

İDARE HUKUKUNDA BİLİMSEL YAKLAŞIM SORUNU -I

THE ISSUE OF SCIENTIFIC APPROACH IN ADMINISTRATIVE LAW -I

Sedat ÇAL*

Özet: Hukukta analitik bir yaklaşım içerisinde bulunulması ve şekilci (formalist) bir yönde hareketten kaçınılması gerektiği açıktır. Ne var ki, özellikle idare hukuku alanında bu zorunluluğun yeterince dikkate alındığını savlayabilmek zordur. Bu durum, yapılan değerlendirmeler sonucunda varılan yargıların gerçekliği ne denli kucaklayabildiği hususunda ayrıca kuşkuları beraberinde getirmektedir. Bu itibarla, hukuksal irdelemelerde analitik bir bakıştan hareket edilmesi, bilimsel değerlendirmelere gidilirken şekilci yaklaşımlar yerine sorgulayıcı anlayışa yer verilmesi ve nihayet varılan sonuçların işlevselliği üzerinde durulması gereklidir. Günlük yaşamın içinde beliren karmaşık hukuksal sorunların, gerektiği gibi bir çözüme ancak bu yolla kavuşturulabileceği düşünülmektedir.

Anahtar Sözcükler: Bilimsel yaklaşım, analitik düşünce, hukuksal irdeleme, hukukta eleştiri, hukuksal yaklaşım.

Abstract: It goes without saying that law necessitates an analytical approach and calls for refraining from acting in a formalist way. Nonetheless, it is quite difficult to assert that this requirement is fairly observed particularly as regards administrative law. This situation invokes questions about to what extent legal judgements made through legal reasonings can embrace the reality. Therefore, it is essential to employ an analytical perspective in legal assessments, to undertake a questioning approach as opposed to a formalist one, and finally, to ensure effectiveness and functionality of the results that are achieved through legal processes. Only by way

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

of this understanding can come adequately effective solutions to legal problems that happen to emerge through the intricacies of everyday life.

Keywords: Scientific approach, analytical thinking, legal analysis, criticism in law, legal approach.

“Sitem aşinalardan gelir bigânelerden değil...”

Nabî

*“Aşinâyî, can fedâ-yi âşinâ,
Âşinâ dâed sezâ-yi âşina.”¹*

Giriş

Sosyal bir bilim alanı olarak hukukta, bilimsel yaklaşımın asgari gereklerine uyarlık içerisinde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu açıktır. Kuşkusuz, temel bilimler alanındaki kesinlik ve doğrulanabilme gibi kimi özelliklerin, sosyal bilim alanı olarak özellikle hukukta sözkonusu edilmesi güçtür. Bununla birlikte, bu durum, hukuka bilimsel ilkelerin ve yaklaşımların, yöntemlerin uygulanamayacağı anlamına kuşkusuz gelmez. Nitekim öğretilerdeki bir görüşe atfen değinilirse;

“... (s)osyal bilimlerin kendine mahsus bir metodu olduğu, bunun hiç te fizik veya tabii bilimler metodu olmadığı çok kere öğretilmiştir. Bana kalırsa garip bir yanlışlığa düşülmektedir; çünkü her bilimsel metodu hangi sahada çalışır ve araştırırsa araştırırsın, aynı olduğu söz götürmiyen insan zihninin kanunları tayin eder. Bu kanunlar kudretimizi sınırlar ve faaliyetimizi düzenler.”²

¹ Beytin anlamı şöyle açıklanabilir: “Âşinalık mı, âşinâ kişiye can fedâ olsun. Âşina âşinâyaya nasıl davranılacağını bilir ve hâlimden anlar” (bkz. Hatemi, Hüsrev, *Birader: Hüseyin Hatemi*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (ifade, anılan eserin başlarında, sayfa numarası olmaksızın yer almaktadır).

² Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954, s. 13.

Hukuk alanında bilimsel yaklaşım itibariyle en başta gelen ilkelere birisi olarak, önyargılardan kurtulma gereğine değinmek mümkündür.³ Bu bağlamda, öğretiden bir görüşte aşağıdaki ifadeye yer verilmektedir:

“Ne vakit ilkel zihniyetten ve her çeşit peşin yargılardan (préjugés) sıyrılarak, insan bilgilerinin her hangi bir kolunda metodlu bir surette hakikat araştırması yapılırsa bilim yapılmış olur. Sosyal bilimler bu zihniyetle sosyal olayları inceleyen bilimlerdir...”⁴

Bununla birlikte, karşı görüşü benimseyen yaklaşımlar da bulunmaktadır. Buna göre;

“... hukuksal-toplumsal olguların çalışılması, hukukçularda tarihsellik duygusunun yitimine yol açmaktadır. İnceledikleri olguların, bir an sonra, kendilerini önceleyen olgular sürekliliğinden başka bir şey olmayıp geçmişe ait olacağını hiç düşünmeden ve inceledikleri olguların bir tarihin içine doğduklarını ve bununla belirlenmiş olduklarını hiç görmeden çalışan hukukçular olmak meslek erbabı için kolaylıktır. Ancak ... olumsuzluk niteliği taşıdığı düşünülemez... Araştırmacı için her türlü toplumsal sorumluluktan, siyasal ilgiden ve tarafolma sorunundan kurtuluşu sağlayan (içekapalı) bu yöntemden uzak durmak gereğine inanıyorum.”⁵

Giderek, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alındığı üzere, hukuksal pozitivizm anlayışında⁶ bilimsel yaklaşımın “değer ölçüleri”nden beri durması özelliğinin öne çıktığı savlanabilir. Ne var ki, buradaki ifadelerin neyi kastettiği de yine belli belirsiz bir sis içinde kalıyor. Zira her hukuk düzeni ister istemez kimi temel değerler üzeri-

³ Bu hususta ilave değerlendirmeler için bkz. ileride 131 no.'lu dipnot.

⁴ Duguıt, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 11.

⁵ Karahanoğulları, Onur, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, (doçentlik çalışması), İnternet paylaşımı, Ankara, 2005, s. 1.

⁶ Hukuksal pozitivizmin gelişimi ve bu bağlamdaki birbirlerinden türlü ölçülerde farklılaşan algılamaları hakkında -görece son dönemlerden- müstakil bir çalışma için bkz. Keyman, Selahattin, *Hukuki Pozitivizm*, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 17-55 (özellikle s. 18-41).

ne kurulmuş durumdadır. Bu meyanda, en başta evrensel insan haklarından beslenen bir değerler kümesi⁷ yol gösterici olmaktadır.⁸

⁷ Nitekim hukuksal pozitivismde dahi, aslında hukuk ve değer, başka deyişle “olan hukuk-olması gereken hukuk” ayrımının mutlak biçimde ele alınmadığı görülür. Sözgelimi, bizatihi kimi pozitivistler tarafından, normal koşullarda “olan hukuk” un ahlaki değerler gerekçesiyle uygulanamazlığının savlanamayacağı ileri sürülürken, aynı zamanda ayrık duruma da değinilmekte ve şöyle denilmektedir: Bir yasa yürürlükteki kurallar uyarınca “geçerli” biçimde vazedilmiş olsa dahi, sıradan değer yargılarına değil ve fakat insan olmanın gerekleri yahut hukukun temel ilkeleri gibi “esaslı değerler” e aykırı ise, artık “olan hukuk” tan bahsedilemez ve bu yasaya uyulamaz; zira, bu durumda hukuk niteliğini taşıyan bir “yasa” dan artık söz edilemez (bkz. Hart, H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 617-619). Hart’ın, böylece, pozitivismi 1950’lerdeki demokratik toplum düzeni anlayışıyla uyumlu hale getirecek bir öğretisel yenilik getirdiği; hukuk ile değerler arasında zorunlu bir bağ olmadığı yolundaki klasik pozitivist anlayışı sürdürmesine karşın, bunun yasaların değerler statüsüne kayıtsızlık anlamına gelmeyeceği yaklaşımını benimsemek suretiyle farklılaştığı belirtilmektedir (bkz. Lacey, Nicola, *H.L.A. Hart’s rule of law: the limits of philosophy in historical perspective*, LSE Research Online, Mart 2008, s. 2-4 (<http://eprints.lse.ac.uk/3520/>). Giderek, yargıçların mahkemede hukuk kurallarını yorumlamaları gereksinimi nedeniyle pozitivist yaklaşımın bu duruma açıklama getiremediği de savlanmaktadır (bkz. Foreword - Fifty Years Later, *NYU Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008, s. 994). Nihayet, dikkat çeken bir nokta, özellikle Nazi döneminde yaşananlardan sonra pozitivismin diktatöryayı meşrulaştırmaya hizmet ettiği gibi bir algılamının etkisiyle, pozitivismin “kötü bir şey” olduğu anlayışının yaygınlık kazanmış bulunmasıdır. Nitekim, Hart, kendisi için şöyle söylediğini aktarıyordu: “Biliyor musun, o bir pozitivist; ama, aslında oldukça iyi bir insan” (Lacey’den aktaran: A. g. e.).

Dahası, Hart’ın görüşlerini esaslı biçimde eleştirmiş bulunan Fuller’e göre, bir anayasanın en başta ortaya çıkışında değerlerden kaçamayan hukuksal pozitivism, bu konuları geçiştirmekte ve buradaki kendi bakış açılarından doğan sorunla yüzleşmekten ısrarla kaçınmaktadır (bkz. Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 638-643). Fuller’e göre, “kötü bir yasa” dahi, kendi içerisinde bir “değer” içerir (Fuller’in bu konuda verdiği ilginç örnek için bkz. a. g. e., s. 644, 645).

⁸ Bu “kurucu” değerler çerçevesinde kimi zaman hukuk uygulamasında ikincil normların biçimsel eşitlik veya şekilsel demokrasi kavrayışlarıyla karşı karşıya gelebildiği, giderek hak ve özgürlüklerin kısıtlanması bağlamında “yakın tehlike” gibi kavramların geliştirildiği; dahası, en gelişmiş demokratik ülkelerde dahi terör gerekçesiyle kimi sert önlemlerin alınabildiği dikkat çeker. Bu yönde, özgürlük sorunsalını dar bir bakışla irdeleyen –ve yer verilen eleştirilerin çoğunluğundaki isabet payı derin biçimde kuşkulu olmakla beraber burada çalışmamızın asli konusunu oluşturmaması bakımından ayrıntılarına girilmeyecek olan- bir çalışma için bkz. Coşkun, Vahap, *Yargının Çıkması: Devlet mi, Adalet mi?*, SETA Analiz, Nisan 2010.

Nitekim, hukuk ve ahlak “ayrı” değildir; sözgelimi, cinsiyet ayırmacılığına yönelik “pozitif yasa”yı ortaya koyarken ve uygularken, “eşitlik” gibi bir ahlaki ilkedden yola çıkılmaktadır. Bu itibarla, hukuksal pozitivistlerin “hukuk ile ahlakın ayrılması” şeklindeki ifadelerinin “ayrı” olmayı değil, “ayrılabilir” olmayı kastettiği söylenebilir.⁹ Giderek, Spaak’a göre de, hukuksal pozitivism¹⁰ bakımından hukukun kaynaklarına ilişkin hukuksal tarafsızlık sözkonusu olabilir. Ne var ki, hukuksal kaynakların yorumlanması ve hukukun uygulanmasında, “değerler”¹¹ çok kez devreye girecektir.¹²

Hukuksal pozitivismze karşı anlayış olarak beliren doğal hukuk yaklaşımının temsilcilerinden Dvorkin’e göreyse, hukuk ile ahlak ara-

⁹ Bkz. Green, Leslie, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 15, 2008, s. 1, 2. Green’e göre, hukuksal pozitivism anlayışını benimseyen Hart’ın ileri sürdüğü gibi “hukuk ile ahlak arasında, veya olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağ olmadığı” görüşü yanlıştır; zira, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki bulunur (bkz. İbid, s. 2, 4-19). Yine, Green’e göre, hukukun üstünlüğünün “yasal hukukdışılık” ile “yaygın duyarsızlık” tehditleri altında olduğu bir zamanda, Fuller’in değindiği “yasaaların ahlakla bağlantılılandırılması” görüşünü özellikle benimsemek gerekir. Giderek, bu anlayışın daha etkili ve yetkin bir biçimde siyasal yaşama sızabilmesi ümit edilir (A. g. e., s. 23).

¹⁰ Hukuksal pozitivismzin “yukarıdan aşağıya inme” bir yaklaşım (“top-down approach”) içerdiği, böylece bir egemen taraftan konulan kural esasına dayandığı; ancak, bu yaklaşımın, bir kural koyucu egemenin bulunmadığı uluslararası hukukta yetersizliğinin ortaya çıktığı yönünde görüşler de bulunuyor (bkz. Krueger, James, *A Critique of Positivism As a Belief System*, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2009, s. 342-351); ki Oppenheim da bu bakımdan uluslararası hukukta buyurucu gücün olmaması nedeniyle sadece bu unsura dayalı anlayışın geçersiz kalacağı hususuna değinmektedir (bkz. Kingsbury, Benedict, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law*, *EJIL*, Vol. 13, 2002, s. 434).

¹¹ Nihayet, hukuk ve değer (ahlak) ilişkisi bağlamında bir diğer yazarın ilginç bir tesbitine daha yer vermekte yarar görüyoruz: Soper’e göre, bir kişinin ahlaklı olup olmaması o kadar o önemli değildir; neticede, ahlaklı olmadığını düşündüğümüz kişiden uzak dururuz, olur biter. Ancak, ahlak değerinden yoksun bir yasa için durum vahimdir; zira bu değeri taşımayan bir yasadaki kaçış ve kurtuluş olanağı yoktur. İşte, bu keyfiyet, hukuk öğretisinde konuya neden bu denli yoğun ilgi gösterildiğini ve hukuksal pozitivism ile doğal hukuk arasındaki tartışmaların nasıl olup da mümbit biçimde boy gösterdiğini açıklamaktadır (bkz. Soper, Philip, *The Ethics of Deference: Learning From Law’s Moral*, Cambridge University Press, 2002, s. 4).

¹² Bkz. Spaak, Torben, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, *Annali e Diritto*, Vol. 253, 2004, s. 253.

sındaki ayrımı yadsımak, bu ikisinin aynı olduğunu kabul anlamına gelmez.¹³ Yine, bu akımın ileri gelenlerinden Fuller'e göre;

"... hukuk sadece, mikroskop altında tarafsız bir şekilde incelenecek bir nesne ya da varlık değildir; hukuk bir insan tasarımıdır, örtük –ve ahlâki- bir amaca sahiptir: insanların bir toplumda bir arada varolabilmeleri ve işbirliği yapabilmeleri... (U)laşmaya çalıştığı (ahlâki) ideali anlamadan, hukuku doğru biçimde anlamak da mümkün olmaz..."¹⁴

Diğer yandan bilim, gerçeği aramak üzere yola çıkar ve bilime özgü ölçüt ve yöntemlerle gerçeğe ulaşmaya çalışır. Özellikle bilimin yuvası konumundaki üniversiteler bakımından konuya değinen bir ifadeye göre, *"(ü)niversite, birinci vazifesi hakikati aramak olan bir müessesedir."*¹⁵ Bu noktada, hukuk bilimi itibariyle hangi tür yöntemle bilimsel irdelemelere gidilebileceği hususunda yine Duguit'ye başvuracağız:

"Metodun bu kurallarını ... kısaca işaret (edersek, b)u kuralların sayısı üçtür:

1. *Olayların gözlemini gayri şahsi bir surette, bugün söylendiği gibi, objektif (nesnel) bir surette yapmak ve millî, dinî ve sair her türlü veraset, çevre ve peşin yargıların tesirinden sıyrılmak¹⁶ için sürekli gayret sarfetmek;*

2. *Sadece keşif vasıtası olarak, talil (= deduction = tümdengelim) yolu ile muhakeme (= raisonnement = usamlama) yürütmek; mantık talilinin ulaştırdığı sonuçları olaylar üzerinde denetlemek; olaylara uymuyorsa hareket noktası olan faraziyeyi (= hypothése = varsayım) hiç acımadan atmak; olayları mantığa uydurmağa hiç yeltenmemek, yoksa olaylar er geç ölçlerini alırlar ve bu bazan bir felaket olur.*

3. *Nihayet apriori bütün kavramları atarak bunları dini veya metafizik inanç alanına bırakmak. Eşya hakkında doğrudan doğruya duyularımızın gözlemi altına girmiyen ve bundan dolayı metafizik olan her düşünceye kav-*

¹³ Bix, Brian H., Doğal Hukuk: Modern Gelenek, (Çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHFD, C. 6, S. 2, 2004, s. 322.

¹⁴ A. g. e., s. 312, 313.

¹⁵ Spaak, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, op. cit., s. 8.

¹⁶ Bilimsel yaklaşım için önyargılardan sıyrılmak ve bir tür "kavramsal striptiz" eylemine girişme zorunluluğu hakkında bkz. Çal, Sedat, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, TBBD, S. 88, 2010.

ram adını veriyorum. Bu çeşit kavramları bilim alanından çıkarmadıkça gerçekten bilim yapılamaz.”¹⁷

Öte yandan, daha farklı bir yaklaşımla konuya eğildiği gözlenen Gadamer’e göre, sosyal bilimlerde “yaşanılan tarih bilincinden, önyargılardan ve gelenekten yoksun bir çalışma imkansız”dır.¹⁸ Böylece, Gadamer’in de, hukuksal pozitivizm anlayışında –haklı veya haksız bir kanı olduğu kimi yazarlara göre tartışmalı olmakla beraber¹⁹ belirlediği gözlenen “yalıtık” hukuk anlayışının aksine bir yaklaşımı benimsemiştir.

Hukukta bilimsel yaklaşımın en başta gelen “olmazsa olmaz” koşullarından birisi de, sosyal veya temel bilim alanı olsun her tür bilimsel sahada gözlenmesi gereken “eleştiri” zorunluluğudur. Eskilerden bir deyiş bu gereksinimi güzel bir biçimde betimler: “Barika-yı hakikat, müsademe-i efkardan doğar.” Hukukumuzda –dahası, giderek kültürümüzde– bu zorunlu ögenin ne denli yerleşik olduğu veya benimsendiği ise, tartışma götürür.²⁰ Oysa eleştirinin bir “hayatiyet ifadesi” olduğuna değinen Kıratlı’ya göre, “(e)leştirden değil, onun yokluğundan endişe duyulmalıdır.”²¹

Giderek, hukuk bilimi bakımından önemle altı çizilmesi gereken bir diğer özelliği daha vurgulamakta yarar var. Hukuk, vardığı sonuçların her şeyden önce gerçekliği yakalaması zorunluluğu bulunan bir alandır. Temel bilimler alanında bu örtüşme daha bir kolaylıkla be-

¹⁷ Duguít, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 14.

¹⁸ Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 96.

¹⁹ Bkz. 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, s. 343-350.

²⁰ Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, op. cit.. Nitekim, eleştirinin toplumsal yapımızdaki eksikliğinin yıllar önce sine dayanan makus tarihsel geçmişi bağlamında bir yabancı yazar (Martin Hartmann), eleştiriye kapalılığın, Türklerin değiştirmeleri gereken eski zayıflıklarından biri olduğuna değinmektedir (aktaran: Selçuk, Sami, *Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü*, BİLGESAM, Rapor No. 23, İstanbul, 2010, s. 42).

²¹ Kıratlı, Metin, Yargının Sorumluluğu, *SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 3, S. 3, 1995, s. 6.

lirlenebilir ve ölçülebilir nitelikteyken, sosyal bilimler alanında ve bu arada öncelikle hukukta bu özelliğin ne denli gerçekleştiğini belirleme olanağı her zaman kolayca karşımıza çıkmaz. Bu, önemli bir sorun olmakla beraber; her halükarda, hukuk biliminde elde edilen yargıların toplumdaki hangi gereksinimi karşıladığı veya çözüm getirmedeki etkinliği, ayrıca ve dikkatle sorgulanmaya muhtaçtır. Öğretiden bir ifadeyle değinirsek; “(h)ukuk, toplumsal gerçeklikten doğar, toplumsal gerçekliğin güçlenmesi ve süreklilik kazanması için katkı vererek onun hizmetinde bulunur.”²²

Dolayısıyla, hukuk alanı bakımından, ele alınan konunun öncelikle etraflıca incelenmesi ve ayrıntılı biçimde irdelemeye gidilmesi; dahası, bunu yaparken de analitik bir yaklaşım²³ sergilenmesi gerekir. Akabinde, eleştirel bakışla elde edilen değerlendirmelerin sergileneceği bir yapı içerisinde kişisel kanıların da açıkça ortaya konulması gerekecektir. Böylece, hukuksal yaklaşım itibarıyla şekilci bir analizle konuların değerlendirilmesinden uzak kalınması ve analitik bir bakışa sahip olunması, önemli bir zorunlu öge olarak belirmektedir.

Bu noktada, genel bir çerçeve içerisinde çizmeye çalıştığımız tüm bu ölçütlerden hareketle idare hukuku alanındaki kimi temel sorunlara geçiş yapabiliriz. Kanımızca, idare hukukunda bilimsel yaklaşımların her daim yetkinlikle uygulandığını savlamak kolay değildir. Bu alanda önemli eksiklerin görüldüğü yönündeki gözlem ve algılamalarımıza dayanarak, işbu çalışma içerisinde hem kuramsal bakımdan

²² Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir, *TBB Dergisi*, S. 62, 2006, s. 96.

²³ Önemle kaydetmek isteriz ki, çalışma içerisinde kullandığımız “analitik” terimini “analitik hukuk yaklaşımı” şeklinde hukuk kuramcılarınca ele alınan yaklaşımla eşanlamlı biçimde kullanmıyoruz. Bilindiği üzere, hukuki pozitivistizmin İngiltere ayağını oluşturan analitik hukuk teorisi, belli bir zamanda var olduğu şekliyle hukuk düzenini ele almakta ve bu dizgenin sahip olduğu kavramları çözümlenmeyi öngörmektedir (bkz. Uzun, Ertuğrul, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2, 2003, s. 2, 3, 22). Bizim kullandığımız şekliyle analitik terimi ise, belli bir zaman kısıtından bağımsız olarak, akılcı bir yaklaşımla zaman ve disiplin fetişizmine girmeksizin (hemen değinmek gerekirse, idare hukuku disiplinler arası bir nitelik göstermekle (bkz. Atay, Ender Et-hem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 47, 48), bu yaklaşım bir zorunluluk arz etmektedir kanısında), her zamandan ve her disiplinden bilgiyi aklın süzgecinden geçirip, usavurma ile gerçekliği kavraması bakımından da ayrıca ve mutlaka değerlendirmeyi öngörmektedir.

bilimsel yaklaşımın gereklerine yahut isterlerine değinilecek, hem de uygulamada karşılaşılan kimi sorunlar ele alınmak suretiyle kimi somut örnekler üzerinden değerlendirmelere girişilecektir.

Burada yapılması öngörülen, kuşkusuz, bir eleştiri denemesine girişmektir ve bu nitelikteki bir çalışmada yer verilen değerlendirmelerin isabet derecesi –doğaldır ki– tartışmaya açık olacaktır. Ancak, eleştirinin bilimde zorunlu bir öge olduğuna hemen yukarıda değinmiş olmakla, bu eleştirilerin karşıt eleştirilere yol vermesi sadece daha doğruya varmayı mümkün kılabilir, giderek karşıt eleştirileri davet edebilmesi öncelikle arzu edilir. Bu bağlamda bir alıntıya daha yer vermek, benimsediğimiz ve öğretiye de egemen olmasını arzuladığımız, giderek ülkemizde –ve özellikle idare hukuku alanında– mutlak bir gereklilik olduğunu savladığımız temel ilkeyi ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır: *“Bilimsel eleştiriye dayanan her görüşü memnunlukla karşılarım.”*²⁴

Özetle, bu çalışmada hukuk alanında bilimsel bir yaklaşım sergilenmesi gereğine yönelik olarak özellikle idare hukuku bakımından ortaya çıktığını düşündüğümüz kimi eksikliklere dikkat çekmeyi öngörüyoruz. Böylece, idare hukukunda bilimsel bir yaklaşım itibariyle gözlenen eksikliklerin hangi bakımlardan sorunlar yaratabildiğine değinmek suretiyle, idare hukuku alanındaki değerlendirmelerin bilimin gereklerine uygun bir yapı içerisinde daha ileri bir gelişme düzeyine yükselebilmesine olası bir katkı sağlayabilmeyi ümid ediyoruz.

I. Hukukta Yaklaşım Sorunu

Gaudemet’ nin vurguladığı üzere, *“hiçbir hukuk sistemi –dolayısıyla hiçbir toplum– yorumun dışında kalmaz.”*²⁵ Aslında, gök kubbenin altındaki hiçbir *“kelam”* yorumdan uzak duramaz (eski deyişle, bu gereksinimden *“müstağni değildir”*). Nitekim Gadamer’ in Platon hakkındaki

²⁴ Marx, Karl, *Kapital – Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, (Çev. Alaattin Bilgi), C. 1, Eriş Yayınları, 2003, s. 18.

²⁵ Gaudemet’ den (bkz. Gaudemet, J., *Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu*, (Çev. B. Tahiroğlu), *İÜHFİM*, C. 36, S. 1-4, 1971, s. 496) aktaran: 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, s. 102.

irdelemeleri bağlamında dile getirdiği üzere, “Platon için motivasyonu, amacı, yöneldiği kitleleri, bağlamı, kısacası “ruhunu” dikkate almaksızın anlaşılabilir salt bir önerme yoktur”.²⁶ Hukukta yorum²⁷ ise, farklı yaklaşımları gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, hukuk biliminde yaklaşım bakımından değişik akımların varlığı dikkati çekmektedir.

Konuya hukuk felsefesi açısından yaklaşarak değerler âleminde faaliyet gösteren, giderek ahlakî ve ideolojik bir yaklaşımla değerler arasında tercih yaptığı söylenen anlayış, bunlardan birisidir. Hukuka yaklaşımda felsefeden yararlanılması gerektiği yolundaki bu görüş, hukukun felsefeye yer vermeyen bir anlayışında olumsuz sonuçların doğacağı yaklaşımını benimser. Buna göre, “... felsefeden yoksun bir pozitif bilim eksik ve hatta zararlıdır.”²⁸

Hukukun kendine özgü bir bilimsel yaklaşım içermesi gerektiğini savunan “saf hukuk” yaklaşımında ise, aksi görüş egemendir. Bu çerçevede, hukuksal değerlendirmelerin sadece hukuk alanında kalması ve kendi dışındaki diğer sosyal bilimlerden yalıtılması tercihinin gidildiği söylenebilir. Nitekim öğretilen bu yoldaki bir görüşe göre;

“Türk hukuk eğitimi felsefi yaklaşımlarla, dogmatik yaklaşım arasında hapsolmuştur. Birisi doğrudan değerlerle uğraşır, öbürü ise içeriğin doldurulmasıyla ilgilidir. Her iki yaklaşım biçimi de, içeriksel ve ideolojiktir. Aslında Türk hukuk eğitimi alanında karşılaştığımız ideolojik saplantıların nedenlerinden biri de, hukuk eğitiminde hukukun genel teorisi yaklaşımının yokluğudur... (Oysa h)ukukun yapısını (hukukun genel teorisini) bilmeden bu yapının içinde bulunan kurallar (hukuk dogmatığı) hakkında bilgi sahibi olmak mümkün değildir. Yapı hakkında fikir sahibi olmadan, tüm dikkatin ya-

²⁶ Bkz. Tatar, Burhanettin, *Hermenötik*, İnsan Yayınları, İstanbul, 2004, s. 13.

²⁷ Bir hukuk normunu uygulayacak olan yargıcın, çoğu zaman yorum zorunluluğuyla karşı karşıya geldiğini vurgulayan Spaak, metinsel, sistemik, yasa koyucunun niyeti ve amaçsal yorum şeklinde dört ayrı kategorik yorum yönteminden söz edebileceğini; bununla beraber, bunların arasında nasıl bir önceliğe gidileceği sorununun ortaya çıktığını belirtiyor. Spaak’a göre, bu durumda, anılan yöntemlerin her biri farklı gerekçelerle savunulabilir ve nihayetinde bir “değer” yargısıyla ancak sonuca varılabilir. (Bkz. Spaak, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, op. cit., s. 260, 261.)

²⁸ Atalay, İbrahim Orkun, Yabancılar Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri, *AÜEHFD*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 409.

pının içine verilmesi, yapının içi hakkında da yanlış bilgiler edinilmesine yol açabilir.”²⁹

Öte yandan, aynı yazarın bir diğer eserinde de, hukuk biliminde yaklaşım itibariyle hukuksal kavramların ele alınması ve değerlendirilmesi bakımından, bu kavramların diğer bilim alanlarıyla ilişkisine itibar edilmeksizin –diğer bir deyişle “*yöntem bağdaştırmacılığı*”na gidilmeksizin– sadece saf hukuksal bir değerlendirmenin esas alınması gerektiği savlanmaktadır.³⁰ Buna göre;

“Anayasa hukukunun saf teorisi, ne anayasa koyucunun amaçlarından, ne de toplumsal grupların çıkarlarından etkilenmelidir... (P)ozitif anayasa hukukunun yapısını tahlil etmeli, ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik ve siyasal koşulları dikkate almamalıdır.”³¹

Buna karşın, 1930’lu yıllardaki Amerikan hukuksal realizminin yeniden canlandırılması olarak da değerlendirildiği görülen –ve 1970’lerin sonunda ortaya çıkan– eleştirel hukuk hareketindeki yaklaşım, hukuksal usavurumun toplumsal bağlamdan bağımsız olmadığı yönündedir.³² Giderek, hukukun genel teorisine bağlı kalarak sadece “*yapı hakkında bilgi sahibi olma*”nın yeterli olamayacağı, sosyolojik yaklaşımın başlıca savı bağlamında ileri sürülen bir karşıt görüş olarak ortadadır. Buna göre:

““Ne”yi düzenlemekte olduğunu lâıyıkıyla bilmeyen, düzenlemek istediği sosyal maddeyi iyice tanımayan bir kimsenin, sadece “nasıl” düzenlemek gerektiği hakkında bazı fikirlere sahip olması onu başarıya ulaştırmaya kâfi gelmez.”³³

²⁹ Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, (Genişletilmiş ve Düzeltilmiş) Beşinci Baskı, Bursa, 2008, s. 7.

³⁰ Bkz. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, Bursa, 1999, s. 162.

³¹ A. g. e., s. 17, 162 (alıntı yapılan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir).

³² Eleştirel hukuk yaklaşımı hakkında derli toplu bir kısa çalışma için bkz. 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, s. 351-364.

³³ Topçuoğlu, Hâmede, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk, C. I, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayını, İstanbul, 1969, s. VI.*

Nihayet, Duguit de hukukun sadece pozitif hukuk yaklaşımıyla ve üretilmiş normlar üzerinden anlamlandırma çabalarıyla sınırlandırılmayacağı kanısındadır. Duguit, bu yoldaki ifadesinde şöyle demektedir:

“... Açıkça ve tam bir inanışla söylüyorum ki: hukuk profesörünün rolü positif kanunları şerhetmeğe inhisar edecekse bir dakika bile çalışıp uğraşmaya değmez.”³⁴

Bize göre, hukuksal pozitivizm çerçevesinde ortaya konulan görüşlerde zikredilen hususların kendi içerisinde bir değeri bulunduğu savlanabilir. Bununla beraber, *münhasıran* bu yaklaşımda ısrar edilmesinin olumlu sonuçlara varmayı mutlaka garanti edeceğini savlamak zordur. Bu anlamda, karşı görüş bağlamında çarpıcı bir ifadeye yer vermek gerekirse, Kirichmann’a göre;

“... pozitif yasaları konu edinmiş oldukları yani rastlantısal olanı bilimsel sandıkları için hukukçular, hastalılarda yaşayan ve yalnızca çürümüş tahatta yiyen kurtçuklar haline gelmişlerdir... Bilim rastlantısal olanı (yani konulmuş kuralları) konu edindiği için kendisi de rastlantısal olmakta ve kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi, koca kütüphaneleri okkalık kağıt haline dönüştürmektedir.”³⁵

Yine, öğretilen bir başka görüşe göre;

“(t)oplumsal gerçeklikle paralel biçimde hukuksal gerçekliğin de önceden öngörülemeyen ve somut olan karakteristiğinin karşısında, pozitif hukukun sınırlılığı ve yetersizliği, anlayan öznenin –hukukçunun– yaklaşım biçimini çok önemli kılmaktadır. Metin/yasa karşısında öznenin pozitivist bir tutum sergilemesi, onun bakışını yasa/metin ile sınırlayarak, yasa üstü olan diğer unsurların yorumsama sürecinde devreye sokulmasını olanaksız kılmaktadır. Bu yaklaşım biçimi, hukukun siyasal iktidar tarafından yozlaştırılmasına karşı direnci ortadan kaldırmaktadır. Diğer yanda doğal hukuksal bir yak-

³⁴ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 11.

³⁵ Kirichmann’dan (Kirichmann, Julius Hermann, İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, (Çev. Coşkun Üçok), AÜHF Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Tercüme Serisi, Sy. 3, Ankara, 1949, s. 8) aktaran: 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, s. 14 (aynı kaynağa ağ erişimi olanağı da vardır: www.law.an-kara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/cahit.doc).

*laşım da hukuk güvensizliğine veya keyfiliğe imkan tanıyabilir. Bu iki yaklaşım biçimi de, "hukukun varoluş tarzını kavramakta isabetsizlik göstermektedir. Bu yüzden her ikisinde de hukuk kendisini bulamamaktadır".*³⁶

Hukukta belirsizlik sorunsalı bağlamında ileri sürülen bir görüşe göre de;

*"... (H)ukuku kurallardan ibaret sayan geleneksel pozitivist düşünce ve bununla birleşen formalist yaklaşımın, hukukî belirsizlikle ilgili tartışmalarda savunulması oldukça güç görünmektedir."*³⁷

Hukuktaki belirsizlik sorunu üzerinde hukuksal pozitivizmin yeterli aydınlığı getiremeyeceği anlayışına ilişkin olarak, öğretilen bir diğer görüşe daha yer vermek yararlı olacaktır. Buna göre:

*"Hukuka matematik bir kesinlik getirilmek istenmesi, hukukun oluşturulması ve biçimlenmesinde; aklın, değer yargılarıyla beslenen değerlendirci bir düşünce ile tamamlandığı gerçeğini görmezden gelmeyi gerektirmektedir. Çünkü hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar çoğu kez değer yargısı farklılığı nedeniyle ortaya çıkmaktadır."*³⁸

Nitekim "töre" ile "değer yargıları" arasındaki bağıntı itibarıyla şu atasözü de aynı yargıyı dile getiriyor sayılabilir: "İl ilden ayruk olmaz, türesi ayruk olur" (ülkeleri sınırlar ayırmaz, töreleri / kuralları ayırır).³⁹

Daha ziyade Almanya'da 1930'lu yıllarda yaşanan deneyimlerin ışığında, 1945 yılı sonrasında iki ayrı hukuk felefi ortaya çıkmıştır: Hans Kelsen'in saf hukuk kuramı ile Gustav Radbruch'un hukuk felsefesi.⁴⁰ Birincide hukuk bilgisi, hukukun ne olduğunu irdeler ve hukukun ne olması gerektiğinin dışarıda bırakılması gerektiğini savunur; böylece, bir normlar kuramı olarak hukuk normlarının sonuç-

³⁶ Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 100.

³⁷ Özkök, Gülriz, *Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine*, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 13.

³⁸ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 7.

³⁹ Seviğ, Vasfi Raşid, *Borçlar Hukuku ve İktisat*, AÜHFD, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 230.

⁴⁰ Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü"*, TBB, S. 56, 2005, s. 168 vd.

larıyla ilgilenilmemesi gerektiği anlayışını benimser.⁴¹ “Adalet” ögesi- ne dayalı ikinci yaklaşım ise, her pozitif yasanın –kendi içeriğine bakılmaksızın- belirli bir değer taşıdığını; ancak, adaletin amaçlanmadığı bir yasanın yalnızca “yanlış hukuk” değil, daha ziyade “her türlü hukuk olma doğasından yoksun” olmakla malûl kalacağını savlamaktadır.⁴²

Nitekim hukuksal pozitivizmin Alman hukukunda eski dönemlerde reddedilmesi bağlamında, bir Alman Federal Mahkemesi kararına atfen bu yöndeki bir değiniye yer vermek isabetli olacaktır. Buna göre, göçmen Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel oluşturan İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına İlişkin 11. Tüzüğün, hukukun temel ilkelerine açıkça aykırılığı nedeniyle “yasaya uygun haksızlık” olarak nitelendirilmesi sözkonusu olmuş ve “bu normun pozitif hukuk üstü hukuka aykırılığına dayanarak” geçerliliğinin bulunmadığı kararına varılmıştır.⁴³ Ayrıca, Nazi döneminde yasaların –sonuçlarına bakılmaksızın- olduğu gibi uygulanması yaklaşımı benimsenmekle o dönem yargıçlarının ahlaki olmayan şeyler yaptıkları yönünde görüş ileri sürenler de bulunmaktadır.⁴⁴

Giderek Radbruch’un⁴⁵ deyişiyle “hukukun yalnızca ne olduğunu ve nasıl olduğunu ortaya koymakla hukuk güvenliğini tek başına gerçekleştirmekten uzak kalan”⁴⁶ saf hukuksal yaklaşımın, sadece konuya ilk bakışın içeriği kapsamında etkinlik sağlayabileceği ve bu bakımdan önem atfedilmesi gerektiği, ancak hemen akabinde bu noktada varılan sonuçların bir de ilaveten yöntem bağdaştırmacılığına uzanmak suretiyle varılacak sonuçlar karşısında değerlendirilmesi gerekliliği bulundu-

⁴¹ Bkz. Aktaş, Sururi, Pozitif Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon, AÜ-EHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 264, 265.

⁴² Bkz. Ökçesiz, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü”*, op. cit., s. 168 vd.

⁴³ Bkz. 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, s. 66, 67.

⁴⁴ Bkz. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, op. cit., s. 616-619.

⁴⁵ Radbruch, aslında Nazi dönemine kadar pozitivist görüşü benimsemekteydi; ancak, anılan dönemde yaşananlardan sonra görüşlerinde değişiklikler meydana gelmiş ve pozitivist anlayışın yetersizliğine değinmeye başlamıştır (bkz. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, op. cit., s. 616.

⁴⁶ Bkz. Ökçesiz, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü”*, op. cit., s. 169.

ğu savlanabilir. Zira, "... şimdiye kadar geliştirilen bütün yorum yöntemleri daima sadece bir olası, fakat hiçbir zaman tek başına doğru bir karara ulaşmayı sağlayamaz."⁴⁷

Dolayısıyla, kanımızca, burada zikredilen her iki yaklaşımdan da yararlanılabilmesi gerekir. Nitekim idare hukukundaki "polis" kavramı üzerinde serdedilen farklı yaklaşımlar bağlamında Derbil'in bir ifadesi, bu meyanda dikkat çekiyor. Buna göre;

"... birbirine uymayan iki fikirden birisinin mutlaka yanlış olması gerekmez. Böyle fikirler çok kere birbirini bütünleyebilir. Biri meselenin bir cephesini, öteki diğer bir cephesini aydınlatabilir. Tek bir fikre saplanıp "yalnız bu vardır" demek her zaman doğru olmaz; "bu da vardır" demek daha yerinde olabilir. Böyle bir zihniyet karşımıza çıkan meseleleri her vecheden kavramamıza yardımcı olabilir."⁴⁸

Gerçekten, öğretilerdeki bir görüşte değinildiği üzere;

"... belki de yapmamız gereken şey, tarihsel/sosyolojik verilerden hareketle hukukun gerçekte hangi işlevi yerine getirmek (hangi toplumsal/insani ihtiyaçları karşılamak) üzere var olduğunu kavramaya çalışmak olmalıdır."⁴⁹

Nitekim bu yoldaki yaklaşıma genel anlamıyla bir destekleyici savı ortaya koyan öğretilerden bir görüşte, şu kanaate varılmaktadır: "İdeal bir hukuk sisteminden beklenen bütün sosyal durumlar karşısında hem net bir etkinliği, hem de işlevsel ve amaçsal olanın gerçekleştirilmesini sağlamaktır."⁵⁰ Nihayet, pratik bir hukuk sorununa yaklaşımda hukuksal yöntem olarak çok sayıda aşamayı öngören yaklaşımların⁵¹ da yargımızı desteklediği söylenebilir. Bu bağlamda, keza Dilthey'e göre de;

⁴⁷ Kelsen'den aktaran: Adomeit, Klaus, *Hukuki Yöntem*, (Çev. Altan Heper), HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004, s. 43.

⁴⁸ Derbil, Süheyp, Polis Kavramı, *AÜHFD*, C. 1, S. 4, 1943, s. 475.

⁴⁹ 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, s. 79.

⁵⁰ Işıktaç, 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).

⁵¹ "Hukuku bulgulamanın 12 işlem modeli" adı altındaki bahse konu yaklaşım için bkz. Adomeit, *Hukuki Yöntem*, op. cit., s. 48.

“... beşeri bilimler, yazılı metinlere yönelişinde öncelikle filolojik anlam eleştirisi yapmalı ve daha sonra da belli bir dönem ya da çağ için yüklendikleri tinsel anlamları ortaya çıkarmalıdır.”⁵²

Bu bağlamda Bentham’ın ifadeleri açıklayıcı olmaktadır. Bentham’a göre, hukuk hakkında bir şey söyleyecek olan herkesin, *açıklayıcılık* ve *denetleyicilik* gibi iki niteliği belirir. Bunlardan birincisi, hukukun ne olduğunu söylerken, ikincisi hukukun ne olması gerektiğini irdelemeye matuftur.⁵³ Böylece, yukarıda değindiğimiz “*her iki yaklaşımdan da yararlanmak gerekir*” yollu ifademizin, buradaki görüşle uyuştuğunu ve desteklendiğini söyleyebiliriz.

Nihayet, bu yaklaşım bağlamında bir ilave boyuta daha değinmek gerekirse; öğretilerdeki bir görüşte belirtildiği üzere, hukuksal pozitivizme yönelik eleştirilerin “*kısmen*” yanlış algılamalara dayandığı savlanabilir.⁵⁴ Buna göre, hukuksal kavramların incelenmesi ile hukuk kökenine ve ahlaki değerlere ilişkin tartışmanın birbirinden ayrı tutulmasını savunan pozitivist yaklaşım, bunların mutlaka *birbirini etkilememesi anlamına gelmez*. Bu görüşe göre;

“Açıktır ki, ayrı tutmak ile birini var sayarken diğerini yok saymak birbirinden farklı şeylerdir... (Nitekim,) pozitivistler, dönemlerinin hukuk anlayışına en radikal eleştirileri getiren insanlar olarak tarihe geçmişlerdir; hem de ahlak, felsefe ya da din adına.”⁵⁵

⁵² Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 94 (alıntı yapılan metindeki atflara yer verilmemiştir).

⁵³ Bkz. Uzun, *İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin*, op. cit., s. 6, 7.

⁵⁴ Bkz. Leiter, Brian, *The Radicalism of Legal Positivism*, 8 Mart, 2010 tarihli taslak, s. 1-11 (<http://ssrn.com/abstract=1568333>). Yazara göre, hukuksal pozitivizmin “karikatürize” edilerek yanlış biçimde “formalizm” ile eşanlamli algılanması ve yargıçların yasa koyucunun vazettiği kuralları -sonuçları ne olursa olsun- “yazıldığı şekliyle” uygulayacakları yönünde getirilen eleştiriler isabetli değildir (bkz. a. g. e., , s. 1). Yine, yazara göre, Alabama’da 1950’lerdeki ırk ayrımcılığı gibi “geçerli / pozitif kurallar”ın varlığı durumunda, yargıcın bu ahlaka aykırı normlara itaatsizliği esastır; ne var ki, Alabama’da bir hukuk düzeninin varlığı ile bunun “iyi / adil” bir hukuk düzeni olup olmadığı, birbirinden farklı iki husustur (A. g. e., s. 4, 5).

⁵⁵ Uzun, *Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*, op. cit., s. 345. Yabancı literatürde de bu hususa değinildiği görülüyor. Buna göre, eşcinselliğin cezalandırılmaması yönündeki düzenlemenin getirilmesinde hiç bir entellektüel Hart kadar çabalamamıştır; yine, İsraili Raz, ülkesinin Flistinlilere kötü muamelesini ve diğer insan haklarını yermekte önde gelen kişilerden olmuştur (bkz. Leiter, *The Radicalism of Legal Positivism*, op. cit., s. 5, 6). Hart da aynı görüşü dile getiriyor ve Bentham ve Austin’in

Nitekim, benzer bir görüşe daha rastlıyoruz. Buna göre;

“Kelsen’in haklı olarak gösterdiği gibi bu tartışma gereksizdir; zira bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak zorunlu değildir. Hukuki bilginin bu iki dalı arasındaki ayırım bir iş bölümünden ibarettir. Bunlar, birbirlerine rakip olmaktan ziyade birbirlerinin tamamlayıcısıdır. Her ikisinin de kendine has bir varlık sebebi vardır. Hukuk felsefesi hangi ilkelerin kabul edilmesi gerektiği sorusuyla uğraşır. Bu sorun adalet ile, dolayısıyla etik veya ahlaki felsefesiyle ilgilidir. Buna karşın, hukukun genel teorisi fiilen olan hukuku inceleyen. Amacı pozitif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tesbit etmektir.”

Zeki Hafizoğulları’na göre de hukukun genel teorisi yaklaşımı hukuk felsefesi yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Hatta hukuk deneyinin tam bir bilgisine varmak için değişik yaklaşım biçimleri gereklidir.”⁵⁶

Öte yandan, hukuku sadece hukuksal normların dar kalıbında çözümlenmeye çalışmanın, bir filozofun *“kendi saçlarından çekerek boğulmayı ummak”* şeklindeki benzetmesini anımsattığını ileri süren öğretiden bir görüşte, giderek daha ayrıntılı bir analizle aşağıdaki isabetli yargılara varılmaktadır:

“(H)ukuku yalnızca norm ile açıklayan ve/fakat onun ardındaki ikincil düzey hukuksal yapılara yol açan sosyolojik ve siyasal faktörleri ilgi alanı içine almayan..., hukuku yine salt hukukla anlamaya, ona yine ve yalnızca onun içinden bakmaya endeksli (bir) yöntem, idare hukukunu da o alana ilişkin normlarla bir tekabülîyet ilişkisi içerisinde görmekte. Bu biçimci ve kavramcı ekol, burada da (yani idari yargı kararlarının uygulanmaması sorununda) sorunun teşhisi ve ait olduğu alanın belirlenmesinde yetersiz kalmakta... Mills’e başvurursak, “sistemik, ama sadece kavramsal alanda sistemik bir çalışma yapmak; bundan ileriye gitmemekte ısrar etmek sosyal bilim çalışmalarında sadece biçimsel ve ‘merasim düşkünü’ bir tutumun sonucu sayılmalıdır. Böylesi bir yaklaşım, bizi salt tezahürler düzeyinin gündemine bağlamakta, münferit gibi görünen konular hukuk düzeninin yapısal bütünlüğünden ve bu bütünlüğü etkileyen faktörlerden bağımsız olarak ele alındığın-

“kuru hukuk analizleriyle” yetinmeyip, daha iyi bir toplum ve daha iyi hukuk düzeni / kuralları için “aşkla çabaladıklarına” değiniyor (bkz. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, op. cit., s. 596).

⁵⁶ Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 12 (alıntılanan kaynaktan atf yapılan eserlere burada yer verilmemiştir).

da da yalnızca kendine birşeyler söyleyen mikro analizlerle yetinme sonucuna varılmaktadır.”⁵⁷

Hukuk felsefesi disiplininin konuya bakışla görüşlerini ortaya koyan bir yazara göre de, “(h)ukuk, toplumdaki yalıtık değildir. Dolayısıyla toplumsal olanın farklı yönlerini ele alan disiplinlerle de ilişki içinde olmalıdır.”⁵⁸

Sonuç olarak geneli itibariyle konuya bakılırsa, Çin Cumhuriyeti’nin son zamanlarda uyguladığı ekonomik siyasanın “kapitalizm” mi yoksa “sosyalizm” mi sayılması gerekeceğine yönelik Çinli yetkililerin iyi bilindiğini sandığımız yanıtı dikkat çekmektedir: “Kedinin ak veya kara olması değil, fare tutabilmesi önemlidir”.⁵⁹ Buradan ilhamla değinirsek; öğretide ortaya konulan yaklaşımların, kendi başına kategorik bir mutlak değerinden bahsetmenin güçlüğü ortadadır: Toplumsal gereksinimlerle veya toplumdaki gerçekliklerle bağdaşmayan bir hukuksal kuram veya yaklaşıma itibar etmenin veya bunda üstelik ısrar etmenin anlamlı sayılamayacağı açıktır. Bu bağlamda, 1991 yılında ekonomi dalında Nobel ödülünü alan Ronald Coase’nin, Hazlett’in “siyasi görüşlerinizi hangi temele oturtuyorsunuz” sorusuna verdiği “(h) içbir siyaseti sonuçlarının ne olduğunu düşünmeden reddetmem”⁶⁰ yanıtı, yaklaşım bakımından hukuk alanına gerekli aydınlığı getirmeye aday gösterilebilir.

Aksi durumda, münhasıran saf hukuk anlayışıyla hareket eden yaklaşımların sağlıklı sonuçlar vermeyeceğini savlamak mümkündür. Öğretide bu anlamda hukuksal kavramlar irdelenirken kavramların hangi ortamda, neden ve ne şekilde ortaya çıktığına yahut hangi aşamalardan geçtiğine göz atılmasının bu yaklaşım sahiplerince garipsen-

⁵⁷ 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, s. 166, 167.

⁵⁸ Karakaş, *Hermeneutik ve Hukuk*, op. cit., s. 105.

⁵⁹ Bkz. *Kitabın Adı Budur – Tan Oral Kitabı*, (Nehir Söyleşi: Aydın Engin), T. İş Bankası Yayını, İstanbul, 2006, s. 501.

⁶⁰ Bkz. Hazlett, Thomas W., R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, içinde *Piyasa Dergisi*, S. 9, Ankara 2004, s. 78.

mesinde⁶¹ isabet bulunmadığı, kanımızca uygulamadan örneklere bakıldığında rahatlıkla görülebilecektir.⁶²

Nitekim ülkemizde idare hukuku öğretisine önemli katkı sağladığını düşündüğümüz Derbil, eski dönemlerde idare hukukunun meri mevzuatı ve mahkeme içtihatlarını birebir ele alarak, madde madde açıklama yoluna gittiğini, buna karşın “*zaman, mekan ve ihtiyaç bakımlarından muhakeme, mukayese ve tenkit*” yönteminin daha yerinde olacağını belirtmekteydi.⁶³ Bu yaklaşımın sadece eski dönemlere arız olduğunu sanmak, idare hukukumuz açısından ferahlatıcı olurdu. Oysa günümüzde de benzeri yaklaşımların sergilendiğini ileri sürmek, mutlak bir yanlışlık içerisinde olmaktan –ne yazık ki– beridir (bu yönde örnekler için bkz. aşağıda 69 no.’lu dipnot). Sözgelimi, imtiyaz kavramı, öğretinin içtihatlardan birebir ilkeler çıkarma yanlışlığının günümüzde de sürdüğüne verilebilecek örneklerden sadece birisidir.

Anayasa hukuku bağlamında konuya bir örnek yargı kararını ele alarak değinmek yararlı olabilecektir. Anayasa Mahkemesi (AYM)’nin bu kararı, oyun kağıtlarında devlet tekeli kılınmış olması ve bu tekel sahibi tarafından tedarik edilenler dışındaki oyun kağıtlarını kullananların kaçakçılık suçu işledikleri gerekçesiyle hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmaları; buna karşılık, kaçak mal ithalini gerçekleştirenlerin yine kaçakçılık suçunu işlemiş bulunmalarına rağmen bu defa para cezasıyla tecziye edilmelerinin Anayasa’ya uygunluğu sorunu bağlamında gündeme gelmiştir.⁶⁴

⁶¹ Örneğin, bkz. Ulu, Güher, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (Kitap İncelemesi), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 406 vd.

⁶² Bu konuda özellikle imtiyaz kavramının ve keza kamu borçlanma sözleşmelerinin hukuksal niteliğinin öğretilde yanlış biçimde ele alındığı ve kavrandığı hususundaki görüşümüz için bkz. Çal, Sedat, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 38-93; Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi, *AÜSBFD*, C. 63-4, s. 89-134 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>) (ilk kavram bakımından) ve Çal, Sedat, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 63-64, Kasım-Aralık 2009 (ikinci kavram bakımından).

⁶³ Bkz. Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. VI.

⁶⁴ 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).

Bu konunun Anayasa'ya aykırılığının değerlendirilmesi, kaçınılmaz olarak, devletin gelir amaçlı tekel kılmasıyla öngörülen amaç ve bu çerçevede konuya ilişkin bir ekonomik analizi gerekli –ve giderek zorunlu- kılmaktadır.⁶⁵ Verilen “*hürriyeti bağlayıcı ceza*”nın öngörülen amaca uygunluğu ise, sosyolojik bir bakış açısını –yardımcı veya destekleyici değerlendirme unsuru olarak- kullanmayı elzem kılmaktadır.⁶⁶ İşte, bu örnek karar itibariyle de ortaya çıktığı üzere, sadece “*saf anayasa hukuku*” anlayışı bağlamında konuya yaklaşılmasının ne denli önemli bir eksikliğe yol açabileceği hususu –özellikle ve öncelikle- düşünülme gerekir.

Özetle, kanımızca yukarıdaki tesbitlerin yerindeliğinden öte daha önem taşıyan husus, hukukun analitik irdelenmesini, hukuksal kural- ların neden çıktığını ve hangi gereksinimi karşılamak amacıyla konul- duklarını, bir başka deyişle toplumdaki hangi “*çıkar dengelerini*” veya “*korunması gereken menfaatler dengesine yöneldiğini*” belirleme gereğinde yatmaktadır.⁶⁷ Aksi durumda ise, yanlış algılamalara ve yargılara var- ma tehlikesi doğabilecektir.

Bir varsayımsal örnek kurgu yaratarak, bu savımızı açıklamaya çalışalım: “*Halka açık bir parkta, henüz boyanmış bulunan ahşap bankta- ki boyanın kurumamasından ötürü bankta oturanların giysilerine bulaşma-*

⁶⁵ Karara muhalif kalan ve Sayıştay kökenli olmakla konuya hakimiyetinin çok daha fazla olduğu gözlenen AYM üyesi Mehmet Çınarlı'nın karşıoyunda ise, fevkalade isabetli gördüğümüz bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir:

“*Bin liralık tekel maddesi kaçakçısı 8 seneden 12 seneye kadar ağır hapis ve ayrıca ağır para cezasına çarptırılma durumu ile karşı karşıya bulunurken, 30 milyonluk diğer eşya kaçakçısı sadece ağır para cezası ödemekle kurtulacaktır. Kanunun toplu kaçakçılık saydığı bir suçta işleyen iki kişi arasında, ceza uygulaması bakımından, bu kadar büyük bir farklılık yaratılmasında, daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarında varlığı şart koşulan, “haklı bir sebebi” bulmak mümkün değildir. Tekel maddesi kaçakçılığı da, gümrüğe tabi diğer eşya kaçakçılığı da, sonuç olarak, devlet gelirlerini ziyana uğratmaktadır. Bazı maddelere tekel uygulanmasının, devlete gelir sağlama dışında, daha büyük, daha önemli sebepleri bulunduğuna inanmak bugün son derece zorlaşmıştır. Mesela, sağlığa ayın derecede –hatta daha fazla- zararlı bazı maddeler tekel dışı- na çıkarılmışken, tekel uygulamasında toplum sağlığı endişesini aramak ve tekel maddesi kaçakçılarında ötekilerle kıyaslanamayacak kadar ağır bir ceza verilme- sini bu sebeple haklı görmek imkansızdır.” (“*Vurgu*”, tarafımıza aittir.)*

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cooter, Robert / Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3. Bası, Addison Wesley Longman Yayınevi, 2000, s. 3.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Hırş, Ernest E., *Pratik Hukukta Metod*, (Genişletip değiştirerek işle- yen: Volf Çernis), 4. Tıpkı Basım, BTHAE, Ankara (tarihsizdir) s. 90.

sı nedeniyle, gerekli önlemleri almayan idarenin hizmet kusuru tahtında sorumluluğuna” hükmeden bir varsayımsal idari yargı kararına atfen, öğretinin sözgelimi aşağıdaki gibi bir çıkarımda bulunması tehlikesi belirebilecektir:

“İdarenin kamusal alanlardaki banklardan dolayı sorumluluğuna hükmedilebilmesi için;

a. Kamusal alanda kullanıma sunulan **ahşap** bir bank bulunması;

b. Bu bankın henüz boyanmış durumda bulunmasına karşın, boya kuruyana değin bankın kullanıma açılmamasını teminen idarece gerekli önlemlerin alınmaması; ve

c. Bundan dolayı bir zarar doğmuş olması

koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.”

Oysa, açıktır ki, kurgulanan örnek olayımızdaki konunun esası, bankın “**ahşap**”tan yapılmış olmasında değil; “henüz kurumamış” durumdaki, yeni boyalı bir banka ilişkin olarak halkın zarar görmemesi amacıyla idarenin gerekli önlemleri alması gereğinde düğümlenmektedir. Hukuksal değerlendirmesinde bu analitik kurguyu gözden kaçırmanın bir yaklaşım, doğal olarak “bankın **mutlaka ahşaptan** yapılmış olması” gibi yanlış bir yargıya varabilecektir.⁶⁸

⁶⁸ Bu varsayımsal örneğimiz, aslında kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarına yönelik olarak idare hukuku öğretisinde ileri sürülen yaklaşımlarla neredeyse birebir örtüşen bir analogik niteliktedir. Sözgelimi, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinin eski devirlerde doğrudan halka sunulan hizmet karşılığında toplanan gelirle finanse edilmesinden yola çıkan bir yaklaşımla, halka doğrudan hizmet verilmesi ve bunun yerine aynı hizmetin bir kamu kuruluşuna sunulması durumunda, keyfiyetin kamu hizmeti imtiyazı sayılamayacağı gibi örnek görüşler bulunmaktadır (bkz. Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 1080, 1081). Yine, imtiyazcının bir kamu hizmeti imtiyazı örneğinde kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere faaliyet gösterdiğine yönelik belirlemeden –tam da Derbil’in eleştirdiği şekilde (bkz. yukarıda 64 no.’lu dipnotta alıntılanan görüş)- birebir “idare hukuku ilkesi” çıkaran öğretisi, hizmetin uzun süreli olarak devlete satılması yoluyla tüm temel risklerin devlete yüklendiği durumlarda, bu konuyu kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelendirmeme yoluna gidebilmektedir (bkz. a. g. e.,. Nitekim yazara göre, “... idarenin karı garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancıdır”) (alıntılanan bu görüşün eleştirisine ileride 137 no.lu dipnotun bulunduğu paragraf ve devamında yer verilmektedir)).

Nitekim, öğretime göre;

“(y)orum ve yaşayan hukuk açısından kavramlara ilişkin bilimsel tartışmaları, yargılama hukukunun tekniği ve içtihatların içine hapsedmek, orada dondurmak, onları yalnızca yoksulaştırır. Kavramların bugüne ilişkin vurgusunu ve tarihsel özünü, çifte bağını olarak görmek gerekir. Bu özü belirlemede her kavramın tarihi bir araçtır. Eğer bilimsel bir gelenekten bahsedilecek ise aksi durum, yani kavramın yalnız içeriği ile ilgilenmek gerektiği iddiası, çalışmaları amatör bir düzeyde bırakır.”⁶⁹

Kaldı ki, öğretime değinildiği üzere;

“... değer ögesinden soyutlandığı normun salt emir ögesini benimseyen yaklaşım doğrultusunda biçimci hukuk anlayışı, biçimsel demokrasi oluşumunun başlıca nedenlerinden biri konumundadır.”⁷⁰

Yasanın yaratıcısının gerçeklik değil ve fakat otorite olduğu anlayışından hareket eden hukuksal pozitivizmin⁷¹ demokrasi bağlamında doğurduğu olumsuz sonuca değinen bir başka görüşte, daha çarpıcı bir ifadeye yer verilmektedir:

“Bugün, Türkiye örneğinde bir kısım hukukçuların öncülüğünde ulusal egemenlik-parlamento-yasa özdeşliği sağlanarak yaratılan siyasi iktidar fetişizmi ve yargı düşmanlığı, hukuk devletine giden yolda birkaç yüzyıldır alevli bir şekilde yaşanan doktriner tartışmalardan bihaber görünüyor.. Sorun; si-

Yine, sözcüğü, altyapı faaliyetlerinin özel girişimciler eliyle ve idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde sunulmasına yönelik yap-ışlet-devret (YİD) modeli uygulamalarının gündemi yoğun biçimde oluşturduğu dönemlerde konuyu irdeleyen Danıştay mensubu bir yargıcın eserinde, anılan model tahtındaki “ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar” ögelerinin “modelin gereği” olarak öne sürüldüğü görülmektedir (bkz. Polatkan, Vahit, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Ankara, 2000, s. 57, 58). Oysa bir faaliyetin anılan modelle gerçekleştirilmesi ile sözü edilen iki öge arasında bir zorunluluk ilişkisinden söz edilemez (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 152-155).

İşte, tüm bu örneklerde, analitik inceleme yetersizliği veya eksikliği nedeniyle “kavramların künhüne vakıf olamama” şeklinde betimlenebilecek bir keyfiyetin belirdiği savlanabilir.

⁶⁹ Akkaya, Rukiye, Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 155.

⁷⁰ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 40.

⁷¹ Bkz. Caniklioğlu, Meltem Dikmen, Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri, *DEÜHFD*, C. 10, S. 1, 2008, s. 30.

yasi iktidarın yasalar yoluyla çoğunlukçu baskı yaratabilme potansiyelidir ve kanun fetişizmi ile beslenmektedir.”⁷²

Bu meyanda, bir önceki paragrafta alıntılanan yazarın değindiği çarpıcı bir belirlemeye daha yer vermek yerinde olacaktır. Buna göre:

“Kelsen’in somut gerçekliğe “aşkın mantıksal” yaklaşımı ya da biçimci hukuk” anlayışı doğrultusunda norm, içeriğinden (ahlak, mantık, adalet, sosyal gereksinim vd.) bağımsız ve emredici bir anlamdır görüşündeki belirleyicilik, günümüz Türkiye’sinde yaşanan birçok olumsuzluğa da anlaşılabilirlik kazandırmaktadır.”⁷³

Yine, öğretide daha eski tarihlerden günümüze dirayetle uzanan bir başka görüşe göre;

“Hukukçu her hangi bir maddeyi tatbik ederken tefsir ameliyesini... ilmî biçimde yapmalı ve bulduğu tefsir normunu mantıkla da isbat edebilmelidir. Neticenin maddenin lafzına veya ruhuna ve yahut menfaatler vaziyetine uyduğunu iddia etmek kafi değildir. İntihap edilen tefsir şeklinin hangi sebeple-re binaen daha elverişli olduğu isbat edilmelidir. Bu isbat mantıki ve ikna edici olmalıdır.”⁷⁴

Yaklaşık olarak aynı dönemlerden bir başka görüş ise, idare hukukunun duayeni “bilge” Onar’dan gelmektedir. Onar’ın ifadesiyle;

“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”⁷⁵

Öğretiden –benzer biçimde konuya yaklaşan– bir diğer görüşteki ifadeye göre de; “(h) iç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir.”⁷⁶

Yine, eski dönemlerden bir değerlendirmeye göre;

⁷² A. g. e., s. 33

⁷³ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 39.

⁷⁴ Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, AÜHFD, C. 1, S. 1, 1943, s. 137.

⁷⁵ Bkz. Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. XII.

⁷⁶ Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 8.

“(i)limde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin göremediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştirak ettikleri sebeplerle –halkalarını birbirinden ayırmak kabil olmayan– ince bir zencir teşkil eder. Bir ilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir.”⁷⁷

Bir bakıma, idare hukuku bakımından kavramlar ve ilkeler ele alınırken idare hukukunun dar teknik yaklaşımla incelemesine gidilmesi gerektiği –böylece– söylenebilir. Öğretiden bir görüşte de değinildiği üzere;

“(d)isiplinin “dışarı” ile kapısını kapatmayan bu yöntem sayesinde... idare hukukunun kendi içine kapanmasına engel ol(unabilecektir). (Böylece) alanın kavram, ilke ve kurallarının varlığı ve değerleri kendinden menkul olmaktan çıkar, sorgulanmaya, anlaşılmaya ve dönüştürülmeye açık hale gelir... (Zira s)af ve kendinden menkul hukuki kavramlar yoktur... (Bu durumu dikkate almaksızın “ö)tesi” ile arasına geçilmez duvarlar koyan hukuk, kendi içine kapanmakta (ve) gittikçe teknik, kısır, anlaşılmaz ve anlamaya yönelik araçlar üretemez hale gelmektedir... (Ne var ki, d)isiplini yer aldığı bağlamından kopararak herhangi bir bütünsel yaklaşım geliştirmeden salt teknik hukuki araçlarla, bunların işleyiş ve sorunlarıyla uğraşanların, dönüşümler karşısındaki tavırları da sağlıklı olamaz... (Esasen, d)isiplin içinde yer alan teknik hukukçuların, alanların dönüşümünü algılayıp yorumlamaları ve yeni bir inşa sürecine girmeleri (de) genellikle mümkün değildir.”⁷⁸

Yine, bilge Onar’ın ifadesiyle;

“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”⁷⁹

Bu meyanda, yine Onar’a atfen değinmek gerekirse;

“... idare hukukunda her kavramı evvela kendisini doğuran siyasal, sosyal ve iktisadî neden ve etkenler bakımından tahlil etmek ve açıklamaya çalışmak en uygun yöntemdir.”⁸⁰

⁷⁷ Musliheddin Âdil (*Mukayeseli Hukuku İdare*, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933)’den aktaran: Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 102.

⁷⁸ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 2.

⁷⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. XII.

⁸⁰ A. g. e., s. 119.

İdare hukuku öğretisinde varılan yargıların sosyal gerçekliği ne denli kavradığı yolunda yeterli çabanın gösterilmemesi, belki kuramcılarının uygulamada ne olup bittiğiyle yakından ilgilenmek hususundaki çaba eksikliğinden, belki de içinde buldukları görece kapalı çerçevenin sınırlarını zorlamamaları nedeniyle ortaya çıktığı savlanabilecek –Ward’ın değindiği- “yakınlık hatası”ndan⁸¹ kaynaklanmaktadır. Nitekim, bu bağlamda dikkat çeken bir tesbit, Fuller’den geliyor. Buna göre, “olan hukuk”la ilgilenildiği kadar “olması gereken hukuk”a ülfet gösterilmemesi, her türden yargılama etkinliğinde karmaşa yaratacaktır; lâkin, bu karmaşa en çok idare hukuku alanında zirveye varmaktadır.⁸² Öğretinin, ülkemizdeki durum bağlamında bu tesbite özellikle kulak vermesinde büyük önem vardır kanısındayız.

Hemen bu noktada, Frank’ın hukuk fakültelerinde öğretim üyelerinin büyük kısmının beş-on yıl sürelerle uygulamada yer almış olanlar arasında seçilmesi yönündeki önerisinin dikkat çektiğini de ayrıca belirtelim.⁸³ Nitekim, idare hukukumuz bakımından kaynak oluşturan Fransız öğretilerinden Sfez’in, bu gerekliliğe daha 1970’lerde değindiğini görüyoruz. Buna göre, Fransa’da yeni bir “ekonomik yargı” kurulması ve aynı zamanda iktisatçı, hukukçu ve sosyolog olan yeni bir yargıç tipinin yaratılması gereği bulunmaktaydı.⁸⁴

Yine, hukukumuz açısından dikkate alınmasında yarar bulunduğu savlanabilecek bir diğer görüşteki ifade içerisinde ise;

“... günümüzde hukukçuların, doktrinin dar ve katı kalıplarını terk etmeyi göze alarak, hukukun hayata geçirilmesinde devreye giren hukuk alanı dışındaki etmenleri daha fazla dikkate aldığı, en azından gelişmiş ülkelerin bazılarında bunun böyle olduğu”⁸⁵

ileri sürülmektedir.

⁸¹ Bkz. Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. 119.

⁸² Bkz. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, op. cit., s. 648.

⁸³ Bkz. Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHF Yayını, Ankara, 1967, s. 96.

⁸⁴ L. Sfez (l’Administration prospective, A. Colin, Paris, 1970, s. 199)’den aktaran: Tan, Turgut, *Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, S. 2, Haziran 1975, s. 49.*

⁸⁵ İnsel, Ahmet, İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2005 (www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113) (“*vurgu*”, tarafımıza aittir).

Şu halde, Kelsen'in ileri sürdüğü saf hukuk kuramı uyarınca "özellikle sosyoloji, felsefe, etik, politika vd. hukuk alanının dışına sürülerek"⁸⁶ "saf hukuk" anlayışı içerisinde hukuksal kavramlara yaklaşılmaması ve böylelikle "kendisine yabancı tüm unsurlardan kurtulması"⁸⁷ önerisinin kabul edilmesi, aksi yönde hareket edilerek hukuk felsefesi veya tarihsel açılardan kavramlara yer verilmesi durumundaysa "kötü bir tarihçi", "kötü bir siyasal bilimci" ve "kötü bir felsefeci" nin ortaya çıkacağı yaklaşımının benimsenmesinde⁸⁸ isabet görmek zorlaşmaktadır. Bununla beraber, idare hukukumuz bakımından ülkemizde "saf hukuk" anlayışıyla örtüşen bir hareket tarzının izlendiğine yönelik öğretilerde tesbitler yapıldığı hususunu burada hemen zikretmekte yarar vardır. Buna göre;

"(k)amu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır."⁸⁹

İdarenin kamu parasını harcadığı faaliyetlerinde işleri ihalesiz görmesiyle ilgili olarak kimi çarpıcı örneklerle atfen konuya eğilirsek,⁹⁰ disiplinler arası ilişkinin gerekliliğine yönelik savımızı daha iyi ortaya koyabiliriz düşüncesindeyiz: İdarenin milyarlarca lira hacmine varan bayındırlık yapım sözleşmelerinde ihaleye gitmemesi hususu idare hukukçularınca değerlendirilmek durumunda kalındığında, "teknik hukuk" yaklaşımıyla konuya eğilmek nasıl mümkün olabilecektir veya nasıl olup da sağlıklı bir hukuksal analize yer verebilecektir? Şayet, sadece idarenin bu etkinliğinde idari işlemin ("amaç" dışındaki) yetki vbg. unsurlarının ele alınması sözkonusu olacak ise, varılacak sonuç nasıl olup da makul ve mazur gösterilebilecektir?

Sözgelimi, idare hukuku kuramcıları imtiyaz sözleşmelerinde idarecinin imtiyazcayı seçimi konusunda takdir yetkisine sahip kılınması gerektiğini ileri sürerken ve Fransız idare hukuku kaynaklı mahut *intuitu personae* kavramına bu bağlamda neredeyse hiç sorgusuz dayanırken, bu durumun kamu hizmetinin gerektiği gibi görülebilmesi ba-

⁸⁶ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 13.

⁸⁷ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, op. cit., s. 17.

⁸⁸ Bkz. A. g. e., s. 273.

⁸⁹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

⁹⁰ Atfı yapılan örnekler için bkz. Çal, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, op. cit.

kımından bir zorunluluk olduğu⁹¹ ve keza idarenin imtiyaza konu hizmetin özel girişimciler eliyle görülmesinde sorumluluğunun devam edeceği⁹² gibi –kanımızca ilintisiz– savlarını ortaya koymaktadır.⁹³ Öğreti, işte tam bu noktada, idarenin faaliyetlerini yürütürken bu gereksinimi duyduğu kanısına nasıl ve neye dayanarak varabilmektedir? Öğreti, genel olarak üniversite kürsüsü sınırlarında işteğal eylediğine ve idari yapıda –ayrık örnekler dışarıda tutulursa– görev almadığına göre, bu eksikliği veya gereksinimi nereden –ve nasıl– teşhis edebilmektedir?

Açıktır ki, toplumda kamu hizmetleri görülürken bu yönde bir eksiklik doğduğunun belirlenebilmesi, eskilerin “*hissi kablel vuku*” deyişinin ortaya koyduğu gibi bir metafizik intikal yoluyla gerçekleşmez; yahut, deyiş yerindeyse “*gökten zembille inmez*”. Buradaki keyfiyet, ancak –ve sadece– ya bir sosyolojik gözlem yapılmasına bağlıdır; yahut, idari yapı içerisinde görev almış olmakla birinci elden böylesi bir gereksinimin doğduğuna şahit olunmasını gerekli kılar. Nitekim, öğretiden bir görüşte değinildiği üzere;

“Hukuku uygulayacak, tamamlayacak hatta bizzat hukukun yaratılması faaliyetine katılabilecek olan hukukçunun, bu hususlarda başarı gösterebilme-

⁹¹ Örneğin, bkz. Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İmtiyaz Süreci*, op. cit., s. 1090-1093.

⁹² Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 334; Sızlı, Gülhanım Erol, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999, s. 51.

⁹³ Bu hususta ayrıntılı bir eleştiri için bkz. Çal, Sedat, “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine... (anılan makale, 2008 yılı sonlarında yazılarak yayımlanmak üzere değerlendirilmesi istemiyle AÜHF’ye sunulmuş, ancak dergi hakeminin yarıyıllık bir süreden sonraki (işbu çalışma içerisinde öyküsüne kısaca yer verdiğimiz) olumsuz raporu üzerine, bu kez Zabunoğlu Armağanı’nda yayımlanmak üzere 2009 yılı Haziran ayında ilgili düzenleme kuruluna iletilmiş, ancak söz konusu Armağan’ın aradan geçen –ilave bir yıllık süre boyunca yayımlanması konusunda herhangi bir gelişmenin ortaya çıkmaması üzerine geri çekilerek, yayımlanmasını teminen nihayet TBB Dergisi’ne sunulmuş olup, halihazırda hakem incelemesi aşamasındadır ve yazılmasının üzerinden bu yana geçen iki yılı aşkın süre içerisindeki “makus talihinin” bu “son girişim”le “son bulacağı” umulur). Öğretide değinildiği üzere, “(b)atılı kavramlar, alındıkları yerlerin özellikleri göz önünde tutulmadan aynen iktisap ve tatbik edildiğinden, ülkemizde uyumsuzluk göstermektedir” (bkz. Atalay, *Yabancılarla Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri*, op. cit., s. 409).

si için hukukun fonksiyonel bir izahundan haberdar olması lâzımdır ki bunu da ancak bazı sosyolojik hakikatleri öğrenmekle kazanabilir.”⁹⁴

Bundan dolayıdır ki, hukukçuların yasa koyucu tarafından belirlenmiş iradeyi hiç değiştirmeksizin uygulayacaklarını öngören saf hukuk kuramı,⁹⁵ eksik kalmaktadır. Kaldı ki, hukuk hakkındaki âmiyane bir bilgiyle, onun iktidar tarafından dilendiği şekilde yapıлып değiştirilebilen bir şey olduğu sanısı yanlıştır.⁹⁶ Keza, öğretilerdeki bir ifade içerisinde değinildiği üzere;

“... hukuku, içerdiği öğelerden bir tanesiyle (norm ile) açıklamaya çalıştığımız zaman; ahlaksal, sosyolojik, psikolojik, tarihsel vb. pek çok ögenin bileşimiyle varlığını kazanan bu sosyal gerçekliği açıklayamamış daha doğrusu yanlış açıklamış oluruz...”⁹⁷

İşte, bu gibi durumlarda sosyolojik gözlemleri veya idari faaliyet pratiği bilgilerini “dışarıdan” almakta sakınca görmeyen öğretinin, konu halkın idari işlemler karşısında ihalesiz işlemler dolayısıyla korunabilmesi bakımından imtiyazın tarihsel kökenlerine veya iktisadi boyutlarına yer vermeye gelince, bu yöndeki analizleri “saf hukuk” yaklaşımı dolayısıyla reddedilmesi olanağına nasıl olup da sahip olacağı, büyük bir muammadır. Şayet, saf hukuk yaklaşımını benimseyecek ve hukuk alanı dışındaki analizlere kulak asmayacaksak, böylesi bir anlayışa dayanıldığında öğretinin “hukuk dışı” alanlara müracaat olanağının ortadan kalkmış olması gerekmeyecek midir? İhalesiz işlemler dolayısıyla ekonomik dengelerin bozulması yönünde konuya göz atan bir yaklaşım, neden dolayı “iktisadi hukuk yaklaşımı” sayılarak reddedilecektir?

Tüm bu sorular –ve sorunlu alanlar– üzerinde ayrıntılı biçimde durulması gerektiği kanısındayız. Ancak, işbu çalışmada sadece idare hukukundaki bu yapısal sorunlara değinmeyi ve dikkat çekmeyi amaçlamakta olduğumuz veçhile, ortaya konulan bahsekonu hususların ayrıntılarına girilmeyecektir. Sadece kısaca değinmek gerekirse, hukuksal pozitivizm yaklaşımıyla bu meyanda aydınlığa ulaşma

⁹⁴ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. V.

⁹⁵ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 11.

⁹⁶ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. 119.

⁹⁷ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 11.

olanağı kalmıyor görünmektedir. Nitekim bir görüşe göre, yalnızca hukuk normlarına ilişkin genel bir bilgisel araştırmaya gidilmesi ve normların ayırdedici özelliklerinin araştırılmaması, giderek olgu ve değer arasına aşılmaz ayrılık konulması, norm üretme sürecini bilgisel alanın dışına çıkarmaktadır. Böylece, toplumsal ve siyasal olanın da ayrılması sonucuna yol açmaktadır. Hukuku oluşturan yapı, dolayısıyla, hukuk biliminin dışında bırakılmaktadır.⁹⁸

Sonuçta varılan nokta ise, hemen yukarıda değinildiği üzere, hukuk normları ve kavramlarının algılanabilmesi için gereken toplumsallığın (ki, “toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır”⁹⁹) göz ardı edilmesi nedeniyle hukuk alanındaki yetkinliğe darbe vurulması şeklinde tecelli ediyor görünmektedir.

II. Analitik İrdeleme Yoksunluğu ve Şekilci Değerlendirme Sorunu

Hukuksal yaklaşım açısından kuramsal çerçeveye yukarıdaki paragraflarda kısaca bu şekilde değindikten sonra, anılan kuramsal çerçeveye dolaylı yoldan ilgisi –belki– kurulabilecek bir başka hususa geçmek istiyoruz. Hukuk alanında, (Avusturyalı hukukçu Kelsen’in ortaya koyduğu¹⁰⁰) saf hukuk teorisi dışında tarihsel, felsefi yahut sosyolojik açılardan konulara yaklaşılabilir ve bunların her biri yine bilimsel nitelikte sayılır.¹⁰¹ Ancak, bilimsel yaklaşım olarak değerlendirilme-

⁹⁸ Bkz. 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, s. 98-101.

⁹⁹ A. g. e., s. 100.

¹⁰⁰ Kelsen’in anılan kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 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>).

¹⁰¹ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, op. cit., s. 161. Ancak, yazara göre, bu yaklaşımlardan tarihsel, felsefi ve sosyolojik olanları, bilimsel olsalar da, hukuk çalışması olmazlar. Bu görüşe kuşkuyla yaklaşıyoruz. Zira hukukun felsefeyle yahut sosyolojiyle bağlantısının ne ölçüde kurulduğuna bağlı olarak, ağırlığın ne denli birinden diğerine kaymakta bulunduğuna göre farklı değerlendirmelere gidilebilir kanısındayız. Giderek, önemle değinmek gerekirse, sözgelimi sosyolojik açıdan bir hukuksal kavramı irdelemek belki sosyoloji bilimi kapsamında kalacak bir bilimsel çalışma olarak değerlendirilebilir (bkz. İbid). Ancak, böylesi bir çalışmada

si olanağını göremeyeceğimiz yaklaşımlar da görülmektedir. Sözgelimi, bir hukuksal kavramın irdelenmesinde şekilci/formalist –yahut başka bir deyişle şabloncu– bir yaklaşım sergilenmesinin bu kapsam dahilinde değerlendirilebileceği savlanabilir.

Hemen aşağıda, hukuk teorisyenlerinin akademik işleyişteki uygulamalarında kimi zaman karşılaşılan bu hususa değinmeyi öngörüyoruz. Ancak, yeri gelmişken ifadeye cevaz verilirse, şekilci yaklaşımın akademik etkinlikler dışında –sözgelimi, özellikle devlet bürokrasisinde– dahi ziyadesiyle karşılaşılan bir tür “*hastalık*” olduğunu ayrıca vurgulamakta yarar vardır.¹⁰² Bu satırların yazarı, kamu bürokrasisinde geçirdiği görece uzun yıllar içerisinde –genellikle verimsizlik üreten- bu yollu çabalara türlü zamanlarda çokça şahit olmuştur; kaldı ki, kendisini bu hastalıktan ne denli bağışık kılabilirdiği de, doğrusu kuşkulu sayılsa yeridir. Yıllar öncesinden bir anekdot, bürokratik işleyişteki şekilciliğin vardığı noktaya ilişkin olarak buruk bir tebessüm yaratmaya elverişli bir uygulamayı aktarmaktadır. Buna göre, 12 Eylül sonrasındaki dönemde İstanbul Belediyesi yönetiminde resmi belgelerin birbirine toplu iğneyle tutuşturulmaları bakımından –belgeye iştirilen toplu iğnenin küçük yaralanmalara neden olmamasını teminen– iğnenin ufkî (soldan sağa) değil ve fakat yukarıdan aşağıya doğru raptetme yönünde kullanılmaması, bizzat –dönemin uygulaması

varılan yargılardan kavramların veya kuralların hukuk alanında irdelenmesi sürecinde yararlanılması, tamamen başka bir husustur. Dolayısıyla, “hukuksal saflık” adına bu tür bir yararlanmadan uzak kalınması, hukuk alanından uzaklaşılması bağlamında değerlendirilmemek gerektir. Hatta, bu tür bir yönetime gidilmesinin özellikle gerekli olduğu da savlanabilir, ki biz bu kanıdayız. Böylesi bir yararlanmadan yoksunluk durumunda ise, sözgelimi idare hukukunda imtiyaz kavramının öğretide bir türlü gerektiği biçimde kavranamayışı gibi, çok önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır (anılan eksikliğin uygulamada ne tür sorunlar doğurduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 361-407).

¹⁰² Şekilciliği bir silah veya mazeret gibi kullanma yaklaşımının, esas itibarıyla öze ilişkin değerlendirme yapma yetisinde eksiklik duyumsandığı durumlarda bir kurtarıcı olarak şekil eksikliklerinin hemen öne çıkarılıvermesi meyanında belirdiği savlanabilir. Bu durumun, yargılamalar sürecinde mahkemelerimizde dahi –ziyadesiyle- karşılaşılan bir rahatsızlık kaynağını oluşturduğu söylenebilir. Bir avukat dostumuzun ifadesine göre, aşırı sayıdaki dava dosyalarına yeterince hazırlanma olanağı bulamamış yargıcın dava dosyasının sayfalarını çevirmesinden, bir şekil eksikliği arayarak duruşmanın ilgili eksikliğin giderilmesini teminen ileri tarihe atılmasını amaçladığı kolayca anlaşılabilir.

olarak, askeri rütbeli- belediye başkanı tarafından, memurların ağır biçimde azarlanmasına yol açmaktaydı.¹⁰³

Bu bağlamda, bilimsel yaklaşım bakımından idare hukuku öğretisinde gözlemlendiği savlanabilecek bir önemli husus, genellikle olgulara, olaylara ve kavramlara bakışta, giderek idare hukuku öğretisinin genel akademik işleyişindeki değerlendirmelerde şekilci bir yaklaşımın izlerinin görülebilmesidir. Öyle sanıyoruz ki, analitik bakış açısını yansıtan pek çok akademik çalışma bulunmakla beraber, şekilci yaklaşımın hâlâ kendisini ağır biçimde hissettirebildiği örnekler de ziyadesiyle mevcuttur.

Bahsekonu örneklerde, sözgelimi, akademik çalışmalarda ileri sürülen bilimsel savların irdelenmesine ve bilimsel bakımdan sorgulanmasına gidilmeyebildiği; bunun yerine, ilgili akademik çalışmaların hacmi, yahut başlıkta yer alan kavramın içerikte sadece “*ismen*” sonlarda yer verilmesi gibi, tamamen şekilsel öğeler üzerinden yargılara varılabildiği, ne yazık ki, görülmemiş şeylerden değildir.¹⁰⁴

¹⁰³ Bkz. Kutlar, Onat, *Gündemdeki Konu*, T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005, s. 44.

¹⁰⁴ Örneğin, AÜHFD’de yayımlanmak üzere iletilmiş olan 96 sayfalık “*Intuitu Personae*” veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...” başlıklı çalışmaya ilişkin –sadece bir sayfalık ve dört paragraflık!- hakem değerlendirmesi raporunda, çalışmanın başlığında yer verilen “*Intuitu Personae*” teriminin 70. sayfada ele alındığı gibi, tamamen şekilci bir yaklaşımla konuya eğilindiği gözlenmekte; dolayısıyla, çalışmanın kalan kısmının ilintisiz bulunduğu savına dayanılarak, anılan çalışmanın, bilimsel değer taşımadığı görüşüyle, olumsuz rapor verildiği görülmektedir. Ancak, sadece bir sayfalık çerçevedeki yalnızca dört adet paragrafla 96 sayfalık bir çalışmayı bilimsel olarak irdelemeye cesaretle giren raporun içerisinde, çalışmanın içerdiği bilimsel savın irdelenmesine ve bilimsel değerine yönelik *tek bir cümleye dahi* yer verilmemektedir (bkz. AÜHFD’ye iletilen 20 Temmuz, 2009 tarihli -isimsiz- hakem raporu). Bu durum, olsa olsa, ilgili hakemin bahse konu çalışmayı okumadığına işaret ediyor gibi görünmektedir. Aksi halde, bilimsel bir değerlendirmenin, bir çalışmadaki sava yönelik bilimsel tartışmaya göre karar vermesi beklenir; “çalışma hacminin 96 sayfaya ulaşması nedeniyle çok uzun olduğu” veya “çalışma başlığının ancak 69. sayfada yer aldığı” gibi basmakalıp ve münhasıran şekilci değerlendirmelerini “bilimsel rapor” adı altında sunması değil. Doğrusu, çalışma hacminin bilimsel irdelemeye engel olduğu savı, herhalde sadece Türk idare hukuku öğretisinde karşılaşılabilecek olası bir “arkaik” bakış açısının izdüşümünü yansıtır olsa gerektir. Kaldı ki, yabancı literatüre bakıldığında akademik çalışmaların ortalama 50-100 sayfa aralığında değiştiği hususu, ağ erişimi (internet) üzerinden yapılacak basit bir taramayla yeterince açık biçimde ve rahatlıkla görülebilir. Öte yandan, ilgili hakemin çalışmayı okumadığı-

İdare hukukunun belli temel kavramlarının ele alınmasına yönelik çalışmaların değerlendirilmesinde, “öz”e ilişkin yorumlara öncelikle gidilmesi gerektiği açıktır. Kuşkusuz, şekle ilişkin sorunlar varsa, bunlar da dile getirilir ve düzeltilmesi istenebilir. Ancak, yine kuşku yoktur ki, bir akademik çalışma, öncelikle “öz”ü itibariyle değerlendirmeye bağlı kılınır. Şeklin öze öncelik taşıması, bilimsel araştırmaların değil, hukuksal uyumsuzluklara ilişkin yargılama süreçlerinin geçerlik tanyacağı bir özelliktir. Ne var ki, idare hukukundaki kimi uygulamalar itibariyle, bu zorunlu gereksinimden nedense kaçınıldığı gözlenmektedir.

Doğrusu, akademik çalışmalarda formalizmin bu denli zirvesine varan yaklaşımların, gelişmiş hukuk düzenine sahip ülkelerde görülebileceğine ihtimal vermek dahi güç görünüyor. Bu türden örnekleri herhangi bir gelişmiş hukuk kurgusunu haiz ülkenin hukuk öğretisine anlatabilme olanağının bulunabileceğini de sanmıyoruz. Bu yaklaşımların etkisini sürdürmesi söz konusu olacak ise, nasıl olup da ülkemizin gelişmiş ülke hukuk düzenleriyle koşut düzeye gelebileceği, üzerinde durulması gerekli önemli bir sorun görünümündedir.

nın bir diğer kanıtı ise, çalışma başlığında yer verilen bahse konu terime –savlandı- gibi- 69. sayfada değil, daha en baştan itibaren çalışmanın önceki kısımlarında (s. 8, 9, 47, 56 ve 57) değinildiğinin dahi farkına varılmamış olunmasıdır. Giderek, anılan terimin içerdiği “imtiyazcının seçimi” konusuna çalışmanın daha başlarından itibaren değinilmekte ve çok açık biçimde vurgu yapılmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, bahse konu hakem sadece ilgili çalışmanın başında yer verilen “içindekiler” kısmına bakmıştır ve orada “*Intuitu Personae*” teriminin bir alt başlık olarak 70. sayfada yer aldığını görerek “evreka” demek suretiyle muhteşem derecedeki isabetsiz yargısına varabilmiştir. Bu durum, açıktır ki, “trajikomik” bir keyfiyetin biçimsel olarak hakem olarak seçilme kıstasına sahip durumdaki akademisyenlere dahi arız olabileceğini –bilim dünyasının itibarı ve kalitesi bakımından endişe verici ve giderek üzücü biçimde- gösteriyor. Öte yandan, sadece çalışma başlığındaki anılan hukuk terimini kaldırmak ve “İmtiyazcının Seçimi Üzerine” kısmını yerinde bırakmak, hakemin tüm biçimsel itirazlarını bir anda ortadan kaldırırmeye yetkin olacaktır. Zira çalışmanın henüz 36. sayfasından itibaren “imtiyazcının seçimi sorunu” alt başlığı altında çalışmanın sorunsalı “münhasıran” irdelenmeye başlanmaktadır. Kaldı ki, önceki kısımlar da imtiyaz kavramını ele almakta olup; “imtiyazcının seçimi” konulu bir çalışma, doğal olarak kavramın kendisini kısaca ortaya koyan bir irdelemeyi gerektirdiği üzere, konuyla ilintisiz sayılamaz.

Özetlersek; bu tür şekilci yaklaşımların “bilimsel nitelik içerdiği” yönünde bir değerlendirmeye gidilebilmesi olanağından herhalde söz edilemeyecektir.

Özetle, bir akademik çalışmanın neredeyse sadece “içindekiler” kısmına bakarak konu başlıkları bağlamında “bilimsel irdemelere” girişmeye heves eden bu türden şekilci yaklaşımların bilim dışı olduğu yeterince açıktır. Giderek “belli belirsiz” bir ironiyle ifadeye cevaz verilirse, behemahal dünya hukuk müzesine kaldırılarak müstesna bir köşede sergilenmek üzere “Hukukta “İçindekiler” Yaklaşımı” olarak tescillenebilir ve bir olumsuz (örnek) yaklaşım bağlamında hukuk tarihine kendince katkı sağlamış olur.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Yukarıdaki dipnotta değinilen bahse konu çalışmaya ilişkin benzer bir değerlendirmede daha, aynı şekilci yaklaşıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, “(m)akale metni, kaynakça dışında, 49 sayfadır (buradaki değerlendirmeye esas tutulan nüshanın, yukarıda AÜHFD’ye iletilen baskıdan farklı bir formata aktarılmakla sayfa sayısının -kaynakça hariç- 49’ a düştüğü anlaşılıyor). Makale başlığı ile ilgili konu 22 ve devamı sayfalarda ele alınmıştır... Konuyla doğrudan ilişkili metinlere dahi yer verilmemiştir... Mesela, Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi ÜHFD, C. XI, Haziran-Aralık 2007, S. 1-2.)” (ÜAK’ye sunulan İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009).

Bu değerlendirmede, ele alınan çalışma konusu kavramın 22. sayfada (yazar nedense çalışmanın ilk beş sayfasının özet ve içindekiler bölümlerini içermekle “parmak hesabında” dikkate alınmaması gerektiğini unutmaya benzemektedir; ki bu durumda, konunun münhasıran irdelenmesine 16. sayfada girilmiş bulunması keyfiyeti öne çıkarıyor olacaktır) ele alınmaya başlanması gibi -tamamen şekilci nitelikteki- bir anlayışın bilimsel yaklaşımla bağdaşmadığını, hemen yukarıdaki dipnot içerisinde vurgulamıştık. Buradaki “şekilci yaklaşım”, gerçekten hayret vericidir. Nitekim değindiğimiz üzere, eleştiri konusu makalenin başlığındaki bir küçük değişiklik, “bilimsel irdeme” savını taşıyan bu görüşü birdenbire geçersiz kılmaya yetkin olacaktır. Dolayısıyla, buradaki görüşün bilimsel nitelik taşımadığına herhalde bundan daha iyi bir kanıt olamaz sanırız.

Bunun ötesinde göze çarpan bir önemli husus daha görülüyor: Yazarın, incelediği çalışmaya dair ortaya koyduğu “konuyla ilgili metinlere dahi yer ver(il)memiştir” iddiası, tam anlamıyla mesnetsizdir ve gerçekte bağdaşmamaktadır. İleride 128 no.lu dipnotta değinildiği üzere, eleştiri konusu çalışmanın değindiği “imtiyazcının “intuitu personae” kavramı gereği idare tarafından ihaleye gidilmeksizin serbestçe belirlenmesi” hususunda Türk idare hukuku öğretisinin konuyu açıkça ve ayrıntılı biçimde irdedeği müstakil bir akademik çalışma -bilebildiğimiz kadarıyla ve anılan çalışmanın tamamlandığı 2008 Aralık ayı itibarıyla- yoktur. İdare hukuku alanındaki genel eserlerde ise, konu sadece bir kaç satırla geçiştirilmiştir. Eleştiri konusu çalışma, işte bu -bir kaç satırlık- ifadelerin neredeyse hepsine yer vermiş bulunmaktadır. Öte yandan, öğretilde idarenin imtiyazcıyı serbestçe belirlemesi hususuna itiraz eden ve Fransız hukuku kaynaklı bu “arkaik” ilkeyi açıkça reddeden -yine, bilebildiğimiz kadarıyla- sadece üç (3) adet görüş vardır, ki bunlardan birisi eleştiri konusu çalışmanın müellifince daha önceki tarihli bir başka çalışmada ortaya konulmuştur (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 271, 272) (diğer iki görüş, Cem Ayaydın ve Refik Tirya-ki tarafından ileri sürülmüştür (bkz. Ayaydın, Cem, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 427,428 (www.yok.gov.

Yine, sözgelimi imtiyaz kavramının kamu hizmeti kavramıyla bağlantılı biçimde algılanıyor olmasının yanlışlığını bir örnek olay üzerinde ortaya koymaya çalışan bir akademik çalışma bağlamında, “müellif, sadece uygulamada karşılaştığı kimi olayları değerlendirmiş” basitliği içerisinde bir yaklaşım sergilendiği de görülebilmektedir. Oysa aynı konuyu aynı içerikle işlemek ve fakat sadece çalışmanın başlığında ilgili örnek olayın adını kullanmak yerine “*imtiyaz ve kamu hizmeti bağının yanlışlığı*” gibi bir “teorik” başlık kullanmak, bu tür şekilci bakış sahiplerince “*kıvamında bir akademik eser*” olarak benimsemeye yet-

tr) (E.T.: 19 Ocak, 2009); Tiryaki, Refik, Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi, Doktora Tezi, AÜSBE, 2007, s. 273, 290).

Burada ironik olan husus, eleştiriyi getiren yazarın bizzat kendisinin eleştirdiği hususun gereğini yerine getirmemesi ve yine ileride 128 no.lu dipnotta değinildiği üzere, bir önceki paragrafın son cümlesinde değinilen çalışmaya (ve keza bahse konu diğer iki aykırı görüşe) dahi yer vermemiş olmasıdır. Bilebildiğimiz kadarıyla “tam zamanlı öğretim üyesi” sıfatını ve “Prof.” unvanını taşımakta bulunan ve böylece akademik yayınları çok daha yakından izlemesi zorunlu bir akademisyenin, eleştiriye gitmeden önce, eleştiri konusu ilkeyi evveliyetle kendisinin gözetmesi beklenir. Kaldı ki, anılan eleştiri -değindiğimiz üzere- mantıksal dayanaktan yoksundur.

Yazarın kendi çalışmasına atf yapılmamış olmasını örnek vermesi ise, gerçekle bağdaşmamaktadır. Şöyle ki; atf yapılması öngörülen çalışma 2007 yılına ait görünse de, gerçekte -yaklaşık olarak- 2009 yılı Mayıs ayında yayımlanmış olup, eleştirilen müellifin bir başka çalışması da aynı eserde yer aldığı veçhile bu hususta bir kuşku yoktur. Eleştirilen çalışmanın ise, eleştiride bulunan yazarın çalışmasının yayımından çok daha önceki bir tarihte (Aralık 2008) yayımlanmak üzere AÜHFD’ye iletilmiş olmakla, kendinden sonraki bir çalışmaya atf yapabilmesi -mantık kuralları gereği- olanaksızdır. Her halükarda, eleştiride bulunan yazarın, eleştirisine konu ettiği çalışmanın ÜAK’ye Nisan 2009 itibariyle sunulduğunu dikkate alarak, kendi çalışmasının Mayıs 2009’da yayımlanmış bulunması gerçeği karşısında bu yönde bir “kaynak göstermemiş olma” eleştirisine gidemeyeceği açıktır. Kaynak gösterilmesi gerektiği savlanan çalışmanın bizzat eleştiri sahibine ait olması ise, buradaki eleştirinin esasında daha başka türden (belki de “*egosantrik*”) alınganlıklara dayandırılabilceği hususunda kuşku davet etmektedir (nitekim, özel hukuk alanından -ve Ankara’daki bir özel üniversitenin “hukuk fakültesi dekanı” sıfatını taşıyan- bir akademisyen, doktora tezimizin basılı halini içeren kitabımızı kendisine takdim ettiğimizde, ilk iş olarak anılan eserimizin kaynakçasına bakmış ve kendisinin -kanımızca eserimizle pek dolaylı yoldan ilintisi belki kurulabilecek- bir basılı esere atf yapmadığımızı ilk ve şu ana değin tek eleştirisi bağlamında hiç gecikmeksizin hemen ifade edivermişti).

Özetle, gerek bir önceki dipnot ve gerek burada yer verilen bahse konu eleştirilerde değinilen hususların geneli itibariyle konu değerlendirildiğinde, bilimsellikten ve ciddiyetten uzak böylesi şekilci yaklaşımların bir an önce bertaraf edilmesinde -hukukumuzun gelişerek ileriye gidebilmesi ve öğretinin bilimsel itibarının korunması bakımından- herhalde yarar vardır.

kin olabilmektedir. Kaldı ki, idare hukuku “*içtihadî bir hukuk dalı*” olmakla, uygulamadaki örnek olayların ele alınarak ayrıntılı biçimde irdelenmesi, bu hukuk dalı bakımından özellikle önem taşımaktadır ve gereklilik arz etmektedir kanısındayız. Buradaki yanlışlığa daha fazla değinmek, gerçeğin üzerine yeterinden fazla ışık tutmak gibi gereksiz bir işlem olacağından,¹⁰⁶ üzerinde durmuyoruz.

Giderek, bir temel idare hukuku kavramının farklı yönlerini ele alan çalışmaların aynı konuya değinmekle bir diğerine akademik bakımdan eş çalışma sayılması yönünde örnekler görülebilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Burada kullandığımız metafor, Savcı M. Zeki Ceylan’dan ödünç alınmıştır. Buna göre, bir davada yeterince açık (vâzih) bulunan bir hususta yargıcın ilave delile gereksinim duyulduğunu belirtmesi üzerine, adı geçenin yanıtı şöyle olmuştur: “Sayın yargıç, hadise yeterince açıktır; korkarım ki ilave delil istenmesi, hadisenin “fazla ziya”dan dolayı görünmez hale gelmesine neden olacaktır.”

¹⁰⁷ Bu yönde bir şekilci –ve dolayısıyla isabetsiz- yaklaşıma bir bilimsel değerlendirmede rastlıyoruz (ÜAK’ye sunulan değerlendirme; Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 16 Kasım 2009). Bu yazara göre, bir müellifin doktora sonrasında ürettiği makale formatındaki bir çalışmaya daha sonra kitap formatındaki bir eserde yer vermesi, anılan kitap formatındaki çalışmanın akademik olarak değerlendirilmesine engel olur.

Her ikisi de doktora aşaması sonrasında ortaya çıkan iki çalışmanın akademik değerlendirilmesinde ayrı ayrı puanlamaya gidilmemesi doğaldır. Ancak, bunlardan kitap şeklinde geniş kapsamlı olanının bilimsel açıdan değerlendirilmek üzere esas alınması gerektiği de açıktır.

Öte yandan, değerlendirmenin sahibi yazara göre bu kitap, müellifin “... uzmanlığı dolayısıyla daha önceki çalışmalarının yeniden derlenmesi niteliğindedir.” Müellifin uzmanlığı bulunan bir alanda doktora sonrası dönemde akademik çalışmalar üretmiş olmasının, bilimsel incelemeye bağlı kılınmak bağlamında konuyla ne gibi bir ilgisinden söz edilebilir? Kaldı ki, eleştirilen çalışmanın konusunu oluşturan “uluslararası tahkim”, eleştiriye konu müellifin “mesleki uzmanlık alanı” da değildir. Bahse konu yazarın eleştiriye maruz tuttuğu çalışmanın müellifi, sadece, kamuoyuna yansımış durumdaki bir sorunlu alanda, idare hukuku bakımından konuya ilişkin olarak söz söyleyebilmeyi teminen “merak etmiş” ve “araştırmıştır”; tıpkı, idare hukuku alanında uluslararası tahkime cevaz verilip verilmemesi yönünde görüş serdederken, her bir idare hukuku teorisyeninin –öncelikle- yapmış olması gerektiği gibi. (Nitekim, üstelik uluslararası tahkime yönelik olarak Anayasa değişikliklerinin yoğun tartışmalara sahne olduğu günlerde uluslararası tahkim itibarıyla “(h)akemlerin, intiyaz sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları İdari yargı mercileri kadar adil ve rasyonel çözümlenemeyeceklerine dair hiçbir bilimsel dayanak bulunmamaktadır” yolundaki gerçek dışı ve dayanaksız iddiaları ortaya koyan kimi idare hukukçularının işte bu asgari gerekliliği yerine getirmemekle ne denli fahiş bir bilimsel hataya sürüklendiği –ve ülkenin bu açmaza düşmesine katkı sağlandığı- hususuna bir başka çalışmamız içerisinde ayrıntılı olarak değinilmektedir (bkz. Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık,

Benzer biçimde, bu meyanda akademik bir çalışma içerisinde ortaya konulan savın özüne değinebilmeyi teminen ana kavramlara ilişkin kimi destekleyici anlatımlar içeren kısımların birbirine benzerliğine yoğunlaşarak çalışmaların tamamen farklı temel iddialarının bilimsel değerine iltifattan sarfı nazar edilmesi gibi, bilimsel yaklaşımın izlerini taşımak bakımından hayli uzak kaldığı savlanabilecek kimi uygulamalara da rastlanabilmektedir.

Oysa, idare hukukunun bir temel kavramına yönelik çok sayıda farklı veçheleri kapsayan irdelemelere girişilmesi mümkündür, giderek gerekliliktir de. Yeter ki, her bir çalışma kendi “*tezini*” ortaya koyabilmekte başarılı addolunabilsin. Sözgelimi, idare hukukunun en temel kurucu öğelerinden birisini oluşturan kamu hizmeti kavramının özelleştirmeyle bağlantısı, sosyal devlet veya sair anayasal ilkeler kapsamında ayrıca değerlendirilmesi, yahut idarenin ekonomik düzenlemelere gitmesi meyanında işlevselliği gibi pek çok değişik veçheleriyle farklı akademik çalışmalar içerisinde müstakilen ele alınması ve irdelenmesi olanaklıdır, giderek gereklidir de.

Kanımızca, buradaki örneğimizde çalışmaların hepsinin kamu hizmeti konusuna ilişkin olması, birbiriyle aynı konuda çalışma yapılmış yahut birbirinin “*aynen*” tekrarı gibi bir değerlendirmeye asla yol veremez. Değindiğimiz üzere, böylesi bir değerlendirmeye gidebilmenin tek koşulu, ilgili her çalışmanın “*kendi özgün savını*” ortaya koymakta başarılı olabilmesi ölçütü açısından irdelenmesi ve böyle-

Ankara, 2009, s. 175, 565 no.lu dipnot)). Üstelik, öğretilerde vurgulandığı gibi, “*hukuk fakültelerinde yapılan eğitim ve öğretimlerin yeterli olması için, uygulamadan gelenlerden yararlanmak koşuluyla derslerin uzman kişiler tarafından verilmesi ve bu kişilerin akademik kariyer içinde yer almaları olması gereken bir durumdur*” (bkz. 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>) (“*vurgu*” tarafımıza aittir)). Kaldı ki, bir çalışmanın akabinde aynı konuyu başka ilave konularla birlikte değerlendiren bir kitap üretilmiş olunmasına engel bir durumdan da bahsedilemez.

Eleştiride bulunan yazar, bundan başka, bilimsel incelemesine konu ettiği çalışmada yer alan bilimsel savların “eleştiriyi hak ettiğini” belirtmekte, bununla birlikte kendi değindiği “eleştiri gereği”ni yerine getirerek bilimsel açıklamalara ve irdelemelere gitmekten –nedense- kaçınmakta; böylelikle, bizatihi kendisini “eleştiriyeye tâbi” bir konuma düşürmektedir.

si bir niteliğin bulunup bulunmadığının belirlenmesi hususunda aranabilecektir.

Dolayısıyla, akademik bir çalışma içerisinde bu bağlamda elbette –destekleyici kısımlar itibariyle– tekrara düşülebilecektir. Burada olası bir bilimsel değerlendirmeye esas alınması gereken unsur, “tekrarların” ilgili çalışmada “kurucu” bir nitelikte mi olduğu, yoksa sadece münhasıran “destekleyici” yahut “talî” bir işlev mi gördüğü hususudur. Kanımızca, sırf bir çalışmanın kısmî ölçekteki belirli ve sınırlı bölümlerinin müellifin önceki çalışmalarında da ele alınmış/ değinilmiş/ işlenmiş olması gerekçe gösterilerek, sonraki tarihli bir başka akademik çalışmanın esasını oluşturan sav(lar)ın bilimsel olarak irdelenmesi gereğinden kaçınılamaz. Bu itibarla, burada karşılaşılan keyfiyet, çalışmanın içerisindeki değişik değerlendirmelerin ve böylece varılan *farklı yargıların* bilimselliğine gölge düşürememek gerektir.

Dahası, bilimsel bir çalışmada bu türden tekrarların bir bakıma işlevsel olduğu dahi savlanabilir. Zira Özay’ın ifadesiyle, “(a)slında tekrarların hiç bir zararı yok, başta gözden kaçmışsa, sonra dikkati çekebileceği için yararlı olduğu bile düşünülebilir.”¹⁰⁸ Giderek, her ne kadar “teşbihte hata olmaz” deyişi iyi bilinse de,¹⁰⁹ bu durumu bir benzetmeyle daha iyi açıklamanın olası bulunduğu savlanabilir: Bilindiği üzere, her ressam dört temel ana renk üzerinden binlerce farklı resim yapabilmektedir ve bunların her birisi ayrı bir sanat değerine sahip olabilme yetisini –kuramsal olarak– taşıyacaktır. Bu meyanda, bir resim eleştirmeninin, aynı ressamın çok sayıdaki resmine *bakarak* “iyi ama, hep aynı dört temel renk kullanılmış” yollu bir görüş serdetmesi, herhalde yerinde görülemez ve –deyiş yerindeyse– “*abesle iştigaldir*”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. XXXV. Hemen burada yeri geldikte değinirsek, halk arasında bilinen bir lâtifeli sözü burada “tekrarlayabiliriz”: “*Ettekrârî ahsen, velevkâne yüzseksen* (“tekrar etmek güzeldir, velev ki yüz seksen kere yapılıyor olsun”).

¹⁰⁹ Kanımızca, güncel dilde çok sık kullanılan bu ifadeyle, “benzetme yaparken ortaya hata çıkmayacağı” anlayışı değil; aksine, benzetmenin “hata içermeyecek denli birbiriyle örtüşmesi” gerekliliği vurgulanmaktadır. Örneğimizde bu yetkinliğin belirip belirmediği ise okuyucunun eleştirisine ve takdirine bağlı kalacaktır.

¹¹⁰ Yine, aynı “lego” parçalarını kullanarak birbirinden farklı yüzlerce kompozisyon üretmek mümkündür ve bunların aynı temel yapı taşlarından oluşması, her bir ürünün farklı bir öyküyü anlatmasına kategorik bir engel oluşturamaz. Keza, benzer biçimde başka bir metaforla devam edersek, sözgelimi, Kayseri kalesinde gö-

Kaldı ki, eleştirdiğimiz bu yanlış uygulama öğretide egemen olursa, ortaya çıkacak keyfiyeti mantıkla bağdaştırmak olanaksız hale gelir. Sözgelimi, “*idare hukuku dersleri*” adı altında görece oldukça dar hacim içermek durumundaki bir çalışmasını ortaya koyan bir akademisyenin, hemen akabindeki –anılan idare hukuku kitabında ister istemez sınırlı biçimde değinmiş bulunduğu ve idare hukukunun her bir konusunu kapsayacak biçimde ele aldığı– tüm çalışmalarının “*türetme*” ithamıyla akademik açıdan değersiz addolunması gibi anlamsız/absürd ve bilim dışı nitelendirmelere götüren durumlarla karşılaşılması tehlikesi belirebilecektir.¹¹¹

rüldüğü üzere daha önceki Bizans dönemi kalıntılarından kimi taşların kullanılmış olması, bu yapıyı Osmanlı kalesi olmaktan çıkarıp Bizans kalesi niteliğine dönüştürmez.

¹¹¹ Sözgelimi, bir akademik değerlendirme raporuna göre, daha önceki bir akademik çalışmada sadece dört (4) sayfa içerisinde –ve başka bir kapsam içeren savını destekleyici olmak üzere– genel hatlarıyla ve doğal olarak son derece sınırlı bir kapsam dahilinde yer verdiği bir konuyu aynı müellifin bilahare yaklaşık yetmiş (70) sayfalık müstakil bir akademik çalışma şeklinde ayrıntılı olarak ele alması, “önceki çalışmadan türetme” olarak değerlendirilmek icap eder (ÜAK’ye sunulan İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009). “Bilimsel değerlendirme” iddiasını taşıyan bu incelemede, anılan her iki çalışmanın hangi kapsamda değerlendirmelere yer verdiği ve kapsam –ve hacim– itibarıyla aralarındaki olağanüstü farka dikkat etmekten kaçınılması, bilimsel bir analiz veya yaklaşım olarak değerlendirilemez. Yazarın, –bilimsel yaklaşımın gereği olarak–, şayet “türetme” kanısına varması söz konusu ise, irdelemeye konu edilen her iki çalışmanın içerik ve kapsam olarak –en azından büyük oranda– birbirinin aynısı olduğunu ortaya koyması gerekir. Aksi takdirde, sadece “aynı konuya el attığı” şeklinde bir dar kalıpcı anlayışla değerlendirmeye gidilmesinde bilimsel nitelik –ve bilim mantığına uyarlık– görme olanağı bulunmayacaktır. Üstelik, eleştiri konusu yapılan çalışmalarda idare hukuku öğretisinde bugüne değin ileri sürülen (sözgelimi, “idarenin üstün gücü” veya “kamu hizmetinde içerik denetimi” gibi) pek çok temel kavrama ilişkin öğretideki baskın görüşlerin aksi savlanmasına karşın, anılan değerlendirmede bu savların bilimsel yönden irdelenmesine yönelik *tek bir satır dahi yoktur*. Bilimsel olma iddiasını taşıyan bir değerlendirmenin, ele aldığı çalışmayı bilimsel savlarının değeri yönünden eleştiriye bağlı kılmayıp, *aynı konuda eser verilip verilmediği* veya bir çalışmanın *aynı müellifin diğer başka çalışmasında –bir kaç sayfayla dahi olsa– yer alıp almadığı* gibi hususların tespitinde saplanıp kalması, bilimsel yaklaşımla telifi kabul değildir.

Keza, bu türden talihsiz saplanmaların bilimsel çalışmalarda varlığı evveliyetle aranacak “iyi niyet” ilkesiyle ne denli bağdaştırılabileceği ise, ayrıca sorguya muhtaçtır.

Giderek, bir başka yazarın daha aynı yaklaşımı benimsediği görülüyor (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009). Bu yazara göre de, bir müellifin doktora tezindeki savına destek olacak biçimde sadece üç sayfada bir konuya değinmiş olması, ar-

Oysa açıktır ki, bir konunun veya kavramın bir akademik çalışmada yer almış olması, aynı konuda daha geniş kapsamlı başka çalışmaların yapılmasına veya bunların akademik değerlendirme dışı kalmasına neden olamaz. Aynı konuda bilimsel olarak farklı yönleri irdeleyen pek çok sayıda çalışma yapılması mümkündür; giderek elzemdir de.¹¹²

Uygulamada bilimsel bakış açısının yansımadığı savlanabilecek bir diğer konu ise, akademik eserlerin hangi sürelerde yayımlandığına bakılması ve bilimsel bakımdan içerik denetimine girişmek yerine, kısa zaman diliminde birden fazla akademik çalışmanın çıkabilmiş olmasına yönelik bir tür dolaylı “*istihza*” şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹¹³

tık bu konuyu velev ki yüz sayfalık bir derinlikte ele alıyor olsun, fark etmeyecektir ve bilimsel değerlendirmeye değer görülemeyerek “türetme” ithamına maruz kalacaktır. Yazar, bu konuda hemen yukarıda atıfta bulunulan diğer yazardan da ileriye giderek, sözgelimi ilgili doktora tezinde birkaç paragrafta değinilmiş bulunan “*intuitu personae*” yahut imtiyazcının idarece serbestçe seçimi konusunun, bilahare yaklaşık yüz sayfalık bir makale hacminde tüm ayrıntılarıyla irdelenmiş olmasını dahi “türetme” sınıflandırmasına koyabilmektedir. Bu, kelimenin tam anlamıyla çağdışı bir yaklaşımdır ve öyle sanıyoruz ki hiçbir kıstas altında bilimsel anlayışla telif edilemez. “Türetme” ithamına maruz bırakılan akademik çalışmaların içerisinde hangi savların ortaya konulduğuna ve keza bu savların bilimsel olarak değerine ilişkin tek bir söz etmeye dahi ülfeti görülmeyen yazar bakımından, işbu dipnotun başında diğer yazar tahtında vurgulanan eleştirilerimiz, dolayısıyla, aynen ve tamamen geçerli kalmaktadır.

¹¹² Hemen yukarıdaki dipnotta eleştirdiğimiz biçimsel yaklaşımın ne denli anlamsız olduğuna, burada bir varsayımsal örnekle daha fazla açıklık getirelim, ki bu yanlış anlayışın ileride tekrar edilmesi hatasına düşülmesin: İşbu çalışma içerisinde gözleneceği üzere, hukukta bilimsel yaklaşım bakımından hukuksal pozitivizm ve doğal hukuk şeklinde beliren iki temel akıma, sadece bu çalışmanın amacına hizmet etmeye yarayacak denli kısaca -hacmi artırmamayı teminen özellikle ve bilinçli olarak “dipnot” içerisinde- yer vermiş bulunmaktayız. Bu fevkalade ilginç ve cezbedici konuyu ileride başka bir müstakil akademik çalışma olarak ele almak ve örneğin yetmiş sayfalık bir hacim içerisinde geniş kapsamlı olarak değerlendirmek, nasıl olup da “*aynı konuya daha önceki makalesinde değindiği görülen yazarın, dolayısıyla, işbu çalışmasını değerlendirme gereği bulunmamaktadır*” şeklinde bir fetvaya maruz bırakılabilecektir? Bu tür bir değerlendirmenin “bilimsel” nitelik taşıyabilmesi imkan ve ihtimali var mıdır?

Kanımızca, bu sorulara verilecek olumsuz nitelikte yanıt -herhangi bir ilave açıklamayı gerektirmeyecek denli rasyonel aklın dışında kalacağı veçhile-, olası bir izah çabasına gerek duyurmaksızın, kendiliğinden belirmektedir.

¹¹³ (ÜAK’ye sunulan değerlendirme; Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 16 Kasım 2009.) Yazarın “bilimsel değerlendirme”sindeki ifadeye göre, “... bu çalışmaların “bilimsel” yeterlik bağlamında son iki yıla sığdırılmış oldu-

Oysa açıktır ki, bir bilimsel çalışmanın değeri, hangi sürede telif edildiğiyle ilintili kılınmaz. Öğretide –ayrıkı da olsa- örnekleriyle karşılaşıldığı üzere, sözgelimi “*velûd*” bir müellif bir yılda beş ayrı kitap yazabileceği gibi,¹¹⁴ bir başka akademisyenin beş yılda sadece bir akademik çalışma üretmesi keyfiyetine de pekala rastlanabilmektedir. Bütün bunların, üretilen eserlerin bilimsel değerlendirmesine gidilmesi süreciyle ne gibi bir ilgi olabilir?¹¹⁵

Unutulmamalıdır ki, sözgelimi Pertev Bilgen’in idari sözleşmelerin ölçütlerini işlediği –sadece 144 sayfalık– bilimsel açıdan oldukça yetkin ve böylece değerli eseri (doktora tezi), kendi ifadesine göre sadece on altı (16) günde yazılmıştır. Yine, Bilgen’in doçentlik tezi dahi,

ğu da tartışmasızdır”. Aynı “bilimsel” anlayışa sahip ikinci bir yazar da, “... *idare hukuku dalında yayımladığı eserler, son iki yıl içinde yoğunlaşmış ... çalışmalarıdır*” demek suretiyle, –sanat tarihinin konusunu oluşturan buluntular bakımından, hangi tarihe ait olduklarının belirlenmesinde “karbon tarihlemesi” metodunun kullanılması gibi- akademik çalışmaların hangi sürede ortaya çıktığı yönündeki bir irdelemeyi idare hukuku alanına taşıma gayreti içerisine girmiş görünmektedir (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009). Böylece, bilim dünyamız, akademik çalışmaların değerlendirilmesi bakımından, irdelenen çalışmanın “ne söylediği”ne dikkat etmek ve yorumuna giderek eleştirmek yerine, “hangi zaman diliminde ortaya konulduğu” şeklinde bir ilave “bilimsel değerlendirme”ye daha kavuşturulmuş durumdadır. Daha önce esprili olarak “içindekiler yaklaşımı” eleştirisine bağlı tuttuğumuz yaklaşıma benzer şekilde, yine bir ironiye cevaz verilirse, idare hukukumuz bu şekilde bir ilave bakış açısı daha kazandırılmaktadır: “*İdare Hukukunda Karbon Tarihlmesi Yaklaşımı*”. Böylesi bir ölçütün veya değerlendirmenin ne gibi bir bilimsel işlevinin –ve giderek değerinin- olduğu, doğrusu ancak anılan görüş sahiplerinin açıklamalarıyla gün ışığına kavuşabilecektir.

¹¹⁴ Bu konuda takdir edilmesi gereken bir örnek bağlamında, sadece dört (4) yıllık bir süre içerisinde onaltı (16) kitap ve bunlarla da yetinmeyip ilaveten yirmibeş (25) makale üretmiş olan bir müellife atf yapmak, bilim dünyasına arız olması beklenen kadirşinaslık ve hakkaniyet ölçütlerinin zorunlu bir sonucu olsa gerektir (bkz. Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, (Gecikmiş Bir Açıklama ve Teşekkür), C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. V).

¹¹⁵ Ankara Barosu 2010 Yılı Hukuk Kurultayı’nda öğretilen bir katılımcı tarafından zikredilen bir görüş, bilimsel yaklaşımlardaki yanlışlıklara ayrıca bir de güldürü (mizah) boyutunu eklemekte başarılı sayılabilir. Buna göre; erkler ayrılığı kuramını ilk kez ortaya koyan “filanca yabancı yazar” değildir, zira, söz konusu edilen kişi “gece hayatına ve eğlenceye düşkün” olup, “öylesi” birinden de “böylesi” bir düşünce çıkmış olamaz; dolayısıyla, anılan görüş –olsa olsa- “falanca yabancı yazara” ait olabilir!

yine sadece yirmi beş (25) günde ortaya çıkmıştır.¹¹⁶ Doğaldır ki, bu durum üretilen eserlerin bilimsel değerini etkileyecek bir husus olarak hiç bir şekilde algılanamaz (zira tüm bunların gerisinde kaç yıllık bir düşünsel hazırlığın ve emeğin bulunduğunu ancak yazarı bilebilir);¹¹⁷ aksi durumda, böylesi bir yaklaşım bilimsel olmaz.¹¹⁸

Bu durum, sanat alanında da aynı şekilde ortaya çıkabilmektedir: Sözelimi, Yahya Kemal'in bir şiirini -mükemmelliyetçilik adına- onlarca yılda ancak tamamlayabildiği bilinir. Ne var ki, bu durum "kom-

¹¹⁶ Bkz. Bilgen, Pertev, Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, *İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 3, 4.

¹¹⁷ Sözelimi, bambu ağacının tohumu, toprağa gömülüp tam dört yıl boyunca sulandıktan sonra, ancak beşinci yılın sonunda filiz verir ve fakat altı haftada 38 metreye ulaşır (bkz. Müftüoğlu, Tamer, Global Rekabet ve Türk KOBİ'leri, *RK Perşembe Konferansları*, S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), Ankara, 2008, s. 137, 138). Bu "altı haftada 38 metreye ulaşan" gelişme, herhalde sadece görünürdeki gelişim süresine bakılarak değerlendirilemeyecektir. Bilimsel çalışmaların ardından da -benzer şekilde-, sadece görünürdeki ortaya çıkış sürecine bakılarak hüküm kurulamaz. Nitekim, Pertev Bilgen'in görünürdeki 16 günlük doktora tezi üretimi mesaisinin ardında, -Grek ve Roma tarihi, felsefe, sanat tarihi ve arkeoloji gibi alanları da kapsayan- tam dokuz yıllık bir düşünsel hazırlığın bulunduğu görülür (bkz. Bilgen, *Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi*, op. cit., s. 2,3). Bu durum, hukukun disiplinler arası niteliğine bir güzel örnek olarak alınabilir. Keza, nihayetinde yeri gelmişken vurgulamak gerekirse, hukuk alanında insana dair her disiplindeki bilgi ve edim, mutlaka bir yerde döner dolaşır ve hukukta ürünü verir. Belki bu yüzdendir ki, hukuku sadece hukuk fakültelerinin kürsülerinde dirsek çürütmekle yeterli yetkinlikte kavramak zordur. Hukuk, aynı zamanda sokakta, kiraathane köşesinde, hastahanedede, mahpushanedede ve sair tüm "hane"lerde ayrıca "tedris"i mümkün ve giderek gerekli bir bilim alanıdır. Ankara'da Şah yahut İstanbul'da Küllük gibi "alternatif kürsü mekanları" eğitimi, bu açıdan bakıldığında, "yardımcı eğitim kurumları" derecesinde bir ironiye muhatap kılınması yeridir.

¹¹⁸ Burada espri yollu bir ifadeye cevaz verilirse; terzi vardır, üç günde kendi söküğünü dikemez; ama, terzi vardır, iki günde üç takım elbise diker, arada fırsatını kollayıp muhabbetini de eder. Dolayısıyla, ortaya konulan ürünün kalitesi, mutlaka üretim sürecinde harcanan emeğe ve süreye bağlıdır. Metanın değerini harcanan emeğe bağlayan Marx'ın da bu hususta benzer bir yaklaşımı benimseydiği görülür. Buna göre, metanın değeri her ne kadar emekle açıklanıyor olsa da, burada kastedilen ölçüt, bireyin harcadığı emekten bağımsız olarak, o metanın üretimi için gereken toplumsal ortak emek birimidir; başka bir deyişle, "türdeş insan emeğidir". Böylece, sözelimi, tembel bir işçi toplumsal ortak birimden daha fazla emek harcamakla, daha değerli bir meta ortaya koymuş sayılamaz (bkz. Marx, *Kapital - Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, op. cit., s. 48, 49).

şu kızına mektup yazma"¹¹⁹ rahatlığı ve üretkenliğiyle mahir bir başka şairin çok sayıdaki şiirlerini sanatsal bakımdan eksik veya değersiz kılmaz. Kimine göre "maksûd eserse, mısra-ı berceste kâfidir", kimine göreyse doğurganlığın sonu yoktur.¹²⁰ Her halükarda, konu, ortaya konulan "ürün" üzerinden değerlendirilmek gerektir. Nitekim, bir şairimizin ünlü beytinde vurgulandığı üzere;

"Ayinesi iştir kişinin, lafa bakılmaz;
Görünür kişinin rütbe-i aklı eserinde."¹²¹

¹¹⁹ Anımsanacağı üzere, anılan tabir, Özal iktidarı döneminde "yasaların özensizce hazırlanması nedeniyle hukuksal yönden ciddi sorunlar içerdiği" iddialarına işaretle, dönemin siyasal muhalefetince yöneltilen yoğun eleştiriler bağlamında dile getirilmekteydi.

¹²⁰ Yeri geldiğini düşündüğümüz bir latifeye burada değinmek isteriz: Rivayete göre, tasavvufi yaklaşımın "vahdet-i vücut" anlayışını yansıtan Mesnevi ile ilgili olarak Yunus Emre, Mevlana'ya bu denli uzatmaya gerek kalmadan daha kısa biçimde meramın anlatılabileceğini söyler. Mevlana'nın "nasıl" sorusuna Yunus Emre'nin tek cümleden oluşan yanıtı ise şöyledir: "'Ete kemiğe büründüm, Yunus diye göründüm", yeterdi!"

¹²¹ Beyit, Ziya Paşa'ya aittir.