

19. YÜZYILDAN 21. YÜZYILA İDARE HUKUKUNUN DÖNÜŞÜMLERİ*

Sabino CASSESE**

Çev.: Araş. Gör. Eren KALANYUVA***

1. İdare hukukundan ve yaşadığı dönüşümden bahsedeceğim. Her ne kadar anlaşılır gibi görünse de, öncelikle bu kavramların neden aydınlatılması gerektiğine yönelik bazı açıklamalar yapalım.

Her şeyden evvel, idare hukukunu, yöneldiği alandan (*amme idaresi*) ve bunu inceleme metodundan (*idare hukuku bilimi*) ayırt etmek oldukça zordur. Birbirinden farklı olan bu kavramlar arasındaki etkileşimle beraber İdarenin yapısı, idare hukukunu da etkilemektedir. Şöyle ki, İdarenin “çok merkezli” veya “parçalı” olmasına göre, idare hukuku daha “karmaşık” ya da “bütüncül” bir görünüme sahip olacaktır.

Öte yandan, hukuk normları ancak yorumlandığı takdirde anlaşılabilir; buna paralel olarak hukuk bilimi ise –genellikle gözlendiği üzere– geçmişten günümüze beraberinde getirdiği tecrübeyi aktarmaktadır. Dolayısıyla, “kamu kurumu” veya “imtiyaz” gibi idare hukukunun geleneksel kavramları, hukukçuların üzerinde çalıştığı maddi hukukun düzenleyici kriterlerine dönüşmektedir.

Giriş mahiyetindeki bu açıklamalar, yalnızca idare hukukunun dönüşümlerine yoğunlaşmanın ne kadar zor olduğunu; bu bağlamda, hem İdare cihazının, hem de idare hukuku biliminin dönüşümlerinin ayrı ayrı dikkate alınması gerektiğini göstermektedir¹.

* UIMP tarafından düzenlenen seminerde verilen “*De los ferrocarriles a las telecomunicaciones, las transformaciones del Derecho Administrativo: tiempo, forma y espacio*” başlıklı ders, Barselona, 18 Temmuz 2001.

** İtalyan Anayasa Mahkemesi Üyesi. Bu makalenin aslı, «Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX al XXI Secolo» başlığı altında İtalyan “*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*” dergisinde (Vol. 2, 2002) yayınlanmıştır. Çeviri için gerekli izni veren Sabino Cassese’ye teşekkür ederim.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi.

¹ Genel olarak, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, s. 23. ve *Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa (Bu makalenin aslının yayınlandığı dergide)*, 1985, s. 374.

2. İdare hukukunun dönüşümü, kendine özgü ve şimdiye kadar hiç kaleme alınmamış bir hikâyeye sahip olup aslında birden fazla dönüşümü içermektedir.

Léon Duguit, 1913'te yazdığı küçük bir kitapla büyük etki doğururken², kamu hukukunda «*özellikle köklü ve etkin bir dönüşümün*» (*transformation particulièrement profond et active*) yaşandığına, böylece bu dönüşümün «*emperyalist sistemin ortadan kalktığını*» (*la disparition du système impérialiste*) doğrulayabileceğine işaret etmekteydi: «*Kamu hizmeti kavramı egemenliğin* yerini alıyor*» (*La notion du service public vient remplacer celle de souveraineté*) ve hukuk kavramları; idari işlem, idari yargı ve İdarenin sorumluluğu değişime uğruyor³.

Otto Mayer, ölmeden önce kitabının üçüncü baskısı (1923) yayımlanırken önsözde şu ifadelere yer vermiştir⁴: «*Anayasa hukuku ilerlerken, İdare hukuku olduğu yerde duruyor.*» (*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*): «*Bu, uzun zamandır başka yerlerde de gözlemlenmekte idi.*» (*dies hat man anderwärts schon längst beobachtet*).

Demek ki, Fransız idare hukukunun «iki önemli kurucusundan birine» (Léon Duguit'ye) göre, hukukun bu dalı, yirminci yüzyılın ikinci on yılında derin bir dönüşüm yaşarken; Alman idare hukukunun kurucusu Otto Mayer, yirminci yüzyılın üçüncü on yılında, anayasa hukuku ilerlerken, idare hukukunun olduğu yerde durduğunu iddia etmekte; bunun esasında uzun zamandır başka yerlerde de bu şekilde gözlemlendiğini savunmaktadır.

Böyle iki önemli gözlemcinin ortaya koyduğu birbirinden farklı görüşler, ancak kapsamlı bir kavrayış ve kıyaslama ile açıklanabilir. Birinci Dünya Savaşı çıkmadan bir yıl evvel Duguit tarafından ortaya atılan görüş, Fransa ve Almanya arasında yaşanan rekabeti de gözler önüne sermektedir. Aslında Duguit, idare hukukunun, kaynağını Alman “Egemenlik” anlayışında (*Herrschaft*) bulan kamu gücünden, tipik bir Fransız düşüncesi olan kamu hizmeti anlayışına geçişine vurgu yapmaktadır. Demek ki Duguit tarafından savunulan görüşün temelinde, otorite karşıtı ve milliyetçi bir bakış açısı bulunmaktadır.

* Léon Duguit tarafından vurgulanan “egemenlik” kavramı, İdarenin “kamu gücü”nü ifade etmektedir.

² L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, rist. Paris, *La mémoire du droit*, 1999.

³ L. DUGUIT, *op. ult. cit.*, IX, XIX e *passim*.

⁴ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1924, II.

Mayer'in benimsediği geleneksel yaklaşım ise, birkaç yıl önce kabul edilen ve Strazburg hukukçusunun görmezden geldiği Weimar Anayasası'nı reddetmek şeklinde, içsel (milli) bir gerekeçyi yansıtmaktadır⁵.

Bu iki görüş, yani *dönüşüm* (*trasformazione*) ve *istikrar* (*stabilità*), farklı biçimlerde iç içe geçmek suretiyle daha sonraki zamanlarda yeniden gün yüzüne çıkmıştır.

Yirminci yüzyılın ortalarında, Duguit ve Hauriou'dan sonra gelen neslin öncü isimlerinden, aynı zamanda Avusturya kültüründen ve Kelsen'den oldukça etkilenmiş olan Charles Eisenmann, “yaşanan muazzam dönüşümlere... idare hukukunun tanıklık ettiği”ne ve bu dönüşümlerin “öğretiye ilişkin bir devrimi” (*nécessaire révolution doctrinale*) zorunlu kıldığına vurgu yapmakta idi⁶.

Üçüncü nesil İtalyan idare hukukçuları arasında öne çıkan isimlerden Massimo Severo Giannini de, yukarıda yer alan tespitle aynı doğrultuda, 1930'lu yıllarda birden fazla kez gerçekleşen “yapısal reformlar”a değinerek, bunların hukuk bilimi tarafından fark edilmeden geçip gitmelerine göz yumulmasını eleştirmekte idi⁷.

Bu kısa gözlemler, idare hukukunun dönüşümü fikrinin hem tarihi serüveninin ortaya çıkarılmasını, hem de retorik kapsamının değerlendirilmesini ögütlemektedir. Bu yaklaşım, esasında kendi içinde dönüşümlerin var olmadığı anlamına gelmez; aksine, bu konu hakkında ortaya konan fikirlerin kaçınılmaz biçimde göreceli ve öznel olduğunu gösterir. Daha doğru bir ifadeyle, idare hukuku alanında “dönüşüm fikri”ne kimi zaman haddinden fazla kıymet yüklenmiş, birtakım çevreler dönüşümün kapsamına ağırlık verirken, bazıları da çoğunlukla ideolojik ve kültürel birtakım başka gerekçelerle bu kapsamı daraltma yolunu seçmişlerdir.

Bu nedenle, dönüşümler üzerine yapılan konuşmalar nesnel kavramlar yerine, her seferinde bu dönüşümleri kışkırtacak, ölçecek; bazen abartılı biçimde, bazen hafife alarak, bazense hiç değerlendirmeye bile almayan bir analiz yöntemi ile farklı açılardan ele alınmalıdır.

3. Şimdi, dönüşümlerin değerlendirildiği sürece ilişkin üçüncü bölüme geçiyorum. Aslında, dönüşümler hakkında bir başlangıç ve bir varış noktası belirleyip mukayeseler yaparak bunları ortaya koyabiliriz.

On dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında, Alexis de Tocqueville'e⁸ göre, idare hukuku “hem çok yeni, hem de çekişmeli (*contestée*)” idi.

⁵ J.M. WOEHRLING, *Otto Mayer, un acteur de la coopération interculturelle juridique franco-allemande*, in *La revue administrative*, 1999, n. 7, s. 24.

⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif (1951-52)*, I, Paris, 1982, 142-43.

⁷ Bu görüşler için, M. S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, *Rivista*, 1965, 15.

⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de Macarel, Cours de droit administratif (1846)*, in A. DE TOCQUEVILLE, *Ouvres complètes*, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, 1866, 65.

Yirminci yüzyılın başlarında Otto Mayer'in gözlemi ise, "bizim idare hukukumuz oldukça genç." ⁹ şeklinde idi.

Başlangıç noktasını doğru bir şekilde saptayabilmek için geriye dönüp hatırlamak gerekirse; ilk idare hukuku dersi Fransa'da bir üniversitede –eğer doğru ise– 1819 tarihinde verilmiştir. 1789'dan 1870'e kadar geçen süre (doğuma) hazırlık süreci olarak tanımlanmakta ¹⁰, bu sürecin gerçek manada varlığını göstermesi* ise 1870 yılına rastlamaktadır. Öyleyse, idare hukukunun temel özellikleri, ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında, devletlerin büyümesi, "laisser-faire" ¹¹ (bırakınız yapsınlar) anlayışı ve Welfare State'e (Refah Devleti) ilişkin ilk gelişmelerle birlikte ortaya çıkmıştır.

Başlangıç noktasını belirledikten hemen sonra, günümüzde yaşanan süreci özetlemek gerekirse; yirminci yüzyılın son on yılı ile yirmi birinci yüzyılın başlarında, Fransız anlayışında ortaya atılan "idare hukukunun krizi" ¹² (crise du droit administratif) olgusu; idari yargının aksayan yapısı, kamu hizmeti kavramının yaşadığı kriz ve hukuk ile bilim arasındaki ayrılık ile gerekçelendirilirken, Alman doktrininde "yeni idare hukuku" ¹³ (neues Verwaltungsrecht) konuşulmaya başlanmıştı.

Bir başlangıç ve varış noktası belirleyip bunlar üzerinde karar kılmaya çalışırken, bu esnada bazı ara geçişler, yaşanan iniş çıkışlar üstü örtülü kalmaktadır. Aslında hareket noktasından, varış noktasına kadar yaşanan gelişmelerin istikrarlı bir çizgiyi takip etmediği söylenebilir. Bu süreçte birtakım yavaşlamalar ve geri dönüşler de söz konusudur. Sonuçta, burada işaret etmeye çalıştığımız süreçlerin içinde yaşanan ara dönüşümler (le trasformazioni intermedie) saklı kalacaktır.

4. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında idare hukuku ne tür özelliklere sahipti ¹⁴ ?

İdare hukukunun özelliklerinden ilki, milliyet (nazionalità) kavramına ilişkindi. İdare hukuku ile Devlet arasında ve Devletin de varolduğu toprak parçası ile arasında "kimlik alanı" şeklinde tanımlana-

⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. 18.

¹⁰ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, 27 ss.

* Yazar, bu süreci kendi dilinde "çiçeklenme" (fioritura) olarak tanımlamaktadır.

¹¹ Klasik yoruma göre A.V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (1905), it. çev., Bologna, 1997.

¹² F. BURDEAU, op. ult. cit., 459 (Maurice Hauriou krize daha önce değinmişti.)

¹³ R. SCHMIDT, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in *Verwaltungs-Archiv*, 2000, 168.

¹⁴ Burada idare hukukunun ana hatlarını incelemek suretiyle; kamu müdahalesinden (l'ingerenza pubblica) ekonomik açıdan refah devletinin oluşumuna kadar, bir yüzyıldan fazla süredir idare hukukunun sahip olduğu çeşitli türde konulara girmeksizin, konuyu sınırlı bir çerçevede ele alacağız.

bilecek kuvvetli bir bağ söz konusu idi. Bu nedenle, *güç (forza)* ile *ülke (territorio)* arasında iç içe geçme, yani birbirine nüfuz etme söz konusudur. Bu süreçte, yerel idarelerin özgürlüğünü savunanlar mağlup tarafı temsil ederken, İdarenin yetkileri (*i poteri*) merkezileşme anlayışına göre düzenlenmekte idi¹⁵. Ayrıca, merkezileşmenin temel aracı olarak görülen idare hukukunun, Devlet nezdinde ayrıcalıklı bir konuma sahip olduğundan da söz edilmekte idi.

İkinci ilke hakkında, Fransız idare hukukunun öncü isimlerden biri¹⁶ şöyle demektedir; «...*idare hukukunun hâkim karakteri olan kamu yararı, özel menfaatin birçok konuda fedakârlıkta bulunmasını gerektirmektedir. Bu durum, birtakım şeylerin, doğası gereği öyle olduğunu gösteren bir özelliktir.*» Aucoc tarafından ortaya konan bu fikri destekler nitelikte, daha sonraları Mayer tarafından «İdarenin temel esasları» ile «idare hukukunun bağlayıcılığı»¹⁷ üzerine görüşler ortaya konmuştur.

Kamu yararının kaçınılmaz üstünlüğü ve idari kararların bağlayıcılığı, «İdarenin üstünlüğü» fikrine geçişi oldukça kolaylaştırmaktadır.

Ne var ki, idare hukukunun sahip olduğu kamu gücü karşısında kanunilik ilkesi de gelişim göstermektedir. Eskiden beri «*İdareye ilişkin her şey, ancak düzenleyici işlemlere konu olabilir.*» şeklinde bir anlayış hakimdi. Bu sebeple yasa koyucu, «*vergi ve harçlar ile medeni hukuka ilişkin düzenlemeler dışındaki alanlarla meşgul olmamalıdır.*» şeklinde bir önkabul söz konusu idi¹⁸. Daha sonraki aşamada ise, yasalara yüklenen işlev «*sadece temel ilkeleri düzenlemek, idareye genel nitelikte yetkiler vermek ve idareyi çeşitli haklarla kuvvetlendirmek*»¹⁹ şeklinde ifade edilmiş; «*yasaların hâkimiyeti*» ile «*idari düzenlemelerin temel esasları*»²⁰ birbiriyle örtüşene kadar yasanın tanımlanmaya çalışıldığı bir dönemden geçilmiştir.

Akabinde ortaya çıkan problem, doğal olarak, idareye verilen yetkilerin nasıl kullanılması gerektiğinin belirlenmesine ilişkindi. Nitekim, halkı temsil eden Parlamentolar, bireyin İdarelere karşı korunmasında hukuku bir araç olarak kullanmışlardır. Tam da bu noktada karşımıza çıkan «*takdir yetkisi*» (*discrezionalità*) kavramı, «*objektif hukukun da*

¹⁵ 900. *I tempi della storia*, C. Pavone, Roma, 1997, L. PAGGI, *Un secolo spezzato. La politica e le guerre*, 81 s.

¹⁶ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1885, 27.

¹⁷ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 75 s.

¹⁸ Günümüz tanıklarına göre Napolyon hakkında cit. in L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 253.

¹⁹ VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, 1859, 19.

²⁰ O. MAYER, *op. ult. cit.*, 65 s.

onayladığı çok sayıda çözüm önerisi içinden bir tanesini seçebilme imkânı” olarak nitelendirilmektedir²¹.

Öyleyse, idare hukukunun ikinci temel özelliğinin yapısında var olan *idarenin üstünlüğü, kanunilik ilkesi ve takdir yetkisi* bir zincirin halkaları şeklinde birbirine kenetlenmiştir.

İdare hukukunun *üçüncü temel özelliği*, «*idari rejim*» kavramı içinde karşımıza çıkmaktadır. Bu rejim «*idarenin ayrıcalıkları*»nı da kapsamı içine alırken; (klasik hukuktan günümüze ulaşan “ayrıcalık” kavramı, *Egemenin* yetkilerini ifade etmektedir.) diğer yanda idarenin kolluk ya da kamu gücüne dayalı işlemlerle bireyin temel haklarına müdahalesine meşruiyet kazandırmaktadır. Yine de, «*İdareye imtiyaz sağlandığı*» ya da «*yetkilerin kendiliğinden yürütülebilir olduğu*» çıkarımı doğru olmayacaktır²².

İdarenin birtakım üstün yetkilerle donatılması, idare hukukunun özel hukuktan farklı bir hukuk dalı olduğunu göstermektedir. Çünkü idare hukukunun temelleri, radikal bir eşitsizlik ve tek yanlılık üzerine kurulmuştur. Mülkiyet, sözleşmeler ve sorumluluk gibi konularda, özel hukuktan tamamen bağımsız olarak, yalnızca idare hukukuna özgü farklı tür bir yaklaşım arayışı söz konusudur.

İdare hukuku, yukarıda değinilen karakteristik özellikleri sayesinde, özel hukukun etkisinden çıkma eğilimi sergilemekteydi. Özel hukuk ise, kendine özgü kuralları ve ilkeleri olan ve bu zamana kadar hep hâkim tarafta yer alan sistemin temsilcisiydi. Dolayısıyla, *sözleşmesel ve iki tarafın rızasına dayalı ilişkiler*, katı kurallara sahip olan bir hukuk karşısında oldukça sınırlanmıştı. Sonuç olarak, yaşanan gelişmeler karşısında idare hukuku - medeni hukuk ikilemi kaçınılmaz olmuştur.

İdare hukukunda doğası gereği varolan birtakım unsurlar, her ne kadar kaynağını pozitif hukukun temel ilkelerinden alıyor olsa da, bir kez ortaya çıkmakla artık genelleşmekte, birtakım değişim ve sıçramalarla birlikte her yerde uygulanagelmektedir. İdare ile kamu personeli arasında, idarenin üstünlüğüne dayanan ve bu kişinin ön kabulünü de içeren bir iş akdinin imzalanması, buna örnek olarak gösterilebilir.

Dördüncü olarak, idare hukukunun “Yürütme”nin ayrılmaz bir parçası haline geldiğini söylemek mümkündür. Yürütmenin içinde yer alan İdare, temel nitelikteki ilkeleri (*bütünlük, merkezileşme, yeknesaklık*), parçası olduğu yürütme ile paylaşıyordu. Böylelikle bu özellikler idare hukukuna da aksediyordu.

²¹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, in L. MANNORİ – B. SORDI, *op. ult. cit.*, 368.

²² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933 e F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *cit.*, 123.

Beşinci olarak, idare hukukunun kendine özgü yapısı, beraberinde idari yargı hâkiminin de adli yargı hâkiminden farklı özellikler taşıması sonucunu doğuruyordu. Bu farklılık, idari ve adli uyuşmazlıkların, yürütme ve yargı erkinin, ayrıca idari yargı ile adli yargının birbirinden ayrılması anlayışı üzerine şekillenmektedir²³.

Başlangıçta, «*adli makamlardan arındırma*» şeklinde ifade edilebilecek bir düzenleme gündeme gelmişti²⁴. Fransa’da, 16 - 24 Ağustos 1790 tarihli Kanun’un II. kısmında 13. maddede yer alan bu düzenlemeye göre «*Yargıçlar, idari organların faaliyetlerine hiçbir surette müdahalede bulunamazlar*». Yine aynı düzenleme kapsamında, kamu görevlileri hem hukuk mahkemeleri, hem de ceza mahkemeleri huzurunda yargılanabilmekte idiler.

Daha sonra, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar, hukuk mahkemelerinin görev alanından çıkarılınca, ceza mahkemelerinin ve *özel bir hâkimin* huzurunda İdarenin yargılanması gündeme gelmişti. Ne var ki, bu tür bir yargılama, sübjektif hukuki durumların korunmasını amaçlayan bir yargılamanın sonuçlarını doğurmayacaktır. O halde, kamu yararını gözetmesi beklenen idari yargının, objektif bir yapısı olduğunu söylemek gerekir. İdari yargıda bu süreci başlatan, davacıdır: «*genel ya da objektif bir hukukiliğin sağlanmasını amaçlayan davalarla; sübjektif hak üzerine kurulan ve öznel durumların korunmasını amaçlayan davalar birbirinden ayrılmaktadır. İkinci durumda, yargı merciine başvuruda bulunan kişi kendi hakkını müdafaa ederken; ilk durumda Hukuku (le Droit) müdafaa etmektedir. İdari yargıda açılan iptal davaları, objektif nitelikteki başvurular arasında gösterilirken, dar anlamıyla tam yargı davaları sübjektif nitelikteki başvurular arasında gösterilmektedir.*»²⁵

5. Bu bölümde, idare hukukunda yaşanan dönüşümleri beş ana başlık altında inceleyerek bugünkü durumu değerlendireceğiz.

İlk olarak diyebiliriz ki, Devlet, artık idare hukukunun yegâne varlık gerekçesi olmaktan çıkmıştır. Bu noktada, “Devlet” kendi içinde bir kriz yaşarken, idare hukukunun Avrupalılaşıma (*europaizzazione*) ve uluslararasılaşma (*internalizzazione*) sürecine girdiği gözlenmektedir.

İdare hukukunun Avrupalılaşması, oldukça karmaşık bir mesele olup bunun birden fazla görünümü bulunmaktadır: ulusal düzeydeki İdarelerin kendi aralarında ve *uluslarüstü** bir yapılanmaya katılması²⁶; regülasyon kurumlarının Avrupa Topluluğu içindeki bağımsız konum-

²³ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 279 s.

²⁴ L. MANNORI – B. SORDI, *op. ult. cit.*, 257.

²⁵ J. RIVERO – J. WALINE, *Droit Administratif*, Paris, 1994, 182.

* Yazarın kullandığı “uluslarüstü” kavramı Avrupa Birliği’ni ifade etmektedir.

²⁶ S. CASSESE, *Le Basi Costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese’nin editörlüğünde *Diritto Amministrativo generale*, I, Milano, 2000. 159 ss.

ları; kamu görevi ile milliyet kavramı arasındaki geleneksel bağlantının kopması; “sözleşme” gibi idare hukukunun temel konularının Avrupa hukukunun kapsamına girmesi; öte yandan “ayırıcılık yasağı” ve “şeffaflık” gibi temel ilkelerin benimsenmesi; “ölçülülük” gibi yerel idare hukuku ilkelerinin Avrupa Topluluğu içinde yaygın hale gelmesi.

Avrupa hukuku çatısı altında toplanan yerel idare hukuku rejimleri, Avrupa hukukunun birer parçası haline gelerek hem bu hukuku uygulayan üye ülke, hem de Avrupa Birliği ile ikili bir bağ oluşmasını sağlamıştır. Neticede, bahsi geçen *Avrupalılaştırma*, Topluluk üyesi ülkeler ile idare hukuk rejimleri arasında sağlam bir köprü kurulmasını sağlayan “*Avrupa İdare Hukuku*”nun ortaya çıkışını tetiklemiştir²⁷.

Avrupa idare hukuku iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm Avrupa Topluluğu’nun bünyesinden doğan normlar, ilkeler, organlar, işlemler, yargısal faaliyetler ve personel rejimini içermektedir. İkinci bölüm ise, farklı idare hukuku rejimlerinin müşterek hukuki geleneklerinden oluşmaktadır. Ayrıca, birbirinden farklı idare hukuku rejimleri arasında, Avrupa hukukunun bir gereği olarak, bu hukuk sistemlerinin birbirine nüfuz etmesini sağlayan bağlar kurulmaktadır. Uyumlaştırma (*l’armonizzazione*) süreci, farklı hukuk rejimleri arasında karşılıklı iletişimi ve rekabetçi bir ortamı doğurmaktadır²⁸.

İlgili devletler ve idare hukukları arasındaki bağlantı, yalnızca (Avrupa içinde) Avrupalılaştırmadan ötürü değil, aynı zamanda bu devletlerin enternasyonal gelişimine bağlı olarak da yıpranmıştır. Günümüzde, kolluk faaliyetinden çevrenin korunmasına, ticaret ve finans gibi sektörlerin denetimine kadar birçok konuda, İdare hukukuna özgü bir alan oluşmamış; standartları (*standards*) belirleyen, talimatlar veren uluslararası bir kuruluş da söz konusu olmamıştır.

Sonuç olarak, ilk başta tek bir devletle arasında bağ kurulabilen idare hukuku, bugün birden fazla yasal mevzuat ve düzenleme ile bağlantılı hale gelmiştir²⁹.

İkinci olarak, idare hukukunun üstünlüğü fikrinin aşındığını söylemek mümkündür. Şöyle ki, “*idarenin üstünlüğü*” ilkesi İdarenin ve idare hukukunun daimi bir özelliği olmaktan çıkmış ve yasalar tarafından zaman zaman tanınan (*takdiri*) bir ayrıcalığa dönüşmüştür. Daha

²⁷ E. SCHMIDT – ASSMAN tarafından vurgulanan, *Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2000, 159 ss.

²⁸ S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, (*Bu makalenin aslının yayınlandığı dergide*), 2001, 601 ss.

²⁹ S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in G.d.a., 1996, 872. İdare hukukunun büyük karmaşası hakkında, F. BURDEAU, *La complexité n’est-elle pas inhérente au droit administratif ?* ve (idari yargı için) R. DRAGO, *La tenaille – Réflexions sur l’état du droit administratif*, her ikisi de Université de Paris II’de, *Clefs pour siècle*, Paris, 2000, s. 417 ile 436 arasında.

sonra, *üstünlük* ve *tek yanlılık*, yerini *onama* ve *iki yanlılığa* bırakmıştır. Sonunda birey, tek yanlı ve hiyerarşik bir ilişkiye tâbi olmaktan kurtulmuştur. Bireyin İdare karşısında sahip olduğu hakların listesi idari yargılamaya dair yasalar, hizmetlere ilişkin esaslar ve hatta Anayasalar tarafından zenginleştirilmiştir³⁰.

Ancak bu süreç, idarenin yetkilerini bireyin sahip olduğu haklarla eşit seviyeye getirmemektedir. Uzlaşmayı benimseyen bir İdare açısından da, bireyin sahip olduğu haklarla İdarenin yetkileri karşılaştırılmasında, temelde asimetrik bir görünüm vardır. Bu sebeple yargılama süreci durmamakta, aksine iki farklı biçimde devam etmektedir:

i. Bir taraftan, “hukukun üstünlüğü” (*regola di diritto*) kanunilik ilkesiyle bir araya gelerek, İdare’nin birden fazla hukuk düzeniyle (Avrupa hukuku, anayasa hukuku, milli hukuk) karşılaşması sonucu hukukun İdareye daha derinden nüfuz edebilmesine imkân sağlamaktadır.

ii. Öte yandan İdare, faaliyetlerini yürütürken âdeta bir yargıç gibi hareket ederek belli bir usûlü izlemektedir. Böylelikle birey, hem İdare tarafından tesis edilen işlemlere kolaylıkla erişebilme, hem de İdareye karşı kendi haklarını savunma açısından güvence altına alınmaktadır.

Üçüncü olarak, idare hukuku ile *common law*³¹ arasındaki farklılığın krize dönüştüğü görülmektedir. Çünkü idare hukuku, özel hukukla aynı çizgide gelişimini sürdürmektedir³².

Bu mevzuza, «*tek kriterin başarısızlığı*» (l’*echec du critère unique*)³³ ve «*hukukun iki müessesesi arasında etkileşim*» (interaction between two bodies of law)³⁴ konusunda çalışmış olan hukukçular tarafından işaret edilmiştir. Daha sonra, kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine dâhil olması (endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri) ve kamu hizmetlerinin görülmesine özel hukuk kişilerinin katılımı³⁵ şeklindeki uygulamaların da bir ürünü olan «*idari rejimin geri çekilmesi*» meselesi; ve yine «*idareye özgü özelliklerin daralması*» ya da «*görünür ve biçimden biçime giren özellikler*»³⁶ tartışmaları idare hukuku tarihçileri tarafından ele alınmıştır.

³⁰ S. CASSESE, *Il cittadino e l’amministrazione pubblica*, (Bu makalenin aslının yayınlandığı dergide), 1998, 1015 ss.

³¹ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 195.

³² Dualizm hakkında, D. TRUCHET, *La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire? A propos des catégories juridiques en droit administratif*, in *Université de Paris II, Clés pour siècle*, cit. 444.

³³ P. WEIL, *Le droit administratif*, Paris, 1978, 67 ss.

³⁴ M. TAGGART, *The Province of Administrative Law Determined?* in *The Province of Administrative Law*, ed. By M. Taggart, Oxford, 1997, 5.

³⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., 428.

³⁶ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., VII e 524.

Yukarıda değindiğimiz mevzu, menfaatlerin (*degli interessi*) ve ideolojilerin (*delle ideologie*) baskısı altında gelişmiştir. “Menfaatler” açısından bakılırsa, etrafı kamusal yükümlülüklerle çevrili olan idare hukukunun, özel hukuk şapkası altında daha geniş ekseninde hareket edebilmesine yönelik bir çaba olduğu gözlenmektedir. İkinci sırada yer alan “ideolojiler” ise, 1800’lerin liberal akımını izlemek suretiyle, ayrıcalıklı bir hukukun hükümranlığını engellemekten yana tavır takınarak İdareyi özel hukuk alanına, yani özgürlüğün esas olduğu bir rejime doğru kaydırma maksadını taşımaktadır³⁷.

Bu baskılar sonucu ortaya çıkan tablo, yalnızca “*özel hukuk, idare hukukunun yerini alıyor*” gibi yüzeysel bir ifadeyle açıklanamamaktadır.

Öncelikle, özel hukukun (içerik olarak değilse bile biçim olarak) artık daha baskın hale geldiğini söylemek mümkün: şöyle ki idare hukukunun kapsamı, özel hukuk karşısında daralmakta; hukuki müesseseler, meseleler ve anlaşmalar bütünüyle özel hukuk biçimini almaktadır. Ancak bütün bu gelişmeler, İdare’nin iradesi doğrultusunda gerçekleşmektedir.

İkinci olarak, kamu kurumları ile özel kesim arasında işbirliğine ve karşılıklı rızaya dayalı durumların yaygın hale gelmesi, her şeye rağmen İdarenin ve özel kesimin konumunu, mevcut olandan daha simetrik kılmamaktadır. Bu yüzden birbirinden farklı iki müessesenin (özel hukuk – kamu hukuku) eşit şartlarda, bir arada bulunduğu gözlenmektedir.

Üçüncü olarak, idare hukuku ve özel hukukun iç içe geçmesi, idare hukukunun temel müesseseleri üzerinde bazı etkileri da beraberinde getirmektedir. Örneğin “*kamu hizmeti ve kamu tüzel kişiliği*” gibi idare hukukunun yapıtaşı niteliğindeki kavramlar genişlemekte, daha sonra özünü yitirmekte ve en sonunda da değerinin azalması sonucu tanımlanamaz³⁸ hale gelmektedir.

Kısacası, iki hukuk dalı arasındaki ayrımların bu derece zayıflaması, “*hukukların ikiliği*”ne (*il dualismo dei diritti*) son vermekte, aksine gerçekleşmesi imkansız bir rüya olarak tanımlanan ve kabul görmeyen “*hukukun tekliği*”³⁹ (*il monismo*) karşısında “*ikilik*”, farklı görüşlerde dahi olsa varlığını sürdürmektedir.

Dördüncü olarak, idare hukukunda bir “*yönetim tutulması*” gözlenmektedir. İdare hukuku, geçmişte milli hükümetlerin hakimiyeti altında idi. Şimdi ise, Avrupa Komisyonu’nun etkisi; tarafsızlığa duyulan ihtiyaç ve idari yetkilerin artması sonucu siyaset ile İdarenin birbirinden ayrılması; ayrıca merkezi yönetimdeki bağımsız idari otoriteler ile yerel

³⁷ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, cit., 566.

³⁸ F. BURDEAU, *op. ult. cit.*, 417.

³⁹ Bu konu hakkında C. EISENMANN, *op. ult. cit.*, 142

idarelerin gösterdiği gelişim karşısında yönetsel olmaktan oldukça uzak (*meno governativo*) görünmektedir.

Böylelikle idare hukuku, çok uluslu yönetim modellerinin ortaya çıkmasıyla birden fazla idari teşkilatlanmanın etkisine girmiş bulunmaktadır. Bu yönetim modelleri, tek bir merkeze bağlı olmaksızın “yönetimlerarası” olarak ifade edilen (ancak gerçekte “idarelerarası”) karmaşık mekanizmaları düzenlemeyi amaçlamaktadır.

İdarelerin (kısmi olarak) yönetim düzeyine indirgenmesi, kanunilik ilkesinin işlevi hakkındaki izlenimi değiştirmektedir. Bu durum, başlangıçta kanunu büyük bir kalenin tepesine dikerek*, yürütmenin müdahalelerine karşı korumaya yarıyordu. Daha sonra ise, Yürütmenin parlamento tarafından çizilen rotada ilerlemesini sağlayan bir mekanizma haline gelmiştir. Özellikle hükümetin sayıca hâkim tarafı temsil ettiği Parlamenter rejimlerde, kanun ve kanunilik ilkesi, İdarelere hükmetmekte kullanılan araçları temin eder hale gelmiştir. Sonuç olarak, hükümetin kontrolüne geçen bu aygıtlar (*kanun ve kanunilik ilkesi*), hükümetten uzak durmaya çalışan İdareyi kontrol altında tutma amacına tahsis edilmiştir.

Beşinci olarak, kamu idareleri bütünüyle yargı denetimine tabi kılınmış⁴⁰, ancak söz konusu denetim, her seferinde özelliklerini biraz daha yitirmiştir.

Aslında idari yargı hâkimi, İdare karşısında bir hakimin sahip olması gereken tüm yetkileri bünyesinde toplamıştır. Hatta hukuka uygunluğun teminatı için İdare, yargı denetiminden bağımsız olarak⁴¹ ayrıca yasamayla da bağlı kılınmıştı. Ne var ki, idari yargı hakimi, yasamaya oranla daha sınırlı yetkilere sahipti. Bu manâda, idari yargı hâkiminin, taşıdığı hususiyetleri her seferinde biraz daha yitirdiği söylenebilir.

İdarenin yargısal denetimindeki gelişme sanıldığı kadar kolay olmamıştır. Yaşanan zorluklardan biri de, “*Otoriter İdare*”nin yanında ortaya çıkan *yükümlülüklerdir*. İdare hukukunun *Kollisionsrecht*’den *Distributionsrecht*’e⁴² geçişi hâkim açısından problemlili bir süreçtir ki, hakim İdareye görev tevzi etmekten çok önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin karar vermeye çalışmaktadır.

* Yazar, mecazî bir ifade kullanmaktadır. “...*questo serviva ad ergere la legge a baluardo contro le invadenze dell’esecutivo.*”

⁴⁰ S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 722; daha önce-sinde, P. WEIL, *Le droit administratif*, cit., 91 ss. *Droit administratif – bilan critique*, in *Pouvoirs*, n. 46/1988.

⁴¹ L. AUCOC, *Conférences sur l’administration*, cit., 93.

⁴² R. SCHMIDT, *Die Reform*, cit., 150.

6. Her sosyal yapıda ve kavramlar sisteminde zaman içinde dönüşüm yaşanmaktadır. Dolayısıyla, dönüşümün yönü kadar, yapısı ve ortaya çıkan paradokslar da önem taşımaktadır.

Ele alınan dönüşümlerin özellikleri arasından ikisi, diğerlerinden bir adım öne geçmektedir. İlki dönüşümün *hızı*, diğeri ise *sürekliliğidir*.

Geçmişte yaşanan dönüşümler, üzerinden neredeyse yüzyıl geçmeyi gerektirmekte idi. Günümüzde yaşananlar ise, oldukça kısa zaman dilimlerinde ve hızlı bir biçimde gerçekleşmektedir. Bu açıdan medeni hukuk, zaman içinde önemli bir istikrar kazanmıştır. İdare hukuku ise, daha hızlı dönüşümlerle gelişme kaydetmiştir⁴³.

Çok daha yakın geçmişe bakarsak (bu yüzyılın son çeyreği), dönüşümdeki hıza sürekliliğin de eklendiğini görebiliriz: idare hukuku sürekli olarak değişmekte olan bir model (taslak) tarafından şekillenmekte, çünkü "*reform*"un kendisi kalıcı bir kamusal işleve dönüşmektedir⁴⁴. Gerçekten de nerede olursa olsun yeniden yapılanma, modernleşme ya da reform vs. adı altında çeşitli bakanlıklar kurulmakta ya da yeni adlarla teşkilat birimleri oluşturulmaktadır. İdare hukukundaki dönüşümler kadar "*dönüşüm*" hakkında konuşmamak gerekir.

İdare hukukunda yaşanan hızlı değişimler birden çok çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. İlk çelişkiye bakılacak olursa, genel bir dönüşümden söz etmek mümkün değildir; dönüşümler belli sektörlere, alanlara ve bölgelere göre dağılmaktadır. Bundan ötürü, (dönüşümler sonucu ortaya çıkan) *yeni idare hukuku* eski idare hukukuyla birlikte yaşamaktadır. Bu da, temel ilkelerin hangisi tarafından oluşturacağı hususunda sorunlara yol açmaktadır: yeni mi, yoksa eski idare hukukuna mı kulak vereceğiz? Teraziyi nereye asacağız? Örneğin, idari işlemlerin kendiliğinden yürütülebilir (icrai) olması bahsinde denilebilir ki; genel olarak İdare, daha sonra yargı mercii önünde teyit edilmesine gerek olmaksızın kamu gücüne dayalı olarak tek yanlı işlemler tesis edebilmekte, ya da böyle bir yargısal denetim İdarenin talebi üzerine mümkün olabilmekte iken, şöyle bir soru akla gelir ki, *yeni düzenlemelere göre özel hukuk karşısında İdareye kaynağını kamu gücünden alan ya da özel hukuku aşan birtakım istisnai yetkiler veriliyor mu?*

İkinci çelişkiye gelirsek, *yeni idare hukuku* ile *eski anayasa hukuku* arasında bir uyum sorunu yaşanmaktadır. Örneğin, anayasal bir ilke olan bakanlığın sorumluluğu ile bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığı nasıl açıklanır? Ya da topluluk hukuku bakımından bir ilke haline gelmiş olan Avrupa Birliği'nin yabancı vatandaşlarına da kamu görevine girme

⁴³ Günümüz Medeni Hukuku açısından da aynı fikri paylaşan, G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000. 412.

⁴⁴ S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, (Bu makalenin aslının yayınlandığı dergide), 2001, 82.

hakki tanınmasını, kamu görevine girmek bakımından italyan vatandaşı olmayı şart koşan anayasal düzenleme karşısında nasıl açıklarız?

Üçüncü çelişki ise, dönüşümlerin *dönüşümcülüğü* sorunu ile ortaya çıkan sonuçtur. Madem ki, reforma yönelik politikalar ya da idari modernleşme süreci bu kadar yaygın hale gelmiş ve hiçbir İdare bundan kaçınmak istemiyor, diğer tarafta da hayali dönüşümlere zorlanarak bir şeylerin değişmeyeceğini fark eden İdarelerin sayısının azınlıkta kalmadığını söylemek gerekmektedir.

İdare hukukunun sürekli ve radikal dönüşümleri, hukuk anlayışı bakımından da oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır.

İlk olarak, hukuk bilimi için her gün kendini yenileme sorunu ortaya çıkmakta, çünkü pozitif hukuk sürekli olarak değişmektedir.

İkinci olarak, idare hukuku alanında çalışanlar, katıksız birer hikayeci ya da köşe yazarına dönmek istemiyorlarsa, değişim halinde olan hukuku takip ederek ondan ilham almalı, ancak bunu çok fazla ayrıntı içinde kaybolmadan yapabilmelidir.

Üçüncü olarak, idare hukuku bilimi, devinim halindeki yasaları şekillendiren temel kaideleri yeniden inşa ederek pozitif hukukun ötesine geçebilmeye imkan sağlayan yeni bir dil aramalıdır.

Sonuç olarak, hukuk bilimi, yorumcuların sergilediği ortak eğilimden her zamankinden daha çok kaçınmalıdır. Şimdi, Tocqueville'in hayatının son yıllarında yeğenine verdiği tavsiyeyi dinleyelim: « *Bu alanda kalem oynatmış, en meşhurları dahil, tüm yazarlar, öğrettikleri kuralların değerini ve yararını ölçemeyen ve yorumcusu oldukları bilimin sınırlarını aşamayarak toplumların hangi şartlarda geliştiğini inceleyen genel ve büyük bilim dünyasını fark edemeyen az gelişmiş düşüncelere sahiptirler veya hala öyleler. Onların arasında oldukça tecrübeli yorumcular, kendini ispatlamış hukukçular, tanınmış yazarlar vardı, ancak bir kamu hukukçusu yoktu. Kendi bilimlerine öylesine hayrandılar ki, onlar için dünyada ondan daha muhteşem bir şey yoktu. Böyle bir hataya düşmemeye dikkat etmelisin. [...] Bugün sana söylemek istediğim tek şey, idare hukukunu uygulayan ve yorumlayanların ruhunu istila eden her türlü önyargıdan ve hayranlıktan coşkulu ruhunu muhafaza ederek idare hukuku çalışmandır... Bu hukuku kavrarken, ona kuş bakışı bakarak onda nelerin eksik olduğunu muhakeme edebilmek gerekir. Sonuçta, merkezîyetçiliğin idare edenlerin yarar cephesinden harika kurgulanmış bir makina gibi, ama beşeri kurumları değerlendirirken dayanmamız gereken yegâne yarar olan kamu yararı cephesinden ise kusurlu ve genelde nefret edilesi olduğunu idrak edebilmek gerekir.*»⁴⁵

⁴⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *Ouvres complètes*, t. XIV, *Correspondance familiale*, Paris, 1998, 293-4.