilmiştir⁷²⁷. Bununla birlikte emretme tasarrufları⁷²⁸, buyruk işlemleri⁷²⁹, otorite işlemleri⁷³⁰, kamu gücü işlemleri⁷³¹ şeklinde de ifade edilmektedir. Buna göre hâkimiyet tasarrufları idarenin kamu gücü kullanarak gerçekleştirdiği tasarruflardır ve idare hukukunun uygulama alanını bu tasarruflar oluşturur. Başka bir deyişle idare tarafından gerçekleştirilen tasarrufların arasında bir ayırım yapmak gerekir. İdarenin kamu gücüne başvurarak yaptığı işlemler hâkimiyet tasarrufudur ve idari yargının görev alanına girer⁷³². Laferrière'e göre hâkimiyet tasarruflarına (kamu gücü işlemlerine) ilişkin uyuşmazlıklar, doğası gereği idari niteliktedir⁷³³. Bu görüşe göre kendine özgü (sui generis) bir yargı olan idari yargının varlığı da, kamu gücü kullanma ayrıcalığıyla gerekçelendirilmektedir⁷³⁴.

⁷²² Duran, (1982), 23.

⁷²³ Duran, (1982), 22.

⁷²⁴ Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 109-110.

⁷²⁵ Le Yoncourt, T. (2012). Le critère de la puissance publique dans la formation du contentieux administratif français. *La Puissance Publique, Travaux de l'AFDA-5*, Paris: LexisNexis, 99.

⁷²⁶ Onar, (1966), C.I, 95, 120.

⁷²⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 154. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, (2013), 68. Gözübüyük, Tan, (2013), C.I, 6. Günday, (2013), 30. Yaşar, (2014), 63.

⁷²⁸ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, (2013), 68.

⁷²⁹ Duran, (1982), 23.

⁷³⁰ Atay, (2014), 20. Gözler otorite işlemlerinin daha doğru bir çeviri olduğunu belirtmektedir. Gözler, (2009), C.I, 86.

⁷³¹ Gözler, (2009), C.I, 76.

⁷³² Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 109-110.

⁷³³ Le Yoncourt, (2012), 99.

⁷³⁴ Yaşar, (2014), 63.

Örneğin Danıştay kararına konu olmuş bir olaydaki, Belediye Encümenince, ilgilinin, belediye teşkilatı kurulmadan önce köy tüzel kişiliğinden kiraladığı tapulama harici binanın belediyece hizmet binası hizmet binası olarak kullanılacağından 15 gün içinde boşaltılması, yoksa zorla boşaltılacağına ilişkin tesis edilen işlemi bir hâkimiyet tasarrufudur⁷³⁵. Zira idare işlemi tesis ederken kamu gücü kullanmıştır. Söz konusu işlem tek yanlı olarak tesis edilmiş ve ilgilinin rızası aranmamıştır. İdare özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak, eşitler arası bir ilişkiye girmemiştir. İdare ilgili karşısında üstün konumdadır. Dolayısıyla söz konusu işlem özel hukukun ve adli yargının değil, idare hukukunun ve idari yargının uygulama alanına girer⁷³⁶.

Danıştay kararına konu bir başka olayda, Orman Bölge Müdürlüğü, davacı kooperatife talebi üzerine enerji nakil hattının geçtiği güzergâh üzerinde orman arazisine rastlayan kısım için 25 yıl müddetle izin vermiş, söz konusu yer için bir kullanım bedeli belirleyerek, bu bedelin bir hafta içerisinde yasal faiziyle birlikte yatırılması, aksi halde iznin iptal edileceği yönünde bir idari işlem tesis etmiştir. İlk derece idare mahkemesi işlemin izin bedeline ilişkin kısmının görüm ve çözümünün adli yargı yerlerine ait olduğu gerekçesiyle davanın bu kısmını görev yönünden reddetmiştir. Ancak Danıştay, *“izin verilen yer için belirlenen kullanım bedelinin istenilmesine ilişkin işlem, davalı idarece, kamu gücüne dayalı ve tek taraflı olarak tesis edilmiş bulunduğundan idari işlem niteliği taşıdığı açıktır. Bu durumda; söz konusu işlemin yargısal denetiminin de idari yargı yerlerince yapılması gerektiğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerlerine ait olduğu gerekçesiyle davanın bu kısmını görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”* diyerek idare mahkemesinin kararını

⁷³⁵ “Uyuşmazlık, davacının belediye teşkilatı kurulmadan önce ... Köyünden kiraladığı tapulama harici yerdeki binanın belediyece hizmet binası olarak kullanılacağından 15 gün içinde boşaltılması, yoksa zorla boşaltılacağına ilişkin ... Belediye Encümeni işleminden doğmuştur. Davalı idare; kiralananın kendi ihtiyaçları nedeniyle boşaltılacağı yolundaki dava konusu işlemle kiralamadaki tahsis amacını değiştirerek söz konusu yerin kamu hizmetine tahsis edilmesine karar vermiştir. Davalı idarenin bu işlemde kamu gücünü kullandığı açıktır. Kamu gücü kullanılarak oluşturulan idari işlemlere karşı açılan davalar ise 2576 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca adli yargının değil İdari Yargının görevine girdiğinden; aksi düşünüşle verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay, 8. D., 25/02/1997, E. 1995/1973, K. 1997/668, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷³⁶ Gözler hâkimiyet tasarruflarına örnek olarak kamulaştırma işlemini vermektedir. İdare yol yapımı sırasında yolun üzerinde kalan tarlayı bedelini ödemek şartıyla kamulaştırır. Bu tesis ederken de ilginin rızasına ihtiyaç duymadan hareket eder. Kamulaştırma işlemi tek yanlı bir işlemdir ve idarenin kamu gücü kullanımı söz konusudur. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi idare hukukuna tabidir ve bu işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılmalıdır. Gözler, (2009), C.I, 76.

bozmuştur⁷³⁷. O halde, bedelin bir hafta içerisinde yasal faiziyle birlikte yatırılması, aksi halde izin iptal edileceği yönündeki idari işlem de bir hâkimiyet tasarrufudur. Zira söz konusu idari işlem, idarenin tek yanlı işlemidir ve kamu gücü kullanımı söz konusudur.

3.2.1.2. Temşiyet Tasarrufları

Fransa'da idarenin bir malik ya da kamu hizmetini işleten bir işletmeci olarak yaptığı işlemleri ifade eden⁷³⁸ "actes de gestion", dilimize temşiyet tasarrufları olarak çevrilmiş⁷³⁹ ve günümüzde de bu şekliyle kullanılmaya devam edilmiştir⁷⁴⁰. Ayrıca işletme işlemleri⁷⁴¹ ve yürütme işlemleri⁷⁴² şeklinde de ifade edilmektedir. Laferrière'e göre hâkimiyet tasarruflarına (kamu gücü işlemlerine) ilişkin uyuşmazlıklar, doğası gereği idari nitelikte iken, temşiyet tasarruflarına ilişkin uyuşmazlıklar ise ancak yasayla idari niteliğe sahip olabilir⁷⁴³. Zira temşiyet tasarrufları devletin hâkimiyetini (egemenliğini) bir kenara bırakıp, bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek⁷⁴⁴ eşitler arası ilişkilerde bulunmasının sonucunda ortaya çıkar. İdare bu tür tasarruflarında kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklara başvuramaz. Dolayısıyla idarenin bu tür tasarrufları özel kişilerinin tasarruflarıyla tamamıyla karşılaştırılabilir⁷⁴⁵, yani özel hukuku aşan şartlar söz konusu değildir. O halde temşiyet tasarruflarından kaynaklanan uyuşmazlıklar doğası gereği özel hukuka tabidir.

Örneğin abonman sözleşmeleri tarafların eşitliği üzerine kurulu özel hukuk sözleşmesi kapsamında kabul edildiğinden temşiyet tasarrufu olarak kabul edilir. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda da görevli yargı yeri adli yargıdır⁷⁴⁶. Zira abonman sözleşmelerinin tesisinde idare kamu gücü kullanmamaktadır.

⁷³⁷ Danıştay, 8.D., 01/04/2005, E. 2005/111, K. 2005/1512, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁷³⁸ Gözler, (2009), C.I., 76.

⁷³⁹ Onar, (1966), C.I., 29, 48, 95.

⁷⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 154. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, (2013), 68. Gözübüyük, Tan, (2013), C.I., 6. Günday, (2013), 30. Yaşar, (2014), 63.

⁷⁴¹ Gözler, (2009), C.I., 76.

⁷⁴² Duran, (1982), 23. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, (2013), 68.

⁷⁴³ Le Yoncourt, (2012), 99.

⁷⁴⁴ Onar, (1966), C.I., 95.

⁷⁴⁵ Gözler, (2009), C.I., 76-77.

⁷⁴⁶ "Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin, idari yargının görev alanında bulunan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 16.12.2010 tarih ve 2932 sayılı ve 28.12.2010 tarih ve 2999 sayılı

Gözler, temşiyet tasarruflarına örnek olarak kira sözleşmelerini göstermektedir. İdare zaman zaman kendine ait binalarda değil, özel kişilerden kiraladığı binalarda faaliyet göstermektedir. İdare burada bir işletmeci olarak hareket eder. Özel kişiyle, sanki kendisi de bir özel kişiymiş gibi hareket ederek kira sözleşmesi akdeder. İdare özel kişiyi, sahip olduğu binayı kendisine kiralaması için zorlayamaz. Sözleşmenin akdedilmesinde herhangi bir kamu gücü ayrıcalığına başvurmeyen idare, özel kişiyle pazarlık yaparak onun rızasını almak zorundadır. Dolayısıyla kira sözleşmesi idare hukukuna değil, özel hukuka tabidir ve sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıklara idari yargıda değil, adli yargıda bakılır⁷⁴⁷. Aynı durum idarenin kiralayan, özel kişinin de kiracı olması durumunda da temşiyet tasarrufu söz konusudur. Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu olan Hazineye ait bir balıkçı barınağının kiralınmasına ilişkin kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta mahkeme adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir;

“Hazineye ait Balıkçı Barınağının kiracısı olan davacı Kooperatif ile Maliye İdaresi arasında, ayrıca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yapılan ihale (pazarlık usulü) sonucunda akdedilen kira sözleşmesi (barınaktaki malzemenin kiralınması) yoluyla, Borçlar Kanunu'nun 248. maddesinde ifadesini bulan ve daha önce kurulmuş olan kiracı- kiralayan ilişkisi kapsamındaki özel hukuk ilişkisinin sürdürüldüğünde kuşkuyla yer yoktur.

Sözleşmenin eki niteliğindeki Şartnamenin ‘Özel Şartlar’ Bölümünün 4. maddesinde, ‘Kiracının taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde kira sözleşmesi feshedilerek kesin teminatı irat kaydedilecek ve son bir yıl kira bedeli tazminat olarak tahsil edilecektir.’ kuralına yer verilmiştir.

Olayda, ihalenin kesinleşmesi ve taraflar arasında kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, kiralayan idare tarafından, ilk taksiti yatırılan kira bedelinin kalan kısmının ödenmemesi ve kira konusu yerin dışında izinsiz kum çıkarılması nedeniyle hükümlerine uyulmayan sözleşmenin feshinin ve teminatın irat kaydının öngörülmüş olmasına karşılık, kiracı kooperatif tarafından, limanda kiralama konusu edilen kum malzemenin ekonomik

kararlarının iptali isteminin yanında, özel hukuk sözleşmesi kapsamında kullandığı elektrik gereğince kendisine gönderilen faturalarda yer alan kayıp-kaçak bedeli adı altında ödenmiş olan tutarların iadesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin de iptalinin istenildiği, tarafların eşitliği üzerine kurulu, özel hukuk sözleşmesi kapsamında yapılan abonman sözleşmesinden kaynaklanan kayıp-kaçak bedelinin iadesi isteminin doğan ihtilafın ancak adli yargı yerlerinde açılacak bir davaya konu edilebileceğinin açık olması karşısında, aynı dilekçeyle hem adli yargının hem de idari yargı yerlerinin görev alanına giren bir istemde bulunulduğu anlaşıldığından, dava dilekçesi bu hâliyle 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesine uygun bulunmamaktadır.” Danıştay, 13. D., 17/08/2015, E. 2015/4076, K. 2015/2838, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴⁷ Gözler, (2009), C.I, 77.

değerinin bulunmadığının saptandığı ileri sürülerek sözleşmenin konusuz kaldığı nedeniyle feshi ile ödenen paraların iadesi ve yapılan masrafların tahsiline hükmedilmesi istemiyle, uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında, konusunun ekonomik değeri bulunmadığı nedeniyle kiracısının hükmen feshini istediği kira sözleşmesinden doğan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği açıktır.”⁷⁴⁸

İdarenin özel kişi gibi başkaca özel hukuk sözleşmeleri de akdetmesi mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu örnek bir olayda idare bağışlama sözleşmesi akdetmiş ve Mahkeme bu sözleşmenin özel hukuka tabi olduğuna, doğan uyuşmazlığın adli yargıda görüleceğine hükmetmiştir;

“Olayda, içmesuyu isale hattında kullanılacak boruların bedeli karşılığında davacının ömür boyu su aboneliği isteği, 1580 sayılı Yasa'nın 70. maddesinin yetkili kıldığı Belediye Meclisince 97/11 sayılı kararla kabul edilmiş; bağışın gerçekleşmesi üzerine 98/19 sayılı Meclis kararı ile de davacıya su tahsisi yapılarak, uygulama yeri, kapsam ve süresi ile dava ve talep hakları belirlenmiştir. Davacı teklifinin davalı Belediyenin yetkili organınca kabul edilmesi sonrasında, ivazlı bağışın gerçekleşmesinden doğan hakları belirlenmek suretiyle, taraflar arasında serbest iradelere dayalı olarak karşılıklı hak ve borç içeren sözleşme ilişkisinin kurulduğu açıktır.

Bu durumda, olayda, taraflar arasında sözleşme serbestisi esas çerçevesinde alacak- borç ilişkisi doğuran ve nitelik itibarıyla özel hukuk alanını ilgilendiren bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olması karşısında, davalı Belediyenin yükümlülüğünü yerine getirmediği ileri sürülerek yapılan masrafların tahsili istemiyle açılan ve bu haliyle bir özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından doğan davanın, Borçlar Kanunu hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerleri görevli bulunmaktadır.”⁷⁴⁹

Karara konu olaydaki bağışlama sözleşmesi de, idarenin kamu gücü kullanmadığı, özel kişi gibi eşitlik çerçevesinde hareket ettiği temşiyet tasarruflarına örnek teşkil etmektedir.

⁷⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 11/07/2005, E. 2005/15, K. 2005/56, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁷⁴⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 29/12/2003, E. 2003/76, K. 2003/95, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

3.2.1.3. Hâkimiyet-Temşiyet Tasarrufu Ayırımının Türkiye’de Kullanımı ve Terki

Osmanlı Devleti’nde Şura-yı Devlet incelendiğinde, “hükümet ile kişiler arasındaki davalar”a bakmakla görevli olduğu, ancak bu davaların idari davalar olmadığı, yalnızca taraflardan birinin idare olduğu davaların söz konusu olduğu görülmektedir. Zira döneme ilişkin hukuki belgelerde, idari faaliyeti tespiti yönelik, kamu hizmetine ilişkin olması ya da kamu gücü kullanılması gibi ölçütlere başvurulmadığı görülmektedir. Uyuşmazlığın taraflarından birinin idare olması, Şura-yı Devlet’in görevli olması için yeterlidir. Hatta idarenin davalı taraf olması da gerekli değildir. İdarenin davacı olduğu uyuşmazlıklarda da Şura-yı Devlet görevlidir⁷⁵⁰.

Şura-yı Devlet tarafından 1918 yılında, Şura-yı Devlet’in örgütlenmesi ve görevlerinde değişiklik yapılması için bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. İlgili tasarının gerekçesinde, Şura-yı Devlet’in uyuşmazlıkları çözme hususundaki görevlerine ilişkin ifadeler konumuz açısından ilgi çekicidir; *“Kuruluşunda Şura-yı Devlet’in her dairesinde ve sonradan muhakemat dairesinde görülen ve sonunda da Kanunu Esasının 85. maddesiyle adliye mahkemelerine verilen hükümet ile kişiler arasında doğan davalar, hukuki tasarrufları ilgilendirmeleri nedeniyle hukuk davalarıdır. Şûra-yı Devlet Kanununiyle düzenlenmesi gerekli görülen idare davaları, **esas olarak idare tarafından devlet hâkimiyetine dayanılarak alınan kararlardan** veya genel hizmetleri yerine getirmek için imzalanan sözleşmelerden dolayı idare ile haklarının muhtel veya menfaatinin zarara uğradığını düşünen fertler arasında doğan uyuşmazlıklardır. Bu tür uyuşmazlıklar, öteden beri idare örgütü içinde ve Şûra-yı Devlet’te görülür ve çözülür. Çünkü idare ile adliyenin ayrılığı kuralı bunu gerektirir.”*⁷⁵¹ Görüldüğü gibi Şura-yı Devlet, hazırlamış olduğu tasarıda hâkimiyet-temşiyet tasarrufu ayırımına dayanan kamu gücü ölçütünü kullanmıştır⁷⁵².

Cumhuriyetin ilk yıllarında, 1924 yılı itibariyle, Adliye Encümeni, Şura-yı Devlet’in görevlerine ilişkin “idari dava” kavramından bahsetmiş ve idari davayı diğer davalardan ayırmak üzere hangi ölçütün kullanılacağı konusunda fikir vermiştir.

⁷⁵⁰ Karahanoğulları, (2005), 163.

⁷⁵¹ Karahanoğulları, (2005), 164-165.

⁷⁵² Karahanoğulları, (2005), 165-166.

Encümen de, “devletin hâkimiyeti esasına istinaden ittihaz olunan mukarrerat”, ifadesini kullanarak, Şura-yı Devlet tarafından 1918 yılında hazırlanan kanun tasarısına ilişkin gerekçelerle benzer tespitleri yapmıştır⁷⁵³. Görüldüğü gibi Adliye Encümeni, idari davanın ölçütü olarak hâkimiyet-temşiyet tasarrufu ayrımına dayanan kamu gücü ölçütünü kullanmaktadır.

Hâkimiyet-temşiyet tasarrufları şeklindeki ayırım ve bu ayırma göre idari yargının görev alanının belirlenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmadan önce Danıştay ve Yargıtay tarafından benimsenmiştir. Örneğin Yargıtay, “senelik radyo taksitlerinin resim mahiyetinde olmayıp ücret nevinden olmaları dolayısıyla bu davalara adli yargıda bakılacağı” yolundaki kararında, radyo taksitlerinin üstünlük ilişkisine dayanmayan, bir nevi akdi borç ilişkisi olduğunu saptamıştır⁷⁵⁴. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu ise 1945 tarihli bir kararında;

“İdari ve adli mahkemelerin görevleri, uyuşmazlığı meydana getiren işlem ve kararının sonucunun dokunduğu malın nevine göre değil, bu işlem ve kararın hukuki mahiyetine yani, nizamı doğuran tasarrufun kamu hukuku ve özel hukuk kaidelerinden hangisine uyarılıkla tesis edilmiş olduğuna ve kamu hizmetini korumak kaygısı ile yapılmış olup olmadığına göre taayyün eder.”

*“Tahsili Emval Kanunu, kamu alacaklarını cebren tahsil hususunda idari ve adli organların aracılığına lüzum kalmaksızın otoriteye dayanarak kararlar almağa yetkili kılan ve fertlere nazaran üstün ve mümtaz bir mevkide bulunduran kamu hukuku sahasına dâhil bir kanundur. Bunun tatbikatından doğan uyuşmazlığın çözümlenmesi de Danıştay’ın görevi içindedir.”*⁷⁵⁵

Şeklindeki ifadelerinde hem otorite işlemi (hâkimiyet tasarrufu) hem de kamu hizmeti kavramlarından bahsetmiş, ancak temel olarak hâkimiyet tasarrufu ölçütünü ön plana koymuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi de 1949 yılına kadar hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayrımını esas almış ve bunu temel ölçüt olarak kullanmıştır. Mahkeme ilk olarak 1947 yılında verdiği bir kararda PTT idaresinin abonelerinden olan alacaklarına

⁷⁵³ Karahanoğulları, (2005), 239.

⁷⁵⁴ Temyiz İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 22/283 Resmi Gazete, 21/02/1941 no 4740, Hacıhabiboğlu, N. (1948). *İçtihadı birleştirme kararları 1927-1949*. Ankara, 9’dan aktaran, Özkul, A. (1970). *Uyuşmazlık Mahkemesi kararları açısından idari yargının görev alanı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 23.

⁷⁵⁵ Danıştay, DDGK, 1945, E. 44/52, K. 45/14 Okay, S. (1945). *Danıştay karar ve içtihatları*. Ankara, 26’dan aktaran Özkul, (1970), 25.

karşı hâkimiyet hakkı kullanamayacağını ve bu sebeple, bu gibi uyuşmazlıklarda adli yargının görevi olduğunu belirtmiştir⁷⁵⁶. Yine aynı yıl bir başka kararında, “*kamu erkine dayanılarak yapılan bir işlemde doğan zarar*” sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkta, idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁷⁵⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi 1948 yılında verdiği bir kararında ise, Milli Savunma Bakanlığı şoförünün verdiği zarardan kaynaklanan uyuşmazlıkta, Bakanlığın şoför kullanmasının hâkimiyet tasarrufu değil, temşiyet tasarrufu olduğuna yani, uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁷⁵⁸. Dolayısıyla bu karardan da, o dönem için Uyuşmazlık Mahkemesi’nin hâkimiyet-temşiyet tasarrufu ayrımı yaptığı ve idarenin hâkimiyet tasarruflarından kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği görüşüne sahip olduğu anlaşılmaktadır.

1949 yılına gelindiğinde ise Uyuşmazlık Mahkemesi hâkimiyet-temşiyet tasarrufu ayrımına dayanan ölçütü terk etmiş ve o dönem Fransa’daki görüşlerden de esinlenerek, kararlarında açıkça, hâkimiyet-temşiyet ayrımının artık kullanılamaz olduğunu belirtmiştir⁷⁵⁹.

Günümüzde mahkemelerin idare hukukunun ve idari yargının görev alanını belirlemekte başvurduğu kamu gücü kavramı, daha sonraki başlıklarda değinilecek olan “yeni kamu gücü” anlayışına ve ölçütüne ilişkindir. Yani belirtmek gerekir ki, idare hukukunun ve idari yargının görev alanını belirlemek bakımından kamu gücü kavramı terkedilmiş değildir. Terkedilen ve unutilan hâkimiyet-temşiyet tasarrufu ayrımına dayanan kamu gücü ölçütüdür. Örneğin son dönemde Yargıtay, hâkimiyet tasarrufu kavramına, idare hukukunun tamamen dışında, cebri icra organı tarafından yapılan haciz işlemlerini ifade etmek için başvurmuştur⁷⁶⁰. Bu bakımdan idari yargının görev alanını belirlemek üzere artık “hâkimiyet-temşiyet

⁷⁵⁶ Özkul, (1970), 36.

⁷⁵⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1947, E. 47/1, K. 47/5, Düstur T. III, C. 28, 1369’dan aktaran Özkul, (1970), 36.

⁷⁵⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1948, E. 47/4, K. 47/7, Düstur T. III, C. 28, 1411’den aktaran Özkul, (1970), 36.

⁷⁵⁹ Özkul, (1970), 36-37.

⁷⁶⁰ Yargıtay, HGK, 13/03/2013, E. 2012/12-1071, K.2013/351, Yargıtay, 12. HD, 26/06/2012, E. 2012/6059, K. 2012/22571, Yargıtay, 12. HD, 20/03/2012, E. 2011/24401, K. 2012/8707, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

tasarrufu” kavramlarının içtihat tarafından tümüyle unutulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Devletin bir tasarrufunda hâkimiyetine başvurup başvurmadığı konusunda tespitte bulunmanın kolaylığı hâkimiyet-temşiyet ayrımına dayanan ölçütü avantajlı kılmaktadır. Bununla birlikte bu ölçütün basitliği, onu eksik ve sorunu çözmekte yetersiz kılmaktadır. Hâkimiyet-temşiyet ayrımına dayanan ölçütün yetersizliğini iki açıdan ele almak mümkündür. Birincisi, bu ölçüt, sadece idarenin kullandığı araçlara, yani kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmaktadır. İdare hukukunun konusunu; yani kamu hizmetini ve amacını; yani kamu yararını tümüyle ihmal ediyor görünmektedir. İkinci olarak ise, “idarenin hâkimiyet hakkını kullandığı” tasarrufları temel almakta, ancak idarenin yükümlülüklerinden bahsetmemektedir.

3.2.2. Kamu Hizmeti Ölçütü

İdare hukukunun uygulama alanı belirlemek bakımından kamu gücü ölçütünün dışında kamu hizmeti ölçütü de uzunca bir süre kullanılmıştır. Bu bakımdan söz konusu iki ölçüt iki rakip olarak değerlendirilmiştir.

3.2.2.1. Kamu Hizmeti Ölçütünün Ortaya Çıkışı ve Kullanımı

Devletin ekonomik ve sosyal alanlara müdahalesinin artmasıyla birlikte kamu gücü ölçütü sorgulanmaya başlamıştır. 19’uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren kamu hizmeti kavramı öne çıkmış ve Fransız Danıştay’ında da ölçüt olarak daha belirgin şekilde dikkate alınmaya başlamıştır⁷⁶¹.

Fransa’da özellikle 20’nci yüzyılın başından İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna kadar olan dönemde, başta Leon Duguit olmak üzere⁷⁶², Jéze, Bonnard, Rolland gibi hukukçuların çalışmalarının etkileriyle birlikte kamu hizmeti kavramı, sadece idare hukukunun değil, tüm kamu hukukunun alanını belirleyen temel ölçüt olarak ele alınmış ve uygulanmıştır⁷⁶³.

⁷⁶¹ Duran, (1982), 23.

⁷⁶² Bkz. Duguit, (1954), (çev. S. Derbil) 70 vd.

⁷⁶³ Duran, (1982), 23.

Duguit kamu hukukunu kamu hizmeti kavramı üzerine inşa etmiştir. Yazarın idare hukukunun ortaya çıkması ve gelişiminde etkili olan görüşleri “Kamu Hizmeti Ekolü” ya da (yazar dönemin Bordeaux Üniversitesi Dekanı olduğu için) “Bordeaux Ekolü” olarak da anılmaktadır⁷⁶⁴. Bu anlayışa göre, devletin toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere gerçekleştirdiği tüm faaliyetler kamu hizmetidir. İdarenin buna yönelik tüm işlem ve eylemleri de idare hukukunun alanını oluşturmaktadır⁷⁶⁵. Duguit, egemenlik kavramını reddettiği gibi, kamu günü de bir “mit” olarak nitelendirmiş ve reddetmiştir⁷⁶⁶.

Kamu hizmeti ölçütünde, kamu gücü ölçütünde olduğu gibi idare hukukunun gerçekleşme araçları değil, konu ve amacı ön plana çıkmaktadır. İdare hukukunun yöneldiği amaç da kamu hizmetidir. İdare hukukunu kamu hizmeti kavramı ile tanımlamak gerekir. Zira idare hukuku birliğini ve uygulama alanını kamu hizmeti kavramında bulmaktadır⁷⁶⁷. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin gerçekleştirilen her faaliyet idari faaliyettir. Bu faaliyetlere uygulanacak olan hukuk, idare hukukudur ve çıkacak uyuşmazlıklarda da görevli olan idari yargı yerleridir⁷⁶⁸. İdare hukukunda her şeyin temelini ve ölçütünü kamu hizmetleri olarak gören bu ekol, idare hukukunu adeta kamu hizmetlerinin hukuku haline getirmiş ve “idare hukuku, kamu hizmetlerinin hukukudur”⁷⁶⁹ diyerek tanımlamıştır⁷⁷⁰. *“Kamu hizmeti ekolüne göre, ‘kamu hizmeti -idare hukuku - idari yargı kavramları’ arasında tam bir örtüşme vardır. Kamu hizmeti, idare hukukunun uygulama alanını oluşturur ve bu alandaki bütün uyuşmazlıklar da idari yargıya tabidir.”*⁷⁷¹

Kamu hizmeti ölçütü savunucularının en önemli dayanaklarından biri 8 Şubat 1873 tarihli Blanco Kararıdır⁷⁷². Bu görüşe göre Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararında kamu hizmeti ölçütüne başvurmuştur⁷⁷³. Söz konusu karara konu olayda, devletin emanet usulü işlettiği bütün işletmesine ait vagon bir vagonun çarpması

⁷⁶⁴ Truchet, (2015), 13-14.

⁷⁶⁵ Duran, (1982), 23.

⁷⁶⁶ Kada, Mathieu, (2014), 405.

⁷⁶⁷ Yaşar, (2014), 63.

⁷⁶⁸ Gözler, (2009), C.I, 81.

⁷⁶⁹ Chapus, (1968), 237 vd.

⁷⁷⁰ Gözler, (2009), C.I, 81.

⁷⁷¹ Gözler, (2009), C.I, 81.

⁷⁷² Vedel, Delvolvé, (1992), 110.

⁷⁷³ Atay, (2014), 21.

sonucunda Blanco isimli bir kız çocuğu yaralanmıştır. Kızın babası, idarenin özel hukuk hükümleri gereğince sorumlu tutulması için adli yargıda idare aleyhine tazminat davası açmıştır. Çıkan görev uyuşmazlığı sonucunda ise Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi bahse konu uyuşmazlığa ilişkin davada idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁷⁷⁴. Atay’a göre burada Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti ölçütüne değil, idarenin kamu hukukuna tabi tasarrufları ölçütüne başvurmuştur. Ona göre tütün işletilmesi etkinliği, idarenin kamu hukukuna tabi tasarrufu olarak nitelendirilmiştir. Hatta yazar, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin başvurduğu ölçütün “kamu otoritesi işlemi” (hâkimiyet tasarrufu) ölçütüne yakın olduğunun bile söylenebileceğini belirtmektedir⁷⁷⁵.

Öte yandan Gözler’e göre Blanco Kararında kamu hizmeti ölçütüne başvurulmuştur. Ona göre eğer bu kararda kamu gücü ölçütüne başvurulsaydı, adli yargı görevli görülebilirdi. Zira tütün işletmesi idare tarafından bir özel işletmeci gibi işletilmektedir. Zarara yol açan eylemde ise idarenin işçilerinin tedbirsizliği söz konusu olduğundan, ortada kamu gücüne dayanan bir işlem ya da eylemin varlığından söz edilemez. Ayrıca hükümet komiseri David, kamu hizmetlerine ilişkin idareye karşı açılacak davalarda adli yargının görevsiz olduğunu ileri sürmüş ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi de bu görüşe katılmıştır⁷⁷⁶. Dolayısıyla Gözler’e göre Blanco Kararında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kamu hizmeti ölçütüne başvurmuştur.

Fransız Danıştay ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Blanco Kararından sonra da çeşitli kararlarında kamu hizmeti ölçütünü kullanmaya devam etmiştir⁷⁷⁷. Türkiye’de ise Uyuşmazlık Mahkemesi kurulduktan sonraki daha ilk kararlarında kamu hizmeti ölçütünü kullanmaya başlamıştır. 1946 tarihli Zingal kararında, idari faaliyetlerde amaç unsurunun öneminin altını çizmiş, ormanların işletilmesi konusunun önemli bir kamu hizmeti olduğunu, bu hizmete ilişkin sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, söz konusu davada idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁷⁷⁸. Yani Uyuşmazlık Mahkemesi,

⁷⁷⁴ Atay, (2014), 690.

⁷⁷⁵ Atay, (2014), 21.

⁷⁷⁶ Gözler, (2009), C.I, 78.

⁷⁷⁷ Gözler, (2009), C.I, 78.

⁷⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1946, E. 46/5, K. 46/1, Düstur T. III, C. 27, 874’ten aktaran Özkul, (1970), 37.

konunun önemli bir kamu hizmetine ilişkin olmasını idare hukukunun uygulanması için yeterli görmüştür. Kararda kamu gücü ölçütünden de bahsedilse de, Özkul bunun sadece destekleyici nitelikte olduğunu, Mahkemenin kararında esas olarak kamu hizmeti kavramına yer verdiğini belirtmektedir⁷⁷⁹.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1947 tarihli bir başka kararına konu olayda, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi olan davacı, fakültenin yayın işlerinden, kendisine hak ettiğinden daha az telif hakkı ödendiği gerekçesiyle adli yargıda dava açmıştır. Davalı idare, uyuşmazlığın özel hukuk kurallarının uygulanamayacağı bir kamu hizmetinden kaynaklandığını ileri sürerek görev itirazında bulunmuştur. Görev uyuşmazlığı neticesinde Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti ölçütünü kullanarak, ortada idare hukukunun uygulanmasını gerektirecek bir kamu hizmetinin bulunmadığını belirtmiş ve adli yargıyı görevli kılmıştır⁷⁸⁰.

Uyuşmazlık Mahkemesi 1949 yılındaki bir kararında, idareye ait bir aracın verdiği zarara ilişkin davada idari yargıyı görevli görmüştür⁷⁸¹. 1950'de idarenin Tan Matbaasının basılmasını önleyememesini kusurlu işleyen kamu hizmeti⁷⁸², 1951'de de bir askeri faaliyet sırasında verilen zararın yine kamu hizmetinin işleyişi sırasında meydana geldiğini belirterek⁷⁸³, her iki uyuşmazlığı da idari yargıya göndermiştir. Bu kararlarda asıl önem taşıyan nokta, Uyuşmazlık Mahkemesinin ayrıca üstünlük unsuruna, yani kamu gücü ölçütüne, başvurmamasıdır. Başka bir deyişle Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetini, idari yargının görev alanını belirlemek bakımından tek ölçüt olarak kullanmıştır⁷⁸⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi daha sonraki kararlarında, zaman zaman kamu hizmeti kavramını ihmal etse de, pek çok kararında kamu hizmeti ile idari yargının görev alanını özdeş tutmuştur⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ Özkul, (1970), 37.

⁷⁸⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1947, E. 47/7, K. 47/9, Düstur T. III, C. 28, 1414'den aktaran Özkul, (1970), 37.

⁷⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1949, E. 49/17, K. 49/10, Düstur T. III, C. 30, 1507'den aktaran Özkul, (1970), 38.

⁷⁸² Uyuşmazlık Mahkemesi, 1950, E. 49/16, K. 49/10, Düstur T. III, C. 31, 709'dan aktaran Özkul, (1970), 38.

⁷⁸³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1951, E. 50/18, K. 50/19, Düstur T. III, C. 32, 329'dan aktaran Özkul, (1970), 38.

⁷⁸⁴ Özkul, (1970), 38.

⁷⁸⁵ Bkz. Özkul, (1970), 40 vd.

3.2.2.2. Kamu Hizmeti Ölçütünün Krizi

Leon Duguit'in kamu hizmeti görüşü bir dönem etkisini sürdürmüş olsa da daha sonra terkedilmiştir⁷⁸⁶. Kamu hizmetine ölçütüne getirilen ilk eleştirilerden biri, ölçütün idari yargının görev alanının aşırı genişlemesine yol açmasıdır. Öyle ki, Özkul, kamu hizmetinin temel ölçüt olarak ele alındığı dönemde, bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk usulleriyle yürütülmekte olduğunu unutulduğunu ifade etmektedir. Yazara göre kamu hizmeti ile idari yargını görev alanını özdeş sayan görüşe katılmaya imkân yoktur⁷⁸⁷.

Kamu hizmeti ölçütünün girdiği krizin temel sebeplerinden biri, kamu hizmeti kavramını tanımlamanın ve belirlemenin zorluğudur. Truchet'nin belirttiği gibi, *“yasa koyucunun kamu hizmetini tanımlama endişesi olmamıştır, yargı organı ise kendisine bir değerlendirme serbestisi bırakmak için tanımlamak istememiştir, öğretisi ise bütün çabasına karşın tanımlamayı başaramamıştır.”*⁷⁸⁸

Bir hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olarak belirlenemeyeceğine ilişkin genel görüş⁷⁸⁹ dikkate alındığında, kamu hizmetinin kurulmasında yasama organının iradesi önem kazanmakta⁷⁹⁰, bu durum da, kamu hizmetini hukuki kategori olmaktan çıkararak, bir siyasal tercih haline getirmektedir⁷⁹¹. Dolayısıyla bir hizmeti niteliği gereği kamu hizmeti olarak tespit ederek idare hukukunun uygulama alanını belirlemek gerçekçi görülmemektedir.

Daha önce de değinildiği gibi kamu hizmeti ekolü olarak bilinen görüş yanlıları tarafından, devletin toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yürüttüğü faaliyetlerin yerine getirilmesi için yaptığı tüm işlem ve eylemlerin idare hukukunun konusunu oluşturacağı kabul edilmekteydi⁷⁹². Ancak Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi; *“ ‘Kamu hizmeti kavramı’nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve*

⁷⁸⁶ Özyörük, (1959), 50.

⁷⁸⁷ Özkul, (1970), 131.

⁷⁸⁸ Truchet, D. (1982). Label de service public et statut de service public. AJDA, 428'den aktaran Tan, T. (1991). Kamu hizmeti, kriz ve yeniden tanımlama. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 329.

⁷⁸⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 548. Gözübüyük, Tan, (2013), 585. Gülan, (1988, 155. Günday, (2013), 331. Ulusoy, (2004), 28-29.

⁷⁹⁰ Bkz. Gülan, (1988), 151-154.

⁷⁹¹ Tan, (1991), 330.

⁷⁹² Tan, (1991), 330.

*öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.*⁷⁹³ Dolayısıyla artık idari faaliyetlerle kamu hizmetlerinin örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için, “kendine özgü yetki ve usullerle yürütülmesi” şartı aranmaya başlanarak, kamu hizmeti kavramı daraltılma yoluna gidilmiştir⁷⁹⁴. Yani böylece idare hukukunun araçları (kamu gücü), kamu hizmeti kavramında da yer edinmeye başlamıştır.

Gözler, hem idare hukukunun uygulama alanının hem de idari yargının görev alanının belirlenmesi bakımından kamu hizmetinin ölçütünün uygulanmayacağına ilişkin görüşünü altı farklı nedene dayandırmıştır⁷⁹⁵;

1. İdare, bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak, özel kişilerle özel hukuk sözleşmesi akdedebilir. Dolayısıyla idarenin kamu hizmetine ilişkin olarak özel kişilerle akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanacak uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Bu gibi uyuşmazlıklarda kamu hizmeti ölçütü uygulanmış olsa, idari yargının görevli olması gerekirdi.

2. Endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkmasıyla kamu hizmeti ölçütü ikinci darbeyi almıştır⁷⁹⁶. Endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin doğası gereği, yürütülmelerinin prensip olarak özel hukuk kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir⁷⁹⁷. Dolayısıyla bu hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara idare hukuku değil özel hukuk uygulanır ve uyuşmazlıkların çözümü adli yargıda yapılır. Bu noktada kamu hizmeti ekolü tarafından savunulan kamu hizmeti ölçütü uygulanmış olsa, bu uyuşmazlıkların da idari yargıda çözümlenmesi gerekirdi. KİT’lerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerine özel hukuk uygulanmakta ve çıkan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılmaktadır. O halde bu bakımdan da, kamu hizmeti ile idare hukuku arasında tam bir örtüşmeden bahsedilemez⁷⁹⁸. Dolayısıyla kamu

⁷⁹³ Anayasa Mahkemesi, 09/12/1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. Tarih-Sayı: 24/01/1995-22181.

⁷⁹⁴ Tan, (1991), 330.

⁷⁹⁵ Gözler, (2009), C.I, 81-85.

⁷⁹⁶ Gözler, (2009), C.I, 81.

⁷⁹⁷ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 485.

⁷⁹⁸ Gözler, (2009), C. I, 83.

hizmetlerine uygulanacak hukuk, hem kamu hukuku hem de özel hukuk kurallarından oluşan karma bir hukuk dalı şekline bürünmektedir.

3. Yukarıda da bahsedildiği gibi, kamu hizmetinin tanımının günden güne değişmesi ve herkesçe kabul edilen bir tanımının yapılamaması da kamu hizmeti ölçütünü yetersiz kılmaktadır. Öncelikle kamu hizmeti kavramı, ilk tanımlarından farklı olarak, artık sadece idare tarafından yürütülen hizmetler olarak tanımlanmamaktadır. Özel kişilerinde idarenin denetim ve gözetimi altında kamu hizmetlerini görebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca endüstriyel ve ticari kamu hizmetleriyle birlikte artık kamu hizmetlerinde kamu gücü ayrıcalıklarının (özel hukuku aşan şartların) bulunması bir koşul olarak aranmaktadır⁷⁹⁹. Görüldüğü gibi kamu hizmeti kavramı ciddi değişimler geçirmiştir. Bu değişimlerin sonucunda idari yargının görev alanının belirlenmesinde temel ölçüt olma vasfını kaybetmiştir⁸⁰⁰.

4. Yasa koyucu, kamu hizmeti gören bazı kamu tüzel kişilerin faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bile adli yargıyı görevli kılabilmektedir. Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu, kamu hizmeti gören bir kamu kurumu olmasına rağmen, bu kurum ile kurumun üyeleri (veya hizmet verdiği kişiler) arasındaki ilişkiler idare hukukuna değil, iş hukukuna tabi tutulmuştur. Dolayısıyla bu ilişkilerden kaynaklanacak uyuşmazlıklarda da adli yargı görevlidir⁸⁰¹.

5. Birtakım kamu hizmetleri özel kişiler tarafından yürütülebilir. Anayasanın 47'nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, *“Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”*⁸⁰² Daha önce de değinildiği gibi, kamu hizmetini gören bir özel kişi olsa da, kamu gücünün kullanımı söz konusu olmuşsa, yapılan işlem ya da eylem idare hukukunun uygulama alanına girer. Ancak her durumda, bir özel hukuk kişisi kamu hizmetini yüklediğinde, bunun sonucu olarak bu hizmete ilişkin hukuki rejim de etkilenmektedir. Zira özel hukuk kişisi, özellikle

⁷⁹⁹ Gözler, (2009), C.I, 83. Serrand, (2015), 41.

⁸⁰⁰ Tan, (1993), 203.

⁸⁰¹ Gözler, (2009), C.I, 83.

⁸⁰² Ulusoy bu değişiklikle birlikte idari sözleşmelerin kamu hizmeti kriterini ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Ulusoy, (2004), 77.

kamu hizmetinden yararlananlarla olan ilişkilerinde önemli ölçüde özel hukuk kullanımına yol açmaktadır⁸⁰³. Bu noktada da, kamu gücü ölçütü öne çıkmaktadır. Kamu hizmeti ekolünü savunan görüşe göre, kamu hizmetleri blok halinde idare hukukunun uygulama alanına girer ve çıkacak uyuşmazlıklarda idari yargı görevli olur. Ancak kamu hizmetindeki değişim, özel hukukun da kamu hizmetlerinde önemli ölçüde yer edinmesine yol açmıştır. Bu durumda sorunu çözen kamu gücü ölçütü olmaktadır. Hem özel hukukun hem de idare hukukunun kaçınılmaz olarak var olduğu kamu hizmeti faaliyetlerinde, hangi tasarrufların idare hukukuna tabi olacağı, tasarruflar yapılırken kamu gücüne başvurulup başvurulmadığına göre belirlenmektedir. Yani idare hukukunun araçları devreye girmektedir. Buna göre eğer kamu gücü kullanımı söz konusu olduğunda tasarruflar, idare hukukunun uygulama alanına girer ve doğacak uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir.

6. Son olarak devlet, idari kamu hizmetlerinden bazılarını da idare hukukuna tabi olan memurlar eliyle değil, özel hukuka tabi olarak hizmet akdiyle çalıştıracağı kişiler aracılığıyla yapma yoluna gitmektedir. Dolayısıyla bu kişiler ile idare arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan yargı merci adli yargıdır. Görüldüğü gibi artık özel hukuk sadece endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri alanında değil, klasik kamu hizmetleri alanında dahi yer edinmeye başlamıştır⁸⁰⁴. Duran da kamu hizmetlerine ilişkin ortaya çıkan karma hukuku şu sözlerle ifade etmiştir; *“eski olsun yeni olsun hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin bir surette, yalnızca kamu hukukuna veya sadece özel hukuka göre yürütülmemektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejimi, tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte çeşitli düzenlerdir. Bunlardan klasik idari kamu hizmetlerinin rejimi en yoğun biçimde kamu hukuku ise; sınai ve ticari kamu hizmetlerinin statüsü özel hukuka çok geniş yer vermiş olabilir.”*⁸⁰⁵

Burada Chapus'nün “idare hukuku, kamu hizmetinin hukukudur” görüşüne Amselek tarafından getirilen eleştirilere de değinmek gerekir. Yazar kamu hizmetinin idare hukukunun anahtar kavramı olamayacağına ilişkin görüşlerini iki ana başlık altında toplamaktadır. Buna göre ilk olarak kamu hizmeti fikri idari faaliyeti

⁸⁰³ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 582.

⁸⁰⁴ Gözler, (2009), C.I, 84-85.

⁸⁰⁵ Duran, (1982), 306.

nitelendirmeye (karakterize etmeye) imkân sağlamamaktadır. Zira kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerin tümü idari faaliyet şeklinde gerçekleşmemektedir. Ayrıca idari faaliyetlerin tamamı da kamu hizmetine ilişkin faaliyetler değildir⁸⁰⁶. Yazara göre ikinci olarak, kamu hizmeti fikri, idare hukuku kurallarının birlikteliğini açıklamaya imkân vermemektedir. Zira kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukukta, çok sayıda özel hukuk kuralının varlığı söz konusu olmaktadır⁸⁰⁷.

Tüm bu açıklamaların sonucunda kamu hizmeti ölçütünün, idare hukukunun uygulama alanını ve idari yargının görev alanını belirlemek bakımında yeterli olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte kamu hizmeti kavramını tümünden dışlamak mümkün değildir. Temel ölçüt olarak öne çıkmasa da halen belli bir ağırlığı ve öneminin olduğu inkâr edilemez⁸⁰⁸. Her ne kadar kamu hizmeti ölçütü temel ölçüt olma vasfını yitirmiş olsa da, Leon Duguit'nin kamu hizmeti kavramı üzerine inşa ettiği idare hukuku, bugün de etkisini sürdürmekte⁸⁰⁹ ve kamu hizmeti kavramı idare hukukunun temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir.

Örneğin Danıştay bir kararında, bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi (idari sözleşme) mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğuna ilişkin değerlendirme yaparken kamu hizmeti ölçütünü tek başına kullanmıştır. Söz konusu karara konu olayda belediye pet su şişeleme tesisi kurularak piyasaya sunulmasına yönelik bir özel kişiyle sözleşme yapmak üzere taslak oluşturmuş, sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirerek Danıştay'a görüş bildirmesi için göndermiştir. Danıştay 1'inci Dairesi ise yaptığı incelemede, belediyenin sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirmesinin yeterli olmadığına, söz konusu faaliyetin kamu hizmeti değil ticari faaliyet niteliğinde olduğuna ve dolayısıyla Dairece incelenerek görüş bildirilmesine olanak bulunmadığına hükmetmiştir⁸¹⁰. Görüldüğü üzere Danıştay sözleşmenin türünü tespit ederken kamu hizmeti ölçütüne ihtiyaç duymuştur. Bir idari sözleşme türü olan "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"nin konusu bir kamu hizmetinin görülmesidir. Dolayısıyla bir sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu hususunda tespit

⁸⁰⁶ Örneğin İdarenin özel mallarını yönetimi.

⁸⁰⁷ Amselek, P. (1968). Le service public et la puissance publique, réflexions autour d'une étude récente. *AJDA*, 492-512.

⁸⁰⁸ Tan, (1991), 335.

⁸⁰⁹ Truchet, (2015), 13-14.

⁸¹⁰ Danıştay, 1.D., 03/07/2008, E. 2008/744, K. 2008/834, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

yaparken kamu hizmeti ölçütünü hiç dikkate almamak mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hususta kamu hizmeti ölçütünün her durumda yeterli olması söz konusu olamaz. Zira artık kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile de özel kişilere devredilebilmektedir. Bu noktada kamu hizmeti ölçütünün tek ölçüt olarak dikkate alınması, kamu hizmetini konu edinen özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeleri birbirinden ayırmak mümkün olmayacaktır. O halde bu gibi durumlarda kamu gücü ölçütü öne çıkmaktadır.

3.2.3. Yeni Kamu Gücü Ölçütü

Kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütünün ilk ortaya atıldığı zamanlarda belli ölçüde gerilemişse de, kamu hizmeti ölçütünün kriziyle birlikte tekrar eski gücüne kavuşmuştur. Bu duruma “kamu gücü ölçütüne dönüş” veya “kamu gücü ölçütünün yenilenmesi” adı verilmektedir⁸¹¹.

Vedel, Hauriou’nun görüşlerini izleyerek, idare hukukunun anayasal temellerinden hareketle bir belirleme yapmıştır. Bu bakımdan kamu hizmeti ölçütü karşısında güç kaybetmiş olan kamu gücü ölçütünü yeniden kuran yazarlardan biridir⁸¹². Bu anlayışa göre, “*devletin siyasi organlarının birbirleri arasındaki ve yabancı devletler ve milletlerarası teşkilatlarla olan ilişkileri ile yargı erkinin kendi işlevi dışında kalan, yürütme erkince üstün ve ayrıcalıklı yetki ve usullerle yürütülen tüm kamusal faaliyetler idare hukuku alanına girer.*”⁸¹³ Vedel’e göre kamu hizmeti idare hukukunu tanımlamakta yeterli değildir. Yazar maddi ölçütü dikkate alarak inceleme yapmış ve idare hukukunu kamu gücünün genel hukuku olarak tanımlamıştır. Ona göre kamu gücü, “idari”liğin karinesidir⁸¹⁴. Tan’a göre de işlemin idari işlem ya da özel hukuk işlemi olarak ayrılmasında ölçüt, işlemin konusu veya yarattığı hukuki sonuç değil, kamusal yetki ve usullerin kullanılmış olup olmadığıdır⁸¹⁵.

⁸¹¹ Gözler, (2009), C.I, 85.

⁸¹² Faye, A. (2011). La définition du droit administratif: à la recherche du critère perdu. *Le Petit Juriste*, 17, İnternet: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/06/A%20la%20recherche%20du%20crit%25C3%25A8re%20perdu.pdf> 13 Mayıs 2016’da alınmıştır.

⁸¹³ Duran, (1982), 26.

⁸¹⁴ Faye, (2011), 17.

⁸¹⁵ Tan, (1993), 204.

Vedel'e göre, "kamu gücü", üstün yetki ve ayrıcalıkların yanında, özel kişilerden daha sınırları durumları da içermektedir⁸¹⁶. Rivero da, idare hukukunun idareye, kamu gücü ayrıcalıklarının yanında, özel hukukun bireylere yüklediği sıkı şartlar ve yükümlülükler de yüklediğinin belirtmektedir. Bu noktada özel hukuktan ayrılan idare hukuku, idareye ya daha çok, ya da daha az yetki ve imkânlar tanır. Bu sebeple Rivero'nun bu görüşüne "daha çok ve daha az yetki ölçütü" adı da verilmektedir⁸¹⁷. Kanaatimizce Rivero'nun görüşleri, kamu gücü ayrıcalıklarının yanında kamu gücü yükümlülüklerini de getirerek bu eksikliği gideren yeni kamu gücü ölçütüne oldukça yakın durduğundan, bu başlık altında yer alması yerindedir.

"Kural olarak özel hukuk ilişkilerinde görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar" olarak tanımlanabilecek olan⁸¹⁸ kamu gücü ayrıcalığı kavramı, bu yönde bir tanım tercih edilince, bazı yazarlar tarafından doğrudan "özel hukuku aşan ayrıcalıklar" olarak ifade edilmektedir⁸¹⁹. Görünürde kamu gücü kavramı akla ilk olarak "ayrıcalıklar"ı getirse de, günümüz idare hukuku ve kamu gücü anlayışında, idareye tanınan ayrıcalıklar ve üstünlüklerin yanında, idarenin aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinde var olmayan birtakım yükümlülüklerle de tabi olduğu kabul edilmektedir⁸²⁰. Bu nedenle bazı Fransız yazarlar da "özel hukuku aşan ayrıcalıklar" ifadesi yerine "özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve bağımlılıklar" ifadesini kullanmaktadır⁸²¹. Örneğin idare bir sözleşme yapmak istediğinde sözleşmeci tarafı seçerken diğer kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde sahip olduğu özgürlüğe sahip değildir. İdarenin sözleşmeci tarafı seçmek için kamu ihalesi düzenlemek zorunda olduğu durumlar buna örnek gösterilebilir. İdare, personel seçmekte de diğer kişiler gibi serbest değildir. İdarenin genellikle sınav düzenlemek ve sınavda başarılı olanları istihdam etmek gibi yükümlülükleri vardır. Özel kişiler faaliyetlerinde hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her türlü amacı güdebilir. Buna karşılık idare sadece kamu yararı amacını güdebilir⁸²². Görüldüğü gibi "özel hukuku aşan şartlar ve

⁸¹⁶ Duran, (1982), 26.

⁸¹⁷ Duran, (1982), 27.

⁸¹⁸ Gözler, (2009), 87. Serrand, (2015), 39.

⁸¹⁹ Vlachos, (1993), 49.

⁸²⁰ Chevallier, (1988), 59. Rivero, Waline, (2006), 23.

⁸²¹ Bkz. Erkut, (2004), 59-60. Gözler, (2009), 87.

⁸²² Vedel, Delvolvé, (1992), C.I, 36.

yükümlülükler” ölçütü aslında kamu gücü ölçütünün modern tabirlerle ifade edilmiş şeklidir⁸²³.

Modern kamu gücü anlayışına göre, ayrıcalıklar idareye aynı zamanda yükümlülükler getirmektedir. Kanaatimizce bu husus hâkimiyet-temşiyet ayrımına dayanan klasik kamu gücü ölçütünün eksiklerini gidermek bakımından önemli bir yeniliktir. Kamu gücü artık, “kesin ve şartsız”, “hami ve gizemli”, “kendi başına sahip olduğu eksiksiz ve mükemmel egemenliği kimseye ve hiçbir şeye borcu olmayan” bir kavram olarak görülmemektedir⁸²⁴. Böylelikle kamu gücünün sınırsız ve denetimsiz olduğu dönemlerden akılda kalan korkutuculuğu da giderilmiş olmaktadır. Kamu gücünün bu yeni yönü, Amselek’in kamu gücü ölçütüne getirdiği bir eleştiriye cevap vermeye imkân sağlamaktadır. Yazar eleştirilerinde, fiili yolda olduğu gibi, bireysel özgürlüklere ya da özel mülkiyete dokunan durumlarda da idarenin kamu gücü kullandığını, ancak bu tür uyuşmazlıklara adli yargıda bakıldığını belirtmektedir⁸²⁵. Ancak fiili yolda, eylem o kadar açık bir şekilde hukuka aykırıdır ki, idarilik niteliğini kaybetmiş sayılmaktadır. Tamamen idari usul ve esaslar dışında gerçekleşen bu eylemler, haksız fiil niteliğindedir. İdarilik niteliğine sahip oldukları kabul edilmediğinden, idare hukukuna değil özel hukuka tabidirler ve bu eylemlere karşı dava adli yargıda açılır⁸²⁶. Bu noktada idarenin, herhangi bir mevzuata dayanmayan, haksız fiil niteliğindeki eylemlerinde başvurulacak güç, yeni kamu gücü anlayışına göre, kamu gücü olarak nitelendirilmemelidir, salt güç/kaba güç olarak nitelendirilmelidir. Zira bu gibi durumlarda idareye verilmiş bir kamu gücü ayrıcalığı söz konusu olmadığı gibi, idare, kamu gücü yükümlülüklerini de tümüyle görmezden gelmektedir. Dolayısıyla eyleminde idarilik vasfı ortadan kalkmaktadır.

Kanaatimizce kamu gücü ayrıcalıklarına ve yükümlülüklerine dayanan yeni “kamu gücü ölçütü” idare hukukunun uygulama alanını ve idari yargının görev alanını belirlemek bakımından temel ölçüttür. Tezimizin birçok bölümünde çeşitli örnekler vererek değindiğimiz gibi, kamu gücü idare hukukunu özel hukuktan en net şekilde ayıran kavramdır. Özel hukukun kamu hizmetinin hemen her alanında yer edinmesi sonucunda, idare hukukuna daha özgü olan kavram kamu gücüdür.

⁸²³ Gözler. (2009), 85.

⁸²⁴ Dupuis, Guédon, Chrétien, (2011), 100. Picard, (1999), 11.

⁸²⁵ Amselek, (1968), 501.

⁸²⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, (2014), 368.

Dolayısıyla idare hukukunu özel hukuktan ayırmaya yarayacak temel ölçüt de kamu gücü olmalıdır. Kamu gücü idare hukukunun aracı olması sebebiyle de bir ölçüt olarak kolaylık sağlamaktadır. Zira idarece kullanılan aracı tespit etmek, idarenin niyetini ve amacını tespit etmekten daha kolaydır. Örneğin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden önce gerçekleşen safha, kamu gücü kullanımının söz konusu olduğu için idare hukukuna tabi olmakta ve doğacak uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir. Bu durumda hangi aşamada idare hukukunun hangi aşamada özel hukukun uygulanacağı, kamu gücü kullanımının var olup olmadığına göre tespit edilmektedir.

Kamu gücü ölçütü temel ölçüt olarak ele alınsa da, idare hukukunun temel kavramlarından kamu hizmetini de destekleyici kavram olarak görülmeye devam edilmelidir. Zira kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütüyle kaynaştırılarak yeniden değer kazanmıştır⁸²⁷.

3.2.4. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Danıştay, kararlarında genel olarak kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütlerini bir arada kullanmaktadır. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir kararında, özelleştirme programına alınan, dolayısıyla 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 37/a maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi olan bir hava yolları anonim ortaklığının, ihalenin onaylanmasına ilişkin işlemini idari işlem olarak nitelendirmiş ve söz konusu uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğine hükmetmiştir. Danıştay'a göre, *"kamu hizmetinin düzenlenmesi veya yürütülmesi amacıyla kamu gücüne dayanılarak tesis edilen işlemler idari işlem niteliği taşımakta olup; kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere idarenin yönetimi veya yakın gözetimi altında kamu yararı amacı doğrultusunda yürütülen faaliyet olan kamu hizmetinin hukuki denetiminin idari yargı yerince yapılması gerekli bulunmaktadır."*⁸²⁸ Söz konusu kararda Danıştay'ın, herhangi bir ölçüte öncelik tanımadığı her iki ölçüte de eşit şekilde yer verdiği görülmektedir.

⁸²⁷ Kada, Mathieu, (2014), 405.

⁸²⁸ Danıştay, 10.D., 26/03/2003, E. 2002/5500, K. 2003/1119, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, davacıya ait haber ve bantların izni olmadan yayınlanması nedeniyle maruz kaldığı maddi ve manevi zararının tazminini talep etmesine ilişkin TRT'ye karşı açılan davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığında kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütlerine bir arada yer vermiştir. Mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkta TRT'nin kamu gücüne dayalı olarak yayın yaptığı ve kamu hizmetinin yöntemine uygun olup olmadığının ve hizmet kusuru ile bir zararın husule gelip gelmediğinin tespitinin idari yargının görevine girmesi gerekçeleriyle idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁸²⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığını incelerken kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütlerini bir arada kullanmıştır. Buna göre konusu kamu hizmeti olan ve idareye kamu gücü kullanma yetkisi veren sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta görevli yargı yeri idari yargıdır⁸³⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararda "kamu gücü", "üstün hak ve yetkiler" ve "re'sen ve tek yanlı tesis edilen işlem" kavramlarına vurgu yaptığı görülmektedir. Bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu gücü ölçütünü temel ölçüt, kamu hizmeti ölçütünü ise yardımcı ölçüt olarak kullandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Danıştay zaman zaman kararlarında kamu gücü ölçütünü tek başına kullanmaktadır. Davacının belediye teşkilatı kurulmadan önce bir köy tüzel kişiliğinden kiraladığı tapulama harici yerdeki binanın belediyece hizmet binası olarak kullanılacağından 15 gün içinde boşaltılması, yoksa zorla boşaltılacağına ilişkin belediye encümeni işleminden doğan uyuşmazlıkta, kiralamadaki tahsis amacının değiştiğinden hareketle, bu işlemde kamu gücünün kullanıldığının açık

⁸²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 11/12/1995, E. 1995/68, K. 1995/54, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁸³⁰ "Bu gelişmeler üzerine, davacı ÇEAŞ vekilleri tarafından, mülkiyetinin Şirketlerine ait olduğu ileri sürülerek iletim tesislerine davalı idarelerce vaki haksız el atmanın önlenmesi istemiyle, adli yargı yerinde dava açılmış ise de; gerek bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuz bulunan elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi amacını taşıyan ve hüküm ve koşulları itibariyle idareye üstün hak ve yetkiler tanıyan, dolayısıyla idari nitelikte olduğu tartışmasız bulunan İmtiyaz Sözleşmesi ile, ÇEAŞ ve İdare arasında bir 'idare hukuku ilişkisi' kurulmuş olması, gerekse enerji piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi yolundaki bir kamu hizmeti alanını düzenleyen 4628 sayılı Yasa ve buna göre çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin 'idare hukuku alanı'nı ilgilendirmesi karşısında, idarenin kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelikteki işlemlerinin, adli yargı yerinde bir 'el atmanın önlenmesi davası'na konu edilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır." Uyuşmazlık Mahkemesi, 29/09/2003, E. 2003/78, K. 2003/74, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

olduğunu belirten Danıştay, “*kamu gücü kullanılarak oluşturulan idari işlemlere karşı açılan davalar*”ın idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir⁸³¹.

Uyuşmazlık Mahkemesi de bazı kararlarında kamu gücü ölçütünü tek başına kullanmıştır. Örnek bir karara konu olayda ana içme suyu borusunun kırılarak kaçak su kullanıldığıнын tespitinin üzerine belediye encümenince kullanım ve borunun tamir bedelinin talep edilmesi işlemine karşı açılan davada çıkan görev uyuşmazlığında, Uyuşmazlık Mahkemesi belediye encümeni işleminin kamu gücüne dayalı tek taraflı işlem olduğuna ve bu karara ilişkin davanın idari yargıda görüleceğine hükmetmiştir. Şüphesiz, belediyeler kamu hizmeti görmektedir. Ancak örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/d maddesine göre doğal gaz, su, atık su ve hizmet karşılığı alacakların tahsili özel hukuk hükümlerine göre gerçekleşmektedir. O halde belediyelerin “*kişilere sağladığı hizmete ilişkin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini yapacak yargı düzenini belirleyebilmek için, işlem ya da eylemin özel hukuk ilişkilerinden veya kamusal yetkilerin kullanılmasından doğup doğmadığına bakmak gerekir.*”⁸³² Bu noktada da işlemde kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığının tespiti önem kazanmakta, kamu gücü ölçütü işlemin özel hukuk hükümlerine mi yoksa idare hukuku hükümlerine mi tabi olacağının belirlenmesinde temel ölçüt olarak kullanılmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu gücü ölçütünü tek başına kullandığı bir başka kararına konu olayda, hükümet konağındaki çay bahçesinin işletilmesine ait

⁸³¹ Danıştay, 8.D., 25/02/1997, E. 1995/1973, K. 1997/668, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Danıştay bir başka kararında da tek başına kamu gücü ölçütünü kullanmıştır; “... Genel Müdürlüğü, 2560 sayılı Kanunun 1. maddesinin 1. ve 4. fıkraları uyarınca ... Büyükşehir Belediyesine bağlı kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olup kamu gücüne dayanarak yaptığı tasarrufların iptali için açılan davada idari yargı görevli bulunduğundan yerinde olmayan karar düzeltme isteminin reddine 23.9.1999 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” Danıştay, 9.D., E. 1998/2168, K. 1999/3244, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁸³² “Olayda, ana içme suyu borusunun kırılarak suyun belirli mesafe uzaklığında olan bahçenin sulanması için gölette toplanıp buradan içme suyunun kaçak olarak sulamada kullanıldığı belirtilen Encümen kararı ile, su bedeli ve kırılan borunun tamir bedeli tahakkuk ettirilip davacıdan dava konusu işlemle istenilmiş olup, bu işlemin, idarece kamu gücüne dayalı re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen bir idari işlem niteliğini taşıdığı anlaşılmıştır. Bu nedenle, kaçak olarak kullanılan su bedeli ile kırılan borunun tamir bedelinin tahsili amacıyla düzenlenen işlemden kaynaklanan davanın, somut olayın özellikleri gereği idari yargının görev alanına girdiği sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 05/10/2009, E. 2008/331, K. 2009/206, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. “Bu durumda, imar mevzuatı ve 6183 sayılı Yasa uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı biçimde tesis edilen işlemlere dayalı olarak davacının taşınmaz malının tapu kaydına koydurulan ipotek ve haciz şerhlerinin terkinini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargının görevine girmektedir.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 02/07/2007, E. 2007/19, K. 2007/120, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

kira sözleşmesi feshedilmiştir. Aslında kira sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve dolayısıyla ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Ancak kira sözleşmesinin ekini oluşturan Bakanlık özel şartlarında, sözleşmenin tek taraflı feshi halinde yapılacak tebligatı müteakiben 15 gün içerisinde, kira dönemi sonunda ise herhangi bir tebligata gidilmeden mecurun tahliye edileceği; aksi takdirde kiracının idarece 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 75'inci maddesine⁸³³ göre tahliyesinin sağlanacağı öngörülmüştür. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 75'inci maddesine göre tahliye sağlayan işlemler ise kamu gücüne dayanması, re'sen ve tek yanlı olması nedeniyle idari nitelik taşımakta, dolayısıyla uyuşmazlığa konu edilen tahliye işleminin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır⁸³⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında, uyuşmazlıkta görevli yargı yerini adli yargı olarak belirlerken kamu gücü ölçütünü tek başına kullanmıştır. Söz konusu karara konu olayda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfında vakıf müdürü olarak görev yapan davacının, görevinin ve görev unvanının muhasebeci olarak değiştirilmesine ilişkin vakıf müteveli heyeti kararının iptali istemiyle dava açılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, ilgili vakıf çalışanı ile vakıf arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin imzalandığı ve dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli bulunduğuna hükmetmiştir⁸³⁵.

⁸³³ "Ecrimisil ve tahliye :

Madde 75 – Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz(1) malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, bu Kanunun 9 uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, idareden taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir. Ecrimisil talep edilebilmesi için, Hazinesinin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şagilin kusuru aranmaz.

Ecrimisile itiraz edilmemesi halinde yüzde yirmi, peşin ödenmesi halinde ise ayrıca yüzde onbeş indirim uygulanır. Ecrimisil fuzuli şagil tarafından rızaen ödenmez ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır.

İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir..."

⁸³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 23/12/2002, E. 2002/55, K. 2002/81, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, 02/03/2009, E. 2008/33, K. 2009/36, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Uyuşmazlık Mahkemesinin idarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sorumluluğun idari sorumluluk mu yoksa özel hukuk hükümlerine tabi haksız fiil sorumluluğu mu olduğunu hususunun tespitinde genel olarak kamu hizmeti ölçütüne başvuru görülmektedir. Örnek bir karara konu olayda, davacıların murisinin Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait trenin çarpması neticesinde vefat etmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davada görev uyuşmazlığı çıkmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, *“kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, tekel niteliğinde kamu hizmeti yürüten TCDD İşletmesinin bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan dava; olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasını gerektirmektedir”* diyerek söz konusu davanın çözümünde idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁸³⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir başka kararına konu olayda, duble yol ve kavşak bağlantısı sebebiyle yapılan dolgu çalışmaları sonucu davacılara ait taşınmazın yol seviyesinden 5 metre aşağıda kaldığı, geri kalan kısmın da menfez kanalı niteliğine dönüştüğü, davacıların bu haliyle taşınmazdan hiçbir şekilde istifadelerinin mümkün olmadığı ileri sürülerek taşınmaz bedelinin yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açılmıştır. Söz konusu davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığı neticesinde Uyuşmazlık Mahkemesi, *“kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde ‘idari dava türleri’ arasında sayılan ‘idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davası’ kapsamında idari yargı yerlerince yapılacağı”* gerekçesiyle davada idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁸³⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi aynı yönde bir başka kararında ise, aslında faaliyetleri özel hukuk hükümlerine tabi kılınan

⁸³⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 05/10/2009, E. 2008/331, K. 2009/206, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁸³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04/05/2009, E. 2008/118, K. 2009/104, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 12/06/2000, E. 2000/15, K. 2000/21, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Uyuşmazlık Mahkemesi, 02/11/2009, E. 2008/368, K. 2009/248, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Uyuşmazlık Mahkemesi, 06/12/2009, E. 1999/38, K. 1999/40, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

TCDD işletmesinin, Mersin Limanında meydana gelen bir kazadan doğan zarara ilişkin sorumluluğunun idari sorumluluk olduğunu ve uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme gerekçe olarak zararın “hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki aksaklıklar”dan doğmasını göstermiş, yani kamu hizmeti ölçütünü kullanmıştır⁸³⁸.

Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi idarenin bir eyleminden değil, bir işleminden kaynaklanan zararın giderilmesine ilişkin davalarda görevli yargı düzenini belirlerken kamu gücü ölçütüne başvurmaktadır. Zira bu hususta zararın bir işleminden kaynaklandığı ileri sürülmekte ve uyuşmazlıkta görevli yargı yerini belirlemek için söz konusu işlemin idari işlem mi yoksa özel hukuk işlemi mi olduğunu tespit etmek gerekmektedir. İdari işlemi diğer işlemlerden ayıran en önemli unsur kamu gücünün kullanımı olduğundan bu tür uyuşmazlıklarda kamu gücü ölçütünün kullanılması yerindedir. Örnek bir karara konu olayda, idare kamulaştırmadan vazgeçmiş, ilgili ise uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Çıkan görev uyuşmazlığı sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi kamulaştırmadan vazgeçme işleminin, kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari nitelikteki bir işlem olduğu gerekçesiyle idari yargı yerlerinin görevli olduğuna hükmetmiştir⁸³⁹. Yine benzer yönde bir başka karara konu olayda idarenin 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca tesis ettiği işlem neticesinde bir taşınmaz imar planında park alanında kalmıştır. Taşınmaz malikinin uğradığı zararı tazmin etmek için açtığı davada çıkan görev uyuşmazlığı sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi imar planlarının idarece kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapıldığını belirterek davayı idari yargı yerlerinin çözmekle görevli olduğuna hükmetmiştir⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04/05/2009, E. 2008/439, K. 2009/121, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 17/11/2008, E. 2008/56, K. 2008/289, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Uyuşmazlık Mahkemesi, 29/09/1997, E. 1997/45, K. 1997/44, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁸³⁹ “Buna göre, çeşitli sektörlerin ihtiyaç duyduğu arsaların üretilmesi yolunda Yasa ile kurulan kamu hizmetini yürütmekle görevli bulunan Arsa Ofisinde, bu hizmeti yürüttüğü sırada kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari nitelikteki işlemleri nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların giderilmesi istemiyle Ofis aleyhine açılan davada, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, zararın doğumunda hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının İdare hukuku ilkelerine göre saptanması gerekeceğinden, 2577 sayılı Yasa’nın 2/1-b. maddesinde sayılan tam yargı davası kapsamında bulunan davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 16/05/2005, E. 2004/86, K. 2005/29, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

⁸⁴⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04/06/2013, E. 2013/929, K. 2013/1055, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 01/07/2013, E. 2013/1116, K. 2013/1258, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idare hukukunun uygulama alanına ilişkin kararları değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmıştır;

1. Genel olarak içtihadın yalnızca tek bir ölçütü dikkate almadığı, somut olayın özelliklerine göre hem kamu gücü ölçütü hem de kamu hizmeti ölçütünü kullanarak bir değerlendirme yaptığı söylenebilir.

2. İchtihat, idari işlemin tespitinde kamu gücü ölçütünü temel ölçüt olarak kullanmaktadır. Kamu hizmeti kavramını ise destekleyici ölçüt olarak değerlendirmektedir. Buna göre bir işlemin idari işlem olup olmadığı ve idari yargıda iptal davasına konu edilip edilemeyeceği kamu gücü kullanımına bakılarak belirlenmektedir. Bir işlemde kamu gücü kullanımı söz konusuysa o işlem idari işlem olarak nitelendirilmekte ve açılacak iptal davasında idari yargı yerleri görevli kılınmaktadır.

3. İdari sözleşmelerin tespitine ilişkin olarak ise ikili bir ayırım yapılabilir. Buna göre bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için öncelikle konusunun kamu hizmeti olup olmadığına bakılmaktadır. Sözleşmenin konusu kamu hizmeti değil, ticari faaliyet ise o sözleşme idari sözleşme değildir. Bununla birlikte sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması idari nitelikte olması sonucunu tek başına doğurmaz. Zira özel hukuk sözleşmelerinin de konusunun kamu hizmeti olma yolunun açılmasıyla birlikte, kamu hizmeti ölçütü bu konudaki yeterliliğini yitirmiştir. Dolayısıyla burada ayırıcı ölçüt olarak kamu gücü ölçütü devreye girmektedir⁸⁴¹. Bu noktada kamu gücü ölçütü önemini sözleşmeye ilişkin yapılan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda göstermektedir. Kamu gücü kullanımının söz konusu olduğu durumlarda bu işlemler idari işlem olarak nitelendirilecek ve doğan uyuşmazlıklarda idari yargı yerleri görevli olacaktır. Hatta öyle ki sözleşme özel hukuk sözleşmesi de olsa, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki tek yanlı işlemler (kamu gücü kullanımının söz konusu olduğu işlemler) idari işlem olarak nitelendirilmekte ve sözleşmeden ayrı olarak idari yargıda iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir⁸⁴². Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde,

⁸⁴¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Bilgen, P. (1970). *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre idari sözleşmelerin kriterleri*. İstanbul: Kutulmuş Matbaası.

⁸⁴² Detaylı bilgi için bkz. Sezginer, (2000), 137 vd. "...ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada tespit edilmesi

idarenin sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda da kamu gücü ölçütünün ön plana çıktığı görülmektedir. Zira kamu hizmeti ölçütü temel ölçüt olarak kabul edilirse, kamu hizmeti hem idari sözleşmelere hem de özel hukuk sözleşmelerine konu edilebileceğinden, bir ayırım yapmak mümkün olmayacaktır. Yine kamu hizmetinin bir özel hukuk sözleşmesi sonucunda özel kişi eliyle yürütülmesi durumlarında, idare hukukunun uygulama alanını belirlerken kamu hizmeti ölçütü dikkate alınırsa bir sonuca ulaşılamaz. Zira hem sözleşmeden kaynaklanan hem de sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemler kamu hizmetine ilişkindir.

4. İdarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda içtihadın ikili bir ayırım yaptığı görülmektedir. Bir idari işlemde kaynaklanan tam yargı davalarında kamu gücü ölçütüne başvurulmaktadır. İptal davalarında da bir idari işlemin söz konusu olup olmadığının tespitinde kamu gücü ölçütü kullanıldığından içtihadın tercihi anlaşılabilir. Zira bu noktada da uyuşmazlık idari işlemde kaynaklanmaktadır. İçtihat herhangi bir idari işlemin uygulanmasına ilişkin olmayan, salt idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında ise sorumluluğun “idari” nitelikte olup olmadığının tespitini yaparken kamu hizmeti ölçütünü kullanmaktadır. Buna göre zarar bir kamu hizmetinin kuruluş ya da işleyişindeki aksaklıklardan meydana gelmişse idari yargı görevlidir. Yeni kamu gücü anlayışındaki “kamu gücü yükümlülüğü” kavramının içtihatlarda henüz kullanılmadığı görülmektedir. Kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile de yaptırılabilir olduğundan “kamu hizmetinin kuruluş ya da işleyişindeki aksaklık” ölçütünün yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira örneğin endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri kural olarak özel hukuka tabidir. Bu hizmetleri yürüten kişilerin hizmetten yararlananlara ya da üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu da özel hukuka tabidir ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmelidir. Ancak verilen zarar kamu gücü kullanımı sonucunda meydana gelmiş ise bu zarardan dolayı ortaya çıkan sorumluluk “idari” niteliktedir, idare hukukuna tabidir ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür⁸⁴³. Bu noktada kamu hizmeti ölçütü kullanıldığında ortaya çıkan her

üzerine tesis edilen işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilafa yönelik olmayıp, kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen işlem olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesi kapsamında görüş ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 06/07/2009, E. 2008/238, K. 2009/176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁴³ Gözler, (2009), C.II, 288 vd.

türlü zarara ilişkin uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerekir. Nitekim kamu Örneğın özel kişinin özel hukuk sözleşmesine göre kamu hizmeti yürütürken ki herhangi bir tasarrufu “kamu hizmetinin kuruluş ya da işleyişindeki aksaklık” olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla bu şekilde idare hukuku-özel hukuk ayrımını yapmak güçleşmektedir. Bu sebeple özel hukuku aşan, özel hukuk ilişkilerinde görülmeyen yükümlölükler, yani kamu gücü yükümlölüklerinin varlığına da bir ölçüt olarak başvurulması idare hukukunun uygulama alanını belirlemek bakımından faydalı olacaktır.



SONUÇ

Tarihsel köklerinin Roma Kamu Hukukuna ait bir terim olan imperium yetkisine kadar dayandığı kabul edilen kamu gücü, içeriğindeki zenginlikten dolayı, birçok farklı disiplinde anılan bir kavramdır. Kavramın zenginliği ve geniş bir yelpazeye yayılması ona birçok farklı görünüm kazandırmakla birlikte, aynı zamanda muğlaklık da katmaktadır. Bu sebeple idare hukukundaki kamu gücü kavramını, idare hukukunun özellikleriyle birlikte ele almak gerekir. Böylelikle devlet teorisi içinde geniş ve siyasi niteliği haiz kamu gücü, sınırları çizilerek, dar ve teknik niteliği haiz bir çerçeveye oturtulabilir.

İdare hukukundaki kamu gücü fikri, idari rejim sistemine özgüdür. Bu sistemde idare kural olarak, sadece bir fonksiyonu ifa etmemekte, fonksiyonunu ifa ederken bulunması gereken gücü bizzat kendi elinde tutarak kullanabilmekte, başka bir organın onayına ihtiyaç duymamaktadır. Bu güce ise kamu gücü denilmektedir. Kamu gücü de, idari tasarruflar gerçekleştirilirken ortaya çıkan ayrıcalıklar şeklinde somutlaşmaktadır. Ayrıca idari rejimde, yargı idareyi denetleyebilmekte, ancak ona doğrudan müdahale edememektedir. Başka bir deyişle bu sistemdeki kuvvetler ayrılığı anlayışı neticesinde yargı, idarenin yerine geçerek karar alamamakta ve ona emir verememektedir.

Devlet teorisindeki devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının tümüyle sahip olduğu kudreti ifade eden “devletsel kamu gücü”, idare hukukuna yansıdığına, kural olarak idarenin elinde toplanmakta ve faaliyet araçlarında kendini gösteren bir idare kuvveti haline gelmektedir. İdare hukukunda kamu gücü, en genel anlamda, idarenin faaliyetlerini gerçekleştirebilmek için gösterdiği gayreti, bu yöndeki hareketi, eylemi ve başvurduğu kuvvetidir. Günümüzde artık kamu gücü sadece “kuvvet” ya da “zor kullanma” olarak görülmemektedir. Kuvvet kullanma ve kamu gücü birbirleriyle örtüşen kavramlar değildir. Kamu gücü çoğu zaman idarenin bir kamu hizmetini yürütmek üzere girdiği faaliyeti ve bu konudaki gayreti şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kamu gücü idareye ayrıcalıklar sunmasının yanında, onu birtakım yükümlülüklerle de tabi kılmaktadır. Bu yükümlülüklerin en başta geleni ise hukuka uygun davranma yükümlülüğüdür.

İdare hukukuna ilişkin hemen her konuda kamu gücü kavramına rastlamak mümkündür. Kamu gücü idarenin çoğu faaliyet ve tasarrufunda kendini gösterir. Bu durum idare hukukundaki her bir kamu gücü ayrıcalığının eksiksiz sayılmasını imkânsız kılmaktadır. En temel kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin başka bir makamın izni ya da rızasına ihtiyaç duymaksızın tek yanlı işlemler tesis edebilmesi, gerektiğinde bunları icra edebilmesi ve yaptığı işlemlerin aksi yargı kararıyla tespit edilene dek hukuka uygun addedilmesidir. Tek yanlılık ve icrailik özelliklerini içinde barındıran idari işleme, hukuka uygunluk karinesiyle birlikte bir meşruiyet zırhı giydirilmekte ve ortaya kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklar zinciri çıkmaktadır.

Öğretide yer alan bazı görüşlerin aksine, yargı düzeni olarak idarenin denetiminin adli yargıya değil de idari yargıya bırakılmasını ve idari sorumluluk rejimini kamu gücü ayrıcalıkları arasında saymak kanaatimizce mümkün değildir. Her ne kadar yargı organının idareye müdahale edememesi ve ona emir verememesi idari yargının varlığının bir kamu gücü ayrıcalığı olduğu görüşünü destekler nitelikte görülebilirse de, öğretideki tespitleri yapabilmek için tek başına yeterli değildir. Öncelikle idari mahkemeler, bir idari işlemi iptal ettiğinde, idare söz konusu iptal kararını uygulamak zorundadır. Hukuka uygun davranmak bakımından idare ile özel kişiler arasında eşitlik söz konusudur; idare özel kişilerden üstün ya da ayrıcalıklı değildir. Kamu gücü, idari rejim sisteminin temel kavramıysa da, bu durum idarenin faaliyetlerine ilişkindir. Kamu gücünün idareye sunduğu ayrıcalıklar, idarenin faaliyetlerini gerçekleştirirken kamu yararını kişisel yarara üstün kılabilmesine olanak sağlamaya yöneliktir. İdarenin tasarrufları yargı önüne götürüldüğünde artık “ayrıcalık ve üstünlük” idarede değil, hukuktaadır. Hukuk devletinde bir yargı düzeninin varlığının, yargılamanın taraflarından biri için ayrıcalık teşkil etmesi düşünülemez. Aksi halde o yargı düzeninin varlığı bile hukuk devleti için bir tehdit teşkil eder. Oysa günümüzde idari yargı, kamu gücü karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak konusunda uzmanlaşmış, idarenin sorumluluğu hususunda da geniş bir sorumluluk rejimi inşa etmiştir. Örneğin kusursuz sorumluluk rejimi neredeyse kusur sorumluluğu kadar uygulama alanı bulmaktadır. Tüm bu hususlar neticesinde, kanaatimizce idari yargının varlığı ve idari sorumluluk rejimi bugün için artık bir kamu gücü ayrıcalığı olarak değerlendirilmemelidir. Hatta idari sorumluluk rejimi, kamu gücü yükümlülüğünün bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Kamu gücünün varlık sebebi; kamu hizmeti ve kamu yararı düşüncesidir. İdare, kamu hizmeti ve kamu yararını gerçekleştirirken hukuk tarafından çizilen sınırları aşamaz. Dolayısıyla artık kamu gücünün sınırlılığı ve sorumluluğu söz konusudur. Öte yandan kamu gücünün klasik görünümü olan “buyurma” ve “tek yanlılık” nitelikleri yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Bazı idari usul ilkeleriyle bireylerin idari işlemin yapılış sürecine katılımlarının sağlanmaya çalışılması ve bireyin dinlenilme hakkı buna örnektir. “İlgilinin rızasına ihtiyaç duymadan işlem tesis edebilme yeteneği” idare için bir kamu gücü ayrıcalığı olarak varlığını korumaktadır. Ancak idare bireyin rızasına ihtiyaç duymasa da, bireyi dinleyerek ve rızasına önem verdiğini göstererek, sahip olduğu hukuki ve fiili üstünlüğün toplum nezdindeki meşruluğunu artıracak ve kamu gücü “salt güç” olmaktan çıkarak olması gereken anlamını bulacaktır. Bu sayede kamu hizmetinden yararlananların, kamu gücünün o hizmetten yararlanmaları için var olduğu düşüncesinden hareketle kamu gücüne rıza göstermeleri daha muhtemeldir. Bu durum da kamu gücünü, kamu yararını gerçekleştirmesi bakımından daha güçlü kılacaktır.

Kamu gücü kavramı, idare hukukunun diğer temel kavramları olan kamu hizmeti ve kamu yararıyla yakından ilişkilidir. Öncelikle bu iki kavram, kamu gücü varlığının gerekçesini oluşturmaktadır. Bu yöndeki anlayışla birlikte bireyler, idarenin ayrıcalıkları karşısında boyun eğerek “idare edilen” olmaktan kurtulup, bu ayrıcalıklar sayesinde “kamu hizmetinden yararlananlar” haline gelmiştir.

İdare kamu gücünü kamu yararını sağlamak üzere kullandığından, kural olarak ayrıcalıklarından vazgeçemez. Başka bir deyişle, idare, kamu yararını sağlamak için kullanması gerektiğinde kamu gücü ayrıcalıklarına başvurmak zorundadır. Zira kamu gücü ayrıcalıkları idarenin ya da kamu görevlilerin kişiliğine tanınmış lütuf ya da haklar olmadığından, üstünlük herhangi bir kişilikte ya da makamda değil, kamu yararındadır.

Kamu gücü-kamu hizmeti ilişkisinin bir sonucu olarak, bir kavramdaki değişim, diğerini de etkilemektedir. Son yıllarda idarenin kamu hizmetlerini özel kişiler eliyle görme eğilimi göze çarpmaktadır. Bu durum da kamu gücü ayrıcalıklarında bir dönüşüm ve değişime yol açmaktadır. İdarenin özel kişiler vasıtasıyla gördürdüğü kamu hizmetlerinde, hizmetten yararlananlarla bizzat girdiği

hukuki ilişkilerde başvurduğu ayrıcalıklar, idarenin söz konusu kamu hizmetindeki “denetim” ve “gözetim” ayrıcalıklarına dönüşmektedir. Ayrıca aslında idareye özgü olan birtakım kamu gücü ayrıcalıklarının özel kişiler tarafından kullanılması da söz konusu olmaktadır. Kamu gücü ayrıcalıkları ancak kamu yararı amacıyla kullanılabilir. Özel kişilerin kişisel çıkarlarıyla hareket ettiği gerçeği göz önüne alındığında, idarenin kamu gücü kullanan özel kişilerin faaliyetlerini titizlikle denetlemesi gerekir. Aksi halde kamu gücünün kişisel çıkarlara hizmet etme tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Kamu gücünün kavramsal boyutu, idare hukukundaki yeri ve diğer kavramlarla ilişkisi bir arada değerlendirildiğinde, idare hukukunun uygulama alanını belirlemek bakımından temel ölçüt olarak dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Kanaatimizce idari işleme ve idari sözleşmeye “idari” niteliğini veren kamu gücünün varlığıdır. İdare hukukunu özel hukuktan ayırarak özgün kılan yön, özel hukuk ilişkilerinde var olmayan araçları ortaya çıkaran kamu gücüdür. Özel kişiler ve özel hukuk kuralları kamu hizmetinde gittikçe daha fazla yer edinmektedir. Bu durum da kamu hizmetine uygulanacak hukuki rejimi fazlasıyla etkilemektedir. Özel hukukla bu denli iç içe olan kamu hizmetini, idare hukukunu özel hukuktan ayırmakta temel ölçüt olarak kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca idare hukukunun araçları olan kamu gücü ayrıcalıklarını tespit etmek, hem idarenin amacını hem de bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını tespit etmekten daha kolay ve elverişlidir. İdari yargıda yargılama konusu olacak ve kendisine idare hukuku uygulanacak olan, idari işlem ya da eylemler ve idari sözleşmelerdir. İdari işlem ve eylemleri diğer işlem ve eylemlerden, idari sözleşmeleri de özel hukuk sözleşmelerinden ayıran unsur kamu gücünün varlığıdır. Örneğin idari işlemin icrailiği ve tek yanlılığı, idari sözleşmelerde idarenin tek yanlı değişiklikler yapabilmesi, kamu gücünün idari işlem ve idari sözleşmelerdeki görünümüdür. Sonuç olarak, idare hukukunun uygulama alanı ve dolayısıyla idari yargının görev alanı belirlenirken, kamu gücü ölçütü temel ölçüt olarak, kamu hizmeti ölçütü ise onu destekleyecek ölçüt olarak dikkate alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Abadan, Y. (1965). Amme hukukunun konusu ve öğretim metodu. *AÜSBFD*, 20 (2), 399-417.
- Akıllıoğlu, T. (1981). Bireyin yönetsel işlemler karşısında korunması ve yönetim hukukumuz. *AİD*, 14 (3), 37-56.
- Akıllıoğlu, T. (1983). *Yönetim önünde savunma hakları*. Ankara: TODAİE.
- Akıllıoğlu, T. (1988). Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler. *İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı*, Y.9, (1-3), 11-22.
- Akyılmaz, B. (2000). *İdari usul ilkeleri ışığında idari işlemin yapılış usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akyılmaz, B. (2003). İyi yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası. *GÜHFD*, 7 (1-2), 148-162.
- Akyılmaz, B., Evren, C.C., Üstün Türkoğlu, K., İsbir, B., Karagöz Cin, E., Albal, H., Çıtak, H.A., (2015). İnsan Zararları Mahkemelerinin kuruluş ve görevlerine dair kanun teklifine eleştirel bakış. *GÜHFD*, 19 (2), 167-198.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2014). *Türk idare hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Alder, J. (2011). *Constitutional law and administrative law*. (8. Edition). Palgrave Macmillan.
- Amselek, P. (1968). Le service public et la puissance publique, réflexions autour d'une étude récente. *AJDA*, 492-512.
- Aslan, Z., (1997-1998). İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde bireylerin geçici olarak yargısal korunması. *Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan*, 17 (1-2), 55-62.
- Atay, E. E. (2007). İdare hukukuna ilişkin temel tespitler ve bu hukuk dalının belli başlı özellikleri. *GÜHFD*, 11 (1-2), 503-527.
- Atay, E. E. (2013). *Hukuk başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Atay, E. E., Odabaşı, H., (2010). *Teori ve yargı kararları ışığında idarenin sorumluluğu ve tazminat davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Atay, E.E. (2014). *İdare hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Atay, E.E., (1998). Fransa'da adli yargı idari yargı ayrımı. *Kamu Hukuku Arşivi*. Y.1, 101-146.
- Atay, E. E. (2008). Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yürütme yargı ayrılığı ve idari yargı denetiminin niteliği. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 123-148.

- Avacı, A., (2014). İngiliz hukukunda mandamus (mandatory order) ilkesi. *HHFD*, 4 (2), 165-180.
- Avacı, M. (2005). Klasik egemenlik kuramı ile günümüzdeki kamu hizmeti anlayışının çatışması. *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8, 69-85.
- Avacı, M. (2014). İdarenin kamu hizmeti faaliyetlerinde daralma ve dönüşüm: özelleştirme ve regülasyon. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. (16), Ocak, 105-139.
- Ayanoğlu, T. (2004). *Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre idari eylemin tanımlanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Balta, H. T. (1970/72). *İdare hukuku, genel konular*. Ankara.
- Balta, T. B. (1967). Türkiye'de idare hukuku ve idare bilimi (çev.T. Tan). *AÜSBFD*, 22 (4), 261-266.
- Barnett, H. (2013). *Constitutional and administrative law*. (10. Edition). Routledge.
- Berkarda, K. (2000). Amerika'da idare hukuku var mı?. *İHİD*, 13 (1), 87-107.
- Bilge, N. (2012). *Hukuk başlangıcı*. (30. baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bilgen, P. (1970). *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre idari sözleşmelerin kriterleri*. İstanbul: Kutulmuş Matbaası.
- Bilgen, P. (1993). III. Oturum-Tartışmalar. II. *Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, 215.
- Bodin, J. (1993). *Les six livres de la république*. Edition et Présentation de Gérard Mairet, Paris.
- Canturk, C., (2007). *Pers istilasına kadar ilk çağ Anadolu uygarlıklarında devlet ve yönetim*. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Doktora Tezi, Bursa.
- Chapus, R. (1968). Le service public et la puissance publique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 84 (1-3), 235-282.
- Chapus, R. (2001). *Droit administratif général*. (15. Edition). Paris: Montchrestien.
- Chevallier, J. (1979). Les fondements idéologiques du droit administratif français. *Variations Autour de l'Idéologie de l'Intérêt Général*, 2, 3-57.
- Chevallier J., (1988). Le droit administratif, droit de privilège?. *Pouvoirs: Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, (46), 57-70.
- Chevallier, J. (2010). *L'Etat de droit*. (5. Edition). Paris: Montchrestien.
- Chrétien, P., Chiffot, N. (2012). *Droit administratif*. (13. Edition). Paris: Sirey.
- Çakmak, M. (2011). İdare hukukunun anlamı ve önemi. *İÜHFM*, 69 (1-2), 707-717.

- Çakmak, N.M. (2013). *İdare hukukunda kuramsal olarak kamu yararı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çelebican-Karadeniz, Ö. (1997). *Roma hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Debbasch, C., Colin, F. (2014). *Droit administratif*. (11. Edition). Paris: Economica.
- Demirkol, S. (2001). İdare hukukunda idari rejim olgusu unsurları ve hukuk devleti ilkesiyle ilişkisi. *Türk İdare Dergisi*, 431, 75-84.
- Denizeau, C. (2004). *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*. Paris: LGDJ.
- De Gastines, L. (1991). *Les présomptions en droit administratif*. Paris: LGDJ.
- Duguit, L. (1954). *Kamu hukuku dersleri* (çev. S. Derbil). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dupuis, G. (1962). *Les privilèges de l'administration*. Thèse de Doctorat dactylographiée. C.I, Université de Paris.
- Dupuis, G., Guédon, M. J., Chrétien, P. (2010). *Droit administratif*. (12. Edition). Paris: Sirey.
- Duran, L. (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Dursun, H. (2007). İdari işlemlerin idare tarafından re'sen icrası. *TBB Dergisi*. (72), 247-276.
- Edward, D., (1991). Administrative law in Scotland: the public law/private law distinction revisited. *In Constitutional Adjudication in European Community and National Law (Essays for Mr. Justice T.F. O'Higgins)* Butterworths, 283-294.
- Eker, S. (2009). Divanü Lugati't-Türk ve İran dillerinden kopyalar üzerine. *I. International Journal of Central Asian Studies*, 13, 233-283.
- Ekinci, E.B., (2001). Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri. *Ankara Barosu Dergisi*, 58 (1), 59-72.
- Erkut, C. (2004). *Kamu kudreti ayrıcalıkları ve tutuk adalet anlayışı*. İstanbul: Yenilik Basımevi.
- Eroğlu, H. (1963). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Kardeşler Matbaası.
- Evren, Ç. C. (2016). *Kamu-özel işbirlikleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Faye, A. (2011). La définition du droit administratif: à la recherche du critère perdu. *Le Petit Juriste*, 17, İnternet: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/06/A%20la%20recherche%20du%20crit%25C3%25A8re%20perdu.pdf> 13 Mayıs 2016'da alınmıştır.
- Foillard, P. (2014). *Droit administratif*. (3. Edition). Bruxelles: Collection Paradigme.

- Frier, P. L., Petit, J. (2015). *Droit administratif*. (10. Edition), LGDJ.
- Garner, J.W., (1957). İdare hukuku hakkında Anglo-Amerikan görüşü (çev. C. Aygen). *AÜSBFD*. 12 (1), 92-124.
- Genç, K. (1980). Kamu gücünün kullanılması. *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*.
- Giritli, İ., Bilgen P., Akgüner, T., Berk, K., (2013). *İdare hukuku*. (6. Baskı). İstanbul: Der Yayınevi.
- Gondouin, G., Inseguet-Brisset, V., Van Lang, A., (2015). *Dictionnaire de droit administratif*. (7. Edition). France: Sirey.
- Gözler, K. (2009). *İdare hukuku*. (2. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, Ş., Tan, T. (2013). *İdare hukuku*. (9. Baskı) Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gülan, A. (1988). Kamu hizmeti kavramı. *İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı*, Y.9, (1-3), 147-159.
- Günday, M. (1997). İdari yargının görev alanının Anayasal dayanakları. *Anayasa Yargısı*, 14, 347-363.
- Günday, M. (2013). *İdare hukuku*. (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi.
- Güran, S. (2008). İdari yargı denetiminin kapsamı ve sınırları. *2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, 57-61.
- Güriz, A. (2006). *Hukuk başlangıcı*. (11. baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Haldun, İ. (1977). Mukaddime. (çev. Dursun T.). Ankara: Onur Yayınları.
- Huntington, S.P., (1966). Political modernization: America vs. Europe. *World Politics*, 18 (3), 378-414.
- Jarrosson, C. (1991). Réflexions sur l'imperium. In *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 245-279.
- Kada, N., Mathieu, M. (2014). Puissance publique. in *Dictionnaire d'Administration Publique*. Sous la direction de Kada, N., Mathieu, M, Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble.
- Kapani, M. (2005). *Politika bilimine giriş*. (17. Baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi.
- Karahanoğulları, O. (2002). *Kamu hizmeti; kavram ve hukuksal rejim*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de idari yargı tarihi*. İnternet: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf>. 21 Mayıs 2015'te alınmıştır.
- Karahanoğulları, O. (2012). *İdarenin hukukla kavranması: yasallık ve idari işlemler (yargı kararlarına dayalı bir inceleme)*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Yayınevi.

- Karahanoğulları, O. (çev). (2007). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iyi idare konusunda üye devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı. *Danıştay Dergisi*, (116). İnternet: http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyii_dare.htm 30 Haziran 2016'da alınmıştır.
- Karahanoğulları, O. (Tarih belirtilmemiş). *Bazı idare hukuku kavramlarına sözlük tanımları*. İnternet: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf> 12 Şubat 2016'da alınmıştır.
- Karaman, E. (2013). *Türk idari yargısının görev alanının anayasal dayanağı*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.
- Kaya, C. (2011). *Kararlarından hareketle kamu yararı kavramına Danıştay'ın bakışı*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.
- Kaya, Y.K., (26/08/1990). Çağ atlama yolunda deve dikenleri 1, Devletin görünen yüzü: Bürokrasi. *Milliyet Gazetesi*.
- Kılıçoğlu, A. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (17. Baskı). Ankara: Turhan Yayınevi.
- Kutlu, M. (2001). *Kuvvetler ayrılığı temelleri-gelişimi hukuk devletinin kökenleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Künnecke, M. (2006). *Tradition and change in administrative law, an Anglo-German Comparison*. Springer.
- Le Yoncourt, T. (2012). Le critère de la puissance publique dans la formation du contentieux administratif français. *La Puissance Publique, Travaux de l'AFDA-5*, Paris: LexisNexis.
- Maidowski, U. (2013). Yargı ayrılığının düşündürdükleri. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 21-27.
- Mazères, J.A. (2006). Qu'est-ce que la puissance publique?. In *La Puissance Publique à l'Heure Européenne*. Sous la direction de Philippe Raimbault, Paris: Dalloz.
- Menemencioğlu, E. (1959). Amme kudreti ve şahsiyet nazariyesi. *Türk Hukuk Kurumu Yayınları*, Ankara.
- Merryman, J.H. (1968). The public law-private law distinction in European and American Law. *Journal of Public Law*, 17, 3-19.
- Mestre, A. (1974). *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration: études sur le recours pour excès de pouvoir*. Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Oberdorff, H. (2010). *Institutions administratives*. (6. Edition). Paris: Sirey.
- Oder, B. E. (2015). Anayasal düzende idari yargı sistemi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 91-100.

- Okandan, R.G. (1966). *Umumi amme hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Onar, S.S. (1966). *İdare hukukunun umumi esasları*. (3. Baskı), İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Örücü, E. (1993). Büyük Britanya'da idarenin yargısal denetimi. *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara.
- Örücü, E., (1991). Kamu hukuku-özel hukuk: Kavram ve ölçüt tartışması. *İHİD*, 1-3, 303-316.
- Özay, İ. (2004). *Günüşiğinde yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özkan, M.Ş. (1935). *İdare hukuku ders notları*. Ankara: Köy Hocası Matbaası.
- Özkul, A. (1970). *Uyuşmazlık Mahkemesi kararları açısından idari yargının görev alanı*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Özyörük, M. (08/12/1979). Devlet hukukumuzdaki buhran. *Tercüman Gazetesi*.
- Özyörük, M. (09/12/1979). İdari rejim nereye gidiyor?. *Tercüman Gazetesi*.
- Özyörük, M. (13/12/1979). Zayıflatılmış yürütme, üstelik frenlenirse... *Tercüman Gazetesi*.
- Özyörük, M. (15/12/1979). Murakebe mi? Müdahale mi?. *Tercüman Gazetesi*.
- Özyörük, M. (1959). *Hukuka giriş*. Ankara: Ege Matbaası.
- Özyörük, M. (1972-1973). *İdare Hukuku Dersleri (Çoğaltma)*. Ankara.
- Picard, E. (1999). Impuissance publique en droit. *AJDA* 20 juillet 1999 in. *Special Puissance Publique ou impuissance publique ?*.
- Pound, R. (1939). Public law and private law. *Cornell Law Review*, 24 (4), 469-482.
- Rivero, J., Waline, J. (2006). *Précis de droit administratif*. (21. Edition). Paris: Dalloz.
- Rouault, M.C. (2006). *Droit administratif*. Gualino Editeur.
- Rousseau, J. J. (2012). *Toplum sözleşmesi*. (çev. V. Günyol) İstanbul: Adam Yayınları.
- Rousset, M. (1960). *L'idée de la puissance publique en droit administratif*. Paris.
- Samuel, G. (1983). Public and private law: a private lawyer's response. *Modern Law Review*, 46 (5), 558-583.
- Sancaktar, O. (2006). Özelleştirmenin kamu hukuku-özel hukuk ayırımına etkileri ve bu bağlamda güncel özelleştirme tartışmalarındaki başlıca görüşler. *DEÜHFD*, 6 (1), 241-270.

- Sarısoy, S. (2010). Düzenleyici devlet ve regülasyon uygulamalarının etkinliği üzerine tartışmalar. *Maliye Dergisi*. (159), 278-298.
- Schacht, J. (1986). *İslam hukukuna giriş*. (çev. Dağ M., Şener, A.). Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.
- Schmitt, C. (2002). *Siyasi ilahiyat- egemenlik kuramı üzerine dört bölüm*. (çev. E. Zeybekoğlu). Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- Serrand, P. (2015). *Droit administratif, les actions administrative*. Paris: Puf.
- Sezginer, M. (2000). *İptal davasının uygulama alanı bakımından ayrılabilir işlem kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Sezginer, M. (2010). *Günümüz demokrasilerinde kuvvetler ilişkisi ve 1982 Anayasası'nda sorunlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sunay, R. (2007). *Tartışılan egemenlik*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şenlen, S. (1994). Türkiye'de idari yargının doğuşu ve tarihi gelişimi. *AÜSBFD*, 49 (3), 401-413.
- Tan, T. (1976). *Planlamanın hukuki düzeni*. Ankara: TODAİE.
- Tan, T. (1991). Kamu hizmeti, kriz ve yeniden tanımlama. *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı)*, Ankara, 229-235.
- Tan, T. (1993). İdarenin özel hukuk alanındaki işlemleri. *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, 1994 vd.
- Tan, T., Akıllıoğlu, T. (1978). 1961 Anayasası ve Türkiye'de yönetim hukukunun uygulama alanı sorunu. *AİD*, 11 (2), 53 vd.
- Tekinsoy, A. (2013). *İdari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Troper, M. (2005). Sınırlı iktidar, hukuk devleti ve demokrasi. 04-05-06 Ocak 2005 tarihli *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Editör: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 78, 12-24.
- Truchet, D. (2015). *Droit administratif*. (6. Edition). Paris: Thémis Droit.
- Ulusoy, A. (2004). Anayasa Mahkemesi'nin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yollarına yaklaşımı hakkında bir değerlendirme. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Ulusoy, A. (1998). Kamu hizmeti anlayışında yeni yönelimler: Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti teorilerine etkileri. *AİD*, TODAİE Yayınları, 31 (2), 21 vd.
- Ulusoy, A. (2004). *Kamu hizmeti incelemeleri*. Ankara: Ülke Kitapları.

- Ulusoy, A. (2005). İdari yargının demokratik sistem içindeki konumu. 04-05-06 Ocak 2005 tarihli *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Editör: Ozan Ergül), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 78, 352-365.
- Uyanık, H. (2011). İdare hukukunun eksen kayması: idarenin üstünlüğünün gerekçelendirilmesi sorunu. *İÜHFM*, 69 (1-2), 1149-1162.
- Vedel, G., Delvolvé, P. (1992). *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Vigouroux, C. (2013). Fransız Danıştay'ı ve yargı içindeki önemi. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 9-13.
- Vlachos, G. (1993). *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Ellipses.
- Waline, J. (2014). *Droit administratif*. (25. Edition). Paris, Dalloz.
- Yasin, M. (2015). *İdari yargılama usulünde ispat*. İstanbul, 12 Levha Yayınları.
- Yaşar, H. N. (2014). *İdare hukuku*. İstanbul, Der Kitabevi.
- Yaşar, H.N., (2013). *İdari yargı kararlarının etkinleştirilmesi arayışında idari yargı idari yargıç ve yargısal emir*. İstanbul, 12 Levha Yayıncılık.
- Yayla, Y. (1968). Uyuşmazlık Mahkemesi ve geleceği üzerine. *İÜHFM*, 34 (1-4), 201-209.
- Yayla, Y. (1986). Sosyal devletten iktisadi devlete (veya kamu hizmetinin sonu). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul.
- Yelbaşı, C. (2014). *Ansiklopedik hukuk sözlüğü*. İstanbul.
- Yet, O. (2008). Erkler ayrımı Türkiye uygulaması ve yargının konumu. *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 9-20.
- Yılmaz, D. (2013). İdare hukuku ve özel hukuk arasında yarışma mı uzlaşma mı?. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2), 163-197.
- Yılmaz, D., (2014). *İdari işlemin icrailik özelliği*. Ankara: Astana Yayınları.
- Yüksel, M. (2008). Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı ve günümüzdeki değeri. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 41-42, 49-74.
- Zabunoğlu, Y. K. (1963). *Devlet kudretinin sınırlandırılması*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
- Zabunoğlu, Y. K. (1973). *Kamu hukukuna giriş*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : UÇAR, İsmail
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 04.01.1989/Balıkesir
Telefon : 05542229418
e-mail : ismailucar305@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	Devam Ediyor
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2011

Yabancı Dil

İngilizce, Fransızca



GAZİ GELECEKTİR..

