

Y A R G I V E İ D A R E

İKİ FONKSİYONUN KARŞILAŞTIRILMASI ÜZERİNE BİR TEORİK DENEME

Asist. Dr. A. Ülkü AZRAK

I. GİRİŞ :

Devletin fonksiyonları arasındaki mahiyet farklarının teorik olarak açıklanması, öteden beri kamu hukuku bilginlerinin üzerinde hararetle tartıştıkları önemli konulardan birini teşkil etmiştir ve hâlâ da etmektedir. Burada konunun siyasal yönünü bir tarafa bırakmak ve özellikle İdare fonksiyonu ile Yargı fonksiyonunu karşılaştırarak, bu iki fonksiyon arasında mahiyet farkları bulunup bulunmadığını ve varsa bu farkların nelerden ibaret olduğunu araştırmak istiyoruz.

İlave edelim ki, Yasama ve Yürütme yahut İdare fonksiyonları arasındaki ilişkiler ve farklar konusunu enine boyuna tartışmış olan Türk doktrini (1), Yargı ve Yürütme yahut İdare fonksiyonlarının karşılaştırılması konusu üzerine pek az eğilmiştir. Bu sebepten, bu etüdde yeri geldikçe Türk doktrininin görüşü öncelikle ele alınmakla beraber, konu üzerindeki tartışmanın ana malzemesini özellikle Fransız ve Alman doktrininde ileri sürülmüş bulunan görüşler teşkil etmektedir.

(1) Bu konuda bkz. R. SARICA, Türkiyede İcra Uzununun Tanzim Salâhiyeti, İst., 1943; S. S. ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İst. 3. B., 1967, C. I, sh. 372 vd.; T: B: BALTA, Kısa İdare Hukuku, I., Ank: 1962, sh. 43 - 46; L. DURAN, İdare Alanının düzenlenmesinde teşriî ve tanzimî tasarrufların sınırları, İHFM., C. XXX, 1965, sayı: 3 - 4.

Her şeyden önce bu konudaki tartışmalardan çıkarılacak sonuçlar önemlidir. Çünkü İdarenin kamu hukuku alanında gösterdiği faaliyetin, mahiyet itibariyle kısmen Yargı Organının faaliyetine benzediği, aralarında bazı ortak niteliklerin bulunduğu sonucuna varılabildiği takdirde, idarî faaliyetlerin de — hiç değilse kısmen — yargı faaliyetleri gibi ilgililere teminat bahşeden usul kurallarına tâbi tutulması, hukuk teorisi açısından bir engelle karşılaşmayacaktır. Gerçekten İdare Fonksiyonu ile Yargı Fonksiyonunun en geniş plânda bir ortak niteliği vardır: her iki fonksiyon da kanunların çizdiği çerçeve içersinde ve hattâ daha ileri giderek denebilir ki, kanunların uygulanması suretiyle ifa edilir. Yargı Fonksiyonu bakımından bu hususta herhangi bir tereddüde yer yoktur. İdare Fonksiyonu bakımından ileri sürülen itirazlar ise aşağıda ele alınarak bunların doğruluğu üzerinde tartışılacaktır.

II. YARGI FONKSİYONU İLE İDARE FONKSİYONU ARASINDAKİ FARKLARI AÇIKLAMAĞA ÇALIŞAN GÖRÜŞLER

1. Bu görüşlerden eskimiş bulunmakla beraber hayli yaygın olan ilki, Devletin fonksiyonlarını, amaçlarına göre ayıran görüştür. Bu görüş, Yargı Fonksiyonunun amacını, hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesinden ibaret sayar (2). Buna göre, yargı fonksiyonunu ifa eden mahkemeler, hukuk normlarıyla sıkıca bağlıdırlar. Oysa, İdare Fonksiyonu, kamu yararının izlenerek gerçekleştirilmesi amacına yönelmiştir (3). Bu görüşün taraftarlarından bazıları, iki fonksiyon arasındaki farkı daha açık olarak ortaya koyabilmek için, hukuk normlarını uygulamanın Yargı fonksiyonu

(2) Bu görüşün taraftarları için bkz.:

E. ARTHUR, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, RDP, 1900, sh. 234 ve özellikle 237; LUREAU, De l'interprétation des actes administratives et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires, Bordeaux, 1930, sh. 171 ve 176; CHAUMONT, Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, RDP., 1942, sh. 93 vd.; G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, Bad Hamburg, 1960 (3. basısından yeniden düzenlenmiş olarak), sh. 610; Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, C. I, B. 2, Leipzig, 1914, sh. 5; R. PILOTY, Verwaltungsrechtliche Gedanken (Festgabe für Otto Mayer, Tübingen, 1916), sh. 109.

(3) E. ARTHUR, a.g.m., sh. 237; F. FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, B. 3., Tübingen, 1913, sh. 7.

için asıl amaç, İdare Fonksiyonu için ise amaca ulaşmakta kullanılacak bir araçtan ibaret olduğunu ileri sürmüşlerdir (4). Alman hukuk bilginlerinden J. STAHL'in ifadesiyle «hukuk, yargı fonksiyonu için gerçekleştirilmesi gereken bir amaç, idare fonksiyonu için ise sadece bir sınırdan ibarettir» (5).

2. İdare fonksiyonu ile yargı fonksiyonu arasında maddî nitelikleri itibariyle bir ayırım yapılabileceğini ispatlamağa çalışan başka bir görüş ise, idarî faaliyet ve yargı faaliyetinin psikolojik karakterleri bakımından farklı olduklarını işaret etmiştir. Bu fikre göre, yargıcın faaliyeti, sadece bir mantikî muhakeme ve hukukî idrâkten, başka bir söyleyişle, bir hüküm verme faaliyetinden ibarettir (6). Yargıç, ne hukuk kuralı koyar, ne de konmuş olan hukuk kuralını uygular. Yargıcın faaliyetinde irade unsuru yoktur. Çünkü irade, daha önce, yâni yargıcın hüküm verme faaliyetinde kullanacağı hukuk normu konurken — yasama organı tarafından — izhar edilmiştir (7). Yargıcın yaptığı iş, önüne getirilmiş olan hukuk olayı ile ilgili normu tespit etmektir (8). Bu ise, mantıktaki kıyas veya önerim (syllogisme) den başka bir şey değildir. Buna karşılık idarî faaliyet, bir mantikî kıyas ameliyesini değil, yargılama faaliyetinde bulunmayan «irade unsuru» nu ihtiva eder. Şu halde idare fonksiyonu, yargı fonksiyonundan farklı olarak, iradî faaliyetir (9).

3. Fransız, Alman ve Türk doktrininde pek çok taraflısı bulunan bir fikre göre, İdare fonksiyonu ile Yargı fonksiyonu arasındaki farklılığın nedenini, idarî karar ile yargılama kararı arasındaki farkta aramak gerekir. Hattâ daha ileri gidilerek, bu fonksiyonları ifa eden organlar ve bu organların izledikleri usuller arasındaki far-

(4) FLEINER, a.g.e., sh. 7; NEBINGER, Verwaltungsrecht, Stuttgart, 1949, sh. 25; PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, 1949, sh. 5.

(5) J. STAHL, Philosophie des Rechts, C. II, K. 2, B. 5, 1878, sh. 609. Aynı görüş ONAR tarafından savunulmaktadır. Bkz. ONAR, a.g.e., c. I, sh. 431: «... hukukun idarenin ruhu, özü değil sadece sınırı olduğu görülüyor.»

(6) JEZE, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, RDP., 1909, sh. 666 vd.

(7) H. PFEIFER, VDStRL, 17 (1959) — Diskussionsbeitrag — sh. 220.

(8) JEZE, a.g.m., sh. 667.

(9) P. LABAND, Deutsches Reichsstaatsrecht, 1919, sh. 149 vd.

kın, sözü edilen maddî mahiyet farkından doğduğu ileri sürülmüştür. Fransız yazarlarından LAMPUÉ, yargılama kararının mahiyetini araştıran bir makalesinde bu görüşü savunurken kamu hukukunda hukukî işlemlerin maddî kriteri ile şeklî ve organik kriteri arasında içten (intrensèque) bir bağ bulunduğunu söylemektedir (10).

Alman kamu hukuku bilgini FORSTHOFF, kanun koyucunun, yargı mercilerinin teşkilâtını ve izledikleri usulleri, diğer Devlet faaliyetlerinde görülen teşkilât ve usullerden farklı biçimde düzenlemiş olmasının tarihsel bir tesadüfe bağlanamayacağını, bu farkın yargı fonksiyonunun niteliğinde ve yapısında aranması gerektiğini söylemektedir (11).

Buna paralel bir fikre, Türk doktrinde de rastlıyoruz. Gerçekten, sayın Hocamız ONAR'a göre, Devletin fonksiyonlarının maddî nitelikleri, bu fonksiyonları ifa eden organların teşkilât ve usulünü de etkiler; yâni teşkilât ve usul, fonksiyonun niteliğinden doğar (12).

Maddî ve şeklî kriteri birbirine bağlı olarak ele alan ünlü Fransız hukuk bilgini BONNARD'a göre de, gerek mahkemelerin statüleri, gerek bunların izledikleri usuller arasında varolduğu ısrarla belirtilen fark, yargılama kararı ile idarî karar arasındaki farkın bir sonucudur (13). Gerçekten BONNARD, yargılama kararının ana niteliğini, onun karmaşık (complexe) bir yapıya sahip oluşunda görmektedir (14). Şöyle ki yargılama kararının birbirinden açıkça ayırt edilebilen iki elemanı vardır: tespit (constatation) ve karar (décision). Tespitin, yargısal işlemde (kazaî tasarruf) mutlak bulunması gereken, zorunlu bir eleman olmasına karşılık karar böyle değildir. Karar elemanına sahip olmayan bir yargısal işlem bulunabilir, fakat tespit elemanı olmayan bir yargısal işlem düşünülemez. Tespitin yargısal işlemin zorunlu ve yeterli bir elemanı olmasının

(10) bkz. LAMPUÉ, La notion d'acte juridictionnel, RDP., C. 62 (1946), sh. 12.

(11) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, C. I, B. 9, Berlin, 1966, sh. 78.

(12) S. S. ONAR, a.g.e., C. I, sh. 7.

(13) R. BONNARD, La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, Mélanges Carré de Malberg, 1933, sh. 3 vd. ve özellikle sh. 7.

(14) R. BONNARD, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, 1934, sh. 20 ve 79.

sonucu, yargı fonksiyonunun bir hukuk yaratma değil, hukuku gösterme veya bildirme görevi şeklinde ortaya çıkışıdır. Yargısal işlemin hukuk âlemindeki başlıca etkisi dinamik değil, statiktir (14).

BONNARD'ın «tespit» i yargısal işlemin zorunlu ve aynı zamanda yeterli elemanı sayarak, karar elemanını eğreti (arızî) nitelikte görmesinin nedeni, yargı fonksiyon ve faaliyetinin özünü bir uyuşmazlığın yarılmasından, çözümünden ibaret görmesidir (15). Gerçekten yazara göre, yargısal işlemin tespite ilişkin kısmı, bir uyuşmazlığı yarmak, çözmek suretiyle eylemli (fiilî) bir sonuç doğurur (16).

Yargısal işlemle idarî işlem arasında varolduğu ileri sürülen fark, diğer yazarlar tarafından da, BONNARD'ın açıkladığı biçimde açıklanmaktadır. Bu yazarlara göre yargısal işlem her zaman belirtilici - gösterici (izharî = déclaratif) nitelik taşıdığı halde, idarî işlem kural olarak yapıcı, kurucu (inşaî = constructif) niteliktedir (17). Bu nedenle, yargısal işlemleri meydana getiren yargıç, hukuk normlarıyla sıkıca bağlı olduğu halde, toplumun hergünkü gereksinmelerini (ihtiyaçlarını) karşılamakla yükümlü olan idare ajanları, yenilik yaratan, yâni yapıcı nitelikte idarî işlemleri meydana getirirken doğrudan doğruya kanunla bağlı olmayıp, kendileriyle kanun arasına giren üstün emir ve direktiflerini göz önünde tutarak hal ve zamanın gereklerine uygun hareket etmek zorundadırlar (18).

Cermen doktrininde ise, idarî işlemlerin de çok defa, yargısal işlemler gibi yenilik yaratmayan, gösterici nitelikte olabilecekleri gözden kaçırılmayarak, yargısal işlemle idarî işlem arasındaki far-

(14) ibid.

(15) BONNARD, a.g.e., sh. 79.

(16) DUGUIT, aksî görüşü savunarak, yargısal işlemin temelinin bir uyuşmazlıkta değil, tek taraflı bir iddiada aranması gerektiğini ve bu nedenle de sadece bir tespit işleminin, bu iddia bakımından eylemli (fiilî) bir sonuç doğuramayacağını bildirmektedir. Bkz: **Traité de droit constitutionnel**, B. 3, C. II, Paris, 1928, sh. 429 vd.

(17) bkz. ONAR, a.g.e., C. I, sh. 345; JEZE, a.g.m., RDP, 1909, sh. 667 vd. Bu yazara göre, yargısal işlem, kanunun verdiği yetkiye dayanan bir irade izharıdır ki, konusu genel, objektif veya bireysel bir hukukî durumun saptanması (tespiti) ve bildirilmesinden ibarettir.

(18) bkz. ONAR, a.g.e., C. I, sh. 345 vd., C. II., sh. 600 vd.; BETTERMANN, *Verwaltungsakt und Richterspruch*, «Forschungen und Berichte», 1955, sh. 369.

kın, gerçekte yargısal işlemle sadece yapıcı nitelikte idarî işlemler arasındaki farktan ibaret olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlar, bireysel (ferdî) nitelikte idarî işlemleri, kendilerinin üstünde yer alan hukuk normlarına bağlılık dereceleri bakımından iki kategoriye ayırarak, yargısal işlem gibi gösterici nitelikte olanlarına *yargısal işlem benzeri idarî karar* (Entscheidung), yapıcı nitelikte olanlarına ise *dar anlamda idarî işlem* (Verfügung) adını vermektedirler. İkinci kategoriye teşkil eden idarî işlemler, özellikle takdir yetkisine geniş ölçüde yer verirler (19). Bu farkın ortaya çıkardığı sonuç, gösterici nitelikte idarî işlemlerin meydana getirilişlerinde, yargı usulünün kısmen uygulanabilmesine karşılık, yapıcı nitelikte idarî işlemler bakımından bunun mümkün olmamasıdır (20).

Öte yandan özellikle Fransız ve Türk doktrinde, yargısal işlemlerle idarî işlemler arasındaki nitelik farkının bir sonucu olarak, birincilerin kesin hüküm (muhkem kaziye) kuvvetini (force de la chose jugée) kazanabilmelerine karşılık, ikincilerin bu kuvveti kazanamadıkları ve gerektiğinde değiştirilmelerinin her zaman mümkün olduğu ileri sürülmüştür (21). Bu görüşü savunanlara göre, yargısal işlem, kanun koyucu tarafından kendisine kesin hüküm kuvveti (veya kanunî gerçek niteliği) tanınmış olan bir işlemdir (22). Hukuk güvenliği ve yargı fonksiyonunun prestij ve otoritesi, yargıcın kararında yanılma olsa bile belli bir sürenin geçmesinden sonra bu kararın kesin, çelişilemez, değiştirilemez bir hale gelmesini gerektirir (23). Alman doktrinde de muhkem kaziyenin, yargısal işlemi idarî işlemden ayıran bir fenomen olduğu kabul edilmekle

(19) bkz. BERNAZTIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Viyana, 1886, sh. 6 vd.; HERRNRITT, Das Verwaltungsverfahren, Viyana, 1932, sh. 7; NEBINGER, Verwaltungsrecht, Stuttgart, 1949, sh. 195, 198; FORSTHOFF, a.g.e., sh. 248.

(20) KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, 1964, sh. 724, 746.

(21) JEZE, a.g.b., RDP., 1909, sh. 667 vd.; LAMPUE, a.g.m., RDP., 1946, sh. 49 vd.; POSTACIOĞLU, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1962, sh. 23; ONAR, a.g.e., I. I, sh. 345 vd.

(22) JEZE, De la force de la vérité légale attachée par la loi a l'acte juridictionnel, RDP, 1913, sh. 437 vd.; LAMPUE, a.g.m., RDP., 1946, sh. 54: «En effet, puisque l'autorité de chose jugée est attachée a un acte par la loi positive...»; POSTACIOĞLU, a.g.e., sh. 23.

(23) bkz. S. Ş. ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara, 1960, sh. 342.

beraber, muhkem kaziyenin dayandığı nedenler bakımından görüşler ayrılmaktadır. Bazılarınca, bir işlemin muhkem kaziyeye kuvvetini kazanması, onun ilgililerin de katıldığı bir muhakeme (özellikle yeterli bir araştırma ve soruşturma) yapılmak suretiyle meydana getirilmiş olması nedenine dayanır (24). Çünkü ancak bu takdirde işlemde maddî ve hukukî hatâ ihtimalleri azaltılmış olur (25). Fransız doktrininde egemen olan görüşe paralel bir görüşe göre ise ancak gösterici nitelikte olan işlemler muhkem kaziyeye kuvvetini kazanabilir; takdir yetkisine yer veren yapıcı işlemler bakımından böyle bir şey bahis konusu olamaz (26). Yargısal işlemin muhkem kaziyeye kuvvetini kazanışı da bu nedene dayanır (27). İdarî işlem ise, toplumsal hayatın sık sık değişen gereklerine uydurulmak zorunluğunda olduğundan, muhkem kaziyeye kuvvetini kazanarak, değiştirilemez ve ortadan kaldırılamaz hale gelmesi doğru olmadığı gibi mümkün de değildir (28).

4. Mahkemelerin faaliyeti ile idare makamlarının faaliyeti arasında nitelik farkı bulunmadığı gibi, yargısal işlem ile idarî işlem arasında da herhangi bir nitelik farkı bulunmadığı görüşünü savunarak maddî kriteriyumu reddeden yazarlar, bu problemi şeklî ve organik kriteriyum ile aydınlatmağa çalışmaktadırlar (29). Bu kri-

(24) Otto MAYER, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, Arch. öff. R., C. XXI (1907), sh. 6, 31; HATSCHEK, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, B. 7/8, Leipzig, 1931, sh. 393.

(25) FORSTHOFF, a.g.e., sh. 248 - 249; H. J. WOLFF, Verwaltungsrecht, C. I, B. 2, Berlin, 1958, sh. 256 vd.; K. H. JACKEL, Der Steuerbescheid als Verwaltungsakt, Mainz, 1955, sh. 70. Büyük hukuk bilgini SAVINGY de, yargıcın kararlarında gerçeğe uygunluğun bir varsayım olarak kabulü gerektiğini ileri sürmüştü bulunmaktaydı (HENRICH, Zur Theorie der Rechtskraft, Arch. öff. R., NF., C. VII - 1924, sh. 330 dan naklen).

(26) bkz. KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin, 1910, sh. 352; COESTER, Die Rechtskraft der Staatsakte, Münih, 1927, sh. 7, 46.

(27) bkz. H. HEMMICH, Die Rechtskraft der Verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakte, Tübingen, 1921, sh. 79.

(28) F. FLEINER, a.g.e., sh. 186 - 188; NEBINGER, a.g.e., sh. 216; TUREGG-KRAUS, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin, B. 4, 1962, sh. 296.

(29) bk. CARRE DE MALBERG, Contribution à la theorie générale de l'Etat, C. I, 1962, sh. 787 vd.; M. WALINE, Traité élémentaire de droit administratif, B. 6, Paris, 1952, sh. 7.

teryumun taraflılarından bazılarına göre, idare ile yargı arasında olsa olsa organların teşkilâtı ve bir de mahkemelerin uyguladıkları yargılama usullerinin, idare makamlarının faaliyetlerinde yer almamaları bakımından bir fark gözetilebilir (30). Şöyle ki, yargısal işlemin, idarî işleminden farkını ortaya koyan özelliği, bir yandan kökeni (origine) bakımından yargılama faaliyeti göstermek üzere örgütlenmiş bir makama, beri yandan da yargı verme fonksiyonuna ilişkin kurallar uyarınca yürütülen bir prosedüre dayanmasıdır (31).

Şeklî ve organik kriteriyumun taraflılarından bazıları da, idarî faaliyet ile yargılama faaliyeti arasında izlenen usuller bakımından değil, sadece örgütlenme (organisation) tekniği bakımından bazı farklar bulunabileceğini ileri sürmektedirler (32). Bunlara göre, yargıç karara bağlayacağı olayla herhangi bir ilişkisi bulunmaması gereken, tarafsız ve bağımsız bir Devlet ajanı olduğu halde, idare memuru bağımsız olmayıp, görevini yerine getirirken üstünün emir ve direktifleriyle bağlıdır (33).

III. YARGI FONKSİYONU İLE İDARE FONKSİYONU ARASINDAKİ FARKLARI AÇIKLAMAĞA ÇALIŞAN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ VE KİŞİSEL GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarda gösterildiği gibi, idare fonksiyonunun, yargı fonksiyonundan farklı olduğunu ispatlamak için çeşitli kriterlere başvurulmuştur. Fakat bu kriterlerden hiç biri bugün dahi, bilimsel açıdan kusursuz ve sağlam bir sonuca bağlanabilmiş değildir. Bu konudaki

(30) bk. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, B. 2, Paris, 1929, sh. 380 vd. J. BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, B. 13, Paris, 1933, sh. 12; CARRE DE MALBERG, a.g.e., C. I, sh. 787; R. THOMA, Die Funktionen der Staatsgewalt, HdbDStR., C. II, Tübingen, 1932, sh. 129; EICHENBERGER, Die richterliche Unabhaengigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern, 1960, sh. 6.

(31) CARRE DE MALBERG, a.g.e., C. I, sh. 787.

(32) H. KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, sh. 238; aynı yazar: Justiz und Verwaltung, Viyana, 1929, sh. 7.

(33) MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Viyana, 1927, sh. 43; PITAMIC, Zur Lehre von der richterlichen Funktion, (Festschrift für Kelsen), Viyana, 1931, sh. 300; SCHÖNKE - SCHRÖDER - NIESE, Zivilprozessrecht, B. 8, 1956, sh. 75.

tartışmanın hâlâ sürüp gitmesi de bunu göstermektedir. Gerçekten, sözü edilen kriteriyumların eleştirmeye değer birçok yanı vardır. Biz, burada bu kriteriyumların ve bunlara dayanan görüşlerin bizce eksik ve yanlış olan taraflarını kanıtlarıyla ortaya koymağa çalışacağız.

1. İdare ve yargı fonksiyonlarını, izledikleri amaçlara göre ayırmağa çalışan görüş, ilk bakışta doğru ve akla yakın gibi görünmekteyse de daha dikkatli bir inceleme sonunda bunun gerçeğe uymadığı kolayca anlaşılabilir. Yukarda işaret edildiği gibi (34), bu görüşün taraflılarından bazılarına göre, yargı fonksiyonunun amacı, hukuk normlarının uygulanması suretiyle hukuk düzeninin korunması olduğu halde, idare fonksiyonu kamu yararını izlemek ve gerçekleştirmek amacına yönelmiştir ve bu amaca ulaşmak için de hukuku bir araç olarak kullanır.

Kanımızca yargı fonksiyonunun amacının sadece hukuk normlarının uygulanması suretiyle hukuk düzeninin korunması olarak görülmesi ne kadar doğru değilse, idare fonksiyonunun amacının esasen Devlet faaliyetlerinin amacı olan «kamu yararı» olarak belirtilmesi o kadar yetersizdir. Gerçekte her iki fonksiyonun da, aşağıda daha geniş olarak açıklanacağı gibi, *geniş anlamda kamu yararı* kavramının içersine giren adaletin (35) gerçekleştirilmesi amacına bağlı bulunması gerekir.

Öte yandan, hukuk, yargı fonksiyonu için bir araç olmadığı kadar, idare fonksiyonu için de amaca ulaşmakta kullanılan bir araç değildir. Bunun aksini ileri sürebilmek için Hukuk Devleti ilkesine sırtını çevirmiş olmak gerekir. Çünkü özellikle İdarenin kendi amaçlarına ulaşmakta kullandığı araçlar bakımından hukuka bağlı, fakat faaliyetinin yönünü ve hedefini tayin hususunda tamamen serbest olduğunu iddia etmek, onu özü, anlamı ve niteliği bakımından hukukun bağlarından sıyrıp çıkarmak suretiyle Hukuk Devleti idesinden uzaklaştırmak gibi sakıncalı bir sonuç yaratacaktır.

19. yüzyıldan bu yana İdarenin kamu hayatındaki yeri ve rolünde ortaya çıkan büyük değişim ve gelişim gözden uzak tutulma-

(34) bkz. bu etüdün I. bölümünün 1. numara ile işaretlenen paragrafındaki açıklamalar.

(35) bkz. G. RADBRUCH, Der Zweck des Rechts, (yazarın bazı makalelerini biraraya getirmiş olan «Der Mensch im Recht» adlı eserde), 1952, Göttingen, sh. 96.

malıdır. Gerçekten artık İdare, eskisi gibi, ampirik güdülere bağlı olarak değişen sosyal hayat karşısında, sadece normatif bir kurum olarak ayarlayıcı bir rol oynamakla yetinmemekte ve sosyal hayata bizzat yön veren müdahaleci bir fonksiyon haline gelmiş bulunmaktadır. Bu nitelikte bir fonksiyon ise, yalnız amacına ulaşmakta faydalanacağı araçlar bakımından hukuka bağlı kalarak, amacı bakımından hukukun gereklerine uymayı bir yana bırakıp, sadece oportüniteye uygun hareket etmek yolunu tutamaz. Aksine, modern Devlette İdare, üzerine aldığı sosyal görevleri yerine getirirken her bakımdan hukukun gereklerine ve özellikle *dengeleyici adalet (iustitia commutativa) idesine* her zamankinden daha ziyade bağlı kalmak zorundadır (36). Sosyal hayat, sadece elverişlilik ve faydalılık, kısacası oportünite açısından değil, fakat daha ziyade hukukun yüksek prensiplerine ve adalete uygun bir açıdan ele alınarak düzenlenmelidir (37). Bu zorunluluk, İdarenin sadece belli bir sosyal hayat alanında sınırlı bir faaliyet göstermekle kalmayıp, toplum yapısını büyük ölçüde etkileyen tedbirlere başvurduğu, sayısız sosyal edimlerde bulunmak borcunu yüklenmiş bulunduğu günümüzde, apaçık karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda buraya kadar söylediklerimizden çıkan sonuç bizce şudur: Yargı fonksiyonu ile İdare fonksiyonu, geniş anlamda kamu yararının özü olan adaleti gerçekleştirmek gibi (olsa olsa birbirinden biraz farklı açılardan izlenen) ortak bir amaca sahip bulunuyorlarsa, bu iki fonksiyonu amaçları bakımından farklı göstermek pek isabetli olmaz.

Öte yandan hukukun, yargı fonksiyonu için amaç, idare fonksiyonu için ise sadece bir sınırdan ibaret olduğunu ileri sürmekte de isabet yoktur. Bu iddia, İdare Hukukunun, hukukun bağlarından kurtulmak isteyen bir İdareyi dıştan kavrayıp sınırlamağa çalışan bir hukuk dalı olduğu noktasından hareket etmektedir. Oysa böyle

(36) ARİSTOTELES, dengeleyici adaleti de ödünsel (tavizî) ve yargısal (kazaî) olmak üzere iki türe ayırmaktadır (bkz. G. DEL VECCHIO, Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev. S. Erman, İst. 1952, sh. 46). Kanımızca bunlardan birincisi İdare, diğeri de Yargı fonksiyonu bakımından amaç teşkil eder.

(37) Nitekim bu zorunluluk 1961 T.C. Anayasasının «sosyal adaleti» öngören Başlangıç kısmıyla, Sosyal Hukuk Devleti ilkesini dile getiren 2. maddesi ve sosyal hayatın düzeninden bahseden 41. maddesinde de kabul edilmiş bulunmaktadır.

bir görüş, günümüzün realitelerine uygun düşmez. Çünkü modern Devlet idaresi, belli sınırlar içersinde tamamen serbest hareket eden bir fonksiyon olarak kabul edilemez. Aksine bugün idare fonksiyonu, sadece faaliyetinin dış sınırları bakımından değil, aynı zamanda muhtevası bakımından da tamamiyle hukukun egemenliği altına girmiştir. Hukuk, modern İdare için sadece bir sınır değil, fakat onun bütün işlem ve eylemlerine egemen olan ilke ve kuralların tümüdür.

2. Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonunun psikolojik bakımdan birbirinden farklı olarak faaliyet gösterdiği görüşü de, kanımızca, doğru değildir. Çünkü sadece yargısal faaliyette bulunduğu iddia edilen önerim (mantıkî kıyas = syllogisme) idarî faaliyette de vardır. Gerçekten İdare, bir idarî işlem yaparken, önce bu işlemin nedenini teşkil eden olayı saptar (tespit) ve sonra bu olay ile ilgili olan hukuk normunu bulup olayla normu karşılaştırarak hukukî sonuca varır, yani işlemin konusunu tayin eder. Bu mantık eylemini bir örnekle açıklayalım :

Küçük önerme (olay) :

A. adlı kişi İdareye başvurarak, arsası üzerinde yaptırmak istediği 12 metre yüksekliğindeki bir bina için yapı ruhsatı verilmesini istemiştir.

Büyük önerme (hukuk normu) :

Beldenin imar plânının A. nın arsasının bulunduğu bölgeyi düzenleyen kısmında binaların 10 metreyi aşmaması gereği öngörülmüştür.

Sonuç (karar) :

A. nın 12 metre yüksekliğinde bir bina yapımına ilişkin ruhsat istemi reddedilmektedir.

Aynı mantık eylemi, yargı fonksiyonunda da görülür ve bu bakımdan idarî işlemle yargısal işlem arasında hiçbir fark yoktur.

Öte yandan yargı faaliyeti, LABAND'ın ve JEZE'in ileri sürdükleri gibi sadece olay ile ilgili hukuk normunun saptanmasından, tespitinden ibaret olamaz. Yargısal işlemde de, yukarda idarî işlem örneğinde gösterildiği gibi üç işlemin, yani küçük önerme, büyük

önerme ve sonuç kısımlarının bulunması zorunludur. Çünkü, olayın ve bu olayla ilgili somut hukukun saptanmasıyla yetinerek bir otorite hükmü vermeyen bir yargı fonksiyonu, bağlayıcı kuvvetini kaybeder ve giderek Devlet otoritesinin çözülmesine yol açabilir. Şu halde idarî işlemin irade unsurunu ihtiva etmesine karşılık, yargısal işlemde bu unsurun bulunmadığı yolundaki görüş hatalı olduğu gibi, realiteye de uygun değildir.

3. Mahkemelerin faaliyetinin biçimsel (şeklî) ve organik bakımdan İdarenin faaliyetinden farklı oluşunu, bu iki Devlet organının fonksiyonları arasında maddî bakımdan varolduğu iddia edilen fark ile açıklayan görüş te tamamiyle isabetli değildir. Çünkü Devletin fonksiyonlarının maddî bakımından yapılan üçlü ayırımı (yasama - yürütme ve idare - yargılama), hemen hemen hiç bir hukuk sisteminde, mahkemeler, yasama meclisleri ve idare makamları biçimindeki organik ayırımı uymamaktadır. Bugün yasama organı, maddî bakımdan idarî nitelikte sayılan bazı işlemler yapabildiği (38) gibi, mahkemeler de maddî anlamda idarî işlem olduğu söylenen bazı işlemler yapmakta (39) ve nihayet idare organları, bir yandan kural - işlem (kaide - tasarruf) niteliğinde olan tüzük ve yönetmelikler çıkarırken, beri yandan da mahkemelerin yargısal işlem niteliğini taşıyan işlemlerinden hiç bir farkı olmayan işlemler yapmaktadır. Bu sonuncular, birçok hukuk sisteminde, İdare'nin çıkmış olmalarına rağmen, etki ve sonuçları bakımından tamamen

(38) bkz. A. LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, sh. 156 vd. Yazarın işaret ettiği gibi, bazı kişilerin taltifine ilişkin bireysel işlemler, maddî ayırımı göre idarî nitelikte birer işlem sayıldığı halde, yasama organı bu türden işlemler yapabilmektedir. 1961 T. C. Anayasasında da organik ayırım öne alınarak T.B.M.M. ne sadece maddî bakımdan yasama fonksiyonuna giren görevler verilmekle kalınmamış, aynı zamanda bazı idarî işlemleri yapma yetkisi de verilmiştir. Öte yandan maddî muhtevası bakımından bir idarî işlem (şart - tasarruf) olduğunda şüphe bulunmayan **bütçe işlemi** de, yasama organı tarafından bir kanun biçiminde meydana getirilmektedir. (bkz. JÉZE, *Traité de Science des finances (Le Budget)*, Paris, 1910, sh. 48 vd.; ONAR, a.g.e., C. II, sh. 1416 vd.; FORSTHOFF, a.g.e., sh. 8 vd.)

(39) Başlıca vesayet, velâyet ve evlilik birliğinin temsili kanunlarında mahkemelerce verilen kararlar, «ihtilâfsız kaza» kavramı içerisinde kalarak doktrinde egemen olan görüşe göre, maddî bakımdan birer idarî karar niteliğindedirler (bkz. ONAR, a.g.e. C. I, sh. 351; LENT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlin, 1958, sh. 10).

yargısal işlemlerin bağlı oldukları hukukî hükümlere bağlı tutulmaktadır. Buna örnek olarak, bazı uyuşmazlıkları çözmek üzere İdare organı içersinde faaliyet gösteren idare kurullarının verdikleri kararlar gösterilebilir (40). Bundan başka, gene İdareden çıkan bazı işlemler vardır ki, bir idarî uyuşmazlığı çözerler (41). Gerek pozitif hukuk açısından, gerek hukuk uygulamasında bunlara yargı kararı nazarıyla bakılmamaktadır. Fakat bir uyuşmazlığın çözülmesi, yargı fonksiyonunun bir niteliği sayılıyorsa, bu niteliği taşıyan idare organı işlemlerinin maddî bakımdan yargısal işlemlerden farklı olmadığını da itiraf etmek gerekir. Maddî kriteriyumun bu noktada da yeterli ve tutarlı olmadığı açıkça görülmektedir.

Öte yandan, iddia edildiği gibi yargısal işlemlerin maddî kriteri ile şekli kriteri arasında sıkı bir bağ varsa, Idarenin, yargı fonksiyonunda olduğu gibi, sadece hukuku uygulamakla yetindiği ve gösterici (izhari) nitelikte kararlar verdiği hallerde, mahkemelerin izledikleri yargılama usullerini izlemesi gerekeceği şüphesizdir. Fransız ve Alman idare hukuku sistemleri bunu gözönüne alarak, yargısal işlemlere benzeyen bazı idarî işlemlerin yapılmasında yargılama usulüne ilişkin bir takım garantiler öngörmüşlerdir (42). Bu-

(40) Uygulamada bu çeşit kararlar, yargı kararı muamelesi görmekte olup, aleyhlerinde ancak idare mahakemesine temyiz yoluyla başvurulabilmektedir. Bu nitelikteki idare kurullarının örneklerine birçok ülkede rastlanır. Başlıca: **Fransa'da**, Commission centrale d'aide sociale, Commission nationale des accidents du travail; **Almanya'da**, Kreisaußchüsse, Stadtaußchüsse; **Türkiye'de**, İl ve İlçe İdare Kurulları, Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonarı, Gümrük Eksperler Kurulu, Memur Disiplin Kurulları (bkz. ONAR, a.g.e., I. I, sh. 626 vd.; C. II, 1911 - 1917; WALINE, a.g.e., sh. 95).

(41) Bazı yazarlar, idarî başvurular sonunda idare makamlarının (özellikle hiyerarşik üst idare makamlarının) verdikleri kararların, kararı aleyhine başvurulmuş olan alt idare makamı ile ilgili fert arasındaki bir idarî uyuşmazlığı çözmesi bakımından yargı kararından farksız bir nitelikte olduğunu kabul etmektedirler. Bu görüş için bkz.: LAUBADÈRE, a.g.e., sh. 157; Z. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, C. I, Zürich, 1960, sh. 470, 473.

(42) **Alman Vergi Usul Kanununun** (Reichsabgabenordnung) 421. - 460. maddelerine göre vergi otoriteleri tarafından, vergi cezası verilmek üzere uygulanan yargılama usulü, maddî niteliği bakımından ceza yargılaması usulünden hiç bir suretle farklı değildir. Bundan başka 1952 tarihli **Federal Disiplin Cezaları Kanununun** 21. - 27. maddelerine göre hiyerarşik üstün yapacağı disiplin koğuşurmalarında yargılama usulü ku-

na rağmen gerek Fransız, gerek Alman doktrini bu tür idarî işlemlerin meydana getiriliş usulüne «yargılama usulü» adını ve niteliğini vermemekte ısrar etmektedir.

Önce de işaret ettiğimiz gibi, Cermen doktrininde yapıcı (inşai) nitelikte idarî işlemlerle gösterici (izharî) nitelikte idarî işlemler arasındaki fark özellikle birincilerin meydana getirilmesi sırasında İdarenin hukuken serbest olmasına karşılık, ikincilerin meydana getirilmesi sırasında mahkemeler gibi hukuk normu ile sıkıca bağlı bulunmasında görülmektedir. Hemen işaret edelim ki, yapıcı nitelikte idarî işlemlerle gösterici nitelikte idarî işlemler, başka bir deyimle, yargısal işlem benzeri idarî kararlar arasında yapılan böyle bir ayırım, *Hukuka Bağlı Devlet ilkesi* açısından uygun görülemez. Bu ayırım, eski *Polis Devlet* anlayışından çıkmaktadır. Gerçekten bu anlayışa göre, İdare esasta serbest olup (yani kanunun egemenliği altında bulunmayıp), sadece gösterici nitelikte idarî kararları kanun hükümleriyle bağlıdır. Bilindiği gibi, müstebit idarenin hüküm sürdüğü çağlarda, *idare fonksiyonunun yerine varolan Polis fonksiyonu* ile yargı fonksiyonu arasındaki nitelik farkı, şu biçimde açıklanmaktaydı: *yargılama fonksiyonu*, tebaanın haklarını koruma amacına yönelmiş olan yargıcın faaliyetinden ibaret olup sıkı sıkıya kanuna bağlıdır; *polis fonksiyonu* ise Devletin mahkemeler dışındaki makamlarının kanunun kayıtlarından serbest olarak gösterdikleri faaliyetlerin tümüdür (43).

Fakat 19. yüzyılda, hukuka bağlı Devlet idesinin yayılması ve

ralları uygulanır (bkz. A. BOCHALLI, *Besonderes Verwaltungsrecht*, C. II, Berlin, 1959, sh. 80). **Fransız hukukunda**, 22.4.1905 tarihli kanunun 65. maddesine göre disiplin koğuşturmalarda, hakkında disiplin koğuşturması yapılan memurun soruşturma dosyasını inceleme yetkisi bulunduğu gibi, savunmasının alınması da zorunludur. Bundan başka disiplin şûraları da disiplin usullerini gitgide ceza yargılaması usulüne yaklaştırmaktaadırlar (bk. LAUBADÈRE, a.g.e. sh. 706, 709; A. PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, Paris, 1963, C. I., sh. 319 vd.). Türk hukukunda da uygulamanın aksine memur disiplin cezası işlemlerinin yargı kararı değil, yargılama usullerinin öngördüğü garantilere uyularak yapılmış idarî işlemler olarak kabul edilmeleri, bu etüdün sonuç kısmında açıklanacak olan nedenlerden dolayı daha doğru olsa gerektir.

(43) Bu anlayışın sonucu olarak, o çağlarda idare edenleri bağlayıcı bir İdare Hukuku yoktu ve idare edenlerin işlemlerine karşı, idare edilenlerin başvurabilecekleri herhangi bir kanun yolu da bahi skonusu da değildi (bkz. ONAR, a.g.e., C. I, sh. 126 vd.; H. J. WOLFF, a.g.e., I. I, sh. 32).

gelişmesi sayesinde, idare edilenlerin birer hukuk süjesi olarak sübjektif haklara sahip oldukları kabul edilmiş ve hususî hukukun yanında bir de kamu hukuku sistemi kurulup geliştirilmiştir. Bu suretle, idare edenlerin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına ve pozitif hukuk hükümlerine uygun olması zorunu ortaya çıkmıştır. Bu gelişimin bugün ortaya koyduğu gerçekler karşısında, İdarenin, hukukun ve kanunun egemenliği altında bulunmayan bir faaliyet alanına da sahip olduğu artık ileri sürülebilir mi? Eğer bugün mahkemelerin faaliyetinde ön plânda *gösterici işlemlerin* (actes déclaratives) bulunmasına karşılık, İdarenin faaliyetinde bu tip işlemlerin bir ayrılık (istisna) teşkil ettiği ve tipik idarî işlemlerin, belli bir idarî amaca yönelmiş olan ve kanunun ayrıntılı olarak düzenlemeyerek İdareye bir dereceye kadar serbest hareket alanı bıraktığı konularda hukuk yaratan *yapıcı işlemlerden* (actes constitutives) ibaret olduğu iddia ediliyorsa, bu iddia, idarî faaliyetin, yargı faaliyetinden gerçekten maddî niteliği bakımından farklı oluşundan değil, belki idarî faaliyetin muhakeme fonksiyonuna sahip olan bir yanının bulunduğunun henüz farkına varılmamış olmasından ileri gelmektedir. Çünkü genel olarak, idare organlarının faaliyetlerinde hukuk normlarına olan bağılıkları, mahkemelerin bu normlara bağılıklarından az değildir. Bu bağılık, İdarenin gösterici nitelikteki kararlarında olduğu gibi, yapıcı işlemlerinde de kendisini gösterir. Bu sebeple Devlet idaresinin, Hukuk Devleti ilkesine uygun sayılabilmesi için, idare makamlarının, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğini taşıyan işlemleri de dahil olmak üzere, bütün işlemlerini meydana getirirken bunların hukuka ve kanuna uygun olup olmadıklarını da bizzat araştırması gerekir. Yukarıda işaret edildiği gibi, yapıcı nitelikte idarî işlemler, hukuka bağılı olmayan bir İdarenin eseri sayılamayacağından, bunlarla gösterici nitelikte idarî işlemler arasında iddia olunduğu biçimde bir fark olmak gerekir. Gerçekten her iki tip idarî işlemin yapılmasında da aynı ameliye cereyan etmektedir. Şöyle ki, İdare, gösterici işlemleri olduğu gibi, yapıcı işlemleri de hazırlarken, önce faaliyetinin nede-nini teşkil eden olayı, sonra bu olayla ilgili olan hukuk normunu saptar ve bu normu olaya uygulayarak hukukî sonuçları çıkarır ve bu sonuçları yerine getirilmesi gerekli bir karar niteliğinde olmak üzere belirler. Bu karar, ya bir emri veya bir yasağı kapsar ya da idare edilenlere bazı menfaat ve yetkiler bahşeder veya bahşedilmiş menfaat ve yetkileri ortadan kaldırır yahut da kollektivitenin

menfaatine ilişkin bir eser meydana getirir. Olayın ve bu olayla ilgili normun saptanması, idarî işlemin hazırlık safhasını teşkil eder. Asıl hukukun uygulanması, normda gösterilmiş olup, idare makamının olaya bağladığı hukukî sonuçta kendisini gösterir.

Yukardaki açıklamalardan elde edilen sonuç şudur: *İdarenin gösterici nitelikteki işlemleriyle yapıcı nitelikteki işlemleri arasında, hukuk kurallarına ve pozitif hukuk normlarına bağlılık bakımından herhangi bir fark bulunmadığı gibi, sözü edilen idarî işlemlerle yargısal işlemler arasında da bu bakımdan bir fark yoktur.* Gerçi yargıcın, kanunun câiz gördüğü birden fazla çözüm tarzından bir tanesini seçmek yetkisine sahip olan idare organlarından daha fazla kanuna bağlı olduğu ileri sürülmektedir (44). Fakat gerçekte kanunun alternatifleri arasında seçim yetkisine çok defa yargıç sahiptir. Boşanmaya yahut ayrılığa, mislen yahut nakden tazmine karar verilmesi hususları arasında yargıcın hal ve şartlara göre seçme yapma yetkisi bunun örneklerindedir. BÜLOW'un da işaret ettiği gibi, yargıcın takdir yetkisi, birçok hallerde, zan ve kabul edildiğinden çok daha geniştir (45). Bunun örneklerine Medenî Hukukta rastlanabildiği gibi (46), Ceza Hukukunda da rastlanır (47).

(44) bkz. KRÜGER, a.g.e., sh. 740, 746.

(45) bkz. BÜLOW, Gesetz und Richteramt 1885 (FORSTHOFF, a.g.e., sh. 5 ten naklen); ayrıca bkz. E. RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht, C. I, Zürich, 1951, sh. 5 vd.

(46) Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının 1. ve 4. maddeleri, yargıca kanun karşısında serbest hareket imkânı vermiştir. Bu iki madde arasında da bazı farklar vardır. Şöyle ki, 1. maddeye göre yargıç, kanunda boşluk bulunması halinde bizzat kural koyacak, başka bir söyleyişle hukuk bulacak veya yaratacaktır; 4. maddeye göre ise kanunda uygulanacak bir hüküm bulunmakla beraber uygulama biçiminin ve hükmün kapsamının belirlenmesi hususlarında takdir yetkisini kullanacaktır. Bu sonuncuya örnek vermek gerekirse, özellikle yargıcın, nişanın bozulması halinde hükümlenilecek manevî tazminatı ve boşanmaya karar verilmesi halinde velâyet hakkının kullanılmasına ve çocuklarla ana - baba arasındaki kişisel ilişkilere ait tedbirleri belirlemek gibi hususlardaki takdir yetkisi zikredilebilir. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının sosyal karakteri gözönüne alınırsa, yargıca verilen takdir yetkisinin kullanılmasında İsviçre ve Türk kanun koyucularının yöneldikleri sosyal fayda amacının yargıç için adalet ve nasafetin yanısıra büyük bir önem taşıdığı kolayca anlaşılır. Özellikle Türk yargıcı, Medenî Kanunun çeşitli hükümleri üzerinde içtihatlar yaratırken, ülkenin sosyal ve ekonomik durumunu, kanunla zıtlaşmayan örf ve âdet kurallarını, kısaca halkın gerçek ve aktüel ihtiyaç-

Cezalandırmanın . korkutma, uslandırma, toplum halinde yaşama duygusunun kuvvetlendirilmesi gibi sosyal amaçları karşısında, yargıcın da suçlu olduğuna kanaat getirdiği bir kimseye verilecek cezayı belirlerken takdir yetkisine sahip olması gerektiği genellikle kabul edilmektedir (48). Bu itibarla, İdarenin, takdir, kudret ve yetkisini kullanırken sosyal fayda, elverişlilik ve yerindelik gibi kamu yararı kayıtlarıyla bağlı olmasına karşılık yargıcın sadece adalet, hakkaniyet ve nısfet kayıtlarıyla bağlı olduğu iddiası doğru değildir. Çünkü Hukuk Devletinde, İdare, önce de açıklanmış bulunduğu gibi, sadece hal ve şartlara uygunluk ve yerindelik (opportunité) gibi hususları gözönüne almakla yetinip adaleti ve özellikle *sosyal adaleti* ihmal edemeyeceği gibi, yargıç ve özellikle ceza yargıcısı da sadece adalet ve nısfet kavramlarına bağlı kalmakla yetinemez; çünkü cezalandırma hakkı, adaletle sınırlı sosyal fayda esasına dayanır (49).

Görülüyor ki yargıcın takdir yetkisinin bağlı olduğu amaç ile İdarenin takdir yetkisinin bağlı olduğu amaç arasında, iddia edildiği gibi bir fark yoktur. Yargıç şekli bağlardan kurtulup, yaratıcı bir role sahip oldukça, ide olarak ve hedefte, İdareye yaklaşmaktadır (50).

larını gözden uzak tutmamak zorundadır. Bu keyfiyet, yargıcın da birçok hallerde, İdare gibi faydalılık (utilité) ve yerindelik (opportunité) düşüncelerine yer vermesi gerektiğini göstermektedir. Şu halde bu açıdan İdare ile Yargı arasında ileri sürüldüğü gibi bir fark yoktur. Karşılaştırınız: H. V. VELİDEDEOĞLU, Türk Medenî Hukuku, C. I, Cüz 1, B. 5, (Umumî Esaslar), 1956, sh. 127 - 128, 194, 198, 200; J. GOLDSCHMIDT, Prozess als Rechtslage, (yeni bası), 1960, sh. 160 vd.

(47) Doktrinde, özellikle şu örnekler üzerinde durulmaktadır: cezaların ferdileştirilmesi amacıyla yargıca tanınan takdir yetkisi, takdiri hafifletici sebepler, tutuklamada takdir yetkisi v.b.

(48) bkz. Alman Reich Yüksek Mahkemesinin 23 Mart 1908 tarihli kararı (Deutsche Juristenzeitung, 1908, sh. 763 vd.); ayrıca bkz.: DROST, Ermessen des Strafrichters, 1930, sh. 43 vd.

(49) bkz. T. TANER, Ceza Hukuku (Umumî Kısım), İst., 1949, sh. 76.

(50) bkz. W. SAUER, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, sh. 41. Yazara göre: yargıcın takdir yetkisini kullanacağı ve yaratıcı bir rol oynayacağı çeşitli alanlar vardır: delillerin takdiri, dâvanın yürütmesine ait tedbirler, bazı ara kararları, ceza tayini, tazminat miktarını takdir v.b. Bütün bu alanlarda yargıç, takdir yetkisini kullanırken **hukuk idesi** ile birlikte **kamu yararını** da gözönünde bulundurmak zorundadır (a.g.e. sh. 15 - 16). Beri yandan gerek İdarenin, gerek Yargı'nın yaptığı şey hukuku

Diğer taraftan, İdarenin takdir kudret ve yetkisi, sanıldığı kadar geniş değildir. Bir kere, İdareye takdir yetkisi veriyormuş gibi görünen pozitif hukuk hükümlerinin büyük bir kısmı, *lüzum, hayatî ihtiyaç, yakın tehlike, münasip ölçü, kamu güvenliği* v.b. gibi, münferit olaylarda yorumlanarak somutlaştırılması gereken mühtevası belirsiz hukuk kavramlarını içermektedirler. Bu hallerde de hukuken doğru sayılabilecek tek yorum tarzı bulunmak gerektiğine göre, artık kanun koyucunun İdareye, aralarında seçim yapılmak üzere birçok alternatifler vermiş olduğu pek söylenemez.

Ayrıca şunu da işaretlemek gerekir ki, İdarenin takdir kudret ve yetkisinin iç ve dış sınırları vardır ve idare yargıcı bu sınırların aşılmış olup olmadığını her zaman ve her delilden faydalanarak araştırmalıdır (51). Başka bir deyimle, takdir kudret ve yetkisinin kullanıldığı hal ve şartlar, kullanılma şekli, kullanılmaktaki amaç, yargı denetimine bağlıdır (52).

uygulamaktan ibaret olmakla beraber, aralarındaki fark, sadece faaliyetlerinin ağırlık noktalarının başka başka meselelerde toplanmış olmasıdır. Bununla beraber İdare ile Yargı fonksiyonları arasındaki sınır çok elâstikîdir ve gittikçe de zayıflamaktadır (sh. 40 - 41).

(51) Takdir yetkisinde iç sınırdan kasıt, kamu yararı, dış sınırdan kasıt ise, takdir yetkisinin dayandırıldığı kanun hükmünün sarîh olarak koymuş bulunduğu sınırdır (karşılaştırınız: G. ZANOBINI, İdare Hukuku, 1945 - tercüme: S. ERMAN, sh. 237).

(52) Karşılaştırınız: ONAR, a.g.e., C. I, sh. 436. Son yıllarda İdarenin takdir yetkisinin daraltılması yolunda birçok ülkelerin doktrin ve uygulamalarında kuvvetli bir eğilim göze çarpmaktadır. İsviçreli hukuk bilgini HANS HUBER, «**Hukukun batışı ve Hukuk Devletinin krizi**» adlı makalesinde (Neidergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats - Festgabe f. Z. Giacometti - 1953, Zürih, sh. 59 - 66), takdir kudretini, pek mâsum bir görünüşe sahip olduğu halde, sonunda Truvalıların yenilgisini hazırlayan tahta ata benzetiyor. Alman doktrininde de takdir yetkisinin daraltılması lehinde bir eğilim vardır: ULE, Über das Verhaeltnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, Beitrage, 1957, sh. 154; NEBINGER, a.g.e., sh. 228 vd. Fransız yazarlarından J. C. VENEZIA da, Fransız Devlet Şûrasının son yıllarda İdarenin takdir yetkisini eskisinden daha sıkı denetlediğini ve hattâ bu yetkinin yerindelik (opportunité) alanında kullanılmasını dahi gittikçe daralttığını bildirmektedir. Conseil d'Etat'ın bu konudaki kararları için bkz. VENEZIA, Le Pouvoir Discretionnaire, Paris, 1959, sh. 68 - 69. Sayın meslekdaşımız Dr. Yıldızhan YAYLA, Türkiye'de de İdarenin yerindelik alanındaki ve özellikle hareket edeceği zamanı seçmek hususundaki mutlak takdir yetkisinin uygulamada gitgide daraltıldığını bildirerek bu konuda Danıştayın 8. Dairesinin iki kararına işaret etmektedir (bkz. Y. YAYLA, İdarenin takdir yetkisi, İHFM., C. XXX, (1964) sayı: 1 - 2, sh. 211).

Kısaca ifade edilmek gerekirse, İdare ile mahkemelerin faaliyetlerine, genel hukuk teorisi açısından bakıldığında, her ikisinin de hukuk normlarını uyguladıklarını kabul etmek gerekir. Hukuk teorisinin dışında kalan ampirik bir açıdan bakıldığı takdirde ise, gerek idare organlarının, gerek mahkemelerin, faaliyetlerinde kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelmiş oldukları görülür; çünkü hukuk, kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayan en mükemmel bir kurumdur. Şu halde, sadece mahkemeler değil, aynı zamanda idare makamları da hukuku uygulamaktadırlar.

Yargısal işlemleri, idarî işlemlerden ayıran bir hususun da, birincilerin kesin hüküm (muhkem kaziye) kuvvetini kazanmalarına karşılık, ikincilerde böyle bir şeyin bahis konusu olamayacağından ibaret bulunduğu yolundaki görüşe gelince; bununla kastedilen, yargısal işlemlerin, kanun yolları tükendikten veya kanun yollarına başvurma süresi geçirildikten sonra artık çelişilmez bir hale gelmesiye, hemen söyleyelim ki bu durum, idarî işlemlerde de görülür. Gerçekten, idarî işlemlere karşı varolan yargısal başvurma yollarına başvurulup bu yollar tüketildikten veya bunun için tayin edilmiş olan süre geçirildikten sonra, artık bu işlemlerin kanun yollarında tekrar tartışılması ve kaldırılması istenemez (53). Fakat mesele bundan ibaret değildir. Kesin hükmün bir de bağlayıcı otoritesi vardır ki buna da *kesin hükmün maddî kuvveti* (materielle Rechtskraft) denmektedir. Buna göre Devlet otoritesinin bir meselede karar verdikten sonra o işten el çekmesi gerektiği gibi, bu karar karşı kanunî süresi içinde kanun yollarına gidilmediği veya bu yollara başvurulduğu halde bu başvurma redle karşılaştığı takdirde, artık ne o kararı vermiş olan makam, ne de başka bir makam tarafından onun üzerine dönülerek ilgili olduğu meselenin tekrar ele alınamaması, o meselede ilkinden farklı bir karar verilememesi gerekir (54). Tartışılması gereken nokta, idarî işlemlerin bu niteliği kazanıp kazanamayacaklarıdır. Kanımızca bu konuda daha önce buraya aktardığımız görüşler tatmin edici olmaktan uzaktır. Bir kere yargısal işlemlerin, kesin hüküm kuvveti kazandıktan sonra hiç bir suretle değiştirilemeyecekleri, ortadan kaldırılamayacakları, idarî işlemlerin ise değiştirilmeleri ve ortadan kaldırılmalarının her

(53) Buna Cermen hukukunda **şekli kesin hüküm** (formelle Rechtskraft) adı verilmektedir.

(54) bkz. İ. POSTACIOĞLU, a.g.e., sh. 23.

zaman mümkün olduğu yolundaki düşünce isabetli değildir. Çünkü yargısal işlemler kesin hüküm kuvvetini kazansalar bile, bazı kayıt ve şartlarla (örneğin: muhakemenin yenilenmesi nedeniyle) değiştirilebilecekleri (55) gibi, idarî işlemlerin de kayıtsız, şartsız değiştirilmeleri veya ortadan kaldırılmaları câiz değildir. İdarenin, bireysel (ferdî) nitelikteki kararlarını, her zaman fesih ve tâdil edebileceğinin kabulü, İdare Hukukunda politik amaçları ön plâna almak isteyen bir davranışa prim vermek olur. Nasıl ki, *yargısal işlemlerin devamlılığı* (istikrarı), toplumda hukuk güvenliğinin sarsılmaması ve yargılama otoritelerinin itibarının zedelenmemesi bakımından gerekli görülüyorsa, *idarî işlemlerin devamlılığı* da keza hukuk güvenliğinin ve idare otoritelerinin itibarının sarsılmaması bakımından lüzumludur. Bir idarî işlemin İdare tarafından, süre kaydına bağlı olmadan, kanuna aykırılık bahanesiyle, serbestçe ortadan kaldırılabilmesi düşünülürse, idare makamlarının faaliyetine karşı güven beslemeğe imkân kalmaz. Yargısal işlemlerin kesin hüküm kuvvetini kazanmalarının, bunlarda kanunî gerçeğin dile getirilmiş olmasından ve şekli bir yargılamanın yapılması suretiyle hatâ ihtimallerinin azaltılmış bulunmasından ileri geldiği iddiası da bize pek isabetli görünmemektedir. Bu iddianın isabetsizliği, medenî yargılamanın *şeklî gerçeğe* yetindiği hususu gözönünde tutulduğu takdirde daha iyi anlaşılır. Buna karşılık idarî işlemler yapılmadan önce, idare otoritelerinin de maddî gerçeği araştırmak zorunda oldukları şüphesizdir (56). Kaldı ki, örneğin maddî gerçeği

(55) Genel affın suçu ve sonuçlarını ortadan kaldıracağı doğal olmakla beraber, bu türlü af bir kanunla yapılabileceğinden ve kanun normlar hiyerarşisinde kendi altında yer alan hukukî işlemleri de etkileyeceğinden, kanunun yaratacağı değişikliğin kapsamı yargısal işleme kadar uzanır. Özel af ise, yargısal işlemin yapısına değil, ancak sonuçlarına etki yapar.

(56) Bunun böyle olduğu Fransız ve Türk doktrinlerinde kabul edildiği gibi (bkz. AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, Rec. S. D., 1956, Doct. sh. 32; J. MEGRET, *De l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire*, Etudes et documents, 1953, sh. 77 vd.; ONAR, a.g.e., C. I, sh. 309 vd.; R. SARICA, *İdarî Kaza*, İst., 1949, sh. 89; DURAN, *İdare Hukuku Meseleleri*, İst., 1964, sh. 64), her iki ülkenin mahkeme içtihatlarında da kabul edilmiş bulunmaktadır (bkz. **Conseil d'Etat - Sommier kararı**, 21.12.1945, Rec. sh. 266; **Grobel kararı**, 30.6.1950, Rec. sh. 398; **Danıştay**, VI. D., E. 53/1029, K. 53/1799, KD. sayı: 61, sh. 90 - 91).

ortaya çıkarmağa çalışan ceza yargılamasında da hiç bir yanılma olmayacağı ve kararın yüzdeyüz maddî gerçeğe uygun olacağıının iddia edilmesi nasıl aşırı iyimser bir davranışsa, kesin hüküm gibi önemli bir hukuk kurumunun, böyle zayıf bir esasa dayandırılması da o derece isabetsizdir (57).

Öte yandan bazı yazarların yaptıkları gibi, bir işleme kesin hüküm kuvveti vermenin kanun koyucuya düşen bir iş olduğu kabul edilmekle yetinildiği takdirde, bu davranış, fikirleri pozitif hukukun dar çerçevesi içersine hapseder ve ondan sonra da artık meseleyi teorik açıdan tartışmağa imkân kalmaz. Üstelik bu görüş, kanun koyucunun idarî işlemler hakkında da kesin hüküm kuvvetini kısmen kabul etmiş olduğu bazı ülkelerin hukuk düzeni karşısında havada kalmağa mahkûmdur (58).

Kısacası, idarî işlemler de ister *Avusturya hukukunda* olduğu gibi *kesin hüküm kuvveti* (Rechtskraft) (59), ister *Alman hukukunda* olduğu gibi *fesih ve tâdil edilemezlik* (Unwiderruflichkeit) (60), ister *Fransız hukukundaki* gibi *dokunulmazlık* (intangibilité) (61) ve nihayet ister *Türk hukukundaki* gibi *idarî işlemlerin istikrarı* (62) deyimleriyle ifade edilsin, belli bir istikrara ve devamlılığa sahip olmak zornudadır. Belki hukuka uygun yargısal işlemin mutlak bir istikrar ve devamlılığa sahip olmasına karşılık hukuka uygun idarî işlemin istikrar ve devamlılığında bir kaç istisna kabul edilmiş olması gibi bir fark ileri sürülebilir (63). Fakat

(57) Ceza hukuku uygulamasında rastlanan adli hatalar, bu görüşün esastan mahrum olduğunu ortaya koymaktadır. Fakat ne yazık ki, SAVINGY gibi büyük bir hukuk bilgini dahi, yargılama sonunda verilen hükmün doğruluğunu bir varsayım (hypotése) olarak kabul etmiş ve kesin hüküm kavramını buna dayandırarak aynı hatalı görüşü paylaşmıştır.

(58) Gerçekten Avusturya, Polonya, Yugoslavya ve Çekoslovakya'da yürürlükte olan Umumi İdarî Usul Kanunlarında, idarî işlemler de, bazı istisnalar dışında kesin hüküm kuvveti kazanabilmektedirler.

(59) bkz. Allgemeines Verwaltungsverfahrens-gesetz, Art. 68.

(60) bkz. F. BECKER, Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, 1960, sh. 219 vd.

(61) bkz. LAUBADÈRE, a.g.e., sh. 184.

(62) bkz. Danıştay, D. 6, 26.4.1952 (SAYMEN - ERMAN - ELBİR, Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1954, C. I - II, sh. 1706).

(63) Fransız hukukçlarından RIVERO, daha da ileri giderek hukuka aykırı idarî işlemlerin de belli bir sürenin geçmesinden sonra artık de-

bu fark, daha ziyade bir nicelik (kemiyyet = quantité) farkı olarak görülmeli ve idarî işlemlerde de, yargısal işlemlerde olduğu gibi devamlılık ve istikrarın kuralı, değiştirilebilmenin de istisnayı teşkil ettiği kabul edilmelidir.

Yukardaki açıklamalar, yargılama faaliyeti ile idarî faaliyet arasında maddî bakımdan kesin bir ayırım yapmanın mümkün olmadığını göstermektedir. Esasen idare fonksiyonu ile yargı fonksiyonu arasında maddî bakımdan bir ayırım yapma çabası, öteden beri doktrinde büyük bir direnmeyle karşılaşarak başarısızlığa uğramış ve hâlâ kesin bir sonuca ulaşamamıştır.

4. Daha önce de belirtildiği gibi, yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasında maddî bakımdan bir fark görmeyen yazarlardan bazıları, yargısal işlem ile idarî işlem arasında, bu işlemlerin süjeleri bakımından bir fark bulunduğunu ve bu farkın, sözü geçen işlemleri meydana getiren organların teşkilâtlarıyla, işlemlerin meydana getirilişlerinde uygulanan usuller arasındaki farktan ibaret olduğunu kabul etmektedirler. Mahkemelerle idare makamlarının teşkilât ve yapı bakımından farklı oldukları doğru olmakla beraber, bunların uyguladıkları usullerin de farklı olması gereğini kabul etmek için hiç bir sebep yoktur. Nitekim sözü edilen görüş, sadece bazı pozitif hukuk düzenlerine bakarak, mahkemelerin yargılama faaliyetlerinde kanunla düzenlenmiş zengin muhakeme usulü kurallarını uygulamalarına karşılık, idarî faaliyetlerde aynı nitelikte kuralların bahis konusu olmadığını saptamakla yetinmekte ve bunun nedenini açıklamamaktadır. Bu nedenle, idarî faaliyetlerin de, yargılama faaliyetine benzeyen ve kanunla düzenlenmiş bulunan bir prosedüre, yâni umumî idarî usule veya yarı yargısal idarî usule bağlı tutulduğu hukuk düzenleri (64) bakımından, bu teorinin söyleyecek bir sözü kalmamaktadır.

ğıştirilemez ve ortadan kaldırılamaz hale geldiğini söyleyerek, içtihatların hukuk güvenliğine, kanuna uygunluktan daha büyük bir önem ve değer verdiğine işaret ediyor. bkz. RIVERO, Droit administratif, B. 3, 1965, Paris, sh. 93. Bu konuda özellikle **Ionseil d'Etat**'nın 1922 tarihli **Dame Cachet kararı** öncü olmuştur. Bu kararın incelenmesi için bkz. HAURIOU'nun içtihat notu, Recueil Sirey, 1925, II, 9.

(64) Özellikle Avusturya, Polonya, Macaristan, Çekoslovakya, Yugoslavya ve nihayet A.B.D. (Federal Administrativ Procedure Act) bu meydana sayılabilir.

Öte yandan mahkemelerle idare makamlarının faaliyetleri arasında, maddî bakımdan bir fark bulunmadığını kabul ettikten sonra, aktif idarenin faaliyetlerinde yargı organlarının izledikleri biçimde bir prosedürün bahis konusu olamayacağını ileri sürmek, bize pek tutarlı bir davranış olarak görünmemektedir. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, pozitivist bir eğilime sahip olan bu teori, meseleyi bilimsel bir açıdan ele almamakta ve gözleme dayanarak saptamakla yetindiği bazı olguların (vâkıaların) çözümlenmesine kadar varamamakta, ortaya attığı iddiaya da bilimsel bir gerekçe göstere-memektedir. Nitekim, meselenin yüzeyinde kalan bu teorinin zayıf tarafları, bizzat ortaya atıldığı ülkenin doktrinde (yani Fransız doktrinde) de çabuk farkedilmiştir. Gerçekten R. ODENT, idare organları ile yargı organlarının faaliyetleri arasında sun'î bir fark yaratılmağa çalışıldığını işaretliyerek, özellikle idarî işlemle yargısal işlemin birbirinin karşısında yer aldığını iddia etmenin, bunlar arasındaki ortak niteliklerin gözden kaçırılması demek olduğunu söylemektedir (65). MORANGE da idarî faaliyet ile yargı faaliyeti arasında, maddî bakımdan bir fark olmadığı gibi, usul ve şekil bakımından da bir fark olmaması gerektiğine dikkati çekmektedir (66).

Fransız doktrindeki şekilci görüşleri eleştiren GUILLIEN, daha da ileri giderek, bu görüşlerin, faal idarenin maddî niteliği bakımından yargısal olan faaliyetlerinin — ki bunlar büyük bir çoğunluğu teşkil ederler — perde arkasında kalmasına yol açtığını söylemektedir (67). Yazara göre, idarî faaliyetlerin büyük bir kısmında yargılama (muhakeme) unsuru yer almaktadır. Meseleye bu açıdan bakıldığı takdirde, denebilir ki bakan - yargıç (ministre - juge) veya idareci - yargıç (administrateur - juge) kurumlarından bahsedildiği çağlarda, gerçeğe daha yakın bir görüşe sahip bulunulmaktaydı. İdare, bir eylem veya işlemine karşı ilgililer tarafından dava açılmak istendiği hallerde, uyuşmazlığa ilk defa el koyan bir yargıç durumunda olmalıdır. Gerçekten, bu konuda başvurulacak ilk

(65) ODENT, Les droits de la défense, C.E. - Etudes et documents, 1953, sh. 61.

(66) MORANGE, Le principe des droits de la défense devant l'administration active Rec. Dalloz, 1956, H. 35, Chronique, sh. 121.

(67) GUILLIEN, Essai sur une réforme générale du contentieux administratif, Rec. Dalloz, 1955, Chronique, sh. 97.

kademe, bizzat İdaredir. Bunun bir delili, ön başvurma (recours préalable) kuralının genelleşmesidir (68). Karar veren Devlet organlarının yapıları ve teşkilâtları bir yana bırakılacak olursa, İdarenin faaliyetinde de, yargılama faaliyeti unsurlarının bulunduğu görülür.

IV. SONUÇ :

Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasındaki farkları isbatlayabilmek için ileri sürülmüş olan kriteriyumların eleştirilmesinden çıkan sonuçlar kanımızca şunlardır :

1. İdare fonksiyonu ile yargı fonksiyonu arasında amaçları açısından büyük bir fark yoktur. Gerçekten, her iki fonksiyon da sosyal hayatın korunması ve geliştirilmesi, toplum içindeki çeşitli menfaatlerin uzlaştırılması ve nihayet adalete dayanan bir düzenin gerçekleştirilebilmesi gibi amaçlara, kısacası kamu yararının sağlanması amacına yönelmiştir. Esasen bunlar aynı zamanda Devletin bütün fonksiyonlarına egemen olan amaçlardır ve bu nedenle, son amaç bakımından yapılmaya çalışılan ayırım yerinde değildir.

2. Bütün Devlet fonksiyonlarının en son amaçta birleşmeleri, bu fonksiyonlar arasında hiç bir fark olmadığını göstermeğe yetmez. Şu kadar ki, sözü edilen amaçlara ulaşmak için gösterilen faaliyetler bakımından *İdare* ile *Yargı fonksiyonu* arasında varlığı inkâr edilemeyen yakınlık, bu fonksiyonlarla *yasama fonksiyonu* arasında görülmez. Gerçekten idare fonksiyonu ile yargı fonksiyonu arasındaki ortak nitelik, her ikisinin de kanun çerçevesi içersinde faaliyet göstermesi, daha doğru bir ifadeyle, kanunu uygulamasıdır (69). Oy-

(68) Gerçekten, Fransa'da 1953 idare reformunda Conseil d'Etat nezdinde açılacak tam yargı davalarında bir **ön kararın** (décision préalable) bulunması gereği istisnasız bir prensip olarak kabul etmiştir. Mamafih Conseil d'Etat, bunu sert uygulamamakta bir çok hallerde davacının ön başvurmada bulunmamış olmasına rağmen, açtığı davada İdarenin savunmasını **uyuşmazlık bağı**nın (liaison du contentieux) teşekkül etmesi için yeterli görmektedir. Bu hususta bkz. Conseil d'Etat'nın 1947 tarihli MICHAUX kararı, RDP., 1948, sh. 84.

(69) 1961 T.C. Anayasasının «Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde... yerine getirilir.» diyen 6. maddesi ve tüzüklerden bahseden 107. mad-

sa yasama fonksiyonunun faaliyeti, kanunları uygulamak değil, meydana getirmek biçiminde görülür.

3. Kanunların uygulanmasını sağlarken idare ve yargı organlarının farklı biçimde hareket ettiği, bunun ise idare makamlarının kanun karşısındaki durumuyla, yargı mercilerinin kanun karşısındaki durumunun farklı oluşundan ileri geldiği yolunda öne sürülmüş bulunan görüş tamamen doğru değildir. Bu görüş, Yargının kanunla sıkıca bağlı olmasına karşılık İdarenin kanun karşısında geniş bir serbest hareket alanına sahip olduğu noktasından hareket etmektedir ki, hatalı olduğu kadar tehlikelidir de. Kanun koyucunun genel hükümler koymakla yetinmesi ve sık sık kapsamı ve muhtevası belirsiz hukuk kavramları kullanması karşısında, bu kanunları uygulamakla yükümlü olan organların, önlerine gelen meselelerde kendi hukuk anlayışlarını, başka bir deyimle, takdir kudretini kullanmaları, bu organların yargı veya idare disiplinine dahil olmalarına göre farklı açılardan görülmeye çalışılıyorsa, bu davranış, hukuka bağlı Devlet ilkesinin henüz yerleşmemiş ve lâıykıyla kavranamamış olduğu çağlara ait görüşlerin etkisinin hâlâ devam etmekte olduğunu gösterir. Çünkü modern Hukuk Devletinde gerek yargı, gerek idare organları kanunları uygularken, bu kanunların yöneldikleri en son amaçtan ayrılamayacakları gibi, bir kanunun toplumun hâli hazırdaki görüş ve ihtiyaçlarına uydurulması yönünden de, her iki disipline dahil organların tutum ve davranışları arasında bir nitelik farkı olamaz. Eğer kanun koyucunun İdareye, karar verirken şu veya bu alternatifler arasında tamamen serbest bir seçim yetkisi tanıdığı, yargı organlarının faaliyetlerinde ise böyle bir duruma rastlanmadığı ileri sürülüyorsa, hemen işaret edelim ki, bir kere İdareye bu kadar geniş seçim yetkisi veren hükümler pek az olduğu gibi, böyle hallerde de İdare bu yetkiyi yerinde kullanmakla ve yetkinin iç ve dış sınırlarını aşmamakla yükümlüdür.

Kısacası her iki fonksiyon da takdir yetkisini kanunun sınırları içinde ve yukarda açıklandığı gibi birbirine çok yakın amaçlara bağlı kalarak kullanmak zorundadır. Bu bakımdan *kanun koyucunun takdir yetkisinin aslî* (originare) olmasına karşılık, *gerek Yargı,*

desiyle Yönetmeliklerden bahseden 113. maddesinin bu işlemleri kanunların sarahatına bağlaması karşısında, bugünkü hukuk düzenimizde, «Kanun olmayan yerde İdare de yoktur» denmesi doğru ve yerindedir.

gerek İdare fonksiyonunun takdir yetkisi türetilmiş (dérivé) bir yetkidir.

4. Bireysel (ferdî) nitelikte idarî işlemlerin, yargısal işlemlerden nitelikleri bakımından farklı olmadıkları meydandadır. Bir ke-re, yargısal işlemlerde olduğu gibi, idarî işlemlerde de olay ve hukuk normu karşısında bir mantık işlemi (önerim) görülür. Bundan başka, idarî işlemlerle yargısal işlemler arasında, birincilerin yapıcı, ikincilerin ise gösterici olduğu biçiminde yapılan ayırım, bir dereceye kadar doğru olmakla beraber (70), bu nokta konumuz bakımından önemli değildir. Çünkü yapıcı işlemlerle, gösterici işlemler arasındaki fark, muhtevaları bakımından değil, olsa olsa sonuçları bakımındandır (71). Bu nedenle bahis konusu işlemlerin meydana getirilişleri sırasında herhangi bir fark gözetilmesi yersizdir.

5. Yalnız şurası da işaret edilmelidir ki, idare makamlarının hukuk normlarına bağlılıkları, bazı türden faaliyetleri bakımından biraz zayıflamış gibi görünmektedir. Buna özellikle, İdarenin kamu kudretini kullanmadan sosyal ve ekonomik hayatın fonksiyonlarına, bir müteşebbis durumunda, aktif olarak katıldığı hallerde rastlanır. İdarenin bu tip faaliyetleri, nisbeten yeni olmakla beraber, günümüzde hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde görülmektedir. İdare, sosyal ve ekonomik hayata aktif surette katılarak doğrudan doğruya bir takım teşebbüsler meydana getirdiği hallerde, dahâ serbest hareket eder. Gerçi İdarenin sosyal ve ekonomik alanlarda faaliyet gösterirken gene hukuka bağlı kalması ve adalet (ve özellikle sosyal adalet) ilkesini gerçekleştirmeyi kaçınılmaz bir görev olarak kabul etmesi gerekir. Bununla beraber, İdarenin bu alandaki faaliyetleri o derece çeşitli ve bunların yapıları, teknik koşulları ve olanakları o kadar farklı özellikler taşır ki, bunların yargı fonksiyonundaki gibi sıkı usul kurallarına bağlı tutulması ne doğrudur,

(70) «Bir dereceye kadar doğru» diyoruz, çünkü İdarenin de gösterici nitelikte birçok işlemi vardır. Bir mükellefin vergi borcunu belirleyen işlemler, idarî başvurular üzerine verilen kararlar, bir ferdin uyruğunu belirleyen kararlar, doğal kamu mallarının beirlenmesine dair kararlar v.s. bu kategoridedir.

(71) Gerçekten yaratıcı işlemler, yeni haklar veya hukukî durumlar meydana getirdikleri halde, gösterici işlemler varolan bir hakkı veya hukukî ilişkiyi ya da bir hukukî durumu saptar ve bildirir, bir hakkın kullanılmasına yetki verirler.

ne de mümkündür. İdarenin bu tip faaliyetleri, yargı mercilerinin faaliyetlerinden tamamen farklıdır.

6. Yargı fonksiyonu ile İdare fonksiyonu arasındaki yegâne fark, birincisinin organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merci ve ajanlar tarafından yerine getirilmesine karşılık ikincisinin bağımsız olmayan idare ajanları tarafından yerine getirilmesidir. Maamafih son zamanlarda, hukukî meselelerde karar veren idare ajanlarının da tarafsızlığının sağlanmasına doğru bazı adımlar atıldığı görülmektedir (72).

7. Bu etüdümüzün amacı, Yargı ile İdare arasındaki farkları tamamen ortadan kaldırıp, Yargının sahip olduğu teminatı zayıflatmak değil, tam aksine Yargının sahip olduğu bu teminata İdarenin de yavaş yavaş kavuşturulması için teorik bir teşebbüste bulunmaktır. Gerçekten, yukarda gösterildiği gibi, bireysel (ferdî) nitelikte idarî işlemlerle yargısal işlemler arasında maddî bakımdan esaslı benzerlikler görülebiliyorsa, sadece ikincileri kanunen düzenlenmiş bir prosedüre bağlayıp, birincileri böyle bir prosedür disiplini dışında bırakmak, başka bir deyişle, yargılama kurallarını daha yumuşatılmış bir biçimde idarî faaliyetlerde de uygulamaktan kaçınmak için bir sebep kalmıyor demektir. Çünkü maddî muhtevalardaki benzerlik, usul ve şekillerdeki benzerliği de beraberinde getirir.

Asist. Dr. A. Ülkü AZRAK

(72) Bu konuda bkz. LANGROD, Procédure administrative et droit administratif, Revue Internationale des Sciences Administratives, 1956. sh. 82.