

İDARE HUKUKUNDA BİLİMSEL YAKLAŞIM SORUNU -II*

THE ISSUE OF SCIENTIFIC APPROACH IN ADMINISTRATIVE LAW -II

Sedat ÇAL**

III. İdare Hukuku Öğretisinde Bilimsel Yaklaşım

Yukarıdaki bölümlerde geneli itibariyle ele aldığımız konu, nihayet, idare hukuku açısından ayrıca ve daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Zira öyle görülüyor ki, idare hukuku teorisi bakımından biçimsel yaklaşımın ne tür zararlar doğurduğu ve bir tür bilimsel kısırlık yarattığı hususu görmezden geliniyor gibidir.

Bu konuyla da ilintili sayılabilecek bir görüş, yine idare hukuku öğretisinden gelen bir çarpıcı ifade içerisinde ortaya konulmaktadır. Buna göre; “(i)dare hukukunda büyük anlatılar ve anlatıcılara uzun süreden beri rastlanmamaktadır.”¹²² Özyay ise daha farklı bir veçheden hareketle söze girmekte ve bu yöndeki eksikliğe değinen bir eleştiriyle konuyu ele aldığı ifadesinde, öncelikle “bilge” Onar’ın yazdıklarının sonraki dönemlerde “ne anlatıldığını ne de yazıldığını”, giderek idare hukukunda;

* Makalenin ilk bölümü Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Ocak-Şubat 2011 sayısında yayımlanmıştır.

** Dr., Kıdemli Uzman, Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert, Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. cal@encharter.org, sedatcal@gmail.com.

¹²² Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 3.

“konuların sırası ve ağırlığını, kökeni bilimsel olmayan salt kişisel kaygularla değiştirme deneyimlerine girişimlere, kırk yıla ulaşmış bulunan bir düzeni alt üst etme gibi çok tehlikeli heveslere”

kapıldığını vurgulamaktadır.¹²³

Özay, ayrıca, kimi hukukçular bakımından şu –oldukça keskin ve iddialı– yargısını seslendirmekten de geri kalmamaktadır: *“Fransız öğretisi düşüyle yaşayıp, içinde buldukları ortamı hiç anlamadılar ve ona birşeyler verebilme çabasını da galiba duymadılar.”*¹²⁴ Bu ifadeyle, aslında çok ciddi ve giderek belki ağır bir ithamda –yahut, eski bir tabirle, belki de *“bühtan”* da– bulunduğu söylenebilir. Ne var ki, idare hukuku teorisinde karşılaşılan kimi yaklaşım ve uygulamalara bakıldığında, kısmen dahi olsa bu ibareye hak verdirecek olguların belirmedğini savlamak da –doğrusu– güç olacaktır.

Özay, nihayet Türk idare hukuku bakımından önemli bir eleştiriye daha yer vermekte ve *“Tanzimat’tan beri benimsediğimiz Fransız sistemini bütünüyle izlemek yerine onda bazı düzeltmeler yapmak gereği”* ni vurgulamaktadır.¹²⁵ Doğrusu, bu husustaki fevkalade isabetli saptamaya katılmamak mümkün değildir.

İdare hukukunda ilk göze çarpan husus, genellikle idari yargı organları kararlarından hareketle öğretinin kimi yargılara varması ve ilkeler üretmesidir. Ancak, bunu yaparken, ele alınmakta olan yargı kararının arka planını, olayın özelliklerini ve diğer olaylarla bağlantılarını her zaman araştırma ve irdeleme, analitik bir bakışla sorgulama hususunda önemli ve ciddi eksiklikler kendini göstermektedir. Nihayet, somut olayın maddi özelliklerine yargı kararlarında değinilirken, öğretinin buradan hareketle ilkeler çıkarma sürecinde, ilgili olayda bulunan ve fakat varılan yargıyla ilintisiz öğeleri ayıklamayı ihmal etmesi gibi, katkı sağlayıcı bir girişime az rastlanıyor olunması, sorunu daha da büyütmektedir.

¹²³ Özay, *Günüştüğünde Yönetim*, op. cit., s. XIV.

¹²⁴ A. g. e., s. XV.

¹²⁵ Bkz. Özay, İl Han, *İtalya: “Nakıs” İdari Rejim mi “Ma’kus Talih mi?*, içinde İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Yayını, Ankara 2003, s. 22.

Burada bir örnek verelim: İmtiyaz kavramının ne olduğuna yönelik olarak Danıştay'ın iki ayrı kararında, idarenin kamu hizmeti saydığı bir faaliyeti özel kişilerle sözleşme imzalayarak yerine getirmesine yönelik kimi belirlemelerde bulunmaktadır.¹²⁶ Öğretide *bu iki karara atfen* varılan sonuç ise, şöyle ifade edilmektedir: “*Kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve işletilmesi sözkonusudur. Bu husus bir idari sözleşme şeklinde kayıt altına alınır.*”¹²⁷

Açıktır ki, anılan Danıştay kararında idarenin kamu hizmetinin özel kişiler eliyle görülmesine yönelik *sözleşme ilişkisinden* bahsetmesi gerekçe tutularak, buradan hareketle özel kişinin bir kamu hizmetini *sadece sözleşme ilişkisi* içerisinde görebileceği varsayımına gidilmesi, yanlış bir algılamaya dayanmaktadır. Nitekim idarenin herhangi bir sözleşme ilişkisi içine girmeksizin, bir kamu hizmeti alanında ilgi-

¹²⁶ Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı ve 6 Şubat 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararları (atıf yapılan kararların kısmi ölçekli metinleri için bkz. Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1082, 1083).

¹²⁷ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1083 (aynı tesbit için keza bkz. Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 425) (“**vurgu**” tarafımıza aittir). Anılan çalışma, idarenin imtiyaz verirken imtiyazcıyı seçme konusunda serbesti içinde olacağı yaklaşımını benimseyen Fransa kaynaklı -kanımızca “*arkaik*” nitelikte ve devrini çoktan tamamlamış bulunan- “*Intuitu Personae*” ilkesini irdelemekte ve öğretideki genel yaklaşımın kısmen ötesine geçerek “belirli bir serbesti kısıtlaması” olabileceği görüşünü esas almaktadır. Böylece çalışma, bu alandaki önemli bir konuyu -varılan nihai yargılara, gerçekliği tam olarak kuşatmadığı veçhile (bkz. ileride 137 no.lu dipnotun bulunduğu paragrafın devamındaki açıklamalar), tarafımızdan katılmamakla beraber- irdelemektedir. Ancak, daha önce belirtildiği üzere, aynı konuya yer veren -ve çok daha farklı bir bakış açısıyla yaklaşarak eleştiri ve öneriler getirmesi bakımından- ilk -ve anılan çalışmanın yayımlanması öncesindeki neredeyse tek- bir başka akademik çalışmaya (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 271-273) dahi -internet erişimine açık bulunmasına rağmen- değinilmediği görülmektedir. Giderek, anılan akademik eser hakkındaki bir “*kitap incelemesi*” bir akademik yayın organında yayımlanmış bulunmasına ve bahsekonu incelemede imtiyazcının idarece serbestçe seçimine ilişkin eleştiri bağlamında ilgili kitaptaki görüşe açık biçimde yer verilmiş olunmasına karşın, bu kitap incelemesi (bkz. Ulu, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü (Kitap İncelemesi)*, op. cit., s. 405-414) de -yine, ağ erişimine açık bulunmasına karşın- yazarın dikkatinden kaçabilmiş görünmektedir. Bu itibarla, akademik bir çalışma olarak yeterli kaynak taramasında -gerektiği gibi- bulunmadığı veçhile bilimsel açıdan nakıse içerdiğini düşündürmeye elverişli bir olguyu sergilemektedir.

li özel kişiye sadece şartnameli ruhsat¹²⁸ kapsamında “yetki” vermesi durumunda, öğretinin işbu analizi bir açıklama veya çözüm getiremiyor olacaktır. Bu itibarla, Danıştay’ın ilgili kararında konunun sözleşme ilişkisine atıf yapılması ve sadece sözleşme ilişkisi boyutunun ele alınması, öğretinin imtiyaz kavramını tanımlarken buradan hareketle aynı dar kapsamda kalmasına yol açıyor görünmektedir. İşte burada, Derbil’in daha önce alıntılıdığımız “*öğretinin içtihatları birebir açıklama yoluna gittiği ve fakat zaman, mekan ve ihtiyaçlar bakımından muhakeme, mukayese ve tenkit gereksinimini görmediği*” yollu eleştirisi, bir kez daha günümüzdeki geçerliliğini zihinlere nakşetmektedir.

Danıştay, önündeki dava konusu nedeniyle –kuşkusuz ve elbette– münhasır olayın özellikleriyle sınırlı biçimde bir karar vermek durumundadır. Oysa öğretinin aynı kısıtlar içinde bulunması sözkonusu değildir. Dolayısıyla, öğreti bakımından, yargı kararları ele alınıp irdelenirken dava konusu olayla sınırlı yargı kararı çerçevesinin dışına çıkılması; bu meyanda konunun bütünlüğünü içeren, sorgulayıcı biçimde ve analitik bir yaklaşımla konuya eğililmesi ve nihayet çözümler aranması esas alınmak gerekir.

Ne var ki, idare hukuku öğretisine bakıldığında –özellikle yargı içtihatlarından ilkeler çıkarılması sürecinde- içtihatlarda ele alınan olgu ve kavramlar ile varılan yargılar dolayısıyla beliren ilkelerin sorgulanmaya ve analize bağlı kılınmaksızın aynen aktarıldığı örneklerle rastlamak hiç zor değildir. Oysa yine öğretilen bir ifadeyle değinilirse, “...

¹²⁸ Şartnameli ruhsatta, ruhsata genel şartlar ilave edilmiş olmaktadır ve Gözler’e göre bu durumda ruhsat yöntemi, imtiyaz yöntemine benzer duruma gelmektedir; tek farkla ki, birincisinde tek yanlı bir işlem varken, ikincisi iki-yanlı bir işlem niteliğindedir (bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 355). Keza, bkz. Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, s. 677 (yazarlar, uziletişim (telekomünikasyon) alanında hem lisans verilip hem de imtiyaz sözleşmesi imzalandığına değinmekte ve böylece “statüer ilişkinin göstergesi sayılan “izin” ile “sözleşme”yi biraraya getiren karma yöntemlere başvurulabildiği”ni dile getirmektedir (İbid)). Bununla birlikte, Gözler, “lisans sözleşmesi” şeklinde bir kavramın sözkonusu olamayacağı görüşündedir. Zira, tek yanlı bir işlem olan ruhsat içerisinde şartnameye yer verilse dahi, –sözleşme, iki-yanlı bir ilişki olduğu veçhile- bu ilişkiyi sözleşme şeklinde ele almak olanaksızdır (bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 410, 889 no.lu dipnot).

(i)çtihatlarla ve müelliflerin fikirlerine yapılan atıflar yalnız fikrinizi takoyı eder, fakat yerine kaim olmaz.”¹²⁹

İşte, buradaki örneğimizde de bu durum çarpıcı bir biçimde öne çıkmaktadır: İmtiyaz kavramını dava konusu münhasır olay kapsamında sözleşme ilişkisiyle sınırlı olarak inceleyen Danıştay kararından hareketle öğreti, örnek olayın konusu ve öğleriyle kendisini sınırlandırmak suretiyle, yine aynı kısıtlar içerisinde kalmaktadır. Bunun sonucunda da, imtiyaz kavramını “sözleşme ilişkisi”nin varlığına özgülemekte bir sakınca görmemektedir. Herhalde, öğretinin bu sınırın dışına çıkabilmesi için yargının önüne ruhsat yoluyla bir “kamu hizmeti”nin¹³⁰ özel kişilerce görülmesi uygulamasının dava konusu

¹²⁹ Hirs, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, op. cit., s. 138.

¹³⁰ Burada “kamu hizmeti” terimini tırnak içine almamızın nedeni, bu kavramın belirsizliği ve giderek öğretilde kavrama yer verenlerin –çoğu zaman farklı bir tanım kapsamı kabulüne dayandıkları üzere- vardıkları yargıların bu meyanda ele alınması ve birbirleriyle karşılaştırılması bağlamında karşılaşılan güçlükler değişim amacından kaynaklanmaktadır. Bu meyanda kavrama yüklediğimiz anlamın ne olduğuna ise burada –çalışmanın hacmini artırmamayı teminen- ayrıca değinilmeyecektir; bu hususta ayrıntılı bilgi için şu çalışmamıza bakılabilir: Çal, Sedat, *Kamu Hizmeti Üzerine Düşünceler*, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1835-1898; keza, Çal, Sedat, *Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 599-655 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/sedat_cal_25.pdf).

Anılan ikinci çalışmamızda yer verilen “kamu hizmeti tanımı” dolayısıyla öğretilde ortaya çıkan bir diğer bakış açısı ise, idare hukukunda kimi zaman bilimsel yaklaşımın gerektirdiği kapsamlı irdelemeye yer verilmemesi tahtında belirlemedir. Sözgelimi, bir akademik inceleme dolayısıyla bu çalışmayı irdeleyen bir akademisyenin vardığı sonuç şöyledir: “Çalışmada önerilen tanımın iki ayırt edici unsuru bulunmakta olup, bunlar ruhsat usulü ile kamu hizmetinin özel kişilere gördürülememesi ve kamu hizmetlerinin rekabete açılmamasının mümkün olmamasıdır” (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Bilimsel Çalışmaları Hakkındaki Değerlendirmelerim, 16 Aralık 2009). Oysa, anılan çalışmada ileri sürülen kamu hizmeti tanımı bağlamında; “öncelikle bir faaliyetin rekabet içerisinde gereği gibi toplumda yerine getirilen bir nitelik göstermesi durumunda kamu hizmeti tanımlaması altına konulması gereğinin ortadan kalkmış sayılmak gerektiği ve bunun doğal bir sonuç olduğu; dolayısıyla, toplumdaki etkinliklerin rekabetçi koşullarda sunulmasının anılan tanım bağlamındaki en temel espriyi oluşturduğu” hususları çok açık bir biçimde vurgulanmaktadır. Dahası, stratejik olduğu savlanan alanlarda idarenin özel girişimcilere özel hukuk alanı kapsamında rekabetçi biçimde faaliyette bulunulmak üzere ruhsat vermeyi sakıncalı bulduğu durumlarda, idarenin kamusal alan içerisinde kimi kısıtlara bağlı tuttuğu bu faaliyetlerin yine ruhsat altında özel kişiler eliyle görülebileceği de – kimi uluslararası andlaşmalardaki olası kısıtlayıcı hükümler bu bağlamda ayrıca değerlendirilmek kaydıyla- sarahaten belirtilmektedir. Dolayısıyla, anılan değer-

lendirmenin hangi gerekçeyle hemen yukarıda yer verdiğimiz kaniya varabildiği bir muamma halinde kalmaktadır ve tamamen hatalı olduktan başka, gerektiği ölçüde ve asgari derinliği içeren nitelikte bir bilimsel incelemeye gidilmediğini de ayrıca düşündürmektedir.

Nihayet, anılan eleştiride bilimsel değerlendirme ölçütlerine uyulmaması ayrıca bir önemli sorun alanını oluşturuyor. Yazara göre, değerlendirmeye tâbi tutulan çalışma bakımından “... kamu hizmetinin görülmüş usulleri gibi konularda yer yer belli bir yöndeki düşünceye yönelik öncesinde angaje biçimde peşin tavır takındığı ve siyasi ve ideolojik boyutları da bulunan konularda hukuki sorunlara bir bilim adamı duyarlılığı ile objektif şekilde yaklaşmadığı izlenimi (doğmaktadır)... Bilimsel objektiflik gereği karşı görüş olarak farklı fikirlere de yer verilmesi ve ... daha çoğulcu bir tartışma ortamı yaratılmaya çalışılması gerekir.” Yazarın bu değerlendirmelerinin bilimsel olabilmesi için öncelikle kendi savını bilimsel olarak destekleyecek argümanları ortaya koymasına gerekirken, bundan kaçınmak suretiyle “gazete yazısı polemik” düzeyine neredeyse yaklaşan ithamlarını “bilimsel değerlendirme” adı altında sunması elbette bilimsel nitelikte sayılamaz ve bu meyanda kabul göremeyeceği gibi, ayrıca “kıymeti kendinden menkul” bir özellik taşır. Kaldı ki, değerlendirmeye bağlı kılınan çalışmada inceleme konusuna ilişkin karşıt görüşlere geniş bir biçimde yer verilmekte olup, bu hususta çok sayıda eserden yararlanıldığı sadece kaynakçasına bakmakla dahi görülebilir. Öte yandan, -kanımızca sosyal bilimler (ve özellikle hukuk bilimi) bakımından mutlak bir doğru bulunmadığı veçhile her türlü kavramsal gıysiden sıyrılma gereksinim bulunduğu düşünülmeyle beraber (aynı yönde, Loevinger de, hukuksal olgular hakkında yapılacak her türlü çalışmada ideolojik düşünceden sıyrılınması gereğine değinmektedir (bkz. Dursun, Hasan, Hukuku Bilim Kılabilmek, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006, s. 293))- “ideolojik” teriminin -her ne kadar sözgelimi Marx tarafından “yanlış bilinç” olarak adlandırıldığı görülse dahi- mutlaka olumsuz bir anlam içermek zorunda olmadığı da söylenebilir (bkz. Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Göstergebilimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 72. Kuşkusuz, ideoloji kavramına olumludan olumsuzu çok farklı biçimlerde yaklaşıldığı da bilinir (bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Topakkaya, Aslan, *İdeoloji Kavramının Tarihsel Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış*, *AÜEHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 163-180)). Giderek aynı husus öğretiden bir görüşteki ifadeyle desteklenebilir; buna göre, “... yeni bir kamu hizmeti kuramı inşa etmek de ideolojiden bağımsız olamaz... insana ve devlete ait değer yargılarından bağımsız varolamaz” (bkz. Ozansoy, Cüneyt, *Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*, *Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayını (<http://www.danistay.gov.tr/>)). Yine, “her hukuk düzeni egemen gücün ideolojisini yansıtır” yolunda görüşler bulunduğu gibi; sözgelimi, hukukta “hata” veya mülkiyet” kavramlarının belirli bir ideolojinin hukuktaki yansıması olduğu da belirtilir (bkz. Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 121, 122). Diğer yandan, hukukun tamamen nötr olmasından söz etmek mümkün değildir ve Anayasa’da ifadesini bulan değerler veya önyargılar, seçimler, hepsi belirli bir asgari değerler zeminine işaret eder (bkz. Uygur, Gülriz, *Nötr İlkeler ve Hukuk*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III”, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007, s. 333, 334). Nihayet, felsefi bakış açısından hareketle yorum konusuna eğildiğinde, bir metnin anlaşılabilmesinde yorumcunun nesnellik anlayışıyla metne yaklaşmaması ve kendi tarihselliğini ve önyargılarını (bilinçli

edilerek getirilmesi ve bu konuda yargı tarafından bir karar verilmesi beklenecektir.¹³¹

Giderek, öğretilerdeki bu eksikliğin bir başka bağlamda daha gündeme geldiği savlanabilir. Bugüne kadar öğretilerdeki “*genel idare hukuku*”na ilişkin eserlerde, yatırım tahkimi bağlamında idarenin işlem ve eylemlerinin uluslararası hakem heyetlerince sorgulanarak tazminat kararlarına varabildiklerine ilişkin irdelemelere gidildiği görülmüyor.

bir şekilde) devreye sokarak metni irdelemesi gerektiği de savunulmaktadır (bkz. Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 97).

Kaldı ki, örneğin Marksist ideolojik bakışla idare hukukuna eğilinmesi (bkz. Karahanoğulları, Onur, Marksizm ve Hukuk, *AÜSBFD*, C. 57, S. 2, 2002), sözgelimi idare hukukunda yine bir başka ideolojik bakıştan hareketle liberal yaklaşım içerisinde hareket etmeye ve özel girişimcilere bedeli karşılığı raporlar hazırlayarak akçeli ilişkiler alanında yer almaya kıyasla daha tutarlı -veya bu paragrafta atfı yapılan yazarın “ismiyle müsemma”- bir duruş olarak da değerlendirilebilir.

Sonuç olarak, bilimsel bir değerlendirmenin savlarını bilimsel olarak gerekçelendirmesi zorunludur; aksi halde, bilimsel niteliği haiz sayılamaz ve ciddi derecede sorunlu olmaya mahkum kalır. Anılan “eleştiri”nin resmi bir kuruma sunulan bilimsel değerlendirme meyanında yer verilmesi gereken üslup bakımından sorununa ise, -yeterince açık olduğu üzere- değinmeye dahi gerek bulunmadığı düşüncesindeyiz.

¹³¹ Nitekim yakın zamanlardan bir çalışmada dahi, 1990’lı yılların ikinci yarısında işlerlik kazandırılan 4283 sayılı Kanun’la öngörülen Yap-İşlet modeli çerçevesinde ruhsat verilerek elektrik sektörü faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi yolundaki kurgunun, yap-işlet-devret modelindeki kurguya görece “... “ruhsat” sistemini esas aldığından, imtiyaz sözleşmesi kavramı dışında değerlendirilme(si)” gerektiği savunulmaktadır (bkz. Kılavuz, Ali Kemal, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, *GÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 205). Burada, imtiyaz sözleşmesi kavramı tabiriyle “sözleşme” unsurunun ruhsata bulunmadığından bu yönde bir ifadeye gidildiği belki savunabilir bir yaklaşım olarak akla gelebilir. Ne var ki, çalışmanın içerisinde bu yönde bir anlayışın benimsendiğine dair bir iz bulunmadığı gibi, yazarının ruhsat içerikli yap-işlet modeliyle gerçekleştirilen enerji sektörü faaliyetlerinin “sözleşme” niteliğinde olmamakla imtiyaz sözleşmesi kavramında yer alamasa dahi her halükarda “imtiyaz” kavramının içerisinde kalacağı yönünde bir açıklama görülmüyor. Bu itibarla, değinilen bu görüş, imtiyaz için bir sözleşmenin zorunlu varlığı gibi çok yanlış bir yargının, hakemli makalelerde görülmeye devam etmesi bakımından önemlidir. Biz, bu anlayışın keskin bir isabet-sizliği ve imtiyaz kavramının hukukumuzda yanlış algılandığına yönelik bir açık işaret niteliğini içerdiği görüşündeyiz (yap-işlet modelinin ve bu meyanda keza ruhsat teriminin ülkemizde enerji sektörü uygulamaları bağlamındaki uygulamalar açısından imtiyaz kavramıyla ne şekilde kesiştiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 314-318).

Daha vahimi, idare hukuku teorisinde bu hakem heyeti kararları üzerinden sadece idari sözleşmelerin değil, ruhsat altında etkinlik gösterilen alanlar bağlamında ve nihayet bu bağlamda tüm idari işlem ve eylemlerin “hesaba çekildiği” ve idare mahkemeleri kararlarının dahi bu “ultra güc”ün yetkisine bağlı kılındığı farkedilmiş görünmemektedir.¹³² Herhalde bunun nedeni, idare hukuku teorisinin kendisini büyük ölçüde sadece ülke içerisindeki yargı kararlarını izleyerek onun peşinden sürüklenmeye şartlandırmış olmasında yatmaktadır.

Gerçi, kimi öğretim üyeleri bakımından ülkemiz aleyhine açılmış bulunan yatırım tahkimi davalarının uluslararası hakem heyetlerince görülmesi sürecinde davacı yabancı yatırımcı veya davalı ülke idaresi yanında hukuksal değerlendirmeleriyle veya avukat sıfatıyla katılım sağladıkları, böylece ortadaki gelişmelerden haberdar oldukları savla-

¹³² Sözelimi, öğretilen bir görüşe göre, “... uluslararası tahkim konusunun özellikle 1999 yılındaki Anayasa Değişikliği ile idare hukuku alanını da yakından ilgilendiren bir boyut taşıması olgusu karşısında, idare hukuku ile uluslararası hukuk arasında bu anlamda yakın bir bağlantı da ortaya çıkmıştır” (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Bilimsel Çalışmaları Hakkındaki Değerlendirmelerim, 16 Aralık 2009).

Oysa, değindiğimiz üzere, yatırım tahkimi, idari sözleşmelere 1999 Anayasa değişiklikleriyle tahkim olanağı getirilmesi öncesinde de uluslararası ikili yatırım anlaşmaları dizgesi meyanında çoktan beridir sağlanmış olmakla, idare hukuku ile uluslararası yatırım tahkimi arasındaki bağlantı zaten mevcut durumdaydı. Ne var ki, bu gerçekliğe karşın, idare hukuku yazınında bu konuya dair görüş serdedildiği görülmemektedir. Halen de keyfiyette bir değişiklik yoktur. Bilebildiğimiz bir ayrıksı örnek, yine uygulamadan gelen bir hukukçuya aittir (bkz. Boden, Değer, *Investment Arbitration and Sovereignty from a Turkish Law Perspective*, ABR, Vol. 3, Sy. 2, Temmuz 2010, s. 7-24)).

Saniyoruz ki, bunun ardında yatan nedenlerden birisi de, adının “uluslararası tahkim” olması nedeniyle konuyu uluslararası özel veya kamu (devletler) hukuku alanında gören anlayışın etkisidir; ki bu yanlış algılama halen dahi etkinliğini sürdürebilmektedir. Yabancı literatürde yüzlerce yayının bulunduğu ve idare hukuku alanı da dahil olmak üzere yurt dışında konuyu irdeleyen makale ve kitaplardan -neredeyse- geçilmediği bir zamanda, üstelik konu -süre gelen veya sonuçlanan milyarlarca dolarlık davalar itibarıyla- ülkeyi yakından ilgilendiren bir boyuta da gelmişken, idare hukuku öğretisinin bu konudaki ilgisizliğini (yahut duyarsızlığını) anlamlı bulma olanağını göremiyoruz. Bu bir yana, bu husustaki çalışmaların uluslararası kamu (devletler) hukuku konusu olarak algılanmasına devam edildiğinin görülmesinde büyük bir isabetsizlik bulunduğu açıktır kanısındayız (bu yöndeki -isabet göremediğimiz- bir örnek görüş için (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009; keza, ÜAK’ye sunulan Bilimsel Rapor, İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009).

nabilir. Ancak, buna karşın, keyfiyetin halihazırda bilimsel eserlerine yansıtıldığını söylemek güçtür.

Sonuç olarak, öğretinin genelinde egemen olan yaklaşımın ülke içi yargı kararlarına odaklanmak ve yurt dışındaki tahkime yönelik gelişmelerin idare hukukunda ne tür etki veya dönüşüm doğuracağına nazır atfetmemek şeklinde tecelli ettiği ileri sürülebilir. Bu durum, rahatlıkla söylenebilir ki, genelde hukukumuz ve özelde idare hukuku açısından çok önemli bir eksikliğe işaret etmektedir.

Oysa açıktır ki, içtihatlarını yaratırken yargı, özellikle öğretinin yol açıklığından ve geniş ufuklu yaklaşımlarla konulara daha bir derin soluklu yaklaşım getirmesinden yararlanma ihtiyacındadır. Esasen, öğretinin temel işlevlerinden biri de herhalde bu olmak gerektir. Aksi durumda, onca dava yükü altında nefes almaya takatsiz ve mecalsiz kalıp zorlanan yargının, ayrıca bir de öğretinin bu işlevini üstlenmesi gerekecektir ki, böylesi bir durumda adalet ve insaf ölçüleriy-le bağdaşan bir sonuçtan herhalde söz edilemeyecektir.

Danıştay'dan bir üyenin aşağıdaki ifadelerine bu bakış açısıyla bir kez daha göz atmak yararlı olacaktır kanısındayız:

"... (A)kademisyenlerin, idare hukukçularının bu konuda biraz daha çaba sarf etmesi, kararlarımızı biraz kritik etmesi lazım. Rahmetli Lüt-fi Duran'dan bu yana kararımızı kritik eden pek yok. Eskiden Lüt-fi Duran ... daireye özel mektup yazarak karar isterdi ve o kararı da alır mutlaka çok güzel kritik ederdi. Bazan sert, bazen yumuşak, ama bizim yargı kararlarının eleştiriy-e ihtiyacı var. Ama mutlaka idare hukukçularının, genel olarak idare hukukçularının da yeni bir idare tasarımına ihtiyacı var..."¹³³

¹³³ Danıştay 10. Daire Başkanı Mehmet Ünlüçay'ın soru-cevap kısmında yaptığı konuşma, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, 28-29 Mayıs, 2009, GÜHF Yayını, Ankara, 2009, s. 658, 659 ("**vurgu**", tarafımıza aittir). Danıştay üyesi bir yargıcın, hiçbir olumsuz duyguya kapılmaksızın, övülesi bir olgunlukla kendi görüşlerinin ve kararlarının eleştirilmesi gereğine işaret etmesi ve giderek öğretiyi buna açıkça davet etmesi, hatta eleştiri eksikliği nedeniyle bir tür aleni eleştiri-de bulunması, fevkalade önemlidir. Bu bakımdan, kâmil bir kişiliğe özgü yaklaşım sergilediği için eleştiri sahibini özellikle kutlamak gerekir; zira, -eleştirisinin evveli-yetle yer etmiş olması ve teşvik edilmesi gereken- öğretinin bizzat kendisinde eleş-tirinin pek makbul karşılanmadığına ilişkin örneklerin görülebildiği iyi bilinir.

Öte yandan, hemen bu vesileyle değinmek isteriz ki, burada gözleendiği üzere, yargı kararlarının şeffaf biçimde erişime açık olmaması ve ancak "kararları veren yargıçlara özel mektuplar yazarak istenmek suretiyle" bilimsel irdelemelere konu

Bu itibarla, idare hukuku teorisinde kimi durumlarda öğretinin öncülüğü alması gerekir. Öğretinin, yargının peşinden giderek, yargı kararlarında ortaya çıkan öğeleri sadece tasvir edici bir yaklaşım içerisinde ortaya koymak suretiyle, bir tür “malumu ilan” ediyor olmasında isabet görmek –kanımızca– pek güçtür.

Yine, aynı yaklaşımla hareket eden öğreti, anılan Danıştay kararına bakarak şu idare hukuku ilkesinin çıkarımına varmaktadır: “İmtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir.”¹³⁴

Burada da aynı hatalı yaklaşım kendisini gösteriyor: Dava konusu olaydan hareketle, Danıştay’ın imtiyaz tanımına giderken “*imtiyazcının gelirini halktan tahsil edilecek ücretlerle karşılması*” yönündeki tesbitine dayanan öğreti, aynı yaklaşımı –sorgulamaya gerek duymaksızın– “*imtiyazın özelliği*” şeklinde aktarmakta bir sakınca görmemektedir.

Burada gözlenen, şekilci ve hukuksal kavramların gerçek boyutlarını yakalamakta başarısız –giderek mahiyetlerini idrak bakımından sorunlu– bir yaklaşımdır; bu itibarla, kanımızca hatalı bir tutumdur. Dolayısıyla, varılan hüküm de yanlış olmaktadır. Zira imtiyaz sayılmak için özel kişinin hizmetini doğrudan hallka sunması zorunluluğu kabul edilecek ise, hizmetini doğrudan idareye sunan özel kişinin idareyle arasındaki kamu hizmeti konulu sözleşmede “*imtiyaz*” niteliği görülemeyecek demektir. Oysa AYM kararında değinildiği üzere, ülkemizde 4628 sayılı Kanun öncesindeki YİD modeline dayalı uygulamaları –elektrik üretimi itibarıyla– tamamıyla “*özel kişilerin ürettikleri elektriği kamu kuruluşlarına uzun süreli sözleşmeler uyarınca satarak gelir*

edilebilmesi, kararlara erişim zorluğu bakımından başlı başına ciddi bir yanlışlığa işaret etmektedir. Açıktır ki, yargı kararları, yargıçların kendi “patrimuan”larına dahil bir “mal” değildir ve kişisel mülkiyetlerinde yer almaz. Türk hukukundaki bu vahim yanlışlığın bir an önce düzeltilmesi gereğini önemle vurgulamak istiyoruz. Yargıçlardan beklenen husus, “gün yüzü görmemiş / gösterilmemiş” kararlarını “kitap” halinde ortaya çıkarmaları değil; ağ üzerinden serbest erişime açık tutulması gereken bu kararları “şerheden” kitaplar yayımlayarak öğretiye, bilim dünyasına ve uygulamaya değerli görüşleriyle ışık saçmalarıdır. Hukukumuzdaki bu “haksız arbitraj” uygulamasına bir an önce son verilmesi beklenir ve umulur.

¹³⁴ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1083.

*elde etmesi” esasına dayalıdır ve fakat AYM tarafından buradaki sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi sayılmıştır.*¹³⁵

Yine, bu defa Fransız öğretisindeki imtiyaz kavramına atfen, aşağıdaki ifadelerle yer verilmektedir:

*“... (K)amu hizmeti imtiyazı, kar ve zararı imtiyaz alana ait olmak üzere, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir... Dolayısıyla idarenin karı garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemedede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancı olup, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin başkaca usullerine ait kavramlardır.”*¹³⁶

Burada da, imtiyaz kavramının yabancı öğretilerdeki algılama biçiminden -veya gelişim sürecinden- hareketle, idarenin imtiyazcının kârını garanti ettiği durumları imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarmak gibi, son derece yanlış bir yargıya varıldığı görülmektedir. İmtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirme, doğal olarak, idarenin bu tür sözleşmelerinin özel bir yargısal denetim altına alınmasını (sözleşmenin imzalanması öncesinde -diğer idari sözleşmelerin aksine- Danıştay görüşünün alınması gereği gibi) ve keza, özellikle bir yasal düzenlemeye maruz bırakılan, tarihsel perspektifiyle birlikte yetkin -ve doğru- bir bakış açısına varmayı gerektiren önemi haizdir. Yeterince açık sayılmak gerekir ki, ayrıcalıklı işlemler -“*imtiyaz*”ın kelime anlamının da yeterince yol gösterdiği gibi- imtiyaz kavramı kapsamı içerisinde yer almayı *evveliyetle* zorunlu kılar.

Şu halde, idarenin imtiyazcıya kâr garantisi verdiği durumlarda sözleşme, imtiyaz kavramının dışında kalmak şöyle dursun, tam aksine, imtiyazın kapsamı içerisinde tüm haşmetiyle ve öncelikli olarak yer almak durumundadır. Kaldı ki, anılan çalışmada imtiyazcıya kârın garanti edildiği durumlar imtiyaz sözleşmesi kapsamından çıkarılıp “*kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesinin başka biçimleri*” kapsamına sokulmakta; bununla beraber, bunların hangi “*kapsam*” içerisine alınacağı yönünde bir değerlendirmede bulunmaktan da kaçınılmaktadır. Çalışmanın müellifinin muhayyilesinde olduğu varsayılabilir bu kapsamın, imtiyaz kavramının çerçevesi dışında bırakılmakla

¹³⁵ Bkz. AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG'de yayımlanmıştır).

¹³⁶ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1080, 1081.

ne türden başka bir hukuksal kavrama geçişi veya ne gibi bir düzenlemeyi öngördüğüne ise -nedense- değinilmemektedir.

Anılan müellifin diğer kimi yazarlarla birlikte yazdığı bir diğer eserinde¹³⁷ imtiyaz dışında özel sektöre gördürülme olarak sayılan il-tizam, müşterek emanet, vb. kavramlar dışında bir başka kapsama değinilmediğine göre, kârın garanti edildiği durumların anılan sözleşme tipleri içerisinde değerlendirildiği düşünülebilir. Oysa hukuksal olarak buna da olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, değinildiği üzere, kâr garantisinin verilmesi, imtiyaz sayılmamak şöyle dursun, bu garantiyi içermediği halde başkaca ölçütlere dayanılarak imtiyaz addolunan bir faaliyeti “öncelikle imtiyaz kılmayı” gerektirir.

Nihayet, öğretilerde imtiyaz kavramı etrafında beliren bir diğer değerlendirilmenin de benzer bir analitik yaklaşım eksikliğiyle malûl olduğu savlanabilir. Bu görüşe göre, “... madenlerin aranması ve işletilmesi 1935 yılından beri bir kamu hizmetidir.”¹³⁸ Bununla beraber, aynı görüşte devamla şöyle denilmektedir:

“(Maden işletmeciliğine ilişkin olarak verilen) işletme ruhsat ve imtiyazları bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini özel kişilere devreden işlemler olmayıp, kişilere, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bir doğal zenginlikten yararlanma izni veren işlem ve sözleşmelerdir. Özellikle işletme imtiyazını kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelemediğimize göre, -işletme ruhsatı için öncelikle- yani maden imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi özel kişilere devrolunmadığına göre, kamu hizmeti imtiyazlarına has bir usul olan “rachat”ın işletme ruhsat ve imtiyazlarına uygulanamayacağı sonucuna varmak zorunlu bulunmaktadır.”¹³⁹

Oysa imtiyaz niteliği taşıdığı ikrar edilen ve “ruhsat yoluyla işletme imtiyazı verilmesi” olarak kabul gören maden işletmeciliğinde, idarenin bu ruhsatı -kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerine benzer şekilde- ortadan kaldırması için ruhsat iptaline gitmesi, burada bir sözleşmenin ortada bulunmaması nedeniyle “rachat”ın uygulanamayacağı anlamına gelemez.

¹³⁷ Bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, *Türk İdare Hukuku*, op. cit..

¹³⁸ Bkz. Bilgen, Pertev, *Kamu Hizmeti Hakkında*, İHİD, Y. 1, S. 1, 1980, s. 116.

¹³⁹ A. g. e.,.

Kuşkusuz, bir sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceği açık olmakla “akdi *rachat*”nın uygulanamayacağı bellidir. Ancak, bu tür “*rachat*” dışında bir de “*kamu yararına fesih*” vardır ki, burda kamu yararı gerekçesiyle sözleşmenin tek yanlı feshedilmesi (mecburi fesih) olanığı bulunur.¹⁴⁰ Her ne kadar “*zorunlu fesih*” dahi bir sözleşmenin varlığına işaret etmekte ve sözleşmenin feshi kavramını gündeme getirmekte ise de, ruhsata yönelik bir işletme imtiyazında idarenin tek yanlı hareketle imtiyazı sonlandırması bakımından sözleşme ilişkisinin varlığı -yukarıdaki akdi “*rachat*”ya kıyasla- bir önkoşul olamaz. Burada esas olan, idarenin kamu yararı gerekçesiyle imtiyazı tek yanlı iradesiyle ortadan kaldırmasıdır ve bunun için imtiyazın sözleşmeye veya ruhsata dayanması gibi bir ayrıma gidilerek farklı hükümlere varmak, başka deyişle, ruhsata dayalı imtiyazlarda “*rachat*” adı verilen “*sonlandırma*” uygulamasına gidilemeyeceğine hükmetmek yanlıştır.

Zira ruhsata dayalı işletme faaliyetinin “*kamu hizmeti*” olduğu belirtildiğine göre, bu kamu hizmetinin sürekliliği ve devamı esastır. Dolayısıyla, işletme ruhsatı ortadan kaldırıldığı zaman idarenin bu hizmeti devam ettirmeye yönelmesi kamu hizmeti kavramının ilkeleri arasında yer alır. Öte yandan, kamu hizmeti olsun olmasın, ruhsata dayalı maden işletmeciliğini yürüten bir özel girişimin kamu yararı gerekçe gösterilerek idarenin tek yanlı iradesiyle sonlandırılması, ilgili özel girişimcinin bu minvaldeki zarar ve ziyanının karşılanmasını zorunlu kılar. Giderek bu özellik, kamu hizmeti olmasından bağımsız olarak, tüm özel girişim etkinlik alanları itibariyle aynen geçerlidir.

Şu halde, “*rachat*”nın işletme imtiyazları tabir olunan faaliyetler itibariyle -kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin aksine- uygulanamaz olacağı yolundaki bir yargının, kavramların içeriği ve amacı hususunda değerlendirmelere gitme gereksiniminin ayrı bir örneği şeklinde belirdiği savlanabilir.

İşte, vurgulamaya çalıştığımız üzere, bilimsel / analitik düşünce yöntemi yerine şekilci bir irdeleme içerisinde konuya yaklaşılması, hukuksal değerlendirmelerde önemli sorunlar doğurabilmektedir. Burada irdelenen örnekler de, bu yöndeki bir savı destekleyici nitelikte görülüyor.

¹⁴⁰ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 392.

Sonuç olarak, yukarıdaki paragraflarda değinilen yaklaşımlar, idare hukuku öğretisinde temel kavramlara yönelik olarak yeteri –ve gerektiği– gibi bilimsel analiz ve irdeleme yapılmadığı durumlarda – üstelik idare hukukunun en temel bir kavramına yönelik olarak– karşılaşılan sakıncalı durumlara örnek oluşturmaya elverişlidir. Uygulamada –yahut, başka bir ifadeyle– güncel yaşamda karşılaşılan olayları açıklamakta yeterli olup olmadığına bakılmaksızın, hukuksal kavramların biçimsel analizinde ısrar edilmesi, hukuk alanında bilimsel yaklaşım yönteminin gerektiği gibi kullanılmamasına yönelik olarak idare hukuku teorisinden çarpıcı örnek uygulamalar bağlamında –böylece– karşımıza çıkmaktadır.

Oysa Duguit’ nin –üstelik on yıllarca önceki bir dönemde– yetkinlikle vurguladığı –ve çalışmamızın başlarında da yer verildiği– üzere;

“... mantık tahlilinin ulaştırdığı sonuçları olaylar üzerinde denetlemek; olaylara uymuyorsa hareket noktası olan faraziye (= hypothése = varsayım) hiç acımadan atmak; olayları mantığa uydurmağa hiç yeltenmemek (gerekir), yoksa, olaylar er geç öçlerini alırlar ve bu bazan bir felaket olur.”¹⁴¹

İşbu paragraftaki alıntı içerisinde “ustalıkla damıtılan”¹⁴² ve vurgulanan bu durum, idare hukuku teorisinde imtiyazcının seçimindeki serbesti bağlamında idareye mahut Fransız hukuku ilkesini uygulama yetkisinin ihsan buyurulması keyfiyetinin uygulamada ne tür akislerinin olacağını değerlendirmekten uzak kaldığı savlanabilecek idare hukuku öğretisi bakımından, yol gösterici ve öğretici bir uyarıyı –ve olayların bu eksiklikten ne tür “öç aldığını”; dahası, ne tür “felaketlerle” karşılaşıldığını– değerlendirme gereğini herhalde gündeme getirmelidir, gide rek düşündürmelidir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer husus da, kaynak Fransız hukuku içtihatları ve öğretisinden atıflarla destek aranırken, ilgili kavramın Fransız toplumundaki akislerinin veya menfaat dengelerinin ne şekilde cereyan etmesiyle belirlediğinin gözden irak tutulması gereğinin ihmal edilmesinde ortaya çıkıyor. Bundan dolaydır ki, kaynak Fransız hukuku esas alınırken, aşağıdaki çarpıcı tesbiti önemle dikkate almakta büyük yarar vardır. Buna göre;

¹⁴¹ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 14.

¹⁴² Tabir, Attila İlhan’ ın “Karantinalı Despina” adlı şiirinden ödünç alınmıştır.

“(y)orumcularımız belirli bir zamanda bir teoriyi benimserken sonra başka bir teorinin etkisinde kalıyor... Fikir üretmek ve bunları pazarlamak, alkışlanması gereken bir insani faaliyettir. Bu noktada dikkat (edilmesi gereken) husus, üretimin, kapitalizmi ve modernizmi temsil edenlerce tasarlanması, diğerlerinin bu faaliyetler içinde belirleyici olmaktan uzak durarak sadece “anlamaya”, “tüketmeye” odaklanmasıdır.”¹⁴³

Bir görüşe göre, “(s)orunları yani içinde bulunduğumuz ortamın bizden görülmesini istediği şeyi görme, basit bir fiziksel görme olayının çok ötesine giden bir anlama olayını (nous) gerektirir.”¹⁴⁴ Ülkemizde yabancı kaynak ülkelerindeki hukuksal gelişim çizgisinin yabancı yargı içtihatları ve öğretisi üzerinden izlenmesi sürecinde anılan ifadede yer verilen “anlama” boyutunun dahi kimi zaman eksik kaldığı; bundan dolayı, ilgili ülkedeki gelişimin hangi menfaatler dengesinde veya çatışmasında belirlediğine yeterli dikkat sarfedilmemekle sorun doğurmaya elverişli bir ortama neden olunduğu ayrıca savlanabilir. “Anlama” bakımından değinmek gerekirse, anlayabilmek için öncelikle “kavramak” zorunluluğu bulunur; Peirce’ün değindiği üzere de “... kavramak için karşılaştırmak, düşünmek, ilişki kurmak gerekir.”¹⁴⁵

Oysa, yine öğretilerde ustalıkla değinildiği gibi;

“(b)ir hukuk kaidesinin tarihçesi, lâfzı mânası, hukuk sistemindeki mevkie, hukuk düzeninin millî hususiyetlerine bağlı olmıyan objektif unsurlardır. Lâkin bir hukuk kaidesinin menfaatler vaziyetine göre tefsiri, millî hususiyetler göz önünde tutulmaksızın mümkün değildir; ancak bu hususiyetler göz önünde tutulduğu takdirde hukuk kaidesi hakikî manasını alır...”¹⁴⁶

Giderek, önemle altını çizmek gerekirse, “(s)osyal bilimlere ait bilginin subjektif, kişiye ve kültüre ait, değerlerle ilgili, zamana bağlı olduğu kabul edilmelidir.”¹⁴⁷

Nihayet AYM’nin adli/idari yargı ayırımına ilişkin bir kararına dayanılarak öğretilerde varılan bir hatalı çıkarıma da ayrıca değinmek yararlı olabilir. AYM’nin bu kararına göre;

¹⁴³ Otacı, Cengiz, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, 2008.

¹⁴⁴ Tatar, *Hermenötik*, op. cit., s. 14.

¹⁴⁵ Uzun, *Hukuk Göstergibilimi*, op. cit., s. 96.

¹⁴⁶ Hırş, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, op. cit., s. 136.

¹⁴⁷ Otacı, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, op. cit.

*“... idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi halinde bu işlem ve eylemleri ... iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlamaktır.”*¹⁴⁸

Buradan hareketle öğretilen bir görüşün vardığı yargı ve çıkardığı sonuç ise, şöyle ifade edilmektedir:

*“Özel hukukta bireyler arasında hak ve menfaat eşitliği ile irade hürriyeti bulunduğu kabul edilirken; idare hukukunda idareye üstünlük tanınmasının doğurduğu ilke ve kurallar farklılaşması mevcuttur.”*¹⁴⁹

Oysa buradaki AYM kararında kanımızca asıl vurgulanan konu, “kabuktaki” yahut “zevahirdeki” görünümüyle idareye üstünlük tanınmasının ötesine geçmektedir. Bize göre, burada idareye sırf “taraf” olmasından dolayı üstünlük tanınması yönünde bir temel amaç sözkonusu değildir. Buradaki başlıca unsur, genel kamusal yararın korunması amacından hareketle ve idarenin de bu kamusal yararın korunmasıyla görevli olduğu varsayımıyla, idareye belli hususlardaki bir üstünlüğün ihvan edilmesidir. Bir başka deyişle, atf yapılan görüşteki “... idare hukukunda idareye üstünlük tanınmasının doğurduğu ilke ve kurallar farklılaşması mevcuttur” hükmü, kanımızca gerçeği yansıtmaktan uzaktır.

Bize göre, burada neden/sonuç hususuna ilişkin olarak bir algılama hatası göze çarpıyor. Kanımızca, idareye üstünlük tanındığı için “ilke ve kuralların özel hukuktakinden farklılaşması” sözkonusu değildir. Aksine, ilke ve kuralların farklılaşması genel kamu yararı açısından gerekli olmakla, idarenin bu tür konuları içeren ilişkilerinde “özel hukuku aşan ilke ve kuralların” uygulandığı idare hukuku uygulamasına geçiş yapılır. Nitekim Onar da aynı görüşten hareket etmekte ve şöyle demektedir: “Acaba idarenin bir faaliyeti âmmeye hizmeti olduğu için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âmmeye hizmetidir?” sorusu sorulmalıdır; zira özel hukuka tâbi olmakla beraber,

¹⁴⁸ AYM'nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır) (keza, AMKD, S. 14, s. 181 vd.'den aktaran: Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 9).

¹⁴⁹ Yıldırım, *İdari Yargı*, op. cit., s. 9, 18, 19.

kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır.¹⁵⁰

Kaldı ki, müellifin kendi algılamasına göre idare hukuku ilkeleri çıkardığı ilgili AYM kararında “*idareye üstünlük tanındığı için farklı ilke ve kuralların uygulandığı*” yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Kararda belirtilen husus, sadece “*özel hukuk ile idare hukuku bakımından farklı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği*” ile sınırlıdır. Şu halde, anılan karardan hareketle “*idareye üstün gücün tanındığı*” ve bundan dolayı da “*ilke ve kurallar farklılaşmasının doğduğu*” anlayışı, idare hukuku teorisindeki “*sentetik yaklaşım*” yahut hatalı yorum/irdeleme örneklerinden sadece birisi bağlamında değerlendirilmeye elverişli görünmektedir.

Gerçekten de, yeri geldiğinde idareye üstünlük tanınması bir yana; tam aksine, kamu yararı gerekçesiyle idarenin kısıtlanmasına dahi gidilebilmektedir. Zira her durumda esas olan, kamu yararının korunmasıdır. Nitekim atıf yapılan çalışmada gözlenen –yukarıda yer verdiğimiz alıntının hemen akabindeki– şu ilkeye yönelik çıkarım, savımızı destekler durumdadır: “... (i)*dari yargının amacı idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlamaktır.*”¹⁵¹

Nihayet, yargı içtihatlarında da benzer “*sorunlu yaklaşımlar*” görülebilmektedir. Sözgelimi, Uyuşmazlık Mahkemesi (UM), idari sözleşmelerin ölçütleri bağlamında bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi dolayısıyla verdiği kararında sözleşmenin uzun süreli olması gereğine değinmiş, o tarihte (1953’te) yalnız kamu hizmeti sözleşmeleri idari sayıldığı için, bundan etkilenerek daha sonraki dönemlerde önüne gelen her sözleşmede imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini (ve bu meyanda uzun süreli olma koşulunu) aramış, bulamadığı takdirde reddetmiştir.¹⁵² Böylece, UM, sözleşmenin konusu kamu hizmetiyle ilintisiz ör-

¹⁵⁰ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 30.

¹⁵¹ Yıldırım, *İdari Yargı*, op. cit., s. 18, 19.

¹⁵² Aynı saptama, öğretilerdeki bir görüşte de dile getirilmektedir. Buna göre, uygulamada rastlanan bu durum, idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri temelinde kurgulanmış olmasından kaynaklanmaktadır (bkz Tekinsoy, Ayhan, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 181, 225).

neklerde dahi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliği olarak beliren “uzun süreli ilişki” ögesini aramaya devam etmiştir.¹⁵³

Giderek, Fransız uygulamasına bakarak buradan hareketle Türk hukuk öğretisine yönelik sonuçlar veya ilkeler çıkarılması yahut nedenleri veya sonuçları tartışılmaksızın dayanak gösterilmesi gibi örnekler de görülmektedir. Buna yönelik bir örneğe, yukarıda 137 no.'lu dipnot tahtında atıf yaptığımız ve değerlendirdiğimiz çalışma bağlamında değinmek mümkündür.

Öğretide bu yönde Fransız uygulamasına ve Fransız kökenli mahut ilkeye dayanarak imtiyazların serbestçe verilmesi yönünde görüş beyan etme sürecinde, nedense Fransa'da imtiyazların gelişimi ile ülkemizde aynı konudaki tarihsel gelişimin kıyaslamasına gitmek şeklinde bir yöneme başvurulması akla gelmemektedir. İmtiyazların tarihimizde genellikle ağır sonuçlarıyla yer tutan kapitülasyonlarla¹⁵⁴ ne gibi bir izdüşüm içinde yer aldığı da bu meyanda ısrarla gözden

¹⁵³ Bkz. Bilgen, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Doktora Tezi, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970, s. 96, 97.

¹⁵⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 54-72. Anılan kaynakta kapitülasyonlara ilişkin olarak verilen bilgiye burada bir ek yapmak isteriz: Osmanlı devletinin yükseliş dönemlerinde verilmeye başlanan ve bilahare düşüş dönemlerinde hezimet şeklindeki sonuçlarıyla öne çıkarak ülkede kapitülasyon sahibi devletlerin uyruklarına özel hukuksal statü ve ayrı yargı yerleri ihsanını öngören adli kapitülasyonlar, aslında Osmanlıların güçlü dönemlerinde Bizans İmparatorluğu'na karşı aynı adli kapitülasyonlar şeklinde uygulama alanı bulabilmiştir. Buna göre, İstanbul'un fethi öncesinde Osmanlı Sultanı Bayezid, yeni Bizans İmparatoru Manuel'i ezmek istemiş ve ondan -o dönemdeki adıyla- Konstantiniye'deki Osmanlı uyruğuna bağlı tacirlerin yargılama işlerinin görülmesi ve bir daha Bizanslı yargıçların önünde çıkarılmamaları için bir an önce Müslüman kâdılar tayin edilmesini isteyen bir ferman göndermişti (bkz. Salah Zabî (el-Alâkatu's-siyâsiyye beyne'l-Osmâniyyîn ve'l-İmparatoriyyetü'l-Bizantiyye fi asri Âl-i Palaeogolos 1261-1453, Doktora tezi, (yayımlanmamıştır), Cenub-i Vadi Üniversitesi, Mısır, 1998, s. 91-92)'den aktaran: Hâtim Abdurrahman et-Tahâvî, Zakazîk Üniversitesi (içinde Barbaro, Nicolo, *Konstantiniye'den İstanbul'a*, (Çev. Muharrem Tan), Moralite Yayınları, İstanbul, 2007, s. 35)). Bu durum, güçlü devletlerin diğerlerine kimi hususları dikte edebildiği yönünde günümüz Türkiyesinin dikkatle yorumlaması gereken bir keyfiyeti gösteriyor denilebilir (belki belirgin bir farkla ki, artık bu tür baskılar uluslararası kuruluşlar yahut farklı mekanizmalar ve kurgular üzerinden gerçekleştiriliyor görünmektedir (bu hususta ufuk açıcı belirlemeler içeren bir çalışma için bkz. Kazgan, Gülten, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 203)).

kaçırılmakta ve sanki irdelenmeye değer bulunmadığı izlenimi doğabilmektedir. Bu durum, bilimsel bir bakış açısının asgari gerekleriyle ne derece bağdaşmaktadır?

Doğrusu, bu hususun mutlaka ve ayrıntılı biçimde sorgulanması gereken bir özellik içerdiği kanısındayız. Giderek bu yaklaşımdan hareket edilecek olursa, kamu hizmeti görece kamu görevlilerinin de aynı şekilde “kişiye özgü”lük ilkesinden hareketle idarece serbest biçimde, yarışmacı sınavlara gidilmeksizin alınmasına kapı aralanması gerekecektir. Umuyoruz ki öğretilerde bu tür sakıncaları hesaplayan yaklaşımlar belirebilsin ve yönetime keyfilik tanınmasının ne tür sonuçlar doğurabileceği üzerinde en azından biraz olsun durulmaya gayret edilsin.

Giderek değinmek gerekirse, idare hukuku teorisinde eksikliği gittikçe artan biçimde duyumsanan analitik yaklaşım gereği sadece öğretilere özgülenememekte ve benzer şekilde kimi yargı kararlarında da kendisini göstermektedir. Sözelimi, özel okullarda belirli oranda¹⁵⁵ ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğu getirilmesine yönelik yasal düzenlemeyi Anayasa’ya uygun bulan AYM, burada gerekçe olarak özel eğitim kurumlarının “kamu hizmeti imtiyazı almış olmasını” göstermektedir.¹⁵⁶

Oysa benzer bir yükümlülük, kamu hizmetiyle ilintisi kurulamayacak pek çok diğer alanlarda da uygulanmaktadır. Sözelimi, eski mahkumların özel girişimce yürütülen ticari işletmelerde belirli oran içerecek sayıda çalıştırılması zorunluluğu getiren yasal düzenleme, halihazırda uygulanmaktadır.¹⁵⁷

Ne var ki, bu örnek uygulama bakımından konu irdelendiğinde, AYM’nin değindiğimiz kararında yer verdiği anlayışa benzeri bir yaklaşımla “kamu hizmeti imtiyazı almış olmak” gerekçesine dayanılamayacağı ortadadır. Dolayısıyla, özel eğitim kurumları bakımından “kamu

¹⁵⁵ Sözelimi özel üniversitelerde % 10 oranında başarılı öğrencilerin -ilgili özel üniversite tarafından- bedelsiz okutulması öngörülmektedir (bkz. Kazgan, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, op. cit., s. 243).

¹⁵⁶ Bkz. AYM’nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E. 1990/4, K. 1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

¹⁵⁷ Bkz. İnan, Atilla, Memur ve İşçi Statüsünde Özürlü ve Eski Hükümlülerin İstihdamı Alanında Yapılan Yeni Düzenlemeler, *Mevzuat Dergisi*, Y. 2, Sy. 15, Mart 1999.

hizmeti imtiyazı alınmış olunması” yollu bir gerekçeye itibar etmek zordur ve kanımızca geçerli bir gerekçe oluşturmaktan uzaktır. Burada dayanılacak başlıca unsurun, “toplumsal dayanışma ve denkleştirme” ilkesi olabileceği savlanabilir.¹⁵⁸

Dahası, özel girişim alanlarında piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılmasını önleyici biçimde idarece harekete geçilmesine yönelik uygulamalar ziyadesiyle görülmektedir ve bu husus “zorunlu unsur kuramı” olarak öğretinin irdelemelerine konu edilmektedir.¹⁵⁹ Bunlar açısından da bir kamu hizmeti imtiyazı sözkonusu bulunmaz. Giderek, özel kişiler arasındaki ilişkiler itibariyle bu yönde kamusal güç kullanımı dikkate alınarak anılan sözleşmelerin “idari sözleşme sayılacağı” yönünde bir görüşe, idare hukuku öğretisinde bugüne kadar rastlanmış değildir.¹⁶⁰

Şu halde, kamu hizmeti imtiyazıyla ilgisi bulunmaksızın, bir faaliyet alanında idarenin kamu gücü kullanımına gidebilmesi, doğal olarak sözkonusu olmaktadır. Bu durum, gerek idarenin sözleşmeleri ve gerek özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerinde veya sözleşme ilişkisine girme zorunluluğu getirilmesinde şimdiye kadar öğretinin ve yargı içtihatlarının geliştirdikleri ölçütlerin gerçekliği tam olarak kavramaktan uzak kaldığına; keza, karşılaşılan sorunların mahiyetini yetkin biçimde değerlendirerek çözümler getirebilmekten beri durduğuna da işaret etmektedir.

Dolayısıyla, buraya kadar yaptığımız tüm değerlendirmeler itibariyle vurgulamak gerekirse, analitik bilimsel yaklaşım idare hukuku

¹⁵⁸ Anılan ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Rıdvan, Anayasa Mahkemesi’nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan), Y. 13, S. 1-3, 2003, s. 39.

¹⁵⁹ Sözgelimi, basın-yayın ürünlerinin dağıtımı, yahut konut ve işyerlerindeki asansörlerin teknik bakım gibi sektörlerde, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin “sözleşme yapma zorunluluğu” veya kamusal müdahaleye gidilebileceği yönünde ülkemizden örnekler için bkz. Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü – Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 308-327, 472-475.

¹⁶⁰ Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı bir hukuksal irdeleme için bkz. Çal, Sedat, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi* (yayımlanmak üzere 30 Nisan 2010 tarihi itibariyle GÜHFD’ye iletilmiş olup, halihazırda değerlendirme sürecindedir).

alanında sadece derin bir gereksinim olarak ortaya çıkmakla kalmamakta; dahası, kanımızca kendisini ağır biçimde hissettirmektedir.

Sonuç

Çalışmamız içerisinde ayrıntılarıyla ele alınmaya çaba gösterildiği üzere, hukuk alanında bilimsel yaklaşım sergilenmesi, mutlak ve zorunlu bir gereksinimdir. Bu durum, idare hukuku bakımından özellikle öne çıkan bir eksiklik şeklinde beliriyor. İdare hukukunda analitik çözümlenmelere gidilmemesi ve hukuksal değerlendirmelerin biçimsel yaklaşımlara bağlı kılınması, giderek varılan sonuçların gerçekliği ne denli kavradığını gözlemeye ülfet etmeyen anlayışların gündeme gelebilmesi, önemli sorunlar doğurmaktadır. Böylece beliren durum, toplumsal yapıda beliren ihtiyaçların bu hukuk dalında yeterince karşılanamaması sonucuna varabilmektedir.

Keyfiyet, idare hukuku bakımından kaynak Fransız hukuku uygulamasına veya bu ülkedeki kuramcılarının öğretilerine sorgulamaksızın dayanmaya kadar gidebilmektedir. Bu yaklaşımın yerinde olduğunu ileri sürebilme olanağının bulunmadığı kanısındayız. Giderek, bu hukuk dalındaki eksiklik, bilimsel irdeleme girişimlerinde tamamen şekilci yaklaşım tarzlarına rastlanabilmesi açısından da kendisini göstermektedir.

Bu türden eksikliklerin özel hukuk alanında veya giderek ceza hukuku gibi alanlarda belirmesi, nihayetinde bireyler açısından sonuçları itibarıyla “yerel” nitelikte kalırken, idare hukuku bu anlamda daha vahim bir önceliği haizdir. Zira idare hukukunda gerçekliği ıskalayan hukuksal yaklaşımlar, ülkenin bir bütün olarak bekasını ilgilendiren sonuçlarıyla karşımıza çıkar; tıpkı imtiyaz veya uluslararası yatırım tahkimine yönelik uygulamaların, yahut idarenin özellikle ekonomiye ilişkin kararlarındaki keyfililiğine cevaz gösteren anlayışların ortaya koyduğu gibi.

Nihayet değinmek gerekirse, bilimsel yaklaşımlarda yararlanılan kuramların gerçekliği ne denli kavrayabildiği hususuna özel bir önem gösterilmesi zorunludur. Aksi durumda, salt bir hukuk kuramına (ister hukuksal pozitivizm anlayışı, ister doğal hukuk veya felsefi yaklaşım adına olsun) dayanıp kalmak, bir tür “kuram fetişizmi”ne yol açma

tehlikesini bünyesinde taşımaya yetkin olabilecektir, ki bundan mutlaka kaçınmak gerekliliği bulunuyor kanısındayız. Açıktır ki, hukuksal yöntemler veya kuramlar, hukuk biliminde araç konumundadır, amaç değil. Hukukun amacı, olsa olsa, toplumsal gereksinimlerin ne denli karşılanabildiğiyle sınırlı tutulmak gerektir.

İşbu çalışmada, dolayısıyla, irdelenen tüm bu eksikliklere değinilmeye çalışılmıştır. Böylece getirilen eleştirilerin, kendi yetkinliği ölçüsünde, eleştirinin ancak bilimsel irdellemelere gitmek ve açıklamalar getirmek suretiyle karşı görüşlere yer verilerek yapılması gerekeceği kuşkusuz olmak üzere, daha isabetli sonuçlara varmayı olanak dahiline koyabileceği ümid olunur.

Son söz olarak, çalışmamız içerisinde yer verdiğimiz, Danıştay üyesi Ünlüçay tarafından dile getirilen “*idare hukukçularının da yeni bir idare (hukuku) tasarımına ihtiyacı var*” ifadesi üzerinde öğretinin önemle durmasının ve bu yönde bir sorgulamaya gitmesinin, hukukumuzun gelişmesi bakımından yarar sağlayacağı yönündeki kanımıza bir kez daha değinmek istiyoruz.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Adomeit, Klaus, *Hukuki Yöntem*, (Çev. Altan Heper), HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004.
- Akbaş, Kasım, *Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III”, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.
- Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Akın, Rıdvan, *Anayasa Mahkemesi'nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, S. 1-3, 2003.
- Akkaya, Rukiye, *Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar*, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003.

- Aktaş, Sururi, Pozitif Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon, *AÜEHFD*, C. IV, S. 1-2, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Atalay, İbrahim Orkun, Yabancılara Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri, *AÜEHFD*, C. XII, S. 3-4, 2008.
- Atay, Cevdet, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitime Bakış – Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, TBB (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc>, keza, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fak%C3%BCltesi/cevdetatay.doc>).
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ayaydın, Cem, *82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı*, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (E.T.: 19 Ocak, 2009).
- Aydemir, Süleyman Ruhi, Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı, *Mevzuat Dergisi*, Y. 7, S. 76, Nisan 2004 (<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm>).
- Balı, Ali Şafak, *Hukukun Meşruluğu*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III", Sempozyum Bildirileri, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.
- Barbaro, Nicolo, *Konstantiniye'den İstanbul'a*, (Çev. Muharrem Tan), Moralite Yayınları, İstanbul, 2007.
- Bilgen, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, *İHİD*, Y. 1, S. 1, 1980.
- Bilgen, Pertev, Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, *İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, S. 1-3, 2003.
- Bilgen, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Doktora Tezi, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970.
- Bix, Brian H., *Doğal Hukuk: Modern Gelenek*, (Çev. Ertuğrul Uzun), *DEÜHFD*, C. 6, S. 2, 2004.
- Boden, Değer, *Investment Arbitration and Sovereignty from a Turkish Perspective*, 2005 (henüz yayımlanmamıştır).
- Can, Cahit, *Hukuk ve Matematik*, HFSA, 13. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II", Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005 (ayrıca bkz. www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/cahit.doc).

- Canikliođlu, Meltem Dikmen, Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri, *DEÜHFD*, C. 10, S. 1, 2008.
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3. Bası, Addison Wesley Longman Yayınevi, 2000.
- Coşkun, Vahap, *Yargının Çıkmazı: Devlet mi, Adalet mi?*, SETA Analiz, Nisan 2010.
- Çal, Sedat, "Intuitu Personae" veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine..., *Ankara Barosu Dergisi*, 2010-3, s. 49.
- Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi, *AÜSBFD*, C. 63-4 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>).
- Çal, Sedat, Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, *TBBD*, S. 88, 2010.
- Çal, Sedat, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi (yayımlanmak üzere 30 Nisan, 2010 tarihi itibariyle *GÜHFD*'ye iletilmiş olup, halihazırda değerlendirme sürecindedir).
- Çal, Sedat, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 63-64, Kasım-Aralık 2009.
- Çal, Sedat, Kamu Hizmeti Üzerine Düşünceler, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Çal, Sedat, Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/sedat_cal_25.pdf).
- Çal, Sedat, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008.
- Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Danıştay 10. Daire Başkanı Mehmet Ünlüçay'ın soru-cevap kısmında yaptığı konuşma, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009*, 28-29 Mayıs, 2009, *GÜHF* Yayını, Ankara, 2009.
- Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940.
- Derbil, Süheyp, Polis Kavramı, *AÜHFD*, C. 1, Sy. 4, 1943.
- Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954.

- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Dursun, Hasan, Hukuku Bilim Kılabilmek, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006.
- Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Foreword - Fifty Years Later, *NYU Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, Bursa, 1999.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, (Genişletilmiş ve Düzeltmiş) Beşinci Baskı, Bursa, 2008.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, (Gecikmiş Bir Açıklama ve Teşekkür), C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006.
- Green, Leslie, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 15, 2008.
- Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHF Yayını, Ankara, 1967.
- Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü - Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Hart, H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Hatemi, Hüsrev, Birader: Hüseyin Hatemi, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Hazlett, Thomas W., R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, içinde *Piyasa Dergisi*, S. 9, Ankara, 2004.
- Heper, Altan, *Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi*, *Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki*, HFSA, 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II", Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005.
- Hirş, Ernest E., *Pratik Hukukta Metod*, (Genişletip değiştirerek işleyen: Volf Çernis), 4. Tıpkı Basım, BTHAE, Ankara (tarihsizdir).

- Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, AÜHFD, C. 1, S. 1, 1943.
- Işıқтаç, Yasemin, *Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu*, GÜHFD, C. II, S. I-II, Haziran-Aralık 1998 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_16.pdf).
- İnan, Atilla, *Memur ve İşçi Statüsünde Özürlü ve Eski Hükümlülerin İstihdamı Alanında Yapılan Yeni Düzenlemeler*, *Mevzuat Dergisi*, Y. 2, S. 15, Mart 1999.
- İnsel, Ahmet, *İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki*, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2005 (www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Marksizm ve Hukuk*, AÜSBFD, C. 57, S. 2, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, (Doçentlik Çalışması), İnternet Paylaşımı, Ankara, 2005.
- Karakaş, Jale, *Hermeneutik ve Hukuk*, HFSA, 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul 2005.
- Karakaş, Jale, *Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler*, HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi – Dünya Problemleri Karşısında Felsefe”, 10-17 Ağustos, 2003, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2004.
- Kazgan, Gülten, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- Keyman, Selahattin, *Hukuki Pozitivizm*, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1978.
- Kılavuz, Ali Kemal, *Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü*, GÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009.
- Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki-vi* (HFSA), 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005.

- Kıratlı, Metin, Yargının Sorumluluğu, *SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 3, S. 3, 1995.
- Kingsbury, Benedict, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, *EJIL*, Vol. 13, 2002.
- Kitabın Adı Budur – Tan Oral Kitabı*, (Nehir Söyleşi: Aydın Engin), T. İş Bankası Yayını, İstanbul, 2006.
- Krueger, James, A Critique of Positivism As a Belief System, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2009.
- Kutlar, Onat, *Gündemdeki Konu*, T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- Lacey, Nicola, H.L.A. Hart's rule of law: the limits of philosophy in historical perspective, *LSE Research Online*, Mart 2008 (<http://eprints.lse.ac.uk/3520/>).
- Leiter, Brian, The Radicalism of Legal Positivism, 8 Mart, 2010 tarihli taslak (<http://ssrn.com/abstract=1568333>).
- Marx, Karl, *Kapital – Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, (Çev. Alaattin Bilgi), C. 1, Eriş Yayınları, 2003.
- Müftüoğlu, Tamer, Global Rekabet ve Türk KOBİ'leri, *RK Perşembe Konferansları*, S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), Ankara, 2008.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Otacı, Cengiz, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, 2008.
- Ozansoy, Cüneyt, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği, içinde *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, *Danıştay 133. Yıl Sempozyumu*, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003.
- Ozansoy, Cüneyt, Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut, *Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayını (<http://www.danistay.gov.tr/>).
- Ökçesiz, Hayrettin Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, 2005.
- Özay, İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özay, İl Han, İtalya, "Nakis" İdari Rejim mi "Ma'kus Talih mi?, içinde *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargı-*

- lama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu*, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003.
- Özkök, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *AÜHFD*, C. 51, S. 2, 2002.
- Polatkan, Vahit, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Ankara, 2000.
- Selçuk, Sami, *Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü*, BİLGESAM, Rapor No. 23, İstanbul, 2010.
- Seviğ, Vasfi Raşid, Borçlar Hukuku ve İktisat, *AÜHFD*, C. 7, S. 3-4, 1950.
- Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007.
- Sızlı, Gülhanım Erol, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999.
- Soper, Philip, *The Ethics of Deference: Learning From Law's Moral*, Cambridge University Press, 2002.
- Spaak, Torben, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, *Annali e Diritto*, Vol. 253, 2004.
- Tan, Turgut, Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, *AİD*, C. 8, S. 2, Haziran 1975.
- Tatar, Burhanettin, *Hermenötik, İnsan Yayınları*, İstanbul, 2004.
- Tekinsoy, Ayhan, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, *AÜHFD*, C. 55, S. 2, 2006.
- Tiryaki, Refik, *Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi*, Doktora Tezi, AÜSBE, 2007.
- Topakkaya, Aslan, İdeoloji Kavramının Tarihsel Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış, *AÜEHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007.
- Topçuoğlu, Hâmide, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, C. I, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayını, İstanbul, 1969.
- Türközer, Bahir Güneş, *Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 62, 2006.
- Ulu, Güher, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü (Kitap İncelemesi), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008.
- Uygur, Gülriz, *Nötr İlkeler ve Hukuk*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III", 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.

- Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Göstergebilimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Uzun, Ertuğrul, *Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III", 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.
- Uzun, Ertuğrul, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2, 2003.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Yargı Kararları

- AYM'nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- AYM'nin 27 Mart, 1986 tarih ve E. 1985/31, K. 1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- AYM'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E. 1990/4, K. 1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG'de yayımlanmıştır).
- Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı ve 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararları.