



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

İDARE HUKUKUNUN İÇTİHADÎ KARAKTERİ

Halim Alperen ÇITAK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Kasım 2019



İDARE HUKUKUNUN İÇTİHADÎ KARAKTERİ

Halim Alperen ÇITAK

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

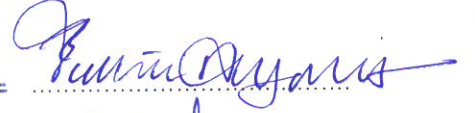
Kasım 2019

Halim Alperen ÇITAK tarafından hazırlanan “İdare Hukukunun İctihadi Karakteri” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Kamu Hukuku Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman (Başkan): Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Kamu Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

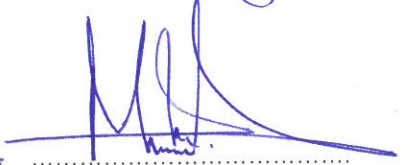
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye: Prof. Dr. Murat SEZGİNER

Kamu Hukuku, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi

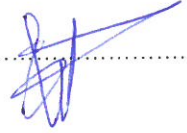
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Kamu Hukuku, Başkent Üniversitesi

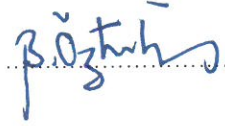
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Doç. Dr. Burak ÖZTÜRK

Kamu Hukuku, Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Doç. Dr. Münici ÇAKMAK

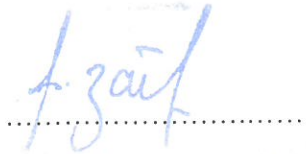
Kamu Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Tez Savunma Tarihi: 14/11/2019

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



Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 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.

Halim Alperen ÇITAK

14.11.2019



İdare Hukukunun İctihadî Karakteri

(Doktora Tezi)

Halim Alperen ÇITAK

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Kasım 2019

ÖZET

Yargısal içtihat, tikel-somut uyumsuzluk ile tümel-soyut kuralın tetâbuk etmediği yahut böyle bir kuralın hiç bulunmadığı hâllerde ortaya çıkan ve salt dedüksiyonun ötesinde, yargıca özgü zihinsel çabanın ürünü olan yargı kararıdır. Belli bir hukuk alanında yargısal içtihatların kurucu, kanunların (yazılı kuralların) ise tamamlayıcı konumda bulunması durumuna içtihadilik denir. İctihadiliğe emsâl karar doktrininin (*stare decisis*) eklenmesi hâlinde, Anglo-Sakson sisteminde görülen içtihat hukuku ortaya çıkar. Kıta Avrupası koşullarında gelişen Fransız ve Türk idare hukuku, içtihadî olmakla beraber, içtihat hukuku değildir. İdarî yargıç, hüküm verirken kullandığı öncüllerin muhtevasını (hukukun genel ilkelerini, idarenin sorumluluğuna ilişkin kuralları ve maddî vakıaların tavsifini mümkün kılan kavram setini) bizzat, içtihat yoluyla var etmiştir. İdarî yargıci içtihat üretmeye sevk eden sebepler; yargı ayrılığının meşrulaştırılması (*idarî* olanın belirlenmesi) sorunu, *Code civil*'in (Medenî Kanun – Borçlar Kanunu) ekarte edilmesi, *idarî* kanunların yetersizliği / değişkenliği ve idarenin denetimi olgusunun siyasîliğidir. Hukukun varlık gayesi, statik değerler (güvenlik, düzen, öngörülebilirlik) ile dinamik değerler (hakkaniyet, değişim, özgünlük) arasındaki dengeyi sağlamaktır. İctihadilik bir yandan idare hukukuna esneklik, süreklilik ve intibak kabiliyeti kazandırırken, öte yandan hukukî güvenlik ve belirliliği tehdit eden ciddi sakıncalar doğurmaktadır. Fransa'da Conseil d'État ve doktrin, söz konusu mahzurların giderilmesi için muhtelif çözüm önerileri üzerine kafa yormaktadır. Türk idare hukuku camiası da içtihadiliği *kendinde iyi* bir özellik gibi görmekten vaz geçip, *nötr* bir vakıa olarak yeniden ele almalı ve değerler dengesini koruma yolunda, benzer bir arayış içerisine girmelidir.

Bilim Kodu : 50701

Anahtar Kelimeler : İdare hukuku, içtihat, içtihat hukuku, emsal karar

Sayfa Adedi : 199

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Jurisprudential Character of Administrative Law
(Ph. D. Thesis)

Halim Alperen ÇITAK

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
November 2019

ABSTRACT

Being product of an intellectual effort proper to judge and going beyond pure deduction, judicial precedent (*un arrêt faisant jurisprudence*) is a court decision which occurs when the general-universal rule does not cover the specific-particular dispute or when such a rule does not exist at all. Contrary to Common Law countries, judicial precedents do not have binding effect in Civil Law. Even so, basic concepts, principles, and rules of French-Turkish administrative law are created mostly by non-binding precedents rather than statutes, as an anomaly within Continental Legal System. I use the word *jurisprudence* in order to name the case where precedents (binding or non-binding) have fundamental place and statutes (written rules) are just supplementary. That is to say, both Common Law and French-Turkish administrative law are *jurisprudential*, even if the doctrine of precedent (*stare decisis*) is not embraced by the latter. The content of premises used while deciding in an administrative case (*principes généraux du droit*, rules of administrative liability and the set of concepts enabling qualification of facts) was invented by administrative judge through precedents. Duality of jurisdictions (the problem of identifying what is *administratif*), exclusion of *Code civil*, insufficiency / instability of administrative statutes and the political role played in the control of administration impel the judge to make precedent (*faire jurisprudence*). Creating a balance between static values (security, order, predictability) and dynamic values (equity, change, individuality) is the *raison d'être* of law. *Jurisprudence* gives administrative law flexibility, continuity, and adaptability, while on the other hand it poses serious drawbacks that threaten legal security and certainty. In France, *Conseil d'État* and doctrine are contemplating various solutions to address these drawbacks. The Turkish administrative law community should give up perceiving *jurisprudence* as a good-in-itself, reconsider it as a neutral fact and pursue a similar quest to maintain the balance of values.

Science Code : 50701
Key Words : Administrative law, jurisprudence, case law, precedent
Page Number : 199
Supervisor : Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

TEŞEKKÜR

Aşağıda okuyacağınız satırlar, danışmanım Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz'ın teşvik ve rehberliği sayesinde kaleme alınabildi. Saygıdeğer hocama ziyadesiyle müteşekkir olduğumu belirtmek isterim. Yıllarımı alan bu zorlu maceranın her aşamasında yanımda bulunan, görüş ve tenkitleriyle beni aydınlatan sevgili eşim, hayat arkadaşım Betül'e ve bugünlere ulaşmama vesile olan aileme minnettarım. Başta jüri üyeleri Prof. Dr. Ali Akyıldız, Prof. Dr. Murat Sezginer, Doç. Dr. Münici Çakmak ve Doç. Dr. Burak Öztürk olmak üzere; tezimi okuyarak kıymetli değerlendirmelerini paylaşan Dr. Öğr. Üyesi Artuk Ardıçoğlu hocama, arkadaşlarım Dr. Murat Erdoğan, Arş. Gör. Özgür Güvenç, Arş. Gör. Hikmet Tokgöz, Arş. Gör. Erdem Umudum ve Av. Osman Ertürk Özel'e şükranlarımı sunuyorum. Fransa'daki araştırmalarımda desteklerini esirgemeyen Prof. Dr. Stéphane Mouton, Prof. Dr. Grégory Kalflèche, Prof. Dr. Mathieu Touzeil-Divina ve Institut Maurice Hauriou'nun diğer mensuplarına, kürsümdeki hocalarıma, asistan arkadaşlarıma ve yurtiçi bursiyeri olduğum Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırmalar Kurumu'na teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

YARGISAL İÇTİHAT VE İÇTİHADİLİK

I. YARGISAL İÇTİHAT KAVRAMI.....	3
II. DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE İÇTİHAT	7
A. İSLÂM HUKUKU.....	7
B. ANGLO-SAKSON HUKUKU	10
III. YARGISAL İÇTİHADIN DOĞUŞU	18
A. SEMANTİK BELİRSİZLİK VE YORUM.....	18
B. DÜZENLENMEMİŞ DURUM VE NORM YARATMA.....	23
IV. GÖKLE YER ARASINDA İÇTİHAT	31
V. İÇTİHADİLİK KAVRAMI	38

İKİNCİ BÖLÜM:

İDARE HUKUKUNUN YARGIÇ YAPISI İÇERİĞİ

I. HANGİ İDARE HUKUKU?.....	43
II. İDARÎ YARGICI İÇTİHAT ÜRETMEYE İTEN SEBEPLER	45
A. YARGI AYRILIĞININ MEŞRULAŞTIRILMASI SORUNU	46
B. <i>CODE CIVIL</i> 'İN SAF DIŞI EDİLMESİ.....	65
C. İDARÎ KANUNLARIN YETERSİZLİK VE DEĞİŞKENLİĞİ.....	70
D. <i>İDARENİN DENETİMİ</i> OLGUSUNUN SİYASÎLİĞİ	74
III. YARGISAL İÇTİHATLARIN KURUCU ROLÜNE ÖRNEKLER	78
A. HUKUKUN GENEL İLKELERİ	79
B. İDARENİN SORUMLULUĞU	94
C. TEMEL KAVRAMLARIN TEŞEKKÜLÜ	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

İDARE HUKUKU VE İÇTİHADİLİK: SORU(N)LAR, GÖZLEMLER

I. İÇTİHADÎ KURALLARIN TESPİTİ	111
II. İÇTİHADÎ KURALLARIN HUKUKÎ DEĞERİ	113

III. İÇTİHADÎLİĞİN BİLANÇOSU	123
A. AVANTAJLAR	124
B. DEZAVANTAJLAR	128
IV. İÇTİHADÎLİK VE KODİFİKASYON.....	150
V. TÜRK İDARE HUKUKU İÇTİHADÎ (DEĞİL) MİDİR?	155
SONUÇ.....	161
KAYNAKÇA.....	165
ÖZGEÇMİŞ.....	197



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AJDA	Actualité juridique droit administratif
bkz.	bakınız
DC	Déclaration de conformité
E.	Esas
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GAJA	Grandes arrêts de la jurisprudence administrative
K.	Karar
L	Loi (Déclassement) - Partie législative
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.	madde
n°	numéro
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R	Partie réglementaire
RFDA	Revue française de droit administratif
s.	sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	ve benzeri
YD	Yürütmenin durdurulması

GİRİŞ

Genel eserlerin neredeyse tamamı, idare hukukunda yargısal içtihatların diğer hukuk dallarına nazaran ayrı ve önemli bir yer tuttuğundan bahseder. İdare hukukunun alametifarikası olarak sunulan bu durum, muhtelif akademik tartışmalarda -çoğu zaman tarafların savlarını destekleyici bir argüman suretine bürünerek- kendine birkaç satırlık yer bulur. Aslında “*idare hukuku içtihadidir*”, “*idare hukuku içtihat hukukudur*” yahut “*idare hukuku yargısal içtihatlarla dayanır*” gibi cümlelerle ifade edilmek istenen söz konusu vakıa; anlamı, sebepleri, avantajları ve dezavantajlarıyla müstakilen incelenip, gerçekten (ve belki yeniden) anlaşılmaya muhtaçtır. Elinizdeki çalışma, işbu ihtiyaçtan hareketle, idare hukuku alanındaki herhangi bir meseleye değil, bizzat o alanı karakterize eden bir olguya (yargısal içtihatların ayrı ve önemli yer tutması hâline) yönelmiştir.

Çalışmanın ilk bölümü, “*Yargısal İchtihat ve İchtihadilik*” başlığını taşımaktadır. Kavramsal ve terminolojik problemlere ayrılan bu sayfalar, hem kullanılacak dili inşa etmekte, hem de müteakip bölümlerde ulaşılabilecek sonuçların mantıkî öncüllerini içermektedir. Bölüm boyunca, farklı disiplinlerin sunduğu bilgiler eşliğinde, aşağıdaki sorulara cevap aranmaktadır:

- Yargısal içtihat nedir?
- Yargısal içtihat, hangi hâllerde ortaya çıkar?
- İchtihadilik (bir hukuk dalının içtihadî olması) ne anlama gelir?
- *İchtihadî hukuk* ile *ichtihat hukuku* arasında fark var mıdır?

“*İdare Hukukunun Yargıç Yapısı İçeriği*” başlıklı ikinci bölüm, evvelâ idarî yargıcı içtihat üretmeye iten sebepleri tespit etmekte, sonrasında yargısal içtihatların idare hukukundaki *kurucu* rolünü, örnekleriyle ortaya koymaktadır. Birinci ve üçüncü bölüme nazaran daha deskriptif nitelik arz eden ve bütün içtihatları tüketme kaygısı gütmeyen bu bölümde, kendisine yanıt bulunmaya çalışılan temel sorular ise şunlardır:

- İdarî yargıcı içtihat üretmeye iten sebepler nelerdir?
- İdare hukukunda içtihatların *kurucu* rolünü gösteren başlıca örnekler nelerdir?

Yirminci yüzyılın ilk yarısında yetişen yazarlar başta gelmek üzere, idare hukuku literatürü, içtihadîliği peşinen faydalı, korunması (hatta pekiştirilmesi) gereken

ve ilânihayeye devam edecek bir özellik olarak görme eğilimindedir. “*İdare Hukuku ve İçtihadîlik: Soru(n)lar, Gözlemler*” başlıklı son bölümde idare hukukunun içtihadî karakteri, doktrindeki klâsik temayülün aksine, *nötr bir vakıa* olarak incelenmekte ve esas itibarıyla şu beş sorunun yanıtı üzerinde durulmaktadır:

- İdare hukukunda içtihadî kurallar nasıl tespit edilir?
- İdare hukukunda içtihadî kuralların hukukî değeri nedir?
- İçtihadîliğin avantajları nelerdir?
- İçtihadîliğin dezavantajları nelerdir?
- İdare hukuku tedvin edilebilir mi?

Kıta Avrupası ve Akdeniz Havzası’nda idarî rejimi benimsemiş birçok ülke bulunmaktadır. Buna rağmen, elinizdeki çalışmada içtihadîlik olgusu sadece Türk idare hukuku ve ona mehzaz teşkil eden Fransız idare hukuku bakımından ele alınmıştır. Tarihi süreç içerisinde idarî yargıç, önündeki davaların esasına uygulayacağı kuralların (maddî hukuk) yanı sıra, bu uyuşmazlıkların kendi önüne taşınması ve giderilmesi usulüne dair birçok kuralı da (şeklî hukuk) bizzat, içtihat yoluyla vaz’etmiştir. Çalışmanın diğer bir sınırı, şeklî hukuku dışarıda bırakıp, yalnız maddî idare hukukunun içtihadîliğine odaklanmış olmasıdır. Bu sebeple, idarî yargılama hukukuna ilişkin meselelere, asıl konuyu aydınlattığı ölçüde değinilmiştir.

Türkiye’de daha önce idare hukukunun içtihadî karakterini konu edinen bir doktora tezi kaleme alınmamıştır¹. Literatürde bir başlangıç teşkil etmesi sebebiyle, çalışmada olabildiğince çok sayıda meselenin, mümkün olduğunca çeşitli kaynak kullanılarak, gereken en özlü biçimde ortaya konması amaçlanmıştır. Devam eden sayfaların, mütevazı bir ilk adım olarak, cevaplarıyla değilse bile en azından sorularıyla ilgi uyandırmasını ve daha yetkin çalışmalara kapı açmasını dilerim.

¹ Fransa’da yazılmış / yazılmakta olan doktora tezleri içerisinde -aynı değilse de- konuya yakın iki çalışmaya rastlanmıştır. İlki Jeanne de Glinasty tarafından kaleme alınan ve 2016 yılında *Fransız İdare Hukuku Araştırma Cemiyeti’nin (Association française pour la recherche en droit administratif)* yılın tezi ödülüne lâyık bulunduğu *İdare Hukukunda İçtihadî Teoriler (Les théories jurisprudentielles en droit administratif)* başlıklı eserdir (tez, 2018 yılında kitap olarak da basılmıştır). Diğeri ise henüz yazım aşamasında görünen *İdare Hukukunun İçtihadî Yaratımı Üzerinde Kanunlaştırmanın Etkisi (L’influence de la codification sur la création jurisprudentielle en droit administratif)* isimli çalışmadır. Tez danışmanı Christian Debouy’dan bizzat edinilen bilgiye göre projenin sahibi Victoria Raimbert, doktorasını tamamlamaktan vazgeçmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM:

YARGISAL İÇTİHAT VE İÇTİHADİLİK

I. YARGISAL İÇTİHAT KAVRAMI

Zihnin temel işlevlerinden biri olan yargı yetisi, tikeli (cüz’î olanı) tümele (külli olana) iliştmekten ibarettir. Verili bir tümelin yokluğunda bu yeti, tikellerden tümel türetmeye yönelir². Ayşe, Mehmet’i görür görmez onu, daha önceki tikel deneyimlerinden türettiği *insan* ve *erkek* tümellerinin altına koyar³. İşte, Ayşe’nin zihninde -çoğu zaman Ayşe farkında bile olmadan- “Mehmet, insandır” veya “Mehmet, erkektir” şeklinde sonuçlanan bu işleme *yargı* denir. Hukukçunun zihninde olup bitenler de (esas itibarıyla) bundan farklı değildir: hayatın akışı içerisinde tecrübe edilen sayısız-biricik olay, kıyısından köşesinden kırılıp soyutlanarak *norma* dönüştürülür⁴ (yahut norm, *a priori* biçimde vaz’edilir). Tümel-soyut karakterdeki bu normlar⁵, istikbâlde vuku bulacak yeni-biricik hâdiseleri (tikel-somut uyumsuzlukları) altlamak (yargılamak) için kullanılır.

Yargı yetisiyle ortak bir özü paylaşmasına rağmen, aynı zamanda hukukî bir kavram olan *yargılama*, modern devletin üç ana işlevi arasında görülür. Bu işlev, bağımsız ve tarafsız olduğu farz edilen mahkemelerde, yargıçlar tarafından yerine getirilir. Devletin zatî (özel) bir niteliğini yansıttıkları için mahkemeler (yargıçlar),

² ÇÖREKÇİOĞLU Hakan, “*Phronesis* ve Düşünsel Yargı Üzerine Bir Karşılaştırma”, **FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)**, Yıl: 2015 (Güz), Sayı: 20, s. 2.

³ Tümellerin, daha önceki tikel deneyimlerden türetildiğini farz eden bu cümlemin, empirist bir tavırla kaleme alındığı söylenebilir. Aynı cümleyi, rasyonalist bir bakışla, şöyle kurmak mümkündür: “Ayşe, Mehmet’i görür görmez onu, zihninde tikel deneyimlerden önce var olan (*a priori*) *insan* ve *erkek* tümellerinin altına koyar”. Bu çalışma açısından ehemmiyet arz eden, bilginin kaynağı değil, zihnin tikelden tümele (yahut tümelden tikele) yargı yetisi sayesinde intikal etmesidir. Yani bilginin yolculuğu ister tikel deneyimden, ister tümelden başlatılsın, *yolda* işleyen şey, yargı yetisidir. Bilgi sürecinin felsefi (rasyonalist ve empirist) yorumları için bkz. ÖZLEM Doğan, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, Ankara 2008, s. 50-59.

⁴ AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, Dordrecht 1987, s. 7. “*Hukuk normu ortak özellikleri olan durumları, benzerlikleri düzenler. Böylece aslında birbiri ile özdeş olmayan tekiller arasında onları ortak özellikleri yönünden özdeş kılan genel kavramlar oluştururlar*” METİN Sevtap, **Hukuk Normunun Yorumu**, (Doktora Tezi), İstanbul 2002, s. 26.

⁵ Aksi ayrıca belirtilmediği sürece bu çalışmada *norm* kelimesi, Kelsenci anlamda değil, *birden fazla tikel-somut durumda uygulanma kabiliyetine sahip, tümel-soyut kuralları* karşılamak için kullanılacaktır. Kelsen’e göre norm, bireysel (*individual*) veya genel olabilir. Örneğin X’in Y’ye 10.000 TL vermesini icap ettiren bir sözleşme hükmü (farklı kişilere / olaylara tekraren uygulanma kabiliyetine sahip olmasa bile), belli bir insan davranışına yön verdiği için *norm* sayılır. Kelsen Hans, **General Theory of Norms**, New York 1991, s. 1-8. Yargısal içtihadın *normatif* gücü meselesinde *norm* kelimesinin geniş-Kelsenci anlamını kullanmak, tartışmayı “başlamadan” bitirmekten farksızdır. WALINE Marcel, “Le pouvoir normatif de la jurisprudence”, **La technique et les principes du droit public (Etudes en l’honneur de Georges Scelle)**, Tome: II, Paris 1950, s. 613 ve 616. (Aşağıda WALINE soyadlı başka bir yazar da bulunduğu için bu esere yapılacak müteakip atıflarda isim de belirtilecektir).

egemenliğin sahibi olarak görülen *millet* adına karar vermektedir⁶. Bu bakımdan yargıçların sahip olduğu kudret, yasama yahut yürütmeden türetilmeyen, doğrudan doğruya anayasadan kaynaklanan aslî bir egemenlik yetkisi olarak kabul edilir. Söz konusu kabul, adalet dağıtma (*rendre la justice*) yetkisinin münhasıran krala ait olduğu ve hâkimlerin adaleti ancak egemen (kral) adına dağıttığı düşüncesinden neşet eder⁷.

Yasama ve yürütmenin yanında üçüncü bir erk olarak konumlandırılması, yargılama işlevi zımnında mahkemelerden farklı bir şeyin beklendiği anlamına da gelir. Bu farklı şey, kompakt bir ifadeyle, tikel-somut bir uyumsuzlukta hukukun ne olduğunu söylemek (*iurisdictio*⁸) ve gereklerini buyurmaktır⁹ (*imperium*¹⁰). Yürürlükteki 1982 Anayasası'nda yer alan, hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağına ilişkin kural¹¹, aslında söz konusu beklentinin yansımasıdır. Zira bu hüküm, davanın esasına (maddî hukuka) ilişkin önceden vaz'edilmiş hiçbir norm bulunmasa bile, yargı merciinin her hâlükârda uyumsuzluğu çözen bir *hukuk* söyleye(bile)ceği fikri (ve ümidine) yaslanır¹².

⁶ 1982 Anayasası, m. 9: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”. Fransız Medenî Usûl Kanunu (*Code de procédure civile*) m. 454'te mahkeme kararlarının *Fransız halkı adına* verileceği hükme bağlanmıştır (*le jugement est rendu au nom du peuple français*). III. Cumhuriyet Dönemi'ni başlatan Kurucu Meclis'in kabul ettiği 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun'dan beri Conseil d'État (Fransız Danıştay) da yargılama fonksiyonu bakımından *açıkça yetkili* olarak (*justice déléguée*) ve doğrudan doğruya *Fransız halkı adına* karar vermektedir.

⁷ GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa Eylül 2012, s. 432 (Giriş).

⁸ *Iurisdictio*, Roma hukukunda magistranın uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit ederek taraflara çözüm sunması demektir. Ortaya çıkışı özel hukuka ilişkin olsa da zamanla kamu hukuku alanında kullanılan yargılama yetkisi de bu kelimenin anlamı içerisine dâhil olmuştur. JOHNSTON David, “The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law”, **The Civilian Tradition and Scots Law**, (Editors: D.L. Carey MILLER and R. ZIMMERMANN), Berlin 1997, s. 8-9. (Sayfa numarası, bağlantıda erişilen metin üzerinden verilmiştir: <http://iuscivile.com/legacy/reprints/j-1.pdf>, 01.06.2017).

⁹ GÖZLER, Giriş, s. 432-433.

¹⁰ Roma hukukunun merkezî kavramlarından biri olan *imperium*, başlangıçta askerî anlamda bağlayıcı emirler vermeyi ifade ederken, daha sonra genel olarak devletin buyurma / hükümranlık yetkisi anlamında kullanılmaya başlamıştır. Bu bakımdan geniş anlamıyla *imperium* yalnızca yargının değil, diğer devlet erklerinin de sahip olduğu bir ayrıcalığı / üstünlüğü anlatır. DROGULA Fred K., “Imperium, Potestas, and The Pomerium in The Roman Republic”, **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, Band: 56, Heft: 4 (2007), s. 419-422; UÇAR İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı: 3, s. 340.

¹¹ Başlık, “*Hak Arama Hürriyeti*”, m. 36/2. Osmanlı-Türk Anayasalarının hepsinde benzer bir hüküm olagelmıştır: “*Bir mahkeme vazifesi dâhilinde olan dâvanın her ne vesile ile olursa olsun rü'yetinden imtinâ edemez*” (1876 Kanun-u Esâsî, m. 84). “*Hiçbir mahkeme, vazife ve salâhiyeti dâhilinde olan dâvaları rüyetten imtina edemez*” (1924 Anayasası, m. 60). “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınamaz*” (1961 Anayasası, m. 31). Fransız Medenî Kanunu'nun (*Code civil*) 4. maddesinde, *kanunun yetersizliği yahut belirsizliği sebebiyle önüne gelen davada hüküm vermekten kaçınan yargıcın cezalandırılacağı* hükme bağlanmıştır: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*” (Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 08.05.2018).

¹² Mahkemelerin önüne gelen davayı görmekten imtinâ edemeyeceği, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri içerisinde yer alan farklı birçok ülkede benimsenmiş ortak bir kuraldır. Bu kural üzerinde hukuk felsefesindeki başlıca akımların da (doğal hukuk, hukukî pozitivizm ve hukukî realizm) ittifak ettiğini söylemek mümkündür. LUNDMARK Thomas, **Charting the Divide Between Common and Civil Law**, New York 2012, s. 270.

Yargılama sürecinin başında yargıç, tikel-somut bir uyuşmazlık (ve bu uyuşmazlığa ilişkin taraf iddia ve savunmaları) ile karşı karşıyadır. Hangi hukuk sistemine mensup olursa olsun, yargıcın -maddî vakıaların hukukî tavsifini yaptıktan sonra¹³- uyuşmazlığı çözerken izlediği üç aşama vardır¹⁴:

1) Normun Keşfi (*Normsuche*): Yargıcın bir çözüme ulaşması için yapacağı ilk şey, tikel-somut uyuşmazlığı altlayabileceği normu arayıp bulmaktır¹⁵. Eğer norm belirsizse yorumlanacak, hiç mevcut değilse, yaratılması gerekecektir¹⁶.

2) Olguların Norma Altlanması: Normu keşfeden yargıç, bu aşamada mantıkî dedüksiyonun tasım modelini kullanarak, tikel-somut olguları tümel-soyut kuralın altına koyar ve hukukî neticeye ulaşır¹⁷.

3) Gerekçelendirme: Son safhada yargıç, normun keşfi ve maddî olguların norma altlanması aşamalarını, kendini ve tarafları ikna edecek biçimde (hukukî otoritelere, delillere vb. atıfta bulunarak) izah eder.

Hukukçuların gündelik dilinde *içtihat* ifadesi, kabaca *yargı kararı* anlamında kullanılır¹⁸. Ne var ki, yargılama faaliyeti kapsamında mahkemelerden sâdır olan bütün kararlara *yargısal içtihat* demek mümkün değildir. Zira tikel-somut uyuşmazlıkta hukukun söylenmesi bağlamında norm - yargıç karşılaşması, her zaman aynı tarzda cereyan etmez. Söz konusu farklı karşılaşma biçimlerinin ortaya konması ve yargısal

¹³ “Bize [bu çalışma bağlamında yargıca] düşen *ilk* ödev, olayımıza tam olarak uyan bir hukuk kuralını bulmaktan çok [önce], olaydaki maddî unsurların hukuk kavramlarından hangisine uyduğunu araştırmak, diğer bir söyleyişle, olayı, bildiğimiz hukuk sistemi bakımından inceleyerek bu düzendeki kavram ve tiplere göre tahlil etmektir” HİRS Ernest, **Pratik Hukukta Metod**, (Genişletip değiştirerek işleyen: Volf ÇERNİS), Ankara 1978, s. 20. Maddî vakıaların sübutu (gerçek olup olmadığı) ise, şekli hukuka (yargılama usulüne) ilişkin bir meseledir. SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem**, İstanbul 2015, s. 74.

¹⁴ LUNDMARK, s. 287. İlgili sayfalarda yazar konuyu yargıç gözünden değil, genel anlamda hukukun işleyişi açısından incelediği için ilk aşama olarak *tümel-soyut kuralların konulması / yapılmasında (making the law)* bahseder. Uyuşmazlık-ötesi bu aşamaya ilerleyen sayfalarda başka vesilelerle değinilecektir.

¹⁵ Kıta Avrupası yargıcı, bu normu binlerce kanun / düzenleyici işlem ve bunların şerhleri arasından, Common Law yargıcı emsâl kararlardaki ilkelerin derlendiği kitaplardan / ansiklopedilerden, fakih (kadı - müçtehit) ise yüzlerce Kur’an âyeti, binlerce rivayet (Sünnet-icmâ) ve önceki içtihatların derlendiği kitaplardan bulmak durumundadır. Uyuşmazlığa ilişkin birden fazla norm bulunması hâlinde bunlar arasındaki çatışmaların da her bir sistemin kendine has metotlarıyla (özel kanun-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun gibi) giderilmesi gerekecektir.

¹⁶ *Yargısal içtihat*, söz konusu *yorumlama* ve *yaratma* aşamalarında ortaya çıkar.

¹⁷ Dedüksiyonda zihin, öncüllerden hareket ederek zorunlu bir sonuca ulaşır. Ulaşılan sonuç, zaten başlangıçtaki öncüllerde yer almaktadır. Dedüksiyonun en bilinen örneklerinden: (1) *Bütün insanlar ölümlüdür* [büyük öncül]. (2) *Sokrates insandır* [küçük öncül]. (3) *O hâlde Sokrates ölümlüdür* [sonuç]. ÖNER Necati, **Klasik Mantık**, Ankara 2016, s. 124; TROPER Michel, **La philosophie du droit (Que sais-je?)**, Paris 2015, s. 113. Tasım modeli aynı olsa da, hukukî dedüksiyonda birinci ve üçüncü önermeler *olanı* (Sein) değil, *olması gerekeni* (Sollen) ifade eder. Örnek: (1) *Hırsızlık yapana beş yıl hapis cezası verilir* [olması gereken]. (2) *Ahmet, hırsızlık yapmıştır* [olan] (3) *O hâlde Ahmet’e beş yıl hapis cezası verilmelidir* [olması gereken].

¹⁸ Batı dillerinde belli bir konudaki yargı kararlarının toplamını / hukuk uygulamasını ifade eden *jurisprudence* (İspanyolca: *Jurisprudencia*, Almanca: *Jurisprudenz*, İtalyanca: *giurisprudenza*) kelimesinin, Türkçeye kimi zaman *içtihat* şeklinde çevrilmesi, bahsedilen gündelik kullanımın sonucudur.

içtihat kavramının berraklaştırılması bakımından Kaarle Makkonen'in tasnifi -başlangıç için- sağlam bir zemin sunmaktadır¹⁹.

Makkonen, üç farklı hukukî karar verme (*legal decision-making*) hâinden söz eder: 1) izomorfik durum, 2) semantik belirsizlik durumu ve 3) düzenlenmemiş durum²⁰. İzomorfik durumda uyumsuzluğun esasını teşkil eden maddî vakıya uygulanacak bir norm hem vardır hem de bu normun anlamı berrak, apaçık ve tektir. Bu ihtimalde yargıç, **yalnızca** mantıkî dedüksiyonun (tümdengelim, tâlil) tasım (*syillogistic*) modelini kullanır²¹. Semantik belirsizlik durumunda, ortada bir norm vardır fakat normun anlamı açık / tek değildir. Dedüksiyon, kuralın somutlaştırılmasına kâfi gelmediği için yargıcın **öncelikle** hukukî yorum yöntemlerine²² başvurması gerekir²³. Düzenlenmemiş durumda ise, somut olaya dedüksiyon yahut yorum yoluyla uygulanabilecek herhangi bir norm bulunmaz. *Boşluk* diye anılan bu ihtimalde yargıç, uyumsuzluğu çözebilmek için **evvelâ**²⁴ yeni bir norm yaratmak mecburiyetindedir²⁵.

“Gayret göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek” anlamındaki Arapça *cehd* kökünden türeyen *ıçtihat*, “bir konuda elden gelen çabayı sarf etmek, bir neticeye ulaşabilmek için olanca kuvvetini harcamak” demektir²⁶. Bu bilgidен hareketle *yargısal ıçtihat* denilen şeyin, evveleminde yargıca özgü bir zihinsel çabanın ürünü olması gerekir.

Somut uyumsuzluğun normla bire bir örtüştüğü izomorfik durumda, yalnızca dedüksiyon işlemi yapan yargıcın, özgün bir zihinsel çaba gösterdiği söylenemez. Çünkü bu ihtimalde ulaşılabacak hukukî sonuç, öncüllerden zorunlu olarak çıkar (yargıcın A yahut B şahsı olması önem arz etmez). Semantik belirsizlik ve boşluk durumlarında ise yargıcın farklı akıl yürütme yöntemlerini izleyerek kendine has bir zihinsel gayret göstermesi söz konusudur. Şu hâlde, yargısal ıçtihat, *tikel-somut uyumsuzluk ile tümel-*

¹⁹ SILTALA Raimo, *Law, Truth and Reason: A Treatise on Legal Argumentation*, Dordrecht 2011, s. 11; AARNIO Aulis, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987, s. 1.

²⁰ MAKKONEN Kaarle, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, s. 78 ve devamından naklen SILTALA, s. 7.

²¹ SILTALA, s. 7. Tekrar hatırlatmak gerekirse; dedüksiyonda zihin, öncüllerden hareket ederek zorunlu bir sonuca ulaşır. Ulaşılan sonuç, zaten başlangıçtaki öncüllerde yer almaktadır.

²² Semantik belirsizlik durumunda gündeme gelen yorum yöntemlerine ileride tekrar temas edilecektir.

²³ SILTALA, s. 8.

²⁴ “Yalnızca” “öncelikle” ve “evvelâ” kelimeleri özellikle vurgulandı. Zira yargıç bu farklı yollarla normatif durumu değiştirdikten sonra ikinci aşamaya geçecek ve hukukî neticeye yine altlama (tasım, dedüksiyon) yoluyla varacaktır.

²⁵ SILTALA, s. 9-10. Yargıcın hukuk yarattığı bu yollar ilerleyen kısımlarda incelenecektir.

²⁶ “Aynı kökten türeyen *cihâd* ve *mücâhede* kelimeleri, mahiyetleri farklı da olsa ‘çaba sarf etmek’ ortak anlamında *ıctihad* kavramıyla örtüşür” APAYDIN Yunus H., “İctihad”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 21, Yıl: 2000, s. 432.

soyut kuralın tetâbuk etmediği yahut böyle bir kuralın hiç bulunmadığı hâllerde (semantik belirsizlik veya boşluk durumlarında) ortaya çıkan ve salt dedüksiyonun ötesinde, yargıca özgü zihinsel çabanın ürünü olan yargı kararlarını ifade etmelidir.

Yargısal içtihat, yargıca özgü zihinsel çaba alanı içerisinde var olur. Bu alan, birden fazla yargıcın, aynı hâdisede; farklı öncüller kullanıp farklı vargılara ulaşabilmesini mümkün kıldığı için²⁷ önemlidir²⁸.

II. DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE İÇTİHAT

Türk hukuk tarihindeki büyük dönüşümler ve Anglo-Sakson sisteminin artan etkisi, içtihat kelimesini, kâh iç içe geçmiş, kâh birbiriyle kesişmiş birçok anlam kümesini ayrı ayrı karşılayan çok-kavramlı bir terim hâline getirmiştir. Okuyacağınız kısım, yargısal içtihat kavramını, farklı hukuk sistemlerine dâir bilgiler eşliğinde daha anlaşılır kılmaya çalışacaktır.

A. İSLÂM HUKUKU²⁹

İslâm Hukuku metodolojisinde (*usûl-ü fıkıh*) içtihat, *tafsilî delillerden şer’î-amelî hükümleri istinbat*³⁰ etmek için olanca gayretin ortaya konması şeklinde tanımlanır³¹. Bu gayreti gösteren kimseye *müçtehit*, üzerinde içtihat edilen meseleye ise *müçtehedun fih* denir³².

Kur’an’da yaklaşık beş yüz adet ahkâm âyeti³³ bulunur. Ahkâma dâir hadisler de beş yüz ilâ dört bin arasındadır³⁴. Hayatın akışında karşılaşılmaması muhtemel hukukî

²⁷ AARNIO, s. 2; CARDOZO Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven (Yale University Press) 1946, s. 20-21.

²⁸ Yargıcı özel bir zihinsel çaba göstererek içtihat üretmeye sevk eden uyumsuzluklar, *çetin davalar* (*hard cases / les cas difficiles*) şeklinde adlandırılmaktadır. UZUN Ertuğrul, *Akıl Tutkunu Hukuk*, İstanbul 2010, s. 185; AARNIO, s. 1-3; PARIENTE-BUTTERLIN Isabelle, *Le droit, la norme et le réel*, Paris 2005, s. 115.

²⁹ *İslâm hukuku* (İngilizce: *Islamic law*, Fransızca: *droit musulman*) oryantalistlerin çalışmaları sonucunda doğan modern bir terimdir. Otantisite kaygısı güdülecek olursa, *fıkıh* tabirini kullanmak gerekir. “Bireysel ve toplumsal hayata ilişkin pratik sorunları Kur’an ve Sünnet gibi dinî kaynaklardan hareketle çözmek” anlamına gelen fıkıh, ibadetler gibi, bugünkü hukuk ilminin ilgi alanı dışında kalan birçok konuyu kapsamaktadır. Bu sebeple, fıkıhın modern hukukun içeriğiyle örtüşen kısmını ifade eden “İslâm hukuku” tercih edilmiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. KARAMAN Hayreddin, “Fıkıh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 13, Yıl: 1996, s. 1-14. Ayrıca bkz. BEDİR Murteza, “Oryantalizm ve İslâm Hukuku”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 4, s. 11-42.

³⁰ *İstinbat*, sözlükte “kuyudan su çıkarma” anlamına gelir. İslâm hukuku literatüründe “hüküm çıkarma” anlamını karşılamak için bu kelimenin tercih edilmiş olması, hükmün esas ve potansiyel kaynağının Tanrı olduğu düşüncesiyle ilgilidir. APAYDIN, s. 435.

³¹ ŞENER Abdülkadir, “İslâm Hukukunda Re’y ve İctihad”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Yıl: 1973, Sayı: 1, s. 124; ŞA’BÂN Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l Fıkıh)*, (Çeviren: İbrahim Kâfi DÖNMEZ), Ankara 2012, s. 437.

³² ŞENER Abdülkadir, “İslâm Hukukunda İctihad ve Taklid Problemi”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Yıl: 1981, Sayı: 1, s. 375 (Taklid); APAYDIN, s. 432.

³³ Hukukî konulara ilişkin Kur’an âyetlerine ahkâm âyeti adı verilir.

³⁴ ŞA’BÂN, s. 438-439.

sorunlar ise sonsuzdur. İslâm Hukuku'ndaki içtihat kavramı, sınırlı sayıdaki naslar ile sınırsız sayıdaki olaylar / olgular arasında irtibat kurma ihtiyacının bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır³⁵.

Bir önceki başlıkta değinildiği üzere, çağdaş hukukçuların zihninde içtihadın öznesi hep mahkemeler / yargıçlardır. İslâm Hukuku'nda ise içtihat, devletin yargılama işleviyle doğrudan ilgisi olmayan, bilimsel bir kavramdır³⁶. Müçtehit sayılmak için kadılık veya müftülük yapma şartı olmadığı gibi, bu görevlerde bulunan kişilerden de illâ içtihat etmeleri beklenmez³⁷. Bu yönüyle İslâm Hukuku'nda içtihat kavramı, bugün hukukun yardımcı kaynakları arasında zikredilen doktrine (öğreti) denk düşmektedir³⁸.

Dinî yükümlülük (*ef'âl-i mükellefin*) açısından farz-ı kifâye olarak görülen içtihat faaliyetinin herkes tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir³⁹. Zira İslâm Hukuku metodolojisinde mutlak müçtehit⁴⁰ olabilmek birtakım şartlara bağlanmıştır. Ekol ve eserlere göre farklılık gösterse de sayılan bütün şartlar, şu iki gerekliliğin açılımı niteliğindedir: 1) Kendisinden hüküm çıkarılacak asılları (Kur'an ve Sünnet'i) bilmek. 2) Hüküm çıkarma usûllerini bilmek⁴¹.

İslâm Hukuku'nda içtihada, hüküm çıkarılacak konuyla ilgili bir nassın (âyet, hadis ve icmânın) bulunmaması yahut mevcut nassın farklı yorumlara açık olması hâllerinde ihtiyaç duyulur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 14. maddesinde yer alan

³⁵ APAYDIN, s. 432, 435.

³⁶ KAYHAN Fahrettin, "Yargısal İctihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku", **Sempozyum ve Tartışmalar XI**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 14 Mayıs 1999, s. 12-13.

³⁷ "İctihad ile iftâ ve kazâ (yargı) kavramları arasındaki ilişkiye gelince ictihad ve fıkıhın nasları anlama çabasının teorik boyutu ve metodolojisiyle, iftâ ve kazânın ise daha çok ulaşılan sonuçların uygulanması boyutuyla ilgili olduğu görülür. Diğer bir ifadeyle kazâ ve bir yönüyle iftâ, fıkıh ve ictihadın kurumsal ve resmî işleyişini ifade etmektedir. Hâkimin ictihad ehliyetine sahip bulunması arzulanan, hatta kural olarak gerekli görülen bir husus olsa da tabîî döneminden itibaren bu şartın gerçekleşmesi çok defa mümkün olmamış, bunun için de ictihad derecesine ulaşmayan hâkimlerin tayin edilmeye başlandığı ileri dönemlerde hukukî istikrar ve emniyeti sağlamak amacıyla kendilerinden kabul görmüş ictihadların dışına çıkmamaları istenmiştir. Yargılamada kanunlaştırma niteliği taşıyan yarı resmî mezhep uygulamasıyla birlikte kazaî ictihadın dar bir alanda sınırlı bir tercih faaliyetine dönüştüğü söylenebilir" APAYDIN, s. 436.

³⁸ Cumhuriyet döneminin ilk medenî kanunu olan 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi'nin ilk maddesinde *ilmî içtihat*lardan söz edilmesi, geçiş döneminde İslâm hukukundaki içtihat algısının bir yansıması olarak görülebilir. (Kanun'u ilga eden 08.12.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bu ifade, *bilimsel görüşler* şeklinde değiştirilmiştir.)

³⁹ ŞENER, Taklid, s. 387.

⁴⁰ Usûl-ü fıkıh eserlerinde müçtehit kavramı, *mutlak (müstakil)* - *mukayyed* olarak ikiye ayrılmakta, mukayyed müçtehitler de kendi arasında tasnif edilmektedir. Çalışma açısından önem arz etmediği için mukayyed müçtehitlere ayrıca değinilmemiştir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. ŞENER, Taklid, s. 380-384; APAYDIN, s. 439; ŞA'BÂN, s. 437-438.

⁴¹ APAYDIN, s. 437. Ünlü hukukçu İmam Şâfiî'den nakledilen bir sıralama şu şekildedir: 1) Arapçayı incelikleriyle bilmek. 2) Kur'an'ı bilmek. 3) Sünneti bilmek. 4) Üzerinde icmâ edilen konularla ihtilâf edilen konuları bilmek. 5) Kıyası bilmek. 6) Hükümlerin amaçlarını bilmek. 7) Doğru anlayış ve iyi değerlendirme gücüne sahip olmak. 8) İyi niyetli ve sağlam bir inanç sahibi, yani dindar olmak. ŞENER, Taklid, s. 380.

“mevrid-i nassda ictihâda mesağ yokdur” hükmü de içtihat kurumuna hangi durumlarda başvurulabileceğine -tersinden- işaret etmektedir⁴².

Müçtehit vasfını taşıyan kimseler tarafından belli bir usûl çerçevesinde yapılmak kaydıyla, İslâm Hukuku alanında üretilen bütün içtihatlar aynı değerde görülür. Bunun tabîî sonucu olarak içtihada açık bir konuda yapılan yeni içtihatların, eski içtihatları (ve bu içtihatlar uyarınca gerçekleştirilen iftâ ve kazâyı) geçersiz kılmayacağı kabul edilir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin 16. maddesindeki “ictihâd ile ictihâd nakzolunmaz” hükmü, işte bu yerleşik kabulün ifadesidir⁴³.

İctihadın anlam ve kapsamı, tarihin her döneminde aynı olmamıştır. İslâm’ın ilk üç asrında bilginler daha geniş bir alanda ve serbestçe görüş (*re’y*) bildirmiş, istihsan⁴⁴ ve istislâh⁴⁵ gibi yöntemler de içtihat kavramı içerisinde mütalâa edilmiştir. Hicrî IV. asırla beraber, içtihat kavramının daraldığı, hukukçuların ise içtihat etmek yerine mevcut içtihatları yorumlama ve uygulamaya (*taklid*) yöneldiği görülür. Literatürde *ictihat kapısının kapanması* şeklinde adlandırılan bu olgunun başlıca sebepleri; İmam Şafî’î’nin içtihadı analojiye indirgeyen yaklaşımının ağır basması, üzerinde icmâ edilen konuların artması, hukuk ekollerinin (fikhî mezheplerin) yerleşmesi ve siyasî iktidarın öngörülebilirlik / düzen talebidir⁴⁶.

İctihat kapısının kapandığı kabulü, takip eden birkaç yüzyıl boyunca Müslüman toplumlara hukukî güvenlik, istikrar ve entelektüel konfor sağlamıştır. Ne var ki bunun bir yan-etkisi olarak, İslâm Hukuku yaratıcılık kabiliyetini yitirmiş; Rönesans, Reform, Coğrafi Keşifler, Aydınlanma ve Sanayi İnkılâbı gibi bir dizi gelişmenin sonucunda

⁴² ŞA’BÂN, s. 443-445; APAYDIN, s. 437.

⁴³ APAYDIN, s. 442.

⁴⁴ “Fıkıhta özel gerekçelerle açık kıyastan, genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden şer’î delil” BARDAKOĞLU Ali, “İstihsan”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 23, Yıl: 2001, s. 339-347.

⁴⁵ “İslâm fıkının genel ilkelerine, özellikle de şer’an onaylandığına veya reddedildiğine dair bir delil bulunmayan maslahata göre hüküm verme yöntemini ifade eden fıkıh usulü terimi” ÖZEN Şükrü, “İstislâh”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 23, Yıl: 2001, s. 383-388.

⁴⁶ SCHACHT Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, Oxford 1982, s. 69-75. “İctihad kapısının kapandığı görüşüne katılmayan çağdaş araştırmacılardan Vâil b. Hallâk da (Wael b. Hallaq) ictihad yapabilecek seviyedeki fakihlerin hemen her devirde mevcut olduğu, teşekkül döneminden sonra fûrû-i fikhî geliştirmek üzere ictihad faaliyetinin meselede ictihad, tahrîc, tercih gibi değişik düzeylerde devam ettiği, V. (XI.) yüzyıla kadar ictihad kapısının kapandığına dair bir ifadeye rastlanmadığı ve ictihad kapısının kapanması veya müctehidin bulunmaması konusunda süregelen bir görüş ayrılığının da bu yönde bir icmâ oluşmasını engellediği gibi gerekçelerden hareketle ictihad kapısının kapandığı iddiasının isabetsizliğini ve müctehidin bulunup bulunmadığı tartışmasının teorik düzeyde kaldığını öne sürmüştür. Bu görüş, birçok çağdaş İslâm âlimi ve araştırmacısı tarafından da paylaşılmakta, yeni bir mezhep için yeni usuller koymaya mâtuf, yani klasik anlatımıyla mutlak ictihadın kapandığı benimsenmekle birlikte tahkîk’ul-menât ictihadı, mukayyed ictihad, meselede ictihad gibi faaliyetlerin değişik düzeylerde hemen hemen aralıksız olarak devam ettiği, ileri dönem fakihlerinin de bu yönüyle öncekilerden geri kalmadığı ifade edilmektedir” APAYDIN, s. 444.

ortaya çıkan *yeni duruma* intibak edememiştir. XIX. yüzyılın sonlarında başlayan Hint Alt Kıtası, Kahire, Kazan ve İstanbul merkezli modernist hareketler⁴⁷, bu sebeple en çok içtihat kavramı üzerinde durmuştur⁴⁸. Post-modernizmin *daha yeni bir durum* yarattığı günümüzde, içtihat kapısını zorlayan bu hareketlerin henüz günlük hayatı ve pozitif hukuku etkileyecek bir çözüm getirebildiğini söylemek güçtür⁴⁹.

Türkiye bugün Kıta Avrupası sistemine eklenmiş, seküler bir hukuk düzenine sahiptir. Bununla birlikte, hâlen kullanılan diğer birçok terim gibi, *icthâh* da Türklerin yaklaşık bin yıllık İslâm Hukuku geçmişinden tevârüs edilmiştir. Dahası, diğerlerinden farklı olarak, içtihat hususundaki mirasçılığın yalnızca isimde kalmayıp, kavramsal ve pratik boyuta taşıdığı ve Türk hukukunda yargı kararlarının otoritesini -bir ölçüde- artırdığı iddia edilebilir⁵⁰.

B. ANGLO-SAKSON HUKUKU⁵¹

Başta Birleşik Krallık olmak üzere; Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve eski İngiliz kolonisi diğer birçok ülkede hukuk hayatı, Kıta Avrupası sisteminden farklı bir tarzda cereyan eder. Bu sebeple yukarıda sayılan ülkelerin, *Common Law* adıyla ayrı bir hukuk sistemi teşkil ettiği kabul edilir⁵².

Kıta Avrupası'nda yargıcın elindeki uyuşmazlıklara uygulayacağı normların ekseriyeti, yasama (ve yasamanın delege ettiği yürütme) kaynaklıdır. Yargı organının

⁴⁷ Örneğin bkz. KAVAK Özgür, "Tecdîd mi, Yeniden İnşa mı? Şah Veliyyullah Dihlevî'den Muhammed İkbal'e Hind Alt-Kıtasında İctihad ve Taklide Farklı Yaklaşımlar", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2011, Sayı: 17, s. 193-206.

⁴⁸ Son dönem Osmanlı düşüncesinde Batıcılık akımının en hararetli temsilcisi olarak görülen Abdullah Cevdet'in çıkardığı dergiye *İctihat* ismini vermesi tesadüf değildir. Bkz. POLAT Nazım H., "İctihad", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Yıl: 2000, (Erişim: <https://islamansiklopedisi.org.tr/ictihad--dergi>, 07.09.2019).

⁴⁹ SCHAT, s. 73.

⁵⁰ "(...) İslâm hukukunun Case Law sistemi etkilerini yeni dönemde sürdürmüştür. Bunun başlıca nedeni Cumhuriyet dönemi hukuk hayatında, yargıç, öğretim üyesi, avukat olarak görev alan Prof. Ebu'l Ula Mardin, yargıç Fahrettin Karaoğlu, yargıç Ali Himmet Berki gibi çağdaş hukukumuz kadar İslâm hukukuna da vakıf büyük hukukçulardır (...) Örneğin içtihatların bir kısmının mutlak bağlayıcılığını öngören ve Kontinental sistemin hiçbirinde bulunmayan içtihatları birleştirme kurumu, İslâm hukukundaki icma kurumunun Cumhuriyet dönemindeki uzantısıdır. Ayrıca, Yargıtay Kanunu'nda içtihatlarla ilgili olarak benimsenen hükümler ve hâkimler ve savcılarının terfi sistemi de içtihatların bağlayıcılığını artıran öğeler olmuştur" KAYHAN, s. 17.

⁵¹ Yabancı literatürde *Anglo-Saxon Law* ifadesi aslında, VI. yüzyıldan 1066 yılındaki Norman işgaline kadar İngiltere'de uygulanan hukuku anlatır. ("Anglo-Saxon Law" in *Encyclopedia Britannica*, Erişim: <https://www.britannica.com/topic/Anglo-Saxon-law>, 03.11.2017). Ancak *Anglo-Sakson Hukuku*, Türkçede *Common Law* (Ortak Hukuk) karşılığı olarak yerleştiğinden, başlıkta bu terim kullanılmıştır.

⁵² *Common Law* tamlaması, tarihsel süreç içerisinde gittikçe genişleyen / birbiri üzerine binen üç farklı anlam kazanmıştır: 1- Norman İstilâsı ile Equity Law'ın ortaya çıkışı arasındaki devrede yargıçlarca yaratılan hukuk 2- Bugün *Statute Law* dışında kalan ve *Equity Law*'u da kapsayan içtihadî hukuk 3- En geniş anlamda; Birleşik Krallık, ABD ve eski İngiliz sömürgelerinde uygulanan hukuk sistemi. Terimin bütün anlamları için bkz. KING Edward / HAWLEY Joseph, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", (Çeviren: İlhan LÜTEM), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Yıl: 1959, Sayı: 1-4, s. 180-181.

tümel-soyut kural koyma faaliyetine katılımı, tek tek ihtilaflar üzerinden, kanunların boşluklarını doldurmak ve belirsizliklerini gidermekten ibarettir. Common Law’da ise yargıcın somut olaylara tatbik edeceği normların büyük kısmı, yine yargı tarafından yaratılmıştır⁵³. Bu ülkelerde yasama organı çoğunlukla, yargı kaynaklı genel kuralların boşluklarını doldurmak, belirsizliklerini gidermek ve bireysel-özel durumlar için bu kurallara istisnalar getirmekle iktifa eder⁵⁴.

Demokrasi ve insan haklarına dayanan modern-rasyonel hukuk düzeni; Kıta Avrupası’nda devrimsel, Britanya’da ise evrimsel bir hikâyenin sonucudur. Common Law’un, müstakil bir sistem olarak ortaya çıkması da, ada tarihinin kendine has seyriyle yakından ilgilidir. Bugünkü İngilizlerin ataları olan Anglo-Saksonlar, milâttan sonra beş ilâ onuncu asırlarda, pagan kültürleriyle beraber Britanya’ya geldiler. Bu esnada ada, yarı-resmî bir Hristiyanlığı kabul etmiş ve kısmen Romalılaşmış Britonlar ile meskûndü. Adanın kuzey bölümünde, güneydeki Britonlarla sürekli mücadele hâlinde bulunan *Skot* ve *Pict* adlı Kelt kavimleri de oturmaktaydı⁵⁵. Yabancı literatürde *Anglo-Saxon Law* tabiri, işte bu devrede teşekkül eden, bir bölümü yazılı belgelere de yansımış örf ve âdet hukukunu anlatmak için kullanılır⁵⁶.

On birinci asrın başında (1066) Normandiya Dükü William öncülüğünde gerçekleşen Norman İstilâsı, adada ilk kez merkezî bir otorite kurulmasını sağladığı için, İngiliz hukuk tarihinin dönüm noktalarından biri oldu⁵⁷. Fetih sonrası yeni düzen; kral, vasallar ve yerli halk arasında tesis edilen karşılıklı dengeye dayanıyordu⁵⁸. Söz konusu dengeyi (ve dolayısıyla iktidarı) korumak için William ve halefleri, hem merkez

⁵³ “O hâlde görüldüğü üzere, bir kaidenin tespit ve beyanı ile bunun dâva edilen kimseye tatbiki gibi iki ayrı ameliye, bir tek ameliyede birleştirilmiştir. (İngiltere’de) Kazaî hukukun ruh ve esası işte budur.” JENKS Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çeviren: Mukbil ÖZYÖRÜK), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1, s. 57.

⁵⁴ *Common Law* ülkelerinde yasama organının, tümel-soyut kurallar vaz’etme bakımından görece pasif bir işlev üstlenmesini anayasal bir zorunluluğun değil, tarihsel bir “geri durma”nın sonucu olarak görmek gerekir. Zira yasamanın aslîliği ve üstünlüğü bu ülkelerde de kabul edilmekte ve -en azından potansiyel olarak- yasama organının *case-law*’u bertaraf etme imkânı bulunmaktadır. Bkz. CARDOZO, s. 14. MUMCU Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Yıl: 1970, Sayı 1-2, s. 44; ÖZBUDUN Ergun; “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Yıl: 1968, Sayı: 65-66, s. 62.

⁵⁵ ARSAL Sadri Maksudi, “İngiliz Âme Hukukunun İnkişafı Safhaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 6, Yıl: 1940, Sayı: 1, s. 4.

⁵⁶ KING / HAWLEY, s. 182; JENKS, s. 40-45.

⁵⁷ VON MEHREN Arthur Taylor, *The Civil Law System: Cases and Material* (1957), s. 8’den naklen KING / HAWLEY, s. 186.

⁵⁸ KING / HAWLEY, s. 184.

hem de taşradaki uyuşmazlıkları çözecek geniş bir yargı örgütü oluşturdu⁵⁹. Bu dönemde parlamento ve tümel-soyut kural anlamında bir *kanun* fikri henüz yoktu⁶⁰. Ülkenin dört bir yanına gönderilen gezici yargıçlar, uyuşmazlıkları çözerken yerel halktan müteşekkil yeminli heyetlerin bilgisine başvuruyor⁶¹ ve kararlarıyla yöredeki örf-âdet hukukuna resmiyet kazandırıyor. Merkezdeki davaları görmek için Westminster’da gerçekleşen buluşmalar, bu yargıçlara müzakere ederek ortak prensiplere ulaşma imkânı verdi⁶². Yaklaşık iki yüz yıl içinde, *halk yapısı-değişken* örf ve âdet hukuku, *yargıç yapısı-yeknesak* Common Law’a dönüştü.

Common Law’da uyuşmazlığı çözen kurallar, bizzat mahkeme tarafından, geçmiş kararların mukayesesi yoluyla belirlendiği için, on üçüncü asrın sonlarından itibaren davalar, raportörler tarafından not edilmeye ve *Year Books* adıyla yıl yıl derlenmeye başladı⁶³. Latince *karar verilen şeyde durmak* anlamına gelen ve herhangi bir davanın geçmişte verilmiş benzer kararlara göre çözülmesini öngören *stare decisis* (emsâl karara uyma) doktrini⁶⁴, taraflardan gelen öngörülebilirlik talebinin de etkisiyle, işte bu vasatta doğdu⁶⁵.

XIV ve XV. yüzyıllara doğru, *içtihat kapısının kapanmasına* benzer bir durum, İngiliz Hukukunun da başına geldi. Açılabilir bütün davalar, sınırlı sayıda *writ*’ler⁶⁶

⁵⁹ “Kralın vasallarına karşı kraliyet haklarını korumak için, bir taraftan hem merkezî, hem de mahallî mütekâmil bir mahkemeler teşkilâtı vücuda getirdiler (Bench, Exchequer mahkemeleri ve seyyar mahkemeler – ‘circuit courts’). Bu mahkemeler, uzun bir mücadele devresinden sonra, bilâhare, sadece Tac’ın dâvalarına (Pleas of the Crown) değil, fakat gene bu derece ehemmiyeti haiz bulunan halkın şikâyet ve dâvalarına (common pleas or pleas of the people) da bakan kâfi bir mekanizma halini aldılar. Kezalik, bu mahkemeler, Yüzler Mahkemesi (Court of the hundred), Eyâlet Mahkemesi (Court of the shire) ile ‘fyrd’ veya mahallî emniyet kuvvetleri gibi eski ve bir bakıma iptidai İngiliz müesseselerini de dikkat ve ihtimamla canlandırdılar ve takviye ettiler.” JENKS, s. 46.

⁶⁰ İngiliz Parlamentosu, Kral mahkemelerinden yaklaşık bir asır sonra kurulmuştur. JENKS, s. 56. Kurulduktan sonraki birkaç asır için bile İngiltere’de modern anlamda “kanun” anlayışının yerleştiği söylenemez. LUNDMARK, s. 304.

⁶¹ Bu heyetler, Common Law’da uygulanan *jüri sisteminin* kökeninde yer alır. KING / HAWLEY, s. 199-200.

⁶² KING / HAWLEY, s. 189-190.

⁶³ JENKS, s. 58-59; KING / HAWLEY, s. 190. XIII. yüzyılın ortalarında Henry Bracton (1210-1268) tarafından hazırlanan *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (İngiltere’nin Hukuk ve Örfü) isimli kitap, *Year Books* neşrinde oldukça etkili olmuştur. Bu eser, içerisinde yer alan iki bini aşkın yargı kararı örneği ile İngiliz hukukunu rasyonel bir sistem hâlinde izah etmektedir. LUNDMARK, s. 347-348.

⁶⁴ “Stare Decisis” in **Oxford Dictionary**, Erişim: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/us/stare-decisis>, 05.11.2017.

⁶⁵ “Hukukun yeknesaklığı prensibini kabul etmiş bir hâkimin karşısında dâvanızın müdafaası için onun meslektaşlarından biri, hatta bizzat o hâkim tarafından verilmiş olup da müvekkilinizin menfaatine uygun bulunan bir kararı zikretmekten daha müessir ne olabilir? Hasnınız da, zıt bir nokta-i nazar ifade eden başka bir hükmü öne sürerek size cevap vermek mecburiyetindedir. Her iki taraf da kendi nokta-i nazarının kazaî otoritenin sıklet merkezince tasvip ve takviye edilmekte olduğunu ileri sürecek ve emsallerden delil çıkarma faaliyeti başlayacaktır” JENKS, s. 58.

⁶⁶ “Writ, en basit izah ile bir nevi dâva arzuhalidir. Common Law’da dâva mevzuu olabilecek tarz ve hareketler muayyen ve mahduttur. Writ’ler de, her dâva mevzuu için muayyen bir formül olmak üzere evvelden hazırlanmıştır. Davacı, Royal Chancery’ye gittiği ve oradaki kâtibe dâvasının mevzuunu anlattığı zaman, eğer şikâyet etmekte bulunduğu ef’al ve harekât, o ana kadar Common Law hâkimlerince, hakkında dâva açılabilir

hâlinde formalize edildi. Böylece Common Law yargıçları, yeknesaklık uğruna, *ubi remedium ibi ius* özdeyişine⁶⁷ sığınıyor ve hayatın getirdiği yeni ihtilâflara çözüm sunmamakta direniyordu. Tam bu noktada, bir kanuna istinaden⁶⁸, *Lord Chancellor* (Adalet Bakanı) devreye girerek, mahkemeler tarafından dikkate alınmayan davaları bizzat görmeye ve ilâm niteliğinde kararlar vermeye başladı⁶⁹. Takip eden yaklaşık dört asır boyunca Chancellor ve onun nezdinde kurulan *Court of Chancery*, davanın formundan ziyade âdil sonuçlara odaklanan hakkaniyet hukukunu (*Equity Law*) yarattı⁷⁰.

Uzun zaman birlikte faaliyet gösteren Common Law mahkemeleri ile Chancellor arasında uyuşmazlık çıktığında, *Equity Law*'a üstünlük tanınmaktaydı⁷¹. Nihayet 1873-1875 yıllarında kabul edilen *Judicature Acts*, yargı yerlerini birleştirerek, her iki hukukun da tek bir yargı düzeni tarafından uygulanmasını sağladı. Bugün genel olarak hepsine *Common Law* denilse de⁷², *Equity Law*'un ilkeleriyle (eski - dar anlamda) Common Law çeliştiği takdirde yargıçlar, *Equity Law*'u tercih etmek durumundadır⁷³.

Parlâmentonun çıkardığı kanunlardan (*Acts of Parliament*) oluşan *Statute Law*, Common Law sisteminde mahkemeleri bağlayan bir hukuk kaynağıdır. Ancak yukarıda değinildiği üzere, söz konusu ülkelerde yasama organı, tarihî seyir içerisinde yargıçlarca

bir mevzu olarak kabul edilmemişse, bittabi bu mevzuda bir writ formülü de tesbit edilmemiş ve mevcut bulunmamış olduğundan, davacıya verilen cevap şudur: 'Maalesef, şikâyet ettiğiniz bu mevzuda bir dâva açamayacaksınız. Çünkü Common Law'da böyle bir dava mevzuu ve binnetice kendisinden müşteki olduğunuz kimseyi bu mevzuda mahkemeye celbedilebilecek bir writ şekli yoktur'. Buna mukabil, davacının şikâyeti şayet bir dâva mevzuunu teşkil ediyorsa, bu takdirde bunun ne dâvası olduğu araştırılır, bu husustaki writ formülü bulunur, açık yerleri doldurulur ve muayyen bir ücret mukabili davacıya satılır. Davacı, ancak bu writ ile müracaat ettiği takdirde ki mahkeme dâvaya bakar" JENKS, s. 64, dipnot: 1.

⁶⁷ Hukukî çare (dava) varsa, hak vardır anlamına gelen Latince söz. JENKS, s. 64, dipnot: 1.

⁶⁸ İkinci Büyük Westminster Statüsü (1285).

⁶⁹ Yakın zamana kadar *Lord Chancellor*, gerek yasama, gerek yürütme, gerekse yargı alanında önemli yetkilere sahip olan nevi şahsına münhasır bir makamı. 2005 yılında Parlâmento tarafından kabul edilen *Constitutional Reform Act* ile *Lord Chancellor*'ın yargısal yetkileri elinden alınmış ve yasama organındaki fiilî başkanlık görevine son verilmiştir. Reformla ilgili detaylı bilgi için bkz. YOLCU Serkan, **İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler**, Ankara 2011.

⁷⁰ JENKS, s. 63 ve devamı; CORKERY Jim, "The English Courts and the Rise of Equity", **The National Legal Eagle**, Volume: 7, Issue: 2 (Spring 2001), Article Number: 6; "Equity" in **Oxford Reference**, Erişim: <http://www.oxfordreference.com>, 05.11.2017.

⁷¹ I. James döneminden itibaren (1616).

⁷² Common Law, *Equity Law*'un yanı sıra *Law Merchant* (Tüccar Hukuku) ve *Canon Law*'u (Kilise Hukuku) da bünyesinde eritmiştir. Konuyla doğrudan ilgisi bulunmadığından bunların teferruatına girilmeyecektir. *Law Merchant* ve *Canon Law* hakkında detaylı bilgi için bkz. JENKS, s. 50-55; KING / HAWLEY, s. 214-215.

⁷³ Daha çok *Novum Organum* isimli eseriyle bilinen Sir Francis Bacon, meslek itibarıyla hukukçu olup, I. James'e *attorney general* (bir nevi başsavcı, kralın danışmanı) olarak hizmet verdiği dönemde *Equity Law*'un üstünlüğü kuralını getiren kişidir. *Lord Chancellor* makamında bulunduğu yıllar ise (1618-1621), Common Law'u donmaktan kurtarmıştır. Tümdengelimine karşı tümevarım yöntemini savunarak bilim devriminin temellerini atan Bacon'ın, aynı zamanda İngiliz Hukukunda *icthâat kâpısını tekrar açan kişi* olması tesadüf değildir. Detaylı bilgi için bkz. KOCHER Paul H., "Francis Bacon on the Science of Jurisprudence", **Journal of the History of Ideas**, Volume: 18, Number: 1 (January 1957), s. 3-26.

yaratılan normlara (Common Law'a) olabildiğince az müdahale etmiş ve çoğunlukla tamamlayıcı-yorumlayıcı bir rol üstlenmiştir⁷⁴.

Fransa, Almanya ve Türkiye gibi ülkelerde *kanun* dendiğinde genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli kurallar akla gelir. Muayyen bir kişi, nesne yahut olaya yönelen kanunlar (şekli kanun⁷⁵) istisnadır. Dolayısıyla Kıta Avrupası'nda kanunlar sayıca az, kapsamca geniş ve tüketicidir. Common Law sisteminde ise durum tam tersidir: kanunların sayısı nispeten daha fazla, ancak içerdikleri hükümler somut, özel ve bireyseldir⁷⁶. Bu sistemde kanunlar; ekseriya yargıç yapısı hukuku (*case-law*) tamamlamak, yorumlamak veya somut-özel-bireysel durumlar için tadil etmekle yetinir⁷⁷. Amerika Birleşik Devletleri, kontinental tipte *kanun* denemelerine sahne olduysa da, Common Law sisteminin ruhuyla uyuşmayan bu teşebbüsler akamete uğramıştır⁷⁸.

Çalışmanın başlangıcında sınırları çizilen *yargısal içtihat* kavramının, Common Law literatüründeki izdüşümünü görebilmek için birkaç İngilizce (ve Latince) kelimenin anlamı üzerinde durmak gerekir. Evvelâ, *yargı kararı* karşılığı olarak İngilizcede *judicial decision* veya *judgement* sözcükleri kullanılır⁷⁹. Hukukî metinlerde sıkça karşılaşılan *jurisprudence* kelimesi ise üç farklı anlama gelebilir⁸⁰: 1) Hukuk

⁷⁴ MUMCU, s. 44.

⁷⁵ AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2018, s. 28 (İdare).

⁷⁶ LUNDMARK, s. 304. "Anglo-Sakson memleketleri ve Amerika gibi yazılı hukuktan ziyade teamüller ve emsali içtihatları tercih eden memleketlerde, kanunlar, emri ihtiva eden birer kaide olmaktan ziyade, bir direktif mahiyetinde kaideleri ihtiva ederler. Bunlar muayyen bir seri tasarrufta hâkime yol gösterecek mutavassıt bir hareket tarzını göstermekle iktifa ederler" ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: I, İstanbul 1966, s. 361.

⁷⁷ Örneğin 1996 tarihli Birleşik Krallık Hukuk Reformu Kanunu'nun (*United Kingdom Law Reform Act*) ilk kısmı, Common Law yargıçları tarafından konmuş "bir yıl ve bir gün kuralı"nın ilga edildiğini belirten tek bir cümleden oluşur: "The rule known as the 'year and a day rule' (that is, the rule that, for the purposes of offences involving death and of suicide, an act or omission is conclusively presumed not to have caused a person's death if more than a year and a day elapsed before he died) is abolished for all purposes". Benzer örnekler için bkz. LUNDMARK, s. 305.

(Kanun metnine erişim: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/19/section/1>, 17.11.2017. "Bir yıl ve bir gün kuralı"na dair detaylı bilgi için: https://www.law.cornell.edu/wex/year_and_a_day_rule).

⁷⁸ XIX. Yüzyıl Amerikan Reformcuları, hukukun bütün dallarının Kıta Avrupası'nda olduğu gibi kanunlaştırılması gerektiği görüşündeydi. David Dudley Field (1805-1894), bu amaçla Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Siyasî Kanun, Medenî Usûl Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu adlarıyla farklı birçok metin hazırlamıştır. Bunlardan Medenî Usûl Kanunu 1848'de başta New York olmak üzere yirmi dört eyalette, Ceza Kanunu on yedi eyalette, Medenî Kanun ise dört eyalette kabul edilmiştir. Metinlerin kanunlaşmasından sonra, uygulama Kıta Avrupası'ndaki gibi olmamış ve yargıçlar, kanun hükümlerini "Common Law'un o tarihte çekilmiş fotoğrafı" gibi görerek bağlayıcı olmaktan çıkarmışlar ve metni aşan / metinle çelişen kararlar vererek *case-law* geleneğini devam ettirmişlerdir. Detaylı bilgi için bkz. LUNDMARK, s. 308-310.

⁷⁹ Görece daha nâdir kullanılan *ruling* ve *holding* de aynı anlamı karşılayabilir. *Verdict* kelimesi ise, esasen yargıcın değil, jürinin verdiği kararları ifade eder. Bu bahisteki bütün sözcükler ve anlamları için bkz. **Merriam-Webster Dictionary**, Erişim: <https://www.merriam-webster.com/>, 18.11.2017.

⁸⁰ LUNDMARK, s. 89-90.

bilimi / hukuk disiplini (eski kullanım) 2) Hukuk felsefesi / hukuk kuramı (yaygın kullanım) 3) Belli bir mahkemece / belli bir konuda verilen kararların tamamı (yeni kullanım). Dolayısıyla, yukarıdaki kelimeler (*judicial decision*, *judgement* ve *jurisprudence*), yargısal içtihadın *kavramsal* değil, belki ancak *gündelik* karşılığı olabilir⁸¹.

Common Law sisteminde, eski yargı kararlarının, hâlihazırdaki uyuşmazlıkları da ilgilendiren bağlayıcı kısımlarına *ratio decidendi* adı verilir⁸². Yargı kararı, kendi muhataplarını her cümlesiyle etkilerken, sonraki benzer uyuşmazlıklar üzerinde sadece *ratio decidendi* vasıtasıyla otorite kurabilir⁸³. Şu hâlde, *ratio decidendi*, yargı kararının gelecekte canlanabilen taraflarıdır, denebilir⁸⁴.

Emsâl alınacak yargı kararının *ratio decidendi* dışında kalan ve eldeki uyuşmazlık için önem arz etmeyen bölümleri ise *obiter dicta* (tekil: *dictum*) ismiyle anılır⁸⁵. Bu bakımdan Common Law’da verilen her yargı kararı; biri *ratio decidendi*, diğeri *obiter dictum* olmak üzere iki parçalı bir yapboz gibidir. Ancak tam bu noktada belirtmek gerekir: yapboz, gelecekte emsâl teşkil edeceği her bir uyuşmazlıkta yeniden ve farklı tarzlarda -ama hep ikiye ayrılarak- oluşur. Yani geçmişte verilen yargı kararının bir kısmı, hâlihazırdaki uyuşmazlık bağlamında *obiter dictum* iken, gelecekteki başka bir dava için *ratio decidendi* olabilir⁸⁶.

Ratio decidendi, yargı kararından çıkan tümel-soyut bir kural olduğu için, çoğu zaman *principle* kelimesiyle ifade edilir⁸⁷. Soyutlama (tecrit)⁸⁸ yoluyla içinden *principle*

⁸¹ Bkz. Başlık I, “Yargısal İchtihat Kavramı”.

⁸² GOODHART Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, Volume: XL, Number: 2 (December 1930), s. 161-162.

⁸³ SALMOND John W., *Jurisprudence*, London 1913, s. 173; BANKOWSKI Zenon / MacCORMICK Neil D. / MARSHALL Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, in *Interpreting Precedents*, (Editors: Neil MacCORMICK, Robert S. SUMMERS and Arthur L. GOODHART), New York (Routledge) 2016, s. 336.

⁸⁴ Kavrama ilişkin başka bir tanım şu şekildedir: “*Ratio decidendi*, yargıç tarafından sarahaten yahut delâleten verilen, davada tarafların argümanlarıyla ortaya konmuş hukukî meselenin hâline yeterli gelen ve dava [sonucunda verilecek] kararın gerekçelendirilmesi için lüzumlu bulunan hükümdür” MacCORMICK Neil, “Why Cases Have Rationes and What These Are” in GOLDSTEIN Laurence, *Precedent in Law*, Oxford 1991, s. 170’ten aktaran: BANKOWSKI / MacCORMICK / MARSHALL, s. 338.

⁸⁵ McLEOD Ian, *Legal Method*, London 1999, s. 154-155; BANKOWSKI / MacCORMICK / MARSHALL, s. 336. Bu kavramı Fransız idarî yargısına taşıyan bir çalışma için bkz. LANNOY Marie, *Les obiter dicta du Conseil d’État statuant au contentieux*, Paris 2016.

⁸⁶ McLEOD, s. 148.

⁸⁷ Bu noktada *principle*’in karar metninde açıkça yer almadığını, yalnızca ondan *çıkarsandığını* vurgulamak gerekir. *Common Law*’da yargı kararı, yalnızca ilgili olduğu tikel-somut uyuşmazlığa hitaben kaleme alınır. Yargıçların bir karar metni içerisinde doğrudan tümel-soyut kural vaz’etme yetkisi yoktur. *Principle*, sonraki benzer uyuşmazlıkta diğer yargıç tarafından, emsâl kararı veren ilk yargıcın kullandığı ifadelerden soyutlanır. Örneğin *Supreme Court*’un (ABD Federal Yüksek Mahkemesi) herhangi bir kanun hükmünün anayasaya aykırılığına ilişkin verdiği karar, kontinental anlamda *kanunun iptali* niteliği taşımaz. Yalnızca *eldeki tikel-somut uyuşmazlık*

çıkarılabilen, yani bünyesinde *ilke* barındıran yargı kararlarına ise *precedent* denir⁸⁹. Common Law literatüründe, yargısal içtihat kavramını karşılamaya en yakın terim, işte budur⁹⁰. Precedent, getirdiği (yahut kendisinden elde edilen) ilke vasıtasıyla, hitap ettiği tarafların ötesinde bir tesir kazanır ve gelecekteki benzer uyuşmazlıklara emsâl teşkil eder. Dolayısıyla precedent kelimesini, *emsâl karar* şeklinde çevirmek de mümkündür.

Precedent kavramı, yukarıda kısaca değinilen *stare decisis* doktrininin merkezinde yer alır. Öyle ki *stare decisis*, bazen *doctrine of precedent* (emsâl karar doktrini) şeklinde anılmaktadır. Common Law sisteminde hukukî istikrar ve öngörülebilirliği sağlayan bu doktrin, hem dikey (*vertical*), hem yatay (*horizontal*) etkiye sahiptir⁹¹. Buna göre yargıçlar, önlerindeki ihtilâfı çözerken, hem üst mahkemelerce, hem de bizzat kendi mahkemelerince benzer ihtilâflarda verilmiş bulunan kararların ratio decidendi kısmından çıkan ilkelere uymak zorundadır⁹². Bağlayıcı güçteki (*binding*) bu kararlara *authoritative* (emredici) *precedent* denir. Doktrin aynı düzeydeki mahkemelerin birbirini takip etmesini mecbur tutmadığı için, bu mahkemelerin birinde verilen karar, diğeri için ancak *persuasive* (ikna edici) *precedent* oluşturur. Amerika Birleşik Devletleri'nde *stare decisis*, anayasa ve kanunların yorumuna da teşmil edilmiştir⁹³. Birleşik Krallık'ta ise (İskoçya hariç olmak üzere) mahkemeler, bu metinleri (Statute Law) serbestçe yorumlar⁹⁴.

bakımından ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırı görüldüğü ve uygulanmayacağı anlamına gelir. Yüksek Mahkeme, bu karardan çıkan *principle* vasıtasıyla, önüne gelen benzer her uyuşmazlıkta ilgili kanun hükmünü - anayasaya aykırı olacağı prensibinden ötürü- ihmal etmeyi sürdürür. Ayrıca bkz. METİN, s. 178.

⁸⁸ Kıta Avrupası'nda yüksek mahkemeler, söz konusu soyutlamayı kararın gelecekteki okuyucularına bırakmadan, bizzat yaparlar (zaten bunun için kurulmuşlardır). KOMÁREK Jan, "Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent", *The American Journal of Comparative Law*, Volume: 61, Number: 1 (Winter 2013), s. 170-171.

⁸⁹ "Precedent, kendi içinde ilke [principle] barındıran bir yargı kararıdır. Onun [kararın] altında yatan ve âmir unsurunu teşkil eden ilke, ekseriya ratio decidendi olarak adlandırılır. Somut karar, onun tarafları arasında [için] bağlayıcıdır; ancak herkes açısından hukukî kuvvete sahip bulunan ise yalnız soyut ratio decidendi'dir" SALMOND, s. 173. Aynı yönde: CARDOZO, s. 28.

⁹⁰ Ünlü Fransız sosyolog Bruno Latour'un, Conseil d'État'nin etnografisini çıkardığı *La Fabrique du droit* (Paris 2002) adlı eserinin İngilizce çevirisinde, içtihat (*jurisprudence*) karşılığı olarak *precedent* terimi kullanılmaktadır. LATOUR Bruno, *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'État*, (Translated by Marina BRILMAN and Alain POTTAGE), Cambridge 2010, s. 11.

⁹¹ Bugün ismi *Supreme Court of the United Kingdom* (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi) olan *House of Lords* (Lordlar Kamarası), yakın zamana kadar doktrinin yatay etkisini oldukça katı bir biçimde benimseyerek, yasama organı tarafından aksi düzenlenmedikçe eski kararlarıyla kendini sıkı sıkıya bağlamaktaydı. Ancak 1966 yılında Yüksek Mahkeme, hata ve toplumsal değişim / dönüşüm sebepleriyle eski kararlarındaki ilkelerden dönerek yeni ilkeler benimseyebileceğini kabul etmiştir. LUNDMARK, s. 349.

⁹² Burada hukukî değil, yüzyıllar boyunca oluşmuş geleneksel bir zorunluluk kast edilmektedir. Zira gerek Birleşik Krallık, gerekse ABD'de bu konuda mahkemeleri zorlayan bir kanun hükmü yoktur. BANKOWSKI / MacCORMICK / MARSHALL s. 327; LUNDMARK, s. 358.

⁹³ SUMMERS Robert S., "Precedent in the United States (New York State)", *Interpreting Precedents* içinde, s. 355.

⁹⁴ BANKOWSKI / MacCORMICK / MARSHALL s. 328-329.

Common Law davalarında hukukî muhakeme, neredeyse hep geçmiş kararlara yapılan atıflar ve stare decisis doktrini etrafında gelişir. Bu kapsamda kararın bağlayıcılık düzeyi ve atıfta bulunulan kısımların ratio decidendi teşkil edip etmediği tartışılır. Mahkeme, zâhiren bağlayıcı duran emsâl karardan iki şekilde ayrılabilir (*departure from precedent*):

- 1) Emsâl gösterilen kararın, kendinden önceki diğer emsâller yahut kanun hükmü dikkate alınmadan verildiği anlaşılırsa bu karar *per incuriam*⁹⁵ sayılır ve mahkeme nezdinde bağlayıcılığını yitirir⁹⁶.
- 2) Mahkeme, maddî vakıalar arasındaki farklılıklardan hareketle, eldeki tikel-somut uyuşmazlığın, emsâl gösterilen kararın ratio decidendi'sinden çıkan ilkeye altlanamayacağını ortaya koyarak bağlayıcı etkiden kurtulma imkânına sahiptir (*distinguishing*)⁹⁷.

Tikel-somut uyuşmazlığın çözümünde Common Law yargıcının, Kıta Avrupası'ndan farklı olarak endüktif (tümevarımlı) düşündüğü söylenir. İki hukuk sistemini karşılaştıran birçok eserde göze çarpan bu hatalı tespit, ilk başlıkta izah edilen *normun keşfi* → *olguların norma altlanması* → *gerekçelendirme* aşamaları ile uyuşmazlık-ötesi *tümel-soyut kuralların yaratımı* ameliyesinin birbirine karıştırılmasından kaynaklanır⁹⁸. Çünkü *olguların norma altlanması* aşamasında Common Law yargıcı da, aslında tıpkı Kıta Avrupası yargıcı gibi dedüktif düşünmektedir⁹⁹. Tek fark, büyük öncülün Kıta Avrupası'nda yasama, Common Law'da yargıç kaynaklı olmasıdır. Dolayısıyla, iki hukuk sistemi arasında illa bir tündengelim-tümevarım karşıtlığı kurulacaksa, bunun doneleri, tikel-somut uyuşmazlığın çözümünde değil, **tümel-soyut kuralların yaratım sürecinde** aranmalıdır¹⁰⁰.

⁹⁵ Latince ifade, literal olarak “dikkat eksikliği ile” yahut “dikkatsizlikle” (*through lack of care*) şeklinde çevrilebilir. McLEOD, s. 152.

⁹⁶ BANKOWSKI / MacCORMICK / MARSHALL, s. 328; McLEOD, s. 152-153.

⁹⁷ SUMMERS, s. 390; EISENBERG Melvin A., “The Principles of Legal Reasoning in the Common Law”, **Common Law Theory**, (Edited by Douglas E. EDLIN), New York 2007, s. 93.

⁹⁸ Bu konudaki örnekler ve detaylı açıklama için bkz. LUNDMARK, s. 287-292.

⁹⁹ CARDOZO, s. 20; SEROZAN, s. 13. Eğer durum böyle olmasaydı, Anglo-Sakson hukukunda sosyolojik hukuk okulu ve hukukî realizm gibi anti-formalist, anti-pozitivist hareketlerin doğmasına gerek kalmazdı. (Bu hareketlere ilerleyen başlıklarda değinilecektir).

¹⁰⁰ CARDOZO, s. 22-23.

III. YARGISAL İÇTİHADIN DOĞUŞU

Yargısal içtihat, semantik belirsizlik ve düzenlenmemiş durum (boşluk) hâllerinde ortaya çıkar. İlk durumda yargıç, elindeki normu *yorumlayarak*, ikinci durumda ise *yeni bir norm yaratarak* içtihat üretir. Çalışmanın bu kısmı, yargıcı *cehd etmeye* iten hâller üzerinden, yargısal içtihat üretimine odaklanacaktır.

A. SEMANTİK BELİRSİZLİK¹⁰¹ VE YORUM

Elma kelimesinin telâffuzunda çıkarılan sesler yahut yazımında kullanılan harflerle, malum meyve arasında hiçbir zorunlu-maddî irtibat yoktur. Zira aynı meyve, diğer dillerde başka ses, hareket veya işaretlere tekabül edebilir. Şu hâlde elma kelimesinin anlamı, muayyen bir insan topluluğunun¹⁰² mutabakatından (*convention*) ibarettir. Semiyotiğin (genel dil bilimi - göstergebilim) alt dalı olan *semantik*, işte bu mutabakata dikkat kesilir ve dilsel ifadeleri, dil-dışı dünyadaki karşılıkları açısından inceler¹⁰³.

Günlük hayatta gerçek kişiler arasında ortaya çıkan semantik belirsizlikleri çözmek, nispeten kolaydır. Zira kullanılan dilsel ifadenin (işaret, *sign*) dil-dışı karşılığı (*designatum*) üzerinde ihtilaf çıkarsa, iletişimin iki tarafı (alıcı, *receiver* - verici, *sender*) tekrar irtibat kurarak ek-açıklayıcı işaretler yardımıyla anlaşılabılır¹⁰⁴. Vericiden yeni bir işaret almanın mümkün olmadığı hâllerde alıcı(lar), anlaşılması / uygulanması gereken dilsel ifade ile baş başadır. *Hermenötik* (yorum bilgisi) adı verilen disiplin; kutsal kitap, sanat eseri yahut kanun metni karşısında din adamı, sanatçı ve hukukçuya (bu çalışma bağlamında yargıca) yardımcı olur¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Auslegungssituation*. MAKONEN Kaarle, **Zur Problematik der juristischen Entscheidung**, s. 78 ve devamından naklen SILTALA, s. 8. Yazar, Almanca ibareyi İngilizceye *semantically vague situation* şeklinde çevirmektedir.

¹⁰² Burada sözü edilen insan topluluğu, yalnızca Türkçe veya İngilizce konuşanlar değil, belli bir mesleğin mensupları hatta küçük bir arkadaş grubu bile olabilir. Hukukçuların *takas*, Hababam Sınıfı'nın ise *inek* kelimesine ayrı / özel bir anlam yüklemesi gibi. Yapay zekâ konusundaki gelişmeler hesaba katıldığında bu tarifi *bilinçli varlıkların mutabakatı* şeklinde tashih etmek de mümkündür.

¹⁰³ GRÜNBERG Teo, "Anlama, Belirsizlik ve Çok-Anlamlılık Üzerine Bir Araştırma", **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi**, Cilt: 8, Yıl: 1970, s. 302.

¹⁰⁴ GÖZLER'e ait şu örnek, meselenin anlaşılmasında yardımcı olabilir: "Anne kızına 'kızım tuzluğu ver' diyor. Küçük kız, tuzluğun ne olduğunu bilmiyor. 'Tuzluk ne demek' diye soruyor. Anne de parmağıyla tuzluğu gösteriyor. Küçük kız da tuzluğu annesine veriyor. Bu örnekte verilen emrin yerine getirilebilmesi için, küçük kızın 'tuzluk' dilsel işaretinin anlamını, yani bu işaretin dil dışı karşılığını bilmesi gerekir. O da bunun ne anlama geldiğini bizzat emri verene sorarak öğreniyor ve emri yerine getiriyor." GÖZLER Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara 1998, s. 153 (Yorum).

¹⁰⁵ *Yasama yorumu* müessesesinin uygulandığı dönemlerde yargıcın bu denli *yalnız* olmadığını belirtmek gerekir.

Hukuk dili, doğal dil ile yapay dilin¹⁰⁶ terkididir. Hukukî metinlerde yer alan kelimelerin önemli bir kısmı (hak, ödev, şirket vb.) dış dünyadaki somut bir gerçekliğe karşılık gelmez¹⁰⁷. Dahası bu metinler, neredeyse her zaman çok sayıda insanın müşterek katkısıyla son şeklini alır. Söz konusu özellikler, modern ulus-devletlerde kanun koyucuya atfedilen *seküler kutsiyet* ile birlikte düşünüldüğünde, adalet gibi aksiyolojik bir amaca¹⁰⁸ yönelen yargıcın, yorum bilgisine ne denli -belki din adamı ve sanatçıdan daha fazla- ihtiyaç duyduğu anlaşılabilir.

Ünlü semiyotikçi Umberto Eco'nun yaklaşımından¹⁰⁹ hareketle hukukî yorum teorileri; kanun koyucuya (sübjektif), kanun metnine (objektif) yahut yargıca (realist) odaklanılması üzerinden üçlü bir tasnife tabi tutulabilir¹¹⁰. Sübjektif teori, kanun koyucunun tarihsel iradesini esas alır. Buna göre yargıç, karşılaştığı semantik belirsizliği -hazırlık çalışmaları, gerekçe metni ve diğer belgelerin yardımıyla- kanunun yapıldığı döneme gidip, kanun koyucunun niyetine uygun bir yorumla aşmalıdır. Yani isabetli yorum¹¹¹ mümkündür ve bu hususta otorite, kanun metnini kaleme alanlardır¹¹².

¹⁰⁶ Doğal dilde, belli bir dilsel ifadenin anlamı üzerindeki mutabakat kendi kendine, tabii olarak gerçekleşmiştir (*elmanın aklı ilk gelen meyve anlamı gibi*). Yapay dilde ise dilsel ifadenin anlamı sonradan, bilinçli olarak belirlenir (Türk Ceza Kanunu'ndaki *gece* tanımı gibi). GRÜNBERG, s. 302-303.

¹⁰⁷ Hart, bu durumu *anomaly* kelimesiyle nitelendirerek izah etmektedir. HART Herbert Lionel Adolphus, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford 1983, s. 23. Aynı yönde: SCHOOTEN Hanneke Van, "Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication" in **Interpretation, Law and the Construction of Meaning**, (Editors: Anne WAGNER, Wouter WERNER and Deborah CAO), Dordrecht 2007, s. 5.

¹⁰⁸ Tabiri Stig Strömholm'den nakleden: AARNIO s. 245, dipnot: 18; (Ayrıca bkz. GÖZLER, Yorum, s. 153, dipnot: 17).

¹⁰⁹ ECO Umberto, **Yorum ve Aşırı Yorum**, (Çeviren: Kemal ATALAY), İstanbul 2017. Yazara göre yorum faaliyeti, odaklanılan üç farklı hedefe göre farklılaşır: 1) Yazarın niyeti (*intentio auctoris*) 2) Metnin niyeti (*intentio operis*) 3) Okurun / yorumcunun niyeti (*intentio lectoris*).

¹¹⁰ BERKİ, başlıca üç tefsir nazariyesinden (yorum teorisi) söz eder: "1- *Ahvalin küllisinde hâkim kanunun, zamanından mülhem esas ve hükümleriyle bağlı kalmayıp hâdiselerin vukuu zamanındaki icap ve şartlara göre adalet ve hakkaniyete uygun olarak hâdiselerin hükmünü tayin etmek* 2- *Kanun vazıı her hâdiseyi düşünmüş farz ederek kanunu idare eden esas ve kaideler çerçevesi içinde vazıı kanunun maksat ve gayesine uygun olarak hâdiseleri hallü fasl etmek* 3- *Evvelâ kanunu lâfz ve ruhiyle tatbik etmek ve kanunun lâfz ve ruhiyle temas etmediği hâdiselerde örf ve âdeti, örf ve âdet de yoksa kanun vâzıı gibi hâkim içtihadını hâkim kılmak*" BERKİ Ali Himmet, **Hukuk Mantığı ve Tefsir**, Ankara 1948, s. 7. ODER, yorum teorilerini *yorumun hedefi* üzerinden üçe ayırır: "Yorum hedefinin ne olması gerektiği konusunda üç farklı kuram dikkat çekmektedir: (1) *Yorum hedefini, yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmak olarak gören öznel kuram* (2) *Yorum hedefini, kanunun nesnel iradesi olarak gören nesnel kuram* (3) *Yorum hedefini, hem yasa koyucunun hem de yasanın iradesini ortaya çıkarmak olarak gören karma kuram*" ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul 2010, s. 294. Gözler ise, klâsik yorum teorisi - realist yorum teorisi şeklinde ikili bir ayrım yapmaktadır. (Yazar, bu çalışmada *sübjektif ve objektif teori* şeklinde ayrı ayrı isimlendirilecek olan yorum anlayışlarını -ve bu kapsamda kullanılan yorum yöntemlerini- *klâsik yorum teorisi* başlığı altında toplamaktadır). GÖZLER, Yorum, s. 159.

¹¹¹ Mantık disiplini açısından hukukî önerme / vargıların *doğruluğundan* söz edilemeyeceği için "isabetli" kelimesi tercih edilmiştir. Bkz. UZUN, s. 21, 28; İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, İstanbul 2004, s. 3.

¹¹² Tam bu noktada, sübjektif yorum teorilerinin iradeci pozitivizm ile örtüştüğüne dikkat çekmek gerekir: "Yargısal kararın meşruluğunu, nesnel yorum yöntemlerinde görmeyenler, tarihsel norm koyucuyu bir dayanak noktası olarak alırlar (...) Hukuk, yalnızca norm koyucunun iradî bir işlemi olarak algılandığında, tarihsel yorumun sunduğu meşruluk seçeneği de kaçınılmaz olur (...)" ODER, s. 91.

Objektif teori, kanun metninin yürürlüğe girdikten sonra bağlamından koparak müstakil bir varlık kazandığını kabul eder. Şu hâlde yargıç, kendisinin yahut kanun koyucunun değil, bizatihi metnin iradesini dikkate almalıdır. Yapılan yorumun isabetliliği, kanun koyucuya veya yargıca (yorumcuya) değil, kanunun kendisine referans verilerek tespit edilir¹¹³.

Sübjektif ve objektif teori, kanun koyucuyu yahut kanun metnini yargıcın (yorumcunun) üstüne yerleştirerek, yorumu bilme-tanıma-anlama işi (*fonction de la connaissance*) olarak görür¹¹⁴. Yorum faaliyetini bir irade-yaratma işi (*fonction de la volonté*) şeklinde mütalaa eden realist teori ise, yargıcı (yorumcuyu) önceler¹¹⁵. Buna göre kanun metninin anlamı daima müphemdir. *Norm* denen şey de zaten kanun metni değil, ona yargıç tarafından tayin edilen anlamdır¹¹⁶. Öyleyse yorum kaçınılmazdır ve yargıç, her hâlükârda hukuk yaratmaktadır¹¹⁷. Kanun metni her zaman semantik belirsizlikle malul addedildiğinden, sübjektif ve objektif teorilerin benimsediği *açık hüküm yorumlanmaz*¹¹⁸ ilkesi, realist teoride kabul görmez. Yorumcuya tanınan merkezi rolün doğal sonucu olarak realist teori, isabetli yorum yerine, *otantik-geçerli yorum* kavramını önemser¹¹⁹.

Sübjektif ve objektif teori, normun tek ve açık anlamlı olma ihtimalini (izomorfik durumu) yadsımaz. Buna mukabil, normu *yargıcın sonradan yarattığı şey* olarak yeniden tanımlayan realistler için semantik belirsizlik, kanun metninin özneliğidir (ona içkindir)¹²⁰. Dolayısıyla izomorfik durumdan söz edilemez. Yani

¹¹³ “Kendisine koyduğu kurallarla neyi amaçladığı sürekli olarak sorulan büyük yasa koyucu Solon’un bu soruları yanıtsız bırakıp Atina’dan uzaklaşması (...) nesnel yorumun kapısını açan tipik bir davranıştır” SEROZAN, s. 103.

¹¹⁴ TROPER, s. 98; GÖZLER, Yorum, s. 191. Yorumu bilme / anlama işi olarak gören bu iki yaklaşıma *bilişsel teori* (la *théorie cognitive*) de denmektedir. GUASTINI Riccardo, “Interprétation et description de normes”, *Interprétation et droit*, Bruylant-Bruxelles et Presses Universitaires d’Aix Marseille 1995, s. 89.

¹¹⁵ TROPER, s. 99; GÖZLER, Yorum, s. 192. “Bilindiği üzere Kelsen öğretisinde yargısal yorum, saf bilme / anlama işlemi (Erkenntnisakt) değil, yasama sürecine benzer biçimde ‘hukuk yaratan’ (Rechtsschöpfung) iradi bir işlemdir” ODER, s. 7. Bu yaklaşım, *şüpheli teori* (la *théorie sceptique*) adıyla da anılır. GUASTINI, s. 89.

¹¹⁶ TROPER, s. 105; GUASTINI, s. 95-96; CARDOZO, s. 125-126.

¹¹⁷ Realist yorum teorisinin özellikleri için bkz. GÖZLER, Yorum, s. 182-193.

¹¹⁸ *Clariss non fit interpretatio: mevrîd-i nassda ictihâda mesâğ yokdur.*

¹¹⁹ “Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur. Örneğin, bir yüksek mahkeme veya bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorum otantiktir. Keza devlet başkanının yorumu da, eğer işlemlerine karşı başvuru yolu yoksa otantiktir. Bu yorum doğru veya yanlış olmaya elverişli değildir. Kimse bu yoruma karşı çıkamaz. Zira bir yandan bu yorumun karşılaştırılacağı standart bir yorum yoktur; diğer yandan ise, bu yorum iptal edilemez ve içeriği ne olursa olsun sonuçlarını doğurur. O hâlde onun sadece geçerli olduğu söylenebilir” GÖZLER, Yorum, s. 192. “Kelsen, yalnızca hukuku uygulayan makamların, hukuken bağlayıcı anlamda ‘hukuk yaratıcı’ yorumlar yapabileceklerine dikkat çekmiş ve hukuku uygulayanların yorumunu da ‘otantik yorum’ olarak tanımlamıştı” ODER, s. 8. Kelsen’den önce geleneksel olarak, “otantik yorum” denildiğinde bizzat o tasarrufu koyanın yaptığı yorum (yasama yorumu gibi) anlaşılmaktaydı. TROPER, s. 100.

¹²⁰ GUASTINI, s. 96.

çalışmanın başlangıcında verilen tanım açısından düşünüldüğünde realist teori, yargısal içtihat kavramını, *bütün yargı kararlarını kapsayacak ölçüde* genişletmektedir.

Hukukî yorum teorilerinden sonra, literatürde yer verilen başlıca yorum yöntemlerine de kısaca değinmek gerekir¹²¹. *Bir metin kendini, kendi adına konuşur* fikrini yansıtan¹²² lafzî (sözel, deyimsel) yorumda, kanun maddelerinin anlamı, içerdiği sözcüklere, sözcüklerin cümle içinde yer alışına, cümlelerin sentaksına ve noktalama işaretlerine göre belirlenir¹²³. Aslında bu, her yorumcunun başlangıçta mecburen yaptığı bir şeydir. Zira evvelâ kanunun metniyle karşılaşılır. Lafzî yorumun müstakil bir yöntem olarak işlevi, farklı (ve özellikle genişletici) yorumları *dışlamak* için kullanıldığında ortaya çıkar¹²⁴. Yargıç bu yöntemle, metinde yer alan ibareleri ilk ve genel kabul gören anlamlarına irca ederek kanunun otoritesini tanır¹²⁵ ve hukukî istikrara katkıda bulunur¹²⁶.

Hukuk düzeninin tutarlı bir bütün oluşturduğu varsayımından yola çıkan sistematik (mantıkî) yorum, uyumsuzluğa ilişkin kanun maddesine, aynı kanunun diğer kısımlarına ve onun da üstündeki diğer normlara hâkim bulunan hedef ve ilkeler doğrultusunda anlam vermeyi önerir¹²⁷. Bir norm, uyumsuzluğa ilişkin, ancak eksik olabilir (örneğin kural koyar fakat yaptırımını öngörmez). Sistematik yorum, *lex imperfecta* adı verilen bu durumda¹²⁸ söz konusu normu, aynı düzenin parçası olan diğer norm, kavram ve prensiplerle tamamlayarak normatif bütünlüğü sağlar¹²⁹.

Kanun metnine anlam tayin edilirken geçmişe ait olay, belge veya tecrübelere atıfta bulunulmasına tarihsel yorum denir. Sübjektif teori, kanun koyucunun iradesine ulaşmak için bu yönteme mecburdur¹³⁰. En çok sübjektif teoride kullanılmasından olsa

¹²¹ Yorumla dair eserlerde, yorumu yapan kişi / organ üzerinden bir ayrıma da yer verilir (yasama yorumu – bilimsel yorum - yargısal yorum). Okuduğunuz çalışma, yorum konusunu sadece yargısal içtihat (yargısal yorum) bağlamında ele aldığı için bu ayrıma girmeye gerek görülmemiştir. Söz konusu ayırım için ayrıca bkz. METİN, s. 175-184; GÖZLER, Yorum, s. 162-166.

¹²² METİN, s. 186.

¹²³ TROPER, s. 103; GÖZLER, Yorum, s. 166.

¹²⁴ GÖZLER, Yorum, s. 166-167.

¹²⁵ “Sözel yorum demokratik devlet, erkler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerinin gereği olarak yasama yetkisinin açıkça tanınmasını ifade eder. Sözel yorumun, tarihsel yorum karşısında dahi önceliğe sahip olması, hukuk devleti ile bağlantılı olarak hukuk güvenliğinin gereğidir” ODER, s. 296.

¹²⁶ “Lafzî yorum, yasanın içeriğinin gündelik, genel ve hukukî dil kullanımına uygun bir şekilde tasrih edici tasviridir (...) Lafzî yorumun en önemli yanı, hukukun kararlılığına yaptığı katkıdır” UZUN, s. 188.

¹²⁷ GÖZLER, Yorum, s. 169; UZUN, s. 90; METİN, s. 191; TROPER, s. 104.

¹²⁸ GÖZLER, Yorum, s. 170; METİN, s. 193.

¹²⁹ ODER, s. 291.

¹³⁰ Zira “tarihsel yorumun, norm koyucunun iradesini ve normun arka planındaki gerçekliği ortaya çıkarma işlevi” bulunmaktadır. ODER, s. 291.

gerek¹³¹, tarihsel yöntem, kimi zaman sübjektif teoriye has veya onunla eş anlamlı zannedilir. Hâlbuki yargıcın, objektif yahut realist bir biçimde de -kanun koyucunun iradesine uyma kaygısı gütmeksizin- tarihsel deneyimlere (eski yargı kararlarına, siyasî-sosyal-ekonomik hâdiselere) gönderme yapması mümkündür¹³². Bu yöntem, kanunun hangi koşullarda ve ne amaçla yapıldığını, o dönemde karşılık geldiği maddî vakıaları ve kanun üzerine yapılagelen yorumları gözler önüne sererek semantik belirsizliğin giderilmesine yardımcı olur.

Teleolojik (gaî / amaçsal) yorum; kanun metninin, onun varlık sebebini (*raison d'être*) teşkil ettiği düşünülen bir gaye (*telos*) çerçevesinde anlamlandırılmasıdır¹³³. Yoruma yön veren bu gaye, kanun koyucunun tarihsel amacı (sübjektif) yahut metnin nesnel amacı (objektif) şeklinde tezahür edebilir¹³⁴. Teleolojik yorum, kanunun ruhunu öne çıkardığı ve hukukî istikrarı sarsma potansiyeli taşıdığı için¹³⁵ lafzî yorum ile gerilim içerisindedir¹³⁶.

Birden fazla yorum yönteminden istifade edilmesi, hukuk uygulamasında sık rastlanan bir durumdur. Teleolojik yorumda ise bu, bir mecburiyete dönüşür. Zira ister sübjektif, ister objektif karakterde olsun, kanuna *amaç* atfedebilmek için -lafzî, sistematik veya tarihî- en az bir argüman daha gerekir¹³⁷. Bu bağımlılık, teleolojik yorumda *amaç çokluğu sorunu* (norma birbiriyle çatışan / yarışan amaçlar atfedilebilmesini) ortaya çıkarır¹³⁸. Problematik yanlarına rağmen, kanunun hukukî değerine vurgu yapmak¹³⁹ ve hakkaniyeti sağlamak bakımından işlevsel bulunduğu için teleolojik yoruma başvurulmaktadır.

¹³¹ "(Ö)znel kuram, çoğunlukla tarihsel yoruma; yorum hedefini kanunun nesnel iradesini ortaya çıkarmak olarak gören nesnel kuram ise çoğunlukla nesnel-teleolojik yoruma üstünlük tanır" ODER, s. 294.

¹³² METİN, s. 194-195; UZUN, s. 89.

¹³³ Bu gayeye *ratio legis* adı verilmektedir. *Lexique des termes juridiques*, (Daloz) Paris 2007, s. 542.

¹³⁴ KAYA Asım, "Amaçsal Yorum", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2014, Sayı: 4, s. 367; TROPER, s. 104.

¹³⁵ GÖZLER, Yorum, s. 172.

¹³⁶ Bu sebeple teleolojik yorumun *son çare* olması gerektiği savunulmaktadır. UZUN, s. 199.

¹³⁷ ODER, s. 113. Örneğin Danıştay bir kararında teleolojik-genişletici yorum yapabilmek için kanunun gerekçesinden (tarihsel argümandan) istifade etmektedir: "1897 sayılı Kanunun gerekçesinde, evvelce intibakı yapılanlarla sonradan göreve alınacakların intibakı arasında mutabakat sağlamak amacının açıkça belirtildiği; bütün bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, C/5 fıkrasındaki 'özel okul' ibaresinin kelime anlamında değil, özel öğretim kurumlarını da kapsayan biçimde geniş anlamda anlaşılması gerektiği (...)" Danıştay 5. Dairesi, 16.02.2000, E. 1999/4809, K. 2000/541 (Legalbank).

¹³⁸ Oder, bu duruma *amaç çoğulluğu* demektedir (ODER, s. 112). Işıktaç ve Metin ise *niyet çokluğu ve çatışması* terimini kullanır (IŞIKTAÇ Yasemin / METİN Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2012, s. 218). Bu çalışmada daha uygun görülen *amaç* ve *çokluk* kelimeleri tercih edilmiştir.

¹³⁹ ODER, s. 291.

Yorum faaliyeti, normun kapsamı (uygulama alanı) üzerindeki etkisi açısından da incelenir. Norma (yahut normda yer alan bir terime), zihinde ilk uyananın ötesinde bir anlam kazandırılmasına genişletici yorum denir¹⁴⁰. Normun (yahut normdaki bir terimin), ilk bakışta kapsadığı düşünülen bazı durumları dışarıda bırakacak şekilde anlamlandırılması ise daraltıcı yorumdur¹⁴¹. Genişletici yorum norma, daha fazla sayıda tikel-somut olaya uygulanabilecek bir şümûl verir. Daraltıcı yorum, tam tersine, normun tatbik sahasını kısıtlar. Genişletici yahut daraltıcı yorumu tercih etmek, çoğu zaman yargıcın inisiyatifindedir. Bununla birlikte, kadim bir ilke¹⁴² uyarınca, istisna niteliğindeki hükümlerin genişletici yoruma tabi tutulmaması gerektiği söylenebilir.

Müteakip başlıkta, boşluk doldurma yöntemleri arasında ele alınacak olan analogi ile genişletici yorumu, uygulamada birbirinden ayırt etmek oldukça güçtür¹⁴³. Ancak en azından teorik plânda şöyle bir ayırım yapılabilir: genişletici yorum neticesinde yeni bir norm ortaya çıkmaz; sadece mevcut norm, dilbilgisinin müsaade ettiği nispette esnetilir. Analogide ise eldeki normdan istifade edilerek, onun kapsamına hiçbir surette dâhil edilemeyecek bir durum için yeni bir norm yaratılması söz konusudur¹⁴⁴.

B. DÜZENLENMEMİŞ DURUM¹⁴⁵ VE NORM YARATMA

Kanun koyucu, sonsuz bilgi ve öngörüye sahip değildir¹⁴⁶. Dilsel ifadelerin anlamı da bir yere kadar esnetilebilir. Öyleyse pozitif hukukta tikel-somut uyumsuzlukla ilgili hiçbir norm bulunmaması yahut bütün yorum yöntemleri kullanılmasına rağmen, uyumsuzluğun, kendisine en yakın norma altlanamaması muhtemeldir¹⁴⁷. *Boşluk*¹⁴⁸ denilen bu durumda yargıcın, görece pasif bir faaliyet olan yorumdan öteye geçerek,

¹⁴⁰ METİN, s. 206; GÖZLER, Yorum, s. 183; SEROZAN, s. 78.

¹⁴¹ METİN, s. 205; GÖZLER, Yorum, s. 183; SEROZAN, s. 78.

¹⁴² Latincesi "*singularia non sunt extendenda*" olan ve Roma hukukuna dayanan bu ilke, "*İstisnalar geniş yorumlanmaz*" manasına gelmektedir. Bkz. YONGALIK Aynur, "*İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Yıl: 2011, Sayı: 1, s. 1-15.

¹⁴³ SEROZAN, s. 117.

¹⁴⁴ Yorum ve analogi arasındaki sınır sorunları için bkz. METİN, s. 252 ve devamı.

¹⁴⁵ *Ungeregelte Situation*. MAKONEN Kaarle, **Zur Problematik der juristischen Entscheidung**, s. 78 ve devamından naklen SİLTALA, s. 9-10. Yazar Almanca ibareyi İngilizceye *unregulated situation* şeklinde çevirmektedir.

¹⁴⁶ "*Vâzı-ı kanun da nihayet insandır... Sosyal hayatın nâmutenahî büküntülerini ve temevvüçlerini önceden görmeye ve takdir etmeye imkân yoktur*" BAŞGİL Ali Fuat, **Konferanslar: Hukukun Ana Meseleleri ve Müesseseleri**, İstanbul 2008, s. 308.

¹⁴⁷ Hart, yargısal içtihadın doğuş ortamını *hukukun açık dokusu (open texture of law)* şeklinde isimlendirmektedir. HART Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, Oxford 1994, s. 128.

¹⁴⁸ Kavrama ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. AKTAŞ Sururi, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1-2, s. 1-28. (AKTAŞ soyadlı başka bir yazar da bulunduğu için bu esere yapılacak müteakip atıflarda isim de belirtilecektir).

başka yöntemler kullanması ve elindeki ihtilafla örtüşen yeni bir norm yaratması gerekir.

Tümel-soyut kuralların ekseriya mahkemeler tarafından üretildiği Anglo-Sakson sisteminde realist yorum teorisi baskındır. Bu ülkelerde, yorum - hukuk yaratma ayrımı yapılmaz¹⁴⁹. Kanun koyucuyu (sübjektif teori) ve kanun metnini (objektif teori) önceleyen Kıta Avrupası düşüncesi ise, yorum ile hukuk yaratmayı farklı şeyler olarak görür¹⁵⁰. Normun yokluğu ihtimalinde işlevsel olan bu ayrım, uyuşmazlıkla -şu veya bu şekilde- ilgili bir normun varlığı hâlinde silikleşir. Bu noktada objektif teorinin *yorum* diye nitelendirdiği genişletici bir çıkarım, sübjektif teoriyi benimseyenlerce *hukuk yaratma* olarak algılanabilir¹⁵¹.

Literatürde boşluk kavramı, neredeyse her yazar tarafından farklı tarz ve isimlerde birçok alt-türe ayrılmaktadır. Ne var ki bu ayrımlar, bizzat hukukun ve yorumun *ne idüğüne* ilişkin belli bakışların ürünüdür¹⁵². Söz gelimi, ancak kurumsal kaynaklara / otoritelere atfen yapılan pozitivist bir hukuk tarifi, *hukuk boşluğu* denilen şeyi mümkün kılabilir¹⁵³. Ahlâkî, siyasî, sosyal vb. değer, tavır ve ilkeleri (Kelsen'in tabiriyle *metajüridik* öğeleri) dışlamayan bir hukuk anlayışında¹⁵⁴ (tabî hukuk) yahut hukuku aksiyon hâlinde gören bir teoride (hukukî realizm) ise hukuk boşluğundan değil, belki ancak *kanun (pozitif düzenleme) boşluğundan* bahsedilebilir¹⁵⁵. Benzer şekilde *örtülü boşluk* yahut *gerçek olmayan boşluk*¹⁵⁶ kavramları da, kendilerini önceleyen

¹⁴⁹ METİN, s. 226.

¹⁵⁰ "Özellikle Amerikan anayasal içtihatları ve dinamik yorum anlayışı, bu tür bir farklılığın bulunmadığını, hukuk yaratmanın da yargısal yorum bağlamında değerlendirildiğini göstermektedir. Buna karşılık, yorum ve hukuk yaratmanın farklılığı, Kıta Avrupası hukuk kültüründe işaret edilen bir olgudur... (Y)orum, bilme ve anlamaya ilişkin -bilışsel- bir süreçken, hukuk yaratma istence bağlı -iradî- bir süreçtir... Yorum söz konusu olduğunda, yargıç hukuk yaratmaya oranla norma daha yakın ve edileğendir" ODER, s. 261.

¹⁵¹ "(S)özel yorum ya da tarihsel yoruma sıkı sıkıya bağlanma ya da göreceli bir üstünlük tanıma, aslında diğer yorum türlerinin hukuk yaratma olarak algılanması ile sonuçlanabilmektedir" ODER, s. 261.

¹⁵² WRÓBLEWSKI Jerzy, *The Judicial Application of Law*, (Edited by Zenon BANKOWSKI and Neil MacCORMICK), Springer Law and Philosophy Library: 15, 1992, s. 289. Meseleyi iyice karmaşık hâle getirdiğinden, bu çalışma bağlamında söz konusu ayrımların tek tek ele alınmasında fayda görülmemiştir. Boşluk türleri için bkz. METİN, s. 230-235; AKTAŞ (Sururi), s. 12-24.

¹⁵³ SILTALA, s. 10.

¹⁵⁴ Örneğin Duguit'ye göre yasama *bile* hukuk yaratmamakta, yalnızca bir sosyal gerçeklik olarak mevcut bulunan kuralları formüle etmektedir. WALINE (Marcel), s. 617.

¹⁵⁵ AKTAŞ (Sururi), s. 17.

¹⁵⁶ "Meier-Hayoz, boşluk doldurmanın bir taraftan kanunun yorumlanarak uygulanmasından, diğer taraftan, kanunun düzeltilmesinden ayrı olduğunu, bu farklılığın ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir. Gerçek olmayan boşluk kavramı bu üç alanın birbiriyle karışmasına neden olmaktadır. Bu nedenle gerçek olmayan boşluk kavramından vazgeçilmelidir" KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 50, Yıl: 2001, Sayı: 1, s. 95-96 (MEIER-HAYOZ Arthur, Schlussworth, Rechtsamwendung in Theorie undPrucis: Publikation über das Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Beiheft zur Zeitschrift für Schvveizerisches Recht, Basel 1993, s. 91'den naklen).

teleolojik problem sebebiyle yorum-hukuk yaratma arasındaki çizgiyi neredeyse tamamen yok eder¹⁵⁷. Nihayet, *boşluk* tabirinin kendisi dahi hukukun tam, tutarlı ve kapalı bir sistem olduğunu -tersinden- ima eden pozitivist bir tınıya sahiptir¹⁵⁸. Şu hâlde, yargısal içtihadın doğuşunu anlama bakımından, boşluk tanımı ve türlerinden ziyade, *yargıcın yaratıcı faaliyetine* odaklanmak gerekir.

Yargıç, ihtiyaç duyduğu yeni normu, aynı düzeydeki mevcut diğer norm(lar)dan ilham alarak yaratabilir. Analoji, evleviyet ve mefhum-u muhalif yöntemlerini içeren bu faaliyet, norm-bağımlı karakteriyle yoruma yakınsar¹⁵⁹. Bu ihtimalde yargıç -önündeki tikel-somut uyuşmazlığı kapsamasa da onunla şu veya bu şekilde ilişkili- bir veya birkaç pozitif normdan yararlanmak suretiyle, aslında kanun koyucunun plânı içerisinde kalmaktadır¹⁶⁰.

Analogia, Grekçede orantı (tenasüp) demektir. Bu kelimeden köken alan *analoji*, Batı dillerinde benzerlik veya benzerliğe dayalı akıl yürütme anlamında kullanılmaktadır¹⁶¹. Hukukî terim olarak analoji (örnekseme¹⁶²), bir norma ait hüküm ve sonuçların, normun kapsamı dışında kalan bir olguya, bu olgunun, kapsam içindeki diğerlerine benzerliği üzerinden bağlanmasıdır¹⁶³.

Genişletici yorumda, normun lafzî sınırları aşılmaz (ortada tek norm vardır)¹⁶⁴. Analojide ise mevcut normdan, benzer hüküm ve sonuçlar öngören *yeni bir norm* elde

¹⁵⁷ “Yargıç, hukuk sistemindeki bir boşluğu, salt mekanik ve mantıksal olarak belirleyemez (tanımlayamaz). Bu belirleme, doğrudan veya dolaylı olarak, empirik ve/veya yorumlayıcı bir faaliyet yoluyla olur. Dolayısıyla boşlukları belirleme (tanımlama) faaliyeti, en azından bazı davalarda, değer yüklüdür (value-laden)” AKTAŞ (Sururi), s. 5-6; “Hukukta bir boşluğun olup olmadığının belirlenmesi de bir yorum sorunudur. O yüzden de (yorum), boşluğu önceler” METİN, s. 226.

¹⁵⁸ BROEKMAN Jan M., “Beyond Legal Gaps”, *Law and Philosophy*, Volume: 4, Number: 2 (August 1985), s. 219-220.

¹⁵⁹ Öyle ki bu üç yöntem, bazı yazarlarca “yorumda kullanılan mantık kuralları” olarak görülmektedir. Bkz. GÖZLER, Yorum, s. 172 ve devamı.

¹⁶⁰ ODER, s. 262-263.

¹⁶¹ FARRAR John H.; “Reasoning by Analogy in the Law”, *Bond Law Review*, Volume: 9, Issue: 2, Year: 1997, s. 149; AARNIO, s. 103.

¹⁶² Bazen *örnekseme* yerine *yakıştırma*, *andırışma* gibi terimler de kullanılmaktadır. SEROZAN, s. 78.

¹⁶³ Türk hukuk literatüründe *analoji* karşılığı olarak *kıyas* kelimesi de kullanılmaktadır. İslâm hukuku menşeli bu kullanım, İmam-ı Şafii’den itibaren fıkıhta kıyasın analojiye indirgenmesinden kaynaklanır. Aslında kıyas kelimesi, mantikî tasım şekillerinin tamamını içeren bir üst-kavramın adıdır. Bu bakımdan analojiyle eş anlamlı görülmesi kavram kargaşasına yol açabilir. Detaylı bilgi için bkz. DURUSOY Ali, “Kıyas”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 25, Yıl: 2002, s. 525-529; APAYDIN Yunus, “Kıyas” (Fıkıh), *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 25, Yıl: 2002, s. 529-539. Aynı yönde bkz. METİN, s. 250.

¹⁶⁴ “Analoji de, geniş yorum gibi normun uygulama alanını genişletir. Ancak analojide normdaki boşluğa yanıt veren bir tür genişleme söz konusudur. Geniş yorumda ise boşluk ya da sözel sınırların aşılması durumu söz konusu değildir” ODER, s. 23.

edilir¹⁶⁵. Yaratılan bu yeni norm, mevcut normun düzenlediklerine *benzeyen* kapsam-dışı duruma uygulanır¹⁶⁶.

Analojide, *benzerlere benzer muamele edilmelidir* fikrinden hareket edilir¹⁶⁷. Eldeki tikel-somut uyuşmazlığın, norm kapsamındaki diğer durumlara *benzer* olup olmadığını ise yargıç takdir edecektir. Mevcut normdan, norm-dışı alana hukukî değer aktarımının yapıldığı bu aşama, analogi yönteminde özgün-yaratıcı çabanın (dolayısıyla yargısal içtihadın) tezahür ettiği andır¹⁶⁸. Zira yargıç, gerek normun *telos*'u (*ratio legis*), gerekse elindeki maddî vakıalar üzerine düşünmek ve hem tarafları, hem de hukuk câmiasını ikna edici argümanlar geliştirmek zorunda kalacaktır¹⁶⁹.

Çoğu zaman belli bir kanun maddesi analogiye esas teşkil eder. Bu duruma *birel analogi* (kanunî örneksime) denir. Bazen de analogi, ilgili hukukî müessese veya sisteme ilişkin normlar bütünü üzerinden yapılır. *Tümel analogi* (hukukî örneksime, ilke kıyası) adı verilen bu durumda birden fazla kanun maddesine hâkim olan müşterek ve genel prensipler gözetilir¹⁷⁰.

Evleviyet (*argumentum a fortiori*), norma ait hüküm ve sonuçların, kapsam-içi olgulara nispetle daha önemli / öncelikli bulunan kapsam-dışı bir olguya teşmil edilmesidir. Bu yöntem de tıpkı analogi gibi normun hüküm ve sonuçlarını, lafzî sınırların ötesine taşır. Analogiden farkı, söz konusu aktarımın benzerlik değil, *öncelik / önem* üzerinden gerçekleştirilmesidir¹⁷¹.

¹⁶⁵ “Sigara içmek yasaktır” → (Puro, sigaraya benzer) → “Puro içmek (de) yasaktır”. Mevcut normun sigara için öngördüğü “yasaklılık” sonucu, benzerlik üzerinden hakkında norm bulunmayan puroya aktarılır. (Örnek için bkz. GÖZLER, Yorum, s. 173).

¹⁶⁶ “(...) Genişletici yorum yasanın kelimeleriyle söylediği şeyin dışına çıkmakla beraber aslında onun hukuk politikası ile ilgili amacının çerçevesi içinde kalır. Analogi, yasa koyucunun yasal düzenleme sırasında hiç düşünmediği, amacının dışında kalmakla birlikte yine de bu amacın bağlı bulunduğu prensibe uygun olan durumların karara bağlanmasına yarar, yani tamamlanması arzu edilen alanı doldurur” METİN, s. 228.

¹⁶⁷ UZUN, s. 195. Bu fikri “aynı hukukî değere sahip olgular aynı sonucu doğurur” şeklinde ifade etmek de mümkündür. Bkz. GÖZLER, Yorum, s. 173.

¹⁶⁸ ODER, s. 265. “O halde, kıyasın can alıcı noktası, kıyaslanan olguların hukuki değerlerinin eşitliği üzerine ileri sürülen değer yargısında bulunur” GÖZLER, Yorum, s. 173.

¹⁶⁹ Kanun koyucu, mevcut normdaki hüküm ve sonuçların norm-dışı alana aktarılmasını arzu etmeyebilir. Bu durumda pozitif bir norm, analogiyi yasaklar. Örnek: Türk Ceza Kanunu, m. 2/3: “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada, genişletici yorum ile analogi arasındaki *gri alanı* da sanık lehine teminat altına almıştır. Bazen de kanun koyucu, atıf müessesesi ile söz konusu aktarımı emredebilir. Bu durumda yapılan analogi, *kanun gereği* olduğu için, gerçek anlamda bir boşluk doldurmadan söz edilemez. Örnek: Türk Borçlar Kanunu, m. 114/2: “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır”. Aynı yönde bkz. METİN, s. 255.

¹⁷⁰ ODER, s. 265; METİN, s. 254-255.

¹⁷¹ “Sigara içmek yasaktır” → (Esrar, sigaradan daha zararlı ve tehlikelidir) → “Esrar içmek (evleviyetle) yasaktır.”

Evleviyet yönteminin, büyükten küçüğe (*a maiori ad minus*) ve küçükten büyüğe (*a minori ad maius*) olmak üzere iki türü vardır. Büyükten küçüğe akıl yürütmede; *norm daha fazlasına izin veriyorsa, daha azına öncelikle izin verilmelidir* denir¹⁷². Küçükten büyüğe akıl yürütmede ise *norm daha azını yasakladıysa, daha fazlası öncelikle yasaklanmalıdır* şeklinde düşünülür¹⁷³.

Öncelik / önem değerlendirmesi, evleviyet yönteminin can alıcı aşamasıdır. Karşılaşılan yeni olgu, eldeki normun ratio legis'ine arz edilir¹⁷⁴. Eğer yeni olgu, normdaki hüküm ve sonuçları kapsam-içi olgulardan daha yüksek derecede hak ediyorsa sonuca varılır¹⁷⁵. Normun telos'u ve yeni durumun diğerlerinden *evlâ olmaklığı* konusunda yapılan söz konusu değerlendirme, yargısal içtihadın ortaya çıkmasına hizmet eder.

Mefhum-u muhalif (argumentum a contrario); kapsam-dışı olguların, norma ait hüküm ve sonuçların tam zıddına tabi kılınmasıdır¹⁷⁶. Norm içeriğini yeni durumlara taşıyan analogi ve evleviyetten farklı olarak bu yöntem, norma altlanamayan diğer bütün durumlar için bir *negatif norm* yaratır¹⁷⁷.

Normun kapsadığı olgular hakkında yapılan *özellik* tespiti, mefhum-u muhalif yönteminin en önemli safhasıdır. Zira yargıç, kapsam dışında kalan olguların *tam aksi şekilde düzenlenmesi gerektiği* neticesine ulaşabilmek için, normun belli olgulara *özellikle* yöneldiğini ortaya koymak zorundadır¹⁷⁸. Yargısal içtihadı doğuran bu tespit, çoğunlukla normun içinde bulunduğu hukuk dalının genel esasları¹⁷⁹ ile

¹⁷² Örnek-1: X bir taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına sahipse, intifa / irtifak hakkına *evleviyetle* sahiptir. Bkz. METİN, s. 265-266. Örnek-2 (Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisi 1961 Anayasası'nda açıkça yazmıyordu. Anayasa Mahkemesi bu konuda evleviyet yöntemini uygulamıştır): "(...) Anayasa'nın 113. maddesinde yalnızca bakanlıklara değil, kamu tüzel kişilerine bile yönetmelik, yapmak yetkisinin tanınmış olması karşısında, 15. maddesi uyarınca, yürütülmesi ile Bakanlar Kurulunun görevlendirildiği 933 sayılı Yasanın uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabileceği **öncelikle** kabul edilebilir" Anayasa Mahkemesi, 23-25.10.1969, E. 1967/41, K. 1969/57, **Resmî Gazete**, 12.03.1971, Sayı: 13776.

¹⁷³ Örnek: X, ihmalinden sorumlu tutuluyorsa, kastından *evleviyetle* sorumlu tutulur. Bkz. METİN, s. 266.

¹⁷⁴ METİN, s. 264.

¹⁷⁵ UZUN, s. 197.

¹⁷⁶ Dışlayıcı özelliği sebebiyle mefhum-u muhalif yönteminin lafzî yorumla benzeştiği söylenebilir. AARNIO, s. 105. Aynı yöntem, fıkıh terminolojisinde *mefhum-ül muhâlefe* şeklinde adlandırılır. Bkz. KOCA Ferhat, "Mefhum", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 28, Yıl: 2003, s. 350-353.

¹⁷⁷ Örnek: Evliliği çözme (boşanma, butlan, iptal) sebeplerinin kanunda yazılanlarla *sınırlı* görülmesi yahut vakıfların ticarî amaç izlemesinin *istenmediği* sonucunun, sırf böyle bir amacın kanunda *düzenlenmemiş* olmasından çıkarılması (SEROZAN, s. 79).

¹⁷⁸ GÖZLER, Yorum, s. 176.

¹⁷⁹ AARNIO, s. 106. Suç ve cezaların, verginin ve idarenin kanuniliği gibi anayasal ilkelerden dolayı özellikle kamu hukukunda ceza, yaptırım yahut yükümlülük getiren normlarda analogi yerine mefhum-u muhalif yöntemi tercih edilir.

gerekelendirilir. Olguların, normun lâfzında yer alan niceleyiciler (*expressis verbis: yalnızca, sadece, münhasıran* gibi kelimeler)¹⁸⁰ sebebiyle kapsam-dışı bırakılması ise *norm yaratmadan* ziyade, yukarıda incelenen *yorum* faaliyetine yaklaşır.

Analoji ve mefhum-u muhalif yöntemleri, aynı normdan hareketle, birbirinin tam zıddı sonuçlar doğurur. Yargıç, karşılaştığı yeni olgunun, mevcut norm kapsamındaki diğer olgulara benzediği ve aynı hükümlere tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyse analojiyi tercih eder. Eğer normun içerdiği olguları ayrı / özel görüyor ve bunların dışında kalan diğer bütün yeni durumlara aksi hükümlerin uygulanmasını istiyorsa mefhum-u muhalif yöntemine başvurur. Hangi yöntemin ne zaman uygulanacağı -pozitif hukukta açık bir yasak bulunmadığı sürece- yargıcın takdirine kalmıştır¹⁸¹. Yöntem seçimi konusundaki bu belirsizlik, mahkeme kararlarını çeşitlendirmek suretiyle yargısal içtihada alan açmaktadır. Bununla birlikte eşitlik, adalet ve nasafetin öncelendiği hâllerde analojinin, hukukî güvenlik ve öngörülebilirliğin önemli olduğu durumlarda ise mefhum-u muhalifin tercih edilmesi gerektiği söylenebilir¹⁸². Bilhassa kamu hukuku uyumsuzluklarında (idare, vergi, ceza) yargıç, seçtiği yöntemin güçsüz taraf (bireyler) aleyhine sonuç doğurmamasına dikkat etmelidir¹⁸³.

Yargıcın, analoji, evleviyet yahut mefhum-u muhalif yöntemleriyle ilham alacağı hiçbir pozitif norm bulunmasa da, önündeki tikel-somut uyumsuzlığa ilişkin bir *hukuk* söyleme (jurisdictio) yükümlülüğü devam eder. *Geniş anlamda boşluk* veya *ilke boşluğu* şeklinde anılan¹⁸⁴ bu ihtimalde, yargısal içtihadın en katışıksız hâli ortaya çıkar. Almanların *normu aşan hukuk yaratma* (*Gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung*) adını verdikleri bu faaliyet esnasında yargıç, norm koyucunun -belki de hiç olmayan- plânına bağlı kalma kaygısı gütmeden yeni ve özgün kurallar / müesseseler / kavramlar / ilkeler vaz'eder¹⁸⁵.

¹⁸⁰ KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, s. 168'den naklen GÖZLER, *Yorum*, s. 177.

¹⁸¹ METİN, s. 269.

¹⁸² AARNIO, s. 105-106.

¹⁸³ SEROZAN, s. 4.

¹⁸⁴ SEROZAN, s. 121.

¹⁸⁵ "Larenz, temelini kanunda bulmamasına rağmen hukuk düzeninin tamamı esas alındığında Anayasadaki prensipler de dikkate alınarak bazı istisnai durumlarda hâkimin hukuk yaratabileceğini kabul etmekte ve bunu kanunu aşan hukuk yaratma (*Gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung*) olarak nitelendirmektedir. Burada kanundaki düzenlemelerin dışında (*extra legem*), ancak bütün hukuk düzeninin ve onun temelinde yatan ilkelerin kapsamı içerisinde (*intra ius*) gerçekleşen bir hukuk yaratma söz konusudur. Başka bir deyişle kanunda plâna aykırı bir eksiklik bulunmamakla birlikte, hukuk düzeninin tamamı esas alındığında bir düzenlemenin

Norm koyucunun plânına bağlı olmamak, keyfi davranmak anlamına gelmez. Yaratılacak yeni-özgün norm, yargıcın mensup bulunduğu hukuk düzeninin temel esaslarına uyum göstermelidir. Yani normu aşan hukuk yaratma faaliyetinde yargıç, mevcut bütün pozitif normların dışında / ötesinde (*extra legem – praeter legem*), ancak hukukun içindedir (*intra ius*)¹⁸⁶. Bu vadede yargıca doğal-genel hukuk ilkeleri, eşyanın tabiatı, sosyal düzenin gerekleri, anayasal değer yargıları, aklın ve adaletin buyrukları yol gösterecektir¹⁸⁷.

Hukuk yaratma faaliyetinin ürünü, her hâlükârda tümel-soyut bir kuraldır. Yargıç, vereceği karar taraflar dışında kimseyi etkilemeyecek olsa bile, evvelâ kanun koyucu gibi davranıp tümel-soyut bir kural koymak¹⁸⁸ ve elindeki ihtilâfı, yarattığı yeni kurala altlamak zorundadır¹⁸⁹. Uyuşmazlığın kendi tikelliği içerisinde (irrasyonel biçimde - yalnızca olaya özgü bir hakkaniyet sezisiyle) giderilmesini¹⁹⁰ engelleyen bu durum, modern toplumun öngörülebilirlik, istikrar ve düzen talebinin sonucudur¹⁹¹. Zira *millet* adına karar veren yargıçtan, sadece tarafları değil, başta hukuk camiası olmak üzere, *herkesi* ikna etmesi beklenmektedir. Tikel-somuttan tümel-soyuta çıkan, sonrasında yine tikel-somuta inen akıl yürütme süreci, karara objektif-rasyonal bir *form* vererek, işte bu beklentiyi karşılar¹⁹².

yapılmasının gerektiği ortaya çıkmaktadır” LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München 1991, s. 414’ten naklen KIRCA, s. 92.

¹⁸⁶ ODER, s. 275.

¹⁸⁷ SEROZAN, s. 122; CARDOZO, s. 113.

¹⁸⁸ Türk Medenî Kanunu, m. 1/2: “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”

¹⁸⁹ Kant’ın kesin buyruğunu (*kategorik imperatif*) andıran (öyle davran ki, davranışının temelindeki ilke, herkes için geçerli-evrensel bir yasa olabilsin) bu mecburiyet, *Common Law* için de geçerlidir. CARDOZO, s. 139-141.

¹⁹⁰ Elbette hukuk öğretisi içerisinde yargıcın tamamen irrasyonel biçimde, sezgileriyle hareket etmesi gerektiğini (ve aslında zaten ettiğini) söyleyenler de olmuştur. *Hunch theory* yahut *judgment intuitive* şeklinde adlandırılan bu yaklaşıma örnek olarak bkz. HUTCHESON Joseph C., “Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision”, *Cornell Law Review*, Volume: 14, Issue: 3 (April 1929), s. 274-288. Bazı yazarlar bu yaklaşımı, hukukî nihilizm (*legal nihilism*) olarak nitelemektedir. WRÓBLEWSKI, s. 290. Fransa’da bu yaklaşım, yalnızca somut olay ve hakkaniyetin gereklerine göre karar vermesiyle tartışma konusu olmuş hâkim Magnaud’ya atfen, *le bon juge* (*the good judge*) ismiyle bilinir. RADIN Max, “The Good Judge of Château-Thierry and His American Counterpart”, *California Law Review*, Volume: 10, Number: 4 (May 1922), s. 300-310. Almanlar, objektif bir form kazandırmaksızın, yalnızca *hislere* istinaden karar verilmesi durumunu *Die Gefühlsjurisprudenz* şeklinde anmaktadır. CARDOZO, s. 106.

¹⁹¹ Modern ulus-devletle tekrar ortaya çıkan bu anlayışın kökleri aslında *site* ve *vatandaşlık* bilincinin doğduğu Antik Yunan’a kadar götürülebilir. Örneğin Aristoteles’e göre yargıç için doğru olan (*epieikeia*), “yasa koyucunun genel olarak konuşmakla atladiğı ve yanıldığı yerde eksik olanı düzeltmek, yasa koyucunun eğer kendisi orada bulunsaydı, söyleyeceği şeyi söylemek ve eğer bilseydi, yasasına koyacağı şeyi yapmaktır” ARİSTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, (Çeviren: Saffet BABÜR), Ankara 2007, s. 20-24 (1137b).

¹⁹² FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris 1987, s. 236-237. “Öylesi hukuki problemler ortaya çıkacak ve çıkmaktadır ki, bunların çözümünde salt yorum yolu ile sonuca varmak imkânsızdır. İster kanunu söyletmek densin, ister hukuku yaratmada idareye ve yasamaya, yardımcı olmak densin, aslında yapılan iş kanun boşluğunun doldurulmasıdır (...) O halde, önüne getirilen uyuşmazlıkları, Anayasanın 36 ncı maddesi uyarınca çözmekten kaçınmayacak olan idari yargı, kanun boşluğu var ise, olayına

Yargısal içtihat, uyumsuzluğa uygulanacak (uygulanması beklenen) kuralın açık ve tek bir anlam taşınamaması (semantik belirsizlik) yahut böyle bir kuralın hiç bulunmaması (düzenlenmemiş durum) hâllerinde ortaya çıkar. Tikel-somut uyumsuzluğun hâlline yoğunlaşan yargıç, yorum teorilerine karşı çoğu zaman bigânedir. Yorum yöntemlerini ise, birini diğerine üstün tutmaksızın araçsallaştırır. Başka bir deyişle yargıç, tümel-soyut kuralı yorumlamaya (yahut yeni bir kural yaratmaya) gerek olup olmadığına, gerek varsa hangi yöntemi kullanacağına, önündeki ihtilâfın icabına göre, kendisi karar verir¹⁹³. Şu hâlde semantik belirsizliğin, düzenlenmemiş durumun ve dolayısıyla yargısal içtihadın, ne zaman, hangi karar metninde doğacağını kestirmek mümkün değildir¹⁹⁴. O güne kadar açık / tek anlamlı görünen bir norm, yargıcın dokunuşuyla semantik belirsizlik bölgesine itilerek içtihadı yol verebilir¹⁹⁵. Hatta yargıç, o ana dek benzer ihtilâfları kapsadığı düşünülen bir kuralı tamamen ekarte ederek, içi yargısal içtihatlarla doldurulacak yeni bir düzenlenmemiş durum husule getirebilir. Realist yorum teorisi; hukuk camiasının bir kuralın *varlığı* ve *kapsamı* üzerindeki mutabakatını bozan bu vakiyadan hareketle: 1) Kuralın tek ve açık anlamlı olma ihtimalini (izomorfik durumu) tamamen inkâr etmekte (böylece yargı kararı - yargısal içtihat ayrımını *gereksiz* kılmakta) 2) Yorum ile norm (hukuk) yaratma arasındaki sınır taşlarını kaldırmaktadır.

Okuduğunuz çalışma, realistlerin *yalnızca ikinci tavrını* benimsemiştir. Gerçekten de; hem yorum, hem de hukuk yaratma, belli bir alandaki normatif durumu değiştirebildiği için, aralarında kategorik bir ayrım yapmak zordur. Mamafih, realist

özgü kalmak üzere kanun koyucu gibi davranıp davayı çözecektir. Hâkimin mevcut yasa boşluklarını önüne gelen ve çözmek zorunda olduğu somut olguya hasren doldurması asli görevlerindendir. Kanun boşluğu vardır gerekçesiyle davayı görmezlikten gelemeyiz. Boşluk doldurma yetkisinin, hudutları çerçevesinde hukuk yaratmak için kullanılması Yargıçlar Oligarşisi veya Hakimler Devletine geçiş olarak nitelendirilemez, çağdaş tüm hukuk sistemlerinin hakime tanıdığı bu yetki, hukuku statüko ve statiklikten kurtararak, yaşanan zamana ayak uydurmakta yavaş kalışını önlemek, dinamikliğini sağlamaya matuftur. Haklılığı ve yerindeliği belli olan bir yetkinin zamanında kullanılmaması, hukuk adına giderilmesi ve karşılanması güç zararlar doğurabileceği gibi hukuka olan güven ve saygınlık duygularını da zedeleyebilecektir” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Genel Kurul, 06.12.1990, E. 1990/1, K. 1990/1 (Legalbank).

¹⁹³ “En sarîh gözükten metin (texte clair) bile yorumlanmaya muhtaçtır. Çünkü bizatihi sarahatin kendisi de yorumu açıktır” SEROZAN, s. 101.

¹⁹⁴ “Bir norm, salt norm metni yeterince açık olmadığı için değil, özellikle var olan veya düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır. Gerçekten, kâğıt üzerinde tartışmasız açık ve seçik olarak gözükten bir norm, herhangi bir olayda çok belirsiz bir hal alabilir” İŞIKTAÇ, s. 55. “Hukukî yorum yaratıcı ve değer yükliüdür. Hukukta ‘yorum’, sadece bir hukuk metninin dilsel (lafzî ve bağlamsal) anlamını ortaya koymak anlamında dar anlamda yorum değildir. Daha fazlasını, yani hukukun geliştirilmesini, eleştirel ahlâka uyumlu hâle getirilmesini de içerir. Böyle bir geliştirme, ‘çetin’ davalarda müşterek bir uygulamadır. Bu uygulamaya ışığında vaz’edilmiş hukuk sadece prima facie (dir)” UZUN, s. 119.

¹⁹⁵ Kanunun somutlaştırılması (concrétisation) esnasında yargıcın yaptığı bu zenginleştirme (enrichissement) ameliyesi, “niteliksel yaratma (création qualitative)” olarak, yürütmenin düzenleyici işlemler yoluyla kanunun anlamını tayin etmesine benzetilebilir. WALINE (Marcel), s. 623-624.

teorinin ilk tavrına iştirak etmek mümkün değildir. Bunun sebebi, hukukun *formel* ve *normatif* bir disiplin olmak itibarıyla doğa bilimlerinden çok, matematik ve geometriye benzemesidir. Eğer hukuk, doğa bilimlerindeki gibi, *yalnızca olan-bitenin tasvirini* gaye edinseydi, yargıcın içtihat üretme imkânlarından hareketle, izomorfik durumu tamamen yadsımak gerekebilirdi. Doğada üçgen, kare, daire gibi mükemmel formların mevcut bulunmaması, geometrinin temel aksiyomlarını ortadan kaldırmaz. *Olandan ziyade, olması gerekene* yönelen hukuk da, izomorfik durum (normun tek ve açık anlam taşıması) aksiyomundan vazgeçemez. Şu hâlde yargı kararı - yargısal içtihat ayrımının, realist teoriye rağmen, bir *anlamı* vardır / olmalıdır.

IV. GÖKLE YER ARASINDA İÇTİHAT

*"Matematik kanunları, gerçeği yansıttıkları sürece kesin değildirler. Kesin olduklarında da gerçeği yansıtmazlar"*¹⁹⁶ (Albert Einstein)

Raffaello, meşhur *Atina Okulu* freskinin merkezine, Platon ve talebesi Aristoteles'i yerleştirmiştir. Sol elinde *Timaios*'u tutan Platon, sağ eliyle göğü (ay-üstü âlemi, idealar dünyasını) işaret eder. Hemen yanında, sol eliyle *Ethica*'yı kavrayan Aristoteles ise, sağ eliyle yeri (ay-altı âlemi, maddî dünyayı) gösterir. Bu tasvirle Raffaello, türümüzün varoluşla başa çıkma öyküsünü özetleyen ve hukukçuları da ilgilendiren temel bir dikotomiye dikkat çekmektedir¹⁹⁷.

Aynı nehirde iki kez yıkanamayan¹⁹⁸ insanoğlu, biricik deneyimleri (tikelleri) ortak özellikleri üzerinden tecrit ederek, elle tutulup gözle görülmeyen kavramlar (tümeller) yaratır¹⁹⁹. Daha sonra, yarattığı bu soyut şemalar vasıtasıyla, karşılaşacağı şeyleri / olayları öngörerek, onlara hükmeder gibi olur²⁰⁰. Ne var ki; tahavvül, tebeddül ve tagayyür hâlindeki varoluş, ele avuca sığmaz. Yeni hâdiseler / tecrübeler, zihnindeki kalıpları işlevsiz kılar²⁰¹. Güvenlik hissini yitiren insan²⁰² bu sefer, son tecrübeleri

¹⁹⁶ "As far as the laws of mathematics refer to reality, they are not certain, and as far as they are certain, they do not refer to reality." (Çeviri için bkz. ALATLI Alev, *Aklın Yolu da Bir Değildir*, Ankara 2009, s. 15).

¹⁹⁷ GARRIGUES Gertrude, "Raphael's School of Athens", *The Journal of Speculative Philosophy*, Volume: 13, Number: 4 (October, 1879), s. 414-418. Fransız literatüründe benzer bir yaklaşım için bkz. GROS Manuel, *Droit administratif: L'angle jurisprudentiel*, Paris 2014, s. 317-318.

¹⁹⁸ Herakleitos'a atfedilen söz. Filozofa atıfta bulunan benzer bir yaklaşım için bkz. CARDOZO, s. 28.

¹⁹⁹ Fatma, Ahmet, Tekir ve Pomponnette dış dünyada gösterilebilir. Ancak *insan* ve *kedi*, ancak zihinde var olur.

²⁰⁰ *Kavram* kelimesinin kökeninde yer alan *kavra(mak)* fiili, söz konusu hâkimiyet arzusunu yansıtır.

²⁰¹ Tikel ile tümel arasındaki karşıtlığa vurgu yapan başka bir çalışma için bkz. KARAHANOGULLARI Onur, "Diyalektik Hukuk Bilimi Notları", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (2) 2015, s. 286 ve devamı.

²⁰² Bu çalışmada rahatlıkla kullanılan *insan* kavramı bile, *şimdilik* iş görmektedir. Yapay zekâ, biyoteknoloji ve genetik alanındaki gelişmeler sonucunda insan ile insan-olmayanı ayırmak bir gün imkânsız / anlamsız hâle gelebilir.

ışığında mevcut şemalarını tadil ederek, otoritesini tekrar kurmaya ve rahatlamaya çalışır²⁰³.

Aristoteles, yargı yetisini teorik ve pratik akıl üzerinden ikiye ayırır: (1) Tikelleri mevcut bir tümele altlayan *sophia*. (2) Verili bir tümelin yokluğunda, tikellerden tümel yaratmaya yönelen *phronesis*²⁰⁴. Kant da benzer bir ayrıma giderek ilkin *belirleyici* (*bestimmend*) yargı, ikincisini ise *düşünümsel* (*reflektierend*) yargı şeklinde isimlendirir²⁰⁵. Eşya ve hâdiselere (örneğin topluma) yukarıdan (gökten) bakıldığında *sophia*-belirleyici yargı öne çıkar. Yani düzen, güvenlik ve öngörülebilirlik talebi, ilk yargı türünden yanadır. Ancak iş, içinde bulunulan biricik olaya geldiğinde (yere inildiğinde), *phronesis*-düşünümsel yargı çalışmaya başlar²⁰⁶. Hakkaniyet, değişim ve özgünlük ihtiyacı da, doğal olarak, bu yargı türüyle ilişkilidir²⁰⁷.

Hukukun ana meselelerinden biri, statik ve dinamik değerler²⁰⁸ arasındaki gerilimin yönetilmesidir²⁰⁹. Verili tümel-soyut kurallar, statik değerleri (düzen-güvenlik-öngörülebilirlik talebini) dayatır. Yargıç bu talebe, *sophia*-belirleyici yargı ile cevap verir. Tikel-somut uyumsuzluklar (ve özellikle çetin davalar) ise, hakkaniyet-değişim-özgünlük ister. Yargıç bu ihtiyacı, *phronesis*-düşünümsel yargı vasıtasıyla karşılayacaktır²¹⁰.

²⁰³ Kul Nesimî'nin "Gâh çıkarım gökyüzüne, seyrederim âlemi / Gâh inerim yeryüzüne, seyreder âlem beni" deyişi, insanoğlunun varoluşla başa çıkma öyküsünden izler taşır gibidir.

²⁰⁴ *Phronesis* kelimesinin İngilizcedeki ilk karşılığı *practical wisdom* (pratik bilgelik) olmasına rağmen bazı kaynaklarda (Latince kökenli) *prudence* (*prudencia*: basiret, sağgörü, öngörü) şeklinde de çevrilmektedir. ÇÖREKÇİOĞLU, s. 2. Hukuk dilinde sıklıkla kullanılan *jurisprudence* sözcüğünün de aslında *phronesis* ile irtibatlı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir (*iuris* + *prudencia*). (Bkz. "Jurisprudence" in **Oxford Living Dictionaries**, Erişim: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/jurisprudence>)

²⁰⁵ KANT Immanuel, **Critique of Judgement**, (Translated by Werner S. PLUHAR), Cambridge 1987, s. 399-400; ÇÖREKÇİOĞLU, s. 9-10; BAL Metin, "Platon'dan Kant'a Estetik ve Yargı", **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 197.

²⁰⁶ Kant, düşünümsel yargıyı sadece estetik konulara hasreder. Ahlâkî ise belirleyici yargıya bırakır. Hannah Arendt; insan ilişkilerinde belirleyici yargının hâkim olmasının (Nazi Almanyası'nda olduğu gibi) gözü kapalı itaate, zulme ve adaletsizliğe yol açtığını ortaya koymuş, çareyi ise yine Kant'ta bulmuştur: düşünümsel yargı, politik (ahlâkî, hukukî) alana taşınmalı ve hakkında hüküm verilecek tikeller; yine tikellerden (biricik deneyimlerden) türetilen ve *sensus communis*'i yansıtan tümellere iliştilmelidir. KANT, s. 412; ARENDT Hannah, **Responsibility and Judgment**, New York 2003, s. 138; SEZER Devrim, "İtiraz, Tartışma ve Demokrasi: Arendt'te Yargı Yetisinin Etik ve Politik Önemi", **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 107-135.

²⁰⁷ İkinci durumda zihin, gerçeklikle bir kavram (tümel) aracılığıyla değil, *doğrudan* karşılaştığı için sınırsız, belirlenimsiz, saf ve özgürdür. DELEUZE Gilles, **Kant's Critical Philosophy**, (Translated by Hugh TOMLINSON and Barbara HABBERJAM), London 1984, s. 46 ve devamı; SARI Mehmet Ali, "Düşünce, Dil ve Dünya Arasında Bir Kesişim: Yargı", **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 100-101.

²⁰⁸ WRÓBLEWSKI, s. 297.

²⁰⁹ AARNIO s. 7-8; CARDOZO, s. 112-113.

²¹⁰ Bu ihtiyaca dikkat çeken bir çalışma için bkz. ÇEBİ Sezgin Seymen, "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", **Hukuk Kuramı**, Cilt: 2, Yıl: 2015, Sayı: 6 (Kasım-Aralık), s. 1-19. "Şu hâlde, bir taraftan değişme, bir taraftan da istikrar ve muvazene bulma gibi iki derin ihtiyacı karıştırmak; kanunu hayata giydirmek

Statik ve dinamik değerlerin dengelenmesi açısından bakılınca, hukuk tarihi lineer değil, dairevî bir manzara arz eder. Zira fikrî, içtimaî, siyasî ve iktisadî şartların etkisiyle yargıca özgü zihinsel çaba alanına (phronesis-düşünümsel yargıya) bırakılan yer, sürekli daralıp-genişlemektedir. Buna koşut olarak hukukî düşüncenin ağırlık merkezi kâh *sophia*, kâh *phronesis* tarafına geçer²¹¹.

Roma İmparatorluğu'nun yükselişi esnasında ibre, *phronesis* tarafında idi. Toprakları sürekli genişleyen, ekonomisi gelişen ve nüfusu çeşitlenen çok tanrılı Roma'da hayat hızlı aktığı için, ihtilafları çözme işi, *praetor*'ların pratik aklına emanet edilmişti²¹². Müesseseleri oturan, soyut-tek tanrıya yükselen²¹³, ancak aynı zamanda dağılmaya yüz tutan Roma'da ise mevcudu muhafaza telaşı, *sophia*'yı öne çıkardı²¹⁴. Nihayet İmparator Iustinianus, Roma Hukuku'nu tedvin etti. Düzen ve belirlilik ihtiyacından olsa gerek²¹⁵, Iustinianus, eserinin değiştirilmesi şöyle dursun, şerh edilmesini bile yasaklamıştı²¹⁶. Ne var ki İmparator'un ölümünden kısa bir süre sonra hayat, gerçek yüzünü gösterdi ve *Corpus Iuris Civilis*, tanınmaz hâle geldi²¹⁷.

İçtihat kapısı kilit tutmaz. Roma İmparatorluğu'nda gerçekleşen döngünün benzerleri, muhtelif devir ve coğrafyalarda, farklı hukuk gelenekleri içinde tekrar be tekrar yaşanmıştır²¹⁸. Bu başlığın muradı, tarihî örnekleri sıralayıp detaylandırmaktan ziyade, şunu söylemektir: *sosyo-politik altyapının canlılığı, çeşitliliği ve hakkaniyet /*

lâzım gelmektedir ki hâkimlik ilminin ve sanatının gayesi de budur. Hâkim kanunu hayata uyduran ve giydiren bir sanatkârdır" BAŞGİL, s. 309.

²¹¹ "Yöntem akımlarının dalgaları yasaya bağlılık ile yasayı tanımazlık, soyut kavramcılık ile somut olaycılık, tümden gelimcilik ile tüme varımcılık kutupları arasında gidip gelmiştir" SEROZAN, s. 81.

²¹² İçtihatlarda ortaya çıkan prensipler, her yıl praetorun yayımladığı *Edictum* adlı belgede ilan ediliyor, ihtiyaca göre değiştiriliyor veya güncelleniyordu. RICCOBONO Salvatore / NATHAN Edward, "Outlines of the Evolution of Roman Law", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Volume: 74, Number: 1 (November 1925), s. 2.

²¹³ Burada *yükselme* fiili politeizmi kötölemek amacıyla değil, tikel düşünceden tümel düşünceye geçişi anlatmak için kullanılmıştır. Bu dönemde Roma, Hristiyanlığın içindeki yorum farklılığına tahammül edememiş, I. İznik Konsili ve devamındaki müdahaleler ile dini tek tipleştirmeye çalışmıştır.

²¹⁴ "İçtihat mekanizmasının iyi işlediği devirlerde en yüksek tekâmül mertebesine çıkmış olan Roma hukuku ve İslâm hukuku, içtihat yolu kapandıktan sonra düşmeye başlamamışlar mıdır?" ONAR, Cilt: I, s. 406.

²¹⁵ Iustinianus, hazırlattığı bu eserden önce Roma Hukukunun yalpaladığını (*vacillare*); kafa karıştırıcı, düzensiz, dağınık ve müphem olduğunu (*confusum, perturbatum, varietas, ambiguitas*) bizzat ifade etmektedir. RICCOBONO / NATHAN, s. 9.

²¹⁶ MOUSOURAKIS George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer (Switzerland) 2015, s. 201; CARDOZO, s. 18.

²¹⁷ MOUSOURAKIS, s. 217; BAŞGİL, s. 308-309.

²¹⁸ Roma Hukukunda içtihat alanının genişleyip-daralma süreçleri ile İngiliz Hukukunun serüveni birbirine çok benzer. RICCOBONO / NATHAN, s. 16-17. Bu benzerliği müstakilen ele alan bir çalışma için ayrıca bkz. SCHWARZ Andreas, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku", (Çeviren: Bülent DAVRAN), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 11, Yıl: 1945, Sayı: 3-4, s. 180-202. İslâm Hukuku ve *Common Law* örnekleri için tekrar bkz. Başlık II: "Diğer Hukuk Sistemlerinde İçtihat".

değişim ihtiyacı ile yargıca özgü zihinsel çaba alanının genişliği arasında -en azından- pozitif korelasyon mevcuttur.

Yargıca özgü zihinsel çaba alanı ve dolayısıyla yargısal içtihadın imkânı konusunda çağdaş hukuka yön veren iki ana tavırdan söz etmek gerekir²¹⁹. Newtoncu mekanik evren tasavvuru²²⁰, liberal burjuva düşüncesi ve hukukî pozitivizmden beslenen ilk tavır, hukukun *yaratılması* ile *uygulanması* arasına kesin bir çizgi çeker²²¹. Yaratma işi, millî-genel iradenin (*volonté générale*²²²) temsilcisi olan parlâmentonun tekelindedir. Kuvvetler hem organik, hem de fonksiyonel açıdan kesin bir şekilde ayrılmıştır. Yargıç, kanunun ağzı (*la bouche de la loi*)²²³ olduğu için, yalnızca konulmuş (*posited*) hukuku uygulamaya mezdur. Yargılama faaliyetini mantıkî dedüksiyonun tasım modeline irca eden bu tavır, hukuku kendi içinde tutarlı, yazılı ve eksiksiz bir sistem olarak görme eğilimindedir²²⁴.

İhtilâl sonrası Fransa'yı saran hayatı sıfırdan-rasyonel biçimde tanzim etme arzusu²²⁵, geniş çaplı bir kanunlaştırma hareketini ve hukuk öğretisinde şerhçi okulun (*école de l'exégèse*) hâkimiyetini beraberinde getirmiştir. Önceki paragrafta izah edilen tavır benimseyen şerhçi okul, yargıca özgü zihinsel çaba alanını daraltmaktan yanadır²²⁶. Napoléon Bonaparte'ın 21 Mart 1804'te (30 ventôse an XII) yürürlüğe koyduğu *Code civil*'in (Fransız Medenî Kanunu) yargıçları tümel-soyut kural getirecek

²¹⁹ TROPER, s. 91-95.

²²⁰ CAPRA Fritjof / MATTEI Ugo, **Hukukun Ekolojisi**, İstanbul 2017, s. 118.

²²¹ Bu tavır, *bağımlı yargıç ideolojisi* (*the ideology of bound judicial decision making*) şeklinde de adlandırılabilir. WRÓBLEWSKI, s. 273.

²²² Rousseau'nun genel iradesi âdeta mukaddes bir varlıktır: "*Her birimiz şahsiyetini ve olanca kuvvetini genel iradenin üstün rehberliğinde meceder; ve her bir organ, bütünün bölünmez parçası olmak üzere vücut bulur*" ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou principes du droit politique**, Leipsic 1796, (Livre I, Chapitre VI), s. 32.

²²³ "*Milletin yargıçları, kanunun ne etkisini ne de yürürlüğünü hafifletebilen cansız varlıklar olarak, onun lâfzını seslendiren ağızdan başka bir şey değildir*" MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat Baron de, **De l'Esprit des Lois**, Livre: XI, Chapitre: VI, Paris 1758, (Erişim: http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf, 19.06.2017).

²²⁴ Roscoe Pound bu tavır *mechanical jurisprudence* şeklinde adlandırmaktadır. POUND Roscoe, "Mechanical Jurisprudence", **Columbia Law Review**, Volume: 8, Issue: 8 (December 1908), s. 605-623.

²²⁵ Bu amaçla Gregoryen Takvimi yerine hiçbir dinî referans içermeyen ve ihtilâlden başlayan *Cumhuriyetçi Takvim* (*Calendrier républicain*) yapılmış; ayrıca eski ölçü ve ağırlık birimleri terk edilerek bugün uluslararası kabul gören *metrik sistem* (*système métrique*) geliştirilmiştir. Bkz. ANDREWS George Gordon, "Making the Revolutionary Calendar", **The American Historical Review**, Volume: 36, Number: 3 (April 1931), s. 515-532; LACOMBE Anne, "Histoire de l'invention et de la mise en application du système métrique", **The French Review**, Volume: 53, Number: 2 (December 1979), s. 246-254.

²²⁶ PARIENTE-BUTTERLIN, s. 127. Fransız medenî hukukunu 1804'ten 1880'lere kadar etkisi altında bulunduran bu akıma *Şerhçi Okul* adı sonradan, Kitab-ı Mukaddes şerhlerinden esinlenilerek verilmiştir. İsimlendirmeyi ilk kez kullanan yazar ve ilgili çalışma için bkz. BONNECASE Julien, **L'École de l'Exégèse en droit civil**, Paris 1924.

tarzda karar vermekten men eden 5. maddesi²²⁷, bu anlayışın arka plânını yansıtmaktadır²²⁸. Prusya Umumî Memleket Kanunu (1794)²²⁹ ile Avusturya Medenî Kanunu'nun (1811)²³⁰ yapılması ve kavram hukukçuluğunun (*Begriffsjurisprudenz*) yükselmesi²³¹, aynı tavrın Cermen hukuk çevresine de egemen olduğunu göstermektedir²³².

Yargısal içtihadın imkânı konusunda çağdaş hukuku etkileyen ikinci tavır, doğa bilimlerindeki *paradigma* dönüşümü²³³ ve liberal kapitalizmin yaşadığı krizlere paralel

²²⁷ Hâlen yürürlükteki maddenin metni şu şekildedir: “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*” (Yargıçların, önlerine gelen ihtilaflar üzerine genel ve düzenleyici hüküm getirmek suretiyle karar vermesi yasaktır). (Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 19.06.2018).

²²⁸ Yargı ayrılığı bahsinde ayrıca değinilecek olan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun da, aslında *Code civil*'in ve döneme damgasını vuracak hukuk anlayışının habercisidir. Kanun'un 10, 12 ve 19. maddeleri şu şekildedir: “*Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture*” (Mahkemeler yasama erkinin kullanımında doğrudan veya dolaylı hiçbir yer alamazlar, Kral tarafından müeyyidelendirilen yasama organı işlemlerinin uygulanmasını ne engelleyebilir ne de askıya alabilirler, aksi davranış suçtur). “*Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*” (-Yargıçlar- gerek bir kanunun yorumu, gerekse yenisinin yapılması lüzumunu gördükleri zaman hüküm veremeyecek, ancak yasama organına müracaat edeceklerdir). “*Les lois civiles seront revues et réformées par les législatures; et il sera fait un code général de lois simples, claires, et appropriées à la constitution*” (Medenî hukuka dair kanunlar yasama tarafından gözden geçirilip ıslah edilecek ve basit, sarıh ve anayasaya uygun düzenlemeleri içeren genel bir “code” [mecelle] hâline konacaktır). (Erişim: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/dec/1790/08/16/n1/jo>, 15.10.2018).

²²⁹ *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)*. “ALR'yi hazırlayanlar Iustinianus'un da içine düştüğü bir hatadan henüz kendilerini kurtaramamışlardı. Bunlar bir kodifikasyonun, her zaman için ve her hale tatbiki kabil olacak bir hukuk yaratmak suretiyle, bütün şüpheleri ortadan kaldırmasını istiyorlardı. Kanunu hazırlayanlar, günlük hayatta zuhuru mümkün bütün hukukî meseleleri kanuna idhal etmeye muktedir olduklarına inandıklarından, mutlak devlet düşüncelerini takip eden kendilerine, hâkime, kanunun her tefsirini yasak etmek ve kanun metninden hiç bir şekilde ayrılmasını emretmek, kendi hukuk telâkkileri bakımından mantıklı gelmekte idi. Tefsir ve hukukun gerek ilmi ve gerekse tatbiki şekilde incelenmesi, kanunu hazırlayanlarca bir musibet addedilmekte idi; zira kendilerinde, hukuk hakkındaki bütün şüphe ve muğlaklıkların bu ilmi çalışmalar neticesinde meydana çıkarıldığı kanaati hâkimdi. II. Friedrich, kanunun, zuhur edecek her mesele için hâkime karar almasını sağlayacak bir kaide vermesine ve böylece hâkimin kanunu sadece mekanik surette tatbik etmesine taraftar olduğu için, kanunların çok sade, popüler ve aynı zamanda tam olmasını arzu etmekte idi”. KURU Baki, “1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Yıl: 1958, Sayı: 1, s. 111.

²³⁰ *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)*.

²³¹ *Şerhçi okul* gibi kavram hukukçuluğu ifadesi de bu dönemin anlayışını adlandırmak için sonradan üretilmiştir. HEPER Altan, “Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXII, Yıl: 2014, Sayı: 1, s. 334.

²³² DUFOUR Alfred, “L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e - XIX^e siècles”, *Droits (Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques)*, Yıl: 1996, Sayı: 24, s. 45-60. Anglo-Sakson hukuku da XIX. yüzyılda mekanikçi bir eğilim göstermiştir. ABD'de David Dudley Field'in başını çektiği kanunlaştırma hareketi (bkz. Başlık II/B) ve Christopher Columbus Langdell'in soyut kavramlar üzerinden hukuku sistemleştirme çabaları (Gillmore bu dönemi *age of faith* diye isimlendirir), İngiltere'de ise John Austin'in *analytical jurisprudence* okulu bu eğilimin örnekleridir. GILMORE Grant, *The Ages of American Law*, New Haven 2014, s. 37-60; LUNDMARK, s. 308-310.

²³³ *Paradigma* kelimesi, Thomas Kuhn'a atfen kullanılmıştır. KUHN Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1996.

olarak, XX. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır²³⁴. Daha çok ilk tavrın nefyine (*negation*) odaklandığı için, XIX. yüzyıl hukukî formalizmine karşı bir isyan niteliği taşır. Bu tavrı benimseyenlere göre, hukukun yaratılması ile uygulanması arasında kurulan sun'î karşıtlık ortadan kaldırılmalıdır. Tümel-soyut-pozitif kurallar, yargıcı konuşturan bir kuklacı değildir. Bilâkis bu kurallar, yargı kararının içerisinde serbestçe verileceği limitleri tayin eden plânlardan (şemalardan, projelerden) ibaret görünmektedir. Zira yargıç, verdiği her kararla, aslında hukukun yaratım sürecine de katılmaktadır. Çetin davalar karşısında tümel-soyut kuralların yetersizliğine (semantik belirsizlik ve boşluk hâllerine) özellikle dikkat çeken bu tavır, statik değerlere karşı hakkaniyet, değişim ve özgünlük gibi dinamik değerleri öne çıkarır²³⁵. Hukukun kaynağı konusunda ise yasamadan ziyade yargıca, tümel-soyut kurallardan (kavramlardan) ziyade tikel-somut uyumsuzluğa ve onun ardındaki sosyal gerçekliğe / çıkarlar dengesine vurgu yapar.

Ana hatlarıyla yukarıda özetlenen ikinci tavır; muhtelif ülkelerde, farklı isimlerle ve değişik tonlarda kendini göstermiştir. Fransa'da *libre recherche scientifique* adıyla anılan serbest hukuk akımı, şerhçi okula ciddî eleştiriler getirdi. Akımın en önemli ve kurucu ismi²³⁶ François Génys, genelleme ve soyutlamaya odaklı, salt mantıkî faaliyet şeklinde işleyen hukukun, realiteden (hâdiselerin biricikliğinden) koptuğuna dikkat çekti. Gerçek dünya ile tekrar temasa geçilebilmesi için, filozof Henri Bergson'a atıfla, dolaysız ve apaçık bir bilme türü olan sezgiyi (*intuition*) vurguladı²³⁷. Génys'nin *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899) adlı meşhur eserinde öne sürdüğü fikirler, İsviçre Medenî Kanunu'nun (1907) yargıca hukuk yaratma yetkisi tanıyan -daha sonra Türk hukukunca iktibas edilen²³⁸- 1. maddesinin kaleme alınmasında etkili oldu²³⁹.

²³⁴ Bu tavır, serbest yargıç ideolojisi (*the ideology of free judicial decision-making*) şeklinde adlandırılabilir. WRÓBLEWSKI, s. 284.

²³⁵ WRÓBLEWSKI, s. 284 – 304.

²³⁶ HERGET James E. / WALLACE Stephen, "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism", *Virginia Law Review*, Volume: 73, Number: 2 (March 1987), s. 409-410.

²³⁷ GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique (Premier Partie)*, Paris 1913, s. 132-133.

²³⁸ Ali Himmet Berki, İsviçre Medenî Kanunu'nun getirdiği sistemi "asırlarca yapılan tecrübelerin muhassalas" ve "en makul ve mahzurdan salim" ifadeleriyle niteler. BERKİ, s. 8.

²³⁹ HALPÉRIN Jean-Louis, "The Process of Codification Applied to the Law of Delicts", *The Impact of Ideas on Legal Development* (Edited by Michael LOBBAN and Julia Moses), Cambridge 2012, s. 180. Aynı yönde bkz. YUNG Walter, "François Génys ve İsviçre'de Kazaî İçtihad", (Çeviren: Erol CANSEL), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Yıl: 1943, Sayı: 1, s. 541-555. HERGET / WALLACE, söz konusu etkinin kesin olmadığı kanaatindedir (s. 411).

Serbest hukuk akımına Almandaki ismini (*Freirechtslehre*) kazandıran Hermann Kantorowicz (1877-1940), henüz genç bir doktora talebesiyken kaleme aldığı *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) adlı kitapçıkta kavram hukukçuluğunu çarpıcı bir dille tenkit etti²⁴⁰. Kantorowicz'e göre yargıcın kanaati, kendisi farkında olsun yahut olmasın, tikel-somut uyuşmazlıkla karşılaştığı anda ve ona ilişkin sosyal gerçekliğin etkisiyle oluşuyordu. Tümel-soyut kuralların (ve kavramların) rolü ise, zaten doğmuş bulunan kanaatin gerekçelendirilmesinden öteye geçmiyordu²⁴¹. Kantorowicz ve çağdaşı diğer serbest hukukçuların²⁴² bu fikirleri, ikinci tavrın Anglo-Sakson dünyasındaki görünüşleri olan sosyolojik hukuk okulu²⁴³ ve Amerikan hukukî realizmine²⁴⁴ ilham vermiştir.

Hukuk dendiğinde ekseriya; kanun, kararname, yönetmelik gibi mevzu metinler akla gelir²⁴⁵. Ne var ki bu imaj, Popper'ın üç dünyasında aynı anda var olabilen hukukun kendisi değil, belki ancak karikatürüdür²⁴⁶. Çünkü tek tek her ihtilafın çözümünde olup-bitenler de, en az öncekiler kadar -hatta gerçek hayata dokunmak

²⁴⁰ Kantorowicz, kitapçığın ilk baskısında, Roma Hukukunu seçkin *patricilere* ait *sırlı* bir bilgi olmaktan çıkararak halka açan *Gnaeus Flavius*'un adını rumuz olarak kullanmış ve dönemin hâkim hukuk öğretisini "*skolastiğin son kalesi*" şeklinde nitelemiştir. HERGET / WALLACE, s. 412-413.

²⁴¹ HERGET / WALLACE, s. 413-414.

²⁴² Eugen Ehrlich ve Ernst Fuchs, akıma mensup yazarlar içinde ilk akla gelenlerdir. HERGET / WALLACE, s. 453. Tam bu noktada, kavram hukukçuluğunu eleştirmekle birlikte, serbest hukuk akımına göre biraz daha mutedil görünen *menfaatler hukukçuluğu* (*Interessenjurisprudenz*) düşüncesine de değinmek gerekir. Philipp Heck'in öncülüğünü yaptığı bu düşünceye göre yargıcın fonksiyonu, toplumda çatışan menfaatlerin dengelenmesi hususunda kanun koyucuya yardımcı olmaktır. Yorum ve hukuk yaratma esnasında yargıca söz konusu menfaatler yol gösterecektir. HEPER, s. 338-345; METİN, s. 117-118.

²⁴³ Roscoe Pound ve Benjamin Cardozo, bu okulun en önemli isimleridir.

²⁴⁴ Bkz. TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, "Amerikan Hukukî Realizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVIII, Yıl: 2000, Sayı: 1-2, s. 79-95.

²⁴⁵ Aslında bu tahayyül tarzı, çoğunlukla böyle olsa da, hukukî pozitivistler için "bile" zorunlu değildir: "(...) hukuk biliminin konusu yani yaklaşım bakımından pozitivist olmak, hukukun kaynağı konusunda da yine mutlaka pozitivist kuramı kabul etmeği gerektirmez. Diğer bir deyişle, yaklaşım bakımından pozitivist olmak, yani hukuk biliminin konusunu müsbet hukukla sınırlamak; buna karşılık, hukukun kaynağının ne olduğu konusunda pozitivistmiden uzaklaşarak, hukukun kaynağının kanunlar değil de yargı kararları olduğunu (Amerikan gerçekçi akımı) kabul etmek mümkündür." KEYMAN Selahattin, "Hukukî Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 35, Yıl: 1978, Sayı: 1-4, s. 24; "Austin, Common Law gibi, yargıçlarca yaratılan hukuku da yargıcın otoritesinin devlet egemenliği içinde yer alması bakımından pozitif anlayışa uygun bulmuştur" METİN, s. 63.

²⁴⁶ "Benim tezim, insan dilinin üst işlevleriyle yeni bir dünyanın oluştuğu yönündedir: insan tininin ürünleri dünyası. Bu dünyayı 'Dünya 3' olarak adlandırdım (...) Fiziksel maddelerin, güç alanlarının vs. dünyasını 'Dünya 1'; bilinçli ve belki de bilinçaltı deneyimler dünyasını 'Dünya 2'; öyküler anlatmak, efsaneler yaratmak, kuramlar, kuramsal sorunlar, hatalar ve tanılar gibi özellikle konuşulan (yazılan veya basılan) dil dünyasını ise 'Dünya 3' olarak adlandırıyorum" POPPER Karl, *Hayat Problem Çözmektir: Bilgi, Tarih ve Politika Üzerine*, (Çeviren: Ali NALBANT), İstanbul 2006, s. 61-62. Aleksander Peczenik, hukuk felsefecilerinin esas uğraşı olan *hukukun varlığı / ne'liği* meselesini Popper'ın bu tezine göndermede bulunarak çözmeye girişmiştir. Ona göre formalistler hukuku yalnızca "norm", realistler ise "eylem / aksiyon" olarak anlamaktadır. Hâlbuki hukuk, Popper'ın her üç dünyasıyla da ilişkili, karmaşık ve sosyal-kurumsal bir varlıktır. PECZENIK Aleksander, *On Law And Reason*, Springer Law and Philosophy Library: 8, 2009, s. 218-219. Peczenik'in düşüncelerinin Türk literatürüne aktarımı ve değerlendirilmesi için bkz. UZUN, s. 127-128.

bakımından onlardan daha fazla- *hukuktur*²⁴⁷. Hakikat uçlarda değil, her zaman ortada bir yerlerdedir. Ne hukukî belirlilik, ne de hakkaniyet yekdiğeri uğruna gözden çıkarılabilir. Bugünün hukuk düşüncesi, yukarıda izah edilen tez ve antitezden bir senteze ulaşma, statik ve dinamik değerler arasında denge kurma yoluna girmiştir²⁴⁸. Mevzu metinler ve kavramlara odaklanan hukukçular, itidali bulmak adına, hukuka biraz daha yerden (yargısal içtihadın doğuş şartlarından) bakmayı denemelidir²⁴⁹.

V. İÇTİHADİLİK KAVRAMI

Bütün hukukçular, kendi ilgi alanlarında ortaya çıkan belli başlı yargısal içtihatları bilmek, izlemek ve kimi zaman onlara atıfta bulunmak ihtiyacı duyar. Ancak bu durumun, her hukuk dalını *ıctihadı* kılmaya yettiğı söylenemez. Şu hâlde *ıctihadilik* (bir hukuk dalına *ıctihadı* vasfını kazandıran şey) nedir?

İctihadiliğı, *belli bir alana ilişkin yargısal ıctihatların, o alandaki pozitif metinlere (kanunlara) sayıca üstünlüğü* şeklinde düşünmek yanıltıcı olabilir. Başka bir deyişle ıctihadilik, kanun metni ve ıctihatlara dayanılarak çözülen uyuşmazlık sayılarının karşılaştırılması gibi imkânsız -ve gereksiz- bir yöntemle anlaşılamaz²⁵⁰. Aslında bu fikrin arka plânını teşkil eden pozitif metin (kanun²⁵¹) - yargısal ıctihat karşıtlığı yerindedir. Ancak ıctihadilik, söz konusu karşıtlıkta yer verilen iki tarafın *niceliksel* değil, *niteliksel* mukayesesiyle ilgili bir kavramdır²⁵². Zira kanunların yargısal ıctihatlardan sayıca az olduğu bir alanda kanunlar *kurucu*, yargısal ıctihatlar *tamamlayıcı* bir rol oynayabilir. Tam tersi de mümkündür: kanunların nicelik itibarıyla

²⁴⁷ “Genelde yapılan hatalardan biri de hukukun yaşamaya ilişkin kurallarda ve yargısal metinlerde mükemmel şekilde kurulu olan, yargı organlarının basitçe uyguladığı şey olduğu düşüncesidir. Oysa bireyselleştirilmiş yargısal karar ve normlar da genel normlar kadar hukuktur” METİN, s. 139. “(...) mahkeme kararları, bir bakıma halkın gözünde, kaynak olarak, kanundan daha çok önem taşır. Halk, davranışını doğrudan doğruya kanuna göre değil, kanunun içeriğinin açıklık kazandığı, belirlendiğı resmî uygulamaya göre ayarlar” ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul 2010, s. 107.

²⁴⁸ WRÓBLEWSKI, s. 271. Söz konusu denge arayışı, *yasal – rasyonel yargıç ideolojisi* (the ideology of legal and rational judicial decision) şeklinde isimlendirilebilir. WRÓBLEWSKI, s. 305.

²⁴⁹ Jean Rivero, *Fransız İdare Hukukunda Kavramcılık (Konseptüalizm) ve Deneyimcilik (Ampirizm)* başlıklı doktora tezi için kaleme aldığı takdim yazısında söz konusu denge arayışına -Fransa açısından- işaret etmektedir. FORTSAKIS, s. 15.

²⁵⁰ VEDEL Georges, “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?” **EDCE**, Numéro: 31, Paris 1979-1980, s. 31 (Jurisprudentiel); GONOD Pascale / JOUANJAN Olivier, “A propos des sources du droit administratif : Brèves notations sur de récentes remarques”, **AJDA**, 2005, s. 992-994; DEGOFTE Michel, **Droit administratif**, Paris 2016, s. 37.

²⁵¹ Burada *kanun* ifadesiyle yasama (yahut yürütme) organı tarafından çıkarılan, maddî hukuka ilişkin, yazılı, genel-soyut-kişilik dışı kurallar kastedilmektedir.

²⁵² VEDEL, Jurisprudentiel, s. 31.

yargısal içtihatlar üstün olduğu bir hukuk dalında yargısal içtihatlar *kurucu*, kanunlar ise *tamamlayıcı* konumda bulunabilir²⁵³.

Bir hukuk dalına ait temel kavram, terim, kurum ve ilkeleri vaz'eden kaynak *kurucu*, mevcut kavram, terim, kurum ve ilkeleri tadil / takviye eden kaynak ise *tamamlayıcıdır (supplétif)*²⁵⁴. Kurucu kaynak, yargıcın tikel-somut uyuşmazlığa dair maddî vakıaları yakalamak için fırlatacağı zihinsel ağı örür. Tamamlayıcı kaynak ise bu ağıdaki yırtık ve boşlukları onarır²⁵⁵.

İçtihadîlik, *deskriptif (tasvirî)* bir kavram olarak, *ex post analiz* neticesinde ortaya çıkar ve hukuk dalının bütününe ilişkin bir tespiti ifade eder. Dolayısıyla:

1) İçtihadîlik, *belli bir alanda doğacak her somut uyuşmazlığın kendi tikelliği içerisinde (irrasyonel biçimde - yalnızca olaya özgü bir hakkaniyet sezisiyle) giderilme imkânı* şeklinde anlaşılmamalıdır. Çünkü önceki başlıkta izah edildiği gibi yargısal içtihat, tek kullanımlık bile olsa, tümel-soyut bir tarzda formüle edilmek zorundadır.

2) İçtihadîlik, yargısal içtihat üretme yöntemlerinin herhangi birine *özdeş* yahut *mecbur* değildir. Yani bir hukuk dalının içtihadî sayılabilmesi için, o alandaki yargısal içtihatların -söz gelimi- sadece hukuk yaratma yoluyla ortaya çıkması gerekmez. Zira yorum yoluyla doğan yargısal içtihatlar da pekâlâ kurucu bir etkide

²⁵³ Yasama organı, anayasal yetkisi itibarıyla yargısal içtihatları her zaman bertaraf etme imkânına sahiptir (örneğin yargısal içtihatların kurucu olduğu bir hukuk alanında yasama organı, esaslı bir kanunlaştırmaya giderek tamamlayıcı olmaktan vaz geçebilir). Bu başlıkta kuruculuk / tamamlayıcılık ayrımının *potansiyel* değil, *mevcut* durum üzerinden yapıldığına dikkat edilmelidir. (Benzer bir izah için bkz. Başlık II-B). Aynı yönde: VEDEL Georges, "Le précédent judiciaire en droit public français", *Journées de la Société de législation comparée*, Volume: IV, 1984, s. 272 (Précédent).

²⁵⁴ VEDEL, *Jurisprudential*, s. 31.

²⁵⁵ Adli yargıda açılan bir tazminat davasının çözümünde yargıç için kurucu kaynak Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu'dur. Zira özel hukuk sorumluluğuna ilişkin neredeyse bütün kavram, terim, kurum ve ilkeler bu metinlerde yer alır. ("*Medenî Kanun'un ilk yedi maddesi, pozitif bir metin içinde yansıtılmış hukukun genel ilkeleri örnekleridir*" METİN, s. 285). Yargısal içtihatlar, sayıca ne kadar çok ve çeşitli olursa olsun, burada hep *mevcut şemayı tamamlama* işlevi gördüğü için söz konusu alanın *ıctihadî* olduğu söylenemez. İdarî yargıda açılan bir tam yargı davasında ise vaziyet tam tersidir. Zira davanın esasına (idarenin sorumluluğuna) ilişkin olarak 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde yer alan "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" ifadesinden başka bir pozitif metin bulmak mümkün değildir. İdarenin sorumluluğunun şartları, türleri, sorumluluğu kaldıran ve azaltan hâller ve benzeri birçok meseleye ilişkin kavram, terim, kurum ve ilkeler idarî yargı içtihatlarında vaz'edilmiştir. *Common Law*'da da durum böyledir. (Bkz. Başlık II-B). Aynı yönde bkz. ONAR, s. 408-409; WALINE (Marcel), s. 619-620. Duruma işaret eden bir yargı kararı ise şöyledir: "(...) *idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesinin hukuken doğru olmadığı* (...) Danıştay 5. Dairesi, 05.12.1991, E. 1991/3619, K. 1991/2346, (GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Bursa 2019, Cilt: I, s. 69 [İdare]).

bulunabilir²⁵⁶. Bununla birlikte, içtihadî bir hukuk dalında kanun-bağımlı olmayan içtihat üretme yöntemlerine²⁵⁷ -bilhassa normu aşan hukuk yaratmaya- daha sık rastlanacağı iddia edilebilir.

3) İçtihadîlik, tikel-somut uyuşmazlıkta yargısal içtihadın doğmasını sağlayan yargıca özgü zihinsel çaba alanı ile irtibatlı olmakla birlikte, *aynı şey* değildir. Semantik belirsizlik veya boşluk sebebiyle oluşan yargıca özgü zihinsel çaba alanı, *tek bir yargısal içtihadın doğuşunu önceler*. İçtihadîlik ise, muhtelif zihinsel çaba alanlarında, kurucu nitelikte yargısal içtihatların zuhur etmesi *sonrasında* ortaya çıkan *genel* bir durumdur. Başka bir ifadeyle, bir hukuk dalının içtihadî olması, *o alanda ortaya çıkan her uyuşmazlıkta yargıçların içtihat üretme hâlinde bulunduğu / bulunması gerektiği* anlamına gelmez.

İçtihadîliğin ne olduğu, ne *olmadığına* ilişkin yukarıdaki açıklamalardan sonra ortaya çıkmaktadır: *Belli bir hukuk alanında yargısal içtihatların kurucu, kanunların ise tamamlayıcı konumda bulunması durumuna içtihadîlik denir*. Diğer bir tabirle içtihadîlik, *bir hukuk dalına ait temel kavram, kurum ve ilkelerin ilk olarak kanunlarda değil, yargısal içtihatlarda zuhur etmiş / ediyor olması hâlidir*²⁵⁸.

Çoğu kez *ıçtihadîlik (ıçtihadî hukuk)* ve *ıçtihat hukuku* tabirleri, birbirinin muadili gibi kullanılır. Ancak içtihat hukuku terimini; emsal karar doktrininin (*doctrine of precedent*) hâkim olduğu, mahkemelerin geçmiş kararlara atıfta bulunup onları tartışmak zorunda kaldığı sistemlere (örneğin Anglo-Sakson hukukuna) özgülemek daha isabetlidir. Terim böyle anlaşıldığı takdirde içtihat hukuku, içtihadîliğin alt kümesine dönüşür: *her içtihat hukuku, zorunlu olarak içtihadîdir (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat eseridir); ancak içtihadî karakter arz eden her hukuk dalına içtihat hukuku denemez (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat yoluyla teşekkül eden her hukuk dalında emsal karar doktrini geçerli olmak mecburiyetinde değildir)*. Dolayısıyla; yargı kararlarının otoritesinin sınırlı olduğu, yargıçların daha önceki

²⁵⁶ Örneğin Fransa'da lafzen *adliye-idare ayrılığını* öngören 17-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun'un zamanla *yargı ayrılığı* şeklinde anlaşılması, genişletici yorum vasıtasıyla mümkün olmuştur. TRUCHET Didier, **Droit administratif**, Paris 2017, s. 45. İdare hukukunun otonomisi ise *Blanco* içtihadındaki teleolojik-daraltıcı yorumun ürünüdür. (Konuya ikinci bölümde değinilecektir).

²⁵⁷ Yorum, kanun metnine en bağlı içtihat üretme yöntemi iken, hukuk yaratma daha bağımsızdır. Hukuk yaratma yolları içerisinde ise normu aşan hukuk yaratma (*extra legem-intra ius*); analogi, evleviyet ve mefhum-u muhalif yöntemlerine göre daha bağımsızdır.

²⁵⁸ *İçtihadîlik – içtihadî hukuk* kavramını karşılamaya en yakın İngilizce kelimeler şunlardır: *jurisprudence*, (*being*) *jurisprudential*, (*being*) *case-law* yahut (*being*) *judge-made law*. Kavrama karşılık gelen Fransızca kelimeler ise şöyledir: (*être*) *jurisprudentiel(le)* veya (*être*) *prétorien(ne)*. İngilizce karşılık önerilerinin kaynaklarda zaman zaman *ıçtihat hukuku* anlamında kullanıldığı unutulmamalıdır.

davaları anmak zorunda kalmadığı Kıta Avrupası'nda içtihat hukukundan söz etmek imkânsız iken, belli bir hukuk dalının temel kavram, kurum ve ilkelerini yargısal içtihatlarla borçlu bulunduğunu (içtihadî olduğunu) söylemek mümkündür.

Yorum bahsinde değinilen realist teori ve önceki başlıkta izah edilen serbest hukuk akımı (ikinci tavır) bakımından içtihadîlik, işlevsiz bir kavramdır. Zira bu yaklaşımlara göre hukukun asıl / gerçek kaynağı, yargı kararlarıdır. Yargılama bir irade işi (*fonction de la volonté*) olduğu ve norm da her hâlükârda yargıç tarafından yaratıldığı için, bu teoriyi / tavrı benimseyenlerin nezdinde *hukuk* denilen şeyin *tamamı*, zaten içtihadî karakterdedir. Şu hâlde *bütün hukuk dallarının ortak özelliği* olan içtihadîlik kavramına, *bir hukuk dalını yekdiğerinden ayırma işlevi* yüklemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, yargısal içtihatların bir hukuk dalında, diğerlerinden daha fazla önem arz ettiğini söylemek; *yargılama*, *norm*, *yorum* ve nihayet *hukuk* tanımı açısından realist teorinin bazı tezlerine karşı çıkmayı gerektirir. Nitekim tam da bu sebeple doktrinde, yorum ve hukuk üzerine konuşmaksızın içtihadîlik tartışması yürütmenin sığılığına dikkat çekilmektedir²⁵⁹. Aynı sığığa düşmemek açısından, içtihadîlik kavramı üzerine yukarıda yapılan tespitlerin, isabetli yanları olmakla beraber, realist teorinin dışında kaldığını ve çalışma boyunca *içtihadî kural* (*règle jurisprudentielle*) teriminin; *izomorfik durum haricinde ortaya çıkan, yargıç eseri normatif durum değişiklikleri* anlamında kullanılacağını belirtmek lâzımdır. İzomorfik durumu (*açık hüküm ihtimalini*) -aksiyomatik bir temel sağlamak amacıyla bile olsa- kabul ederek realist teoriden ayrılan bu çalışma, *yorum* ve *hukuk yaratma* arasındaki sınır taşlarını kaldırmak bakımından, ona katılmaktadır.

İçtihadîlik kavramını, phronesis-düşünümsel yargı ve dolayısıyla yargıca özgü zihinsel çaba alanı (yargısal içtihadın imkânı) ile eşitleyerek dinamik değerlerin yanında, statik değerlerin ise karşısında mevzilenmek, kolay fakat ilmî olmayan bir yoldur²⁶⁰. Temel kavram, kurum ve terimleri yargısal içtihatlarla oluşmuş (içtihadî) bir hukuk dalının, müstakbel tikel-somut uyumsuzluklarda yargıca özgü zihinsel çaba alanını kısıtlayıcı refleksler geliştirmesi pekâlâ mümkündür²⁶¹. Nitekim İslâm hukuk

²⁵⁹ GONOD / JOUANJAN, s. 992-994.

²⁶⁰ İdare hukuku literatüründe bu yola sıklıkla tevessül edilir: aslında bir *durum tespitini* ifade eden içtihadîlik, yol açtığı sonuçlar (avantaj ve dezavantajlar) incelenmeksizin peşinen hayırlı (*bienfaisant*) ve müspet (*positif*) bir özellik olarak sunulur. Literatürü eleştiren benzer ifadeler için bkz. VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 32.

²⁶¹ "(U)nutulmamalıdır ki, içtihadîlik özelliğinin daha önceki yargı kararlarına kayıtsız koşulsuz bağlı kalınması şeklinde anlaşılması, bu alanda bir muhafazakârlığı da gündeme getirebilecektir" ERHÜRMAN Tufan, **Kuzey**

geleneğinde içtihat kapısını -o dönemlerde mevcut bile olmayan- yasama organı değil, yine bizzat önceki müçtehitler kapatmıştır²⁶². İctihadî karakter arz eden Anglo-Sakson hukukunda da içtihat kapısı, yargıçlar / mahkemeler tarafından sürgülenmiş, ancak yürütme ve yasamanın müdahalesiyle (Equity Law) tekrar açılabilmiştir²⁶³.

İctihadîliği, hukukun durağanlaşması (hayattan kopması) karşısında bir çare olarak sunmak yahut içtihadî bir hukuk dalını (sistemini) *sırf içtihadî olmaklığı sebebiyle* daha hakkaniyetli / dinamik / anti-formalist saymak, anlamsızdır²⁶⁴. İctihadîliğin ne getirip ne götürdüğü ve değerler dengesinde nasıl bir işlev gördüğü, ancak ilgili hukuk dalının doğup-geliştiği özel koşullar bağlamında anlaşılabilir. Bu sebeple çalışmanın ikinci bölümü, üçüncü bölümde yapılacak nihaî tespitleri temellendirebilmek için, idare hukukunun yargıç yapısı (*prétorien*) içeriğine hasredilmiştir.

Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku (Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Lefkoşa 2012, s. 74.

²⁶² Bkz. Başlık II/A, “İslâm Hukuku”.

²⁶³ Bkz. Başlık II/B, “Anglo-Sakson Hukuku”.

²⁶⁴ WRÓBLEWSKI, s. 300.

İKİNCİ BÖLÜM:

İDARE HUKUKUNUN YARGIÇ YAPISI İÇERİĞİ

I. HANGİ İDARE HUKUKU?

“Bugün adli yargıdan ayrı bir idarî yargı düzeninin varlığını, iştîyak duyarak, kendine has bir hukukun, idare hukukunun uygulanması lüzumuyla gerekçelendiriyoruz. Hâlbuki tarihî açıdan otonom bir idare hukukuna vücut veren, idarî yargıdan başkası değildir”¹.

Çoğu zaman idare hukuku, *idarenin teşkilat ve faaliyetini belirleyen hukuk kurallarının tamamı* (geniş anlam) yahut *idarenin teşkilat ve faaliyetine ilişkin, özel hukuktan bağımsız kamu hukuku kuralları* (dar anlam) şeklinde tarif edilir². İdare-merkezli bu tanımlar pedagojik açıdan işe yarasa da, tarihî gerçeklikle uyumlu değildir. Zira idare ve onun işleyişine dair kurallar (*droit de l’administration*) eski devirlerden beri mevcut bulunduğu hâlde, idare hukuku (*droit administratif*) tabiri, bir mucize eseri olarak³, ancak idarî yargıçla birlikte ortaya çıkabilmiştir⁴. Başka bir deyişle, sırf idarenin varlığı, müstakil bir hukuk dalı olarak idare hukukunun da doğmasına yetmemiştir. Özel hukuk kişilerinden sâdır olan bazı hukukî tasarrufların seksen yılı aşkın bir süredir idarî yargı denetimine tabi tutulduğu düşünülürse⁵, söz konusu tanımların tarihî şöyle dursun, fiilî gerçekliği bile tam olarak yansıtmadığı anlaşılr⁶.

Muhtemel bir tanımda kullanılacak her unsurun (idare, idarî faaliyet, kamu tüzel kişisi, kamu hizmeti, kamu yararı vb.) yekdiğeriyle etkileşim içinde, sürekli anlam ve

¹ VEDEL Georges / DELVOLVÉ Pierre, **Droit administratif**, Tome: I, Paris 1992, s. 87.

² FRIER Pierre-Laurent / PETIT Jacques, **Droit administratif**, Paris 2017-2018, s. 42; CHRÉTIEN Patrice / CHIFFLOT Nicolas / TOURBE Maxime, **Droit administratif**, Paris 2016, s. 18; PEISER Gustave, **Droit administratif**, Paris 2011, s. 5; WALINE Jean, **Droit administratif**, Paris 2016, s. 19 (Doktrinde WALINE soyadlı başka bir yazar da bulunduğu için bu esere yapılacak müteakip atıflarda isim de belirtilecektir). Türk literatüründe benzer tarifler için bkz. GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 56; YAŞAR Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, İstanbul 2014, s. 59.

³ “İdare hukukunun bizzat var oluşu, bir nevi mucizedir” WEIL Prosper / POUYAUD Dominique, **Le droit administratif (Que sais-je?)**, Paris 1994, s. 3.

⁴ BURDEAU François, **Histoire du droit administratif**, Paris 1995, s. 40; BIGOT Grégoire, **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, Vendôme 2002, s. 18 (Introduction). Bir anda yoktan var olmadığı düşüncesiyle idare hukukunun köklerini *ancien régime*’de arayan yazarlar dahi, bu devirler açısından *idare hukuku (droit administratif)* yerine *idarenin hukuku (droit de l’administration)* tabirini kullanmaktadır. WEIDENFELD Katia, **Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours**, Paris 2010, s. 28; MESTRE Jean-Louis, **Introduction historique au droit administratif français**, Paris 1985, s. 13-14 (Introduction). (Mestre soy ismini taşıyan bir yazar daha olduğu için müteakip atıflarda isim de belirtilecektir).

⁵ Conseil d’État, 20 décembre 1935, *Société des Etablissements Vézia*; Conseil d’État, 22 février 2007, *APREI*, (RICCI Jean-Claude, **Droit administratif général**, Paris 2016, s. 13); Danıştay 10. Dairesi, 20.02.1991, E. 1989/2924, K. 1991/547; Danıştay 10. Dairesi, 17.06.1991, E. 1991/2286, K. 1991/1149; Danıştay 5. Dairesi, 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516; Danıştay 10. Dairesi, 21.06.2010, E. 2010/5003, K. 2010/5515; Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1; Uyuşmazlık Mahkemesi, 03.05.1999, E. 1999/1, K. 1999/11 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 303-306).

⁶ LACHAUME Jean-François, “La définition du droit administratif”, **Traité de droit administratif**, (Sous la direction de Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA), Tome: I, Paris 2011, s. 106 (Définition).

kapsam deęiřtirmesi⁷, idare hukukunun tarifini başlı başına bir mesele hâline getirmektedir⁸. Muhtelif tanım çabalarını peşinen nâkıs (*imparfaite*) ve izafî (*relative*) kılan bu devinim, idarî yargıcın etkin-kurucu rolünden kaynaklanır⁹. Bu yüzden idare hukuku - idarî yargıç ilişkisi, doktrinde “yumurta - tavuk meselesinin en güzel örneği” olarak anılmaktadır¹⁰.

şu hâlde idare hukukunu nasıl tarif etmeli? Kıta Avrupası hukukunun diğer disiplinleri için alışılmadık bir yöntem olsa da¹¹, doğrudan doğruya *devinimi* referans alarak, tanımını idarî yargıç üzerinden yapmak, az evvel değinilen noksanlık ve göreliliği asgarîye indirmenin en iyi yolu gibi görünüyor: *idare hukuku; idarî yargıcın, elindeki uyumsuzluğı çözerken kullandığı öncüllerdir*¹². Elbette bu tanım (çabası) da eleştiriye açıktır¹³. Ancak çalışmaya, konusuyla (içtihadilik) uyumlu bir hudut çizebilmek bakımından, yargıç yapısı (*prétorien*) muhtevanın, *işbu idare hukukunun* bünyesinde aranacağını söylemek icap eder.

Fransa’da idare hukuku, *genel idare hukuku (droit administratif général)* ve *özel idare hukuku (droit administratif spécial)* şeklinde ikiye ayrılarak incelenir. İdarenin millî güvenlik, sağlık, eğitim, çevre, madencilik, turizm gibi farklı sahalarda gösterdiği faaliyetler, ayrı ayrı kanunlarla düzenlenmiş durumdadır. Özel idare hukuku, işte bu alanlardaki uygulamaya odaklanır. İdarenin tamamına (bütün idarî faaliyetlere) hâkim olan kural, kavram ve ilkeler ise genel idare hukukunun konusunu oluřturur¹⁴. Türkiye’de böyle bir ayırım yapılmamasına rağmen, *idare hukuku* dendiğinde, öncelikle

⁷ LACHAUME, s. 102-104.

⁸ Öyle ki Eisenmann, *İdare Hukuku Dersleri* adlı eserinin yaklaşık yüz sayfasını sırf tanım sorununa ayırır. Bkz. EISENMANN Charles, **Cours de droit administratif**, Tome: I, Paris 2014 (Tıpkıbasım), s. 16-113.

⁹ LACHAUME, s. 139. “*İdarî yargı organı, kendinden önce veya kendisinin kaynaklık etmediği bir hukuku uyguluyor değildir*” ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları (Teksir)**, Ankara 1972-1973, Bölüm III, ř1, s. 62 (vurgulamalar sonradan yapılmıştır).

¹⁰ MORAND-DEVILLER Jacqueline / BOURDON Pierre / POULET Florian, **Droit administratif**, LGDJ, Mercurès 2017, s. 20.

¹¹ LACHAUME, s. 138.

¹² İdarî yargıca merkezî rol atfeden diğer tanımlar için bkz. LACHAUME, Définition, s. 138-140; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 19. YAşAR, “(idare hukuku), *idarî yargı tarafından uygulanan hukuktur*” şeklindeki tanımı, “(idare hukukunun) *en dar anlamı*” olarak takdim eder. YAşAR, s. 59.

¹³ İdarî yargıcın özel hukuk kurallarını yahut adlî yargıcın kamu hukuku kurallarını tatbik ettiği durumlar, bu bapta örnek olarak verilebilir. TRUCHET, s. 30-38. *Cour de cassation*’un (Fransız Yargıtayı), adlî kolluk faaliyetinden doğan bir tazminat davasında *Code civil* yerine idarenin kusursuz sorumluluğunu uyguladığı *Giry* ve kamu mallarının haczedilmezliği ilkesine dayandığı *Bureau de recherches géologiques et minières* kararları bilhassa dikkat çekicidir. *Cour de cassation*, 2^{ème} Chambre civile, 23 novembre 1956, pourvoi n° 56-11871 (*Trésor Public contre Giry*); *Cour de cassation*, 1^{re} Chambre civile, 21 décembre 1987, pourvoi n° 86-14167 (*Bureau de recherches géologiques et minières*), SERRAND Pierre, **Droit administratif**, (Tome: I, Les actions administratives), Paris 2017, s. 22.

¹⁴ GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 122-124.

genel idare hukuku anlaşılır. Okuduğunuz çalışma da, esas itibarıyla *genel idare hukukunun* yargıç yapısı içeriğine yönelmiştir.

Hukuk fakültelerinde idarî yargılama usûlü (*contentieux administratif*), idare hukukundan sonra ve ayrı bir ders olarak okutulur. Öğrenciye hitap eden genel eserlerde, bu ayrıma göre hazırlanır. Ne var ki, idare hukuku derslerinde / kitaplarında *maddî hukuk bilgisi* etiketiyle sunulan *idarî işlem*, *idarî eylem* ve *idarî sözleşme* gibi birçok kavramın anlam ve sınırları, aslında idarî yargının (yahut uyuşmazlık yargısının) şekli hukuka dair bir sorunu (görev) çözerken vaz'ettiği esaslara göre belirlenmektedir. Bu sebeple, maddî hukukla (idare hukuku) sınırlı bu çalışmada, yer yer şekli hukuka (idarî yargılama usulüne) dair meselelere de temas edilmesi, okuyucuyu şaşırtmamalıdır¹⁵.

II. İDARÎ YARGICI İÇTİHAT ÜRETMEYE İTEN SEBEPLER

İdare hukukunda yargıca özgü zihinsel çaba / içtihat alanı (semantik belirsizlik ve boşluk), Fransa ve Türkiye'deki diğer hukuk dallarıyla kıyaslanamayacak ölçüde geniştir. İctihadiliğe zemin hazırlayan bu durumun, kendi içinde birbirini besleyen ve hukuk-ötesi (tarihî, ideolojik, toplumsal) kökenleri de bulunan başlıca dört sebebi vardır: 1) Yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorunu (idarî olanın belirsizliği). 2) *Code civil*'in saf dışı edilmesi (idare hukukunun otonomi¹⁶ kazanması). 3) İdarî kanunların (*lois administratives*) yetersizlik ve değişkenliği. 4) *İdarenin denetimi* olgusunun siyasi nitelik arz etmesi.

¹⁵ Tarihî süreç içerisinde idarî yargıç, elindeki uyuşmazlıkları esastan çözeceği kuralların (maddî hukuk) yanında, bu uyuşmazlıkların kendi önüne taşınması ve giderilmesi usulüne dair birçok kuralı da (şekli hukuk) bizzat, içtihat yoluyla yaratmıştır. Örneğin şu an 2577 sayılı Kanun'da yer alan *kesin ve yürütülebilir işlemin varlığı* (m. 14/3-d) veya *düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin her bir uygulamayla yeniden başlaması* (m. 7/4) gibi birçok kural, önceden yalnızca Danıştay içtihatlarına dayanmaktaydı. Bugün Türkiye'de *İdarî Yargılama Usûlü Kanunu*, Fransa'da ise *Code de Justice Administrative*, şekli idare hukukunu büyük ölçüde tedvin etmiştir. Yine de idarî yargılama hukukunun, diğer şekli hukuk dallarına (medenî usul hukuku ve ceza muhakemesi hukuku) nazaran daha içtihadî olduğu söylenebilir. "*İdare hukuku; içtihat hukuku olduğu gibi, idarî muhakeme usulleri de esas itibarıyla içtihatlarla dayanır. Ancak bu karakter idare hukukunda olduğu kadar geniş değildir.*" ONAR, Cilt: III, s. 1940-1941. "(B)ugün İdarî Yargılama Usulü Kanununda ifadesini bulan birçok kural, aslında zaman içinde yargı yerlerinin istikrar kazanmış uygulamalarının pozitif hukuk kuralı haline getirilmesinden başka bir şey değildir" KAPLAN Gürsel, *İdarî Yargılama Hukuku*, Bursa 2016, s. 4 (Yargılama). İdarî yargılama hukukunun içtihadiliğine ilişkin olarak ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, *İdare Hukuku* (Cilt II: İdarî Yargılama Hukuku), Ankara 2013, s. 727-729; ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdarî Yargılama Hukuku*, Ankara 2015, s. 210-215; YILDIRIM Ramazan, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* (İdarî Yargılama Hukuku, Cilt 3), Konya 2015, s. 30-31; ERHÜRMAN, s. 71; YAVUZDOĞAN Seçkin, *İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku - İdarî Yargılama Hukuku İlişkisi*, (Doktora Tezi), İstanbul 2007, s. 13-15.

¹⁶ Türkçe kaynaklarda *autonomie* mukabili olarak kullanılan *bağımsızlık* veya *özerklik* tabirlerinin kavramı tam olarak karşılamadığı endişesiyle orijinal terim muhafaza edilmiştir.

A. YARGI AYRILIĞININ MEŞRULAŞTIRILMASI SORUNU

Yargı ayrılığı prensibi, Türkiye dâhil olmak üzere, Kıta Avrupası'ndaki birçok ülkede kabul görmektedir. İlk kez Fransa'da ortaya çıkan bu prensibin getirdiği belirsizliği ve bu belirsizliğin yargıç (yahut içtihat üretimi) üzerindeki etkisini ortaya koyabilmek için, her iki ülkenin geçmişinde kısa bir yolculuğa çıkmak gerekir.

1. Yargı ayrılığı prensibinin doğuşu ve yerleşmesi

Hâlihazırda modern ulus-devletin kuvvetler ayrılığı çerçevesinde üstlendiği birçok kamusal işlev, siyasî gücün son derece dağınık / parçalı olduğu Orta Çağ Fransı'nda feodal beyler (*seigneurs*) ve şehirlerdeki mahallî otoriteler (*autorités municipales*) tarafından, iç içe geçmiş bir vaziyette yerine getiriliyordu¹⁷. Philippe Auguste (1180-1123) ile başlayıp, XIV. Louis (1638-1715) devrinde doruk noktasına ulaşan merkezîleşme sürecinin sonunda kral, şu an yasama, yürütme ve yargı ismiyle bilinen üç fonksiyonu kendinde toplamaya muvaffak oldu. Süreç boyunca ferdî ilişkileri (özel hukuku) aşan tasarruflar ve hükümdarın artan kudreti, Roma Hukuku'ndan kalma *utilitas publica* (*commun profit*, genel yarar) ve *necessitas* (*necessité*, zaruret) kavramlarıyla meşrulaştırıldı¹⁸.

Kralın bütün ülkeyi bizzat çekip çevirmesi, bir kişinin sayısız iş yapması demektir ki, fiilen mümkün değildir. Söz konusu imkânsızlığın neticesi olarak; karmaşık bir bürokrasi ortaya çıkmış¹⁹, devlet kavramı hükümdarın şahsından soyutlanmış²⁰ ve idare (*administration*) kelimesi, yürütmenin teknik boyutunu (kamunun günlük ihtiyaçlarının karşılanması)²¹ ifade etmeye başlamıştır²². Çağdaş anlamıyla yargı ayrılığından bahsetmek için henüz çok erken olsa da, onun habercisi sayılabilecek *adliye-idare ayrımı*, ilk kez bu dönemde kendini hissettirmiştir: Şubat

¹⁷ MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 23-82.

¹⁸ MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 98-105.

¹⁹ WEIDENFELD, s. 271-272.

²⁰ Orta Çağ'dan beri mevcut bulunan Kral Konseyi'nin (*Curia Regis*, *Conseil du Roi*) III. Henri döneminden itibaren (1578) Devlet Konseyi (*Conseil d'État*) şeklinde adlandırılması, söz konusu soyutlaşmanın örneklerindendir. "Naissance et évolution", Erişim: <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-fonctions/Naissance-et-evolution>, 10.12.2018. Yirmisekiz Mehmed Çelebi'nin Fransa sefâretnamesinde naklettiği bir olay, bu bakımdan ilgi çekicidir: "Bu esnada Lala Merşal, kraldan [çocuk yaştaki XV. Louis'den] sual idüp: 'Bu cevher [mücevher] kimindir?' dedi. 'Kimin olsa gerek, benimdir' dedi. 'Yok, senin değildir, başındaki tâcındır' dedi. Yine krala veda edüp dışarı çıktık" **Paris'te Bir Osmanlı Sefiri**, (Hazırlayan: Şevket RADO), İstanbul 2018, s. 50.

²¹ MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 165-167.

²² Gerçek kişiye (krala) ait otoritenin kamu tüzel kişiliğine dönüşmesinde, yine Roma menşeli *universitas* (*personnalité morale*, hükmi şahsiyet) ve *fiscus* (*fisc*, hazine) kavramlarının rol oynadığını belirtmek lâzımdır. MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 105-108.

1641 tarihli Saint-Germain-en-Laye Fermanı²³ ile kral adına adalet dağıtma yetkisiyle donatılmış Parlömanların (*Parlements*)²⁴, yine kral namına hareket eden idareye karışması yasaklanmıştır²⁵. Bu yasak, idarî uyuşmazlıkların tamamen keyfî bir şekilde çözüleceği anlamına gelmiyordu. Zira merkezde krala danışmanlık yapan Conseil d'État, taşrada ise *intendant* adı verilen idareciler, söz konusu ihtilâfları belli bir usûl dairesinde gidermekteydi²⁶. Roma'daki özel hukuk – kamu hukuku (*ius privatum - ius publicum*) ayrımından izler taşıyan²⁷ bu gelişmelere rağmen Fransız devlet aygıtı; ihtilâle dek (1789) teşriî, icraî ve kazaî yetkilerin kaynaştığı kaotik görünümünden kurtulamamıştır.

Kuvvetler ayrılığı ile yargı ayrılığı, ilk bakışta birbiriyle alâkasız görünür. Gerçekten de bugün, kuvvetler ayrılığını, hatta -ABD'de olduğu gibi- sert kuvvetler ayrılığını benimseyen birçok ülkede tek bir yargı düzeni bulunmaktadır²⁸. Ancak terimlerin anlamı, tarihin her devrinde aynı olmamıştır. Sonradan yargı ayrılığına dönüşen adliye-idare ayrımı da, aslında kuvvetler ayrılığı fikrinin XVIII ilâ XIX. yüzyıllardaki köktenci ve *à la française* bir yorumuna dayanır²⁹.

Aydınlanma düşünürleri ve bilhassa Montesquieu'den etkilenen ihtilâlciler, içtimaî hayatta boş bir sayfa (*table rase*) açarak, eskiye dair bütün kurumları ortadan kaldırmak istiyordu³⁰. *Ancien régime* müesseseleri arasında adliyeye (parlömanlara) duyulan güvensizlik ise had safhadaydı³¹. Dolayısıyla parlömanlar derhâl lağvedilip³²,

²³ XIII. Louis devri. Ferman metni için bkz. ISAMBERT / TAILLANDIER / DECRUSY, **Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789**, Tome: XVI, Paris 1821, s. 529-535 (Eserde yazarların sadece soyadları yazılıdır).

²⁴ Parlömanların, *yasama organı* anlamında kullanılan *parlamento* ile hiçbir ilgisi yoktur. Kökeni *Curia Regis*'e dayanan ve başlangıçta yalnızca Paris'te bulunan *Cour de Parlement*, zamanla çoğalarak bütün ülkede kral adına adalet dağıtan bir merci haline gelmiştir. Parlömanlar, bugünkü mahkemelerden farklı olarak *arrêt de règlement* denilen, açıkça kural koyucu nitelikte kararlar alabiliyorlardı. Dolayısıyla parlömanlar ile devletin geri kalan organları (hatta kral) arasında ciddî yetki çatışmaları doğuyordu. WEIDENFELD, s. 9-11; MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 189-191; BURDEAU, s. 33-34.

²⁵ XIV. Louis, 8 Temmuz 1661 tarihinde, sefiiyle aynı yönde bir emir daha vermiştir. MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 191.

²⁶ BIGOT, Introduction, s. 20-23; WEIDENFELD, s. 18-26; BURDEAU, s. 36-38.

²⁷ MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 159-176.

²⁸ BROWN L. Neville / BELL John S., **French Administrative Law**, Oxford 2003, s. 127.

²⁹ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 98 ve devamı.

³⁰ BIGOT, Introduction, s. 27.

³¹ Öyle ki, ihtilâl sonrası Kurucu Meclis'in (*Assemblée constituante*) başkanlığını yapan Le Chapelier yargıyı "müesseselerin en iğrenci (*la plus détestable des institutions*)" diye tarif ediyor; Robespierre ise *jurisprudence* kelimesinin Fransızcadan silinmesi gerektiğini söylüyordu. JESTAZ Philippe, **Les sources du droit**, Dalloz, Paris 2015, s. 98.

³² İhtilâlden birkaç ay sonra çıkan 3 Kasım 1789 tarihli Kanun parlömanları tatil etmiş, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ise bunların hukukî varlığına tamamen son vermiştir. RENAUT Marie-Hélène, **Histoire du droit administratif**, Poitiers 2007, s. 50; BIGOT, Introduction, s. 27; BURDEAU, s. 41.

görevi sadece kanunun ağzı (*la bouche de la loi*) olmakla sınırlı³³ yeni mahkemeler ihdas edildi. Vücuda getirilen yeni adliye teşkilatının idare cihazıyla ilişkisi nasıl kurulacaktı? İhtilâlciler bu soruya, geçmişte devleti karmaşaya sürükleyen parlöman tecrübesinin etkisiyle, tabiri caizse yoğurdu üfleyerek cevap verdiler: “*Adli işlevler, idarî işlevlerden farklıdır ve daima ayrı kalacaktır. Aksi suç teşkil etmek üzere, yargıçlar, ne suretle olursa olsun idarî mercilerin faaliyetlerine karışamaz; idarecileri, vazifeleri sebebiyle önlerine celp edemez*”³⁴.

Hükmün lâfzından rahatlıkla anlaşıldığı üzere adliye-idare ayrımı, ikinci bir yargı düzeni yaratmaktan ziyade, ihtilâl idaresini yargı denetiminden bağışık kılmaya matuftu³⁵. Zira bu dönemde adliyenin idareyi yargılaması, onu idare etmesi, dolayısıyla millî iradeye ortak olması gibi algılanmış ve kesin bir tavırla reddedilmiştir³⁶. Böylece yeni rejim, geçmiş sorunların tekrarını engellemek isterken, aslında yine eskiye ait *Kral hata yapmaz* (*le Roi ne peut mal faire*) düşüncesini, (*kamu yararını temsil eden*) idare, *hata yapmaz* formunda devam ettirmiş oluyordu. İdarî konularda çıkan uyuşmazlıklar, mahkemelerce değil, hiyerarşik üstlere (ve nihayet bakanlara) yapılacak başvurular yoluyla, yine bizzat idare tarafından giderilecekti³⁷. Yani yargıç-idarecilere (*juge-*

³³ 27 Kasım - 1 Aralık 1790 tarihli Kanun, yasama organı bünyesinde (*auprès du corps législatif*), seçilmişlerden müteşkil bir Temyiz Mahkemesi (*Tribunal de cassation*) kurmuştu. Kanunların belirsizliği hâlinde yargıçlar, yorum yetkisine sahip olmayıp, buraya başvurmak zorundaydı. *Référé législatif* adı verilen bu yöntem, millî egemenliğin yegâne temsilcisi sayılan yasamaya, yargı erki üzerinde bir çeşit vesayet (*tutelle*) kurma imkânı veriyordu. Detaylı bilgi için bkz. HALPÉRIN Jean-Louis, **Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799**, Paris 1987. Türkiye’de 1924 Anayasasının 26. maddesiyle benimsenen *yasama yorumu* (tefsir kararı) da, aynı amaca yönelik benzer bir müessese idi. Detaylı bilgi için bkz. KÖKÜSARİ İsmail, “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 67, Yıl: 2018, Sayı: 4, s. 807-855.

³⁴ 16 ve 24 Ağustos 1790 tarihli Adliye Teşkilatı Hakkında Kanun (*Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*), madde 13: “*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*”. (Erişim: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/dec/1790/08/16/n1/jo>, 15.10.2018). Mahkemelerin, idareye ait hiçbir tasarrufu denetleyemeyeceği, aksi davranışın suç teşkil edeceği, 3 Eylül 1795 (*16 fructidor an III*) tarihli Kararname (*décret*) ile de teyit edilmiştir: “*Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit*”. BURDEAU, s. 61-62; RENAUT, s. 55.

³⁵ BIGOT Grégoire, “Les mythes fondateurs du droit administratif”, **RFDA**, 2000, s. 527. Kanun, Kurucu Meclis’ten oybirliği ile geçmiştir. Olumlu oy verenler arasında Duport ve Chabroud gibi yargı birliğini savunan üyeler de bulunmaktadır. Eğer Kanun’un amacı *ikinci bir yargı düzeni* kurmak olsaydı, en azından söz konusu üyeler lehte oy kullanmazdı. CHAMPION François, **Le Tribunal des conflits et l’élaboration du droit administratif**, (Thèse de doctorat), Tome: I, Tours 2000, s. 32.

³⁶ PANSEY Henrion de, **De l'autorité judiciaire en France**, Paris 1818, s. 458. Eserde daha uzun bir cümleyle dile getirilen bu düşünce, idare hukuku literatüründe sıkça kullanılan bir özdeyişe dönüşmüştür: “*juger l’administration, c’est aussi et encore administrer*”(idareyi yargılamak da yine idare etmek demektir). İfadenin farklı versiyonları ve Türkçe çevirileri için bkz. ERKUT Celâl, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul 2004, s. 66 (Kamu Kudreti); KARAHANOGULLARI Onur, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara 2005, s. 17 (Tarih); GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 60.

³⁷ İdarenin hem taraf, hem de uyuşmazlığı çözen konumunda bulunmasından ötürü bu usûl, idareci-yargıç (*administrateur-juge*) şeklinde adlandırılır. Anakronik düşünüldüğünde sakıncalı görülebilecek bu tercih,

administrateur) duyulan tepki, garip bir biçimde, idareci-yargıcı (*administrateur-juge*) yaratmıştı³⁸.

9 Kasım 1799 (18 brumaire an VIII) tarihinde iktidarı ele geçiren Napoléon Bonaparte, kamu kudretini şahsında (yürütmede) toplayıp³⁹, devrimler ile eski idarî gelenekleri uzlaştırmak⁴⁰ istiyordu. Bu amaçla, bir *ancien régime* müessesesi olduğu için daha önce dağıtılmış bulunan Conseil d'État, 13 Aralık 1799 (22 frimaire an VIII) Anayasası ile tekrar kurulup, hükûmete danışmanlık yapmak ve idarî konularda ortaya çıkan güçlükleri gidermekle⁴¹ görevlendirildi⁴². Hemen ardından, 18 Şubat 1800 (28 pluviôse an VIII) tarihli Kanun ile taşradaki bazı idarî ihtilafları halletmek üzere *vilâyet kurulları* (*conseils de préfecture*) ihdas edildi⁴³.

Aktif idareden ayrılıp, uyuşmazlık çözümüne odaklanan ve yavaş yavaş idare hukukunu yaratmaya başlayan bu yapı, henüz kelimenin tam anlamıyla bir yargı düzeni sayılamazdı. Zira Conseil d'État doğrudan karar veremiyor, ancak Devlet Başkanı'nın onayına tabi bir karar taslağı (*avis contentieux*) hazırlayabiliyordu⁴⁴. Literatürde *tutuk adalet* (*justice retenue*) adı verilen bu usûle, Üçüncü Cumhuriyet döneminde çıkan 24

dönemin kuvvetler ayrılığı anlayışı çerçevesinde makuldür. İhtilâlcilerin zihninde kuvvetler ayrılığı; yasama, yürütme ve yargının eşit düzeyde kurgulanıp birbirini dengelemesi anlamına gelmiyordu. Onlara göre kuvvetler ayrılığı, *genel iradenin (volonté générale) temsilcisi olan yasamanın mutlak hâkimiyeti altında, yürütme ve yargının birbirine karışmaması* demektir. Yürütme ve dolayısıyla idare, zaten seçilmişlerin (yasamanın) emri altında bulunduğu için, idarî uyuşmazlıkların, aktif idare tarafından çözülmesinde bir mahzur görülmemiştir. BURDEAU, s. 42; CHAMPION, s. 35.

³⁸ PACTEAU Bernard, *Manuel de contentieux administratif*, Paris 2010, s. 21.

³⁹ BIGOT, Introduction, s. 49.

⁴⁰ WEIDENFELD, s. 47; BURDEAU, s. 65.

⁴¹ Conseil d'État'ı tekrar kuran 52. maddenin tam metni şu şekildedir: “*Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*”(Conseil d'État, *Konsüllerin yönetimi altında, kanun ve kamu idaresi nizamnameleri tasarılarını hazırlamak ve idarî konularda doğan güçlükleri gidermekle görevlendirilmiştir*). (Erişim: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/de/node/3777>, 15.10.2018).

⁴² Conseil d'État bünyesinde bu iş için özel olarak görevlendirilen ilk birim, 11 Haziran 1806 tarihli Kararname ile kurulan uyuşmazlık komisyonudur (*commission du contentieux*). 22 Temmuz 1806 tarihli Kararname ise, komisyonun muhakeme usûlünü düzenlemiştir WEIDENFELD, s. 50; BURDEAU s. 71; RENAULT, s. 68.

⁴³ *Ancien régime*'in taşradaki temsilcisi olan *intendant* müessesesi, ihtilâlden hemen sonra, 22 Aralık 1789 tarihinde lağvedilmişti (BIGOT, Introduction, s. 27; BURDEAU, s. 41). Bu tarihten itibaren taşra teşkilatında; hem aktif idare işi yapan, hem söz konusu işleri müzakere eden, hem de uyuşmazlık çözen beş üyeli bir heyet usûlü benimsenmişti. 18 Şubat 1800 tarihli Kanun, işte bu üç fonksiyonu birbirinden ayırarak aktif idareyi valiye (*préfet*), danışma / müzakere işini genel kurula (*conseil général*), uyuşmazlık çözmeyi ise vilâyet kuruluna (*conseil de préfecture*) özgülemiştir. Yasama organındaki görüşmeler esnasında Kanun taslağını hazırlayan Conseil d'État üyelerinden Roederer, bu ayrımı “*idare etmek bir kişiye, yargılamak ise birden fazla kişiye ait bir iş olmalıdır*” ifadeleriyle gerekçelendirmiştir. GABOLDE Christian / PIERNET Claude, “Pluviose An VIII - Les débuts du Conseil de Préfecture”, *La Revue administrative*, 3^e Année, Numéro: 14 (mars-avril 1950), s. 140. Vilâyet kurulları, Fransa'da bugünkü idare mahkemelerinin (*tribunaux administratifs*) tarihî öncülü olarak, Türkiye'de 1982 öncesi yargısal yetkileri bulunan il idare kurullarına benzer.

⁴⁴ Şeklen durum böyle olsa da, Conseil d'État'nın hazırladığı karar tasarıları, Devlet Başkanı tarafından neredeyse hep onaylanmış ve fiilen yargı kararı otoritesine sahip olmuştur. CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome: I, Paris 2001, s. 751 (Général). Conseil d'État'nın aksine, vilâyet kurulları ihdas edildiği andan itibaren hiçbir makamın onayına tabi olmadan karar verebilmekteydi. GABOLDE / PIERNET, s. 142.

Mayıs 1872 tarihli Kanun ile son verilmiş ve *bağımsız adalet*⁴⁵ (*justice déléguée*) sistemine geçilmiştir⁴⁶.

Kanunların Conseil d'État'ı (veya vilâyet kurullarını) açıkça işaret etmediği hâllerde idarî uyuşmazlıkların yine aktif idare (bakanlar) tarafından çözüleceği düşüncesi, gerçek anlamda bir yargı düzeninden söz etmeyi zorlaştıran başka bir sebepti. Conseil d'État'ın 13 Aralık 1889 tarihli *Cadot* kararı⁴⁷, idareci-yargıç (*administrateur-juge*) döneminin kalıntısı olan bu düşünceye kesin olarak son verdiği için bir dönüm noktasıdır. Bu sayede “idarenin kaburga kemiğinden”⁴⁸ yeni bir yargı düzeni yaratılmış ve adliye-idare ayrılığı, artık yargı ayrılığına (da) dönüşmüştür.

Adliye-idare ayrılığı, kendisini ortaya çıkaran şartlar gereği, başlangıçta (ihtilâl yıllarında) bizzat millî irade (yasama) tarafından korunuyordu⁴⁹. Napoléon'un iktidara gelişinden sonra, 26 Aralık 1799 (5 nivôse an VIII) tarihli Kararname ile bu görev, Conseil d'État'ya verildi⁵⁰. Birinci İmparatorluk⁵¹ devrinde adliyenin görev alanını olabildiğince kısıtlayan Conseil d'État, Restorasyon⁵² döneminde, adliye-idare ayrımını koruma vazifesini sürdürmekle beraber, *idarî uyuşmazlık* tanımını kendi aleyhinde

⁴⁵ Türkçe karşılıklar için ERKUT'un tercümesi esas alınmıştır (Bkz. ERKUT, Kamu Kudreti, s. 27). GÖZLER, “*justice retenue*” ifadesini “*tutulmuş adalet*”; “*justice déléguée*”yi ise “*devredilmiş adalet*” şeklinde çevirmektedir. GÖZLER, *idare*, Cilt: I, s. 60-61.

⁴⁶ Kanun'un ilgili 9. maddesi şu şekildedir: “*Le Conseil d'État statue **souverainement** sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives*”(Conseil d'État, idarî uyuşmazlıklara ilişkin müracaatlar ve muhtelif idarî mercilerin tasarruflarına karşı yetki aşımı sebebiyle ileri sürülen iptal talepleri hakkında, **başka hiçbir makamın onayı aranmaksızın** hüküm verir). WEIDENFELD, s. 79; BURDEAU, s. 200. (Vurgulamalar sonradan yapılmıştır).

⁴⁷ Karara konu somut olay kısaca şöyledir: Marsilya Belediyesi, 2 Mart 1877 tarihli işlemiyle, iki yıldır istihdam edilen Cadot isimli mühendisin sözleşmesini fesheder. Cadot, bu işleme karşı adlî yargıya gider. Ancak mahkeme, dava konusu tasarrufun özel hukuk sözleşmelerden farklı nitelik arz ettiği (*idarî işlem* olduğu) gerekçesiyle görevsizlik kararı verir. Cadot bu kez vilâyet kuruluna (*conseil de préfecture*) başvurur. Ne var ki kurul da, *hiçbir kanunun kendisini bu tür bir ihtilafa bakmakla açıkça görevli kılmadığını* belirterek talebi reddeder (o dönemde mahallî idarelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, kurulun bakacağı işler arasında sayılmıyordu). İçişleri Bakanına yaptığı başvurudan da sonuç alamayan Cadot, nihayet Conseil d'État'ya gider. *Hiçbir kanunda açıkça yazmasa da, kendi başına icraî karar alabilen bütün idarî makamların işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda genel görevli olduğunu* belirten Conseil d'État, ihtilâfî esasa girerek çözer. (Conseil d'État, 13 décembre 1889, *Cadot*, BIGOT, s. 206-207).

⁴⁸ KARAHAÑOĞULLARI, Tarih, s. 105, dipnot: 253.

⁴⁹ 7 Eylül 1795 (21 fructidor an III) tarihli Kanun'un 27. maddesine göre idarî ve adlî otoriteler arasında çıkan görev uyuşmazlıkları, direktuvar onaylı bir bakan kararıyla çözülecekti. Dönemin ruhuna uygun olarak Kanun, herhangi bir tereddüde düşüldüğü takdirde yasama organına başvurulmasını (*référé législatif*) mecburî kılıyordu. BURDEAU, s. 64; CHAMPION, s. 42; BIGOT, Introduction, s. 57.

⁵⁰ Adlî yargıda görülen bir uyuşmazlığın idarî nitelikte olduğu fark edilirse mahkeme bünyesindeki hükûmet komiseri yahut vali, görevli merciin tespiti için Conseil d'État'ya başvuracaktı. Napoléon'un adliye-idare ayrılığını koruma işini yasamadan alıp, kendi başkanlığındaki Conseil d'État'ya vermesi, otoriter eğilimleriyle yakından ilgilidir. Zira bu dönemde (1813'e kadar) adliye-idare ayrılığı, çoğunlukla adliyenin “*hassas*” konularda karar almasını engellemek ve yürütmenin gücünü artırmak için kullanılmıştır. BIGOT, Introduction, s. 57-63.

⁵¹ *Le Premier Empire* (18 Mayıs 1804 – 14 Nisan 1814).

⁵² *Restauration* (6 Nisan 1814 – 29 Temmuz 1830). Bu dönem, Napoléon'un iktidarı tekrar ele aldığı 20 Mart ilâ 8 Temmuz 1815 tarihlerinde yüz günlük bir kesintiye uğramıştır.

daraltma eğilimi göstermiştir⁵³. Takip eden Temmuz Monarşisi⁵⁴ de adliye-idare ayrımını muhafaza etmek için müstakil bir mahkeme kurmaya ihtiyaç duymamıştır⁵⁵. Bu dönemde, kâğıt üzerinde idareci-yargıç sistemi devam etse de, Conseil d'État siyasî etkilerden arınıp profesyonelleşmiş ve görev alanını yeniden genişletmiştir⁵⁶.

İkinci Cumhuriyet⁵⁷ Anayasası, (artık yargı ayrılığına dönüşmek üzere olan) adliye - idare ayrımını koruma görevini, bizzat bu ayrımın tarafı olan Conseil d'État'dan alıp *Tribunal des conflits* (Uyuşmazlık Mahkemesi) isimli yeni bir mercie verdi (m. 89)⁵⁸. Dört yıllık bir faaliyetten sonra İkinci İmparatorluk⁵⁹ Anayasası'nın kaldırdığı Tribunal des conflits, Üçüncü Cumhuriyet⁶⁰ devrinde çıkan -ve bağımsız adalet sistemini de getiren- 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun ile nihayet kesin olarak kuruldu (m. 23 ilâ 28)⁶¹.

Şimdiye dek nakledilen bilgiler, tek paragrafta özetlenerek şöyle bir sonuca bağlanabilir: Fransa'da merkezî otoritenin güçlenmesi, kuvvetler ayrılığı fikrinin aşırı yorumu ve *ancien régime* mahkemelerine duyulan güvensizlik sebepleriyle ortaya çıkan adliye-idare ayrımı; idare cihazının, bağımsız bir idarî yargı doğurmasıyla *yargı ayrılığı* prensibine dönüşmüştür. Tek işi yargı düzenleri arasındaki bariyeri korumak olan üçüncü bir merciin (Tribunal des conflits) kurulması ise, bu prensibi iyice perçinleyerek Fransız hukuk sisteminin karakteristiği hâline getirmiştir. Öyle ki bugün *Conseil constitutionnel* (Fransız Anayasa Konseyi), müstakil bir idarî yargı düzeninin varlığını, *cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler (principes fondamentaux reconnus par*

⁵³ BIGOT, Introduction, s. 83-95.

⁵⁴ *La monarchie de Juillet* (9 Ağustos 1830 - 24 Şubat 1848).

⁵⁵ Bu dönemde, 2 Temmuz 1831 tarihli Kararname (*Ordonnance*) ile Conseil d'État tarafından çözülecek idarî uyuşmazlıklarda taraflara açık duruşma ve sözlü savunma imkânı getirilmiştir. 12 Mart 1831 tarihli Kararname ise Türkiye'de *Danıştay savcısı*, Fransa'da *hükûmet komiseri / raportör* olarak bilinen konumu, *ministère public (commissaire du Roi)* adıyla, ilk kez ihdas etmiştir. BIGOT, Introduction, s. 100; RAINAUD Nicolas, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris 1996, s. 14-15.

⁵⁶ BIGOT, Introduction, s. 104 - 108.

⁵⁷ *La Deuxième (Second) République* (24 Şubat 1848 - 2 Aralık 1852).

⁵⁸ BIGOT, Introduction, s. 118-119. Maddenin metni şöyledir: "*Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. - Ce tribunal sera présidé par le ministre de la Justice*" (idarî ve adlî otoriteler arasındaki görev uyuşmazlıkları, Yargıtay ve Conseil d'État'nın kendi üyeleri arasından üç yılda bir eşit sayıda seçerek oluşturacağı hususî bir mahkeme tarafından çözülecektir. Bu mahkemeye Adalet Bakanı başkanlık edecektir). Erişim: www.conseil-constitutionnel.fr, 31.10.2018.

⁵⁹ *Le Second Empire* (2 Aralık 1852 - 4 Eylül 1870).

⁶⁰ *La Troisième République* (4 Eylül 1870 - 10 Temmuz 1940).

⁶¹ BIGOT, Introduction, s. 178-179.

les lois de la République) arasında saymakta ve anayasal değerde (*valeur constitutionnelle*) görmektedir⁶².

Türk tarihi açısından hükûmete danışmanlık ve idarî denetim işlevinin kökenleri, İslâmiyet öncesine dek götürülebilir. Bu devirde *Toy* veya *Kurultay* adı verilen meclisler, hem kağana (hakana) görüş / düşünce bildirme, hem de bazı idarî sorunların çözümü bakımından aktif bir rol üstlenmiştir⁶³. İslâm Hukuku (fıkıh), bugün özel hukuk ve -kısmen- ceza hukukunu ilgilendiren meselelerde teferruatlı hükümler getirmesine rağmen, hükûmet ve idare konusunda yalnızca adalet ve şûra gibi genel prensiplere atıf yaparak dünyevî otoritelere geniş bir alan bırakır. İşte bu alanda gelişen *örfî hukuk* geleneği; idarî meseleleri, şer'î mahkemelerin (kadıların) temsil ettiği genel yargıdan / adliyeden ayrı bir düzleme taşımıştır⁶⁴. İslâmiyet'in kabulünden sonra Karahanlı, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devirlerinde ortaya çıkan *Divân-ı Mezâlim* adlı yapı, bu kapsamda bizzat Sultan nezdinde kurulan ve tebaanın devlet hakkındaki şikâyetlerini ilettiği bir öz-denetim mercii olarak göze çarpmaktadır⁶⁵.

Osmanlı İmparatorluğu'nun klâsik döneminde padişahı temsil eden görevlilerin (kulların) tebaaya yaptığı haksızlıkların (zulümlerin) ortadan kaldırılması anlamına gelen *def-i mezâlim* işlevi, şer'î mahkemelerce / kadılarca değil, bizzat padişah, sadrazam, vezirler yahut beylerbeyi katında oluşturulan *divanlar* tarafından yerine getirilmiştir⁶⁶. Söz konusu divanlar arasında en önemlisi, başkent İstanbul'da, Topkapı Sarayı'nda toplanan padişah divanı, yani *Divân-ı Hümayun*'dur. Padişahın hususî istişare organı olan bu heyet, aynı zamanda *mazlama divanı* ismini alıp, yolsuzluk ve

⁶² LOMBARD Martine / DUMONT Gilles / SIRINELLI Jean, **Droit Administratif**, Paris 2017, s. 6-7; PEISER, s. 18. Conseil constitutionnel'in iki kararı, bu değeri ortaya koymak bakımından önemlidir: Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, Décision n° 80-119 DC; Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC. (Erişim: www.conseil-constitutionnel.fr, 31.10.2018). Ayrıca bkz. Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, Décision n° 2009-595 DC. Conseil d'État bu kararı takiben verdiği bir kararında, müstakil bir idarî yargı düzeninin anayasal değer taşıdığını belirtmektedir: Conseil d'État, 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, (GAUDEMET Yves, **Droit administratif**, Paris 2015, s. 64 [Administratif]).

⁶³ KAFESOĞLU İbrahim, **Türk Millî Kültürü**, Ankara 1997, s. 249 ve devamı.; CİN Halil / AKYILMAZ Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2015, s. 26 ve devamı.; SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, "Eski Türklerde Devlet Meclisi 'Toy' Üzerine Düşünceler", **Tarih Araştırmaları Dergisi** (Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi), Cilt: 28, Yıl: 1963, Sayı: 45, s. 1-11.

⁶⁴ İNALCIK Halil, **Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adâlet**, İstanbul 2000, s. 27-48.

⁶⁵ AKYILMAZ Gül, "Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri", **Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya 1995, s. 31-32.

⁶⁶ KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 50-51.

zulüm konusundaki şikâyetleri dinlemek ve çözüme kavuşturmak konusunda yetki kullanmıştır⁶⁷.

Türkiye’de çağdaş anlamıyla idare cihazının ve bu cihazın yargısal denetimi konusunda uzmanlaşmış müstakil bir idarî yargı düzeninin ortaya çıkması, XVIII. yüzyıldan XX. yüzyıla uzanan Türk modernleşmesinin sonucudur. Gençliğinde Batı’ya ilgi duyan, XVI. Louis ile mektuplaştığı bilinen ve Fransız İhtilâli’nin patlak verdiği yıl tahta çıkan III. Selim (1789-1807), *nizam-ı cedit* adı verilen program çerçevesinde önemli reformlara girişmiş⁶⁸, ancak tam manasıyla başarılı olamamıştır⁶⁹. Kısa bir bunalım devresinden sonra tahta geçen II. Mahmud (1808-1839), gerçekleştirdiği köklü yeniliklerle merkezî - rasyonel bürokrasinin ve modern idare cihazının temellerini atmıştır⁷⁰. Nihayet, Abdülmecid döneminde ilân edilen Tanzimat Fermanı (3 Kasım 1839) sonrasında imparatorluk, geri dönüşü olmayan bir modernleşme sürecine girmiş ve Osmanlı-Türk idarî teşkilatı, Fransa örneğine göre yeniden düzenlenmiştir⁷¹.

Tanzimat’tan Cumhuriyet’e kadar Türkiye’de yargı ayrılığı prensibinin varlığından söz etmek zordur. Bununla birlikte, yargı ayrılığı prensibinin öncülü olan *tefrîk-i mesâlih* (adliye-idare ayrımı) fikri Tanzimat’ın hemen ertesinde ortaya çıkmış, bugünkü idarî yargı örgütünün kökeninde yer alan müesseseler de bu dönemde doğmuştur. Fransız modelinin benimsenmesinde, merkezîleşme ve modernleşmenin

⁶⁷ ORTAYLI İlber, **Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi**, Ankara 2008, s. 209; CİN / AKYILMAZ, s. 130 ve devamı. Bu dönemde halk tarafından yazılan şikâyet dilekçelerine *arz-ı hâl* veya *arz-ı mahzar* adı verildi. Şikâyetler kadılar tarafından çözülmemekte, yalnızca meseleyi hâletmek konusunda yetkili olan divanlara yahut Sultan’a iletilmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 54-55.

⁶⁸ Ülkenin mülkî açıdan bölümlenmesi (il teşkilatının kurulması), vergilendirmede kanunîlik prensibinin getirilmesi ve Avrupa’nın önemli başkentlerinde ilk daimî elçiliklerin kurulması, bu kapsamda değerlendirilebilir. ZÜRCHER Erik Jan, **Turkey: A Modern History**, London 2004, s. 21 ve devamı; BOZKURT Gülnihâl, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Ankara 1996, s. 43-44.

⁶⁹ Bu dönemde III. Selim’e danışmanlık yaparak adeta bir “mutfak kabinesi” gibi çalışan *nizam-ı cedit ricâli*, işlevsel açıdan aşağıda değinilecek Tanzimat meclisleri ve Şûrâ-yı Devlet’in kökeninde yer alır. SHAW Stanford, **Between Old and New: The Ottoman Empire Under Sultan Selim III**, Cambridge (Harvard University Press) 1971, s. 87.

⁷⁰ Kamu hizmetlerinin bakanlıklar (nezâretler) şeklinde örgütlenmesi, memurlara kılık kıyafet standardı getirilmesi, kapıkulu sisteminin büyük ölçüde kaldırılması, kamu görevlilerinin cezaî sorumluluğu açısından kanunîlik ilkesini getiren 1838 tarihli Ceza Kanunnamesi’nin çıkarılması, Yeniçeri Ocağı’nın lağvedilmesi, ilk kez nüfus sayımının yapılması, posta teşkilatının kurulması, pasaport düzenlemesi, ilköğretimin zorunlu tutulması, *Takvim-i Vekayî* adlı bir gazete çıkarılması, yargılamaların resmî mahkeme binalarında yapılmaya başlanması ve müsâdere sisteminin kaldırılması, II. Mahmud döneminin en önemli reformlarıdır. BOZKURT, s. 44-46; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 67.

⁷¹ Türk idarî teşkilatı üzerinde Fransız etkisini ortaya koyan çalışmalar için bkz. GÖZLER Kemal, “Osmanlı Mülkî İdare Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnameleri Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 52, Yıl: 2019, Sayı: 1 (Mart), s. 1-32; GÖZLER Kemal, “Osmanlı/Türk İl Özel İdaresi Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 26 Mart 1913 Tarihli Kanun-ı Muvakkat, 10 Ağustos 1871 Tarihli Fransız Kanunundan mı İktibas Edilmiştir?”, Erişim: <http://www.idare.gen.tr/ioi-fransiz-etkisi.htm>, 26.08.2019; GÖZLER Kemal, “Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt: 28, Yıl: 2019, Sayı: 1-2 (Ocak-Nisan), s. 1-23.

lokomotifi olan yürütmeyi, yabancılar ve fakihlerin etkisi altındaki genel yargıdan (nizamiye ve şer'iyeye mahkemelerinden) koruma düşüncesi etkili olmuştur⁷².

Temsilî taşra meclisleri (mahallî meclisler)⁷³, Osmanlı'da idarî yargıyı andıran ilk yapılanmadır. Yereldeki kamu görevlileriyle ilgili şikâyetleri inceleyen ve haksız işlemin düzeltilmesi, maaş kesintisi, tenzil-i rütbe, görevden uzaklaştırma gibi kararlar verebilen bu meclisler, zamanla *vilâyet idare meclislerine* dönüşmüştür. İdare-i Umumiye-i Vilâyet Nizamnamesi (22 Ocak 1871), vilâyet meclislerinin kişiler hukuku gibi adlî uyuşmazlıklara karışmasını kesin bir dille yasaklamıştır (m. 79)⁷⁴. Bu hüküm, taşrada adliye-idare ayırımına örnek teşkil etmek bakımından dikkate değerdir. Aynı Nizamname'nin 81. maddesinde *vilâyet idare meclisi kararlarının hükûmetin ön izni alınmadan uygulanamayacağı* kuralına yer verilirken, *idare işlerine ilişkin uyuşmazlıklar ve şikâyetler hakkında verilen hükümler müstesna* tutulmuştur⁷⁵. Fransa'daki vilâyet kurullarını (*conseils de préfecture*) hatırlatan bu düzenleme, ülke çapında olmasa da en azından taşrada bağımsız adalet (*justice déléguée*) sisteminin benimsendiği şeklinde yorumlanabilir⁷⁶. Başarılı sonuçlar verdiği için Kanun-u Esasî (1876) metninde de yer alan (m. 110-111) vilâyet meclislerinin yargısal niteliği, 26 Mart 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanun-u Muvakkatı ile güçlendirilmiştir⁷⁷. Cumhuriyet döneminde (1982 yılına kadar) ilk derece idarî yargı yeri olarak faaliyet gösteren *il ve ilçe idare kurulları*, vilâyet meclislerinin devamıdır⁷⁸.

Danıştay'ın tarihsel evrimi, II. Mahmud döneminde (24 Mart 1838'de) kurulan *Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye* ile başlar. Padişah'ın yasama ve yargı alanlarında

⁷² ONAR, Cilt: I, s. 88.

⁷³ KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 71-94; KONAN Belkis, *Osmanlı Devleti'nde İdari Yargının Gelişimi*, Ankara 2013, s. 49-66.

⁷⁴ İlgili madde şöyledir: "*Meclis-i idarenin, hukuk-u şahsiyeye müteâllik muhakemât-ı şer'iyeye ve kanuniyeye müdâhalesi kat'iyen memnudur*". Bkz. KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 98.

⁷⁵ İlgili madde şöyledir: "*Meclis-i idare-i vilâyetin vereceği kararlardan nizâmât-ı mevzuanın muhtac-ı istizan olarak tayin eylediği mevad, vali-yi vilâyet tarafından Bâbîalî'ye arz ile irade taallûk etmedikçe mevki-i icraya konulmaz. Fakat umur-u idareye ait deâviden münbais ihtilâfât ve şikâyet üzerine lâhik olan hükümlerin icraatı bu kayıttan müstesnadır.*" Bkz. DERBİL Süheyp, *İdare Hukuku (Cilt-I: İdarî Kaza – İdarî Teşkilat)*, Ankara 1948, s. 139. (İdare). (Vurgulama sonradan yapılmıştır).

⁷⁶ KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 101-102.

⁷⁷ KONAN, s. 65; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 103-106.

⁷⁸ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, m. 62/1: "*İl idare kurulları, il idare şubelerinin, kaymakamların ve ilçe idare şubeleriyle bucak müdürlerinin, bucak meclis ve komisyonlarının, köy muhtarlarının ve köy ihtiyar kurullarının yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların esas, maksat, yetki ve şekil itibariyle kanun ve tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan iptal davalarına birinci derecede bakarlar*". İdarî yargı reformu kapsamında çıkarılan 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesi ile idarî uyuşmazlıklar bakımından il / ilçe idare kurullarının (ve idare içinde yargısal işlev gören diğer kurul yahut komisyonların) yargı yetkisi ortadan kaldırılmış ve bu uyuşmazlıkları ilk derecede çözümleme görevi idare ve vergi mahkemelerine verilmiştir.

birçok yetkisini paylaştığı bu meclis, ileride kurulacak parlâmentonun ve diğer yüksek mahkemelerin de temelini oluşturmuştur. Tanzimat Fermanı'nda *hayırlı tanzimatın gerçek koruyucusu* olarak anılan Meclis-i Vâlâ, bu dönemde taşradaki temsili meclisler (vilâyet idare meclisleri) üzerinde bir merci olarak konumlandırılmıştır. Meclis-i Vâlâ'ya yüklenen birçok fonksiyon arasında idarî yargı tarihi açısından önem arz edenler, tıpkı taşra meclislerinde olduğu gibi kamu görevlilerin denetlenmesi ve idareye yönelik şikâyetlerin çözümlenmesine yönelik yetkililerdir⁷⁹.

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, adlî ve idarî görevlerin ayrılması bağlamında önemli değişiklikler geçirdi⁸⁰. 1854 yılında, idarî ve teşriî işler Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'den alınarak, *Meclis-i Âli-i Tanzimat* adında yeni bir meclise verildi. Yedi yıl sonra, 7 Temmuz 1861 (6 Muharrem 1278) tarihli Hatt-ı Hümayun ile Meclis-i Âli-i Tanzimat ilga edilerek, iki meclis *Meclis-i Ahkâm-ı Adliye* ismiyle tekrar birleştirildi. Merkezde tek bir meclis bulunduğu hâlde, taşrada adlî işler - idarî işler ayrımının devam etmesi, uygulamada güçlüklerle yol açıyordu. Nihayet önceki usûle geri dönüldü ve merkezdeki idarî işlerle ilgilenmek üzere yeni bir müessese, *Şûrâ-yı Devlet* kuruldu⁸¹. Tek meclis düşüncesinden vazgeçilmesi, adliye - idare ayrımının taşradaki başarısını göstermektedir. Şûrâ'nın 10 Mayıs 1868 tarihindeki resmî açılış töreninde Sultan Abdülaziz'in kullandığı şu ifadeler, Danıştay'ın atası olan bu kurumun, adliye-idare ayrımını gerçekleştirmek üzere tesis edildiğini ortaya koymaktadır: “*teşkilât-ı cedîde, kuvve-i icrâiye'nin, kuvve-i adliye, dîniye ve teşrîiyeden tefrîki esasına müsteniddir*”⁸².

Yasama faaliyetinden bayındırlık işlerine ve bütçenin hazırlanmasına kadar geniş bir alanda yetkilendirilen Şûrâ-yı Devlet'e, memurları yargılamak ve hükümet ile kişiler arasındaki davaları görmek gibi yargısal nitelikte görevler de yüklenmiştir. Söz konusu yargısal görevler, idarenin içinden uyuşmazlık çözücü yeni bir yapının (idarî yargının) doğuşuna işaret ettiği için önemlidir⁸³.

⁷⁹ ORTAYLI, s. 408; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 113; KONAN, s. 68-81; BOZKURT, s. 45-46; CİN / AKYILMAZ, s. 184-186.

⁸⁰ ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay'ın Tarihçesi”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara 1968, s. 51-61; ORTAYLI, s. 418; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 127-135; CİN / AKYILMAZ, s. 185-186.

⁸¹ “Yeni oluşturulan yapıda, *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*, laik yasaların uygulandığı uyuşmazlıklarla görevli ve yeni kurulan nizamiye mahkemelerinin kararları için temyiz merciidir. Yasa ve nizamname tasarılarını hazırlamak, kamu yönetimine ilişkin konuları araştırmak, yürütme ile yargı arasındaki uyuşmazlıkları çözmek, yürürlükteki yasaların uygulanabilmesi için bakanlara tavsiyelerde bulunmak ve devlet görevlilerini görevleriyle ilgili suçlardan yargılamak, şahıslar ile hükümet arasındaki uyuşmazlıklar hakkında karar vermek Şûrâ-yı Devlet'in görevleridir” KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 146.

⁸² ÖZDEŞ, s. 55 (Yılmaz Öztuna'dan naklen).

⁸³ KONAN, s. 94-109; CİN / AKYILMAZ, s. 186-188; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 135 ve devamı.

Kanun-u Esasî'nin 85. maddesi, “eşhâs (şahıslar) ile hükûmet beynindeki (arasındaki) dâvâlar dahî mehâkim-i umûmiyyeye (genel mahkemelere) âittir” demek suretiyle yukarıda değinilen yargısal görevlerden birine son vermiştir⁸⁴. İlk bakışta bu hüküm, adliye-idare ayrımının terk edildiği ve idarî yargının Türkiye’deki tekâmülünün durduğu şeklinde anlaşılabilir. Ancak Onar ve Karahanoğulları, memurların yargılanması ve diğer idarî görevleri üzerinden Şûrâ-yı Devlet’in, idarenin denetimi konusundaki işlevini geliştirerek sürdürdüğü kanaatindedir⁸⁵. Gerçekten de Şûrâ-yı Devlet; 1876 sonrasında, vilâyet idare meclislerinin kararlarının denetiminden memurların azledilmesine, bireysel şikâyetlerden vergi itirazlarına kadar çok çeşitli konularda bugün “yargısal niteliktedir” denilebilecek tarzda kararlar almıştır⁸⁶. Her şeye rağmen, Osmanlı dönemindeki Şûrâ-yı Devlet’i gerçek anlamda bir yargı yeri saymamak gerekir. Zira herhangi bir konu, Sadâret (Başbakanlık) izni olmadan Şûrâ’nın gündemine gelememiştir. Dahası, Şûrâ’nın verdiği kararlar, yine Sadâret’in tasdiki ve Padişah’ın iradesine bağlı bir şekilde yürürlük kazanabilmiştir.

Türkiye’de tutuk adaletten bağımsız adalete geçiş -Fransa’daki gibi- ancak cumhuriyet rejimi başladıktan sonra mümkün olabilmıştır⁸⁷. 1924 Anayasası’nın 51. maddesi, Şûrâ-yı Devlet’in gerçek anlamda yargılama faaliyeti gören bir merci olarak tekrar kurulmasını öngörmüştür⁸⁸. Bu hüküm doğrultusunda 1925 yılında çıkarılan 669 sayılı Kanun’un 48. maddesi, “idarî davalar hakkında Şûrâ-yı Devlet’ten sâdır olan hükümler hiçbir makamın tasdikine muhtaç olmaksızın lâzım-ül infaz olup icra dairelerince alelusûl tenfiz olunur” demek suretiyle yürütmeden müsaade ve onay alınması usulüne son vermiştir⁸⁹. Böylece adlî yargı düzeninin yanı sıra, müstakil bir idarî yargı düzeni ortaya çıkmış ve adliye-idare ayrılığı, Fransız örneğinde olduğu gibi, yargı ayrılığına (da) dönüşmüştür.

⁸⁴ Jean Rivero bu gelişmeyi, oryantalist bir bakışla, II. Abdülhamid’in otokrat yönetim anlayışına bağlar. RIVERO Jean, “Droit administratif en France et à l’étranger”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 478. Hâlbuki Kanun-u Esasî yazılıp ilan edildiğinde Abdülhamid bahsedilen otokrasiye henüz geçmemişti.

⁸⁵ ONAR, Cilt: I, s. 89; KARAHANOĞULLARI, Tarih, s. 154.

⁸⁶ Örnekler için bkz. KARAHANOĞULLARI, Tarih, s. 174 ve devamı.

⁸⁷ DERBİL, İdare, s. 137.

⁸⁸ Maddenin metni şu şekildedir: “İdarî dava ve ihtilâfları rü’yet ve hâl, hükümetçe izhar ve tevdii olunacak kanun lâyihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyan-ı mütalâa, gerek kendi kanun-u mahsus ve gerek kavânin-i sâire ile muayyen vezâifi ifa etmek üzere bir Şûrâ-yı Devlet teşkil edilecektir.” Hükme ilişkin detaylı bilgi için bkz. KARAHANOĞULLARI, Tarih, s. 229.

⁸⁹ KARAHANOĞULLARI, Tarih, s. 240. Dönemin Danıştay hakkında daha detaylı bilgi için bkz. DURAN Lûtfi, **La récente réforme du Conseil d’État de Turquie**, (Doktora Tezi), Toulouse 1948-1949.

Osmanlı devrinde adliye ile idare arasında doğacak görev uyuşmazlıklarını çözme yetkisi, 1886 yılında Şûrâ-yı Devlet'in destek / yan dairesi biçiminde kurulan *Encümen-i İhtilâf* yahut *İhtilâf-ı Merci Encümeni* isimli bir heyete verilmiştir. Şûrâ-yı Devlet reisinin başkanlığında üçü Şûrâ-yı Devlet'ten, üçü de Mahkeme-i Temyîz'den (adlî yargının yüksek mahkemesi) seçilen üyelerle teşekkül eden bu heyet, 1913'e kadar faaliyet göstermiştir⁹⁰. Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasası, yargı ayrılığı prensibini getirmesine rağmen bu prensibi koruyacak üçüncü bir merci öngörmemiştir. İdarî yargı ile adlî yargı arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarının uygulamada sorun yaratması üzerine⁹¹, 14.07.1945 tarih ve 4788 sayılı Kanun ile *Uyuşmazlık Mahkemesi* kurulmuş⁹², sonraki dönemde 1961 ve 1982 anayasaları hem ayrı bir idarî yargı düzeni, hem de Uyuşmazlık Mahkemesi öngörmüştür. Böylece yargı ayrılığı prensibi anayasal düzeyde tanınmış ve tam olarak yerleşmiştir.

2. Prensibin getirdiği belirsizlik ve yargıç üzerindeki etkisi

Tarihin belli bir anında, muayyen şartlar altında ortaya çıkan yargı ayrılığı, Fransa ve Türkiye'de anayasal değer kazanmış olsa bile, hukuk devletinin zorunlu unsuru değildir. Birleşik Krallık ve ABD gibi yargı birliğini tercih eden devletlerin, hukukun üstünlüğü (*rule of law*) konusunda Kıta Avrupası'ndan geri kaldığı söylenemez. Dahası, yargı ayrılığı prensibini benimseyen iki ülkenin birinde *idarî* nitelikte görülen bazı ihtilâfların çözümü, diğerinde adlî yargıca bırakılmış olabilir⁹³. Hatta bir davanın *adlî* yahut *idarî* olma keyfiyeti, aynı ülke içerisinde dönemden döneme değişebilir. Bu durum, *yargı ayrılığının meşrulaştırılması* ve (bunu takiben) *idarî yargının görev alanının belirlenmesi* gibi iki büyük sorun yaratarak yargısal içtihadı besler⁹⁴.

İdare hukukunda içtihadî teorilerin önemli bir kısmı, adliye-idare ayrımının (ve sonraki dönemlerde yargı ayrılığının) meşrulaştırılması bağlamında ortaya çıkmıştır⁹⁵.

⁹⁰ FINDLEY Carter Vaughn, *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922*, Princeton 2012, s. 249; AKYILDIZ Ali, "Şûrâ-yı Devlet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Yıl: 2010, Cilt: 39, s. 238.

⁹¹ DERBİL, İdare, s. 178.

⁹² ANIL Ayten, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 47, Yıl: 1992, Sayı: 1, s. 45.

⁹³ Örneğin kamu ihale sözleşmelerinden doğan davalar Fransa'da idarî yargı, Türkiye'de ise adlî yargı tarafından çözümlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 460-462; GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 50 ve devamı.

⁹⁴ "Bu itibarla idarenin büyük kısmının hukuk rejimini, yani idare hukukuna mı yoksa hususî hukuka mı tabi olduğunu kestirmek yargı içtihatlarına düşmektedir" BALTA Tahsin Bekir, *İdare Hukuku - I (Genel Konular)*, Ankara 1970, s. 145.

⁹⁵ GLINIASTY Jeanne de, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, Mayenne 2018, s. 45-46.

XIX. yüzyıl boyunca eş zamanlı olarak kullanılan *borçlu devlet (l'État débiteur)* teorisi, *idarî işlem (l'acte administratif)* teorisi ve *hâkimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları (actes d'autorité - actes de gestion)* ayrımı, söz konusu durumun ilk örnekleridir. Conseil d'État'nın muhtelif kararlarıyla⁹⁶ formüle edilen *l'État débiteur* teorisi, adlî yargının devleti borçlu (*débiteur*) durumuna sokacak bir karar veremeyeceği (ve bu tür davalara bakamayacağı) esasına dayanıyordu⁹⁷. Birçok ihtilâf bakımından işlevsiz kalan bu kriter, bilahare idarî işlem teorisi (*théorie de l'acte administratif*) ile desteklendi. Önceki başlıkta temas edilen 3 Eylül 1795 (16 fructidor an III) tarihli Kararname (*Décret*), *idarenin işlemleri (actes de l'administration)* tabirine yer vermişti⁹⁸. İşte bu belirsiz ifade, yargısal içtihatlar vasıtasıyla⁹⁹, idare hukukunun varlık alanını tespit eden bir ölçüt gibi kullanıldı¹⁰⁰.

Conseil d'État'nın önemli isimleri Édouard Laferrière (1841-1901) ve Léon Aucoc (1828-1910) tarafından sistematize edilen *actes d'autorité - actes de gestion* (hâkimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları¹⁰¹) ayrımı, XIX. yüzyılda *idarî olanın belirlenmesi* sorununu çözmeye yönelik başka bir içtihadî girişimdir. Buna göre fertler arası ilişkilerde örneğine rastlanmayan, doğrudan kamu gücü ve devlet egemenliğine dayalı tasarrufların (hâkimiyet tasarrufları) doğurduğu ihtilaflar, *idarî* nitelik arz ettiği için adlî yargının görev alanı dışında kalmalıdır. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı bir

⁹⁶ Özellikle bkz. Conseil d'État, 17 juin 1835, *Commune de Vincennes*; Conseil d'État, 26 août 1835, *Clament-Zuntz*; Conseil d'État, 28 octobre 1839, *Préfet de la Seine*; Conseil d'État, 6 décembre 1855, *Rothschild*. (GLINIASTY, s. 47, dipnot: 31, 33 ve 34).

⁹⁷ Conseil d'État, *l'État débiteur* teorisini şu metinler üzerinden geliştirmiştir: **1) 17 Temmuz – 8 Ağustos 1790 tarihli Kanun'un 1. maddesi:** “L'Assemblée nationale décrète comme un principe constitutionnel que nulle créance sur le Trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale sanctionné par le roi” (Millî Meclis; Kralca müeyyed bir Millî Meclis kararı vasıtasıyla tanınanlar dışında, hiçbir alacak iddiasının Devlet borçları arasında kabul edilemeyeceğini bir anayasal prensip olarak buyurur). **2) 26 Eylül 1793 tarihli Kararname (tek madde):** “La Convention nationale décrète que toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement” (Millî Konvansiyon –parlâmentonun o dönemdeki adı-, Devlet üzerindeki bütün alacak iddialarının idarî olarak (idarî yolla) çözüleceğini buyurur). **3) 2 germinal an V (22 Mart 1797) tarihli Direktuar Kararı:** “(...) les demandes en paiement de sommes dues à la République ou par la République ne peuvent être intentées que par ou contre les commissaires du Directoire exécutif près les administrations, et que les tribunaux ne peuvent en connaître qu'après qu'elles ont subi l'examen des corps administratifs” (Cumhuriyet'in borçlu olduğu veya Cumhuriyet'e borçlu olunan meblağlara ilişkin ödeme talepleri yalnızca idareler nezdindeki icracı [yürütme işi yapan] Direktuar komiserleri tarafından veya onlara karşı ileri sürülebilir. Mahkemeler, idarî mercilerin tetkikine tabi tutulmadıkça bu talepleri inceleyemezler). GLINIASTY, s. 46, dipnot: 27, 28 ve 29; BURDEAU, s. 62.

⁹⁸ “Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître **des actes d'administration**, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit”. BURDEAU, s. 61-62; RENAUT, s. 55 (vurgulama sonradan yapılmıştır).

⁹⁹ Özellikle bkz. Tribunal des conflits, 20 mai 1850, *Manoury* (kararda idarî işlem kriteri tek başına kullanılmıştır); Conseil d'État, 6 août 1861, *Dekeister* (kararda hem idarî işlem, hem borçlu Devlet teorisine atıf yapılmıştır). (GLINIASTY, s. 50, dipnot: 49 ve 53).

¹⁰⁰ GLINIASTY, s. 48-53.

¹⁰¹ ONAR, Cilt: I, s. 95. Kemal Gözler bu iki terimi “kamu gücü işlemleri - işletme işlemleri” şeklinde tercüme etmektedir. Lûtfi Duran ise ilki için “buyruk / sulta”, ikincisi için “tedvir” kelimelerini de kullanır. Bkz. GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 85-86; DURAN Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, s. 23 (İdare).

konumda bulunmayıp, fertlerle eşit seviyede tesis ettiği tasarruflardan (temşiyet tasarrufları) kaynaklanan davalar ise -kanun aksini belirtmediği sürece- adli yargıda görülmelidir¹⁰².

İhtilâl dönemine ait pozitif metinlerin objektif-genişletici ve oportünist yorumuyla¹⁰³ elde edilen ilk içtihadî teoriler, yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorununa genel bir çözüm getiremiyordu. Nihayet meşhur *Blanco* kararı¹⁰⁴ ve hükûmet komiseri David'in mütalaası, daha bütüncül yaklaşımlara kapı açtı: “(*Adli mahkemeler*), konusu ne olursa olsun, kamu hizmetleri sebebiyle idareye karşı açılacak bütün davaların çözümünde tamamen görevsizdir”¹⁰⁵. Blanco'yu takip eden yaklaşık kırk yıl boyunca Tribunal des conflits ve Conseil d'État'nın aynı istikamette verdiği bir dizi karar¹⁰⁶, idarî yargının görev alanını belirlerken *kamu hizmeti (service public)* ifadesini kullandı. Hükûmet komiseri Romieu'nün *Terrier* kararında yaptığı değerlendirme, bu açıdan önemlidir: “*millî yahut mahallî, bütün kamu hizmetlerinin kendi teşkilat ve işleyişine ilişkin her şey, tabiatı icabı idarî yargının görev alanına giren bir idarî ameliye (faaliyet) teşkil eder*”¹⁰⁷.

Başta Léon Duguit olmak üzere, Fransız doktrinindeki bir kısım yazarlar, yukarıda temas edilen kararlardan yola çıkarak, bütün bir idare hukukunun kamu hizmeti üzerinden açıklanabileceğini savundular (kamu hizmeti ekolü - *école du service public*)¹⁰⁸. Onlara göre devlet (ve idare cihazı), kamu hizmetlerinin toplamından ibaretti.

¹⁰² Conclusions Aucoc sur Conseil d'État, 20 février 1869, *Pinard* (GAUDEMAR Hervé de / MONGOIN David, **Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative**, Volume: 1 [1831-1940], Montchrestien 2015, s. 87-89); LAFERRIÈRE Édouard, **Traité de la juridiction administrative**, Tome: I, Paris 1887, s. 437.

¹⁰³ GLINIASTY, s. 46.

¹⁰⁴ Müteakip başlıklarda tekrar değinilecek bu önemli karara konu olay, kısaca şu şekildedir: Bordeaux'da devlet tarafından emanet usulüyle işletilen tütün fabrikasına ait bir vagon, Agnès Blanco isimli küçük bir çocuğa çarpar. Kızının ağır yaralanması üzerine baba Jean Blanco, devletin bu zarardan *Code civil*'in 1382 ilâ 1384. maddeleri uyarınca (istihdam eden sıfatıyla) sorumlu tutulması için adli yargıda tazminat davası açar. Bordeaux'nun bağlı bulunduğu Gironde ili valisi, görev uyuşmazlığı çıkarır. Bunun üzerine Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal des conflits*), zararın bir kamu hizmeti esnasında meydana gelmesinden ötürü idarî yargının görevli olacağına ve davanın esası bakımından *Code civil*'in uygulanamayacağına hükmeder. Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, LONG M. / WEIL P. / BRAIBANT G. / DELVOLVÉ P. / GENEVOIS B., **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, Paris 2017, s. 1.

¹⁰⁵ LONG ve diğerleri, s. 2.

¹⁰⁶ Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*. (LONG ve diğerleri, s. 66-69); Conseil d'État, 4 mars 1910, *Thérond*. (LONG ve diğerleri, s. 111-114); Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Feutry*, (karar metnine erişim: www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html, 15.11.2018). Davalara konu olayların Türkçe açıklaması için ayrıca bkz. GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 88-89.

¹⁰⁷ LACHAUME Jean-François / PAULIAT Hélène / BRACONNIER Stéphane / DEFFIGIER Clotilde, **Droit administratif : Les grandes décisions de la jurisprudence**, Paris 2017, s. 13.

¹⁰⁸ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 111 ve devamı. Aslında kamu hizmeti ekolüne mensup yazarların görmek istemediği bir şey vardı. Conseil d'État ve Tribunal des conflits, yukarıda aktarılan kararlarda kamu hizmeti kriterini kullanmasına rağmen, farklı bir içtihadın kapısını da hep açık bırakmıştı. Hükûmet komiseri Romieu'nün *Terrier* mütalâasında söz konusu ihtiyatlı yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. VEDEL / DELVOLVÉ, s. 116.

Ferdî faaliyetle kamusal faaliyet arasındaki en temel fark ise, ikincisinin genel yarara / umumî menfaate (*intérêt général*) yönelmesi, yani bir *kamu hizmeti* teşkil etmesiydi. Taşıdığı hususî amaç, kamu hizmetlerinin ayrı bir hukuka tâbi kılınmasını gerektiriyordu. Böylece bahse konu yeni hukuku tatbik edecek müstakil bir yargı düzeninin (idarî yargının) varlığı da meşrulaşmış oluyordu¹⁰⁹.

Kamu hizmeti ekolü, bir an için yargı kararlarıyla doğrulanmış görünse bile, doktrinde aksi kanaatler de vardı. Toulouse Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı Maurice Hauriou, geçmişteki *actes d'autorité* - *actes de gestion* ayrımından yola çıkarak, idarî yargının görev alanını belirleyen asıl kriterin *kamu gücü* (*puissance publique*) olduğunu iddia etti. Ona göre kamu hizmeti, yalnızca kamu gücü kullanımının gerekçesini teşkil etmek bakımından önem arz ediyordu. Şu hâlde idarî yargı (ve idare hukuku), kamu hizmetinin görüldüğü her durumda değil, kamu gücü ayrıcalıklarının söz konusu olduğu noktada devreye girmeliydi¹¹⁰.

Şayet yukarıdaki iki görüşten herhangi biri yasama organınca benimsenip, idarî yargının görev alanı kamu hizmeti yahut kamu gücü kriterine göre açıkça tespit edilmiş olsaydı, bugün idarî yargıcı içtihat üretmeye iten sebepler arasında yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorununa ayrıca yer vermeye lüzum kalmazdı. Yani idare hukuku, müteakip başlıklarda ele alınacak diğer etkenlerden ötürü, belki yine içtihadî karakter kazanacaktı; ancak bizzat yargı ayrılığı vakıası, mevzubahis etkenler arasında sayılamayacaktı. Ne var ki hadiseler, o istikamette cereyan etmedi.

XX. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren gerek yasal düzenlemeler¹¹¹, gerekse yargı kararları, Duguit'nin fikirlerine aykırı bir seyir izledi. Conseil d'État, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* kararında¹¹², idare tarafından akdedilen her sözleşmenin sırf kamu hizmetine ilişkin olmak sebebiyle idarî sayılamayacağına

¹⁰⁹ WALINE (Jean), s. 31-32. Duguit'nin görüşleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. PISIER-KOUCHNER Évelyne, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris 1972.

¹¹⁰ CHEVALLIER Jacques, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Volume: 2, Paris 1979, s. 17-18; SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris 1966, s. 84-86 ve 384-394.

¹¹¹ Hem Fransa, hem de Türkiye'de kanun koyucu, kamu tüzel kişileri tarafından genel yarara yönelik olarak gerçekleştirilen (yani Duguit'ye göre *kamu hizmeti* olan) birçok faaliyetten doğan ihtilafların çözümünü özel kanunlarla adlî yargının görev alanına sokmaktadır. Örnekler için bkz. LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 412-415; AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 2018, s. 166-194 (Yargılama).

¹¹² Conseil d'État, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. (LONG ve diğerleri, s. 140-146; LACHAUME ve diğerleri, s. 512-513).

hükmetti¹¹³. Tribunal des Conflits'nin *Société commerciale de l'Ouest africain* (Bac d'Eloka) kararı ise *sinaî ve ticarî kamu hizmeti* (service public industriel et commercial) adlı yeni bir kategori yaratarak, idarenin özel kişilerle aynı koşullarda (kamu gücü ayrıcalığı kullanmadan) işlettiği kamu hizmetlerinden doğan ihtilafların adli yargıda çözülmesini öngördü¹¹⁴. Nihayet Conseil d'État, *Caisse primaire « Aide et Protection »* içtihadında, özel kişilerin bizzat yürüttüğü bazı faaliyetlerin de pekâlâ kamu hizmeti olabileceğine karar verdi¹¹⁵.

Duguit'nin yüksek yargı kararlarından yola çıkarak ortaya koyduğu denklem (*kamu tüzel kişisi = kamu hizmeti = idare hukuku*)¹¹⁶, aynı mahkemelerin verdiği yeni kararlarla tamamen yanlışlanmıştı. *Kamu hizmetinin krizi* (crise du service public)¹¹⁷ denilen bu durum, yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorununun çözümünde bir arpa boyu yol alınamadığını gösterdi. Doktrinin XX. yüzyıl boyunca sarf ettiği çabalara rağmen¹¹⁸ Conseil d'État ve Tribunal des conflits kararlarındaki çeşitlilik, bugün dahi herkesin üzerinde uzlaşacağı açık ve net ölçütler geliştirilmesine imkân vermemektedir¹¹⁹. Bazı yazarları bir tür varoluşçuluğa (existentialisme) yönelten¹²⁰ bu çeşitlilik, Fransız idare hukuku açısından yargı ayrılığı prensibinin başlı başına bir belirsizlik ve dolayısıyla içtihat kaynağı olmaya devam ettiğini ortaya koymaktadır.

¹¹³ Conseil d'État bu kararıyla, kamu hizmetine ek olarak, özel hukuku aşan hükümler (clauses exorbitantes du droit commun) şartını ortaya koymuştur. Buna göre kamu hizmetine ilişkin olsa bile, idarenin akdettiği sözleşmeden doğan ihtilaflar, sözleşme özel hukuku aşan hükümler içermediği sürece adli yargının görevine girecektir. Nitekim hükümet komiseri Blum, mütalâasında şöyle söylemektedir: "İdarî yargıcın görevli olması için sözleşme konusunun nihayet bir kamu hizmetinde kullanılacak olması kâfi gelmez; sözleşme bizzat, kendi tabiatı icabı, **ancak bir kamu tüzel kişisi tarafından yapılabilir** bir sözleşme olmalıdır. Yani sözleşme, şekli ve içeriği ile idarî bir sözleşme olmalıdır". LONG ve diğerleri, s. 141 (vurgulamalar sonradan yapılmıştır).

¹¹⁴ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*. (LONG ve diğerleri, s. 211-218; LACHAUME ve diğerleri, s. 338-358).

¹¹⁵ Conseil d'État, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*. (LONG ve diğerleri, s. 297-303; LACHAUME ve diğerleri, s. 249-253).

¹¹⁶ GONOD Pascale, *Droit administratif général*, Paris 2018, s. 33.

¹¹⁷ GONOD, s. 34; VEDEL / DELVOLVÉ, s. 115; LAUBADERE André de, "Réflexions sur la crise du droit administratif français", *Pages de doctrine*, Tome: II, Paris 1980, s. 178-180.

¹¹⁸ Hauriou'nun kamu gücü görüşüne daha yakın olan Vedel, idare hukukunun uygulama alanını anayasa metni üzerinden tekrar temellendirmeye çalışırken; René Chapus, kamu hizmeti ve kamu gücü kavramlarını, "geniş anlamda idare hukuku" ile "idarî yargının görev alanı"nı birbirinden ayırarak uzlaştırma çabası içine girdi. Ona göre kamu hizmeti, "idareye uygulanan hukuk kurallarının toplamı" anlamındaki idare hukukunun temel kriteridir. İdarî yargının görev alanı ise, kamu gücü esasına göre belirlenir. Jean Rivero, tek kriter arayışından vazgeçilerek, adli yargı ile idarî yargının karşı karşıya geldiği her bir konu için ayrı ve net formüller belirlenmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Bkz. VEDEL Georges, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *Pages de doctrine*, Tome: II, Paris 1980, s. 129-176; CHAPUS René, "Le service public et la puissance publique", *Revue du droit public*, Tome: 84, 74^e année (1968), s. 235-282; RIVERO Jean, "Existe-t-il un critère du droit administratif?", *Pages de doctrine*, Tome: II, Paris 1980, s. 188.

¹¹⁹ WALINE (Jean), s. 33; GONOD, s. 34.

¹²⁰ CHENOT Bernard, "L'existentialisme et le Droit", *Revue française de science politique*, 3^e année (1953), Numéro: 1, s. 57-68. Yazara göre gerek kanunlarda, gerekse yargı kararlarında kullanılan ifadeler, dönemsel ihtiyaçlar uyarınca kullanılmış kelimelerdir. Kamu hizmeti ekolünün yaptığı gibi, bu kelimeleri kavramsallaştırarak genel-geçer kriterler koymaya çalışmak, beyhude bir çabadan ibarettir.

Öyle ki, bazı yazarlar mevcut durumu tarif ederken *icthadî çözümlerin mozaiği* (*mosaïque de solutions jurisprudentielles*) ifadesini kullanmaktadır¹²¹.

Türkiye’de Şûrâ-yı Devlet’in tekrar açılmasından (1924) Uyuşmazlık Mahkemesi’nin ihdasına kadar (1945) geçen süre zarfında¹²², yargı ayrılığının gerekçelendirilmesi için *devlet otoritesinin temsili* (hâkimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları ayrımı), *kamu hizmeti*, *kamu kudreti* ve *kamu kanunu* gibi kavramlar¹²³, dağınık ve sistemsiz bir şekilde kullanılmıştır¹²⁴.

Kurulduktan dört yıl sonra Uyuşmazlık Mahkemesi, hâkimiyet - temşiyet ayrımını açıkça terk ederek kamu hizmeti kriterini öne çıkaran bir karar verdi¹²⁵. Fransa’da *Blanco* içtihadı, dönemin *jandarma devleti* açısından sorun teşkil etmediği için, doktrinde bir ekol yaratmaya yetecek düzeyde (yaklaşık kırk yıl) kararlılık göstermişti. Uyuşmazlık Mahkemesinin 1949’da ortaya koyduğu prensip ise, bir yıl bile istikrar kazanamadı¹²⁶. Zira kararın verildiği tarih itibarıyla iktisadî şartlar tamamen değişmiş, kamu hizmetlerinin alanı genişlemiş ve kamu hizmeti kriteri, mehzaz ülkede dahi hâkimiyetini çoktan kaybetmişti. Sonraki dönemde Uyuşmazlık Mahkemesi; kamu

¹²¹ LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 403.

¹²² Adliye-idare ayrımının henüz yargı ayrılığına dönüşmediği Cumhuriyet öncesinde Şûrâ-yı Devlet’in görev alanı daha çok tarafların niteliğine göre belirleniyordu. Kayda değer bir içtihadî gelişmeden söz edilemeyen bu dönemle ilgili olarak bkz. DERBİL, idare, s. 175-176.

¹²³ “(...) devletin fertlerle olan münasebetlerinde **hukuku amme kanunlarının** verdiği salahiyyete istinaden bir **amme kudreti** istimal ederek fertlerden mümtaz vaziyette vaki olan hareket ve muamelesinden tehattüs edecek ihtilaflarda idari kazanın cereyanı asli kaidedir”. (Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti, 15.04.1938, E. 1937/365, K. 1938/75). “Akay [İşletmesi Müdürlüğü] idaresi memurlarının tekaütlüğü vazii kanun tarafından bir **amme hizmeti** şeklinde telakki edilmesine ve olbaptaki kanun bu noktadan müdevven bulunmasına göre, Akay idaresi mensuplarının tekaütlerinden dolayı idari olan ihtilaflarının Şurayıdevletin kazasına tabi olması zaruridir”. (Danıştay 1. Dairesi, 26.02.1938, E. 1937/1720, K. 1938/454). “Dava vekaleti ammeyi haiz müessesat sırasında kanunen yer almış olan vakıflar idaresine **amme kanunlarının** kendisine verdiği salahiyyete istinaden ve **devlet otoritesini temsilen** yapmış olduğu idari bir muameleye taalluk etmekte olduğundan idari kazanın vazifedar olduğu tabii görülmüş ve müddealehyin buna muhalif iddiası kabule şayan bulunmamıştır”. (Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti, 06.05.1938, E. 1938/48, K. 1938/97). (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 158 - vurgulamalar sonradan yapılmıştır). Bu dönemde Yargıtay’ın *kamu kanunu* ifadesine yer verdiği bir içtihadî birleştirme kararı da mevcuttur: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Bölümü, 21.04.1941, E. 3235, K. 1006. (ÖZKOL Adil, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı*, Ankara 1970, s. 24).

¹²⁴ “(...) Uyuşmazlık Mahkemesinin ihdasından evvelki bu tereddüitten ve dağınık içtihatlardan bir esas ve kriter çıkarmak güç olduğu gibi ilmî ve amelî bir kıymet de arz etmez” ONAR, Cilt: III, s. 1881. Bu devreye ait içtihatlar hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZKOL, s. 23-28.

¹²⁵ “(...) İdarece tesis ve ittihaz olunan işlem ve kararların hâkimiyet ve temşiyet tasarrufları diye bir ayrıma tabi tutmak vazife meselesinin ona göre tayini esası da artık bugün metruktur. Böyle bir ayrıma dayanan doktrin yerini daha ilmi esaslara istinaden amme hizmeti prensibine bırakmıştır.”; Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.06.1949, E. 1949/7, K. 1949/10, ONAR, Cilt: III, s. 1886; DERBİL Süheyp, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1, s. 440 (Uyuşmazlık). Bu kararda Fransız etkisi göze çarpmaktadır. ÖZKOL, s. 36-37.

¹²⁶ Bu içtihadın hemen ertesinde verilen birçok çelişkili karar için bkz. ONAR, Cilt: III, s. 1887 ve devamı. Süheyp Derbil, söz konusu istikrarsızlığı şu şekilde eleştirmektedir: “*Uyuşmazlık Mahkemesi*, (kamu hizmetinden doğan) tazminat dâvalarını yargılamak görev ve yetkisini 1948’de adalet mahkemesine, 1949’da idare mahkemesine, 1950’de tekrar adalet mahkemesine vermiş bulunmaktadır. Bakalım 1951’de hangi mahkemeye verecek?” DERBİL, Uyuşmazlık, s. 440.

hizmetinin yanında *kamu kanunu*, *idarî işlem*, *idarî eylem* ve *idarî sözleşme* tabirlerini de önündeki meselenin icabına göre kullanma yoluna gitti¹²⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları 1950’lerden bugüne dek incelendiğinde, yargı ayrılığı prensibinin Türk idare hukuku için de başlı başına bir *belirsizlik* ve *içtihat* kaynağı olduğu rahatlıkla anlaşılır¹²⁸. Zira uyuşmazlık yargıcının elinde, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesindeki genel ifadeler¹²⁹ ve bazı ihtilâf grupları bakımından belli bir yargı kolunu (çoğunlukla adlî yargıyı) görevlendiren özel kanun hükümleri dışında¹³⁰ hiçbir yazılı dayanak yoktur. Fransız örneğinden daha kazüistik olmasına rağmen¹³¹, Türk Anayasası’nda da idarî yargının görev alanını belirleyecek yahut en azından belli konuların mutlak surette idarî yargıda görülmesini icap ettirecek sarıh bir hüküm bulunmamaktadır¹³².

¹²⁷ ÖZKOL, s. 36 ve devamı. Daha güncel karar örnekleri için bkz. AKTAŞ Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdarî Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir Mi?)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 2015, Sayı: 5 (Haziran), s. 9-28. (AKTAŞ soyadlı başka bir yazar da bulunduğu için bu esere yapılacak müteakip atıflarda isim de belirtilecektir).

¹²⁸ AKTAŞ (Gülsüm), s. 31-33.

¹²⁹ Maddede idarî davalar tanımlanırken *idarî işlem*, *idarî eylem*, *kamu hizmeti* ve *idarî sözleşme* tabirleri kullanılmaktadır.

¹³⁰ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (tapu ve nüfus siciliyle ilgili davalar), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, bu bapta ilk akla gelen kanunlardır.

¹³¹ 1958 Fransız Anayasası’nın metninde idarî yargı (*jurisdiction administrative*) ibaresi dahi geçmez. Yalnızca 13. maddede, “yargıç” oldukları bile anlaşılamayacak şekilde, Conseil d’État üyelerinin atanma biçiminden bahsedilir. Ancak *Conseil constitutionnel*’in yukarıda aktarılan 1980 ve 1987 tarihli iki kararıyla yargı ayrılığını öngören 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun’a anayasal değer atfedilmiştir. LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Paris 2017, s. 17.

¹³² Anayasa m. 125/1’de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğundan, m. 155’te Danıştay’ın *davaları* (?) göreceğinden, m. 137’de ise hâkim ve savcıların adlî ve idarî yargı şeklinde ikiye ayrılacağından söz edilmektedir. Malî sorumluluğa ilişkin m. 129/5 ise memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılacağını belirtirken yine idarî yargıyı açıkça işaret etmemektedir. Mevzubahis hükümler, hangi davaların *idarî* sayılacağına ilişkin hiçbir belirleme içermemekle beraber, ayrı bir idarî yargı düzeninin *mevcudiyetini* de teminat altına alır. Anayasa Mahkemesi de, adlî yargının görev alanının idarî yargı aleyhine genişletilmesini, ancak *haklı neden* ve *kamu yararı* varsa anayasaya uygun bulmakta, yasama organının bu konudaki takdir yetkisinin mutlak olmadığını belirtmektedir. (Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, **Resmî Gazete**, 19.05.2012, Sayı: 28297). Detaylar için bkz. GÜNDAY Metin, “İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 14, Yıl: 1997, s. 347-358; YASİN Melikşah, “Anayasa Mahkemesi’nin İdarî Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı”, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan*, İstanbul 2003, s. 567-575; KARAMAN Ebru, *Türk İdarî Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*, İstanbul 2013; GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m. 3 ve TBK, m. 55/2 Hakkında Eleştiriler)”, *Terazi*, Yıl: 6, Sayı: 63 (Kasım 2011), s. 36-41 (Eleştiriler). Durumun önceki anayasa döneminde de pek farklı olmadığı hakkında: TAN Turgut / AKILLIOĞLU Tekin, “1961 Anayasası ve Türkiye’de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 1978 (Haziran), s. 36-57.

İdarî rejim, kendi kendini gerçekleştiren kehanete benzer¹³³. Gerek Fransa, gerekse Türkiye’de yargı ayrılığı prensibi, idarî yargının görev alanı (şeklî hukuk) ile idare hukuku (maddî hukuk) arasında varoluşsal bir bağ kurarak¹³⁴ yargısal içtihatlarla kurucu bir rol kazandırmaktadır. Fransız literatüründe *görev-esas rabıtası* (*lien entre la compétence et le fond*)¹³⁵ denen bu durum, kamu hizmeti, kamu gücü, idarî işlem, idarî eylem ve idarî sözleşme gibi en temel kavramların, *şeklî hukuka ilişkin bir sorunun (görev) çözümü bağlamında doğduğunu ve -zorunlu olarak- yargısal içtihatlar eliyle inşa edildiğini* gösterir¹³⁶.

Sade bir görev paylaşımı şeklinde algılandığında, yargı ayrılığı prensibinin maddî hukukla (idare hukuku) ve onun bir karakteriyle (içtihadîlik) ilgisi yokmuş gibi görünebilir. Gerçekten de eğer neyin *adlî*, neyin *idarî* olduğuna dair genelgeçer, objektif ve pozitif bir kıstas bulunsaydı; yargı ayrılığı -tıpkı aynı yargı düzeni içerisindeki iki mahkemenin görev ilişkisi gibi- esasa tesir etmeyen, salt şeklî hukuk meselesi olarak kalabilirdi¹³⁷. Ne var ki, nakledilen tarihi sürecin de gösterdiği üzere, adliyenin denetiminden bağışık tutulan şey (idare ve idarî uyumsuzluk), evvelce mevcut ve herkesçe malûm bir şey değildir. Bilâkis yeni yeni teşekkül eden (ve hâlâ etmekte bulunan) bir alan, henüz ilk belirişinde (sınırları meçhul iken) adlî yargıca yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu yasağın (ayrılık prensibinin) meşrulaştırılması sürecinde yargı yerleri (ve özellikle uyumsuzluk yargıcı) tarafından geliştirilen her içtihat, aynı zamanda *idarî olanın tespiti işlevi* görür¹³⁸.

¹³³ “(...) İdarî rejim [için] küllî ölçüt arayışı, tarihsel olarak paradoksal bir tarzda yürütülmüştür. [Zira] idarî rejimin [varlık] sahasını belirleyen, esasında, idarî yargıcın görev alanından başkası değildir” LAUBADÈRE / GAUDEMET, s. 31.

¹³⁴ “İdare hukukunun maddî kuralları, şeklî hukuktan [yargılama hukukundan] ayrılamaz, zira idare hukukuna varlık veren kural, yani yargı ayrılığı, bizzat şeklî hukuk kuralıdır” VEDEL / DELVOLVÉ, s. 92.

¹³⁵ SERRAND, s. 20; TRUCHET, s. 12; FRIER / PETIT, s. 554. İdarî yargıcın kendi kavramlarını kendi üretmesi, doktrinde “*autofinancement conceptuel*” şeklinde adlandırılmaktadır. FORTSAKIS, s. 344-346.

¹³⁶ WALINE (Jean), s. 18. 521 sayılı Danıştay Kanunu Tasarısı’nın gerekçesinde (dördüncü bölüm, s. 6) kullanılan şu ifadeler, söz konusu inşa faaliyetini ortaya koymak bakımından dikkate şayandır: “*Anayasada idarenin eylem ve işlemlerinden bahsedilmektedir. Tasarının birçok maddelerinde, bunlar meyanında, idari uyumsuzlukları ve dâvaları tarif eden 30 uncu maddesinde bu tabirler yer almıştır. İşlem ve eylem kelimelerinin mânası ve kapsamı Danıştay yargı organlarının içtihatları ile belirecektir*”.

(Erişim:https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c023/mm_01023012ss0369.pdf, 06.07.2019).

¹³⁷ Vedel’in, idare hukukunun içtihadî karakterinin azaltılması bağlamında adlî yargı - idarî yargı ayırımına ilişkin kriterlerin kodifikasyonuna işaret etmesi, bu yüzdendir. VEDEL, *Jurisprudential*, s. 40-42.

¹³⁸ CHAMPION, s. 116 ve devamı. “*Fransız idare hukuku öncelikle ve esas itibarıyla yargı tarafından, yargı ayrılığı prensibinden hareketle oluşturulmuştur*” DEMICHEL, André, *Le droit administratif: Essai de réflexion théorique*, Paris 1978, s. 73. Aynı yönde: VEDEL / DELVOLVÉ, s. 92. Van Lang, Conseil d’État’ı yaratıcı olmaya bu denli teşvik eden şeyin adlî yargıcın kışkırtması olduğunu söylemektedir. Yani sırf farklı yargı düzenlerinin mevcudiyeti dahi başlı başına içtihat üretimini tetikleyebilir. VAN LANG Agathe, “Le dualisme juridictionnel en France: une question toujours d’actualité”, *AJDA*, 2005, s. 1760.

B. CODE CIVIL'İN¹³⁹ SAF DIŞI EDİLMESİ

Code civil'in bir dizi Conseil d'État ve Tribunal des conflits kararıyla ekarte edilmesi, dönemin yazılı kurallarının haricinde, yeni normlarla doldurulması gereken büyük bir boşluk (düzenlenmemiş durum) yaratarak idarî yargıcı içtihat üretmeye sevk etmiştir. İdare hukukuna otonomi kazandıran bu gelişme, aynı zamanda ona içtihadî karakter veren sebepler arasındadır¹⁴⁰.

Yargı düzenindeki ikilik (*dualité juridictionnelle*), her zaman hukukta ikilik (*dualité juridique*) anlamına gelmez¹⁴¹. Örneğin Türkiye'de kırk beş yıl (1972-2017) faaliyet gösteren Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, müstakil bir yargı düzeni teşkil etmesine rağmen, Danıştay'la aynı maddî hukuku uygulamıştır¹⁴². İdarî yargının adliyeden ayrılması ise, beraberinde hukuk ikiliğini (*dualité juridique*) de getiren daha köklü bir kopuştur. Zira bu ayrılık, tekraren söylemek gerekirse, evvelce mevcut ve herkesçe malûm olmayan bir konunun (modern-merkezî-ulus-devletin), *henüz* belirmediği demlerde gerçekleşmiştir.

İdarenin hukuka uygunluğunu denetlemekle (*contrôle d'excès de pouvoir*) yola çıkan idarî yargıç, yazılı hukukta bu denetimin nasıl (hangi esaslara istinaden) yapılacağına dair hiçbir cevap bulamamakta ve karşılaştığı boşluğu kendi yarattığı normlarla (içtihadî kurallarla) doldurmaktaydı¹⁴³. Teşekkül etmeye başlamış bulunan bu yeni hukukun otonomluğu meselesi, yaklaşık yarım asır boyunca herhangi bir yargı kararında tartışılmadı. Bununla birlikte ilk tecrübeler¹⁴⁴, daha 1818 yılında, adlî yargıca yasaklanan bu taze alanın o zamana dek bilinen ihtilâflardan (özel hukuktan) *farklı* bir mahiyet arz ettiğini göstermişti¹⁴⁵:

“Kamu yararı, adli mahkemeler için bir kural değil, belki sadece hakkaniyete müracaat edilmesi gereken çetin davalarda, mevzu hukuk kurallarının yorumunda kullanılan bir mülâhazadan ibarettir. Conseil d'État yahut idarî yargı nezdinde ise durum farklıdır: bu prensipten [kamu

¹³⁹ Fransa'da özel hukuk kurallarını toplayan temel kanuna *Code civil* denir. Kanun, hem medenî hukuk, hem de borçlar hukukunu ihtiva ettiği için Fransız Medenî Kanunu şeklinde çevrilmesi uygun görülmeyip, orijinal isim muhafaza edilmiştir.

¹⁴⁰ SERRAND, s. 21; TRUCHET, s. 12, DEBBASCH / COLIN, s. 95. İdarî rejimin tarihine dair detaylı bilgi yukarıda verildiğinden, bu başlık nispeten daha kısa tutulacaktır.

¹⁴¹ GONOD, s. 31.

¹⁴² Bu yüzden Türk idare hukuku literatüründe Danıştay'ın yanı sıra Askerî Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarına da yer verilmektedir.

¹⁴³ FRIER / PETIT, s. 33. *Kanunların yetersizliği* meselesine bir sonraki başlıkta ayrıca değinilecektir.

¹⁴⁴ Conseil d'État özel hukuk kurallarını saf dışı bırakmaya henüz 1813'te başlamıştır. Conseil d'État, 30 juin 1813, *Pinteville*. (DEBBASCH Charles / COLIN Frédéric, **Droit administratif**, Paris 2014, s. 27).

¹⁴⁵ Bu açıdan *Blanco* kararının, yalnızca fiilî *otonomi* hâlini resmîleştirdiği söylenebilir. (LEBRETON, s. 14). Başka bir deyişle, özel hukukla göbek bağı 1790'da kesilen idare hukuku, 1873'te resmen otonomi kazanmıştır. (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 20).

yazarından] yola çıkılır. Zira medenî kanunlar; iktidar, idare yahut hükûmetle ihtilaf halindeki vatandaşların hukukunu düzenlemez, vatandaşlar arası hakları tanzim eder”¹⁴⁶.

XIX. yüzyılın ortasında tazminat talepleri, idarî yargıcı yazılı hukukla karşı karşıya getirdi¹⁴⁷. Conseil d’État, 6 Aralık 1855’te verdiği iki kararla, Code civil’deki kuralların, *fertler arası ilişkileri düzenlemek* itibarıyla kendisini bağlamadığına hükmetti¹⁴⁸. Nihayet Tribunal des conflits, doktrinde *big bang*¹⁴⁹ olarak görülen Blanco kararı ile Devletin sorumluluğu konusunda idarî yargıcın tatbik edeceği maddî hukukun otonom olduğunu ilk kez, açıkça¹⁵⁰ ilan etti: “(...) Devlete düşen sorumluluk, Code civil’de fertler arası ilişkiler için konulmuş ilkelere tabi kılınamaz. [Zira] bu sorumluluk ne genel ne de mutlak olup; hizmet gerekleri ve Devlet hakları ile özel hakların telif zarureti uyarınca farklılaşan özgün kurallara sahiptir”¹⁵¹.

Yüksek mahkemenin yaptığı değerlendirmeler, Conseil d’État tarafından iştiyakla benimsendi. Hükûmet komiserlerinden Romieu’nun Cames, Rivet’nin ise Savonneries Henri Olive kararlarında verdiği mütalâalar¹⁵², bu durumu ortaya koymaktadır: “Devlet ile istihdam ettiği kişiler arasındaki karşılıklı hak ve borçların teşhisi; hakkaniyet kurallarına uygun bir şekilde, doğrudan kendi feraset ve vicdanına istinaden [karar verecek olan] idarî yargıca aittir”¹⁵³. “Sizler [idarî yargıçlar], kendi içtihadınızın sahibisiniz. Code civil’in kuralları müşterek [kamusal] hayatın gerekleriyle uyumlu olmadığı ölçüde, onu [kuralı] yaratmak size düşer”¹⁵⁴.

Blanco kararı, ilk bakışta yalnızca kamu hizmetleri alanında devletin sorumluluğu konusunu ilgilendiriyormuş gibi görünebilir. Ancak yüksek mahkeme, *kamu yararı ile ferdî çıkarların bağdaştırılması* amacını vurgulayarak, aslında idarî yargıcın önüne değişik vesilelerle gelen ihtilafların *ortak özelliğine* işaret etmektedir. Nitekim müteakip yıllarda Conseil d’État, Blanco içtihadındaki bu prensibi, devlet

¹⁴⁶ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d’État selon la charte constitutionnelle*, Paris 1818, s. 421.

¹⁴⁷ FRIER / PETIT, s. 33-34.

¹⁴⁸ Conseil d’État, 6 décembre 1855, *Rothschild ve Gloxin*. (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 6).

¹⁴⁹ LACHAUME, Définition, s. 102.

¹⁵⁰ Devletin sorumluluğu konusunda Code civil’e müracaat etmeden verilen daha erken tarihli bir karar: Conseil d’État, 8 août 1844, *Dupart*, (WEIDENFELD, s. 216).

¹⁵¹ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, (LONG ve diğerleri, s. 1).

¹⁵² Conseil d’État, 21 juin 1895, *Cames* (LONG ve diğerleri, s. 39-44); Conseil d’État, 25 novembre 1921, *Savonneries Henri Olive*, (GAUDEMET, Administratif, s. 31).

¹⁵³ LONG ve diğerleri, s. 40.

¹⁵⁴ GAUDEMET, Administratif, s. 31; GAUDEMAR / MONGOIN, Volume : I, s. 672.

dışındaki diğer kamu tüzel kişileri¹⁵⁵, kolluk faaliyeti ve idarî sözleşmeler gibi farklı alanlara da teşmil etmiştir¹⁵⁶.

Türk hukuku da benzer bir gelişim çizgisi izlemiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında gösterilen tereddüde rağmen¹⁵⁷ gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, gerekse Danıştay, Fransız içtihadındaki otonomi prensibini iktibas etmiş ve kendisini özel hukukun yazılı kurallarıyla (Medenî Kanun, Borçlar Kanunu vb.) bağlı görmemiştir¹⁵⁸:

*“Davacı davasını tasvir ederken istediği tazminatı Borçlar Kanunu’nun malî mesuliyete ait hükümlerine istinat ettirebilir; fakat onun bu arzusu mevzuza hâkim [olan] intizam-ı âme kaidelerine riayet edilmesi lüzumunu bertaraf etmez (...) **İdareye tevcih edilecek mesuliyet Borçlar Kanunu’na göre değil, idare hukuku esaslarına göre tayin edilmek lâzım gelir.** Mesuliyeti idare hukuku esaslarına göre tayine çalışmak, idari hizmetin mesuliyeti mucip bir kusur ile malûl olup olmadığını araştırmakla mümkün olur. İdarenin ifa ettiği hizmetin kusurlu ve mesuliyeti icap ettirecek surette ifa edilmiş olup olmadığını tahkike ise adli mercilerin salahiyeti yoktur”¹⁵⁹.*

İdarî yargıç tarafından uygulanan maddî hukuk kurallarının özgünlüğü, yakın zamanda bir kez daha Türk hukukçularının gündemine gelmiştir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin 2. Dairesi, itiraz yoluyla, Türk Borçlar Kanunu m. 55/2 hükmünün¹⁶⁰

¹⁵⁵ Fransa’da mahallî idarelerin sorumluluğu, neredeyse XIX. asır boyunca Code civil hükümlerine dayandırılmıştır. WEIDENFELD, s. 216.

¹⁵⁶ SERRAND, s. 23; TRUCHET, s. 12. İlgili kararlar: Conseil d’État, 6 février 1903, *Terrier*. (LONG ve diğerleri, s. 66-69); Conseil d’État, 10 février 1905, *Tomaso Grecco* (LONG ve diğerleri, s. 82-87); Conseil d’État, 4 mars 1910, *Thérond*. (LONG ve diğerleri, s. 111-114). *Blanco* içtihadındaki prensibin, mahallî idarelerin sözleşme dışı (*extra-contractuelle*) sorumluluğu konusunda bizzat uyuşmazlık yargıcı tarafından uygulanması için bkz. Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Feutry* (karar metnine erişim: www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html, 15.11.2018).

¹⁵⁷ “İlk zamanlarda Danıştayımız bazı tereddütler göstermiş, ihlâl edilen haklardan dolayı tazminat taleplerini tazminat hakkında kanunda sarahat bulunmadığı hallerde reddetmek yolunu ihtiyar etmiştir” ONAR, Cilt: III, s. 1693.

¹⁵⁸ Onar, 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi’nin 52. maddesinde geçen “Hukuku amme müesseseleri, Hukuku Amme Kanunlarına tabidir” ifadesinin, idare hukukunun otonomisine pozitif-yazılı bir temel teşkil ettiği görüşündedir. ONAR, Cilt: I, s. 111-112. İfadenin 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’ndaki mukabili ise şu şekildedir: “kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır”.

¹⁵⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.04.1948, E. 1948/9, K. 1948/4, **Resmî Gazete**, 16.08.1948, Sayı: 6983, s. 14589 (vurgulama sonradan yapılmıştır). “(...) idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan (...) mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesinin hukuken doğru olmadığı (...)” Danıştay 5. Dairesi, 05.12.1991, E. 1991/3619, K. 1991/2346, (GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 69).

¹⁶⁰ 04.02.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, “(ölüm ve bedensel zararın) belirlenmesi” başlıklı 55. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”. Aynı tarihte yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrası ise şu şekildedir: “Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar (...)”. Anayasa Mahkemesi, medenî usûl hukukçusu gözüyle dahi “ucube” olarak nitelenen bu fıkrayı iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, **Resmî Gazete**, 19.05.2012, Sayı: 28297. (“Ucube” nitelemesi için bkz. ATALI Murat, “Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini** (Uluslararası Kongre), Ankara 2016, s. 270).

iptalini istemiş; Anayasa Mahkemesi talebi reddetmekle beraber, iptali istenen maddeyi idare hukukunun otonomisine hâlel getirmeyecek biçimde yorumlamıştır:

*“İtiraz konusu kural, Kanun’un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu’na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. **Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır**”¹⁶¹.*

(Dar anlamda) idare hukuku, varlığını, Blanco ve devamındaki sayısız diğer kararın ihtiva ettiği teleolojik-daraltıcı yorumla borçludur. Şöyle ki: evvelâ Code civil’e (Medenî Kanun’a, Borçlar Kanunu’na vb.); *eşitler arası ilişkileri düzenlemek* yahut *ferdî çıkarları dengelemek* gibi bir telos tayin edilir. Daha sonra, tarafların eşitsizliği veya kamu yararı ile özel yararın karşı karşıya gelmesi gibi gerekçelerle, (ne idüğü yine içtihat yoluyla belirlenen¹⁶²) idarî ihtilafların, söz konusu kanunların kapsamı dışında olduğu neticesine varılır. Böylece, yeni (farklı telos’a sahip) normlarla tanzim edilmesi gereken bir düzenlenmemiş durum (boşluk) ortaya çıkar ve yargısal içtihadı alan açılır¹⁶³.

Yorumun telos üzerinden yapılması, yaratılacak yeni normun *yüzde yüz orijinal* olma mecburiyetini ortadan kaldırır¹⁶⁴. Yani idare hukukunun¹⁶⁵ otonomisi, idarî yargıcın uygulayacağı kuralların *muhteva* değil, *amaç* bakımından özgün olmasını gerektirir. Şu hâlde idarî yargıç, yeni normu yaratırken; analogi, mefhum-u muhalif,

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 22.10.2014, E. 2014/94, K. 2014/160, **Resmî Gazete**, 04.03.2015, Sayı: 29285 (vurgulama sonradan yapılmıştır). “Anayasa Mahkemesi’nin (...) kararında belirtildiği üzere; idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüm ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, 6098 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce olduğu gibi **yargı içtihatlarıyla oluşturulan** kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zarar miktarı ise Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır” Danıştay 15. Dairesi, 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661 (Lexpera). Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini** (Uluslararası Kongre), Ankara 2016, s. 259-262.

¹⁶² Bkz. “Yargı Ayrılığı Prensibinin Yerleşmesi”.

¹⁶³ “Müşavi hak ve menfaatlerden kanunun tercih ettiğini kabul etmekle vazifesi biten hususî hukuk hâkiminin durumu daha pasiftir. Hâlbuki idare hâkimi (...) daha aktif bir durumdadır. O hem umumî menfaatle hususî menfaatin âdilâne bir surette telifini ve hakkın korunmasını hem de hizmetin hususiyetlerini, muntazam ve devamlı bir tarzda ve en mükemmel bir şekilde yürümesini sağlayacak hal suretleri bulacak, hayatın seyrini, cemiyetin dinamizmini gözden kaçırmayacaktır. Bu itibarla idare hukuku bir içtihat hukuku olarak doğmuş ve kalmıştır” ONAR, Cilt: I, s. 108-109.

¹⁶⁴ DEGOFFE, s. 35.

¹⁶⁵ Otonomi konusundaki yaklaşım, benimsenen idare hukuku tanımına göre değişir. Örneğin idare hukukunu “idareye uygulanan hukuk kurallarının tamamı” (geniş anlam) şeklinde anlayan (Eisenmann gibi) yazarların otonomi fikrini toptan reddetmesi kendi içinde tutarlıdır. SEILLER Bertrand, **Droit administratif**, (1. Les sources et le juge), Paris 2018, s. 29-30.

evleviyet gibi yollarla Code civil hükümlerinden istifade edebilir¹⁶⁶. Hatta Code civil'deki bir hükmü, *kamu yararı ile özel yararın bağdaştırılması* telos'una uygun bulduğu için aynen tatbik de edebilir¹⁶⁷. Mühim olan söz konusu yararlanmanın *zorunlu* değil, *ihtiyarî* olmasıdır¹⁶⁸. Kısacası idarî yargıç, hangi normu, ne ölçüde uygulayacağını seçme imkânına sahiptir¹⁶⁹.

İdarî yargıcın içtihat ederek dolduracağı büyük boşluğun, yine içtihat yoluyla yaratılmış olması¹⁷⁰, *idare hukukunun bizzat içinde varlık bulduğu alanın* yargıç yapısı (prétorien) olduğunu gösterir¹⁷¹. Eski, müdevven ve evrensel hukuk dallarıyla iştiğal edenler, çalıştıkları alanın lüzumunu uzun uzadıya anlatma ihtiyacı hissetmez. İdare hukukçuları ise nesneleriyle özdeşim (*identification*) kurarak bitimsiz bir meşrulaştırma gayretine girer. Hâlbuki anlatılması (belki de kabullenilmesi) gereken yalın gerçek şudur: *idarî rejimin varlığı kendindendir (kıyâm bi-nefsihî)*¹⁷². Conseil d'État, kurucusu Napoléon gibi, Papa (yasama) eliyle değil, *bizzat* taç giymiştir. Mukbil Özyörük'ün

¹⁶⁶ Conseil d'État, 14 mars 2005, *Gollnisch*; Conseil d'État, 6 avril 2011, *Société Ajaccio Diesel* (TRUCHET, s. 33). Danıştay da tam yargı davalarında maddî tazminat miktarının kapsamı ve hesaplanması konusunda Borçlar Kanunu hükümlerinden yararlanmaktadır. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 625-626. "*İdare hukukunun 'içtihadî' özelliği, özel hukuk kural ve ilkelerinden esinlenmeyi kolaylaştıran bir özellik olarak da kabul edilebilir*" GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: II, s. 207.

¹⁶⁷ *Code civil*, erken dönemde tedvin edilmiş olması sebebiyle içinde birçok genel hukuk ilkesini de barındırır. Elbette bu ilkeler / esaslar, sırf *Code civil*'de yer aldığı için adlî yargıcın tekelinde değildir. RICCI, s. 13. Danıştay bazı kararlarında Medenî Kanun'un başlangıç hükümlerinden yararlanmaktadır: "*Gelinen bu noktada (...) ortaya çıkan hukuki boşluğun, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1. maddesinde yer alan 'Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir' kuralı gereğince, idari yargı organlarınca doldurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, uyumsuzluk, açıklanan çerçevede incelenmiştir*" Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 25.04.2012, E. 2007/2255, K. 2012/801, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 130, s. 23-33. "*(...) Olayda Belediye Gelirleri Kanununun 22/2 maddesinde bahsi geçen 'ilgili belediye'den kastın ne olduğu madde metninden, bir diğer ifadeyle Kanun lafzından açıkça anlaşılamadığından Medenî Kanunun 4. maddesiyle tanınmış olan takdir yetkisinin kullanılması gerekmektedir*" Danıştay 9. Dairesi, 13.11.2002, E. 2002/1896, K. 2002/4593, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 139).

¹⁶⁸ "*Kurulumuz, Medenî Kanunun 1 nci maddesinin aslında hukukumuzun temel kurallarından birisini teşkil ettiği, bu karakteristiğinden ötürü özel hukuk alanında olduğu kadar, kamu hukuku alanında, bu açımda idare hukuku kurallarının yorumunda da uygulanabilirliği görüş ve kanaatini taşımaktadır*" Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Genel Kurul, 06.12.1990, E. 1990/1, K. 1990/1 (Legalbank).

¹⁶⁹ WALINE (Jean), s. 16; PEISER, s. 6; RICCI, s. 11-13; GAUDEMET, Administratif, s. 29-33; ONAR, Cilt: I, s. 112-113.

¹⁷⁰ TRUCHET, s. 12.

¹⁷¹ CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 19; GONOD, s. 32. "*İdare Hukuku disiplininin, idari faaliyetlere özel hukuk kurallarının uygulanması olgusunu ret etmesi üzerine ortaya çıkan hukuk boşluğu, tarihsel süreç içinde, idare yargıcı tarafından içtihatlar yolu ile doldurulmuştur. İdare Hukukunun birçok temel müessesesi idari yargı içtihatlarınca belirlenmiştir. Dolayısıyla, diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak, idari yargı içtihatları, İdare Hukukuna hayat veren, İdare Hukukunu yaratan gerçek hukuk kurallarıdır*" ERKUT Celâl, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, İstanbul 1996, s. 22 (Prensipler). "*İdare hukukunun özgünlüğü, ayrı bir yargıç tarafından uygulanmasını gerektirir; buna mukabil, söz konusu özgün hukuku yaratan (onu özgün kılan) yine o yargıçtan başkası değildir*" GAUDEMET, Administratif, s. 34.

¹⁷² Kelâmcıların, "*Tanrı'yı kim yarattı*" sorusuna verdiği yanıt. KARADENİZ Osman, "*Kıyâm bi-Nefsihî*", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 25, Yıl: 2000, s. 515.

boşlukta teessüs şeklinde nitelediği¹⁷³ bu durum, idare hukukunda yargısal içtihatların kurucu mevkiini ispat eder.

C. İDARÎ KANUNLARIN YETERSİZLİK VE DEĞİŞKENLİĞİ

Önceki başlık, okuyucunun zihninde -haklı olarak- şu soruları uyandırabilir: Özel hukuka ilişkin kanunların (Code civil'in, Medenî Kanun'un, Borçlar Kanunu'nun vb.) saf dışı bırakılması, neden mutlaka bir boşluk yaratsın? Geriye kalan binlerce kanun, idarî yargıcı bağlamaz mı? Bu soruların cevabı, bir miktar teorik açıklama gerektirir. Şöyle ki; aynı formel değeri taşımasına rağmen, içerik itibarıyla, her *kanun* birbirine denk değildir¹⁷⁴. Örneğin Léon Duguit, (kendi terminolojisinde *objektif hukuku*¹⁷⁵ teşkil eden) kanunları ikiye ayırır:

- 1) Herkese hitap eden *normatif kanunlar (lois normatives)*¹⁷⁶: Toplumda zaten mevcut bulunan ilişki biçimlerinin yasama diliyle yeniden ifade edilmesinden ibaret olan bu hükümler, davranış kuralı ihtiva eder.
- 2) Yalnızca kanunları uygulamakla görevli kimseleri muhatap alan *inşai kanunlar (lois constructives)*¹⁷⁷: Bu tür kanunlar, normatif kanunların tatbik edilmesini sağlamak için ittihaz edilen teknik tedbirleri, getirilen usûlleri yahut kurulan teşkilatı düzenler.

¹⁷³ "(Ö)zel hukukun uzanamadığı bir boşlukta, ondan ayrı bir 'düzenleme' işi başlıyor. Eğer bu düzenleme Özel hukukla yapılabileseydi, Özel hukuk bu alana da -daha birçok alanlara yayıldığı gibi- yayılır, bu alanı da kendi düzenleme alanı içine alırdı. Böyle olmuyor. Feodal devletin ortadan kalkışıyla, modern devletin hayatında, özel hukuka veda etmek, onu gerçek kişilerin hukuku olarak kendi yönünde bırakmak gerekiyor ve yepyeni bir 'devlet alanı' ve -bu alan içinde yepyeni bir 'idari kesim' baştan bir düzenlemeye açılmış bulunuyor (...) İdare hukuku, kendi normlarıyla kendi düzenleme alanını doldurmağa başlamıştır; oluşum, boşluktaki her teessüs gibi, kendisine özgü olmuştur (...) (Devletin idari fonksiyonunun ifası, özel hukuk normları ve tekniği ile mümkün olabilseydi, İdare hukuku doğar mıydı? Zira İdare hukuku, başlangıçta 'tüm bir boşluk'tu (...)'" ÖZYÖRÜK, Bölüm III, §1, s. 65-66. (Vurgulamalar sonradan yapılmıştır).

¹⁷⁴ Yukarıdaki cümle kurulduğunda ilk akla gelen, maddî kanun - şeklî kanun ayrımıdır. Maddî kanunlar genel-soyut-kişilik dışı hükümler içerirken, şeklî kanunlar yönedikleri somut-özel-bireysel durum haricinde hiçbir şey söylemez (bütçe ve kesin hesap kanunları, il ve ilçe kurulmasına dair kanunlar, af kanunları gibi). AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 28.

¹⁷⁵ Duguit'nin objektif hukuk - sübjektif hukuk ayrımı, aslında Fransızcanın eksikliği giderme çabasından başka bir şey değildir. Zira bu dille "hukuk" ve "hak" kavramları, tek kelimeyle karşılanır: *droit*. Bu yüzden Duguit, hukuk kavramı için *droit objectif*, hak kavramı için *droit subjectif* tamlamalarını icat etmiştir. Sonuç olarak Duguit'ye göre *hukuk (droit objectif)*, belli bir ülkede uygulanan ve sosyolojik olarak yaptırıma bağlanan kuralların tamamıdır. (Tanımda devlete / siyasî iradeye yer verilmemesi, hukuk-hak ayrımından değil, *Duguit'nin pozitivist olmamasından* kaynaklanır). Detaylı bilgi için bkz. DUGUIT Léon, *L'État: le droit objectif et la loi positive*, Paris 2003 (Tıpkıbasım).

¹⁷⁶ Süheyp Derbil bu ifadeyi *düzgüsel* şeklinde çevirir. Sıddık Sami Onar ise kelimeyi tercüme etmeden kullanır. Bu çalışmada da orijinal terim aynen muhafaza edilmiştir. Bkz. DUGUIT Léon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çeviren: Süheyp DERBİL), Ankara 1954, s. 21 (Dersler); ONAR, Cilt: I, s. 360.

¹⁷⁷ Süheyp Derbil, *constructive* karşılığı olarak *yapıcı* kelimesini tercih eder. Bu çalışmada Onar'ı takiben *inşai* kelimesi kullanılmıştır. Bkz. DUGUIT, Dersler, s. 21; ONAR, Cilt: I, s. 360.

Özel hukuk ve ceza hukukunun büyük metinleri (Code civil, Medenî Kanun, Ceza Kanunu vb.) esas itibarıyla¹⁷⁸ normatif kanun niteliğindedir¹⁷⁹. Zira bu metinler *herkese hitap eden* davranış kurallarını beyan etmek üzere kaleme alınmıştır. Geri kalan binlerce kanun ise, neredeyse tamamen inşâî mahiyet arz eder¹⁸⁰. İdarî yargıcın önüne gelen uyuşmazlıklar, ikinci türden (inşâî) kanunların, muhatap aldıkları makamlarca uygulanmasından *sonra* ortaya çıkar.

İdarî yargıç, başta Code civil olmak üzere, fertler arası ilişkileri düzenleme amacı atfettiği kanunları, içtihat yoluyla ekarte etti. Ne var ki, *elinde kalan* diğer kanunlarda da aradığını bulamadı¹⁸¹. İdarenin sayısız farklı alandaki teşkilat, faaliyet ve ayrıcalıklarını betimlemekle iktifa eden bu kanunlar¹⁸²; herkese (hatta idarî yargıca bile) değil, yalnızca idarecilere hitap ediyordu¹⁸³. Başka bir deyişle bu kanunlar; idare ile bireyin *karşılıklı hareket tarzını* düzenlemiyor, kamu yararı ile özel yararın çatışması hâlinde tatbik edilecek maddî hukuk kurallarını içermiyordu. Dahası, söz konusu kanunlar sürekli tadilat geçiriyor, kullandığı ifadeler üzerinden sabit kavramlar inşa edilmesine fırsat tanımıyordu. Doktrinde idarî kanunlar (*lois administratives*)¹⁸⁴ adı verilen bu düzenlemelerin yetersizlik ve değişkenliği, idarî yargıcı *praeter legem* konuma taşıdı ve *normu aşan hukuk yaratma* faaliyetine yöneltti¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Elbette bu metinler de sadece yargıca (yahut nüfus / tapu / icra / infaz memuruna) hitap eden *inşâî kanun* niteliğinde birçok düzenleme içermektedir.

¹⁷⁹ “Batı dillerinde ‘loi / kanun’ ve ‘code’ şeklinde bir terim ayrılığı vardır. ‘Code Civil’ ya da ‘Code Penal’ örneğinde olduğu gibi büyük ve önemli kanun veya önemli bir konudaki tüm yasal düzenlemeleri bir araya toplayan metin anlamını taşıyan bu terimin bizdeki bir örneği İmparatorluğun son dönemlerinde oluşturulan ‘Mecelle’ idi. Dilimizde bu ayrım yapılmadığı için hepsine kanun denmektedir” ÖZAY İl Han, *Günlüğünde Yönetim*, İstanbul 2004, s. 369, dipnot: 699.

¹⁸⁰ ONAR, Cilt: I, s. 360.

¹⁸¹ Vedel ve Delvolvé, Code civil’in ekarte edilmesiyle ortaya çıkan düzenlenmemiş durumu, “no man’s land juridique” şeklinde nitelendirir. VEDEL / DELVOLVÉ, s. 488.

¹⁸² “Kamu tüzel kişileri, kamu idareleri veya kamu kurumlarının; yapısını tasvir eden, yetkilerini düzenleyen, hizmetlerini örgütleyen ve personeli ile ilişkilerini tespit eden kanunlar kuşkusuz idarîdir” RIVERO Jean, “Le juge administratif: Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?”, *Pages de doctrine*, Tome: II, Paris 1980, s. 313.

¹⁸³ Fransa’da [ve Türkiye’de] yasama organı, idare hukukundan ziyade, idarenin işleyişini düzenlemeye yönelmiştir. DEBBASCH Charles, “Les sources du droit administratif: permanence et novation”, *Recueil Dalloz*, 1971, s. 255.

¹⁸⁴ VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 32; TRUCHET, s. 11. “O halde geriye kalanlar ne kanundur? Bunlar ‘idarî’ kanunlardır; fakat dikkat ediniz: idare hukukunun kurallarını ihtiva eden kanunlar değildirler. Medenî kanun, Ceza kanunu gibi, bu hukuk alanlarındaki maddî hukuk kurallarını ihtiva etmezler. Bunlar, idare birimlerinin kuruluşları, gelirleri, kamu görevlileri, idarî yetkiler hakkında çıkarılmış kanunlardır. Yoksa idare hukukunun kodifiye edilmiş hükümlerini ihtiva etmezler” ÖZYÖRÜK, s. 69-70.

¹⁸⁵ MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 7. “İdarî kanunlar prensip ifade etmez. Sadece teşkilâtı düzenler. Sayıları pek çok olan idarî kanunlar yalnız düzenleyici kanunlardır (...) Binaenaleyh idare hukukunda önemi kazaî kararlar alır. Roma’da praetor hukuku, hukuk koyucusunun eseri olmayıp büyük yargıç olan praetorun eseri olduğu gibi idare hukuku da idarî mahkemelerin eseridir” SEVİĞ Vasfi Raşid, “İdare Hukukunda Önemin Umumi Hizmette veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözüken Tartışmalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Yıl: 1949, Sayı: 2, s. 4, dipnot: 2. *Normu aşan hukuk yaratma* ve *praeter legem* kavramları için bkz. Birinci Bölüm, Başlık III/B: “Düzenlenmemiş Durum (Boşluk)”.

Meseleyi daha anlaşılır kılmak için, adlî yargıç ile idarî yargıcın kanun karşısındaki mevkiini mukayese etmek gerekir. Adlî yargıç -çoğu zaman- kanunun *ilk elden* uygulayıcısıdır: Evvelâ gerçek hayatta bir uyuşmazlık ortaya çıkar. Sonra taraflar mahkemeye müracaat eder. Nihayet adlî yargıç; hem taraflara, hem de kendisine hitap eden kanun hükümlerine göre hukukî tavsifte bulunarak hüküm verir. İdarî yargıcın durduğu yer ise -bilhassa iptal davalarında- çok farklıdır: İdarî kanunlar, (örneğin İl İdaresi Kanunu, Belediye Kanunu yahut Devlet Memurları Kanunu) maddî vakıaya *evvelâ idare tarafından* uygulanır. Dolayısıyla idarî yargıç, önüne gelen davada, *kanunu somut olaya tatbik eden değil, kanunun idarece tatbikini denetleyen* pozisyonundadır¹⁸⁶. Şu hâlde idarî kanunlar, esasen *idarenin* büyük öncülüdür. İdarî yargıç ise, hüküm verirken kullanacağı büyük öncülü, idarî kanunu da içeren, ama ondan daha geniş bir ilkeler / kurallar kümesinden çıkarır¹⁸⁷. Kendisini -bir nevi- *idarenin hiyerarşik üstü* yerine koyar¹⁸⁸. İdare mahkemesince verilen iptal kararının, doktrinde temyiz merciinin bozma (nakız) kararına benzetilmesi¹⁸⁹ de bu yüzdendir.

Romalı bir praetor dirilip hukuk fakültesinde final sınavlarına girse, medenî hukuk ve borçlar hukuku derslerinden kolayca geçer, idare hukukunu ise muhakkak bütünlemeye bırakırdı. Gerçekten de, özel hukukun temel aksiyomları (kişilik, mülkiyet, aile, sözleşme, haksız fiil vb.) yüzyıllar boyu neredeyse hep aynı kalırken¹⁹⁰, henüz iki-üç asırlık mazisi bulunan idare cihazı ve onu çevreleyen kurallar, günaşırı değişip yenilenmektedir. Modern devletin çok çeşitli sahalarda sürekli ve düzenli faaliyet

¹⁸⁶ Yorumla ilişkin çalışmalarda “yargısal yorum”, “bilimsel yorum” ve “yasama yorumu”nun yanında “idarî yorum” a da yer verilmesi bu yüzdendir. İdarî yargıcın yaptığı, idarenin yorumunun denetlenmesidir (yorum üstüne yorum). CHEVALLIER Jacques, “Les interprètes du droit”, *Interprétation et droit*, Bruylant-Bruxelles et Presses Universitaires d’Aix Marseille 1995, s. 118. “(i)darî ihtilafın rüyeti, idarî kanunların noksan ve eksikliklerinden dolayı, onu rüyet edene ekseriya ‘prétorien’ bir rol bahşetmektedir” BONNARD Roger, “İdare Edilenlerin Kazaî Yollara Müracaatı”, (Çeviren: Recai Galip OKANDAN), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: IV, Yıl: 1938, Sayı: 13, s. 85.

¹⁸⁷ İptal davalarını tanımlayan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun m. 2/1-a hükmünde “kanuna aykırılık” yerine “hukuka aykırılık” ifadesinin kullanılma sebebi de budur.

¹⁸⁸ Hükûmet komiserleri Teissier (Conseil d’État, 5 juin 1908, *Marc*), Chardenet (Conseil d’État, 11 février 1901, *Abbé Olivier*) ve Corneille (Conseil d’État, 10 août 1917, *Baldy*) mütalaalarında bu yaklaşımı açıkça ifade etmektedir. FORTSAKIS, s. 442-444. “Fransa’da, idari yargıcının gelişim sürecini, hiyerarşik bir denetimin yargısal denetime dönüşmesi olarak görmek de mümkündür (...)” ÖZTÜRK K. Burak, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Ankara 2015, s. 175. Aynı yönde: LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 39.

¹⁸⁹ DERBİL, İdare, s. 155; ONAR, Cilt: III, s. 1772. İptal davasına ismini veren yetki aşımı (*excès de pouvoir*) ve davada denetim konusu olan *kanuna aykırılık (illégalité)* terimleri, Fransız Yargıtayı’nın (*Cour de cassation*) temyiz uygulamasından mülhemdir. Yani idare, kanunu tatbik eden *ilk derece mahkemesi*; idarî yargı(ç) ise *temyiz mercii* gibi konumlandırılmıştır. KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 42.

¹⁹⁰ “(A)lım-satım, kira, kefalet vesaire gibi medenî hukuk akitlerinin birçoklarının Roma hukukundan bugüne kadar geçirdikleri tahavvül ve istihaleleri tetkik edersek değişikliklerin talî noktalara inhisar ettiğini ve pek ağır bir surette husule geldiğini görürüz” ONAR, Cilt: I, s. 107-108.

gösterme mecburiyetinden kaynaklanan¹⁹¹ bu değişkenlik, yasama organını *birkaç adım geriye çekilip* normatif kanun yapmaktan alıkoymaktadır¹⁹². Yani her bir etkinlik alanı, inşai nitelik arz eden idarî kanunlar ile tanzim edilir¹⁹³. Hepsi farklı muhtevaya sahip binlerce idarî kanunun, binlerce farklı idarî makam tarafından aralıksız biçimde uygulanmasını müteakip, *olan-biteni daha üst kavram ve ilkelere raptetme* vazifesi de idarî yargıca bırakılır¹⁹⁴. Analoji, evleviyet yahut mefhum-u muhalif yöntemlerinin işlevsiz kaldığı bu vazife, çalışmanın ilk bölümünde *yargısal içtihadın en katıksız hâli* şeklinde nitelenen *normu aşan hukuk yaratmadan* başka bir şey değildir¹⁹⁵. Bu açıdan, idarî yargıcın içtihat niteliğindeki büyük / önemli kararları (*grands arrêts*), bizzat *idare hukukunu* yaratması / içermesi itibarıyla, Medenî Kanun'un başlangıç hükümlerine benzetilebilir¹⁹⁶.

İdare hukukunun içtihadî karakteri ile idarenin kanunîliği (*légalité administrative*) ilkesi, ilk bakışta birbiriyle çelişiyormuş gibi görünür. Yukarıda izah edildiği üzere; idarî kanunların yalnızca idareyi muhatap alıp, evvelâ idarece uygulandığı ve idarî yargıcın aslında *praeter legem* konumda bulunduğu hatırlanırsa, çelişki zannı kaybolur ve içtihadî kuralların -bilâkis- idarenin kanuna *tam* uygunluğunu denetleyebilmek için üretildiği anlaşılır.

¹⁹¹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2013, s. 28.

¹⁹² "Kamu yönetimi alanında binlerce yasaya rastlanır. Hemen her kamu kuruluşu, bir yasaya dayanır. Kuruluşu, görevleri ve çoğu zaman işleyişi ve kamu kuruluşuna tanınan yetkiler, yasalarla düzenlenmiştir. Özel hukuk alanında büyük ve sistemli yasalar çıkarılmıştır. Örneğin, Medeni Kanun, medeni hukuk alanını sistemli bir biçimde düzenlemiştir. Buna karşılık idare hukuku alanında benzer bir düzenlemeye gidilememiştir. İdare alanında yasalar çoğu kez belli bir sisteme dayanmadan, günlük gereksinimleri gidermek için çıkarılmıştır" GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 64.

¹⁹³ "Cemiyetin her gün çoğalan ihtiyaçları ile türlü şekillere, çeşitlere giren amme hizmetlerinin her türlü güçlükler yenilerek muntazam ve devamlı bir surette mutlaka ifa edilebilmeleri için zaruri olan kaideleri bütün teferruatına kadar metinlere istinad mümkün olmadığı gibi bunlardan çıkabilecek tekml ihtilafların da evvelden düşünülmesine ve hal suretlerinin metinlerle, kanun maddeleri ile gösterilmesine imkân yoktur" ONAR, Cilt: I, s. 108.

¹⁹⁴ GAUDEMET Yves, **Les méthodes du juge administratif**, Paris 2014 (Tıpkıbasım), s. 127 (Méthodes); VEDEL / DELVOLVÉ, s. 89. "(...) İdarî mevzuat daha çok teşkilât ve yetkiye ve bazan da önemsiz ayrıntılara ilişkin hükümler taşıdığından; medenî hukuk ve ceza hukukundan farklı olarak, temel ilkeler ile genel kuralları öngörmüş ve saptamış değildir. Onun için idare mahkemeleri, bir sorunun veya uyuşmazlığın çözümlenmesinde, uygulanacak yazılı hukuk kuralı bulamayınca, içtihad yoluyla birtakım esaslar ve prensipler benimsemek ve kararlarında bunlara dayanmak durumunda kalır" DURAN, İdare, s. 28.

¹⁹⁵ "İdarî alanda teknik anlamda bir kanunlaştırma henüz mümkün olmamıştır. Ancak ihtiyaç ve zaruretin doğurduğu sebeplerle parça parça çeşitli kanunlar çıkarılmıştır. Bu kanunlarda pek nadir olarak umumi prensiplerin, tariflerin mevcudiyetine rastlanır (...) Hususi hukukun kurallarının uygulanmaması ve idarî mevzuatta boşlukların bulunması, idarî yargıcı gerçek anlamı ile hukuk kuralları koymaya zorlamıştır" EROĞLU Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara [Dördüncü Bası – Tarih Yok], s. 29. "Görülüyor ki, idare hukukunda içtihat, kanun boşluğu doldurmak için değildir; tedvin edilmemiş olan idare hukukunun, kanun geçerliğindeki kurallarının yaratılmasıdır" ÖZYÖRÜK, s. 61. İdare hukuku alanında idarî kanunları aşan bir Code yapılıp yapılamayacağı hususu, çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacaktır.

¹⁹⁶ WALINE (Jean), s. 18.

D. İDARENİN DENETİMİ OLGUSUNUN SİYASÎLİĞİ

“*Jus privatum sub tutela juris publici latet*”¹⁹⁷ (Francis Bacon)

Teklik ve bölünmezliği ihsas eden *egemenlik* kavramı ile yargının müstakil bir kuvvet olarak tasarlanması arasında ciddî bir gerilim vardır. Öyle ki, Duguit; egemenliğin yasama, yürütme ve yargı arasında bölünmesini, Hristiyanlığın en temel paradokslarından biri olan *teslis* akidesine benzetir¹⁹⁸. Rousseau, uzmanlaşmış bir organ olarak yargının mevcudiyetini tanımakla beraber, *egemen* vasfını yasamaya hasrederek bu gerilimi yatıştırmaya çalışır¹⁹⁹. Yürürlükteki Fransız Anayasası da, aynı gerilimden kaçınmak için yargı teşkilatından bahsederken *kuvvet* (*pouvoir*) yerine *merci* / *makam* (*autorité*) tabirini kullanır²⁰⁰.

Modern kuvvetler ayrılığı fikrinin öncülerinden sayılan John Locke, yargıdan hiç söz etmeyip, onu, kanunların uygulanması kapsamında, yürütme içerisinde görür²⁰¹. İsmi bu fikirle özdeşleşen Montesquieu ise, üçüncü bir kuvvete (yargılama gücü²⁰²) değinmesine rağmen, onu -yürütmeden kopan bir parçaymışçasına- “*ius civile*’ye istinat eden [şeyleri] yürüten kuvvet”²⁰³ şeklinde tarif eder. Bu kuvvetin yaptığı işi de, hâlihazırdaki adlî yargının görevleriyle²⁰⁴, yani “*suçları cezalandırmak yahut fertler arası ihtilafları çözmek*”²⁰⁵ ile sınırlandırır²⁰⁶. Eğer Montesquieu, bugün *idarî yargı* adı

¹⁹⁷ “Özel hukuk, kamu hukukunun vesayeti / himayesi altında (var olur)” BOUILLET Marie Nicolas, **Œuvres philosophiques de Bacon**, Tome: 1, Paris 1834, s. 452.

¹⁹⁸ “(...) Kuvvetlerin ayrılması ile egemenliğin bölünmezliği nasıl uzlaştırılabilmiştir? Egemenlik bir ve bölünmez olmakla beraber yürütme kuvveti, yasama kuvveti, yargı kuvveti adlarıyla hepsi de egemen ve bağımsız üç kuvvet mevcut olur? Bu sorguya cevap olarak, bu işte, hristiyan dinindeki üçlük (trinite) sırrı gibi bir hukukî sır mevcut olduğunu ileri sürmekten başka bir şey söyleyemediler” DUGUIT, Dersler, s. 59.

¹⁹⁹ ROUSSEAU, Livre II, Chapitre II: *Que la Souveraineté est indivisible*. Rousseau’nun egemenliğin bölünmezliği konusundaki düşünceleri çoğu zaman onun; yasama, yürütme ve yargının tek elde toplanmasını savunduğu şeklinde yorumlanır. Hâlbuki o diğer liberal düşünürler gibi, yürütme ve yargı işinde uzmanlaşmış, ayrı organların varlığını kabul etmekte, ancak *egemenlik* kavramını, yalnızca genel iradenin tecelligâhı olan yasamaya münhasır kılmaktadır. Aynı yönde bkz. UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, İstanbul 2015, s. 246 ve devamı.

²⁰⁰ *Titre VIII: De l'autorité judiciaire*.

²⁰¹ LOCKE John, **Second Treatise of Government**, (Edited by C.B. MACPHERSON), Indianapolis 1980, s. 69-83.

²⁰² “*Puissance de juger*”.

²⁰³ “*La puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil*”. Montesquieu, ikinci kuvveti (bugün yürütme olarak bilinen şeyi) ise “*ius gentium*’a istinat eden şeyleri yürüten kuvvet (*la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens*)” şeklinde tanımlar. Yaşadığı dönem göz önüne alındığında yazarın *droit civil* ve *droit des gens* tabirlerini, Roma’dan gelen *ius civile* ve *ius gentium* karşılığı olarak kullandığı gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BART Jean, “Droit civil”, **Dictionnaire Montesquieu**, (sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER), Lyon Eylül 2013, (Erişim: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1367162291/fr/>, 11.03.2019); TERREL Jean, “Droit des gens”, **Dictionnaire Montesquieu**, (sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER), Lyon Eylül 2013, (Erişim: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1377670648/fr/>, 11.03.2019).

²⁰⁴ SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 223.

²⁰⁵ “*Punir les crimes, ou juger les différends des particuliers*”.

²⁰⁶ MONTESQUIEU, Livre: XI, Chapitre: VI. Berthélémy’e göre de adlî otoriteler (mahkemeler), yürütme kuvvetinin bir şubesi ibarettir. (RÉMY Philippe, “Le part faite au juge”, **Pouvoirs**, 2003/4, n° 107, s. 30). Musliheddin

verilen vakıadan haberdar olsaydı²⁰⁷, muhtemelen onu *siyasî hukukun (droit politique)* parçası olarak görecek ve yürütme kuvvetinden tefrik dahi edemeyecekti²⁰⁸. Nitekim Napoléon Bonaparte, Conseil d'État'yı yeniden açarken (1799), bu kurumu, yürütmenin ortağı gibi tasavvur etmiş ve şunları söylemişti: “*devlet idaresinde zarurî olan takdir yetkisinin kullanılmasını tanzim edecek yarı-yargısal, yarı-idarî bir müessese kurmak istiyorum. Çünkü bu yetki sadece hükümdarın (yürütmenin) ellerine bırakılırsa, suiistimal edilecektir*”²⁰⁹.

İdare hukuku, doktrinde *siyasî hukuk dalı* olarak anılır²¹⁰. İlk bakışta garip gelebilecek bu vasıflandırma, ciddî bir haklılık payına sahiptir. Her şeyden evvel, aktif idareden türetilmiş bir müessese olarak idarî yargı, bugün dahi siyasî hayatın kalbinde yer almaktadır. Gerek Conseil d'État, gerekse Danıştay, yüksek mahkeme olmanın yanı sıra, idarî daireleri (*sections consultatives*) vasıtasıyla hükûmete danışmanlık yapmaya devam etmektedir²¹¹.

Mensup bulunduğu müessesenin iktidarla yakın ilişkisi bir tarafa, idarî yargıcın yargılama adı altında gerçekleştirdiği faaliyetin bile politik bir tarafı vardır. Zira idarî yargı yerlerinde görülen ihtilaflar, diğerlerinden farklı olarak, yöneten ile yönetilen arasındaki çatışmanın ifadesidir. Bir iptal yahut tam yargı davasında davacı lehine verilen karar, siyasî iktidarın doğal uzantısı - tamamlayıcısı olan²¹² idarenin, dolayısıyla *egemenin* mahkûm edilmesi anlamına (da) gelir²¹³. Şu hâlde idareyi denetlemek, aslında daima siyasî yönü (de) bulunan bir iştir²¹⁴.

Âdil, Berthélémy'nin düşüncelerini şöyle nakleder: “*Adlî kuvvet, nihayet icraî kuvvettir. Kuvve-i adliyenin vazifesi, kuvve-i icraiyyeye ait vazifenin bir kısmıdır. Her iki vazife de muhtelif icra vazifeleridir. Bu cihetle, kuvve-i adliyyeyi, kuvve-i icraiyyenin bir şubesi telâkki etmek mümkündür*” MUSLİHEDDİN ÂDİL, **Mukayeseli Hukuku İdare**, (Birinci Cilt), İstanbul 1933, s. 57.

²⁰⁷ Montesquieu 1755'te, henüz idarî yargının ortaya çıkmadığı bir dönemde ölmüştür.

²⁰⁸ “[Halklar], idare edenler ve idare olunanlar arasındaki ilişkiye dair kurallara sahiptir. [İşte] bu, siyasî hukuktur” MONTESQUIEU, Livre: I, Chapitre: III. Benzer bir tartışma için bkz. FORTSAKIS, s. 158-161.

²⁰⁹ FOUGÈRE Louis, **Le Conseil d'État: son histoire à travers les documents d'époque**, Paris 1974, s. 134'ten aktaran: LEBRETON, s. 20.

²¹⁰ DURAN, İdare, s. 29; YAŞAR, s. 6.

²¹¹ VEDEL, Précédent, s. 276. Conseil d'État ve Danıştay'ın yargılama dışı görevleri hakkında detaylı bilgi için bkz. SEZGİNER Murat, “Dünden Bugüne Conseil d'État ve Danıştay'ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu (149. Yıl)**, Ankara 2017, s. 101-132. Bilhassa 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra Türkiye'de Danıştay'ın idarî görevlerinin azaldığını not etmek gerekir.

²¹² RICCI, s. 8.

²¹³ WEIL Prosper, “The Strength and Weakness of French Administrative Law”, **Cambridge Law Journal**, Volume: 23, Number: 2, (November 1965), s. 248.

²¹⁴ “İdarî yargıç, yürütmenin ve dolayısıyla iktidarın yargıcı olduğu için, mecburen siyasî bir rol oynamaya sürüklenir...” LOCHAK Danièle, “Le Conseil d'État en politique”, **Pouvoirs**, 2007/4, n°: 123, s. 19.

Bir yandan idarenin etkin ve verimli işleyişini, diğer yandan bireyin hak ve hürriyetlerini temin etmek durumunda olan idarî yargıç, çift yüzlü tanrı Janus'a²¹⁵ benzer²¹⁶. Verdiği kararlarda *kamu hizmeti* ve *kamu gücü* gibi kavramlara atıf yapmak suretiyle, devlet hayatına ilişkin *dogmaların* yaratımında merkezî rol oynar. Kamusal faaliyetin meşrulaştırılmasına katkıda bulunur²¹⁷ ve ferdin hukuku ile devlete tanınan ayrıcalıkları telif ederek *hürriyetçi bir düzen* kurulmasına yardımcı olur²¹⁸.

İdarenin denetimi olgusunun siyasîliği, idarî yargıcı içtihat üretmeye sevk eden *kök nedendir* (*root cause*²¹⁹). Zira önceki başlıklarda izah edilen ve idare hukukunda yargıca özgü zihinsel çaba (ictihat) alanını genişleten diğer bütün sebeplerin ardında, söz konusu siyasîlik bulunur. Şöyle ki:

1) Adliye mahkemelerinin -ne idüğü belirsiz olan- *idarî* uyumsuzlıklardan men edilmesi ve aktif idare içerisinden ayrı bir yargı düzeninin çıkması, *kamu gücünün tanzimi* (*aménagement de la puissance publique*) şeklinde özetlenebilecek temel siyasî problemin sonucudur²²⁰.

2) Yaratılan yeni yargı kolunun kendisini Code civil (ve özel hukuka ilişkin diğer kanunlar) ile bağlı saymaması²²¹; kamu yararına, ferdi çıkarlardan farklı muamele edilmesini gerektiren, özü itibarıyla siyasî bir yaklaşımın neticesidir²²².

²¹⁵ Janus, çoğunlukla biri sağa, biri sola bakan iki yüzle tasvir edilen bir Roma tanrısıdır. "Janus" in **Encyclopaedia Britannica**, Erişim: <https://www.britannica.com/topic/Janus-Roman-god>, 16.04.2019.

²¹⁶ MESTRE Achille, **Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration**, Paris 1974, s. 11 (*Mestre* soy ismini taşıyan başka bir yazar da olduğu için müteakip atıflarda isim de belirtilecektir).

²¹⁷ Sırf bu sebeple idarî yargı kimi zaman, *devletin yapıp-ettiklerini sonradan meşrulaştırmakla görevli bir müessese* olarak görülmektedir. RICCI, s. 10.

²¹⁸ LOCHAK, s. 19-20; TRUCHET, s. 12-13.

²¹⁹ Kök neden (*root cause*), bir sorunu / meseleyi ortaya çıkaran temel sebeptir. Kök neden analizi (*root cause analysis*) bugün birçok alanda problem çözme yöntemi olarak kullanılmaktadır. Tanım için bkz. "Root Cause", **Collins Dictionary**, Erişim: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/root-cause>, 11.03.2019.

²²⁰ BENOIT Francis-Paul, "Les fondements de la justice administrative", **Mélanges offerts à Marcel Waline**, Tome: II, Paris 1974, s. 292.

²²¹ Tam bu noktada *Code civil* tasarısının, yukarıda işaret edilen danışmanlık işlevi kapsamında, Napoléon Bonaparte dönemi Conseil d'État'sından geçerek kanunlaştığına dikkat çekmek gerekir. Yani *Code civil*'in kamu yararı ile ferdi çıkarların çatıştığı uyumsuzlıklarda uygulanma kabiliyetine sahip bulunmadığını en iyi bilen, bizzat onu incelemiş olan Conseil d'État idi. JOUANNEAU M. M. / SOLON L. C., **Discussions du Code civil dans le Conseil d'État**, Paris 1805, s. V-VIII. Benzer şekilde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye de Şûrâ-yı Devlet üyesi Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında, içinde yine Şûrâ-yı Devlet'ten üyeler bulunan bir heyet tarafından hazırlanmıştır. AYDIN Mehmet Âkif, "Mecelle'nin Hazırlanışı", **Osmanlı Araştırmaları – IX**, İstanbul 1989, s. 48-49.

²²² Hükümet komiseri Helbronner'nin bir mütalâasında kullandığı şu cümle, söz konusu yaklaşımı örneklemektedir: "*Örgütlü toplumlarda en önemli ferdi çıkarların, en ciddi kolektif menfaatlerin de üstünde, milletin varlığını teminat altına alan, istiklâl ve güvenliğini müdafaa eden en yüksek hak yer alır: kamu yararı*". Conseil d'État, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, conclusions Helbronner (LONG ve diğerleri, s. 185). Bu noktada yukarıda yapılan bir alıntıya tekrar yer vermek faydalı olabilir: "*Kamu yararı, adli mahkemeler için bir kural değil, belki sadece hakkaniyete müracaat edilmesi gereken çetin davalarda, mevzu hukuk kurallarının yorumunda kullanılan bir mülâhazadan ibarettir. Conseil d'État yahut idarî yargı nezdinde ise durum farklıdır: bu prensipten [kamu yararından] yola çıkılır. Zira medenî kanunlar;*

3) Nihayet idarî kanunların yetersizlik ve değişkenliği de, rahat ve hızlı hareket etmek isteyen siyasî iktidarın (yasama çoğunluğu ve yürütmenin), kendisini kayıt altına alma konusundaki isteksizliğinden kaynaklanır²²³.

İdarî yargıcın siyasî pozisyonu, kök neden olmanın yanı sıra, içtihat üretimi üzerinde doğrudan etkiler de göstermiştir. Yüksek mahkemeler tarafından geliştirilen hükûmet tasarrufları teorisi (*théorie des actes de gouvernement*)²²⁴, iç düzen işlemleri teorisi (*théorie des mesures d'ordre intérieur*)²²⁵, fevkalâde hâller teorisi (*théorie des*

iktidar, idare yahut hükûmetle ihtilaf halindeki vatandaşların hukukunu düzenlemez, vatandaşlar arası hakları tanzim eder" SIREY, s. 421.

²²³ THÉRON Sophie, "La substitution de la loi à la jurisprudence administrative: la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi", *RFDA*, 2004, s. 237. Fransız doktrininde başka bir yazar, siyasîlerin bu bilinçli hareketsizliğinden şöyle yakınır: "Hukukî bir metinle düzenleme yaparak, sosyal ve politik etkileri olan yakıcı ve hassas meselelerde hüküm verme riskini alması gereken yasama değil midir?" DUPEYROUX Olivier, "La Jurisprudence, source abusive de droit", *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Tome: II, Paris 1960, s. 369-370.

²²⁴ Conseil d'État bu teori vasıtasıyla, aslında klâsik idarî işlemlerden pek farklı olmayan bazı işlemleri, siyasî karakterinden dolayı, kendi yarattığı *hükûmet tasarrufu* (*acte de gouvernement*) kategorisine sokarak denetlemeyi reddetmektedir (İlk örnek: Conseil d'État, 1 mai 1822, *Laffitte*). Hukuk devleti anlayışının gelişmesi ile teorinin kapsamına giren (yargı denetimine kapanan) işlem sayısı azalmıştır (Örnek: Conseil d'État, 19 février 1875, *Prince Napoléon*). Bugün için Fransa'da temel anayasal organlar arasında (yasama, yürütme, yargı) cereyan eden veya uluslararası ilişkilere dair işlemler *hükûmet tasarrufu* olarak görülmektedir. (Örnekler: Conseil d'État, 19 octobre 1962, *Brocas* - kanun tasarısının referanduma sunulması kararı; Conseil d'État, 20 février 1989, *Allain* - Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesi kararı; Conseil d'État, 9 avril 1999, *Madame Ba* - Cumhurbaşkanı'nın Conseil constitutionnel'e üye ataması; Conseil d'État, 28 mars 2014, *de Baynast* - Uluslararası Ceza Divanı'na üye önerme / önermeme kararı). Detaylı açıklama ve örnekler için bkz. LONG ve diğerleri, s. 16-26; GROS, s. 122-125. Danıştay 1924 Anayasası döneminde "devletin yüksek siyasetine" dair işlemlere, "memleketin yüksek menfaatlerini korumak" için hükûmetçe yapılan "siyasî tasarruflara" ve "hükûmet tasarrufları"na karşı açılan davaları görev bakımından reddetmiştir. (Örnekler: Şûrâ-yı Devlet 1. Deâvi Dairesi, 24.09.1936, E. 1936/474, K. 1936/2077 - mukabele-i bilmisil kararı; Danıştay 5. Dairesi, 18.03.1939, E. 1938/6, K. 1939/182 - zorunlu iskân kararı; Danıştay 5. Dairesi, 03.03.1939, E. 1937/1296, K. 1939/327 - Türk vatandaşlığından çıkarma kararı; Danıştay 5. Dairesi, 12.02.1943, E. 1943/861, K. 1943/343 - yabancı'nın sınır dışı edilmesi kararı). Danıştay, 1961 Anayasasından sonraki dönemde, benzer işlemlere karşı açılan davaları görmeye başlamış, ancak "devletin hükûmranlık / egemenlik hakkı" gerekçesiyle esastan reddetmiştir. (Örnekler: Danıştay 11. Dairesi, 23.02.1976, E. 1974/1853, K. 1976/699; Danıştay 10. Dairesi, 23.11.2012, E. 2008/7301, K. 2012/5974; Danıştay 10. Dairesi, 29.01.2010, E. 2009/1244, K. 2010/187; Danıştay 10. Dairesi, 06.04.2010, E. 2007/7987, K. 2010/2667 - Suudi Arabistan Kralına şeref madalyası verilmesi kararı; Danıştay 10. Dairesi, 09.10.2015, E. 2012/4370, K. 2015/4254 - pasaport talebinin reddi). Detaylı açıklama ve örnekler için bkz. KAYA Cemil, "Danıştay İçtihatlarında Hükûmet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükûmranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 7 (Haziran), s. 637-663. Ayrıca bkz. GİRİTLİ İsmet, *Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükûmet Tasarrufları*, İstanbul 1958. Ancak Danıştay'ın -az da olsa- hükûmet tasarrufları teorisine başvurduğu kararları hâlen mevcuttur (Örnek: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 24.05.2012, E. 2007/275, ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara 2019, s. 40). Türkiye, 16 Nisan 2017 referandumuyla yeni bir hükûmet tarzı benimsemiş, bu kapsamda cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolu açılmıştır. Yeni dönemde Cumhurbaşkanının yüksek mahkemelere üye atama veya TBMM seçimlerini yenileme gibi kararlarına karşı iptal davası açıldığı takdirde hükûmet tasarrufları teorisinin tekrar ve daha sık gündeme gelmesi kuvvetle muhtemeldir. (Aynı yönde: ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, s. 30).

²²⁵ İdarenin iç işleyişine yönelik bazı tasarrufları *icraî* saymayarak yargı denetimi dışında tutan bu teori, Roma hukukundan gelen *de minimis non curat praetor* (yargıç önemsiz şeylerle meşgul olmaz) ilkesine dayanır (LONG ve diğerleri, s. 641; MESTRE [Achille], s. 116). Conseil d'État, sirküler ve direktif gibi hizmet içi emirlere veya okul, cezaevi, askeriye gibi müesseselerde intizamı sağlayan bireysel tedbirler bakımından bu teoriyi uygulamaktadır. (Örnekler: Conseil d'État, 12 mars 2003, *Ministre de la justice c. M. Frérot* - cezaevi tedbiri; Conseil d'État, 6 avril 2006, *Frédéric A.* - hizmet içi emir; GROS, s. 128-129). Danıştay da aynı teoriyi benimsemektedir. (Örnekler: Danıştay 5. Dairesi, 02.02.2005, E. 2001/2787, K. 2005/522 - kamu görevlisinin odasının değiştirilmesi; Danıştay 4. Dairesi, 04.12.1946, E. 1945/2586, K. 1946/3577 - tamim [genelge], AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *İdare*, s.

circonstances exceptionnelles)²²⁶ ve aciliyet teorisi (*théorie de l'urgence*)²²⁷, söz konusu dolaysız etkinin akla gelen ilk örnekleridir. İdareden sâdır olup, normal şartlar altında iptal edilecek bazı tasarrufları hukuka uygun sayan yahut tamamen denetim dışı kılan bu içtihadî teoriler, *kendini idare yerine koyan* -tabiri caizse idareyle empati kuran- bir bakışın ürünüdür. İdarî yargıç böylece, idarenin hareket kabiliyetini artırıp, yöneticilerin *elini rahatlatmakta* ve politik bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Netice olarak, yukarıda başlıklar hâlinde izah edilen dört sebep (Yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorunu, Code civil'in saf dışı bırakılması, idarî kanunların yetersizliği ve idarenin denetimi olgusunun siyasîliği), ortaya çıkardığı semantik belirsizlik ve boşluk (düzenlenmemiş durum) vasıtasıyla içtihat üretimini tetiklemekte ve idarî yargıcı kurucu pozisyona taşımaktadır.

III. YARGISAL İÇTİHATLARIN KURUCU ROLÜNE ÖRNEKLER

Yargısal içtihatlar, idare hukukunun *kurucu* kaynağıdır²²⁸. Şu hâlde idare hukukundaki temel kavram, kurum ve ilkelerin evvelâ kanunlarda / pozitif metinlerde değil, yargısal içtihatlarda zuhur etmiş olması beklenir. Çalışmanın bu kısmı, yargısal içtihatların idare hukukundaki kurucu rolünü ortaya koyan başlıca örneklerle ayrılmıştır.

326-327). Hükûmet tasarrufları gibi, bu teorinin de uygulama alanı daralmaktadır. Örneğin önceden okul içi kıyafet kuralları iç düzen işlemi sayılırken (Conseil d'État, 21 octobre 1938, *Lote*), daha sonra başörtüsü yasağı konusunda açılan bir dava ile bu içtihat terk edilmiştir (Conseil d'État, 21 novembre 1992, *Kherouaa*, LONG ve diğerleri, s. 643). Benzer şekilde yorumlayıcı (*interprétative*) - düzenleyici (*réglementaire*) sirküler ayırımına gidilerek ikinci grup denetime tabi kılınmıştır (Conseil d'État, 29 janvier 1954, *Kreisker*, GROS, s. 129). Nihayet askeriyedeki disiplin tedbirleri bakımından da içtihat yumuşatılmıştır (Conseil d'État, 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, LONG ve diğerleri, s. 639). Danıştay'ın da teoriyi esneten benzer kararları vardır. (Örnek: Danıştay 10. Dairesi, 04.02.1993, E.1991/1520, K.1993/433 - genelge, TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara 2014, s. 231).

²²⁶ Conseil d'État; savaş, iç karışıklık, kitle hareketleri gibi fevkalâde hâllerde (*circonstances exceptionnelles*) idarenin kanuna uygun davranma imkânının kalmaması şartıyla, normalde iptal edeceği bazı idarî işlemleri hukuka uygun saymaktadır. Bkz. Conseil d'État, 28 juin 1918, *Heyriès* (LONG ve diğerleri, s. 184-189); Conseil d'État, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent* (LONG ve diğerleri, s. 197-199). Diğer örnekler için bkz. GROS, s. 261-266; GUETTIER Christophe, **Droit administratif**, Paris 2009, s. 71.

²²⁷ Bu teori çerçevesinde kolluğun, kamu düzenini bozacak ve gecikmesinde sakınca bulunan acil durumlarda yaptığı ve normalde iptali gereken (kanuna dayanmayan) tasarruflar, hukuka uygun sayılır. Hükûmet komiseri Romieu'nün meşhur *Saint-Just* mütalâasında kullandığı şu cümle, aciliyet teorisinin altında yatan mülâhazayı özetlemektedir: "*Ev yanmakta iken, oraya itfaiye göndermek için hâkim izni alınmaz*". Bkz. Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, conclusions de Romieu. (LONG ve diğerleri, s. 63). Karara konu olayın Türkçe açıklaması için ayrıca bkz. YILDIZ Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Ankara 2019, s. 114-122.

²²⁸ "*İdare hukukunun genel teorisi, yasama organının değil, içtihatların eseridir*" PEISER, s. 7. Aynı yönde, GAUDEMET, *Administratif*, s. 34; FRIER / PETIT, s. 114. Türk doktrininde Karahanoğulları, başka hiçbir kaynağa atfı yapmaksızın, yalnızca yargı kararlarını kullanarak idarî işlem teorisini anlattığı eserine şu ifadelerle başlar: "*Bu çalışma Türkiye'de idare hukukunun kuramsal kuruluşunun Danıştay kararlarından yararlanarak gerçekleştirilebileceği savını kanıtlama çabasıdır*" KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, Ankara 2015, s. iv (Yasallık).

Tüketme kaygısı güdülmeksizin²²⁹ sıralanan bu örneklerin seçiminde, idare hukuku ders kitaplarına ve akademik çalışmalara maddî hukuk bilgisi etiketiyle giren içtihatlarla öncelik tanınmıştır.

A. HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Hukuka uygunluk bloku (*bloc de légalité*), pozitif metinlerden ibaret değildir. İdare, işlem ve eylemlerinde yazılı kuralların yanı sıra, içtihat yoluyla vaz'edilen hukukun genel ilkelerine de riayet etmek zorundadır²³⁰. Hiçbir metinde açıkça geçmese bile tek başına ölçü norm olarak kullanılabilen²³¹ bu ilkeler, tıpkı kanunlar gibi, idarî yargıcın büyük öncülü içerisinde yer almaktadır.

Fransa'da hukukun genel ilkeleri teorisi, İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminde, özgürlükçü düzenin yeniden inşası bağlamında ortaya çıktı²³². İşgal yıllarında Nazilerle işbirliği yapan Vichy rejimi, yaptığı mevzuat değişiklikleriyle, temel hak ve hürriyetleri koruyan mekanizmaları neredeyse tamamen yok etmişti²³³. Dahası, gerek 1875 (III. Cumhuriyet), gerekse 1946 (IV. Cumhuriyet) anayasaları, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne pozitif değer atfetmiyordu²³⁴. Bu şartlar altında -deyim yerindeyse- yaraları sarmak, idarî yargıca düştü. Conseil d'État, yazılı hukukta ifadesini

²²⁹ "İçtihadî kuralların / ilkelerin tüketici bir listesini çıkarmak, imkânsız ve tamamen lüzumsuzdur" SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 133.

²³⁰ GAUDEMET, Administratif, s. 120-121; WALINE (Jean), s. 36. İdarenin düzenleyici işlemleri de hukukun genel ilkelerine uygun olmak zorundadır. Conseil d'État, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, conclusions Fournier, LAUBADÈRE André de / GAUDEMET Yves, **Traité de droit administratif**, Tome: 1, Paris 2001, s. 564. Conseil constitutionnel de, *Organisation des concours d'internat en médecine et en pharmacie* kararında, idarenin düzenleme yetkisini yasaların yanı sıra hukukun genel ilkelerine de uygun kullanması gerektiğini ifade etmektedir. Conseil constitutionnel, 19 décembre 1991, Décision n° 91-167 L, Erişim: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/91167L.htm>, 12.05.2019. "Yönetmeliklerin Anayasa, yasa, tüzük ve **hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi** ve öngörülen biçim ve yetki koşullarına uyularak çıkarılması dışında, söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır" Danıştay 2. Dairesi, 17.02.2004, E. 2000/6870, K. 2004/482 (HukukTürk).

²³¹ Danıştay kimi zaman hiçbir yazılı kurala atıf yapmaksızın sadece hukukun genel ilkelerine dayanarak hüküm kurabilmektedir. Örnek: Danıştay 10. Dairesi, 17.03.1983, E. 1983/115, K. 1983/555, (BEREKET Zuhâl, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara 1996, s. 12); Danıştay 8. Dairesi, 18.03.1986, E. 1986/97, K. 1986/130 (KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 122-123).

²³² Burada teorinin *idare hukuku bakımından* ve *ismen* ortaya çıkışı kastedilmektedir. Anayasa hukukunda *Conseil constitutionnel*, kanunların denetlenmesi bağlamında, yasama organına hitap eden *ayrı bir hukukun genel ilkeleri kategorisi* oluşturmaya 1958 yılından itibaren başlamıştır. LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 565. Teorinin ismi konulmadan önceki Conseil d'État kararlarında da benzer işlev gören genel ilkelere sıklıkla tesadüf etmek mümkündür. BRAIBANT / STIRN, s. 265.

²³³ JEANNEAU Benoît, **Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative**, Paris 1954, s. 1; MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 334; FRIER / PETIT, s. 117.

²³⁴ 1875 (III. Cumhuriyet) Anayasası, yalnızca devletin temel organlarını düzenliyordu. 1946 (IV. Cumhuriyet) Anayasası ise, genel ilkelere değinen kısa bir başlangıç (*préambule*) içermesine rağmen, kanunların anayasaya uygunluk denetimini sağlayan bir mekanizmaya yer vermemişti. (*Conseil constitutionnel*, 4 Ekim 1958'de, V. Cumhuriyet Anayasası ile kurulmuştur). CHRÉTIEU / CHIFFLOT / TOURBE, s. 177.

bul(a)mayan bazı prensiplere dayanarak davacılar lehine hüküm vermeye başladı²³⁵. Nihayet ilk kez²³⁶, 26 Ekim 1945 tarihli *Aramu* içtihadında, kullandığı yeni ölçü normların adını koyup, mahiyetini açıkladı: *metin yokluğunda dahi uygulanabilen hukukun genel ilkeleri (principes généraux du droit applicable même en l'absence de texte)*²³⁷.

Conseil d'État, hukukun genel ilkelerine dayanarak verdiği kararlarda, neredeyse hiçbir mevzuat hükmüne atıf yapmaz. İlham aldığı spesifik bir hüküm olsa bile, yalnızca o hükmü içinde bulunduran metnin adını zikretmekle yetinir²³⁸. Böylece kullandığı yeni normun elâstikiyet ve özerkliğini muhafaza eder²³⁹. Yazılı kuralların ötesinde / dışında bir değer kazanmasına rağmen, hukukun genel ilkelerinin yoktan (*ex nihilo*) var edildiği de söylenemez²⁴⁰. Zira idarî yargıç, söz konusu prensipleri vaz'ederken; Batılı ülkelerde kabul gören, muhtelif pozitif metinlere akseden ve modern devlet müesseselerinin kökeninde yer alan hürriyetçi-cumhuriyetçi-hümanist gelenekten beslenmektedir²⁴¹. Hukukun genel ilkelerinin ortaya konuluşunda izlenen bu metot, *kâh tümel analojiyi* (ilke kıyası), *kâh normu aşan hukuk yaratmayı*, *kâh topik yöntemi*²⁴² andırmaktadır²⁴³.

Devamlı yenileri eklendiği için, hukukun genel ilkelerinin tahdidî bir envanterini çıkarmak mümkün değildir²⁴⁴. Fransa'da yazarlar, mevcut ilkeleri kendilerince gruplara

²³⁵ Conseil d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, (VEDEL / DELVOLVÉ, s. 469).

²³⁶ Aslında *hukukun genel ilkeleri* ifadesi ilk kez, *Blanco* ile aynı gün verilen, ancak onun kadar meşhur olmayan *Dugave et Bransiet* kararında geçmiş, fakat hâlihazırdaki anlamını kazanmamıştı. Bkz. Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, (CHAPUS, Général, Tome: I, s. 95; LEBRETON, s. 56; LOUVARIS Antoine, **Droit administratif**, Paris 2011, s. 195).

²³⁷ Conseil d'État, 26 octobre 1945, *Aramu, Mattei, Belloir, Tabti et Champion*. Kararlar, disiplin yaptırımlarında ilgililere savunma hakkı tanınmasını *hukukun genel ilkesi* saymıştır. (JEANNEAU, s. 82-83).

²³⁸ Conseil d'État, 8 juin 1973, *Dame Peynet* (kararda yüksek mahkeme, *Code de travail*'da [İş Kanunu] yer alan hamilelik durumunda işten çıkarma yasağına değinmiş ve bu hükmün, *hukukun genel bir ilkesinden esinlenilerek* konulduğunu belirtip, kamu görevlilerinin de aynı durumda işine son verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır; yani kanunu değil, doğrudan doğruya kanunun da temelinde yer alan ilkeyi uygulamıştır), RICCI, s. 34. Benzer bir karar: Conseil d'État, 1 juillet 1988, *Billard et Volle contre SNCF*, (erişim: <https://www.legifrance.gouv.fr>, 08.05.2019), DEBBASCH / COLIN, s. 98.

²³⁹ RICCI, s. 34; TRUCHET, s. 188.

²⁴⁰ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 489. Bkz. Conseil d'État, 27 octobre 1978, *Debout*, conclusions Labetoulle, WACHSMANN Patrick, "La jurisprudence administrative", **Traité de droit administratif**, (Sous la direction de Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA), Tome: I, Paris 2011, s. 581.

²⁴¹ WALINE (Jean), s. 37; RICCI, s. 34; GUETTIER, s. 254; TRUCHET, s. 187-188.

²⁴² "Topik yöntemde hukuksal sorun, yasa üstü 'topos'lar, yani yol gösterici genel ilkeler, retorik özdeyişler, atasözleri, 'ana fikirler' ve inandırıcı görüşler aracılığıyla çözüme bağlanır" SEROZAN, s. 85.

²⁴³ Hukukun genel ilkelerinin ortaya konuş yöntemleri hakkında ayrıca bkz. ERKUT, Prensipier, s. 23-39.

²⁴⁴ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 469.

ayırıp, örnek kabilinden sıralama yoluna gitmektedir. Bu çalışmada da benzer bir metot benimsenmiş ve Fransız idare hukuku açısından aşağıdaki liste hazırlanmıştır²⁴⁵:

1) Eşitliğin Korunmasına Yönelik İlkeler: Kanun karşısında eşitlik²⁴⁶, kamu hizmetinin kullanıcıları arasında eşitlik²⁴⁷, kamu mallarının kullanılmasında eşitlik²⁴⁸, vergi ve diğer kamu külfetlerinde eşitlik²⁴⁹, kamu görevine girişte (ve kariyerde²⁵⁰) eşitlik²⁵¹, mahkeme / adalet önünde eşitlik²⁵², seçme-seçilmede eşitlik²⁵³, konuşma süresinde eşitlik (medyada siyasi çoğulculuk)²⁵⁴, cinsiyet eşitliği²⁵⁵.

2) Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunmasına Yönelik İlkeler²⁵⁶: Savunma ve dinlenilme hakkı²⁵⁷, başvuru hakkı (dava ve kanun yolunun kapatılamaması)²⁵⁸,

²⁴⁵ Jeanneau, hukukun genel ilkelerinin, kaynağından ziyade amacına göre sınıflandırılması gerektiğini savunmaktadır (JEANNEAU, s. 6). Bu çalışmada da liste hazırlanırken, ilkenin menşei / dayanağı değil, korumaya yöneldiği değer dikkate alınmıştır. Birden fazla gruba dâhil edilebilecek ilkeler, tekerrüre düşmemek adına, en çok ilgili görüldüğü başlık altında zikredilmiştir.

²⁴⁶ Conseil d'État, 9 mai 1913, *Roubeau*, (JEANNEAU, s. 7-8). Conseil d'État, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*; Conseil d'État, 22 janvier 1982, *Ah Won*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97). Conseil d'État, 28 juin 2002, *Villemain*; Conseil d'État, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme - Touche pas à mon pote*, (FOILLARD Philippe, **Droit administratif**, Bruxelles 2015, s. 158).

²⁴⁷ Conseil d'État, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*; Conseil d'État, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*; Conseil d'État, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, (BRAIBANT / STIRN, s. 272 ve 274). Conseil d'État, 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, (RICCI, s. 35).

²⁴⁸ Conseil d'État, 2 novembre 1956, *Biberon*, (RICCI, s. 35).

²⁴⁹ Conseil d'État, 30 novembre 1923, *Couitéas*, (LONG ve diğerleri, s. 228 - hukukun genel ilkeleri teorisi tam anlamıyla ortaya çıkmadan önce verilen bu karar, kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibini ilk kez vaz'etmiştir); Conseil d'État, 22 février 1974, *Association des maires de France*; Conseil d'État, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97). Conseil d'État, 4 mars 1944, *Guyesse*. Hükûmet komiseri Chenot'nun bu karardaki mütalâası dikkat çekicidir: "Hiçbir anayasal metin ve hiçbir kanun 'vergilendirme bakımından eşitlik' ilkesine yer vermemiştir. Mahkemeniz içtihatları da, bu ilkeye hukuki bir değer kazandıracak olan 1789 Bildirgesi metnini dayanak olarak ele almamaktadır. Ancak, bununla birlikte, söz konusu ilke 150 yıldır tüm müesseselerimize nüfuz etmiş, tüm yasalarımıza egemen olmuş siyasi örgütlenmemizin temel unsurlarından biridir... Öyle ki, siz, Yüksek Yargı mercii olarak bu kural ve ilkelere 'Yasa Gücü'nü vermektedir" aktaran: GAZIER François / GENTOT Michel / GENEVOIS Bruno, "1789 İlke ve Düşüncelerinin Anayasa Konseyi ve Conseil d'État Kararlarına Etkisi", (Çeviren Celâl ERKUT), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 10, Yıl: 1989, Sayı: 1-3, s. 86.

²⁵⁰ Conseil d'État, 5 janvier 1962, *Aunargue*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97).

²⁵¹ Conseil d'État, 28 mai 1954, *Barel*; Conseil d'État, 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*; Conseil d'État, 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg*; Conseil d'État, 7 décembre 1990, *Ministre de l'Éducation nationale contre M^{me} Buret*; Conseil d'État, 11 mai 1998, *M^{lle} Aldige*, (BRAIBANT / STIRN, s. 273).

²⁵² Conseil d'État, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*; Conseil d'État, 5 juillet 1985, *CGT et CFDT*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97).

²⁵³ Conseil d'État, 21 janvier 2004, *Guinde et autres*; Conseil d'État, 21 janvier 2004, *Boulanger*, (RICCI, s. 35). Conseil d'État, 31 mai 2006, *Groupe d'information et de soutien aux immigrés*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97 - karar, meslek örgütü seçimlerinde yabancıların aday olabilmesine ilişkindir).

²⁵⁴ Conseil d'État, 8 avril 2009, *François Hollande et Mathus*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97).

²⁵⁵ Conseil d'État, 9 juin 1978, *Ministre de l'Éducation nationale contre Bachelier*, (RICCI, s. 35).

²⁵⁶ 1958 V. Cumhuriyet Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler kataloğu bulunmamaktadır.

²⁵⁷ Conseil d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*; Conseil d'État, 26 octobre 1945, *Aramu*; Conseil d'État, 9 mai 1990, *Sociétés des établissements Cruse*; Conseil d'État, 9 avril 1999, *Société Interbrew*, (BRAIBANT / STIRN, s. 277). Conseil d'État, 23 avril 2009, *M. Guigue*; Conseil d'État, 30 décembre 2013, *Ministre de l'Agriculture*, (DEBBASCH / COLIN, s. 97). Conseil d'État, 9 juin 2010, *Association Cap sur l'avenir*, (RICCI, s. 34).

çelişmeli muhakeme hakkı²⁵⁹, duruşmaların halka açıklığı²⁶⁰, mahkeme heyetinde müzakerelerin gizliliği²⁶¹, yerleşme ve seyahat hürriyeti²⁶², ticaret ve sanayii hürriyeti²⁶³, sözleşme hürriyeti²⁶⁴, din ve vicdan hürriyeti²⁶⁵, dernek kurma hürriyeti²⁶⁶, eğitim-öğretim hürriyeti²⁶⁷ (çocuk ve annenin fizikî güvenliğini korumak ve geliştirmek için) gerekli ailevî şartların temin edilmesi zorunluluğu²⁶⁸, insan onurunun -yaşarken ve öldükten sonra- korunması²⁶⁹, hekim seçme hakkı²⁷⁰.

3) Bireyin İdare Karşısında Korunmasına Yönelik İlkeler: Hukukî güvenlik²⁷¹, kanunların geriye yürümezliği²⁷², idarî işlemlerin geriye yürümezliği²⁷³, *non bis in idem* (aynı fiile iki ceza olmaz) ilkesi²⁷⁴, idarî başvuru üzerine öncekinden daha ağır bir disiplin cezası verilememesi²⁷⁵, düzenleyici işlemlerin makul bir süre içinde yayımlanma mecburiyeti²⁷⁶, hukuka aykırı düzenleyici işlemi

Conseil constitutionnel, savunma hakkına bilahare anayasal değer atfetmiştir: Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC, (FOILLARD, s. 161).

²⁵⁸ Conseil d'État, 17 février 1950, *Dame Lamotte* (bu kararda yüksek mahkeme, ilgili kanun açıkça *idarî yahut yargısal hiçbir başvuru yapılamaz* demesine rağmen, bu ifadeyi daraltıcı yorumlamış ve idarî işlemlere karşı iptal davası açma hakkını korumuştur); Conseil d'État, 7 février 1947, *D'Aillières*; Conseil d'État, 19 octobre 1962, *Canal* (bu meşhur kararda yüksek mahkeme, Cumhurbaşkanının düzenleyici bir işlemle -ordonnance- temyiz hakkını ortadan kaldıran özel bir yargı yeri kuramayacağına hükmetmiştir), BRAIBANT / STIRN, s. 277. Conseil d'État, 30 décembre 2013, *Société Apple Inc*, (RICCI, s. 34).

²⁵⁹ Conseil d'État, 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98). Conseil d'État, 12 mai 1961, *Société La Huta*, (LEBRETON, s. 59).

²⁶⁰ Conseil d'État, 4 octobre 1974, *David*, (RICCI, s. 34).

²⁶¹ Conseil d'État, 15 octobre 1965, *Mazel*, (LEBRETON, s. 59).

²⁶² Conseil d'État, 14 février 1958, *Abisset*, (PEISER, s. 34).

²⁶³ Conseil d'État, 22 juin 1951, *Daudignac*, (FOILLARD, s. 158). Conseil d'État, 13 mai 1983, *Société René Moline*, (LEBRETON, s. 56-57). Conseil d'État, 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*, (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 43).

²⁶⁴ Conseil d'État, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99).

²⁶⁵ Conseil d'État, 8 décembre 1948, *Pasteau*, (FOILLARD, s. 158).

²⁶⁶ Conseil d'État, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, (FOILLARD, s. 158).

²⁶⁷ Conseil d'État, 6 février 1946, *Fédérations des artisans bretons*, (FOILLARD, s. 158).

²⁶⁸ Conseil d'État, 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99).

²⁶⁹ Conseil d'État, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*; Conseil d'État, 2 juillet 1993, *Milhaud*, (TRUCHET, s. 188).

²⁷⁰ Conseil d'État, 18 février 1998, *Section locale du Pacifique-Sud de l'Ordre des médecins*, (TRUCHET, s. 189).

²⁷¹ Conseil d'État, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*; Conseil d'État, 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 45). Conseil d'État, 27 octobre 2006, *Société Techna*; Conseil d'État, 13 décembre 2006, *Lacroix*, (PEISER, s. 35).

²⁷² Conseil d'État, 7 juillet 1978, *Croissant*, (RICCI, s. 34).

²⁷³ Conseil d'État, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*; Conseil d'État, 10 juillet 2006, *Société Bouygues Telecom*; Conseil d'État, 29 octobre 2012, *Ministre de la Défense*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99). Conseil d'État, 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et autres*, (FRIER / PETIT, s. 120).

²⁷⁴ Conseil d'État, 23 avril 1958, *Commune du Petit-Quevilly*, (PEISER, s. 35).

²⁷⁵ Conseil d'État, 16 mars 1984, *Moreteau*, (LEBRETON, s. 59).

²⁷⁶ Conseil d'État, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 44).

uygulamama mecburiyeti²⁷⁷, hukuka aykırı düzenleyici işlemi kaldırma mecburiyeti²⁷⁸, kazanılmış haklara saygı²⁷⁹, idarenin sebepsiz zenginleşme sebebiyle sorumluluğu²⁸⁰, düzenleyici ve hak yaratıcı olmayıp sonradan hukuka aykırı hâle gelen işlemlerin kaldırılmasını talep etme hakkı²⁸¹, kamu ihale hukukunun genel ilkeleri (eşitlik, şeffaflık, rekabet)²⁸², radyo-televizyon hizmetinde farklı fikirlerin çoğulcu bir şekilde ifade imkânı bulması²⁸³.

4) Kamu Personelinin Korunmasına Yönelik İlkeler: Eşit işe eşit ücret ilkesi²⁸⁴, personelin rızası alınmadan sözleşme hükümlerinin değiştirilememesi²⁸⁵, iş müfettişlerinin (*inspecteur du travail*) bağımsızlığı²⁸⁶, fizikî açıdan yeterliğini kaybeden personeli -çıkarmayıp- ona uygun başka bir yerde çalıştırma zorunluluğu²⁸⁷, sözleşmeli personele asgarî ücretten az maaş verilmemesi²⁸⁸, hekimlerin temel etik ilkelere uyma yükümlülüğü (iş sağlığını koruma bakımından)²⁸⁹, hamile personeli görevden çıkarma yasağı²⁹⁰, kamu görevlilerinin sadece kişisel kusurlarından sorumlu olması (anonim nitelikteki hizmet kusurundan doğan zararın kamu görevlisine yüklenememesi)²⁹¹, yükseköğretim personelinin (öğretim elemanlarının) bağımsızlığı²⁹².

²⁷⁷ Conseil d'État, 9 mai 2005, *Marangio*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99).

²⁷⁸ Conseil d'État, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 44).

²⁷⁹ Conseil d'État, 15 janvier 1975, *Honnet*; Conseil d'État, 14 mai 2008, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique*, (FRIER / PETIT, s. 120).

²⁸⁰ Conseil d'État, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction contre Société Sud-Aviation*, (FRIER / PETIT, s. 120); Conseil d'État, 26 mars 2008, *Société Spie Batignolles*; Conseil d'État, 28 mai 2014, *Compagnie des Bateaux Mouches* (DEBBASCH / COLIN, s. 100 - son kararda sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun ikame edici [*subsidaire*] niteliği ortaya konmuştur).

²⁸¹ Conseil d'État, 30 novembre 1990, *Association « les Verts »*, (RICCI, s. 35).

²⁸² Conseil d'État, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, (RICCI, s. 35).

²⁸³ Conseil d'État, 17 janvier 1990, *Union nationale des associations des professions libérales*, (PEISER, s. 35).

²⁸⁴ Conseil d'État, 8 juillet 1998, *Adam*, (FOILLARD, s. 158). Conseil d'État, 23 juillet 2010, *Syndicat National des Techniciens et Travailleurs de la Production Cinématographique et de Télévision*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98).

²⁸⁵ Conseil d'État, 29 juin 2001, *Berton*; Conseil d'État, 1 juillet 1988, *Billard et Volle*; Conseil d'État, 3 juillet 2013, *Association des Paralysés de France*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98).

²⁸⁶ Conseil d'État, 9 octobre 1996, *Union nationale CGT*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98).

²⁸⁷ Conseil d'État, 2 octobre 2002, *CCI de Meurthe et Moselle*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98).

²⁸⁸ Conseil d'État, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse contre M^{me} Aragnou*, (DEBBASCH / COLIN, s. 98).

²⁸⁹ Conseil d'État, 9 octobre 2002, *Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés et autres*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99).

²⁹⁰ Conseil d'État, 8 juin 1973, *Dame Peynet*, (FOILLARD, s. 159).

²⁹¹ Conseil d'État, 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, (DEBBASCH / COLIN, s. 100).

²⁹² Conseil d'État, 9 juillet 1997, *M. Picard et M^{me} Turquet et autres*; Conseil d'État, 29 décembre 1997, *Tranquard*, (GAUDEMET, Administratif, s. 122).

5) Yabancıların Korunmasına Yönelik İlkeler: Normal bir aile hayatı sürme hakkı²⁹³, temel insan haklarına riayet etmeyen devletlerden gelen (suçlu) iade taleplerini reddetme yükümlülüğü²⁹⁴, millî güvenliğe ilişkin öngörölmüş istisnalar dışında siyasî mültecilerin iade edilmemesi²⁹⁵, yabancıların iadesinde siyasî amaç güdülememesi²⁹⁶, iltica talebinde bulunan yabancıнын hakkında karar verilene kadar ölkede kalabilme hakkı²⁹⁷, mülteci sıfatının eş ve -reşit olmayan- çocuklara da tanınması (aile birliğinin korunması)²⁹⁸, vatansızların (*apatrides*) daha geniş bir korumadan yararlanması²⁹⁹.

6) Hukuk Düzeni ve İdarî Faaliyetin Korunmasına Yönelik İlkeler: Kamu hizmetlerinin sürekliliği³⁰⁰, hiyerarşi yetkisinin doğallığı (üstün, astın işlemine karşı kendisine başvurulması üzerine bir karar verme zorunluluğu)³⁰¹, hiyerarşik üstün, astın işlemini her zaman geri alıp değiştirebilmesi³⁰², kamu mallarının haczedilmezliği³⁰³, verdiği kararın uygulanmaması hâlinde yargıcın ilgiliye para cezası (*astreinte*) verme hakkı³⁰⁴, hazırlık işlemlerindeki (zorunlu veya ihtiyarî görüş alma gibi) sakatlığın, sonuca etkili olmadığı yahut muhataplarını bir güvenceden mahrum bırakmadığı sürece asıl işlemin iptaline yol açmaması³⁰⁵, usulüne uygun tebliğ edilmese de bireysel işlemlere karşı makul süre içinde (bir yıl) dava açılması gerekliliği³⁰⁶, *nemo auditur* (kimse kendi kusurundan ötürü hak iddia edemez) ilkesi³⁰⁷.

²⁹³ Conseil d'État, 6 décembre 1978, *GISTI et autres*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99). Conseil d'État, 29 juin 1990, *Imanbaccus et Préfet du Doubs contre M^{me} Olmos Quintero*, (FOILLARD, s. 159).

²⁹⁴ Conseil d'État, 25 septembre 1984, *Galdenao*, (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 335).

²⁹⁵ Conseil d'État, 1 avril 1988, *Beruciartua-Echarri*, (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 335).

²⁹⁶ Conseil d'État, 3 juillet 1996, *Koné*, (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 335). Birçok eserde hukukun genel ilkeleri arasında sayılan bu ilke, Conseil d'État tarafından *cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilke* şeklinde nitelendirilmiş ve *anayasal değer*de görölmüştür.

²⁹⁷ Conseil d'État, 13 décembre 1991, *Dakoury*, (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 335).

²⁹⁸ Conseil d'État, 2 décembre 1994, *Agyepong*, (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 335).

²⁹⁹ Conseil d'État, 9 novembre 2007, *M^{me} Cheglali*, (DEBBASCH / COLIN, s. 100).

³⁰⁰ Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene*, (BRAIBANT Guy / STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, Paris 2005, s. 270). Conseil d'État, 13 juin 1980, *M^{me} Bonjean*, (FOILLARD, s. 159). Conseil constitutionnel, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine "anayasal değer" (*valeur constitutionnelle*) atfetmektedir. Bkz. Conseil Constitutionnel, 25 juillet 1979, Décision n° 79-105 DC, (Erişim: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79105DC.htm>, 21.05.2019).

³⁰¹ Conseil d'État, 30 juin 1950, *Quéralt*, (BRAIBANT / STIRN, s. 271).

³⁰² Conseil d'État, 4 décembre 1959, *Geoffroy*, (LOUVARIS, s. 196).

³⁰³ Bu ilke, bir Yargıtay kararıyla ortaya konmuştur. Bkz. Cour de cassation, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, (BRAIBANT / STIRN, s. 272).

³⁰⁴ Conseil d'État, 10 mai 1974, *Barret et Honnet*, (RICCI, s. 34).

³⁰⁵ Conseil d'État, 23 décembre 2011, *Danthon et autres*, (DEBBASCH / COLIN, s. 99).

³⁰⁶ Conseil d'État, 13 juillet 2016, *Czabaj*, (LEBRETON, s. 60).

³⁰⁷ Conseil d'État, 28 juin 1968, *Société des établissements février*, (LEBRETON, s. 63).

Önüne gelen uyuşmazlıkta idareyi en etkili biçimde denetlemeye odaklanan Conseil d'État, hukukun genel ilkelerine müracaat ederken pragmatik davranmakta, herhangi bir tasnif yahut sentez kaygısı gütmemektedir. Somut olay (dava) bağlamında, gelişigüzel ortaya çıkan ilkeler böylece, gerek amaç, gerekse kapsam bakımından çeşitlenmektedir³⁰⁸. Gerçekten de, yukarıda görüldüğü üzere, bazı ilkeler idarenin bütün faaliyetlerine hitap ederken (kanun karşısında eşitlik gibi), bazıları yalnızca belli bir konuya / alana özgüdür (hekim seçme hakkı gibi). Fransız doktrini, son yıllarda ikinci tür ilkelerin arttığını gözlemlemektedir. Yani hukukun genel ilkeleri, gün geçtikçe daha teknik ve spesifik hâle gelmektedir³⁰⁹.

Türk Anayasaları, Fransa'daki muadillerine nazaran daha kazüistiktir. Dolayısıyla Conseil d'État'nın hukukun genel ilkeleri adı altında, içtihat yoluyla vaz'ettiği birçok prensip (bilhassa temel hak ve hürriyetler), Türkiye'de yazılı ifadesini bulmuştur³¹⁰. Hâl böyle iken; gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse idarî yargı, birtakım ilkeleri, yukarıda açıklandığı hâliyle (yazısız ölçü normlar kategorisi olarak) tanıyıp, tatbik etmektedir³¹¹. Türk anayasa yargısı bakımından böyle bir kategorinin gerekliliği tartışılabilir³¹². Nitekim Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerine atıfta bulunduğu kararlarda mutlaka yazılı bir kurala da (en azından 2. maddedeki *hukuk devleti*

³⁰⁸ TRUCHET, s. 188-189.

³⁰⁹ MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 336. Fransız idare hukuku kitaplarında; raportör (hükûmet komiseri) yahut davacılar tarafından hukukun genel ilkesi olarak tanınması talep edilen, ancak Conseil d'État'nın bu talebi reddetmesi sonucu hukukun genel ilkesi olmadığı (negasyon yoluyla) kesinleşen kurallar da ayrıca listelenmektedir. Örnekler için bkz. CHAPUS, Général, s. 107-111.

³¹⁰ ULUSOY, s. 78.

³¹¹ “Kanunlarımızın, **Anayasa’nın açık hükümlerinden önce** hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1964, E. 1963/166, K. 1964/76 (Lexpera). “Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. **Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır** ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur” Anayasa Mahkemesi, 11.10.1963, E. 1963/124, K. 1963/243, **Resmî Gazete**, 04.12.1963, Sayı: 11572. “(...) Üst disiplin kurulu kararı ile bu kararı onayan Bakanlık Öğrenci Disiplin Kurulu kararında **hukukun genel ilkelerine açık aykırılık** bulunduğu (...)” Danıştay 8. Dairesi, 18.03.1986, E. 1986/97, K. 1986/130, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1987, Sayı: 64-65, s. 328-329. “Salt ihtimallere dayanılarak biyokimya ihtisas giriş sınavının iptal edilmesinde **hukukun genel ilkelerine uyarlık görülmediğinden** dava konusu işlemin iptaline karar verildi” Danıştay 5. Dairesi, 24.05.1985, E. 1981/787, K. 1985/1473 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 42). “Anayasamızın 10’uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, sadece temel bir hak olmayıp, tüm hukuk düzenine hâkim olan temel bir hukuk ilkesidir. Doğuşu itibarıyla, yazılı olmayan hukuka ait olan bu ilkelerinin **Anayasa’da yer alması dahi** yine de geçerli olacağı kuşkusuzdur” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Genel Kurul, 06.12.1990, E. 1990/1, K. 1990/1 (Legalbank). (Vurgulamalar sonradan yapılmıştır). “Gerçek olan odur ki bizde hukukun genel prensipleri bir kaynak olarak, 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla bir hukuk kaidesi olarak, hukuk kaynağı olarak kabul edilmiştir” EROĞLU, s. 116.

³¹² Türk anayasa yargısında hukukun genel ilkeleri gibi yazısız ölçü norm kategorilerine ihtiyaç bulunmadığı hakkında bkz. GÖZLER Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Yıl: 2000, Sayı: 3, s. 81-101.

ibaresine) dayanmaktadır³¹³. Fakat daha somut / teknik meselelerle meşgul olan, önüne yasama perdesi çeken³¹⁴ ve çoğu zaman kanunlarda aradığını bulamayan idarî yargıcın, hukuka uygunluk denetimi yaparken, *metinden bağımsız* ilkelere gerçekten ihtiyaç duyduğu açıktır³¹⁵:

*“İdare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerce kabul edilen, gerçek, soyut ve evrensel ilkelere”*³¹⁶.

*“İdare hukukunun genel kuramı uyarınca idare mahkemeleri yalnız kanunilik denetimi değil, aynı zamanda ve çoğunlukla hakkaniyet denetimi de yapmak durumunda ve yükümlüdürler. Nitekim öğretide idare mahkemelerinin birer hakkaniyet ve içtihat mahkemesi durumunda bulundukları cihetle, gösterilen sebebin hukukun aradığı kuvvet ve mahiyette bir vakıa olup olmadığını aramak vazifesi ile mükellef oldukları, idare hukukunun mevzuunu teşkil eden çeşitli insicamsız hadiseler, faaliyetler ve bunların bir kısmına taalluk eden metinler, kod haline gelemeyeceği için, bu hukukun içtihatlarla geliştirileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere bir hakkaniyet ve içtihat mahkemesi olan idari yargı yerlerinin önüne gelen uyumsuzlukta somut bir norm bulamaması durumunda, hukukun genel ilkelerinden de yararlanmak suretiyle içtihat yaratarak çözüm getirmekle görevli olduğu kabul edilmekte, esasen bu husus ‘hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz’ şeklinde ifadesini bulan Anayasa’nın 36 ncı maddesinin açık ve amir hükmünün doğal bir sonucu olması itibarıyla, dikkate alınması zorunlu bir hukuki gerçek olarak benimsenmektedir”*³¹⁷.

1961 ve 1982 anayasalarında, yargıçların karar verirken anayasa ve kanunların yanı sıra *hukuku* da dikkate alacakları düzenlenmiştir³¹⁸. Yazılı kaynaklara ilaveten *hukuk* kelimesinin kullanılması, Türkiye’de hukukun genel ilkeleri teorisine anayasal

³¹³ ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2014, s. 425.

³¹⁴ Fransa’da içtihat yoluyla geliştirilen ve *écran législatif* yahut *loi-écran* adıyla anılan yasama perdesi teorisi; idarî yargıcın, kanuna uygun bir işlemi *anayasaya aykırı* bularak iptal etmekten geri durması anlamına gelir (Conseil d’État, 6 novembre 1936, Arrighi; Conseil d’État, 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté de lettres de Paris*, detaylı açıklama için bkz. FRIER / PETIT, s. 61; LEBRETON, s. 38; terimin Türkçe çevirisi için bkz. GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa Eylül 2018, s. 324). Türk idarî yargıcı bakımından da aynı engel söz konusudur. Zira 1982 Anayasası’nın somut norm denetimine ilişkin 152. maddesinin 3. fıkrası, “*bu süre içinde [Anayasa Mahkemesi tarafından] karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır*” demek suretiyle kanunun ihmal edilmesine imkân tanımamaktadır.

³¹⁵ “İdare hukukunun içtihadî bir hukuk dalı olduğu düşünüldüğünde, hukukun genel ilkelerinin idare hukuku açısından önemi ortadadır. Gerçekten de hukukun genel ilkeleri idari yargı hâkimi için yol gösterici olmakla kalmamakta; uyumsuzlukların çözümünde uygulanmak suretiyle idare için bağlayıcı niteliğe de kavuşmaktadır” AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 41. “Hukukun genel ilkelerinin en gelişmiş olduğu alan, idare yargıcının yarattığı idare hukukudur. Bu fenomen, tedvin edilmemiş bir hukukun normlarının dağınık özelliği ve idare hukukunun göreceli özerkliği ile açıklanabilir” KABOĞLU İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 8, Yıl: 1991, s. 293. “Danıştay boşluk doldurmada hukukun genel ilkelerinden yararlanmaktadır” GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 2015, s. 71. Aynı yönde: DURAN, İdare, s. 28.

³¹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 28.10.1998, E. 1996/4274, K. 1998/5478 (Legalbank). “Derin içerik ve geniş anlam ifade eden bu değişimin [kanunilik denetiminden hukukilik denetimine geçiş] açılımı; uzmanlarının çok iyi bildiği üzere adalet ve hakkaniyetin gereksinim arz ettiği konularda normatif [yazılı] kurallar değil, **hukukun genel ilkeleri ile idare hukukunun özgü kuram ve kuralları bu meyanda hakkaniyet ve nesafet kaideleri** öncelikli uygulama ve normlar üstü konumda hukuki işlerlik kazanacaktır” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 30.01.2001, E. 2000/998, K. 2001/148 (Legalbank).

³¹⁷ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 12.11.2009, E. 2008/1035, K. 2009/1382, (YILMAZ Yunus, **İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Uygulamaları**, [Doktora Tezi], Ankara 2010, s. 260).

³¹⁸ 1961 Anayasası, m. 132/1: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlarına göre hüküm verirler”. 1982 Anayasası, m. 138/1: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”.

bir meşruiyet de kazandırmaktadır. Nitekim 1961'deki düzenlemenin gerekçesinden, anayasa koyucunun kelimeyi bilinçli olarak tercih ettiği anlaşılmaktadır: “*Hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır (...)*”³¹⁹.

Türk uygulamasından hareketle sadra şifa bir hukukun genel ilkeleri listesi yapmak, Fransa'ya nispetle çok daha zordur. Zira Conseil d'État, vaz'ettiği yazısız ölçü-norm kategorisine tek bir isim verirken (*principes généraux du droit*); Türk idarî yargısı, aynı kategoriye kullandığı (düşünülen) kararlarında “hukukun umumî prensipleri”, “idare hukukunun genel kuralları”, “hukuk-u idarenin maruf esasları”, “idare hukukunun bilinen esasları”, “idare hukuku esasları”, “idare hukukunun temel ilkeleri”, “temel hukuk ilkeleri”, “hukuk kaideleri”, “idare hukuku ilkeleri” ve “genel hukuk esasları” gibi farklı terimler kullanmakta, hatta kimi zaman yalnızca “esas” ve “ilke” kelimesiyle yetinmektedir³²⁰. Bu güçlüğü rağmen, daha evvel doktrinde yapılmış çalışmalardan hareketle şöyle bir örnekler dizelgesi çıkarmak mümkündür (terim birliği bulunmadığı için karar metinlerinden ilgili kısımlar da nakledilmiştir):

1) Eşitliğin Korunmasına Yönelik İlkeler: Eşitlik³²¹, kamu külfetleri karşısında eşitlik³²², kamu hizmetlerine girişte (ve kariyerde³²³) eşitlik³²⁴, kamu

³¹⁹ Aktaran: EROĞLU, s. 115.

³²⁰ “Türk idare yargısı ise, çoğunlukla bir prensibi hukuk düzenine katarken ‘hukukun genel prensipleri’ kavramından ziyade ‘idare hukukunun bilinen prensipleri’ formülünü benimsemekte ve bazen bu prensibin dayanağı olan yasal metinlerden söz etmekte ise de birçok kararından böyle bir gereklilik hissetmemektedir” ERKUT, Prensipier, s. 23.

³²¹ “(...) Anayasa ve **idare hukukunun en temel esası** olan eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı açıktır (...)” Danıştay 10. Dairesi, 18.11.1986, E. 1985/1885, K. 1986/2093; aynı yönde: Danıştay 12. Dairesi, 18.11.1975, E. 1974/62, K. 1974/2517; Danıştay 5. Dairesi, 13.04.1987, E. 1986/1933, K. 1987/593; Danıştay 8. Dairesi, 24.02.1987, E. 1985/735, K. 1987/88; Danıştay 10. Dairesi, 18.02.1988, E. 1987/932, K. 1986/242, (BEREKET, s. 37 ve devamı); Danıştay 5. Dairesi, 27.03.1991, E. 1988/1986, K. 1991/594; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 22.11.1985, E. 1985/94, K. 1985/112; Danıştay 5. Dairesi, 15.11.1984, E. 1980/9357, K. 1984/3836; Danıştay 8. Dairesi, 04.05.1978, E. 1977/3428, K. 1978/4428; Danıştay 12. Dairesi, 22.09.1970, E. 1969/2562, K. 1970/1739; Danıştay 6. Dairesi, 14.03.1972, E. 1971/1805, K. 1972/1031, (ERKUT, Prensipier, s. 69). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 15.04.1975, E. 1975/542, K. 1975/592, (YILMAZ, s. 38); Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 20.09.2006, E. 2006/967, K. 2006/838, (YILMAZ, s. 147).

³²² “Kamu mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, **idare hukukunun esaslarındandır (...)** Kamu mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnâî karakterde olan ferdî zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır” Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108 (EROĞLU, s. 114). Aynı yönde: Danıştay 12. Dairesi, 28.04.1977, E. 1975/110, K. 1977/1201, (BEREKET, s. 64). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 14.04.1993, E. 1992/625, K. 1993/178; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 11.01.1995, E. 1993/654, K. 1995/27; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 10.02.1999, E. 1998/393, K. 1999/150; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 14.04.1999, E. 1998/796, K. 1999/288; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 14.04.2010, E. 2009/3733, K. 2010/119; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 07.04.2010, E. 2010/205, K. 2010/448 (YILMAZ, s. 161-162).

³²³ “(...) Kanun hükmünün yalnız memurluğa ilk girişte uygulanacağını kabul etmek, teknik eleman niteliğini girişte taşıyanlarla sonradan kazananlar arasında bir eşitsizlik ve haksız uygulamaya yol açar ki, böyle bir uygulama **hukuk sistemimizin temel ilkelerinden** olan kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır (...)” Danıştay 5. Dairesi, 27.12.1989, E. 1987/1075, K. 1989/2557 (BEREKET, s. 40-41).

³²⁴ “(...) tartışma konusu yasaklayıcı hükmün sıkıyönetim kalktıktan sonra da uygulanabileceğini kabul etmek, sıkıyönetim komutanının isteği üzerine görevden alınmış olmayı **kamu hizmetlerine girme hakkını** sürekli olarak

hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik³²⁵, aynı nitelikte hizmet gören personel arasında eşitlik³²⁶, benzer durumda olanlara benzer işlem yapılması³²⁷, coğrafi ayırım yapılmaması³²⁸, ekonomik ayırım yapılmaması³²⁹, cinsiyet eşitliği³³⁰, imkân ve fırsat eşitliği³³¹.

2) Bireyin İdare Karşısında Korunmasına Yönelik İlkeler: Hukukî güvenlik (idarî istikrar, müesses durum)³³², devlete güven³³³, idarenin güvenilirliği³³⁴,

ortadan kaldıran bir nitelik haline dönüştürmektedir ki; bu sonucun Anayasanın 70. maddesinin kamu hizmetine girmek için öngördüğü ölçütle ve 10 uncu maddesinde ifadesini bulan **eşitlik ilkesi** ile bağdaşmayacağı açıktır” Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4 (Meşhur 1402’likler kararı). “Aynı göz kusurunun aynı mesleğe girişte kişilerin eğitim menşesine bakılarak farklı yorumlama ve değerlendirilmesi, diğer bir deyimle aynı arızanın birisi için **mesleğe girişte** engel sayılıp diğeri için sayılmaması **eşitlik**, hak ve adalet kurallarıyla bağdaşmaz” Danıştay 8. Dairesi, 18.10.1982, E. 1982/7, K. 1982/1160 (BEREKET, s. 60).

³²⁵ “(...) Davalı idare söz konusu Kararnamenin 35. maddesi uyarınca mal ve hizmet fiyatlarının tespitinde serbest ise de turistik faaliyetler dolayısı ile yıl içinde yoğun nüfus değişimi gösteren yerler için lokal götürü şebeke tesis ücretinin farklı olması telefon tesisi ile yurttaşlara götürülmek istenilen **kamu hizmetlerinden yararlanma** açısından kişiler arasında farklı bir uygulamaya yol açacak nitelikte olup, bunun **eşitlik** ilkesiyle bağdaştırılmasına olanak yoktur (...)” Danıştay 10. Dairesi, 21.06.1990, E. 1989/359, K. 1990/1493, (BEREKET, s. 43).

³²⁶ “(...) işçi veya sözleşmeli statüde aralıksız çalışma koşulunun aranması aynı nitelikteki hizmetlerde bir kısmının değerlendirme dışı bırakılması sonucunu da doğurur ki, bu da **temel hukuk ilkesi** olan eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz” Danıştay 5. Dairesi, 13.04.1987, E. 1986/1533, K. 1987/593, (BEREKET, s. 44).

³²⁷ “(...) çalışmalarını Türkiye sathına yayacakları ve sosyal konuta ihtiyacı olan her ilde kurulacak birliklerin de merkez birliklerine ortak olacağı dikkate alınarak adlarının başına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmesi istemleri kabul edilen birlik dikkate alındığında çok daha geniş bir alanda çalışmalarını yürüten davacı birliğin adına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmemesinde **eşitlik ilkesine** uyarlık bulunmamaktadır” Danıştay 10. Dairesi, 28.03.1991, E. 1989/374, K. 1991/1175, (BEREKET, s. 46-47).

³²⁸ “(...) Bir yüksekokula öğrenci alınırken iller arasında ayırım yapılarak o okulun bulunduğu ildeki orta öğretim kurumlarından mezun olanlara ayrıcalık tanınması (...) **eşitlik ilkesi** ile bağdaştırılmaz” Danıştay 8. Dairesi, 09.12.1976, E. 1976/1055, K. 1976/2591, (BEREKET, s. 52).

³²⁹ “(...) **İdare hukuku ilkelerine** göre, yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasal ilke ve kurallarla sınırlı bulunmaktadır. Bu hukuki durum karşısında baro levhasına yazılma isteminde bulunanlardan ilk defa avukatlık mesleğine girenlerle diğerlerinin giriş keseneklerinin farklı şekilde tespitini gerekli kılacak haklı, makul ve objektif bir neden bulunmadığından dava konusu Baro Genel Kurulu kararının Anayasanın **eşitlik ilkesine** aykırılığı açıktır” Danıştay 8. Dairesi, 18.11.1975, E. 1975/913, K. 1975/2879, (BEREKET, s. 60).

³³⁰ Danıştay 11. Dairesi, 15.12.1976, E. 1975/24, K. 1976/4374 (İmam-Hatip okullarına yalnızca erkek öğrencilerin kabul edileceğine ilişkin yönetmelik hükmünün iptali – BEREKET, s. 47).

³³¹ Danıştay 8. Dairesi, 28.01.1981, E. 1980/2589, K. 1981/504; Danıştay 8. Dairesi, 15.09.1981, E. 1980/3446, K. 1981/2692, (BEREKET, s. 69-70). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Daireler Kurulu, 15.03.2001, E.2000/59, K.2001/48 (YILMAZ, s. 98).

³³² “(...) Kanunsuz terfiin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiin kanunsuzluğu dolayısıyla bunun tesir ve neticelerini tehdit eden müphemiyet ve kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan **istikrar esası** ile telif edilemez” Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 26.09.1952, E. 1952/15, K. 1952/44. “İdari işlemlerde devamlılık, **istikrar esastır**. Bu esas o derece önemli sayılmıştır ki idarede kararsızlıktan sonra kanunsuz işlemlere bir süre sonra kanuniyet tanımak ehveni şer sayılmış, gene bu ilkenin sonucu istikrarın temini için idarî işlemler aleyhine açılacak davalar için hususi hukuftan çok daha kısa dava süresi tanınmış, bazan bu süre 10 günlük gibi çok kısa bir müddete kadar indirilmiştir (...) Bir idarî işlemin her zaman geri alınması ihtimali tehdidi altında bırakılmasından doğacak itimat buhranına Yüce Mahkemenin son vermesinin ülke yararına ve **hukukun genel ilkeleri** doğrultusunda olacağı (...)” Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 21.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 42). “İdarenin bir organının onayladığı belgenin, idarenin diğer bir organınca hükümsüz sayılması idarede bütünlük ve **kararlılık** ilkelerine aykırıdır” Danıştay 13. Dairesi, 19.06.1975, E. 1975/648, K. 1975/2375, (BEREKET, s. 95). “Kaymakamlık evinde mülk bakıcısı olan ve görevine son verildiği tarihte 18 yaşını dolduran davacının, göreve başladıktan 7 yıl sonra ilkokul mezunu olmadığı ve memuriyete atandığı tarihte 18 yaşını tamamlamadığı gerekçesiyle görevine son verilmesinin **istikrar ilkesi** ile bağdaşmadığı (...)” Danıştay 5. Dairesi, 06.05.1982, E.1979/5897, K.1982/5683, (BEREKET, s. 125). “Davalı idare tarafından önceki işlemlerinin iptaline yönelik tesis

kazanılmış hak³³⁵, haklı beklenti³³⁶, kişilerin hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda şüpheyeye dayalı işlem tesis edilememesi³³⁷, ölçülülük (âdil nispet)³³⁸,

ettiği geri alma işlemlerinin idari istikrar, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine uygun olmadığı, birey yararı ve kamu yararı dengesinin korunamadığı değerlendirilmekle hukuka aykırı olan dava konusu işlemlerin iptali cihetine gidilmiştir” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 11.12.2007, E. 2007/480, K. 2007/1237 (YILMAZ, s. 97-98). “(...) Yasanın yanlış yorumlandığı gibi bir gerekçeye dayanılarak, davacının askerlik hizmetinden muafiyetinin kaldırılması ve askere sevke tabi tutulmasının, idari istikrar ve hukuka güven ilkeleri ile bağdaşmadığı (...)” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 18.11.2009, E. 2009/779, K. 2009/1236, (YILMAZ, s. 240). “[Dava açma süresi] geçtikten sonra [işlemin] geri alınmasının idari istikrar ve güven ilkeleriyle idare hukuku içtihatlarına aykırılık teşkil edeceği...” Danıştay 12. Dairesi, 26.04.1995, E. 1995/2951, K. 1995/1071, Danıştay Dergisi, Yıl: 26 (1996), Sayı: 90, s. 1217.

333 “(...) insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adalet ve eşitliğe dayanan bir hukuk düzeni kurarak bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, tüm çalışmalarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olup toplum yaşamında bireylerin haksızlığa uğratılmamasını ve mutluluğunu amaç edinen bir devleti biçimleyen hukuk devleti tanımı, doğal olarak devlete güven ilkesini de içerir. Devletin yaptığı düzenlemelerle haksız bir edinim sağlaması ve kişilerin haksızlığa uğratması kabul edilemez (...)” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 07.06.2007, E. 2007/61, K. 2007/858, (YILMAZ, s. 5).

334 “(...) işlemlerde idari istikrar ve idarenin güvenilirliği ilkelerine, dolayısıyla hukuka uyarlık görülmediğinden...” Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.03.2017, E. 2015/5147, K. 2017/1368 (Legalbank).

335 “Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olan kazanılmış haklara saygı, aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır” Anayasa Mahkemesi, 15.01.2009, E. 2004/70, K. 2009/7, Resmî Gazete, 11.06.2009, Sayı: 27255. “İdarenin tanzimi tasarruflarından bulunan yönetmelikte genel kaideler vazolunurken kanunî esaslara ve hukuk kaidelerine ve bu meyanda müktesep haklara riayet edilmesi zarureti bulunduğu (...)” Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1961/150, K. 1961/597 (EROĞLU, s. 114). Danıştay 2. Dairesi, 12.01.2005, E. 2004/3749, K. 2005/87 (YILMAZ, s. 60). Düzenleyici işlemlerin kişilere uygulanması suretiyle bireyselleşmesi halinde kazanılmış hak yaratacakları ve bu durumda da düzenleyici işlemlerde yapılacak değişikliklerde idari istikrarın ve/veya kazanılmış hakların korunması gerekeceği hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur” Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2008, E. 2005/1988, K. 2008/1826 (Legalbank).

336 “Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir. (...) (D)avacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de göz önünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi” Danıştay 5. Dairesi, 14.03.2006, E. 2003/3647, K. 2006/1140 (kararara.com). Danıştay 5. Dairesi, 19.03.1996, E. 1993/7236, K. 1996/1164 (Legalbank). Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2015, E. 2015/1134 (Lexpera). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 21.11.2007, E. 2006/1242, K. 2007/996; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire, 24.02.2010, E. 2009/1333, K. 2010/301 (YILMAZ, s. 220).

337 “(...) güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda yer alan bilgiler istihbarî nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer (...) hukuk devletinde (...) idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda ‘şüpheyeye’ dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru değildir” Danıştay 5. Dairesi, 10.03.1988, E. 1987/406, K. 1988/704, (BEREKET, s. 74).

338 “Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir” Anayasa Mahkemesi, 23.03.2004, E. 2001/119, K. 2004/37, Resmî Gazete, 21.07.2004, Sayı: 25529. “İster hukukun genel ilkesi kabul edilsin, isterse Anayasada yer alan pozitif bir kurala dayansın ölçülülük denetiminin en geniş ve kolay uygulanabileceği alanın, idari yaptırımlar şeklinde ortaya çıkan idari işlemler olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple, idari yargı hâkimi, başta öğrenciler ve memurlar aleyhine verilen disiplin cezaları olmak üzere, idari ihlâl ile yaptırım arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığını, başka bir deyişle ölçülülük esasına uyulup uyulmadığını denetlemek durumundadır. Eğer kamu yararı ile öğrenci veya memurun özel yararı arasındaki dengeye dikkat edilmemiş yahut bu denge ölçüsüz bir şekilde kurulmuşsa idari yaptırım ihtiva eden işlem idari yargı yerince iptal olunabilecektir” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 13.05.2009, E. 2008/1271, K. 2009/562 (YILMAZ, s. 125) Danıştay 11. Dairesi, 24.12.1970, E. 1970/2401, K. 1970/3088; Danıştay 5. Dairesi, 26.01.1971, E. 1969/5398, K. 1971/380; Danıştay 12. Dairesi, 22.01.1970, E. 1969/627, K. 1974/120; Danıştay 8. Dairesi, 24.04.1985, E. 1984/427, K. 1985/437; Danıştay 8. Dairesi, 05.02.1990, E. 1988/820, K. 1990/145; Danıştay 8. Dairesi, 05.02.1990, E. 1988/820, K. 1990/1445; Danıştay 8. Dairesi, 14.12.1993, E. 1993/1617, K. 1993/4214; Danıştay 8. Dairesi, 14.11.1995, E. 1995/3706, K. 1995/ 3622, Danıştay 8. Dairesi, 11.12.1997, E. 1995/3680, K. 1997/3928 (OĞURLU Yücel, “İlk Örneklerinden

idarî işlemlerin geriye yürümezliği³³⁹, idarî yaptırımlarda lehteki kuralın uygulanması³⁴⁰, kıyas yoluyla malî külfet yüklenememesi³⁴¹, mücbir sebep veya beklenmeyen hâl sebebiyle süresi geçen hakkın kullanılabilmesi³⁴², hakkaniyet (hak ve nısfet)³⁴³, idarî yaptırım uygulayacak makamın tarafsızlığı³⁴⁴, idarenin sebepsiz işlem yapamaması (sebep gösterme mecburiyeti)³⁴⁵, takdir yetkisinin

Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı", **Danıştay ve İdari Yargı Günü [135. Yıl]**, Ankara 2004, s. 146-150).

³³⁹ "İdari işlemlerin geriye yürümeyeceği **idare hukukunun temel ilkelerindendir** (...) Bu durumda (...) idare hukukunun esaslarına aykırılık açık bulunduğundan dava konusu işlemin bu kısmının iptaline (...)" Danıştay 10. Dairesi, 17.01.1985, E. 1985/1132, K. 1985/2134, (BEREKET, s. 110). "**Kanunların geriye yürümezliği ilkesi**, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanunun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder" Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 03.07.1989, E. 1988/5, K. 1989/3. "Yasaların yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki durum ve işlemler hakkında uygulanması ve hüküm ifade etmesi gerektiği yolundaki **hukukun genel prensibi**, kamu hukuku alanında da geçerlidir" Danıştay 1. Dairesi, 23.01.2004, E. 2003/176, K. 2004/8 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 42). "Bakanlar Kurulu kararı idari bir tasarruf olup, **idare hukukunun genel ilkeleri uyarınca** yayımından itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğinden, geriye yürür hüküm ve sonuç getirmesi hukuka aykırıdır" Danıştay 10. Dairesi, 26.05.1992, E. 1991/4571 K. 1992/2237, (Legalbank). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Daireler Kurulu, 03.06.1999, E. 1999/11, K. 1999/92 (YILMAZ, s. 203).

³⁴⁰ "(...) Kaldı ki, **hukukun umumi prensiplerinden** biri de hususi kanunda sarıh hüküm bulunmayan hallerde ve bilhassa ceza sahasında lehde olmak üzere, umumi kanundaki hükümlere başvurulmasıdır. Binaenaleyh, zaman aşımı hakkındaki ceza hukukumuzun umumi kaidesinin yukarıda yazılı para cezalarına da şamil olduğuna karar verildi" Danıştay 1. Dairesi, 08.09.1949, E. 1949/27, K. 1949/33, (YILMAZ, s. 33). "Dava devam ederken idari yaptırımlar yönünden lehe olarak yapılan yasal değişikliklerin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması **hukukun genel ilkesi gereği** olduğundan (...)" Danıştay 6. Dairesi, 15.09.2006, E. 2005/5281, K. 2006/4089 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 43).

³⁴¹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 17.10.1975, E. 1975/88, K. 1975/705; Danıştay 5. Dairesi, 26.11.1975, E. 1972/645, K. 1975/7739, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 43).

³⁴² Danıştay 7. Dairesi, 06.04.1976, E. 1975/3921, K. 1976/1010, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 43).

³⁴³ "(...) ortaokulu bitirme durumuna gelmiş olan öğrencinin tekrar 2. sınıfta belgeli duruma düşürülmesi, **hukukun genel esaslarına, hak ve nısfet ilkelerine** aykırı olacağından, dava konusu kararın bu sebeple iptaline (...) karar verilmiştir" Danıştay 8. Dairesi, 04.07.1972, E. 1971/1678, K. 1972/2522, (BEREKET, s. 139). "Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla objektif sorumluluk esaslarına göre ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmetin sahibi idarece tazmin edilmesi **hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nısfet kuralları gereğidir**" Danıştay 10. Dairesi, 24.11.1982, E. 1982/469, K. 1982/2357, **Danıştay Dergisi**, Sayı 50-51, s. 417. "İşlemin kamu yararı ile kişisel yararı dengelemediği, bu bakımdan amaç unsurunun da hukuka aykırı olduğu, **hak ve nısfet prensiplerine uyarlık göstermediği** kabul edilmiştir" Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 19.12.1995, E. 1995/1230, K. 1995/1181. "(Z)ararın sadece zarar gören üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yansıtılması, **idare hukukunun genel ilkeleri ve hakkaniyet kuralları gereği olduğundan** (...)" Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 02.07.2008, E. 2007/829, K. 2008/779, (YILMAZ, s. 261).

³⁴⁴ "Öğrenciye ceza verilmesine neden olan olayın tarafı ve yakınıcı durumunda olan kişinin katılımı ile toplanan Üst Disiplin Kurulu kararının **hukukun genel ilkelerine** aykırılığı (...)" Danıştay 8. Dairesi, 18.03.1986, E. 1986/97, K. 1986/130, (BEREKET, s. 14). Aynı yönde: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 16.06.2005, E. 2004/2548, K. 2005/2179 (Legalbank).

³⁴⁵ "**İdare hukuku esaslarına** göre idare, işlemine dayanak olarak gösterdiği sebebin varlığını inandırıcı bir biçimde ortaya koymak zorundadır" Danıştay 12. Dairesi, 06.06.1979, E. 1977/2838, K. 1979/2443, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 508). "**Danıştay içtihatlarıyla da teyit edilen idare hukuku esaslarına göre**, (...) işlemlerin gerekçelerini ilgiliye bildirmek mecburiyeti olmasa bile, o işlemin iptali için dava açılması halinde, yetkili kaza mercii, denetim görevini yerine getirebilmesi bakımından bunları açıklamak ve ispatlamak zorundadır" Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 16.02.1973, E. 1971/554, K. 1973/115, (BEREKET, s. 103-104).

kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olması³⁴⁶, kamu ihalelerinin temel ilkeleri (açıklık, rekabet, gizlilik)³⁴⁷, savunma hakkı³⁴⁸, sınav hakkı³⁴⁹, başvuru / dava hakkı³⁵⁰, suç ve cezada kanunilik³⁵¹.

3) Hukuk Düzeni ve İdarî Faaliyetin Korunmasına Yönelik İlkeler: Kamu hizmetlerinin sürekliliği - idarenin devamlılığı³⁵², idarenin düzenleme yetkisinin kanunda açıkça öngörülmesi bile mevcut bulunması³⁵³, düzenleyici işlemlerin

³⁴⁶ "(İ)dareye tanınan bu yetkinin [takdir yetkisi], mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu **bilinen idare hukuku ilkelerindendir**" Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 21.12.1979, E. 1978/987, K. 1979/581, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 396).

³⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi, 10.01.1995, E. 1996/4274, K. 1998/5478, (GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 116. Yazar kararı aktarırken, zaten kanunda yer alan ilkelere **hukukun genel ilkesi** mevki verilmesini eleştirmektedir).

³⁴⁸ "Bir konudan dolayı hakkında usulünce soruşturma yapılan memura disiplin cezası vermek gerektiği takdirde, soruşturma dosyasındaki savunması yeterli görülmemekle, Disiplin Kurulunca ayrıca **savunmasının alınması gerekir**" Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 22.12.1934, E. 1934/142, K. 1934/126, (ERKUT, Prensipler, s. 77). Aynı yönde: Danıştay 5. Dairesi, 06.06.1991, E. 1990/4297, K. 1991/1099; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.10.1989, E. 1989/401, K. 1989/156; (BEREKET, s. 26). "(...) kişi hakkında toplanan bilgilerin veya yapılan önerinin, gerçekliği ve doğruluğunun nasıl denetleneyeceği gibi konularda yasa da herhangi bir açıklık bulunmadığı gibi, çok ağır bir ceza niteliği taşıyan bu işlemin uygulanmasından önce ilgiliye **savunma hakkı** da tanınmamıştır" Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4 (Meşhur 1402'lik karar). Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 07.04.2005, E. 2004/677, K. 2005/505; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 22.10.2009, E. 2009/282, K. 2009/1074; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 30.03.2006, E. 2005/1166, K. 2006/437; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 24.12.2009, E. 2009/860, K. 2009/1489, (YILMAZ, s. 128).

³⁴⁹ "(...) davacının mücbir sebebe dayalı **sınav haklarını** kullanmasına, birtakım nedenler öne sürülerek engel olunmasında, **hukukun genel ilkelerine** uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline..." Danıştay 8. Dairesi, 16.09.1976, E. 1974/4363, K. 1975/2343, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: II, s. 393).

³⁵⁰ "(...) kesin ve yürütülmesi gerekli nitelikteki idari işlemlere karşı idari yargı yerlerine başvurulması, **hukukun genel ilkelerinden** olduğu gibi Anayasa'nın 125. maddesinin de gereğidir" Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003, E. 2000/8, K. 2003/104, **Resmî Gazete**, 19.12.2007, Sayı: 26735. "(Ç)ağdaş evrensel hukuk normları ve T.C. Anayasasının öngördüğü insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkeleri gereği olarak idarenin ilgilerin fiili ve hukuki durumlarını etkileyen birel nitelikteki işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi kapsamında olmaması düşünülemez ise de, birçok işlemin yanı sıra disiplin cezaları da pozitif hukuk kuralları açısından denetlenemez durumdadır. **Bu takdirde dahi**, doktrinde ve yargı içtihatlarında belirtildiği üzere yargı bağımsızlığına sahip ve/veya hukuka uygun bulunan işlemlerin yoklukla sınırlı olarak ve kusursuz sorumluluk esası yönünden denetimi mümkündür" Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Daire, 07.06.2007, E. 2007/61, K. 2007/858, (YILMAZ, s. 90-91).

³⁵¹ "Davacı, kanunların suç saydığı fiillerinden dolayı kanunla verilen cezasını çekerek tahliye olduğundan, idarece, genel güvenlik bakımından sakınca tespiti cezası infaz edilen suça dayandırılması ve bu suç için kanunla öngörülmediği halde davacının yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran müeyyide uygulanması; **hukukun genel ilkeleri**, Anayasa ve 5682 sayılı Yasaya aykırı olup, dava konusu işlemin iptali gerekmektedir" Danıştay 10. Dairesi, 31.05.1995, E. 1993/5052, K. 1995/2724, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 700).

³⁵² "Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlenmesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlenmesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve **hukukun genel ilkesi** olarak kabul edilmiştir" Danıştay 8. Dairesi, 27.11.1997, E. 1996/1687, K. 1997/3669, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 529-530). "(...) bölüm doktora komitesince, bölüm başkanının yokluğuna karşın, genel düzenlemede saptanan görevlerin yürütülmüş olması **kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine** ve kamu hizmeti gereklerine aykırı bir nitelik taşımadığından (...)" Danıştay 8. Dairesi, 04.05.1978, E. 1977/2748, K. 1978/4427. "Anayasamızın 123. maddesinin 1. fıkrası ile **genel hukuk kaidelerinden** olan **idarenin devamlılığı ilkesinin** birlikte değerlendirilmesi sonucunda (...)" Danıştay 6. Dairesi, 04.02.1992, E. 1991/2055, K. 1992/430, (BEREKET, s. 93).

³⁵³ "(...) kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu **hukukun genel ilkelerindendir**. Bu nedenle idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için, mutlak surette, idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir" Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 28.04.1972, E.1968/709, K.1972/364, (BEREKET, s. 7).

kazanılmış hak yaratmaması³⁵⁴, yetki ve usûlde paralellik³⁵⁵, özel hükmün önceliği³⁵⁶, alt normun üst norma aykırı olmaması³⁵⁷, düzenleyici işlemin ortadan kaldırılmadıkça kendisini yapan makamı da bağlaması³⁵⁸, yetki kurallarının dar yorumlanması³⁵⁹, mevzuatta açık hüküm bulunmadıkça yetki devri yapılamaması³⁶⁰, idarî vesayet yetkisinin sadece açık kanunî dayanak halinde kullanılabilmesi³⁶¹, yargılamada görev kurallarının geçmişe yürütmesi³⁶²,

³⁵⁴ “Düzenleyici işlemlerin kural olarak kazanılmış hak yaratmayacağı, kaldırılmaları ve değiştirilmelerinin her zaman olanaklı olduğu **idare hukukunun bilinen ilkelerindendir**” Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2008, E. 2005/1988, K. 2008/1826, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 428).

³⁵⁵ “(...) kamu hukukunun **usulde paralellik ilkesine** aykırı olarak alınmış olan dava konusu TBMM kararı Anayasa’nın 2. maddesine [hukuk devleti] aykırıdır. İptali gerekir” Anayasa Mahkemesi, 26.03.1999, E. 1999/14, K. 1999/6, **Resmî Gazete**, 06.10.1999, 23838. “Atamayı önerme ve onaylamaya yetkili mercie, ilgisinin parasal hakkı saklı kalmak kaydıyla, göreve son verebilme yetkisi tanınması da **genel hukuk kuralı** gereğidir” Anayasa Mahkemesi, 26.06.1986, E. 1985/9, K. 1986/14 (HukukTürk). “**İdare hukuku esaslarına göre idari tasarrufların hâsıl ettiği hukuki vaziyeti değiştirmek yetkisi, aksine bir metin mevcut olmadıkça bu tasarrufu tesis eden makama ait olmak lazım gelir (...)**” Danıştay 5. Dairesi, 03.12.1946, E. 1946/1894, K. 1946/4058, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 359). “(...) **idare hukuku ilkelerine göre idarî işlemin tesisinde yetkili kılınan makam aynı işlemin geri alınmasında da yetkilidir**” Danıştay 5. Dairesi, 07.06.1988, E. 1986/1476, K. 1988/1823, (BEREKET, s. 132). “(...) **idare hukukunun en temel ilkelerinden birisi de usulde paralellik olup, bu ilkeye göre, bir işlemin tesisinde uygulanan usul ve esaslar, aynı işlemin geri alınmasında veya kaldırılmasında da aynen uygulanacaktır**” Danıştay 5. Dairesi, 06.04.1987, E. 1986/1688, K. 1987/547, (BEREKET, s. 129).

³⁵⁶ “2978 sayılı Kanun özel bir kanun olup genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu ve 6183 sayılı Kanunun genel nitelikteki bu hususa ilişkin hükümlerine nazaran **hukukun genel ilkelerine göre** uygulama bakımından öncelik taşımaktadır. Bu nedenle 2978 sayılı Kanunun amir hükmü uyarınca haksız olarak alınan vergi iadesi ile cezasının tahsilinde 183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması zorunlu bulunmaktadır” Danıştay 3. Dairesi, 28.06.1989, E. 1988/2843, K. 1989/1804. “Özel kanun ile genel kanun hükümlerinin çatışması halinde özel kanun hükümlerinin uygulanması **hukukun temel ilkelerindendir**” Danıştay 9. Dairesi, 09.11.1994, E. 1994/500, K. 1994/4283, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 42). “Yargı merciinin bakmakta olduğu uyumsuzluğa, aynı anda birden fazla yasada farklı hükümlerin bulunması halinde diğer yasaya göre özel nitelik taşıyan yasa hükmünün uygulanacağı **hukukun genel ilkelerinden** olup (...)” Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.04.1997, E. 1997/21, K. 1997/20, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: II, s. 184).

³⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi, 20.10.1998, E. 1996/3388, K. 1998/5083 (Legalbank).

³⁵⁸ “Yönetmelik yasalara uygun olarak yapılacak yeni bir yönetmelikle değiştirilmedikçe veya tamamen kaldırılmadıkça sadece ilgililer hakkında değil, bu yönetmeliğin hazırlayıcısı olan yetkili kurullar hakkında da uygulanması gerekli bir hukuk kuralı niteliğine sahiptir. Bunun aksinin kabulü halinde; gerek bir **hukuk devletinde hukuk kaidelerinin, hangi derecede olursa olsun, ilgilerini olduğu kadar idareyi de bağlayacağı esasına** gerekse hukuk devletinde de hukuk düzenini teşkil eden her kaidenin hangi makam tarafından oluşturulmuş olursa olsun eşit ve mutlak şekilde uygulanması gerektiği **esasına** aykırılık teşkil eder” Danıştay 12. Dairesi, 14.10.1974, E. 1974/1861, K. 1974/2291, (BEREKET, s. 83).

³⁵⁹ “Yetki kurallarının, dar ve özel anlamda **kamu düzenine** ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek **onay ya da izinle giderilemeyeceği**, bu nedenle idarenin yetki kurallarına **sıkı bir şekilde** uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının **dar yorum** ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması gerektiği **idare hukukunun bilinen ilkelerindendir**” Danıştay 1. Dairesi, 05.07.1984, E. 1984/72, K. 1984/155, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 345). Aynı yönde: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 28.03.1986, E. 1986/21, K. 1989/8, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 379).

³⁶⁰ “**İdare Hukuku esaslarına göre** mevzuatta sarîh hüküm mevcut olmadıkça selahiyet devir ve tefvizi caiz değildir” Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, 15.10.1954, E. 1954/43, K. 1954/152 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 141).

³⁶¹ “(M)erkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki vesayet yetkisinin hangi hususları kapsayacağını Kanunlarda açıkça belirtilmesi gerektiği **idare hukukunun genel ilkelerindendir**” Danıştay 3. Dairesi, 17.07.1979, E. 1979/354, K. 1979/409, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 174).

³⁶² “Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müstesna hak doğmayacağı; bu nedenle, **yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir**” Danıştay 8. Dairesi, 02.05.2008, E. 2008/1398, K. 2008/3133 (Legalbank).

kullanımı belli bir usûle bağlanmamış geniş takdir yetkisi durumunda yalnızca maksat denetimi yapılması³⁶³, iptal (ve yürütmenin durdurulması³⁶⁴) kararlarının geçmişe etkili olması³⁶⁵, idareyi yeni bir işlem yapmaya zorlayacak nitelikte yargı kararı verilememesi³⁶⁶, işlemin hukuka uygunluğunun, tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre denetlenmesi³⁶⁷, idarî işlemdeki hukuka aykırılığın zorunlu olarak hizmet kusuru teşkil etmemesi³⁶⁸, görevle bağlantılı kişisel kusurun kasıtlı suç niteliği arz etse bile hizmet kusuru oluşturması³⁶⁹, maddî tazminata ancak kesin ve gerçekleşmiş zarar durumunda hükmedilebilmesi³⁷⁰.

Normlar hiyerarşisinde, hukukun genel ilkelerinin ve diğer içtihadî kuralların yeri (böyle bir yer olup olmadığı, varsa kanunların üstünde mi yoksa altında mı bulunduğu) tartışmalıdır³⁷¹. Üzerinde ittifak edilen hukukî realite ise şudur: idare; gerek düzenleyici, gerekse birel işlemlerinde (ve eylemlerinde) bu ilkelere uymak zorundadır (aksi takdirde ya işlemi iptal edilir yahut tazminata mahkûm olur)³⁷². Başka bir deyişle idare, hiçbir tasarruf ve davranışıyla idarî yargıcın *hukukun genel ilkesi* olarak gördüğü

³⁶³ "(...) kullanım şekli belli usule tabi tutulmayan geniş takdir yetkilerinin şekil ve yetki bakımından muallak olmadıkları takdirde yalnız maksat yönünden murakabe edileceği idare hukukunun bilinen esaslarındandır" Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 04.07.1964, E. 1964/674, K. 1964/344, (BEREKET, s. 101).

³⁶⁴ "(Yürütmenin durdurulması kararlarının, geçmişe etkili olarak işlemin tesis ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayacağı idare hukuku ilkelerindendir" Danıştay 8. Dairesi, 09.02.1978, E. 1976/1942, K. 1978/658, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 425).

³⁶⁵ "İdari bir muamele ve kararın, kanun veya nizam, esas, maksad, salahiyet ve şekil noktalarından muhalefetinden dolayı ortadan kaldırılması için Şura-yı Devlet nezdinde açılan ve idare hukukunda iptal davaları diye ayrı bir tabakada toplanan davalarda verilecek iptal hükümlerinin, davanın tevcih edildiği idari muamele ve kararın ittihaz edildiği tarihe kadar tesirde bulunması yine hukuk-u idarenin maruf bir kaidesidir" Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, 25.01.1938, E. 1937/202, K. 1938/14, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 656).

³⁶⁶ Danıştay 5. Dairesi, 15.11.1977, E. 1974/2691, K. 1977/5440, (BEREKET, s. 14).

³⁶⁷ "(...) idare hukuku ilkelerine göre, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi bu işlemlerin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat esas alınmak suretiyle yapılır" Danıştay 6. Dairesi, 21.12.1993, E. 1993/935, K. 1993/5572, (BEREKET, s. 185).

³⁶⁸ "Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukukunun ilkelerindendir. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir başka anlatımla, işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir" Danıştay 8. Dairesi, 28.06.1990, E. 1990/981, K. 1990/812, (GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 1093).

³⁶⁹ "(...) bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindendir" Danıştay 10. Dairesi, 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 734).

³⁷⁰ "Zararın kesin ve gerçekleşmiş bulunması gerektiği idare hukukunun temel ilkelerindendir. Başka bir deyişle, mutasavver zararlar için maddî tazminattan söz etme olanağı yoktur" Danıştay 6. Dairesi, 21.05.1985, E. 1985/143, K. 1985/880, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: II, s. 684).

³⁷¹ Bu tartışma, çalışmanın üçüncü bölümünde etraflıca ele alınacaktır.

³⁷² RICCI, s. 35; PEISER, s. 41.

bir esası bertaraf etme imkânına sahip değildir³⁷³. Şu hâlde, diğer tartışmalar -şimdilik- bir kenara bırakılıp meseleye idarenin gözünden bakılırsa, hukukun genel ilkelerinin pratikte *kanun gücü* kazandığı açıktır³⁷⁴.

B. İDARENİN SORUMLULUĞU

Ancien régime hukukuna, bazı istisnaları olmakla beraber³⁷⁵, devletin sorumsuzluğu (*irresponsabilité de l'État*) prensibi egemendi. İhtilâlin akabinde, İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne istinaden çıkarılan 13-19 Aralık 1790 tarihli Kanun, bütün vatandaşların nimet ve külfetlerde eşit olduğunu öngörmüştü. Buna rağmen, yine birkaç ayırık durum dışında³⁷⁶, devletin sorumsuzluğu düşüncesi XIX. asrın ikinci yarısına dek hâkimiyetini sürdürdü³⁷⁷. Nihayet *Blanco* kararıyla³⁷⁸ devletin sorumsuzluğu, kural olmaktan çıkıp, bir istisnaya dönüştü³⁷⁹. Karar aynı zamanda bu sorumluluğun Code civil'e istinat etmeyip, kamu hukukuna özgü, yeni kurallar çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koydu³⁸⁰. İdarî yargıcın gördüğü iki temel dava türünden biri olan tam yargı davalarında (*recours de plein contentieux*) tatbik edilecek ilke, kural ve kavramlar; o günden bu güne, yargısal içtihatlar yoluyla gelişti³⁸¹.

Yazılı hukukun suskunluğu (düzenlenmemiş durum) karşısında idarî yargıç, idarenin sorumluluğuna ilişkin hemen hemen bütün kuralları içtihat yoluyla

³⁷³ Tam bu noktada, bilahare irdelenmek üzere, cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bir *mim* koymak gerekir.

³⁷⁴ CHAPUS René, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", *Recueil Dalloz*, Yıl: 1966, s. 103-104, (Valeur); DUPEYROUX, s. 358; FRIER / PETIT, s. 124.

³⁷⁵ *Ancien régime*'de devletin hiçbir zaman, hiçbir zarardan sorumlu olmadığını düşünmek doğru değildir. Bu dönemde de devlet, bayındırlık işleri esnasında özel mülklere verilen yahut iş kazaları esnasında ortaya çıkan kimi zararları karşılıyordu. Şehirlerde (*les villes*) herkesin iyiliği / müşterek menfaat (*bien commun*) için gerçekleştirilen birtakım faaliyetlerden doğan zararları gidermeye yönelik bazı mekanizmalar da bulunmaktaydı. WEIDENFELD, s. 202-209.

³⁷⁶ Örneğin 28 pluviôse an VIII (17 Şubat 1800) tarihli Kanun, bayındırlık işlerinden (*travaux publics*) kaynaklanan zararlar için vilâyet kurullarını (*conseils de préfecture*), devletin özel mallarının işletilmesinden doğan tazminat talepleri için ise adli yargıyı görevlendirmekteydi. LOMBARD, s. 460; FRIER / PETIT, s. 33.

³⁷⁷ WEIDENFELD, s. 209.

³⁷⁸ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, (LONG ve diğerleri, s. 1).

³⁷⁹ Kolluk faaliyetleri bakımından sorumsuzluk ilkesi bir süre daha devam etti. Nihayet *Tomaso Grecco* kararıyla idarenin bu alanda da sorumlu tutulması kabul edildi. Conseil d'État, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, (LONG ve diğerleri, s. 82).

³⁸⁰ Mahallî idareler, devletin aksine, öteden beri Code civil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutuluyordu. *Blanco* kararından birkaç on yıl sonra özel hukukun yazılı kuralları, bu alandan da saf dışı edildi: Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*, (LONG ve diğerleri, s. 66-69); Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Feutry* (karar metnine erişim: www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html, 15.11.2018).

³⁸¹ PEISER, s. 197; GROS, s. 268-269. Türkiye'de gerek 1961 (m. 114/son), gerekse 1982 Anayasaları (m. 125/son) sadece idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. "(A)nayasalarımız, devletin sorumluluğu ile ilgili olarak soyut hükümler koymakla yetinmişler, gerek kusurdan sorumluluk, gerekse kusursuz sorumluluk ilkelerinin ortaya konulması ve gelişimini Fransa'da olduğu gibi yargısal içtihadla bırakmışlardır" AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 514.

yaratmıştır³⁸². Özel hukukta kast, ihmâl, dikkatsizlik gibi sübjektif-şahsî durumları ifade eden kusur kavramı, onun elinde objektif-anonim nitelikteki *hizmet kusuruna*³⁸³ (*faute de service*³⁸⁴) dönüşmüştür. İdarî yargıç, hizmet kusurunu aslî (birincil) sorumluluk esası kılmış³⁸⁵; bazı alanlarda idarî faaliyeti rahatlatmak amacıyla ağır kusur (*faute lourde*) – basit kusur (*faute simple*) ayırımına gitmiş³⁸⁶, bazı alanlarda ise zarar görenleri koruyup ispat yükünü ters çevirmek için kusur karinesi (*présomption de faute*)³⁸⁷ öngörmüştür. Özel hukukun sınırlı durumlarda cevaz verdiği kusursuz sorumluluğu çok geniş bir sahada tatbik edip³⁸⁸, risk³⁸⁹ (*risque*³⁹⁰) ve kamu külfetleri karşısında eşitlik³⁹¹

³⁸² DEBBASCH / COLIN, s. 445. “İdarenin sorumluluğu konusu, idare hukukunun içtihadî bir hukuk dalı olduğunu gösteren güzel bir örnektir (...) İşte idarenin gerek kusur sorumluluğu, gerekse kusursuz sorumluluğu ile ilgili ilkeler Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de Danıştay içtihatları ile belirlenmiş; hizmet kusuru ve risk ilkesi gibi ilkelerin esasları, içtihatla idare hukuku kuralı haline gelmiştir” AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 18. “Blanco kararından bu yana idarenin sorumluluğuna ilişkin hukuk, özel hukuka oranla otonom bir tarzda, esas itibarıyla içtihat üzerine oturtularak oluşturulmuştur” ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara 2014, s. 691. “(İ)darî sorumluluğun kuralları kanunlarla düzenlenmemiştir. Bu sorumluluğun kuralları idarî yargı içtihatları tarafından geliştirilir. İdarî sorumluluk alanında idarî yargı organlarını bağlayan temel kanunlar yoktur. İdarî yargı sorumluluk ilkelerini de kendi geliştirir” GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 1062.

³⁸³ “Fertlerin uğradıkları zararın tazmini için mutlaka ajanlara, yani kamu görevlilerine izafe edilebilecek bir kusurun aranmaması idare hukukundaki sorumluluk ile haksız fiil yani kusur halini ayıran önemli faktörlerden biridir” Danıştay 12. Dairesi, 24.11.1969, E. 1968/2424, K. 1969/1911, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 726). Bazı örnekler: Danıştay 10. Dairesi, 01.05.1984, E. 1984/1041, K. 1984/910; Danıştay 6. Dairesi, 09.10.1996, E. 1995/7076, K. 1996/4029; Danıştay 10. Dairesi, 18.02.1998, E. 1996/6495, K. 1998/720; Danıştay 8. Dairesi, 20.02.1998, E. 1996/3, K. 1998/527; Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.05.1999, E. 1997/726, K. 1999/525; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 10.12.2001, E. 1999/850, K. 2001/882, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 527-530).

³⁸⁴ Bazı örnekler: Conseil d’État, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*; Conseil d’État, 27 janvier 1988, *Ministre de l’Éducation nationale contre Giraud*; Conseil d’État, 3 mars 1989, *Société Sagatom*; Conseil d’État, 9 juin 1995, *Ministre des affaires sociales contre M. Lesprit*; Conseil d’État, 23 juillet 2003, *Laville Saint Martin*; Conseil d’État, 25 avril 2003, *Dardenne*; Conseil d’État, 3 mars 2004, *Ministre de l’emploi et de la solidarité*; Conseil d’État, 5 juillet 2004, *M. Lescure*, (PEISER, s. 206).

³⁸⁵ Conseil d’État, 31 mars 2003, *Ministre des Finances, de l’Économie et de l’Industrie*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 304). “İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, temyizden incelenen kararda belirtilenin aksine, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur” Danıştay 10. Dairesi, 13.02.2006, E. 2004/9120, K. 2006/1220, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 524).

³⁸⁶ Conseil d’État, 14 janvier 1998, *Dagorn*; Conseil d’État, 27 février 2004, *M^{me} Popin*; Conseil d’État, 30 novembre 2001, *Ministre de l’Économie contre Kechichian*; Conseil d’État, 13 mars 1998, *Améon*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 307-313); Conseil d’État, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campaloro*; Conseil d’État, 6 octobre 2000, *Ministère de l’Intérieur*, (PEISER, s. 208). Danıştay 7. Dairesi, 28.03.1983, E. 1982/2494, K. 1983/469; Danıştay 8. Dairesi, 09.10.1986, E. 1985/795, K. 1986/428; Danıştay 6. Dairesi, 27.05.1987, E. 1987/451, K. 1987/590; Danıştay 5. Dairesi, 10.11.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 525).

³⁸⁷ Conseil d’État, 26 septembre 2001, *Département du Bas-Rhin*; Conseil d’État, 20 juin 2007, *Boutin*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 307). Conseil d’État’nın kusur karinesi benimsediği hâllerde Danıştay, kusursuz sorumluluğa gitme eğilimindedir. CİN KARAGÖZ Emine, **İdare Hukukunda Karine ve Varsayım**, Ankara 2017, s. 175.

³⁸⁸ “Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır” Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, **Resmî Gazete**, 19.05.2012, Sayı: 28297.

³⁸⁹ Danıştay 12. Dairesi, 30.01.1980, E. 1978/3239, K. 1980/243; Danıştay 10. Dairesi, 23.06.1997, E. 1996/3996, K. 1997/2544; Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2002, E. 2000/869, K. 2002/682; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2.

(*égalité devant les charges publiques*³⁹²) gibi özgün ilkelere dayandırmış, hatta üçüncü bir sorumluluk esası olarak sebepsiz zenginleşmeye³⁹³ de (*enrichissement sans cause*³⁹⁴) zaman zaman başvurmuştur. Nihayet idarî yargıç, sorumluluğun unsurlarını (şartlarını)³⁹⁵ ve sorumluluğu azaltan / kaldıran hâlleri³⁹⁶ de somut ihtilâflar üzerinden, bizzat vaz'etmiştir. İdarenin sorumluluğuna dair kuralların neredeyse tamamen yargıç yapısı olduğu, bir Danıştay kararında şöyle ifade edilmektedir:

“(İ)darenin hukuka aykırı faaliyetleri dolayısıyla idare edilenlerin uğradığı (...) zararların tazmini; adli rejimi kabul eden ülkelerde, özel hukuk kurallarına; idari rejimi kabul eden ülkelerde ise, idare hukukunun idari yargı yerlerince geliştirilen idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkelerine dayanılarak sağlanır (...) ‘İdari rejimi’ kabul eden hukuk sistemimizde, idarenin

Daire, 21.02.2001, E. 2000/91, K. 2001/159; Danıştay 10. Dairesi, 10.02.1998, E. 1996/6909, K. 1998/573, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 592-596).

³⁹⁰ Conseil d’État, 21 juin 1895, *Cames*; Conseil d’État, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, (LONG ve diğerleri, s. 39 ve 200); Conseil d’État, 24 décembre 1926, *Walter*, (PEISER, s. 211); Conseil d’État, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*; Conseil d’État, 6 novembre 1968, *Dame Saulze*, (GROS, s. 304); Conseil d’État, 3 février 1956, *Ministre de la Justice contre Thouzellier*; Conseil d’État, 30 avril 2003, *Compagnie Préservatrice foncière assurances*; Conseil d’État, 25 juillet 2013, *Falempin*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 318); Conseil d’État, 9 avril 1993, *Bianchi*, (GROS, s. 289).

³⁹¹ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108; Danıştay 12. Dairesi, 15.09.1971, E. 1968/801, K. 1971/1889; Danıştay 12. Dairesi, 13.02.1973, E. 1971/1718, K. 1973/330; Danıştay 3. Dairesi, 25.01.1974, E. 1973/587, K. 1974/49; Danıştay 10. Dairesi, 07.06.1990, E. 1989/2476, K. 1990/1342; Danıştay 6. Dairesi, 19.12.1983, E. 1982/1709, K. 1983/2657; Danıştay 10. Dairesi, 26.10.2010, E. 2007/8113, K. 2010/8388, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 599).

³⁹² Conseil d’État, 30 novembre 1923, *Couitéas*; Conseil d’État, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*; Conseil d’État, 30 mars 1966, *Compagnie générale d’énergie radio-électrique*; Conseil d’État, (avis), 6 juillet 2016, *Napol et autres*, (LONG ve diğerleri, s. 228, 289, 515 ve 951); Conseil d’État, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 324); Conseil d’État, 5 novembre 1982, *Société des autoroutes du Sud de la France*; Conseil d’État, 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches*, (LOMBARD, s. 512).

³⁹³ “Sebepsiz zenginleşme, idare hukukunda da tazmin borcunun doğumuna yol açmaktadır. Olayımızda davacıdan söz konusu meblağın alınmasını haklı kılacak hiçbir hukuki nedenin bulunmadığı, bu iktisabın davacının aleyhine olarak idarenin sebepsiz zenginleşmesine yol açtığı göz önünde tutulacak olursa, idarenin alınan parayı iadesinin, bir yönüyle, ‘herkese kendisine ait olanı vermek’ biçiminde tanımlanabilecek olan adalet kavramının bir gereği olduğu (...) idarenin, sebepsiz zenginleşmeye dayalı sorumluluğunun idare hukukunda bir sorumluluk ilkesi olarak geliştiği bilinmektedir” Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 22.01.1986, E. 1985/70, K. 1986/9 (Kazancı). Danıştay’ın genel yaklaşımı, sebepsiz zenginleşmeyi bir sorumluluk esası olarak kullanmama yönündedir. Zira “idarenin sebepsiz zenginleşme nedeniyle sorumluluğuna yol açabilecek idari eylemler genelde hukuka aykırı bir eylem şeklinde ortaya çıktıklarından, sebepsiz zenginleşme yerine hizmet kusuruna dayanılarak idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir” GÖZLER / KAPLAN, Eleştiriler, s. 37. Buna rağmen Danıştay bazı kararlarında idarenin sebepsiz zenginleşmesinden söz etmektedir: Danıştay 10. Dairesi, 08.11.2010, E. 2007/6444, K. 2010/8930, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 134).

³⁹⁴ Conseil d’État, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction contre Société Sud-Aviation*, (GLINIASTY, s. 110; FRIER / PETIT, s. 120).

³⁹⁵ Örnek (zarar - *préjudice*): Conseil d’État, 2 juillet 1982, *M^{lle} R.*; Conseil d’État, 25 octobre 2017, *M^{me} A.*; Conseil d’État, 12 décembre 2008, *Marchand*; Conseil d’État, 8 février 2010, *Commune de la Rochelle*; Conseil d’État, 3 mars 1978, *Dame veuve Muësser*; Conseil d’État, 29 mars 2000, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*; Conseil d’État, 27 mai 2015, *M. A.*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 284-286). Danıştay 10. Dairesi, 01.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106; Danıştay 12. Dairesi, 02.07.1968, E. 1967/118, K. 1968/155; Danıştay 12. Dairesi, 28.02.1966, E. 1965/3606, K. 1966/733; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 28.04.2011, E. 2008/909, K. 2011/278; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 18.09.2001, E. 2001/233, K. 2001/957 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 610-611).

³⁹⁶ Örnek (mücbir sebep - *force majeure*): Conseil d’État, 25 mai 1990, *Abadie*; Conseil d’État, 25 mars 1988, *Territoire de la Nouvelle Calédonie*, (LOMBARD, s. 471). Danıştay 12. Dairesi, 02.12.1974, E. 1972/2490, K. 1974/2670; Danıştay 12. Dairesi, 18.06.1975, E. 1972/2721, K. 1975/1343; Danıştay 11. Dairesi, 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 615).

*hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı idare edilenlerin uğrayacakları her türlü zararın tazmini için (...) 'idarenin sorumluluğu' ile ilgili kurallara dayanılması yeterlidir. İdari yargı, idare edilenlerin söz konusu zararlarının tazminine hükmederken, kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkelerinden oluşan bu kurallar dışında, herhangi bir açık yasa hükmüne dayanmak zorunda değildir*³⁹⁷.

Fransa'da devletin sorumsuzluğu prensibinin kabul edildiği dönemde kamu görevlileri, vazifeleri sebebiyle doğacak tazminat taleplerine karşı sıkı bir şekilde korunmaktaydı³⁹⁸. Yarım asrı aşkın bir tereddüt evresinden sonra, 19 Eylül 1870 tarihli Kararname, kamu görevlilerinin korunması usulüne son verdi. Bunun üzerine adli yargı (*Cour de cassation*), kamu görevlilerine yönelik bütün tazminat davalarını görmeye başladı. Tribunal des conflits, adliye-idare ayırımına³⁹⁹ aykırı gördüğü bu gelişmeye, meşhur *Pelletier* kararıyla müdahale etti⁴⁰⁰. Karara göre adli yargı yerleri, kamu görevlilerini yalnızca kişisel kusurlarından (*faute personnelle*) ötürü tazminata mahkûm edebilecekti. Hangi zararların idarî faaliyetle irtibatlı bir şekilde ortaya çıktığını (kişisel kusur teşkil etmediğini) belirlemek ise uyuşmazlık yargı (ve idarî yargıca) düşüyordu. *Pelletier* kararından itibaren; sorumluluğun idare ve ajanı (kamu görevlisi) arasında nasıl paylaştırılacağına (ve dolayısıyla görev sorununun nasıl çözüleceğine) ilişkin bütün ilke, kural ve kavramlar, içtihat yoluyla vaz'edildi⁴⁰¹.

Türkiye'de yargıç, Fransız yüksek mahkemeleri tarafından geliştirilen içtihadî çözümleri izlemekte iken⁴⁰², kanun koyucu, personel bakımından, Alman hukukundaki teminat sistemini getirmiştir⁴⁰³. Böylece, Fransa'da *cumul de responsabilités* denilen hizmet kusurunun kişiselleştirilebilmesi hâlinde, zarar görenlerin kime karşı dava açacağı sorunu ortadan kalkmıştır. Benimsenen yeni sistem, 1982 Anayasası tarafından, rücu kaydı vurgulanarak teyit edilmiştir⁴⁰⁴. Kanun koyucunun bu müdahalesi, yalnızca şeklî hukuka ilişkin bir meseleyi (davalının kim olacağını) netleştirmiş⁴⁰⁵, dolayısıyla

³⁹⁷ Danıştay 7. Dairesi, 21.02.2007, E. 2005/5556 K. 2007/618, (Kazancı). (İmla hataları düzeltilmiştir).

³⁹⁸ 13 Aralık 1799 (22 frimaire an VIII) Anayasası, m. 75.

³⁹⁹ 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ve 16 fructidor an III tarihli Kararname'ye.

⁴⁰⁰ Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier*, (LONG ve diğerleri, s. 8).

⁴⁰¹ Conseil d'État, 3 février 1911, *Anguet*; Conseil d'État, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*; Tribunal des Conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*; Conseil d'État, 28 juillet 1951, *Laruelle ve Delville*, (LONG ve diğerleri, s. 124, 190, 273 ve 397); Conseil d'État, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*; Conseil d'État, 26 octobre 1973, *Sieur Sadoudi*; Conseil d'État, 18 novembre 1988, *Ministre de la Défense contre Époux Raszewski*, (GROS, s. 274-275).

⁴⁰² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 545.

⁴⁰³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, m. 13/1: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar (...) Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".

⁴⁰⁴ 1982 Anayasası, m. 129/5: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir".

⁴⁰⁵ DURAN Lütfi, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", **Tahsin Bekir Balta'ya Armağan**, Ankara 1974, s. 65. (Sorumluluk).

maddî hukuk bakımından yargısal içtihatların kurucu rolüne pozitif yahut negatif herhangi bir etkide bulunmamıştır. Çünkü kamu görevlisinin zarara sebebiyet veren herhangi bir davranışının aynı zamanda hizmet kusuru teşkil edip etmediği⁴⁰⁶, yine *yargıcın* koyduğu ölçütlere göre çözümlenmektedir. Başka bir ifadeyle, kamu görevlisinin hangi davranışının, hangi hâllerde adlî yargıyı ilgilendiren bir *haksız fiil*⁴⁰⁷ sayılıp teminat dışı bırakılacağını, hâlen, içtihatlar belirlemektedir⁴⁰⁸.

C. TEMEL KAVRAMLARIN TEŞEKKÜLÜ

Hukukun genel ilkeleri ve idarenin sorumluluğu, ilk akla gelen örnekler olmakla birlikte, idare hukukunun yargıç yapısı (*prétorien*) içeriğinin yalnızca bir bölümünü, tabiri caizse *buzdağının görünen kısmını* teşkil eder. Zira idarî uyuşmazlığın çözümü esnasında büyük öncülü küçük öncüle bağlayan *orta terim*⁴⁰⁹, yani maddî vakıaların hukukî tavsifini mümkün kılan kavram seti (*système de concepts*); önceki yargısal

⁴⁰⁶ Kamu görevlisinin davranışının aynı zamanda idarenin sorumluluğuna yol açtığı bu hâli bazı yazarlar *kişisel kusur* (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 543), bazı yazarlar *görev kusuru* (DURAN, Sorumluluk, s. 105), bazı yazarlar ise *hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olması* (GÜNDAY, s. 376) terimiyle adlandırmaktadır. Fransa’da *faute personnelle*, hem kişiselleştirilebilen hizmet kusurunu, hem de hizmetin tamamen dışındaki (haksız fiil teşkil eden) kusurlu davranışları içerir. Akylmaz, Sezginer ve Kaya ise *kişisel kusur* terimini, yalnızca *hizmet kusurunun (faute de service) kişiselleştirilebilmesi* ihtimaline tahsis etmektedir. Yani bu yazarlara göre, kamu görevlisinin hizmetle hiçbir irtibatı olmayan (haksız fiil teşkil eden) davranışlarına *kişisel kusur* denmemelidir (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 543).

⁴⁰⁷ Davranışın hizmetten tamamen koparılabilirdiği ve kamu görevlisinin adlî yargı nezdinde, özel hukuk sorumluluğunu doğuran bu durum, bazı yazarlar tarafından *haksız fiil* (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 550), bazı yazarlarca *salt kişisel kusur* (DURAN, Sorumluluk, s. 105), bazılarınca *hizmet dışındaki kişisel kusur* (GÜNDAY, s. 374) şeklinde anılmaktadır.

⁴⁰⁸ “657 sayılı Yasanın 13. maddesi hiçbir vesile ile personel aleyhine salt kişisel kusurdan ötürü dava açılmasını önleyen bir hüküm değildir. Ayrıca 13. madde hükmü, Danıştay’ın (tam kaza)ya ilişkin görev alanını sınırlandırmış bulunmamaktadır. Yine anılan hüküm, idareyi hasım olarak personelin yerine ikame etmemiştir. **Kamu hukukuna tabi görevi yerine getiren personelin zarar doğuran eylem ve kusurundan göreve yabancı veya hizmetten ayrılabilen kişiye özgü bir eylem ve hata niteliğini taşıyıp taşımadığını inceleme ve takdir yetkisi ve görevi idari yargı yerine, yani Danıştay’a aittir**” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.01.1979, E. 1979/399, K. 1979/4578, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 726-727). “(B)ir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerdendir” Danıştay 10. Dairesi, 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857. “(M)eydana gelen olayda ajanın kusurlu hareketi nedeniyle idarenin ‘hizmet kusuru’ bulunduğu açık olup (...)” Danıştay 10. Dairesi, 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106. Danıştay 10. Dairesi, 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266; Danıştay 10. Dairesi, 26.11.2008, E. 2006/7165, K. 2008/8312; Danıştay 10. Dairesi, 14.06.2010, E. 2008/643, K. 2010/5353. “Kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ki, öğretide ‘görev kusuru’ olarak tanımlanan bu tür davranışlar, kamu personelinin hizmetten ayırlamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta; bu durum ise, 657 sayılı Yasanın 13. maddesindeki ‘kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar’ ibaresinde ifadesini bulmaktadır”. Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.04.1997, E. 1997/16, K. 1997/15. “Bilindiği gibi görev kusuru, kamu görevlisinin, görevden ayırlamayan kişisel kusuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kişisel kusur, görev içinde veya dolayısıyla idarenin personeline verdiği ödev, yetki ve araçlarla işlenmekte ve görev kusurunun irtikabına yol açmaktadır” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.04.1986 E. 1985/4–309, K. 1986/466. (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 554-557).

⁴⁰⁹ Kategorik tasımda yalnızca öncüllerde bulunup, sonuçta yer almayan terime *orta terim* denir. (ÖZLEM Doğan, **Mantık (Klâsik / Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi)**, İstanbul 2004, s. 180). Çalışmanın ilk bölümünde verilen Sokrates örneğinde orta terim, *insan* kavramıdır: (1) *Bütün insanlar ölümlüdür* [büyük öncül]. (2) *Sokrates insandır* [küçük öncül]. (3) *O hâlde Sokrates ölümlüdür* [sonuç].

içtihatlarda yapılan değerlendirme, açıklama ve tanımlamalardan elde edilir⁴¹⁰. Çalışmanın bu kısmı, temel idare hukuku kavramlarının teşekkülünde yargıcın oynadığı rolü, birkaç örnek üzerinden ortaya koyacaktır.

1) İdare: Fransa ve Türkiye’de anayasa metni, esas itibarıyla yürütme organı bünyesinde örgütlenen bir idareye (organik anlam) işaret etmektedir⁴¹¹. İdarî yargı (ve uyuşmazlık yargısı) ise, kavrama daha farklı (fonksiyonel) bir anlam kazandırmıştır. Böylece, kendilerinden sudur eden bazı işlem ve eylemler bakımından, devletin diğer organları olan yasama⁴¹² ve yargının⁴¹³, hatta özel hukuk kişilerinin⁴¹⁴ de idare fonksiyonuna dâhil edilmesi mümkün olmuştur.

2) Kamu Tüzel Kişiliği: Hauriou’nun, “*idare hukukunun mihveri (le pivot du droit administratif)*” olarak gördüğü⁴¹⁵ bu kavram -tıpkı diğerleri gibi- sonradan

⁴¹⁰ GAUDEMET, Méthodes, s. 24-31. SERRAND, s. 22. Melleray’a göre, son dönemde idarî mevzuat nicelik itibarıyla artmış olsa da; idarî davalarda *materyalin* [somut olay ve ona uygulanacak kuralın] *kavranması ve idrak edilmesi için olmazsa olmaz çerçeveler ve temel kavramlar (les notions de base, les cadres essentiels d’appréhension et de compréhension de la matière)* hâlâ içtihat kaynaklıdır. MELLERAY Fabrice, “Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?”, **AJDA**, 2005, s. 637. Doktrinde bazı yazarlar, içeriği içtihatla şekillendiren bu kavramları *kanun gücünde (valeur législative)* görmektedir. LOUVARIS, s. 198.

⁴¹¹ 1958 tarihli Fransız Anayasası, m. 20: “*Hükümet, millî siyaseti belirler ve yürütür. İdare ve silâhlı kuvvetler, emri altındadır*”. 1982 Anayasası’nda da “*İdare*” alt-başlığı, “*Yürütme*” adlı ikinci bölümde yer almaktadır. Bununla birlikte Anayasa’da “*TBMM idare amirleri*”nden (m. 94) ve “*hâkim-savcıların idarî görevleri*”nden (m. 140) söz edilmesi, *idare* kavramının yalnızca yürütme organı ile sınırlı bir şekilde anlaşılmaması gerektiğinin emareleri olarak kabul edilebilir.

⁴¹² Conseil d’État, 19 janvier 1996, *Escriva*; Conseil d’État, 5 mars 1999, *Président de l’Assemblée nationale*, (LONG ve diğerleri, s. 694 ve devamı). Danıştay 5. Dairesi, 16.12.1987, E. 1987/2380, K. 1987/1783; Danıştay 11. Dairesi, 22.02.2006, E. 2003/4371, K. 2006/781; Danıştay 12. Dairesi, 20.04.1999, E. 1998/930, K. 1999/651, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 60, 307). “*İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz (...)* Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin **uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup...**” Danıştay 5. Dairesi, 24.01.2007, E. 2005/5627, K. 2007/72 (kararara.com).

⁴¹³ Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, (LONG ve diğerleri, s. 407); Conseil d’État, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, (LONG ve diğerleri, s. 701). Conseil d’État, 12 juillet 1969, *L’Etang*; Conseil d’État, 14 novembre 2008, *M. E. S.*; Tribunal des conflits, 12 octobre 2015, *M. Hoareau* (DEGÖFFE, s. 32-33). Danıştay 5. Dairesi, 31.10.1966, E. 1966/4356, K. 1966/5448; Danıştay 5. Dairesi, 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911; Danıştay 10. Dairesi, 11.03.1997, E. 1995/476, K. 1997/803; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.10.1995, E. 1994/926, K. 1995/739; (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 61, 306). Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.11.2013, YD İtiraz No: 2013/612 (ULUSOY, s. 39).

⁴¹⁴ Conseil d’État, 31 juillet 1942, *Monpeurt*; Conseil d’État, 2 avril 1943, *Bouguen*; Tribunal des conflits, 15 janvier 1968, *Époux Barbier*, (LONG ve diğerleri, s. 304, 313 ve 523). Danıştay 10. Dairesi, 20.02.1991, E. 1989/2924, K. 1991/547; Danıştay 10. Dairesi, 17.06.1991, E. 1991/1149, K. 1991/2286; Danıştay 10. Dairesi, 21.06.2010, E. 2010/5003, K. 2010/5515, Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 303-306). Danıştay 5. Dairesi, 09.06.2015, E. 2015/750, K. 2015/3847, (ÇAĞLAYAN Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistasları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 7, s. 394).

⁴¹⁵ HAURIOU Maurice, **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**, Paris 1893, s. 52.

yazılı hukuka bir şekilde yansımış bulunsa da⁴¹⁶, ortaya çıkışını doktrine⁴¹⁷, muhtevasını ise yargısal içtihatlar borçludur. Zira gerek Fransa, gerekse Türkiye’de yargıç, anayasa yahut kanunlar sarıh bir nitelendirme yapmasa dahi, birtakım emarelerden (*indices*) hareket ederek kamu tüzel kişiliğinin mevcudiyetini saptayıp, bu tespiti bir dizi hukukî netice bağlayabilmektedir⁴¹⁸.

3) Hiyerarşi: Muhtelif mevzuatta adı geçse de⁴¹⁹, kamu tüzel kişilerinin iç bütünlüğünü sağlayan⁴²⁰ hiyerarşi mekanizmasının anlamı, kapsamı ve sınırları, büyük oranda yargıç eliyle şekillenir. İdare hukuku ders kitaplarına giren; hiyerarşinin doğal ve genel bir yetki olması, hukukîlik ve yerindelik denetimini ihtiva etmesi, astın yaptığı işlem üzerinde iptal, geri alma, düzeltme gibi imkânlar sağlaması gibi bilgiler, aslında Conseil d’État⁴²¹ ve Danıştay⁴²² içtihatlarında mündemiç prensiplerden başka bir şey değildir.

⁴¹⁶ Fransız Anayasası’nda kamu tüzel kişiliği (*personne publique / personne morale de droit public*) ibaresi hiç geçmez. Yalnızca 34 ve 71-1 numaralı maddelerde kamu kurumu (*établissement public*) ifadesi –herhangi bir tanıma yahut ölçüte yer verilmeksizin- kullanılır. 1982 Anayasası’nın muhtelif maddelerinde kamu tüzel kişisi / kişiliği gibi ifadeler kullanılmasına rağmen (m. 29/4, 31/1, 46/1, 47/3-4, 82/1, 123/3, 124/1, 127/1, 128/1, 130/1, 133/3, 134/1, 135/1, 161/1); bu kavramın anlamına yahut kıstaslarına dair açık hüküm yoktur.

⁴¹⁷ Kamu tüzel kişiliği kavramının oluşumunda öğretinin üstlendiği rol hakkında bkz. GLINIASTY, s. 53-62.

⁴¹⁸ Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* (aktaran: LONG ve diğerleri, s. 45); Tribunal des conflits, 14 février 2000, *Groupeement d'intérêt public « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris »*; Tribunal des conflits, 16 juin 1997, *Société La Fontaine de Mars et M^{me} Muet contre Banque de France* (LOMBARD, s. 84-85). Conseil d’État, 13 novembre 1959, *Navizet*; Conseil d’État, 22 mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France contre Banque de France*, (LONG ve diğerleri, s. 47). Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.02.1991, E. 1990/37, K. 1991/1, **Resmî Gazete**, 12.05.1991, s. 10; Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.09.1997, E. 1997/43, K. 1997/42, **Resmî Gazete**, 30.10.1997, s. 21; Danıştay 11. Dairesi, 17.10.2003, E. 2001/674, K. 2003/4126 (HukukTürk); Danıştay 5. Dairesi, 18.01.2013, E. 2012/10808, K. 2013/235 (Lexpera), Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 30.03.1977, E. 1976/3623, K. 1977/287 (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 163).

⁴¹⁹ Örneğin 1982 Anayasası’nın “*Kanunsuz Emir*” başlıklı 137. maddesinde “*üstünden aldığı emir*” ibaresi geçer. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında (1 sayılı) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 509. maddesinin başlığında ise, “*hiyerarşik kademeler*”den söz edilmektedir. Fransa’da 13 Temmuz 1983 tarihli Memurların Hak ve Yükümlülükleri Hakkında Kanun’un 28 maddesi ise şu şekildedir: “*Hiyerarşideki mevki ne olursa olsun, bütün memurlar, kendilerine verilen görevi yerine getirmekle yükümlüdür. Verilen emir açıkça hukuka aykırı olmadığı yahut kamu yararını ciddi şekilde tehlikeye sokmadığı sürece [ast], hiyerarşik üstünün talimatlarına uymak zorundadır. (Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l’exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l’ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.)*” (Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 25.05.2019).

⁴²⁰ “*Hiyerarşik yetki bir kamu tüzel kişisine kendi içinde bütünlüğü sağlamaya yönelik olarak tanınmış bir yetki (dir)*” Danıştay 8. Dairesi, 21.04.2004, E. 2003/3309, K. 2004/1912, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 163).

⁴²¹ Conseil d’État, 7 février 1936, *Jamart*; Conseil d’État, 12 décembre 2012, *Syndicat national des établissements privés pour personnes âgées*; Conseil d’État, 3 février 2016, *Conseil national de l’ordre des infirmiers*, (LONG ve diğerleri, s. 277 ve devamı). Conseil d’État, 30 juin 1950, *Quéralt*, (BRAIBANT / STIRN, s. 271). Conseil d’État, 12 décembre 1984, *Melki*; Conseil d’État, 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*; Conseil d’État, 10 novembre 1944, *Langneur* (yukarıda aktarılan kanun hükmü bu içtihadın kodifiye edilmiş hâlidir); Conseil d’État, 3 mai 1961, *Pouzelgues*, (SAKR Haitham, **Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseil d’État libanais et du Conseil d’État français**, [Thèse de doctorat], Poitiers 2008, s. 291).

4) İdarî Vesayet: Fransız hukukunda güncelliğini yitirmekle beraber⁴²³ Türkiye için hâlen anayasal değer taşıyan idarî vesayet, uygulamadaki anlamını yargısal içtihatlar vasıtasıyla kazanmıştır. 1982 Anayasası'nın 127. maddesi idarî vesayeti, *merkezî idarenin mahallî idareler üzerinde kullandığı bir yetki* olarak tarif etmektedir⁴²⁴. Danıştay, merkezî idare ile diğer yerinden yönetim kuruluşları arasındaki ilişkiyi⁴²⁵ ve devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin kendi aralarındaki ilişkiyi de⁴²⁶ kavramın tatbik sahasına dâhil etmiştir. Buna mukabil, aynı maddede geçen “*kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde*” ibaresini dar yorumlamış⁴²⁷ ve kamu tüzel kişilerinin idarî-malî özerkliklerini korumaya çalışmıştır⁴²⁸. Başka bir deyişle yargıç, idarî vesayet ilişkisinin mevcudiyeti bakımından norm alanının dışına çıkarak analogi yapmış ve kavramın *kaplamını* genişletmiştir.

5) İdarî İşlem: Önceki başlıklarda izah edilen görev-esas rabitasının (*lien entre la compétence et le fond*) belki de en yetkin örneği, idarî işlem kavramıdır. O kadar ki, kavramı salt formel açıdan (hiçbir maddî içerik atfetmeksizin), *iptal*

⁴²² “Hiyerarşi; aynı idare içerisindeki görevliler arasındaki astlık üstlük durumunu ifade etmekte olup, buna göre üst, astın işlemlerini yerindelik ve hukukilik bakımından denetleyerek işlemi iptal edebilir, geri alabilir, düzeltebilir, ancak astın yerine geçerek karar alamaz, ast da yargısal başvuru hakkına sahip değildir” Danıştay 8. Dairesi, 21.04.2004, E. 2003/3309, K. 2004/1912. “Üstün asta karşı sahip olduğu etkiyel güç, asta işlemlerini yapmadan emir verme, yol gösterme ve astın işlemlerini onama, değıştirme ve düzeltme biçiminde ortaya çıkar” Danıştay 8. Dairesi, 29.04.2003, E. 2002/1831, K. 2003/1942. “Mafevkin [üst] madun [ast] tarafından yapılan tasarrufları iptal selahiyeti çok geniştir ve (...) hukuk kaidelerine aykırı gördüğü tasarrufları iptal edebilir” Danıştay 8. Dairesi, 09.04.1963, E. 1962/2800, K. 1963/2130, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 162-166).

⁴²³ *Loi Defferre* ismiyle bilinen 2 Mart 1982 tarihli Kanun'dan beri Fransa'da idarî vesayet (*tutelle administrative*) sona ermiştir. Kanun, merkezî idarenin temsilcilerine yalnızca hukuka aykırılık hâllerinde idarî yargıya başvurma imkânı (*déféré préfectoral*) tanıdığı için ortaya çıkan yeni ilişki biçimine idarî denetim (*contrôle administratif*) denmektedir. LOMBARD Martine, *Droit administratif*, Paris 2001, s. 154. İdarî vesayetin yerini alan bu tabir, (*contrôle administratif*), 1958 Fransız Anayasası'nın 72. maddesinde geçmektedir. Aynı maddede hiçbir mahallî idarenin diğeri üzerinde vesayete sahip olamayacağı da düzenlenmektedir.

⁴²⁴ 1982 Anayasası, m. 127/5: “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir”. 1961 Anayasası'nda idarî vesayet tabiri hiç geçmez.

⁴²⁵ Danıştay 12. Dairesi, 25.01.1977, E. 1976/1542, K. 1977/213 [Cumhurbaşkanlığı – TÜBİTAK]; Danıştay 8. Dairesi, 14.11.1995, E. 1995/3706, K. 1995/3622 [Kültür Bakanlığı – Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü: Bu kararda hiyerarşiye yakın idarî vesayet tabirinin kullanılması doktrin tarafından eleştirilmektedir]; Danıştay 8. Dairesi, 17.06.1974, E. 2411, K. 2770 [Adalet Bakanlığı – Türkiye Barolar Birliği], (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 170-171).

⁴²⁶ Danıştay 8. Dairesi, 17.03.1993, E. 1992/912, K. 1993/1414 [Büyükşehir Belediyesi – İlçe Belediyesi]; Danıştay 8. Dairesi, 29.04.2003, E. 2002/1831, K. 2003/1942 [Yükseköğretim Kurulu – Üniversiteler], (GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 311, 306). Genel eğilimi bu yönde olmakla beraber Danıştay bazen iki ayrı kamu tüzel kişiliği arasındaki ilişkiyi hiyerarşi olarak görebilmektedir. Örnek: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 20.03.2013, E. 2009/2026 [Orman Mühendisleri Odası – Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği], (ULUSOY, s. 147).

⁴²⁷ “(M)erkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki vesayet yetkisinin hangi hususları kapsayacağını Kanunlarda açıkça belirtilmesi gerektiği idare hukukunun genel ilkelerindendir” Danıştay 3. Dairesi, 17.07.1979, E. 1979/354, K. 1979/409, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 174).

⁴²⁸ Danıştay 6. Dairesi, 04.06.1981, E. 1978/885, K. 1981/1821, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 174).

davasının konusu olarak tanımlamak mümkündür. Zira tarihî süreç içerisinde Conseil d'État, iptal davasını (*recours pour excès de pouvoir*) yaratmış⁴²⁹, idare hukuku doktrini ise daha sonra bu davada verilen kararlar (ve bilhassa kabul edilebilirlik / ilk inceleme koşulları) üzerinden bir *idarî işlem* tasavvuru edinmiştir⁴³⁰. Güncel durum da pek farklı değildir: yazılı hukukta idarî işlemin tanımına ilişkin hiçbir belirleme bulunmadığından, genel eserler, kavramı tarif etmek için yargısal içtihatlarla başvurmaktadır⁴³¹. Tabiatıyla, yapılan tarif, içtihat değişikliklerine paralel biçimde evrilmektedir⁴³².

İdarî işlemin *ne idüğünün* iptal davası bağlamında, yargıç tarafından ortaya konması, içtihat kaynaklı başka birçok teori, kavram ve kuralı da beraberinde getirmektedir. Teferruata girmemek kaydıyla, ilk akla gelen örnekler, şöyle sıralanabilir: ayrılabilir işlem teorisi (*théorie de l'acte détachable*)⁴³³, fiilî

⁴²⁹ İptal davasının (ayrıca yetki, şekil, sebep konu ve maksat denetiminin) bizzat *icthat ürünü* olması, daha evvel temas edilen *idarî yargılama hukukunun içtihadiliği* meselesine örnek teşkil eder. Bu çalışma maddî hukukla sınırlı olduğu için iptal davasının gelişim sürecine ilişkin yargısal içtihatlarla ayrıca yer verilmeyecektir. Konuya dair detaylı bilgi için bkz. BIGOT, Introduction, s. 159 ve devamı; BURDEAU, s. 167 ve devamı; WEIDENFELD s. 172 ve devamı; KARAHANOGULLARI, Tarih, s. 37 ve devamı.

⁴³⁰ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 92; WALINE (Jean), s. 18. Türk hukukundan bir örnek: Genel idare hukuku eserlerinde idarî işlemin özellikleri arasında sayılan *icraîlik*, (GÜNDAY, s. 124; GÖZLER, Cilt: I, s. 776; GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 368; ULUSOY, s. 266) aslında iptal davası için (başlangıçta içtihatla, daha sonra İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 14. maddesi ile) getirilen *yürütülebilir işlem* şartının maddî hukuka yansımından ibarettir. (İcraîlik kavramı için bkz. ERKUT Celâl, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği*, Ankara 1990, s. 117 ve devamı; YILMAZ Dilşat, *İdarî İşlemin İcraîlik Özelliği*, Ankara 2014). Dolayısıyla, idarî yargıç yeni işlem kategorilerini *yürütülebilir* bulup iptal davasının esasına girdikçe, maddî hukuktaki *icraîlik* kavramı da genişlemektedir. Danıştay'ın son dönemde istikrar kazanan (ULUSOY, s. 267) içtihadıyla yaptırım tehdidi içeren işlemlere karşı açılan davalara bakması, buna örnek teşkil eder. Danıştay 10. Dairesi, 30.09.1998, E. 1996/3286, K. 1998/4670; Danıştay 14. Dairesi, 01.06.2011, E. 2011/5212, K. 2011/7; Danıştay 10. Dairesi, 25.09.2013, E. 2012/6579, K. 2013/6576, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, idare, s. 324).

⁴³¹ Conseil d'État, 22 novembre 1971, FIFAS, (GROS, s. 117). Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 14.04.1973, E. 1972/2, K. 1973/10, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, idare, s. 299 – içtihat kaynaklı diğer tanımlar için devamındaki sayfalara bkz.). “Yasalarda idari işlem tanımı yer almamaktadır. Yargı organlarının baktıkları davalarla ilgili olarak idari işlemi tanımlamak yoluna gittikleri, kimi durumlarda bu tanımlar arasında farklılıklar olduğu da gözlenmektedir” GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 361.

⁴³² Tanımdaki organik unsurun (kamu tüzel kişisi tarafından tesis edilme), özel hukuk kişilerinden sadır olan bazı tasarruflara karşı açılan iptal davalarının kabul edilmesi sonucunda ortadan kalkması / zayıflaması, bunun en güzel örneğidir: Conseil d'État, 31 juillet 1942, *Monpeurt*; Conseil d'État, 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries*; Conseil d'État, 13 juillet 1968, *Capus*, (GROS, s. 117). Danıştay 10. Dairesi, 20.02.1991, E. 1989/2924, K. 1991/547; Danıştay 10. Dairesi, 17.06.1991, E. 1991/2286, K. 1991/1149; Danıştay 5. Dairesi, 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516; Danıştay 10. Dairesi, 21.06.2010, E. 2010/5003, K. 2010/5515; Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1; Uyuşmazlık Mahkemesi, 03.05.1999, E. 1999/1, K. 1999/11 (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, idare, s. 303-306).

⁴³³ Ayrılabilir işlem teorisi; idarî yargıcın, ilk bakışta dava konusu edilemeyecek başka bir tasarrufun parçası gibi görünen işlemleri, içinde bulundukları süreçten kopararak yargısal denetime tabi tutması anlamına gelir. Conseil d'État, 4 août 1905, *Martin*; Conseil d'État, 28 mai 1937, *Lecerf*, (MACÉRA Bernard-Franck, *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges 2002, s. 27, 70). Danıştay 12. Dairesi, 27.03.1974, E. 1972/1951, K. 1974/859; Danıştay 5. Dairesi, 16.09.1993, E. 1992/4035, K. 1993/3177 (SEZGİNER Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara 2000, s. 153, 60). Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 28.06.1979, E. 1976/1, K. 1979/10, (AKILLIOĞLU Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Ankara 1983, s. 9).

memur teorisi (*théorie du fonctionnaire de fait*)⁴³⁴, yokluk teorisi (*théorie de l'inexistence*)⁴³⁵, bilanço teorisi (*théorie du bilan*)⁴³⁶, bağlı yetki (*compétence liée*)⁴³⁷ - takdir yetkisi (*pouvoir discrétionnaire*)⁴³⁸, cari işlerin yürütülmesi (*expédition des affaires courantes*)⁴³⁹, yetkide paralellik (*parallélisme des compétences*)⁴⁴⁰, yetki devri (*délégation de pouvoir*) ve imza devri (*délégation*

⁴³⁴ İşlem yapma yetkisinin mutlaka anayasa yahut kanuna dayanması ve dar yorumlanması kurallarına içtihat yoluyla getirilmiş bir istisna olan bu teori, normalde idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan kişilerce yapılan işlemlerin, görünüş ve zaruret gibi gerekçelerle geçerli (hukuka uygun) sayılmasını öngörür. Conseil d'État, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes*; Conseil d'État, 5 mars 1948, *Marion*; Conseil d'État, 2 décembre 1983, *Charbonnel*, (LOMBARD, s. 189-190).

⁴³⁵ Yokluk teorisi kısaca, idarî işlemdeki sakatlığın belli bir düzeyi aşması durumunda işlemin hukukî varlığını kaybetmesi şeklinde açıklanabilir. "(Ö)zel hukukta yokluk kanunla belirlenmiştir (...) Oysa idare hukukunda yokluk teorisi öğreti tarafından geliştirilmiş ve içtihatlarla yerleşmiştir; dolayısıyla dayanağını kanundan almamaktadır..." ERKUT Celâl, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 9, Yıl: 1988, Sayı: 1-3, s. 71. Conseil d'État, 31 mai 1957, *Rosan Girard*; Conseil d'État, 28 septembre 2016, *Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique* [bu kararda hukukî yokluğun tanımı da yapılmıştır], (LONG ve diğerleri, s. 461, 463); Conseil d'État, 28 février 1986, *Commissaire de la République des Landes*; Conseil d'État, 9 mai 1990, *Commune de Lavaur*, (SEILLER, [1. Les sources et le juge], s. 203, 174). Danıştay 6. Dairesi, 21.02.1968, E. 1966/2621 K. 1968/524; Danıştay 5. Dairesi, 01.04.1970, E. 1969/4127, K. 1970/1162; Danıştay 10. Dairesi, 20.05.1997, E. 1995/397, K. 1997/1911; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 12.06.2002, E. 2001/667 K. 2002/570, (ERDİNÇ Burcu, *İdari İşlem Kuramında Yokluk*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013, s. 209- 216).

⁴³⁶ İdarî işlemin sebep ve konu unsuru arasındaki orantılılığın (ve bu alandaki takdir yetkisinin) işlemin doğuracağı avantaj ve dezavantajlar üzerinden denetlenmesi. Conseil d'État, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, (LONG ve diğerleri, s. 538); Conseil d'État, 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*; Conseil d'État, 8 juillet 1977, *Dame Rie et autres*, (GLINIASTY, s. 104). Danıştay 6. Dairesi, 13.05.1997, E. 1996/5477, K. 1997/2312; Danıştay 8. Dairesi, 11.12.1997, E. 1995/3680, K. 1997/3928; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2. Daire, 28.03.2001, E. 2000/583, K. 2001/253 (GÖZLER, Cilt: I, s. 1089-1090).

⁴³⁷ Yetkinin kanunda açık, anlaşılır ve seçme hakkı tanımayan / emredici bir şekilde düzenlenmiş olması durumuna bağlı yetki denir. İdarî yargıç, bağlı yetki nitelendirmesine birçok sonuç bağlamaktadır. Conseil d'État, 25 mars 1960, *Boileau*; Conseil d'État, 3 février 1999, *Montaignac*, (GLINIASTY, s. 122). Conseil d'État, 11 juin 1982, *Plottet*, (GROS, s. 132). Danıştay 5. Dairesi, 01.07.1970, E. 1970/3983, K. 1971/4847; Danıştay 2. Dairesi, 14.01.1988, E. 1987/3036, K. 1988/87; Danıştay 5. Dairesi, 07.06.1991, E. 1988/1519, K. 1991/1195, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 103).

⁴³⁸ Bağlı yetkinin aksine kanunun; yetkiyi kullanacak kişiye / makama işlemi yapıp-yapmama yahut farklı işlemler yapma imkânı tanıması durumunda takdir yetkisi söz konusudur. İdarî yargıç, bu nitelemeye de birçok sonuç bağlamakta ve takdir yetkisinin denetiminde çeşitli içtihadî prensipler uygulamaktadır. Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti*; Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, (WOEHLING Jean-Marie, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France", *La Revue administrative*, 52^e Année, Numero special 7: Les transformations de la juridiction administrative en France et en Allemagne (1999), s. 75-97); Conseil d'État, 15 mars 1983, *Compagnie Electromécanique*, (GROS, s. 134). "(H)ukuka bağlı Devlette idarenin mutlak takdir yetkisi söz konusu olamaz. İdare her işleminde olduğu gibi, takdir yetkisi içinde aldığı işlemlerde de belli sebeplere dayanmak zorundadır" Danıştay 5. Dairesi, 09.12.1981, E. 1979/6154, K. 1981/1794; "(...) bu yetkinin kullanılması mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleriyle sınırlıdır" Danıştay 5. Dairesi, 15.02.1983, E. 1982/2585, K. 1983/1074, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 105-106).

⁴³⁹ Zaman bakımından yetkisizlik hâlini yumuşatan bu içtihadî kural, görev süresi sona eren kişinin / organın yerine yenisi henüz göreve başlamamış ise, öncesinin cari işleri yürütme kapsamında yaptığı işlemlerin hukuka uygun sayılmasını öngörmektedir. Conseil d'État, 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, (LOMBARD, s. 188). Danıştay 5. Dairesi, 30.10.1996, E. 1995/4052, K.1996/3262, (GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 900-901).

⁴⁴⁰ Yetkide paralellik, aksi kanunda düzenlenmediği sürece bir idarî işlemi yapmaya yetkili makamın, o işlemin karşısını (kaldırma, geri alma, değiştirme gibi) da yapmaya yetkili sayılması anlamına gelir. Conseil d'État, 13 mars 1953, *Teissier*, (LOMBARD, s. 188); Conseil d'État, 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 163). Danıştay 3. Dairesi, 11.05.1982, E.1982/825, K. 1982/1358; Danıştay 5. Dairesi, 28.05.1998, E. 1995/3768, K. 1998/1656, (ULU Güher, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara 2012, s. 210-21).

de signature) kuralları⁴⁴¹, aslî şekil (*formalités substantielles*) - talî şekil (*formalités non substantielles*) ayrımı⁴⁴², sebep ikamesi (*substitution de motif*)⁴⁴³, yetki saptırması - usûl saptırması (*détournement de pouvoir - détournement de procédure*)⁴⁴⁴, idarî işlemin kaldırılması (*abrogation - révocation*)⁴⁴⁵ ve geri alınmasına (*retrait*)⁴⁴⁶ ilişkin kurallar.

6) İdarî Sözleşme: İki taraflı hukukî işlemlerden (sözleşmelerden) hangileri idarî sayılacaktır? Yazılı kurallar, yargı ayrılığının meşrulaştırılması problemiyle yakından ilgili olan bu soruya herhangi bir yanıt vermediği için⁴⁴⁷, hukukçuların

⁴⁴¹ Yetki devrinin kanunda açıkça öngörülmesi gerekliliği, devredilmiş yetkinin devredilememesi, devredilemeyecek yetkiler, devredenin yetkiyi bizzat kullanıp-kullanamaması, sorumluluğun intikali ve benzeri konular: Conseil d'État, 17 mars 1999, *Boulay*; Conseil d'État, 29 mars 2000, *Ludiakueno*; Conseil d'État, 27 juillet 2001, *Association de droit allemand « Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber »*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 164-165). Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, 15.10.1954, E. 1954/43, K. 1954/152; Danıştay 5. Dairesi, 13.12.1989, E. 1989/2735, K. 1989/2286; Danıştay 2. Dairesi, 24.11.2005, E. 2012/10219, K. 2015/9355, Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 12.06.2008, E. 2005/3183, K. 2008/1621, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 141-151).

⁴⁴² İşlemin sonucunu etkileyecek nitelikte olmamak ve ilgililerin haklarını etkilememek kaydıyla işlemdeki şekil sakatlıklarının talî sayılarak iptal edilmemesi. Conseil d'État, 5 avril 2002, *SCP Patrick Coulon*; Conseil d'État, 23 décembre 2011, *Danthon*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 166, 169). Danıştay 8. Dairesi, 05.11.1984, E.1984/74, K.1984/1345, (GÖZLER, Cilt: I, s. 1004-1005); Danıştay 8. Dairesi, 06.02.2009, E. 2007/8943, K. 2009/881; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 16.04.2009, E. 2006/69, K. 2009/1089, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 382).

⁴⁴³ İdarî yargıcın dava konusu işlemi denetlerken idarenin gösterdiği -hukuka aykırı- sebebi dikkate almayıp, re'sen tespit ettiği yeni -hukuka uygun- sebebe göre hüküm kurması. Conseil d'État, 6 février 2004, *Mme Hallal*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 267). Danıştay 5. Dairesi, 22.12.2015, E. 2014/4325, K. 2015/10764, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 396).

⁴⁴⁴ "İdari işlemlerde amaç bakımından hukuka aykırılık [yetki-usûl saptırması] halleri tamamen yargı içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır" (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 406). Conseil d'État, 26 novembre 1875, *Pariset*, (LONG ve diğerleri, s. 27); Conseil d'État, 23 juillet 1909, *Fabregue*; Conseil d'État, 13 mars 1968, *Commune de Malaussène*; Conseil d'État, 18 décembre 1968, *Brunne*, (LOMBARD, s. 432-433). Danıştay 6. Dairesi, 28.05.1947, E. 1946/2512, K. 1947/1280; "(...) idari takdir yetkisinin de idare yönünden mutlak bir serbestiyi tazammun etmediği; yetki saptırması şeklinde tezahür edemeyeceği ve keyfilik sınırına varamayacağı da aşîkârdır" Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 15.10.1976, E. 1975/351, K. 1976/210, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 393-394, 407); Danıştay 6. Dairesi, 27.05.1987, E. 1987/451, K. 1987/590, (GÖZLER, Cilt: I, s. 1108).

⁴⁴⁵ Conseil d'État, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*; Conseil d'État, 24 janvier 2007, *GISTI*; Conseil d'État, 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*; Conseil d'État, 30 novembre 1990, *Association Les Verts*; Conseil d'État, 6 mars 2009, *Coulibaly*; Conseil d'État, 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 184-190). Danıştay 5. Dairesi, 09.10.1997, E. 1994/7834, K. 1997/2030; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2008, E. 2005/1988, K. 2008/1826, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 428 ve devamı).

⁴⁴⁶ Conseil d'État, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*; Conseil d'État, 26 octobre 2001, *Ternon*; Conseil d'État, 26 janvier 2007, *Société Kaefer Wanner*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 190-194). Fransa'da geri alma kuralları, *Ternon* içtihadında ortaya konan kuralın genişletilmesi suretiyle kodifiye edilmiştir. Bkz. Code des relations entre le public et l'administration, Article L242-1, (Erişim: www.legifrance.gouv.fr). Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 26.09.1952, E. 1952/15, K. 1952/244; Danıştay 8. Dairesi, 28.09.1964, E. 1964/1295, K. 1964/6755; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 02.10.1971, E. 1966/4, 1966/40, K. 1971/36; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 22.12.1973, E. 1973/3, K. 1973/12; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 06.07.1987, E. 1987/1, 2, 4, K. 1987/2; Danıştay 10. Dairesi, 18.05.2005, E. 2003/4745, K. 2005/2591, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 438-446).

⁴⁴⁷ Fransa'da 14 Şubat 1800 (25 pluviôse An VIII) tarihli Kanun devlet tarafından akdedilen bina satış sözleşmelerinin, 17 Şubat 1800 (28 pluviôse An VIII) tarihli Kanun bayındırlık hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin, 17 Haziran 1938 tarihli Kanun Hükmünde Kararname (*décret-loi*) kamu mallarının işgaline ilişkin sözleşmelerin idarî nitelikte olduğunu düzenlemekte, ancak idarî sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden nasıl ayrılacağına

zihnindeki *idarî sözleşme* kavramı, yargıcın, önündeki sözleşmeyi *idarî* sayarken kullandığı organik⁴⁴⁸ ve maddî⁴⁴⁹ kriterler aracılığıyla oluşmuştur / oluşmaktadır⁴⁵⁰. Görev (*compétence*) sorunu çözüldükten (*idarîlik* nitelemesi yapıldıktan) sonra esasa uygulanacak hukuk da, Code civil (Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu) saf dışı edilerek, bizzat idarî yargıç tarafından vaz'edilmiştir. İdarî sözleşmelerde ödemezlik def'inin (*exception d'inexécution*) kabul görmemesi⁴⁵¹, idareye tanınan denetim (*contrôle*)⁴⁵², tek taraflı değişiklik (*modification unilatérale*)⁴⁵³ ve tek taraflı fesih (*résiliation unilatérale*)⁴⁵⁴

dair genel bir çözüm getirmemektedir (LOMBARD, s. 228-229). Türkiye için de durum pek farklı değildir: 1982 Anayasası'na göre yasama organı, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin *özel hukuk sözleşmesi* olduğunu belirleme yetkisine sahiptir (m. 47/4). Yasama organı, kendisine verilen bu yetkiyi zaman zaman belli sözleşmeler için kullansa da (yap-işlet-devret sözleşmeleri gibi), idarî sözleşme - özel hukuk sözleşmesi ayrımını genel anlamda netleştirecek bir düzenleme yapmamıştır. Tam bu noktada, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun, açık bir tanım olmamakla beraber, "kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılma" [m. 2/1-c] şeklinde bir koşul getirdiğini hatırlatmak gerekir. (Aynı yönde: GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 45). "Bu [kanunî] düzenlemelerden idari sözleşmelerin ayırdedici özelliklerini çıkarmak olanaklı değildir" GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 481.

⁴⁴⁸ Sözleşmenin taraflarından en az biri kamu tüzel kişisi olmalıdır: Tribunal des conflits, 17 janvier 1972, *SNCF* (GROS, s. 170). İki kamu tüzel kişisi arasında akdedilen sözleşmeler, karineten idarîdir: Tribunal des conflits, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*. İki tarafı özel hukuk kişisi olan sözleşmeler karineten idarî değildir: Tribunal des conflits, 26 juin 1989, *SA Compagnie générale d'entreprise de chauffage*. İstisnalar: Tribunal des conflits, 16 mai 1983, *SA Compagnie toulousaine de transports publics* (kamu tüzel kişisi adına hareket); Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot* (kamu tüzel kişisi hesabına hareket); Tribunal des conflits, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques* (sözleşmenin, bir idarî sözleşmenin devamı / eki olması). SEILLER, [2. L'action administrative], s. 199-201.

⁴⁴⁹ Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma şartı: Conseil d'État, 20 avril 1956, *Époux Bertin*; Conseil d'État, 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre Consorts Grimouard*, (LONG ve diğerleri, s. 436). Özel hukuku aşan hükümler şartı: Conseil d'État, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, (LONG ve diğerleri, s. 140-146); Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, *Société AXA France IARD*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 209). Özel hukuku aşan rejim şartı: Conseil d'État, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*, (LOMBARD, s. 231).

⁴⁵⁰ "[İdarîlik nitelemesi yapabilmek için] sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir" Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42; Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23. Danıştay'a göre "konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan" sözleşmeler, idarîdir. Danıştay 12. Dairesi, 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141; Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993, E. 1991/1, K. 1993/1752; Danıştay 8. Dairesi, 13.12.1999, E. 1999/2852, K. 1999/7533; Danıştay 5. Dairesi, 29.11.1994, E. 1992/4384, K. 1994/5672; Danıştay 10. Dairesi, 11.04.2005, E. 2004/12712, K. 2005/1612; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 01.06.1950, E. 1948/176, K. 1950/264, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 455-456). "İdari sözleşme, idarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir. Bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde, özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir" Uyuşmazlık Mahkemesi, 08.07.1991, E. 1991/15, K. 1991/16, **Resmî Gazete**, 20.10.1991, s. 62.

⁴⁵¹ Conseil d'État, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*; Conseil d'État, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 222).

⁴⁵² Conseil d'État, 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération*, (GROS, s. 181); Conseil d'État, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 222).

⁴⁵³ Conseil d'État, 10 janvier 1902, *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Lès-Rouen*; Conseil d'État, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*; Conseil d'État, 14 avril 1948, *Ministre des Armées*; Conseil d'État,

yetkileri, sözleşmeciyi korumaya yönelik fedürens (*fait du prince*)⁴⁵⁵ ve öngörülemezlik (*imprévision*)⁴⁵⁶ teorileri, bu bapta hatıra gelen ilk örneklerdir⁴⁵⁷.

7) Kamu Hizmeti: Duguit ve takipçilerinin (Louis Rolland, Gaston Jèze⁴⁵⁸, Roger Bonnard) tasavvur ettiği ölçüde rakipsiz olmamakla beraber, kamu hizmetinin, idare hukukundaki diğer birçok kavramı *tanımlanabilir* kılan temel kavramlar arasında bulunduğu tartışma götürmez. Çünkü kamu hizmeti, idarî yargının görev alanını (ve dolayısıyla idare hukukunun tatbik sahasını) tek başına belirleme gücünü kaybetse de⁴⁵⁹; hâlen *idarî sözleşme, kamu görevlisi ve kamu malı* gibi kavramların tanımına dâhil olmaktadır⁴⁶⁰.

Fransa ve Türkiye’de kanun koyucu, kamu hizmetinin kıstaslarını ortaya koyan herhangi bir hüküm sevk etmediği için, kavrama hudut teşkil edecek *işaret taşlarını* koymak, önündeki ihtilafı çözmekten kaçınma lüksü olmayan yargıca düşmüştür. Kamu hizmeti tanımlarında yer verilen organik (kamu tüzel kişilerin yahut onların murakabesi altındaki özel kişilerce görülme)⁴⁶¹, maddî

14 novembre 1902, *Olmer*, (GROS, s. 182); Conseil d’État, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 223).

⁴⁵⁴ Conseil d’État, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*; Conseil d’État, 2 février 1987, *Société TV6*, (LOMBARD, s. 247); Conseil d’État, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 223).

⁴⁵⁵ Conseil d’État, 4 mai 1949, *Ville de Toulon*, (GLINIASTY, s. 108); Conseil d’État, 15 juillet 1949, *Ville d’Elbeuf*, (GROS, s. 184-185).

⁴⁵⁶ Conseil d’État, 30 mars 1916, *Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*, (LONG ve diğerleri, s. 175). Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti, 23.11.1937, E. 1937/286, K. 1937/256, (ÖZAY, s. 254).

⁴⁵⁷ Sayılan bu hususlara Türkiye’den içtihat örneği vermek zordur. Çünkü Türk hukukunda idarî sözleşmelerin tatbik sahası, iki sebepten ötürü oldukça sınırlı kalmıştır: 1) Yasama organının -Fransa’da idarî sayılan- birçok sözleşmeden doğan ihtilafların çözümünü adlî yargıya (veya tahkime) bırakması. 2) Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay’ın, Fransız uygulamasından farklı bir içtihat geliştirerek, kamu ihale sözleşmelerini *özel hukuk sözleşmesi* olarak nitelendirmesi (ilgili kararlar için bkz. GÖZLER, İdare, Cilt: II, s. 139 ve devamı). Doktrinde bu nitellemenin bizzat 4735 sayılı Kanun tarafından yapıldığını savunan görüşler için bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 526; BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara 2007, s. 69.

⁴⁵⁸ Yazar kamu hizmetini, “idare hukukunun kilit taşı (*pierre angulaire*)” şeklinde nitelendirir. JÈZE Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, Paris 1925, s. 15 (ikinci baskıya önsöz içinde).

⁴⁵⁹ PEISER, s. 12.

⁴⁶⁰ PEISER, s. 182; LEBRETON, s. 12. Örneğin 1982 Anayasası’nın “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlığı altında yer alan m. 128/1 hükmü, “kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler”in memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini âmidir.

⁴⁶¹ Tribunal des Conflits, 8 février 1873, *Blanco* (LONG ve diğerleri, s. 1). Conseil d’État, 20 décembre 1935, *Société des Établissements Vézia*; Conseil d’État, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*; Conseil d’État, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises de sport*, (CHEVALLIER Jacques, “Essai sur la notion juridique de service public”, **Publications de la Faculté de droit et sciences politiques et sociales d’Amiens**, Numéro: 6, s. 137-161). Conseil d’État, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*; Conseil d’État, 22 février 2007, *APREI*; Conseil d’État, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 42-43. “Kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak, toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse

(genel yarara / müşterek ihtiyaçların tatminine yönelme)⁴⁶² ve şekli (kamu hukuku rejimine / kamusal usûllere tabi olma)⁴⁶³ unsurlar⁴⁶⁴, yüksek mahkemelerin hukukî tavsif esnasında kullandığı emarelerden (*indices*) ibarettir⁴⁶⁵.

Yargıç, *kamu hizmeti* nitelemesine birçok hukukî netice bağlar. Louis Rolland'ın Conseil d'État kararlarından hareketle ortaya koyduğu -ve bu sebeple *Rolland kanunları* (*lois de Rolland*) ismiyle bilinen⁴⁶⁶- süreklilik (*continuité*)⁴⁶⁷,

yürütülsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur" Anayasa Mahkemesi, 12.4.1990, E. 1990/4, K. 1990/6, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 584-585).

⁴⁶² Tribunal des conflits, 24 novembre 1894, *Loiseleur*; Conseil d'État, 7 avril 1916, *Astruc*; Conseil d'État, 27 juillet 1923, *Gheusi*; Conseil d'État, 30 octobre 1953, *Bossuyt*; Conseil d'État, 13 juillet 1961, *Ville de Toulouse*; Conseil d'État, 26 septembre 1986, *Époux Herbelin*, (GROS, s. 74-76). Conseil d'État, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 38).

⁴⁶³ Conseil d'État, 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture contre Consorts Grimouard*, (GROS, s. 79); Conseil d'État, 28 juin 1963, *Narcy*, (LOMBARD, s. 264). Kamu hizmeti nitelemesinde kullanılan bu unsur, daha yakın tarihli kararlarda terk edilmiş görünmektedir: Conseil d'État, 22 février 2007, *APREI* (SEILLER, [2. L'action administrative], s. 45); Conseil d'État, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*; Conseil d'État, 8 mars 2012, *Association Nice volley-ball*, (GROS, s. 79). "(B)ugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sını ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmeti alanı vardır" Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.10.1992, E. 1992/33, K. 1992/36, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 587).

⁴⁶⁴ "En geniş 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" Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2008, E. 2008/5151, K. 2008/6509. Benzer tanımlar: Danıştay 10. Dairesi, 21.05.1996, E. 1995/4326, K. 1996/2769; Danıştay İdarî İşler Kurulu, 03.10.1996, E. 1996/79, K. 1996/83; Danıştay 1. Dairesi, 17.04.2000, E. 2000/29, K. 2000/59; Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42; Anayasa Mahkemesi, 14.04.2011, E. 2004/16, K. 2011/63; Anayasa Mahkemesi, 04.06.2014, E. 2013/88, K. 2014/101, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 523-524).

⁴⁶⁵ Yargıcın *kamu hizmeti* nitelemesi ve yakın tarihli diğer kararlar için bkz. CUBAYNES Camille, "Identification(s) prétorienne(s) du service public", *Journal du droit administratif*, (Chronique Transformation(s) du Service Public - 2017), Article: 200, (Erişim: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1955>, 03.07.2019). Kavram hakkında detaylı Türkçe okuma için bkz. KARAHANOGULLARI Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara 2004 (Kamu Hizmeti); GÜLAN Aydın, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987; YILMAZ Dilşat, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Yıl: 2008, Sayı: 1-2, s. 1215-1234.

⁴⁶⁶ CUBAYNES Camille, "Lois dites de Louis Rolland", *Journal du droit administratif*, (Chronique Transformation(s) du Service Public - 2017), Article: 207, (Erişim: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1968>, 03.07.2019).

⁴⁶⁷ Conseil d'État, 7 août 1909, *Winkell*, (LOMBARD, s. 278); Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene*, (LONG ve diğerleri, s. 366; BRAIBANT / STIRN, s. 270). Conseil d'État, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, (FOILLARD, s. 159). Conseil constitutionnel, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine "anayasal değer" (*valeur constitutionnelle*) atfetmektedir. Bkz. Conseil Constitutionnel, 25 juillet 1979, Décision n° 79-105 DC, (Erişim: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79105DC.htm>, 21.05.2019). Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 04.07.1964, E. 1964/674, K. 1964/344, *Resmî Gazete*, 05.05.1965, s. 4. "Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlenmesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlenmesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve *hukukun genel ilkesi* olarak kabul edilmiştir" Danıştay 8. Dairesi, 27.11.1997, E. 1996/1687, K. 1997/3669, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 529-530). Danıştay 8. Dairesi, 04.05.1978, E. 1977/2748, K. 1978/4427; Danıştay 6. Dairesi, 04.02.1992, E. 1991/2055, K. 1992/430, (BEREKET, s. 93). Anayasa Mahkemesi, 07.05.2002, E. 2000/17, K. 2002/46, *Resmî Gazete*, 26.03.2003, Sayı: 25060.

değişkenlik-intibak (*mutabilité-adaptabilité*)⁴⁶⁸ ve eşitlik-tarafsızlık (*égalité-neutralité*)⁴⁶⁹ ilkeleri, söz konusu neticeler arasında en önemlileridir. Zira içtihat kaynaklı bu ilkeler, kamu hizmetlerinin “*ortak hukukunu*” teşkil etmektedir⁴⁷⁰.

8) Kamu Düzeni: Muhtelif mevzuatta kâh hukukî tasarrufların sebebi⁴⁷¹, kâh kolluk faaliyetinin amacı⁴⁷² olarak kendini gösteren *kamu düzeni* tamlaması, yargısal içtihatlarla başvurulmadığı sürece hiçbir anlam ifade etmez⁴⁷³. Yani kamu düzenini her yöne çekilebilecek bir *lâfız* olmaktan çıkarıp, unsurları ve sınırları belli bir *kavrama* dönüştüren, idarî yargıdır⁴⁷⁴. Conseil d’État’nın, başlangıçta toplumun maddî / dış düzeninden (*ordre matériel et extérieur*) ibaret görülen⁴⁷⁵ kavrama, XX. yüzyılın ortalarından itibaren genel ahlâk (*moralité*

⁴⁶⁸ Conseil d’État, 10 janvier 1902, *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Lès-Rouen*, (LOMBARD, s. 281); Conseil d’État, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, (LONG ve diğerleri, s. 115); Conseil d’État, 6 mai 1985, *Ricard*, (GROS, s. 106). Danıştay 11. Dairesi, 04.05.1977, E. 1974/4855, K. 1977 /1704, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 595); Danıştay 8. Dairesi, 23.06.1997, E. 1997/185, K. 1997/2229; Danıştay 8. Dairesi, 17.06.1997, E. 1996/3847, K. 1997/2153, (KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 226-227).

⁴⁶⁹ Conseil d’État, 1 avril 1938, *Société l’alcool dénaturé de Coubert*, (GROS, s. 108); Conseil d’État, 25 juin 1948, *Société du journal « L’Aurore »*; Conseil d’État, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*; Conseil d’État, 28 mai 1954, *Barel*; Conseil d’État, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, (BRAIBANT / STIRN, s. 272-274); Conseil d’État, 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, (RICCI, s. 35); Conseil d’État, 21 octobre 1988, *Fédération des parents d’élèves de l’enseignement public*, (LONG ve diğerleri, s. 91). Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 11.02.1972, E. 1968/661, K. 1972/119, (GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 597); Danıştay 10. Dairesi, 21.06.1990, E. 1989/359, K. 1990/1493, (BEREKET, s. 43). Danıştay 8. Dairesi, 17.03.1999, E. 1998/6982, K. 1999/1478, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 536-537);

⁴⁷⁰ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 188.

⁴⁷¹ Örnek: 1982 Anayasası’nda kamu düzeni, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına (m. 20/2, 21, 22/2, 26/2, 31/2, 33/3, 34/2 ve 51/2), olağanüstü hâl ilanına (m. 119/1) yahut yürütmenin durdurulması müessesesinin sınırlandırılmasına (m. 125/6) sebep teşkil eder. 5442 sayılı İl İdareleri Kanunu’na göre vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş gün geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir (m. 11). 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’na göre Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, kamu düzeni sebebiyle kullanım hakkı verilmesi taleplerini reddedebilir (m. 9/9).

⁴⁷² Örnek: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (m. 2); 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (m. 3 ve 7), 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu (m. 3).

⁴⁷³ Fransız mevzuatı da kamu düzeninin unsurlarını tanımlayan açık bir hüküm içermemektedir. Yalnızca Mahallî İdareler Genel Kanunu’nun (*Code général des collectivités territoriales*) L-2212-2 numaralı maddesi (eski 5 Nisan 1884 tarihli Kanun’un 97. maddesi), mahallî kolluğun kamusal düzeni (*bon ordre*), güvenliği (*sûreté*) ve sağlığı (*salubrité*) temin etme amacından söz etmektedir. (www.legifrance.gouv.fr).

⁴⁷⁴ “Yasa, kamu düzeninin korunması gerektiğini söylemekte, fakat onun tanımını yapmamaktadır. Bu nedenle kamu düzeni kavramının içeriğini hâkim belirleyecektir. Hâkimin bu faaliyetinde kanımızca hâkimin yorum yapma faaliyeti ile takdir yetkisi [hukuk yaratma] iç içe geçmiştir (...) Yani kamu düzeni kavramı, uygulama öncesi, hem içerik hem de sonuçları açısından belirsiz bir kavramdır. Buna bağlı olarak da hâkimin takdir yetkisi [hukuk yaratma] hem maddi olayın hukuki nitelendirilmesinin yapılması aşamasında, hem de bu nitelendirmenin hukuki sonucunu belirleme aşamasında söz konusu olmaktadır” OKAY TEKİNSOY Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul 2011, s. 181-182.

⁴⁷⁵ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris 1927, s. 445.

publique)⁴⁷⁶, insan onuru (*dignité humaine*)⁴⁷⁷, bireylerin kendilerine karşı korunması (*protéger les individus contre eux-mêmes*)⁴⁷⁸ ve estetik (*esthétique*)⁴⁷⁹ gibi yeni bileşenler eklemesi, bu bağlamda verilebilecek en çarpıcı örneklerdir⁴⁸⁰.

Yukarıdaki listeye kamu gücü (*puissance publique*), kamu yararı (*intérêt général*), kamu malı (*domaine public*) ve kamu görevlisi (*agent public*) gibi diğer temel kavramları rahatlıkla eklemek mümkündür. Ancak örnekleri gereğinden fazla uzatmadan, Fransız doktrininden bir alıntıyla ikinci bölümü noktalamak ve idare hukukunun içtihadiliğine ilişkin muhtelif meseleleri incelemeye geçmek daha isabetli olacaktır: “*İdare hukukunu idare hukuku yapan; hukukun genel ilkeleri gibi en temel prensipler, en temel kavramlar ve en temel rejimler, içtihat kaynaklıdır*”⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Conseil d’État, 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutetia » et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, (LONG ve diğerleri, s. 476); Conseil d’État, 8 décembre 1997, *Commune d’Arcueil*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 84).

⁴⁷⁷ Conseil d’État, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, (LONG ve diğerleri, s. 648). Bu kararın verilmesinde, insan onurunun anayasal değerinde bir ilke (*principe à valeur constitutionnelle*) olarak kabul edilmesinin etkisi vardır: Conseil constitutionnel, 27 février 1994, Décision n° 94-343/344 DC, (Erişim: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm, 03.07.2019).

⁴⁷⁸ Conseil d’État, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 86).

⁴⁷⁹ Conseil d’État, 6 novembre 1998, *Association amicale des bouquinistes des quais de Paris*, (SEILLER, [2. L’action administrative], s. 86).

⁴⁸⁰ Bu yeni bileşenler, Türk hukukuna -lâfzen- yazılı kurallar yoluyla girmiştir. (Örnekler: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, m. 11 [genel ahlâk]; 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun, m. 3 [insan onuru ve genel ahlâk]; 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, m. 8 [insan onuru ve genel ahlâk]; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, m. 6 [estetik]; 3194 sayılı İmar Kanunu, m. 40 [estetik]). Mevzuatın somutlaştırılması bakımından yargıcın başat rolü ise sürmektedir. Danıştay 10. Dairesi, 31.03.1993, E. 1991/2508, K. 1993/1262; Danıştay 10. Dairesi, 15.05.2001, E. 1999/5326, K. 2001/1807; Danıştay 6. Dairesi, 18.01.1993, E. 1992/3360, K. 1993/37; Danıştay 6. Dairesi, 20.05.1991, E. 1989/1580, K. 1991/1219; Danıştay 6. Dairesi, 21.09.1999, E. 1998/3936, K. 1999/4131, (OKAY TEKİNSOY, s. 139-149).

⁴⁸¹ CHAPUS, Général, s. 93.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

İDARE HUKUKU VE İÇTİHADÎLİK: SORU(N)LAR, GÖZLEMLER

I. İÇTİHADÎ KURALLARIN TESPİTİ

Yasama ve yürütmenin koyduğu herhangi bir kurala ulaşmak için *Journal Officiel* yahut *Resmî Gazete*'ye göz atmak (ilgili kanun veya düzenleyici işlemi okumak) yeterlidir. Yargıç tarafından vaz'edilen içtihadî kuralın tespiti ise ekseriya güç bir iştir. Çünkü Kıta Avrupası'nda yargı organına, genel-soyut norm koyma yetkisi - açıkça- tanınmamıştır. Hatta Fransa'da kanun koyucu, geçmişte parlömanlara verilen *arrêt de règlement* imkânının devlet işleyişini felce uğratması sebebiyle¹, mahkemeleri bu nitelikte kararlar vermekten kesin bir dille men etmiştir². Türkiye'de Medenî Kanun'un ilk maddesi, Code civil'den öteye geçip yaratıcı bağlılık (*fidélité créatrice*) esasını benimsemesine rağmen, yargıcın önündeki tikel-somut uyuşmazlığı *aşacak* tarzda kural koyabilmesini öngörmemiştir³. Bu yüzden idarî yargıç, son tahlilde *jurislateur* (hukuk vazıı) olsa da, *öyle değilmiş gibi* davranır⁴. Dahası, Common Law'daki emsâl karar doktrinine (*doctrine of precedent*) tabi olmadığı için, geçmiş kararlara atıf yapma ihtiyacı da hissetmez.

İdarî yargıç, önceki bölümde ortaya konan sebeplerden ötürü⁵, iki işi birlikte yüklenmiş vaziyettedir: 1) Önüne gelen her davada yerine getirdiği hüküm verme işlevi (*fonction juridictionnelle*). 2) Bazı davalarda, *ayrıca* ortaya çıkan içtihat üretme işlevi

¹ Bu noktada, çalışmanın ikinci bölümünde verilen bazı bilgileri hatırlatmak gerekir: Parlömanların, bugün *yasama organı* anlamında kullanılan *parlamento* ile hiçbir ilgisi yoktur. Kökeni *Curia Regis*'e dayanan ve başlangıçta yalnızca Paris'te bulunan *Cour de Parlement*, zamanla çoğalarak bütün ülkede kral adına adalet dağıtan bir merci haline gelmiştir. Parlömanlar, bugünkü mahkemelerden farklı olarak *arrêt de règlement* denilen, açıkça kural koyucu nitelikte kararlar alabiliyorlardı. Dolayısıyla parlömanlar ile devletin geri kalan organları (hatta kral) arasında ciddî yetki çatışmaları doğuyordu. WEIDENFELD, s. 9-11; MESTRE (Jean-Louis), Introduction, s. 189-191; BURDEAU, s. 33-34.

² Code civil, m. 5: "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises (Yargıçların, önlerine gelen meseleler üzerine genel ve düzenleyici hüküm getirmek suretiyle karar vermesi yasaktır)". Bir an için Code civil'in Blanco kararıyla ekarte edildiği, dolayısıyla idarî yargıcı bağlamayacağı düşünülebilir. Ancak başlangıç hükümlerinde yer alan bu maddenin başlığı, "genel olarak kanunların uygulanması"ndan (*application des lois en général*) söz ettiği için idarî yargıca da hitap etmektedir. LEBRETON, s. 71.

³ SEROZAN, s. 98 ve 140.

⁴ Örneğin Türkiye'de, herhangi bir tam yargı davasında verilen kararı okuyan kimse, idarenin sorumluluğuna ilişkin içtihadî kurallar yerine, Anayasa'nın 125. maddesi ve şekli hukuka ilişkin birtakım mevzuat hükümleriyle (Danıştay Kanunu yahut İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun ilgili maddeleriyle) karşılaşacaktır. Hâlbuki bu maddeler, davanın esasına (maddî hukuka) dair neredeyse hiçbir şey söylemez. Yargıç yapısı -ve asıl belirleyici- içerik, adeta onların *arkasına saklanmış* vaziyettedir. (Fransız hukuku açısından benzer bir tespit: CHAPUS, Général, s. 124).

⁵ Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II: "İdarî Yargıcı İçtihat Üretmeye İten Sebepler".

(*fonction jurisprudentielle*)⁶. Yalnızca hüküm verme işlevini yansıtan (mevcut bir kuralın tatbiki niteliğindeki) uygulama kararlarıyla⁷ (*arrêts d'application / arrêts d'espèce*), içtihat üretme işlevini de içeren (yorum yahut hukuk yaratma yoluyla normatif durumu değiştiren) ilkesel kararları (*arrêts de principe*) tefrik etmek kolay değildir⁸. Zira içtihadî kurallar, çoğu zaman, sadece önündeki tikel-somut ihtilâfi çözmekte olduğu zannını uyandıran kararların bünyesinde *gizlenmiş* hâlde doğar⁹. Başka bir deyişle içtihadî kuralların tespiti, ancak muayyen davalarda, muayyen taraflar için verilmiş hükümler *dolayısıyla* mümkün olur¹⁰.

İlkesel kararları bulmak için akla gelen ilk yöntem, kararı veren merciin idarî yargı düzeni içerisindeki pozisyonuna bakmaktır. Bu açıdan; içtihat üretme fonksiyonunu yansıtan kararların yüksek mahkemelerdeki üst düzey heyetlerden (*assemblée, section du contentieux* yahut dava daireleri kurulları¹¹) çıktığı söylenebilir¹². Ne var ki, bu yöntemin yüzde yüz netice vermeyeceğini¹³, bizzat söz konusu heyetlerden birine (*section du contentieux*) başkanlık eden Bruno Genevois ortaya koymuş ve kararın içeriği (*contenu*), bağlamı (*contexte*) yahut zamana karşı dayanma gücü (*résistance à l'épreuve du temps*) gibi ek ölçütler sunmuştur¹⁴.

1821'den beri yayımlanan meşhur kararlar mecmuası *Recueil Lebon*, sırf ilkesel kararları gözden kaçırma endişesiyle, 1920'lere dek bütün Conseil d'État kararlarına yer vermeye çalışmıştır. Yüksek Mahkeme'nin iş yükü artıp, her kararın yayımlanması imkânsız hâlde geldikçe *ayıklama problemi* baş göstermiş, nihayet içtihat üreten kararların teşhisi için yukarıda izah edilenlere benzer kıstaslar kullanılmaya başlamıştır. Yakın dönem itibariyle Conseil d'État kararlarının yaklaşık %10'u Lebon'a girmekte, tam metni yayımlanan en önemli kararlar (*décisions A*) ise, mecmuaya alınanların üçte

⁶ TRUCHET, s. 186.

⁷ "(U)ygulayıcıya ışık tutan ve yol gösteren mahkeme kararları salt 'ilke kararları'dır; yoksa yalın 'olgu kararları' değil." SEROZAN, s. 39.

⁸ GAUDEMET, Méthodes, s. 226 ve devamı; LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 6; CHRÉTIEU / CHIFFLOT / TOURBE, s. 174; DEBBASCH / COLIN, s. 96; TRUCHET, s. 186. Benzer güçlük, Kıta Avrupası kadar olmasa da, *Common Law* için de geçerlidir. CARDOZO, s. 29.

⁹ Örneğin ayrılabilir işlem teorisinin başlangıcı sayılan *Martin* kararında, Conseil d'État sadece dava konusu işlemin iptal davasına konu edilemeyeceği yönündeki taraf iddiası karşısında sükût edip, davanın esasına girmekle yetinmiş, teoriye dair tek cümle kurmamıştır. Conseil d'État, 4 août 1905, *Martin*, (GAUDEMET, Méthodes, s. 233).

¹⁰ FRIER / PETIT, s. 113-114.

¹¹ Türk hukukuna has *icthihatları birleştirme kuruluna*, aşağıda ayrıca temas edilecektir.

¹² CHAPUS, Général, s. 122; DEGOFFE, s. 35.

¹³ Örneğin kolluk faaliyetleri alanında ölçülülük ilkesini getiren *Benjamin* kararı, söz konusu heyetlerden çıkmış değildir. Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, (LONG ve diğerleri, s. 265).

¹⁴ GENEVOIS Bruno, "Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux", *Mélanges René Chapus*, Paris 2013, s. 245-261.

birini teşkil etmektedir¹⁵. Her şeye rağmen, söz konusu ölçütlerin yetersizliği, doktrinde sık sık tenkit edilmektedir¹⁶. Benzer güçlük ve eleştiriler, *büyük kararları* derleme iddiasındaki ünlü eser, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA) ve Danıştay Dergisi için de vakidir¹⁷.

Netice olarak, ilkesel kararların eksiksiz biçimde ortaya konması -ve dolayısıyla- içtihadî kuralların tam anlamıyla tespit edilebilmesi için iki şartın *bir arada* gerçekleşmesi gerekir: 1) İdarî yargı (ve uyuşmazlık mahkemesi) tarafından verilen istisnasız bütün kararlar, tam metin hâlinde ve tarafların hukukî statülerinin anlaşılabilmesi kaydıyla, araştırmacıların erişimine açık tutulmalıdır. 2) İlkesel kararlar ayıklanırken; kararı veren merciin dışında, kararın muhtevası, hangi somut olayı çözmeye yöneldiği (bağlamı) ve müteakip kararları ne derecede etkilediği gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Sağlıklı bir idare hukuku teorisinin inşa edilmesi, ancak bu koşullarda mümkündür.

Genellikle zannedildiğinin aksine, yargısal içtihadın (ve içtihadî kuralın) ortaya çıkması için *tek bir yargı kararı* kâfidir¹⁸. İlkesel kararların tefrikinde, sonraki kararlara etki etme kriterinin aranması, içtihadî kuralın *doğuşundan* ziyade *tespiti* için önem arz eder (çünkü tespit sonradan, geriye doğru bakılarak yapılan bir iştir)¹⁹. Şu hâlde, aniden beliren içtihadî kuralın müteakip kararlarda yeniden tatbik edilip edilmemesi, onun *varlığı* ile değil, *var olduğu süre* (ömrü) ile ilgili bir sorundur²⁰.

II. İÇTİHADÎ KURALLARIN HUKUKÎ DEĞERİ

İdarî yargıcın, önüne gelen davada verdiği ve kanun yolları sonucunda -yahut bu yollara gidil(e)memesi sebebiyle- kesinleşen hükmün otoritesi (*autorité de la chose jugée*) ile içtihadî kuralın hukukî değerini (*valeur juridique de la règle jurisprudentielle*) birbirine karıştırmamak gerekir²¹. Yargıcın hüküm verme işlevini

¹⁵ MAUGUÉ Christine / STAHL Jacques-Henri, "Sur la sélection des arrêts du *Recueil Lebon*", *RFDA*, 1998, s. 768.

¹⁶ WALINE Jean, "Lebon ou pas Lebon", *AJDA*, 2011, s. 1105.

¹⁷ BRAIBANT Guy, "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", *AJDA*, 2006, s. 1428; PACTEAU Bernard, "Les grands arrêts ignorés", *RFDA*, 2007 (GAJA 50. Yıl Özel Sayısı), s. 239; MESTRE Jean-Louis, "Les grands arrêts antérieurs à 1873", *RFDA*, 2007 (GAJA 50. Yıl Özel Sayısı), s. 230; GÖZLER, *İdare*, Cilt: I, s. 8-13; KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 133.

¹⁸ CHAPUS, Général, s. 122; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 129.

¹⁹ FRIER / PETIT, s. 114.

²⁰ Vedel'e göre izole olmuş ve sonraki kararlara etki etmemiş bir ilkesel karar, içtihadî kural barındırır bile, idare hukukundan çok tarih ilminin konusudur. VEDEL, *Précédent*, s. 276.

²¹ VEDEL / DELVOLVÉ, s. 486.

(*fonction juridictionnelle*) gösteren *kesin hüküm*²², ilgili tikel-somut ihtilâfî nihaî olarak sona erdirir. Yani aynı taraflar; aynı konuda, aynı sebebe dayanan ikinci bir dava daha açamaz.

Maddî hukuk açısından kesin hüküm, kural olarak, yalnızca davanın taraflarını bağlar (*inter partes* - nısbî etki)²³. İdarî yargıda görülen tam yargı davalarında da durum böyledir²⁴. Objektif nitelik arz eden iptal davasında ise kesin hüküm, mutlak (*erga omnes*) etki doğurur²⁵. Söz gelimi bir düzenleyici işlem iptal edildiğinde, yalnızca dava açan kişi bakımından değil, *herkes için* ortadan kalkar²⁶. Hatta bundan hareketle idarî yargıcın, anayasa yargısına atfedilen “negatif yasama”²⁷ işlevine benzer biçimde, *negatif yürütme* vazifesi gördüğü dahi söylenebilir. Hâl böyle iken kesin hükmün otoritesi; ister *inter partes*, ister *erga omnes* etkili olsun, tikel-somut uyuşmazlığın bağlamını aşmaya yönelmez (iptal edilen yönetmelik herkes için ortadan kalkmıştır; ancak dava konusu edilmemiş ve / fakat aynı sakatlıkla malûl diğer yönetmelikler, mevcudiyetini sürdürür).

İlkesel kararların bünyesinde *gizli* içtihadî kurallar ise, vaz’edilmesine vesile olan tikel-somut uyuşmazlığın *ötesine* uzanır²⁸. Örneğin yargıcın (A) davasında ürettiği ve bir yönetmeliği iptal etmek için kullandığı (X) kuralı; (B), (C) ve (D) davalarında, başka yönetmeliklerin iptaline de yol açabilir. Paradoksal biçimde, etkileri uyuşmazlık ötesine yönelmesine rağmen, içtihadî kural, kesin hükümden güçsüzdür. Zira daha önce işaret edildiği gibi, Common Law’un aksine, Kıta Avrupası’nda emsâl karar doktrini benimsenmemiştir. Kendisini vaz’eden dâhil, hiçbir mahkeme, içtihadî kurala uymak zorunda değildir²⁹. Dolayısıyla, *kesin hükmün etkisi tikel (cüz’i) ancak güçlü iken, içtihadî kuralın etkisi tümel (külli) ancak güçsüzdür*. Benzetmek gerekirse; etki

²² Türk literatüründe *kesin hüküm* terimi, hem *chose jugée* (*res iudicata*) hem de *jugement définitif* kavramlarının mukabili olarak kullanıldığı için konunun idrakini güçleştirmektedir. Gözler, *chose jugée* karşılığında *emr-i makzî* yahut *kaziye-i mahkûmunbiha* terimlerini önermektedir. Yazarın tenkit ve tekliflerine hak verilmekle beraber, bu çalışmada *galat-ı meşhur* olan *kesin hüküm* tabiri yeğlenmiştir. Bkz. GÖZLER Kemal, “*Res iudicata*’nın Türkçesi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Yıl: 2007, Sayı: 2, s. 45-61.

²³ SEROZAN, s. 41-42; DEBBASCH / COLIN, s. 95.

²⁴ MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 331; FOILLARD, s. 155.

²⁵ ULER Yıldırım, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara 1970, s. 44; LEBRETON, s. 69; TRUCHET, s. 134. İptal kararların *erga omnes* etkili olması da, aslında içtihadî bir kuraldır: Conseil d’État, 8 décembre 1899, *Ville d’Avignon* (BAILLEUL David, **L’efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français**, Paris 2002, s. 325-326).

²⁶ FOILLARD, s. 155.

²⁷ KELSEN Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, **The Journal of Politics**, Volume: 4, Number: 2 (May 1942), s. 187.

²⁸ DUPEYROUX, s. 362.

²⁹ VEDEL, Précédent, s. 281.

bakımından kesin hüküm, doğadaki güçlü nükleer kuvvete (*strong nuclear force*), içtihadî kural ise kütle çekim kuvvetine (*gravitation*) benzer (ilki yalnız atom içerisinde, fakat çok güçlü iken; diğeri bütün evrene yaygın, fakat zayıftır)³⁰.

Kesin hükmün otoritesinden *başka bir şey* olduğu ortaya konduktan sonra, idarî yargıç tarafından³¹ üretilen içtihadî kuralların hukukî değeri meselesine, şu iki gözlemle giriş yapılabilir: 1) İdarî mahkemelerde kanun hükümlerinin iptali için dava açıl(a)maz. Yani idarî yargıç, *kanunun iptali* şeklinde bir karar ver(e)mez. 2) Hiçbir idarî işlem³², idarî yargı denetiminden bağışık değildir. Başka bir deyişle idarî yargıç; ister birel, ister düzenleyici³³ olsun, hukuka aykırı bulduğu bütün idarî işlemleri iptal etme imkânına sahiptir. Fransız doktrininde birçok yazar, kimsenin inkâr etmediği bu gözlemlerden hareketle, idarî yargıç tarafından üretilen içtihadî kuralların kanun altı (*infra-législatif*), düzenleyici işlem üstü (*supra-décrétal*) ve *sabit* bir değer arz ettiğini öne sürer³⁴.

İlk bakışta karşı çıkılamaz gibi görünen yukarıdaki iddianın doğruluğu, aslında iki ön kabulün *birlikte* benimsenmesine bağlıdır: 1) Herhangi bir kuralın hukukî değeri, onu vaz'eden organın konumuna göre belirlenir³⁵. 2) İchtihadî kural, yalnızca metinden bağımsız hukuk yaratma yoluyla ortaya çıkabilir³⁶.

³⁰ Danıştay, söz konusu *zayıf etkiyi* güçlendirmek adına, verdiği iki istişarî kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: "(K)esin yargı kararları (...), yalnızca tarafları bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesisi zorunda olmamakla birlikte, bu olaylar hakkındaki yargı kararları müstakar hale gelmiş yerleşik içtihatlar haline dönüşmüş ise, artık, idareler açısından bu kararlar emsal alınmayı gerektiren kararlardır. İdarenin, benzeri olaylarda müstakar hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda hareket etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir gereği olduğu gibi, lüzumsuz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural olmalıdır" Danıştay 1. Dairesi, 30.09.1996, E. 1996/172, K. 1996/190. "(...) yargı kararları, olayına özgü olarak yalnızca tarafları bağlayıcı özellikte bulunduğu için idare, benzeri olaylarda bu kararlar doğrultusunda işlem tesisine zorunlu olmamakla birlikte, ilgili yargı kararları istikrar kazanmış ise, her olayın özgün koşulları da dikkate alınmak suretiyle maddi ve hukuki olgularda farklılık olmaması halinde, emsal alınması gerekli nitelik taşırlar" Danıştay 1. Dairesi, 05.02.1999, E. 1999/15, K. 1999/23. Aynı yönde: Danıştay 1. Dairesi, 24.09.1997, E. 1997/123, K. 1997/115. (Kararları nakleden: AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 45).

³¹ Çalışmanın sınırları gereği, mesele idarî yargıç özelinde incelenmiştir. Yoksa daha evvel işaret edildiği gibi; idare hukukunun oluşumunda uyumsuzluk yargıcı, anayasa yargıcı ve hatta adlî yargıçtan sadır olan bazı içtihadî kuralların da etkisi vardır: bkz. SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 130-131; TRUCHET, s. 30-38.

³² Yasama kısıntıları müstesna.

³³ Türk hukukuna özgü yeni bir düzenleyici işlem türü olan *cumhurbaşkanlığı kararnameleri*, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

³⁴ CHAPUS, Valeur, s. 99 ve devamı; FOILLARD, s. 156. (Chapus'ye ait bu görüş, Fransa'daki hemen hemen bütün genel idare hukuku eserlerinde mevcuttur). 16 Nisan 2017'deki halkoylamasıyla kabul edilen anayasa değişikliklerinden önce bazı Türk yazarlar da, idarî yargıç tarafından üretilen içtihadî kuralların *kanun altı, düzenleyici işlem üstü* olduğu fikrini benimsemekteydi: GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Bursa 2009 (ikinci Baskı), Cilt: I, s. 65; GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul 2016, s. 167-168 (ve 111-112).

³⁵ FOILLARD, s. 157.

³⁶ Örneğin bu görüşün başlıca müdafilerinden Chapus, *ıchtihadî* sıfatını sadece, yargıç tarafından, hiçbir metne dayanmaksızın vaz'edilen kuralara / ilkelere hasretmektedir. CHAPUS, Valeur, s. 99, dipnot: 3.

Birinci ön kabul, Carré de Malberg'in organlar hiyerarşisi (*hiérarchie des organes*) görüşüne dayanır³⁷. Devleti normlar değil, organlar dizgesi (*système d'organes*) şeklinde tasavvur eden bu yaklaşım, kuralların gücünü, onları vaz'eden otoritenin anayasal rejim içerisindeki pozisyonuyla özdeşleştirir³⁸. Kuralların hukukî değerini, kendisini yapan mercii dışında başka kriterlere göre (de) tespit eden düşünürlere (örneğin Hans Kelsen yahut Léon Duguit'ye) başvurmak suretiyle bu ön kabulün sorgulanması ve göreceleştirilmesi (*relativiser* edilmesi) pekâlâ mümkündür³⁹. İkinci ön kabulü sarsmak ise daha kolaydır: *yorum* ve *hukuk yaratma* arasındaki sınır son derece belirsizdir. Çalışmanın başında ortaya konduğu üzere yargısal içtihat (ve dolayısıyla içtihadî kural); yorum, analogi, mefhum-u muhalif yahut evleviyet gibi metin-bağımlı yöntemlerle de ortaya çıkabilir⁴⁰. Hatta içtihadî kuralların kahir ekseriyeti böyledir⁴¹. Çünkü Kıta Avrupası'nda (bilhassa Fransa'da) hukukun *formel* kaynağı olarak tanınmayan yargıç, aslında metinden bağımsız eriştiği neticeleri dahi, *bir şekilde* yazılı hükümlerle irtibatlandırır (deyim yerindeyse onlara metin-bağımlı süsü verir)⁴². Tam bu noktada, iki ön kabulün, ayrı ayrı çürütülebilmelerine ilaveten, birbirini nakzettiği de gözden kaçırılmamalıdır: hem iradeci-pozitivist bir tavırla organlar hiyerarşisine yaslanıp, hem de yargıcın *hukukî değer* arz eden birtakım *kurallar* koyabileceğini kabul etmek -en azından Kıta Avrupası'nda⁴³- açık bir çelişkidir⁴⁴.

İdarî yargıcın, kararlarına esas teşkil eden ve yazılı hukukta açıkça yer almayan bazı ilkelere *kanunî* hatta *anayasal* değer atfettiği⁴⁵ bir vakıadır⁴⁶. Meseleye az evvel

³⁷ FRIER / PETIT, s. 54 ve 122.

³⁸ MALBERG Raymond Carré de, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris 1933, s. 167.

³⁹ 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde "*kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu*" açıkça vurgulanmıştır. Türk hukuku açısından organlar hiyerarşisinden kaynaklanan bu ön kabulün pozitif temeli dahi yoktur.

⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm, Başlık III: "Yargısal İchtihadın Doğuşu". Aynı yönde: FRIER / PETIT, s. 123.

⁴¹ DUPEYROUX, s. 361.

⁴² FRIER / PETIT, s. 122-123.

⁴³ Anglo-Sakson sisteminde hem pozitivist olmak, hem de yargı kararlarını şekli bir hukuk kaynağı olarak kabul etmek mümkündür.

⁴⁴ ROCHE Jean, "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence", *AJDA*, 1962 (Octobre), s. 532-540.

⁴⁵ Örneğin Conseil d'État bir kararında, kanun hükümlerinin hukukun genel ilkelerine uygunluğundan (*conformité de dispositions législatives avec des principes généraux du droit*) söz etmektedir: Conseil d'État, 23 novembre 1984, *O. Roujansky*, (RICCI, s. 36). "(...) yasalardaki kuralların 'Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları' hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Bu nedenle (...) yasadaki söz konusu hükmün anlamının, amaçsal bir yorumla ve (...) Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir" Danıştay içtihatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4 (Meşhur 1402'likler kararı). Kararla ilgili ayrıca bkz. ERKUT Celâl, "Danıştay'ın 1402'likler Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüz Akı", *Tarik Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul 1992, s. 71-86.

açıklanan ön kabuller çerçevesinde bakan Chapus'ye göre bu tür atıflar, içtihadî kuralların *idare açısından* bağlayıcılığını vurgulamaktan öte bir anlam taşımaz⁴⁷. Hukuk bilgisi sınırlı parlâmenterlerin (kanun koyucunun) dahi abesle iştigal etmeyeceği varsayılır. Aynı faraziye, hukuk eğitimi almış yargıçtan esirgenmese, daha farklı bir sonuca ulaşılabilirdi: *İdarî yargıç, bir kanun hükmünü iptal edemeyeceğinin bilincindedir. Buna rağmen vaz'ettiği ilkelere kanunî yahut anayasal değer biçmesi, sonraki kanunlara nasıl muamele edeceğine işaret eder*⁴⁸.

İdarî yargıç, bizzat çektiği⁴⁹ *yasama perdesini* kaldırmak bakımından; somut norm denetimine başvurma, anayasaya uygun yorum yapma, uluslararası antlaşmaları ölçü alma ve anayasayı doğrudan uygulama gibi *iptal-dışı etkisizleştirme* imkânlarını elinde tutmaktadır⁵⁰. Bu imkânlar düşünüldüğünde, idarî yargıcı salt “*kanunların*

⁴⁶ LOUVARIS, s. 194-195. Örneğin idarî yargıç, birçok kararında hukukun genel ilkelerine açıkça kanun değeri (*valeur législative*) vermiştir: Conseil d'État, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie*; Conseil d'État, 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*; Conseil d'État, 28 mai 1982, *Roger*. İdarî yargıç bununla kalmayıp, *anayasal değer*de bazı ilkeler vaz'etmektedir. Örnek: Conseil d'État, 3 juillet 1996, *Koné*. Kararda devletin yabancılara ilişkin siyasî amaçlı iade taleplerini reddetme yükümlülüğü, cumhuriyet kanunlarının tanınan temel ilkeler (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*) arasında kabul edilmiştir. RICCI, s. 36; PEISER, s. 36. Hükümet komiseri Fournier, bir mütalâasında, hukukun genel ilkelerinden bir kısmının *anayasal değer* taşıdığından söz eder (Conseil d'État, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, conclusions Fournier). Böylece Conseil d'État denetimine tabi olan Fransız sömürgelerindeki kanun koyucu organların (*législateur colonial*) yaptığı düzenlemeler ve kanun gücündeki *ordonnance*'ların bu ilkelere riayet etmesi sağlanmak istenmiştir. BRAIBANT / STIRN, s. 267-269.

⁴⁷ CHAPUS, Valeur, s. 106. Aynı görüşteki yazarlar Conseil d'État'nin, hukukun genel ilkelerine aykırı, ancak kanuna uygun bazı idarî işlemleri iptal etmeyen kararlarından hareketle bu sonuca ulaşmaktadır: Conseil d'État, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes*; Conseil d'État, 15 octobre 1965, *Union fédérale des magistrats et sieur Reliquet*; Conseil d'État, 17 mars 1995, *Syndicat des casinos autorisés de France*, (RICCI, s. 36).

⁴⁸ Örneğin Conseil d'État, hukukun genel ilkesi olarak gördüğü dava / başvuru hakkını kısıtlayan bir kanun hükmünü, *contra legem* bir yorumla ekarte etmiştir. Conseil d'État, 7 février 1947, *D'Aillières*, (SERRAND, s. 23). Aynı yönde: Conseil d'État, 17 février 1950, *Dame Lamotte* (bu kararda yüksek mahkeme, ilgili kanun açıkça *idarî yahut yargısal hiçbir başvuru yapılamaz* demesine rağmen, bu ifadeyi daraltıcı yorumlamış ve idarî işlemlere karşı iptal davası açma hakkını korumuştur), (FRIER / PETIT, s. 124). Danıştay'ın yargı yolunu kapayan kanun hükümlerini, hak arama özgürlüğü ve hukuka bağlı devlet ilkesi lehine ihmal ettiği bazı kararlar: Danıştay 3. Dairesi, 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213; Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 09.02.1979, E. 1977/548, K. 1979/31; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.02.1970, E. 1969/2, K. 1970/1, (ERKUT, Prensipier, s. 37. Ayrıca Danıştay, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “yurt dışında tedavi olma hakkı”na dair hükümlerinin, devlet memuru statüsünde olmayan bir belediye başkanına uygulanmamasına dair idarî işlemi iptal ederken, hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur: Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 17.10.1975, E. 1975/48, K. 1975/704. “*Kanun hükmünün, sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırır biçimde yorumlanması mümkün değildir*” Danıştay 12. Dairesi, 09.06.1970, E. 1969/2879, K. 1970/1271. Aynı yönde: Danıştay 5. Dairesi, 26.01.1970, E. 1968/5543, K. 1970/219; Danıştay 8. Dairesi, 24.10.1990, E. 1989/1025, K. 1990/1201, (ERKUT, Prensipier, s. 32-34; ÖZAY, s. 483-484).

⁴⁹ Yasama perdesi teorisi (*théorie de la loi-écran*), Fransa'da, içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır. GLINIASTY, s. 106; GUETTIER, s. 206.

⁵⁰ Söz konusu imkânlar hakkında geniş açıklama ve örnekler için bkz. ALTINDAĞ Halil, **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi**, İstanbul 2016, s. 93-190; AZRAK Ali Ülkü, “İdarî Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 9, Yıl: 1992, s. 323-340; ODER, s. 140-149. Örneğin Danıştay, sınır dışı etme işlemini iptal ettiği bir kararında 2559 ve 5683 sayılı Kanun hükümlerini; anayasal ilkeler, insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinleri, Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Anlaşması Nihai Belgesi ve genel hukuk ilkeleri ışığında yorumlayarak ekarte etmiştir: Danıştay 12. Dairesi, 24.04.1978, E.

hizmetkârı (serviteur des lois)” şeklinde sunmak⁵¹ ve içtihadî kuralların hukukî değerini yalnızca *iptal edebilme yetkisi* üzerinden tartışmak, oldukça arkaik (XIX. yüzyıl işi) görünmektedir.

Yargıç, içtihadî kuralı değiştirmeye / ortadan kaldırmaya / ikame etmeye yönelik bir kanunu, yasama perdesini kaldırma gereği dahi duymadan, yorum yoluyla kendine uydurabilir⁵². Örneğin Fransa’da *injonction* (yargısal emir) yetkisine ilişkin 6 Şubat 1995 tarihli Kanun’dan sonra yargıç, dar yorum yaparak, *injonction* imkânını yalnızca davacının talebi hâliyle sınırlamıştır. Yetkisinin içeriğini ise Kanun’un öngörmediği durumlara kadar genişletmiş, idareye düzenleyici işlem yapma emri vermeye kadar ileri gitmiştir. Benzer şekilde, *injonction* talebinin ilk kez kanun yolu aşamasında yapılmasını da, metinde açıkça öngörülmemesine rağmen kabul etmiştir⁵³. Mahallî idare meclislerinin iç düzenleyici işlemlerine karşı iptal davası açılmasını engelleyen içtihadî kuralı⁵⁴ bertaraf etmek için çıkarılan 6 Şubat 1992 tarihli Kanun’un yorumunda da benzer bir durum söz konusu olmuştur⁵⁵. Türkiye’de 27 Temmuz 2004 tarih ve 5233 sayılı Kanun’dan sonra, Danıştay’ın sosyal risk ilkesini *diriltmesi*⁵⁶, idarî yargıcın yasama organı ile girdiği rekabete (*concurrence*)⁵⁷ başka bir örnektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde açıklanan sebeplerle yargıcın *kurucu*, yasama organının ise *tamamlayıcı* rol üstlendiği idare hukukunda, kanunlar çoğunlukla *a posteriori* konumdadır. Başka bir deyişle, yasama organı, neredeyse her zaman, yargıç tarafından zaten *düzenlenmiş* bir konuya, *sonradan* müdahale eder. Şu hâlde kanun

1977/1349, K. 1978/955, (Legalbank). Doktrinde bu karar, “İsveç Radyo Televizyon Kurumu” ismiyle maruftur. ERKUT, Prensipier, s. 38.

⁵¹ CHAPUS René, “De la soumission au droit des règlements autonomes”, *Recueil Dalloz*, Yıl: 1960, s. 124.

⁵² THÉRON, s. 235. LARZUL Tanneguy, *Les mutations des sources du droit administratif*, Lyon 1994, s. 334. İdarî yargıç, kanun hükümlerini, içtihat yoluyla vaz’ettiği hukukun genel ilkelerinin ihlâlüne izin vermeyecek tarzda yorumlamaktadır. DEBBASCH / COLIN, s. 102. Aynı yönde: FRIER / PETIT, s. 124. Örneğin Danıştay, 1982 Anayasası’nın geçici 15. maddesinin son fıkrası hükmünü ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun’un içeriğini, “gramer kurallarını zorlarcasına”, savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü lehine teleolojik yoruma tabi tutmuştur: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 28.02.1991, E. 1990/1, K. 1990/1, (ERKUT, Prensipier, s. 35). Yine Danıştay, tam yargı davalarında dava dilekçelerinde uyumsuzluk konusu miktarın gösterilmesi gerektiğini düzenleyen açık kanun hükmünü, dava açma hakkı lehine dar yorumlamış ve *zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde, uyumsuzluk konusu miktar gösterilmeden de tam yargı davası açılabilceği* kuralını vaz’etmiştir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10 (Kazancı).

⁵³ Conseil d’État, 26 juillet 1996, *Association Lyonnaise de protection des locataires*; Conseil d’État, 15 mars 1999, *M^{me} Devic*, (THÉRON, s. 236).

⁵⁴ Conseil d’État, 2 décembre 1983, *Charbonnel*; Conseil d’État, 25 mai 1988, *Tête*.

⁵⁵ LACHAUME Jean-François, “La jurisprudence à l’épreuve de la loi dans le droit des services publics”, *Écrits en hommage à Gérard Cornu (Droit civil, procédure, linguistique juridique)*, Paris 1994, s. 240-242 (Jurisprudence). Benzer diğer örnekler için bkz. LARZUL, s. 335-355.

⁵⁶ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014, E. 2013/4602, K. 2014/1220; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 18.02.2016, E. 2015/217, K. 2016/328, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 603).

⁵⁷ GAUDEMET Yves, “Faut-il retirer l’arrêt Ternon?”, *AJDA*, 2002, s. 739.

koyucu, ister teyit etmek, ister değiştirmek / düzeltmek suretiyle olsun, yeni normu içtihadî kural *üzerinden* (onu veri alarak) vaz'ettiği için yargıcın normatif gücünü zımnen tanımış ve hatta artırmış olur⁵⁸. Yani yasama organı, içtihadî kuralı kanunla aşmaya çalışırken (*validation législatif*), aynı zamanda onun *varlığı* ve *otoritesini* kabul eder. Tam bu noktada hemen belirtmek gerekir: kanunla bertaraf edilebilmesi⁵⁹, içtihadî kuralların mecburen daha aşağıda / değersiz (*inférieur*) olduğu anlamına gelmez. Çünkü kanunlar, pekâlâ *kanunları da* ilga edip, değiştirebilir⁶⁰ (sonraki kanun – önceki kanun). Nitekim kamu hizmetleri alanında içtihadî kural - kanun çatışmalarını gözlemleyen Lachaume, ortaya çıkan tabloyu *kanun - kanun* ilişkisi gibi ele almaktadır⁶¹. Gaudemet, kanunların yeterli (açık) olduğu alanlarda dahi, idarî yargıcın yasama organına karşı *bağımsız* bir tavır takındığı kanaatindedir⁶². Yargısal içtihatları haddi aşan (*abusive*) bir hukuk kaynağı olarak gören Dupeyroux da, eleştirmekle beraber, içtihadî kuralların kanuna eş bir otoriteye sahip bulunduğu gerçeğini kabul etmektedir⁶³.

Türkiye, 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halkoylamasıyla (2007'den itibaren fiilen yarı başkanlığa dönüşmüş) parlâmenter sistemi terk ederek, *cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi* şeklinde anılan hükûmet tarzına⁶⁴ geçmiştir. Bu kapsamda hukuk düzeni, *ismi eski, ancak mahiyeti tamamen farklı* bir devlet tasarrufu olan *cumhurbaşkanlığı kararnamesi* ile tanışmıştır. İdarî yargıç tarafından vaz'edilen içtihadî kuralların hukukî değeri bahsinde, söz konusu yeni işlem türüne de değinmek gerekir⁶⁵. Anayasa değişikliğine göre: 1) Anayasa Mahkemesi, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımlarından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir⁶⁶. 2) Anayasa Mahkemesi, iptal davası veya itiraz (somut norm

⁵⁸ THÉRON, s. 235. İdare hukuku alanında çıkarılan kanunların, özel hukukun aksine, çoğu zaman içtihadî kuralların derlenip yazılı hâle getirilmesinden ibaret olması, bu alanda yargısal içtihatların muteber / kurucu pozisyonunu ortaya koymaktadır. TRUCHET, s. 187; RICCI, s. 9.

⁵⁹ Örneğin Fransa'da 11 Temmuz 1979 tarihli Kanun, bazı bireysel idarî işlemler bakımından idareye gerekçe yükümlülüğü getirmiş ve böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı yönündeki içtihadî kural (Conseil d'État, 21 juillet 1970, *Boussel dit Lambert*) ortadan kalkmıştır (Conseil d'État, 31 octobre 1984, *FANE*). LEBRETON, s. 72.

⁶⁰ HÉBRAUD Pierre, "Le juge et la jurisprudence", *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse 1974, s. 357.

⁶¹ LACHAUME, *Jurisprudence*, s. 249. Conseil constitutionnel de, kanunu yorumlayan, yerleşik bir içtihadî kuralı, bizzat o kanuna eş görmektedir: Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, Décision n°: 2010-39 QPC; Conseil constitutionnel, 14 octobre 2010, Décision n°: 2010-52 QPC, (RICCI, s. 33).

⁶² GAUDEMET, *Méthodes*, s. 132.

⁶³ DUPEYROUX, s. 367.

⁶⁴ *Hükûmet sistemi* yerine *hükûmet tarzı* ibaresi, bilinçli bir şekilde kullanılmıştır. Zira *sistem* kelimesi, farklı ihtimaller düşünülerek hazırlanmış, uzun soluklu, kendi içinde tutarlı bir tasarımı çağırıştırır. Türkiye'de bu satırların kaleme alındığı an itibarıyla (2019) yürürlükte bulunan hükûmet tarzı, bir *sistem* teşkil etmekten çok uzaktır.

⁶⁵ Aşağıda yapılacak değerlendirme, Anayasa'nın m. 119/6-7 hükmü uyarınca olağanüstü hâllerde çıkarılabilecek *kanun hükümündeki* cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kapsamamaktadır.

⁶⁶ 1982 Anayasası, m. 148/1.

denetimi) yoluyla önüne gelen bir cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal edebilir⁶⁷. Şu hâlde idarî yargıç, *cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali* şeklinde bir karar veremeyecektir.

Chapus'nün iki ön kabulünü; yani herhangi bir kuralın hukukî değerinin, organlar hiyerarşisine göre belirleneceğini (I) ve içtihadî kuralların yalnızca metinden bağımsız hukuk yaratma yoluyla ortaya çıkabileceğini (II) benimseyen Gözler, anayasa değişikliğinden sonra Türk idare hukukunda içtihadî kuralların, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında, diğer düzenleyici işlemlerin üstünde bir hukukî değer taşıdığı kanaatindedir⁶⁸. Öncelikle şunu belirtmek icap eder: Chapus'nün ön kabullerinin sarsılabilir oluşu ve kanun-idarî yargıç ilişkisi bağlamında yukarıda dile getirilen bütün eleştiriler, Gözler'in bu görüşü için de geçerlidir. Şu hâlde metin-bağımlı yöntemlerle de doğan içtihadî kurallar, yerine göre cumhurbaşkanlığı kararnamelerine eş, hatta onlardan *üstün* bir hukukî değer taşıyabilir. Bütün bunlara ilaveten, Türk idarî yargıcının, cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında, kanunlara nazaran daha fazla *iptal-dışı etkisizleştirme* imkânına sahip olduğunu da ifade etmek gerekir. Çünkü idarî yargıç, cumhurbaşkanlığı kararnamesini *ihmal etme*⁶⁹, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin *hükümsüzlüğünü tespit edip onu ihmal etme*⁷⁰ yahut hukukî tavsif aşamasında kendini *cumhurbaşkanlığı kararnamesi* adlandırmasıyla bağlı saymama⁷¹ gibi yöntemleri, kanunlar ve (en az kanun değerindeki) uluslararası antlaşmalardan hareketle ulaşacağı içtihadî kurallar lehine -pekâlâ- kullanabilecektir.

İçtihadî kuralların daima düzenleyici işlem üstü değer taşıdığı iddiası -tıpkı mutlaka kanundan değersiz oldukları savı gibi- sorgulanmaya muhtaçtır. İdare, takdir yetkisi çerçevesinde, hukuka uygun çok sayıda düzenleme ihtimalinden birini tercih

⁶⁷ 1982 Anayasası, m. 150 ilâ 153.

⁶⁸ GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 70 ve 82-83.

⁶⁹ 1982 Anayasası, m. 104/17, cümle 5: “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır”.

⁷⁰ 1982 Anayasası, m. 104/17, cümle 6: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir”. “Anayasanın 104/17 hükmünde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, genel mahkemelere de bakmakta oldukları davalara ilişkin kanunla çatışan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulamama gibi bir sorumluluk yüklenmiştir” İBA Şeref / SÖYLER Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 36, Yıl: 2019, Sayı: 1, s. 212. “Aslında bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karardır” ARDIÇOĞLU, s. 45, dipnot: 30. Gözler de ihmal yönteminin Anayasa Mahkemesi dışındaki yargı yerleri tarafından kullanılabileceği kanaatindedir. Bkz. GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 1334-1335.

⁷¹ ARDIÇOĞLU, s. 43; AKYILMAZ Cemre, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIII, Yıl: 2019, Sayı: 1, s. 199, dipnot: 29.

edebilir. Böyle bir düzenleme uyarınca tesis ettiği birel işleme karşı açılan iptal davasında yargıç, düzenleyici işleme uygunluk denetimi yapacaktır (söz gelimi bir yönetmeliği ölçü-norm olarak kullanacaktır)⁷². Yargıcın bu denetim bağlamında ürettiği ve müteakip birel işlemlere uygulanma kabiliyetine sahip içtihadî kurallar, idarenin o düzenleyici işlemi değiştirip, hukuka uygun başka bir tercihi benimsemesine mani olmaz (idarî yargıç, içtihadına son veren bu yeni düzenleyici işlemi de hukuka uygun bulabilecektir)⁷³. Şu hâlde idarî yargıç tarafından üretilen içtihadî kuralın, kimi zaman düzenleyici işleme eş, hatta ondan az⁷⁴ değer taşıması gayet tabiidir⁷⁵. Nitekim Conseil d'État, bazı kararlarında “*aksi yönde kanun veya düzenleyici işlem bulunmadığı sürece (sauf disposition législative ou réglementaire contraire)*” gibi ibareler kullanarak, vaz'ettiği kuralın idare tarafından bertaraf edilebileceğini öngörmektedir⁷⁶.

İçtihadî kuralların daima düzenleyici işlem üstü değer arz ettiğini savunan yazarlar, yukarıda izah edilen -ve iddialarını yanlışlayan- durumu, aslında bir kelime oyunundan ibaret olan değer (*valeur*) - etki (*portée*) ayrımı ve bu ayrım üzerine inşa ettikleri emredici içtihadî kurallar (*normes impératives*) - yedek içtihadî kurallar (*normes supplétives*) sınıflandırması yoluyla aşmaya çalışır⁷⁷. Buna göre idarenin, düzenleyici işlemle bertaraf edemediği içtihadî kurallar emredici, edebildikleri ise

⁷² Düzenleyici işlemin hukuka aykırı olması durumunda idarî yargıcın *ihmal* yoluna giderek bir üst norma (örneğin kanuna) uygunluk denetimi yapıp-yapamayacağı, *taleple bağlılık kuralı* çerçevesinde tartışılması gereken bir şekli hukuk sorunu olup, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Türkiye’de idarî yargı yerleri, dava konusu edilmemiş düzenleyici işlemleri ihmal edebilmektedir. Maddî hukuk açısından önem arz eden, idarî yargıcın *son tahlilde* yönetmelikleri iptal etme yetkisinin olup-olmadığıdır ki, doğrudan düzenleyici işlemin yahut hem birel hem düzenleyici işlemin iptali talepli davalarda bu mümkündür. Tartışmaya dair detaylı bilgi ve örnek kararlar için bkz. YASİN Melikşah, “İdarî Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 16, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s. 9-27. (Makalede daha önce değinilen *idarî yargılama usulünün içtihadîliği* konusuna ilişkin ipuçları bulunabilir).

⁷³ Örneğin Conseil d'État, 30 janvier 1981 tarihli *Ministre du Travail contre Société Afrique France Europe transaction* kararında, idarenin talep üzerine hukuka aykırı düzenleyici işlemlerini yürürlükten kaldırma yükümlülüğü olmadığına hükmetti. Sonrasında, 28 novembre 1983 tarihli Kararname, idareye bu yükümlülüğü getirdi. Conseil d'État, bu Kararname’ye karşı açılan davayı da -Kararname’yi hukuka (hukukun genel ilkelerine) uygun bularak- reddetti (Conseil d'État, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*). Böylece aslında daha evvel kendisinin koyduğu içtihadî kuralı bertaraf eden bir düzenleyici işleme, herhangi bir kanuna aykırılık taşımadığı ve yönetilenlerin daha lehine hükümler öngördüğü için geçit vermiş oldu. LEBRETON, s. 72-73.

⁷⁴ Hukuka uygun düzenleyici işlem, doğrudan kanunu değil, hukuka uygun başka bir düzenleyici işlemi somutlaştırmak için çıkarılmış olabilir (örneğin birel işlemin adsız düzenleyici işleme uygunluğunun denetimi bakımından, adsız düzenleyici işlemin hukuka uygun bir yönetmeliğe dayanıyor olması gibi).

⁷⁵ Aynı yönde, WALINE (Marcel), s. 631.

⁷⁶ Örnek: Conseil d'État, 26 janvier 1973, *Lang*. Yüksek mahkeme bu kararıyla bağımsız idarî otoritelerin bazı işlemlerine gerekçe yükümlülüğü getirmiş, ancak bu kuralın aksi bir kanun yahut *düzenleyici işlem* bulunmadığı sürece uygulanacağını belirtmiştir. Yani idare, yargıcın getirdiği gerekçe yükümlülüğünü yapacağı bir düzenleyici işlemle aşabilecektir. (CHAPUS, Général, s. 118; FRIER / PETIT, s. 124). Ayrıca bkz.: Conseil d'État, 30 juillet 2003, *M. Djelida*; Conseil d'État, 21 octobre 2011, *Mme Bartolo*, (SEILLER, [1. Les sources et le juge], s. 131-132). Benzer diğer örnekler için bkz. LARZUL, s. 355-375.

⁷⁷ CHAPUS, Valeur, s. 104; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 176; LEBRETON, s. 72; FRIER / PETIT, s. 116.

yedektir⁷⁸. Söz konusu iki kural türü, aynı etkiye sahip değildir; ancak (nedense?⁷⁹) aynı değeri taşırlar. İçtihadî kuralı *emredici* kılacak etki ile donatmak, tamamen idarî yargıca kalmıştır. Yargıç, getirdiği içtihadî kuralın düzenleyici işlemle bertaraf edilebileceğini açıkça belirtmediyse⁸⁰, emredicilik karinesi (*présomption de portée impérative*) benimsenmelidir⁸¹.

Olan-biteni daha sade bir şekilde açıklamadığı sürece, yeni kavram ve terimler ihdas etmemek gerekir. Sırf organlar hiyerarşisi dogmasından (bir kuralın değerinin, onu vaz'eden organa göre belirlenmesi ön kabulünden) taviz vermemek adına kavram ve terim enflasyonu yaratmak, zaten girift olan meseleyi iyice anlaşılmaz hâle getirmekten başka bir işe yaramaz. Bu bakımdan Chapus'nün değer-etki ayrımı, az evvel değinilen ön kabulleri korumak dışında bir işlev görmediği için, Ockham'ın usturası⁸² ile kesilmeli ve *ıctihadî kuralların her zaman düzenleyici işlem üstü değer taşımak zorunda olmadığı* kabul edilmelidir.

İctihadî kuralların, daima olmasa da, *çoğu zaman* düzenleyici işlem üstü değer arz ettiği ise tartışmasızdır. İdarî yargıç bu kuralları, düzenleyici işlemlerin (ve doğrudan kanunun uygulanması şeklinde tesis edilen birel işlemlerin) denetimi bağlamında yahut tazminat taleplerini değerlendirirken üretir ve bağımsız ölçü norm olarak kullanır⁸³. Hatta *idare hukukunun ıctihadiliği* dendiğinde, konu üzerine fazla düşünmemiş birinin aklına ilk gelen (örneğin idarenin sorumluluğu veya idarî sözleşmelere ilişkin) kurallar, genellikle bu cümledendir. Doktrinde söz konusu kuralların *kanun değeri* taşıdığını belirten yazarlar bulunmaktadır⁸⁴.

⁷⁸ LEBRETON, s. 68.

⁷⁹ Sırf aynı organ (idarî yargıç) tarafından vaz'edildikleri için.

⁸⁰ Örnek: Conseil d'État, 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*. Yüksek mahkeme bu kararında; bir idarî işlemin yapılmasına katılmış bulunan idarî yargıcın, o işleme karşı açılacak davada hüküm verecek heyete iştirak edemeyeceği kuralını getirmiş, ancak bu kuraldan bahsederken sadece *aksi hüküm bulunmadıkça* ifadesini kullanmıştır. Yani yasama organının yanı sıra idarenin de bu kuralı (bir düzenleyici işlemle) bertaraf edip edemeyeceğini açıkça belirtmemiştir. (CHAPUS, Général, s. 118). Aynı yönde: Conseil d'État, 16 mai 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine*, (CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 176).

⁸¹ CHAPUS, Général, s. 118.

⁸² 1852 yılında ortaya konan ve 14. yüzyılda yaşamış Ockhamlı filozof William'a atfedilen bu ilkeye göre iki teori gözlemlenen olguları aynı derecede başarıyla açıklıyorsa, *daha az varsayım kabul eden* teoriyi kabul etmek gerekir. STERLING Grant, "Ockham'ın Usturası", **Batı Felsefesindeki 100 Temel Mesele**, (Derleyenler: Michael BRUCE – Steven BARBONE, Çeviren: Mustafa TOPAL), İstanbul 2014, s. 92-94.

⁸³ Örnek: Conseil d'État, 27 novembre 1985, *Consorts Fraysse*. Bu kararda yüksek mahkeme, idarenin sorumluluğuna ilişkin ıctihadî kuralların, *kanunda aksi hüküm bulunmadığı sürece* uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Yani idarenin bu kuralları düzenleyici işlemle bertaraf etmesi mümkün değildir (CHAPUS, Général, s. 117).

⁸⁴ LOUVARIS, s. 198-199. Conseil d'État, idarenin sorumluluğuna ilişkin ıctihadî kuralların, aksini düzenleyen bir kanun hükmü yoksa uygulanacağını belirterek, bu kurallara aykırı bir düzenleyici işlemi iptal etmiştir. Conseil d'État, 27 novembre 1985, *Consorts Fraysse*, (LEBRETON, s. 72).

Kıta Avrupası'nda yargıç, hukukun formel değil, *sosyolojik* ve *dinamik* kaynağıdır⁸⁵. Normlar hiyerarşisinin hemen her basamağında, yargıç yapısı (yargıç müdahalesine uğramış) kurallara rastlanabilir⁸⁶. Yargıca formel kaynak gibi muamele edip, ürettiği bütün içtihadî kurallar için normlar hiyerarşisinde *tek ve sabit bir yer* göstermek, bir apartmanda asansörün her zaman aynı katta olduğunu iddia etmek kadar anlamsızdır. Öyleyse idarî yargıç tarafından vaz'edilen ve metin-bağımlı yöntemlerle de ortaya çıkabilen içtihadî kuralların hukukî değeri, *ancak farklı açılardan bakmak suretiyle, farklı ihtimallere mahsus olarak* belirlenebilir⁸⁷. Doktrindeki görüşlerin çeşitlilik ve çelişki arz etmesi, dinamik (ve *atipik*⁸⁸) bir kaynağı formel hiyerarşiye sokma çabasından ileri gelmektedir.

III. İÇTİHADİLİĞİN BİLANÇOSU

Aslında bir *durum tespiti*ni ifade eden içtihadîlik, idare hukukçuları nezdinde peşinen *kendinde-iyi* ve *müspet* bir özellik olarak kabul görür⁸⁹. Hatta kimi zaman içtihadîlik, muhtelif meselelerde destekleyici yahut çürütücü bir argümana dönüşerek tartışmalara dâhil olur⁹⁰. Esasında *nötr bir vakıa* olduğu için, öncelikle yapılması gereken iş, içtihadiliği belli bir hukuk dalı *özelinde*, ayrıca değerlendirmeye tabi tutmaktır. Söz konusu gereklilikten⁹¹ hareketle çalışmanın bu kısmı, içtihadiliğin idare hukukuna ne *getirip*, ondan ne *götürdüğünü* saptamaya hasredilmiştir.

⁸⁵ "Yargıç, hukukun canlı kelâmıdır" HÉBRAUD, s. 333.

⁸⁶ ROCHE, s. 532, 536; FRIER / PETIT, s. 123-124 ve 126; ZEYBEK Ali Cavit, "Yargı İchtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri", **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 68-69, s. 105.

⁸⁷ GAUDEMET, Méthodes, s. 248. Örneğin Morange, Chapus'nün sabit bir değer atfetmeye çalıştığı hukukun genel ilkelerini anayasal değer taşıyanlar (*valeur constitutionnelle*), kanunî değer taşıyanlar (*valeur législative*) ve düzenleyici işlem değeri taşıyanlar (*valeur réglementaire*) şeklinde üçe ayırmaktadır. MORANGE Georges, "Une catégorie ambiguë : les principes généraux du droit", **Revue du droit public**, 1977, s. 761-778. Lombard, Dumont ve Sirinelli; içtihadî kuralların düzenleyici işlem altı (*infradécrite*), düzenleyici işlem üstü (*supradécrite*) ve hatta kanun üstü (*supralégislative*) şeklinde farklı değerler taşıyabileceği görüşündedir. LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 42. Conseil d'État da bir kararında, bazı içtihadî kuralların (prensiplerin) anayasa, bazılarının ise hâlin icabına göre ya kanun yahut düzenleyici işlem değeri taşıyabileceğini doğrulamıştır: Conseil d'État, 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, (BRAIBANT / STIRN, s. 269-270). Celâl Erkut, Türkiye'de hukukun genel ilkelerinin, yazılı bir metinden bağımsız üretilmiş olsalar dahi *anayasal değer* taşıdığı görüşündedir. ERKUT, Prensipler, s. 62.

⁸⁸ FRIER / PETIT, s. 55.

⁸⁹ VEDEL, Jurisprudentiel, s. 32.

⁹⁰ "Ama, asli kaynağı içtihat -dolayısıyla, bir yaratıcı irade- olan ve devletin sorgulanabilmesine dayanan idare hukuku (...)" OZANSOY Cüneyt, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 46, Yıl: 1997, Sayı: 1-4, s. 97. İchtihadiliğin, alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri aleyhinde bir argüman olarak kullanılması için bkz. ARAT Nilay, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Yıl: 2011, Sayı: 1-2, s. 891-906. İchtihadiliğin, içtihatları birleştirme müessesesi konusunda bir argümana dönüştürülmesi, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁹¹ "(...) Bununla birlikte, bu özelliğin [ichtihadiliğin] sonuçlarının neler olduğu konusunda doktrinde yeterli tartışmanın yapıldığını söylemek mümkün değildir" ERHÜRMAN, s. 71-72.

A. AVANTAJLAR

Yazılı kuralların değişip-dönüşmesi güçtür. Common Law’a egemen olan emsâl karar doktrini de, yargıç yapısı kurallara yazılı hukuka denk bir katılık verir. Dolayısıyla bu ülkelerde yargıcın hareket serbestisi, -zannedilenin aksine- bir hayli kısıtlıdır. Fransız ve Türk idare hukuku ise, *icthadî* olmakla beraber, *icthad hukuku* değildir. Yani temel kavram, kurum ve ilkeleri *icthad* yoluyla vaz’edilmesine rağmen, *icthadî* kuralların bağlayıcı etkisi zayıftır. Emsâl karar doktrininin benimsenmemesi, *yargıca özgü zihinsel çaba alanını* genişleterek, Kıta Avrupası’nda, idare hukukuna has bir avantaj olan esneklik (*souplesse*) ve intibak kabiliyetini (*faculté d’adaptation*) gündeme getirir⁹².

Modern devlet, sayısız farklı alanda, sürekli ve düzenli faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla, henüz iki-üç yüzyıllık geçmişi bulunan idare cihazı ve onu çevreleyen kurallar da, günaşırı değişip-yenilenmek durumundadır. *İcthadî* kuralın tadil edilmesi için aksi yöndeki tek bir karar yeterlidir; kanunlarda olduğu gibi kamuoyu baskısına, kanun teklifine, komisyon tartışmalarına, genel kurul oylamasına vs. ihtiyaç yoktur. Yargıç, işte bu hareket serbestisi sayesinde, anî dönüşümlere hızla ayak uydurma ve siyasî-toplumsal talepleri doğar doğmaz karşılayabilme imkânı kazanır⁹³. Örneğin Birinci Dünya Savaşı’nın ertesinde idare, piyasaya aktif oyuncu olarak girmek zorunda kalmış; hemen ardından Conseil d’État, *sinaî ve ticarî kamu hizmeti (service public industriel et commercial)* adlı yeni bir kategori yaratarak⁹⁴, söz konusu müdahalenin tahakküme evrilmesini engellemiştir. Türkiye’de ise doksanlı yıllara damgasını vuran terör eylemleri üzerine yargıç, *icthadî*ni değiştirip idarenin sorumluluk sahasını genişletmiş ve ortaya çıkan yeni zarar türü karşısında mağdurlara etkin koruma sağlamıştır⁹⁵.

⁹² LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 5; CHAPUS, Général, s. 125; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 175; LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 40; FRIER / PETIT, s. 114; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 30; VEDEL, Jurisprudentiel, s. 35; HÉBRAUD, s. 345; PEISER, s. 11; BROWN / BELL, s. 294.

⁹³ “*İcthadî vasfı dolayısıyla idare hukuku, devletin idarî faaliyetinin yepyeni tezahürlerine de kolayca intibak edebilme imkânına sahiptir*” ÖZYÖRÜK, s. 61.

⁹⁴ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*. (LONG ve diğerleri, s. 211-218; LACHAUME ve diğerleri, s. 338-358).

⁹⁵ Danıştay 1990 öncesi dönemde idarenin sosyal risk ilkesi uyarınca sorumlu tutulabilmesi için kanunî düzenleme şartı arıyordu (Örnek: Danıştay 10. Dairesi, 12.04.1982, E. 1982/777, K. 1982/2952). Terör olaylarının artmasından sonra, herhangi bir kanun çıkmadığı hâlde, doğrudan sosyal risk ilkesine dayanarak tazminata hükmetmeye başladı (Örnek: Danıştay 10. Dairesi, 13.10.1993, E. 1992/3372, K. 1993/3777). Sosyal risk ilkesinin detaylı değerlendirilmesi ve karar metinleri için bkz. ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Ankara 2014, s. 125 ve devamı.

Siyasî iktidarı dizginleyip, onun uzantısı olan idareye birtakım mükellefiyetler yüklemek kolay değildir. İdarenin mevcut alışkanlıklarını ve konforunu bozan uzun vadeli bir taahhüt niteliği taşıdığı için, bunu yazılı kurallar yoluyla yapmaya çalışmak, süper güce (kamu gücüne) karşı nizamî harbe girmekten farksızdır⁹⁶. İctihadî kurallar ise, dolaylı varlığı ve zayıf etkisine karşın, uzun vadede sonuç alıp, idareyi hizaya getirmek bakımından daha başarılıdır. Çünkü yargıç, tek tek ve dağınık kararlar üzerinden, daha az tahrik edici (*provocante*) biçimde ilerleme kaydedebilir⁹⁷. Nitekim tarihî süreç içerisinde idare edilenlere ait hakların, idare aleyhine genişletilmesi, ancak içtihadî kuralların esnekliği sayesinde mümkün olabilmiştir. İdareyi -tabiri caizse- *ürkütmemek* için içtihat yoluyla yaratılan hükûmet tasarrufları (*actes de gouvernement*) ve iç düzen işlemleri (*mesures d'ordre intérieur*) gibi kategorilerin zaman içerisinde, yine içtihat yoluyla peyderpey daraltılması yahut benzer kaygılarla geliştirilen ağır kusur - hafif kusur (*faute lourde - faute simple*) ayrımının kademeli olarak terk edilmesi, bunun en güzel örnekleridir. Aynı işe parlâmenterler, kanun teklifi yoluyla teşebbüs etseydi, daha büyük bir dirençle karşılaşmaları muhakkaktı⁹⁸. Fransa'nın eski cumhurbaşkanlarından Valéry Giscard d'Estaing, idarî yargıcın bu başarısından şöyle söz eder: “*Conseil d'État*'nin esas katkısı, kanun koyucunun herhangi bir müdahalesi olmaksızın, yalnız içtihadî hukuku yavaş ve akılcıca geliştirmek suretiyle Fransız idaresine hukuka uygunluk ruhunu, yani hukuka saygıyı zerk etmesi ve onu, tedricen bu ruhla doldurmasıdır”⁹⁹.

Kanun koyucu, ekseriya kesin ve açık konuşmasına rağmen, *biricik* deneyimlere uzaktır. Her ihtimali öngöremez. Hâlbuki yargıç, her bir uyuşmazlıkla *bilâvasıta* karşılaşır ve somut olay adaletinin gereklerini daha iyi fark eder. Esneklik ve intibak kabiliyeti, yargıcın önündeki ihtilafa hakkaniyete uygun çözüm(ler) bulmasını kolaylaştırır¹⁰⁰. İdare hukukundaki içtihadî kavramların, tedvin edilmiş disiplinlerdeki kavramlara nazaran *daha az belirli* oluşu, gerçek hayatla *doğrudan* temasın ve hakkaniyet kaygısının neticesidir¹⁰¹.

⁹⁶ VEDEL, Jurisprudential, s. 35. Türkiye’de Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı’nın *bir türlü* kabul edilip yürürlüğe kon(a)maması, bunun en güzel örneğidir.

⁹⁷ VEDEL, Jurisprudential, s. 35; WEIL, s. 244-245.

⁹⁸ VEDEL, Jurisprudential, s. 35.

⁹⁹ 24 Kasım 1979 tarihli konuşma, **EDCE**, Numéro: 31, Paris 1979-1980, s. 277, aktaran: BROWN / BELL, s. 290.

¹⁰⁰ CHRÉTİEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 175; LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 40.

¹⁰¹ FORTSAKIS, s. 15, 351-362; WALINE (Jean), s. 18. İctihadî kuralların bilinçli bir şekilde esnek ve belirsiz tutulmasına dair örnekler için bkz. GAUDEMET, Méthodes, s. 258 ve devamı.

Tek tek ihtilaflara getirilen çözümlerin (yargı kararlarının yahut fetvaların) bünyesinde *gizlenen* kural, ilke ve kavramların gün ışığına çıkarılması; ancak ihtisas sahibi kimselerin başarabileceği karmaşık bir iştir. Bu yüzden klâsik dönem Roma Hukuku, Common Law yahut İslâm Hukuku gibi alanlar, *hukukçular hukuku* (*juristenrecht, jurists' law*) şeklinde nitelendirilir¹⁰². İdare hukuku da, içtihadî karakter arz ettiği için, bir nevi hukukçular hukuku olagelmıştır. Yargıcın kararlarında mündemiç prensipler, aynı eğitimden geçmiş kişiler (doktrin) tarafından eleştirilip sistematize edilmiş¹⁰³ ve idare hukuku, *ince işçilik eseri* olarak vücut bulmuştur (*elegantia iuris*)¹⁰⁴. İdare hukukunu Fransa'nın başlıca ihraç kalemi¹⁰⁵ hâline getiren de, mütehassıslar eliyle ve aşağıdan yukarıya (tümevarım yoluyla) inşa edilmiş olmasıdır¹⁰⁶. Medenî hukuk gibi *kanunlu* alanlarda çalışan akademisyenler, tespit ettikleri sorunların giderilmesi için çoğu zaman kanun değişikliği önermek ve dolayısıyla yasamaya hitap etmek zorunda kalır. İdare hukukçusunun muhatabı ise ekseriya, *kendisiyle aynı dili konuşan* yargıçlardır. Vedel, idare hukukunun *uzmanlık ürünü* olmasının sağladığı bu imkânı şöyle anlatır:

“Yazılı hukuk üzerine çalışmak, içtihadî hukuk üzerine çalışmaktan daha az heyecan vericidir. İlki, neticede, ‘dışarıdan’ getirilir ve hazırlık çalışmalarına müracaat edilmesine rağmen bütün amaçları açık veya tutarlı bir şekilde gözükmeyebilir (...) Onu nasılsa, öylece sineye çekmek gerekir. [Yazılı hukuku] eleştirdiğimizde, havaya konuşmuş gibi oluruz. Hâlbuki içtihadî hukukla onu yorumlayan arasında bir tür ortaklık (complicité) vardır. Yargı ve doktrin arasındaki diyalog, meslek içi bir sohbete benzer (...) Kanun koyucuyu tasdik etmek yahut eleştirmek ise ‘yabancı bir ülkenin siyasetine karışmak’ gibidir. Yargıcı tasdik etmek yahut onaylamak, hatta düşüncelerin iç içe geçtiği bir süreçte onunla işbirliği yapmak, ‘iç siyaset’ işidir, ve böyle olmakla daha teşvik edicidir. Çok az yeni kanun, kendisini şerh eden yazara bir karar tahlili kadar entelektüel zevk verebilir. (...) [Hâsılı] kanun çiğnenip yutulur, yargı kararı ise tadılır”¹⁰⁷.

Fransa ve Türkiye, son iki asır içerisinde birçok anayasal rejime sahne olmuştur. Temel yazılı kurallar (anayasa hükümleri), iç ve dış siyasetteki dalgalanmalara paralel olarak, defalarca değişmiştir. Anayasa hukukundaki *süreksizliğe* (*discontinuité*) rağmen, onunla yakından irtibatı bulunan idare hukuku, temel kavram, kural ve ilkelerini (yapısını) muhafaza etmeyi başarmıştır. İdare hukukuna, anayasa hukukunun aksine, *süreklilik* (*continuité*) kazandıran, yargısal içtihatlar üzerine inşa edilmesi, yani içtihadî

¹⁰² SCHILLER Arthur, “Jurists’ Law”, **Columbia Law Review**, Volume: 58, Number: 8 (December 1958), s. 1226; SCHAT, s. 209.

¹⁰³ RIVERO Jean, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, **Pages de doctrine**, Tome: I, Paris 1980, s. 76; FRIER / PETIT, s. 113; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 129 ve 298.

¹⁰⁴ BROWN / BELL, s. 294.

¹⁰⁵ RIVERO Jean, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits”, **Mélanges en l’honneur de Jean Dabin**, Tome: 2, Bruxelles – Paris 1963, s. 824.

¹⁰⁶ DEBBASCH, s. 255. Örneğin öngörülemezlik (*imprévision*) teorisi, 1855’ten 1916’ya kadar, her biri diğerini açan içtihatlarla, adım adım geliştirilmiştir. GAUDEMET, Méthodes, s. 224-225.

¹⁰⁷ VEDEL, Jurisprudentiel, s. 35-36.

karakteridir¹⁰⁸. İctihadîliğin başka bir avantajı olan esneklik, ilk bakışta süreklilik fikriyle tenakuz arz ediyormuş gibi görünebilir. Ancak *idarenin denetimi* olgusunun siyasîliği tekrar düşünüldüğünde¹⁰⁹, esnekliğin, siyasî baskılara karşı dayanıklılık sağladığı anlaşılır. Eğer idare hukukunun genel teorisi, yasama organı tarafından, yazılı bir metin hâlinde vaz’edilseydi, daha *prematüre* olacak, sayısız değişiklik geçirecek ve insicamını kaybedecekti. İdarenin *yanı başında* duran idarî yargıç ise, yaptığı küçük dokunuşlar ve yarattığı esnek kavramlarla, büyük sarsıntılardan sağ salim çıkmayı bilmiştir¹¹⁰. Debbasch, idarî yargıcın söz konusu meziyetini şu cümlelerle betimler:

“İdare hukuku, siyasî gücün hemen yanında yaşayan, ancak aktif siyasete yabancı, uzman bir hukukçu zümre tarafından yaratılmıştır. Bu zümre, yasamanın sesinin kısıldığı otoriter dönemlerde de rahatlıkla var olabilmıştır. Bakanın kalemini tutan bu zümre, idare hukukunu Fransa’nın yaşadığı çalkantılardan korumuştur (...) İdarî yargı, hükümet nezdindeki kredisinden, idareyi hizaya çekmek, yönetilenleri ve kamu görevlilerini idarenin keyfiliğinden koruyan idare hukuku ilkelerini ortaya koymak için istifade etmiştir (...) İdarî yargı, Dışişlerini (Quai d’Orsay) aratmayacak diplomatik beceriye sahiptir. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini vurgulamak suretiyle onu bu ayrıcalıklardan kaynaklı birçok yükümlülüğün altına sokmuşlardır”¹¹¹.

İdare hukukunun içtihadî karakteri, onu fiilen iktibas eden (Türkiye gibi) ülkeler açısından başka bir avantaj daha sağlar. Şöyle ki: medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku veya ceza hukuku gibi tedvin edilmiş alanlarda resepsiyon, tercüme yoluyla gerçekleştirilir. Hâl böyle olunca ilgili hukuku benimseyen (ithal eden) ülke, kaynak ülkenin hep *bir adım gerisinde* kalmaya mahkûm olur. İctihadî bir hukuk dalının fiilî iktibası ise, ancak *o alanı var eden ana tavrın* yargıçlarca edinilmesiyle mümkündür¹¹². Bu iş, kanun metinlerini çevirmekten daha güç ve esaslı olmasına karşın, bir kez

¹⁰⁸ “(...) Salt yazılı (yasama kaynaklı) bir idare hukuku, siyasî hayatımızdaki çalkantılardan doğan sayısız istikrarsızlığın kurbanı ol(acaktı). Eğer idare hukukumuz, anayasa hukukumuzun aksine müterakki ve devamlı bir tekâmül kaydettiye, bu, onun içtihadî karakteri sayesinde” VEDEL, Jurisprudential, s. 34.

¹⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II/D: “İdarenin Denetimi Olgusunun Siyasîliği”.

¹¹⁰ VEDEL Georges, “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: Le rôle du juge”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 203-217; VEDEL, Jurisprudential, s. 34; LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 5; WEIL, s. 244-251; GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 111-112. Bu satırların kaleme alındığı dönemde, Türkiye, anayasasında köklü değişikliklere giderek yeni bir hükümet tarzına geçmiştir. Anayasa hukuku ders kitapları neredeyse tamamen yenilenmek zorunda kalırken, idare hukukunda birkaç mesele dışında genel konularda ve bilhassa *kavram* setinde geniş çaplı bir dönüşüm olmamıştır. Sözgelimi, idarî işlemlerin hukuka uygunluğu ve idarenin sorumluluğu konusunda gözetilen temel esaslar hâlâ aynıdır.

¹¹¹ DEBBASCH, s. 255.

¹¹² Sait Güran, idarî rejimin lüzumundan bahsederken idarî yargıcın edinmesi gereken *tavra* şöyle değinmektedir: “Anayasa, idarî yargının özelliklerini benimseyen bir yapılanmaya işaret ederken, adli yargıdan farklı olan özgün bir oluşumun lüzumundan yola çıkmıştır. Az önce belirttiğim işlevin sonucu olan bu lüzum, idarî 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 idare’lere karşı, İdarî Yargı’nın farklı, etkin silâhlarından yararlanması demektir”. GÜRAN Sait, “İdarî Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu (140. Yıl)**, Danıştay Matbaası, Ankara 2009, s. 58.

başarılırsa, iktibas eden ülke yargıçlarına, *tarihsel bagajı taşımak* durumunda kalan mehz ulkenin *önüne geçme* ve nispeten *daha millî* bir hukuk yaratma imkânı sunar¹¹³.

Kendisini doğuran tarihî şartlar sebebiyle Fransa’da idarî yargı, genel yargı düzenine siyasî kaygılarla getirilmiş lüzumsuz bir istisna gibi görülmekten bir türlü kurtulamamıştır¹¹⁴. Bu yüzden Conseil d’État, bazı *dogmaları* bir anda yıkmaktan adeta çekinmektedir. Özel hukuktaki *res inter alios acta*¹¹⁵ ön kabulünün etkisiyle geliştirilen, *idarî sözleşmelerin üçüncü kişilerce davaya konu edilemeyeceği* içtihadının¹¹⁶, bir asrı aşkın süre egemen olduktan sonra, 1996’dan itibaren kısmen¹¹⁷, 2014’te ise tamamen¹¹⁸ ortadan kalkması, sözleşmeyi *tarafların kanunu* olarak gören *privatist* bakışın ne kadar güç terk edilebildiğini göstermektedir¹¹⁹. Danıştay ise, böyle bir bagajı hiç taşımadığı için, idarî sözleşmelere karşı iptal davası açılmasında herhangi bir beis görmemiş¹²⁰ ve - belki farkında bile olmadan- Conseil d’État’nın *bir adım önüne* geçmiş¹²¹.

B. DEZAVANTAJLAR

Kıta Avrupası’nın kendine has koşulları içerisinde içtihadiliğin, Fransız ve Türk idare hukukuna birtakım avantajlar sağladığı muhakkaktır. Ne var ki aynı koşullar, ciddi dezavantajları da beraberinde getirmektedir. Aşağıda teferruatıyla ele alınacak bu

¹¹³ ÇITAK Halim Alperen, “İdarî Sözleşmelerin İptal Davasına Konu Edilmesi”, **5. İdare Hukuku Buluşması (4-6 Mayıs 2018 Büyükkada / İstanbul) Danıştay Karar İncelemeleri**, İstanbul 2019, s. 335-336 (Sözleşme). “Yazılı yoldan gelmediği için, İdare hukukumuzun millî adaptasyonu daha kolay olmuş ve ortaya bir Türk İdare hukuku, adapte edilmiş diğer hukuklarımızdan daha belirgin bir millî hüviyetle çıkmıştır” ÖZYÖRÜK, s. 67.

¹¹⁴ TRUCHET, s. 125; RICCI, s. 10. Hâlâ söz konusu tavrın izlerini sürmek mümkündür. Fransız Yargıtay birinci başkanı Bertrand Louvel, yüksek mahkemenin internet sitesinde yayınlanan yakın tarihli bir yazısında, yargı ayrılığının gereksizliğini tekrar gündeme getirmiştir. LOUVEL Bertrand, “Pour l’unité de juridiction”, 25.07.2017, Erişim: https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html, 24.08.2019.

¹¹⁵ “Diğerleri arasında yapılan şey” anlamındaki Latince söz. Hukuk terminolojisinde, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin sözleşmeden dışlanması maksadıyla kullanılır. Oxford Dictionary’den ayrıca bakınız: https://en.oxforddictionaries.com/definition/res_inter_alios_acta.

¹¹⁶ Conseil d’État, 4 août 1905, *Martin*, (LONG ve diğerleri, s. 904).

¹¹⁷ Conseil d’État, 15 juillet 1996, *M. Cayzele*. Yüksek mahkeme bu davada idarî sözleşmelerin düzenleyici hükümlerine karşı sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından açılan iptal davasını görerek hüküm vermiştir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: II, s. 251.

¹¹⁸ Conseil d’État, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, (LONG ve diğerleri, s. 901). Bu kararla gerek sözleşme sürecinin dışında kalan, gerekse bu sürecin hiç parçası olmamış üçüncü kişilerin idarî sözleşmelere karşı dava açabilecekleri tam anlamıyla kabul etmiştir. İlgili Conseil d’État kararlarının gelişim süreci için ayrıca bkz.: KAPLAN, Yargılama, s. 153 ve devamı).

¹¹⁹ ÇITAK, Sözleşme, s. 344-346.

¹²⁰ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 13.05.1977, E. 1976/456, K. 1977/254, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 28-29, s. 26; Danıştay 12. Dairesi, 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 26-27, s. 509; Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993, E. 1991/1, K. 1993/1752, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 88, s. 463.

¹²¹ ÇITAK, Sözleşme, s. 346. “Danıştay kararları, Fransız idare hukukunda beklenen gelişme olarak gösterilen aşamaya (idarî sözleşmelerin iptal davasına konu edilebilmesine) ulaşmış görünmektedir.” GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 556. Ayrıca bkz.: KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 334.

sakıncalar, birkaç kelimeyle, *hukukun statik değerlerinin sarsılması* şeklinde özetlenebilir¹²².

1. Erişim güçlüğü

Özel hukuk veya ceza hukuku öğrenmek isteyen biri, sadece Türk Medenî Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu veya Türk Ceza Kanunu'nu okuyarak ihtiyaç duyduğu *temel* bilgileri derli-toplu bir şekilde edinebilir. Aynı şahıs; İl İdaresi Kanunu, Kamulaştırma Kanunu yahut Belediye Kanunu'nu okumakla, *idare hukukunun genel kurallarına* dair hemen hiçbir şey öğrenemez. Çünkü bu kurallara ancak, sayısız yargı kararı içerisinde ilkesel olanları keşfedebilen *imtiyazlı* bir sınıf (doktrin) erişebilir¹²³. Bu yönüyle idare hukuku, hakikatin bilgisine avamın değil, yalnızca bu disipline intisap edip (*initié*) aydınlanmış seçkinlerin / havassın erişebildiği ezoterik geleneklere benzetilmektedir¹²⁴. Şu hâlde içtihadîlik, idare hukuku kurallarına ulaşmayı zorlaştırmaktadır¹²⁵. Teşbihteki hatayı düzeltmek gerekirse bu zorluk, doktrinin kendisine *mistik bir paye* verme çabasından değil, idare hukukuna karşılık gelen gerçeklik alanının (idarî faaliyetlerin) kompleks oluşundan kaynaklanır¹²⁶.

Hukuk kurallarının açık, anlaşılır ve erişilebilir olması, hukukî güvenlik ilkesinin gereğidir¹²⁷. Hâl böyle iken içtihadî kurallar, sadece tikel-somut uyumsuzluğu çözme intibasını uyandıran yargı kararlarının bünyesinde gizlenmiş durumdadır¹²⁸. İlkesel kararların tüketici listesini çıkarmak; dört yanından biteviye genişleyen devasa bir yonca tarlasındaki bütün dört yapraklı yoncaları toplamaktan daha zordur. Zira dört yapraklı yoncayı seçebilmek için onu *görmek* kâfidir; hâlbuki tek bir ilkesel kararı ayırt edebilmek, başlı başına ihtisas gerektirir. İctihadî kurallara nadiren atıf yapan¹²⁹ idarî yargıcın üstü kapalı, muğlak ve müphem üslûbu (*laconisme, hermétisme*) ise, zaten

¹²² Hukukun varlık gayesini teşkil eden statik ve dinamik değerler için bkz. Birinci Bölüm, Başlık IV: “Yer ile Gök Arasında İctihat”.

¹²³ DEBBASCH / COLIN, s. 96.

¹²⁴ WALINE (Jean), s. 18; CHAPUS, Général, s. 125; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 175.

¹²⁵ LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 5-6; RICCI, s. 9; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 21; TRUCHET, s. 187; FRIER / PETIT, s. 116; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 30. Kurallara erişim güçlüğü, idare edilenlerin hukuk güvenliğini tehdit ettiği kadar, hukuka uygun davranmak isteyen bir idarenin hızlı ve etkin işlemlerini de engeller. DEBBASCH / COLIN, s. 23.

¹²⁶ CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 20; PONTIER Jean-Marie, “Le droit administratif et la complexité”, *AJDA*, 2000, s. 187. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, Başlık: II/C ve D.

¹²⁷ KÖKÜSARİ İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, (Doktora Tezi), Ankara 2015, s. 55-63.

¹²⁸ CHAPUS, Général, s. 7.

¹²⁹ Conseil d'État, 8 novembre 1968, *Entreprise Poroli*, (CHAPUS, Général, s. 124). Olayda Nancy İdare Mahkemesi, devletin sorumluluğuna hükmettiği bir kararın gerekçesinde içtihadî atıf yapmıştır. Conseil d'État temyiz incelemesinde mahkemenin içtihadî atıf yapmasının, yetkilerini aştığı anlamına gelmediğini belirtmiş ve kararı onamıştır. (Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 20.07.2019).

hayli müşkül olan bu işin karmaşıklığını birkaç kat daha artırır¹³⁰. Bu yüzden idarî yargı yerleri, kararlarını gerekçelendirirken, içtihat üretme işlevlerinin bilincinde olarak, son derece açık ve anlaşılır ifadeler kullanmaya ihtimam göstermelidir¹³¹.

İlk kez *ministère public (commissaire du Roi)* adıyla görevlendirilen (1831), daha sonra *commissaire du gouvernement* denilen (1849) ve nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir dizi kararı¹³² üzerine *rapporteur public* ismini alan (2009) hükûmet komiserleri¹³³, mütalâalarında (*conclusions*) somut ihtilafı aşan ve Conseil d'État'nın genel tutumunu ortaya koyan değerlendirmeler yaparak, içtihadî kurallara erişimi kolaylaştırmaktadır¹³⁴. Danıştay'a benzer bir pozisyon, evvelâ *kanun sözcüsü* adı altında getirilmiş, daha sonra gerçekleşen idarî yargı reformuyla (1982) ismi *savcı* olarak değiştirilmiştir. Ne var ki Türkiye'de bu müessese, reform esnasında yapılan hatalı düzenlemelerden sonra kendisinden beklenen işlevi yerine getirememiş ve doktrinde öngörüldüğü gibi¹³⁵ pasifleşmiştir¹³⁶.

Yakın zamanda yüksek mahkemeler, kararlarını daha berrak kılmaya yönelik bazı çözümler aranmaya başlamıştır. Conseil d'État, 1 Ocak 2019'dan itibaren, krallık döneminden beri sürdürdüğü girift üslûba (*considérant que* ile başlayıp bazen birkaç sayfa süren tek cümlelik ve ağdalı karar biçimine¹³⁷) son vermiş ve bütün idarî mahkemelerce dikkate alınmak üzere, yeni karar yazım tekniğini izah eden bir rehber

¹³⁰ WALINE (Jean), s. 18; CHAPUS, Général, s. 124; CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 175; LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 41; PEISER, s. 12. Hatta içtihadî kuralların mevcudiyeti ve geçerliliğinin ancak bir olasılık (*probabilité*) meselesi olduğu dile getirilmektedir. VEDEL, Précédent, s. 267.

¹³¹ SUNAY Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara 2016, s. 52-54.

¹³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 07.06.2001, *M^{me} Kress / France*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 05.07.2005, *Louise Loya / France*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.04.2006, *Martinie / France*. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararlarında, hükûmet komiserliği müessesesinin -2009'dan önceki hâliyle- adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Detaylı bilgi için bkz. KAPLAN Gürsel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İlgili Kararları Çerçevesinde Fransız Devlet Şûrası Nezdindeki Hükûmet Komiseri Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt: II, Ankara 2009, s. 979-992.

¹³³ BIGOT, Introduction, s. 100; RAINAUD Nicolas, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris 1996, s. 14-15.

¹³⁴ CHAPUS, Général, s. 7 ve 122; BRAIBANT / STIRN, s. 37-38. Bu sebeple çalışmanın ikinci bölümünde birçok hükûmet komiseri mütalâasına yer verilmiştir.

¹³⁵ DURAN Lütfi, "İdarî Yargı Adlileşti...", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 3, Yıl: 1982, Sayı 1-3, s. 61-62. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, savcı düşüncesinin taraflara bildirilmemesini adil yargılanma hakkının ihlâli olarak görmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 27.11.2007, *Meral / Türkiye*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.07.2008, *Akgül / Türkiye*. Detaylı bilgi için bkz. KAPLAN Gürsel, "Danıştay Savcısının Düşüncesinin Taraflara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlâl Eder Mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 1-20.

¹³⁶ Örneğin 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 60 ve 61. maddelerine, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un getirdiği değişikliklerle birlikte Danıştay savcıları artık sadece ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan davalarda düşünce bildirecektir.

¹³⁷ GAUDEMET, Méthodes, s. 85 ve devamı.

(*vade-mecum*) yayımlamıştır¹³⁸. Buna göre cümleler birkaç satırı aşmayacak, paragraflar ise numaralandırılacak ve yarım sayfayı geçmeyecektir. Eski kelimeler ve Latince terkipler yerine -mümkün olduğunca- herkesin anlayabileceği bir dil kullanılacaktır. Her idare mahkemesi, kararlarında geçen hukukî terimlerin anlamlarını, internet sitesinde liste hâlinde yayınlayacaktır.

Rehber uyarınca idarî yargıç, kararının *visa* kısmında¹³⁹ yazılı kuralların yanı sıra, ilgili Conseil constitutionnel ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (*Cour de justice de l'Union européenne*) kararlarının künyelerine de yer verecektir. Kararın *motif* kısmı, mantikî dedüksiyonun tasım modeline¹⁴⁰ riayet edilerek; büyük öncül (*la majeure*), küçük öncül (*la mineure*) ve sonuç (*conclusion*) aşamalarına ayrılacaktır. Eğer büyük öncülün içerisinde bir Conseil d'État içtihadı bulunuyorsa, yani hüküm içtihadî bir kurala (da) dayanılarak verilmişse, kararda ilgili içtihadın künyesine açıkça atıf yapılmayacak, ancak bu içtihadî kural, diğer yazılı kurallardan *ayrı bir paragrafta* ve Conseil d'État'ya ait ifadeler *aynen tekrar edilmek suretiyle* kaleme alınacaktır. Eğer karar yeni bir içtihadî kural ortaya koyuyorsa, yargıç içtihadta bulunurken kullandığı yöntemleri (örneğin sistematik yorum, amaçsal yorum yahut analoji) açıklayacak ve yeni kuralı, yine büyük öncül bölümünde, yazılı kurallardan *ayrı bir paragrafta* yerleştirecektir. Fransız idarî yargısının benimsediği bu yeni karar formatı, içtihadîlikten ileri gelen *idare hukukunun erişilmezliği* sakıncasını giderme yönünde önemli bir adımdır.

Conseil d'État'nın yaptığı kadar köklü olmamakla beraber Danıştay da, 2019 yılı itibarıyla karar yazım tekniğinde birtakım iyileştirmelere gitmiştir. Önceden uzun cümlelerle, blok hâlinde yazılan *karar* kısmı; *maddî olay*, *ilgili mevzuat* ve *hukukî değerlendirme* şeklinde üçe bölünmüştür. Bu küçük müdahale dahi, muhataplarını uzun maddî vakıa tasvirleri ve mevzuat alıntılarını okuma zahmetinden kurtardığı için, içtihadî kurallara ulaşmayı kolaylaştıracak olumlu bir gelişmedir. Yürürlükteki 2577

¹³⁸ **Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative**, Conseil d'État, Décembre 2018, (Erişim: <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/12/vade-mecum.pdf>, 16.08.2019).

¹³⁹ Fransa'da yargı kararları, *visa*, *motif* ve *dispositif* adı verilen üç ana kısımdan oluşur. Başlangıçta yer alan *visa* kısmında yargıç, davayla ilgili bütün yazılı kuralların ilgili maddelerini -sadece ismen- sıralar. En sonda bulunan *dispositif*, kararın taraflara hitap eden asıl hüküm fıkrasıdır (*işlemin iptaline*, *davanın reddine*, *kararın onanmasına*, *kararın bozulmasına* veya *X miktar tazminat ödenmesine* gibi). *Motif* ise olayın açıklanıp iddia ve savunmaların hukukî değerlendirildiği, kararın ana gövdesini oluşturan gerekçe kısmıdır. GAUDEMET, Méthodes, s. 78 ve devamı.

¹⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm, Başlık I: "Yargısal İchtihat Kavramı".

sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 24. maddesi, “kararlarda bulunacak hususlar” arasında “kararın dayandığı hukuk sebepleriyle gerekçesi”ni de saymıştır. Bu hüküm çerçevesinde idarî yargı yerlerinin, hükümlerine dayanak teşkil eden yazısız (içtihadî) kural ve ilkeleri de karar metninde belirtmesi icap eder. Danıştay, yakın tarihli bir kararında, söz konusu gerekliliği şöyle vurgulamaktadır:

“(İ)dari yargıda mahkemelerce verilecek kararlarda bulunacak hususlar 2577 sayılı Kanunla belirlenmiş olup Türk Milleti adına İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların yukarıda belirtilen mevzuatta öngörülen şekle ve usule uygun olarak, söz konusu unsurları barındıran biçimde ve dosyadaki belgelerin ilgili mevzuata göre hukuki irdelemesi yapılmak suretiyle oluşturulması, yargıç tarafından İdari Yargılama Hukuku usul, esas ve ilkeleri, mevzuat ve yargısal içtihatlar ve hukukun genel esasları dikkate alınarak ulaşılan sonuca ve vicdan kanaate göre hüküm kurulması gerekir”¹⁴¹.

Conseil d'État, son yıllarda içtihadî kurallara erişimin sağlanması için başka bir tedbir daha geliştirmiş ve *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême* kararından başlayarak, ilk derece ve istinaf mahkemelerine, somut uyuşmazlığa ilişkin yeni içtihatlar hakkında tarafları bilgilendirme mecburiyeti yüklemiştir¹⁴². Buna göre ilk derece veya istinaf mahkemesi, önündeki ihtilâfin çözümüne dair içtihadî kural(lar) değiştiği hâlde tarafları bu yeni durumdan haberdar etmeden karar verirse, Conseil d'État bu kararı *çelişmeli yargılama ilkesinin ihlâli* gerekçesiyle bozmaktadır. Çalışmanın yapıldığı dönem itibarıyla, Türkiye’de Danıştay’ın bu yönde bir uygulamasına rastlanmamıştır.

2. Geriye yürürlük (*rétroactivité*)

İdare hukukunun gelişiminde oynadıkları rolden ötürü, sürekli dava açan insan tipine (*requérants systématiques*) minnet duyulsa yeridir¹⁴³. Çünkü içtihadî hukuk, ancak davacıların işbirliği ile tekâmül edebilir¹⁴⁴. Yasama ve yürütmenin aksine yargıç, -toplumsal açıdan ne kadar faydalı olacağını düşünürse düşünsün- herhangi bir kural koymak üzere *önceden* ve *kendiliğinden* harekete geçemez. Yargısal içtihat, daima sonradan (*ex post facto*), somut uyuşmazlık (dava) bağlamında ve davacıların talepleriyle mukayyet biçimde ortaya çıkar¹⁴⁵. Bu durum, içtihadî kuralların geriye

¹⁴¹ Danıştay 6. Dairesi, 12.10.2010, E. 2008/13112, K. 2010/9098, (Kazancı).

¹⁴² Conseil d'État, 19 avril 2013, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*, (CHRÉTIEN / CHIFFLOT / TOURBE, s. 175). Ayrıca bkz. LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 40.

¹⁴³ CHAPUS, Général, s. 122.

¹⁴⁴ VEDEL, Jurisprudentiel, s. 44.

¹⁴⁵ TRUCHET, s. 125-126; LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 6; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 129; BROWN / BELL, s. 296.

yürümesi (*rétroactivité*) problemini beraberinde getirir¹⁴⁶. Şöyle ki: yeni bir içtihadî kural, ancak açılmış bir dava vesilesiyle ve o davayı çözebilmek için üretilir; ne var ki ilk muhatapları, yani somut ihtilafın tarafları açısından bu kural, geriye yürümüştür (davanın açıldığı esnada böyle bir kural mevcut değildir)¹⁴⁷. Benzer hukukî durumda bulunan, yakın tarihlerde veya daha önce dava açan, ancak muhtelif sebeplerle davası geç sonuçlanan kimseler bakımından da yeni içtihadî kural, geriye yürümüş olacaktır¹⁴⁸.

Geriye yürüme meselesinin detayına girmeden evvel, bir hususu açıklığa kavuşturmak lâzımdır: hukuk kurallarının, yeni toplumsal ihtiyaç ve gereklilikler muvacehesinde değişmesi son derece tabiidir¹⁴⁹. İchtihadî kurallar da -tıpkı yazılı kurallar gibi ve hatta ekseriya onlara bağlı olarak- zaman içerisinde değişir (değişmek zorundadır). Bu sebeple, tedvin edilmiş alanlarda dahi içtihat değişikliği doğal görülür. Örneğin Cour de cassation (Fransız Yargıtayı), herhangi bir içtihadın ilânihaye devamını isteme gibi bir haktan söz edilemeyeceği kanaatindedir¹⁵⁰. *İdare hukukunun içtihadîliğinden kaynaklanan dezavantajlar* bahsinde, içtihat değişikliklerinin (*revirements de jurisprudence*) de sayılması, doktrinde âdet hâline gelmiştir¹⁵¹. Hâlbuki içtihadî kuralın değişmesi *kendi başına* bir sakınca değildir; hukukî güvenliği sarsan, bu değişikliğin *geçmişe etkili* olmasıdır. Dolayısıyla, geriye yürüme sakıncası giderildiği takdirde, bizzat *ıctihat değişikliği* olgusu bir dezavantaj teşkil etmeyecektir.

Conseil d'État, içtihat değişikliği esnasında yeni içtihadî kuralın geriye yürür sonuçlar doğurmasına mani olmak için iki yöntem geliştirmiştir. Başvurduğu ilk ve en

¹⁴⁶ RIVERO Jean, "Sur la rétroactivité de la regle jurisprudentielle", **Pages de doctrine**, Tome: I, Paris 1980, s. 165-172; VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 43; LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 6; WEIL Prosper, "The Strength and Weakness of French Administrative Law", **Cambridge Law Journal**, Volume: 23, Number: 2, (November 1965), s. 257; TRUCHET, s. 186; RICCI, s. 33; FRIER / PETIT, s. 114-115; SAĞLAM Mehmet, "İdari Yargıda Davacı Aleyhine Olan İctihat Değişikliklerinin 'Geçmişe Yürümezlik İlkesi' Açısından Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Ankara 2012, s. 731-758.

¹⁴⁷ LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 39.

¹⁴⁸ Bu ihtimalde yalnız hukukî güvenlik değil, eşitlik ilkesi de zedelenmektedir. Hatta aynı eşitsizlik, eski içtihadî kuralın geçerli olduğu zaman aralığında idarenin bu kuralı dikkate alarak bazı kişiler lehine -dava açmalarına gerek kalmaksızın- birtakım hak sağlayıcı işlemler tesis etmesi ihtimalinde de söz konusudur. SAĞLAM, s. 753.

¹⁴⁹ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 39. maddesinde bu durum, "*ezmânın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*" şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁵⁰ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 mars 2000, pourvoi n° 98-11982; Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564. **Rapport annuel de la Cour de cassation (2014)**, La documentation française, Paris 2014, s. 334-335. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, fertlerin haklı beklentilerinin korunması (*confiance légitime*) ve hukukî güvenliği gereklerinin, *ıctihadın değişmezliği* şeklinde bir hak bahşetmediği kanaatindedir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.12.2008, *Unédic / France*, § 74; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20.10.2011, *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin / Türkiye*, § 58. Bununla birlikte, içtihat değişikliği için makul bir açıklama (*reasonable explanation*) getirilebilmelidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.07.2013, *Stoilkovska / the former Yugoslav Republic of Macedonia*, § 49.

¹⁵¹ CHAPUS, Général, s. 123.

klâsik yöntem; içtihat değişikliğini görece önemsiz (siyasî nitelik taşımayan¹⁵²) ve *her halükârda* reddedeceği bir davada, kararın gerekçe kısmında yapmaktır¹⁵³. Böylece yargıç yeni kuralı, somut uyuşmazlığın taraflarını mağdur etmeksizin kamuoyuna duyurmuş olur.

Conseil d'État'nın yaklaşık on yıl önce, hukukî güvenlik prensibine *hukukun genel ilkesi* mevkii vermesinin¹⁵⁴ etkisiyle geliştirdiği ikinci yöntem -yasama ve yürütmenin yaptığı gibi¹⁵⁵- koyduğu kuralın *yürürlük zamanını* belirlemektir. Bilindiği gibi, idarî yargıda iptal kararları, dava konusu işlemi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırır. Ancak söz konusu *geçmişe etkililik* de, aslında içtihadî bir kuraldır (idarî yargıcın verdiği iptal kararlarının geriye yürüyeceğine dair herhangi bir yazılı kural yoktur)¹⁵⁶. İşte Conseil d'État, *Association AC! et autres* kararıyla¹⁵⁷, evvelâ genel anlamda iptal kararlarının geriye yürümesi kuralını yumuşatmış¹⁵⁸, *Société Tropic Travaux Signalisation* kararında¹⁵⁹ ise, bu imkânı içtihat değişikliklerine teşmil etmiştir¹⁶⁰. İdarî sözleşmelere karşı üçüncü kişilerin iptal davası açabileceğine ilişkin yeni içtihadî kuralın¹⁶¹, geçmişte akdedilmiş sözleşmeler bakımından uygulanmayacağını açıkça ifade eden bu karar, doktrinde *idarî yargıcın normatif*

¹⁵² BRAIBANT / STIRN, s. 268-269.

¹⁵³ Conseil d'État, 3 mars 1978, *Dame veuve Muësser* (nikâhsız eşi tazminat hakkı tanınması); Conseil d'État, 9 juin 1978, *Lebon* (memurlara verilecek disiplin cezalarında ölçülülük – âdil nispet şartı); Conseil d'État, 29 décembre 1978, *Darmont* (idarî yargılama faaliyetinden devletin sorumluluğu); Conseil d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo* (uluslararası antlaşmaların, kendilerinden sonra çıkan kanunlara üstünlüğünün kabul edilmesi), (CHAPUS, Général, s. 123). Diğer örnekler: Conseil d'État, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est* (bilanço teorisinin getirilmesi); Conseil d'État, 30 octobre 2009, *Perreux* (Avrupa Birliği direktiflerinin doğrudan etkililiği kuralı); Conseil d'État, 21 mai 2016, *Société Fairvesta* (esnek hukuk – *droit souple* kapsamında yapılan işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi kuralı), (MORAND-DEVILLER / BOURDON / POULET, s. 333).

¹⁵⁴ Conseil d'État, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres* (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 45; LONG ve diğerleri, s. 810).

¹⁵⁵ SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 132.

¹⁵⁶ ULER, s. 16; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 656; KAPLAN, Yargılama, s. 229-230.

¹⁵⁷ Conseil d'État, 11 mai 2004, *Association AC! et autres* (LONG ve diğerleri, s. 794). *Davanın reddi* kararlarının zaman bakımından etkisini değiştiren başka bir karar için bkz. Conseil d'État, 27 octobre 2006, *Société Techna*, (RICCI, s. 33).

¹⁵⁸ Conseil constitutionnel de, Conseil d'État'ı takiben, anayasaya aykırılık (*déclaration d'inconstitutionnalité*) kararlarının zaman bakımından etkisiyle oynamıştır: Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, Décision n° 2008-564 DC, (TRUCHET, s. 127).

¹⁵⁹ Conseil d'État, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*. Aynı yöntemin uygulandığı sonraki tarihli iki karar: Conseil d'État, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, (SEILLER, [1. Les sources et le juge], s. 325); Conseil d'État, 22 décembre 2008, *Société Berri Développement*, (LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 40).

¹⁶⁰ PROS-PHALIPPON Chloé, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, LGDJ, Mayenne Avril 2018, S. 95-98; LEBRETON, s. 72. Fransız Yargıtayı, benzer bir çözümü daha önce geliştirmiştir: Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10426, (FRIER / PETIT, s. 115).

¹⁶¹ Söz konusu yeni kural (idarî sözleşmelerin iptal davasına konu edilebilmesi), yakın tarihli başka bir kararla daha geniş ve açık bir şekilde ortaya konmuştur: Conseil d'État, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, (LONG ve diğerleri, s. 901).

gücüne resmiyet kazandırması olarak görülmektedir¹⁶². Ayrıca Conseil d'État, idarenin sorumluluğuna ilişkin daha yakın tarihli bir kararında, içtihadî kuralların geriye yürür etkisinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temin ettiği mülkiyet hakkına hâlel getirmemek için sınırlanması gerektiğini kabul etmiştir¹⁶³. Nihayet uyuşmazlık yargıcı da benzer bir çözümü benimsemiş ve yakın zamanda, meşhur *Société Entreprise Peyrot* içtihadını¹⁶⁴ terk ederken, bu değişikliğin geçmişte akdedilmiş sözleşmelerin nitelendirilmesi bakımından uygulanmayacağına karar vermiştir¹⁶⁵.

İçtihat değişikliklerinin davacılar bakımından geriye yürümesi, Türk hukukunda ciddî hak kayıplarına sebep olmaktadır¹⁶⁶. Danıştay'ın, *Association AC! et autres* kararına benzer bir şekilde, iptal kararlarının zaman bakımından etkisini yumuşattığı, söz gelimi bir düzenleyici işlemin iptali hâlinde eski düzenleyici işlemin yürürlük kazanmayacağına ilişkin kararlara rastlamak mümkündür¹⁶⁷. Ancak aynı imkânı, içtihat değişikliğinin geçmişe yürümesini engellemek için kullandığı bir örnek mevcut değildir. İdare hukukuyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin, vaz'ettiği yeni bir içtihadî kuralın geçmişe yürümeyeceğine ilişkin dikkat çekici bir kararı şöyledir:

*"Anayasa Mahkemesi, KHK çıkarılması ile ilgili olarak TBMM tarafından verilen yetkinin, ancak 'ivedi ve zorunlu' durumlarda ve çok uzun olmayan sürelerde kullanılabilecek bir yetki olduğu gerekçesi ile 3479 sayılı Yetki Yasası'nı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararı ile KHK'ler yönünden ilk kez 'ivedi ve zorunlu' olma ve 'belirli sürelerde kullanma' ölçütleri getirilmiştir. Bu anayasal ölçütlerin daha önce yürürlüğe girmiş olan KHK'leri etkilemesi düşünülemez. Konulan yeni ölçütler geleceğe yönelik yeni bir anlayışı açıklamaktadır (...) Bu ölçütün daha önce çıkan yetki yasalarının kullanım alanına etkisi kabul edildiği takdirde KHK ile yapılan düzenlemelerde istikrarsızlık ve güvensizlik yaratacak ve bu KHK'lerin tesis ettiği hukuki durumlar ve kazanılmış haklar büyük ölçüde ihlal edilebilecektir. Bu bakımdan gelecek için gözetilebilecek (...) ölçütlerinin geçmişe dönük olarak kullanılması (...) Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala aykırı olur (...)"*¹⁶⁸

¹⁶² SEILLER Bertrand, "Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif" *La Semaine Juridique (Edition Générale)*, 26 Septembre 2007, n° 39; PROS-PHALIPPON, s. 281.

¹⁶³ Conseil d'État, 22 octobre 2014, *Centre hospitalier de Dinan*, (FRIER / PETIT, s. 115).

¹⁶⁴ Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*. Söz konusu içtihat, kamu tüzel kişileri hesabına hareket eden özel kişiler tarafından akdedilen sözleşmelerin de idarî sayılmasını öngörmektedir. SEILLER, [2. L'action administrative], s. 199-201.

¹⁶⁵ Tribunal des conflits, 9 mars 2015, *M^{me} Rispal contre Société des autoroutes de France*, (FRIER / PETIT, s. 115).

¹⁶⁶ Somut mağduriyet örnekleri için bkz. SAĞLAM Mehmet, "İdari Yargıda Davacı Aleyhine Olan İçtihat Değişikliklerinin 'Geçmişe Yürümezlik İlkesi' Açısından Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ankara 2012, s. 742-750.

¹⁶⁷ Örnek: Danıştay 13. Dairesi, 17.02.2016, E. 2010/2498, K. 2016/338, (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Yargılama, s. 658).

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, 17.07.1990, E. 1990/1, K. 1990/21, *Resmî Gazete*, 16.07.1991, Sayı: 20931, s. 28-29. (Ayrıca bkz. SAĞLAM, s. 751-752).

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki kararında yeni bir içtihadî kuralın (ölçütün) geçmişe yürümemesini, 1982 Anayasası'nın 153. maddesinde yer alan *iptal kararlarının geriye yürümeyeceği* hükmüne dayandırmaktadır. İdarî yargıda iptal kararlarının geriye yürütülmemesini yasaklayan herhangi bir açık yazılı hüküm bulunmadığına göre, idarî yargıç da pekâlâ hukukî güvenlik ve benzeri gerekçelerle, getirdiği / getireceği yeni içtihadî kuralların geçmişe etkili sonuçlar doğurmasına engel olabilir.

Danıştay'ın içtihat değişiklikleri üzerine çalışan bir yazar, önceden açılmış benzer davaların, aleyhteki içtihat değişikliğinden etkilenmemesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶⁹. Yapılan bu tespit, doğru olmakla beraber, sadece yukarıda izah edilen *ikinci ihtimaldeki* davacıların (benzer durumda olup davası geç sonuçlananların) mağduriyetini önlemeye yöneliktir. İchtihat değişikliğinin *ilk kez* ortaya çıktığı davanın taraflarını (içtihadî kuralın ilk muhataplarını) da hesaba katmak icap eder. Bu mahzuru gidermek için Danıştay, Conseil d'État tecrübesinden istifade ederek, içtihadını, *her hâlükârda* reddedeceği davalarda, *kararının gerekçesinde* değiştirmeli ve yeni içtihadî kuralı herhangi bir hak kaybına sebep olmadan alenileştirmelidir.

3. İchtihat farklılıkları

Yazılı kurallar, yürürlükte oldukları an ve mekân itibarıyla yeknesaktır. Örneğin kanunların metni, belli bir tarihte, ülkenin her yerinde aynıdır. Kıta Avrupası'nda içtihadî kuralların zayıflığı (emsâl karar doktrininin benimsenmemesi ve her mahkemenin birbirinden bağımsız olması), idare hukukunun içtihadîliği bahsinde bir dezavantaj olarak, *içtihadî kuralların farklılığı* (içtihat ayrılıkları / aykırılıkları) sorununu gündeme getirir¹⁷⁰. Başka bir deyişle; muhtelif idarî yargı yerleri, hatta aynı yüksek mahkemenin daireleri, aynı anda ve aynı konuda, farklı içtihadî kurallar vaz'ediyor / uyguluyor olabilir. Hukukî güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmayan, toplumun mahkemelere itimadını sarsan¹⁷¹ bu durum, adil yargılanma hakkına¹⁷² da hâlel getirmektedir.

¹⁶⁹ SAĞLAM, s. 742.

¹⁷⁰ "İçtihat farklılığından söz edilebilmesinin ön koşulu, dava konusu edilen uyuşmazlıkların, özü itibarıyla aynı mahiyette olmasıdır. Dolayısıyla uyuşmazlıkların içeriğinin ve niteliğinin örtüşmediği, esaslı noktalarda ayrıldığı durumlarda, verilen kararlar arasındaki farklılık da içtihat farklılığı olarak değerlendirilemez" Anayasa Mahkemesi, 08.11.2017, Engin Selek, Başvuru No: 2015/19816, § 54.

¹⁷¹ "Birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, toplumun yargısal sisteme olan güveninin hukuk devletinin temel unsurlarından biri olmasına rağmen, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.02.2016, Çelebi ve diğerleri / Türkiye, §52. "Hukukun

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kıta Avrupası'nda bir dereceye kadar doğal görülebilecek¹⁷³ içtihat farklılığı olgusunun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi anlamında bir ihlâl teşkil edip etmediğine hükmederken şu ölçütleri kullanmaktadır¹⁷⁴: 1) İchtihat farklılığının ciddi / derin ve devamlı olup-olmadığı (*divergences profondes et persistantes*) 2) İç hukukta bu tutarsızlığın giderilmesine imkân verecek mekanizmaların öngörülüp-öngörülmediği 3) Eğer öngörülmüş ise, bu mekanizmaların uygulanıp-uygulanmadığı ve icabında etkilerinin neler olduğu (işe yarayıp-yaramadığı). Türk Anayasa Mahkemesi, henüz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kadar yerleşik kıstaslar geliştirememiş olmakla beraber¹⁷⁵, içtihat farklılığının sakıncaları konusunda şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

*“Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir”*¹⁷⁶.

üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan bu güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak kabul edilmelidir” Anayasa Mahkemesi, 08.11.2017, Engin Selek, Başvuru No: 2015/19816, § 58.

¹⁷² 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi, bir kanunun yorumuna ilişkin içtihat farklılığının, o kanunu öngörülebilir ve belirli olmaktan çıkardığı takdirde, adil yargılanma hakkı dışındaki başka temel hak ve hürriyetleri de ihlâl ettiğine karar verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, 27.06.2018, E-BA İnşaat Taahhüt Limited Şirketi, Başvuru No: 2015/13921 (mahkemeye erişim hakkı); Anayasa Mahkemesi, 26.10.2017, Ford Motor Company, Başvuru No: 2014/13518 (mülkiyet hakkı); aktaran: ÖZKAYA Kadir, “İchtihat Aykırılıklarının Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara 2019, s. 13-15 (Sempozyum kitapçığı bu çalışmanın kaleme alındığı esnada henüz basılmadığından; sayfa numaraları, katılımcılara dağıtılan konuşma metinleri üzerinden verilmiştir).

¹⁷³ “İchtihat farklılıkları, doğası gereği, kendi bölgelerinde yetki sahibi olan ve davanın esasına bakan mahkemelerin tamamına dayanan her türlü yargısal sistemin getirdiği bir sonuçtur. Bu tür çelişkiler, aynı mahkeme bünyesinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, tek başına, Sözleşme'ye aykırı olarak değerlendirilemeyecektir” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.02.2016, Çelebi ve diğerleri / Türkiye, §52. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesi, 25.02.2015, Fulpet Akaryakıt Limited Şirketi, Başvuru No: 2013/1834, §69. Örneğin yeni kabul edilmiş bir kanunun yorumlanması gibi bazı hâllerde içtihatların birlik ve istikrar kazanması belirli bir zamana ihtiyaç gösterebilir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.10.1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres / France, § 59. Anayasa Mahkemesi de; Konya, Adana ve Gaziantep Bölge İdare Mahkemeleri arasındaki içtihat farklılığının, mevzuatın ilk yorumu söz konusu olduğu için, adil yargılanma hakkını ihlâl etmediğine hükmetmiştir: “Bu durumda somut olay bakımından yapılan yasal değişikliğin ve bu yasal değişiklik uyarınca düzenlenen bir yönetmeliğin mahkemelerce ilk defa yorumlanması söz konusudur. İlgili mevzuatın ilk defa yorumlanmasında bölgesel ve görevsel yetkilere sahip mahkemeler arasında farklılıklar oluşması doğaldır (...) (B)öylesi bir durumda mahkemelerin uygulamaları arasındaki uyumu ve içtihat birliğini sağlamaya yönelik mekanizmalar önem taşımaktadır” Anayasa Mahkemesi, 21.01.2016, İslam Şahin, Başvuru No: 2014/7280, § 54.

¹⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 02.07.2009, Jordan Jordanov et autres / Bulgarie, § 49.

¹⁷⁵ ÖZKAYA, s. 4.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 06.01.2015, Türkan Bal, Başvuru No: 2013/6932, § 64.

“Özellikle aynı somut olay ve hukuksal durumdaki farklı kişilerce açılan davalarda birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşılması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebilir. Yargı mercilerinin anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Bu itibarla içtihat değişikliği tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz ise de bu değişiklik ile benimsenen yeni yaklaşımın benzer uyumsuzluklarda tutarlı olarak uygulanması gereklidir”¹⁷⁷.

Fransız idarî yargı düzeni içerisinde, içtihat farklılıklarını *henüz ortaya çıkmadan* engellemek üzere birçok mekanizma geliştirilmiştir. Söz konusu mekanizmaların ilki, iş yükünün hayli ağır olduğu Paris İdare Mahkemesinde, tamamen gayri resmî biçimde işleyen *hakem (koordinatör) yargıç* uygulamasıdır. Meslektaşları arasında bir nevi moderatör işlevi gören bu yargıçlar, farklılık arz eden kararları takip ederek çözüm önerisi sunmakta ve içtihadî kurallarda yeknesaklığın bozulmasını önlemektedir¹⁷⁸.

İçtihat farklılığının önünü almaya yönelik ikinci mekanizma, *Code de justice administrative*'in (İdarî Yargı Kanunu) L-113-1 numaralı maddesinde düzenlenen *yargısal görüş (avis contentieux)* müessesesidir¹⁷⁹. İlgili hükme göre idare mahkemesi veya istinaf mahkemesi; yeni bir hukukî meseleye vücut veren, ciddî bir güçlük arz eden ve birçok başka ihtilaf doğuran / doğurabilecek bir davada karar vermeden önce, aleyhine herhangi bir kanun yoluna gidilemeyen bir (ara) karar alarak, dava dosyasını, üç ay içerisinde inceleyip görüş bildirmek üzere Conseil d'État'ya havale edebilir. Yüksek mahkemenin görüşü gelene yahut üç aylık süre dolana kadar mahkeme, davanın esasına ilişkin karar veremez¹⁸⁰. Conseil d'État, kendisine ulaşan yargısal görüş başvurularını internet sitesinden yayımlar. Önünde aynı hukukî meseleyi içeren bir dava bulunan başka idarî yargı yerleri, Conseil d'État'dan görüş istenmiş olmasını bekletici mesele yapar. Yüksek mahkemenin açıklayacağı görüş, gerek talepte bulunan, gerekse bu talebi bekletici mesele yapan mahkemeler için bağlayıcı değildir. Ancak görüş alınmış bir davada verilen nihaî karar aleyhine kanun yollarına gidilmesi mümkün

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 17.05.2018, *Hakan Altınca*, Başvuru No: 2016/13021, § 48.

¹⁷⁸ GÜLER Murteza, “İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara 2019, s. 2-3. (Sempozyum kitapçığı bu çalışmanın kaleme alındığı esnada henüz basılmadığından; sayfa numaraları, katılımcılara dağıtılan konuşma metinleri üzerinden verilmiştir).

¹⁷⁹ GÜLER, s. 3-4. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN Gürsel, “Yargısal Görüş (Avis Contentieux) Kurumu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 119, s. 1-12.

¹⁸⁰ Maddenin orijinal metni şöyledir: “*Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai*”. Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 23.08.2019.

olduğundan, idare ve istinaf mahkemeleri ekseriya Conseil d'État'nın çözümünü benimsemekte ve böylece muhtemel içtihat farklılıklarının önüne geçilmiş olmaktadır.

Code de justice administrative'in R-222-1 ve R-122-12 numaralı maddelerinde, yargısal görüş kurumuyla bağlantılı biçimde düzenlenen *seri davalar (requêtes relevant d'une série)* uygulaması, içtihat farklılıklarının engellenmesini hedefleyen üçüncü mekanizmadır. İlgili maddeler seri davaları, *yeni bir değerlendirme yahut maddî vakıa tavsifi gerektirmeyen, hâlihazırda çözülmüş olanlara eş (aynı) hukukî meseleleri içeren davalar* şeklinde tarif etmektedir¹⁸¹. İdare mahkemesi yahut istinaf mahkemesi başkanı, seri davalar söz konusu olduğunda, aynı konuda eski bir karar veya yargısal görüş bulunuyorsa, tek başına karar verebilmektedir. Conseil d'État nezdinde ise bu imkân, *section du contentieux* başkanına ve *sous-section* (daire) başkanlarına tanınmıştır¹⁸². Böylece hem yargılama süreci hızlanmakta, hem de içtihat birliği korunmaktadır¹⁸³.

Fransa'da içtihat farklılıklarına mani olmak üzere geliştirilen son mekanizma, Conseil d'État bünyesinde gerçekleştirilen ve tıpkı hakem (koordinatör) yargıç uygulaması gibi gayrı resmî nitelik taşıyan, düzenli istişare toplantılarıdır. Bu kapsamda daire (*sous-section*) başkanları mütemadiyen bir araya gelip, daireler arası fikir (ictihat) birliği sağlamaya çalışmaktadır. Ayrıca her salı günü daire başkanları, daire içi heyetlere başkanlık eden üç yardımcısıyla, *troyka* adı verilen bir toplantı yaparak önceki hafta verilen kararlar üzerine konuşmaktadır. Bu sayede -bir şekilde- Conseil d'État'ya kadar ulaşan içtihat farklılıkları da, derinleşip hak kayıplarına sebep olunmadan giderilmektedir¹⁸⁴.

Türkiye'de, içtihat farklılıklarını *önleyici* bir mekanizma bulunmamaktadır¹⁸⁵. Danıştay Başkanlığı bünyesinde oluşturulan İdarî Yargı Komisyonu, yabancı ülke örneklerinden istifade edilerek; hakem (koordinatör) yargıç, yargısal görüş, seri davalar ve düzenli istişare toplantıları gibi çözümlerin benimsenmesi gerektiği kanaatine

¹⁸¹ "(...) *requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit, pour la juridiction saisie, des questions identiques à celles qu'elle a déjà tranchées*". Erişim: www.legifrance.gouv.fr, 23.08.2019.

¹⁸² Aynı usul, temyiz başvurularının değerlendirilmesinde de geçerlidir: Eğer temyiz edilen konu bir *seri* teşkil ediyor ve Conseil d'État'nın meseleye ilişkin daha önce verdiği bir yargısal görüş bulunuyorsa, daire başkanı bu görüşe atıf yaparak temyiz başvurusunun kabul edilmemesi kararını tek başına verebilir (madde R-822-5).

¹⁸³ GÜLER, s. 4. Seri dava ve benzeri uygulamalar hakkında ayrıca bkz. SANCAKDAR Oğuz, "İdari Yargılama Usûlünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, 12.05.2014, Ankara, s. 109-198; SEZGİNER Murat, "İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve 'Grup Dava' Uygulaması", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, 12.05.2014, Ankara, s. 199-217 (Grup Dava).

¹⁸⁴ GÜLER, s. 6.

¹⁸⁵ GÜLER, s. 2.

varmıştır¹⁸⁶. TBMM'ye 03.12.2013 tarihinde arz edilen Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda, Almanya'dakine benzer bir *grup dava* müessesesine yer verilmiş¹⁸⁷, ancak Tasarı kanunlaştırılmamıştır¹⁸⁸. Gerekli düzenlemeler yapılana kadar Danıştay en azından, yukarıda aktarılan gayri resmî mekanizmaları hayata geçirmeli ve hukuk güvenliğini zedeleyen içtihat farklılığı olgusunu, *henüz doğmadan* engellemeye çalışmalıdır.

Türk hukukuna özgü¹⁸⁹ *ıçtihatları*¹⁹⁰ *birleştirme* uygulaması, içtihadî kuralların farklılığı konusunda değinilmesi gereken başka bir müessesedir. Danıştay'ın karar organları arasında sayılan *ıçtihatları birleştirme kurulu*; Danıştay Başkanı'nın başkanlığında, Danıştay Başsavcısı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyelerinden oluşur¹⁹¹. Kurul, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında¹⁹² aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanı'nın havalesi üzerine, Başsavcı'nın düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir¹⁹³. Kurulun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmi Gazete'de

¹⁸⁶ GÜLER, s. 8.

¹⁸⁷ Tasarı'nın 8. maddesinde grup dava, "*aynı maddi ve hukuki sebebe bağlı ve birbirine emsal teşkil edebilecek nitelikte olan davalar*" şeklinde tarif edilmiştir.

Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss521.pdf>, 24.08.2019.

¹⁸⁸ SEZGİNER, Grup Dava, s. 212-216. Almanya örneği için bkz. ÜSTÜN TÜRKOĞLU Kamile, "Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması", **Memleket Siyaset Yönetim (MSY)**, Cilt: 10, Yıl: 2015, Sayı: 24 (Temmuz), s. 112-123.

¹⁸⁹ DURAN Lûtfi, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXVII, Yıl: 1972, Sayı: 3 (Eylül), s. 419 (Birleştirme); IŞIKLAR Celal, "İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14 (Temmuz 2013), s. 467. Kıta Avrupası'ndaki hiçbir ülkede benzeri bulunmayan bu müessesenin, İslâm hukukundaki *icma* kurumundan aksettği düşünülmektedir. KAYHAN, s. 17. Adlî yargıya 1926 yılında, 834 sayılı Kanun ile giren müessese, idarî yargıya 1931 yılında, 669 sayılı Kanun'u değiştiren 1859 sayılı Kanun yoluyla dâhil olmuştur.

¹⁹⁰ Yargı kararları ve literatürde, "*ıçtihatları birleştirme*" yerine kelimenin tekil hâli tercih edilerek "*ıçtihadı birleştirme*" tabiri de kullanılmaktadır. Çalışmanın muhtelif kısımlarında ortaya konduğu üzere yargısal içtihat, belli nitelikler taşıyan, *tek bir* yargı kararıdır. İçtihadî kuralın doğması için birden fazla karara ihtiyaç yoktur. Bu bakımdan müessesenin adlandırılmasında, *ıçtihatlar* ifadesi tercih edilmiştir. Aynı yönde: KIZILYEL Serkan, "Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015 (119), s. 116-117, dipnot: 3.

¹⁹¹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 5/f, m. 18/1 ve m. 55/2.

¹⁹² İdare ve vergi mahkemelerinin henüz ilk derecede kesinleşen kararları da pekâlâ içtihat farklılığına yol açabilir. Ne var ki kanun metninden anlaşıldığı üzere, içtihatları birleştirme müessesesi, bu ihtimali kapsamamaktadır.

¹⁹³ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 39.

yayımlanır¹⁹⁴. Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır¹⁹⁵.

İçtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir¹⁹⁶. Aykırı kararla ilgili kişiler de, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilir¹⁹⁷.

Danıştay, içtihatları birleştirme yoluna gitmeye yol açan *aykırılık veya uyuşmazlık* hâlini: 1) Konusu ve sebebi aynı olan davaların farklı kanunlara (veya düzenleyici işlemlere¹⁹⁸) istinaden çözülmesi 2) Aynı kanun (veya düzenleyici işlem¹⁹⁹) hükmünün farklı biçimlerde yorumlanması şeklinde anlamaktadır²⁰⁰. İşbu *aykırı / uyuşmaz* kararların her biri, kesinlik kazanmış olmalıdır²⁰¹. Kesinlik kazansa ve aykırılık / uyuşmazlık arz etse dahi, içtihatların birleştirilmesi, Kurul'un buna *lüzum görmesine* bağlıdır. Örneğin Kurul; aykırılığa / uyuşmazlığa sebep olan kanun hükmünün değişmesi²⁰², Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi²⁰³ yahut içtihatların sonradan istikrar kazanması²⁰⁴ gibi durumlarda, içtihatların birleştirilmesine *lüzum*

¹⁹⁴ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 40/3. Resmî Gazete'de yayımlanma, kararın aleniyetini sağlamaya yönelik olup, yürürlük şartı değildir. Danıştay 4. Dairesi, 29.01.1991, E. 1990/561, K. 1991/341 (Kazancı).

¹⁹⁵ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 40/4.

¹⁹⁶ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 40/1.

¹⁹⁷ 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 40/2. İçtihatların birleştirilmesi isteminin reddine ilişkin Danıştay Başkanlığı işlemi, idari yargıda dava konusu dilemez: Danıştay 10. Dairesi, 20.09.1990, E. 1990/2918, K. 1990/1760 (Kazancı). İdarî yargıya istinaf kanun yolunun getirilmesinden sonra bölge idare mahkemelerindeki başkanlar kuruluna da, "*benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştaydan bu konuda karar verilmesini isteme*" imkânı tanınmıştır. Ancak bu ihtimalde, aykırılık veya uyuşmazlık hali, içtihatları birleştirme kurulunca değil; konusuna göre idarî dava daireleri yahut vergi dava daireleri kurulu tarafından, üç ay içerisinde verilecek kesin bir kararla giderilecektir. (2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun, m. 3/C). İlgili maddenin 17.10.2019 tarihinde yapılan değişiklikten önceki haline göre, bu konuda da içtihatları birleştirme kurulu yetkili idi. Yakın tarihli içtihatları birleştirme kararlarında, bölge idare mahkemesi kararlarının da birleştirmeye dâhil edildiği, hatta içtihatların Danıştay değil, bölge idare mahkemesi yorumu istikametinde birleştirildiği görülmekteydi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2018/1, K. 2018/4, **Resmî Gazete**, 25.07.2019, Sayı: 30842.

¹⁹⁸ İŞIKLAR, s. 497; KIZILYEL, s. 126.

¹⁹⁹ İŞIKLAR, s. 497; KIZILYEL, s. 126.

²⁰⁰ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 20.05.1982, E. 1981/2, K. 1982/3, (İŞIKLAR, s. 474).

²⁰¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 16.03.1974, E. 1967/14, K. 1974/3. Danıştay bazen kesinleşmemiş kararları da birleştirmeye dâhil edebilmektedir: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4, (İŞIKLAR, s. 474).

²⁰² Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 04.05.1995, E. 1994/1, K. 1995/1 (Kazancı).

²⁰³ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 10.04.1971, E. 1968/16, K. 1971/24, (DURAN, Birleştirme, s. 426).

²⁰⁴ "*İçtihadın birleştirilmesinde amacın kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, isteme konu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olup olmadığına, bir başka ifadeyle kararlar arasındaki aykırılıkların devamlılık*

*bulunmadığına karar verebilmektedir*²⁰⁵. Kurul kimi zaman *aykırılık / uyuşmazlık*, kimi zaman ise *lüzum* kapsamında, hukukî benzerliğin yanı sıra, *maddî olayların benzerliğini* de şart koşmaktadır²⁰⁶. Elbette maddî olaylarda aranan bu benzerlik -zaten biri, diğeri açısından kesin hüküm ve yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil eden- *tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalar* derecesine ulaşmaz²⁰⁷.

İçtihatları Birleştirme Kurulu, muayyen bir davada, taraflar arası uyuşmazlığı çözecek tarzda bir karar almaz. Şu hâlde içtihatları birleştirme müessesesi, yargıcın içtihat üretme işlevini (*fonction jurisprudentielle*), hüküm verme işlevinden (*fonction juridictionnelle*) yalıtmak ve mahkemelerin normatif gücüne resmiyet kazandırmak itibarıyla Kıta Avrupası'nda *ayrık* bir örnek teşkil etmektedir. Daha açık bir ifadeyle; içtihatları birleştirme kararları, doğrudan tikel-somut bir ihtilafı çözmeye yönelmediği için, organik anlamda yargıdan (yüksek mahkemeden) sadır olsa da, fonksiyonel anlamda kural koyma (yasama) faaliyetinden başka bir şey değildir²⁰⁸. O kadar ki,

gösterecek şekilde sürdürülüp sürdürülmediğinin de değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir" Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 02.07.2012, E. 2008/1, K. 2012/1 (Kazancı). Kurul, istikrar kazanma kapsamında, içtihadın gelecekte değişme ihtimalini de göz önüne almakta ve görünüşteki istikrara rağmen yine de birleştirmeye karar verebilmektedir: *"Bu yeni görevlendirme çerçevesinde, artık bundan böyle, içtihat aykırılığı doğmayacağı düşünülebilir ise de; kararların kapsam ve niteliğine bağlı olarak uyuşmazlığın geniş bir çevreyi ilgilendirdiği göz önüne alındığında, kurul ve dairelerce verilen kararların bir kısmının çoğunlukla alındığı ve değişme ihtimali bulunduğu, bu nedenle konunun bağlayıcı bir çözüme kavuşturulması ve geleceğe dönük hukuki istikrarın sağlanması gerektiği görüşü benimsendiğinden, içtihatların birleştirilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır"* Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2013/2, K. 2018/2, **Resmî Gazete**, 25.07.2019, Sayı: 30842.

²⁰⁵ İŞIKLAR, s. 478. Eski (521 sayılı) Danıştay Kanunu döneminde Kurul, *idarî uygulamanın istikrar bulmasını* da, içtihatların birleştirilmesine lüzum görmemesine gerekçe olarak göstermekteydi. Lûtfi Duran, *idarenin fiilî uygulamalarına bağlayıcı etki tanınması* sonucunu doğuran bu durumu, haklı olarak eleştirmiştir. DURAN, Birleştirme, 433-435. Yeni (2575 sayılı) Danıştay Kanunu döneminde Kurul, böyle bir değerlendirme yapmamaktadır. İŞIKLAR, s. 491.

²⁰⁶ Örnekler için bkz. İŞIKLAR, s. 480-483. Yakın zamanda verilen ve aynı gün Resmî Gazete'de yayınlanan üç içtihatları birleştirme kararının ikisinde *maddî benzerlikten* söz edilmiş, birinde ise *aynı hukuk kuralının farklı biçimde yorumlanması hâli*, birleştirme için yeterli görülmüştür. Maddî benzerlik arayan kararlar: *"Kararlar arasındaki aykırılık ve uyuşmazlığın niteliğinin ne olduğu sözü edilen maddelerde açıklanmamış ise de, uygulamada aynı veya benzer konuda açılıp maddî ve hukuki durumları aynı olmasına karşın farklı şekilde sonuçlandırılan yargı kararlarının varlığı halinde içtihat aykırılığından söz edilebilmektedir"* Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2018/1, K. 2018/4. *"(...) Kanun'un yukarıda anılan hükmünde, kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın ne olduğu açıklanmamış olmakla beraber, bu durumdan söz edebilmek için, kararlara esas alınan maddî olgu ve hukuki dayanaklarda aynıyet olmasına karşın, uyuşmazlığa uygulanan hukuk kuralının değişik yorumu nedeniyle birbirine aykırı karar verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir"* Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2013/2, K. 2018/2. Maddî benzerlik şartından bahsetmeyen karar: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 08.02.2019, E. 2013/3, K. 2019/1. (**Resmî Gazete**, 25.07.2019, Sayı: 30842).

²⁰⁷ KIZILYEL, s. 124-125.

²⁰⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 61. *"Bir konunun İçtihadı Birleştirme Kararı ile aydınlanması, ameli sonuç bakımından, o konuda yeni bir yasa çıkarılması anlamına gelmektedir. Nasıl ki, yasa hükümleri uygulanırken tefsirleri ve asıl amaçlarının belirlenmesi gerekirken ise yine yasa hükmünde olan İçtihadı Birleştirme Kararlarının da tefsiri mümkün olup (...)"* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.06.2010, E. 2010/1-281, K. 2010/323 (Kazancı). *"İlginç nokta şudur: İçtihadı Birleştirme Kararları, Anayasaya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesine götürülemedikleri için, bu açıdan bu yolun açık tutulduğu yasalardan bile güçlüdürler"* SEROZAN, s. 38.

içtihatları birleştirme kararına istinaden üretilmiş yargısal içtihatlardan dahi söz etmek mümkündür²⁰⁹.

İçtihatları birleştirme kararları, birleştirmeye konu olan ve birbiriyle çelişen kesin hükümlerin etkisini gidermediği gibi, daha önce tesis edilmiş idarî işlem / eylemleri de hukuka uygun veya aykırı kılmaz²¹⁰. Bu bakımdan -mevcut hâliyle- içtihatları birleştirme uygulaması, içtihat farklılığından kaynaklanan sakıncaları, sadece geleceğe ilişkin olarak giderme potansiyeline sahiptir (yani içtihat farklılığını *baştan önleme* imkânı yoktur). Danıştay, içtihatları birleştirme kararlarının yukarıda izah edilen iki özelliğini (somut bir ihtilafı çözmeme ve geçmişe etkili olmama), yine bir içtihatları birleştirme kararında, şu şekilde ifade etmektedir:

“İçtihadı birleştirme kararlarının öteki yargı kararlarından ayrılan bir özelliği, bu kararların mevcut bir uyumsuzluğu, belli yargısal yöntemlerle çözümleyen kararlardan olmamasıdır. Bir başka anlatımla, bu kararlar iptal ve tam yargı kararları gibi herhangi bir idari işlem ya da eyleme yönelik değildir ve doğrudan doğruya uyumsuzluk konusu olan bu işlem ve eylemlere uygulanamaz. İctihadın birleştirilmesine ilişkin kararlar genel, objektif nitelikteki düzenleyici bir kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesine, onun yorumlanmasına ilişkin olup konusunu teşkil eden hukuk kuralı yürürlükte kaldığı sürece geçerliliğini korur ve (...) bu kararlara Danıştay Daire ve Kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır. Bu zorunluluk, idarece, sebep unsuru içtihadı birleştirme kararının verilmesinden önce oluşmuş olsa dahi, henüz tesis edilmemiş idari işlemlerle; yargı yerleri için yargılama süreci bitmemiş uyumsuzluklarla sınırlıdır. Daha açık anlatımla idare içtihadı birleştirme kararının ilgili olduğu hukuk kuralını uygulayacağı her durumda karar doğrultusunda işlem yapmak zorundadır. Yargı organları da görmekte oldukları davaların her evresinde keza içtihadı birleştirme kararına uygun olarak uyumsuzluğu çözümleneceklerdir. Ancak idare, içtihadı birleştirme kararından önce bu karara aykırı olarak tesis ettiği bir idari işlemi geri alarak düzeltmesi için zorlanamayacağı gibi, yine yargı yerlerince bu kararlara aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan kararlar hakkında, sonradan verilmiş olan içtihadı birleştirme kararına dayanılarak yargılamanın yenilenmesi istenemez. Bu husus senelerden beri idari ve adli yargının verdiği çok sayıda kararla doğrulanmış ve içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümezliği hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmiş bulunmaktadır”²¹¹.

İçtihatları birleştirme müessesesi üzerine yapılan çalışmalarda Türk yazarlar, idare hukukunun içtihadî karakterini, iddialarını destekleyici bir *argüman* olarak kullanma eğilimindedir. Örneğin içtihatların birleştirilmesi için *hukukî benzerlik* dışında ek koşullar aranması, Tuncay ve Işıklar tarafından, idare hukukunun içtihadî

²⁰⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 15.06.1949, E. 1948/4, K. 1949/11 (Kazancı).

²¹⁰ “Dosyanın incelenmesinden, yükümlü derneğin yabancı dil kursu düzenlediği, dil kursu düzenleme şeklindeki faaliyetinin iktisadi işletme sayılmadığına ilişkin 1980-1987 yıllarında Danıştay tarafından verilmiş kararlar bulunduğu, bu kararlar uyarınca yükümlü derneğin ihtilaf yılında mükellefiyet tesis ettirmediği, ancak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 16.6.1994 gün ve E: 1992/2, K: 1994/2 sayılı kararı ile derneklerin yabancı dil kursları iktisadi işletme olarak kabul edilmesi üzerine, 13.12.1996 tarihli inceleme raporu ile yükümlü dernek adına 1991 yılı dönemleri için kaçakçılık cezalı tarhiyat yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda, vergilendirilen konu hakkında içtihat değişikliği olduğundan yükümlünün yanıldığı kabul edilerek yukarıda anılan kanun maddesi hükmü uyarınca yükümlü dernek adına ceza uygulanamayacağından, mahkemece cezanın kusura çevrilerek onanmasında isabet görülmüştür” Danıştay 11. Dairesi, 03.11.1998, E. 1998/881, K. 1998/3608 (Kazancı).

²¹¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 10.06.1993, E. 1992/1, K. 1993/2 (Kazancı).

karakterinden yola çıkılarak savunulmuş²¹², Lûtfi Duran ise, yine aynı özellikten hareketle, gözetilen bu koşulları eleştirmiştir²¹³. İki tarafın akıl yürütme biçimi, şu şekilde özetlenebilir:

1) Tuncay ve Işıklar'a göre içtihatların birleştirilmesi koşulları ne kadar geniş tutulursa (yani içtihatların birleştirilmesi kararları ne kadar soyut ve genel nitelik kazanırsa), gerek idarenin, gerekse idarî yargıcın takdir yetkisi o kadar çok sınırlanmış olacaktır. Şu hâlde, *idare hukukunun içtihadîliğine / içtihadî karakterine ket vurmamak* adına, içtihatların birleştirilmesi için olabildiğince sıkı şartlar aramak gerekir.

2) Duran'a göre içtihatların birleştirilmesi koşulları ne kadar dar tutulursa (yani içtihatların birleştirilmesi kararları ne kadar somut ve özel nitelik taşırsa), Danıştay'ın yazılı kuralların *üzerine* çıkıp daha genel, objektif ve yüksek ilkelere / kavramlara ulaşma imkânı o kadar azalmış olacaktır. Öyleyse, *idare hukukunun içtihadî karakter kazanabilmesi* adına, içtihatların birleştirilmesine ilişkin koşullar gevşetilmelidir.

Herhangi bir terimin, aynı konuda, birbirine zıt iki görüşü desteklemek üzere kullanılması, tarafların *o terime* tamamen farklı manalar verdiğini gösterir. Tuncay ve Işıklar, *icthadîliği* (idare hukukunun *icthadî* karakterini), *idarenin ve idarî yargıcın geniş bir takdir yetkisine sahip olması* şeklinde anlamaktadır. Duran'ın zihninde ise içtihadîlik, *idare hukukundaki temel kural, kavram ve ilkelerin yasama (yahut yürütme) değil, yargıç tarafından ihdas edilmesine* karşılık gelmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde ulaşılan sonuçlar ışığında, Duran'ın içtihadîlik telâkkisinin, Tuncay ve Işıklar'a nazaran daha isabetli olduğu açıktır. Tekrar etmek gerekirse içtihadîlik (bir hukuk dalının içtihadî olması), tikel-somut uyumsuzlukta yargısal içtihadın doğmasını sağlayan *yargıca özgü zihinsel çaba alanı* (yargıcın takdir yetkisi) ile *aynı şey* değildir (hele hele idarenin takdir yetkisi ile aynı şey, hiç değildir²¹⁴). Semantik belirsizlik veya boşluk sebebiyle oluşan yargıca özgü zihinsel çaba alanı, *tek bir yargısal içtihadın doğuşunu önceler*. İctihadîlik ise, muhtelif zihinsel çaba alanlarında, *kurucu* nitelikte yargısal içtihatların zuhur etmesi *sonrasında* ortaya

²¹² IŞIKLAR, s. 480 ve 492; TUNCAY Aydın, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara 1972, s. 255-260.

²¹³ DURAN, Birleştirme, s. 429.

²¹⁴ Tam aksine, idarî yargının varlık sebebi, yürütme (ve idareye) mecburen tanınmış takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesini engellemektir. Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II/D: "İdarenin Denetimi Olgusunun Siyasîliği".

çıkan *genel* bir durumdur²¹⁵. Dolayısıyla, Duran'ın işaret ettiği gibi, içtihatların birleştirilmesi kararlarının şu veya bu hâdiseden, mevzuatın A yahut B maddesinden sıyrılıp umumî prensiplere yönelmesi, idare hukukunun yargıç eliyle, tabandan tavana (tümevarım metoduyla) inşa edilmesini kolaylaştıracak ve böylece *icthadî* karakterini pekiştirecektir.

Her iki tarafın (Tuncay, Işıklar ve Duran'ın), müşterek hatası, nötr bir tespiti (durumu) ifade eden içtihadîlik kavramını, *kendinde iyi (good in itself)* bir özellik olarak sunmalarındır. Hâlbuki içtihatları birleştirme müessesesini tartışırken yapılması gereken, bu müessesenin içtihadîliğe ne kadar hizmet ettiği değil, hukukî güvenlik – hakkaniyet (statik değerler – dinamik değerler) dengesini sağlayıp sağlayamadığıdır. Mevcut görünümüyle içtihatları birleştirme müessesesi, içtihadîliğin Kıta Avrupası özelinde getirdiği bir dezavantaj olan *icthadî kuralların farklılığı* problemini, *henüz ortaya çıkmadan* engelleyebilme potansiyeline sahip değildir.

Danıştay, içtihatların birleştirilmesi yoluna nadiren tevessül etmektedir. Kurul, 1965-2015 tarihleri arasındaki yarım asırlık dönemde, sadece doksan içtihatların birleştirilmesi talebini esastan incelemiştir²¹⁶. Danıştay'ın içtihatları birleştirme koşullarını (Duran'ın arzu ettiğinden daha) sıkı tutması, içtihadîliğin yol açtığı (ve az sonra incelenecek) başka bir dezavantaj olan *meşruiyet sorunundan* kaçınma gayreti ile açıklanabilir.

4. Meşruiyet sorunu

Demokratik ülkelerde meşruiyetin, halktan kaynaklandığı kabul edilir. Dolayısıyla genel-soyut-objektif kurallar koyma yetkisi, halkın mümessillerine (seçilmişlere) ait olmalıdır. Atanmış yargıçların, demokratik bir ülkede normatif durumu değiştirip-biçimlendirerek hukuk vaznı (*jurislateur*) konumuna yükselmesi, bu açıdan bakıldığında, ucu yargıçlar hükûmeti (*gouvernement des juges*) ve teknokrasi tartışmalarına çıkan anayasal (ve elbette siyasî) bir meseleye dönüşür. İdare hukukunun genel teorisini teşkil eden yargıç yapısı-icthadî kurallar da, aynı bakış açısıyla pekâlâ gayrı meşru (*illégitime*) sayılabilir²¹⁷.

²¹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, Başlık V: "İçtihadîlik Kavramı".

²¹⁶ KIZILYEL, s. 141-142.

²¹⁷ VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 36-37; DUPEYROUX, s. 374-377; CHAPUS, *Général*, s. 124-125; RICCI, s. 33; SEILLER, (1. *Les sources et le juge*), s. 139. "Metot sorunları özünde düpedüz Anayasa sorunlarıdır; bu nedenle de politik sorunlardır. Ne de olsa metot sorunları başta yasama-yargı ilişkisiyle, açıkçası yargının yasamaya müdahalesinin anayasal sınırlarıyla doğrudan ilgilidir. Gerçekten, hukukta yöntembilimin başlıca sorunu yargıcın yasamanın

Fransa’da yargısal içtihatlar, hukukun resmî kaynakları arasında yer almaz. Gerçekten de bu ülkede ne anayasa, ne de kanunlar içtihadî kuralların varlığından bahsetmektedir²¹⁸. Dahası, yukarıda değinildiği gibi, Code civil’in 5. maddesi, yargıçların genel ve düzenleyici nitelikte hükümler vermesini açıkça yasaklamıştır²¹⁹. Fransız idare hukuku doktrini, içtihadilikten kaynaklanan söz konusu meşruiyet sorununu, muhtelif tezlerle aşmaya çalışmaktadır. Code civil’in 4. maddesi, içtihadî kuralları *meşru* kılmak amacıyla kullanılan en yaygın argümandır²²⁰. Madde, önüne gelen bir davada kanunun sessizliği, yetersizliği yahut belirsizliği sebebiyle hüküm vermekten kaçınan yargıcın, ihkak-ı haktan imtina (*déni de justice*) suçundan²²¹ dolayı cezaî sorumluluğunun doğacağını öngörmektedir²²². Doktrin bu düzenlemeden yola çıkarak idarî yargıcın kanunların eksikliği karşısında, içtihat üretme işlevini *mecburen* üstlendiğini belirtmekte ve idare hukukunun yargıç yapısı içeriğine meşruiyet kazandırmaya çalışmaktadır. Vedel’e göre mezkûr hüküm, yargıcın normatif gücünün, hukukî müesseseler oluşturulurken en baştan hesaba katıldığını ve bu sebeple gayrı meşru sayılamayacağını göstermektedir²²³.

Marcel Waline, yargıcın normatif gücünü meşrulaştırmak üzere başka bir tez daha öne sürmüştür: kanun koyucu ve yargıç; ayrı dünyalarda yaşamaz. Bilâkis, ikisi de aynı sosyal gerçekliğin içindedir. Mahkeme kararları yayımlanır ve halka açıktır. Şu hâlde yasama organı, bu kararların içerdiği içtihadî kurallardan bihaber değildir. Yargı kararlarından rahatsız olan toplum kesimlerinin, yasama organı üzerinde baskı kurarak, içtihadî kuralı bertaraf eden yeni bir kanun çıkarttırması her zaman mümkündür²²⁴. Başka bir deyişle yasama organı (halk) istediği zaman, yeterince açık bir kanun hükmü

koyduğu kuralları yorumlayıp düzeltmesinin, hatta yasamanın hiç koymadığı kuralları yaratmasının sınırlarının nerede ve nasıl çizileceği sorundur” SEROZAN, s. 10.

²¹⁸ GAUDEMET, Méthodes, s. 121; CHAPUS, Général, s. 124.

²¹⁹ Code civil, m. 5: “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises (Yargıçların, önlerine gelen meseleler üzerine genel ve düzenleyici hüküm getirmek suretiyle karar vermesi yasaktır)”.

²²⁰ CHAPUS, Général, s. 124; LEBRETON, s. 71.

²²¹ Hâlihazırda bu suç, Fransız Ceza Kanunu’nun (Code pénal) 434-7-1 numaralı maddesinde düzenlenmektedir.

²²² Code civil, m. 4: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”

²²³ VEDEL, Jurisprudentiel, s. 37.

²²⁴ Yazar bu duruma, Conseil d’État içtihadını bertaraf etmek üzere çıkarılan 3 Haziran 1933 tarihli Kanun’u örnek göstermektedir (Kanun-içtihat çatışması, madencilerin iş güvenliği konusunda görevlendirilmiş temsilcilere ödenecek ücret konusunda çıkmıştır). Conseil d’État, 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*. WALINE (Marcel), s. 624-625.

getirmek suretiyle, içtihadî kuralların varlığına son verme imkânına sahiptir²²⁵. Eğer söz konusu imkânı rağmen yasama, yargıç tarafından üretilmiş bir kuralı ortadan kaldırmıyorsa, onu zımnen tasdik etmiş demektir²²⁶.

Türkiye’de içtihadî bir hukuk dalı, Fransa’ya nazaran daha az meşruiyet sorununa yol açar. Çünkü gerek Türk Medenî Kanunu’nun ilk maddesi²²⁷, gerekse içtihatları birleştirme müessesesine ilişkin yukarıda aktarılan kanun hükümleri, yargıcın normatif gücüne yeterince açık bir dayanak teşkil eder. Dahası, yargıcın ihkak-ı haktan imtina etmesi Türkiye’de bizzat anayasa hükmüyle yasaklanmıştır²²⁸. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, Yargıtay’da içtihatları birleştirme usûlünü düzenleyen kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan bir davada, iptal talebini reddetmekle beraber, ilgili kanunu, Kıta Avrupası hukuk sisteminin genel mantığından uzaklaşmayacak bir şekilde anlamlandırmıştır:

“İçtihadî birleştirme karan, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka dâvalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere içtihadî birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. Demek ki içtihadî birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtihadî birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadî birleştirme karan veren Yargıtay’ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa’nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez”²²⁹.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, içtihatları birleştirme müessesesinin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmakta, ancak bir yandan da bu kuruma, kuvvetler ayrılığını zedelemeyecek bir istikamet çizmektedir. Danıştay’ın, içtihatların birleştirilmesine karar vermek için kanunda öngörülmeeyen ek koşullar araması da,

²²⁵ WALINE (Marcel), s. 624-625. Örneğin Fransa’da 11 Temmuz 1979 tarihli Kanun, bazı bireysel idarî işlemler bakımından gerekçe yükümlülüğü öngörerek Conseil d’État’nın aksi yöndeki içtihadını ortadan kaldırmıştır: Conseil d’État, 21 juillet 1970, Bousset dit Lambert, (LEBRETON, s. 72).

²²⁶ WALINE (Marcel), s. 626-627.

²²⁷ Türk Medenî Kanunu’nun “Hukukun uygulanması ve kaynakları” başlığını taşıyan 1. maddesi şöyledir: “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır”.

²²⁸ 1982 Anayasası, m. 36/2: “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”.

²²⁹ Anayasa Mahkemesi, 12.06.1969, E. 1968/38, K. 1969/34, Resmî Gazete, 29.01.1970, Sayı: 13412.

aslında kural koyucu gibi görünüp, meşruiyet tartışmalarına yol açmama kaygısından ileri gelmektedir²³⁰.

5. Pedagojik sorun

İçtihadîlik, idare hukukunu erişilmez kıldığı gibi, onun öğretimini de güçleştirmektedir. Tedvin edilmiş hukuk dalları öğrencilere anlatılırken, ana kanundaki (*code*) sistematüğün takip edilmesi yeterlidir. Yani bu alanlarda, evvelâ *olması gerekenler*, belli bir düzen içerisinde sunulur. Gerçek hayatta *olanlar* (yargıçların tatbikatı), ancak spesifik bir meselede uzmanlaşmak isteyenler bakımından, ikinci derece önem arz eder. Yine kodifiye edilen alanlarda maddî hukuk, şeklî hukuktan neredeyse tamamen ayrılmıştır. Dolayısıyla bir öğrencinin ikinci sınıfta işlenen borçlar hukuku, medenî hukuk yahut ceza hukuku konularını idrak edebilmesi için medenî usûl hukuku veya ceza muhakemesi hukuku bilgilerine ihtiyacı yoktur. Yargısal içtihatlar vasıtasıyla inşa edilen bir hukuk dalında ise *olanlar*, *olması gerekenlere* öngelir. Örneğin tanımı hiçbir yerde yazmayan *idarî işlem*, *idarî sözleşme* yahut *hizmet kusuru* gibi kavramlar, sadece Conseil d'État ve Danıştay'ın muayyen davalarda verdikleri kararlardan yapılacak soyutlamalar vasıtasıyla izah edilebilir²³¹. Bu yüzden bilhassa ilk dönem idare hukuku doktrini, meseleci bir yöntem benimsemiş ve eserlerini (gerek başlıklandırma, gerekse muhteva açısından) hep *yargıç gözünden* kaleme almıştır (*optique contentieuse*)²³². Dahası, bu alanda maddî hukuk - şeklî hukuk irtibatı kop(a)madığından (görev-esas rabitası devam ettiğiinden)²³³ idare hukukunda bazı konuların kavranması, idarî yargılama usulü bilgisi gerektirmektedir (*icraîlik* özelliğinin anlaşılması için *kesin ve yürütülebilir işlem* koşulundan, *zımnî işlem* kategorisini tanımak için İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinden haberdar olunması gerektiği gibi).

Güncel idare hukuku kitaplarının çoğunda öncelikle idarenin (idarî teşkilatın) ele alınıp, daha sonra işlem, sözleşme ve sorumluluk gibi konulara geçilmesi, aslında meseleci yönetime getirilen eleştiriler sonucunda benimsenmiş, görece yeni bir usûldür. Söz konusu eleştiri sahiplerinin yaklaşımı, *önce anatomi, sonra patoloji* şeklinde

²³⁰ Tam bu noktada Danıştay'ın içtihatları birleştirmek için aradığı sıkı şartları eleştiren Duran'ın, aynı müesseseyi kuvvetler ayrılığı ilkesine ve anayasaya aykırı görmesinin, dikkat çekici bir çelişki arz ettiğini belirtmek gerekir. İlgili görüş için bkz. DURAN Lûtfi, "Yüksek Mahkemeler Arasında İctihad Uyuşmazlığı", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 1967, Sayı: 1, s. 11 ve 25.

²³¹ VEDEL, Précédent, s. 272.

²³² GONOD, s. 33; WALINE (Jean), s. 18.

²³³ Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II/A-2: "Prensibin Getirdiği Belirsizlik ve Yargıç Üzerindeki Etkisi".

özetlenebilir. Buna göre nasıl tıp ilminde hastalıklardan (patoloji) önce beden yapısı (anatomi) ele alınıyorsa, idare hukuku öğretiminde de evvelâ idarenin yapısı incelenmeli, daha sonra onun hukuka aykırı davranması (iptal davası) veya sorumluluğu (tam yargı davası) vasıtasıyla anlaşılabilen konulara geçilmelidir²³⁴. Ne var ki, bu yöntem de, *idare hukukunun idarî kanunlardan ibaret sanılması* riskini beraberinde getirir. Eğer öğrenciler, bir yıllık idare hukuku dersinin ilk dönemi boyunca sadece idarî teşkilat konusuyla muhatap olursa, mezuniyetlerinden sonra idare hukukunu; devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin organizasyonunu inceleyen, kamu yönetimine yakın bir disiplin gibi algılayabilir. İşte bu ve benzeri mahzurların önüne geçmek için güncel idare hukuku ders kitapları, önce idare hukukunun özelliklerinden, genel ilkelerinden ve hatta idarî yargıda açılan dava türlerinden kısaca bahsetme yoluna gitmektedir²³⁵.

İçtihadîlik, idare hukukunu *ithal eden* ülke doktrini açısından bazı ek problemler de doğurur. Yargısal içtihatlar yığınının, iktibas eden ülkeye (örneğin Türkiye'ye) aktarılması lüzumlu unsurların (temel esprinin) ayıklanabilmesi, Fransa'ya özgü birçok müessesenin son üç asırda geçirdiği istihalelerin bilinmesine bağlıdır. Aksi takdirde, tabiri caizse *organ nakli* başarısız olur ve mehzaz ülkede hiç görülmemiş yan etkiler ortaya çıkabilir²³⁶. Örneğin Fransa'da bir dönem, siyasî iktidarı (yürütmeyi) hukuka uymaya *alıştırmak* için, içtihat yoluyla idarî yargı yetkisine getirilen sınırlamalar (idareye emir / talimat vermeme yahut idarî işlem / eylem niteliğinde karar almama), bugün yargısal emir (*injonction*) ve seri yargılama (*référé*) gibi müesseselerle aşılmış durumdadır. Türkiye ise, aslında *tarihin belli bir anındaki Fransa fotoğrafından* ibaret bu geçici durumu, *idare hukukunun olmazsa olmazı* zannederek anayasa ve kanun hükümlerine dönüştürmüştür²³⁷. İlginç bir şekilde, Fransızların idareyi daha etkili denetleyebilmek üzere ihdas ettiği *référé* müessesesi, daha sonra *ivedi yargılama* adıyla nakledilmeye çalışılmış, ancak temel esprinin kavran(a)maması sebebiyle, taşınan bu kurum, idarenin keyfî tasarruflarını kollayan ve yargısal denetimi sınırlayan bir mekanizmaya evrilmiştir²³⁸.

²³⁴ BRAIBANT / STIRN, s. 41-42; PEISER, s. 11.

²³⁵ Örneğin Seiller, yukarıda izah edilene benzer bir kaygıyla evvelâ yargıcı ve kaynakları anlattığını söyler. Bkz. SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 30-31.

²³⁶ BRAIBANT / STIRN, s. 42.

²³⁷ 1982 Anayasası, m. 125/4; İdarî Yargılama Usulü Kanunu m. 2/2.

²³⁸ YEŞİLYURT Nazile İrem, "İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 70, Yıl: 2015, Sayı: 2, s. 403-433 (İvedi).

IV. İÇTİHADİLİK VE KODİFİKASYON

“Kanunlardan evvel, yargıçlar vardı”²³⁹.

(Jean-Étienne-Marie Portalis)

İdare hukuku, puantilist bir tabloya benzer²⁴⁰. Tuvale yakından bakıldığında yüzlerce küçük, renkli nokta dışında bir şey görmek mümkün değildir. Birkaç adım geri çekilip tekrar göz atıldığında, tablonun *anlamalı bir bütün teşkil eder gibi* olduğu sezilir. Günün birinde noktaların birleştirilip çizgiye dönüştürülmesi, böylece manzaranın daha *net ve belirgin* kılınması mümkün müdür? İctihadiliğin geleceğini ilgilendiren bu soru, aslında “idare hukukunun geleceği nedir” sorusuyla eş anlamlıdır. Zira “*idare hukukunun kaynaklarının evrimi, bütün diğerlerini de içinde barındırıp belirlediği için, hiç şüphesiz en önemli değişimdir*”²⁴¹.

Tedvin (kodifikasyon), bir hukuk dalına ilişkin kanunlar, örf-âdet kuralları, teamüller ve içtihadî kurallara, muayyen bir konu yahut konular bütünü çerçevesinde âhenkli, muntazam ve yazılı bir görünüm kazandırılmasıdır²⁴². Hiçbir hukuk dalı, gökten *tedvin edilmiş* vaziyette inmemiştir. Özel hukukun kodifikasyonu, epigrafta işaret edildiği gibi, gerçek hayattaki ihtilafların, praetorlar (yargıçlar) elinde uzun süre yoğrulup, onlardan birtakım kural, ilke ve kavramların istihraç edilmesinden sonra mümkün olabilmektedir. Şu hâlde bir hukuk dalının derlenip yazıya geçirilmesi için ortada evvelâ François Géný’nin *donné*, Vedel’in *matière* dediği şey, yani yargıç tarafından az-çok şekil verilmiş bir *malzeme* yahut *hammadde* mevcut bulunmalıdır²⁴³.

Code’larıyla meşhur Napoléon, ne kadar kudretli olsa da, *yoktan yaratma* gücüne sahip değildi: dolayısıyla henüz *var olmayan* bir hukuku tedvin edemezdi. Bunun yerine, özel hukuku içeren *Code civil*’e mukabil, idare hukukunu *yaratacak* bir

²³⁹ “Discours de présentation du Code civil” (Fransız Medenî Kanunu’nu takdim konuşması), **Discours et rapport sur le Code civil**, Caen 1989, s. 90’dan aktaran: PODRAZA-SCRIPZAC Edith, **La fonction du jurisprudence du Conseil d’État**, (Thèse de doctorat), Tome: I, Douai (Artois) 2007, s. 1.

²⁴⁰ *Puantilizm* (noktacılık); Georges Seurat, Camille Pissarro, Henri-Edmond Cross ve Paul Signac gibi post-empresyonist ressamlar tarafından XIX. yüzyılın sonunda kullanılmış bir tekniktir. Puantilist tablolar; gözün, yan yana durmakta olan küçük renk noktalarını bir bütün halinde görmesi prensibine dayanır. SUCİ Melih, **Türk Resim Sanatında Gerçeküstücü Ressamlar**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017, s. 40. (Bu teşbih, Profesör Grégory Kalfleche’in Toulouse Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, 2018-2019 güz döneminde verdiği idare hukuku derslerinden not alınmıştır. Aynı benzetmeye daha sonra LOMBARD / DUMONT / SIRINELLI, s. 403’te de rastlanmıştır).

²⁴¹ TRUCHET, s. 16.

²⁴² DRAGO Roland, “La codification en droit administratif français et comparé”, **Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques**, Yıl: 1996, Sayı: 24, s. 96.

²⁴³ GÉNY, s. 96-97; VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 34; WALINE (Jean), s. 17.

Conseil d'État kurmakla yetindi²⁴⁴. İdarî yargıç faaliyete geçip, birtakım veriler sunmaya başlar başlamaz, *idare hukukunun tedvini* meselesi de hemen gündeme geldi. Öyle ki, daha 1808'de, *idare hukuku* tabirini ilk kez kullanan yazarlardan Charles-Jean Bonnin, kitabına “*Bir İdare Kanununun Ehemmiyeti ve Lüzumu Üzerine*” (*De l'importance et de la nécessité d'un code administratif*) adını vermişti²⁴⁵. Restorasyon döneminde çıkarılan 20 Ağustos 1824 tarihli kral kararnamesi (*ordonnance royale*), önceki hükûmetler zamanında yapılan idarî düzenlemelerin bir araya getirilmesini öngördü. Temmuz Monarşisi, 18 Eylül 1839 tarihli kanun hükmünde kararname (*ordonnance*) ile Conseil d'État içerisinde bir mevzuat heyeti (*comité de législation*) kurdu. İdarî teşkilatı tek bir metin hâlinde düzenlemeye yönelik Raudot Taslağı (*Projet Raudot*) 1851'de hazırlandı; ancak yetersiz görüldüğü için yürürlüğe konulmadı. Henüz teşekkül etmekte olan bir alanı tedvin etme konusunda yaşanan bütün bu başarısızlıklar neticesinde, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren idare hukukunun kodifiye edilmesinin *imkânsız* olduğu görüşü, doktrinde hâkimiyet kazandı²⁴⁶.

İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde, memurların genel statüsüne (*statut général des fonctionnaires*) dair içtihadî kuralların yazılı hâle getirilmesi mümkün oldu²⁴⁷. Bilhassa 1970'li yıllardan itibaren, muhtelif konular, ardı ardına tedvin edilmeye başlandı²⁴⁸. Daha önce var olan benzer görevli bir heyetin²⁴⁹ yerine, 12 Eylül 1989 tarihinde kurulan Yüksek Tedvin Komisyonu (*La commission supérieure de codification*), bu hareketi hızlandırdı²⁵⁰. Bütün bu çabalar neticesinde, başlıca idarî faaliyet alanlarına ilişkin hükümler, büyük *Code*'larda toplandı²⁵¹. Fransa'daki söz konusu *Code*'ların benzerlerini, (Devlet Memurları Kanunu, Kamulaştırma Kanunu,

²⁴⁴ BRAIBANT / STIRN, s. 39.

²⁴⁵ MESTRE Jean-Louis, “Aux origines de l'enseignement du droit administratif”, *RFDA*, 1993, s. 239.

²⁴⁶ GUGLIELMI Gilles J., “L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle”, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgechichte - Annuaire d'Histoire administrative européenne*, n° 8, 1996, s. 109-133.

²⁴⁷ BRAIBANT / STIRN, s. 40.

²⁴⁸ RICCI, s. 9.

²⁴⁹ 10 Mayıs 1948 tarihinde kurulan bu heyetin tam adı, *Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires* şeklindedir. LARZUL, s. 316.

²⁵⁰ BRACONNIER Stéphane, “France” (Chapter 9), *Codification of Administrative Procedure*, (Edited by Jean-Bernard AUBY), Bruxelles 2014, s. 190; DRAGO, s. 95; LAUBADÈRE / GAUDEMET, Tome: I, s. 8-10.

²⁵¹ Fransa'da yürürlükte bulunan (2019) başlıca idarî kanunlar, şöyle sıralanabilir: Mahallî İdareler Genel Kanunu (*Code général des collectivités territoriales*), Kamu Mülkiyeti Genel Kanunu (*Code général des propriétés des personnes publiques*), Kamu Sağlığı Kanunu (*Code de la santé publique*), Eğitim Kanunu (*Code de l'éducation*), Çevre Kanunu (*Code de l'environnement*), Maden Kanunu (*Code minière*), Kamulaştırma Kanunu (*Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*), Şehircilik Kanunu (*Code de l'urbanisme*). GONOD, s. 32; SERRAND, s. 25; PEISER, s. 11; GUETTIER, s. 151; TRUCHET, s. 28.

İmar Kanunu, Maden Kanunu, Çevre Kanunu vb.), Türk idare hukukunda da göstermek mümkündür²⁵².

Yukarıda aktarılan süreç, her ne kadar adı *kodifikasyon* olsa da, aslında belli alanlara özgü ve *idareye hitap eden* mevcut-dağınık mevzuatın derlenip toparlanmasından ibaret bulunduğu için (*codification à droit constant*), gerçek anlamda bir kodifikasyon sayılamaz²⁵³. Dolayısıyla Fransa ve Türkiye’de *tedvin edildiği söylenen* idare hukuku, aslında *özel idare hukukunun (droit administratif spécial)* yalnızca *bir kısmına* tekabül etmektedir. Bütün idarî faaliyet alanlarında, idare-idare edilen arası ilişkilere yönelik umumî kavram, kural ve ilkeleri içeren *genel idare hukuku (droit administratif général)* ise, gerek Fransa, gerekse Türkiye’de henüz kodifiye edilmiş değildir²⁵⁴. Başka bir deyişle, Code civil’e (Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu’na) denk bir *idare kanunu*, hâlâ yapılamamıştır²⁵⁵. Çünkü yürürlüğe konulan idarî kanunlar, geniş kapsamlı da olsalar, genel prensipleri koyup, temel kavramları tanımlamamaktadır²⁵⁶.

Doktrin, yalnızca *mevcut yazılı kuralları derleyip toplama* anlamındaki bir kodifikasyonun (*codification à droit constant*), idare hukukunu basitleştirmek yerine daha karmaşık hâle getirdiği kanaatindedir²⁵⁷. Nitekim eski Fransa Cumhurbaşkanı Jacques Chirac da, Code civil’in 200. yılı münasebetiyle Sorbonne’da tertip edilen bir törende, *mevzuat enflasyonunu ortadan kaldıracak* nitelikte bir tedvin faaliyetinin lüzumundan söz etmiştir. Bunun üzerine Conseil constitutionnel de kodifikasyonu, anayasal değer taşıyan bir hedef olarak benimsediğini duyurmuştur²⁵⁸.

Peki, genel idare hukukunun tedvin edilmesi mümkün müdür? Bu soruyu yanıtlayabilmek için, idarî yargıç tarafından işlenen *malzemenin / hammaddenin (donné, matière)* yeterli olgunluğa erişip-erişmediğine bakılmalıdır. Bugün idarî yargıç, *tamamen yeni* kavram, kategori, ilke ve kurallar vaz’etmek yerine, daha önce yaratmış

²⁵² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 17; GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 122.

²⁵³ BRACONNIER, s. 190; DRAGO, s. 97.

²⁵⁴ LARZUL, s. 336; TRUCHET, s. 28; GUETTIER, s. 151; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 17; GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 69.

²⁵⁵ LARZUL, s. 316-317; VEDEL / DELVOLVÉ, s. 88; WALINE (Jean), s. 17; PEISER, s. 11; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 30. “İdare hukukunun en büyük gerçeği (le réalité majeure), bu disipline hâkim olan prensiplerin toplu hâlde bulunmamasıdır” DEBBASCH, s. 255.

²⁵⁶ WALINE (Jean), s. 17; SEILLER, (1. Les sources et le juge), s. 30.

²⁵⁷ DRAGO, s. 100; WALINE (Jean), s. 18.

²⁵⁸ BRAIBANT / STIRN, s. 40.

olduklarını detaylandırmaya yönelmiştir²⁵⁹. Örneğin 1986-2016 arası otuz yıllık dönemde, meşhur GAJA'ya giren kararların yaklaşık üçte ikisi, Avrupa Birliği müktesebatı ve uluslararası hukukun etkisine ilişkindir²⁶⁰. Bu durum, başta idarenin sorumluluğu olmak üzere; idarî işlem teorisi ve idarî sözleşmeler gibi bazı klâsik idare hukuku konularının, ulusal bazda kodifiye edilecek olgunluğa -büyük ölçüde- eriştiğini göstermektedir²⁶¹. Nitekim Kıta Avrupası'nda, yine Fransız sisteminden etkilenen birçok ülke, belli başlı genel idare hukuku meselelerine getirilen içtihadî çözümlere muntazam ve yazılı bir form kazandırmaktadır. Örneğin Monaco'da yürürlükte bulunan 26 Mayıs 1975 tarih ve 983 sayılı Kamu Görevlilerinin Özel Hukuk Sorumluluğuna İlişkin Kanun, *kişisel kusur (faute personnelle)* kavramını açıkça tanımlamış ve idare-ajan arası sorumluluk paylaşımına dair kuralları düzenlemiştir²⁶². Benzer şekilde, 1976 yılında çıkarılan Alman İdarî Usûl Kanunu (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), Fransa²⁶³ ve Türkiye'de²⁶⁴ hâlen yargısal içtihatlar üzerinden anlatılan idarî işlem teorisine dair birçok kavram ve kategori tanımlayıp tanzim etmiştir²⁶⁵.

Türkiye'nin idare hukuku ile tanışması, Fransa'da ilk tedvin çabalarının sonuçsuz kaldığı ve *kodifikasyonun imkânsızlığı* fikrinin egemen olduğu döneme (XIX. asrın ikinci yarısı ve XX. yüzyılın başları) rastlar. Aslında *özel idare hukukunun tek bir metinde toplanamayacağı* anlamına gelen bu fikir, Türk doktrininde *genel anlamda idare hukukunun tedvin edilemeyeceği* şeklinde telâkki edilmiş ve adeta bir *dogma* gibi benimsenip tekrar edilegelmiştir. Hâlbuki yukarıda görüldüğü gibi, yeterli olgunluğa ulaştığı takdirde genel idare hukuku kurallarının da tedvin edilmesi pekâlâ mümkündür. Elbette bunun yapılabilmesi için, siyasî iradenin (yasama çoğunluğu ve yürütmenin),

²⁵⁹ TRUCHET, s. 187.

²⁶⁰ DEGOFFE, s. 37.

²⁶¹ VEDEL, Jurisprudentiel, s. 42; CHAPUS, Général, s. 125; FOILLARD, s. 13 ve 156.

²⁶² Kanun'un orijinal adı: Loi no 983 du 26/05/1976 sur la responsabilité civile des agents publics. Kanun metnine erişim: www.legimonaco.mc, 02.09.2019. Ayrıca bkz. VEDEL, Jurisprudentiel, s. 38.

²⁶³ Fransa'da İdare ile Kamu (Halk) Arası İlişkilere Dair Kanun (*Code des relations entre le public et l'administration*), tam bir genel idarî usûl kanunu sayılamasa bile, alana dair birçok genel idare hukuku meselesini yazılı hâle getirmeyi başarmıştır.

²⁶⁴ Türkiye'de genel idarî usulün kodifikasyonu için muhtelif girişimlerde bulunulmuş, ancak netice alınamamıştır. Örneğin 13.02.1962 tarih ve 6/209 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile teşkil edilen Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi (MEHTAP) Kurulu, 1963 yılında yayımladığı raporda, idarenin düzenli ve verimli çalışması için idarî usullerin belirlenmesi ve gerekirse kanunlaştırılmasını önermiştir. (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 494). Sonraki yıllarda (2003-2009) Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyon, idarî işlem teorisine dair birçok kavramı tanımlayan bir Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı hazırlamış, ancak tasarı kanunlaştırılamamıştır. GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 966.

²⁶⁵ SCHNEIDER Jens-Peter, "Germany" (Chapter 10), **Codification of Administrative Procedure**, (Edited by Jean-Bernard AUBY), Bruxelles 2014, s. 203. Kanun'a ilişkin Türkçe detaylı bilgi için bkz. AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri İşığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara 2000.

kendisini çevreleyen hukuku (idare hukukunu) *daha açık ve daha zor değiştirilebilir* (yazılı) şekilde ortaya koyma yönünde bir irade göstermesi gerekir.

Kodifikasyon olgusu, idare hukukunun içtihadî karakterini ne yönde etkiler? Başka bir deyişle idarî yargıç, tedvin faaliyeti neticesinde adlî yargıcın yasama karşısındaki *görece pasif / tamamlayıcı* pozisyonuna çekilebilir mi?

Sadece mevcut yazılı kuralların idarî faaliyet alanlarına göre derlenip toplanması anlamındaki bir kodifikasyon (*codification à droit constant*), yargıcın önemini azaltmak şöyle dursun, bilâkis arttırmakta ve idare hukukunun içtihadî karakterini perçinlemektedir²⁶⁶. Gerçekten de, böyle bir tedvin anlayışı, metinlerden daha yüksek sentezlere ulaşma ve onları anayasa ve uluslararası normlarla uyumlu kılma ihtiyacını ortadan kaldırmadığı için, idarî yargıcı *praeter legem* konumda tutmakta, böylece içtihadîliğe zemin oluşturmaktadır²⁶⁷.

Genel idare hukukunun, özel hukuka (Code civil'e, Medenî Kanun'a) *denk* bir şekilde kodifiye edilmesi ise, bu alandaki *düzenlenmemiş durumları, kanun koyucunun plânı içerisinde kalan boşluklarla* sınırlayacağından, içtihadîliği azaltacaktır. Başka bir ifadeyle, *genel idare hukuku* tedvin edildiğinde, *geniş anlamda boşluklar (ilke boşluğu)* yasama organınca doldurulmuş ve idarî yargıcın *normu aşan hukuk yaratma* imkânı büyük ölçüde kısıtlanmış olacaktır. Ancak bu ihtimalde dahi idarî yargıcın, *mutlaka* adlî yargıç kadar edilgin bir konuma sürükleneyeceği öngörülemez. Çünkü *ıctihadî kuralların hukukî değeri* bahsinde görüldüğü üzere idarî yargıç, istediği zaman yalnızca yorum *silâhını* kullanarak bile, yasama organı ile bir nevi *rekabete* girme potansiyeline sahiptir²⁶⁸. Şu hâlde genel idare hukukunun tedvin edilmesi, idarî yargıcı içtihat üretmeye iten sebeplerden yalnızca *ikisini* (yargı ayrılığı prensibinin getirdiği belirsizliği ve idarî kanunların yetersizlik / değişkenliğini), *belli bir düzeyde* ortadan kaldırabilir. İdarî yargıcı içtihat üretmeye iten *kök neden* olan *idarenin denetimi olgusunun siyasîliği* (siyasî unsur) ise, alanın doğası gereği var olmaya devam edecektir. Yani idarî yargıç, adlî yargıca nazaran *daha siyasî* bir gerçeklik alanıyla muhatap olduğu için, onun kadar *pasif / tamamlayıcı* bir pozisyona, belki de hiçbir zaman geç(e)meyecektir. Sonuç olarak, genel idare hukukunun kodifikasyonu, idare hukukunun içtihadî karakterini *mutlaka zayıflatacaktır*. Ancak “böyle bir kodifikasyon,

²⁶⁶ PEISER, s. 42; FRIER / PETIT, s. 126.

²⁶⁷ FRIER / PETIT, s. 126. Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II/B: “İdarî Kanunların Yetersizlik ve Değişkenliği”.

²⁶⁸ Aslında söz konusu potansiyel, adlî yargıç dâhil, bütün yargıçlar için geçerlidir.

idare hukukunun içtihadî karakterini *kesinlikle* yok edecektir” demek, kehanette bulunmaktan farksızdır²⁶⁹.

Genel idare hukukunun kodifikasyonu, içtihadîliğin idare hukuku özelinde getirdiği avantajlardan biri olan esneklik ve intibak kabiliyetini azaltacaktır. Elbette yazılı kurallar da zaman içerisinde tadil edilebilir. Ne var ki içtihadî kuralların çok daha kolay ve (tabiri caizse) gürültü-patırtı olmaksızın değiştirilebileceği açıktır. Bu durum, üzerinde yeterince düşünülmemiş, özensiz bir kodifikasyonun, bilhassa henüz kâfi miktarda olgunlaşmamış sahalarda, idare hukukunun gelişimine ket vurabileceği anlamına gelir²⁷⁰. İchtihadîliğin dezavantajları açısından bakıldığında ise başarılı bir kodifikasyonun; hem hukukî güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirliği artıracığı, hem idare hukuku öğretimini kolaylaştıracağı, hem de ona meşruiyet sağlayacağı rahatlıkla söylenebilir²⁷¹. Öyleyse idare hukukunun yeterince tekemmül etmiş, klâsik / temel konularında girilecek kapsamlı bir tedvin faaliyetine, muhtemel faydalarından ötürü, kategorik olarak karşı çıkmamak gerekir. İdare hukuku doktrini, kendisini *ayrıcalıklı* kılan içtihadîliği ne pahasına olursa olsun savunmak yerine, bu özelliğin dezavantajlarını giderecek, aynı zamanda avantajlarını da aratmayacak (örneğin sık sık değiştirilmek zorunda kalmayacak) *kaliteli* metin(ler) üretilmesine odaklanmalıdır²⁷². Zira ne içtihadîlik, ne de kodifikasyon *sırf kendisi için* istenecek şeylerdir. İdare hukukunun *varlık sebebini* teşkil eden asıl mesele; kamu yararı ile ferdî yararlar arasındaki çatışmaların, statik ve dinamik değerler dengesine hâlel getirilmeksizin, olabilecek en âdil biçimde giderilmesidir.

V. TÜRK İDARE HUKUKU İÇTİHADÎ (DEĞİL) MİDİR?²⁷³

İdare hukukunda yargısal içtihatların, diğer hukuk dallarına nazaran ayrı ve önemli bir yer tuttuğu, Türk literatüründe genel kabul gören bir önermedir. Ancak iş, bu önermenin konusunu (ayrı ve önemli yer tutma hâlini) isimlendirmeye geldiğinde,

²⁶⁹ Aynı yönde: GONOD / JOUANJAN, s. 993-994.

²⁷⁰ Aynı yönde: VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 43.

²⁷¹ Bir an için, zaten *mevcut* bir kuralın yazılı forma getirilmesinin bir şey değiştirmeyeceği zannolunursa, şu örneği vermek gerekir: Hepsî eş uzunlukta olduğu hâlde, bir *başlangıç meridyeni* tespit etmek gereksizdir denebilir mi? Yazılı kural da, tıpkı başlangıç meridyeni gibi, hukukî düşünce için sağlam bir referans noktası işlevi görür.

²⁷² Aynı yönde: VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 42; DEBBASCH, s. 256.

²⁷³ Fransız idare hukukunun temeli ve özü itibarıyla içtihadî olduğu ittifakla kabul edilip herhangi bir itiraz görmediği için, (VEDEL, *Jurisprudentiel*, s. 31; MELLERAY, s. 637) mesele yalnızca Türkiye açısından incelenmiştir.

terimler çeşitlenir. Bazı ders kitaplarında *ic̣tihadîlik - ic̣tihadî hukuk*²⁷⁴, bazılarında ise *ic̣tihat hukuku*²⁷⁵ ifadesi tercih edilir. Hatta kimi yazarlar, iki kullanıma birlikte yer verir²⁷⁶. Daha önce vurgulandığı üzere²⁷⁷; Kıta Avrupası sistemine mensup bulunan Türkiye’de, idare hukukunun mevzubahis özelliğini adlandırmak için *ic̣tihadîlik - ic̣tihadî hukuk* tabirlerinin kullanılması, *ic̣tihat hukuku* deyiminin ise, ic̣tihadîliğin özel bir görünümü olarak, emsâl karar doktrininin (*doctrine of precedent*) benimsendiği Common Law’a hasredilmesi gerekir. Öğretide Türk idare hukukunun *ic̣tihat hukuku* olmadığı yolundaki bazı tespitler²⁷⁸, aslında kavrama (ayrı ve önemli yer tutma hâline) değil, terime (özensiz isimlendirmeye) yöneliktir.

Az evvel değinilen terminoloji probleminin (ic̣tihadî hukuk – ic̣tihat hukuku) ötesine geçen Akıllıoğlu, Türk idare hukukuna ilişkin genel kabulü (yargısal ic̣tihatların kurucu mevkiini) şöyle sorgulamaktadır:

“İdare hukuku kitaplarında idare hukukunun özellikleri başlığı altında Türk idare hukuku ic̣tihada dayanan bir hukuktur, yani medeni hukuktan farkını vurgulamak için, Türk idare hukuku ic̣tihada dayanır, yazılmıştır. Aslında Türk idare hukukunda ic̣tihada dayanan en ufak bir kısım bile yoktur veya yok denilecek kadar azdır, o zaman niçin Türk idare hukuku ic̣tihada dayanır diye yazılıyor, çünkü başka ülkelerde öyle yazıldığı için, beni affetsinler. Türk idare hukukunda ic̣tihadî nitelik bulunduğu savını, kanıtlanmış olmadığı için, hâlâ kavrayabilmiş değilim. Sadece iki örnek belki: 1402’lerin dönmesi için hakikaten contra legem bir yorum yaptı Danıştay’ımız, hatalı ödemenin dava açma süresi içinde geri alınabilmesi konusunda da, kısaca yasa değerinde iki ic̣tihat söz konusudur. Ama bunun dışında hatırlayabildiğim bir şey yok (...).”²⁷⁹

İlk bakışta makul görünmesine rağmen, yukarıdaki değerlendirmelere katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce, kanıta muhtaç bulunan, Türk idare hukukunun ic̣tihadî olduğu değil, *olmadığı* savıdır. Normal şartlar altında ispat, Akıllıoğlu’nun ihsas ettiği gibi, bir şeyin *varlığını* iddia edene düşer. Ancak Türk idare hukukunun ic̣tihadîliği hususunda ispat yükü ters çevrilmiş durumdadır: Fransa’da idarî yargıcı

²⁷⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdare, s. 18; GÜNDAY, s. 29; GÖZLER, İdare, Cilt: I, s. 69; DURAN, İdare, s. 32; ÖZYÖRÜK, s. 61; DERBİL, İdare, s. 59; ATAY, s. 42; EROĞLU, s. 29; YAŞAR, s. 60.

²⁷⁵ ONAR, Cilt: I, s. 109; BALTA, s. 144; ÖZAY, s. 370; GÖZÜBÜYÜK / TAN, Cilt: I, s. 15.

²⁷⁶ GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev / AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, İstanbul 2013, s. 20. Common Law ile Kıta Avrupası arasındaki farklılığa değinmesine rağmen, Zabunoğlu da *ic̣tihat hukuku* ile *ic̣tihadî (hukuk)* terimlerini birbiri yerine kullanır. ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, Cilt: I, Ankara 2012, s. 74.

²⁷⁷ Bkz. Birinci Bölüm, Başlık V: “İc̣tihadîlik Kavramı”.

²⁷⁸ “Bizim idare hukuku uygulamamızın, yazarların ‘idare hukuku bir ic̣tihat hukukudur’ saptamalarına karşın, açıkladığımız anlamıyla bir ic̣tihat hukuku niteliği kazanması imkansız görünmektedir” KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 132-133. “(...) (İ)idare hukukunun ‘ic̣tihat hukuku’ olduğu yönündeki genel kabul gören iddiayı, Common Law sistemi ile farklılıklarını gösteren birkaç düzeltme ile anlamak gerekir. Gerçek anlamıyla ic̣tihat hukuku, örnek karara (emsale) uymanın hukuken zorunlu olmasıdır” YEŞİLYURT Nazile İrem, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 32, Yıl: 2014, s. 3-4 (Normatif).

²⁷⁹ AKILLIOĞLU Tekin, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü (5 Mart 2012), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 15, Yıl: 2012, Sayı: 2, s. 184.

içtihat üretmeye sevk ederek içtihadîliğe zemin oluşturan bütün sebepler, evvelce izah edildiği üzere²⁸⁰, Türk idarî yargıcı için de el'an mevcuttur. Aynı sebepler, aynı sonucu (ictihadî karakteri) doğurur. Şu hâlde aksini iddia eden kimse, Türkiye’de farklı bir neticenin hâsıl olmasını gerektirecek etkenlerin (sözelimi yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorununu kesin olarak çözen yazılı bir ölçütün) varlığını ortaya koymalıdır.

Türkiye’de idare hukuku öğretimi, Fransa’dan neredeyse bir asır gecikmeli olarak, Conseil d’État kararlarındaki prensipleri sistematize eden akademik çalışmaların iktibasî ile başlamıştır (1890’lar)²⁸¹. Danıştay’ın gerçek bir yüksek mahkeme hâline gelmesi ise, çoktandır bağımsız karar vermekte olan Fransız idarî yargıcının, tatbik edeceği hukukun temel kavram ve kategorilerini yarattığı, başka bir deyişle altın devrini (*âge d’or*)²⁸² tamamladığı yıllara denk düşer (1925). Karşısında III. Selim’den bu yana Fransa örneğine göre kurulmuş bir idare bulan Türk yargıcı, onu denetlemek için kullanacağı şemaları da bittabi Fransız meslektaşından ödünç almıştır / almaktadır. Ancak Danıştay’ın Fransa menşeli kavramlar / kategoriler kullanması, Türk idare hukukunun içtihadî olmadığı anlamına gelmez. Zira *malzeme* yüzde yüz orijinal olmasa da, *bina* yine yasama organının değil, yargıcın (ve onun kararlarını sentezleyen doktrinin) eseridir. Aksi istikametteki izlenim, *Türk idare hukukunun içtihadîliği* ile *Türk idare hukukunun özgünlüğü* sorununun birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır²⁸³.

Akıllıoğlu’nun ima ettiğinin tersine, “*başka ülkelerde öyle olduğu için*” Türk idare hukukunun da karineten içtihadî kabul edilmesinde akla aykırı bir taraf yoktur. Zira şimdi değinildiği ve herkesçe bilindiği üzere, Türk idare hukuku, içtihadî karakter

²⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm, Başlık II: “İdarî Yargıcı İctihat Üretmeye İten Sebepler”.

²⁸¹ Akıllıoğlu, başka bir çalışmada, Türkiye’de idare hukukunun Avrupa’dan yüz yıl sonra başladığını ve İbrahim Hakkı Paşa tarafından 1892 yılında kaleme alınan *Hukuk-u İdare* kitabının *iktibas* niteliğinde olduğunu belirtmektedir. AKILLIOĞLU Tekin, “*Hukuku İdare Üzerine*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 16, Yıl: 1983, Sayı: 2 (Haziran), s. 57.

²⁸² BURDEAU, s. 255.

²⁸³ Başka bir yazar, Akıllıoğlu’na referans vererek *ictihadîlik* ile *özgünlük* sorununu eşitlemektedir: “*Türk idare hukukuna ilişkin genel eserlerde idare hukukunun özellikleri arasında yer verilen içtihadî olma niteliği esasen Fransız hukukuna özgü olup Türk idare hukukunun kendine has içtihadî bir birikime sahip olduğunu söylemek zordur. Dolayısıyla Türk idarî yargıcının idarenin yargısal denetiminde başvurduğu hukukun genel ilkeleri genel itibarıyla Fransız idare hukukundan iktibas edilmiştir*” ALTINDAĞ, s. 111. Yazarın atladığı husus, özgün olmasa da, hukukun genel ilkelerinin yasama yahut yürütme değil, yine *yargıç* tarafından hukuk düzenine sokulduğu gerçeğidir. Başka bir deyişle, Türkiye’de hukukun genel ilkelerini bulmak / listelemek isteyen biri yazılı kurallar yerine -tıpkı Fransa’da olduğu gibi- yargı (Danıştay) kararlarına bakacaktır. Netice olarak Türk idare hukuku, özgün olmamakla birlikte, içtihadîdir.

arz eden Fransız idare hukukunun fiilî iktibası (*réception*) yoluyla doğmuştur²⁸⁴. Aksi bir gelişme olmadıkça²⁸⁵, iktibas edilen hukuk, mehzaz ülkedeki temel özelliklerini, benimseyen ülkede de sürdürür (Birleşik Krallık'taki içtihat hukukunun, Amerika Birleşik Devletleri'nde içtihat hukuku olarak kalmaya devam etmesi gibi). Türkiye'de de durum böyledir: yasama organı, Fransa'ya nispetle daha müdahil görünse de, idarî kanunları aşacak esaslı bir kodifikasyona gitmemiş, idarî yargıcı kurucu pozisyona taşıyan sebepleri ortadan kaldırmamıştır. Başka bir deyişle Türk idare hukuku, Fransız idare hukuku kadar olmasa da, yine içtihadî karakter arz etmektedir.

İçtihadîliğin, yalnızca kanun koyucu – yargıç çatışmasından (*contra legem* kararlardan yahut kanun değerinde içtihatlardan) hareketle ispatlanabileceği kabul edilirse; değil Türk, Fransız idare hukukunun dahi içtihadî olmadığı neticesine ulaşmak gerekir²⁸⁶. Yani bir an için *Türk idare hukuku içtihadîdir* önermesinin ispata muhtaç olduğu farz edilse bile, Akıllıoğlu'nun görüşlerine (*ıçtihadîlik* kavramını anlama ve kanıtlama biçimine) katılmak yine mümkün değildir. Çalışmanın ilk bölümünde önerilen²⁸⁷ açıdan bakıldığında takdirde, Türk idare hukukunun; müdevven disiplinlerden

²⁸⁴ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 80-84.

²⁸⁵ Örneğin Fransa'nın eski sömürgelerinde yasama organı, bağımsızlığını henüz kazanan bir ülkede yargıçların yeterince ehil olamayacağı endişesiyle *code* niteliğinde kanunlar çıkarmış ve idare hukukunun içtihadî karakterini büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. LATH Yédoh Sébastien, "Les caractères du droit administratif des États africains de succession française", *Revue du droit public*, n° 5, 2011, s. 1255-1288. Farklı ülkelerde idare hukukunun kaynakları konusunda ayrıca bkz. RIVERO Jean, "Réflexions sur l'étude comparée des sources des droits administratifs", *Problèmes de droit public contemporain (Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos)*, Paris 1974, s. 135-146.

²⁸⁶ Chapus, sayısı gün geçtikçe artan idarî kanunlardan hareketle yazılı kuralların idare hukukundaki payını abartmaya yönelik eğilimin, hukuka aşırı niceliksel bakmaktan kaynaklandığını ve gerçeği yansıtmadığını belirtir (CHAPUS, Général, s. 6). Tam bu noktada, Vedel'in konuya ilişkin meşhur makalesinden bir pasaj nakletmek faydalı olacaktır: "İdare hukukunun içtihadîliği, Fransız doktrininin üzerinde ittifak ettiği, genel kabul gören bir olgudur. Ancak bu olgu, niceliksel bir değerlendirmeye bağlı değildir. Yani kanun metnine ve içtihadî kurallara dayanılarak çözülen uyumsuzluk sayılarının karşılaştırılması değildir mesele. Dahası, böyle bir yaklaşım işi daha da zorlaştırabilir. Çünkü idarî yargıç seçici değildir. Aynı uyumsuzlukta hem içtihadî kurallara, hem de yasal metinlere dayanabilir. Aslında müdevven hukuka nazaran bir hukuk dalını içtihadî kılan şey, muayyen bir yapıdır (structure). İdare hukukunun yapısı ile özel hukukun yapısı arasındaki mukayese, işte bu açıdan çarpıcılık kazanır. Özel hukukta, Code Civil'in temel hükümleri (madde 544, 1134, 1382, 1384) ve bunlardan hareket eden diğer teknik kurallar yasama tarafından konmuştur. Yargıç bu kuralların uygulanması ve özellikle yorumlanmasında - tabiidir ki- ancak mekanik bir role sahip olabilir. İnşai yorum (interprétation constructive), özel hukuk sorumluluğunda şahit olduğu gibi, bu mekanik role yasamanın öngörmediği bir anlam ve önem kazandırabilir. Ne var ki, öyle veya böyle, adli yargıç hep yasanın çizdiği sınırlar içinde kalmaktan ve onun boşluklarını tamamlamaktan öteye gidemez. Bu yüzden özel hukukun yargı tarafından yaratılan kısmı, müdevven hukuka nispetle hep dedüktif ve tamamlayıcı / yedek (supplétif) kalmak durumundadır. İdare hukukunun inşası ise bunun tam tersidir. Bir bütün olarak idare hukukunu ayırt edip, anlamlandırmamızı sağlayan temel prensipler, hep yargısal içtihat kaynaklıdır. İcraî karar (décision exécutoire), idarenin sorumluluğu ve idarî sözleşme gibi alanlar neredeyse tamamen içtihadîdir. Elbette bu, içerik itibarıyla, yazılı hukukun bir çöl olması (hiç bulunmaması) demek değildir. Bilâkis, idare hukuku bol miktarda yazılı kural içerir. Örneğin idarenin sorumluluğu konusunda düzinelerce, hatta belki sayılamayacak kadar yasal metin vardır. Ancak bu metinler, sadece belirli / özel durumlara ilişkindir. Sorumluluğun genel kuralları, yine içtihatlarda bulunur. Yargı (ıçtihat) genel kuralları, yasama işe istisnaları yaratır / düzenler" VEDEL, Jurisprudentiel, s. 31.

²⁸⁷ Bkz. Birinci Bölüm, Başlık V: "İçtihadîlik Kavramı".

(Türk medenî hukuku, Türk borçlar hukuku yahut Türk ticaret hukukundan) nasıl farklılaştığına ilişkin örnekleri bulmanın ve -ikinci bölümde yapıldığı gibi²⁸⁸- sıralamanın kolaylaştığı görülecektir.



²⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm, Başlık III: “Yargısal İçtihatların *Kurucu* Rolüne Örnekler”.

SONUÇ

İdare hukukunun içtihadî karakterini konu edinen çalışma boyunca, giriş kısmında sıralanan temel sorulara cevap aranmış ve aşağıdaki neticelere ulaşılmıştır:

1) Yargısal içtihat; (tikel-somut) uyumsuzluğun, mevcut (tümel-soyut) kurallara altlanması (dedüksiyon) ötesinde, *yargıca özgü zihinsel çaba* (cehd) içeren bir yargı kararıdır. Yargısal içtihat, ilk bakışta alelâde bir yargı kararı gibi görünse de, hâlihazırdaki kuralları dönüştürdüğü veya tamamen orijinal (yeni) bir kural vaz'ettiği için, normatif durumu değiştirir.

2) Yargısal içtihat, uyumsuzluğa uygulanacak (uygulanması beklenen) kuralın açık ve tek bir anlam taşıması (semantik belirsizlik) yahut böyle bir kuralın hiç bulunmaması (düzenlenmemiş durum) hâllerinde ortaya çıkar. Yargıç ilk ihtimalde mevcut kuralları *yorumlayarak*, ikinci ihtimalde ise *bizzat kural koyarak* içtihat üretir. Semantik belirsizlik veya düzenlenmemiş durumun mevcudiyeti (icthad üretmeye gerek olup olmadığı), yine yargıç tarafından belirlenir¹. Realist yorum teorisi; hukuk camiasının bir kuralın *varlığı* ve *kapsamı* üzerindeki mutabakatını bozan bu vakıadan hareketle, a) kuralın tek ve açık anlamlı olma ihtimalini (izomorfik durumu) tamamen inkâr etmekte [yargı kararı - yargısal içtihat ayrımını *gereksiz* görmekte] b) ve yorum / hukuk yaratma arasındaki sınır taşlarını kaldırmaktadır. Bu çalışma, içtihadî kuralın (*règle jurisprudentielle*) yorum yoluyla da doğabileceğini kabul ederek, realistlerin *yalnızca ikinci tavrını* benimsemiş; izomorfik durum ihtimalini -en azından aksiyom düzeyinde- tanıyarak (yargı kararı ile yargısal içtihat kavramlarını ayrıştırarak), ilk tavrı reddetmiştir.

3) İçtihadîlik (bir hukuk dalının içtihadî olması), belli bir hukuk alanında yargısal içtihatların *kurucu*, kanunların (yazılı kuralların) ise *tamamlayıcı* konumda bulunmasıdır. İçtihadî karakter arz eden bir hukuk alanında, yargıcın hüküm verirken kullandığı öncüllerin içeriği (temel kavram, kurum ve ilkeler), yazılı kurallardan ziyade, yargısal içtihatlarda zuhur eder.

4) Zaman zaman *icthadîlik* kavramını karşılamak için tercih edilen *icthad hukuku* terimi; emsâl karar doktrininin (*doctrine of precedent*) hâkim olduğu, mahkemelerin

¹ O ana dek açık / tek anlamlı zannedilen bir kural, yargıcın dokunuşuyla semantik belirsizlik bölgesine itilebilir. Hatta yargıç, o güne kadar benzer ihtilâfları kapsadığı düşünülen bir kuralı tamamen ekarte ederek, yeni bir düzenlenmemiş durum husule getirebilir.

geçmiş kararlara atıfta bulunup onları tartışmak zorunda kaldığı sistemlere (örneğin Anglo-Sakson hukukuna) özgülenmelidir. Her *içtihat hukuku*, zorunlu olarak içtihadîdir (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat eseridir); ancak içtihadî karakter arz eden her hukuk dalına *içtihat hukuku* denemez (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat yoluyla teşekkül eden her hukuk dalında emsâl karar doktrini geçerli olmak mecburiyetinde değildir). Kıta Avrupası'nda idare hukuku, *içtihat hukuku* olmamasına rağmen, *içtihadî* karakter gösterir (ictihadidir).

5) İdarî rejim, kendini gerçekleştiren kehanete benzer. İdarî yargının görev alanı, *ne idüğü* yine idarî yargıç (ve uyuşmazlık yargıcı) tarafından ortaya konan kavramlar (kamu hizmeti, kamu gücü, idarî işlem, idarî sözleşme, idarî eylem vs.) üzerinden belirlenir. Yargı ayrılığının meşrulaştırılması sorunu, şeklî hukuk (görev) ile maddî hukuk arasında irtibat kurarak yargıcı içtihat üretmeye zorlamış ve *kurucu* pozisyona taşımıştır. Code civil'in teleolojik-daraltıcı bir yorumla ekarte edilmesi (*Blanco* kararı) ise idarî yargıcı, yalnızca idareye hitap eden (kamu yararı - bireysel yarar çatışmasına ilişkin temel kavram, kurum ve ilkeler getirmeyen) binlerce *idarî kanunla* baş başa bırakmış ve *sınırlarını* bizzat çizdiği bir alanı, özel hukukun yazılı kurallarıyla bağlı kalmaksızın, *bizzat* düzenlemeye yöneltmiştir. İfa ettiği işlevin kaçınılmaz siyasîliği, gerek bütün diğer sebeplerin arkasındaki *kök neden* olarak, gerekse doğrudan doğruya, idarî yargıcı içtihat üretmeye sevk etmiştir.

6) İdarî yargıç, hüküm verirken kullandığı öncüllerin muhtevasını bizzat, içtihat yoluyla var etmiştir. İdarenin yargısal denetiminde *yazısız ölçü-norm* işlevi üstlenen hukukun genel ilkeleri, idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallar ve maddî vakıaların hukukî tavsifini mümkün kılan kavram seti, idare hukukunun yargıç yapısı içeriğini gösteren başlıca örneklerdir.

7) İctihadî kurallar, çoğu zaman, sadece somut bir ihtilâfî çözmekte olduğu zannını uyandıran yargı kararlarında *gizlenmiş* hâldedir. Bu yüzden içtihadî kuralların tespiti, ancak muayyen davalarda, muayyen taraflar hakkında verilmiş hükümler *dolayısıyla* mümkün olur. Bünyesinde içtihadî kural barındıran ilkesel kararların (*arrêts de principe*) açığa çıkarılması için idarî yargı yerleri (ve uyuşmazlık mahkemesi) tarafından verilen bütün kararlar, tam metin hâlinde ve tarafların hukukî statülerinin anlaşılabilmesi kaydıyla, araştırmacıların erişimine açık tutulmalıdır. İlkesel kararlar ayıklanırken; kararı veren mahkemenin / heyetin idarî

yargı düzeni içerisindeki konumuna, kararın muhtevasına, hangi olayı çözmeye yöneldiğine (bağlamına) ve müteakip kararları ne derecede etkilediğine dikkat edilmelidir.

8) İçtihadî kuralların yorum yoluyla ortaya çıkamayacağını ve herhangi bir kuralın hukukî değerinin, onu vaz'eden merciin organlar hiyerarşisi içerisindeki konumuna göre belirleneceğini kabul eden yazarlar, idarî yargıç tarafından üretilen içtihadî kuralların, kanun / cumhurbaşkanlığı kararnamesi-altı, düzenleyici işlem-üstü ve sabit bir değer arz ettiği kanaatindedir. Bu çalışmada içtihadî kuralların yorum gibi metin-bağımlı yöntemlerle (de) doğabileceği ve düzenleyici işlem-altı, kanun-üstü yahut her ikisine eş olmak üzere muhtelif hukukî değerler arz edebileceği, örnekleriyle ortaya konmuştur. Kıta Avrupası'nda yargıç, hukukun formel değil, sosyolojik ve dinamik kaynağıdır Normlar hiyerarşisinin hemen her basamağında, yargıç yapısı (yargıç müdahalesine uğramış) kurallara rastlanabilir. Şu hâlde içtihadî kuralların hukukî değeri, ancak *farklı açılardan bakmak suretiyle, farklı ihtimallere mahsus olarak* belirlenebilir.

9) İçtihadîlik, idare hukukuna *esneklik* ve *intibak kabiliyeti* kazandırır. İdarî yargıcın önündeki ihtilafa hakkaniyet odaklı çözüm(ler) bulmasını kolaylaştıran bu durum, idare hukukunun anî değişimlere kolayca ayak uydurmasını, toplumsal ihtiyaçları doğar doğmaz karşılayabilmesini ve siyasî baskılar karşısında sürekliliğini korumasını sağlamıştır. Ayrıca yargıç ve doktrin tarafından, tümevarım yoluyla inşa edilmesi, idare hukukunu *uzmanlık ürünü* kılmaktadır. İçtihadîlik, idare hukukunu fiilen iktibas eden ülkelere, daha millî bir hukuk yaratma ve mehz ülkenin önüne geçme fırsatı da sunar.

10) İçtihadîlik, hukukun statik değerlerini sarsan bazı dezavantajlar doğurmaktadır. Yukarıda teferruatıyla açıklanan bu dezavantajlar; *erişim güçlüğü, geriye yürürlük, içtihat farklılıkları, meşruiyet sorunu* ve *pedagojik sorun* başlıkları altında toplanabilir. Conseil d'État, hukuk vazı (jurislateur) konumunun bilincinde olarak, her bir dezavantajı gidermeye yönelik birçok mekanizma geliştirmiştir. Danıştay, ilgili sayfalarda izah edilen söz konusu tedbirleri örnek alarak, Türkiye'ye uyarlamalıdır.

11) Yeterli olgunluğa ulaştığı takdirde, genel idare hukukunun tedvin edilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim idarî işlem teorisi, idarenin sorumluluğu ve idarî

sözleşmeler gibi birçok klâsik idare hukuku alanı, muhtelif ülkelerde yazılı hâle getirilmeye başlanmıştır. Genel idare hukukunun, özel hukuka (Code civil'e, Medenî Kanun'a) *denk* bir şekilde kodifiye edilmesi, bu alandaki *düzenlenmemiş* durumları, *kanun koyucunun plânı içerisinde kalan boşluklarla* sınırlayacağından, içtihadîliği azaltacaktır. Ancak bu ihtimalde dahi idarî yargıcın, hitap ettiği uyuşmazlıkların siyasî niteliğinden ötürü, *mutlaka* adlî yargıç kadar edilgin bir konuma sürükleneyeceği öngörülemez.



KAYNAKÇA

Kitaplar / Tezler:

(Basım yeri tam olarak anlaşılamayan eserlerde yayınevi bilgisine de yer verilmiştir.)

- AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, Dordrecht 1987.
- AKILLIOĞLU Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Ankara 1983.
- AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara 2000.
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2018 (İdare).
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara 2018 (Yargılama).
- ALATLI Alev, **Aklın Yolu da Bir Değildir**, Ankara 2009.
- ALTINDAĞ Halil, **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi**, İstanbul 2016.
- ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul 2010.
- ARENDT Hannah, **Responsibility and Judgment**, New York 2003.
- ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, (Çeviren: Saffet BABÜR), Ankara 2007.
- ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara 2014.
- BAILLEUL David, **L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français**, Paris 2002.
- BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku - I (Genel Konular)**, Ankara 1970.
- BAŞGİL Ali Fuat, **Konferanslar: Hukukun Ana Meseleleri ve Müesseseleri**, İstanbul 2008.
- BEREKET Zuhale, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara 1996.
- BERKİ Ali Himmet, **Hukuk Mantığı ve Tefsir**, Ankara 1948.
- BIGOT Grégoire, **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, Vendôme 2002 (Introduction).
- BONNECASE Julien, **L'École de l'Exégèse en droit civil**, Paris 1924.
- BOUILLET Marie Nicolas, **Œuvres philosophiques de Bacon**, Tome: 1, Paris 1834.
- BOZKURT Gülnihâl, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, Ankara 1996.
- BRAIBANT Guy / STIRN Bernard, **Le droit administratif français**, Paris 2005.
- BROWN L. Neville / BELL John S., **French Administrative Law**, Oxford 2003.
- BURDEAU François, **Histoire du droit administratif**, Paris 1995.
- BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara 2007.
- CAPRA Fritjof / MATTEI Ugo, **Hukukun Ekolojisi**, İstanbul 2017.
- CARDOZO Benjamin N., **The Nature of the Judicial Process**, New Haven (Yale University Press) 1946.
- CHAMPION François, **Le Tribunal des conflits et l'élaboration du droit administratif**, (Thèse de doctorat), Tours 2000.
- CHAPUS René, **Droit administratif général**, Tome: I, Paris 2001. (Général).

- CHRÉTIEN Patrice / CHIFFLOT Nicolas / TOURBE Maxime, **Droit administratif**, Paris 2016.
- CİN Halil / AKYILMAZ Gül; **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2015.
- CİN KARAGÖZ Emine, **İdare Hukukunda Karine ve Varsayım**, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdarî Yargılama Hukuku**, Ankara 2015.
- ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Ankara 2014.
- DEBBASCH Charles / COLIN Frédéric, **Droit administratif**, Paris 2014.
- DEGOFFE Michel, **Droit administratif**, Paris 2016.
- DELEUZE Gilles, **Kant's Critical Philosophy**, (Translated by Hugh TOMLINSON and Barbara HABBERJAM), London 1984.
- DEMICHEL André, **Le droit administratif : Essai de réflexion théorique**, Paris 1978.
- DERBİL Süheyp, **İdare Hukuku** (Cilt-I: İdarî Kaza – İdarî Teşkilat), Ankara 1948 (İdare).
- DUGUIT Léon, **L'État: le droit objectif et la loi positive**, Paris 2003 (Tıpkıbasım).
- DUGUIT Léon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çeviren: Süheyp DERBİL), Ankara 1954 (Dersler).
- DURAN Lûtfi, **La récente réforme du Conseil d'État de Turquie**, (Doktora Tezi), Toulouse 1948-1949.
- DURAN Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982 (İdare).
- ECO Umberto, **Yorum ve Aşırı Yorum**, (Çeviren: Kemal ATALAY), İstanbul 2017.
- EISENMANN Charles, **Cours de droit administratif**, Tome: I, Paris 2014 (Tıpkıbasım).
- ERDİNÇ Burcu, **İdari İşlem Kuramında Yokluk**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013.
- ERHÜRMAN Tufan, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku (Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)**, Lefkoşa 2012.
- ERKUT Celâl, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, İstanbul 1996 (Prensipler).
- ERKUT Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara 1990.
- ERKUT Celâl, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul 2004 (Kamu Kudreti).
- EROĞLU Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara [Dördüncü Bası – Tarih Yok].
- FINDLEY Carter Vaughn, **Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922**, Princeton 2012.
- FOILLARD Philippe, **Droit administratif**, Bruxelles 2015.
- FORTSAKIS Théodore, **Conceptualisme et empirisme en droit administratif français**, Paris 1987.
- FRIER Pierre-Laurent / PETIT Jacques, **Droit administratif**, Paris 2017.
- GAUDEMAR Hervé de / MONGOIN David, **Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative**, Volume: 1 (1831-1940), Montchrestien 2015.
- GAUDEMET Yves, **Les méthodes du juge administratif**, Paris 2014 (Tıpkıbasım) (Méthodes).
- GAUDEMET Yves, **Droit administratif**, Paris 2015 (Administratif).

- GÉNY François, **Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique (Premier Partie)**, Paris 1913.
- GILMORE Grant, **The Ages of American Law**, New Haven 2014.
- GİRİTLİ İsmet, **Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, İstanbul 1958.
- GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev / AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, İstanbul 2013.
- GLINIASTY Jeanne de, **Les théories jurisprudentielles en droit administratif**, LGDJ, Mayenne 2018.
- GONOD Pascale, **Droit administratif général**, Paris 2018.
- GÖZLER Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara 1998 (Yorum).
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, (Cilt: I), Bursa 2009 (İkinci Baskı).
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, (Cilt: I-II), Bursa 2019 (İdare).
- GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa Eylül 2012 (Giriş).
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa Eylül 2018.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 2015.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku** (Cilt I-II), Ankara 2013.
- GROS Manuel, **Droit administratif: L’angle jurisprudentiel**, Paris 2014.
- GUETTIER Christophe, **Droit administratif**, Paris 2009.
- GÜLAN Aydın, **Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi**, İstanbul 2016.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2013.
- HALPÉRIN Jean-Louis, **Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799**, Paris 1987.
- HART Herbert Lionel Adolphus, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford 1983.
- HART Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, Oxford 1994.
- HAURIOU Maurice, **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**, Paris 1893.
- HAURIOU Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public**, Paris 1927.
- HİRŞ Ernest, **Pratik Hukukta Metod**, (Genişletip değiştirerek işleyen: Volf ÇERNİS), Ankara 1978.
- ISAMBERT / TAILLANDIER / DECRUSY, **Recueil général des anciennes lois françaises depuis l’an 420 jusqu’à la Révolution de 1789**, Tome: XVI, Paris 1821.
- İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, İstanbul 2004.
- İŞIKTAÇ Yasemin / METİN Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul 2012.
- İNALCIK Halil, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet**, İstanbul 2000.
- JEANNEAU Benoît, **Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative**, Paris 1954.
- JESTAZ Philippe, **Les sources du droit**, Dalloz, Paris 2015.

- JÈZE Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, Paris 1925.
- JOUANNEAU M. M. / SOLON L. C., **Discussions du Code civil dans le Conseil d'État**, Paris 1805.
- KAFESOĞLU İbrahim, **Türk Millî Kültürü**, Ankara 1997.
- KANT Immanuel, **Critique of Judgement**, (Translated by Werner S. PLUHAR), Cambridge 1987.
- KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa 2016 (Yargılama).
- KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara 2004 (Kamu Hizmeti).
- KARAHANOGULLARI Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Ankara 2005 (Tarih).
- KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, Ankara 2015 (Yasallık).
- KARAMAN Ebru, **Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı**, İstanbul 2013.
- KELSEN Hans, **General Theory of Norms**, New York 1991.
- KONAN Belkıs, **Osmanlı Devleti'nde İdari Yargının Gelişimi**, Ankara 2013.
- KÖKÜSARI İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi**, (Doktora Tezi), Ankara 2015.
- KUHN Thomas, **The Structure of Scientific Revolutions**, Chicago 1996.
- LACHAUME Jean-François / PAULIAT Hélène / BRACONNIER Stéphane / DEFFIGIER Clotilde, **Droit administratif : Les grandes décisions de la jurisprudence**, Paris 2017.
- LAFERRIÈRE Édouard, **Traité de la juridiction administrative**, Tome: I, Paris 1887.
- LANNOY Marie, **Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux**, Paris 2016.
- LARZUL Tanneguy, **Les mutations des sources du droit administratif**, Lyon 1994.
- LATOUR Bruno, **The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'État**, (Translated by Marina BRILMAN and Alain POTTAGE), Cambridge 2010.
- LAUBADÈRE André de / GAUDEMET Yves, **Traité de droit administratif**, Paris 2001.
- LEBRETON Gilles, **Droit administratif général**, Paris 2017.
- Lexique des termes juridiques**, Dalloz, Paris 2007.
- LOCKE John, **Second Treatise of Government**, (Edited by C.B. MACPHERSON), Indianapolis 1980.
- LOMBARD Martine, **Droit administratif**, Paris 2001.
- LOMBARD Martine / DUMONT Gilles / SIRINELLI Jean, **Droit administratif**, Paris 2017.
- LONG M. / WEIL P. / BRAIBANT G. / DELVOLVÉ P. / GENEVOIS B., **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, Paris 2017.
- LOUVARIS Antoine, **Droit administratif**, Paris 2011.
- LUNDMARK Thomas, **Charting the Divide Between Common and Civil Law**, New York 2012.
- MACÉRA Bernard-Franck, **Les actes détachables dans le droit public français**, Limoges 2002.
- MALBERG Raymond Carré de, **Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation**, Paris 1933.
- McLEOD Ian, **Legal Method**, London 1999.

- MESTRE Achille, **Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration**, Paris 1974.
- MESTRE Jean-Louis, **Introduction historique au droit administratif français**, Paris 1985. (Introduction).
- METİN Sevtap, **Hukuk Normunun Yorumu**, (Doktora Tezi), İstanbul 2002.
- MORAND-DEVILLER Jacqueline / BOURDON Pierre / POULET Florian, **Droit administratif**, LGDJ, Mercuès 2017.
- MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat Baron de, **De l'esprit des lois**, Paris 1758.
- MOUSOURAKIS George, **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**, Springer (Switzerland) 2015.
- MUSLİHEDDİN ÂDİL, **Mukayeseli Hukuku İdare**, İstanbul 1933.
- ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul 2010.
- OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul 2011.
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, (Cilt: I-II-III), İstanbul 1966.
- ORTAYLI İlber; **Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi**, Ankara 2008.
- ÖNER Necati, **Klasik Mantık**, Ankara 2016.
- ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul 2004.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2014.
- ÖZKOL Adil, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara 1970.
- ÖZLEM Doğan, **Mantık (Klâsik / Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi)**, İstanbul 2004.
- ÖZLEM Doğan, **Felsefe ve Doğa Bilimleri**, Ankara 2008.
- ÖZTÜRK K. Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Ankara 2015.
- ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları** (Teksir), Ankara 1972-1973.
- PACTEAU Bernard, **Manuel de contentieux administratif**, Paris 2010.
- PARIENTE-BUTTERLIN Isabelle, **Le droit, la norme et le réel**, Paris 2005.
- Paris'te Bir Osmanlı Sefiri**, (Hazırlayan: Şevket RADO), İstanbul 2018.
- PANSEY Henrion de, **De l'autorité judiciaire en France**, Paris 1818.
- PECZENIK Aleksander, **On Law and Reason**, Springer Law and Philosophy Library: 8, 2009.
- PEISER Gustave, **Droit administratif**, Paris 2011.
- PISIER-KOUCHNER Évelyne, **Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit**, Paris 1972.
- PODRAZA-SCRIPZAC Edith, **La fonction du jurisprudence du Conseil d'État**, (Thèse de doctorat), Douai (Artois) 2007.
- POPPER Karl, **Hayat Problem Çözmektir: Bilgi, Tarih ve Politika Üzerine**, (Çeviren: Ali NALBANT), İstanbul 2006.
- PROS-PHALIPPON Chloé, **Le juge administratif et les revirements de jurisprudence**, LGDJ, Mayenne Avril 2018.
- Rapport annuel de la Cour de cassation (2014)**, La Documentation française, Paris 2014.

- RAINAUD Nicolas, **Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État**, Paris 1996.
- RENAUT Marie-Hélène, **Histoire du droit administratif**, Poitiers 2007.
- RICCI Jean-Claude, **Droit administratif général**, Paris 2016.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou principes du droit politique**, Leipsic 1796.
- SAKR Haïtham, **Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseil d'État libanais et du Conseil d'État français**, (Thèse de doctorat), Poitiers 2008.
- SALMOND John W., **Jurisprudence**, London 1913.
- SCHACHT Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, Oxford 1982.
- SEILLER Bertrand, **Droit administratif (1. Les sources et le juge, 2. L'action administrative)**, Paris 2018.
- SERRAND Pierre, **Droit administratif**, (Tome: I, Les actions administratives), Paris 2017.
- SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem**, İstanbul 2015.
- SEZGİNER Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara 2000.
- SFEZ Lucien, **Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français**, Paris 1966.
- SHAW Stanford, **Between Old and New: The Ottoman Empire Under Sultan Selim III**, Cambridge (Harvard University Press) 1971.
- SILTALA Raimo, **Law, Truth and Reason: A Treatise on Legal Argumentation**, Dordrecht 2011.
- SIREY Jean-Baptiste, **Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle**, Paris 1818.
- SUCİ Melih, **Türk Resim Sanatında Gerçeküstücü Ressamlar**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017.
- SUNAY Zühal Aysun, **İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı**, Ankara 2016.
- ŞA'BÂN Zekiyyüddîn, **İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)**, (Çeviren: İbrahim Kâfi DÖNMEZ), Ankara 2012.
- TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara 2014.
- TROPER Michel, **La philosophie du droit (Que sais-je?)**, Paris 2015.
- TRUCHET Didier, **Droit administratif**, Paris 2017.
- TUNCAY Aydın, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara 1972.
- ULER Yıldırım, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara 1970.
- ULU Güher, **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Ankara 2012.
- ULUSOY Ali, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara 2019.
- UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, İstanbul 2015.
- UZUN Ertuğrul, **Akıl Tutkunu Hukuk**, İstanbul 2010.
- Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative**, Conseil d'État, Décembre 2018.
- VEDEL Georges / DELVOLVÉ Pierre, **Droit administratif**, Tome: I, Paris 1992.
- WALINE Jean, **Droit administratif**, Paris 2016.

- WEIDENFELD Katia, **Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours**, Paris 2010.
- WEIL Prosper / POUYAUD Dominique, **Le droit administratif (Que sais-je?)**, Paris 1994.
- WRÓBLEWSKI Jerzy, **The Judicial Application of Law**, (Edited by Zenon BANKOWSKI and Neil MacCORMICK), Springer Law and Philosophy Library: 15, New York 1992.
- YAŞAR Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, İstanbul 2014.
- YAVUZDOĞAN Seçkin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku - İdari Yargılama Hukuku İlişkisi**, (Doktora Tezi), İstanbul 2007.
- YILDIRIM Ramazan, **Türk İdarî Rejimi Dersleri** (Cilt: 3, İdari Yargılama Hukuku), Konya 2015.
- YILDIZ Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Ankara 2019.
- YILMAZ Dilşat, **İdari İşlemin İcraîlik Özelliği**, Ankara 2014.
- YILMAZ Yunus, **İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulamaları**, (Doktora Tezi), Ankara 2010.
- YOLCU Serkan, **İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler**, Ankara 2011.
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, Cilt: I, Ankara 2012.
- ZÜRCHER Erik Jan, **Turkey: A Modern History**, London 2004.

Diğer Eserler:

(Dallos veritabanından ulaşılan makalelerde yalnızca ilk sayfa numaraları belirtilmiştir.)

- AKILLIOĞLU Tekin, “*Hukuku İdare Üzerine*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 16, Yıl: 1983, Sayı: 2 (Haziran), s. 56-69.
- AKILLIOĞLU Tekin, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü (5 Mart 2012), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 15, Yıl: 2012, Sayı: 2, s. 171-194.
- AKTAŞ Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 5 (Haziran), s. 1-35.
- AKTAŞ Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1-2, s. 1-28.
- AKYILDIZ Ali, “Şûrâ-yı Devlet”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 39, Yıl: 2010, s. 236-239.
- AKYILMAZ Gül, “Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri”, **Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya 1995, s. 23-41.
- AKYILMAZ Cemre, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIII, Yıl: 2019, Sayı: 1, s. 191-207.
- ANDREWS George Gordon, “Making the Revolutionary Calendar”, **The American Historical Review**, Volume: 36, Number: 3 (April 1931), s. 515-532.
- ANIL Ayten, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 47, Yıl: 1992, Sayı: 1, s. 45-50.
- APAYDIN Yunus, “İctihad”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 21, Yıl: 2000, s. 432-445.
- APAYDIN Yunus, “Kıyas” (Fıkıh), **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 25, Yıl: 2002, s. 529-539.
- ARAT Nilay, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Yıl: 2011, Sayı: 1-2, s. 891-906.
- ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 21-51.
- ARSAL Sadri Maksudi, “İngiliz Âme Hukukunun İnkişafı Safhaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 6, Yıl: 1940, Sayı: 1, s. 3-22.
- ATALI Murat, “Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini** (Uluslararası Kongre), Ankara 2016, s. 269-273.
- AYDIN Mehmet Âkif, “Mecelle’nin Hazırlanışı”, **Osmanlı Araştırmaları – IX**, İstanbul 1989, s. 31-50.
- AZRAK Ali Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 9, Yıl: 1992, s. 323-340.
- BAL Metin, “Platon’dan Kant’a Estetik ve Yargı”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 167-212.

- BANKOWSKI Zenon / MacCORMICK Neil D. / MARSHALL Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, in **Interpreting Precedents**, (Editors: Neil MacCORMICK, Robert S. SUMMERS and Arthur L. GOODHART), New York (Routledge) 2016.
- BARDAKOĞLU Ali, “İstihsan”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 23, Yıl: 2001, s. 339-347.
- BART Jean, “Droit civil”, **Dictionnaire Montesquieu**, (sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER), Lyon Eylül 2013.
- BEDİR Murteza, “Oryantalizm ve İslâm Hukuku”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 4, s. 11-42.
- BENOIT Francis-Paul, “Les fondements de la justice administrative”, **Mélanges offerts à Marcel Waline**, Tome: II, Paris 1974, s. 283-295.
- BIGOT Grégoire, “Les mythes fondateurs du droit administratif”, **RFDA**, 2000, s. 527.
- BONNARD Roger, “İdare Edilenlerin Kazaî Yollara Müracaatı”, (Çeviren: Recai Galip OKANDAN), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: IV, Yıl: 1938, Sayı: 13, s. 58-118.
- BRACONNIER Stéphane, “France” (Chapter 9), **Codification of Administrative Procedure**, (Edited by Jean-Bernard AUBY), Bruxelles 2014, s. 187-201.
- BRAIBANT Guy, “Qu'est-ce qu'un grand arrêt?”, **AJDA**, 2006, s. 1428.
- BROEKMAN Jan M., “Beyond Legal Gaps”, **Law and Philosophy**, Vol: 4, Number: 2 (August 1985), s. 217-237.
- CHAPUS René, “Le service public et la puissance publique”, **Revue du droit public**, Tome: 84, 74e année (1968), s. 235-282.
- CHAPUS René, “De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 1966, s. 99-106. (Valeur).
- CHAPUS René, “De la soumission au droit des règlements autonomes”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 1960, s. 124.
- CHENOT Bernard, “L’existentialisme et le Droit”, **Revue française de science politique**, 3e année (1953), Numéro: 1, s. 57-68.
- CHEVALLIER Jacques, “Essai sur la notion juridique de service public”, **Publications de la Faculté de droit et sciences politiques et sociales d’Amiens**, Numéro: 6, s. 137-161.
- CHEVALLIER Jacques, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, **Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général**, Volume: 2, Paris 1979, s. 1-57.
- CHEVALLIER Jacques, “Les interprètes du droit”, **Interprétation et droit**, Bruylant-Bruxelles et Presses Universitaires d’Aix Marseille 1995, s. 115-130.
- CORKERY Jim, “The English Courts and the Rise of Equity”, **The National Legal Eagle**, Volume: 7, Issue: 2 (Spring 2001), Article Number: 6.
- CUBAYNES Camille, “Identification(s) prétorienne(s) du service public”, **Journal du droit administratif**, (Chronique Transformation(s) du Service Public - 2017), Article: 200.
- CUBAYNES Camille, “Lois dites de Louis Rolland”, **Journal du droit administratif**, (Chronique Transformation(s) du Service Public - 2017), Article: 207.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini** (Uluslararası Kongre), Ankara 2016, s. 225-268.

- ÇAĞLAYAN Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 7, s. 373-398.
- ÇEBİ Sezgin Seymen, “Aristoteles’te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme”, **Hukuk Kuramı**, Cilt: 2, Yıl: 2015, Sayı: 6 (Kasım-Aralık), s. 1-19.
- ÇITAK Halim Alperen, “İdarî Sözleşmelerin İptal Davasına Konu Edilmesi”, **5. İdare Hukuku Buluşması (4-6 Mayıs 2018 Büyükdada / İstanbul) Danıştay Karar İncelemeleri**, İstanbul 2019, s. 335-346 (Sözleşme).
- ÇÖREKÇİOĞLU Hakan, “Phronesis ve Düşünümsel Yargı Üzerine Bir Karşılaştırma”, **FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)**, Yıl: 2015 (Güz), Sayı: 20, s. 1-16.
- DEBBASCH Charles, “Les sources du droit administratif: permanence et novation”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 1971, s. 255-256.
- DERBİL Süheyp, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1, s. 433-441. (Uyuşmazlık).
- DRAGO Roland, “La codification en droit administratif français et comparé”, **Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques**, Yıl: 1996, Sayı: 24, s. 95-101.
- DROGULA Fred K., “Imperium, Potestas, and The Pomerium in The Roman Republic”, **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, Band: 56, Heft: 4 (2007), s. 419-452.
- DUFOUR Alfred, “L’idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e - XIX^e siècles”, **Droits (Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques)**, Yıl: 1996, Sayı: 24, s. 45-60.
- DUPEYROUX Olivier, “La Jurisprudence, source abusive de droit”, **Mélanges offerts à Jacques MAURY**, Tome: II, Paris 1960, s. 349-377.
- DURAN Lûtfi, “Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihad Uyuşmazlığı”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 1967, Sayı: 1, s. 7-27.
- DURAN Lûtfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, **Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, Ankara 1974 (Sorumluluk).
- DURAN Lûtfi, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXVII, Yıl: 1972, Sayı: 3 (Eylül), s. 419-441 (Birleştirme).
- DURAN Lûtfi, “İdarî Yargı Adlîleşti...”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 3, Yıl: 1982, Sayı 1-3, s. 53-83.
- DURUSOY Ali, “Kıyas”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 25, Yıl: 2002, s. 525-529.
- EISENBERG Melvin A., “The Principles of Legal Reasoning in the Common Law”, **Common Law Theory**, (Edited by Douglas E. EDLIN), New York 2007, s. 81-101.
- ERKUT Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 9, Yıl: 1988, Sayı: 1-3, s. 69-91.
- ERKUT Celâl, “Danıştay’ın 1402’likler Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüz Akı”, **Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan**, İstanbul 1992, s. 71-86.
- FARRAR John H.; “Reasoning by Analogy in the Law”, **Bond Law Review**, Volume: 9, Issue: 2, Year: 1997, s. 149-176.
- GABOLDE Christian / PIERNET Claude, “Pluviose An VIII - Les débuts du Conseil de Préfecture”, **La Revue administrative**, 3^e Année, Numéro: 14 (mars-avril 1950), s. 140-143.

- GARRIGUES Gertrude, “Raphael’s School of Athens”, **The Journal of Speculative Philosophy**, Volume: 13, Number: 4 (October 1879), s. 406-420.
- GAUDEMET Yves, “Faut-il retirer l’arrêt *Ternon*?”, **AJDA**, 2002, s. 738.
- GAZIER François / GENTOT Michel / GENEVOIS Bruno, “1789 İlke ve Düşüncelerinin Anayasa Konseyi ve Conseil d’État Kararlarına Etkisi”, (Çeviren Celâl ERKUT), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 10, Yıl: 1989, Sayı: 1-3, s. 78-123.
- GENEVOIS Bruno, “Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d’État statuant au contentieux”, **Mélanges René Chapus**, Paris 2013, s. 245-261.
- GONOD Pascale / JOUANJAN Olivier, “A propos des sources du droit administratif : Brèves notations sur de récentes remarques”, **AJDA**, 2005, s. 992-994.
- GOODHART Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, **Yale Law Journal**, Volume: XL, Number: 2 (December 1930), s. 161-183.
- GÖZLER Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var Mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Yıl: 2000, Sayı: 3, s. 81-101.
- GÖZLER Kemal, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Yıl: 2007, Sayı: 2, s. 45-61.
- GÖZLER Kemal, “Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt: 28, Yıl: 2019, Sayı: 1-2 (Ocak-Nisan), s. 1-23.
- GÖZLER Kemal, “Osmanlı Mülkî İdare Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnameleri Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 52, Yıl: 2019, Sayı: 1 (Mart), s. 1-32.
- GÖZLER Kemal, “Osmanlı/Türk İl Özel İdaresi Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 26 Mart 1913 Tarihli Kanun-ı Muvakkat, 10 Ağustos 1871 Tarihli Fransız Kanunundan mı İktibas Edilmiştir?”, Erişim: <http://www.idare.gen.tr/loi-fransiz-etkisi.htm>, 26.08.2019.
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Terazi**, Yıl: 6, Sayı: 63 (Kasım 2011), s. 36-41 (Eleştiriler).
- GRÜNBERG Teo, “Anlama, Belirsizlik ve Çok-Anlamlılık Üzerine Bir Araştırma”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi**, Cilt: 8, Yıl: 1970, s. 301-388.
- GUASTINI Riccardo, “Interprétation et description de normes”, **Interprétation et droit**, Bruylant-Bruxelles et Presses Universitaires d’Aix Marseille 1995, s. 89-101.
- GUGLIELMI Gilles J., “L’idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle”, **Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgechichte - Annuaire d’Histoire administrative européenne**, n° 8, 1996, s. 109-133.
- GÜLER Murteza, “İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara 2019, s. 1-8.
- GÜNDAY Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, Yıl: 1997, s. 347-358.
- GÜRAN Sait, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu (140. Yıl)**, Ankara 2009, s. 57-62.

- HALPÉRIN Jean-Louis, “The Process of Codification Applied to the Law of Delicts”, **The Impact of Ideas on Legal Development** (Edited by Michael LOBBAN and Julia Moses), Cambridge 2012, s. 167-185.
- HÉBRAUD Pierre, “Le juge et la jurisprudence”, **Mélanges offerts à Paul Couzinet**, Toulouse 1974, s. 329-371.
- HEPER Altan, “Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXII, Yıl: 2014, Sayı: 1, s. 333-348.
- HERGET James E. / WALLACE Stephen, “The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism”, **Virginia Law Review**, Volume: 73, Number: 2 (March 1987), s. 399-455.
- HUTCHESON Joseph C., “Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision”, **Cornell Law Review**, Volume: 14, Issue: 3 (April 1929), s. 274-288.
- IŞIKLAR Celal, “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14 (Temmuz 2013), s. 467-500.
- İBA Şeref / SÖYLER Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 36, Yıl: 2019, Sayı: 1, s. 195-223.
- JENKS Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çeviren: Mukbil ÖZYÖRÜK), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1, s. 40-79.
- JOHNSTON David, “The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law”, **The Civilian Tradition and Scots Law**, (Editors: D.L. Carey MILLER and R. ZIMMERMANN), Berlin 1997, s. 87-101.
- KABOĞLU İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 8, Yıl: 1991, s. 291-322.
- KAPLAN Gürsel, “Yargısal Görüş (*Avis Contentieux*) Kurumu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 119, s. 1-12.
- KAPLAN Gürsel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İlgili Kararları Çerçevesinde Fransız Devlet Şûrası Nezindeki Hükümet Komiseri Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: II, Ankara 2009, s. 979-992.
- KAPLAN Gürsel, “Danıştay Savcısının Düşüncesinin Taraflara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlâl Eder Mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 1-20.
- KARADENİZ Osman, “Kıyâm bi-Nefsihî”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 25, Yıl: 2000, s. 515.
- KARAHANOGULLARI Onur, “Diyalektik Hukuk Bilimi Notları”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5 (2) 2015, s. 271-288.
- KARAMAN Hayreddin, “Fıkıh”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 13, Yıl: 1996, s. 1-14.
- KAVAK Özgür, “Tecdîd mi, Yeniden İnşa mı? Şah Veliyyullah Dihlevî’den Muhammed İkbal’e Hind Alt-Kıtasında İctihad ve Taklide Farklı Yaklaşımlar”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2011, Sayı: 17, s. 193-206.
- KAYA Asım, “Amaçsal Yorum”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 4, s. 365-383.
- KAYA Cemil, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 7 (Haziran), s. 637-663.

- KAYHAN Fahrettin, “Yargısal İçtihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku”, **Sempozyum ve Tartışmalar XI**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 14 Mayıs 1999.
- KELSEN Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, **The Journal of Politics**, Volume: 4, Number: 2 (May 1942), s. 183-200.
- KEYMAN Selahattin, “Hukuki Pozitivizm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Yıl: 1978, Sayı: 1-4, s. 17-56.
- KING Edward / HAWLEY Joseph, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, (Çeviren: İlhan LÜTEM), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Yıl: 1959, Sayı: 1-4, s. 178-233.
- KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Yıl: 2001, Sayı: 1, s. 91-119.
- KIZILYEL Serkan, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015 (119), s. 115-142.
- KOCA Ferhat, “Mefhum”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 28, Yıl: 2003, s. 350-353.
- KOCHER Paul H., “Francis Bacon on the Science of Jurisprudence”, **Journal of the History of Ideas**, Volume: 18, Number: 1 (January 1957), s. 3-26.
- KOMÁREK Jan, “Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent”, **The American Journal of Comparative Law**, Volume: 61, Number: 1 (Winter 2013), s. 149-171.
- KÖKÜSARI İsmail, “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 67, Yıl: 2018, Sayı: 4, s. 807-855.
- KURU Baki, “1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Yıl: 1958, Sayı: 1, s. 102-140.
- LACHAUME Jean-François, “La jurisprudence à l’épreuve de la loi dans le droit des services publics”, **Écrits en hommage à Gérard Cornu (Droit civil, procédure, linguistique juridique)**, Paris 1994, s. 233-251 (Jurisprudence).
- LACHAUME Jean-François, “La définition du droit administratif”, **Traité de droit administratif**, (Sous la direction de Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA), Tome: I, Paris 2011, s. 101-143 (Définition).
- LACOMBE Anne, “Histoire de l’invention et de la mise en application du système métrique”, **The French Review**, Volume: 53, Number: 2 (December 1979), s. 246-254.
- LATH Yédoh Sébastien, “Les caractères du droit administratif des États africains de succession française”, **Revue du droit public**, n° 5, 2011, s. 1255-1288.
- LAUBADERE André de, “Réflexions sur la crise du droit administratif français”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980.
- LOCHAK Danièle, “Le Conseil d’État en politique”, **Pouvoirs**, 2007/4, n°: 123, s. 19-32.
- LOUVEL Bertrand, “Pour l’unité de juridiction”, 25.07.2017, Erişim: https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html, 24.08.2019.
- MAUGUÉ Christine / STAHL Jacques-Henri, “Sur la sélection des arrêts du Recueil Lebon”, **RFDA**, 1998, s. 768.

- MELLERAY Fabrice, “Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?”, **AJDA**, 2005, s. 637.
- MESTRE Jean-Louis, “Aux origines de l’enseignement du droit administratif”, **RFDA**, 1993, s. 239.
- MESTRE Jean-Louis, “Les grands arrêts antérieurs à 1873”, **RFDA**, 2007 (GAJA 50. Yıl Özel Sayısı), s. 230.
- MORANGE Georges, “Une catégorie ambiguë : les principes généraux du droit”, **Revue du droit public**, 1977, s. 761-778.
- MUMCU Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 27, Yıl: 1970, Sayı 1-2, s. 37-66.
- OĞURLU Yücel, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü (135. Yıl)**, Ankara 2004, s. 133-154.
- OZANSOY Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 46, Yıl: 1997, Sayı: 1-4, s. 85-100.
- ÖZBUDUN Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Yıl: 1968, Sayı: 65-66, s. 59-79.
- ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay’ın Tarihçesi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1968.
- ÖZEN Şükrü, “İstislâh”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Cilt: 23, Yıl: 2001, s. 383-388.
- ÖZKAYA Kadir, “İçtihat Aykırılıklarının Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara 2019, s. 1-15.
- PACTEAU Bernard, “Les grands arrêts ignorés”, **RFDA**, 2007 (GAJA 50. Yıl Özel Sayısı), s. 239.
- POLAT Nazım H., “İctihad”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Yıl: 2000, (Erişim: <https://islamansiklopedisi.org.tr/ictihad--dergi>, 07.09.2019).
- PONTIER Jean-Marie, “Le droit administratif et la complexité”, **AJDA**, 2000, s. 187.
- POUND Roscoe, “Mechanical Jurisprudence”, **Columbia Law Review**, Volume: 8, Issue: 8 (December 1908), s. 605-623.
- RADIN Max, “The Good Judge of Château-Thierry and His American Counterpart”, **California Law Review**, Volume: 10, Number: 4 (May 1922), s. 300-310.
- RÉMY Philippe, “Le part faite au juge”, **Pouvoirs**, 2003/4, n° 107, s. 22-36.
- RICCOBONO Salvatore / NATHAN Edward, “Outlines of the Evolution of Roman Law”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Volume: 74, Number: 1 (November 1925), s. 1-19.
- RIVERO Jean, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits”, **Mélanges en l’honneur de Jean Dabin**, Tome: 2, Bruxelles – Paris 1963, s. 813-836.
- RIVERO Jean, “Réflexions sur l’étude comparée des sources des droits administratifs”, **Problèmes de droit public contemporain (Mélanges en l’honneur du professeur Michel Stassinopoulos)**, Paris 1974, s. 135-146.
- RIVERO Jean, “Droit administratif en France et à l’étranger”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 475-485.
- RIVERO Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 187-202.

- RIVERO Jean, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, **Pages de doctrine**, Tome: I, Paris 1980, s. 63-78.
- RIVERO Jean, “Le juge administratif: Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 313-328.
- RIVERO Jean, “Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle”, **Pages de doctrine**, Tome: I, Paris 1980, s. 165-172.
- ROCHE Jean, “Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence”, **AJDA**, 1962 (Octobre), s. 532-540.
- SAĞLAM Mehmet, “İdari Yargıda Davacı Aleyhine Olan İçtihat Değişikliklerinin ‘Geçmişe Yürümezlik İlkesi’ Açısından Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Ankara 2012, s. 731-758.
- SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargılama Usûlünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara 2014, s. 109-198.
- SARI Mehmet Ali, “Düşünce, Dil ve Dünya Arasında Bir Kesişim: Yargı”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 69-106.
- SCHILLER Arthur, “Jurists’ Law”, **Columbia Law Review**, Volume: 58, Number: 8 (December 1958), s. 1226-1238.
- SCHNEIDER Jens-Peter, “Germany” (Chapter 10), **Codification of Administrative Procedure**, (Edited by Jean-Bernard AUBY), Bruxelles 2014, s. 203-226.
- SCHOOTEN Hanneke Van, “Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication” in **Interpretation, Law and the Construction of Meaning**, (Editors: Anne WAGNER, Wouter WERNER and Deborah CAO), Dordrecht 2007.
- SCHWARZ Andreas, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, (Çeviren: Bülent DAVRAN), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 11, Yıl: 1945, Sayı: 3-4, s. 180-202.
- SEILLER Bertrand, “Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif”, **La Semaine Juridique** (Edition Générale), 26 Septembre 2007, n° 39.
- SEVİĞ Vasfi Raşid, “İdare Hukukunda Önemin Umumî Hizmete veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözükten Tartışmalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Yıl: 1949, Sayı: 2, s. 1-10.
- SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, “Eski Türklerde Devlet Meclisi ‘Toy’ Üzerine Düşünceler”, **Tarih Araştırmaları Dergisi** (Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi), Cilt: 28, Yıl: 1963, Sayı: 45, s. 1-11.
- SEZER Devrim, “İtiraz, Tartışma ve Demokrasi: Arendt’te Yargı Yetisinin Etik ve Politik Önemi”, **Yargıya Felsefeyle Bakmak**, İstanbul 2016, s. 107-135.
- SEZGİNER Murat, “İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve ‘Grup Dava’ Uygulaması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara 2014, s. 199-217 (Grup Dava).
- SEZGİNER Murat, “Dünden Bugüne Conseil d’Etat ve Danıştay’ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu (149. Yıl)**, Ankara 2017, s. 101-132.
- STERLING Grant, “Ockham’ın Usturası”, **Batı Felsefesindeki 100 Temel Mesele**, (Derleyenler: Michael BRUCE – Steven BARBONE, Çeviren: Mustafa TOPAL), İstanbul 2014, s. 92-94.

- SUMMERS Robert S., “Precedent in the United States (New York State)”, in **Interpreting Precedents**, (Editors: Neil MacCORMICK, Robert S. SUMMERS and Arthur L. GOODHART), Routledge, New York 2016.
- ŞENER Abdülkadir, “İslâm Hukukunda Re’y ve İctihad”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Yıl: 1973, Sayı: 1, s. 123-132.
- ŞENER Abdülkadir, “İslam Hukukunda İctihad ve Taklid Problemi”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 24, Yıl: 1981, Sayı: 1, s. 375-387 (Taklid).
- TAN Turgut / AKILLIOĞLU Tekin, “1961 Anayasası ve Türkiye’de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 11, Yıl: 1978 (Haziran), s. 36-57.
- TERREL Jean, “Droit des gens”, **Dictionnaire Montesquieu**, (sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER), Lyon Eylül 2013.
- THÉRON Sophie, “La substitution de la loi à la jurisprudence administrative: la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi”, **RFDA**, 2004, s. 230-241.
- TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukukî Realizm Akımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LVIII, Yıl: 2000, Sayı: 1-2, s. 79-95.
- UÇAR İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı: 3, s. 331-373.
- ÜSTÜN TÜRKÖĞLU Kamile, “Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması”, **Memleket Siyaset Yönetim (MSY)**, Cilt: 10, Yıl: 2015, Sayı: 24 (Temmuz), s. 112-123.
- VAN LANG Agathe, “Le dualisme juridictionnel en France: une question toujours d’actualité”, **AJDA**, 2005, s. 1760.
- VEDEL Georges, “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: Le rôle du juge”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 203-217.
- VEDEL Georges, “Les bases constitutionnelles du droit administratif”, **Pages de doctrine**, Tome: II, Paris 1980, s. 129-176.
- VEDEL Georges, “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?” **EDCE**, Numéro: 31, Paris 1979-1980, s. 31-44. (Jurisprudentiel).
- VEDEL Georges, “Le précédent judiciaire en droit public français”, **Journées de la Société de législation comparée**, Volume: IV, 1984, s. 265-288 (Précédent).
- WACHSMANN Patrick, “La jurisprudence administrative”, **Traité de droit administratif**, (Sous la direction de Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA), Tome: I, Paris 2011, s. 563-598.
- WALINE Jean, “Lebon ou pas Lebon”, **AJDA**, 2011, s. 1105.
- WALINE Marcel, “Le pouvoir normatif de la jurisprudence”, **La technique et les principes du droit public (Etudes en l’honneur de Georges Scelle)**, Tome: II, Paris 1950, s. 613-632.
- WEIL Prosper, “The Strength and Weakness of French Administrative Law”, **Cambridge Law Journal**, Volume: 23, Number: 2, (November 1965), s. 242-259.
- WOEHLING Jean-Marie, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, **La Revue administrative**, 52e Année, Numero special 7: Les transformations de la juridiction administrative en France et en Allemagne (1999), s. 75-97.
- YASİN Melikşah, “Anayasa Mahkemesi’nin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, İstanbul 2003, s. 567-575.

- YASİN Melikşah, “İdarî Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt: 16, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s. 9-27.
- YEŞİLYURT Nazile İrem, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 32, Yıl: 2014, s. 1-29.
- YEŞİLYURT Nazile İrem, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 70, Yıl: 2015, Sayı: 2, s. 403-433.
- YILMAZ Dilşat, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Yıl: 2008, Sayı: 1-2, s. 1215-1234.
- YONGALIK Aynur, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Yıl: 2011, Sayı: 1, s. 1-15.
- YUNG Walter, “François Génys ve İsviçre’de Kazaî İçtihad”, (Çeviren: Erol CANSEL), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Yıl: 1943, Sayı: 1, s. 541-555.
- ZEYBEK Ali Cavit, “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 68-69, s. 46-109.

Mahkeme Kararları:

(Karar tarihine göre sıralanmıştır.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- 28.10.1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres / France*.
- 07.06.2001, *Mme Kress / France*.
- 05.07.2005, *Louise Loyer / France*.
- 12.04.2006, *Martinie / France*.
- 27.11.2007, *Meral / Türkiye*.
- 17.07.2008, *Akgül / Türkiye*.
- 18.12.2008, *Unédic / France*.
- 02.07.2009, *Iordan Iordanov et autres / Bulgarie*.
- 20.10.2011, *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin / Türkiye*.
- 18.07.2013, *Stoilkovska / the former Yugoslav Republic of Macedonia*.
- 09.02.2016, *Çelebi ve diğerleri / Türkiye*.

Conseil constitutionnel

- 25 juillet 1979, Décision n° 79-105 DC.
- 22 juillet 1980, Décision n° 80-119 DC.
- 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC.
- 19 décembre 1991, Décision n° 91-167 L.
- 27 février 1994, Décision n° 94-343/344 DC.
- 19 juin 2008, Décision n° 2008-564 DC.
- 3 décembre 2009, Décision n° 2009-595 DC.
- 6 octobre 2010, Décision n°: 2010-39 QPC.
- 14 octobre 2010, Décision n°: 2010-52 QPC.

Anayasa Mahkemesi

- 11.10.1963, E. 1963/124, K. 1963/243.
- 22.12.1964, E.1963/166, K.1964/76.
- 12.06.1969, E. 1968/38, K. 1969/34.
- 23-25.10.1969, E. 1967/41, K. 1969/57.
- 26.06.1986, E. 1985/9, K. 1986/14.
- 12.4.1990, E. 1990/4, K. 1990/6.
- 17.07.1990, E. 1990/1, K. 1990/21.
- 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42.
- 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23.
- 26.03.1999, E. 1999/14, K. 1999/6.
- 07.05.2002, E. 2000/17, K. 2002/46.
- 26.12.2003, E. 2000/8, K. 2003/104.
- 23.03.2004, E. 2001/119, K. 2004/37.
- 15.01.2009, E. 2004/70, K. 2009/7.
- 14.04.2011, E. 2004/16, K. 2011/63.
- 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23.
- 04.06.2014, E. 2013/88, K. 2014/101.
- 22.10.2014, E. 2014/94, K. 2014/160.
- 06.01.2015, *Türkan Bal*, Başvuru No: 2013/6932.
- 25.02.2015, *Fulpet Akaryakıt Limited Şirketi*, Başvuru No: 2013/1834.
- 21.01.2016, *İslam Şahin*, Başvuru No: 2014/7280.
- 26.10.2017, *Ford Motor Company*, Başvuru No: 2014/13518.
- 08.11.2017, *Engin Selek*, Başvuru No: 2015/19816.

- 17.05.2018, *Hakan Altınçan*, Başvuru No: 2016/13021.
- 27.06.2018, *E-BA İnşaat Taahhüt Limited Şirketi*, Başvuru No: 2015/13921.

Conseil d'État

- 1 mai 1822, *Laffitte*.
- 17 juin 1835, *Commune de Vincennes*.
- 26 août 1835, *Clament-Zuntz*.
- 28 octobre 1839, *Préfet de la Seine*.
- 8 août 1844, *Dupart*.
- 6 décembre 1855, *Rothschild*.
- 6 décembre 1855, *Gloxin*.
- 6 août 1861, *Dekeister*.
- 20 février 1869, *Pinard*.
- 19 février 1875, *Prince Napoléon*.
- 26 novembre 1875, *Pariset*.
- 13 décembre 1889, *Cadot*.
- 21 juin 1895, *Cames*.
- 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*.
- 11 février 1901, *Abbé Olivier*.
- 10 janvier 1902, *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Lès-Rouen*.
- 31 janvier 1902, *Grazietti*.
- 14 novembre 1902, *Olmer*.
- 6 février 1903, *Terrier*.
- 10 février 1905, *Tomaso Grecco*.
- 4 août 1905, *Martin*.
- 5 juin 1908, *Marc*.
- 23 juillet 1909, *Fabrègue*.
- 7 août 1909, *Winkell*.
- 4 mars 1910, *Thérond*.
- 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*.
- 3 février 1911, *Anguet*.
- 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.
- 9 mai 1913, *Roubeau*.
- 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*.
- 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*.
- 7 avril 1916, *Astruc*.
- 10 août 1917, *Baldy*.
- 28 juin 1918, *Heyriès*.
- 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*.
- 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*.
- 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*.
- 25 novembre 1921, *Savonneries Henri Olive*.
- 3 novembre 1922, *Dame Cachet*.
- 27 juillet 1923, *Gheusi*.
- 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes*.
- 30 novembre 1923, *Couitéas*.
- 24 décembre 1926, *Walter*.
- 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*.
- 19 mai 1933, *Benjamin*.
- 20 décembre 1935, *Société des Etablissements Vézia*.

- 7 février 1936, *Jamart*.
- 6 novembre 1936, *Arrighi*.
- 28 mai 1937, *Lecerf*.
- 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*.
- 1 avril 1938, *Société l'alcool dénaturé de Coubert*.
- 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*.
- 21 octobre 1938, *Lote*.
- 31 juillet 1942, *Monpeurt*.
- 2 avril 1943, *Bouguen*.
- 4 mars 1944, *Guyesse*.
- 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*.
- 10 novembre 1944, *Langneur*.
- 26 octobre 1945, *Aramu, Mattei, Belloir, Tabti, Champion*.
- 6 février 1946, *Fédérations des artisans bretons*.
- 7 février 1947, *D'Aillières*.
- 5 mars 1948, *Marion*.
- 14 avril 1948, *Ministre des Armées*.
- 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*.
- 8 décembre 1948, *Pasteau*.
- 4 mai 1949, *Ville de Toulon*.
- 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*.
- 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*.
- 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*.
- 17 février 1950, *Dame Lamotte*.
- 30 juin 1950, *Queralt*.
- 7 juillet 1950, *Dehaene*.
- 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*.
- 22 juin 1951, *Daudignac*.
- 28 juillet 1951, *Laruelle*.
- 28 juillet 1951, *Delville*.
- 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*.
- 13 mars 1953, *Teissier*.
- 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*.
- 30 octobre 1953, *Bossuyt*.
- 29 janvier 1954, *Kreisker*.
- 28 mai 1954, *Barel*.
- 3 février 1956, *Ministre de la Justice contre Thouzellier*.
- 20 avril 1956, *Époux Bertin*.
- 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre Consorts Grimouard*.
- 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*.
- 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*.
- 2 novembre 1956, *Biberon*.
- 31 mai 1957, *Rosan Girard*.
- 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*.
- 14 février 1958, *Abisset*.
- 23 avril 1958, *Commune du Petit-Quevilly*.
- 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*.
- 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes*.
- 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*.
- 13 novembre 1959, *Navizet*.
- 4 décembre 1959, *Geoffroy*.
- 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutetia » et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*.
- 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*.

- 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg.*
- 25 mars 1960, *Boileau.*
- 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction contre Société Sud-Aviation.*
- 3 mai 1961, *Pouzelgues.*
- 12 mai 1961, *Société La Huta.*
- 13 juillet 1961, *Ville de Toulouse.*
- 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries.*
- 5 janvier 1962, *Aunargue.*
- 19 octobre 1962, *Canal.*
- 19 octobre 1962, *Brocas.*
- 22 février 1963, *Commune de Gavarnie.*
- 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon.*
- 28 juin 1963, *Narcy.*
- 15 octobre 1965, *Mazel.*
- 15 octobre 1965, *Union fédérale des magistrats et sieur Reliquet.*
- 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique.*
- 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët.*
- 13 mars 1968, *Commune de Malaussène.*
- 28 juin 1968, *Société des établissements février.*
- 13 juillet 1968, *Capus.*
- 6 novembre 1968, *Dame Saulze.*
- 8 novembre 1968, *Entreprise Poroli.*
- 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne.*
- 18 décembre 1968, *Brunne.*
- 12 juillet 1969, *L'Etang.*
- 21 juillet 1970, *Boussel dit Lambert.*
- 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est.*
- 22 novembre 1971, *FIFAS.*
- 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération.*
- 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté de lettres de Paris.*
- 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant.*
- 26 janvier 1973, *Lang.*
- 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset.*
- 8 juin 1973, *Peynet.*
- 18 juillet 1973, *Ville de Limoges.*
- 26 octobre 1973, *Sieur Sadoudi.*
- 22 février 1974, *Association des maires de France.*
- 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques.*
- 10 mai 1974, *Barret et Honnet.*
- 4 octobre 1974, *David.*
- 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises de sport.*
- 15 janvier 1975, *Honnet.*
- 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve.*
- 8 juillet 1977, *Dame Rie et autres.*
- 3 mars 1978, *Dame veuve Muësser.*
- 9 juin 1978, *Ministre de l'Éducation nationale contre Bachelier.*
- 9 juin 1978, *Lebon.*
- 7 juillet 1978, *Croissant.*
- 27 octobre 1978, *Debout.*
- 6 décembre 1978, *GISTI et autres.*
- 29 décembre 1978, *Darmont.*
- 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France.*
- 13 juin 1980, *M^{me} Bonjean.*

- 30 janvier 1981, *Ministre du Travail contre Société Afrique France Europe transaction.*
- 22 janvier 1982, *Ah Won.*
- 23 avril 1982, *Ville de Toulouse contre M^{me} Aragnou.*
- 28 mai 1982, *Roger.*
- 11 juin 1982, *Plottet.*
- 2 juillet 1982, *M^{lle} R.*
- 5 novembre 1982, *Société des autoroutes du Sud de la France.*
- 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux.*
- 15 mars 1983, *Compagnie Electromécanique.*
- 13 mai 1983, *Société René Moline.*
- 2 décembre 1983, *Charbonnel.*
- 16 mars 1984, *Moreteau.*
- 16 mai 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine.*
- 25 septembre 1984, *Galdenao.*
- 31 octobre 1984, *FANE.*
- 23 novembre 1984, *O. Roujansky.*
- 12 décembre 1984, *Melki.*
- 26 avril 1985, *Ville de Tarbes.*
- 6 mai 1985, *Ricard.*
- 5 juillet 1985, *CGT et CFDT.*
- 27 novembre 1985, *Consorts Fraysse.*
- 28 février 1986, *Commissaire de la République des Landes.*
- 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique.*
- 26 septembre 1986, *Époux Herbelin.*
- 2 février 1987, *Société TV6.*
- 27 janvier 1988, *Ministre de l'Éducation nationale contre Giraud.*
- 1 avril 1988, *Beruciartua-Echarri.*
- 25 mai 1988, *Tête.*
- 1 juillet 1988, *Billard et Volle.*
- 21 octobre 1988, *Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public.*
- 18 novembre 1988, *Ministre de la Défense contre Époux Raszewski.*
- 3 février 1989, *Compagnie Alitalia.*
- 20 février 1989, *Allain.*
- 3 mars 1989, *Société Sagatom.*
- 20 octobre 1989, *Nicolo.*
- 17 janvier 1990, *Union nationale des associations des professions libérales.*
- 9 mai 1990, *Sociétés des établissements Cruse.*
- 9 mai 1990, *Commune de Lavour.*
- 29 juin 1990, *Imanbaccus et Préfet du Doubs contre M^{me} Olmos Quintero.*
- 20 juillet 1990, *Ville de Melun.*
- 30 novembre 1990, *Association « les Verts ».*
- 7 décembre 1990, *Ministre de l'Éducation nationale contre M^{me} Buret.*
- 13 décembre 1991, *Dakoury.*
- 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches.*
- 21 novembre 1992, *Kherouaa.*
- 9 avril 1993, *Bianchi.*
- 2 juillet 1993, *Milhaud.*
- 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française.*
- 2 décembre 1994, *Agyepong.*
- 17 février 1995, *Hardouin et Marie.*
- 17 mars 1995, *Syndicat des casinos autorisés de France.*
- 9 juin 1995, *Ministre des affaires sociales contre M. Lesprit.*
- 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge.*
- 19 janvier 1996, *Escriva.*

- 3 juillet 1996, *Koné*.
- 15 juillet 1996, *M. Cayzeele*.
- 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*.
- 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*.
- 9 octobre 1996, *Union nationale CGT*.
- 9 juillet 1997, *M. Picard et M^{me} Turquet et autres*.
- 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*.
- 29 décembre 1997, *Tranquard*.
- 14 janvier 1998, *Dagorn*.
- 18 février 1998, *Section locale du Pacifique-Sud de l'Ordre des médecins*.
- 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*.
- 13 mars 1998, *Améon*.
- 11 mai 1998, *M^{lle} Aldige*.
- 6 novembre 1998, *Association amicale des bouquinistes des quais de Paris*.
- 3 février 1999, *Montaignac*.
- 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*.
- 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure*.
- 12 mars 1999, *Ville de Paris*.
- 15 mars 1999, *M^{me} Devic*.
- 17 mars 1999, *Boulay*.
- 9 avril 1999, *Madame Ba*.
- 9 avril 1999, *Société Interbrew*.
- 22 mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France contre Banque de France*.
- 29 mars 2000, *Ludiakueno*.
- 29 mars 2000, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*.
- 6 octobre 2000, *Ministère de l'Intérieur*.
- 29 juin 2001, *Berton*.
- 27 juillet 2001, *Association de droit allemand «Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber»*.
- 26 septembre 2001, *Département du Bas-Rhin*.
- 26 octobre 2001, *Ternon*.
- 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie contre Kechichian*.
- 5 avril 2002, *SCP Patrick Coulon*.
- 28 juin 2002, *Villemain*.
- 9 octobre 2002, *Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés et autres*.
- 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier*.
- 12 mars 2003, *Ministre de la justice contre M. Frérot*.
- 31 mars 2003, *Ministre des Finances, de l'Économie et de l'Industrie*.
- 25 avril 2003, *Dardenne*.
- 30 avril 2003, *Compagnie Préservatrice foncière assurances*.
- 23 juillet 2003, *Laville Saint Martin*.
- 30 juillet 2003, *M. Djelida*.
- 12 décembre 2003, *Département des Landes*.
- 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*.
- 21 janvier 2004, *Boulangier*.
- 21 janvier 2004, *Guinde et autres*.
- 6 février 2004, *M^{me} Hallal*.
- 27 février 2004, *M^{me} Popin*.
- 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*.
- 11 mai 2004, *Association AC! et autres*.
- 5 juillet 2004, *M. Lescure*.
- 14 mars 2005, *Gollnisch*.

- 9 mai 2005, *Marangio*.
- 18 novembre 2005, *Société fermière de Campaloro*.
- 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*.
- 6 avril 2006, *Frédéric A.*
- 31 mai 2006, *Groupe d'information et de soutien aux immigrés*.
- 10 juillet 2006, *Société Bouygues Telecom*.
- 27 octobre 2006, *Société Techna*.
- 13 décembre 2006, *Lacroix*.
- 24 janvier 2007, *GISTI*.
- 26 janvier 2007, *Société Kaefer Wanner*.
- 22 février 2007, *APREI*.
- 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*.
- 20 juin 2007, *Boutin*.
- 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*.
- 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*.
- 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*.
- 9 novembre 2007, *M^{me} Cheglali*.
- 26 mars 2008, *Société Spie Batignolles*.
- 14 mai 2008, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique*.
- 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*.
- 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et autres*.
- 14 novembre 2008, *M. E. S.*
- 12 décembre 2008, *Marchand*.
- 22 décembre 2008, *Société Berri Développement*.
- 6 mars 2009, *Coulibaly*.
- 8 avril 2009, *François Hollande et Mathus*.
- 23 avril 2009, *M. Guigue*.
- 30 octobre 2009, *Perreux*.
- 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*.
- 8 février 2010, *Commune de la Rochelle*.
- 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*.
- 9 juin 2010, *Association Cap sur l'avenir*.
- 23 juillet 2010, *Syndicat National des Techniciens et Travailleurs de la Production Cinématographique et de Télévision*.
- 6 avril 2011, *Société Ajaccio Diesel*.
- 7 avril 2011, *Association SOS Racisme - Touche pas à mon pote*.
- 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*.
- 21 octobre 2011, *M^{me} Bartolo*.
- 23 décembre 2011, *Danthony et autres*.
- 8 mars 2012, *Association Nice volley-ball*.
- 29 octobre 2012, *Ministre de la Défense*.
- 12 décembre 2012, *Syndicat national des établissements privés pour personnes âgées*.
- 19 avril 2013, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*.
- 3 juillet 2013, *Association des Paralysés de France*.
- 5 juillet 2013, *Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles*.
- 25 juillet 2013, *Falempin*.
- 30 décembre 2013, *Ministre de l'Agriculture*.
- 30 décembre 2013, *Société Apple Inc.*
- 28 mars 2014, *de Baynast*.
- 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*.
- 28 mai 2014, *Compagnie des Bateaux Mouches*.
- 8 octobre 2014, *Société Grenke location*.
- 22 octobre 2014, *Centre hospitalier de Dinan*.

- 27 mai 2015, M. A.
- 3 février 2016, *Conseil national de l'ordre des infirmiers*.
- 21 mai 2016, *Société Fairvesta*.
- 6 juillet 2016, *Napol et autres (avis)*.
- 13 juillet 2016, *Czabaj*.
- 28 septembre 2016, *Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique*.
- 25 octobre 2017, M^{me} A.
- 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*.

Danıştay

- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 22.12.1934, E. 1934/142, K. 1934/126.
- 1. Daire, 24.09.1936, E. 1936/474, K. 1936/2077.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, 23.11.1937, E. 1937/286, K. 1937/256.
- 1. Daire, 26.02.1938, E. 1937/1720, K. 1938/454.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, 25.01.1938, E. 1937/202, K. 1938/14.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, 15.04.1938, E. 1937/365, K. 1938/75.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, 06.05.1938, E. 1938/48, K. 1938/97.
- 5. Daire, 03.03.1939, E. 1937/1296, K. 1939/327.
- 5. Daire, 18.03.1939, E. 1938/6, K. 1939/182.
- 5. Daire, 12.02.1943, E. 1943/861, K. 1943/343.
- 4. Daire, 04.12.1946, E. 1945/2586, K. 1946/3577.
- 5. Daire, 03.12.1946, E. 1946/1894, K. 1946/4058.
- 6. Daire, 28.05.1947, E. 1946/2512, K. 1947/1280.
- 1. Daire, 08.09.1949, E. 1949/27, K. 1949/33.
- Dava Daireleri Genel Kurulu, 01.06.1950, E. 1948/176, K. 1950/264.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 26.09.1952, E. 1952/15, K. 1952/44.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, 15.10.1954, E. 1954/43, K. 1954/152.
- Dava Daireleri Umumî Heyeti, E. 1961/150, K. 1961/597.
- Dava Daireleri Genel Kurulu, 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108.
- 8. Daire, 09.04.1963, E. 1962/2800, K. 1963/2130.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 04.07.1964, E. 1964/674, K. 1964/344.
- 8. Daire, 28.09.1964, E. 1964/1295, K. 1964/6755.
- 12. Daire, 28.02.1966, E. 1965/3606, K. 1966/733.
- 5. Daire, 31.10.1966, E. 1966/4356, K. 1966/5448.
- 6. Daire, 21.02.1968, E. 1966/2621 K. 1968/524.
- 12. Daire, 02.07.1968, E. 1967/118, K. 1968/155.
- 12. Daire, 24.11.1969, E. 1968/2424, K. 1969/1911.
- 12. Daire, 22.01.1970, E. 1969/627, K. 1974/120.
- 5. Daire, 26.01.1970, E. 1968/5543, K. 1970/219.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.02.1970, E. 1969/2, K. 1970/1.
- 5. Daire, 01.04.1970, E. 1969/4127, K. 1970/1162.
- 12. Daire, 09.06.1970, E. 1969/2879, K. 1970/1271.
- 5. Daire, 01.07.1970, E. 1970/3983, K. 1971/4847.
- 12. Daire, 22.09.1970, E. 1969/2562, K. 1970/1739.
- 11. Daire, 24.12.1970, E. 1970/2401, K. 1970/3088.
- 5. Daire, 26.01.1971, E. 1969/5398, K. 1971/380.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 10.04.1971, E. 1968/16, K. 1971/24.
- 12. Daire, 15.09.1971, E. 1968/801, K. 1971/1889.
- Dava Daireleri Kurulu, 11.02.1972, E. 1968/661, K. 1972/119.
- 6. Daire, 14.03.1972, E. 1971/1805, K. 1972/1031.

- Dava Daireleri Kurulu, 28.04.1972, E.1968/709, K.1972/364.
- 8. Daire, 04.07.1972, E. 1971/1678, K. 1972/2522.
- 12. Daire, 13.02.1973, E. 1971/1718, K. 1973/330.
- Dava Daireleri Kurulu, 16.02.1973, E. 1971/554, K. 1973/115.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 14.04.1973, E. 1972/2, K. 1973/10.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 21.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 22.12.1973, E. 1973/3, K. 1973/12.
- 3. Daire, 25.01.1974, E. 1973/587, K. 1974/49.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 16.03.1974, E. 1967/14, K. 1974/3.
- 12. Daire, 27.03.1974, E. 1972/1951, K. 1974/859.
- 8. Daire, 17.06.1974, E. 2411, K. 2770.
- 12. Daire, 14.10.1974, E. 1974/1861, K. 1974/2291.
- 12. Daire, 02.12.1974, E. 1972/2490, K. 1974/2670.
- 12. Daire, 18.06.1975, E. 1972/2721, K. 1975/1343.
- 13. Daire, 19.06.1975, E. 1975/648, K. 1975/2375.
- Dava Daireleri Kurulu, 17.10.1975, E. 1975/48, K. 1975/704.
- Dava Daireleri Kurulu, 17.10.1975, E. 1975/88, K. 1975/705.
- 12. Daire, 18.11.1975, E. 1974/62, K. 1974/2517.
- 8. Daire, 18.11.1975, E. 1975/913, K. 1975/2879.
- 5. Daire, 26.11.1975, E. 1972/645, K. 1975/7739.
- 11. Daire, 23.02.1976, E. 1974/1853, K. 1976/699.
- 7. Daire, 06.04.1976, E. 1975/3921, K. 1976/1010.
- 8. Daire, 16.09.1976, E. 1974/4363, K. 1975/2343.
- Dava Daireleri Kurulu, 15.10.1976, E. 1975/351, K. 1976/210.
- 12. Daire, 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141.
- 8. Daire, 09.12.1976, E. 1976/1055, K. 1976/2591.
- 11. Daire, 15.12.1976, E. 1975/24, K. 1976/4374.
- 12. Daire, 25.01.1977, E. 1976/1542, K. 1977/213.
- 12. Daire, 28.04.1977, E. 1975/110, K. 1977/1201.
- 11. Daire, 04.05.1977, E. 1974/4855, K. 1977 /1704.
- Dava Daireleri Kurulu, 13.05.1977, E. 1976/456, K. 1977/254.
- 5. Daire, 15.11.1977, E. 1974/2691, K. 1977/5440.
- 8. Daire, 09.02.1978, E. 1976/1942, K. 1978/658.
- 12. Daire, 24.04.1978, E. 1977/1349, K. 1978/955.
- 8. Daire, 04.05.1978, E. 1977/3428, K. 1978/4428.
- 8. Daire, 04.05.1978, E. 1977/2748, K. 1978/4427.
- 3. Daire, 22.11.1978, E. 1978/1158, K. 1978/1213.
- Dava Daireleri Kurulu, 09.02.1979, E. 1977/548, K. 1979/31.
- 12. Daire, 06.06.1979, E. 1977/2838, K. 1979/2443.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 28.06.1979, E. 1976/1, K. 1979/10.
- 3. Daire, 17.07.1979, E. 1979/354, K. 1979/409.
- 5. Daire, 18.10.1979, E. 1978/2010, K. 1979/3121.
- Dava Daireleri Kurulu, 21.12.1979, E. 1978/987, K. 1979/581.
- 12. Daire, 30.01.1980, E. 1978/3239, K. 1980/243.
- 8. Daire, 28.01.1981, E. 1980/2589, K. 1981/504.
- 6. Daire, 04.06.1981, E. 1978/885, K. 1981/1821.
- 8. Daire, 15.09.1981, E. 1980/3446, K. 1981/2692.
- 5. Daire, 09.12.1981, E. 1979/6154, K. 1981/1794.
- 10. Daire, 12.04.1982, E. 1982/777, K. 1982/2952.
- 5. Daire, 06.05.1982, E.1979/5897, K.1982/5683.
- 3. Daire, 11.05.1982, E.1982/825, K. 1982/1358.
- İtihatları Birleştirme Kurulu, 20.05.1982, E. 1981/2, K. 1982/3.
- 8. Daire, 18.10.1982, E. 1982/7, K. 1982/1160.
- 10. Daire, 24.11.1982, E. 1982/469, K. 1982/2357.

- 5. Daire, 15.02.1983, E. 1982/2585, K. 1983/1074.
- 10. Daire, 17.03.1983, E. 1983/115, K. 1983/555.
- 7. Daire, 28.03.1983, E. 1982/2494, K. 1983/469.
- 10. Daire, 01.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106.
- 10. Daire, 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106.
- 10. Daire, 01.05.1984, E. 1984/1041, K. 1984/910.
- 6. Daire, 19.12.1983, E. 1982/1709, K. 1983/2657.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10.
- 1. Daire, 05.07.1984, E. 1984/72, K. 1984/155.
- 8. Daire, 05.11.1984, E.1984/74, K.1984/1345.
- 5. Daire, 15.11.1984, E. 1980/9357, K. 1984/3836.
- 10. Daire, 17.01.1985, E. 1985/1132, K. 1985/2134.
- 8. Daire, 24.04.1985, E. 1984/427, K. 1985/437.
- 6. Daire, 21.05.1985, E. 1985/143, K. 1985/880.
- 5. Daire, 24.05.1985, E. 1981/787, K. 1985/1473.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 22.11.1985, E. 1985/94, K. 1985/112.
- 8. Daire, 18.03.1986, E. 1986/97, K. 1986/130.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 28.03.1986, E. 1986/21, K. 1989/8.
- 8. Daire, 09.10.1986, E. 1985/795, K. 1986/428.
- 10. Daire, 18.11.1986, E. 1985/1885, K. 1986/2093.
- 8. Daire, 24.02.1987, E. 1985/735, K. 1987/88.
- 5. Daire, 06.04.1987, E. 1986/1688, K. 1987/547.
- 5. Daire, 13.04.1987, E. 1986/1933, K. 1987/593.
- 6. Daire, 27.05.1987, E. 1987/451, K. 1987/590.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 06.07.1987, E. 1987/1, 2, 4, K. 1987/2.
- 5. Daire, 16.12.1987, E. 1987/2380, K. 1987/1783.
- 2. Daire, 14.01.1988, E. 1987/3036, K. 1988/87.
- 10. Daire, 18.02.1988, E. 1987/932, K. 1986/242.
- 5. Daire, 10.03.1988, E. 1987/406, K. 1988/704.
- 5. Daire, 07.06.1988, E. 1986/1476, K. 1988/1823.
- 10. Daire, 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857.
- 3. Daire, 28.06.1989, E. 1988/2843, K. 1989/1804.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 03.07.1989, E. 1988/5, K. 1989/3.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.10.1989, E. 1989/401, K. 1989/156.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4.
- 5. Daire, 13.12.1989, E. 1989/2735, K. 1989/2286.
- 5. Daire, 27.12.1989, E. 1987/1075, K. 1989/2557.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4.
- 8. Daire, 05.02.1990, E. 1988/820, K. 1990/145.
- 10. Daire, 07.06.1990, E. 1989/2476, K. 1990/1342.
- 10. Daire, 21.06.1990, E. 1989/359, K. 1990/1493.
- 8. Daire, 28.06.1990, E. 1990/981, K. 1990/812.
- 10. Daire, 20.09.1990, E. 1990/2918, K. 1990/1760.
- 8. Daire, 24.10.1990, E. 1989/1025, K. 1990/1201.
- 4. Daire, 29.01.1991, E. 1990/561, K. 1991/341.
- 10. Daire, 20.02.1991, E. 1989/2924, K. 1991/547.
- İċti̇hatları Birleştirme Kurulu, 28.02.1991, E. 1990/1, K. 1990/1.
- 5. Daire, 27.03.1991, E. 1988/1986, K. 1991/594.
- 10. Daire, 28.03.1991, E. 1989/374, K. 1991/1175.
- 6. Daire, 20.05.1991, E. 1989/1580, K. 1991/1219.
- 5. Daire, 06.06.1991, E. 1990/4297, K. 1991/1099.
- 5. Daire, 07.06.1991, E. 1988/1519, K. 1991/1195.
- 10. Daire, 17.06.1991, E. 1991/2286, K. 1991/1149.
- 5. Daire, 05.12.1991, E. 1991/3619, K. 1991/2346.

- 6. Daire, 04.02.1992, E. 1991/2055, K. 1992/430.
- 10. Daire, 26.05.1992, E. 1991/4571 K. 1992/2237.
- 6. Daire, 18.01.1993, E. 1992/3360, K. 1993/37.
- 10. Daire, 04.02.1993, E.1991/1520, K.1993/433.
- 8. Daire, 17.03.1993, E. 1992/912, K. 1993/1414.
- 10. Daire, 31.03.1993, E. 1991/2508, K. 1993/1262.
- 10. Daire, 29.04.1993, E. 1991/1, K. 1993/1752.
- İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU, 10.06.1993, E. 1992/1, K. 1993/2.
- 5. Daire, 16.09.1993, E. 1992/4035, K. 1993/3177.
- 10. Daire, 13.10.1993, E. 1992/3372, K. 1993/3777.
- 8. Daire, 14.12.1993, E. 1993/1617, K. 1993/4214.
- 6. Daire, 21.12.1993, E. 1993/935, K. 1993/5572.
- 9. Daire, 09.11.1994, E. 1994/500, K. 1994/4283.
- 5. Daire, 29.11.1994, E. 1992/4384, K. 1994/5672.
- 10. Daire, 10.01.1995, E. 1996/4274, K. 1998/5478.
- 12. Daire, 26.04.1995, E. 1995/2951, K. 1995/1071.
- İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU, 04.05.1995, E. 1994/1, K. 1995/1.
- 10. Daire, 31.05.1995, E. 1993/5052, K. 1995/2724.
- İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU, 27.10.1995, E. 1994/926, K. 1995/739.
- 8. Daire, 14.11.1995, E. 1995/3706, K. 1995/ 3622.
- 5. Daire, 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911.
- 10. Daire, 21.05.1996, E. 1995/4326, K. 1996/2769.
- 1. Daire, 30.09.1996, E. 1996/172, K. 1996/190.
- İDARİ İŞLER KURULU, 03.10.1996, E. 1996/79, K. 1996/83.
- 6. Daire, 09.10.1996, E. 1995/7076, K. 1996/4029.
- 5. Daire, 30.10.1996, E. 1995/4052, K.1996/3262.
- 10. Daire, 11.03.1997, E. 1995/476, K. 1997/803.
- 6. Daire, 13.05.1997, E. 1996/5477, K. 1997/2312.
- 10. Daire, 20.05.1997, E. 1995/397, K. 1997/1911.
- 8. Daire, 17.06.1997, E. 1996/3847, K. 1997/2153.
- 8. Daire, 23.06.1997, E. 1997/185, K. 1997/2229.
- 10. Daire, 23.06.1997, E. 1996/3996, K. 1997/2544.
- 1. Daire, 24.09.1997, E. 1997/123, K. 1997/115.
- 5. Daire, 09.10.1997, E. 1994/7834, K. 1997/2030.
- 5. Daire, 10.11.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485.
- 8. Daire, 27.11.1997, E. 1996/1687, K. 1997/3669.
- 8. Daire, 11.12.1997, E. 1995/3680, K. 1997/3928.
- 10. Daire, 10.02.1998, E. 1996/6909, K. 1998/573.
- 10. Daire, 18.02.1998, E. 1996/6495, K. 1998/720.
- 8. Daire, 20.02.1998, E. 1996/3, K. 1998/527.
- 5. Daire, 28.05.1998, E. 1995/3768, K. 1998/1656.
- 10. Daire, 30.09.1998, E. 1996/3286, K. 1998/4670.
- 10. Daire, 20.10.1998, E. 1996/3388, K. 1998/5083.
- 10. Daire, 28.10.1998, E. 1996/4274, K. 1998/5478.
- 11. Daire, 03.11.1998, E. 1998/881, K. 1998/3608.
- 1. Daire, 05.02.1999, E. 1999/15, K. 1999/23.
- 8. Daire, 17.03.1999, E. 1998/6982, K. 1999/1478.
- 12. Daire, 20.04.1999, E. 1998/930, K. 1999/651.
- İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU, 07.05.1999, E. 1997/726, K. 1999/525.
- 6. Daire, 21.09.1999, E. 1998/3936, K. 1999/4131.
- 10. Daire, 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266.
- 8. Daire, 13.12.1999, E. 1999/2852, K. 1999/7533.
- 5. Daire, 16.02.2000, E. 1999/4809, K. 2000/541.
- 1. Daire, 17.04.2000, E. 2002/29, K. 2000/59.

- 5. Daire, 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516.
- 10. Daire, 15.05.2001, E. 1999/5326, K. 2001/1807.
- 10. Daire, 13.03.2002, E. 2000/869, K. 2002/682.
- 9. Daire, 13.11.2002, E. 2002/1896, K. 2002/4593.
- 8. Daire, 29.04.2003, E. 2002/1831, K. 2003/1942.
- 11. Daire, 17.10.2003, E. 2001/674, K. 2003/4126.
- 1. Daire, 23.01.2004, E. 2003/176, K. 2004/8.
- 2. Daire, 17.02.2004, E. 2000/6870, K. 2004/482.
- 8. Daire, 21.04.2004, E. 2003/3309, K. 2004/1912.
- 2. Daire, 12.01.2005, E. 2004/3749, K. 2005/87.
- 5. Daire, 02.02.2005, E. 2001/2787, K. 2005/522.
- 10. Daire, 11.04.2005, E. 2004/12712, K. 2005/1612.
- 10. Daire, 18.05.2005, E. 2003/4745, K. 2005/2591.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 16.06.2005, E. 2004/2548, K. 2005/2179.
- 2. Daire, 24.11.2005, E. 2012/10219, K. 2015/9355.
- 11. Daire, 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962.
- 10. Daire, 13.02.2006, E. 2004/9120, K. 2006/1220.
- 11. Daire, 22.02.2006, E. 2003/4371, K. 2006/781.
- 5. Daire, 14.03.2006, E. 2003/3647, K. 2006/1140.
- 6. Daire, 15.09.2006, E. 2005/5281, K. 2006/4089.
- 5. Daire, 24.01.2007, E. 2005/5627, K. 2007/72.
- 7. Daire, 21.02.2007, E. 2005/5556 K. 2007/618.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 12.06.2008, E. 2005/3183, K. 2008/1621.
- 13. Daire, 26.09.2008, E. 2008/5151, K. 2008/6509.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2008, E. 2005/1988, K. 2008/1826.
- 10. Daire, 26.11.2008, E. 2006/7165, K. 2008/8312.
- 8. Daire, 06.02.2009, E. 2007/8943, K. 2009/881.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 16.04.2009, E. 2006/69, K. 2009/1089.
- 10. Daire, 29.01.2010, E. 2009/1244, K. 2010/187.
- 10. Daire, 06.04.2010, E. 2007/7987, K. 2010/2667.
- 10. Daire, 14.06.2010, E. 2008/643, K. 2010/5353.
- 10. Daire, 21.06.2010, E. 2010/5003, K. 2010/5515.
- 6. Daire, 12.10.2010, E. 2008/13112, K. 2010/9098.
- 10. Daire, 26.10.2010, E. 2007/8113, K. 2010/8388.
- 10. Daire, 08.11.2010, E. 2007/6444, K. 2010/8930.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 28.04.2011, E. 2008/909, K. 2011/278.
- 14. Daire, 01.06.2011, E. 2011/5212, K. 2011/7.
- 11. Daire, 25.10.2011, E. 2011/4305, K. 2011/5519.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 25.04.2012, E. 2007/2255, K. 2012/801.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 24.05.2012, E. 2007/275.
- İctihatlari Birleştirme Kurulu, 02.07.2012, E. 2008/1, K. 2012/1.
- 10. Daire, 23.11.2012, E. 2008/7301, K. 2012/5974.
- 5. Daire, 18.01.2013, E. 2012/10808, K. 2013/235.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 20.03.2013, E. 2009/2026.
- 10. Daire, 25.09.2013, E. 2012/6579, K. 2013/6576.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.11.2013, YD İtiraz No: 2013/612.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014, E. 2013/4602, K. 2014/1220.
- 5. Daire, 09.06.2015, E. 2015/750, K. 2015/3847.
- 10. Daire, 09.10.2015, E. 2012/4370, K. 2015/4254.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2015, E. 2015/1134.
- 5. Daire, 22.12.2015, E. 2014/4325, K. 2015/10764.
- 13. Daire, 17.02.2016, E. 2010/2498, K. 2016/338.
- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 18.02.2016, E. 2015/217, K. 2016/328.
- 15. Daire, 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661.

- İdarî Dava Daireleri Kurulu, 23.03.2017, E. 2015/5147, K. 2017/1368.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2013/2, K. 2018/2.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 12.12.2018, E. 2018/1, K. 2018/4.
- İçtihatları Birleştirme Kurulu, 08.02.2019, E. 2013/3, K. 2019/1.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi

- 1. Daire, 15.04.1975, E. 1975/542, K. 1975/592.
- 2. Daire, 30.03.1977, E. 1976/3623, K. 1977/287.
- 2. Daire, 22.01.1986, E. 1985/70, K. 1986/9.
- Genel Kurul, 06.12.1990, E. 1990/1, K. 1990/1.
- 2. Daire, 14.04.1993, E. 1992/625, K. 1993/178.
- 2. Daire, 11.01.1995, E. 1993/654, K. 1995/27.
- 1. Daire, 19.12.1995, E. 1995/1230, K. 1995/1181.
- 2. Daire, 10.02.1999, E. 1998/393, K. 1999/150.
- 2. Daire, 14.04.1999, E. 1998/796, K. 1999/288.
- Daireler Kurulu, 03.06.1999, E. 1999/11, K. 1999/92.
- 2. Daire, 21.02.2001, E. 2000/91, K. 2001/159.
- 2. Daire, 28.03.2001, E. 2000/583, K. 2001/253.
- 1. Daire, 30.01.2001, E. 2000/998, K. 2001/148.
- 1. Daire, 18.09.2001, E. 2001/233, K. 2001/957.
- 2. Daire, 10.12.2001, E. 1999/850, K. 2001/882.
- 2. Daire, 12.06.2002, E. 2001/667 K. 2002/570.
- 3. Daire, 07.04.2005, E. 2004/677, K. 2005/505.
- 3. Daire, 30.03.2006, E. 2005/1166, K. 2006/437.
- 2. Daire, 20.09.2006, E. 2006/967, K. 2006/838.
- 3. Daire, 07.06.2007, E. 2007/61, K. 2007/858.
- 2. Daire, 21.11.2007, E. 2006/1242, K. 2007/996.
- 1. Daire, 11.12.2007, E. 2007/480, K. 2007/1237.
- 2. Daire, 02.07.2008, E. 2007/829, K. 2008/779.
- 2. Daire, 13.05.2009, E. 2008/1271, K. 2009/562.
- 3. Daire, 22.10.2009, E. 2009/282, K. 2009/1074.
- 3. Daire, 12.11.2009, E. 2008/1035, K. 2009/1382.
- 3. Daire, 12.11.2009, E. 2008/1035, K. 2009/1382.
- 2. Daire, 18.11.2009, E. 2009/779, K. 2009/1236.
- 3. Daire, 24.12.2009, E. 2009/860, K. 2009/1489.
- 2. Daire, 24.02.2010, E. 2009/1333, K. 2010/301.
- 2. Daire, 07.04.2010, E. 2010/205, K. 2010/448.
- 2. Daire, 14.04.2010, E. 2009/3733, K. 2010/119.

Tribunal des conflits

- 20 mai 1850, *Manoury*.
- 8 février 1873, *Blanco*.
- 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*.
- 30 juillet 1873, *Pelletier*.
- 24 novembre 1894, *Loiseleur*.
- 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*.
- 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*.
- 29 février 1908, *Feutry*.
- 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*.
- 14 janvier 1935, *Thépaz*.

- 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*.
- 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*.
- 15 janvier 1968, *Époux Barbier*.
- 17 janvier 1972, *SNCF*.
- 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*.
- 16 mai 1983, *SA Compagnie toulousaine de transports publics*.
- 26 juin 1989, *SA Compagnie générale d'entreprise de chauffage*.
- 16 juin 1997, *Société La Fontaine de Mars et M^{me} Muet contre Banque de France*.
- 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris »*.
- 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques*.
- 13 octobre 2014, *Société AXA France IARD*.
- 9 mars 2015, *M^{me} Rispal contre Société des autoroutes de France*.
- 12 octobre 2015, *M. Hoareau*.

Uyuşmazlık Mahkemesi

- 13.04.1948, E. 1948/9, K. 1948/4.
- 16.06.1949, E. 1949/7, K. 1949/10.
- 11.02.1991, E. 1990/37, K. 1991/1.
- 08.07.1991, E. 1991/15, K. 1991/16.
- 26.10.1992, E. 1992/33, K. 1992/36.
- 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1.
- 14.04.1997, E. 1997/21, K. 1997/20.
- 14.04.1997, E. 1997/16, K. 1997/15.
- 29.09.1997, E. 1997/43, K. 1997/42.
- 03.05.1999, E. 1999/1, K. 1999/11.

Cour de cassation

- 2^{ème} Chambre civile, 23 novembre 1956, pourvoi n° 56-11871.
- 1^{re} Chambre civile, 21 décembre 1987, pourvoi n° 86-14167.
- 1^{re} Chambre civile, 21 mars 2000, pourvoi n° 98-11982.
- 1^{re} Chambre civile, 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564.
- 2^e Chambre civile, 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10426.

Yargıtay

- İçtihatları Birleştirme (Hukuk Bölümü), 21.04.1941, E. 3235, K. 1006.
- İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 15.06.1949, E. 1948/4, K. 1949/11.
- İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2.
- 4. Hukuk Dairesi, 15.01.1979, E. 1979/399, K. 1979/4578.
- İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 22.10.1979, E. 1978/7, K. 1979/2.
- Hukuk Genel Kurulu, 30.04.1986 E. 1985/4-309, K. 1986/466.
- Hukuk Genel Kurulu, 16.06.2010, E. 2010/1-281, K. 2010/323.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ÇITAK, Halim Alperen
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 08.01.1990 - Tokat
Medeni hali : Evli
Telefon : (0530) 083 24 88
E-posta : h.a.citak@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi SBE	2013
Lisans	Bilkent Üniversitesi	2011

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2009	Rekabet Kurumu	Stajyer
2009	Devlet Plânlama Teşkilatı	Stajyer
2010	Merkez Bankası	Stajyer
2011	AHBVÜ (GÜ) Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Diller

İngilizce, Fransızca

Yayınlar

- *Kitaplar:*
 - **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
 - **Seçim Sistemleri ve Türkiye’de Seçim Hilesi (Gerrymandering) Uygulamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014 (Prof. Dr. Hasan TUNÇ, Murat ERDOĞAN, Fatih YURTLU ve Gökhan ÖLMEZ ile birlikte).

- *Makaleler:*

- “Turkey at Critical Juncture: New Constitution and Presidential System”, **Centre for Policy Analysis and Research on Turkey (ResearchTurkey)**, Volume: 1, Issue: 9, London, November 2012.
- “Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdarî İşlemler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 70, Sayı: 2012/4 (Murat ERDOĞAN ile birlikte).
- “İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIX, Yıl: 2015, Sayı: 2 (Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Çınar Can EVREN, Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Begüm İSBİR, Emine KARAGÖZ CİN ve Hilal ALBAL ile birlikte).
- “Kabahatler ve Basın Özgürlüğü”, **Türkiz**, Yıl: 6, Sayı: 33 (Mayıs - Haziran 2015), s. 145-164.
- “Fransa’da Siyasî Partilerin Hukukî Statüsü Üzerine”, **Türkiz**, Yıl: 7, Sayı: 40 (Temmuz - Ağustos 2016).
- “Güncel Bireysel Başvuru Kararları ve İdarî Yargıda İptal Davası Açma Süresi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 2.
- "Echoes of the Past: A Brief History of Turkish Constitutionalism", **Website of Laboratoire Méditerranéenne de Droit Public**, 04.01.2019.
- "Juge administratif et dictionnaire : Une bataille juridique sur la langue turque", **Site internet de l’Institut Maurice Hauriou**, Billet: 2019-06, 02.04.2019 (Fatma Betül DAMAR ile birlikte).
- "İdari Sözleşmelerin İptal Davasına Konu Edilmesi", **5. İdare Hukuku Buluşması Danıştay Karar İncelemeleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- “Osman Turan”, **Türk Milliyetçiliği: Portreler** (Editör: Şenol Durgun), A Kitap, Ankara 2019.

- *Tebliğler / Konferanslar:*

- “Anayasal Pencereden Türkiye”, **Gençlerin Gözüyle Türkiye Sempozyumu**, Türk Ocakları, 2009.
- “Medeniyetin Hukuku ile Hukukun Medeniyeti Arasında Türkiye”,

Uluslararası Medeniyet Kongresi (17-19 Ocak 2014, İstanbul).

- “Batı Hukukunun Benimsenmesi Sürecinde Osmanlı-Türk Adalet Anlayışının Dönüşümü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare Kültürü Araştırma Atölye Sunumları**, 24 Aralık 2014.
- “İdarî Yargıda Dava Açma Süresi ve Bireysel Başvuru”, **3. İdare Hukuku Buluşmaları** (13-14 Mayıs 2016, Antakya).
- “Tanzimat Sonrası Osmanlı İdaresinde Kadınların İstihdamı” **Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, (Türkiye Barolar Birliği, 10-11 Mart 2017, Ankara).
- "İdare Hukuku Açısından 2017 Anayasa Değişiklikleri", **Türk Düşünce Topluluğu** (Konferans), 30 Kasım 2017, Ankara Barosu.
- "Echoes of the Past: A Brief History of Turkish Constitutionalism", Conference organized by Institut Maurice Hauriou and Laboratoire Méditerranéenne de Droit Public, 8 November 2018, Toulouse, France.
- "Panthéon'da Bir Kadın: Simone Veil", **Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, (Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Mart 2019, Ankara).
- "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Karşısında İdari Yargıcın Konumu", **Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu**, 11-12 Ekim 2019, Ankara.



