

İDARE HUKUKUNUN EKSEN KAYMASI: İDARENİN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN GEREKÇELENİRİLMESİ SORUNU

Araş. Gör. Halit Uyanık*

Bu çalışmada idare hukukunun eksen kayması ifadesinin tercih edilmesi, kamu hizmeti, kolluk, kamu yararı gibi idare hukukunun temel kurumlarının idare tarafından kurulması, belirlenmesi, somutlaştırılmasının artık hemen hemen bütün içeriği ile sorgulanıp, idari faaliyetlere bireyler¹ zaviyesinden yaklaşılmasının gereklilik olarak hissedilmesi dolayısıyladır. Bu bakımdan idare hukukunun temel kurumlarında idarenin, kurucu işlevini muhataplarına bırakması bir eksen kayması olarak ele alınacaktır. İdari faaliyetlerde idarenin işlevi araçsallaşmaktadır.

Ayrıca idare hukukundaki değişimin eksen kayması olarak isimlendirilmesi, idare hukukunun temel müesseselerine ilişkin iradeci kuramlar ile faydacı kuramların yarışmasıyla da açıklanabilir. Diğer bir deyişle idarenin üstün ve imtiyazlı yetkilerle donanması ve temel kurumlarındaki dönüşümü iradeci kuramlardan hareketle okunabileceği gibi faydacı kuram perspektifinden de okunabilir². İradeci yaklaşıma göre idari faaliyetlerdeki kamusal ve ortak nitelikler, bireysel tercih ve iradeleri aşan nitelikte olmakla genel iradenin bir ifade biçimidir. Faydacı yaklaşıma göre ise idari faaliyetlerdeki kamusal nitelikler, tek tek bireylerin faydası merkeze alınarak, en azından bunun teminini gerçekleştirilmesi bakımından, açıklanabilir.

Bu çalışmada idare hukukunun dönüşümünü okuyabilme ve önceden görebilmede faydacı yaklaşım perspektifinden bir kapı aralanmaya çalışılacaktır. Bu sebeple amaç, idare hukukunun temel kavramlarına yönelik içeriksel değerlendirmelerden ziyade araçsal gerekçelendirme metodunun bu dönüşümün okunmasındaki katkısını ortaya koymaktır.

Yine bu çalışmada bireyler bakımından idarenin ve faaliyetlerinin gerekçelendirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilecek; mümkünse buna ilişkin bir kapı aralanmaya çalışılacaktır. İdarenin üstünlüğünün ve faaliyetlerinin yalnızca gerekçelendirilmesi yeterli olmayıp kamusal statüsünün ne dere-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Burada kullanılan birey kavramı, idari faaliyetlerde karşı tarafı ve/ya idari faaliyetten etkilenen kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır.

² Özellikle kamu yararı, kamu düzeni gibi topluluk bildiren kavramların kullanımı metafizik ve belirsizlik barındıran göndermeleri sebebiyle kurucu işlevini yitirmeye başlamış; ancak II. Dünya savaşı sonrasında liberal düşüncenin sosyal içeriğiyle canlanmasıyla birlikte hukuk, iktisat ve siyaset alanlarında kurucu işlevini yeniden yüklenmiştir.

cede ve nasıl devam edeceğinin de göz önüne alınması büyük önem taşımaktadır. Yani idarenin yeni kamusal usuller benimsemesinin, yeni kişilikler oluşturmamasının ve bazı kamusal usulleri terk etmesinin gerekçelendirilmesinin yeterli olmadığı; ayrıca ileriye yönelik olarak bunu devam ettirebilmesindeki meşruluğunu da temin etmesi gerekmektedir. Türk idare hukuku uygulamaları açısından bu dönüşüm, daha çok pratik gereklilikler gözetilerek yapılırsa da sağlam bir meşruluk zemini kurulmadan dönüşümün kalıcılığı sağlanamamakta ve büyük kamusal zararlara yol açmaktadır.

1. İdare Hukukunun Dönüşüm Alanları

İdare hukukunun iktisat, siyaset ve ahlak disiplinleri ile teorik ve pratik açıdan etkileşiminin bir sonucu olarak bu alanlardaki bütün dönüşüm unsurları idare hukukunu ya doğrudan ya da dolaylı bir şekilde etkilemektedir. Hukukun bir dalı olarak idare hukuku esasında sosyal bir disiplin olduğundan diğer sosyal disiplinler ile sürekli etkileşim içerisindedir. Böyle bir etkileşim ise değişim ve dönüşümün sürekliliğini zorunlu kılmaktadır³. Örneğin idari faaliyetlerin içeriği en nihayetinde toplumsal ihtiyaçlardan hareketle belirlendiği için, toplumun ekonomik ve siyasi yapısı ile ahlak düşüncelerinin değişimi bu faaliyetlerin de değişimini zorunlu kılmaktadır.

İdare hukukunun diğer sosyal alanlarla etkileşimine de bağlı olarak ortaya çıkan dönüşümü, hem pratik boyutta hem de teorik boyutta meydana gelmektedir. Uygulama merkezli değişim hemen hemen tamamıyla pratik ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Teorik dönüşüm ise idarenin ve faaliyetlerinin gerekçelendirmesi (*justification*) sorunsalı çerçevesinde şekillenmektedir⁴.

Pratik ve teorik boyutta gerçekleşen dönüşüm durumu idareye hem fonksiyonel anlamda hem de organik anlamda yansımaktadır.

1.1. İdareyi fonksiyonel anlamda ele aldığımızda bu dönüşüm idare hukukuna, çok açık bir örnek olarak idari faaliyetlerin dönüşümü veya yeni idari faaliyetlerin tesisi şeklinde yansımaktadır. Kamu hizmeti bakımından hem kurumun idare hukukundaki klasik anlam ve işlevi hem de hukuki rejimi dönüşüme uğramaktadır. Diğer taraftan kamu hizmetinin görülüş usulleri, özelleştirilmesi, kamu hizmetini görmek üzere idare ile özel kişiler arasında yapılan hem idari hem de özel hukuk rejimine tabi sözleşmeler bu dönüşüme konu olmaktadır.

1.2. Organik anlamdaki dönüşüme ise idari faaliyetleri yerine getiren kişilerin hukuksal durumlarındaki dönüşüm açık bir örnek olmaktadır. Bu kapsamda özellikle idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde kamu tüzel kişiliğinin bir parçası olma koşulu hemen hemen tamamıyla yeterli kıstas olmaktan çık-

³ Sosyal disiplinlerdeki bu boyut, bilimsellik tartışmalarındaki şüphelerin önemli bir sacayağını oluşturmaktadır. Konunun kapsamını aşacağından bu noktaya sadece değinmekle yetineceğiz.

⁴ Diğer bir ifade ile gerekçelendirme sorunu, idare hukukunun dönüşümündeki teorik boyut kapsamında değerlendirilebilecek bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerekçelendirme problemi bu çalışmada bir meşruluk problemi olarak ele alınmaktadır. Gerekçelendirme sorununun kapsamı aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

mıştır. İdari faaliyetleri yerine getiren kişiler artık kamu tüzel kişileri, *kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri*⁵ ve *tamamıyla kamudan bağımsız olan özel hukuk kişileri* olarak karşımıza çıkmaktadır. Organik bakımsan söz konusu olan dönüşümde temel sorun, bu kişilerin hukuksal statülerinde ve yerine getirdikleri idari faaliyetlerin hukuki rejiminde karşımıza çıkmaktadır.

Her iki dönüşüm alanında da bireylerin idare karşısındaki durumu belirleyici bir yere sahiptir. Öyle ki dönüşümün nitelendirilmesinde doğrudan doğruya bütün idari faaliyetlerde faaliyetten yararlanan, idarenin yaptığı sözleşmelerde ise hem sözleşme tarafı hem de sözleşme konusu faaliyetten etkilenen üçüncü kişilerin idareden ve faaliyetten beklentileri belirleyici olmaktadır.

1.3. İdare hukukunun dönüşümünde karşımıza, idare hukukunun kamu hizmeti ve kolluk gibi klasik müesseselerinin kurum olarak görünümündeki daralma⁶ ve idarenin içinde yer aldığı, özel hukuk dâhil, bütün faaliyetleri etkilemesi ve kendine göre şekillendirmesi çıkmaktadır⁷. Kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin hukuksal rejimi klasik görünümleri bakımından bir daralma ile karşı karşıyadırlar. Örneğin öncelikle ve özellikle sını ve ticari kamu hizmetleri bakımından klasik kamu hizmeti rejiminin birçok unsuru etkisini yitirmiştir⁸.

Aynı şekilde idare hukukunun dönüşümü idari faaliyetlerin etki alanının genişlemesiyle de örneklenebilir. Bunu “kamu hizmetinin dönüştürücü etkisi⁹” veya “kamu yararının idare hukukunun dönüşümündeki rolü¹⁰” kavramları ile ifade etmek mümkündür. Örneğin regülasyon faaliyetinde idare, kamu hizmetini bizzat yerine getirmediğinden hizmetin yerine getirilmesinde rol alan özel hukuk kişileri üzerindeki denetim ve gözetim yetkisini kamu yararı gerekçesiyle daha “yoğun ve kapsamlı” olarak kullanmaktadır¹¹. Kamu hizmeti gibi müesseselerin hukuksal rejimi, dönüşümün etkisiyle idare hukukunun klasik görünümünün olabildiğince dışına çıkmakta iken aynı zamanda kamu hizmetinin dönüştürücü etkisiyle¹² de eskiden özel hukuka tabi tutulan faaliyetlerin içten denetim ve kamu hukukuna tabi olma gereği ile kamu hukukunun etkileşimine tabi tutulması söz konusudur¹³.

⁵ “*Kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri*” ifadesi, Prof. Dr. Aydın Gülan’ın İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verdiği yüksek lisans ve doktora derslerinden esinlenilerek kullanılmaktadır.

⁶ Aydın Gülan, “Conseil D’etat’ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, in **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayın Büro Yayınları, Ankara, 2000, s. 23-4.

⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 969/33, K: 971/7, Tarih: 21.01.1971.

⁸ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku I Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, 7. Bası, s. 685-87.

⁹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, in **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 140-154.

¹⁰ Gülan, “Conseil D’etat’ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 24.

¹¹ Cenk Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 104, 112.

¹² Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, s. 143-4.

¹³ Gülan, “Conseil D’etat’ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 24.

Kamu hizmeti alanındaki dönüşüm, daha çok bireylerin kamu hizmetindeki etkinliğinin artması yönünde şekillenmektedir. Örneğin özelleştirme uygulamalarında bunu çok net olarak görebiliriz. Yine idarinin taraf olduğu sözleşmelerin tabi olduğu kurallardan bakımdan idare hukukunun dönüşümünde temel aktör özünde özel kişilerin beklentilerinin karşılanabilmesidir.

1.4. İdare hukukunun siyaset düşüncesi ile etkileşiminde dönüşüm aktörleri olarak karşımıza daha çok liberalleşme ve demokratikleşme gibi ilkeler çıkmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği ile entegrasyon sürecinde bu iki ilkenin Türk İdare Hukukunun temel müesseseleri üzerindeki etkisi çok önemlidir. Öyle ki özelleştirme, kamu ihaleleri, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin hukuki rejimi, kamu kesiminin içeriği gibi konularda yaşanan değişiklikler üzerinde bu iki ilkenin etkisi açıkça gözlenebilir.

1.5. İdare hukukunun iktisat ile etkileşimi sonucunda gerçekleşen dönüşümünde, ekonomik istikrarın sağlanmasına yönelik yatırımcıların belirsizlik ortamının giderilmesi yönündeki talepleri¹⁴ ile idarenin ekonomi üzerindeki belirleyici konumunun yerindeligi ve piyasalardaki etkisi üzerinde durulmaktadır¹⁵. Bu kapsamda idarenin ekonomiye müdahalesinin sınırı nerede başlayıp nerede bitmektedir, kamu hizmetini yerine getiren özel hukuk kişilerinin idare ile olan etkileşiminde ekonomik belirsizliğe son verilmesi mümkün müdür; bu konuda idare ile karşı tarafın beklentilerinin nereye kadar karşılanabileceği gibi sorunların temelinde bu etkileşim yer almaktadır. Bu kapsamda en etkili sorun serbest rekabete dayalı Ortak Pazar kavramı ile klasik kamu hizmeti kavramının bağdaştırılması sorunudur¹⁶.

1.6. İdare hukukunun ahlak¹⁷ ile etkileşiminde idarenin bireylerin hayat tercihleri bakımından ne yapmaları gerektiğinin belirlenmesi sorunu önem taşımaktadır. İdarenin birçok faaliyetinin bireylerin ahlaki tercihleri üzerindeki etkisi kaçınılmaz olduğu gibi bireylerin ahlaki tercihlerinin de idari faaliyetler üzerindeki etkisi kaçınılmazdır. Ahlakın idare hukuku üzerindeki en belirgin etkisi idari faaliyetlerin gerekçelendirilmesi sorununda karşımıza çıkmaktadır. Yani idari faaliyetler ile toplumun genel olarak eylemlere yansıyan ahlaki tercihleri arasındaki uyum uzun vadede idari faaliyetlerin meşruluğunu etkilemektedir; bu durum idari faaliyetlerin ahlaki tercihlerin değişimine bağlı olarak bir dönüşüme uğramasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin birey kavramının idare hukukunun dönüşümüne etkisi ahlak ile etkileşimini net olarak göstermektedir.

Netice olarak ahlak, siyaset ve hukuk birbirinden bağımsız olarak ele alınması mümkün olmayan, birindeki dönüşümün diğerleri üzerindeki etkisinin kaçınılmaz olduğu disiplinlerdir.

¹⁴ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 55-6.

¹⁵ Ali Ulusoy, "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 267-8.

¹⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 17; Ulusoy, "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", s. 268.

¹⁷ Bu çalışmada ele alınan ahlak alanı ile idare hukukunun etkileşiminde daha çok kuramsal ahlak vurgusu önem taşımaktadır.

2. İdarenin Doğası ve Gerekçelenirilmesi Sorunu

İdare hukuku hukuk disiplini içerisinde otonomisi olan bir daldır. Öyle ki idare hukuku hukuk nosyonunun bütün gereklerini bünyesinde barındırdığı gibi, bir yönüyle kamu yönetimi ve yönetim bilimi ile yoğun bir ilişki içerisinde, diğer yönüyle de iktisat ve siyaset disiplininin temel konuları ile kendine özgü bir etkileşim içerisinde. Bu bakımdan idare hukuku hukuk içerisinde ayrı ilkeleri ve prensipleri bulunan buna bağlı olarak temel kurumlarına özgü hukuki rejimleri olan bir daldır. İdare hukukunun otonom bir dal olmasının doğal bir sonucu olarak temel kurumlarının ayrı hukuki rejimlerinin yanı sıra idare hukukunda idarenin doğasından kaynaklanan temel özellikleri belirleyici konuma sahiptir. İdare hukukunun bütün kurumları idarenin doğasından etkilenerek hukuksal rejimlerini tesis etmektedir.

2.1. İdare hukuku oldukça yeni, yasal düzenlemeleri dağınık yapıda olan, içtihat eksensli ve normatif bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun bu nitelikleri olumlu bir özellik olduğu gibi kurallarının belirsizliğine, değişkenliğine ve süreksizliğine sebep olmasıyla da olumsuz bir özellik olarak kabul edilebilir. Neticede idare hukuku kamu yararını amaçlaması dolayısıyla tek yanlı, objektif davranış ve güven gereksinimi dolayısıyla da normatif bir hukuk dalıdır¹⁸.

2.2. İdarenin doğasında üstünlük iddiası vardır. Bundan dolayı idare, bizatihi idare olmak bakımından üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. Yani idare, özel hukuk alanındaki kişilerden farklı olarak, faaliyetlerini tek yanlı iradesiyle yürütebilir ve icrai nitelikte, etkili işlem ve eylemler yapabilir. İdarenin bu üstün ve ayrıcalıklı yetki alanının belirlenmesinde genel olarak kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararı gibi idareyi karakterize eden ölçütler kullanılmaktadır¹⁹. İdarenin üstün doğasının bir sonucu olarak idare, bütün faaliyetlerinde ve kararlarında *kendisine uyulmasını bekler*.

2.3. Hukuku *kural koyma, uygulama ve yargılama* süreçlerinden oluşan bir bütün olarak ele almak mümkündür. İdare hukuku bunlardan *uygulama* sürecinin hemen bütün karakteristik özelliklerini bünyesinde taşımaktadır. Bu kapsamda özellikle sosyal koordinasyonun sağlanmasında idarenin konumu büyük önem taşımaktadır. Sosyal koordinasyonun en önemli araçları arasında kamu yararı amacıyla toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması (kamu hizmeti), kamu düzeninin sağlanması (kolluk), özendirme – destekleme faaliyetleri ve düzenleme – denetleme faaliyetleri (regülasyon) yer almaktadır. Bütün bu durumlar ise idarenin başlıca faaliyet alanlarını oluşturmaktadır²⁰.

2.4. İdarenin üstünlüğünü gerekçelenir bakımından üç farklı yaklaşımın öneminden bahsedebiliriz:

İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donanmasını *yükümlülük (gereklik, zorunluluk)* temelinde ele alan yaklaşım,

¹⁸ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku I Genel Esaslar**, s. 18-19.

¹⁹ İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 370-72.

²⁰ Regülasyonun hem kapsam ve sınırının belirlenmesi hem de farklı bir hukuki rejime tabi olması bakımından ayrı bir faaliyet olarak kabulü hakkında bkz. Aydın Gülan, Kemal Berkarda, "İdari Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", in İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 386; Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, s. 103-18.

İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkisini *yetkilendirme* temelinde gerekçelendiren yaklaşım,

İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkisini *sosyal mutabakata* dayandırarak gerekçelendiren yaklaşım.

2.4.1. İdarenin varlığını ve üstünlüğünü yükümlülük temelinde ele alan yaklaşımı doğal hukukçu gelenek içerisinde bulabiliriz. İdarenin varlığı ve üstünlüğü, bir gereklilik ve zorunluluk ise muhataplar bakımından bir yükümlülük de söz konusu olacaktır. Buna göre idare bir faaliyet yürüttüğünde, bu faaliyetin doğasında idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıktığı için muhataplar bu faaliyete uyma yükümü altında bulunmaktadır. Böyle bir gereklilik sebebiyle idarenin faaliyetlerine uyma yükümlülüğü ahlaki bir yükümlülüktür. O halde idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmasını *yükümlülük* temelinde ele alan yaklaşım meşruluğunu ahlakiliğe dayandırmaktadır. Bu düşünceye göre '*en kötü düzen bile düzensizlikten daha iyidir*' postulatından hareketle kamu düzeni ve toplumsal ihtiyaçlarının karşılanması bakımından idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkileri gerekli ise bunun kullanılması kullanılmamasından daha iyi olduğu neticesine ulaşılabilir. Yine bu düşünceye göre idarenin bütün faaliyetlerinin temelinde ahlaki bağlantıları tartışılmayan adalet²¹, yarar ve rıza gibi ahlaki kavramların da yer aldığını belirtebiliriz²².

Gereklilik yaklaşımına göre idarenin varlığı ve üstünlüğü kamu yararının teminini güvence altına almakta ve birlikte yaşamayı mümkün kılmaktadır. Çünkü her idari faaliyetin ilk amacı kamu yararını gerçekleştirmek olmalı²³ ve toplumsal yaşamı mümkün kılmalıdır. Finnis'ten hareketle idarenin sadece bu işlevi nedeniyle muhataplar üzerinde idareye *içerikten bağımsız bir uyma yükümlülüğü* doğurduğunu söylemek mümkündür²⁴. Buna göre idari işlemler bakımından *hukuka uygunluk karinesi*, ahlaki olarak temellendirilmiş olmaktadır. Yani bütün bireyler bakımından idarenin bütün işlem ve eylemlerine uyma yükümü vardır. Hatta böyle bir yükümlülük idarenin işlem ve eylemi yürürlükteki hukuka veya olması gereken hukuka aykırı olsa bile vardır. Çünkü idare varlığıyla ve üstünlüğüyle kamu yararını ve toplumsal yaşamı mümkün kılmaktadır. Sonuçta yükümlülük yaklaşımına göre idare hukukunun dönüşümü ancak kamu yararı ve birlikte yaşama zorunlu kıldıkça mümkün ve gerekli olmaktadır. Yani kamu yararı gerektirdikçe idare hukuku dönüşür ve dönüşmesi gerekir. Yine ortak yaşam gerektiriyorsa idare hukuku dönüşür ve dönüşmesi gerekir.

Yükümlülük temelli yaklaşım idare hukukunun dönüşüm alanlarını gerekçelendirme bakımından mevcut meşruluk zemininden daha fazla bir imkân

²¹ John Rawls, **A Theory of Justice**, 3. baskı, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1972, pp. 3-6.

²² Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, Oxford, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 275-80.

²³ Thomas Aquinas, **The Summa Theologica: Treatise on Law**, Q. 90, Art. 2.

²⁴ John Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, 2. bs., Oxford, New York, Oxford University Press, 2001, pp. 245-249.

sunamadığından, özellikle idarenin bazı kamu hizmetlerinden el çekmesini ve regülasyon faaliyetlerini gerekçelenirmekte yetersiz kalmaktadır.

2.4.2. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkisini *yetkilendirme temelli* gerekçeleniren yaklaşımlar ise, John Austin ve Hans Kelsen'in düşüncelerinde bulabiliriz. Austin'e göre idarenin varlığı ve üstünlüğü gerekçelenirilirken temel atıf, alışlagelmiş bir uyma davranışının bulunmasındadır²⁵. Böyle bir uyma davranışı ancak idarenin toplumda meşru bir şekilde baskı kurabildiği bağımsız siyasi toplumlar içerisinde idarenin üstünlüğünü gerekçelenirebilir. Kelsen'e göre idarenin toplum içerisindeki üstün ve ayrıcalıklı konumu ancak insan davranışlarını düzenleyen normatif sistem içerisinde mümkündür²⁶. Bu durumda idarenin varlığı ve üstünlüğü ancak normlar hiyerarşisinde bir üst norm tarafından yetkilendirilmekle gerekçelenirilmektedir.

Austin ile Kelsen arasındaki en önemli fark, idarenin fiili varlığına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Austin için idarenin varlığı ve üstünlüğü, fiilen diğer iktidarlardan (hukuk dışı diğer bütün iktidar odaklarından) daha güçlü ise, bu durum gerekçelenirme için yeterlidir. Oysa Kelsen bunu yeterli görmez ve 'kamusal bir gücün varlığı ancak yetki unsuru ile belirlenmiş bir sosyal organizasyon ile mümkündür' görüşünü ileri sürer²⁷. Bu yaklaşım ile idare hukukunun temel ilkelerinden *kanuni idare* ilkesi temellendirilmiş olmaktadır. Yine idare hukukundaki yetkisizlik ilkesinin asıl olması da temelde bu yaklaşımla açıklanabilir.

2.4.3. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkesini sosyal mutabakata dayandırarak gerekçeleniren yaklaşımı ise genel olarak Hart'm hukuk kuramında görebiliriz. Hart'a göre idare hukuku için idarenin faaliyetlerinde doğrudan doğruya bireylere hak bahşeden ve yükümlülükler yükleyen bir etki doğurması veya bir hizmeti yerine getirmesi (*birincil kurallar*) tek başına yeterli değildir²⁸. Hart'm bu açılamdaki temel dayanak, toplum gözünde birincil kuralların kendi meşrulukları kendiliklerinden sağlayamayacağı noktasındadır. Hart'a göre bir sistemin yasalarını yapmada, yasa koyucu ve yasaları yorumlayıp uygulayıcı kurumlarını yetkilendirmedeki temel kriterleri belirleyen ikincil kurallara ihtiyaç vardır. Bu ikincil kurallar ise sosyal mutabakata dayanmaktadır.

Hart'm yaklaşımına göre idarenin faaliyetlerinin bizzat kendisi toplum bakımından büyük bir gereklilik ve önem taşımaktadır. Ancak bu idari faaliyetler gerek hukuk sistemi içerisinde gerekse toplum içerisinde kendi meşruluklarını kendiliklerinden temin edemezler (edememektedirler). Çünkü böyle bir toplumda sosyal kontrolün (kamu düzeninin) sağlanması yerleşmiş alışkanlıklar aracılığı ile yerine getirildiğinden ve idarenin uygulamaları geleneklere da-

²⁵ John Austin, **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**, (with an Introduction) Ed. by. H. L. A. Hart, New York, The Noonday Press, 1954, p 212.

²⁶ Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Trans. by. Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard UP, 1949, pp. 15, 20, 189-190.

²⁷ Kelsen, **General Theory of Law and State**, p. 190.

²⁸ H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, (with a Postscript) Ed. by. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, 2. baskı, Oxford, New York, Oxford University Press, 1994, pp. 91-94.

yandığından²⁹ rasyonel değerlendirmelerin yapılması mümkün değildir³⁰. Ayrıca idarenin bütün idari faaliyetlerinde sadece birincil kuralların geçerliliğinden hareket edilmesi statik bir etki doğurabilir. Bu sebeple farklı ve değişen toplumsal durumlar için eski usullerin ve kuralların uyarlanması ve yeni usul ve kuralların oluşturulması gerekliliği karşılanmayabilir. Hart'ın sisteminde bu rasyonellik ve statiklik sorunu ikincil (tanıma) kuralları aracılığıyla çözülebilir. Çünkü bu kurallar sadece birincil kurallar hakkındaki kurallardır. İdare hukuku bakımından tanıma kuralları idarenin bütün faaliyetleri, teşkilatı ve işleşiş usulü hakkında olan kurallardır. Hart'a göre bu kurallar toplumsal mutabakatın bir ürünü olarak sadece temsilcilerin oluşturduğu yasalar aracılığıyla oluşturulamaz. Toplumsal mutabakatın zorunlu unsuru tek tek bütün bireylerin birbiriyle olan ilişkilerinde ortaya çıkan ve bireylerin (öznelere) *iç bakış açılarını* yansıtan bir zemine sahip olmasıdır.

Hart'ın yaklaşımı ahlaki bakış açısını da kapsayıcı niteliktedir. Toplumsal mutabakat bir kanunun ve bir idari faaliyetin bireyler tarafından iç bakış açısıyla tanınmasına ve onaylanmasına bağlıdır. Bu bakımdan doğal hukuk düşüncesinde yer alan adalete uygunluk kriteri toplumsal mutabakat ürünü olduğu müddetçe ikincil kural niteliğine sahip olabilir.

İdare hukukunun bütün veçhelerini düşündüğümüzde her üç yaklaşımın da önemli bir yere sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu yaklaşımlar aslında idare hukukunun birçok kurumunun temellendirilmesinde ayrı ayrı önemli misyonlar üstlenmektedir.

Sonuç olarak, İdare yapmış olduğu bütün hukuki faaliyetlerde bir yarışma içerisinde olmayıp ayrıca ve öncelikle kamu yararını da temsil ettiği için üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmaktadır. Oysa özel hukuk alanında öncelikle irade serbestliği esasından hareket edildiğinden karşılıklı hak ve borçlar bakımından eşitlik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle her zaman menfaatler yarışmaktadır³¹.

3. İdarenin Doğası ile Temel Rasyonellik İlkeleri ve Bireysel Otonominin Çatışması

İdarenin üstünlüğü, bir yönüyle rasyonellik ilkeleri bakımından bir yönüyle de bireysel otonomi yönünden tartışma konusu olmaktadır. Öyle ki idarenin doğasında üstünlük vardır. İdarenin bütün karar ve eylemleri ilgili bireyler üzerinde otoriter bir nitelik taşır. İdarenin bu otoriter konumu dolayısıyla bireysel tercih ve kararların dışlanması söz konusudur. Yani idare karar ve eylemleriyle *bireylerin davranış standartlarını* belirlemekte ve yönlendirmektedir; onlara hem ahlaki hem de maddi külfetler yüklemektedir. Bu idarenin varlığının, doğasının bir uzantısı, bir gereğidir. Modern toplumlarda *birey olmak* en genel anlamıyla rasyonel, özgür ve otonom bir kişi olmak anlamına gelmektedir. Otonomi, özünde ahlaki bir kavram olsa da diğer birçok ahlaki kavram gibi hukuk, iktisat ve siyaset felsefesinde önemli çıkarımları olan bir kavram-

²⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: I, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 119.

³⁰ Hart, **The Concept of Law**, p. 91.

³¹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku**, s. 20.

dır³². Bu bakımdan günümüzde modern toplum olmanın bir gereği olarak ottonomi değerine önemli bir anlam yüklenmektedir.

3.1. İdarenin üstünlüğü, idare cihetinden ele alındığında, idari faaliyetlerin etkin, verimli ve daha çabuk yerine getirilebilmesi için bir zorunluluk ve bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani idarenin üstün ve ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasını kamu yararı gibi toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması zorunlu kılmaktadır. Oysa idare tek taraflı, üstün ve ayrıcalıklı yetkileri ile hem bireylerin davranış standartlarını yönlendirmekte hem de bireylerden uyma davranışını beklemektedir. Bu bakımdan idare bireylere hem bir statü çizerek hareketlerini yönlendirmekte hem de ekonomik, maddi durumları üzerinde bağlayıcı kararlar alabilir.

3.2. İdarenin üstünlüğü birey cihetinden ele alındığında ise, idarenin özü itibarıyla bireylerin davranış standartları üzerinde otoriter bir etki doğurması ve bireylerin davranış standartlarını etkilemesi rasyonellikle ve ottonomi ile çatışabilir.

3.2.1. İdarenin üstünlüğü rasyonellik ilkeleri ile çatışır; çünkü bireylerin kendi davranış standartlarını otoriter bir şekilde yönlendiren kurum ve kuruluşlara *uymasının* (itaat etmesinin) rasyonel olarak kabul edilmesi mümkün değildir. “Birey idarenin bir faaliyeti tamamıyla kendi çıkarına, kendi yaşam standartlarına aykırı olsa bile bu faaliyetin gereklerini yerine getirmek zorunda mıdır?” sorusu rasyonellik tartışmalarının merkezinde yer alır. Örneğin idare ile akdi bir ilişki içerisinde olan özel hukuk kişisi, bu ilişkiye dayanarak birçok yatırımlar yapmakta ve kendi özel durumlarını ayarlamaktadır. Oysa üstün konumuna dayanarak idare, tek taraflı iradesiyle bu akdi ilişkinin farklı bir seyir almasını sağlayabilmektedir. Bu kapsamda idare bireyin zararına sonuç doğuracak şekilde sözleşme koşullarında değişiklik yapabilmektedir. Özel hukuk kişisi olan birey bakımından idarenin bu tutumuna uymayı gerekçeleniren hiçbir rasyonel zemin mevcut değildir.

3.2.2. İdarenin üstünlüğü ottonomi ilkesi ile çatışır; çünkü kişinin kendi hayatının yönünü çizebilmesi, eylem ve amaçlarını belirleyen seçimler yapabilmesi ottonomi ilkesinin en temel özelliklerindedir³³. Bu anlamda idare hemen bütün faaliyetlerinde bireysel ottonomi ile çatışma içerisinde. Çünkü idare çoğunlukla bireyi kendi hayat yönünü çizme hakkından, kendi eylem ve amaçlarını seçme hakkından feragat etmek zorunda bırakmaktadır. İdare bu konumuyla her ne kadar kamu yararı gibi toplamcı (genelleştirilebilir) bir amaca yönelmiş olsa da bir bireyin birey olmasının imkânını elinden alıyorsa, kamusalıgm tek tek bireylere dayanan meşruluk zeminini ortadan kalkmış ola-

³² Çağdaş liberal düşünce içerisinde ottonomi değerine kurucu işlev yükleyen yaklaşımlar olduğu gibi özgürlük, hoşgörü gibi değerleri liberalizmin temel öğeleri olarak kabul eden yaklaşımlar da söz konusudur. Örneğin ottonomi değerini aynı zamanda hukuk felsefecisi olan Raz merkeze alırken; özgürlük ve hoşgörü değerini ise çağdaş hukuk düşüncesine büyük katkı sağlayan Rawls ve Gray gibi düşünürlerin merkeze aldığımız söyleyebiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halit Uyanık, “Joseph Raz’da Hukukunun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, s. 104 vd.

³³ Joseph Raz, **Morality of Freedom**, Oxford, New York, Oxford UP, 1988, pp. 370-378.

caktır. İdare tek taraflı iradesiyle bireysel haklar üzerinde etki doğuracak bir faaliyeti gerçekleştirebiliyorsa bireysel otonomiye müdahale edebiliyor demektir.

4. İdarenin İçeriksel Gerekçelendirilmesinden Araçsal Gerekçelendirilmesine

İdare ile rasyonellik ve bireysel otonomi çatışmasına yönelik getirilen içeriksel çözümler birçok bakımdan tartışmaları beraberinde getirdiğinden dolayı idareye karşı anarşist bir bakış açısına da sebep olmaktadır. Bu anarşist tutum ise ya idareyi tamamen sosyal ve ekonomik hayata müdahaleden dışlayıcı ya da idarenin doğasını dışlayıcı bir düşünceyi beraberinde getirmektedir. İçeriksel analizler idarenin otoriter ve üstün yapısını bireyler bakımından bütünüyle gerekçelendirememektedir. Bu sebeple idarenin kararlarına bireylerin niçin uyması gerektiğini rasyonel olarak ortaya koyamamaktadır.

İdarenin ve üstünlüğünün içeriksel olarak ele alınmasının temelinde; “idarenin varlığı, kamu yararının ve kamu hizmetinin bir gereğidir”; “idarenin üstünlüğü kamu yararının gerçekleşmesi için kaçınılmazdır” gibi önermeler yer almaktadır.

İçeriksel açıklamaların en önemli çıkış noktası idare hukukunun *kozalist* (*illi / sebepçi*) ve *finalist* bir hukuk dalı olmasına yaptıkları vurgudur. İdarenin sebepsiz hiçbir davranışının olamayacağını ve bütün davranış sebeplerinin mutlaka hukuka uygun olması gerektiğini idare hukukunun kozalist yapısı; idarenin hiçbir davranışının kamu yararı dışında bir amaca yönelemeyeceğini ise idare hukukunun finalist yapısı ortaya koymaktadır³⁴. İdarenin bütün davranışları bir sebebe bağlı olsa ve bütün bu davranış sebepleri hukuka uygun olsa bile idarenin doğası ile bireysel otonomi çatışması önlenemez. Bilakis hukuka ilişkin yapılan içeriksel analizler de bünyesinde zaten böyle bir çatışmayı barındırmaktadır.

İdare hukukunun kozalist ve finalist bir hukuk dalı olması ve idarenin bütün davranış sebeplerinin hukuka uygunluğu ile tek amacının kamu yararı olması tek tek bütün somut davranışlar bakımından doğrulanması gereken bir unsurdur. Böyle sonuççu bir doğrulama ile idarenin varlığı ve üstünlüğünün a priori olarak gerekçelendirilmesi rasyonellik ilkeleri ile çatışmaktadır. Yani idarenin amacının meşru olması, varlığı için yeterli bir gerekçelendirme zemini oluşturmayıp, somut olayda meşru amacının açıkça gerçekleştirmiş olması; hatta bunun sürekliliğini garanti etmesi gerekmektedir. Bu sebeple içeriksel gerekçelendirmelerde idarenin amacının doğru olarak ortaya koyulması rasyonellik açısından yeterli değildir. Ayrıca idarenin bu meşru amacının nasıl gerçekleştirilebileceğinin ve sürdürülebileceğinin de rasyonel olarak ortaya konulması gereklidir.

İdare hukuku uygulamalarında kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen idari faaliyetlerin gerçekte kamu yararını ne derecede ve nasıl temin ettiği sorunu ise beraberinde birçok tartışmayı getirmektedir. Özellikle idarenin kamu yararı amacını taşıyıp taşımadığının yargısal denetiminde yerindelik denetimi ve takdir yetkisine müdahale gibi sorunlar söz konusu olmaktadır³⁵.

³⁴ Özay, **Günüşğında Yönetim**, s. 373-74.

³⁵ Cemil Kaya, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, (Basılmamış Yüksek Lisans

İdarenin varlığı ve üstünlüğünün hem rasyonellik hem de bireysel otonomiye aykırı olmaksızın gerekçelenirilmesi sorununda ortaya konulacak çözüm önerisi hem kamu yararını garanti etmeli hem de bireylerin kendilerine özgü durumlarla (normal şartlar içerisinde) çatışmamalıdır.

İdarenin varlığının ve üstünlüğünün, yukarıda açıklanan sebeplerle içriksel olarak gerekçelenirilmesi yeterli değildir. İdarenin varlığının ve üstünlüğünün gerekçelenirilmesine yönelik olarak araçsal yaklaşımın tercih edilmesindeki temel sebep rasyonellik ve otonomi çatışmasının ortadan kaldırılması ve dönüşümün temel dinamiklerinin belirgin olarak ortaya konulabilmesine imkân tanınmasıdır. Ayrıca araçsal gerekçelenirleme, idarenin varlığını ve üstünlüğünü gerekçelenirleme noktasında yukarıda açıklanan yaklaşımları (*yükümlülük, yetkilendirme ve sosyal mutabakat yaklaşımları*) bütünleştirme bakımından da önemli imkanlar sunmaktadır.

Araçsal yaklaşımın argümanları aşağıda yer alan üç kıstasın aynı anda gerçekleşmesine bağlı olarak da özetlenebilir. Şöyle ki:

4.1. Normal Gerekçelenirleme. Bu kıstasa göre idarenin varlığı ve üstünlüğü, tek tek bütün idari faaliyetlerin, kamu yararına uygun olup olmadığına bakılmadan (içerikten bağımsız), bireyler tarafından *kabul edilebilirliğine* atıf yapılarak gerekçelenirilebilir³⁶. Yani bireyler idari faaliyetlerin amacına bakmadan idarenin kendileri hakkındaki düzenlemelerini kabul edebiliyorsa idare üstün demektir³⁷. İdarenin üstünlüğü ancak bu fonksiyonun varlığı halinde rasyonel olarak gerekçelenirilebilir. Bu sebeple idarenin yapısının bireysel otonomi ile çatışması sorunu çözülmüş olacaktır. Bu şarta göre idarenin herhangi bir kamu hizmetini sunmasında bakılması gereken nokta, bu hizmetin idare tarafından sunulması hizmetten etkilenenler tarafından gerekli ve normal görülürse gerekçelenirleme mümkün hale gelir. Yani bu kıstasın temel çıkarımına göre, idarenin bir faaliyeti sunması, gerekli ve normal görülmeli; ayrıca idarenin ilgili faaliyet kapsamında yapabileceği bütün işlem ve eylemler bunlardan etkilenen kişiler için normal karşılanabilir olmalıdır. Ancak bu şartlar gerçekleşirse bu idari faaliyet normal gerekçelenirleme kapsamına girecektir. Dikkat edilirse idarenin bu şekilde gerekçelenirilmesi normal durumlar için geçerlidir, olağandışı bir durum ile karşılaşıldığında bu gerekçelenirleme yönteminin sonuçları geçerli olmayacaktır.

Normal gerekçelenirleme kıstasına uygunluğun denetiminin yapılması özünde kendiliğinden gerçekleşecektir. Bu sorun aslında gerekçelenirleme temelli olduğundan dolayı idare hukukunun teorik boyutuna ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuçta idare bu kıstasın verilerini bünyesinde taşımadığı müddetçe meşruluğunu temin edemeyecek ve devamlı sorgulanacaktır.

4.2. Bağımlılık. İdarenin faaliyetleri bireylerin kişisel tercihlerini ve yaşam standartlarını etkiliyorsa, bireyler niçin bu faaliyetleri kabul etsin? Bu

Tezi], Konya, 1997, s. 139-48; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku**, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, 2. Bası, s. 615-28.

³⁶ Bireylerin kabulü, faaliyet sonuçlarına bakılmaksızın bu şekilde gerçekleşirse kamu yararı da garanti edilmiş olacaktır.

³⁷ Raz, **The Morality of Freedom**, p. 53.

soru ikinci önemli kıstası gündeme getirmektedir: İdare bütün faaliyetlerinde bireylerin davranış sebeplerine *bağımlı* kalmalıdır³⁸. Bu bağımlılıktan kasıt, idarenin yayımladığı davranış sebeplerinin sadece hukuka uygunluğunun değil, bireylerin idari işlemlerden bağımsız olan *davranış sebeplerine* de uygunluğunun zorunlu olmasıdır. Örneğin bir yargıç, önüne gelen hukuki sorunu çözerken somut olay hakkındaki hukuk kurallarına bağlı kalmak zorunda olduğu gibi o somut olayın verilerine de bağlı kalmak zorundadır. Bağımlılık fonksiyonuna göre idare de yargıcın bu konumu gibi somut durumda bireylerin idarede önce sahip oldukları davranış sebeplerine bağlı kalmak durumundadır. Bu fonksiyon idarenin tamamıyla bireysel çıkarları tatmin etmesi gibi bir anlama gelmemelidir. Örneğin bir komutan ülke savunmasını askerlerin kişisel çıkarlarının üstünde tutarak hareket etmeli ve komutanın bu yöndeki emirlerine ilgili bütün askerler uymalıdır. Komutanın bu emirleri askerlerin kişisel çıkarlarına bağlı olmamakla bağımlılık fonksiyonuna aykırı düşmez. Çünkü askerlerin komutanın emrini yayımlamasından önce de ülke savunmasının gereklerini yerine getirme gibi davranış sebepleri vardır. Komutanın emri “ülke savunmasının gerekleri” sebeplerine uygun olduğundan dolayı bağımlılık fonksiyonuna uygundur. Bu kapsamda bireylerin idari faaliyetten önce sahip oldukları davranış sebepleri çoğunlukla toplumun tarihi, kültürel ve özgün yapısı ile ortaya çıkmaktadır.

Özellikle Hart’ın sosyal olguya ve konvansiyona yaptığı vurgu kendisini bu noktada gösterir. İdare bireylerle ilgili olan sebeplerin tespitinde sosyal olguya ve sosyal konvansiyonu dikkate almak zorundadır. Bu bakımdan toplum tarafından genel olarak meşru görülmeyen bir olgu idari uygulamalarda kendini göstermemesi gerekir. Zaten idarenin birçok uygulamasında bunu görmemiz mümkündür. Örneğin kamu düzeninin tespitinde ilgili coğrafyadaki toplumda oluşacak sağlık, güvenlik, dirlik – esenlik ve huzur önemli bir etkiye sahiptir. Kamu hizmeti bakımından da sosyal ihtiyaçların tespiti topluma göre değişiklik göstermektedir.

Netice olarak *bağımlılık* fonksiyonuna göre idari faaliyetler bireylerle ilgili olan sebeplere bağımlı olmak zorunda ama bireylerin çıkarlarını geliştiren sebeplere bağımlı olmak zorunda değildir.

Bağımlılık tezine göre idarenin yürüteceği bir faaliyetin, muhataplar tarafından zaten var olan bir ihtiyacın karşılanması şeklinde olması gerekir. Yani idare olmasa da muhataplar idarenin yerine getireceği bu faaliyeti özel olarak yerine getirecek, en azından buna teşebbüs edecek, ise bağımlılık tezine uygunluk gerçekleşmiş olacaktır. İdarenin hem kolluk, hem kamu hizmeti hem de regülasyon faaliyetlerinde bağımlılık tezinin bütün gerekliliklerinin gerçekleşmesi mümkündür. Bu anlamda bağımlılık tezinin idareye yüklediği misyon, toplumsal yaşamın radikal usullerle dönüştürülmesi değil, toplumsal yaşamın var olan ihtiyaçlarının daha iyi karşılanmasını temindir.

İdari faaliyetlerde bireylerle ilgili davranış sebeplerine bağımlılık, bireysel otonomiye mümkün kılan ve geliştiren bir etki de doğuracaktır. Yani bireyler idarenin kararlarına uymakla toplamda kendi amaç ve gayelerinin daha iyi ve etkin olarak gerçekleşeceğini görecektir ve kabul edecektir. Bu noktada idareye

³⁸ Raz, **The Morality of Freedom**, p. 47.

bireyler zaviyesinden bakılması söz konusudur. Buna göre kişi idarenin belirlediği kurallara uyarak kendisinden bağımsız olan sebeplere daha iyi bir uyum ortamı oluşturarak otonomisini geliştirmektedir. İdarenin bu şekilde ele alınması dolaylı ve araçsal bir gerekçelenirleme türü olmaktadır. Sonuçta bireyler yukarıdaki fonksiyonları taşıyan idarenin yayımladığı kuralların kendileri ile ilgili sebeplere bağımlı olduğunu; bu kurallara uyulduğunda da bireysel amaç ve hayat standartlarının gerçekleşeceğini bilirler. Bundan dolayı bir konuyla ilgili idarenin tasarrufu varken kendi sahip oldukları sebeplere uymazlar, uymamaları gerekir. Netice olarak idarenin meşruluğu faaliyetlerinin kamuya yarar sağlamasından ziyade kendisine uyulduğu oranda bireysel davranış sebeplerini daha iyi gerçekleştirmelerine yardımcı olmasından dolayıdır. Bu gerekçelenirleme yöntemi idarenin ve üstünlüğünün gerekçelenirilmesinin normal yoludur. Yine bu yöntemde idare yapmak için yetkilendirilmiş olduğu şeyleri yapmak zorundadır. Örneğin bir kişi idari kararları idari yaptırımlardan kaçınmak için yerine getirirse, bu kişi için iyi bir sebep olmasına rağmen idari kararlara uymanın normal yolunu ifade etmez. Özünde idari kararlara uymanın normal yolu bu kararlardaki normatif karakterdir³⁹. Böyle bir gerekçelenirleme yöntemi bireyler bakımından olağandışı özel durumlarda idari kararlara uymamanın da gerekçesini oluşturur. Örneğin hiçbir genel düzenleyici işlemler yer verilmese bile hasta taşıyan özel bir aracın trafik kurallarını ihlal etmesi hukuka uygun olabilir.

İdarenin bireyleri etkileyen bütün faaliyetlerinde bireylerle ilgili sebeplere bağlı kalma zorunluluğu, idareye kendi otoriter kararlarına ilişkin prensipleri başarılı bir şekilde takip edebileceğini gösterme yükümü de yüklemektedir. Aksi halde bireyler idareden bağımsız olan kendi sebeplerine göre hareket edebilir. Buna göre idare sadece yetkilendirilmiş olmakla değil bu iki fonksiyona sahip olmakla otoriter (muktedir) olacaktır.

4.3. Üstünlük. Yukarıdaki iki kıstasın yanında idarenin üstünlüğünün hangi alanlarda söz konusu olacağına ilişkin temel argümanı sunması ile üstünlük kıstası da büyük önem taşımaktadır. Buna göre idare, ancak yayımladığı davranış sebeplerinde, bireylerin idareden bağımsız olarak sahip oldukları diğer davranış sebeplerini *dışlayıcı* bir etkiye sahipse üstündür. Yani bir idarenin yürürlüğe koyduğu bir işlem, bireyin aynı konuda sahip olduğu diğer bütün davranış sebeplerini dışlayacak güçte ise üstünlük kıstası sağlanmış olacaktır.

Sonuç olarak idare bireylere hizmet etmede iyi bir araç olduğu zaman bütünüyle gerekçelenirilmiş olacaktır. İdarenin bireylere hizmet fonksiyonu ise normal koşullarda geçerli olmak üzere bireylerle doğru davranış sebeplerini buluşturma noktasında ortaya çıkacaktır. Bu sebeple bireyler bakımından idari faaliyetlere karşı en makul davranış idarenin yayımlamış olduğu davranış sebeplerine göre hareket etmektir. Böylece idarenin yayımladığı sebeplere göre davranmak kişinin doğru sebepleri takip etmesindeki başarısını geliştirecektir; ayrıca kişinin hangi sebeplere göre davranmanın daha doğru olacağına ilişkin fikir idarenin yayımladığı sebeplerle desteklenmedikçe önem taşımamaktadır.

³⁹ Raz, **The Morality of Freedom**, p. 54.

İdareye ve idarenin üstünlüğüne ilişkin bu şekilde yapılan gerekçelendirme irade-temelli değil sebep-temelli bir gerekçelendirmedir. İdareye ilişkin böyle bir sebep-temelli gerekçelendirmede bireylerin idari faaliyetlere ilişkin onayının hiçbir önemi yoktur. Çünkü sebep-temelli gerekçelendirmede idareyi ve üstünlüğünü gerekçelendiren objektif sebeplere bağlı bir temellendirme söz konusudur. Böylece idare ve üstünlüğü ile rasyonellik ve otonomi ilkeleri arasındaki çatışma söz konusu olmayacaktır.

Sonuç

Toplumsal durumlarda idarenin üstün ve imtiyazlı konumunun *sebeptemelli araçsal* gerekçelendirilmesi idare hukukundaki birçok dönüşümün açıklanmasında bir kapı aralayabilir. Özellikle Türk İdare Hukukunda 1980 sonrası değişimlerde demokratikleşme, serbest piyasa ekonomisi, etkinlik, verimlilik gibi temel kriterler ön plana çıkmıştır. Aslında bu kriterler bakımından idari faaliyetlerdeki bireylerin etkinliğinin artması ortak nokta olarak anlaşılabilir. İdare bireylerin etkinliğini bireysel sebeplere bağlı sebepler yayımlayarak gerçekleştirirken, bireyler de idarenin yayımladığı sebeplere göre davranarak kendileri ile ilgili sebepleri daha yetkin bir şekilde gerçekleştirecektir.

İdarenin üstün ve imtiyazlı konumunun araçsal gerekçelendirilmesinde üç kıstasın aynı anda gerçekleşmesi aranmaktadır: normal gerekçelendirme, bağımlılık ve üstünlük. Bu üç kıstasın birlikte gerçekleşmesi ile idarenin doğasındaki üstünlük ve ayrıcalıklı konum bireysel otonomi ve temel rasyonellik ilkeleri çatışması önlenmiş olmaktadır. Böyle bir çözüm ise idare hukukundaki değişimin eksenini okuyabilmekte önemli veriler sunmaktadır. Örneğin idari faaliyetlerin kamu tüzel kişileri tarafından görülmesi yerine, özelleştirme ile özel hukuk kişileri tarafından görülmesi durumunda idare faaliyet üzerindeki gözetim ve denetim hakkını kaybetmemektedir. Aksine bu denetim alanının hizmeti sunarken olduğundan daha geniş bir kapsamda ortaya çıktığını görebilmekteyiz. Böyle bir değişim olgusunda temel saik, hizmete muhatap olan bireylerin ihtiyaçlarının daha etkin bir şekilde karşılanmasıdır. Kamu hizmetlerinde muhatap olan bireylerin ihtiyaçlarının niteliğinin ve ortaklığının tespiti sorunu ise temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Araçsal gerekçelendirmenin sunduğu imkan temelde böyle bir sorunun çözümünü temin etmektedir.

Araçsal gerekçelendirmenin idareye yüklediği misyon hizmet fonksiyonudur. İdare bu kapsamda bireylere sadece kamu hizmeti gibi faaliyetleri sunarak değil, her bireyin kendisi için en doğru davranış sebebini bulup ona göre davranmasını temin eden ortamı oluşturarak yardım etmektedir. Böylece idarenin üstünlüğünün ve idari faaliyetlerin araçsal olarak gerekçelendirilmesi, idarenin klasik faaliyetlerindeki dönüşümü de açıklamaya uygundur. Örneğin idare regülasyon faaliyeti çerçevesinde özel teşebbüslere kamu yararının ve kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda müdahale etmekte ve ilgili faaliyetleri düzenlemektedir⁴⁰; bununla idare özel kişiler için kendi doğru davranış sebeplerine ulaşmaları için uygun ortam ve araçları sağlayabilir. Çünkü idarenin hizmet fonksiyonunu yerine getirmesinde klasik idari faaliyetlerinin sunduğu imkân yeterli olmamaktadır.

⁴⁰ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, s. 15.