

KAMU HUKUKU – ÖZEL HUKUK AYRIMININ GEÇERSİZLİĞİ

THE INVALIDITY OF THE DIVISION OF PUBLIC VS. PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi

Emir KAYA*

Furkan AYDIN**

ÖZ

Her ne kadar Türkiye’de Roma hukukundan günümüze gelen kadim bir ilke olduğu şeklinde yaygın ve yanlış bir algıya konu olsa da gerçekte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı 19. yüzyıl Fransa’sına özgü tarihsel koşullar sonucunda ortaya çıkmış modern bir doktrindir. Fransa’da dahi yoğun eleştirilere hedef olan ayırım, Fransız hukuk sistemi açısından sarsılması çok zor bir kaide statüsündedir. Fransa dışında ise söz konusu ayırım farklı şekillerde kabul ya da reddedilmiştir. Fransız hukuk sistemini aynen iktibas etmeyen ülkelerde bu ayırım, Fransa’dakilere ilaveten yeni problemlere ve ciddi çelişiklere yol açmaktadır. Bunun en net örneklerinden birini Türkiye sergilemektedir. Türkiye kamu hukuku – özel hukuk ayrımını hukuk sisteminin merkezine, hatta kenarına bile yerleştirmiş değildir. Ayırım doktriner bir klişe, gerçeklikten uzak bir dogma olarak varlığını sürdürmektedir. Bunun sonucunda hukukta öğreti ile olgu arasında ciddi bir uyumsuzluk meydana gelmektedir. Türkiye’de yasamada, yürütmede, yargıda, kısacası hukuk yapısında karşılığı olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı sadece hukuk fakültelerinin teşkilatlanmasında görülür. Buradan da lisansüstü programların isimlerine aktarılır. Fakat bu durum dahi yasal bir gereklilik olmayıp, teamülden ibarettir. Fransa’nın aksine, Türkiye’de lisans eğitiminin planlanmasında, hakimlikte, doçentlikte, kısacası hukukta önemli eğitim ve kariyer süreçlerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı baz alınmaz. Ayırımın genel teorik niteliği ise en zayıf noktadır. Hukukun

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1384211

Makale Geliş Tarihi: 31.20.2023

Makale Kabul Tarihi: 09.01.2024

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: emir.kaya@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7382-3575

** Ar. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: furkan.aydin@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-2799-7480

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Bu makale Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından HF-2023-209 kodlu proje kapsamında desteklenmiştir.

bütünselliğine aykırı olan söz konusu ayırım, hukuk bilincini ve metodolojisini tutarlılıktan uzaklaştırmaktadır. Bilişim hukuku, deniz hukuku ve rekabet hukuku gibi yeni veya melez alanlarda büsbütün iflas etmektedir. Anayasa hukukunun özel hukukun dışına, medeni usul hukukunun kamu hukukunun dışına konumlandırılması örneklerinde olduğu gibi geleneksel alanlar açısından da bu tasnif son derece sorundur. Türkiye’de bir türlü adamakıllı sorgulanmayan, bir akide muamelesi gören kamu hukuku – özel hukuk ayırımı, eğer engin hukuk felsefesi ve realist olgu okuması açısından bakılacak olursa görülecektir ki geçersiz bir kurgudan ibarettir. Hukuk fakültelerinin ve öğretisinin bu sorumlu kurgudan kurtarılmasıyla hukuk düşüncesinin ve sisteminin verimli gelişiminin önündeki bir engel ortadan kaldırılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Öğretisi, Hukuk Sistemi, Hukuk Fakülteleri, Mukayeseli Hukuk, Eleştirel Hukuk Çalışmaları.

ABSTRACT

Contrary to a common misconception in Türkiye that the division of public vs. private law is an ancient principle borrowed from the Roman law, it is actually a modern formula that came into effect in the 19th century as a result of historical circumstances peculiar to France. Despite intense criticisms, France is unable to eliminate that division because it lays the foundation of its state structure. Beyond France, the division is accepted or rejected in different ways. In countries where the legal system is not entirely French-based, the division causes additional problems and serious contradictions. Türkiye is a clear example of this phenomenon. Türkiye, a country that purportedly embraces the division, does not take it seriously in reality. In Türkiye, the division is not effective in the legal system, namely, the legislative, executive and judicial organs, but is evident in the organization of law schools. When it comes to significant steps in legal career, such as basic legal education, judicial appointment or qualifying for (associate) professorship, the division disappears again. As for the overall theoretical quality, it is the division’s weakest aspect. The division contradicts the holistic perception of law, hence impairs legal consciousness and methodology. It fails in recent or hybrid disciplines such as IT, sea, and competition law. Locating constitutional law outside private law and civil procedural law outside public law are two examples that prove that the division is extremely problematic with regard to conventional disciplines as well. In short, the division of public vs. private law is like a creed in Türkiye. It is an invalid fiction that is not properly questioned. Eliminating this problematic imagination from law schools as well as legal doctrine and discourse will help remove an obstacle before the fruitful development of law.

Keywords: Legal Doctrine, Legal System, Law Schools, Comparative Law, Critical Legal Studies

EXTENDED ABSTRACT

In countries where the legal system is under the influence of France, the distinction between public law and private law has been established as one of the basic assumptions of legal doctrine. Simply put, public law regulates the relations between the state and people while private law regulates the relations among people.

Though it can be argued that the doctrine of the division of public vs. private law in continental European law has some benefits, our aim in this article is to question whether this division has become inefficient in the face of increasingly complex socio-economic phenomena, hence invalid in the face of legal realities. If the drawbacks of the division outweigh its benefits, it should be abandoned.

Above all, the division of public vs. private law is not a universal principle of law. Nor is it an ancient principle, unlike the widespread assumption in Türkiye. It is a modernist concept associated with nation-statism, and a product of the political philosophy of social engineering. It emerged in France in the 19th century, due to historical and structural reasons peculiar to it. It was imitated and unconsciously dogmatized in some other countries that did not share the same historical and structural conditions. Finally, in some countries including Türkiye, it was perceived to be a deep-rooted and unshakable principle of the law. This unrealistic and unscientific perception distorts legal knowledge and consciousness.

Even if it is assumed that at the onset the division of public vs. private law was useful, it is not possible to claim that it is still useful or accurate in today's legal world. Budding legal disciplines such as IT law, medical law, competition law, intellectual property law, air law, sports law, and space law completely negate the division. Conventional disciplines such as constitutional law and civil procedural law cannot be squeezed into one side either.

As a matter of fact, contrary to the discursive and doctrinal claims, the actual legal system in Türkiye is not based on the division of public vs. private law. The division, underlined in the legal doctrine, is simply theoretical. In practice, it does not exist. In other words, a division that does not exist in legal reality continues to occupy an important place in legal doctrine and discourse. This absurdity makes Türkiye an idiosyncratic case compared to France where the division is present in the judicial system at least.

In Türkiye, the division of public vs. private law exists only in the organization of law schools: Law schools have public law and private law departments. However, this is not an outcome of a binding legal rule but a custom. When it comes to undergraduate curriculum, the division is not observed. In France, for example, students in their third year can choose public or private law as their focus. There is no such practice in Türkiye. Also, while in France there are professorships in public law and private law, in Türkiye there are professorships in specific fields such as constitutional, administrative and commercial law.

The state structure in Türkiye has never been and need not be as in France. The divisionist system in France is a target of intense criticisms, as some leading French jurists find it inconsistent and inefficient. It is a scientific necessity in Türkiye to put an end to the distorted and groundless embracement of France's division of public vs. private law, which has no real concretization in the Turkish legal system.

As in all sciences, taxonomy and specialization is natural in law. However, the taxonomy must be scientifically established and accurate. The division of public vs. private law is just a cliché, an irrational custom. It is practically irrelevant and theoretically flawed. In short, it is invalid. The already problematic division of public vs. private law is even more problematic in the Turkish context. To illustrate, the division exists in both the legal system and the legal doctrine in France, and it does not exist in neither the legal system nor the legal doctrine of the UK. When it comes to Türkiye, the division is not present in the legal system but is present in the legal doctrine. There is a clear contradiction.

The division of public vs. private law may have contributed in the past to the teaching of law in a narrow context. It may still be appropriate today to use the terms ‘public law’ and ‘private law’ in an undefined and flexible sense. However, we must be aware that the dogmatic division of public vs. private law is not a well-established and strong principle, but a modernist and self-contradictory fiction. The division is negated in almost every aspect of law. It diminishes legal doctrine and prevents legal systems from coherent development. In short, legal doctrine should be saved from this artificial formulation. Legal understanding should be grounded in more holistic and realistic principles.

GİRİŞ

Hukuk sisteminin Fransa’nın etkisinde olduğu ülkelerde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hukuk doktrininin temel kabullerinden biri olarak yerleşmiştir. Basitçe ifade etmek gerekirse; kamu hukuku devlet ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen, özel hukuk ise bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen hukuk alanıdır. Kamu hukuku devletin kurulumuna, örgütlenişine ve işleyişine ilişkin kuralları da içerir. Devletin tüzel kişilerle ve diğer devletlerle olan ilişkileri, memurların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, idare ve yönetime ilişkin hususlar da kamu hukuku karakterlidir¹. Kamu hukuku kısaca devlet hukuku demektir². Kamu hukukunda devlet-birey eşitliği söz konusu değildir. Devlet belirleyici, birey uyucu konumdadır. Kişilerin birbirleriyle olan ilişkisini düzenleyen özel hukukta ise taraflar birbirleriyle eşit konumdadır ve irade serbestisi ilkesi hakimdir³.

Kamu hukuku kendi içinde anayasa, idare ve vergi hukuku gibi alt dallara ayrılmaktadır. Fransa’da özel hukuk sayılan ceza hukuku, Türkiye’nin de aralarında

¹ Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan Kitabevi 2002) 36.

² Yahya Kazım Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş* (İmaj Kitabevi 2015) 27.

³ Öztan (n 1) 36.

olduğu pek çok ülkede kamu hukuku sayılmaktadır. Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlarsa özel hukuk olarak kabul edilmektedir.

Kıta Avrupası hukukunda görülen kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sınırlı bir geçerlilik alanının ve bazı faydalarının olduğu söylenebilir. Bizim bu makaledeki amacımız, söz konusu ayrımın karmaşıklaşan sosyo-ekonomik olgular karşısında verimsiz, hukuki gerçeklikler karşısında gittikçe artan düzeyde geçersiz bir kabule dönüşüp dönüşmediğini sorgulamaktır. Ayrımın sakıncalarının faydalarından ağır basması durumunda terk edilmesi gerekir.

Makalede evvela kamu hukuku – özel hukuk ayrımının menşei irdelenmiş ve bilginin tasnifinin faydaları kadar zararlarının da olabileceğine işaret edilmiştir. Ardından kamu hukuku – özel hukuk ayrımına dair doktrindeki ölçütlere yer verilmiş ve ölçütlerin kritiği yapılmıştır. Makalenin sonraki bölümünde söz konusu ayrımın Kıta Avrupası hukuk sistemi dışındaki diğer büyük hukuk sistemlerindeki yeri tartışılmıştır. Sonrasında ayrımın hukukun gerek yeni gerekse geleneksel alanlarıyla uyum düzeyi sorgulanmıştır. Bir diğer başlıkta makalenin en çarpıcı bulgularından biri olan, Türkiye bağlamında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının pozitif hukukta esas alındığı tek yerin hukuk fakültelerinin örgütlenmesine ilişkin olduğu tespitine yer verilmiş ve söz konusu ayrımın söylem ve algı gücünün yüksekliğine nazaran hukuk sisteminde karşılığının neredeyse hiç olmadığına işaret edilmiştir. Son olarak ayrımın mehzaz ülke olan Fransa'daki durumu irdelenmiş, Fransız sistemi için anlamlı sayılabilecek kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Türk hukukunda sakil bir taklit ve geçersiz bir klişe olduğu hususu tartışmaya açılmıştır.

I. AYRIMIN MENŞEİ: ANTİK ROMA MI, MODERN FRANSA MI?

Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmiş olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının menşesini Türk hukukçular Roma hukuku olarak göstermektedir⁴. Modern Türk hukukunun menşesinin başta Fransa olmak üzere Kıta Avrupası ülkeleri olduğu doğrudur.

⁴ Rona Aybay, *An Introduction to Law* (Der Yayınları 2020) 65; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 2020) 86; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları* (Genel Dağıtım Yayınları 1991) 22.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin köklerinin de antik Roma hukukuna uzandığı doğrudur. Türk hukuk doktrininde sarsılmaz bir prensip gibi kabul gören kamu hukuku – özel hukuk ayrımı işte bu hat üzerinde gerekçelendirilmektedir. Varsayıma göre, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Türkiye’ye Fransa’daki *droit public – droit privé* ayrımından, oraya da antik Roma’daki *ius publicum – ius privatum* ayrımından geçmiş olsa gerektir.

Bugüne kadar pek sorgulanmamış olan bu varsayımda ciddi hatalar bulunmaktadır. Şöyle ki, Roma, siyasi kökleri milattan önce 750’lere kadar götürülen, varlığını milattan sonra 1453 yılında Bizans İmparatorluğu’nun yıkılmasına kadar sürdürmüş iki bin yıllık bir uygarlıktır. Roma uygarlığının ilk bin yılında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının olduğu iddia edilmemektedir. Zira ayrım, ünlü hukukçu Ulpianus’a (ö. M.S. 228) atfedilmektedir⁵.

Ulpianus’un ayrımı Roma hukukuna dair literatürde karşımıza çıkan bir formüldür. Formülün pozitif hukukta var olup olmadığı, varsa ne kadar belirleyici olduğu tespit edilmemiştir. Ulpianus’un formülünün kendisinden sonraki Roma hukukçuları tarafından ne denli ciddiye alındığı da tartışmaya değer bir konudur. Ciddiye alınmışsa bile bu kuramsal formülün hukuk sistemine ne düzeyde aktarıldığı, olumlu-olumsuz ne gibi sonuçlara yol açtığı bilinmemektedir. Bildiğimiz, Roma İmparatorluğu’nun Ulpianus zamanında çözülme emareleri gösterdiği, 395 yılında ikiye bölündüğü ve 476 yılında Batı unsurunu tamamen kaybettiğidir. Ulpianus’un formülünün Roma hukukunda kurucu veya güçlendirici bir rolünün olduğuna dair ipucu yoktur. Bildiğimiz bir başka şey ise Bizans İmparatoru I. Justinianus tarafından 530’lu yıllarda hazırlatılan ve Roma hukukunun en kapsamlı kaynaklarından olan *Corpus Juris Civilis*’te (birebir Türkçesi, Medeni Hukuk Külliyatı) böyle bir ayrımın temel alınmadığıdır.

Roma hukuku literatüründe kamu hukuku – özel hukuk ayrımından bahis varsa da ayrımın Roma hukukunda temel prensip olduğu iddia edilemez. Günümüzde de hukuk sistemindense söyleminde var olan bu ayrım, Roma uygarlığında, Roma hukukunun mevzuat ve yargı sistemlerinde ana unsur olmamıştır.

⁵ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (Turhan Kitabevi 1992) 120; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019a) 104.

Cherednychenko, Romalı hukukçuların yazılarında sadece özel hukuka odaklandıklarını, birey-devlet ilişkisini konu alan kamu hukukunun hukuk felsefecilerine terk edildiğini, feodalite yüzyılları boyunca böyle bir ayrımın söz konusu olmadığını, 16. yüzyıldan itibaren ulus devlet ve egemenlik arayışı bağlamında “belirgin kamusal saha” (*distinctly public realm*) fikrinin güç kazandığını, “ayırt edilebilir şekilde özel alanlar” (*distinctively private spheres*) fikrinin de kamu gücünün yayılmasına reaksiyonla ortaya çıktığını, kısacası bugünkü kamu hukuku – özel hukuk ayrımının kökeninin Roma hukuku değil, piyasanın meşruiyet merkezi şekilde kurumsallaştığı 19. yüzyıl olduğunu belirtmektedir⁶.

Université Paris (2) – Panthéon-Assas bünyesindeki Mukayeseli Kamu Hukuku Merkezi müdürü Prof. Gilles Guglielmi milattan sonra 5 ila 13. yüzyıllar arasında Avrupa’da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının tamamen unutulmuş olduğunu, günümüzdeki ayrımın Roma hukukundan alınmadığını, Fransa’daki izlerinin dört yüz yıl öncesine kadar sürülebileceğini belirterek yukarıdaki savlarımızı teyit etmiştir⁷.

Université Paris (1) – Panthéon-Sorbonne’da Özel Hukuk ve Suç Bilimleri profesörü Emmanuel Jeuland’a göre ‘kamu hukuku’ konseptini asıl işleyenler Friedrich Carl von Savigny, Carl Friedrich von Gerber, Georg Jellinek ve Paul Laband gibi Alman düşünürlerdir⁸. Jeuland, modern anlamda ‘kamu hukuku’ doktrininin 1850’lerden itibaren Almanya’nın birleşmesi ve ulus devletleşmesi sürecinde ortaya çıktığını, buna karşın Almanya’da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının katı yorumlanmadığını, ayrımın bilahare Fransızlar tarafından dogmalaştırıldığını ifade etmiştir⁹.

Bu görüşü teyit eden bir gerçek de şudur ki Roma uygarlığının en yakın varisi olan İtalya’da kamu hukukunun öncüleri olarak Victor Emmanuel Orlando (ö. 1952) ve Santi Romano (ö. 1947) gibi isimler zikredilir. İtalya’da dahi kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Roma hukukundan alınmış değildir. Fransa’dan alınmıştır.

⁶ Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Sellier European Law Publishers 2007) 22.

⁷ Gilles Guglielmi, *7 Mart Tarihli Çevrimiçi Görüşme Notları* (2023).

⁸ Emmanuel Jeuland, *Theories of Legal Relations* (Edward Elgar Publishing 2023a) 162-163.

⁹ Emmanuel Jeuland, *22 Şubat Tarihli Yüz Yüze Görüşme Notları (4 rue Valette, Paris, Fransa)* (2023b).

Kısacası, günümüzdeki kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Roma hukukuyla ilişkilendirilmesi bir yakıştırmadan ibarettir ve nedense Türkiye’de pek yaygındır. Avrupa’da böyle bir ilişkilendirme yoktur. Gerçekte ayrımın tarihi iki yüzyılı geçmemektedir. Bu süre insanlık tarihi karşısında, insanlığın hukuk müktesebatı karşısında, hatta sadece Türk hukuk tarihi karşısında pek kısadır. 19. yüzyıl Fransa’ında zahir eden ve diğer pek çok ülkede dogmatik bir refleksle kabul gören, bilahare kemikleşen kamu hukuku – özel hukuk ayrımının vazgeçilmez bir hukuk kaidesi muamelesi görmesi şartlanmadan ibarettir. Bilimsel açıdan temelsizdir ve vahim bir hatadır.

İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde kamu hukuku ve özel hukuk tabirleri mevcutsa da iki saha arasında ayrım yapılması, Gözler’in tabiriyle böyle “yapay” bir ayrım temelinde hukukun ele alınması hiçbir zaman düşünülmemiştir¹⁰. Bu sayede ayrımın aşağıda açıklayacağımız sakıncalarından korunmak mümkün olmuştur. Güriz’e göre de “hukuk uygulaması ve tekniği bakımından sağladığı yararlar ne olursa olsun”, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı “bugün bilimsel ve teorik değerini yitirmiş bulunmaktadır”¹¹.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, evrensel bir hukuk ilkesi değildir. Zannedildiği gibi kadim bir ilke de değildir. Ulus devletçilikle ilişkili, toplum dizayncı siyaset felsefesinin ürünü, modernist bir konsepttir. Fransa’da ortaya çıkmış, -bilahare izah edileceği üzere- Fransa’ya özgü tarihi sebeplerle Fransa’da vazgeçilemez hale gelmiş, aynı tarihsel ve sistemsal altyapıyı paylaşmayan başka yerlerde taklit edilmiş ve bilinçsizce dogmalaştırılmış, nihayetinde Türkiye’nin de aralarında bulunduğu bazı ülkelerde hukukun köklü, evrensel, kurucu bir ilkesiymiş gibi algılanır olmuştur. Gerçeklik ve bilim dışı bu algı, hukuk bilgisini ve bilincini çarpıtan unsurlar barındırmaktadır.

¹⁰ Gözler (n 4) 92.

¹¹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Siyasal Kitabevi 2019b) 108.

II. BİLGİNİN VE BİLİNCİN TAHRİBİNDE TAKSONOMİNİN ROLÜ

Evrende olup bitene dair bilgiler bir insanın tek başına özümseyemeyeceği kadar fazladır. Bu durum sadece bugün değil tarihin her dönemi için geçerlidir. Fakat özellikle son yüzyıllarda her alanda bilginin yekunu astronomik boyutlara ulaşmıştır. Bir insanın ömrü bırakın genel bir disipline, herhangi bir spesifik alanın tüm detaylarına vakıf olmaya kifayet etmemektedir. Bu nedenle insanlık bilinen tarihin ilk dönemlerinden beri toplam bilgi karşısındaki yetersizliğine çözüm bulma gayreti içerisinde girmiştir¹². Söz konusu problemin çözümü için öncelikle bilgiler tasnif edilmiş, daha sonra yeni oluşan daha dar kapsamlı bilgi alanlarında bireylerin uzmanlaşması sağlanmış ve iş bölümü geliştirilmeye çalışılmıştır. Örneğin bir insanın hem tıp ilimlerinde hem demircilikte hem terzilikte bilgi ve becerisinin üst düzeyde olması çok güçtür. Bu nedenle bir kişi demircilik yaparken bir diğeri terzilik yapmış ve toplamda bir mübadele ilişkisi geliştirmişlerdir. Durkheim'a göre iş bölümü medeniyetin temeli ve uygarlığın kaynağıdır¹³. Rasyonel temellere dayandığında iş bölümü işlevselliği ve verimi artırmakta, insanlığın gelişiminde önemli rol oynamaktadır. Bu açıdan bakıldığında bilginin tasnif edilmesinin zorunlu ve faydalı olduğu ortadadır.

İş bölümünde artışa paralel olarak bilginin de aşırı düzeyde tasnif edilmesi bazı problemleri beraberinde getirmiştir. Bu problemlerin en başında, bilimsel taksonomi bağlamında bilginin parçalanması ve bütüncül bakış açısının kaybedilmesi gelmektedir. Bireyler dar bir alanda uzmanlaşırken meselelere bütüncül bakış açısıyla bakma yeteneğini kaybedebilmektedir. Pratik bir örnek vermek gerekirse; gömlek üretiminde gömleğin yakasının form presi, manşet düğmesinin dikilmesi, ip temizliği, ütüsü ve son olarak paketlenmesi süreçlerinin her biri farklı birimlerde ve farklı işçiler tarafından yapılmaktadır. Ütü bölümünde beş yıl boyunca çalışan bir işçi ütü konusunda uzmanlaşmış olsa da gömlek yapımının diğer aşamalarından bihaberdir. Yani gömlek yapım bilgisinin bütünlüğünden uzaklaşmıştır. Aynı problem hayatın her alanında görülmektedir. Uzmanlaşma, çok işlevli ve tam tekmil insan profili yerine sadece birkaç

¹² Edgar Morin, *Yitik Paradigma* (Çev. D. Çetinkasap) (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 189.

¹³ Aziz Şeker, 'İş Bölümünün, Sosyal Politika ve Toplumsal Dayanışma Açısından Sosyolojik Çözümlemesi' (2020) 22(1) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 20, 22.

özel yeteneği ön plana çıkan, kişilik fakirleşmesine uğramış insan modelini ortaya çıkarmıştır¹⁴. Böylece insanların birbirlerine bağımlılıkları artmış, özgürlükleri ise bir yandan genişlerken diğer yandan daralmıştır.

Uzmanlaşmanın bir diğer sakıncası ise birbirinden ayrılan alanların içe kapanması, etkileşime elverişsiz hale bürünmesidir. Halbuki, yukarıda da değinildiği üzere, tek bir dar uzmanlık alanını ilgilendiren bir problem hemen hemen yok gibidir. Problemlerin çözülmesi ve gerçekliğe en kısa yoldan ulaşılması adına bilimsel disiplinler arasında iletişimin üst düzeyde olması, bilim insanlarının kendilerini tek bir alana hapsedmemesi ve kompleks bir düşünce yapısını benimsemesi elzemdir. Katı kalıplar içinde uzmanlaşma, bilim insanının bazı varsayımlara sıkışmasına, gerek ufkunun gerekse gerçekçiliğinin daralmasına, veriminin azalmasına neden olabilmektedir. Bu durum, bilim insanının bütüncül yaklaşımdan ve genel bilim felsefesinden uzaklaşmasına, dar bir alanın teknisyeni olmasına yol açabilmektedir¹⁵.

Sonuç olarak, bilginin tasnif edilmesinin birçok faydası, dahası kaçınılmaz bir yönü vardır. Özellikle bilginin sınırlarının ölçülemez şekilde genişlediği günümüz koşullarında uzmanlaşmanın vazgeçilemezliği ortadadır. Bununla beraber, katı tasnifler yoluyla uzmanlaşmanın teşvik edilmesinin beraberinde getirdiği olumsuzlukları göz önünde tutmak ve en aza indirmek için çaba sarf etmek icap etmektedir. Bunun için öncelikle mevcut taksonomilerin akılcı eleştirisinin yapılması gerekir. Bazı tasniflerin ilk yapıldıkları dönemde işlevsel olmalarına rağmen günümüzde anlamlarını önemli ölçüde yitirdikleri açıkça görülmektedir. Mevcut bilgi ve uzmanlık tasniflerin kritiğinin; tasnifin günümüzdeki şartlar ile uyumu, reel dünya ile ilişkisi, işlevselliği, bütünselliğe etkisi gibi açılardan yapılması gereklidir.

Tüm uzmanlık alanlarıyla ilgili olan bu tespitler hukuk için de geçerlidir. Hukukta bir tasnif enstrümanı olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı masaya yatırılmalı ve ayrımın ne kadar geçerli ve gerekli olduğu tartışılmalıdır.

¹⁴ Morin (n 12) 189.

¹⁵ İzge Ünal, 'Aşırı Uzmanlaşma' (Gazete Manifesto) <<https://gazetemanifesto.com/2019/asiri-uzmanlasma-297003/>> (erişim tarihi 17.10.2023).

III. AYRIMI AÇIKLAMAYA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımını temellendirmek amacıyla doktrinde birtakım ölçütler ileri sürülmüştür. Bu kısımda bu ölçütlerden en yaygın olanları özetlenmekte ve kritik edilmektedir.

A. Menfaat Ölçütü

‘Amaç kriteri’ olarak da isimlendirilen bu ölçüte göre, kamu menfaatleriyle ilişkili olan ve onları koruyan kurallar kamu hukuku, bireylerin menfaatlerini ilgilendiren kurallar özel hukuktur¹⁶. Örneğin bir işyerinin kiralanması bireysel menfaate ilişkin olduğu için özel hukuk kapsamındayken, vergi toplanması kamu menfaatini ilgilendirdiği için kamu hukuku kapsamındadır.

Menfaat ölçütünün söz konusu ayırım açısından pek de elverişli olmadığını söylemek mümkündür. Öncelikle burada esas alınan menfaat kavramının müphemliği ölçütün işlevselliğini önemli ölçüde azaltmaktadır¹⁷. Bunun yanında bazı durumlarda hem kamu menfaati hem de bireylerin menfaati birlikte söz konusu olabilmektedir¹⁸. Örneğin boşanma, evlilik, vesayet gibi hukuki kurumlar geleneksel olarak özel hukuk çatısı altında değerlendirilmekte iken aynı zamanda önemli ölçüde kamu menfaati ile ilişkilidir¹⁹. Nitekim Anayasanın 41. maddesinde ailenin “Türk toplumunun temeli” olduğu ifade edilmiş ve ailenin kamusal menfaat açısından değeri ortaya konulmuştur. Açıklanan nedenlerle, menfaat ölçütü, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta ve rasyonel zemine oturtmakta başarısızdır.

B. İrade Hürriyeti Ölçütü

Bu ölçüt hukuki ilişkide kişinin sahip olduğu irade hürriyetinin derecesine dayanmaktadır²⁰. Buna göre eğer kişi hukuki ilişkide geniş bir irade serbestisine sahipse

¹⁶ Gözler (n 4) 86; Güriz (n 5) 105.

¹⁷ Güriz (n 5) 105.

¹⁸ Bilge (n 5) 179.

¹⁹ Gözler (n 4) 87.

²⁰ Güriz (n 5) 106.

yani kendisine uygulanacak olan normlar emredici değilse söz konusu ilişki özel hukuk ilişkisidir. Buna karşın kişi içinde bulunduğu hukuki ilişkide emredici hükümlere muhatap oluyor ve irade serbestisi önemli ölçüde sınırlanıyorsa söz konusu ilişki kamu hukuku kapsamındadır²¹.

Menfaat ölçütünde olduğu gibi irade hürriyeti ölçütü de kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta ve rasyonel zemine oturtmakta yetersizdir. Zira bu teorinin benimsemiş olduğu yaklaşımın aksine özel hukuk kuralı olarak kabul edilen birçok emredici hüküm söz konusudur²². Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde genel ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin tarafların iradeleri uyuşsa bile kesin hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır.

C. Yönetenler – Yönetilenler Ölçütü

Montesquieu'nun fikirlerine dayanan bu görüşe göre, yönetilenler ve yönetenler arasındaki ilişkiyi kapsayan hukuk kamu hukuku iken yönetilenlerin kendi arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk özel hukuk kapsamındadır²³.

Bu ölçütün eksik yanı ise yönetenlerin yönetilenlerle özel hukuk karakterli ilişkiler kurabileceğini gözden kaçırmasıdır²⁴. Örneğin bir kamu kurumu ile bir birey arasında basit bir satış sözleşmesi ya da kira sözleşmesi gerçekleştirilebilir. Bu ölçütün bir diğer problemi ise kamu çalışanlarının statüsünü müphem bırakmasıdır. Devletin dışında özerk insani varlığa sahip görülmeleri gereken memur ve bürokratları salt yöneten veya yönetilen olan kategorize etmek mümkün değildir.

D. Uygulama Yöntemi Ölçütü

Uygulama yöntemi ölçütü, kamu hukuku – özel hukuk ayrımında hukuk kurallarının re'sen yahut talebe bağlı olarak uygulanmasını temel almaktadır²⁵. Buna göre re'sen uygulanan hukuk kuralları ve bunlarla ilişkili olan hukuki işlemler kamu hukuku

²¹ Bilge (n 5) 179.

²² Gözler (n 4) 88.

²³ ibid 88.

²⁴ ibid 88.

²⁵ ibid 89.

olarak değerlendirilirken, re'sen uygulanmayan, taleple bağıllık ilkesinin hakim olduğu hukuk kuralları özel hukuk kapsamında değerlendirilir. Örneğin idare kural olarak işlemlerini herhangi bir makamın onayı veya izni olmadan gerçekleştirebilir ki buna re'sen icra yetkisi denir²⁶. Ayrıca idari faaliyetler herhangi bir talep olmaksızın ülkenin dört bir tarafında sürekli olarak icra edilirler²⁷. Bir diğer örnek olarak Cumhuriyet savcılarının taleple bağıllı olmadan suç haberinin alınması üzerine re'sen soruşturma açması gösterilebilir. Buna karşın özel hukuk ilişkilerinde re'sen uygulama yerine taleple bağıllık ilkesi geçerlidir. Örneğin bir kira sözleşmesi sonucu kiracı kira ücretini ödemez ise hiçbir kamu organı re'sen kiracıyı kirayı ödemeye icbar etmez²⁸.

Uygulama yöntemi ölçütü de diğer ölçütler gibi kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta başarı sağlayamamıştır. Zira bazı kamu hukuku kurallarının re'sen uygulanması yerine talebe bağıllı olarak uygulandığı vaki olduğu gibi, bazı özel hukuk kurallarında taleple bağıllık ilkesi yerine re'sen uygulanma ilkesinin geçerli olduğu da vakidir. Örneğin ceza hukukunda şikâyete bağıllı suçlarda Cumhuriyet savcılarının re'sen soruşturma açması mümkün değildir. Yine özel hukukun alt dalı olan medeni hukuk çatısı altında düzenlenen evliliğin butlanı halinde Cumhuriyet savcısı re'sen soruşturma açabilmektedir.

E. Egemenlik Ölçütü

'Süjeler nazariyesi' olarak da adlandırılan bu görüşün temelinde devletin egemenlik yetkisi yatmaktadır²⁹. Buna göre devlet bir hukuki ilişkide egemenlik hakkına dayanıyor ve bunun sonucunda hukuki ilişkinin tarafları arasında alt-üst ilişkisi kuruluyor ise bu ilişki kamu hukuku kapsamında değerlendirilir. Eğer bir hukuki ilişkide devletin egemenlik yetkisi söz konusu değilse taraflardan birisi devlet olsa dahi bu ilişki özel hukuk kapsamındadır³⁰. Örneğin bu ölçüte göre vergi toplama devletin egemenlik yetkisine dayandığı için kamu hukuku kapsamında değerlendirilirken, egemenlik

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017) 35.

²⁷ Akyılmaz vd. (n 26) 35.

²⁸ Gözler (n 4) 89.

²⁹ Bilge (n 5) 180.

³⁰ Öztan (n 1) 39.

yetkisinin kullanılmaması nedeniyle kamu tüzel kişinin herhangi bir bireyden emlak kiralaması özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir³¹.

Egemenlik ölçütünün mevcut görüşler arasında kamu hukuku – özel hukuk ayrımını en iyi açıklayan ölçüt olduğu ifade edilmiştir³². Fakat söz konusu ölçütün de kusurlu olduğunu söylemek gerekir. Zira egemenlik ölçütü hukukun bazı alanlarındaki yeni ilişkileri açıklamakta yeterli değildir. Örneğin iş ilişkisinde işçi ve işveren arasındaki ilişki temelde özel hukuk ilişkisidir. Fakat devlet bazı sosyo-ekonomik nedenlerle bu ilişkiyi şekillendiren düzenlemeler yapabilmekte, özel hukuk ilişkisi üzerinde egemenliğini izhar edebilmektedir. Bu ölçüte göre iş ilişkisinin kamu hukuku mu özel hukuk mu olduğu net değildir³³. Esasında, birazdan tartışılacağı üzere, özel hukuk düzenlemeleri kamu hukukuyla zuhur eden egemenliğe tabi kılındığından bu ölçütün de pek başarılı olduğu söylenemez.

F. Duguit ve Kelsen'in Eleştirileri

Yukarıdaki ölçütlere getirilen eleştirilerin yanı sıra kamu hukuku – özel hukuk ayrımını eleştiren veya tamamıyla reddeden düşünürler de vardır ki onlardan en önemlileri Léon Duguit ve Hans Kelsen'dir³⁴.

Hukuku sosyal bir olgu olarak değerlendiren Fransız hukukçu Duguit'ye göre hukuk devletin de kişinin de dışındadır ve her ikisi için de eşit derecede zorlayıcıdır³⁵. Buna göre devletin girdiği hukuki işlemleri ayrı bir başlık altında sınıflandırmak ve farklı bir hukuki rejim uygulamak hukukun devlet için daha az bağlayıcı olmasına yol açar³⁶. Duguit'ye göre, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı esasen Alman hukukçulardan gelmiştir ve onların bu ayrımı tesis etmekteki amacı devletin kendi taahhütleriyle bağlı

³¹ Güriz (n 5) 106.

³² Gözler (n 4) 91.

³³ ibid 91.

³⁴ Zabunoğlu (n 2) 24.

³⁵ Bilge (n 5) 180.

³⁶ ibid 180.

olmayacağına dair bir hukuki zemin oluşturmaktır³⁷. Duguit, kamu hukuku – özel hukuk ayrımındansa ‘kamu hizmeti’ (*service public*) kavramına başvurulması gerektiğini ifade etmektedir³⁸.

Hukuki pozitivizmin öncü isimlerinden olan Kelsen’e göre de kamu hukuku – özel hukuk ayrımının bilimsel temeli ve değeri yoktur³⁹. Zira bütün hukuk normları tek bir normlar hiyerarşisine tabidir ve hem kamu hukuku olarak değerlendirilen normlar hem de özel hukuk olarak değerlendirilen normlar geçerliliklerini temel normdan (*grundnorm*) alır⁴⁰. Bu nedenle iki alan arasında gerçek bir nitelik farkı söz konusu değildir⁴¹.

Gerçekten de kamu hukuku – özel hukuk şeklinde bir ayrımın makul olabilmesi için hukukun kamusal, diğer bir deyişle resmi olmayan bir yönünün olması gerekir. Halbuki özel hukuk olarak tanımlanan alan günümüzde tamamen resmi bir olgudur, dolayısıyla kamusaldır. Kamu gücü tarafından çıkarılan kanunlar, yine kamu gücü tarafından uygulanır, uygulatılır ve yargılamada kullanılır. Bu açıdan özel hukuk, kamu hukukunun en fazla bir şubesi, bir iç alanı olarak görülebilir fakat yine kamu hukukudur.

Ancak ve ancak iki kişinin kendi aralarında kıydıkları nikah, bir şahsın malvarlığını hayattayken kendi takdiriyle varislere dağıtması, ödemenin kontratsız ve elden yapıldığı kira anlaşması gibi uygulamalar gerçek anlamda ‘özel hukuk’ şemsiyesi altında görülebilir. Zira bunlar kamu gücünün müdahalesini öngörmeyen, hem özel hem de hukuki ilişkilerdir. Fakat böyle bir hukuk tanımının günümüzün devletçi hukuk nosyonunda yeri yoktur. Bu türden bir hukuk tanımını hukuk sosyologları kabul ederken hukuki pozitivistler kabul etmezler. O halde pozitivist doktrin çerçevesinde kalmarak kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapılamaz. Yapılması ciddi bir çelişki olur. Kelsen bu çelişkiye düşmemiştir.

³⁷ Mustafa Bayram Mısır, ‘Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku’ (2013) 26(3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139, 156.

³⁸ Güriz (n 5) 108.

³⁹ Bilge (n 5) 180.

⁴⁰ Güriz (n 5) 107.

⁴¹ Bilge (n 5) 181.

Günümüzde çoğu hukukçu bir yandan hukukun kapsamını devletin resmi/kamusal normlarına indirgemekte, diğer yandan özel hukuk gibi bir olgudan bahsetmekte, sonuç olarak çetin bir çelişki sergilemektedir.

IV. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE KAMU HUKUKU – ÖZEL HUKUK AYRIMI

Bugün hukuk sistemi denilince başlıca dört hukuk sistemi akla gelmektedir. Bunlar İslam hukuk sistemi, sosyalist hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemi ve son olarak Anglo-Sakson hukuk sistemidir⁴². Kadim Çin, Hint, Afrika, Yahudi ve Kilise hukuk gelenekleri ise birer sistem olarak teşhis edilmemektedir. Sistemik olsun olmasın sayılan hukuk geleneklerinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı var mıdır veya ne derecede vardır?

İlk olarak İslam hukuku incelenecek olursa, bu hukuk sisteminin kendine özgün bir tasnif yapısına sahip olduğu ve kamu hukuku – özel hukuk ayrımını benimsemediği söylenebilir⁴³. Son dönem İslam hukukçularından bazıları eserlerini telif ederken Kıta Avrupası hukuk sisteminden etkilenecek iki hukuk sistemini daha kolay kıyas edebilmek adına kamu hukuku – özel hukuk ayrımına başvurmuşlardır fakat bu yaklaşım yine bazı son dönem yazarları tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur⁴⁴. Hacak örneğinde olduğu gibi⁴⁵, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını İslam'daki Allah hakkı – kul hakkı ayrımına benzetilenler olmuştur ki kanaatimizce bu tür çabalar modern hukuktaki kamu – özel ayrımının fazla önemsenmesinden ve bilimsel zannedilmesinden kaynaklanmaktadır. Kamu hukukunun Allah hakkına benzetilebileceği tek nokta, modern devletin bir tür tanrılık iddiasıyla kamusal alan yaratmaya ve hukuk tekeli oluşturmaya çalışması olabilir. Kaldı ki modern hukuk doktrinde devlet, İslam'a göre Allah'ın kullara bıraktığı bazı

⁴² Gözler (n 4) 149.

⁴³ Suat Erdoğan, 'Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar' (2017) 58(1) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 185, 186.

⁴⁴ Erdoğan (n 43) 187.

⁴⁵ Hasan Hacak, 'The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law' (2013) (45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51, 52.

yetkileri (örneğin mağdurun suçluyu affetmesi) insanlara bırakmamıştır. Hacak'ın şeri hukuku özel hukukla, örfi hukuku kamu hukukuyla özdeşleştirmesi⁴⁶ de zorlamadır. Zira İslam'da örfi hukuk şeri hukuka aykırı olamaz. Dış çerçeveyi şeri hukuk çizer. Modernist nosyonda ise özel hukuk kamu hukukuna aykırı olamaz. Dış çerçeveyi kamu hukuku çizer. İslam hukukunda bir diğer tasnif enstrümanı olan ibadat – muamelat ayrımı da kamu hukuku – özel hukuk ayrımına benzemez.

Bir diğer önemli hukuk sistemi olan sosyalist hukuk sisteminde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Bu hukuk sisteminde özel hukukun alanı yok denecek kadar daralmış ve kamu hukuku hukukun tamamını işgal etmiştir⁴⁷. Sosyalist hukuk sisteminde irade hürriyeti, bireysel menfaatler, tarafların eşitliği gibi unsurlar yerini kamu menfaatine, dolayısıyla kamu hukukuna bırakmıştır⁴⁸.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde ve öğretisinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı görülmez. Birer terim olarak kamu hukuku ve özel hukuk vardır fakat katı bir ayrım teşkil edecek anlamda kullanılmazlar. Yargı birliği ilkesine sahip olan Anglo-Sakson hukuk sisteminde eşit statüdeki bireyler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlık sonucu uygulanan kurallar her ne ise devlet ve birey arasındaki uyuşmazlıklarda da o hukuk kuralları uygulanır⁴⁹. İngiliz hukukunda kamu ve özel kavramlarının tanımsız fakat doğru sezgilerle kullanıldığını belirten Harlow⁵⁰ Fransız modelinde görülen katı ayrıma sert bir eleştiri getirmiştir: “Şahsen kamu/özel ayrımının başka, daha dar görüşlü bir geleneğin bir parçası olduğuna inanıyorum. Ayrım, yargının politik konuları biçimsel bir kamuflajın ardına saklama ve fazlasıyla yürütme zihniyle alınmış kararları kamuoyu eleştirisinden koruma girişiminden daha öte bir şey değil”⁵¹.

⁴⁶ Hacak (n 45) 59.

⁴⁷ Gözübüyük (n 4) 15.

⁴⁸ Gözler (n 4) 163.

⁴⁹ ibid 156.

⁵⁰ Carol Harlow, ‘“Public” and “Private” Law: Definition without Distinction’ (1980) 43(3) The Modern Law Review 241, 241.

⁵¹ Harlow (n 50) 265: “I believe myself that the ‘public/private’ classification is part of another, more insular tradition. It is nothing more than an attempt by the judiciary to conceal political issues behind a formalist façade and to shield from public criticism some highly executive-minded decisions.”

Sayıdığımız hukuk sistemlerinin dışında Hint, Çin, Afrika, Yahudi, Hristiyan, Budist ve diğer hukuk geleneklerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Ayrım, 19. yüzyıl Fransa’sında doğmuş ve Fransız dil, kültür, siyaset ve hukuk paketi içinde bir moda halinde dünyaya yayılmıştır⁵². Ayrımın sadece geçersiz değil, aynı zamanda demode olduğunun gösterilmesi hukuk doktrinine yapılması gereken bir katkıdır.

V. AYRIMIN YENİ HUKUK DİSİPLİNLERİNE AYKIRILIĞI

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının çıkış noktası itibariyle isabetli olduğu varsayılsa bile günümüz hukuk dünyasında aynı derecede isabetli ve yararlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Teknolojinin gelişip yeni iş alanlarının oluşmasına vesile olması, sosyal değişimler ve ihtiyaçlar, ekonomik gerekçeler nedeniyle klasik hukuk dallarının yanında birçok yeni hukuk disiplini hukuk dünyasında kendisine yer bulmuştur. Bu alanlara bilişim hukuku, tıp hukuku, regülasyon hukuku, fikri mülkiyet hukuku, hava hukuku, spor hukuku, uzay hukuku örnek gösterilebilir.

Bilişim hukuku kamu hukuku – özel hukuk ayrımı açısından incelenecek olursa hem kamu hukuku hem de özel hukuk altında değerlendirilebilecektir. Zira son derece dinamik bir alan olan bilişim hukuku siber güvenlik, e-fatura, bilişim suçları gibi konularda kamu hukuku altında değerlendirilebilecekken e-ticaret, akıllı sözleşmeler, sosyal medya gibi konularda özel hukuk kapsamında görülebilir. Kaldı ki dar alanlara özgü bu ayrım bile isabetli değildir çünkü çoğu vakada bilişimin farklı boyutları iç içe geçmiştir. Sonuç olarak, bilişim hukuku ne salt kamu hukuku ne de salt özel hukuktur. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bilişim hukuku açısından faydasız ve uyumsuzdur. Bilişim hukukunu bu ayırmda bir tarafa dahil etmek bilimsel açıdan büyük bir hata olur.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile uyumsuz olan bir diğer disiplin uzay hukukudur. Milletlerarası hukukun bir alt dalı olarak gelişen uzay hukuku, bugün özel şirketlerin de uzay politikalarında önemli bir aktör olarak rol almasıyla hem kamu hukuku

⁵² Güriz (n 11) 48: “Cardozo’nun edebiyat, sanat ve giyim gibi hukukun da modaları ... olduğu görüşünde ... gerçek payı bulunduğu reddedilemez.”

hem de özel hukuk ilişkilerini bünyesinde barındırır hale gelmiştir. Uzay hukuku disiplini altında devletler kamu gücünden kaynaklı işlemler yapabileceği gibi özel hukuk kişisi olarak kabul edilen iki şirket yine benzer bağlamda bir özel hukuk sözleşmesi akdedebilmektedir. Haliyle uzay hukukunun da salt özel hukuk ya da kamu hukuku karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Söz konusu ayrımı nakzeden bir başka örnek olarak spor hukuku gösterilebilir. Spor hukuku da yukarıda zikredilen alanlar gibi karma niteliğe sahiptir⁵³. Zira spor hukuku disiplin, ceza, düzenleyici ve denetleyici haller söz konusu olduğunda kamu hukukuna dahil görülecekken spor kulüplerinin dernek veya şirket statüsünde olmaları ve bunlar arasındaki akitlerin özel hukuk akitleri niteliğinde görülmeleri sebebiyle de özel hukuk olarak kabul edilecektir.

Regülasyon hukuku, bankacılık hukuku, tıp hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi diğer birçok alan açısından da yukarıdaki açıklamalar geçerlidir. Sonuç olarak söylenebilir ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı güncelliğini yitirmiş, yeni gelişen alanlara hiç uyumlu olmayan, bilhassa melez alanların gelişimini baltalayan, demode bir ayırım haline gelmiştir ve bugün için söz konusu ayırım sağlam rasyonel temellerden yoksundur.

VI. AYRIMIN GELENEKSEL HUKUK DİSİPLİNLERİ AÇISINDAN KRİTİĞİ

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yalnızca yeni hukuk alanları ile uyumsuz değildir. Benzer problemler konvansiyonel hukuk alanlarında da söz konusudur.

Örneğin hukuk fakültelerinde medeni usul ve icra-iflas hukuku anabilim dalı özel hukuk bölümü altındadır. Halbuki bu hukuk dalı kamu organları (mahkemeler, icra daireler vs.) tarafından ve kamu düzeni bağlamında uygulanır. Büyük oranda yargısal, dolayısıyla kamusaldır. Bir özel hukuk ilişkisi olan hizmet sözleşmesinden doğan uyumsuzlukla ilgili davanın yürütülmesi özel hukuk olgusu değildir. Medeni usul

⁵³ Ercan Karaoğlu, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık 2017) 19.

hukukuna tabi olup kamusal bir süreçtir. Hizmet sözleşmesinin kendisi özel hukuk olarak kabul ediliyor diye uyuşmazlıkla ilgili yargılama faaliyetinin de özel hukuk olarak kabul edilmesi kesinlikle yanlıştır.

Medeni usul hukukunun kamusalılığına önemli bir delil de kamu hukuku olarak kabul edilen idare hukukunda medeni usul hukukunun dayanak alınmasıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller*" başlıklı 31. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır". Bu maddeyle ortaya çıkan görüntü şudur: Bir özel hukuk alanı sayılan medeni usul hukuku bir kamu hukuku alanı sayılan idare yargılama hukukuna çerçeve sunmaktadır. O halde ya idare hukukuna da özel hukuk demeliyiz, ki bu mümkün değildir, ya da medeni usul hukukunun temelde kamu hukuku olduğunu kabul etmeliyiz ki bu daha doğrudur⁵⁴.

Aynı bakış açısıyla bakılırsa itiraf edilir ki icra-iflas hukukunun da kamu hukuku niteliği daha ağır basmaktadır. İcra-iflas hukukunda kamu organlarının mülkiyet alanına müdahalesi söz konusudur. Sonuç olarak medeni usul ve icra-iflas hukukunun yetkili organlarına ve işleyişindeki kamu otoritesi olgusuna odaklanılırsa bu alana özel hukuk demek mümkün olmayacaktır. Nitekim bazı yazarlar⁵⁵ tarafından bu alanın hem kamu hem de özel hukukun özelliklerini ihtiva eden kendine özgü bir hukuk dalı olduğu ifade edilmekte ve böylelikle hukuk disiplinlerinin kamu – özel şeklinde ayrılmasındaki yapaylık ifşa edilmiş olmaktadır.

⁵⁴ Kamu hukuku alanında sayılan diğer mevzuatta da hukuk muhakemeleri kanunlarına atıflar vardır. Örneğin, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesi; 12/7/2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 82. maddesi.

⁵⁵ Murat Atalı vd., *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021) 19.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile uyumlu olmayan bir diğer alan ise anayasa hukukudur. İlk bakışta anayasa hukukunun bariz şekilde kamu hukukunun alt dalı olduğu düşünülebilir. Zira anayasa hukuku doktrinde tartışmasız olarak kamu hukuku dalları listesinin en başına yazılmaktadır. Peki üzerinde tartışma dahi yapılmayan ve kanıksanan bu yaklaşım gerçekten isabetli midir?

Anayasalar devletin kuruluş belgesidir ve sistemin temelini oluşturur ki bu aynı zamanda anayasaların pozitif hukukun temelini oluşturduğu manasına gelir. Yani anayasalar bir zemin ve aynı zamanda bir çatıdır. Eğer hukuk yapısı kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde iki kısımdan oluşuyorsa anayasa bu kısımlardan birine dahil, diğerinden hariç olabilir mi? Eğer hukuk iki kısım ise anayasa her iki kısmın da kurucu metni olsa gerektir. Anayasa hukukunun kamu hukukunun bir alt dalı gibi tasnif edilerek sistemin bir parçasının altına sokulması çarpık bir teamüldür. Bu çarpık teamülü aşmak, anayasa hukukunun asıl mevkiini kazanması açısından önem arz etmektedir. Bunun hukuk pratiğinde de olumlu yansımaları olacaktır zira gereksiz zihinsel bariyerler yıkılmış ve daha sağlam argümantasyon imkânı doğmuş olacaktır. Mevcut tasnif uyarınca, aile hukuku özel hukuk, aile yaşamına saygı hakkı ise bir insan hakkı olarak kamu hukukudur. Ticaret ve borçlar hukuku gibi özel hukuk dallarının başlıca konusu olan mülkiyet hakkı anayasal bağlamda birden kamu hukuku sayılmaktadır. Bu gibi örnekler ışığında diyebiliriz ki anayasa hukukunun münhasıran kamu hukuku bünyesinde görülmesi bilimsel ve yargısal açılardan son derece yanlıştır. Fakat burada asıl yanlışlık, hukuk doktrinindeki özel-kamu ayrımıdır.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yol açtığı sorunlara bir diğer örnek ceza hukukuna ilişkindir. Ceza hukuku Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği Almanya’da geleneksel olarak kamu hukuku ya da özel hukuk altında tasnif edilmeksizin üçüncü bir alan olarak sistemde yer almaktayken⁵⁶ Türk hukuk doktrininde tartışmasız olarak kamu hukuku altında tasnif edilmektedir. Gerçekten de ceza hukuku birçok farklı ölçüt açısından kamu hukuku ile uyumludur. Fakat ceza hukukunun mutlak şekilde kamu hukuku altında değerlendirilip özel hukukla alakasının olmadığı algısı, kişilerin davalarının kontrolünü kaybetmesine, nizaların aşırı kamusallaştırılıp alternatif

⁵⁶ Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003) 193.

uyuşmazlık çözümü perspektifinin daraltılmasına neden olmuştur. Hukuk sistemimizde suç olarak tanımlanan pek çok fiil özel hukuk özellikleri gösteren sulh sözleşmesi kapsamına alınabilir ve sistem rahatlatılabilir. Aşırı kamucu bakılmazsa mağdura daha fazla söz hakkı tanınabilir ve daha adil sonuçlara varılabilir. Kamu – özel ayrımı verimsizliğe ve adaletsizliğe yol açmaktadır.

Bazı alanlarda teorideki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile pratik arasında önemli çelişkilerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunun bariz bir örneği aile hukukudur. Binlerce yıllık geçmişi olan aile hukuku özünde kadın ile erkek arasında karşılıklı rızaya dayalı evlilik ilişkisini düzenleyen, bireysel iradenin ön planda tutulduğu bir hukuk dalıdır. Bu nedenle de özel hukukun alt dalı olarak değerlendirilir. Fakat uygulamada aile hukuku bir statü hukuku olarak görülmektedir⁵⁷ ve nikah, boşanma, velayet, vesayet, miras gibi tüm alt başlıklarda kamu gücünün tahakkümü söz konusudur. Meri hukukta aile hukuku özgür bir sözleşme hukuku değildir⁵⁸. Taraflar evliliğin hukuki çerçevesini ve sonuçlarını, boşanmaya ilişkin hukuku ve boşanmanın sonuçlarını, mal paylaşımını ve diğer hususları tam bir irade serbestisi ile düzenleyemezler⁵⁹. Bu konular kanun koyucu tarafından kamu düzenine ilişkin görülmektedir. Aile gibi en mahrem ve özel bir meselenin kamu müdahalesine bu denli açık olması modern devletin hayatın her alanına sirayet etme eğiliminin tezahürüdür. Modern devlet açısından tek bir hukuk söz konusudur ve o da kamu hukukudur. En özel olması gereken ve özel olduğu iddia edilen aile hukuku bile günümüzde kamu hukukudur. Kamu hukuku – özel hukuk şeklindeki yapay ve yüzeysel tasnif bu gerçeğin kamufle edilmesine yaramaktadır.

⁵⁷ Hüseyin Akif Karaca, ‘Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi’ (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241, 244.

⁵⁸ Aile hukukunun sözleşme hukuku hüviyetini geri kazanması önemli bir hedeftir. Konuyla ilgili iki çalışma için bakınız: Frederik Swennen, ‘Contractualisation of Family Law in Continental Europe’ (Familie & Recht) <<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023); Kadir Berk Kapancı, ‘Contractualisation of Family Law: Is It Possible in Turkey?’ *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law* (Vedat Kitapçılık 2015).

⁵⁹ Karaca (n 57) 244.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımındaki bozukluk yeni gelişen alanlara özgü değildir. Geleneksel alanların da gerek teorisinde gerekse pratiğinde bu ayrımın geçerli ve gerçek olmadığı anlaşılmaktadır.

VII. AYRIMIN DÜĞÜM OLDUĞU YER: HUKUK FAKÜLTELERİ

Türk hukuk sistemi kamu hukuku – özel hukuk ayrımına dayanmamaktadır. Hasbelkader hukuk öğretilerinde bahsedilen ve altı çizilen bu ayrım teoriktir. Pratikte ise var zannedilmektedir. Halbuki yoktur. Gerçekte olmayan bir ayrım öğretilerde, söylemde vardır. Fakat söylemdeki ayrım, hukuk sistemi şöyle dursun, hukuk eğitiminde bile baz alınmamaktadır. Bu güçlü tezlerimizi açalım.

Fransız hukuk sisteminde ceza hukukunun özel hukuk sayılmasındaki en önemli faktörlerden biri, ceza mahkemelerinin Yargıtay (*Cour de Cassation*) sistemine bağlı olmasıdır. Diğer bir deyişle, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yargı sisteminde kendisini göstermektedir. Türkiye’de ise ceza hukuku kamu hukuku sayılmakta, fakat idare hukukuyla birlikte Danıştay’da değil, medeni hukukla yan yana Yargıtay çatısı altında ele alınmaktadır. Türk yargısında kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Sadece organizasyonel boyutta değil, usul ve içerik boyutunda da yoktur. Örneğin Anayasa Mahkemesi kararlarını taradığımızda Türk hukukunda kamu hukuku – özel hukuk ayrımının belirgin bir ölçüt olmadığı kolayca anlaşılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti devletinde Adalet Bakanlığında, Hakimler ve Savcılar Kurulunda⁶⁰, hâkim-savcı eğitiminde, yasama organında ve mevzuatta, bürokratik örgütlenmede, kısacası hukuk sisteminde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur.

Türkiye’de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı sadece hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde vardır. Hukuk fakültelerinde kamu hukuku ve özel hukuk bölümleri bulunur. Fakat hukuk eğitiminde bile böyle bir ayrım gözetilmez. Fransa’da hukukta

⁶⁰ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapmamaktadır. Adli ve idari yargı ayrımı yapmaktadır ki bu ayrımın kamu – özel ayrımıyla uyumlu olmadığı açıklandı. Kanun’un 39. maddesindeki “Hukuk fakültelerinde maddî hukuk ve usul hukuku dallarında hukuk dersi veren profesörler ve doçentler...” ibaresi ise yargı gözüyle bakıldığında hukukun ‘hukuk pratiği’ ve ‘hukuk teorisi’ şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğunu düşündürmektedir. Yine kamu – özel ayrımı söz konusu değildir.

lisans öğreniminin üçüncü yani son senesinde öğrenci kamu hukuku ya da özel hukuk şeklinde bir odak seçebilmektedir⁶¹. Türkiye’de böyle bir uygulama yoktur. Yine Fransa’da doğrudan kamu hukuku ve özel hukuk profesörlüğü varken Türkiye’de anayasa, idare, ticaret hukuku gibi spesifik alanlarda doçentlik ve profesörlük vardır. Türkiye’nin bu iki husustaki uygulaması -en azından kendi iç tutarlılığı açısından- daha doğrudur. Hukuk realitesinde karşılıksız olan bir ayrımın pedagojik ve akademik süreçlerde esas alınması yanlış olurdu.

Asıl tuhaf olan, reel karşılığı olmayan bir ayrımın akademik algılarda abartılı bir öneminin olmasıdır. Mamafih bu önemseme söylemseldir. Eylemsel değildir. Zira Türkiye’de kamu hukukunun ve özel hukukun müstakil teorileri yoktur. Ayrı ayrı genel ilkelerinin işlenmesi şeklinde bir teamül de yoktur. Her bir alanın karakterini konu edinen kamu hukuku ve özel hukuk adında yahut bunlara giriş mahiyetinde dersler de yoktur. Kamu – özel ayrımından hukuka giriş dersinde bahsedilir ve o bahis derinleştirilmeden kalır. Klişe olarak öğrenilir ve yerleşir. Zaten sorun, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sadece kuramsal yanlışlığı değil, hukuk müfredatında hiç etkili olmadığı halde vazgeçilmez bir kaideymiş muamelesi görmesidir. Sorun, kurgunun gerçeği perdeliyor, bulandırıyor, yer yer de bozuyor olmasıdır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, Türk hukukunda vakıadan ziyade tahayyüldür ve bu tahayyülün ciddiye alınması yönündeki alışkanlık hem hukuk düşüncesini hem de hukuk olgularını çarpıtmaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, hukuk sisteminde somut karşılığı olmayan bir ayrımın hukuk formasyonunda esas alınmaması, buna karşın hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde esas alınması, sorgulanmamış bir alışkanlık ve vahim bir hatadır. Mamafih hukuk fakültelerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımının vazgeçilebilir olduğunun en net delili, ayrımın yasal dayanağı olan Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği’dir⁶².

⁶¹ Odak seçimi, Fransa genelinde zorunlu bir uygulama değildir. Odak seçimini yaptırmayan fakülteler olduğu gibi kamu hukuku ve özel hukuk dışında -Avrupa hukuku gibi- alternatif odaklar sunan fakülteler de vardır. Odak seçimi politikasından bağımsız olarak tüm mezunlar ‘hukuk lisansı’ (*licence de droit*) diploması almaktadır.

⁶² 18/2/1982 tarih ve 17609 sayılı Resmi Gazete.

Yönetmeliğin 13. maddesindeki “Hukuk Fakültelerinde özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölüm kurulabilir” cümlesi açıktır ki izinden ibarettir. Emredici bir norm değildir. 7. maddedeki “Bir eğitim programı uygulayan fakültelerde bir bölüm bulunur” hükmü ise hukuk gibi tek bir program uygulayan fakültelerin tek bir bölüm halinde teşkilatlanmasını mümkün, hatta prensipte gerekli kılmaktadır. Mezunlarına kamu hukuku veya özel hukuk alanında lisans diploması vermeyen hukuk fakültelerinin 7. maddedeki genel hükme göre değil de 13. maddedeki özel hükme göre teşkilatlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bunda yönetmeliğe aykırılık yoktur. Fakat 13. maddedeki izin kural zannedilerek bütün ülke sathında uygulanmasında bir tuhafılık bulunduğu meydandadır. Hukuk sisteminde ciddiye alınmayan bir ayırım, hukuk fakültelerinde neden bu denli ciddiye alınmaktadır? Üstelik tutarlı bir şekilde de ciddiye alınmamaktadır. Hukuk fakültelerinin eğitim programları ve müfredatları sentezci, teşkilatları ise katı bir şekilde ayrımcıdır. Bizce bu tablo zihinsel konformizmden, yeterince eleştirel ve yenilikçi olamamaktan kaynaklanmaktadır. Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının sakıncalarının fark edilmesinin neticesinde hukuk fakültelerinin ve lisansüstü eğitim veren enstitülerin bu ayırımı kendi bünyelerinde ortadan kaldırmaları için herhangi bir mevzuat değişikliği gerekmemektedir.

Lisansüstü eğitimde kamu hukuku – özel hukuk ayırımını irdelemekte de yarar vardır. Zira Türkiye’de lisans eğitiminde (tabanda) ve doçentlikte (tavanda) söz konusu olmayan bu ayırımın var olduğu tek aşama lisansüstü eğitimidir (ara kademe). Türkiye’de hukukta lisansüstü eğitimin kamu – özel şeklinde ikiye ayrılmasının sadece hukuk sistemiyle değil, eğitim ve akademik kariyer yapısıyla da uyumsuz olduğunu söyleyebiliriz.

Lisans Üstü Eğitim Öğretim Enstitülerinin Teşkilât ve İşleyiş Yönetmeliği’nin 5. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim-öğretim enstitülerindeki anabilim dalları, üniversite bünyesindeki fakültelerin bölümleriyle aynı adları taşırlar. Fakültede bölüm başkanı, enstitü bünyesinde aynı adla açılan anabilim dalının da başkanıdır. Diğer bir ifadeyle, enstitülerdeki anabilim dalları çoğunlukla kendinden menkul ya da müstakil olarak açılmış değildir. Fakülte örgütlenmesinin kopyalanmasından kaynaklanmaktadır. Genellikle ‘sosyal bilimler’ adıyla anılan lisansüstü enstitülerinde kamu hukuku ve özel

hukuk anabilim dallarının varlığı, hukuk fakültelerinde kamu hukuku ve özel hukuk bölümlerinin bulunmasından ötürüdür. Hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde kamu hukuku – özel hukuk şeklinde bir ayırım olmazsa hukukta yüksek lisans ve doktora dereceleri de kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ayrılmak zorunda olmayacaktır⁶³.

Problemin özü; hukukta lisans eğitiminde etkili olmayan kamu – özel ayırımının, fakülte örgütlenmesi üzerinden lisansüstü eğitimde aşırı katı bir şekilde etkili olmasıdır. Kamu hukukuna veya özel hukuka dair muhkem bir nosyon edinmemiş öğrenciler kendilerini birden bu adlarla anılan programların içinde bulmakta, program bünyesinde genel çerçeveye sunan kamu hukukunun veya özel hukukun temel ilkeleri gibi dersler almamakta, özüne temas edemedikleri sahalarda öğrenim görmekte ve nihayet ham formasyonla akademik dereceler almaktadırlar. Amaçları, kapsamaları, yöntemleri, parametreleri ve birbirlerinden gerçekten soyutlanabilir olup olmadıkları belli olmayan kamu hukuku ile özel hukuk alanlarından birinde uzman sayılmaktadırlar.

Gerçi enstitülerdeki kamu hukuku ve özel hukuk anabilim dallarının bünyesinde açılan lisansüstü programların ‘kamu hukuku’ veya ‘özel hukuk’ şeklinde adlandırılması mutlak bir kural değildir. Doğrudan ceza hukuku, ticaret hukuku gibi programlar açılabilir. Fakat bu uygulamanın yaygın olduğu söylenemez. Dahası, böyle bir uygulamanın yaygınlaşması başka sorunlar üretebilir. Örneğin araştırma görevlisi alımlarında ve doktora kabullerinde kamu hukuku veya özel hukuk yüksek lisansı istenebilmektedir. Başka bir adla program açıldığında başvuru şartlarını karşılayamama sorunu ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, sistem baştan ele alınmalı, belki de -LLB-LLM-JD örneğinde olduğu gibi- tekil hukuk lisansı sonrasında tekil ada sahip hukuk yüksek lisansı ve doktorasıyla programların üst başlıkları birleştirilmelidir. Bu durumda içerikte uzmanlaşma yine mümkün olacak, örneğin rekabet hukuku yüksek lisansı veya insan hakları hukuku doktorası yapılmasına engel bulunmayacak, fakat programların kamu hukuku – özel hukuk şeklindeki zorlama ve sakıncalı bir tasnife tabi tutulması son bulacaktır. ‘Genel

⁶³ Fakülte bölümlerinin enstitülere anabilim dalı olarak aktarılması dışlayıcı bir kural değildir. Zira aynı maddenin d ve e fıkralarıyla enstitü anabilim dallarının fakülte bölümlerinden farklı bir isim taşıyabileceği ya da tamamen yeni anabilim dallarının kurulabileceği öngörülmüştür.

usul hukuku’, ‘hukuk ve ekonomi’ gibi kapsamlı ve interdisipliner programlar da açılacaktır. Mevcut sistemin en önemli kusuru şudur: Lisansüstü düzeydeki katı düalist yapı çerçevesinde gerek anayasa hukuku gibi geleneksel alanlar gerekse bilişim hukuku gibi yeni alanlar kamu hukuku ile özel hukuktan birine sıkıştırılmakta, indirgemeci yaklaşıma tabi tutulmaktadır. Özgün programlar ve faydalı açılımlar pek de mümkün olmamaktadır. Uzmanlaşma zannedilen eğitim süreçleri, hukuk bilincini çarpıtıcı etkiler yapmaktadır.

Sorunun kaynağı olan hukuk fakültesi teşkilatlanmasına tekrar dönecek olursak; mevcut yapıda hukuk fakültelerindeki her bir anabilim dalı ya kamu hukuku ya da özel hukuk bölümü bünyesinde yer almaktadır. Bu durum pek çok anabilim dalında vizyon ve yöntem daralmasına, akademik anlamda olumsuz sonuçlara neden olmaktadır.

Örneğin Roma hukuku anabilim dalı özel hukuk bölümündeyken hukuk tarihi anabilim dalı kamu hukuku bölümündedir. Halbuki Roma hukuku, hukuk tarihinin bir şubesidir. Tutarlılık isteniyorsa ya ikisi de kamu hukuku olmalıdır ya da ikisi de özel hukuk olmalıdır. Bir Roma hukukçusu doktora eğitimini özel hukuk alanında, bir Türk hukuk tarihçisi ise kamu hukuku alanında yapmaktadır. Sonuç olarak hukuk tarihçisinin kamu hukuku alanında uzmanlaşması, özel hukuktan uzaklaşması, özel hukuk tarihinin sahipsizleşmesi anlamına gelebilmektedir. Roma hukukçusunun da özel hukukta uzmanlaşması kamu perspektifinin zayıflaması anlamına gelmektedir. Halbuki hukuki bilginin ve bilincin bütünlüğü açısından kamu hukuku ve özel hukuk aynı önemi haizdir. Mevcut ayırım hukukçuların bütüncül bakış açısına sahip olmasının önündeki önemli engellerden biridir.

Anabilim dallarının içinde buldukları bölüm ile uyumsuzlukları hukuk tarihi ve Roma hukuku ile sınırlı değildir. Başka misaller vermek mümkündür. Osmanlı hukukuna dair çalışmalar hukuk tarihi bünyesinde, kamu hukuku kapsamında görülmektedir. İslam hukuku ise çoğu yerde özel hukuk kapsamındadır⁶⁴. Halbuki Osmanlı hukuku büyük oranda İslam hukukunun bir şubesidir.

⁶⁴ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu hususta istisnalar arasındadır. ASBÜHF (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Kamu Hukuku’ <<https://hf.asbu.edu.tr/tr/kamu-hukuku>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Avrupa Birliği hukuku Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde⁶⁵ özel hukuk bölümünde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde⁶⁶ ise kamu hukuku bölümündedir. Bilişim hukuku, deniz hukuku ve mukayeseli hukuk gibi karma nitelikteki alanlar hemen her yerde özel hukuk anabilim dalı olarak kabul edilmekte ve kamu perspektifinden uzakta, eksik bakış açısıyla işlenmektedir. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve anayasa hukuku gibi hukuk dallarının hepsini ilgilendiren alanlarsa özel hukukun dışında sayılmakta, kamu hukukuna sıkıştırılmaktadır. Açıktır ki bu örgütlenme biçimi hukuk nosyonunda çarpıklığa yol açmaktadır. Çarpıklık akademisyenleri ele geçirmekte, onlar kanalıyla tüm hukukçulara yayılmaktadır.

Hukuk sisteminde var olmayan, sadece hukuk fakültelerinde görülen ve orada dahi aşırı zorlama olan bu düalist yaklaşım, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının geçerli olmadığı ve olamayacağı en önemli kanıtıdır. Tekrar edelim ki hukuk fakültelerinin teşkilatlanması dışında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yasal dayanağı yoktur. Onun da esasında izin düzeyinde olduğu, ciddiye alınmasının ne denli yapay ve yanlış olduğu ortadadır.

Hukuk fakültelerinde dogmalaşmış olan bu sorunlu ayrımın aşılmasında Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) tarafından benimsenen yaklaşım takip edilmelidir. ÜAK, hukuk temel alanı bünyesinde bugün itibarıyla yirmi bilim alanı listelemektedir⁶⁷. Listede kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Hukuk fakülteleri ve lisansüstü enstitüleri ÜAK’ın isabetli yaklaşımına göre örgütlenirlerse kamu – özel ayrımındaki sakıncalardan kurtularak bütün bilim dallarının özgürce gelişmesini ve birbiriyle daha fazla etkileşime girerek ortak hukuk bilinci içinde kaynaşmasını sağlayabilirler.

⁶⁵ AÜHF (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı’ <<http://www.law.ankara.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku-anabilim-dali/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

⁶⁶ DEÜHF (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı’ <<https://hukuk.deu.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

⁶⁷ ÜAK (Üniversitelerarası Kurul), ‘Başvuru Şartları’ <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo5_2023M_24022023.pdf> (erişim tarihi 20.10.2023).

VIII. AYRIMIN GEÇERSİZLİĞİNE DİĞER ÖRNEKLER

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Türk hukuk sisteminde hiçbir şekilde esas alınmadığını, bu gerçeği dikkate almayan hukuk öğretisinin kurgusal bir hayale kapılmış olduğunu izah ettik. Kamu hukuku ve özel hukuk ekseninde birbirinden ayrılabilir gösterilen hususlar arasında gerçekte yoğun bir geçişkenlik vardır. Bunun bazı örneklerini verelim.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme özgürlüğü" başlıklı 26. maddesine göre "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler". "[K]anunda öngörülen sınırlar" ibaresi, günümüzde özel hukukun kamu hukukuna tabi ve dahil olduğunun en net delilidir. 27. maddede ise "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" hükmü bulunmaktadır. Dahası, mevzuatta bazı haller öngörülmüştür ki sözleşme hukukunun adeta kamu hukuku olduğu intibayı oluşturmaktadır. Örnek olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilen haller gösterilebilir. Burada kanun koyucu, bırakın yapılan sözleşmenin içeriğine müdahale etmeyi, bir bireyi bir başkası ile sözleşme yapmaya icbar etmektedir. Bunlara 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesinde düzenlenen paylı mülkiyetin paylaşma talebi ile sona ermesi, 747. maddesinde düzenlenen zorunlu geçit hakkı tanıma yükümlülüğü ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen satış yapma zorunluluğu örnek olarak gösterilebilir⁶⁸. Sonuç olarak şu husus açıkça ifade edilmelidir ki, özel hukuk, kamu hukukuyla oluşturulan kamu düzenine uymak durumundadır. Bu gerçek, 'modern hukuk = kamu hukuku' formülünün ispatı niteliğindedir. Biz bu formülün hukuk felsefesi açısından haklı olup olmadığını -makalenin odağını dağıtmamak adına- tartışmıyor, vakıyı tespit etmekle yetiniyoruz.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir". Şu hâlde, yargının sacayağı olan avukatlık mesleğinin kamu hukukuna ya da özel hukuka indirgenmesi mümkün müdür? Cezai konularda avukatlar kamu görevlisi sayılmaktadır. Aynı zamanda idare hukukuna tabi olmayan serbest meslek

⁶⁸ Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709, 713.

erbabıdırlar. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bu konuda olduğu gibi sürekli istisnalar, ‘ama’lar, ‘fakat’lar üretmekte ve hukukun bütünselliğine zarar vermektedir.

Rekabet hukuku ve piyasa hukuku gibi alanlar özel hukuk olarak sayılmaktadır. Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri ise idari dava konusudur. Bu kurumların yetki alanının özel hukuk, işlemlerinin ise kamu hukuku olması şeklinde bir tuhaflik ortaya çıkmaktadır. Halbuki bu ayırım hiç söz konusu olmasa bu türden teorik tartışmaların fuzuli olduğu kolayca fark edilecektir.

Rekabet hukuku açısından sorunlar bununla sınırlı değildir. Zira rekabet hukuku ile getirilen bazı hukuki düzenlemeler kamu hukuku – özel hukuk ayrımını benimsemeyen Anglo-Sakson hukuk sistemi temelli olup, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkemizde bazı uyumsuzluklara neden olmaktadır. Bu duruma örnek olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 58. maddesinde düzenlenen “özel hukuk cezası” gösterilebilir. İlgili maddede rekabetin bozulmasından zarar görenlerin zarar verenden zararın üç katına kadar tazminat talep edebileceği hükmü öngörülmüştür ki özel hukuk cezası olarak nitelendirilen bu uygulama hem Türkiye’nin hem de diğer Kıta Avrupası ülkelerinin tazminat hukuklarının temel ilkelerine çok yabancıdır⁶⁹. Zira tazminat hukukunun temeli zararın giderilmesidir. Cezalandırma ise kamusal karakterlidir. İşte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yeni hukuk alanlarında bu tür uyumsuzlukların oluşmasına neden olmaktadır. Problem rekabet hukukundan değil, kamu hukuku – özel hukuk ayrımından, daha doğrusu bu ayrımı doktrinleştirmekten kaynaklanmaktadır.

Bir üst kurul olmamakla birlikte Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) da iyi bir örnektir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 25. maddesi uyarınca “Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde ... gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında ... idari para cezası uygulanır”. Burada kastedilen şey, ceza hukuku anlamında ayrımcılık suçu değildir. Haksız fiil anlamında ayrımcılıktır. Özel hukuk kişilerinin ayrımcılık yapması özel hukuk mahkemelerinin yetkisinde olsa gerektir.

⁶⁹ Büşra Cömert Akbay, ‘Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası’ (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149, 152.

Fakat TİHEK örneğinde görüldüğü üzere bir idare organı tarafından ve kamu meselesi olarak ele alınmaktadır. Ayrımın hukuk sisteminde gözetilmediğinin bir örneği de budur.

Ayrımın geçersizliğinde hukuk sistemini tek ölçüt olarak alıyor değiliz. Aksine, hukuk bilimi açısından zaten geçersiz olan bu ayrımın, hukuk sistemini bilinçli bir bütünlükten yahut net bir ayırmadan mahrum bırakması sonucunda sistemde birtakım çarpıklıklara yol açması (da) söz konusudur. Örneğin, Türkiye’de kamu işçileri idare hukukuna değil, 4857 sayılı İş Kanunu’na tabidir. Kamudaki sözleşmeli personel ise iş hukukuna değil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca idare hukukuna tabidir. Kamu işçileri açısından bakıldığında idare, özel hukuk kişisidir. İdareye sözleşmeye dayalı hizmet veren personel ise kamu çalışanı gibi görülmüştür. Net ve tutarlı bir şekilde benimsenmemiş ve benimsenmesi de mümkün olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının etkisiyle ortaya çıkan bu tür çelişkiler iş barışına, eşitliğe aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Bir başka çelişki alanı ise özelleştirme ve kamulaştırma işlemleridir. İdarenin özelleştirme ve kamulaştırma işlemlerinde özel hukuku esas alması mı, kullanması mı, göz ardı etmesi mi söz konusu olacaktır? Bu karmaşıklık nedeniyle kamulaştırma, doktrinde idari aşama ve adli aşama olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir⁷⁰. Kamu hukukçu perspektif ile özel hukukçu perspektif arasında bocalama kaçınılmaz olmaktadır. Bu gibi problemlerin kaynağı hukuk nosyonunun bütüncül perspektiften yoksun olması, bunun da kaynağı kamu hukuku – özel hukuk ayrımı gibi yapay ve tutarsız formüllere esir olunmasıdır.

Sorulması gereken iki önemli soru vardır: 1) Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hukuk teorisi açısından olgun ve isabetli bir paradigma mıdır? 2) Teorik kalitesinden bağımsız olarak, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının olgusal gerçekliği ne düzeydedir? Gerçekte modern hukukta cari olan zihniyet, hukukun tamamının kamu hukuku olması, özel hukukun kamu hukukuna dahil ve tabi, izafeten özel bir alan olmasıdır. Bunu kabaca şöyle örneklendirebiliriz: Türkiye’de büyükşehir olmayan illerde il özel idaresi vardır. İl özel idareleri, 5302 sayılı İl Özel İdareleri Kanunu uyarınca kurulmuş, genel idareden

⁷⁰ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2022) 779-781.

bağımsız olmayan, nispeten özerk kamu tüzel kişileridir. İşte özel hukuk da günümüzde kamusal niteliği mutlaklaşmış olan genel hukuktan bağımsız olmayan, nispeten özerk ve her halükârda kamu hukukunun sınırlarına tabi bir iç alandır. Hukukun gerek teorisi gerekse pratiği açısından son derece problemlili olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının hakikatte var olduğunu söylemek mümkün değildir. Belki de asıl problem, hakiki varlığı şüpheli bir ilkenin bazen var bazen yok sayılmasından kaynaklanmaktadır. Eğer problem buysa ilkenin hukuk doktrininden elimine edilmesi son derece yararlı olacaktır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı tahayyülünün bertaraf edilmesiyle birlikte hukuk düşüncesi sadeleştirilebilecek, daha bütüncül ve tutarlı ilkeler, yöntemler, yaklaşımlar geliştirilebilecektir.

IX. FRANSA'DA DURUM

Modern kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Roma hukukundan kaynaklandığı, bu nedenle Kıta Avrupası ülkelerinde ayrım üzerinde mutabakat bulunduğu düşüncesinin temelsiz bir varsayımdan ibaret olduğunu açıklamıştık. Modern anlamda ‘kamu hukuku’ kavramının menşei Almanya, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını kemikleştiren de Fransa’dır. Fransız sömürgesi ülkelerde bu ayrımın neden ciddiye alındığını izaha gerek yoktur. Mamafih ayrımın diğer Kıta Avrupası ülkelerinde ciddiye alınması da Fransız etkisiyle olmuştur. Kaldı ki diğer Avrupa ülkelerinde ayrım Fransa’daki kadar ciddiye alınmamaktadır.

Örneğin İspanya’da, Birleşik Krallık’taki gibi, ayrı bir idari yargı sistemi yoktur. Almanya ve İtalya’da ayrı bir idari yargı varsa da ayrı bir idari yargıçlık mesleği yoktur⁷¹. Adli-idari hâkim ayrımı bulunmamaktadır. Fransa’da ise ayrı bir idari yargı, ayrı bir idari yargıçlar sınıfı, dahası ayrı bir idari yargıçlar üst kurulu vardır. Türkiye’deki Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) Fransa’daki özel hukuk muadili “*Conseil Supérieur de la Magistrature*” (CSM) iken kamu hukuku muadili “*Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel*” (CSTACAA) olarak adlandırılmaktadır. İki yargıç sınıfının özlük hakları ve olanakları bile farklıdır ve tartışma konusudur.

⁷¹ John Bell, *Judiciaries in Europe* (Cambridge University Press 2005).

Türkiye’de iki ayrı mahkeme sistemi ve yargıç sınıfı olsa da Fransa’daki kadar bilinçli ve tutarlı bir ayırım söz konusu değildir. Daha önce belirtildiği üzere, Türkiye’de kamu hukuku sayılan ceza hukuku Danıştay bünyesinde ele alınmaz. Fransa’da Yargıtay sisteminde olan ceza hukuku ise -kısmen bu nedenle- özel hukuk sayılmaktadır. Dahası, Fransa’dakinin aksine Türkiye’de tek bir hakimler ve savcılar üst kurulu vardır. Kısacası, Türkiye’de yargı sisteminde kamu – özel ayırımı yokken Fransa’da son derece önemlidir.

Bir noktayı netleştirerek taşları yerine oturtabiliriz: Kamu hukuku – özel hukuk ayırımı Fransa’da hukuk düşünürlerince geliştirilmiş ve teoriden pratiğe aktarılmış bir prensip değildir. Ayırımın kökeni akademik ya da bilimsel değildir. Ayırım, Fransa’da yargının idari tasarruflara müdahalesini kısıtlamak için evvela sistemde ortaya çıkmış, bilahare akademik bir meseleye dönüşmüştür. Diğer bir deyişle, ayırımın kökeni sistemsel ve tarihseldir. Türkiye’de bu nüans bilinmediği için kamu hukuku – özel hukuk ayırımının nesnel arayışların eseri olduğu, sosyal ve tarihsel bağlamın ötesinde geçerli olduğu zannedilebilmektedir. Bu zan tamamıyla yanlıştır. Hukukta kamu – özel ayırımı geçerliyse bile en fazla Fransa için geçerli olabilir. Fransa’yla aynı tarihsel ve kurumsal süreçleri yaşamamış Türkiye gibi ülkelerde ayırımın anlamlı olmasına imkân yoktur. Ayırımın ciddiye alınması kaba bir öykünmedir. Ayırımın menşei olan düalist devlet sistemi geçerli olmadıkça o düalist sistemin izahından ibaret olan öğreti geçerli de olamaz.

Kaldı ki, tüm katılığına rağmen, Fransa’da dahi hukukta kamu – özel ayırımı ciddi eleştiri konusudur⁷². Eleştirenlerin başında, kamu hukukunu tanımlamada ‘kamu yetkisi/gücü’ (*puissance publique*) ölçütünü esas alan Hauriou ile birlikte Fransız kamu hukukunun iki kurucu babasından biri olan Duguit gelmektedir. Fakat onun kamu hukuku – özel hukuk ayırımı yerine ikame etmek istediği ‘kamu hizmeti’ (*service public*) ölçütü

⁷² Kamu hukuku – özel hukuk ayırımında ölçüt karmaşasının geçmişiyle ilgili olarak bakınız: Esin Örucü, ‘Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası’ (1991) 12(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 303-316.

Ayırımın geçersizliğini haksız fiil hukuku bağlamında gösteren bir çalışma için bakınız: Gérard Cornu, *Etude Comparée de la Responsabilité Délictuelle en Droit Privé et en Droit Public* (Matot-Braine 1951).

Ayırımın geçmişi ve bugünü için bakınız: Georges Chevrier, ‘Les Critères De La Distinction Du Droit Privé Et Du Droit Public Dans La Pensée Savante Médiévale’ *Etudes Gabriel Le Bras* (Sirey 1965); Paolo Alvazzi del Frate vd., *La Summa Divisio Droit Public/Droit Privé dans l’Histoire des Systèmes Juridiques en Europe* (Institut Universitaire Varenne 2018).

de eleştiriden azade değildir. Jeuland kavramı “muğlak, karmaşık ve bir şekilde mitolojik” bulmaktadır⁷³.

Jeuland kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Sorbonne’da yoğun tartışma konusu olduğunu belirtmektedir⁷⁴. Kendisi ayrıma karşı çıkanlar arasındadır. Jeuland, hukukta akademik kariyerin kamu hukuku, özel hukuk ve hukuk tarihi şeklinde üç kulvara bölünmesinin 1896 yılında gerçekleştiğini, bu politikanın dayanağının bilimsel olmadığını, yargısal olduğunu vurgulamaktadır. Jeuland’a göre Fransız devlet sistemindeki kamu – özel ayrımının ciddi sakıncaları vardır⁷⁵. Bunlardan biri, Avrupa hukuk sisteminde kamu – özel ayrımının olmaması, bunun sonucunda Fransız ulusal hukuku ile Avrupa Birliği hukuku arasında entegrasyon probleminin ortaya çıkmasıdır. Bir diğer sorun ise hukuk sisteminin nihai bütünlük gerektirdiği kabulü karşısında Fransa’da üst yargı ve karar mercilerinin dağınık olmasıdır. İnsan hakları yargısı bunun bariz bir örneğidir. Bir idari yargı mercii olan Danıştay (*Conseil d’État*) Fransa’da Anayasa Mahkemesinden (*Conseil Constitutionnel*) daha etkili ve belirleyicidir. Bu durum, yargı ve hukuk birliğine zarar vermektedir. Danıştay’ın bir idari (tavsiye verici), diğeri yargısal olmak üzere birbiriyle çatışan iki rolünün olması, diğeri bir ifadeyle Danıştay’ın yürütme ile yargı karışımı bir kurum olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da dile getirildiği üzere, bir sorundur. Hukukun kamu ve özel gibi kategoriler üzerinden değil, “hukuki ilişki” (*legal relation*) gibi ortak kavramlarla ele alınmasını⁷⁶, dahası usul hukukunun da ortaklaştırılmasını⁷⁷ savunan Jeuland’a göre Fransa’da mevcut düalist yapı son derece problemlidir. Düalist sistemin ve öğretinin düzeltilmesinin önündeki en büyük engel ise Fransız Danıştay’ının konumudur.

Jeuland Fransız Danıştay’ını devletin temeli ve operasyon merkezi olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Danıştay ‘mavi kanlı’ (*blue blood*) yaklaşık üç yüz üyeden oluşan bir

⁷³ Jeuland (n 8) 166.

⁷⁴ Jeuland (n 9).

⁷⁵ ibid.

⁷⁶ Jeuland (n 8).

⁷⁷ Emmanuel Jeuland, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).

⁷⁸ Jeuland (n 9).

kurumdur. Sembol olarak cübbedense kılıcı tercih ederler; zira kendilerini yargı değil, asker kökenli kabul ederler. Güç dengelerini bilirler ve kurarlar. Politik zekaya, birikime ve yönetime sahiptirler. Resmiyette yürütme ve yargı karışımı olan Danıştay, yasamayla da aynı zeminde işler. Danıştay kararları anayasal kuvvette olup, kanunlardan üstün sayılır. Kısacası, Jeuland'a göre Fransa'da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sorunu olduğu açıktır fakat ayrımın kökeni Danıştay olduğu ve Danıştay da devletin belkemiği olduğu için bu ayrımın eleştirilmesi ve ortadan kaldırılması hiç de kolay değildir⁷⁹.

Fransa'da meselenin düğüm noktasının Danıştay olduğunda mutabakat vardır. Örneğin, Sorbonne'da Anayasa Hukuku profesörü olan Dominique Rousseau, Fransa'da Danıştay'ın ve ona bağlı idari yargının tamamen ortadan kaldırılmasını savunmakta “Yargı ikiciliğinin ... teorik temelleri yoktur; [ikili yargı sistemi] bugün ortadan kaybolmuş tarihi ve siyasi koşulların ürünüdür...”⁸⁰ demektedir. Daha önce tanıttığımız Profesör Guglielmi ise Fransa bağlamında kamu hukuku – özel hukuk ayrımını ve ayrımın dayanağı olan Danıştay ağırlıklı sistemi sürdürmeyi savunmakta, Danıştay'ı insan haklarını geliştiren, nötr, tarafsız, bağımsız, faydalı, güvenilir, temel gayesi kamu yararı olan, güçlü bir tarihsel birikime sahip bir denge kurumu olarak tanımlamaktadır⁸¹.

Toparlamak gerekirse, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Fransa'da köklü bir sistem, hatta devlet meselesidir. Türkiye'de problem kesinlikle bu çapta değildir. Türkiye'de devlette zaten böyle bir ayrım yoktur. Danıştay'ın devletin belkemiği olma statüsü de yoktur. Kamu hukuku – özel hukuk gibi bir ayrımı esas almayan, hatta esas almamaya dayanan Anayasa Mahkemesi etkilidir. Türkiye, Fransız sisteminin doğal çıktısı olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımını kurgusal olarak almış, Fransa'nın eleştiriye layık sistemini ise almamış, teorisi bir telden, pratiği ise ayrı telden çalan bir ülke olmuştur.

⁷⁹ ibid.

⁸⁰ Dominique Rousseau, ‘Pour une Refondation Radicale de la Justice’ (Gazette du Palais) <<https://www.gazette-du-palais.fr/wp-content/uploads/2017/12/1151.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023): “Le dualisme juridictionnel n’a ... pas de fondements théoriques, il est le produit de circonstances historiques et politiques qui ont disparu aujourd’hui...”

⁸¹ Guglielmi (n 7).

Fransız sisteminin eleştiriye layık olmasının ana nedeni şudur: Doğrudan bir kamu hukuku merkezi olan Danıştay'ın bu denli güçlü olduğu bir ülkede kamu hukukuna denk statüde bir özel hukuktan bahsetmek mümkün değildir. Fransız hukuk nosyonu, kamu perspektiflidir. Kamu hukukunun bariz bir üstünlüğü vardır. Özel hukuk, fazlasıyla kamu gücüne tabidir. Dolayısıyla Fransa'da (da) hakiki anlamda kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Ayrım, hukukun kamucu karakterini mahfuz tutmak için kullanılan bir aparatı ibarettir.

Özetle, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, antik Roma hukukundan gelen, soyut olarak geçerli bir kaide değildir. Modern Fransız sisteminin somut bir unsurudur. Türkiye'de devletin yapısı Fransa'daki gibi değildir, olmamıştır ve olmamalıdır. Zira Fransız sistemi bizzat Fransız hukukçuların yoğun eleştirisine hedefdir; tutarlı ve verimli değildir. Türk hukuk sisteminde reel karşılığı olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının köksüz ve duygusal bir şekilde sahiplenilmesine son verilmesi bilimsel bir zorunluluktur.

SONUÇ

Tüm bilimlerde olduğu gibi hukukta da taksonomi ve uzmanlaşma muhakkak olacaktır fakat taksonominin akılcı ve doğru olması gerekmektedir. Hukukta muhkem bir kaide olduğu zannedilen kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bir klişeden, sorgulanmamış bir alışkanlıktan ibarettir. Pratikte karşılıksız, teorik olarak da kusurludur. Kısacası yanlıştır. Bilhassa Türkiye bağlamında büsbütün arızalıdır. Zira, örneğin, Fransa'nın hem hukuk sisteminde hem hukuk öğretilerinde var olan, İngiltere'nin hem hukuk sisteminde hem de hukuk öğretilerinde var olmayan bu ayrım, Türkiye'nin hukuk sisteminde yoktur fakat hukuk öğretilerinde vardır. Zaten sorunlu olarak kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Türkiye bağlamında daha da sorunludur.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, geçmişte hukukun dar bir kapsamda kurgulanıp öğretilmesinde olumlu katkılar sunmuş olabilir. Kamu hukuku ve özel hukuk tabirlerini tanımsız ve esnek bir şekilde, dogmatik olmayan anlamda kullanmak bugün için hala uygun olabilir. Fakat bu tabirlerden katı bir taksonomi üretmeye çalışmak, hukuk

olgularını bu sorunlu taksonomiye tabi olarak okumak büyük bir hatadır. İş hukuku, bilişim hukuku, rekabet hukuku, bankacılık hukuku gibi birçok yeni alanın gelişmesiyle birlikte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı geçerliliğini tamamen yitirmiştir. Anglo-Sakson ve İslamiyet gibi diğer köklü hukuk geleneklerinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yer almıyor oluşu, söz konusu ayrımın evrensel ve mutlak nitelikte olmadığını göstermektedir. Gözler’in ifadesiyle “[K]amu hukuku – özel hukuk ayrımı pek sağlam temellere kurulmuş değildir. Bu ayrım bilimsel değil, büyük ölçüde yapaydır”⁸².

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının bir diğer eleştirilmesi gereken yanı, Duguit’in de belirttiği üzere, devlete farklı bir hukuki rejim uygulanması suretiyle devletin birey üzerindeki egemenliğini artırmasına hizmet ediyor oluşudur. Halbuki idarenin verdiği zarar ile bireyin verdiği zararın ayrı hukuki rejimlere tabi olmasına gerek yoktur. Özünde ikisi de aynıdır. Düalist yaklaşım, hukukçunun zihninin parçalanmasına, hukukta tutarlılığın ve duyarlılığının aşınmasına neden olmaktadır.

Hukuk, bütüncül bakış açısına mutlak anlamda muhtaç bir alandır. Zira hukukçunun çözmesi gereken sorunlar laboratuvar ortamında ya da masa başında üretilmiş meselelerden oluşmaz. Hukukçunun karşısına çıkan problemler büyük bir karmaşaya sahip olan hayata dairedir. Hukukçuyu bir teknisyenden ayıran şey, bütüncül bakış açısı ile sorunlara nüfuz etmesidir. Bu nedenle hukukta bakış açısının daralmasından sakınmak gerekir. Eğer bir tasnif yapılacaksa bu tasnif sahiden zorunlu, yararlı ve akılcı olmalıdır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bu özelliklerden yoksundur. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, genel hukuk nosyonunu çarpıtan, spesifik alanların gelişimini de baltalayan, sakıncalı bir ezberdir.

Esasında hukukta kamu – özel ayrımının özü şu soruda saklıdır: Hukukun temeli özel hukuk mantığıyla mı atılmalıdır, kamu hukuku mantığıyla mı atılmalıdır? Birinci seçenekte hukukta kurucu ilke sözleşme serbestisidir ve anayasa başta olmak üzere bütün kanunlar insanların özgürce sözleşme yapmasının ürünüdür, öyle olmalıdır. Sözleşmenin sıhhatini gözetmek ana gayedir. Kamu düzeni hedef değildir; toplumsal ve bireysel sözleşmelere uyulmasının doğal sonucudur. İkinci seçenekteyse hukukta kurucu ilke

⁸² Gözler (n 4) 92.

kamu düzenidir ve özel hukuk sayılan alanlar da aslında kamu düzenine tabidir. Bu iki hukuk nosyonu arasında büyük bir tezat vardır. Hangisinin doğru olduğu bu makalenin konusu değildir. Makalenin konusu, günümüzde benimsenen hukuk nosyonunun ikincisi olduğu, bu seçenekte hakiki anlamda özel hukukun bulunmadığı, dolayısıyla kamu hukuku – özel hukuk ayrımının temelsiz bir varsayımdan ibaret olduğudur.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı kadim ve sağlam bir ilke değil, modernist ve çelişkili bir kurgudur. Hakiki varlığı şaibeli olduğu için bazen var, bazen yok sayılmakta, istikrarsızlığa yol açmaktadır. Söz konusu ayırım, reel hukukun hemen her cephesinde nakzedilmekte, buna rağmen söylem boyutunda ısrarla öne sürülmektedir. Hukuk öğretisini kısırlaştıran ve hukuk sistemini gerekli açılımlardan alıkoyan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, öğretilerde eleştiri konusu olarak ele alınmalı, hukuk sisteminin bu yanıltıcı gözle okunmasına son verilmeli, hukuk nosyonu daha bütüncül ve realist ilkelere bağlanmalıdır.

Bilhassa Türkiye bağlamında hukuk fakültelerinin teşkilatlanması dışında hiçbir yerde baz alınmayan kamu hukuk – özel hukuk ayrımı, hukuk fakültelerinden de elimine edilerek hukuk sistemi ile hukuk doktrini arasındaki uyum artırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017).

Alvazzi del Frate P, Bloquet S ve Vergne A, *La Summa Divisio Droit Public/Droit Privé dans l'Histoire des Systèmes Juridiques en Europe* (Institut Universitaire Varenne 2018).

ASBÜHF (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Kamu Hukuku' <<https://hf.asbu.edu.tr/tr/kamu-hukuku>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Atalı M ve Ermenek İ, *Medenî Usul Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021).

AÜHF (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı' <<http://www.law.ankara.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku-anabilim-dali/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Aybay R, *An Introduction to Law* (Der Yayınları 2020).

Bell J, *Judiciaries in Europe* (Cambridge University Press 2005).

Bilge N, *Hukuk Başlangıcı* (Turhan Kitabevi 1992).

Cherednychenko O, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Sellier European Law Publishers 2007).

Chevrier G, 'Les Critères De La Distinction Du Droit Privé Et Du Droit Public Dans La Pensée Savante Médiévale' *Etudes Gabriel Le Bras* (Sirey 1965).

Cornu G, *Etude Comparée de la Responsabilité Délictuelle en Droit Privé et en Droit Public* (Matot-Braine 1951).

Cömert Akbay B, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149-175.

Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2022).

DEÜHF (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı' <<https://hukuk.deu.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Ercöşkun Şenol H K, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709-738.

Erdoğan S, 'Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar' (2017) 58(1) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 185-203.

Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 2020).

Gözübüyük Ş, *Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları* (Genel Dağıtım Yayınları 1991).

Guglielmi G, *7 Mart Tarihli Çevrimiçi Görüşme Notları* (2023).

Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019a).

Güriz A, *Hukuk Felsefesi* (Siyasal Kitabevi 2019b).

- Hacak H, 'The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law' (2013) (45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51-66.
- Harlow C, "'Public" and "Private" Law: Definition without Distinction' (1980) 43(3) The Modern Law Review 241-265.
- Jeuland E, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).
- Jeuland E, *Theories of Legal Relations* (Edward Elgar Publishing 2023a).
- Jeuland E, *22 Şubat Tarihli Yüz Yüze Görüşme Notları* (4 rue Valette, Paris, Fransa) (2023b).
- Kapancı K B, 'Contractualisation of Family Law: Is It Possible in Turkey?' *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law* (Vedat Kitapçılık 2015).
- Karaca H A, 'Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi' (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241-262.
- Karaoğlu E, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık 2017).
- Mısır M B, 'Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku' (2013) 26(3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139-178.
- Morin E, *Yitik Paradigma* (Çev. D. Çetinkasap) (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019).
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003).
- Örücü E, 'Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası' (1991) 12(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 303-316.
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan Kitabevi 2002).
- Rousseau D, 'Pour une Refondation Radicale de la Justice' (Gazette du Palais) <<https://www.gazette-du-palais.fr/wp-content/uploads/2017/12/1151.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023)

Swennen F, ‘Contractualisation of Family Law in Continental Europe’ (Familie & Recht) <<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023)

Şeker A, ‘İş Bölümünün, Sosyal Politika ve Toplumsal Dayanışma Açısından Sosyolojik Çözümlemesi’ (2020) 22(1) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 20-27.

ÜAK (Üniversitelerarası Kurul), ‘Başvuru Şartları’ <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo5_2023M_24022023.pdf> (erişim tarihi 20.10.2023).

Ünal İ, ‘Aşırı Uzmanlaşma’ (Gazete Manifesto) <<https://gazetemanifesto.com/2019/asiri-uzmanlasma-297003/>> (erişim tarihi 17.10.2023).

Zabunoğlu Y K, *Devlet Kuramına Giriş* (İmaj Kitabevi 2015).