

KAMU HUKUKU EĞİTİMİNİN FRANSA'DA TARİHSEL KÖKLERİ VE KAMU HUKUKU OKULLARI ÜZERİNE NOTLAR

*Yrd.Doç.Dr. Rukiye AKKAYA**

Hukuk, Cicero için, siyasal birliği (res publica) diğer tüm insani birliklerden ayıran bir niteliktir¹. M.S. II. yüzyıla gelindiğinde, yine Pomponius siyasal birliğin, bu kez civitas sözcüğünü kullanarak, yasalarla kurulduğunu söyleyecektir. Antik Çağın en büyük imparatorluğu döneminde yapılan bu belirleme, siyaset ve hukuk arasındaki dengelerde, hukuku öne çıkarır. Bu belirlemenin bir adım ötesinde ise, temeli 12 Levha Kanunu'na inen, kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yer alır². Kamu hukuku kavramının, ayırım ve kullanımdaki bu eskiliğine karşılık, alanın, hukuk eğitimi içindeki yeri oldukça yenidir. Üniversitelerdeki kamu hukuku eğitimi, sözcüğün tam anlamı ile yüksek öğretimde bir devrimdir. Başlangıçta egemenin hukuku olarak algılanan kamu hukuku alanı, hukuk eğitimi içindeki yerini aldıktan sonra, devletin ve idarenin kurumlaşması süreçlerine eşlik ederek gelişmiştir. 19. yüzyılın sonlarında Fransa'da ortaya çıkan hukuk okulları; ilkelerin, hukuksal düşünceye ulaşmadaki yöntemin, uzman ve araştırmacıların çalışmalarının; bir yekun olarak birleşmesi ile hukuk aksiyomundan doğan, bir doktriner alan olarak değerlendirildiler. Bu doktriner yön; hukuku düşünmede, yaratmada ve uygulamada kamu hukukunu sistematik temellere oturtarak, alanın özerkleşmesine büyük bir katkı sağlamıştır³.

Bugün okulların hukuksal alandaki yapısal ve kavramsal etkisi kaybolmuş görünmektedir. Yine bugün hukuka yaklaşımda, görüş farklılıklarını birbirinden ayıran yalın çizgileri seçmek güçleşmiştir. Bununla birlikte, hu-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Alessandro Passerin d'Entrèves, "Devlet Kavramı", Devlet Kuramı içinde, Der. Cemal Bali Akal, Dost Yay. , Ankara, 2000, s. 194

2 Alessandro Corbino , "Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemleri'nde Anayasal-Politik Dengeler" Çev . Özcan Çelebican, AÜHFD. C. 44, Sayı 1-4, 1995, s. 61-62

3 Jacques Chevallier, "La fin des écoles?", Revue du Droit Public, N. 113, 1997, s. 680

kukun etrafındaki kavramsal tartışmaların gerilemesi, hukuk dogmatığının ulaştığı parlak başarıları da etkilemektedir⁴. Günümüz toplumunun hukuksal gelişiminde, hukukun belli alanlarının ya da belli kavramlarının artık kullanımdan düştüğü ya da hukuka yeterince hizmet etmediği tartışması, doktriner alanların temel kavramlarını yeniden gündeme taşımıştır⁵. Hukuki düşüncenin yenilenmesini, gelişmesini engelleyen bu gözden düşme iddiası –belki- yalnızca bir önyargıdır ve tartışılmaya muhtaçtır. Dolayısıyla bu çalışma, kamu hukuku eğitiminin 18. yüzyıldaki tarihsel köklerine değindikten sonra, Fransa'daki kamu hukuku okullarının doğuşuna ve bugüne etkilerine ilişkin bir değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

I - 18. Yüzyılda Kamu Hukuku Eğitimi

Fransa'da; Eski Rejim, yüzyıllar boyunca hukuk fakültelerindeki eğitim sürecinde Roma Hukuku, Kilise Hukuku ve -nihayet 17. yüzyıl başında- örf ve adet hukuku eğitimi ile yetinmiştir⁶. Kamu hukuku alanının boşluğundan kaynaklanan problemlerin çözülebilmesi için, Orta Çağ hukuk düşüncesine bağlı eğitim biçiminin sekülerleşmesi ve Roma Hukukundan gelen klasik ayırımın, özel hukuk (jus privatum), kamu hukuku (jus publicum) ayırımının hukuk eğitiminin içine taşınması gerekiyordu⁷. Ancak o zamana dek, yalnız merkezi iktidarın gücü ve iradesinin içini doldurduğu egemenin hukuku (le droit du souverain) Orta Çağ hukuk anlayışının, denilebilir ki, tek ayrıkturumudur. 17. yüzyıla kadar, kamu hukuku, sanki gizemi krallara ve kralın etrafındaki önemli kişilere adanmış bir yasak alandır⁸. Öyle ki, kamu hukuku, kraliyet, devleti yeniden kurduğunda ve onu hukukla donattığında ortaya çıkar. Çünkü, kamu hukuku 18. yüzyıl boyunca verdiği ürünlerle, yönetilenler ile yönetenler arasındaki ayırımı karşılayacak ve bu ilişkileri yeniden tanımlayacaktır⁹. Oysa Eski Rejim döneminde, kamu hukuku, çok uzun yıllar hukuk fakültelerindeki eğitimin değil, kral ve onun danışmanları olan

4 İbid. s. 681

5 A. J. Arnaud, *Pour une Pensée Juridique Européenne*, PUF, 1991, Paris, s. 102

6 Bununla birlikte, daha 1312'de, Güzel Philippe IV (1263-1314), Orleans'lı doktor ve öğrencilerin bir üniversite kurmalarını kabul etmiş, Medeni hukuk ve Kilise hukuku kürsülerini kurdurarak eğitimi himayesine almıştır. İl Han Özay, "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar II", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 2, C. 2, 1981, Sayı 1-3, s. 87

7 Jean Portemer, "Recherches sur l'Enseignement du Droit Public au XVIIIè Siècle", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, N. 20, 1999, s. 17

8 İbid. s. 17

9 Andre Demichel, Pierre Lalumière, *Kamu Hukuku*, Çev. İbrahim Kaboğlu, Doruk Yay. , Ankara, 1984, s. 1

birkaç hukukçu arasındaki sıkıntılı çalışmaların konusudur. Orta Çağ hukuk anlayışına bağlı prensipleri kraliyet hukuku ile bağdaştırmaya çalışan, kurumların hukuki yapılarını ve hukuki işlevlerini açıklayan yazarlar, prens ve danışmanları ile yapılan özel anlaşmalar çerçevesinde sıkıntı içinde çalışırlar. Çözümü kendilerine havale edilen bir çalışma tamamlandığında ise, dinleyiciler, ya kral ve kraliyet ailesi ya da bakanlar ve kralın danışmanları ile sınırlıdır. Dönemin geç olgunlaşan çalışmaları daha çok kompozisyon niteliğindeki el yazması eserlerdir¹⁰.

17. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde, seküler hukuk alanında; medeni hukuk, ceza ve medeni usul hukuku, ticaret hukuku ve feodal hukuk alanları ile yetinen hukuk eğitiminde, ancak dolaylı olarak ve pek az kamu hukuku konularına yer verilmiştir¹¹. Zira zaman kısa, ders programı yoğundur. Bu derslerin tamamı, haftada altı saat ve yalnız bir eğitim yılı içinde tüketilmektedir. Teorik çalışmaların ve eğitim dünyasının dışındaki hukuk ise Kilise hukuku ve Roma hukukundan beslenmektedir. Bu döneme kadar hem kamu hukuku konuları, hem de kamu hukukunun hukuk eğitimi içindeki yeri pek dikkat çekmemiş, ancak ya "egemenin" taraf olduğu sorunlar ya da feodal yapılar arasındaki problemler dolayısıyla çok sınırlı çerçevede incelenebilmiştir. Bu nedenle de kavramları ve konuları henüz çok fakirdir. Zaten bu dönemde kamu hukuku, yaşayan hukukun ya da hukuk biliminin bir parçası olmadığı gibi, konusu politika olan problemlerin çözümünde, hukuki bir dayanak noktası olarak da algılanmamıştır¹². Yine bu dönemde yargıç olmak için yalnız Roma hukuku eğitimi yeterli görülümüş, genel kamu hukuku ve evrensel hukuk ilkelerinin (droit public général et droit universel) eğitim programının dışında tutulmasına özen gösterilmiştir. Bunun önemli nedenlerinden biri henüz ne hukuk eğitiminin ne de hukuk kavramlarının yeterince laikleşmemiş olmasıdır. Diğer bir neden ise, denilebilir ki, devlet ve onun

¹⁰ J. Portemer, s. 18

¹¹ Ders işlerindeki bu çeşitliliğe rağmen, esasen Fransa'daki üniversitelerde, Roma hukukunun öğretildiği medeni hukuku ve kilise hukukunu içeren iki ana kürsü bulunmaktadır. "Edit du Roi Concernant l'Université de Besançon et Portant Création d'une Chaire de Droit Public, Versailles, Décembre 1745", Emirame metninin tamamı için bkz. İbid. 54 vd.

¹² İbid. s. 19; Rousseau de Chamoy iyi bir elçinin niteliklerini sayarken, dünyayı yönetebilmek için din üzerine iyi bir gözlem yapmayı, biraz tarih ve biraz da hukuk bilmeyi yeterli görmüştür. Ancak, insanın kendini yetiştirmesinin en erdemli yolunun okuma olduğuna inanıldığından diplomatlar çocuklarına Grotius ve Puffendorf'un eserlerini okumayı tavsiye etmişlerdir. s. 19, dpnt. 11

yaşamına ilişkin problemlerin günlük yaşamın içinde değil, kiliseler, kaleler ve saraylar içinde hapsolmasıdır¹³.

17. ve 18. yüzyıllarda kamu otoritesini yeniden kuran kral, kilisenin egemen üzerindeki etkilerinden sıyrılarak özellikle yasama gücünü tekeline almak ve dışarıya karşı tek bağımsız otorite olabilmek için Roma hukukundan geniş ölçüde yararlanmışır¹⁴. Burada, bu dönemde birçok anlamda kullanılan “kamu” sözcüğünden ne anlaşıldığı sorusunun yanıtlanmasına da ihtiyaç vardır. Ulpianus’un metninden çıkarılan “Kamu hukuku, Roma siyasi bütününe ilişkin hukuktur” yorumu, sözcüğün köklerine olduğu gibi modern çağdaki evrimine de tanıklık eder¹⁵. Yine Brancourt’un, Devlet’e referansla incelediği “respublica/république” sözcüğü, 16. yüzyılda “kamusal şey”¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Devlet kavramını yeniden canlandırmaya çalışan kraliyet hukukçuları, Roma hukuku ile yoğrulmuşlardır ve bu hukukçular laik ve soyut iktidar anlayışını 16. yüzyılın içine serpiştireceklerdir. Yönetimin bir “sanat” olarak algılanmasıyla birlikte, devletin de kamusal soyut bir varlığa dönüşmesi gerekmiştir¹⁷. 1576’da Bodin, Devletin Altı Kitabı (Les Six Livres de la République) adlı yapıtında, “république” sözcüğünü “devlet”i açıklarken kullanır. 18. yüzyıla gelindiğinde yeni soyutlamalarla zenginleşen siyasi dil dağarcığında, “kamusal şey”, Roma dönemindeki anlamını hatırlatarak, “devlet”in eşanlamlısı olarak kullanılır¹⁸. Bu evrimde siyasi

¹³ J. Portemer, s. 20; 12. yy. da Roma hukukunu yeniden gündeme getiren asıl neden imparatorların, Roma kilisesine karşı dünyevi üstünlüklerini kanıtlamaktır. Ancak imparatorların kendilerini Roma İmparatorluğu’nun miracıları olarak öne sürmeleri krallarda tedirginlik yaratmış, üniversitelerde bir dönem Roma hukuku derslerinin verilmesi yasaklanmıştır. Mehmet Ali Ağaoğulları-Levent Köker, Tanrı Devletinden Kral Devlete, İmge Yay., Ankara, 1991, s. 5

¹⁴ Roma Hukukunun rönesansı olarak anılan dönem 10. yy. ’a kadar iner. Orta Çağ’ın öncü üniversiteleri teoloji ve bilime ilişkin sorunların yeniden çözümlenmesinde Roma hukukunu yeni bir yöntem ve araştırma metodu olarak kullanılmıştır. Bu durum, aynı zamanda, eski bilgilerin parçalarının kurtarılması anlamına gelmektedir. Dönemin manastırları, skolastik denilen metodu kullanırlarken, Ravenna ve Bologna’daki hukukçular diyalektik çözümlenmeler ile dikkate değer sonuçlar üretiyorlardı. Paul Vinogradoff, Orta Çağ Avrupasında Roma Hukuku, Yayına Hazırlayan Mehmet Tefik Özcan, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s. 52, 53

¹⁵ Jean Pierre Brancourt, “Estat’lardan Devlet’e Bir Sözcüğün Evrimi”, Devlet Kuramı içinde, Der. Cemal Bali Akal, Dost Yay., Ankara, 2000, s. 178

¹⁶ İbid, s. 181

¹⁷ Olivier Hil-Martine Kaluszynski, “Pour Une Sociologie Historique Des Sciences de Gouvernement”, Revue Française d’Administration Publique, No. 102, Avril-Juin 2002, s. 229

¹⁸ Jean Pierre Brancourt, s. 190

iktidarın merkezileşmesi, yasama, yürütme, yargı erklerinin iktidarın elinde toplanması, devletin sürekliliğin kavranması gibi klasik egemenlik doktrini besleyen öğeler, kamu hukukunu bir iktidar hukukuna dönüştürmüş ve monarşinin bütün kurumlarını yeniden yaratmıştır¹⁹. Bu gelişime rağmen kamu hukuku, ancak Fransız devriminden sonra hukuk fakültelerinde gerekliliği tartışmasız kabul gören bir ders olacaktır, tabi yeni kavramsal sorunlarla birlikte.

A- Avrupa'da Kamu Hukuku Kürsülerinin Açılması

1642'de Le Goux de La Berchère, Richelieu' ye yazdıklarında; hukuk fakültelerinin, yalnız Roma hukuku ve kilise hukukunun öğretildiği yerler değil, kralın egemenliğinin, yasalarının ve egemenin kurumlarının tartışıldığı, yorumlandığı yerler olması gerektiğini söyler²⁰. La Berchère, Fransız kamu hukukunu, kraliyet hukukuna eş görülerek, emirnamelerin ve kralın yasalarının öğretildiği, incelendiği bir dersin, kamu hukuku dersinin hukuk eğitiminin içinde bulunmasını- hatta ayrı bir fakülte kurulmasını- tavsiye etmektedir²¹. 17. yüzyılın sonlarında ve 18. yüzyılının ilk yarısında Grotius, Puffendorf ve Burlamaqui'nin eserlerinin hukuk fakültelerinde okutulduğunu saptıyoruz²². Böylece politika biliminin temel sorunları ve kurumları teolojik alana ve güncel hukuk konularının içine yedirilerek aslında hukuk eğitimi laik bir çizgiye çekilmeye çalışılmıştır. Kamu hukuku dersleri aracılığı ile tamamen laik ve yeni kavramlar üretilmiş, araştırmacılar ve hukuk uygulayıcıları bu kavramları içtihatlarla taşımışlardır²³.

18. yüzyıla gelindiğinde Protestan bölgeler (Hollanda, Almanya) başta olmak üzere hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde, kamu hukuku derslerinin hem felsefe hem hukuk fakültelerindeki ders programlarında yerini aldığını görüyoruz. 1661-Heidelberg, 1706-Pont-à-Mousson, 1735-

19 Yasamayı bir mistik güç olmaktan çıkarmakta öncülük I. Friedrich'e aittir. 1727'de Halle Üniversitesinde kurulan Ekonomi-Politik kürsüsü "yasama" gücünü bir devlet kurumu ve bir akademik araştırma alanı olarak incelemiştir. Yasama, yönetim ve idare ile birlikte ele alınan ekonomi ile günümüz kamu yönetimi alanının kökleri doğmuştur. Olivier Hil-Martine Kaluszynski, s. 230, 232

20 Lettre de La Bercère, Affaires Étrangères, Mémoires et Documents France 845, f. 170 V'den aktaran J. Portemer, s. 20;

21 İbid.

22 Dönemine göre son derece açık bir üslup ile kaleme alınmış bu eserler, denilebilir ki, Fransa'nın hukuk felsefesi ile tanışmasının da araçları olmuştur. İbid. s. 21, dpnt. 23

23 İbid. s. 21

Göttingen, 1743-Erlangen²⁴, İskandinav ülkelerinde Lund ve Upsal, 1716-Fribourg, 1722-Salzburg, 1733-Innsbruck, 1748- Prag ve 1754 Viyana hukuk fakültelerinde kamu hukuku dersi zorunlu ders olarak okutulmaktadır. Nihayet Barbeyrac ve Burlamaqui'yi dinlemek isteyen bir grup Alman protestan öğrencinin girişimleri ile 1719 'da Cenevre Üniversitesi'nde zaten bir kürsü açılmıştır²⁵.

Bu yaygınlaşma Avrupa hukuk fakülteleri arasında sıkı bir rekabet doğurunca Fransa monarşisi 1745'te Besançon hukuk fakültesinden başlayarak Fransa'daki bütün hukuk fakültelerini kamu hukuku kürsüsü ile donatılır²⁶.

Kamu hukuku dersleri, başlangıçta yasa, iktidar ve tarih kavramları üzerine oturtulmuştur. Ancak, 1774'lere gelindiğinde, Tanrı'nın bütün toplumlara ihsan ettiği doğal hukuk prensipleri ile kenetlenen tarih ve devlet kurumlarının kamu hukukunun kökleri olduğu düşüncesine ulaşılır. Artık kamu hukukunun gerçek konusu yasama ve iktidar kavramlarıdır²⁷. 1731'lerden sonra Avrupa Kamu Hukuku (Droit Public de l'Europe), Kanunların Ruhı (l'Esprit des Lois), Sosyal Sözleşme (Contrat Social), kamu hukukunun temel referans kaynakları olarak alınmıştır. Ansiklopedi'nin ortaya çıkmasında bu eserler üzerine yapılan çalışma ve tartışmalar belirgin bir etki gösterir. Bu etki o kadar aşikardır ki Ansiklopedi'de kamu hukuku maddesine de yer verilir. Kavram, avukat ve parlamenter Boucher d'Argis tarafından kaleme alınmıştır²⁸. Dolayısıyla kamu hukuku disiplininin yükselişinde, eleştirile-

²⁴ Erlangen Üniversitesinde ayrıca, Kraliyet Kamu Hukuku ve Avrupa Kamu Hukuku kürsüleri vardır. İbid. s. 24, dpnt. 41

²⁵ İbid. s. 24, dpnt. 47

²⁶ Edit du Roi Concernant l'Université de Besançon et Portant Création d'une Chaire de Droit Public, Versailles, Décembre 1745, art. II, İbid. s. 56

²⁷ İbid. s. 31, dpnt. 86; Collège de France'da yapılan kamu hukuku derslerinin temel konuları şöyle saptanmıştır. 1777-1778 dönemi; Egemen ve onun hukuku, egemenin diğer devletlere göre hakları ve statüsü, 1778-1779 dönemi; Anlaşmaların nitelikleri ve mutlak yetkinin istisnaları, 1779-1780 dönemi; çeşitli devlet biçimleri, 1783-1784 dönemi; Doğal hukukun tarihi seyri ve ulusların hukuku. İbid. s. 43, dpnt. 43

²⁸ Ansiklopedi'deki (1755) tanıma göre; kamu hukuku, genel kamu hukuku ve özel kamu hukuku olmak üzere ikiye ayrılır. Genel kamu hukuku (droit public général) sivil toplumun temel düzenini ve oluşum ilkelerini açıklar, devletlerin birbirleri karşısındaki hukuksal durumlarını, çıkarlarını ve siyasi statülerini inceler. Özel kamu hukuku (droit public particulier) ise her devletin kendine özgü yapısını, iyi bir gelecek, iyi bir siyasal beden ve bu bedenin sağlıklı ruhu için nelere ihtiyacı olduğunu konu alır. İbid. s. 22, dpnt. 32

rinde ve hukuk fakültelerindeki eğitim içindeki etkisinde Diderot, Rousseau, rahip Fleury ve Voltaire'in eserlerinin derin emeği bizi şaşırtmamalıdır²⁹.

B- 1789 ve Kamu Hukuku Dersleri

Devrim sırasında yapılan bütün reformlar hukuk eğitimine de yansımış, 1789'un Anayasa Konseyi, kamu hukukunun içeriği, metodu, hukuk fakültelerindeki yeri ile yeniden ve özel olarak ilgilenmiştir³⁰. Devrimin akıl ile örgütlediği ve sınırları açıkça belirlenmiş yetkilerle donatılan devletin kurulması, kamu hukukunun özel bir alan olarak görülmesinde şüphesiz en önemli köşe taşlarından biridir. Ancak yine de tam bir özerkleşme için, 19. yüzyılı beklemek gerekecektir³¹. Devrimin, üniversitelerin durumunu da sarması dolayısıyla çıkarılacak bir "Ulusal Eğitim Yasası"nın hazırlıkları sırasında, hukuk fakültelerindeki eğitim programı yeniden düzenlenmeye çalışılır. 1791 de yapılan düzenleme ile kamu hukuku dersleri açısından, eski durumunun geçici olarak korunmasına karar verilir. Ancak devrimle gelen yeni bir ders "Anayasa Hukuku" adı ile eğitim programdaki yerini almıştır. Eylül-1791 Karamamesine göre, her üniversiteden bir profesör Fransız anayasasını genç öğrencilere öğretmekle görevlendirilecektir³². Hukuk eğitimi, devletin köklerine ilişkin konuları bırakıp artık yasamanın temel ilkeleri üzerinde derinleşecektir. Kürsüler yeni ihdas edilen derse göre yeniden ayrılınca, bazı dersleri, özellikle Anayasa hukuku derslerini verecek hocalar bulmak zorlaşmıştır. Bu zorluğun ana nedeni Devrim'in birçok dersin içeriğine ve dersi veren hocalara şüphe ile yaklaşmasıdır³³.

1793'te ise üniversite reformu ve yüksek eğitim konusunda Condorcet'in³⁴, yasama meclisine sunduğu raporda (Raport et projet de

29 J. J. Rousseau için, her büyük kraliyetin, bütün büyük üniversitelerinde bir doğal hukuk kürsüsü olmalıdır. Oysa Fransa'nın ne danışmanları ne de yargıçları bu konularda hiç bir bilgi ya da düşünce sahibi değildir. Doğal hukuk alanında bu kadar çok çalışma ve eser varken hiçbir işe yaramamaktadır. İbid. s. 23, dpnt. 35 ; Diderot'ya göre, Fransa'daki hukuk fakülteleri büyük bir bilgi sefaleti içindedir. Öncelikle tek bir hukuk teriminin Fransızca'sını okuyamazlar ve anlamazlar, ne örf ve adet hukukunu ne de egemenin hukukunu bilirler. Ne sözleşmenin, ne mülkiyetin, ne de özgürlüğün hukuksal dayanakları hakkında hiçbir konuyu incelemezler. Peki bu üniversiteler ne yapar? Onlar Roma hukukunun bütün branşları ve bütün konuları ile meşguldürler. Öyle bir hukuk ki, ne bizimle (Fransa ile) ilişkisi vardır, ne de bizdendir (Fransızların ürünüdür). İbid. s. 23, dpnt. 36

30 İbid. s. 26

31 A. Demichel, P. Lalumière, s. 1

32 J. Portemer, s. 47

33 İbid. s. 51

34 Condorcet(1743-1794) felsefeci, matematikçi ve politikacıdır. Devrim yıllarında önce anayasal monarşiyi sonra cumhuriyeti savunur. Les Girondins'lere bağlı olduğu ve Kon-

décret) devlet ve kamu hukuku ilişkisi üzerinde önemle durmaktadır. Retorikle ayakta kalmaya çalışan politikaların artık yerini gerçek politika bilimine bırakması gerektiğini belirten Condorcet, bir halkın politikaya ilişkin konuları ve kavramları özgürce tartışmadan ve sosyal kurumlarını bağımsızlaştırılmadan tam bir özgürlük ve güvenlik içinde olamayacağını söylemektedir³⁵. Çünkü eğer yurttaşların özgürlük talebi ve coşkusu akıl ile yönlendirilmez ise, bir halkın asla gerçek özgürlüğü olmayacaktır. Bunun için de halkın ortalama bir siyaset ve hukuk bilgisi ile donatılması gerekir. Condorcet'e göre sosyal bilimler; ahlak, politika ve ekonomi bilgisinin içinden doğar³⁶.

Bununla birlikte yüksek eğitimin konusu ve kapsamı Devrim öncesinde de tartışılmakta idi. 1765'de rahip Garnier'in hazırladığı sivil eğitim üzerine (de l'éducation civile) adlı çalışmada, politik ve ahlaki eğitimin temelleri tabi hukuk ve kamu hukuku temelleri üzerine oturtulur³⁷. Bu eğitimin amacı özünde yurttaşlık bilimini de (science de la citoyenneté) kapsamaktadır. 1760'larda, özellikle yüksek eğitimde, Aydınlanma'nın da etkisiyle, devletin temellerini toplumun doğal ve evrensel yasalarına bağlayan bir bakış açısı hakimdir³⁸. Ancak kamu hukuku derslerinin kraliyetin otoritesi hakkında tehlikeli sorunları gündeme getirdiği gözden uzak tutulmamıştır. 1786'da başlatılan üniversite eğitimi reformu 1788'de daha komisyon aşamasındayken durdurulmuş, Collège de France'da, kamu hukuku derslerinin tatil edilmesi istenmiştir³⁹.

Devrimi takip eden yıllarda kamu hukuku hocaları ne mali açıdan ne de düşünceleri ve çalışmaları açısından güvenlikte değildir. İnsanların evrensel ve vazgeçilmez haklarını, erdemlerini, özgürlük, eşitlik ve baskıya karşı direnme olarak tanımlamış bir rejim, halkının bilimsel eleştiri ruhunu şüphe

vansiyon'u desteklediği için Robespierre'in diktatörlüğü döneminde öldürülür. Michel Mourre, Dictionnaire de l'Histoire, Larousse, Paris, 1998, s. 236

35 Keith Michael Baker, Condorcet, Raison et Politique, Hermann, Paris, 1988, s. 390

36 İbid. s. 391

37 Collège Royal'de bir tabi hukuk kürsüsü kurulmasını arzu eden rahip Garnier hatıralarında; kamu hukuku eğitiminde Antik çağ filozofları Platon, Aristo, Ciceron'un merinlerinin okutulması gerektiğini, arkasından Cumberland ve Burlamaqui'nin eserlerinin incelenemeye değer olduğunu söyler. Bodin'in "Cumhuriyet"i, Grotius'un "Barış ve Savaş Hukuku" da ele alındıktan sonra nihayet Puffendorf'un yurttaş ve insan hakları üzerine denemeleri okutulmalıdır. Kamu hukukunun ve devletin köklerini açıklayan bu kaynaklar bütün Alman üniversitelerinde de okutulan temel kaynaklardır. Mémoire de l'abbé Garnier du Collège Royal, Collège de France, Archives, B II, Droit, b 4, s. 4 vd.

38 Michael Baker, Condorcet, . s. 379

39 J. Portemer, s. 40, dpnt. 126 ve dpnt. 138

ile karşılaşmış ve sıkı bir kontrol altında tutmuştur. Zaman, devlet ve toplumun oluşum ilkeleri üzerine tartışma zamanı değildir ve kamu hukuku üzerine çalışanlar, kendilerini farklı toplumsal maskelerle korumak zorunda kalırlar. Bu yüzden, hukuk eğitimi felsefi ve bilimsel tartışmalar yönünden sınırlanmış, yalnız içtihatlar ve Devrimin ilkelerinin -çok sınırlı ölçüde- kurumsallaşması üzerine yoğunlaşmıştır. Çok uzun bir dönem, hukuk eğitimi yalnız Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil'in) okunmasına dönüştüğünden, Fransız Kamu Hukuku, idare hukuku ve medeni hukuk ilişkisi arasında sıkıştırılmıştır⁴⁰. 19. yüzyılın ikinci yarısında, metotları ve yorumlarıyla Anayasa hukuku ve İdare hukuku alanlarında çığır açan, hukuk bilimini adeta yeniden kodlayan kamu hukuku okulları devrimden sonra ortaya çıkan bu sıkışmışlığın içinden fıskıracıklardır⁴¹.

○ II- 19. Yüzyılda Kamu Hukukunun Yeniden Doğuşu

Kamu hukukunun yeniden doğduğu ve okullarının yükseldiği yıllar, çok özel iki sürecin çakışmasıdır aslında. Okullar, bir yandan kendi otonomilerini, disiplinlerinin temel kavramlarını oluştururken, bir yandan da 12. yüzyıldan kalan okullaşmanın katı, yapısal, hiyerarşik mirasını sahiplenirler. 1890'lı yıllarda tartışmaları ateşleyen, üniversitelerde kamu hukukçularının etkin ağırlığına rağmen; kamu hukukunun diğer disiplinler gibi bir otonom çalışma alanının, gerçek bir doktrininin yokluğunun gündeme getirilmesidir⁴².

1819'da Paris Hukuk Fakültesi'nde kurulan idare hukuku kürsüsü, şüphesiz, hem kamu hukuku açısından hem hukuk eğitimi açısından özel bir aşamadır. Ancak kürsü 1822'de politik nedenlerden dolayı kapatılır ve 1828'de yeniden açılır. Bunu takip ederek 1832'de Poitiers'de, 1835'te Aix, 1837'de Dijon, Grenoble, Strasbourg, Toulouse'da idare hukuku kürsüleri birer birer kurulur. Bu yaygınlaşmayla birlikte başlangıçta idare hukuku alanı hep ikincil derecede kalır ve hocaların özel hukuk alanına özel bir eğilimi gözlenir. Yeni bir disiplin alanı olarak idare hukuku, ne çok etkin ne de çok anlaşılabilir değildir. İlk yazılı eserler öğrencilerin topladığı ders notlarıdır. Ancak 1870'lerden sonra idari yargılama ve uyuşmazlıklar üzerine

⁴⁰ İbid. s. 49-51; Devrimden sonraki hukuk fakültelerinin eğitim programı şöyledir; 1. yıl: Code Civil'in (Fransız Medeni Kanunu) temel ilkelerine göre Fransız Medeni Hukuku, Fransız Hukuku ile ilişkileri açısından Roma Hukuku ve doğal hukukun elemanları; 2. yıl: Kamusal idare ile ilişkileri açısından medeni hukuk ve Fransız kamu hukuku 3. yıl: Cezaların ihdası, medeni usul hukuku ve ceza usul hukuku, İbid. dpnt. 176

⁴¹ Jacques Chevallier, "La fin des écoles?", *Revue du Droit Public*, N. 113, 1997, s. 682

⁴² J. Chevallier, İbid. , s. 682

yapılan çalışmaların önemi, Danıştay'ın (Conseil d'État) seçkin üyelerinin de etkisiyle artar⁴³.

İdare karşısında özel yetkili bir hakimin varlığını karara bağlayan ünlü 8. 2. 1873 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararından sonra (Blanco kararı) özel bir yargıcın, idareye, özel bir hukuk uygulaması gerektiği konusu, adeta bir dogma olarak kabul edilmiştir. Bu dogma, kamu hukuku ve özel hukuk ayırımının yargılama hukukuna ilişkin ayırımında da esas oluşturur⁴⁴. Ancak daha önce Devrim'in hemen ardından gelen 1790 kararnamesi ile adli yargıç tarafından verilen kararların, idarenin eylem ve işlemlerini aksatması zaten yasaklanmıştı. Bu yasaklamanın özü, idarenin, hukuksal yapının sıradan yargıçları tarafından yargılanmasının kabul edilemez olduğudur. Kararname ile yapılan yargısal ayırım, Eski Rejim'den arta kalan yargısal ilkelerin Devrime zarar vereceği endişesinden kaynaklanmaktadır⁴⁵. Anayasal değerler açısından bakıldığında ise kararnamenin dayanağı, yasama, idari otorite ve yargının birbirinden prensip olarak ayrılmış olmasıdır. Anayasa ile gelen güçler ayrılığı ilkesi ile idareye, adeta özel bir yargı alanı yaratılmıştır. Dolayısıyla kamusal iradenin kararlarının uygulanmasından doğacak problemlerde, bu iradeyi yargılayacak olan tek yargılama yeri idari yargıdır⁴⁶.

1834'te hocalarına tam bir mali güvence sağlanıncaya dek, anayasa hukuku alanına da hala tereddütle yaklaşıldığını görüyoruz⁴⁷. Nitekim 1852'de kürsüler siyasi nedenlerle kapatılarak 1877'de yeniden açılır. Yeni çalışma alanlarının kaygan bir zeminde olmasının gerçek nedeni, hukukçuların hemen tamamının 1896 yılına kadar özel hukuk çerçevesinde Code Civil'in anahtarları ve yorumcuları olarak görülmüş olmasıdır. Çünkü Napolyon'cu düzenlemelere göre hukuk eğitiminin olabilecek tek sınırı ve malzemesi Code Civil'dir. Bunun önemli nedeni ise, 1804 tarihli Code Civil'in, Dev-

43 Bu dönemlerde Conseil d'État 'da başkan yardımcısı olan Édouard Laferrière'in, İdari Yargı ve İdari Uyuşmazlık (Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux) eseri yazılı olmayan bir hukukun kaynaklarını, içtihatlarını ve öğretiy yönünü inceleyen ve sistematikleştiren bir rehber olmuştur. İbid. , s. 683

44 A. Demichel, P. Lalumière, s. 9-10

45 Bernard Stim, Le Conseil d'État, son role, sa Jurisprudence, Hachette, Paris, 1991, s. 13-14

46 İbid. s. 15

47 Paris Hukuk Fakültesi'nde Anayasa hukuku kürsüsü ilk kez 1834'de Pellegrino Rossi tarafından kurulmuştur ve Rossi, bu alanın profesör unvanlı ilk hocasıdır. J. Chevallier, s. 683, dpnt. 7

rim'den sonraki en önemli kanunlaştırma hareketi olmasıdır⁴⁸. Dolayısıyla ister kamu hukuku ister özel hukuk alanında çalışsınlar; hukukçular, sürekli kanunlara referans veren, yorum metodunu kullanan, hatta onu bağımsız bir bilim olarak gören ve öğreten kanun yorumcuları olmuştur. İdare hukuku alanında çalışanların diğerlerinden tek farkı, bir "code" un yokluğudur, onlar içtihatlardan beslenmektedirler⁴⁹. Dolayısıyla 1890'lı yıllara kadar kavramlarıyla oranlı gerçek bir "kamu hukuku" alanından bahsedilemez⁵⁰.

A-Kamu Hukuku Alanı ve Kamu Hukuku Okullarının Doğuşu

1895'te yapılan yeni üniversite reformu ile hukuk eğitimi alanında da yeni bir ayrıma gidilir. O güne dek gelenekselleşmiş hukuk eğitiminde Code Civil'in tartışmasız hakimiyetine, dolayısıyla yorumcu okulun (école de l'exégèse) egemenliğine son verilir. 1896'larda hukuk bilimi alanındaki geleneksel kavramlar temel alınarak lisans üstü çalışmalara zemin hazırlayacak yeni bir kavramsal ayrıştırma ve branşlaştırma çalışması yapılmıştır. Bu çalışmalar sırasında kamu hukuku alanını kaçınılmaz kılan akademik ve kavramsal ihtiyaçlar yeniden gündeme getirilerek bir alan saptaması yapılmıştır⁵¹. Yapılan kavram ayrıştırma ve alan saptama çalışmalarına Fransa dışındaki hukuk dünyasının da katkıları vardır. Çünkü Alman doktrinini etkisiyle (Savigny 1779-1861) karşılaştırmalı tarihçi metodun (méthode historique et comparative) etkileri çoktan hukuk fakültelerini sarmıştır. Tarihçi okul, yorumcu okulun eksikliklerini, hukukun yalnız içtihatlardan oluşmuş bir yargılama problemi olmadığını iddia etmekte, yorumcu okulu eleştirmektedir. Hukukun daha iyi anlaşılabilmesi için daha derinlere, hukukun sosyal kaynaklarına, başta sosyoloji olmak üzere diğer sosyal bilimlere gitmek gerekliliğini savunmaktadır⁵². Yani hukuku doğuran kaynaklara inerek, hukukun toplumdaki asıl işlevi ve yeri saptanacak, hukukun toplumsal bir ürün olmasıyla, her ülkenin hukukundaki özgünlük belirginleşecektir.

Burada her hukuk kuralının devlet tarafından konduğu varsayılırsa, devleti ve toplumu hukuki ve sosyolojik yönleri ile-birbirlerini bütünüleyen yön-

48 Devrim'den önceki büyük kanunlaştırma çalışmaları 1669 tarihli Medeni Usul Hukuku ve 1670 tarihli Ceza Usul Hukuku kararnamele ile yapılmıştır. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Yay. , 1998, Bursa, s. 138

49 Fransa'da bugün hala İdari yargı organlarının çalıştığı alan büyük ölçüde içtihatlardan beslenmektedir. Alanın temel ihtiyaçlarını düzenleyen bir kanunlaştırma hareketi yoktur. Konuya ilişkin pek çok yasa vardır ancak idare hukuku ve idari yargıyı bütünüyle düzenlemekten uzaktır. İbid. s. 185

50 J. Chevallier, s. 683

51 İbid

52 İbid. s. 684

leri ile- açıklamak gerekmiştir. Bu tartışma hem hukuk disiplinleri arasındaki sınırları, hem hukukun diğer sosyal bilimlerle olan ayırımını iyice bulanıklaştırır. Kamu hukukçuları, kamu hukukunun özel hukuk karşısındaki durumunu belirginleştirmek için hiçbir eleştiri ve sorgulamadan çekinmezler. Bu sorgulama aslında hukuk ve Devlet arasındaki ilişkiyi belirleyen bir meydan okumadır ve su götürmez bir biçimde siyasal tabanlıdır. Çünkü çalışmanın birinci bölümünde görüldüğü gibi, Anayasa ve hatta yasa, kamu hukukunun ikincil konusu olarak doğmuştur. Daha doğrusu kamu iradesinin ve devletin hukuki formatı Anayasa'dır ve tarihsel seyirde kamu hukuku Anayasayı önceller. Çünkü öncelikle Devlet'in köklerini, oluşum şartlarını ve kurumlarını açıklamak gerekir. Ama ondan daha öncelikli ve önemli olan Devlet'i hukuki analizle açıklayabilmektir. Yine ve bununla birlikte Devlet'in hukukla bağlılığını ve hukuka saygısını açıklamak için ne Anayasa ne de yasa tek başına yeterli olamaz.

19. yüzyılda yaşanan kuramsal bunalımdan en derin etkilenenler kamu hukukçularıdır ve bu bunalımı yine kendi kavramları ile aşmaya çalışırlar. Buna göre; hukuksal yorum, tamamen usuli ilkelerle hareket edilerek yargılama sonucunda doğan, elde edilen çözümdür. Oysa hukuk bilimi yalnızca usuli bir işlem değildir. Şüphesiz sosyoloji biliminin doğuşu böyle bir yurumsal sonuca varılmasında en önemli etken olmuştur⁵³. Bununla birlikte, kamu hukukunu özel hukuktan ayıran temel farklar kavramlarında olduğu kadar - idare hukukunda olduğu gibi- yargılamanın esasları noktasında da görülür. Kamu hukuku özel hukuk ayırımı , farklı yargı yerlerinin sahip oldukları yetkinin de temelini oluşturmaktadır⁵⁴. İdari yargının doğuşu ile kamu hukukunun, birçoklarına soyut ve yaşamsal karşılığı yokmuş gibi görünen kavramları, içtihatlar yolu ile yorumlanmış, egemenin iradesi hukuksal çerçeveye çekilmeye çalışılmıştır.

Bu temel saptama, kamu hukukunun sosyoloji ya da politika bilimi tarafından yutulmasını ya da bunların içinde eritilmesini önlemek için alanın çalışanlarını başlangıçtaki temel soruna yani hukuk ile devlet arasındaki ilişkiye (rapports entre l'État et le droit) götürür⁵⁵. Tartışmalar, bütün doktrinini "hukuk devleti" kavramına yoğunlaştırdığı gibi, kamu hukukunu bütün hukuk bilimi içinde kristalize eden, ondan ayrılmaz bir paradigmaya döndürür. Nitekim Kamu hukuku okulları da bu tartışmanın içinden doğmuştur.

53 İbid.

54 Claude de Pasquier, "Kamu Hukuku ile Özel Hukuk Farklılığı", Çev. Samim Bilgen, İdare Dergisi, sayı 172, s. 209

55 J. Chevallier, l'État et le Droit, Montchrestien, coll. 2. éd. 1994, s. 70

Sosyal bilinci ve toplumsal gerçekliği kendine hukukun temel kaynağı olarak alan, objektif hukuku ana referans olarak kabul eden ve Duguit'nin öğretileri ile doğan Bordeaux Okulu (ya da kamu hizmeti kavramının yaratıcıları oldukları için École du Service Public)⁵⁶. Devletin tüzel kişiliğine eğilerek kurumsallaşmayı ve hukuk kurumlarını politikanın sınırları olarak gören ve Hauriou'nun öğretileri ile doğan Toulouse okulu. Nihayet doktrinde devletin ve devlet iktidarının yalnız hukukla açıklanamayacağını, hukukun devletin varlığının tek simgesi ve onu açıklamanın tek aracı olduğu halde, hukukun devletin varlık nedenleri ile ilgilenmeyeceğini söyleyen Carré de Malberg'in Strasbourg okulu⁵⁷.

Aslında, kamu hukukunun temelleri ve enstrümanları konusundaki teorik tartışmalarda bu okulların biri diğerinden ayrılamaz. Öte yandan birinin diğerinden bütüncül olarak ayrı bir hukuk ve devlet yaklaşımı yoktur. Yine bu okulların görüşleri doktriner bir genelleme değildir. Örneğin Anayasa hukuku konusunda bazı araştırmacılar son derece katı bir pozitivizmden yanadırlar. Ama Deslandres, objektif olma kaygısı ile Anayasa'nın tarihi serüvenini, yazılım koşullarını onun yorumu için bir kılavuz olarak görür. Yine Eismein, Joseph-Bartélémy hukuku ortodoks bir tutumla inceler. Bordeaux okulu daha sonra Roger Bonnard, Roiland, Réglant tarafından geliştirildi. A. de Laubadère, Duiguist analizi Paris'e taşıdı. Toulous okulu G. Vedel, J. Rivero, Starsbourg okulu G. Ersenmann, G. Burdeau, M. Prélot, R. Capitant ile yeni aşamalar kaydetti⁵⁸. Doktriner alandaki bu derinleşme, kavramlar üzerinde de bir katılığa neden olmuştur. Ancak bu gün, her yazar pragmatik bir biçimde kamu hukuku alanının kavramlarını seçmece bir biçimde ödünç almaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Özel hukuk-kamu hukuku ayırımını reddeden Duguit'nin hukuk dehası, hukuku objektif, realist ve bilimsel bir çizgiye çekmiş olmasıdır. Duguit, Fransız hukukunda bir dönüm noktasıdır. Ancak Gaston Jéze'e göre, O da hukuk ile siyaset arasında tam bir çizgi çekememiştir. Gaston Jéze, "Léon Duguit'nin Fransız İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri", İÜHF. C. 7, sayı 1, s. 336 vd.

⁵⁷ J. Chevallier, s. 684; 18. yüzyıldaki kamu hukuku anlayışına rağmen, Malberg'e göre, devletin doğuşu tarihsel ve sosyolojik bir olgudur ve hukuk devletin doğuşu ve nedenleri ile ilgilenmez; Recai Galip Okandan, Umumi Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 25; Okulların tartışmalarındaki ana eksenlerden birini oluşturan devlet kavramının, zaman ve mekan ile sınırlandırılmayacağı ve özünün değişkenliği iddiasıyla ayrı bir alanda incelenmesi gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Ancak, bütün farklılıklarına rağmen, bir devleti oluşturan unsurların hukuken incelenebileceği düşüncesi, tartışmaları devlet ve hukuk ilişkisi üzerinde yoğunlaştırmıştır. Ch. Crozat, Amme Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Çev. Orhan Arsal, İstanbul, 1938, s. 16

⁵⁸ J. Chevallier, "La fin...", s. 685-686

⁵⁹ A. Demichel, P. Lalumière, s. 27

B- Kamu Hukuku Okullarının Gerilemesi

Bu okullar, içinden doğdukları üniversite ortamının imajı olarak algılandıkları gibi, hukukta okullaşma olgusunu da geliştirdiler. Çalışmaları ve şahsiyetleri ile büyük saygı gören hocaların çoğu, kariyerlerini yine bu üniversitelerdeki hukuk fakültelerinde yapmışlar; hukukun, entelektüel otoriteleri olarak kabul edilmişlerdir. Bazıları, üniversitelerinde dekanlığa kadar yükselmiş, bazıları kariyerlerinin sonuna kadar kürsülerinin başında kalmış, temellerinde kendi analizleri ve görüşleri olan hukuk eğitiminin de üstatları olarak anılmışlardır. Dolayısıyla, yetiştirdikleri öğrenciler, hocalarının turunu tamamlamaya aday olmuştur⁶⁰. Ancak bu okullar, hukuk fakültelerindeki eğitimin niteliği, ders programları ve öğrencilerin okullara kabul şartları konusunda belirgin bir fark gösterirler. Küçük bir öğrenci grubunu kabul eden, üniversiteyi dışı kapalı bir prestij kaynağı olarak gören, elitist bakış açısı; bu kapalı yapının kendi bilimsel görüşlerinin garantörü olacağını düşünür. Hukuk okullarının arasındaki metodolojik farklılığı gerçek bir üniversite eğitimi farkı olarak gören pedagojik model için; üniversite, gerçek bir bilimsel aktarımın tek özgür güvencesidir. Bu yüzden de öğrencileri kabulde sözlü sınavlar temel rol oynar. Kültürel bir modeli benimseyenler ise hukuk eğitimine dışarıdan gelecek etkilere görece olarak kapalıdır. Hoca-öğrenci ilişkisini sağlayacak olan, özel değerler ve kavramlar etrafında birleşmektir. Ancak hocaların kendi alanlarının üstadı olarak görülebilmesi için öğrencilerin kabul ve saygısının öne çıkması beklenir. Öyle görünüyor ki, okulların kurucuları, akademik yaşamın bütün prestijini ve olanaklarını kullanarak, kendi hukuk metotlarını hukuk eğitim programı ve üniversite geleneğinin içine oturtarak, bu metotları kendi üniversitelerinin eğitim nosyonu olarak sunmuşlardır. Bu farklılıklarına rağmen doğuş biçimleri ile bu okullar, bize üniversitelerin çok uzaklarda kalan köklerini hatırlatmaktadır⁶¹.

Kamu hukuku okullarının ve metotlarının eskiliği tartışması, kamu hukukunun alanı üzerine yapılan güncel tartışmalardan ayırık tutulamaz. Konu üzerine eğilenler, önlerindeki sorunlara yanıt ararken, kamu hukuku alanına hakim olan kavramların ve bir dönemin “kutsal kitapları” olarak algılanan çalışmaların yıpranmışlığını açıkça görürler. Ancak bu eskimişlik, kavramların ya da içeriklerinin zamana uyumsuzluğu problemi değildir. Hukukun yorumu ve uygulanması üzerine yapılan çalışmalarda, teknik ve pozitif hukukun baskınlığı özellikle içtihatlarla yönelim, kamu hukukunun hep tartıştığı kavram ve problemlerin yavaş yavaş çalışmalardan soyutlanmasına, teorik

⁶⁰ J. Chevallier, “La fin...”, s. 687

⁶¹ Ibid. s. 687

çerçevenin kaybolmasına neden olmaktadır. İlk dönemlerde, idare hukukunun içtihatlardan yola çıkarak oluşturduğu kavramların ısrarlı baskısı ve bu kavramları sistemleştirme kaygısı kamu hukukunun asırlardır tartıştığı ve öğrettiği eski sorunlarını ve kavramlarını gündem dışı bırakmıştır.

Kamu hukukçuları yeni dönemde eskiyen bir sistematizasyondan bahsediyorlarsa, temel kaygı kavramları ayıklamak değil, kavramların içeriğini ve sistematliğini yenilemek olmalıdır. Bu düşünsel durağanlık, kamu hukukunun, yüzyılın başında kristalize ettiği kavramlara tam bir sadakatin kaybolması ile açıklanamaz. Günümüz çalışmaları, geçmişi saygı ile selamlamakta ama yorumlarında, bu okulların ne metotlarını ne de kavramlarını temel referans olarak almamaktadır. Bu sorun, yani kavramların eskimişliği olgusu, kamu hukukunun özü olmadığı gibi, kendisinden de kaynaklanmıyor. Özel hukuk alanında da benzer sorunlar ve kaygılar yaşanmaktadır⁶².

Aslında hukuk bilimi her cephesiyle bir sorun yaşamaktadır⁶³. Üniversitelerin yeniden yapılandırılması çalışmaları, kurumsal düzenlemelerdeki yenilikler ve hukukun global bir sürece evrilmesi kamu hukukunun problemlerini daha da keskinleştirmiştir⁶⁴. Örneğin; bugün idare hukuku hala iki dev kavramın kolonları üzerinde duruyor: "kamu hizmeti" ve "kamu yararı". Bu sıkı kolonları, başta idare hukukunun kendi kavramsal içeriği üzerindeki ısrarlı tutumu, kamu hukukunun kendini yenilemesine hizmet edecek seçenekleri tereddütte bırakmaktadır. Ama bunun nedenleri üzerine eğilinir ise idare hukukunun, doktrinin keyfine ve ihtiyaç ortamına göre kavramları üzerinde bir oynama yapamayacağı derhal fark edilir. Oysa idare hukukunun, teori ve içtihatlara dayalı dinamiğinin, akışkanlığının, bizzat disiplinin özünü oluşturduğu bilirse de her durumda kamu hizmeti ve kamu yararı gibi kavramlara sarılması okulların fonksiyonunu doldurduğuna, misyonunun tükendiğine örnek gösteriliyor⁶⁵. Yani Duguit, Hauriou ve Carré de Malberg hala temel referans olarak kullanılsa da dönemin ihtiyaçlarına ya da konunun hassasiyetine göre bir "aksan değişikliği" ya da bir "melezleştirme" çabası sezilmektedir. Bununla birlikte, kavramların eskimişliğini göstermek için bu çalışmaları örnek göstermek yetersizdir. Bazı hukukçular için, pozitif hukuk tekniğine ve yorumculuğa sadakat olmalı ve kamu hukukunun terminolojisi felsefe ve sosyolojinin gölgesinden kurtarılmalıdır. Ancak unutuluyor ki

⁶² Konuya ilişkin etraflı bir tartışma için bkz. Revue de Droit Civil, Tribune Libre "l'Enseignement du Droit Civil à la Fin du XXI è Siècle", Avril-Juin 1998, s. 247 vd.

⁶³ P. Jestaz, "Décline de la Doctrine?" Droits, N. 10, 1994, s. 84 vd.

⁶⁴ Jaques Chevallier, "Vers un Droit-Modern?" , Revue du Droit Public, N. 2, 1998, s. 659 vd.

⁶⁵ J. Chevallier, " la Fin..." , s. 689

pozitif hukuk tek başına hukuk kavramlarının özünü geliştirmeye yeterince iyi hizmet edemez. Dolayısıyla “eskimişlik” sorunu üzerine çalışmalar oldukça sığ görünmektedir. Çünkü, eleştiriler kamu hukuku biliminin tamamını kapsamadığı gibi, kamu hukuku da birkaç kavrama indirgenemez⁶⁶.

C- Bugüne Yansımalar ve Sonuç

Hukukun ve toplumun evrimi, kamu hukuku kavramlarının modasının geçmişiyle açıklanamaz. Kavramların eskimişliğini kabul etmek, kamu hukuku okullarının tarihsel misyonunu belirleyen kurumları yani üniversiteleri ve kürsüleri de belli bir hükümsüzlükle gölgeler⁶⁷. Bir rehabilitasyon ihtiyacından bahsederken kavramların özü, o kavramı yaratan kurumların tarihi ile özdeşleştirilmemelidir. Okullaşma olgusu, bir kavramın sadakatli takibi olmadığı gibi, sosyal bilimler alanında bir kavramın kılavuzluğuna, elbette ki bir pusulaya ihtiyaç vardır. Örneğin Fransız politika biliminin üzerinde Burdiyocu okulun (école bourdieusienne ou bourdivine) etkisi ağırlıklı olarak hissedilir. Bilimin dinamizmi kavramlara bir kimlik kazandırma ve bu kimliğin ayırt edici kriterlerini belirleme kaygısından kaynaklanır. Bu hem bir birliğin hem bir farklılığın uyumudur. Değerler, ortak kavramlar ve teknik, bir birlik alanı yaratır. Ancak gerçeği, hep bir baskın paradigma etrafında yorumlayan sistemler farklı bir bakış açısı sunar. Bilimi dogmalardan ve monolitik süreçten kurtarmak için bu farklılıklar gereklidir. Bütün bilim camiası denilebilir ki bu farklılıkların yarattığı bir yarış stratejisi içinde yaşar. Her araştırmacı kendi alanının bilimsel otoritesi olmak gayesi ile kendi gayretini yeni bir problemler dünyasına adar, bu kendine göre savaşta biri diğerine göre saygılı bir düşünsel mevzide durur. Sosyal bilimler alanı da araştırma ruhu ile beslenen bu savaştan ayrı tutulamaz. Özellikle hukukta bu mevziler çok belirgindir ve –bir ölçüde de olsa- politika ve sosyal yaşamın ikircikli görüşleri bu bilimsel mücadeleyi, kavramların kullanıldığı bir güç oyununa dönüştürür.

Hukuk doktrinlerinin kalbine kadar inen bu mevzilenme kamu hukukunun asırlardır tartıştığı ve açıklamaya gayret ettiği “iktidar” kavramından ayrıktır. Bu yüzdendir ki Bordeaux, Toulouse, Starsbourg okulları yalnız birer kamu hukuku okulu değil, devleti ve iktidarı farklı şekilde yorumlayan birer hukuk katedralidir⁶⁸.

Benzer biçimde hukuktan aldığı kavramlarla beslenen ya da hukuki kavramlara yeni ufuklar açan farklı disiplinlerdeki söylemler politikadan

⁶⁶ İbid. s. 690

⁶⁷ İbid. s. 692

⁶⁸ P. Jestaz, s. 93

ayrılmaz. Örneğin idare hukukunun “kamu hizmeti” kavramını, neo-liberal söylemin daha zayıf, daha belirsiz, daha sessiz bir kavram olarak yorumlamak istediğini kim inkar edebilir?

Yorum ve yaşayan hukuk açısından ise kavramlara ilişkin bilimsel tartışmaları, yargılama hukukunun tekniği ve içtihatların içine hapsetmek, orada dondurmak, onları yalnızca yoksullaştırır. Kavramların bugüne ilişkin vurgusunu ve tarihsel özünü, çifte bağıntı olarak görmek gerekir. Bu özü belirlemede her kavramın tarihi bir araçtır. Eğer bilimsel bir gelenekten bahsedilecek ise aksi durum, yani kavramın yalnız içeriği ile ilgilenmek gerektiği iddiası, çalışmalarını amatör bir düzeyde bırakır. Ancak kavramların özüne dair eleştirel yaklaşımlarda, öğreti-uygulama bağıntısının bir naiflik taşıdığını da unutmamalıdır. Dolayısıyla okullar, yalnız pozitif hukukun yorumu bağlamında, bir ayıklama işlevini yerine getirir; yoksa kavramların dinamizmine karşı, okulların köhneleşmesi riski her okul için kaçınılmazdı⁶⁹.

20. yüzyılın başında altın çağını yaşayan okullar yalnız bir hukuk okulu kurma kaygısı taşımadılar. Bu okullar, bir kamu hukuku teorisi oluşturmak için sosyal bilimlerin bir çok üretiminden yararlandılar. Dolayısıyla kamu hukukunun köklerine değen problemler, son derece geniş bir alana sahiptir. Pozitif hukuku ele alırken onun arkasındaki genel devlet kuramını ve onu besleyen felsefi ya da sosyolojik bilgiyi görmek gerekir. Özünde devletin hukuksal varlığına inen kamu hukuku alanı, bilimin bütün ufuklarından akan kollardan beslenen kıyasız bir nehirdir⁷⁰. Ancak hukuka atfedilen her problem ve her hukuki kavram burada yıkanamaz. Bu iddianın geçerliliği kamu hukuku kavramlarının yeniden ayağa kaldırılmasına, kamu hukuku alanlarının gerçek temellerine geri dönmesine bağlıdır. Bu onarımın, bir kırılmanın içinden geçen sosyal bilimlerin bütün alanları için bir zorunluluk olduğunu da inkar edemeyiz.

⁶⁹ J. Chevallier, " la Fin...", s. 699

⁷⁰ Ibid. s. 697, dpnt. 54

