

İDARE HUKUKUNUN TATBİK SAHASI

Hazırlayan : Ayten Yüksel

PLÂN

- I. — GİRİŞ.
- II. — FRANSA'DA İDARİ OTORİTE İLE ADLİ OTORİTENİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI
 - A. - Birinci safha
 - B. - İkinci safha
 - C. - Üçüncü safha
 - D. - Dördüncü safha
- III. — İDARE HUKUKUNUN ESAS VE KISTASLARI
 - A. - Âmme hizmeti ile idare hukuku arasındaki münasebet
 - B. - Fransız hal çarelerinin gelişmesi
 1. — İdare Hukukunun Âmme Kudreti mefhumuna bağlanması
 - A. - Âmme kudreti Tasarrufları ve Temşiyet Tasarrufları Ayırımı
 - B. - XIX. Asır Ayırımının Kabulü
 - C. - Ayırımı Terk Edilmesi
 2. — İdare Hukukunun Âmme Hizmeti Mefhumuna Bağlanması
 - A. - XIX. Asırda Fransız İdarî Hayatının Gelişmesi
 - B. - Âmme Hizmeti Mefhumu, İdare Rejiminin esası
 - a) Âmme hizmetlerinin sürekliliği prensibi
 - b) Âmme hizmetlerinin intibakı prensibi
 - c) Âmme hizmetinin üstünlüğü prensibi
 - C. - Âmme Hizmeti Mefhumu, İdare Rejiminin Tatbik sahası
 - D. - "Âmme Hizmeti Mektebi"nin Davranışı
- IV. — İDARE HUKUKUNUN YENİ TEMAYÜLLERİ
 - A. - Modern İdarî Hayattaki Değişiklikler
 - B. - Âmme Hizmetlerine Hususî Hukukun Nüfuz Etmesi

C. - Âmmeye Hukuku Usullerinin Umumî Menfaat Hususî İşletmelerine
Teşmili

V. — TÜRKİYE'DE İDARE HUKUKUNUN TATBİK SAHASI

I. — GİRİŞ.

Herhangi bir devlette, nizam ve teşkilâtı ne kadar iptidai ve basit olursa olsun, mutlaka bir idarî fonksiyon ve bu fonksiyonu ifa ile mükellef uzuvlar bulunur. Bununla beraber bütün devletlerde idare hukuku yoktur. Bu hukukun mevcudiyeti iki şarta bağlıdır: Biri idarî faaliyetin haricen riayeti mecburî olan hukuk kaideleri ile tanzim edilmiş bulunması, diğeri de bu kaidelerin diğeri şahısları ve bilhassa vatandaşları idare eden kaidelerden ayrı olmasıdır. Bu iki şart ancak modern devletlerde gerçekleşmiştir, fakat ikinci şartı bütün modern devlet şekillerinde bulmak kabil değildir (1).

Eski zamanlarda, idare kendi teşkilât ve faaliyetini tanzim ve idare eden kaidelere istinat etmekle beraber, bu kaideleri onları koyan prens ve hükümdar için bağlayıcı kuvveti haiz değildiler. Prense bağlı merciler için ise bunlar, talimat ve dahilî emirler mahiyetinde olup, tebaanın hak ve menfaatleri için hiçbir teminat arz etmiyordu.

Bilhassa Fransız ihtilâline tekaddüm eden ve polis devlet ismi verilen devlet şeklinde, zaruret ve sadece siyasi menfaat mülâhazaları ile, herhangi bir kaideye muhalefet tamamiyle meşrû idi.

Hukuk devletinin polis devletten farkı devletin faaliyetlerinin keyfi kararlara değil, hukuk kaidelerine tâbi olmasıdır.

Hukuk devleti fikir ve esasının bir kaide bir ideal olmaktan çıkıp bir realite haline gelmesi için müeyyideler ve iddianın doğru olup olmadığını kazaî usullerle tesbit edecek ve neticede hukuk kaidesine muhalif durumu ortadan kaldıracak teşkilâta ve kazaî murakabeye ihtiyaç vardır (2).

İdare hukukunun menşei batıda Fransız ihtilâline, bizde Tanzimata kadar indirilebilir. Hattâ bu iki tarih dahi idare hukukunun inkişafında tam bir başlangıç teşkil edemez. İdare hukuku müstakil bir inkişafa Fransada Üçüncü Cumhuriyet devrinin başlangıcında, bizde de Cumhuriyet devrinde ulaşmıştır (3).

(1) Guido ZANOBINI, İdare Hukuku, Çev. A. Akgüç, S. Erman, İstanbul 1945, sh: 12.

(2) S. S. ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1932 sh: 119 - 120.

(3) Mukbil ÖZYÖRÜK, İdarî Kaza Ders Notları, Ankara 1958 sh: 11/14.

İdare hukuku, iç âmme hukukunun bir koludur. Hususî hukukla idare hukukunun mevzuu farklıdır. Hususî hukukun mevzuu müsavi hak ve menfaat sahipleri arasındaki münasebetler olduğu halde idare hukukunun mevzuunu umumi menfaatlerin hususî menfaatlere üstünlüğü teşkil eder.

İdare hukuku kaideleri bünyeleri bakımından da Medenî hukuk ve buna bağlı diğer hukuk şubeleri kaidelerinden farklıdır. Âmme hizmetlerine taallük eden hukuk kaidelerinde hizmetin teknik nizamı ile hukukî nizamı imtizaç etmiş kaynaşmış bir haldedir.

İdare hukuku kaidelerinin tatbikatı ile medenî hukuk kaidelerinin tatbikatı arasındaki bu büyük farkın en bariz klâsik misali; beklenilmeyen haller ile idarî hasar nazariyeleridir.

Hususî hukukun gayesini müsavat ve adalet, âmme hukukunun gayesini ise emniyet ve hizmet teşkil eder.

İdare hukuku kazaî bir hukuktur. Medenî hukuk örf ve âdetle doğmuş ve zamanla tedvin edilmiştir. İdare hukuku örf ve âdetle doğmadığı gibi en mühim ve başlıca kaynağı da kanun değildir. İdarî kanunların sayısı pek çoktur. Lâkin bu kanunlar idare hukukunun kaidelerini vaz etmezler. Bunlar muhtelif âmme idarelerini ve müesseselerini kuran muhtelif âmme hizmetlerini tesis eden kanunlardır. Halbuki idare hukukunun ana kaidelerini, onu diğer hukuk kollarından ayıran ve ona müstakil bir hüviyet bahşeden hukuk esaslarını, hiçbir kanunda bulmak mümkün olmaz.

Bu itibarla idare hukukuna kazaî bir hukuktur denilebilir. Çünkü bütün esas kaideleri idarî mahkemelerce, idarî kaza organlarınca, zaman zaman meydana çıkan ve hususiyet gösteren ihtilâflar karşısında birer birer vaz olunmuştur. İşte bu sebepten idare hukukunun esas kaynağı bu mahkemelerin kararlarıdır.

Tam bir inkişafa ulaşmamış ve esasları kısa zaman süreleri içinde büyük değişiklikler gösteren bu hukukun kaideleri, kanun hükmü şeklinde tesbit edildiği anda idare hukukunun inkişafına bir müddet için set çekilmiş olur. Fakat gerçek hukukun inkişafı hiçbir suretle men olunamayacağı için cari olan ve mahkemelerce tatbik edilen kaide ile kanundaki hüküm arasında, uçurum denilebilecek kadar büyük farklar doğar. Bu sebeple idare hukukunda kodifikasyon mükemmeli olamayacağı gibi bir fayda da sağlamaz (4).

İdare hukuku, hususî hukuktaki benzer münasebetlere tatbik edilen kaidelerden tamamen farklı kaidelere sahip kendine hâs mahiyet ve hususiyet gösteren müstakil bir hukuk koludur.

(4) M. ÖZYÖRÜK, a.g.e. Sh: 11/14 - 15.

Gerçi başlangıçta hususî hukuk kaideleri idare hukukunda da tatbik ediliyordu. Fakat zamanla devletin âmme kudretine dayanarak yaptığı faaliyetlerin eşitlik hukuku olan hususî hukukun kaideleri ile tanzim olunamayacağı anlaşıldı. Bu suretle âmme menfaati ve âmme hizmetinin müessiriyeti mefhumundan hareket edilerek, âmme hukuku anlayışı tesiri ile idare hukukunda kusur, mes'uliyet, mukavele gibi müesseseler tamamen müstakil bir mahiyet kazandılar (5).

Aynı şekilde devlet - memur münasebetlerinde de hususî hukukun hizmet akti müessesesi çoktan terk edilmiş ve bu durum statü halinde tesbit ve tanzim edilmiştir (6).

«İdarenin, hususî mahiyette bir hukuk rejimi içinde hareket ettiği ve hususî bir kaza manzumesi tarafından murakabe edildiği memleketlerde idare rejimi vardır. Buna mukabil, idarenin memlekette cari umumî esaslara dayanarak hareket ettiği ve adlî mahkemeler tarafından kontrol edildiği memleketlerde ise adlî idare sisteminin mevcudiyetinden bahs olunur.»

Alelûmum Avrupa ve Asya memleketlerinde idare rejimi cari olduğu halde Anglo-Amerikan memleketlerinde adlî idare sistemi caridir.

Mamafih Bu memleketlerde de devlete düşen âmme hizmetlerinin artması vakiası, bu hizmetler için hususî mahiyette bir hukukî rejimi zarurî kılmakta ve bu muayyen hizmet sahalarında idarenin kontrolü, kaza selâhiyetini haiz heyetlere tevdi edilmekle, idare hukukunun inkişaf yolunda olduğu söylenmelidir (7).

II. — FRANSA'DA İDARÎ OTORİTE İLE ADLÎ OTORİTENİN BİRBİRİNDEN AYRILMA SAFHALARI :

İdarî otorite ile adlî otoritenin Fransa'da birbirinden ayrılmalarının tarihi gelişmesini gözden geçirirken bunun dört safha arzettiğini görüyoruz (8).

A. - Birinci Safha :

Adlî otoritenin mutlak yetki memnuiyetine bağlı tutulduğu safhadır.

Bu memnuiyeti Fransız ihtilâli vazedmiştir. «O devirde yalnız bir tek kazaî merci vardı, bu da adalet mahkemeleri idi (9)». «Fakat ihtilâlciler, eski rejimde Turgo, Malheshherbes ve Necker'in yapmak istedikleri bütün islâhata muhalefet eden ve entandanların (10) faaliyetlerine engel olan ve tensikat düşmanı

(5) G. ZANOBINI, a.g.e. sh: 21-22.

(6) M. ÖZYÖRÜK, e.g.e. sh: 11/16.

(7) M. ÖZYÖRÜK, a.g.e. sh: 11/17.

(8) Paul DUEZ - Guy DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, p: 235.

(9) Paul DUEZ - Guy DEBEYRE, a.g.e. p: 235.

(10) «Intendant» ünvanı verilen bu kimseler eski Fransız rejiminde bir valininkine benzer mevki ve vazife sahibi idiler.

birer mahkeme mahiyetinde bulunan parlemanların hâtıraları ile meşbu idiler. Bundan dolayı, adalet hâkimlerine karşı da emniyetsizlik gösteriyorlar ve bunların eski parlemanlar gibi, yeni tesis edilen nizami tehlikeye sokacak mürteci bir hattı hareket ittihaz etmelerinden sakınıyorlardı. Bu hâkimlerin müdahaleleri yüzünden ihtilâlin felce uğramasını istemiyorlardı.»

Böylece bu birinci safhada, idarî ve adlî otoritelerin ayrılması kaidesi itimat edilmeyen adlî hâkimlerin tamamıyla aleyhine dönmüştü (11).

İdare mahkemeleri henüz kurulmamış olduğundan, faal idareden davacı olanların krala, vilâyet, kaza veya belediye idarelerine başvurmaları gerekiyordu. Bu ise idareci yargıç usulünden başka bir şey değildi. «Böylece, idare edenler, haklarını veya menfaatlerini ihlâl eden idarî tasarruflar aleyhine hakikî bir kazaî teminattan istifade etmiyordu. Faal idarenin aynı zamanda hem taraf, hem de hâkim olduğu bir sistem, idarî yolsuzluk ve keyfiliğe karşı ciddi teminat arz etmez; bu sistem istifat veya hiyerarşik müracaattan fazla bir değer taşımaz» (12).

B. - İkinci safha :

Adlî yetkinin gittikçe artırılarak oldukça geniş bir mahiyet alması safhasıdır.

Fransız ihtilâli ile tesis edilen bozuk ve bir hukuk devletine yaraşmayan rejim değiştirilecekti. Konsüllük, Devlet Şûrasını ve vilâyet idare meclislerini tesis etmekle ilk olarak idarî kazayı ihdas etti. Bu şartlar dahilinde, idarî otorite ile adlî otorite arasındaki ayrılma konusundaki ilk telâkki devam edecek gibi görüldü. Hiç de böyle olmadı. Restorasyonla birlikte, değişiklik başgöstermeğe başladı: İdarî dâvalardan bir kısmı adalet mahkemelerine tevdi edildi. Böylece (idarî otorite ile adlî otorite arasındaki) mutlak tefrik kaidesi, adlî yetki lehine ihlâl edilmiş oluyordu.

Böyle bir değişikliğin sebepleri nelerdir?

1) Konsüllük tarafından ihdas edilen idarî kaza mercilerinin fertlere adliye mahkemeleri kadar güvenlik vermekten uzak oldukları görüldü. Her ne kadar, vilâyet idare meclisleri, delege adaletten faydalandıkları için, gerçek birer mahkeme karakterini arzetmiş ise de muayyen idarî dâvalara münhasır olmak üzere kaza yetkileri mahdut olan bu mahkemelerin üyeleri zayıf olduğundan, reisleri valilerin fiilen tesirleri altında kalıyordu. Devlet Şûrasına gelince, delege adalete sahip değil, fakat tutuk adalete bağlı idi; netice itibarıyla, idarî dâvalarda (faal idare işlerinden olduğu gibi) Devlet Reisi tarafından ittihaz edile-

(1) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 236.

(12) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 237.

cek kazaî kararları hazırlayan ve mütalâasını bildiren bir müşavirden fazla bir şey değildi; şüphesiz ki Devlet Reisi fiilen Devlet Şûrasının teklifini tasvip etmekle yetiniyordu, ama herhalde hukukî bakımdan, başka bir hal çaresi seçmekte serbest bulunuyordu (13).

Fertlerin keyfiliğe karşı teminatı yoktu. Şüphesiz prensip itibarıyla, idare kanuna uymalı idi; fakat fertler idarenin bu kaideye riayet etmesini sağlayacak müessir bir vasıttan mahrumdu. İdarenin yolsuz tasarruflarından şikâyetler hâkimler tarafından muhakeme edilmiyordu (14).

2) Restorasyon devrinde, siyasî ihtirasların tesiri altında, konsüllük ve imparatorluk müesseselerine, liberaller ve müfrit krallıkçılar tarafından şiddetle hücum ediliyordu. Ezcümle Devlet Şûrası sert hücumlara uğramış ve mukavemet edebilmek için, kendi yetkilerini daraltmağa kadar varan mütevazî ihtiyatlı bir hareket tarzı takip etmeğe mecbur kalmıştı.

3) Nihayet, ihtilâlî devrinden uzaklaşıldıkça adli mahkemelere karşı duyulan eski itimatsızlık gittikçe azalmıştı. İhtilâlin prensipleri sağlam bir surette yerleşmiş görünüyordu ve adli hâkimlerin hareketlerinin, ihtilâlciler tarafından bu konuda izhar edilen endişeleri haklı çıkarmadığı da görülüyordu.

Bu fikir hareketinin neticesi olarak, idarî ve kazaî otoritelerin ayrılması kaidelerinin telâkki tarzında bir değişiklik başgösterdi. İdarî dâvalardan bir kısmı adli mahkemelerin yetkisine terkedildi.

Fakat yavaş yavaş müellifler ve bizzat mahkeme içtihadları ampirik bir surette başlayan ve yetki bölüşülmesini bir formüle bağlamaya çalışarak sonunda meşhur **hâkimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları ayırđına** vasıf oldular.

C. - Üçüncü Safha :

İdarî kaza yetkisinin genişlemesi (15).

Hâkimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları ayırđına istinad eden kıstas büyük bir rağbet gördükten sonra terk edilmiş, bunun yerine âmme hizmetlerinin teşkilât ve işleyişine müteallik dâvaların idarî kaza yetkisine dahil olduğu nazariyesi kaim olmuştur.

D. - Dördüncü safha :

Mahkeme içtihadları üçüncü safhada duraklamış değildir. Âmme hizmeti kıstası bir takım incelikler gözetilmek suretiyle adli kaza lehine tadilâta uğramıştır (16).

(13) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 238.

(14) Louis ROLLAND, Précis De Droit Administratif. IX. éd. Paris, 1947 p: 5.

(15) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 239.

(16) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 242.

III. — İDARE HUKUKUNUN ESAS VE KISTASLARI.

Umumi olarak :

A. - Âmme hizmeti ile idare hukuku arasındaki münasebet :

Âmme hizmeti (17) mefhumunun değeri bizzat kendisine münhasır değildir. Bu tarifiñ ehemmiyeti, idare hukukunun tatbik sahasını tesbit hususunda oynadığı rolden ileri gelmektedir.

İdarenin bütün faaliyeti yeknesak olarak idare hukuku kaidelerine tâbi olmadığı ve bu kaidelerle hususî hukuk kaideleri de tatbik edildiği için herbirinin (yani idare hukuku kaideleri ile hususî hukuk kaidelerinin) tatbik sahalarnın tâyin edilmesi lâzımdır.

B. - Fransız hal çarelerinin gelişmesi :

XIX. asırdanberi, Fransız âmme hukukunun, tekabbül ettiği prensipler gelişmiştir. Bu gelişmenin başlıca sebebi **Fransız idarî hayatının**, yani idevlet müdahale ve faaliyetlerinin karakterlerinin birçok defa, derin değişikliklere uğraması olmuştur; idare hukukundaki gelişme bu değişikliklerin hukukî in'ikâsidir.

İdare rejiminin esas ve kıstası olmak üzere birbiri ardınca iki büyük fikir ele alınmıştır.

Birinci fikir, **âmme kudreti fikridir ki** XIX. asırda hüküm sürmüştür.

Bu birinci fikri istihlâf eden ikinci fikir, bizzat **âmme hizmeti** fikri olmuştur. XIX. asrın sonundan itibaren âmme hizmeti ile idare hukuku arasında sıkı bir münasebet teessüs etmiştir (18).

1. — İdare Hukukunun Âmme Kudreti Mefhumuna Bağlanması :

A. — Âmme Kudreti Tasarrufları ve Temşiyet Tasarrufları ayırıldı :

XIX. asırda idare hukukunun devletin haiz olduğu ve onu vasıflandıran **âmme kudreti** fikrine istinad ettiği pek umumî bir kabule mazhar olmuştu. Fakat, devlet faaliyetlerinde her şey âmme kudreti değildir, diye ilâve ediliyordu. XIX. asır doktrini âmme kudreti (veya hâkimiyet) faaliyeti ile temşiyet faaliyetini ayırır. İşte bu ayırt, doktrine göre, idare hukukunun tatbik sahası ile özel hukukun tatbik sahasını tâyin etmeye yarar. Âmme kudreti faaliyeti ile devlet organları emirler, yasaklar, bir taraflı düzenlemeler ile kısaca **âmîr bir irade** izharı ile «âmme kudreti tasarruflarında» bulunurlar; bütün bu faaliyet

(17) Bir âmme idaresinin umumî ihtiyacı karşılamak maksadıyla giriştiği bütün faaliyetlere âmme hizmeti denir. Bu hizmetler millî veya beledi âmme hizmeti olabilir. A. De LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, p: 35.

(18) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 38.

idare hukukuna has kaidelere ve kazaî bakımdan da idarî kazaya tâbidir, denirdi (19).

Berthélémy bunu vazihan izah ediyordu: «Âmiriyet kudretine istinaden yaptığı tasarruflar dolayısıyla idare, müşterek hukukun (droit commun) dışında kalır... Çünkü hususî şahıslar tarafından yapılmış buna benzer tasarruflar yoktur.» (20).

Fakat devlet daima âmiriyet kudretini kullanmaz; «Bir hususî şahsın kendi patrimonasının idaresinde yapabileceği gibi» davrandığı; idare edilenlerle eşit durumda muameleye giriştiği de olur. Bilhassa idare, aktettiği bütün **mukaveleler de** bu durumdadır (21). Bu tasarruflar temsilî tasarruflardır ki mantikî olarak hususî hukuk kaidelerine ve adalet mahkemelerinin yetkilerine tâbidir; ve idare hukukunun aşırı rejiminin tamamıyla dışında kalır. Mamafih, bu formülde idarî kaza lehine, «borçlu devlet teorisi» (théorie de l'Etat débiteur) dolayısıyla, bir düzeltme yapmak lâzımdır.

Bundan, temsilî tasarrufları dâvalarında dahi, aksine bir hususî metin olmadıkça, devletin bir miktar para borçlu olduğuna hükmetmeğe adliye mahkemelerinin yetkili olmadığı neticesi çıkarıldı (22).

B. - XIX. asır ayırınının kabulü :

Hâkimiyet tasarrufları nazariyesi XIX. asrın başlıca müelliflerinin esas fikirlerinden biri idi: Batebie, Ducrocq, Aucoc, sonra bizzat Laferrière (23) ve Berthélémy bütün idare hukukunu bu nazariye üzerine inşa ediyorlardı. Sadece, idare mahkemeleri ile adliye mahkemeleri arasındaki yetkilerin ayırılmasında meselesinde değil, her sahada, bilhassa âmme memuriyeti sahasında bu nazariyeye istinat ediliyordu; memurlar, hâkimiyet tasarruflarında bulunmağa kanunî yetkisi olan hâkimiyet memurları ile temsilî memurları diye ayırt ediliyordu (24).

Bu ayırt **bilhassa bir doktrin eseri idi**. Bununla beraber, idare rejimi ile hususî hukuk rejiminin tatbik sahaalarına taallük etmek bakımından XIX. asrda mahkeme içtihadı temayüllerini de ifade ettiği inkâr edilemez.

(19) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 39.

(20) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 9 (nakden, BERTHELEMY D.A. p: 1088.)

(21) Bu ifadeden idarî mukaveleler mefhumunun henüz doğmamış olduğunu anlıyoruz.

(22) P. DUEZ - G. DEBEYRE, a.g.e. p: 239.

(23) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 39, LAFERRIERE, Jurisdiction Adm. p: 8.

(24) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 40, BERTHELEMY, D.A. p: 58.

C. - Ayırdın terkedilmesi :

Ne kadar cazip görünürse görünsün, hâkimiyet tasarrufları ve temsilyet tasarrufları nazariyesi tamamiyle terk edilmek suretiyle sona erdi. Bizzat nazariye iki bakımdan tenkide şayan görüldü : Pratik bakımdan tatbikinin güç ve bulanık olduğu anlaşıldı. İlmî bakımdan ise gayri kabili kabul surette devletin mahiyetini ikileştirmek esasına istinat ediyordu.

Bu ayırt bilhassa tevhit ettiği neticeler sebebi ile terk edilmiştir. Bu nazariyenin idare rejiminin tatbik sahasını mübalâğalı surette daralttığını teslim etmek zarureti hâsıl oldu. Zira, âmme ajanlarının bir taraflı âmiriyet yolu ile hareket etmeleri haricinde de idarî faaliyetin hususî şartları ve kendine mahsus ihtiyaçların mütehasıs hâkimler tarafından yorumlanacak ayrı (spécial) bir hukukun tatbik edilmesini lüzumlu kılacağı anlaşıldı.

XIX. asrın ikinci yarısında, Fransız idarî hayatında vukubulan derin değişiklikler bu görüşü tahrik ederek, görüleceği gibi, âmme hizmeti nazariyesinin kabulünü sağlamıştı (25).

2. — İdare Hukukunun Âmme Hizmeti Mefhumuna Bağlanması :

A. - XIX. asırda Fransız idarî hayatının gelişmesi :

«Âmme hukukunun tahavvülleri» (1913) başlıklı eserinde Duguít, XIX. asrın ikinci yarısında devlet hayatına tesir eden «Müthiş tahavvülün» hukukî tesirlerini uzun uzadıya tahlil etmiştir. Bu tahavvül âmme ihtiyaçlarının gelişmesi ve mahiyet değiştirmesi dolayısıyla modern devletin bu yeni ihtiyaçları müdahaleleri ile yani âmme hizmetleri yapmak suretiyle karşılamak vazifesi ile mükellef tutulmasından ileri gelmiştir.

Devletin vazifeleri, esas itibariyle «harbiye, zabıta ve adliye hizmetlerini teşkilâtlandırmak» gibi, münhasıran siyasî mahiyette telâkki edildiği müddetçe, bu hizmetlerin mahiyetleri, egemenlik ve âmme kudreti fikirleri üzerine müesses bir âmme hususiyeti, âmiriyet işlerinin hukukî icaplarını ifade ediyordu.

Fakat, idarî hayatın bu telâkkisi ardisıra, öğretim, sosyal yardım, demiryolları, havagazı ve elektrik tevziatı gibi teknik karakterde ve halka hizmet maksadına matuf âmme hizmetlerinde büyük bir gelişme hâsıl oldu. Bu gibi âmme hizmetleri sahasında «ilk plânda göze çarpan cihet, artık âmirlik kudreti değil, iş görmek mecburiyeti oldu». Halbuki, âmme idarelerinin bu yeni faaliyet sahası için, temsil ettiği umumî menfaat ve icapları sebebi ile, «âmiriyet» faaliyetlerinde olduğu kadar, idare hukukunun kendine mahsus ihtiyaçları vardı. Bundan dolayı, hâkimiyet faaliyetleri - temsilyet faaliyetleri ayırdı yerine gayet tabîi ola-

(25) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 40.

rak âmme hizmetleri faaliyetleri âmme hizmeti mahiyetinde olmayan idarî faaliyetler ayırdı kaim oldu.

B. - **Âmme hizmeti mefhumu, idare rejiminin esası :**

Bunun üzerine, idare hukukunun kendine mahsus kaidelerinin ve nazariyelerinin lüzumu ve hikmeti vücudü - artık hâkimiyet faaliyetlerinin icabı olmak üzere değil - âmme hizmetleri ihtiyaçlarının icabı olmak üzere kabul edildi.

Umumî menfaati gerçekleştirmek maksadına matuf olması sebebi ile âmme hizmetleri bir takım esas prensiplere istinat eder. İdare hukukunun kaideleri bu prensiplerin tatbik vasıtalarıdır.

a) **Âmme hizmetlerinin sürkliliği prensibi :** Âmme hizmeti aksamadan işlemelidir. İdarî mukaveleler hakkındaki beklenilmeyen haller nazariyesi, âmme emlâkinin gayrı kabili devrû ferağ olması gibi kaideler âmme hizmetlerinin sürkliliğini temin etmek içindir.

b) **Âmme hizmetlerinin intibakı prensibi :** Umumî menfaatin icaplarındaki değişikliklere âmme hizmetinin daima intibak ettirilebilmesi lâzımdır. Devletin her zaman âmme hizmetini işleyiş kaidelerini tadil edebileceği kaidesi, âmmenin menfaati icabı âmme hizmeti imtiyazcısına yeni mükellefiyetler yükleyebileceği kaidesi gibi kaideler bu prensipten çıkmaktadır.

c) **Âmme hizmetinin üstünlüğü prensibi :** Âmme hizmetinde mündemiç umumî menfaat ile hususî menfaat arasında uyumsuzluk olursa hususî menfaatin boyun eğmesi lâzımdır. Bundan âmme hukukunun bütün ayrıcalıkları (prérogatif) çıkarılır (26).

«Âmme hizmeti icapları», «âmme hizmeti ayrıcalıkları», «âmme hizmeti hukukî rejimi» gibi sözler artık «idare rejimi» sözü ile eşanlı birer tâbir olarak kullanılmaya başladı. Jèze : «İdare hukukunu teşkil eden hukukî nazariyelerin hepsi âmme hizmetlerinin düzgün ve sürekli işlenmesini kolaylaştırmak ve umumî menfaat ihtiyaçlarını mümkün olduğu kadar çabuk ve tamam olarak karşılamak maksadına matuftur» diye yazmaktadır (27).

C. - **Âmme hizmeti mefhumu, idare rejiminin tatbik sahası :**

İdare rejiminin kendine hâs kaideleri âmme hizmetleri ihtiyaçlarının icaplarından telâkki edildiğine göre, âmme hizmeti mefhumu hem idare hukukunun sınırını, hem de idare mahkemelerinin yetkisini tâyin için esas itihaz edildi.

Âmme hizmeti fikrinin bu hakiki inkişafı, XIX. asır sonundan itibaren Devlet

(26) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 41.

(27) Gaston JEZE, Les principes Généraux du Droit Administratif Paris, T. II. 1930 III. éd. p: 2.

Çöürasının ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bir sıra kararları ile teyid edilmiştir. Bu kararlar idare hukukunun en meşhur kararları arasında yer almışlardır.

Bu kararlar ile benimsenen yeni telâkki, sırası geldikçe, hükümet komiserleri tarafından inkişaf ettirilmiştir. Böylece hükümet komiserleri yeni telâkkinin ilk nazariyecileri olmuşlardır. M. Romieu'nün Terrier davasındaki mütalâanası dikkate şayandır. Bu mütalâalar iki esas fikre irca edilebilir :

a) İdarî kaza ile adlî kazanın yetkilerinin bölüşülmesi ve binnetice idare hukukunun veya hususî hukukun tatbiki âmme hizmetleri ile âmme hizmeti olarak tesis edilmemiş idarî faaliyetlerin ayırdına istinat eder. Âmme hizmetlerine müteallik davalar idare mahkemelerine terettüp eder. Bilâkis âmme hizmetlerine taallûk etmeyen idarî faaliyetler hakkında (hususî hukuk ile adlî kaza yetkisi tatbik olunur.) Çünkü âmme patrimuanının malî idaresi, hususî şahıslar için fedakârlığı tazammun eden üstün haklara müstenit istisnaî bir rejimin istimalini haklı göstermez.

b) Bununla beraber, âmme hizmetlerinin işlemesine taallûk eden her şeyin idare hukuku sahası içinde kalması zarurî değildir. Filhakika, âmme hizmetini tedvir ederken, idare kendiliğinden ve kendi isteği ile hususî hukuk şartları içinde kalarak hususî hukuk hukukî tasarruflarında bulunabilir. Filhakika idare, genel olarak ya âmme hukuku usulü veya hususî hukuk usulünü ihtiyar edebilir. Böylece, idare hukuku rejimine tâbi memurların yanısıra medenî hukuk kaidelerine göre hizmet akti suretiyle hizmetliler istihdam edebilir. Hususî şahıslarla idarî mukaveleler usulü yerine tercihan hususî hukuk mukaveleleri tarzında mukaveleler aktebilir. İdare, böylece hususî hukuk usulünü istimal ederse, âmme hizmetinin bu cephesi hususî hukuka ve adlî kaza yetkisine taallûk eder.

Böyle bir tercih, hâkimiyet tasarrufları - temsilyet tasarrufları ayırdını ihya etmez (28). Çünkü bu ayırda göre meselâ idare tarafından akte edilen bütün mukaveleler birer temsilyet tasarrufu telâkki edilmek lâzım gelir: Bilâkis âmme hukuku usulü ile hususî hukuk ayırdına göre münhasıran kendi hukuk hükümlerine göre aktettiği mukaveleler adlî mukavelelerden sayılır.

Binaenaleyh bu cihetin klâsik âmme hizmeti nazariyesinde yeri olduğu söylenebilir.

D. - «Âmme hizmeti mektebi» nin davranışı :

Fransız idare hukuku doktrini, Blanco kararı ile mahkeme içtihadındaki gelişmeyi kaydetmiştir. Bu esasa istinaden bazı müellifler, münhasıran âmme hizmetine yer vermek suretiyle idare hukukunu izah etmişlerdir. Bu fikir hareketine «âmme hizmeti mektebi» adı verilebilir, (Hauriou). Bu mektebin başlıca temsilcileri Duguit, Jèze ve bilâhare Bonnard'dır.

(28) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 42.

Bu müelliflere göre, bütün idare hukuku âmme hizmeti nazariyesine irca edilebilir.

Böylece bir taraftan idare hukuku «âmme hizmetleri hukuku» diye tarif edilmekte ve devlet de «âmme hizmetleri heyeti mecmuasından (29) başka bir şey telâkki edilmemekte idi.

Âmme hizmeti ile idare rejimi arasındaki münasebet tam bir mutabakat şeklinde gösteriliyordu. Jèze bu mutabakatı iki mefhumu birbirine meczetmek derecesinde ileri götürüyor ve âmme hizmetini «teknik bir usul» yani idare rejimi telâkki ediyordu (30). Herhalde, bundan böyle her türlü âmme kudreti fikrini bir tarafa bırakarak, âmme hizmeti fikri idare rejiminin esasını ve bütün kaidelerinin tatbik sahasını belirtmeğe yarıyordu (31).

Nihayet, âmme hizmeti mektebi nazariyecileri, idare hukukunun bütün teknik mefhumlarını ve müesseselerini âmme hizmeti fikrine göre tarif ediyorlardı. Meselâ: âmme emlakını, âmme hizmetine tahsis edilmiş emlak (Duguit) diye tarif ediyorlar; hattâ «Âmme emlakı bir âmme hizmetidir» demiye kadar varıyordu (32). Nafia işi, âmme hizmeti maksadı ile yapılan bir iş (33) diye tarif ediliyor; hattâ daha ileri gidilerek: «Nafia işi bir âmme hizmetidir» deniliyordu (34).

IV. — İDARE HUKUKUNUN YENİ TEMAYÜLLERİ:

İzah edilen şekli ile, ki klâsik şekli denilebilir, âmme hizmeti nazariyesi, uzun müddet idare hukukunun tatbik sahası konusunda vazih ve pratik hal çâreleri temin etmişti.

Önceki âmme kudreti nazariyesi kadar ve daha modern bir zihniyet içinde, Fransız sisteminin mutalarına intibak ediyordu; yani idare hukuku ile hususi hukuku birbirinden ayırmak için elverişli bir kıstas tasarlamak zaruretinin karşıliyordu.

Bu telâkki sadeliğini muhafaza edebilmek için idarî hayatın belirli bir durumda bulunması, âmme hizmetleri ile bu mahiyette olmayan faaliyetlerin, âmme hizmeti sektörü ile hususî faaliyet sektörünün (hususî şahısların hususî faaliyetleri ile idarenin hususî faaliyeti) birbirinden ayırd edilmesinin son derece kolay olması lâzımdı.

(29) Roger BONNARD, Précis de Droit Administratif, Paris 1935, p: 235.

(30) Gaston Jèze, a.g.e. V. II p: 15.

(31) DCIUT'den naklen A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 44.

(32) G. JEZE, Revue du droit public et la science politique 1944, p: 239.

(33) C. JEZE, R.D.P. 1921, p: 366.

(34) CAPİTANT, R.D.P. 1929, p: 510.

Halbuki idarî hayat böyle bir durumda kalmadı ve idarî hayattaki değişiklik, idare hukukuna yeni bir veche vermek zarureti ihdas etti.

Bu değişiklikler ne idi? Âmme hizmeti nazariyesine ne gibi yenilikler getirdi? Netice itibarıyla bu nazaryeyi tahrip mi etti?

A. - Modern idarî hayattaki değişiklikler :

Aşağı yukarı 1914 harbine kadar devam eden bu devrede, Fransız idarî hayatı âmme hizmetleri ile hususî faaliyetlerin birbirinden ayırılmasını pek güçleştirmeyecek kadar sade bir manzara arz ediyordu. Bu idarî hayat iktisadî liberalizme tekabül ediyordu ve âmme hizmetlerinin nisbeten mahdut sayıda olması ve bu hizmetlerin de en çok siyasî veya idarî mahiyette bulunması gibi bir karakteri vardı (millî savunma, zabıta, adalet ve ilâh..) Şüphesiz ki söylemiş olduğumuz gibi, XIX. asır sonunda büyük teknik ve ekonomik hizmetler gelişmişti (P.T.T., Demiryolları, aydınlatma ve ilâh..). Fakat âmme hizmeti nazariyesinin gelişmesini de tahrik etmiş olan bu işletmeler, hususî şahısların ekonomik işletmelerinden vazihan farklı bir mahiyet arz ediyorlardı. İki çeşit işletme arasındaki fark sadece âmme işletmelerinin inhisar hakkını haiz olmaları, âmme emlakını işgale yetkili bulunmaları gibi bir takım ayırıcı vasıfları ile değil, fakat aynı zamanda, ihdasları sırasında âmme iktidarı tarafından tatbik edilen teşkilât kaideleri bakımından da göze çarpıyordu. Âmme iktidarı, bu işletmeleri **âmme hukuku rejimi altında** tedvir etmek kararında olduğunu açıkça gösteriyordu. Âmme hizmeti sektörü böylece, hususî müesseselerden farklı kalıyordu. Bu farklılık bazan âmme hizmetlerinin esasen siyasî veya idarî mahiyette olmasından bazan da teşkilâtın âmme hukuku kaidelerine göre kurulmuş bulunmasından ileri geliyordu.

Filiyatın bu verileri karşısında hukukî nazariye kolayca sistemli bir şekil alıyordu. İki âlem birbirinden gözle görülür bir hendekle ayrılmıştı, âmme hukuku ile hususî hukuk bunlar arasında kat'i olarak bölüştürülebilirdi; herbiri kendi sektörünü işgal ediyordu. Âmme hizmetlerine idare hukuku, hususî şahısların faaliyetlerine hususî hukuk terettüp ediyordu (35).

Halbuki bu mutalar, aşağı yukarı otuz yıldanberi derin değişikliklere uğramıştı. **Bir taraftan ekonomik mahiyetteki âmme hizmetlerinin çoğalması ve yeni bir karakter iktisap etmesi, öbür taraftan umumî menfaat işlerine hususî şahısların iştiraklerinin gelişmesi** bu bakımdan iki büyük hâdise teşkil ediyordu.

a) Ekonomik mahiyette, yani sınaî veya ticarî âmme hizmetlerinin çoğalması 1914 denberi durmuş değildi. Bizzat harbin icapları dolayısıyla başlayan bu hareket (Birinci Dünya Harbi sırasında teşkil edilen sigorta, işe hizmetleri

(35) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 45.

ve ilâh...) iki dünya harbi arasında liberal ekonominin yerine tedricen müdahaleci ve güdümlü ekonominin kaim olması dolayısıyla, gittikçe gelişmiş ve son harptenberi de büyük millileştirmeler dolayısıyla bir kat daha artmıştır.

Bu gelişme, netice olarak esasen örneği mevcut olan ekonomik hizmetleri büyük ölçüde genişletmekle kalmamış; aynı zamanda bu işletmelerin karakterlerine de tesir etmiştir. Sinaî hizmetlerde otuz yıldanberi görülmeye başlayan yenilik, evvelâ konuları bakımından gitgide hususî senayi veya ticaretlere benzemeleridir: Her ne kadar posta veya nehir nakliyatı hizmeti ile hususî bir ticaret arasındaki fark hâlâ ayırdedilebilir halde ise de bu sonuncusu ile bir belediye hamamı arasındaki fark ayırdedilemez hale gelmiştir. Bundan başka ve bilhassa muhtelif sebeplerle ve bu arada devlet işletmeciliğinin maduniyeti hakkında liberal iddiaya karşı savunmak için, âmme iktidarı gittikçe artan bir gayretle bu hizmetleri, benzeri hususî işletmelerle aynı şartlar içinde teşkilâtlandırıp yaşatmak kaygısı gösterdiler.

b) Modern idarî hayata hâkim olan ikinci bir hâdise, hususî şahısların umumî menfaat işlerine gittikçe daha çok göze çarpan bir gelişme ile, iştirakleridir. Zira, devlet yeni işler üzerinde kontrolünü arttırdıkça, bu işlerin hepsini kendi mutad organları ile üzerine alamıyacağı ve kızzat idare edilenlerin işbirliğine müracaat etmesi gerektiği görülmüyordu.

İdare edilenlerin bu işbirliği her ne kadar yeni değil ise de, şimdiki idarî hayat bunu geniş ölçüde büyütmüş ve hususî şekillerle donatmıştır. Esasen bu, iki tarzda tezahür etmektedir:

Bazan devlet asıl âmme hizmetlerinin işletilmesini hususî şahıslara tevdi etmektedir. Eskiden bunun yegâne misali âmme hizmeti imtiyazı iken buna pek muhtelif şekillerde âmme hizmetlerinin hususî teşekküllere veya karma teşekküllere tevdi inzımarı etti. Güdümlü ekonomi âmme hizmetlerinin, meslekî disiplin âmme hizmetlerinin (tabip odaları, Mühendisler birliği gibi) son zamanlarda gelişmeleri hususî şahısların âmme hizmetlerine iştirak vakiasını bir kat daha genişletti. Bu hizmetlerin esas farikaları, tedvirlerinin memurlara ve idarî organlara tevdi edilmemiş olmaları ve korporatif mahiyette seçilmiş olan idare edilenlere bırakılmalarıdır.

Bazan öyle işletmeler vardır ki aslında âmme hizmetleri teşkil etmezler, hususî şahısların elinde ve idaresinde bir takım hususî faaliyetlerdir ama umumî menfaatle sıkı münasebetleri sebebiyle hususî sektörde, **âmme hizmeti civarında** ayrı bir mevkieleri olduğu kabul edilir. Millileştirilmelerinden önce maden ve akarsu işletmeleri tipik bir misal olarak gösterilen bu işletmelere **umumî menfaate hadim hususî işletmeler** adını vermek âdet oldu (36).

(36) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 46.

İdarî hayattaki bu çeşitli değişikliklerin âmme hizmeti nazariyelerine taallük eden neticelerine gelince: Evvelâ âmme hizmeti sektörü ile hususî faaliyet sektörü arasındaki sınır eskiden kolayca tesbit edilebilirken şimdi pek belirsiz oldu; müşahhas tatbikatta tesbiti ve filân veya falan müessesenin bir âmme hizmeti teşkil edip etmediğinin tayini çok güçleşti.

Fakat bilhassa hukukî nazariye üzerinde esaslı tesir yapan hâdise, âmme hizmetlerine hususî hukukun nüfuz etmesinin gelişmesi oldu.

Bunun aksine, bir nevi mübadele gibi, büsbütün başka şumul ve mânada, âmme hukuku usulünün âmme hizmeti dışında umumî menfaate hadim hususî işletmelerine de tatbik olunduğu müşahede edilebildi.

B. - Âmme hizmetlerine hususî hukukun nüfuz etmesi:

İdare rejiminin âmme hizmeti mefhumuna raptedilmesi, ilk önce telâkki edildiği şekli ile, bir âmme hizmeti faaliyeti ele alınınca hususî hukukun ve adlî yetkinin bertaraf edilmesini tazammun ediyordu. Şüphesiz gördük ki nazariye ilk haliyle, âmme hizmetlerinin tedviri sırasında idare için hususî hukuk usulüne tevessül etmek ve idare rejimini bertaraf eylemek imkânını kabul ediyordu. Fakat bu, idarenin **iradî ve mahdut** bir tercih hakkı idi. Böyle bir tercih haricinde, âmme hizmeti prensip itibarıyla ve bütünü ile idare hukukunun ayrıcalık rejimine tâbî tutuluyordu.

Bugün bu prensip hiç olmazsa bazı kategori âmme hizmetleri hakkında, ez-cümle **sınai veya ticarî âmme hizmetleri ve yeni güdümlü ekonomi âmme hizmetleri** veya **korporatif bünyeli disiplin âmme hizmetlerinde**, engellenmiş bulunmaktadır (37).

Bu âmme hizmetlerinde bugün hususî hukuk ile idare rejimi rekabeti vardır. Mahkeme içtihadları bu değişmeyi teyid etmiş ve geliştirmiştir.

Bundan dolayı âmme hizmetleri mefhumu bu konuda değerini kaybetmiş değildir. En son kararlarına varıncaya kadar Devlet Şûrası, idare mahkemelerinin yetkilerini tayin etmek ve âmme hukuku kaidelerinin tatbiki gerektiğini açıklamak icap ettikçe, bir âmme hizmeti muvacehesinde bulunup bulunmadığını araştırmakta ve bu mefhumu öne sürmektedir.

İdare rejiminin tatbik edilmesi için âmme hizmetinin mevcudiyeti zarurî bir şart olarak baki kalmış bulunmaktadır. Bu bakımdan âmme hizmetleri ile idarenin veya hususî şahısların hususî faaliyetlerinin birbirinden ayırılması baki kalan bir esastır. Gene bu bakımdan, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, âmme hayatı ile hususî hayatın birbirine yaklaşmaları, Fransız hukuk sisteminde muta-

(37) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 47.

vassıt bir bölge bir nevi "no man's land" fikrine müntehi olamaz. Fransız idare hukukunda belirli bir faaliyet ya âmme hizmetidir veya değildir (38).

Fakat buna mukabil, âmme hizmetinin mevcudiyeti, artık herhalde idare hukukunun ve yetkisinin tezahür etmesi için **kâfi şart** teşkil etmemektedir. Âmme hizmetlerinin faaliyetlerine müteallik her şey zarurî olarak idare rejimine tâbi tutulmamaktadır. Hususî hukukla idare hukukunun bu rekabeti, âmme hizmetinin daima idare hukukunun ayrıcalıklı kaidelerine muhtaç olmadığı umumî fikrine istinat etmektedir. **İdare mahkemelerinin yetkisi konusunda** idare rejimi ile hususî hukuk rekabeti, sınaî veya ticarî âmme hizmetleri gibi bazı hallerde hemen hemen tamamiyle hususî hukukun tatbikine kadar gitmektedir.

C. - Âmme hukuku usullerinin umumî menfaate hadim hususî işletmelerine teşmili :

Umumî menfaat hususî işletmelerinin faaliyetleri, devletin âmme hizmeti mevzuu yapmayı zarurî veya uygun görmediği faaliyetlerdir ki böylece hususî şahısların elinde hususî mahiyette kalmakta ise de işlerin topluluk için haiz olduğu ehemmiyet sebebi ile vazı kanun tarafından istisnaen bazı **âmme hukuku unsurları ile** ve bilhassa bazı **âmme hukuku yetkileri ile** donatılmış bulunmaktadır. Bu hususî faaliyetler rejiminde, bu donatma ölçüsünde böylece bazı âmme hukuku ithalâtı müşahede edilebilir; fakat bu ithalât mahduttur :

a) Umumî menfaat hususî işletmeleri hiçbir veçhile âmme hizmeti değildir (39) :

» Bundan dolayı uyumsuzlukları **adli kazanın** yetkisi içinde ve prensip itibariyle heyeti mecmuası bakımından **hususî hukuk kaidelerine** tâbi kalır.

b) Eğer umumî menfaat hususî işletmesi kanun koyanın bazı **âmme hukuku unsurları kattığı** bir rejime tâbi ise (meselâ faaliyetin sürekliliği gibi mutaden âmme hizmetlerine münhasır bir takım prensiplerin tatbiki; umumiyetle pek sıkı olan idarî kontrole karşılık, istimlâk, istimval gibi bazı âmme hukuku ayrıcalıklarından faydalanma hakkının bağışlanması) âmme hukuku usulleri **ancak kanun koyanın tefvizi halinde ve nisbetinde mevcut olabilir**. Umumî menfaat hususî işletmesi ile âmme hizmetini birbirinden ayıran esas fark budur.

Bundan dolayı âmme hukuku unsurlarının tatbiki, hâdisesine göre, esas itibariyle mütehavvildir.

V. - TÜRKİYE'DE İDARE HUKUKUNUN TATBİK SAHASI :

Türk idare hukuku esas itibariyle Fransız idare hukukundan iktibas edilmiş

(38) A. de LABADERE, a.g.e. p: 47.

(39) A. de LAUBADERE, a.g.e. p: 48.

olduğuna göre bu konuda da Fransa'daki gelişmeye paralel bir gelişme arzemiştir. Önceleri çok büyük önem kazanan âmme hizmeti, kıstası eski değerini muhafaza etmemektedir. Herne kadar uyumsuzluk mahkememiz, idarî kazanın yetkisi dahilinde olduğuna karar verdiği dâvalarda âmme hizmetini bir sebep olarak göstermekte ise de (Meselâ: Temsil sahatkârları yetiştirilmesi bir **âmme hizmeti**, halinde Millî Eğitim Bakanlığına tefviz edildiği, binaenaleyh Konservatuar öğrencilerinin yetiştirilmesine mahsus olan tatbikat sahnesinde bir eserin temsil edilmesi veya temsilinin durdurulması hususlarında Millî Eğitim mercilerinin, alacakları kararların **âmme hizmeti ifasıyle alâkalı** ve idarî karakteri haiz bir tasarruf teşkil edeceğinden bu dâvaya idare yargı yerlerinin bakması gerekeceği... Der. 42, S. 118 D.: U. Mah. K. No: 948/12.

İdarî malzemenin kışlaya nakli için yapıldığı anlaşılan askerî hizmetin görülmesi sırasında dâvacıya ika edilen zararın tazmini meselesinin idare hukuku esaslarına tevfikân tetkik ve halli idarî yargıya ait bulunmak gerektiği,

Diğer taraftan idarece tesis ve ittihaz olunan kararların **hâkimiyet ve temşiyet tasarrufları** yolunda bir tefrike tâbi tutularak vazife meselesinin ona göre tayini **esası da artık bugün metrük olduğu** bu tefrikin yerine **âmme hizmeti** prensibine dayanan telâkki kaim olduğu bu itibarla hâdisede hizmetin mahiyeti bakımından bir tetkike girişmeğe de mahal bulunmadığı,

Yukarıda ayzılı sebep ve mülâhazalara binaen idare aleyhine açılmış olan işbu tazminat dâvasının idare yargı yerinde tetkiki gerektiğinden
Der. 50 - 53 S. 584 D.: U. Mah. K. No: 950/19
Der. 50 - 53 S. 596D.: U. Mah. K. No: 951/3
Der. 50 - 53 S. 594 D.: U. Mah. K. No: 951/4

Dâvalı Karayolları idaresince tapulu tarlasının etrafındaki duvar yıkılarak taşları köprü inşaatında kullanılmak ve bir sene tarlası işgal edilmekten dolayı açılan bu dâva, **âmme hizmetinin görülmesi** sırasında ve bu hizmet dolayısıyla vukua gelen bir zararın tazmini talebiyle idare aleyhine açılmış bir tam kaza dâvası bulunduğundan görülmesi Devlet Şûrası kânununun 23. maddesi gereğince Devlet Şûrasına ait olduğu H.
Der. 60 S. 179 D.: U. Mah. K. No: 953/27

Dâvacının tarlasına su temin eden kanal dâvalı idarece Ankara - Çerikli yolunun yapılması sırasında tahrip edilmiş olduğundan açılan bu dâva **âmme hizmetinin görülmesi sırasında** vukua gelen bir zararın tazmini talebiyle işbu dâvanın görülmesi Devlet Şûrasına aittir.
Der. 61 S. 100 D. U. Mah. K. No: 953/46

Dâva konusu ücretin kaynağı hizmet akti ve diğer hususî hukuk müesseseleri olmayıp **âmme hizmetinin ifasına ve hizmeti tanzim eden kaidelere taallük**

eylemesine binaen Adalet mahkemesinin vazifeli olduğuna dair kararın kaldırılması H. U. Mah. K. No : 954/19).

bunun kâfi bir sebep telâkki edilmediği de bir çok kararlarından anlaşılmaktadır. (meselâ: Dâvacı şirket havaî hat direğine çarpan askerî vasitanın ika ettiği zarardan dolayı, istihdam eden sıfatıyla Millî Savunma Vekâleti aleyhine tazminat dâvası açmış ve haksız fiilden doğan ve Borçlar Kanununun 55. maddesine istinat ettirilen işbu dâvanın görülmesinin adalet mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunmuş olmakla

Der. 62 - 63 S. 263 D. : U. Mah. K. No : 953/73

Der. 62 - 63 S. 264 D. : U. Mah. K. No : 953/74

Dâvacı belediye kendi vasitasına çarpan askerî vasitanın ika eylediği zarardan dolayı istihdam eden sıfatıyla Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine tazminat dâvası açmış ve haksız fiilden doğan ve B. K. işbu dâvanın Adalet mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunduğu...

D. U. Mah. K. 954/18

Dâvacının aile reisinin bulunduğu taksiye çarpmasıyla ölümüne sebebiyet verilmesinden dolayı istihdam eden sıfatı ile Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine açılan tazminat dâvasının B. K. nun 41 ve 55. maddelerine, haksız fiile taallük etmesi hasebiyle Adliye mahkemesinin vazifesi dahilinde olduğuna
U. Mah. K. No : 955/61

Görülüyor ki askerî hizmet bir âmme hizmeti olduğu halde bu hizmetten doğan dâvaları adli mahkemelerin vazifesi dahilinde görmekle, Uyuşmazlık Mahkemesi, **âmme hizmeti kıstasının kâfi şart** olmadığını açıkça belirtiyor.

Bu itibarla hakimiyet - temsil tasarrufları ayırının mutlak surette idarî kazanın yetkisini tayin etmek bakımından büyük pratik bir kıymet taşımakta olduğu görülmektedir.

Ancak bu hakimiyet - temsil tasarrufları kıstasına bir takım mukavelelerin idarî telâkki edilmekte olduğunu ilâve etmek lâzım gelir. "Zıngal ortaklığı dâvasında Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.1.1946 tarihli kararı idarî sözleşmeleri adî sözleşmelerden ayırdetmek için bir takım ölçütler belirtmiş bulunmaktadır. Bir mukavelelinin âkidi olan özel veya tüzel kişinin, hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara adî mukavelelere nazaran ağır vebeler tahmili hizmeti, umumun menfaatına uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelâde bir fert mevkiinde kalmaması, âmme hizmetlerinin icap ve zaruretlere icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve selâhiyetinin idarî otoriteye tanınması hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkit hakkında zecrî hükümler vaz'ı el koyma, ve

uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adı mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur" (40).

Bir sözleşmenin idarî sayılması için kararda temas edilen bütün özelliklerin bulunması şart değildir.

Ancak idare hukukunun tatbik sahası konusunda, Fransa'daki tatbikat ile Türkiye'deki tatbikat arasında bazı farklar göze çarpmaktadır. Meselâ Fransa'da adli kazanın yetkisine dahil işlerde hususî hukuk hükümlerinin tatbik edilmesi esastır.

Halbuki Türkiye'de idare hukukunun tatbiki gereken işlerde dahi adli kazanın yetkili kılındığı görülmektedir. Meselâ: Damga Kanunu dolayısıyla ilgililerle idare arasında çıkan ihtilâflara adliye mahkemelerinde rüyet edilmektedir. Bu muhakemede damga kanunu hükümleri yani - hususî hukuk kaideleri değil - idare hukuku kaideleri tatbik edilmektedir. Keza manevra ve atış zararları dolayısıyla açılacak tazminat dâvaları adliye mahkemelerinde muhakeme edilmektedir. Bu dâvalara idare hukukunun hizmet kusuru veya idarî hasar nazariyelerini tatbik etmek gerekmektedir. (Yavuz Zırhlısının boğazdan geçerken, sür'atli seyretmesi dolayısıyla yalılara verdiği zarar münasebetiyle açılan dâvada olduğu gibi.)

Görülüyor ki Fransa'da hakimiyet - temsil yetkisi nazariyesinin kıstas olarak alınması halinde, Devletin borçluluğuna adliye mahkemeleri karar veremedikleri halde bu prensip bizde tatbik sahası bulamamaktadır.

NETİCE

İdarenin hakimiyet tasarrufları mutlaka idare hukukuna hâs kaidelere ve kazaî bakımdan da idarî kazaya tâbidir. Ancak bu kıstas idare hukukunun tatbik sahasını son derece daralttığından ve bilhassa idarî mukaveleler mefhumunu ihtiva etmediğinden daha umumî bir kıstas aranmış ve âmme hizmeti mefhumuna istinat edilmiştir.

Bu itibarla idare hukuku âmme hizmetlerinin yani muayyen mahiyette bir faaliyetin hukuku olunca, tabiatıyla âmme müesseseleri bu hukukun dışında kalır. Çünkü âmme müesseseleri faaliyet değildir. Halbuki âmme hukuku sadece idarî faaliyetlerin hukukundan ibaret değildir. Âmme hizmetlerini gören teşkilât da bu hukukun tetkik konusu içine girer ve bu hukuk tarafından tanzim edilir.

Bundan başka âmme hizmeti görüşü taraftarları idare hukukunu idarenin

(40) Süheyp DERBİL, İdare Hukuku, Cilt: II. (İdarî Faaliyet) Ankara 1952, sh: 549 - 550.

bütün faaliyetlerine değil, sadece hususî ve teknik bir mahiyet gösteren âmme hizmetlerine inhisar ettirmişlerdir. Halbuki idare her zaman hususî mahiyette ve kendine hâs bir hukuk sistemi ile hareket etmez. İdarenin her faaliyetinin tamamen hususî mahiyette bir takım hukuk esasları içinde cereyan etmesi şart değildir. İdare bir fert gibi, hususî hukuk hükmî şahsı imiş gibi medenî hukuk kaideleri dairesinde de hareket edebilir (41).

Filhakika idare âmme hukuku usulünü olduğu kadar hususî hukuk usulünü de ihtiyar edebilir. Bunun neticesi olarak da idare hukuku rejimine tâbi memurların yanısıra medenî hukuk kaidelerine tâbî, idareye hizmet akti ile bağlanmış **hizmetliler** de istihdam edebilir. Aynı şekilde idare, bir âmme hizmetinin ifası zımında hususî şahıslarla, idarî mukaveleler usulü yerine hususî hukuk mukaveleleri tarzında mukaveleler yapabilir. Bu takdirde, âmme hizmetinin bu cehesi hususî hukuka ve adlî kazanın yetkisine taallük eder.

Görülüyor ki, âmme hizmeti mefhumu vazih değildir. İdarenin hangi hizmetlerinin âmme hizmeti sayılacağı ve idare hukukunun tatbik sahasına gireceği her zaman kolayca tayin edilemez.

Bizim Danıştay Kanunumuza göre idarî mahkemelerin kuruluş sebepleri, idarenin âmme hizmeti yaparken ve idarî ve icraî faaliyetlerde bulunurken bu fiil ve hareketlerinden dolayı idarî mahkemelerde muhakeme edilmesi esası olmuştur. Fakat yukarıda da temas ettiğimiz gibi, kıtasın vazih olmaması sebebiyle, Devlet Şûramız idare hukukunun tatbik sahasını tayinde âmme kudretine üstünlük ve değer vermek ve âmme kudretinin mevcudiyetini ve istimalini hareket noktası olarak almak temayülünü göstermektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- 1) Bonnard, Roger : Précis de Droit Administratif, Paris 1935
- 2) Capitant : Revue de Droit Public, et la science Politique 1929
- 3) Derbil, Süheyp (prof.) : İdare Hukuku C. II, Ankara 1952
- 4) Duez, Paul - Debeyre, Guy : Traité de Droit Administratif, Paris 1952
- 5) Jéze, Gaston : Les Principes Généraux du Droit Administratif, Paris 1930
- 6) Laubadère, André dee : Traité Élémentaire de Droit Administratif, Paris 1953
- 7) Onar, S. Sami (Prof.) : İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1952
- 8) Özyörük, Mukbil (Dr.) : İdarî Kaza Ders Notları, Ankara 1958
- 9) Rolland, Louis : Précis de Droit Administratif, IX. éd. Paris 1947
- 10) Zanobini, Guido : İdare Hukuku, (Çev. A. Akgüç, S. Erman) İstanbul 1945

(41) M. ÖZYÖRÜK, a.g.e. sh: 11/13.