

İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

İDARE HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*“HUKUK METODOLOJİSİNİN
İDARE HUKUKU ALANINA UYGULANMASI”*

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU

MODERATÖR

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

Tarih : 27 Nisan 2013, Cumartesi

Saat : 10.30-18.00

Yer : İstanbul Üniversitesi, Kongre Kültür Merkezi (Eczacılık Fakültesi Yanı)

İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU**

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Hoşgeldiniz.

Biliyorsunuz, bir format arayışı içindeyiz. İlkini Turgut Tan hocamızla birlikte yaptık. “İleri İdare Hukuku Seminerleri” diyerek, esasında herkesin bir ihtiyaç olduğundan bahsettiği bilimsel konulu toplantılarda olduğu gibi, sadece belli bir düzeyde konuyu incelemek değil; bu konularda çalışan, uzmanlaşmak isteyen kimselerin sorularını daha ayrıntılı tartışacağı, bir çeşit beyin fırtınası yapılacak toplantılar yapmaktı amaç. Bu yüzden de “İleri İdare Hukuku” başlığını koyduk. Bir heyecanla başladık. Format arayışımız şu şekilde devam ediyor: Tek taraflı olmasın, izleyenler de katılsın diye, karşılıklı katkı oluşturacak şekilde gündeme gelsin diye düşünüyoruz. O yüzden de, kabul buyuran hocamız Tekin Akıllıoğlu’ndan şunu rica ettik. Konuşmasına her seferinde müdahale edelim, söz isteyelim, soruları dile getirelim ve böylelikle, esasında konuşulan konu hakkında farklı fikirler dile gelme ortamı bulsun.

İhtiyaç doğuran sebeplerden birisi şu: İdare hukuku alanında çok yakın zamana kadar fazla çalışma yoktu. Şimdi çalışmalar artıyor, fakat çalışmalar bir katkıda mı bulunuyor yoksa bazı kemikleşmiş, artık hayata uymayan şeyleri daha sabitleştirme işlevi mi görüyor, isabetsiz açıklamalar tekrarlanmak suretiyle kendilerine bir meşruluk zemini mi buluyor? Dolayısıyla çok tartışılmaz bilinen noktaları bile tartışacak bir ortama ihtiyaç var. Garip bir biçimde, birçok hukuk dalında çok sayıda ders kitabı yazılıyor; fakat hazırlanan tezler dışında, monografi çalışmaları olmuyor. Dolayısıyla her konuyu genel hatlarıyla bilen çok kimse var; fakat ayrıntılarıyla, hayata uymasıyla değerlendirebilen, sorgulayan, orijinal fikirler üreten, bu orijinal fikirler etrafında tekrar tekrar düşünülmesini sağlayan, ortak aklın süzgecinden geçiren ne ortamlar, ne çalışmalar gündeme gelmiyor. Bu ihtiyaçtan hareketle yola çıktık. İlkinde bir katılım vardı. Şimdi, katılacağını söyleyenlerin çoğunun da katılmadığını görüyoruz. Genel duyurudan ziyade, ilgili kimselere e-mail gönderip katılım taleplerine göre yapıyorduk. Katılım iradesinde bulunan, fakat gelmeyenlere de bir daha göndermemek lazım zannediyorum. Yani bir müddet sonra, “Ne olur, biz de gelelim” diye kapıları zorlayacaklarını filan düşünüyorduk insanların, “Biz de İdare Hukuku seminerlerine girmek istiyoruz, biz de uzak kalmak istemiyoruz bu tartışmadan” diye; ama şimdi öyle bir heyecanlanmanın devam etmediği anlaşılıyor.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Birkaç ufak hususa değinerek sözü devredeyim hocama. Hocamızın, Tekin Akıllıoğlu'nun iki özelliği var. Benim tanışmamın birbirinden uzak zamanlarda iki ayrı başlangıcı var. İlk başlangıcı, yazdığım bir makale üzerine değerlendirme göndermesiyle oldu. O zaman esasında bunun önemini anladım, ama sonra ben devam ettiremedim. Yazdığım bir makaleyi bir profesörün okumuş olması, bir değerlendirme göndermiş olması çok heyecan vericiydi, büyük teşvik ediciydi. Daha sonra da doçentlik sınavında karşılaştık hocamla. İkinci başlangıç orada oldu. Hocamla doçentlik sınavına kadar hiç yüz yüze karşılaşmamıştık. Doçentlik sınavında, "Ben soru sormayacağım" dedi. Daha sonra komisyon başkanı "Soru sormanız lazım" deyince de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hornsby kararını anlat" diye, nasıl altından kalkacağımı bilemediğim bir soru sormuştu. Oradaki hocamızın yaklaşımını espriyle değerlendirmek gerekirse, sürekli bir arayış içinde, sabit bir noktada durmayan, her türlü değerlendirmeye açık, en ağır eleştirilerin bile yüzüne karşı yapılabilmesine müsaade edecek havası veren bir intibaım var.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Şimdi deneriz.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN - O yüzden, şimdi denemeye niyetim var yapabilirsem. Sürekli bir arayış ve merak içinde olması, önemli görevler yapmasına rağmen -Avrupa Konseyindeki çalışmaları gibi- bir yandan da birçoklarında olduğu gibi bunu sürekli ön plana çıkartmaması, her makalesinde de bir arayış içinde olduğunu göstermesi, ilgilendiği konularda sürekli okuması ve yazdığı eserlerde de âdeta eserin bilimselliğini ortaya koymak için geniş atıflar, sayfanın yarısı veya dörtte üçü kadar atıflar, büyük alıntılarla filan değil; konuya ilişkin yazılardan haberdar olduğunu gösterecek kadar atıf ve sonrasında orijinal bir yaklaşım arayışı içinde olması bence çok fazla rastlanılmayan bir özellik. Bu özelliklerinden de yola çıkarak, idare hukukuyla ilgilenenlere idare hukukunun geneline yönelik bakış açısını anlamak çok değerli ve bulunmaz bir fırsat gibi geliyor bana. Format arayışımızı da kabul buyurdu. Ben de arada sırada hocanın söylediklerine kimi zaman suni olarak karşı çıkararak; salondan söz almak isteyenler olursa, onlara konuşmanın insicamını bozmayacak şekilde söz vererek; ama sonuçta, herkesin katılımıyla ortak bir arayış çabası içinde olan kendine özgü bir toplantı yapmayı hedefledik. Toplantının uzaması, kısalması katılanların ilgisine, hocamızın sabrına göre belli olacak. Buyurun hocam.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Teşekkür ederim, Sayın Başkan.

Size çok teşekkür ederim. Özellikle idare hukuku gibi günden güne günceği azalan, ancak bir avuç insanın ilgilendiği bir konuda, bu konuyla ilgilenenler arasında bir iletişim, bir ilişki kurmak, bu şekilde idare hukuku toplantıları tertip etmek, çok büyük bir hizmet. Dolayısıyla bunu yaptığımız için minnetta-

rım, beni çağırdığınız için de. Buraya gelen meslektaşlarımın bu güzel cumartesi günü, bu karanlık, loş yere gelip hiç tanımadıkları birini dinlemeye katlanmaları bence çok büyük bir lütuf. Hepinize çok teşekkür ederim. Doğrusu, bütün bunlar benim söyleyeceklerimin işe yaraması gerektiği konusunda bana müthiş bir baskı yapıyor. İnşallah bunun altından kalkarım. Benim konumun başlığı çok iddialı. Çok büyük bir laf etmişim; “Hukuk Metodolojisinin İdare Hukukuna Uygulanması”. Her büyük lafta olduğu gibi, bunun bir de küçültülmüş modeli var; yani kendini büyük göstermek isteyenler aslında çok küçüktür. Bu söz de, kendini büyük göstermek isteyen; ama aslında çok belli bir noktayı, dar, sınırlı bir noktayı amaçlayan bir söz.

Bir kere, hukuk metodolojisinin ne olduğunu belirlemek, değil bu toplantıyı, bir ömrü aşacak son derece karmaşık bir konu. Bunu hukuk metodolojisi adı altında yazılanlar veya o ad altında yazılmayıp da bu konuyu işleyen kitapların karmaşık yapısından kolayca çıkarabilirsiniz. Dolayısıyla başlıkta geçen birinci konunun ve bunu izleyen ikinci konunun ne olduğu söylenip, ondan sonra aradaki ilişkinin açıklanarak gidilmesi yöntem gereğidir. Yöntem üzerine konuştuğuma göre, ilk yapmam gereken şey, hukuk yönteminin ne olduğunu, idare hukuku yöntemi diye ayrı bir şey olup olmadığını, ondan sonra da idare hukukunun ne olduğunu size anlatmam gerekiyor. Bu son derece güç bir şey.

Peki, konu başlığımı niye böyle seçtim? O konunun güncel görüntüsü şu: İdare hukuku bugün biçimsel ve içeriği tartışılmaz doğrulardan oluşan bir söylem gibi gösteriliyor (epideictic). Yani söylenenler doğru kabul edildiğinden durmadan tekrar ediliyor. Bugünkü ders kitaplarında planlarından tutun içeriğine kadar, Sıddık Sami Onar’ın 60 yıl kadar önce anlattığından farklı bir söylem var mı? Oysa zaman ne kadar değişti, idare dediğimiz varlık son derece devingen, ne yaptığı belli olmayan bir Leviathan, son derece kuvvetli, her yerde eli olan, hayatımıza doğumumuzdan ölümümüze kadar müdahale eden, yerine göre son derece hınzır, yerine göre son derece hayırhah bir varlık. Dolayısıyla bir yanda bu güçlü varlık, bir yanda onun varlığını izah eden bilgilerin güdüklüğü, kısalığı, yetersizliği büyük bir çelişki oluşturuyor diye düşünüyorum. İşte bu konuşmayı onun için hazırladım. Bir de bu konuda çalışacak arkadaşlar için önerdiğim bir çizelge var. Size yolladılar mı, bilmiyorum¹.

Çizelgeme döneyim. Bunları benim tüketebilmem hakikaten çok vakit alır; ama Sayın Başkan’ın teşvikiyle, konuşma ile bağlı kalmadan yayımlama sırasında genişletmenin her zaman mümkün olduğunu söylediği için, burada kısaca değinmek istiyorum. Bu düşüncelerimi çok büyük bir ciddiyet içinde hazırladım;

¹ Bkz EK 1

ama tabiatım icabı, her an çok ciddiyetsiz bir şekilde bunları sunabilirim. Oradan oraya atlayarak, zaman içinde konunun dışına çıkarak bunu yapabilirim. Beni bağışlayın. Bunu niye yaptığımı da söyleyeceğim: Düzen ancak düzensizlikten çıkar...

Dört tane başlık var; metodoloji, kaynaklar, uluslararası idare hukuku, eğilimler. İdare hukuku ders kitaplarının yazılması ve bu alanda düşünce üretmek için bu dört alan ile ilişki kurulması ve bunların sürekli göz önünde tutulması gerekiyor. Sonucu terim düşündürücü. Bu normatif kalıpları² kullananlar diğer sosyal bilimciler gibi, *eğilimler* diyemez. Hukukçular birtakım şekillerle uğraşıyorlar. Normativist-pozitivist dil hâkim olan okullarımızda, geleceği öngörmek yada kestirimler yapmak normatif kalıplar içinde mümkün değil. Burada, idare hukukunun ve genelde hukukun diğer sosyal bilimlerden ayrıldığı önemli bir konuya değinmiş oldum. Açıklamaya çalışayım.

Normatif kalıplarla sosyal bilim kalıpları farklı şeyler. Dolayısıyla normatif kalıp kullanmaya alışkın bir insan olarak, “Ben, idare hukuku bilgilerime bakarak, gelecek on yıl içinde idare hukukunun şu şekli alacağını kestirebilirim” demeniz anlamlı değil. Fakat biz de idare hukukçusu olarak sadece normatif kalıpları kullanmak zorunda değiliz. İdare hukukçularının da sosyoloji, iktisat, felsefe, tarih, siyasi tarih gibi olay incelemesi yapan sosyal bilimlere aşina olmak zaruretleri var.

Özellikle “idare hukuku gibi sadece siyasi tarihin normatif anlatımından ibaret bir hukukun -başka hukuklarda ilişki bu kadar bariz değil- siyasi tarihin bazı “desideratum”larının kalıcı olması için, yani siyasi iradenin isteklerinin kalıcı olabilmesi için, şekli normatif kalıpları kullanması, kanun ve onun uygulamasından oluşan içtihatlar şekline bürünmesi arzu edildiği için ve bu şekilde devlet güç kazandığı için idare hukuku diye bir dal oluşmuştur”, düşüncesini göz ardı edemeyiz.

Dolayısıyla bir yandan idare hukukunu siyasi tarihten yalıtarak, Kelsen’ci bir yaklaşımla dünyanın her yerinde, *urbi et orbi*, geçerli bir şey zannetmek veya öyle olduğunu varsayarak şekiller üzerine yüklenmek, öğretinin düştüğü yanlışlardan birisidir. Ama diğer yandan da, yani içeriği yalıtarak *formal*/şekilci bir dil kurmak, her yerde geçerli olabilecek bir iletişim olarak diğer iç hukuk mensuplarıyla kolayca iletişim kurulabilecek bir kolaylık sağlayacağı için kaçınılmaz; hukukçuların kendine özgü bir dil/şekil kullanmaları, ortak terim ve kavramları olması, bilimsel yaklaşımların zaruri bir sonucudur.

² Kalıp=model.

Binaenaleyh idare hukukçularının böyle biçimsel kalıpları ve kullandıkları kelimeler vardır, olmalıdır. Ancak, bu kalıpların, kelimelerin teorik bir kaynak-tan, membadan indiğini, düzenli bir dizilim gösterdiğini, *systematic* bir yapısı olduğunu zannetmek, işte hatamız buradan başlıyor. Bunlar siyasi tarihin getirdiği dalgalanmaların çıkardığı kalıplardır. Bu söylediklerim kâfi derecede açık oldu mu, bilmiyorum. Ben bu düşüncelerimi çok çeşitli yerlerde ifade ettim. Çok uzun bir anlatım gerektiriyor. Yani konuyu çok *savant (bilgece)* bir söylem içine sokup, ondan sonra da işe yarar sonuçlar çıkarmak gerekli.

Bakın, dört tane konu var³. “Birbiriyle bağlantısını nasıl kuruyorsun?” dersiniz, bir kere, idare hukuku bir dildir. Metot, yol demektir, doğru bilgiye ulaşma yolu, yöntemi, yol ve yöntem. Dolayısıyla idare hukuku söyleminde bununla ilgili dört konu ayırt ediyorum. Bunları; tespit, usul, ikna, yorum şeklinde ifade edebilirim. Birazdan açılıma geçeceğim. Bir de üstdil kavramı var. Yorum, aslında *meta-language* veya üstdil olarak çeviriyorum ben. Bizim düşüncemizde, kültürümüzde çıkmadığı için, buna “*çözüm dili*” yada *tefsir* demek gerekiyor. Kanun koyucunun koymadığı –kanun koyucu öyle soyut şeylerle uğraşmaz- o kanunların uygulamasında takip etmemiz gereken yolu gösteren kaidelere, kurallara üstdil diyoruz. Şöyle bir çizelge⁴ önerebilirim:

Hukuk dili (legal language)→	Kurallarda geçen kavramlar→resmi kavramlar →öğreti kavramları →kuralın oluşumu+ kural uygulama→toplumsal ilişkileri düzenler.
Üst dil (metalanguage)→	Yorum dili→konu dilinin kullanılış yöntemini kurala bağlar, yorumda kullanılan kurallardan oluşur→hukuk dilini düzenler/yönetir.

Bu düşünceyi idare hukukundan örneklemek gerekirse, “bir işlemin yapılışında izlenen usul, o işlemin kaldırılmasında/geri alınmasında da aynen izlenir” biçiminde özetleyebileceğim “yöntem koşutluğu”, bir üst dil kuralıdır, bu kural idarenin *idare-birey* ilişkilerinde uyguladığı bir kural (konu dili) değil, sadece *kurallar arası* ilişkilere (çatışmayı önleme amacıyla) uygulandığı için üst dil niteliği taşır.

Bu dörtlü ayırmada; tespit, uygulama, ikna, tamamen hukukçuların yaptığı; yani yargıçların, yöneticilerin yaptığı işlevlerdir. Yorum konusunda, yargıçların, kanun koyucunun ve öğretinin birlikte yaptığı, eğer bir üst kurala bakarak alt kural çıkarma, yorum meselesiyse, o, aynı zamanda uygulama meselesi olarak görülüyor. Dolayısıyla üstdil her ikisinde de söz konusudur. Üstdil nereden çıktığı

³ Bkz EK 2.

⁴ T. Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş*, Ankara İmaj yay.2. baskı 2015, s.284, passim.

meselesinde şuna dikkatinizi çekeyim, bu söylenmiş bir şey değil: Bu, tek tanrılı kitapların, başta Tevrat, daha sonra İncil, daha sonra Kur'an-ı Kerim olmak üzere, bunun anlaşılmasında kullanılan yorum yöntemlerinden gelmiştir. Bu konuda, Spinoza'nın "yorum yöntemi" üzerine Tevrat yorumundan geliştirdiği yorumu Türkçeye de çevirdiler. Güzel bir çeviri, ama anlaşılması güç. Aslı Latince, çeşitli dillere notlanarak çevirilmiştir. Ayrıca bu metin bir çok yazar tarafından yorumlandı, Deleuze'ün yorumundan⁵ okumanın iyi olduğunu düşünüyorum, ama şimdi konumuz başka bir şey⁶.

Dörtlü ayrımı başındayken söyleyeyim; idare hukukunda hazırlık işlemleri denilen şey, idarenin bilgi toplaması, idarenin bir şey bilme ihtiyacından veri toplaması, onları dönüştürme meselesi değildir. Burada tespit işlevi vardır. Tespit, gerçekte ne olduğunu göstermektir. Yani katil birini öldürdüyse, onu nasıl öldürdüğünü, araçlarını, oluş şeklini yeniden inşa ederek gösterirseniz, bu tespit olur. İdare de bilgi toplarken, bu bilginin doğru olduğu konusunda etrafa emniyet telkin edebilmeli, doğru şeyler toplayabilmeli ve bunu yaparken de konuyu/amacı saptırmamalı, ilgililerin haklarına riayet etmeli. Bu bilgilerin toplanmasında siyasi otoritenin, siyasi tercihlerin büyük rolleri vardır, işlevleri ve baskısı vardır; ancak, bunun bir de bağımsız olması gereken bir yanı vardır. Yani bu konuda birtakım sorunlar vardır. Dolayısıyla, tespit idari yargıda ancak hazırlık işlemlerinin denetimi bakımından söz konusudur. İdarede, idari işlemlerin yapılışında, işin denetimi, bilginin nereden toplandığı, ineğin nereden sağıldığı çok çok önemli bir konudur.

Buna bağlı bir konu da belli bir işleme hizmet amacı olmaksızın, veri toplamaktır. Bütün idari kuruluşların, bütün devlet yapılarının, bütün örgütlerin, hatta özel kuruluşların varlık nedenleri, güç, iktidar artırma yolu, bilgi toplamak, veri toplamaktan geçiyor. Dolayısıyla idare hukukunda bu son derece geniş bir alandır. Yani devlet bir bilgi tekeli. Bu bilgi tekeliyle yarışan başka tekeller var. Bunların arasındaki münasebetlerin incelenmesi, bunun yarattığı sorunsalların çözümü metodolojik açıdan son derece önemlidir. Yabancı yayınları da pek takip edemiyorum, ama LexisNexis sayesinde hepsini indirebiliyorum. İndirdiklerimi okumaya benim ömrüm yetmeyecek. 5.6 milyon veri var. Bunlar her alanda çok çok fazla veriler. Dünyada 180 küsur ülke var; her ülkeye ilişkin veriler var. Sa-

⁵ Gilles Deleuze, Spinoza et le problème de l'expression, Paris Les editions de Minuit, 1968, 332 p. (Spinoza'yı anlamak için en iyi metin bu!).

⁶ Kastettiğim şeyi açıklayayım: O zamana kadar Kutsal Kitap sadece onun ilahi anlamını bilen din büyükleri tarafından yorumlanabiliyordu. Spinoza onların dediklerinin hayata uymadığını görerek, Kutsal Kitaba yaşanan güne göre, ihtiyaçlara uygun yorum getirilmesi gerektiğini öne sürdü. Kısaca öğrenmek için bkz Julie Saada-Gendron, "La vraie méthode d'interprétation de l'Écriture", in La tolérance, Flammarion, Paris 1999, pp 83-84.

dece bizi çok etkileyen bir ülkenin verilerini indirmek, yani o ülkede yazılan yazıları indirmek, indirilen yazıları hatmetmek imkânsızdır, bunları anlamak bile mümkün değildir, bir insanın ömrüne sığmaz. Fakat burada seçme söz konusu; yani ihtiyaçlarımızı iyi belirleyerek seçiminizi yapıp, nokta vuruşu yapıp, veriyi oradan almak. Birinci nokta bu.

Uygulama, implementation, bunun Anglosakson terminolojisinde bir sürü şeyi var. Burada yeri gelmişken söyleyeyim: Bizde, bir hukuk sözlüğü yazmak çoktan gerekiyordu, maalesef yazılmadı. İçinizden hukuk sözlüğü yazmak isteyen bir topluluk çıkar dilerim. Çünkü hukuk sözlüğü hukuk dilinin temelidir. Hukuk sözlüğü olmayan bir hukuk sistemi zavallı bir sistemdir, yabancı kelimelerin istilasına açık bir sistemdir. Her kelime bir zihniyete tekabül eder. Dolayısıyla yabancı zihniyetlerle kendi zihniyetinizin ne olduğunu anlayamaz, öyle gidersiniz; bugünkü durumumuz gibi.

Dolayısıyla hukuk dilinde kavramlar kümelere ayrılabilir, metodolojik kümelere ayrılabilir. Birinci dil *official language*, yani *resmi dil* veya normativistlerin dediği *authentic language*, *sahih dil*. Çünkü bir yaklaşıma göre, (*textualism*), kanun koyucunun dediği şey hukukun ta kendisidir; üzerinde şek, şüphe olmayan kanun koyucunun kullandığı kavram. Çünkü kanun vaz eder, hukuku vaz etmiş olur, onun söylediği de hukukun ta kendisi, anadilin ana kavramı olur. Tabii, bu basit düşüncüyü şeklen kabul ediyoruz, bir sözlük oluşturmak, çok büyük bir iyilik yapmaktadır; çünkü resmi dilin tutuculuğunun nasıl giderileceğini, diğer anlamların nasıl ortaya çıktığını, açılımını sözlük belirtecektir.

Mesela Black's Law Dictionary çeşitli boyutlardadır. Orta boy var, kolu zayıf olanların kaldıracığı cep boyu var. Sadece "act", "olay"; Türk Hukuk Lügatı'na bakın; olay diye bir şey var mı, hukuki olay kendine hukuki sonuç bağlanan olaydır, "kırmızı mercimek yeşil mercimeğin akrabasıdır" gibi bir laf. Hâlbuki Black Dictionary'de 24 tane "olay" kavramı var, aralarında fark var. Eskiden "mukarrerat" denilirdi. Şimdi mukarreratın ne olduğunu bilir misiniz? Deliberation demek, toplu karar. Bir toplu karar organı, kendi içinde deliberation yapınca, içindeki şeyleri özgürleştirince, de-liberation, içindekini dışa vurunca... Deliberation bu; herkes içindekini çıkarıyor, tartışıyorlar. Deliberation bu. Osmanlıcası mukarrerat, yani ortaklaşa karar verme demek. Karar dersiniz, bu kararı kaç kişi veriyor, nasıl veriyor, bunu birdenbire anlamıyorsunuz. Çok daha genel, yani bir karar ana var, altında bir sürü emzirdiği yavru var; dolayısıyla hepsinin üstüne bir numara koyup, kaç tane yavrusu var, onların hepsini görmemiz lazım. Bunu gördüğünüz takdirde dil ayırım yapmaya başlar, ince ayırım yapmaya başlar.

Sanat eserleri, ayırımların farkına varmak üzerine bize çok iyi sunulmuş örneklerdir. Mesela biyoloji, yakından baktığın zaman, bitkilerin veya hayvanla-

rın hücre yapısının sonsuz ayrıntılarının olduğunu gösterir. Dil de öyle, düşünce de öyle. Niye farklı olsun ki, hepsi aynı yapının ürünü. Dolayısıyla bunların isimlerini bize öğretmiştir. Yanılmıyorsam Bakara sûresinde bunların isimleri öğretilmiştir insana. O zaman bunları bulun, bu isimleri bulun, sözlük yapın. Çünkü bu isimler var, hepsinin bir ismi var; sadece biz bilmiyoruz. Yabancılar yapıyorlar. Biz niye yapmıyoruz? Çünkü biz bu lisanı kullanmıyoruz, onların kullandığı lisanı alarak Türkçeyi kullanmaya çalışıyoruz. Şurada, 3 dakika içinde 50 tane yabancı laf söyledim.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Hocam esasında, siz bir bütünün parçaları olarak bunları ifade ediyorsunuz; mesela bu dil meselesinde olduğu gibi. Fakat bu hususlar çok açıklama gerektiriyor olmasına rağmen, bütünü takip etmemizi zorlaştırabilir. Bence, önce bir bütünü lütfetseniz, bütünü gördükten sonra parçalara...

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Teşekkür ederim. Evet, doğru, bu uyarınız çok doğru. Bu 4'lü ayırım, metodoloji kitaplarında genel olarak yorum bahsi içinde hepsi çorba edilmiştir. Ali Himmet Berki'nin 1948 tarihli Hukuk Mantığı ve Tefsir kitabı eski kutsal kitapların tefsirine ilişkin üst dildir. O, bizim Mecelle'mize kadar gelmiştir. Mecelle'mizde tefsirle ilgili çok muhteşem ilkeler var; ama mesela bugün Mecelle'yi hukuk tarihinde belki okuyoruz, ama bir idare hukukunda Mecelle'nin metodolojiye ilişkin kurallarını düşünmüyoruz. Çünkü dediğim gibi, onlar kutsal kitaplardan geliyorlar. En aşağı 4 bin senelik tarihi var o kuralların. O zamandan bu zamana yaşamış hakiki üst dil o. Mecelle'nin o 100 ilkesi, kavâid-i külliye; ama bu nereden gelmiştir?

İkinci bir konu ikna konusu, argumentation, aslında ispat olarak da geçer. İkna ve inandırma, bunlar birbirine çok yakın şeyler. Hatırlayabildiğim kadarıyla Fransızcada *persuader* ve *convaincre* diye iki kelime var, en az iki tane. Jean Jacques Rousseau *Emile'nin Terbiyesi* adlı kitabında, "Bir çocuğu inandıramasınız, ama kandırabilirsiniz" diyor. Yani *persuader*; pejoratif anlamda kandırmak, ama aslında inandırmak. *Persuader*, karşıdakini inandırmak. *Convaincre* de karşıdakini inandırmak. Mesela bir çocuğu nasıl ikna edersiniz; "Sana şeker alacağım. Şu amca nereye gidiyor, arkasından git, sonra gel, bana söyle. Sana şeker alacağım." Eğer onun onu niye takip etmesi gerektiğini anlattıysanız akli bir şekilde, anlamaz; fakat "Şeker alacağım" dersiniz ikna olur, takip eder. Mesela hocamız geliyor, kürsüye çıkıyor, elini vurarak bir şeyler anlatıyor. O zaman diyorsunuz ki, "Bundan önceki çok pısırkı, söylediklerini de anlamadık. Bak, adam ne kadar iyi konuşuyor." Hâlbuki ondan önceki akli olarak çok doğru şeyler söylemiştir, fakat sizi ikna edememiştir. Öbürü çok zırva şeyler söylüyordur, ama siz ikna olmuşsunuzdur. *Convaincre* karşılıklı yenişmek, kafamızdaki veri-

leri birbiriyle eşleştirip mücadele ettiriyorsunuz. Dolayısıyla convaincre, beraber kazanmak, beraber mücadele etmek, insan zihninde birtakım verilerin artı-eksi beraber mücadele etmesi, kazandırması vardır.

Mesela, tek yargıçlı mahkeme mi daha makuldür, çok yargıçlı mı? Tek hâkimli mahkeme kendi zihninde conviction mekanizması oluşturmuyorsa, at gözlüğü takmış düz bir adamsa, tamamen duygularına -persuasion- dayanarak bir karar verebilir irrasyonel bir şekilde; yani bedeni hazlara, hoşlandığı şeylere, birtakım motiflere, saiklere bakarak karar verebilir. O kendini ikna etmiştir. Ama rasyonel bir şekilde verileri çarpıştırarak karar veriyorsa, öyle bir terbiye almışsa, o zaman toplu mahkemeden hiç farkı olmayacaktır. Ama toplu mahkemede oylanmanın getirdiği bir kuşku var. Eğer hakikat bir taneyse, ispat sonucunda bir çok seçenek çıkmamalı.

Oylama yapılmasını gerektiren, tercih gerektiren konular argumentation dediğimiz ikna faaliyeti içine giriyor. Bu bir politikadır. Değer hükümleri arasında önceliğin seçimi konusunda oylama yapılabilir. Bu bir dildir. Ali Himmet Berki diyor ki, “Bir şey hass ise, yani çok açıksa, yorum gerektirmez.” Bir şey bir ihtiyaca mebrûren ifa edilmişse, artık onun niçin yapıldığını araştırmak gerekmez. Mecburiyetten, arkasından koşan köpekten kaçmak için sizin çitinize girdiyse, “Bu adam buraya niçin girmiştir?” meselesinde uzun uzun müzakere yapmak gerekmez. “Bir ‘nécessité’ye dayanarak veya bir ‘évidence’ dan hareket ederek vardığımız sonuçların ayrıca münakaşası gerekmez, bunlar ‘hass’ tır” Tabii, bunun da çeşitleri var. Özellikle ceza yargılaması tespit ve ispata dayanmaktadır, iki değer hükmü arasında tercih yapılmamaktadır. İdare hukukunda da buna benzer durumlar vardır.

Yorum, dar anlamda yorum, müphem olan kelimelerin manasının açıklanması faaliyetidir ki, bu özel bir dildir. Zaten dini kitap tefsircilerinin yaptığı iş buydu, yani ona dayanarak kurallar koymada farklı usuller uygulanıyordu. Ama kelimenin manasını tavzih, açıklama ve ayrıntılandırma meselesi yorumun ta kendisidir diyebiliriz. Bunun da çeşitli yöntemleri var. Bunlar; tespit, ikna, usul ve yorum, idare hukukunda nasıl yapılıyor sorusu temel konudur.

Katılımcı- Bu bahsettiğinizin 4’lü ayrımı acaba hangi dayanaktan hareketle yapıyoruz? Çeşitli farklı ayrımlar da var. Bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik sıra veya öncelik sonralık ilişkisi var mı? Ayrıca, idare hukukunda bunları ele alırken, idare hukukunun bütün alanlarını tamamıyla bunların kapsadığını söylememiz mümkün mü?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Çok doğru düşünüyorsunuz. Ben, bunları okuduğum kaynaklarda iç içe olduklarını görerek, ayırarak tasnif ettim ki, bu bana göre bir tasnif, yani herhangi bir yerde böyle bir şey yok. Bunlar yöntem

kitaplarında yan yana veya farklı yerlerde mevcut; yani gökten indirmediğim, ama bu tamamen benim bir araya getirdiğim bir dördlü. Onun için burada konuşmaya geldim. Eğer topluca bir yerde olsaydı, o metni size yollardım. Dolayısıyla tabii ki birçok tasnif var, ama vaktimiz yok. Yani birçok tasnif var, birçok dil var. Siz de bir dil icat edebilirsiniz. Sadece bir tek dil olduğu veya dört tane olduğu gibi bir şey yok. Varılmak istenen amaca göre yapılan bir sadeleştirme ve açıklama gayreti. Üstelik de ben bunları eleştirmek için kullanıyorum, mevcut öğretiyi eleştirmek için. Mevcut öğretiyi yıkabildiğim noktalar bunlar. Esas niçin bunu yaptığımı size uzun uzun anlatmam gerekir.

Kaynaklar konusuna gelince, idare hukuku kitaplarında kaynaklar konusu kadar fikri sefalet arz eden başka bir konu yoktur. Çünkü idare hukuku hocalarımız, kaynaklar konusunda hukuk fakültesine ilk başlayanlara öğretmek için birkaç Avrupa yazarından hareketle yapılan yazılı kaynaklar, sözlü kaynaklar; yazılı kaynaklar başta anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, böyle şeyler yapıyorlar. Burada normativistlerin yaptığı kaynaklar iki şekilde ele alınıyor; bir, idare hukuku bilgilerinin görünüş biçimleri. Yani bilgi nasıl görünüyor, gazete kâğıdı şeklinde mi, papirüs şeklinde mi, yazılı şekilde mi, sözlü şekilde mi? Yazılı şekil pozitivist anlayışın kutsadığı bir şey, sözlü şekil de tabii hukuktan gelen bir uygulama yani şifahi, gelenek hukuku. Dolayısıyla her ikisinde de müthiş metodolojik farklılıklar var, bir sürü sonuçlar var. Genel hukuk teorisinde kaynaklar sorununda biçimsel kaynaklar; yazılı, sözlü. Pozitivistlerin eklediği; uyulması zorunlu olan, olmayan. Ama bunu hocalarımız ayırım yapmadan, uygulanan bir şey olarak takdim ediyorlar.

İdare hukukunun kaynakları konusunda, “İdari kanun var mıdır, olmalı mıdır, nedir?” konularıdır tartışılması gereken. Kitaplarınızda bunu bulamayacaksınız, “İdari kanun nedir?” meselesini bulamayacaksınız. Türk yazınında ciddi bir çalışma yoktur. Dolayısıyla idari kanun, “İdarenin teşkilatlanması, yetki ve görevlerini, çalışma usullerini izah eden kurallardır” diye çevriliyor. Evet, şeklen doğru, ama “İdare hukukunun, idari rejimin özelliklerini ihtiva eden kanunlar mıdır bunlar?” meselesinde iş çatallanıyor. Bir kere, biçimsel kaynaklar meselesinde ele alınması gereken konular, “İdari kanun tartışması ve idareye özgü kodifikasyon olabilir mi; yani idare hukukunun şekli kaynakları yazılı hale gelip sistematik hale getirilebilir mi?” mesesi tartışılmalı. Felsefi açıdan yahut bilim felsefesi açısından, bir idare hukuku felsefesi oluşturularak, idare hukuku bilgilerinin doğruluğu; yani önce bir bilgi ne zaman o vasfı kazanıyor, veriler kaç dönüşüm geçiriyor, idare verilerini nasıl dönüştürüyor, kanun nasıl yapılıyor, kanun benzeri işlevi nasıl yapıyor, onun altındaki işlerini nasıl yapıyor ve bunlar doğru mu, yani yapıma amacıyla yapanların amacı çakışıyor mu ve uygulamada da bu bütünlük muhafaza ediliyor mu? İdare hukukunda kaynak sorununun temel

konuları bunlar, ama ben hiçbir kitapta bunu göremiyorum. Medeni hukuka giriş kitaplarındaki kaynaklar bahsindeki bilgiler maatteessüf, hiçbir şeyin farkında olmadan idare hukuku kitaplarına taşınmıştır ve değiştirilmesi gerekir.

Kaynaklar konusunda, “faydacı, ahlaki” diye bir ayırım yaptım. Çok uzun bir hikâye bu. Utilitarian görüş, faydacı görüş Anglosakson ve Amerikan doktrininden geliyor. Tort law, yani haksız fiil hukukunda bunun ekonomik nedenlerle izahı, yani ekonomik teorinin idare hukukuna uygulanması böyle başladı, ekonomik idare hukuk denilen şey, aslında tamamen ekonomik modelin idare hukukuna uygulanma, sızma teşebbüsünden ibarettir. Bunun da izahı gerekiyor tabii.

Bir de EU Law dediğim, Avrupa Birliği Hukukunda hakikaten ekonomik modelin uygulanması var, ama Avrupa Birliği Komisyonu bunu şuurlu olarak yapıyor. Çünkü Avrupa Birliği Komisyonu bir rekabet, regülatör kurumudur, rekabet kurumu gibidir. Dolayısıyla rekabet konusu, ekonomik modelin hukuka uygulanmasıyla, idare hukukunun uygulanmasıyla ilgili bir alandır. Dolayısıyla EU bununla ekonomik modeli uyguluyor. Ayrıca, kendi kendine yetme modeli, subsidiarity denilen şey kilise hukukundan çıkmıştır. Papazlara, “Her şeyi Vatikan’dan istemeyin; bahçenizde domates, pırasa, enginar yetiştirin” denmiştir, kendi kendine yetme usulü. “Size para yollamıyorum, geçiminizi olduğunuz yerde karşılayın.” EU’da, décentralisation çok ileri uygulandığı için, merkez dışındaki varlıklar kendi kendilerine yetebilmelidirler. Bu kendi kendine yetme, büyük ekonomik pazar içinde ekonomik modelin hukuka ve idare hukukuna uygulanmasını gerektirdi. Dolayısıyla bu faydacı idare hukukunu burada görüyorum.

Amerikan sisteminde, Amerika’dan aldığımız Enerji Piyasası Kanunu, birtakım kanunlar var, yap-işlet-devret vesaire gibi şeyler yahut da mortgage gibi. Bunlar tamamen ekonomik modelin uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan, idare hukukunda hakikaten bunun çok büyük yeri var. İnşallah sizler böyle şeyler yaparsınız. Bunun metodolojide özel bir yeri var, yöntemi var ve son derece matematik kullanmayı gerektiriyor. Bu konuda çok geniş, zengin bir kaynakça var, kaynaklar çok zengin.

Ahlaki idare hukukuna gelelim. Maurice Hauriou var mesela. Merak ettiniz mi, bilmiyorum. Maurice Hauriou çok Katolik bir kimse. Maurice Hauriou’nun “institutions administratif” dediği, idari kurumlar dediği şeyi, büyük hocamız Sıddık Sami Onar “müessese teorisinin inkişafı” başlıklı uzun yazısında Türkiye’ye tanıtmıştır. Uzun yıllar sonra şunu öğrendim: “Maurice Hauriou aslında bir tabii hukukçuydu, çok Katolik’ti. Memurların hukuk kurallarını uygulamasını vicdanlarına bırakıyordu. ‘Katolik terbiyeyi verirsek, memurlar adam olur’ diyordu.” Maurice Hauriou idarecilere Katolik terbiyeyi vermenin çözüm olduğunu düşünmüştü. Çünkü bunların denetlenmesi çok zor, ellerinde muazzam

bir kudret var; herkese kötülük yapabilirler. Onun elini hukuk kuralları, mahkemeler tutamaz, tutsa bile az tutar. Esas onların elini bükecek şey yahut dilini bükecek şey ahlaktır. İyi terbiye vermek gerekir. Hauriou'nun müessesese dediği şey de, idare hukukuna Katolik dininin esaslarını yerleştirmekten ibaretti. Çünkü “Fransa'nın alışkanlıkları idarenin de alışkanlıklarıdır” şeklinde düşünülüyordu. “Birinin alışkanlığı öbürünün alışkanlığıyla bağdaşmazsa ret keyfiyeti olur” diyordu. Müessesese teorisine böyle bakarsanız gerçek işlevi ortaya çıkar⁷. Bakın, resmi söylemden ne kadar farklı (Bugünlerde ortaya çıkan “iyi yönetim” “good administration” kalıbı da ahlakçı, eskinin tekrarı).

Küresel idare hukuku diye bir şey var; bu Türkiye'ye de gelmiş durumda. Ne olduğunu bilmiyoruz, ama kitaplarımıza etkisi var. Arupa Birliği idare hukuku var, Avrupa Konseyi idare hukuku var. Bunların üçü de Türkiye'yi müthiş etkiliyor. İçimize, iliklerimize girmiş durumda. Doğrusu, bana göre, bunlar bizim içimize girmiş durumda. Biz bunlarla konuşuyoruz, yatıyoruz kalkıyoruz, büyük büyük laflar ediyoruz. Biz bu nüfuzun etkisini nasıl hayırhah hale getirebiliriz, bunu nasıl düzeltebiliriz? Bu etki altında kalışımız pasif bir konuma mı sokuyor bizi yoksa biz de yaratıcı olabilir miyiz, yani bir şeyler söyleyebilir miyiz?

Burada, bizim iç hukukumuzda kanunların seyrini buraya yansıtmaya çalıştım. Bir gelgit var. Özel hukuk kuralları idare hukukunu istila ediyor, idare hukuku ilkeleri özel hukuk alanına geçmek zorunda kalıyor bir sıkıştırma olduğu için. Yani idare hukuku arada küçülüyor, ama küçülen alandan birtakım şeyler özel hukuk öznelerine nüfuz ediyor ve onlar onsuz yapamıyor. Onunla, services of general interest dedikleri topluma yararlı hizmetler fikri kamu hizmeti yerine geçti ve bugün artık özel sektörde toplumu ilgilendiren hizmetlerde idare hukuku hizmetleri uygulanıyor; ama uygulama tamamen özel hukuk kurallarıyla oluyor. Onun tersine, “Cismani zararlardan dolayı özel hukuk mahkemeleri bu tür tazminat davalarına bakar” şeklindeki değişiklik, idare hukukundan görev kapmada, bu şekilde idare hukukunun özel hukuka yuvarlanması, ayağı kayıp oraya yuvarlanmasını örnek verebilirim. Ama idare hukuku içine özel hukuk teknikleri girebiliyor birçok yerde, sözleşmelere girebiliyor. Medeni hukukun genel ilkeleri tamamen idare hukukuna girmiş durumda, tahkim girmiş durumda. Gördüğünüz zaman kulaklarınıza, gözünüze inanamayacağınız, bir oyun gibi gelen bir sürü değişiklik var böyle. Ayrıca, mediation, sivil toplum kuruluşları idare hukukuna girdi, yani bir sürü şey girdi.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Devletin yargılama alanından çekilmesi.

⁷ Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1966.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Evet, evet.

Minimum state dedikleri, Robert Nozick'in State, Utopia and Anarchy adlı eseri var. Sosyal bilim yapanlar çok okuyorlar; Anarşi, Devlet ve Ütopya'yı. Devletin küçülmesi fikri 1980'den sonra Türkiye'ye Özal'la beraber girdi. Bu, Amerika'da Nozick'in başını çektiği entelektüel veya akademisyen grubun ısrarla eleştirdiği bir şeydi ve maksatlı bir şeydi. Dolayısıyla bu Türkiye'ye geldi. Nozick taraftarı var mı içinizde? Onun için sordum. Onun söylediği devletin askeriye de yargı alanından da çekilmesi, geriye bir şey kalmıyor zaten. Televizyonda yayınlanan açık oturumlarda "Ulus devlet artık bitti. Çokuluslu, çok düşünceli, çok marifetli federatif bir devlet lazım bize" diyenler çıkıyor. Bu hakikaten epideictic bir söylem. Ben etkilendim. O kadar birbirini tutmaz şeyler sert bir üslupla söylenince, doğru olduğundan kuşku duyulmuyor. Bazı idare hukukçuları da bu havada. İdare hukukundan kuşku duyulmuyor.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Esasında, "vasiyetim" dediğiniz idare hukukuna klasik bakış açısının dışında bir açıklama şeması kurulması gerektiğini söylüyorsunuz ve buna ilişkin de esasında kullandığımız malzeme özgün olmasa bile, bir araya getirilmeyle özgünleşmiş bir açıklama şemasını yapıyorsunuz. Bu açıklama şemasının anlaşılabilirliği bakımından da unsurlarına ilişkin bazı ayrıntılı açıklamalar oldu. Esasında burada kullandığınız her bir malzeme de ayrı çalışma yapılabilecek, bölüm açılabilir nitelikte; ama esas problem, önce bütünü kavrayıp derinlere indiğimizde boğulmamakla ilgili.

Şöyle bir gündemi ortaya koyarak bırakalım: Mevcut ve birbirini tekrar eden çalışmalar hayatı anlamamıza yeterli değil. Şu anda hareket eden olayları mevcut kavramlarla çözemiyoruz. Mevcut açıklama biçimleri eskiden kullanılmış olsa bile, şimdi duran hale geldiği için, en azından beraber salınmıyor ve esasında bir depreme tâbiler, farkında da değiller; kendilerinin sabit durduğunu, etrafının sallandığını düşünüyorlar. Esasında belki kendileri sallanıyor. Bunu açıklayabilmek için yeni kavramlara ihtiyaç var. Bu kavramların birbiriyle bağlantılı olması lâzım. Lütfederseniz, aradan sonra bu bütüne ilişkin görüşlerinizi alalım.

Daha da önemlisi, sizin başta söylediğiniz "Normatif kalıplarla fütürist yaklaşım olmaz" cümlesinin tersine, idare hukukunun geleceğine ilişkin, bu normatif kalıpları belirleyen unsurlara ilişkin tahminlerde de bulunduğu için, esasında bu normatif kalıpların da değiştiğine ilişkin bir fütürist yaklaşımı heyecanla bekleyelim.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Şimdi özetle şunu söyleyeceğim. Türkiye'de hukuk fakültelerinde normatifik kavramı öğrenciye öğretilmiyor, hatta kendi aramızda da burada sapabiliriz. Ama Kelsen'den önce mesela Santi Romano var. Santi Romano'nun, "L'ordinamento Giuridico", "Hukuk Düzeni" diye bir

kitabı vardır, Kelsen'den önce yazılmıştır, 1918'de⁸. Santi Romano'yu İtalyanlardan başkası bilmez. Çok ilginç bir adam. Normatif düşüncüyü hukuk sosyolojisine sokmuştur, nasıl Hauriou Katolikliği sokmuştur. Santi Romano da Katolik'tir; ama sosyoloji yapmıştır, idare hukuku adı altında sosyoloji yapmıştır. Ama bunların hepsi normatif kalıpları kullandılar.

Normatiflik şu: Olaylar var, fact var; bir de desideratum var. Çocuk kahvaltı etmiyor, yemiyor, muhallebi yemiyor; bu bir olay, fact. Annesi, "Muhallebiyi yesin" diyor. Desideratum bu. O zaman normatif kalıp şu olacak: "Sabah kalkınca her çocuk muhallebi yemelidir" veya "Her çocuk muhallebi yer" dese bile, bu normatif kalıp, yani "Aslında yemelidir" anlamında. Emir kipi kullanması gerekmiyor, bir desideratum olması gerekir. Yani siyasi irade denilen şey, kanun koyucunun idaresine desideratum deniyor. Bu desideratum, toplumda beklenen ortak davranış tipini de doğuruyor. Desideratum, aslında bir zorlayıcılık içeriyor, ama yaptırım ögesi diye bunu berbat etmişlerdir. Gayeler, amaçlar vasıtaları yaratır. Bu da Kelsen'in lafı. Dolayısıyla bir kural uygulanabilirlik görebilmesi için lazım gelen kudreti damarlarındaki asil kanda buluyor. Bunu ben uydurdum. Kelsen diyor ki, "Gayeler, amaçlar araçları da içerir." Yani siz bir amaç söylediniz, "Çocuk muhallebi yesin" dediniz. O zaman siz sütçüyü de tanıyorsunuz, muhallebi yapmayı da biliyorsunuz, çocuğu kandırmayı da biliyorsunuz demektir. Çünkü başka türlü yemeyen bu sıska, inatçı şey muhallebiyi nasıl yiyecek? Demek ki, siz bunun yollarını da biliyorsunuz, yani bulmak zorundasınız. Normatiflik bu; yani normatiflik, aslında gerçekte olmayan, ama olması gereken bir davranış modelini inşa etmek. Fakat olan davranış modelleri, o tabiiatta mevcut davranışlar -tabii, dini hukukta buna "Allah'ın iradesi" diyoruz, Allah'ın kanunları, tabii kanunlar- hiç değişmez, Allah'ın kanunlarında değişiklik görmezsiniz. Değişime ihtiyacı yok, onlar hakikaten mükemmel. Bazıları, "Evrensel hukuk" diyorlar. Evrensel hukuk yok. İnsanlar neyi evrensel yapabilir ki, mümkün mü?

Normatiflik hukukun özünde var, yani olmazsa olmaz bir şey; ama gördüğünüz gibi, bu bilimsel değil; yani insanların, siyasi iradenin olmasını istediği şey. Olaylar bunu inkâr ediyor devamlı. Hukuk fakültesi öğrencileri der ki, "Biz hukukta okuduk, ama dışarı çıktık, hep söylenenin tersi oluyor." Gayet tabii tersi oluyor. Çünkü factum, desideratumla çekişir. Aralarında kalıcı bir anlaşma olması çok zor. Yani kurallar uzun süre değişmeden kalabiliyorsa, bir şey var demektir. Ancak hukuka sızmış olan veya hukukun benimsediği ahlaki kurallar, dini hukuk kuralları kalıcı olabilir; çünkü kalıcılık onlarda. Factum sürekli değişiklik içindedir, dolayısıyla normatif kalıbı kırar. O zaman şöyle bir şema yapabiliriz:

⁸ Santi Romano, L'ordre Juridique, Traduction française de la 2eme édition de l'Ordinamento giuridico 1918/1945, par Lucien François et Pierre Gothot, Paris Dalloz 2002, 174 p.

Factum'dan bir ok, desideratum bozuluyor, birden dengesini sapıtıyor. Factum bir şiddet uyguluyor, desideratum direniyor, hâkimin kapısını çalıyor, “Şuna bir şeyler söyle, beni rahatsız ediyor” diyor. O zaman hâkim diyor ki, “Bak, seni fena yaparım, onu rahatsız etme.” Bir yere kadar. Ondan sonra desideratum yani norm değişmek zorunda kalıyor. Normun factumu değiştirdiği durumlar da olabilir.

Bu ilişkiyi iyi izah etmek gerekir; ama normatif düşünce bunu ele almıyor, hukuk sosyolojisi bunu ele alıyor. O bakımdan, hukuku hukuk sosyolojisi olmadan anlamak, izah etmek mümkün değil. Yargı kararları uygulanmak zorundadır, bu bir desideratum; ama yargı kararları uygulanmıyor ve uygulanmaması hakkında bir kural çıkıyor. “Özelleştirme sonucu yapılan sözleşmeler değiştirilemez, sonradan iptal olsa o iptal kararı uygulanmaz” diye bir kanun var. Bu ne demek? Bu, bindiği dalı kesmek gibi bir şey. Yani o factum kuralı büküyor, yeni bir şey çıkarıyor.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Hocam bir yandan idare hukukuna yeni bakışını dile getiriyor; fakat dikkatinizi çekmişse, kullanılan terimlerin altındaki filozofik bakış açısının bilinmediğini hissederse, onlar konusunda ayrıntılı açıklamalara da gidiyor.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Buradakiler biliyor muhakkak.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Gerçekten şöyle ilginç bir ikilem var: Bir yandan gerçeklere dayalı bir hukuk düşüncesine ihtiyaç var, bunu iyi algılayan, çözen ve sürekli kendisini besleyen; ama bir yandan da özgün bir dile ihtiyaç var. Yani bu özgün dil için dünya düşünce birikimine sahip olmadan mevcut yerel ihtiyaçları tespit etmek mümkün değil, özgün bir dil geliştirmek mümkün değil; ama bir yandan da bu dile kapıldığımız takdirde de özgün bir şey geliştirmeniz mümkün değil, sürekli olarak o mutfaktan gelenleri tekrar etmek durumundasınız.

Dolayısıyla tekrar döndüğümüzde hocamızın şu yönden düşüncelerini öğrenmeye çalışacağım. Özgün bir idare hukuku dili oluşturabilmek, özgün bir idare hukuku bakışı oluşturabilmek için, bir yandan da özgün olmayan unsurları kullanırken, özgün olmayan unsurların sürüklediği düşüncenin götürdüğü noktadan nasıl özgürleşeceğiz ve o özgün dili oluşturacağız?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Bu dediğinin tersi, on sene evvel Avrupa İdare Hukuku Anlaşması yapmak istediler.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Kabul edilmedi.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Ortak idare hukuku anlayışı, bu Türkiye'yi çok etkiledi. Türkiye'nin Avrupa idare hukukuna yaptığı birtakım girişimler var.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Evet, şimdi ara veriyoruz.

(Ara)

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Tekrar hoş geldiniz.

Hocamız, eleştirel bakış açısına ve kendi yaklaşımına ilişkin bazı ipuçlarını verdi. Arada çay içerken de biraz hocayı o noktada *persuader* etmeye çalıştım. Yani bütünü versin. Bütünü vermiyor. Bir bölümünü gösteriyor, ama bütüne yönelik şey yapmıyor. Bir de sizlerin katkılarıyla olacak. Kayseri’den, Ankara’dan gelen meslektaşlarımız var. Bu teorik metodoloji konuları yanında, meslekte çalışan kimselere yönelik daha pratik bir yol haritası sunabilmek bakımından düşüncelerini lütfetmesini rica ettim. İsterseniz, başlangıcı böyle yapalım, sonra sizin katkılarınızla veya sorularınızla açmaya çalışalım. Soruya da gerek yok, kendi düşüncelerinizi açıklamak şeklinde olur. Mukarrerat yapmaya çalışalım.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- İngilizce bir deyim var; “There is a method in her or his madness”: “Onun çılgın davranışlarında bir yöntem var”⁹. Delice yaptıklarının içinde bir yöntem var. O foolish değil, yaptığı iş foolish, fakat kabul edilir. Çok ilginç. Ama yaptığı işte hiçbir yöntem olduğunu göremiyorsak, işte ona deli denir. “Ben deli miyim?” diye düşündüğüm zaman, eğer ben yaptıklarımı açıklayabiliyorsam, yani benim söylediklerimde bir metot varsa, herhangi birinin söylediğinde metot varsa, istediği kadar yıkıcı olsun, istediği kadar insanları yadırgatsın, o, saygı duyulacak bir iştir. Dolayısıyla eğer sizin yaptığınız çılgınca işlerde bir metot varsa, siz deli değilsiniz. Belki ruh doktorları bunu daha iyi izah eder. Gelen hastayı etrafı deli diye getirmiş; ama bakıyorlar ki, adamın yaptıkları çok tutarlı. O zaman, metotta herhangi bir şey yazılırken, onun sistem olduğu düşünülmelidir. Yani yaptıklarımızın, yazdıklarımızın bütün olması gerekiyor. O zaman, sağduyulu, aklını kullanan insanların mutlaka plan yapması gerektiği, yani metotlu çalışmak gerektiği, zaten izaha gerek yok. Yani insan, planlı hareket eden bir varlıktır diyelim. Metot kelimesini kullanmayı sevmiyorum, ama kullanıyorum.

Metot, yöntem demek. İdare hukukunda usul, yöntem fevkalade önemli, idare hukukunda. Mesela, Sandulli, Procedimento Amministrativo, bu bir şaheserdir. İtalyan idare hukukunda Sandulli, procedimento kavramını en iyi izah etmiş olan çok büyük bir isimdir. Miele “Principi Del Diritto Amministrativo”, “İdare Hukukunun İlkeleri” adlı kitabında -kısacık bir kitaptır- yabancı ülkelerin hukuk başlangıcı kitaplarında, kişinin çeşitli konumları; yani alacaklı, borçlu, il-

⁹ http://nfs.sparknotes.com/hamlet/page_102.html “POLONIUS (aside) Though this be madness, yet there is method in ’t”...

gili taraf, ödevli, mükellef, bütün bu konuları idare hukuku bakımından açıklamıştır. Zira öğrenciler bizde olduğu gibi İtalya’da da medeni hukuka ait olduğu sanılan aslında hukukun bütün alanlarında geçerli bu kavramları ihmal ettikleri için idare hukukunda zorlanıyorlarmış. Bana, “İdare hukukunda yöntem nedir, metot nedir?” diye sorarsanız, aslında bu kavramları bilmekten geçer derim. Sandulli ne yapmış? Sandulli, idare hukuku yönteminin yahut metodunun, idari işlerin yapılışına ilişkin kuralların dışa yansıtılmasıyla idare hukukunun tümünü ısıttığını iddia etmiştir, yani “İdari işlem kuralları veya o tür bilgilerin idare hukukunun tümünü kucaklayabilecek genellik özelliği vardır” demiştir. Yani Sandulli’nin büyüklüğü buradan gelir. Fransızlarda çok çeşitli yeni isimler var. İşin garibi, Fransızlarda prosessualist gelenek Alman hukukundan doğmuştur. Mesela Adolf Merkl bir Avusturyalı hukukçudur ve idare hukukunu tamamen metot olarak görmüştür. Alman idare hukukçuları içinde çok büyük prosessualistler var; ama İtalyan usulcileri tamamen Alman doktrinin izdüşümüdür, açılımdır ve Almanlardan çok farklılaşmıştır zaman içinde. Bu çok ilginç bir şeydir. İtalyanların etkilediği herhangi bir alt sistem yok bildiğim kadarıyla, Fransızlar hiç etkilenmemiştir. Fransız idari usul anlayışı tamamen iptal davasından idari işlerin aleyhine dava açabilmek için pratik kategoriler, sebep, şekil vesaire, idari işlemin beş unsuruna dayanır. Böyle bir şey yok aslında. İdari işlemin bin tane unsuru var; niye beş tane olsun? Ama beş tanesinden formula üretilmiş, yani beş kalıpta dava açmış. Formula lafını niye söyledim? Roma hukukunda dava açabilmek için, ağzına geleni dilekçeye yazamıyorsun. Ne davası açacaksan onlar belli ve buna formula deniyor. “Ben filanca. Bir kişi benim ineğime el koymuştur. Bu el koymanın kaldırılmasını istiyorum.” Bu arada başka bir şeyi işin içine katar mısınız, formula buna müsaade etmez. Yunanistan’da, idare hukukunda formula uygulanıyor. Ben, Batı Trakyalı avukatların eğitiminde çalıştım. “İyi, ama hocam, biz bunu yazamıyoruz.” Niye yazamıyorsun? “Yok, bizde böyle bir şey yok, yazamayız. Hâkim okumaz.” Çünkü formulada, size bir soru kâğıdı veriyorlar, o soruları dolduruyorsun. “Şu sorular da var, onlara da yazayım” diyemiyorsun yahut ona ilişkin kutu yok. Formulada olmadığı için dava konusu edemiyorsun. Demek ki, yöntem buralara kadar sirayet ediyor. İşin tuhaf tarafı, idari usuldeki yöntem, Fransa’da idare hukukundaki idari usul idari yargının yansımından ibarettir, kendine özgü orijinal bir usul yoktur; ama İtalyan hukukunda ve Alman hukukunda yargıdan bağımsız idari usul teorisi var. Yani aradaki farklılıklar bunlar. Türkiye’de, “Sen ne taraftansın?” meselesi. O zaman, Türkiye’de siz kendinize göre bir kavram çerçevesi oluşturarak kendi sisteminizi izah edin. Bakalım ne olacak? Yani bir doktrini transposer edemezsiniz. Kanunları ediyorsunuz, ama doktrini edemezsiniz. Doğru olmaz bu.

Avrupa Konseyi, idari usulle ilgili yapılması gereken birtakım ön adımlarla ilgili çalışmalar yapıyor. Bütün Avrupa hukuklarını ortak hukuk haline getiriyor; yani Avrupa ortak idare hukuku anlayışı var yıllardan beri, bir de küresel idare hukuku anlayışı var. O gerçi usullerle ilgili değil, ama ister istemez kısmen usullerle ilgili. Dolayısıyla ortak bir global metodoloji var, bu da var; ama dediğim gibi, bu bir inşa meselesi. Bütünden ne anlamak gerekiyor? Miele'in yaptığı, Bonnard'ın (Roger Bonnard,1878-1944) yaptığı ve kafiyeli olarak Onar'ın aldığı, idare karşısında ferdin durumları meselesinde, tamamen bir kimsenin hak ve ödevli konumları ve bununla ilgili yan konular söz konusudur. Mesela Hohfeld, 4 bakışumlu olumlu, 4 bakışumlu olumsuz çift yapmıştır, 16 çift yapmıştır. Bonnard 4 bakışumlu çift yapmıştır, *İdarenin Kamu Hizmetleri Önünde Ferdin Hukuki Durumu* diye Siddık Sami Onar kitabında, bu tasnifi Bonnard'dan almıştır, bunu biliyorum. Bonnard nereden almıştır, onu bilmiyorum. Bir şema içerisinde, bir kimse alacaklıysa ne gibi üstünlükleri vardır? Ne gibi ilişkileri vardır, alacaklının ilişkileri, borçlunun ilişkileri, mükellefin ilişkileri, serbest durumda olanın ilişkileri, say sayabildiğin kadar. Bunlar çeşitli yazarlar tarafından çeşitli şekillerde özel hukukta ele alınmıştır. Çok var örnekleri. İdare hukukunda az örnek var. Dediğim gibi, Bonnard da bunlardan biri. Ama çağdaşlar fazla ilgilenmiyor. Bizde mesela bireyin kolluk hizmetleri karşısındaki konumu acaba kaç konum olabilir? Bunları tartışabilmemiz için ortak okuma yapmamız gerekiyor. O zaman, bu ortak okumayı önce okuduğunuz idari hukuku kitabından yapın, yani bir daha okuyun. Kitaplar bir daha bir daha okunmak için yapılmıştır.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Eleştirel okuma yapmak lazım. Burada çok enteresan başlıklarımız var hocam; bunlar hakkında kısa kısa açıklamalar buyurur musunuz?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Metod gidilecek yol demek. Buradan bir şiir okuyayım. Antonio Machado önemli bir İspanyol şair. Türkçesini söyleyeyim, ama İspanyolcası çok ahenkli. "Yolcu. Bunlar ayak izleri". Adam yürürken, herhalde Ay'da yürüyen adam gibi kaybolmuş, "burada biri daha mı yürüdü daha evvel" diye düşünüyor. O iç ses konuşuyor. "Hayır, bunlar senin ayak izlerin..." Hiç kimsenin ayak basmadığı bir yerde yürüyor. O yolcu insan, soyut insan. Yolcu sonsuzluğun içinde yürüyor, adam paniğe kapılıyor, geri döneyim diyor. Burada iki-üç tane iz var; bir böyle gitmiş, bir böyle gelmiş. "Bunlar senin ayak izlerin, sen biraz önce bu izleri bıraktın. Senden başka kimse yok ki. Bunlar senin ayak izlerin" diyor. İşin daha vahimi, yol diye de bir şey yok. "Yolcu, yol yok." Bir daha vurguluyor. Gidilecek yol yok. Bu, pesimistik, nihilistik yaklaşım. Yani insan, evrenin içinde nereye gideceğini bilmeyen bir varlıktır; oraya da gitse olur, buraya da gitse olur. Yol denilen şey onun ayak izleridir.

O zaman metodoloji bizim uydurduğumuz anarşik çizgilerdir, dolayısıyla kendisiyle çelişen bir durum mudur? Hayır öyle değildir. Peki onu kalıba sokan, düzenli, rasyonel hale getiren şey nedir? Bizi hizaya sokan değer hükümleridir, amaçlarımızdır. Yol diye bir şey yok değil. Amaçlar var; amaçlara doğru yürüdüğümüz şey yol. Bu, aslında çok ciddi bir sorundur. Machado aslında nihilistik bir adam, postmodern görüş de böyle. Yolcu sağa sola gidiyor, bakıyor, oraya gidiyor, orası yoldur diyor, karnını doyuruyor, ondan sonra başka yere gidiyor. Postmodern durum bu. Bir de düzenli, aklın üstünlüğüne inanan, Aydınlanmadan bu yana, pusulayı sapıtmadan önceki durumumuz, akılcı yaklaşım amaçlara değer veriyor. Yani Kant'ın, "Değişmez, mutlak amaçlar, kategoriler vardır insan düşüncesinin temelinde" demesi sebepsiz değil. Bu amaçlara göre biz durumumuzu tayin ediyoruz. Tabii, hukukun dini kökenli olduğunu hiçbir zaman unutmayın. Amaç, hayatın amacı, onları düşünmek gerekiyor. Bu da bir hiyerarşi gerektiriyor, bu temel değerlerin arasında bir sıralama gerektiriyor, bir seçim sorunu gerektiriyor. İşte bütün bunlar metodolojiyi oluşturuyor. Kelsen diyor ki, "Belli bir amaca varmak için ne yapmam gerekir? Biz de diyebiliriz ki, ne yapayım ki o amacı elde edeyim, ne yapayım ki bu güzel kızın gönlünü çalayım?" Bir güzel hediye al, onunla sık sık karşılaşmaya çalış. Bu metot işte. Machado böyle yapardı, bu kadar bedbaht olmazdı.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Aynı zamanda bir tane yol olmadığını da gösteriyor bu; amaca ulaşan birçok yol olabilir.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Russell, "Cambridge'e giden en kısa yol hangisi?" deyince, bakkal, "Bilmiyorum. Çünkü kısa yol hangisidir, ölçmem gerekiyor" diyor. Düz bir bakkala birisi geliyor Chambridge yakınında, "Chambridge'e giden en kısa yol hangisidir?" diyor. Çünkü birkaç tane yol var, adam kısa yoldan gitmek istiyor. "Ben bilmiyorum" diyor bakkal. "Yahu, 40 yıldır burada oturuyorsun; nasıl bilmezsin" diyor. "İyi, ama ölçmedim ki en kısa yolu" diyor. Russell'in *Hakikatin Anlamı* adlı kitabında, en başında, ikinci ya da üçüncü sayfada "signification of the truth" kısmı var. Tavsiye ederim, çok çarpıcı. Metot konusunda okuma yapmak istiyorsanız, Bertrand Russell'in bu kitabını biraz karıştırın. Bence çok akla şifa verecek bir sürü malzeme var içinde. Normativizmin ne olduğunu anlamak için Kelsen'i muhakkak okumak lazım. Bence doktrin tarihini, insanların neler yaptığını okumamızda büyük yarar var. Onları soyut varlıklar olarak gökten zembille inmiş, düşüncelerinin değişmez, büyük şeyler olduğuna inanmak, hele bu inancı yıllarca sürdürmek, bence büyük hatalardan birisidir.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Özel hukuk idare hukuku ilişkisi?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- İyi bir şeye temas ettiniz. Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı siyasi bir ayımdır. Böyle bir şey yoktur; özel de, genel de ay-

nıdır, yani çok fark etmez. Çünkü biçimsel bir kalıptan ibarettir. Araçlar her yerde kullanılır; yani Peugeot için kullanacağım somun anahtarıyla Mercedes'inki fark etmez, 14 numara hepsindeki 14 numaralı somunu açar. Yani hukuk metodolojisi de budur. Dolayısıyla “Özel hukuk kamu hukukundan niye farklıdır” meselesini sorgulamak gerekir. “Ben bunu bir kitapta iki paragraflık bir şey olarak okudum. Aslında bilmiyorum” diyen var mı? “Özel hukuk kamu hukukundan niye ayrıldı, ben çok iyi bilirim” diyen var mı? “Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı ciddi bir şeydir, esasları vardır, hukuk bilimi açısından önemli bir konudur. “Her şey kamu hukukudur. Kamu hukuku her şeyin üstündedir” mi diyoruz, “Her şey idare hukuku olmalıdır” mı diyoruz. Bu telakkiler nereden geliyor? Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı kalkarsa, Güneş'in veya Ay'ın yörüngesinde bir değişiklik olur mu? Bunları değerlendirmek lazım. Hukuk metodolojisi kalkarsa aklımızı yitiririz, düzgün düşünemeyiz; ama özel hukuk, kamu hukuku kalkarsa ne olur, ne gibi sonuçları olur, bunu iyi tartmak lazım. Tabii, Kelsenci bir yaklaşımla, “Bütün anahtarlar bütün araçları açar” demiyorum; ama bir ölçüde öyle, itiraf edeyim ki öyle. Kamu-özel ayırımı gibi, adli yargı-idari yargı ayırımı var. Madem burada monolog yapmıyoruz, mesela bir arkadaşım bana, adli ve idari yargı ayırımının ne olduğunu anlatabilir mi? Bu konuda görüşü olan var mı? Lütfen açıklasın. Size bu nasıl anlatıldı, siz bundan dolayı mutlu musunuz? Perihan Şahin, Necdet Şahin kararını okudunuz. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımı eski, tarihi bir olay, jus publicum-jus privatum ayırımı. Roma hukukunda neydi, ondan sonra ne hale geldi; Fransız İhtilalinden sonra, “İdare hukuku kamu hukukunun ortak hukukudur, mutlaka olması gerekir” görüşü neden çıktı; Avrupa Konseyi idare hukukunu niye önemsemi, komünistlikten liberalliğe geçen ülkelere idari yargı mecburiyetini niye yükledi, hangi amaçlar vardı, bunları anlatmak gerekiyor. İki alan arasında geçişme hep olur, hep olmuştur. Son zamanlarda kamudan özele kaçış; yani özelin alanının genişlemesi, kamunun daralması diye düşünülüyor. Yerine göre doğru veya değil, çok da önemli değil bu. Bence daha önemli olan, idari yargı-adli yargı ayırımı nedeniyle aynı kanunu taban tabana zıt yorumlayıp, kamuoyunda bu şeyin adaletsizlik duygusu yaratması giderilmesi gereken bir şey. Anayasamızda bu adli yargı-idari yargı ayırımından doğan olumsuzlukları giderebilecek telafi hükümleri öngörölmüş müdür? Bir tanesi Uyuşmazlık Mahkemesi'dir, Uyuşmazlık Mahkemesi nedir, uyuşmazlık sistemi niçin var; niye Amerika'da yok, niye İngiltere'de yok, niye bizde var, niye Fransa'da var? Peki, uyuşmazlık mahkemesi çok mu yoğun?

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Bu bir varlık-yokluk problemi mi, yoksa bir dönüşüm problemi mi?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Eskiden, yani Fransa'da idari yargının görev alanını adliye karşı korumak için uyuşmazlık tahsis edilmiştir ilk olarak.

Ama Türk milleti 1971’de bunu değiştirdi, adli yargıyı idari yargıya, idari yargıyı askeri yargıya, askeri yargıyı diğer ikisine, hepsini birbirine karıştırmaya çalıştılar. Bunun teorik sonuçları konusunda kimse bir Şey yazmadı; çünkü uygulamada bu, hiçbir kimsenin umurunda değildi. Avrupa Konseyi diyor ki, “İdari yargı devletin yargılandığı sistemdir. Hukuk devletini gerçekleştirmek için en iyi usul budur. Dolayısıyla yeni yetişen devletlere bunu tavsiye ediyoruz; idari yargı kurun.” Devletin yargılama başlıkları alanı en aza indirilen sistem idari yargıdır. Bu bakımdan idari yargının ayrı olması önemli bir Şeydir. Yani sebebi bu. Ama bunlar hukuk metodolojisi yahut hukuk tekniğiyle ilgili değil, hukuk siyasetiyle ilgili.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Söz almak isteyen var mı? Buyurun.

Katılımcı- Ben Fatma Betül Damar, Ankara Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisiyim. Siz konuşurken, aklımda pek çok soru işareti uyandı. Toparlamaya çalışarak soracağım. Umarım başarabilirim. Özellikle bu adli yargı-idari yargı ayırımı, özel hukukun uygulanması hususu kritik bir sorun aynı zamanda, sadece teoride kalan bir husus değil. Bugün Anayasa-da da buna yönelik düzenlemeler yapılacak. Geçen haftalarda Ankara Hukuk’ta 3 günlük bir sempozyum süreci vardı; bu da çok tartışıldı. Bedensel zararların hangi yargı yolunda çözüme kavuşturulacağı, buna ilişkin prosedür çok tartışıldı. Özel hukukçular vardı, kamu hukukçuları vardı. Pratik bir sorun olarak bu gündeme geldi. Ben, sizin konumunuzu öğrenmek istiyorum bu noktada. Hukuk diyoruz, tamam, çok sistematik gitmeyelim, ezber bozalım; ama pratik olarak da bir Şeylere zm bulmak zorundayız. Kanun koyucu bir sistemden hareket etmek durumunda. Bir ğreti olarak yorumlayabilmek için bir sistemden hareket etmek zorundayız. Daha da önemlisi, yargıç önüne gittiği zaman, belli noktaları dayanak alarak karar vermek zorunda. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin önüne gittiği zaman HMK 3, Anayasa Mahkemesi belli hukukları dayanak almak zorundaydı, adli yargı-idari yargı ayırımını dayanak almak zorundaydı, bunu dayanak alarak bir karar vermek zorundaydı, yani bir Şeylere dayanmak zorundaydı. Keza yapılan düzenlemeleri yorumlarken, tamam, ezbere hareket etmeyelim; ama belli kavramları kullanmak zorundayız. Bir nceki seminerin konusu kamu-özel ortaklığı konusuydu. Bunu değerlendirirken, kamu hizmetinin genel anlayışına, genel anlamına, bugüne kadar uygulanışına bakarak bir yorum yapmak zorundayız. Bu noktada, karşılaştığımız pratik sorunları nasıl zeceğiz? O açıdan fikrinizi öğrenmek istiyorum. Nasıl bir metodoloji belirlemeliyiz, öncelikle bir epistemolojik konum mu belirlemeliyiz bir kanunla karşılaştığımız zaman acaba? Bu çok kritik bir mesele. HMK 3 iptal edilmeli mi, edilmemeli mi? Yargının önüne gittiği zaman nasıl karar verecek? “Adli yargı-idari yargı ayırımı zaten pek işe yaramıyor, anayasal dayanağı da yok” mu demeliydi Anayasa Mahkemesi acaba? Nasıl

bir konum belirlemeliyiz? Yani “Pozitif bir bakış açısıyla hareket ediyorum. Kanunlar böyle, anayasa böyle. O zaman şöyle karar verebilirim” mi diyeceğiz? Tabii hukukçu mu olacağız? Türkiye’de böyle bir problem var hocam maalesef? Pozitivist bile olamayan bir ülkeyiz. Yani şöyle: “Tamam, anayasa böyle, kanunlar böyle. Hukuk dışı hiçbir etmen girmesin devreye, sadece kanunları uygulayalım” bile diyemiyoruz. Kanunları da çok farklı yorumluyoruz, çok farklı uyguluyoruz. Sizin bahsettiğiniz metodoloji bununla ilgili sanıyorum. Bu noktada sizin görüşünüzü öğrenmek istiyorum. Nasıl bir bakış açısıyla yorumlamalıyız bu olayları?

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- soru şu şekilde olabilir mi: Özel hukuka yaklaştığı ölçüde varlık nedenini mi yitiriyor idare hukuku?

Katılımcı- Tabii, öyle bir sonuç da doğuruyor muhakkak.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Yani buradaki kararınıza göre pratikteki şeyi değerlendirmek lazım belki.

Katılımcı- Bunu Ahmet İyimaya dile getirdi. Ahmet İyimaya da orada bir sunumda oturum başkanlığıydı. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görev alanını iptal ettiği için Anayasa Mahkemesi, “Onu devre dışı bırakıp, bu düzenlemeyi yeniden yapacağız” dedi. Sadece o devre dışı kalacak artık, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin elinde iptal etmek için bir gerekçe kalmayacak. Hatta Anayasa Uzlaşma Komisyonunda bu konunun...

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Ahmet İyimaya çok açık bir biçimde gerekçeleriyle birlikte onu dile getiriyor. O toplantıda idare hukukçuları da vardı, onlar ne dediler?

Katılımcı- Toplantının bir önceki oturumunda idare hukukçuları vardı. Ahmet İyimaya’nın katıldığı oturumda usulcüler vardı, özel hukukçular vardı. Bu adli yargı-idari yargı ayırımının temelindeki özel hukuk-kamu hukuku ayırımını orada çok net gördük. Olaylara bakış açısı çok çok farklıydı. Bu ayırımın pratikte yansımaları da çok iyi gördük. Ahmet İyimaya’nın bu tezine karşı, Metin hoca, idari yargının anayasal dayanakları olduğunu düşünüyor, Askeri Yüksek İdari Mahkemesi devre dışı bırakılsa da bunun yapılamayacağını söylüyor. Ancak, Anayasa Uzlaşma Komisyonunun şöyle bir planı da varmış: “Karar koyucu istediği davaları adli yargıya, istediği davaları idari yargıya götürebilir” şeklinde bir hüküm eklemek noktasında da uzlaşmışlar sanıyorum. Bunu getirdikleri zaman neye dayanacak mesela, bunu öğrenmek istiyorum. Bilmiyorum, pek çok soru işareti kafamda dolaştı.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Meslektaşımı da çok takdir ettim. Mesleğe yeni başladığı halde bu kadar güzel, tutarlı bir konuşma yapan bir insan. Çok ümit verici bir şey. Çok mutlu oldum. Ben 40 senedir bu işin içindeyim. Dolayı-

sıyla beni bağışlayın, böyle tepeden konuşmamı. Artık insanları konuşmalarından tanıyabilirim. Az değil 40 sene. Siz iyi bir hukukçusunuz. Sizi kutlarım. Ama sorunuzu duyduğumu söyleyemeyeceğim. Benim bir kulağım sağır. Dolayısıyla ses çok zayıf geldiği için duyamadım. Aydın hocam bana tercüme etti.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Bir yandan iyi bir hukukçu olduğunuzu anladınız hocam.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Kesin. İyi hukukçu olmasa bu kadar uzun konuşabilir mi? Mümkün değil. Ayrıca, konu son derece önemli.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Bu konuda 2 sene önce Fransa’da yapılan sempozyumun kitabı da basıldı. Adli yargı-idari yargı ayırımının pratik gerekleri çerçevesinde, giderek daha fazla adli yargıya ve özel hukuka yer veren kanunların çıkması karşısında bir hukukçunun alacağı pozisyon -sadece idare hukuku açısından da değil- bunun pratik ihtiyaçları karşılamak bakımından elverişliliğini mi değerlendirmek lazım; yoksa bunu esasında bir hukuk yaklaşımı bakımından tamamen bir ray değiştirme, eksen kayması olarak mı ele almak lazım?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Kitaplarımızda büyüğümüzün yazdığına göre, her iki alanda korunan menfaatler farklıdır; birisi eşitler arası, öbürü eşitsizlikler arası, güçsüzün güçlüye karşı korunması vesaire. Bu iş hukukunda da var. Karma hukuk dedikleri şey, aslında kamu-özel ayırımının tutarlı olmadığını gösteriyor. Niye karma hukuk oluyor, karma hukuk denilen şey nedir? Karma hukuk, kendi bünyesinde kamu hukuku tekniklerini ve özel hukuk tekniklerini aynı anda kullanan, barındırdığı söylenen hukuk. Çevre hukukunda, özel ve idare hukuku var; rekabette, ekonomi, hukuk, özel, kamu hukuku vesaire, hepsi var deniliyor. O zaman, giderek karma alanların çoğalması, kamu-özel ayırımının bilimsel olarak iyi ortaya konulamamış olmasını gösteriyor. Kamu-özel ayırımında esas şey, idari yargının kapsayıcılığı bakımından önemli, devletin denetimi bakımından önemli. Bu ayırımın siyasi faydaları vazgeçilmez değer taşıyor. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu bunu böyle koydu. “Buna hiçbir değer vermeyelim, özel hukuk olsun” vesaire, bunlar geçerli değil. Mesela biz, Amerika’nın bir fakültesiyle ortak telekonferans yaptık internet üzerinden. Amerika, onayladığı bir sürü andlaşmanın denetim sistemini kabul etmiyor. Amerikan Senatosu, Amerikan hukukunun uluslararası yargı mercileri önünde yargılanmasını reddediyor. Bana sıra gelince, ben de onlara bunu sordum. Cevap ne oldu, biliyor musunuz? “Amerikan Anayasa Mahkemesi yeryüzünde olabilecek en iyi mahkemedir. Dolayısıyla başka mahkemeye ihtiyacımız yok”. Dehşet içinde kaldım. Çok ilginç bir şey.

Buradan şuraya geleceğim: Siz iç hukukunuzda yargı birliği içinde kapsayıcı denetim yaratabiliyorsanız, kamu-özel ayırımı ne içindir? Korunan menfaat-

lerin farklılığı bakımından teknikler değişir. Bunlar hikâye, tamamen siyasi şeyler. Hukuk hâkimleri, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi çok güzel idare hukuku yapar; çünkü okuyorlar. Danıştay da çok iyi özel hukuk uyguluyor. Niye uygulamasın ki? Ama şu var: Çocuk hâkimi çocuk suçları konusunda, trafik hâkimi trafik suçunda, ticaret hâkimi ticaret suçunda. Çünkü o mevzuat, onunla ilgili kararlar bir yığın oluşturuyor ve onda pişmek gerekiyor. O bakımdan, ihtisas mahkemeleri tamam; fakat hukuk tekniğinin ayrıştırıldığı iki ayrı yargı düzeni, bunlar bana bilimsel tutarlılıktan uzak geliyor. Buna göre tamamen siyasi. Avrupa Konseyi de bunu açık açık söyledi zaten.

Katılımcı- Buna yönelik birikimin tamamen devre dışı bırakılıp, bu söylediğiniz pratik sonuçların gerçekleşmesi; yani “İnsan hakları korunuyorsa, tamam, o zaman yargı birliği olsun” diyebileceğiniz düzeyi yaratmanız mümkün mü artık şu andan itibaren?

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Teşekkür ederim. Yargı birliği olan sistemlerde denetim alanı zayıf. Onun için Avrupa Konseyi bunu reddediyor. Dolayısıyla siyasi mesele. Türkiye’de yargı birliğini savunan görüşler var; bunlar hükümetin idari yargıdan rahatsız olmasının sonucu, hepsi bu. Ama yazarsanız, bu işler nereden gelmiştir, siyasi tarih veya siyaset bilimi açısından yazarsanız çok yararlı olur. Bununla uğraşmayın demiyorum, yanlış anlamayın. Pekâlâ, bir kuramcı olarak, “Yargı birliği içinde kapsayıcı denetim mümkündür” diye bir sistem oluşturabilirsiniz kendiniz, bu da sizin teoriniz olur. Niye olmasın? Böyle bir şey yapılabilir, savunabilirsiniz.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Hocam; müsaade ederseniz, ben sizin görüşünüzü açıklayayım. Hoca, esasında bu ayrımı, devletin daha etkin yargılanabilmesi bakımından; yani özel hukuk mu, kamu hukuku mu uygulanacağı meselesi bakımından değil; daha etkin yargılanabileceği açısından ele alıyor. Öyle olduğu için de adli yargıda devlet daha etkin yargılanabilecekse, sonuçta yine işlevini yerine getirmiştir diye bakıyor; fakat satır aralarında da hep özel hukukun daha etkin yargılama için elverişli olmadığına dair düşüncelerini ortaya koyuyor.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Çok haklısın. Denenmiş şeyleri denemeyin, yani bu dünyada denenmiş. Devlet yargılamadan kaçır, çünkü yargının sahibi o. Düşün ki, İstanbul’da eskiden konak sahipleri vardı; bu konak sahipleri, mahalleye giren meymenetsiz, yüzünden iyilik akmayan şüpheli tipleri yakalayıp, yargılayıp dama atarmış, kendi atlarının bulunduğu dama atarmış. Dama atmak o, hayvanların yanına atıyor. Mahallede ne arıyor, niyeti ne, maksadı ne? 19. yüzyılda bu uygulama var. Fakat hiçbir konak sahibi diğer konak sahibinin çocuğunu yargılamamıştır veya kendi çocuklarının yaptığı ne kadar melanet varsa güme gitmiştir, yargılamamıştır; ama mahalleye giren uğursuzları yargılamıştır.

Bu kadar basit. Aklın yolu birdir. Netice itibarıyla devlet kendini nasıl yargılar? İdari yargının dilemması bu. Hauriou'nun bir lafı var; "juge l'administration c'est encore administrer" yani yargılama da idareye dâhildir. Fransız hukukunu, "Türkiye'de aynen böyle olmalıdır" diye savunmak son derece saçma bir şey; ama Fransa'da ahval onu gerektirmiştir ki, hakikaten Fransız idari hâkimi idareyle etle tırnak gibidir ve bir yazılı olmayan hukuk vardır. Hükümet tasarruflarını mesela büyüklerimiz bize nasıl anlattı? Ben anlamadım doğrusu. Çünkü hükümet tasarrufu Conseil d'État'nın "bir gün beni kapatırlar" diye korkudan çıkarttığı bir şeydir.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- İsmet Giritli çok etraflıca yazdı bunu.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Evet, yazdı. Hukuk fakülteleri daima bayaş şeyleri incelemekle övünür; yani normatif metot uygulayanlar hayata yabancıdır. Onlar "Biz hayatın bir problemini çözüyoruz" derken, yine kendi normatif döngüleri içinde birtakım şeyler söyler. Siz hayatın sorunlarını çözecek yönetime sahip misiniz, yani neyi kestirebilirsiniz bu şekilci yaklaşımınızla? Burada da bence bir metodolojik hata var. İnsanın böyle şeylerle vaktini israf etmesi hazin.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Buyurun.

Katılımcı (2)- Adli ve idari yargı ayırımının teorik olarak kalkması gerektiğini savunuyor Tekin hocamız.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Kalkması gerektiğini savunmuyorum. Bu bir tarihî gerçek. Böyle bir şey var, hep de bunu okutuyorlar, böyle okutuyorlar. Sebebi bu. Kalksın, kalkmasın, bu siyasi bir tercih. Siz karar vereceksiniz, ben karar vermiyorum.

Katılımcı (2)- Teoride kalkması gerekirse, yani yargılamada birlik olmalıysa, günümüz konjonktüründe değerlendirsek, pratikte ne kadar uygulanabilir bu? Yani farz edelim ki, adli ve idari yargı ayırımı kalktı.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Amerika'da idari yargı yok diyorlar; var. Amerika'da idare hukuku var, Amerika'da yargı birliği de var. Amerika'da, idarenin denetimi meselesinde çok ince formüller var, yaratılar var. Amerikan doktrini okumuyoruz. Amerikan idare hukuku önemli. Ama Fransa'nın da idare hukuku var, onun da kendine göre özellikleri var. Bu demek değildir ki, yargı birliği olan yerde denetim alanı dardır, çok kötü gider, insanlar mahvolur. Böyle bir şey demiyorum ben. Faruk Erem 1974'te yargı birliği olsun çatışan hükümler olmasın dedi, Faruk Bey hiçbir zaman "İdari yargı kalksın" demedi ki. Demek istediği şeydi: "Aynı çatıda toplansın ve bir supreme court bunun üstüne çıksın." Anayasa Mahkemesi düşünüldü, 61 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesi kuruldu. Anayasa Mahkemesi kurulurken, "Başkanı Yargıtay'dan mı, Danıştay'dan mı olacak?"

meselesinde tartışma olmuştur. Dolayısıyla ister istemez Yargıtay'la Anayasa Mahkemesi arasında yapay, suni "husumet" oluştu. Ondan sonra "Anayasa Mahkemesi idari ve adli yargı arasındaki ihtilaflara çözüm merci olsun" deyince, birbirleriyle olan bu eski şeyin de bir katkısı olsa gerek, "Hayır, olmaz. Beni Ahmet Cevdet Paşa kurdu, dolayısıyla ben Cevdet Paşa'nın mahkemesiyim. Ben daha eskiyim, benim çatımda birleşsinler" demiş gibi. Danıştay da aksi görüşte. Bir de yaşayan hukuk var. Hukuku uygulayan insanlar arasında ister istemez gizli bir rekabet vardır. O yüzden, Anayasa Mahkemesi Amerikan Supreme Court'u olamadı. Olsaydı iyi olurdu, idari yargı da kalkmış olmazdı. Hakiki görüşümü istiyorsanız, görüşüm bu. Bir idare hukukçusunun bindiği dalı kesmesi, "Danıştay kalksın, hepimiz Yargıtay'a gidelim" böyle söylemek olur mu?

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Adli yargı yerleri de kullanıyor olsa idarenin daha etkin denetimi için, idare hukukunu kullanarak, para cezalarında olduğu gibi iyi bir sınav vermiş olsaydı, bu ihtimal daha gündeme gelebilirdi. Ama bakıyorsunuz, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi zikzaklar çizdiği için, aynı olaydan ötürü iki ayrı şirket para cezası alıyor, adli yargıya gittiğinde hukuka uygun bulunuyor; idari yargıya gittiğinde, bir uzvundaki sakatlıktan ötürü iptal edilebiliyor. O zaman, idari para cezasının yargısal denetimine ilişkin adli yargının yeterli bir güvence teşkil etmediği, işlemin unsurları bakımından bakmadığında, yetkili yer mi yapmış, sebep gösterilmiş mi, yazılı olarak tebliğ etmiş mi vesaireye bakıp bir karar verdiği takdirde, etkin bir denetim yaptığından bahsedebilmek mümkün değil. Hâlbuki Fransa'da, "Adli Yargı Kararlarından Ortaya Çıkan İdare Hukuku İlkeleri" diye hazırlanmış tez var. Dolayısıyla adli yargının da idare hukukuna katkıda bulunabilecek bir sürü alanı var; mallardan tutun da sorumluluk usullerine dair.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Hocamız çok güzel söyledi. İdari yargı bunca yıllık müessese; niye kalksın ki? Ama iki sistem arasındaki çatışmaları önleyecek yöntemler var. Anayasa'da, mesela Sayıştay'la Danıştay kararları arasında bir çatışma olursa, idarenin Danıştay kararına itibar etmesi gerektiği yazılıdır. Mesela bu bir çözüm şeklidir. Bunun gibi birçok antinomy giderme usulleri vardır. Yani bir şeyler bulursun.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Hüküm uyuşmazlığını biraz daha kolay hale getirirsin.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Şahin kararı ile ortaya çıkan sorunu çözmek için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne görev verilebilir. Tabii, hüküm uyuşmazlığı dar anlaşıldığı için bu mümkün olamıyor. Ama hüküm uyuşmazlığı olarak değil, iki sistem arasında kanunu yorumlama meselesi olarak.

Katılımcı (3)- Ben şunu merak ediyorum: İdarenin, özel hukuk sözleşmelerinde konulan tahkim şartıyla aslında yerel hukuk düzleminden çıkıp, bir tahkim komisyonu çerçevesinde uyuşmazlıkların çözülmesi. Mesela adli yargı-idari yargı ayırımı ortadan kalksa, acaba tahkime daha mı az gidilecek? İleride daha da fazla uyuşmazlığın idari yargıdan çıkıp -ki, günümüzde de bunun böyle olduğunu görüyoruz aslında, tahkime gittiğini- ileride idari yargı varlığını sürdürse de, tahkim karşısında daha ne kadar efektif olarak varlığını sürdürebilecek? Ben bunları merak ediyorum.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Siz söyleyin lütfen.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Tahkim alanı karşısındaki idare hukukunun daralması biraz idare hukuku uygulamasının geçmişinden kaynaklandı. Hukuki bakımdan bir güvenlik ve istikrar sağlayamaması nedeniyle yabancı yatırımcıların idare hukukuna itimatsızlık duygusunun yoğunlaşması, tahkim konusunda özellikle uluslararası sözleşmelerde gündeme geldi. Hukukiliğini de şimdiden geriye doğru bakıldığında değerlendirmek lazım. Belki ta kamu yararı kavramının doğru anlaşılıp anlaşılmamasına kadar gidebilir. Kamu yararı mıdır yoksa haklı olana hakkın verilmesinde mi kamu yararı vardır? Siz, idarenin mali çıkarında kamu yararı görürseniz, yatırım yapmak için gelmek isteyenler tahkimi icbar ederler; siz de yabancı sermayeye muhtaçsanız, çekmek istiyorsanız, tahkime açık bir sistem haline getirirsiniz.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Meslektaşım; siz nereden katılıyorsunuz?

Katılımcı (3)- Hukuk fakültesi 4. sınıf öğrencisiyim.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Çok güzel bir soru bence. Tahkim, tamamen tarafların seçtiği usul, tarafların uygulanmasını istediği, yani tarafların hiperaktif olduğu bir sistem. Tahkim hakikaten çok orijinal bir şey. Ama aslında tahkimin ilerisinde yatan temel düşünce, devletin yargılamasına ihtiyaç olmadığı meselesidir, yani “law without state”, “Merchant law” görüşünün bugüne uzantısıdır. Tahkim de budur, bugün için budur.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Tam tersine, idari uyuşmazlıklar tahkimi değiştirdi. Mesela Telsim tahkiminde, Turkcell tahkiminde, Avea tahkiminde, ara bağlantıyla ilgili, tahkim heyeti, “Bu, tarafların özel hukuka dayanarak çıkarttığı bir uyuşmazlık değil, idari yargının kamu gücüne dayanarak yaptığı bir yönetmelikten kaynaklandı. Dolayısıyla tahkimin görev alanına girmez” diye, tahkimin esasında natürünü değiştiriyor. Dolayısıyla bence, tahkim idare hukukunu değiştirdiği kadar, idare hukuku da tahkimi idari uyuşmazlıklarda değiştiriyor. Bu, kayalar ve rüzgâr gibi. Rüzgâr bile bir kayaya şekil veriyor.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Uygulamayı bilmeseniz, bu sonucu nereden çıkarırsınız, Kelsen okuyarak mı? Demek ki, yaşayan hukuk anlatıyorsunuz.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Buyurun.

Katılımcı (3)- Aslında baktığımızda, daha öncesinde devletin kamu hizmeti olarak gördüğü alandan çekilip, bunu imtiyaz sözleşmesiyle özel şirketlere devretmesi ve bunun neticesinde sözleşmeye tahkim şartıyla bunun denetiminin aslında idari yargıdan da çıkması. Yani devletin öncesinde kamu hizmeti olarak gördüğü belki de hassas bir alanı, tam anlamıyla yargıdan da çekilmesiyle, aslında vatandaş daha az güvence altında olmuyor mu artık? Çünkü daha öncesinde bu hizmet kamu hizmeti olarak devlet tarafından ifa edilmekteydi, ama artık yargıdan da çıkıyor. Bunun alternatif yolu ne olabilir? Acaba bizler, tüketiciler, vatandaşlar tahkimle yeterince korunabiliyor muyuz? Belki de idari yargıda kalması bizler için daha bir güvence olabilir mi ya da buna alternatif ne olabilir?

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- Tabii, sadece kamu hizmetinden çıkmış alanlarda değil tahkim, kamu hizmeti sözleşmelerinde de var. Bir de bütün uyumsuzluklar bakımından tahkimi tekeline vermiyor.

Hocamız, burada esasında çok önemli bir gündemi ortaya koydu. Herkes doğruluğunu sorgulamadan, bazı verileri idare hukukunun değişmez gerçekleri gibi sürekli tekrarlayarak, onlara bir meşruiyet sağlıyor veya güçlendiriyor. Esasında bir lahza olsun durup düşünmek lazım.

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU- Normatif alan bilgilerinin çoğu, büyük bir çoğunluğun onların doğru olduğuna inanmasından ibaret olan bilgilerdir.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN- İnsanın kendisi belki meşruluk sağlıyor; ama bunları sorgulayabilmek bakımından da onları incelemeye, onlar üzerinde düşünmeye gerek olduğuna hiç kuşku yok. Birçok veri, ancak onlardan alınmış güçle tekrar sorgulanmayı gerektiriyor. Bu sefer, ilk yaptığımızdan tamamen farklı ve idare hukukunu çok teknik, mekanik bir iş gibi anlatmaktan farklı bir şey yaptık. Katıldığımız için çok teşekkür ederiz.

EK 1: İDARE HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER... (HUKUK METODOLOJISİNİN İDARE HUKUKU ALANINA UYGULANMASI)

-I-

METHODOLGY

1. "Methodology" kavramı	
2. "Hukuk dili" kavramı	
3. Dörtlü ayırım: tespit, usul, ikna, yorum	
4. İdare hukukunda tespit yada "fact finding"	
5. İdare hukukunda usul (preparation/ implementation)	
6. İdare hukukunda ikna (argumentation)	
7. İdare hukukunda yorum (interpretation)	

-II-

SOURCES

1. "Kaynak" kavramı...	
2. İdare hukukunun kaynakları?	
3. İdare hukukunun ortaya çıkışı...	
4. Fransız kuramları: kamu gücü – kamu hizmeti	
5. "Faydacı" idare hukuku...	
6. "Ahlâki" idare hukuku...	

-III-

ULUSLARARASI İDARE HUKUKU

1. Global administrative law?	Küresel idare hukuku
2. EU administrative law?	AB idare hukuku
3. CoE administrative law?	AK idare hukuku

-IV-

EĞİLİMLER/TRENDS

1. Gelgit: İdare hukukundan özel hukuka-Özel hukuktan idare hukukuna...	1a Genel ekonomik yarar hizmetleri- Services of general economic interest 1b Tahkim/Arbitration – Arabulucu/ mediation – Seçimlik yollar/ADR
2. Düzenleme (regulation)	
3. Özerkleşme (subsidiarity)	
4. Açıklık (transparency)	

EK 2: (Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş*, İmaj Yay. Ankara 2015, 2. Baskı, s.279-281) Hukuk dilinde kullanılan başlıca üsluplar (biçem türleri) Dört hukuk yolu/ hukuki düşüncenin dört biçimi:

KONU	İŞLEV	ARAÇLAR	İLGİLİ ALAN
Olayların belirlenmesi (Statement/ establishment of facts)	Yeniden kurgulamak (rebuilding)	Kanıt (proof)	Olay (factum)
İkna (argumentatum)	Seçim (Choice)	Politika (policy)	Değerler (values)
Uygulama (implementation)	Hazırlık ve Yerine getirme (execution)	Usul (procedure)	Kurallar ve işlemler (norms & acts)
Yorum (interpretation)	Kuralı koymak (standart setting)	Karar almak (rule making)	Kurallar ve işlemler (norms & acts)

02. Açıklama:

1. Hukuki düşünce, hukuk diliyle kurulur/açıklanır. Bu açıklamada yapılan dörtlü ayırım, Perelman'ın “”Traité de l'Argumentation”¹⁰ adlı yapıtında İkna (Argumentation) tekniklerini, diğerlerinden ayırmak için kullandığı gerekçelerden yola çıkılarak yapılmıştır. Perelman Traité'sinin birinci cildini (734 s.) baştan sona *Argumentation*'a ayırmıştır. Ona göre hukuk dilinin esasını *Argumentation* teşkil eder. Bu terim sözlüklerde “*ispat (kanıtlama) faaliyetleri*” biçiminde de yer almaktadır, ancak Perelman bu terimi hukukçunun görüşlerini karşı tarafa kabul ettirmek, onu ikna için sergilediği akıl yürütme/gerekçeleştirme

¹⁰ Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, La Nouvelle Rhétorique, 5ème éd. Edition de l'Université de Bruxelles, 1988, 1992, 2000. 734 p.

usulleri anlamında kullanmaktadır. Bu bağlamda Sokrates'in ve sophiste'lerin söylemelerinden bolca örnekler vermektedir. Perelmen'in açıklamalarından hareketle, ikna dışında üç yol daha bulunmuş sonucuna varılabilir: olayların tespiti, usul ve yorum.

2. Kanıtlamada tek doğru sonuç ve onu elde etmek için gidilen tek yol ve söylem söz konusu olduğu halde, iknada her durumda en az yarışan iki söylem söz konusudur ve bunlardan birinin diğerine göre daha elverişli ve isabetli olduğu gösterilmeye çalışılmaktadır. Kanıtlamada nesnel verilerden hareketle doğru sonuca, gerçek/hakikate ulaşılacak istenmekte, iknada ise iki değer hükmünden birinin diğerine tercih edilmesi istenmektedir.

3. İknada değer hükümleri arasında seçim söz konusu olduğu halde, tespit ve usulde değer hükümleri arasında birinin seçimi söz konusu değildir. Buna karşılık yorumda, diğer üçünün de kullanıldığı ve yerine göre bunlardan az ve ya çok yararlanıldığı söylenebilir. Kısaca ikna, duruşmada olduğu gibi, belli sayıda dinleyiciye yönelik düşünce açıklaması olduğu halde, yorumda belirsiz sayıda dinleyicinin ikna edilmesi söz konusudur. Açıklayalım:

4. Birinci tür düşünce oluşumu *olayların belirlenmesinde* kullanılır. Olayların belirlenmesi ve kurgulanması uygulama dilinde (yasama, yargı, yürütme) söz konusudur (*establishment of facts*). Yargıda olduğu kadar yasama ve yürütme/idarede de olayların belirlenmesi gerekir. Özel hukuk ilişkilerinde de karar verilmeden veya sözleşme yapılmadan önce bir hazırlık evresine tarafların bilgi, veri, görüş toplamasına gereksinimleri vardır. Olayların belirlenmesi/bilgi/veri toplama/görüş alma, bunlara dayanılarak kurgu, tasarım yapılması faaliyetlerine "*hazırlık evresi*" denir. Her karardan önce bir hazırlık evresi bulunur. Yargı yerlerine sunulan bilirkişi/uzman raporları/görüşleri/incelemeleri ve kanıtlama faaliyetleri de (ispat hukuku/evidence law) bu bağlamdadır. Bu faaliyetlerin tümünde *doğrusal/linear* ilerleme ve *tespit/finding* söz konusudur. Bu dili kullananlar değer hükümlerini veri olarak dikkate alır. Değer hükümlerine dayanarak sonuca varmaktan kaçınırlar.

5. İkinci tür düşünce oluşumu *ikna/argumentation* faaliyetlerine dayanır. İkna iki değer hükmü arasında seçim yapılarak, seçim gerekçesini açıklamaya dayanır. Değer hükümleri arasında sıralama ve hangisine öncelik verilmesi gerektiği araştırılır. Bu nedenle siyasi faaliyete benzer. Hukuk alanının siyasetle içiçe olduğu, bazı pozitivistlerin bilimsel bulmayarak reddettikleri yada hukuk dışında saydıkları alan budur. İkna dilinin dava bağlamındaki dilekçelerde ve duruşmada kullanılan bir dil olduğunu, hukukçuların başlıca hüner/marifet (beceri ve ustalık) saydıkları bir söylemdir. Pek çok kimse hukukçuyu sadece bu dili kullanan bir kimse olarak düşünür.

6. Üçüncü düşünce oluşumu *usul/procedure* dili olarak adlandırılabilir. Kararların alınışında ve uygulanmasında izlenen yollar ve bunları düzenleyen kurallar usulü oluşturur. Usulün temel özelliği alınacak veya uygulanacak kararın amacına bağlı/bağımlı olmasıdır. Bununla birlikte usulün de kendine ait bir özü/maddesi vardır. Hukukun uygulanması, yeni kurallar yapılması, yeni kararlar alınması, sözleşmelerin yapılması ve bütün bunların uygulanması usul dili ile olur. Usul dili; *sıralanma/order*, *sınıflandırma/taxonomy*, *biçimcilik/formalism* özellikleri gösterir. Usul dilinde değer hükümleri arasında tercih yapılarak birinin yeğlenmesi, ancak kanunun izin verdiği ölçüde mümkün olur, aksi takdirde kanunun izlenmesini istediği amaç yerine başka bir amacın tercih edilmesi, usulde bozukluk yada usul saptırması sayılır. Örneğin, çalışma amacıyla yabancı ülkede bulunan kimsenin, sürekli çalışma izni elde etmek için o ülke vatandaşı ile evlenmesi usul saptırmasıdır.

7. Dördüncü düşünce biçimi *yorum/interpretation* olarak adlandırılabilir. *İkna ve uygulama* dilleri kullanılırken mevcut kavramların anlamlandırılması veya yenilerinin oluşturulması yorum faaliyetleri söz konusudur. Bir kuralın, işlemin, sözleşmesinin yapılmasında ve uygulanmasında yorum kaçınılmaz biçimde ortaya çıkar. Aynı şekilde iki değer hükmü arasında seçim yapılırken kavramların yorumlanması bir zorunluluktur. Kısaca yorum, yerine göre her dört söylemden de yararlanan bir dildir.