TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA İDARE HUKUKUNUN UYGULANMA ALANININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN KISTASLAR ÜZERİNE BİR İNCELEME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Dursun ÇELİK**(**)

Öz

Bu çalışmada, bağımsız bir disiplin olan idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde karşılaşılan teorik ve pratik sorunlar, Türk ve Alman hukuku ekseninde karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. İdare hukukunun uygulama alanının kesin sınırlar ile tespiti, somut uyuşmazlıklarda görevli yargı yolunun tayini, idareye uygulanacak mali sorumluluk rejiminin belirlenmesi ve idari usul kurallarının geçerliliği bakımından hayati bir önem taşımaktadır. Makalede bu temel ayrım, idare hukukunun öncelikle anayasa hukukundan, ardından da özel hukuktan ayrılması şeklinde iki temel eksen üzerinden ele alınmaktadır.

İdare hukukunun anayasa hukukundan ayrılması bağlamında, Türk hukukunda devlet fonksiyonlarını ayırmak için kullanılan maddi ve organik kriterlerin yetersizliği ortaya konulurken; Alman hukukunda kabul gören "çifte doğrudan anayasallık" teorisi incelenmektedir.

İdare hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırların çizilmesinde ise Türk ve Fransız hukuklarına uzun süre egemen olan kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu gücü ayrıcalıkları ölçütlerinin günümüzdeki modern devlet faaliyetlerini kavramadaki metodolojik eksiklikleri eleştirilmektedir. Bu bağlamda Alman doktrininde geliştirilen yasama yetkisi, menfaat, itaat ve modifiye edilmiş süje teorisi ile iki aşamalı teori (Zweistufentheorie) gibi yaklaşımlar yargı kararları ışığında mukayeseli olarak tartışılmaktadır.

Çalışmanın problemli alanlara ayrılan son bölümünde, idarenin özel hukuk sözleşmeleri, idari eylemler (kamu araçlarının karıştığı trafik kazaları vb.) ve kamu alanlarına ve binalarına giriş yasağı (Hausverbot) gibi hukuki nitelendirmesi güç olan konular Alman yargı içtihatları, konu ve ağırlık teorileri ışığında detaylıca analiz edilmektedir. Ulaşılan temel sonuç, idari faaliyetlerin çeşitliliği karşısında hiçbir teorinin tek başına yeterli olamayacağı ve bu kriterlerin mutlaka eklektik bir yaklaşımla değerlendirilmesinin zorunlu olduğudur.

Anahtar Kelimeler

İdare Hukukunun Kapsamı, İdari Fonksiyon, Kamu Hizmeti Ölçütü, Kamu Gücü Ayrıcalıkları, İki Aşamalı Teori, Modifiye Edilmiş Süje Teorisi, İdari Sözleşmeler, İdari Eylemler, Karşılaştırmalı Hukuk, Görevli Yargı Yolu.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 10.04.2026 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.06.2026
DOI: 10.54704/akdhfd.1927102

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Isparta - Türkiye
E-posta: dursuncelik@sdu.edu.tr, drsnclik@hotmail.com
Orcid: 0000-0003-0568-1653

"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

A STUDY ON THE CRITERIA FOR DETERMINING THE SCOPE OF APPLICATION OF ADMINISTRATIVE LAW IN TURKISH AND GERMAN LAW

Abstract

This study comparatively examines the theoretical and practical challenges encountered in determining the scope of application of administrative law within the frameworks of Turkish and German legal systems. Precisely delineating the boundaries of administrative law is of vital importance for identifying the competent judicial authority, determining the applicable administrative liability regime, and establishing the applicability of administrative procedural law. The article addresses this fundamental distinction along two main axes: first, the differentiation of administrative law from constitutional law, and second, its distinction from private law.

With regard to its separation from constitutional law, the study reveals the insufficiency of the material and organic criteria traditionally employed in Turkish law to distinguish state functions, while analyzing the theory of dual direct constitutional relevance as adopted in German law. In delineating the boundaries between administrative law and private law, the methodological limitations of classical criteria-such as public authority, public service, and the prerogatives of public authority, which have long dominated Turkish and French legal systems-are critically evaluated in terms of their inadequacy in capturing the complexity of modern state activities. In this context, doctrinal approaches developed in German law, including the legislative competence criterion, the interest theory, the subordination theory, the modified subject theory, and the two-stage theory (Zweistufentheorie), are comparatively discussed in light of judicial decisions.

In the final section, which focuses on problematic areas, fields that present difficulties in legal characterization-such as administrative contracts, administrative acts (including traffic accidents involving public service vehicles), and bans on entering public premises (Hausverbot)-are analyzed in detail through German judicial precedents, as well as the subject theory and the center of gravity theory. The study concludes that, given the diversity and complexity of administrative activities, no single theoretical approach is sufficient on its own; therefore, an eclectic evaluation combining multiple criteria is indispensable.

Keywords

Scope of Administrative Law, Administrative Function, Public Service Criterion, Privileges of Public Authority, Two-Stage Theory, Modified Subject Theory, Administrative Contracts, Administrative Actions, Comparative Law, Competent Jurisdiction.

Extended Summary

Determining the precise scope of application of administrative law remains a fundamental and extensively debated issue in public law. Although administrative law has developed as an autonomous legal discipline, formulating a comprehensive definition of the administrative function continues to be highly challenging. The accurate classification of whether a given legal relationship falls within the domain of administrative law or private law is of paramount importance, as it determines the competent judicial authority (administrative or civil courts), identifies the applicable administrative liability regime, and establishes the applicability of administrative procedural law.

This study addresses this complex doctrinal problem from a comparative perspective by examining the theoretical foundations and judicial practices of Turkish, French, and German legal systems. It proceeds along two main analytical axes: first, the distinction between administrative law and constitutional law; and second, the demarcation between administrative law and private law.

With respect to its separation from constitutional law, the study analyzes the material and organic criteria traditionally employed in Turkish legal doctrine to distinguish state functions. While the material criterion classifies acts according to their substantive nature, the organic criterion focuses on the institutional status of the acting body. However, the study demonstrates that both criteria are insufficient when applied in isolation. In particular, the legislative branch frequently performs acts that are materially administrative, such as parliamentary decisions concerning internal organization or appointments. While Turkish case law exhibits inconsistencies regarding the judicial review of such acts, this study argues that decisions of the parliamentary general assembly should predominantly remain within the constitutional sphere, whereas preparatory or ancillary acts may fall under administrative judicial review. In contrast,

German law adopts the theory of double direct constitutional relevance (Lehre von der doppelten unmittelbaren Verfassungsunmittelbarkeit), which requires both parties to possess constitutional organ status and the dispute to concern substantive constitutional law in order to fall within constitutional jurisdiction.

The study then turns to the boundary between administrative law and private law, which constitutes the most extensive part of the analysis. Turkish administrative law, historically influenced by French doctrine, relies on classical criteria such as the public power theory (hakimiyet tasarrufu), the public service theory, and the prerogatives of public authority. However, these criteria are critically reassessed in light of modern administrative practices. The public service theory, for instance, becomes insufficient where public services are carried out through private law instruments or by private actors under state supervision. Likewise, prerogatives traditionally associated with public authority are no longer exclusive to administrative law, as similar unilateral powers may also arise within private legal relationships.

In order to overcome these limitations, the study evaluates contemporary approaches developed in German doctrine. It traces the evolution from the legislative competence theory and the interest theory to the subordination theory (Subordinationstheorie), and places particular emphasis on the modified subject theory (modifizierte Subjektstheorie), which defines public law as encompassing norms that specifically address a public authority acting in its sovereign capacity. Furthermore, the two-stage theory (Zweistufentheorie) is examined, demonstrating how a single legal relationship may involve both administrative and private law elements-for example, where the decision whether to grant a subsidy constitutes an administrative act, while its implementation may take the form of a private law contract. The study also highlights the tension between the administration's freedom to employ private law instruments and the necessity of preventing the phenomenon known as the "escape into private law" (Flucht in das Privatrecht).

In its final section, the study applies these theoretical frameworks to selected problematic areas where legal classification remains particularly difficult, including administrative contracts, administrative physical acts (Realakte), and bans on access to public buildings (Hausverbot). In this context, German doctrines such as the subject matter theory (Gegenstandstheorie) and the center of gravity theory (Schwerpunkttheorie) provide objective criteria for classifying mixed legal relationships. Similarly, the legal nature of administrative physical acts-such as traffic accidents involving public service vehicles-is evaluated in light of their functional purpose. The analysis further demonstrates that the legal characterization of access bans depends primarily on the public purpose (Widmung) of the relevant facility rather than the subjective intent of the administration.

In conclusion, the diversity and complexity of contemporary administrative activities render it impossible to rely on a single, uniform criterion for determining the scope of administrative law. Instead, an eclectic methodological approach is required. A cumulative evaluation that integrates subject-based, functional, and hierarchical criteria is indispensable for ensuring legal certainty and effective judicial protection.

GİRİŞ

İdare hukuku; geniş anlamda idarenin teşkilatı, işleyişi, personeli ve faaliyetlerine uygulanan kurallar bütünü; dar ve teknik anlamda ise idarenin tabi olduğu kamu hukuku kuralları olarak tanımlanmaktadır[1]. Genel kabul gören yaklaşım, idare hukukunu kamu hukukunun bir dalı olan dar anlamıyla ele almaktadır[2]. Bağımsız bir hukuk disiplini olarak gelişimi 18. yüzyılın sonlarına dayanan idare hukuku, nispeten genç bir hukuk dalıdır[3]. İdare hukukunun uygulama alanının belirlenmesi; görevli yargı yolunun tayini[4], uygulanacak sorumluluk rejiminin tespiti ve idari usul ilkeleri ile varsa idari usul kanununun kapsamının tayini noktalarında temel öneme sahiptir[5].

Esasen bu çalışma kapsamında idare hukukundan anlaşılması gerekenin **idareye** uygulanan kamu hukuku kuralları olduğunu belirtmiştik[6]. O halde öncelikle idare hukukunun kapsamının belirlenmesinde idare kavramının tespiti gerekmektedir. İdare kavramı, organik anlamda idare ve fonksiyonel anlamda idare olmak üzere ikili bir ayrım çerçevesinde incelenmektedir[7].

Organik anlamda idare kavramı, idarenin bir yapı veya teşkilat olarak ele alınmasını ifade eder. Organik anlamda idare; devletin yasama ve yargı organları ile yürütmenin siyasi karar mekanizmaları dışında kalan, kamu tüzel kişiliğine sahip tüm kamu kurum ve kuruluşlarını içeren teşkilat bütününü ifade eder[8].

Fonksiyonel anlamda idare kavramının belirlenmesi noktasında ise bu zamana kadar "efradını cami ağyarını mâni" bir tanım veya formül geliştirilememiştir. Gözler[9] idari fonksiyonu, devletin yürütme organının siyasi olmayan fonksiyonu ile diğer kamu tüzel kişilerinin fonksiyonlarının toplamı olarak formüle etmiştir. Ancak bu formülasyonda, yasama ve yargı organlarının bünyesindeki idari nite-

---

1 İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, İdare Hukuku (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 17; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (Bursa: Ekin Yayınevi, 2025), 27; Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 31; Dirk Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat", içinde Allgemeines Verwaltungsrecht, ed. Dirk Ehlers ve Hermann Pünder (Berlin: Verlag de Gruyter, 2016), 1-138.

2 Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 32.

3 Bülent Kent, "Almanya'da İdari Yargı Teşkilatı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 2 (2007): 185-89; N. Çakmak, "İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 69, S. 1-2 (2011): 707-10; Hayrettin Yıldız, "İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXII, S. 4 (2018): 198 vd.

4 Türk hukukunda idari yargının görevli olduğu konuların örnekleri ile ilgili bkz. Hüseyin Bilgin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025).

5 Annette Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023), 62.

6 bkz. d.n. 1.

7 Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025), 36.

8 Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2025), 43.

9 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 51.

likli faaliyetler ile özel hukuk kişilerinin idari fonksiyon icra edebilme ihtimalinin göz ardı edildiği görülmektedir.

İdari fonksiyonun belirlenmesinde maddi ve organik ölçütlerin birlikte kullanıldığı diğer bir görüş[10], bu fonksiyonu 'yasama, yargı ve yürütmenin siyasi nitelikteki işlemleri dışında kalan devlet işlevi' şeklinde tanımlamaktadır. Ancak bu negatif tanımlama yöntemi, idari fonksiyonun mahiyetini ortaya koymak noktasında yeterli berraklıkta değildir. Ayrıca özel hukuk kişilerinin idari işleve dahil olan işlemlerini[11] de kapsamamaktadır.

Alman hukuk doktrininde de maddi (fonksiyonel) anlamda idare kavramının, doğası gereği sınırları belirsiz bir yapı olduğu ifade edilmektedir. İdari faaliyetin maddi yönünü olumlu (pozitif) bir şekilde tanımlamaya yönelik çok sayıda girişim olsa da; bu tanımlar ya görev yelpazesinin yalnızca belirli yönlerine odaklandıkları için eksik kalmakta ya da uygulama kabiliyeti düşük olmaktadır[12]. Bu nedenle doktrinde kamu idaresi, çoğunlukla Otto Mayer[13] tarafından temelleri atılan ve Walter Jellinek[14] tarafından geliştirilen "çıkarma yöntemi" (negatif tanım) ile belirlenmektedir. Anayasal erkler ayrılığı ilkesine (Alman Federal Anayasası m.20/f.2) dayanan bu negatif tanım uyarınca idare; devlet fonksiyonlarından yasama ve yargı çıkarıldıktan sonra geriye kalan yürütme alanıdır. Ancak bu yöntemin kesinlikten uzak olması çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir: Özellikle yürütme erki bünyesinde idari faaliyet sayılmayan "hükümet tasarruflarının" bulunması, yasama ve yargı faaliyetlerinin sınırlarının net olarak çizilememesi ve geleneksel şemanın dışında kalan denetim faaliyetlerinin (askeri ombudsman veya veri koruma görevlisi gibi) mevcudiyeti, bu yöntemin idareyi pozitif olarak belirlemede yetersiz kalmasına yol açmaktadır[15].

Negatif tanımın yetersizliği nedeniyle doktrinde maddi anlamda idareyi olumlu (pozitif) unsurlarla belirleme gayreti süreklilik arz etmiştir. Bu kapsamda, idarenin özünü belirli karakteristik özelliklere dayandıran başlıca yaklaşımlar bulunmaktadır[16]. Bu tanımlama çalışmalarının her biri idarenin temel bir yönüne

---

10 Yıldırım, Çınarlı ve Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I*, 47.

11 Ayrıntılı bkz. Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018).

12 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 45.

13 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht Band I* (Berlin: Duncker & Humblot, 1924), 7.

14 Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, (Bad Homburg: Gehlen, 1966), 13.

15 Christian Waldhoff, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", içinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts*, ed. Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs (Heidelberg: C.F. Müller, 2021), par. 18-21.

16 Christian Waldhoff, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", içinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1. bs, ed. Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs (Heidelberg: C.F. Müller, 2021), k.n. 18-21.
Devlet amaçlarının somut (tekil) olay bakımından gerçekleştirilmesi, Hans Joachim Peters, Lehrbuch Des Verwaltungsrechts, (Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1949); **İdarenin, hukuk zemininde toplumsal yaşamı şekillendirme işlevi** Ernst Forsthoff, *Lehrbuch Des Verwaltungsrechts:*

işaret etse de kapsayıcı bir tanım ortaya konulamadığı belirtilmektedir. Zira bu tanımların bir kısmı idare bilimi odaklı olup anayasal erkler ayrımını esas alan "hukuki idare" kavramı için her zaman elverişli değildir. Daha teknik tanımlama çabaları ise oldukça soyut kalmakta ve anlaşılması güçleşmektedir[17].

Günümüzde Alman literatüründe, maddi anlamda idareyi belirlemek amacıyla hem negatif (dışlama) hem de pozitif (belirleme) yöntemlerinin birlikte kullanıldığının (**Kombination der Methoden**) altını çizmek gerekmektedir. Bu yaklaşım, idareyi tanımlarken sadece diğer erklerin faaliyetlerini dışlamakla yetinmemekte; aynı zamanda idarenin kendine özgü niteliklerini de pozitif kriterlerle somutlaştırmayı hedeflemektedir[18]. Stern, tanımında ilk olarak 'negatif' bir yaklaşımla; yasama (kural koyma), hükümet etme, devleti sevk edici planlama, askeri savunma ve yargı fonksiyonlarını dışarıda bırakmaktadır. Ardından 'pozitif' bir belirlemeyle idareyi; 'yürütme erki organlarına ve bunlara atfedilebilen belirli hukuk süjelerine devredilmiş olan; kamusal kolektifliğin görevlerinin, hukuka bağlı olarak ve (az veya çok belirlenmiş) önceden saptanmış amaçlar doğrultusunda, somut tedbirler aracılığıyla, sürekli ve kendi sorumluluğu altında yerine getirilmesi' olarak tanımlamaktadır[19]. Ancak haklı olarak bu yaklaşımın da yetersiz kaldığı; idare kavramına ilişkin tam anlamıyla tatmin edici bir sonucun henüz elde edilemediği ve muhtemelen elde edilmesinin de mümkün olmayacağı ifade edilmektedir[20].

İdare hukukunun kapsamı, kural olarak yalnızca kamu hukukuna tabi iş, işlem ve eylemler ile sınırlı olduğundan, idarenin özel hukuk hükümlerine tabi olan faaliyet alanının da tespit edilmesi gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, idare hukuku ve özel hukuk ayrımının yapılması zorunludur. Bu amaca yönelik olarak Türk, Fransız ve Alman hukukunda birçok teori ve kıstas geliştirilmiştir. Bu çalışmada, geliştirilen bu teorilerin üzerinde durularak işlevsellikleri ortaya konu-

1. Allgemeiner Teil, (München: C.H. Beck, 1973); **İdari faaliyetin temel ayırt edicisi olarak egemenlik araçlarının (hoheitlicher Mittel) kullanılmasını esas alan görüş** Friedrich Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht: Vorlesungsgrundriss, (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952); **Yargısal faaliyetler ve ceza hukuku dışındaki kanunların uygulaması tanımı** Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren Des Rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, (Zürich: Polygraphischer Verlag, 1960) aktaran: Hartmut Maurer ve Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (München: C.H. Beck, 2024), 3; **İdareyi, önceden alınmış siyasi kararların planlı ve amaca yönelik yürütülmesi (icrası) olarak gören anlayış** Werner Thieme, Verwaltungslehre, (Köln: Heymann, 1984); **Bu yönde en kapsamlı tanım denemesi Wolff/Bachof tarafından yapılmıştır. Buna göre maddi (fonksiyonel) anlamda idare;** ***kamunun ve onun üyelerinin işlerinin, bu amaçla görevlendirilmiş kamu görevlileri tarafından; çok yönlü, bağlı veya amaca yönelik dolayısıyla bu yönüyle dıştan belirlenmiş, yalnızca kısmi düzeyde planlama yapabilen, bizzat katılım göstererek karar verici, icra edici ve toplumsal hayatı şekillendirici bir mahiyette yürütülmesidir*** Hans J. Wolff ve Otto Bachof, *Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch 1*, (München: C.H. Beck, 1974).

17 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3, 4.

18 Klaus Stern, *Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2*, (München: C.H. Beck, 1980), 736 vd.; Rolf Stober ve Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht I: Ein Studienbuch*, (München: C.H. Beck, 2017), 44, 45.

19 Stern, *Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2*, 738.

20 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4.

lacaktır. Özellikle Türk öğretisinde mevcut kıstasların uyuşmazlıkları çözmedeki yetersizliği vurgulanarak, Alman hukukunda geliştirilen teorilerin daha işlevsel olduğu yönündeki kanaatimiz doğrultusunda, bu teorilerin Türk hukukuna aktarılabilirliği ve uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

I. İDARE HUKUKUNUNUN ANAYASA HUKUKUNDAN AYRILMASI

İdare hukuku ile kavramsal olarak iç içe geçen alanların başında anayasa hukuku gelmektedir. Her iki disiplin, hem tarihsel gelişim süreçleri hem de konu bakımından sıkı bir etkileşim içindedir[21]. Bu yakın ilişki sebebiyle idare hukuku, doktrinde çarpıcı bir biçimde 'somutlaşmış anayasa hukuku' olarak da nitelendirilmektedir[22]. Bununla birlikte, her iki disiplinin farklı işlevleri ve yöntemleri bulunduğundan, aralarındaki sınırın dogmatik olarak belirlenmesi gerekmektedir[23]. Zira bir hukuki uyuşmazlık kamu hukuku alanına ait olsa dahi, anayasal nitelikteki bir uyuşmazlık ise idari yargıda dava konusu edilemez. Nitekim bu ayrım; Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu m.40/f.1/c.1[24] idari yargı yolunun anayasal nitelikte olmayan kamu hukuku uyuşmazlıkları için öngörüldüğünün açıkça belirtilmesi suretiyle normatif bir temele oturtulmuştur.

Bu kapsamda öncelikle yasama ve idari fonksiyon ayrımının yapılması gerekmektedir. Devletin hukuki fonksiyonlarını birbirinden ayırabilmek maksadıyla doktrinde maddi ve organik olmak üzere iki temel kriter geliştirilmiştir[25]. Maddi kriter, devlet fonksiyonlarının ayrımını işlemlerin mahiyetine (içeriğine) göre yapmaktadır. Bu çerçevede; yasama fonksiyonu genel ve soyut nitelikte normlar koymayı, idari fonksiyon bireysel ve somut işlemler tesis etmeyi, yargı fonksiyonu ise hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak çözmeyi ifade eder[26]. Ancak bu kriterin, idari fonksiyon ile yasama fonksiyonunu ayırt etmede tek başına yeterli olmadığını belirtmek gerekir. Zira genel ve soyut nitelikteki tüm işlemlerin 'yasama fonksiyonu' olarak kabul edilmesi, maddi kriterin geçersizliğini kanıtlamaya yetecek bir gerekçedir. Çünkü yasama organı dışındaki makamlar da (bilhassa yürütme ve idare), sayıca kanunlardan çok daha fazla kural işlem[27] tesis edebil-

21 Reimer, Philipp. "§10 Wechselwirkungen von Verfassungs- ve Verwaltungsrecht." İçinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I*, editör Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs. (Heidelberg: C.F. Müller, 2021), 375-408.

22 Fritz Werner, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *Deutsches Verwaltungsblatt*, S. 74, (1959): 527.

23 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 109.

24 Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

25 Bu kriterlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1965), 12-47.

26 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 194.

27 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 1271 vd.

mektedir ve bunlar yasama fonksiyonu kapsamında görülmemektedir[28]. Öte yandan, yasama organının kural işlem niteliği taşımayan, somut ve bireysel yasama işlemleri (örneğin milletvekilliğinin düşürülmesi kararı) de mevcuttur ve bunlar da yasama fonksiyonunun kapsamındadır[29]. Özetle maddi kriter, yasama-idare ayrımını gerçekleştirmede yetersiz kaldığı ortadır[30].

İkinci ölçüt olan organik (şeklî) kritere göre fonksiyonların ayrımı, işlemi gerçekleştiren organın hukuki statüsüne göre yapılmaktadır. Bu bağlamda; parlamentonun tesis ettiği işlem ve eylemler yasama fonksiyonuna, idari makamların gerçekleştirdiği işlem ve eylemler idari fonksiyona, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin faaliyetleri ise yargı fonksiyonuna karşılık gelmektedir[31].

Bu kriter, yasama ve idari fonksiyonların birbirinden ayrılması noktasında tek başına yeterli değildir. Zira TBMM'nin faaliyetleri sadece yasama fonksiyonuyla sınırlı kalmamakta; organ bünyesinde içerik bakımından idari nitelik taşıyan ya da özel hukuk alanına giren çeşitli işlemler de gerçekleştirilmektedir[32]. Bu durumda, her iki fonksiyonun sadece organik kriterle birbirinden tamamen ayrılması mümkün görünmemektedir[33].

Öte yandan organik kriter, negatif bir ayrım yapılması noktasında işlevsellik arz etmektedir. AY m.7 uyarınca yasama yetkisi münhasıran TBMM'ye ait olduğu ve devredilemediği için; yasama fonksiyonunun ancak ve ancak yasama organı tarafından icra edilebileceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda organik kriter, yasama organı haricindeki bir birimin işleminin 'yasama fonksiyonu' olarak nitelendirilmesini engelleyen bir bariyer işlevi görse de; yasama organı bünyesinde tesis edilen her işlemin mahiyeti gereği 'yasama fonksiyonu' teşkil ettiğini kanıtlamaya kâfi gelmemektedir[34].

---

28 Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 42; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 41; bu işlemlerin yasama fonksiyonu oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışma için bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 195 vd.

29 Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, 41.

30 Yıldırım, Çınarlı ve Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I*, 46.

31 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 196; Yıldırım, Çınarlı ve Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I*, 46.

32 Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları* (1977), 102; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025), 106; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin, 2023), 15; Gözler, İdari Fonksiyonun Yasama Fonksiyonundan Ayrılması başlığı altında [o]*rganik kritere göre, "idari fonksiyon (fonction administrative)", "yasama fonksiyonu (fonction legislative)"ndan kolayca ayrılır. Yasama organından çıkan işlemler yasama fonksiyonunu, idare organından çıkan işlemler ise idari fonksiyonunu oluşturur* ifadesini kullanmakta (s. 43 ve 44) ancak başka yerlerde yasama organından çıkan tüm işlemlerin yasama fonksiyonuna dahil olmadığına dair örnekler vermektedir (s. 725 vd) Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*.

33 Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* 55; Onur Çekiç, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri", *Yasama Dergisi* 12 (2009): 107-10.

34 Emre Dadaş ve Dursun Çelik, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2024): 1061-75; **Cumhurbaşkanı'nın çıkardığı Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini**; Sancakdar, Önüt, Us Doğan,

Bununla birlikte; yasama organının idari fonksiyona dahil işlem ve eylemleri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, parlamentonun hangi işlemlerinin yasama, hangilerinin ise idari fonksiyon addedileceği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır[35].Kuşkusuz yasama fonksiyonu kavramı öncelikle parlamentonun kanun ihdas etme, değiştirme veya ilga etme yetkisini akla getirmektedir[36]. Nitekim AY m.87'de bu husus, öncelikli olarak TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Ancak parlamentonun yegâne görevinin kanun yapmak olduğu algısına düşülmemelidir. Meclis; aynı maddede (AY m.87) düzenlenen para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek, milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, nitelikli çoğunlukla genel ve özel af ilân etmek gibi başkaca yetkilerle de donatılmıştır. Ayrıca TBMM'nin görevleri anılan maddeyle sınırlı değildir. Yürütmenin denetlenmesi (AY m.98), yasama dokunulmazlığının kaldırılması (AY m.83), milletvekilliğinin düşürülmesi (AY m.84) ile Kamu Başdenetçisi (AY m.74), RTÜK (AY m.133), AYM (AY m.146) ve HSK (AY m.159) üyelerini seçmek gibi idari ve siyasi nitelik taşıyan birçok yetki de parlamento tarafından bizzat icra edilmektedir.

TBMM Genel Kurulu'nun üye seçimi işlemlerinin hukuki niteliği ve bu işlemlerin yargısal denetimine ilişkin hususlar, kamu hukuku öğretisinde tartışmalıdır[37].

Danıştay Beşinci Dairesi 2007 tarihli bir kararında, TBMM Genel Kurulu tarafından gerçekleştirilen RTÜK üyeliğine seçim işlemini 'idari işlem' olarak nitelendirmiş ve bu tasarrufa karşı idari yargı denetim yolunu açmıştır. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusu işlemin bir parlamento kararı olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermişse de Danıştay, işlemin tesis edildiği makama yani TBMM'nin organik yapısına değil, işlemin fonksiyonel niteliğine bakılması gerektiğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan kanunlar ve İçtüzük dahi Anayasa Mahkemesi denetimine tabi kılınmışken, idari fonksiyon kapsamında kalan bir atama işleminin yargı dışı bırakılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır[38].

Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 37; **Cumhurbaşkanının bir kanunu tekrar görüşülmek üzere geri göndermesi ya da bütçe tasarısı hazırlaması gibi faaliyetlerini,** Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 42 **yasama fonksiyonuna dahil eden görüşler bulunmaktadır.**; **Yine yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarını da maddi anlamda yasama faaliyeti olarak gören görüş de mevcuttur** Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 107.

35 Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 45 vd.

36 Dadaş ve Çelik, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme", 1075.

37 Oğuzhan Güzel, "Hukuk Devletinde İdarî Davaya Konu Olabilecek İşlem Kavramı" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015), 61; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve Oğuzhan Güzel, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 507-511.

38 D5.D, 24.01.2007, E.2005/5627, K.2007/72; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 21.

Danıştay'ın hukuk devletinde hiçbir devlet işleminin yargı denetimi dışında bırakılmaması gerektiği yönündeki temel felsefesine katılmakla birlikte; TBMM Genel Kurulu kararlarının mahiyetleri gereği yasama fonksiyonu kapsamında kaldığı, dolayısıyla bu kararların denetiminin münhasıran Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yönde bir anayasal veya yasal düzenleme ihdas edilene dek, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız 'ayrılabilir işlem kuramı' işletilmelidir. Bu kuram vasıtasıyla idari yargı mercileri, Genel Kurulun nihai seçim kararını değil, bu karara ön gelen Meclis Başkanlığı işlemlerini denetleyerek hukuk devletinin korunması adına işlevsel bir mekanizma üretebilir.

Doktrinde, RTÜK'e üye seçimi işleminin idari fonksiyon kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur[39]. Bu doğrultuda Ulusoy[40]; RTÜK'ün organik açıdan idari teşkilat içinde yer aldığını ve icra ettiği faaliyetlerin de işlevsel olarak idari nitelik taşıdığını belirtmektedir. Yazara göre RTÜK; yasama organı adına faaliyette bulunmadığı ve ona yardımcı bir organ işlevi taşımadığı için kurumsal konumu bakımından Sayıştay'dan ayrılmaktadır. Dolayısıyla, TBMM'nin bu seçim bağlamındaki tasarrufunun yasama fonksiyonu ile doğrudan bir bağı bulunmamakta olup yazar, mahiyeti itibarıyla idari bir göreve yönelik gerçekleştirilen bu seçim işleminin duraksamasız olarak idari fonksiyon sınırları içinde kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

RTÜK'e üye seçimine ilişkin TBMM kararının idari fonksiyon olarak görülemeyeceği kanaatindeyiz[41]. Zira yukarıda aktardığımız Ulusoy'un gerekçeleri makul görünmemektedir. Bir kere bir organın işlemini, yalnızca işlemin muhatabının niteliğine bakarak tanımlamak yanıltıcı sonuçlara sebebiyet verebilir. Varsayımsal olarak; özel hukuk hükümlerine tabi bir kamu kuruluşuna yönetici atanması durumunda, bu mantık uyarınca atama işleminin özel hukuka tabi olması gerekecektir. Benzer şekilde, TBMM'nin Anayasa Mahkemesine üye seçmesi, sırf muhatap kurum yargı erki içinde yer aldığı için 'yargı fonksiyonu' olarak mı adlandırılacaktır?

Kanaatimizce, TBMM Genel Kurulu tarafından alınan kararlar kural olarak yasama fonksiyonu kapsamında kalmalı ve anayasa hukukuna tabi olmalıdır[42].

---

39 İl Han Özay, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S 10 (Ocak 1995): 59; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 414414; Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku Genel Esaslar* (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 39; daha fazla referans için bkz Odyakmaz Kaymak ve Güzel, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları*, 509.

40 Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 52.

41 Aynı yönde, Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 44; Emin Koç, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İdari İşlem Niteliği Taşıyan İşlemleri", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2025): 119, 120, https://doi.org/10.56701/shd.1567568. Çağlayan'a göre genel kurul kararları parlâmento kararları şeklinde ortaya çıktığından TBMM'nin mezkûr işlemlerinin idarî işleve dâhil olsa bile, idarî yargı denetimi dışında kalmalıdır. bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 130.

42 Benzer yönde Koç, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İdari İşlem Niteliği Taşıyan İşlemleri", 119, 120.Dadaş ve Çelik, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme", 1076.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, benzer hukuki etkilere sahip yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime tabi tutulmasının hukuk devleti ilkesinin gereği olduğunu vurgulamaktadır[43]. Bu kararların tamamen denetim dışında kalması da hukuk devleti açısından sakıncalıdır. Bu kararların Anayasa Mahkemesi tarafından en azından şekli olarak (örneğin adayın şartları taşıyıp taşımadığı, nisap kurallarına uyulup uyulmadığı gibi) denetlenmesine olanak tanınacak hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. Ancak mevcut hukuki rejimde, Genel Kurul kararından önceki hazırlık niteliğindeki Başkanlık işlemleri, ayrılabilir işlem kuramı[44] uyarınca idari fonksiyon kapsamında görülerek idari yargı denetimine tabi tutulmalıdır. Örneğin Kamu Başdenetçisi seçimi sürecinde, adaylık şartlarını taşımadığı gerekçesiyle başvurusu reddedilen bir adayın bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurabilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aksi takdirde, yasama organının hazırlık işlemleri tamamen yargı denetiminden yoksun kalarak keyfiliğe açık hale gelecektir[45].

Milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hukuki niteliği, bu işlemlerin idari fonksiyon kapsamında mı yoksa yasama fonksiyonu dâhilinde mi mütalaa edilmesi gerektiği sorunsalı çerçevesinde incelenmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 2022 yılında karara bağladığı bir bireysel başvuruda[46]; milletvekiline verilen disiplin cezasının TBMM Genel Kurulunda yapılan oylama neticesinde tesis edildiğini ve mahiyeti itibarıyla bir parlamento kararı olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu işlemin TBMM'nin yargısal denetime tabi olmayan işlemleri arasında yer aldığı gerekçesiyle oyçokluğuyla konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.

Buna karşın Mahkemenin daha yakın tarihli norm denetimi kararlarında[47]; konuya yaklaşımının belirli bir esneklik taşıdığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2023 tarihli kararında 2017 yılındaki içtihadına (AYM, E. 2017/13, K. 2017/21, 09.02.2017) atıf yaparak önemli bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu uyuşmazlıkta, bir milletvekili hakkında disiplin cezası verilmesini öngören parlamento kararının "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğinde olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, bu iddianın esasına girmeden evvel yetki hususunu incelemiş; Anayasa'nın 150. maddesi uyarınca TBMM İçtüzüğü'nün iptalinin ancak Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tarafından istenebileceğini belirterek somut olayda

43 AYM, 1.5.2007, E.2007/45, K.2007/54, 1/5/2007.

44 Murat Sezginer, "İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 69, S. 1-2 (2011): 241-45.

45 *Değer ve etkileri bakımından aralarında fark bulunmayan yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime bağlı tutulmaları hukuk devleti olmanın da gereğidir* AYM, 01/05/2007, E.2007/45, K.2007/54.

46 AYM Kararı, Başvuru No: 2018/1878, 27/10/2022.

47 AYM GK, 26.7.2023, E. 2023/113 K. 2023/127.

dava açma ehliyetinin bulunmadığına hükmetmiştir. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme; şekli dava açma şartlarının sağlanması hâlinde, disiplin cezasına ilişkin parlamento kararlarını "içtüzük düzenlemesi" niteliğinde görerek esastan denetleyebileceğinin işaretini zımnen vermiştir.

Alman Parlamenterler Kanunu (Abgeordnetengesetz - AbgG) m.44e, f.3 hükmü, milletvekillerine uygulanan disiplin tedbirlerine karşı Federal Anayasa Mahkemesi'ni (Bundesverfassungsgericht) açıkça yetkili kılmıştır. Buna karşılık, milletvekillerinin özlük ve mali haklarına ilişkin işlemler, parlamentonun idari faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir[48]. Kanaatimizce, milletvekillerine Genel Kurul tarafından verilen disiplin cezaları, niteliği gereği bir yasama işlemi (parlamento kararı) mahiyetindedir. Bu tür işlemlerin, hukuk devleti ilkesi uyarınca yargı denetimi dışında bırakılmaması ve Almanya örneğinde olduğu gibi, yasal bir düzenleme ile açıkça Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi kılınması gerekmektedir.

TBMM'nin, yasama faaliyetlerinin yanı sıra idari fonksiyon kapsamında yürüttüğü işlemleri de mevcuttur[49]. Bunların başında Başkanlık Divanı ve Meclis Başkanlığı personeli ile ilgili işlemler gelmektedir[50]. Anayasal bir organ olan TBMM bünyesinde, milletvekilleri haricinde kamu görevlisi statüsünü haiz personel de istihdam edilmektedir. Bu personelin atanması, özlük hakları ve disiplin süreçlerine ilişkin işlemler bütünüyle idari nitelik taşımaktadır. Benzer şekilde, TBMM Başkanlığı tarafından tesis edilen yönetmelik çıkarma işlemleri de idari fonksiyon dâhilinde kabul edilmektedir[51]. Buna mukabil, Meclis Başkanının Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırma veya çağırmama yönündeki irade beyanı, doğrudan yasama fonksiyonuna ilişkin bir işlem olarak değerlendirilmektedir[52]. Diğer taraftan, Meclis yerleşkesinin güvenliğinin sağlanmasına yönelik kolluk faaliyetleri kural olarak idari işlev mahiyetindedir. Ne var ki öğretide, söz konusu kolluk tedbirlerinin bir milletvekiline karşı uygulanması hâlinde, bu durumun salt idari bir eylem değil, anayasal bir fonksiyonun icrası kapsamında ele alınması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir[53]. Danıştay; bir milletve-

---

48 Christian Von Boetticher, *Parlamentsverwaltung ve parlamentarische Kontrolle* (Berlin: Duncker&Humblot, 2002), 60 vd.

49 Emin Koç, "Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 32, S. 145, (2019): 301-21; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025), 62.

50 D5.D, 16/12/1987, E. 1987/1380, K. 1987/1783, Danıştay Dergisi 70-71, 271; Çekiç, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri", 111.

51 D6.D. 28/02/1992, E: 1996/91, K: 1996/929, Danıştay Dergisi 92, 471; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 129.

52 Ankara 2. İM, 13.10.1987, E.987/1380-K.987/818 sayılı kararında, Odyakmaz Kaymak ve Güzel, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları*, 509; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 47.

53 Cremer, "Recht der Parlamentsverwaltung - Verwaltungsrecht?", 33, 34.

kilinin, şahsına yönelik hakaretamiz ifadeler içeren bir basın bildirisi tutanağının TBMM'nin resmî internet sitesinden kaldırılması talebiyle Meclis Başkanlığına yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemi de idari fonksiyon kapsamında değerlendirmiş ve yargısal denetime tabi tutmuştur[54].

İdare hukuku ile anayasa hukukunun diğer bir kesişim noktası ise yürütme erkinin işlemleridir. Şöyle ki yürütme erkinin birtakım işlemleri, hükümet tasarrufu[55] adı altında anayasa hukukunun inceleme sahasında kalmaktadır[56]. Bu tasarrufların neler olduğu kesin ve net olarak belirlenebilmiş değildir. Yürütmen organının ülkenin yüksek ve olağanüstü çıkarları adına aldığı kararlar hükümet fonksiyonu[57]; günlük, mutat yaptığı işler ise idare fonksiyonu şeklinde ifade edilmektedir. 1924 Anayasası'nın geçerli olduğu zamanda Danıştay; Türk vatandaşlığından çıkarma Mukabele-i bilmisil kararları, zorunlu iskâna/göçe tabi tutulma kararları, yabancıların sınır dışı edilmesi kararları olmak üzere dört sınıf idari kararı hükümet tasarrufu olarak içtihat ederek denetimden imtina etmiştir[58]. 1961 Anayasa'sının yürürlüğe girmesiyle *"idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*" (m.114/f.1), hükmü Anayasa'da yer almış, ancak daha sonra 197l'de "*idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*" şeklinde değiştirilerek kesin ifadeler yumuşatılmıştır. l96l Anayasası'nın 1971 değişikliğinden sonraki halinden itibaren ve l982 Anayasası yürürlüğe girmesiyle[59] Danıştay içtihatlarında, "Devletin hükümranlık/ egemenlik hakkı kavramının kullanılması ve davaların bu sebeple esastan reddedilmesi, hükümet tasarrufu uygulamasının devam edip etmediği sorusunu gündeme getirmektedir[60]. Her ne kadar günümüzde öğretinin büyük çoğunluğu[61] hükümet tasarrufu adı altında yürütmenin birtakım işlemlerinin idari yargı dışına çıkarılmasını hukuk devletine uygun bulmasalar da yürütme erkinin Anayasa'dan kaynaklı bir kısım işlemleri idare hukukunun değil, anayasa hukukunun konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda yürütme erki olan Cumhurbaşkanı'nın kanunların tekrar görüşülmek üzere geri göndermesi (AY m.104/f.6), seçimlerin yenilenmesine karar vermesi (AY m.116/f.2), Anayasa Mahkemesi'nde iptal

54 D10.D, 20.07.2010, E.2007/7981, K.2010/6186.

55 Diğer anılış şekilleri için bkz Oğuzhan Güzel, "Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, S. 2 (2017): 217-19.

56 Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 23.

57 Ragıp Sarıca, *İdarî Kaza, Cilt I* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1949), 21; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 13.

58 Cemil Kaya, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7 (2016): 637-39.

59 m.125/f.1'de hüküm aynen yer almıştır.

60 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi, 2019), 142, 143.

61 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 757; daha fazla referans için bkz. Güzel, "Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları", 225 vd.

davası açması (AY m.104/f.7), Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunması (AY m.104/f.12) gibi konular idare hukukunun konusunu oluşturmazlar. Yine Cumhurbaşkanı'nın yargı erki ile ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler de kanaatimizce anayasa hukukunun inceleme sahasında olmalıdır. Bu cihette Cumhurbaşkanı'nın yüksek mahkemelere ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye atamaları kanaatimizce hükümet tasarrufu olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa hukuku ile idare hukuku arasındaki ayrımın kriterleri, Alman doktrininde kapsamlı tartışmalara konu olmuştur. Bu bağlamda, doktrindeki ağırlıklı görüşlerden biri olan[62] "çifte doğrudan anayasallık teorisi"ne (*Lehre von der doppelten unmittelbaren Verfassungsunmittelbarkeit*) değinmek gerekir. Bu teori uyarınca, bir uyuşmazlığın anayasa hukukuna dâhil edilebilmesi için; tarafların her ikisinin de anayasal organlar, bu organların birimleri ya da doğrudan anayasal yaşama katılan diğer makam veya kişilerden oluşması (şeklî kriter) ve uyuşmazlık konusunun maddî anayasa hukukuna ilişkin olması (maddî kriter) şarttır.

Söz konusu teori çerçevesinde vatandaşlar, devlet karşısında doğrudan "anayasal organ" statüsüne haiz olmadıklarından, vatandaş ile devlet arasındaki ilişkiler kural olarak anayasa hukukuna değil, idare hukukuna tabidir[63]. Federal Anayasa Mahkemesi de kararlarında, uyuşmazlık taraflarının niteliğini ve hukuki ilişkinin anayasal mahiyetini vurgulayarak "çifte anayasaya dolaysız bağlılık" ilkesini benimsediği izlenimini uyandırmaktadır[64].

Ancak bu yaklaşım, özellikle Weimar Anayasası döneminin hukuk anlayışını yansıttığı ve vatandaşların anayasal uyuşmazlıkların tarafı olamayacağı yönündeki katı duruşu nedeniyle yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır. Güncel anayasal düzende; Federal Anayasa'nın tüm devlet erklerinin temel haklara bağlılığını düzenleyen 1. maddesinin 3. fıkrası ile anayasa şikâyetini (bireysel başvuru) düzenleyen 93. maddesinin 1. fıkrasının 4a bendi, bu hukuksal dönüşümün en somut göstergeleri olarak kabul edilmektedir[65].

II. İDARE HUKUKUNUNUN ÖZEL HUKUKTAN AYRILMASI

İdarenin faaliyet alanı, yalnızca idare hukuku rejimine tabi eylem ve işlemlerle sınırlı olmayıp, özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı faaliyetleri de bün-

62 Savunan yazarlar için bkz. Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Ottersweier: Dr. Rolf Verlag, 2024), d.n. 63; Dirk Ehlers ve Jens-Peter Schneider, "§40 Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs", içinde *Verwaltungsrecht - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Kommentar*, 48. EL, ed. Friedrich Schoch ve Jens-Peter Schneider (München: C.H. Beck, 2025), k.n. 136.

63 BVerwG, 7 C 64.83, 11.07.1985, NJW 1985, 2344 ve 2346; Hans-Uwe Erichsen, "Die Zulässigkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht", *Juristische Ausbildung* 16 (1994): 423; isabetli gördüğümüz karşı görüş için bkz..Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 21, 22.

64 BVerfGE 1, 208 (221); E 27, 240 (246) = NJW 1970, 278.

65 Ehlers ve Schneider, "§40 Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs", par. 139.

yesinde barındırmaktadır. İdari rejimin benimsendiği ve yargı ayrılığı sisteminin geçerli olduğu hukuk düzenlerinde, bir hukuki uyuşmazlığın hangi hukuk dalına ait olduğunun tespiti, öteden beri süregelen temel bir tartışma konusudur. Bu meseleye ilişkin doktrinde çok sayıda teori geliştirilmiş olup, söz konusu teoriler Türk, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde farklılaşan yaklaşımlarla ele alınmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında; yargı kararları ve öğretideki tartışmalar ışığında kamu hukuku-özel hukuk ayrımına ilişkin ölçütler ortaya konulacak, söz konusu kriterlerin ayrımda yeterli olup olmadığı noktasında pratik sonuçları analiz edilecektir.

A. TÜRK VE FRANSIZ HUKUKUNDA AYRIM TEORİLERİ

Türk hukuk doktrini ve yargı içtihatları, idare hukukunun gelişim sürecinde uzun süre Fransız hukukunun belirgin etkisi altında kalmıştır. Bu etkileşimin bir sonucu olarak, idare hukukunun uygulama alanını tayin eden temel ölçütlerin de büyük ölçüde Fransız hukukuna dayandığı görülmektedir. Doktrinde kabul gören başlıca kriterler; kamu gücü, kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri (özel hukuku aşan şartlar) ölçütleridir. Bunların yanı sıra; kamu yararı, karma teori ile "daha çok ve daha az yetki" teorisi gibi yaklaşımlar da idare hukukunun kapsamını belirlemede başvurulan diğer önemli kıstaslar arasında yer almaktadır.

1. Kamu Gücü Teorisi (Hakimiyet - Temşiyet Tasarrufu)

Fransa'da Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı Maurice Hauriou tarafından geliştirilen bu kıstasa[66] göre, kamu gücüne dayanılarak tesis edilen idari işlem ve eylemler idare hukukunun konusunu oluştururken; idarenin kamu gücü kullanmaksızın tesis ettiği hukuki münasebetler özel hukuka tabidir[67]. Bu teori çerçevesinde idarenin faaliyetleri, "hakimiyet tasarrufları" (*actes d'autorité*) ve "temşiyet tasarrufları" (*actes de gestion*) olmak üzere iki kategoriye ayrılır[68].

Hakimiyet tasarrufları veya kamu gücü işlemleri; idarenin buyruk ve yasaklar koyduğu, yani tek taraflı bir "emretme iradesi" açıkladığı işlemlerdir[69]. Bu teori uyarınca idare, hakimiyet tasarrufu mahiyetindeki işlemlerinde bireylerle eşit konumda olmayıp, onlara karşı üstün ve ayrıcalıklı bir konumda hareket eder. İdare, tek taraflı irade açıklamasıyla ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğurabilen işlemler tesis etme gücünü (*exécutoire*) haizdir[70]. İdarenin bu nitelikteki işlemleri

66 "Toulouse" veya "Hauriou" ekolü olarak da anılmaktadır. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 30; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 85; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 20.

67 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 95; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1982), 22, 23; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 30.

68 Ayşen Yüksel, "İdare Hukukunun Tatbik Sahası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 1 (1959): 77; Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I*, 95.

69 Günday, *İdare Hukuku*, 30; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 85, 86.

70 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 23; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 86; Atay, *İdare Hukuku*, 20.

idare hukuku alanında kalmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar kural olarak idari yargıda çözümlenmektedir. Söz konusu tasarrufların en tipik örneğini kamulaştırma işlemleri teşkil etmektedir[71].

Temşiyet tasarrufları (*actes de gestion*) ise; idarenin tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek girdiği hukuki ilişkilerden doğan işlem ve eylemler olarak tanımlanmaktadır[72]. Bu durumda idare, kamu gücüne başvurmadan; malik, kiracı veya işletmeci sıfatıyla hareket etmektedir. Söz konusu işlem ve eylemler özel hukuk rejimine tabi olup, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargı mercilerinde çözümlenir. Örneğin, idarenin hizmet binası olarak kullanmak amacıyla bir şahıstan taşınmaz kiralaması, özel hukuk sözleşmesi mahiyetinde bir temşiyet tasarrufu kabul edilmektedir[73].

Bu ayrım ölçütü Fransa'da 19. yüzyılın sonuna, Türk hukukunda ise 1950'li yıllara kadar yargı mercileri tarafından uygulanmıştır. Ancak devletin iktisadi ve sosyal hayata müdahalesinin artması ve kamu gücü-temşiyet ayrımının her somut olayda net biçimde yapılamaması (belirlilik sorunu) nedeniyle bu kriterin kullanımından zamanla vazgeçilmiştir[74].

2. Kamu Hizmeti Teorisi

Kamu hizmeti ölçütü[75], idare hukukunun uygulama alanını belirlemede Fransa'da yargı içtihatlarıyla geliştirilen bir diğer temel kıstastır. Söz konusu ölçüt, ilk kez Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararıyla hukuk literatürüne girmiş ve zamanla idari rejimin ana ekseni haline gelmiştir[76]. Kamu hizmeti teorisi uyarınca, idare hukukunun uygulama alanı münhasıran "kamu hizmeti" kavramı üzerinden tanımlanmalıdır[77].

Bu yaklaşıma göre idare hukukunun varlık sebebi, idarenin sahip olduğu kamu gücü (hakimiyet) değil; idarenin üstlendiği kamu yararına yönelik hizmetlerdir. Diğer bir ifadeyle, idare hukukunun konusunu kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve yürütülmesi oluşturur. Bordeaux Ekolü'nün savunduğu bu anlayışta; "kamu hizmeti = idare hukuku = idari yargı" şeklinde mutlak bir eşitlik formülü benimsenmiştir[78].

---

71 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 86.

72 Günday, *İdare Hukuku*, 30; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 98.

73 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 86.

74 Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I*, 39; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 23.

75 Öncüleri arasında olan Leon Duguit'in adıyla "Duguit Ekolü" olarak ya da onun Dekanlığını yaptığı Fakültenin adı olan "Bordeaux ekolü" olarak da anılmaktadır. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 29.

76 Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 44.

77 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır ve Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 529.

78 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 91.

Kamu hizmeti kavramının, [g]*iderilmesinde kamu yaran bulunan toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimi altında özel kişilerce yürütülen etkinlikler* gibi tanımlama[79] çabaları olsa da bu kavramın üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmadığı aktarılmaktadır[80]. Savunma hizmetleri, eğitim hizmetleri, sağlık hizmetleri, bayındırlık hizmetleri ve ulaştırma hizmetleri gibi hizmetler birer kamu hizmeti olarak görülmektedir.

Kamu hizmeti ölçütü, idare hukukunun uygulama alanını belirlemede günümüzde tek başına yeterli kabul edilmemektedir. Gözler[81] bu kıstasın yetersizliğini şu altı temel gerekçeye dayandırmaktadır[82]:

1) İdarenin kamu hizmetine ilişkin bir "özel hukuk sözleşmesi" yapması mümkündür. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara adli yargı bakmaktadır.

Ancak bu eleştiri, teorinin özünün tam olarak anlaşılmadığı izlenimini vermektedir. Zira kamu hizmeti teorisyenleri, hizmete ilişkin tüm faaliyetlerin idare hukukuna tabi olması gerektiğini savunmaktadır; dolayısıyla yürürlükteki bir uygulamayı (özel hukuk sözleşmesi), aksini iddia eden bir teoriye "mantıksal gerekçe" olarak sunmak metodolojik bir hatadır.

2) İktisadi ve ticari kamu hizmetlerinin (İTKH) ortaya çıkmasıyla teori büyük yara almıştır. İdarenin bir özel hukuk kişisiyle benzer şartlarda yürüttüğü bu faaliyetlere özel hukuk hükümleri uygulanmaktadır.

3) Yukarıda belirtildiği üzere, kamu hizmeti kavramı üzerinde bir tanım uzlaşısı yoktur. "Kamu yararı" kavramının muğlaklığı, hangi faaliyetin bu kapsama gireceğini belirlemeyi güçleştirmektedir. Ayrıca günümüzde kamu hizmetlerinin bizzat kamu tüzel kişileri tarafından yürütülme şartı esnemiş; özel kişilere sözleşme veya ruhsatla hizmet gördürme usulü yaygınlaşmıştır.

4) Kanun koyucu, kamu hizmeti sunan kimi kamu tüzel kişiliklerinin işlemlerinden doğan davaları bilinçli bir şekilde idari yargının değil, adli yargının görevine bırakmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu bunun örneklerinden biridir. Şüphesiz bu kurum, kamu yararını sağlamak amacıyla hizmet vermektedir ve devlet tarafından kurulmuş bir kamu kuruluşudur. Ancak, bu kurum ile üyeleri (veya hizmet aldığı kişiler) arasındaki ilişkiler, idare hukuku değil, iş hukuku kapsamına girer ve bu tür uyuşmazlıklar idari yargıda değil, adli yargıda (iş mahkemelerinde) karara bağlanır. Örneğin, 31 Mayıs 2006 tarihli 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesi, "*bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların iş mahke-*

79 Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 68.

80 Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, S. 1-3 (2011): 147; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır ve Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 529.

81 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 91 vd.

82 Daha eski tartışma ve eleştiriler için bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I*, 94 vd.

melerinde çözüleceğini" belirtmektedir. Bu durum, kamu hizmeti kavramının, idare hukukunun kapsamını tam olarak açıklamadığını göstermektedir.

Yazarın bu gerekçesi kanımızca yerinde değildir. Zira kanun koyucu görevli yargı yerini değiştirmesi ölçütün bir eksikliği olarak görülemez. Ayrıca Özay[83]'ın bir uyuşmazlığın maddi niteliği yasal düzenlemelerle değiştirilemez; uyuşmazlık özü itibarıyla idari kalmaya devam eder. Kanun koyucu yalnızca çözüm alanını (yargı yolunu) değiştirebilir ki bu durum, yargısal denetimin etkinliğini ve yaygınlığını artırma amacı taşıyabilir[84].

5) Kamu hizmetleri, organik anlamda idareye dahil olmayan özel hukuk tüzel kişileri (vakıf üniversiteleri, özel hastaneler vb.) tarafından da görülebilmektedir. Bu kişilerin not verme veya diploma düzenleme gibi işlemlerinin idari yargıya tabi olmasının nedeni, yürüttükleri faaliyetin "kamu hizmeti" olması değil; bu işlemlerin "kamu gücü ayrıcalığına" dayanmasıdır. Bu durum, belirleyici kriterin kamu hizmeti değil, kamu gücü olduğunu kanıtlamaktadır.

6) Günümüzde artık devletin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde idare hukukuna tabi memurlar yerine her geçen gün artan oranda iş hukuku hükümlerine tabi işçi statüsünde personel kullandığı bir vakıadır. Bu doğrultuda, hizmet akdiyle çalıştırılan personelin istihdam edilmesini düzenleyen birçok kanun çıkarılmıştır. Bu tercih, özellikle personelin ücretlerinin serbestçe belirlenebilmesi, görev değişikliklerinin veya işten çıkarmaların daha kolay olması gibi avantajlar sunmaktadır. Bu çalışanlar özel hukuka tabi olup, idare ile aralarında doğabilecek uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmektedir. Bu durum, kamu hizmetlerinin bir kısmının artık idare hukukuna değil, özel hukuk kurallarına göre yürütülebileceğini göstermektedir. Böylece, özel hukukun etkisi, klasik kamu hizmetleri alanında dahi kendini hissettirmeye başlamıştır.

3. Karma Teori

Fransız idare hukukçusu Maurice Hauriou'nun "kamu gücü" ve "kamu hizmeti" ölçütlerini sentezleyerek geliştirdiği karma teoriye göre; idari faaliyetler kural olarak kamu hukuku rejimine tabi olsa da idare, bu faaliyetlerin bir kısmını özel hukuk hükümleri uyarınca da yürütebilir. Bu yöntemlerden birincisi "kamusal yürütme" (gestion publique), ikincisi ise "özel yürütme" (gestion privée) olarak adlandırılır[85]. İdare, bir faaliyeti özel hukuk usullerine göre icra etse dahi, söz konusu faaliyetin "kamu hizmeti" niteliği ve "kamu yararı" amacı ortadan kalkmaz. Diğer bir ifadeyle idare, seçtiği yürütme usulünden bağımsız olarak hiçbir

83 İl Han Özay, "Türkiye'de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı", içinde *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu* (Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1982), 1-29.

84 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzhan Güzel, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 1483-524.

85 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 24; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 70.

zaman tam manasıyla bir özel hukuk kişisi statüsüne bürünemez; her hâlükârda kamu çıkarını gözetmek ve korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün gereği olarak idare, kamu gücünü her daim potansiyel olarak bünyesinde barındıran ve gerekli görülen durumlarda bu gücü kullanma imkânına sahip olan bir yapıdır[86].

4. Kamu Yararı Teorisi

Marcel Waline tarafından II. Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde ortaya atılan ve 1950'li yılların sonuna kadar savunulan bu teoriye göre; idare hukukunun uygulama alanını belirlemede esas alınacak temel kavram "kamu yararı"dır (intérêt général). Bu görüş uyarınca, bir faaliyetin temelinde kamu yararı amacı varsa, o faaliyete idare hukuku kuralları uygulanmalıdır[87]. Söz konusu yaklaşım, aşağıda inceleneceği üzere Alman idare hukukunda da karşılık bulmuştur.

Ancak bu teorinin merkezine yerleştirdiği "kamu yararı" kavramı, muğlak ve zamana, mekâna veya koşullara göre değişebilen öznel bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca idarenin -özel hukuk usullerini kullandığı durumlar dâhil- tüm faaliyetlerinin nihai amacı zaten kamu yararını gerçekleştirmektir. Bu nedenlerden ötürü, kamu yararı kavramı tek başına idare hukukunun uygulama alanını belirlemeye yetecek, somut ve ayırt edici bir ölçüt olma vasfını kazanamamıştır.

5. Daha Çok ve Daha Az Yetki Teorisi

Jean Rivero, idare hukukunun uygulama alanının tespitinde tek bir kavrama veya kıstasa bağlı kalmanın isabetsiz olacağını savunmaktadır. Yazara göre idare hukukunda kamu kuruluşlarına, özel kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde sahip olamayacakları birtakım yetkiler tanınmaktadır ki bunlar "kamu gücü ayrıcalıkları" olarak adlandırılır. Ancak idare, faaliyetlerini yürütürken özel hukuk kişileri gibi tamamen serbestçe hareket edemez. Özel hukuk süjeleri kamu yararı amacı gütmek zorunda değilken, idare her işleminde bu amacı gözetmekle yükümlüdür. Keza idare, sözleşme yapacağı tarafı belirlerken veya personel istihdam ederken keyfi hareket edemez; ihale ve sınav gibi objektif usullere tabidir. Özel hukuk kişileri kamu yararı amacını gütmek zorunda değilken, idare bunu her zaman gözetmelidir. Yine idare sözleşme yapacağı tarafı ya da personelini seçmede kafasına göre hareket edemez. Görüldüğü üzere idare hukukunda, idareye bazen fazla yetki verilmişken, bazen de bu yetkiler kısıtlanmıştır. Bu durumun sebebi kamu yararı düşüncesi ya da kamu hizmetinin gerekliliği olarak açıklanmaktadır[88].

6. Kamu Gücü Ayrıcalıkları ve Yükümlülükleri Teorisi

İdare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde öne sürülen bu ölçüte göre belirleyici kıstas; idari faaliyetlerin, özel hukukta eşine rastlanmayan ve "genel

86 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 24, 25; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 70.

87 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 25; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 70.

88 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 27.

hükümleri aşan birtakım şartlar" ihtiva etmesidir[89]. Bu şartlar, idareye yalnızca özel hukukta bulunmayan bir takım ayrıcalık ve imtiyazlar bahşetmez; aynı şekilde özel hukukta olmayan bir dizi "yükümlülükler" de getirir. Bu çerçevede, bir hukuki işlem, sözleşme veya eylemde özel hukukta söz konusu olmayan imtiyaz veya yükümlülükler mevcutsa, o eylem veya işlem idare hukukunun uygulama alanına girmektedir[90].

Bu ölçüte göre, idare hukukunun uygulama alanını belirlemede kamu hizmeti kavramı belirleyici bir unsur olmaktan çıkmış; kamu gücü kavramı, güncellenmiş bir formda karşımıza çıkmıştır. Söz konusu kriter uyarınca, idarenin faaliyetlerinde kamu gücü ayrıcalıklarının veya yükümlülüklerinin mevcudiyeti halinde idare hukuku rejimine başvurulacaktır. Buna karşılık, idarenin kamu gücüne dayalı herhangi bir enstrüman kullanmadan yürüttüğü faaliyetler özel hukuka tabidir. Diğer bir ifadeyle; idarenin bütünüyle bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği, hiçbir kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğü barındırmayan eylem ve işlemleri özel hukuk rejimine tabi olacak ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargı mercilerinde çözümlenecektir[91].

Gözler; kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülüklerini örnekleme yoluyla tasnif etmiş; bir hukuki ilişki, işlem veya eylemde bunlardan en az birinin mevcudiyeti halinde idare hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur[92]. Çalışmanın bu bölümünde, söz konusu ayrıcalık ve yükümlülükler ana hatlarıyla aktarılacak; ardından bu kriterin, idare hukukunun uygulama alanını tayin etmedeki yeterliliği ve sınırları değerlendirilecektir.

Kamu gücü ayrıcalıkları[93]:

- Tek taraflı işlem tesis etme yetkisi: Bu yetki bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdare, tek taraflı irade açıklaması ile kişiler hakkında, onların rızasına bakılmaksızın hukuki işlemler tesis edebilir. Söz konusu işlemler, ilgilileri tarafından kabul edilmese dahi hukuki sonuç doğurur. Doktrinde bu yetkiye "icrailik" veya "icrai karar alma yetkisi" denilmektedir.
- Re'sen icra yetkisi: Bu yetki bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdarenin, adli makamlara veya icra dairelerine başvurmasına gerek kalmaksızın, kendi kararlarını bizzat uygulama yetkisi bulunmaktadır.
- Hukuka uygunluk karinesi: İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdare tarafından alınan bir karar, yetkili mahkemece iptal edilinceye veya yürütülmesinin durdurulmasına karar verilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir ve uygulanmasına devam

89 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 95.

90 Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2025), 82, 83.

91 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 95, 96.

92 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 103.

93 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 97-100.

edilir. İlgilinin idari işleme itiraz etmesi veya dava açması, kural olarak o kararın icrasını kendiliğinden durdurmaz.

- Kamu malı statüsü: İdarenin mallarının kamu malı statüsünde olması bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdarenin malları, özel hukuk mallarından farklı bir statüye tabi tutulur ve ayrıcalıklı bir korumadan yararlanır. Örneğin; kamu malı statüsündeki bir taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı mümkün değildir.
- Kamu alacaklarının tahsili: Kamu alacaklarının tahsili için özel bir usulün öngörülmesi, kamu gücüne dayalı bir ayrıcalıktır. Kamu alacaklarının tahsilinde özel hukuk usullerinden farklı bir yöntemin benimsenmiş olması, ilgili hukuki ilişkinin idare hukukunun uygulama alanında kaldığını gösterir. Türkiye'de bu husus, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.
- Cebri icra ve iflas bağışıklığı: Bir borç için özel hukuk cebri icra yollarının işletilememesi, malların haczedilememesi ve kamu tüzel kişilerinin iflasının talep edilememesi bir kamu gücü ayrıcalığıdır.
- Kamu görevlisi statüsü: Bir kurum veya kuruluş personelinin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi, kamu gücüne dayalı bir ayrıcalıktır. Kamu görevlileri belirli alanlarda özel bir korumadan yararlanırken, aynı zamanda diğer personele kıyasla daha ağır sorumluluklara tabidirler. Türk hukukunda kamu personeli, Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından kamu görevlisi kabul edilmektedir.
- Zorunlu üyelik: Meslek kuruluşlarına üye olma zorunluluğu bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Örneğin; bir avukatın baroya, bir hekimin ise tabip odasına üye olmadan mesleğini icra etmesi mümkün değildir. Bu tür zorunlulukların varlığı halinde idare hukuku uygulanmaktadır.
- Vergi muafiyeti: Bir tüzel kişiye vergi muafiyeti tanınması bir kamu gücü ayrıcalığıdır.
- Bir uyuşmazlık adli yargıda değil de idari yargıda görülüyorsa bir kamu gücü ayrıcalığı söz konusudur. İdare, özellikle Fransız sisteminde, kendine özgü bir hâkim tarafından yargılanmak imtiyazını haizdir. Bu, bir uyuşmazlığın görülmesi için idari yargı yetkilendirilmiş ise, o uyuşmazlığa idare hukuku tatbik edilir.
- İdari sorumluluk rejimi: Ortaya çıkan zararların idari sorumluluk hukuku çerçevesinde tazmin edilmesi, bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdari sorumluluk, özel hukuk sorumluluğu ile benzer yönleri bulunmakla beraber, kendine özgü ilkelere sahip bir sorumluluk türüdür. Bu çerçevede; bir faaliyet, özel hukuk sorumluluk rejiminin dışında farklı bir tazminat hukukuna tabi tutulmuşsa, ilgili uyuşmazlığa idare hukuku kuralları uygulanır.

Kamu gücü ayrıcalıklarının eksiksiz bir listesini yapmak mümkün değildir; zira idarenin ihtiyaçlarına göre yeni ayrıcalık veya yükümlülüklerin ortaya çıkması muhtemeldir. Örneğin; kamulaştırma, idari irtifak tesisi, istimval, geçici işgal, vergilendirme, cebir kullanma, disiplin cezası verme ve belirli bir alanı tekel haline getirme gibi yetkilerin her biri birer kamu gücü ayrıcalığıdır. Keza, bir tüzel kişinin mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yürüttüğü inşaat ve onarım faaliyetlerinin "kamu işi" (bayındırlık) olarak nitelendirilmesi de idare hukukuna özgü bir ayrıcalıktır.

Kamu gücü yükümlülükleri[94]

- Sözleşme serbestisinin sınırlanması: Özel hukuk kişileri kural olarak irade serbestisine sahiptir; sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü haizdirler. Buna mukabil idarenin hareket alanı oldukça kısıtlıdır. Örneğin idare, sözleşme yapacağı tarafı kural olarak kamu ihale usulleri ile belirlemek zorundadır.
- Personel istihdamı: Özel hukuk kişileri dilediği kişiyi çalıştırma özgürlüğüne sahipken; kamu tüzel kişilerinin personel istihdamında benzer bir serbestisi bulunmamaktadır. İdare, personelini kural olarak liyakat esaslı sınavlar neticesinde seçmekle yükümlüdür.
- Amaç unsuru: Özel kişiler, kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla her türlü amaçla hareket edebilirler. Oysa idare, eylem ve işlemlerinde her zaman "kamu yararı" amacını gütmek zorundadır.
- Tahkim yasağı ve istisnası: Özel kişiler, uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yoluna başvurabilirler. İdarenin ise kural olarak tahkim usulü ile uyuşmazlık çözme imkânı yoktur. Ancak 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için tahkim yolu açılmıştır (Anayasa, m.125/1). Bu husus, 21 Ocak 2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun ile düzenleme altına alınmıştır.
- Kamu mallarının devredilmezliği: İdarenin kamu malı statüsündeki malları üzerinde "devredilmezlik ilkesi" caridir. Bu nevi malların devir ve ferağı mümkün değildir.
- Kolluk yetkilerinin devredilmezliği: İdare, özü itibarıyla kamu gücü kullanımını gerektiren kolluk yetkilerini özel kişilere devredemez; bu yetkileri bizzat kullanmakla mükelleftir.
- İdari sözleşmeler: İdarenin akdettiği sözleşmeler, belirli koşulları taşıması halinde "idari sözleşme" niteliğindedir. Bu sözleşmelere kamu hukuku kuralları tatbik edilir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir.

94 Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 100-102.

- Kamu hizmeti ilkeleri: İdarenin kamu hizmeti vasfındaki faaliyetleri; "devamlılık", "uyum (değişkenlik)", "tarafsızlık" ve "eşitlik" gibi temel ilkelere tabidir. Özel bir kişi faaliyetini istediği an sona erdirebilirken; idare, devamlılık ilkesi uyarınca kamu hizmetini kesintiye uğratamaz.
- İdari sorumluluk: İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararlar, idari sorumluluk esaslarına göre tazmin edilir. Bu sorumluluk rejimi kamu hukukuna tabi olup uyuşmazlıklar idari yargıda (tam yargı davası) karara bağlanır.
- Yargı yolu: İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları kural olarak idari yargının görev alanındadır.
- Kanunilik ilkesi: İdarenin kuruluşu ve işleyişinde "kanunilik ilkesi" esastır. İdare, tüm işlem ve eylemlerinde kanuni bir dayanağa sahip olmak ve kanuna aykırı hareket etmemek mecburiyetindedir.

Ölçüte İlişkin Değerlendirme ve Eleştirilerimiz

Açıkça vurgulamak gerekir ki; bir hukuki ilişki veya eylemde yukarıda sayılan ayrıcalık ve yükümlülüklerden birinin ya da birkaçının mevcudiyetinin idare hukukunun uygulanması için yeterli olduğu düşüncesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu yetersizliğin nedenlerini, bazı ayrıcalık ve yükümlülükleri esas alarak şu şekilde açıklamak mümkündür:

Tek taraflı işlem tesis etme yetkisi bakımından; bu yetkinin idare hukukuna özgü bir tekel olduğu düşüncesi isabetsizdir. Zira özel hukuk alanında da tek taraflı irade beyanıyla hukuki sonuç doğuran işlemler mevcuttur. Örneğin; bir derneğin veya şirketin yetkili organları, ilgililerin rızasını aramaksızın tek taraflı kararlar alabilir ve bu kararları yürürlüğe koyabilirler. Diğer taraftan, idarenin tesis ettiği her tek taraflı işlemin idare hukuku kapsamında değerlendirilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır. Nitekim idarenin, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçi statüsündeki bir personelin iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmesi durumunda, bu işlem idare hukukunun değil, özel hukuk karakterli iş hukukunun uygulama alanında kalacaktır[95]. Görüldüğü gibi idareden de hasıl olsa bir işlemin tek taraflı olması onu idare hukukunun uygulama alanına sokmamaktadır.

Zikredilen bir diğer kamu gücü ayrıcalığı olan hukuka uygunluk karinesi de bu hususla doğrudan ilintilidir. Atıf yapılan özel hukuk tüzel kişisinin tesis ettiği tek taraflı işlem, hukuka uygunluk karinesinin sağladığı tüm hukuki korumadan ve icra edilebilirlik vasfından istifade eder[96]. Yani bir mahkeme tarafından iptal edilinceye ya da ihtiyari tedbir kararı verilinceye kadar geçerliliklerini korurlar ve uygulanmaya devam ederler.

---

95 Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.10.2021, E.2021/513, K.2021/495.

96 Dursun Çelik, "İdarî İşlemlerin Hukuka Uygunluk Karinesi ve İdarenin Kanuniliği İlkesi Bir Dilemma mı?", içinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı: International Congress of Akdeniz Law 2022 Proceedings Book*, ed. Ayşe Arat, Cem Ümit Beyoğlu ve Osman Levent Özay (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 193-194.

Kamu gücü ayrıcalıkları bağlamında değerlendirilen re'sen icra yetkisi, idarenin her türlü işlemi için mutlak surette sahip olduğu bir yetki değildir. Nitekim kamulaştırma sürecinde idare, mülkiyetin kendi adına tescil edilmesi hususunda tek taraflı bir icra yetkisine sahip olmayıp; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca adli yargıdan tescil kararı almak zorundadır. Öte yandan, idari makamların sahip olduğu bu yetkiyle kavramsal benzerlik gösteren, ancak mahiyeti itibarıyla farklılık arz eden 'doğrudan uygulanabilirlik' hali özel hukuk tüzel kişilerinin kararlarında da görülebilmektedir. Örneğin, bir siyasi partinin disiplin kurulu aracılığıyla üyesini ihraç etmesi, partinin kendi iç düzeni çerçevesinde ek bir makamın onayına ihtiyaç duymaksızın hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak bu durum, özel hukuk kişisinin bir kamu gücü ayrıcalığına sahip olduğu şeklinde değil, tüzel kişiliğin özerk karar alma ve uygulama yetkisi kapsamında mütalaa edilmelidir[97].

Personel rejiminin kamu hukuku karakteri taşıması da idare hukukunun uygulama alanını tayin etmede tek başına yeterli bir kriter teşkil etmemektedir. Bu durumun gerekçeleri üç temel eksende toplanabilir: İlk olarak, idari teşkilat bünyesinde kamu hukuku rejimine tabi memur ve sözleşmeli personelin yanı sıra, özel hukuk hükümlerine tabi işçilerin de istihdam ediliyor olması, personel kriterinin mutlaklığını zayıflatmaktadır. İkinci olarak, kamu görevlilerinin her türlü eylem ve işleminin idare hukuku kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayıp; bu kişilerin üçüncü kişilerle kurdukları hukuki ilişkilerin bir kısmı özel hukuk rejimine tabidir. Son olarak, kamu personeli statüsüne sahip olunmasa dahi, kamu gücü ayrıcalığı kullanarak idari işlem tesis eden özel hukuk kişi ve kurumlarının mevcudiyeti (örneğin özel öğretim kurumlarının diploma düzenlemesi) bu kriterin kapsayıcılığını sınırlandırmaktadır.

Vergi muafiyeti hususunda da benzer bir durum müşahede edilmektedir. Bu imtiyaz yalnızca kamu tüzel kişilerine özgülenmemiş, kamu yararına çalışan dernekler gibi belirli özel hukuk tüzel kişilerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir[98]. Dolayısıyla, bir kurumun vergi muafiyetinden yararlanması, onun tüm faaliyetlerinin idare hukukuna tabi olduğu veya o kurumun bir kamu idaresi olduğu sonucunu doğurmamaktadır.

---

97 F1 Tüzüğü'nün 68/f maddesinde "Kesin çıkarma ve geçici çıkarma istemi ile disiplin kuruluna gönderen organ gerekli görürse önlem niteliğinde olmak üzere üyeyi görevden uzaklaştırabilir. Bu durumda dosya beş gün içinde görevli disiplin kuruluna gönderilir ve bu süre içinde karar ilgiliye tebliğ edilir." hükmüne; 71. maddesi "Kesin çıkarma cezası alanların adları defterlerden ve üye kütüğünden silinir, kimlikleri Genel Sekreterlikçe bütün örgüte duyurulur." hükmüne; 72. maddesi ise "İl Disiplin Kurulu kararlarına karşı il yönetim kurulu ve ilgilisi (10) gün içinde Yüksek disiplin Kurulu'na gerekçeli olarak itiraz edebilirler. Yüksek Disiplin Kurulu erteleme kararı vermemişse, itiraz il disiplin kurulu kararının uygulanmasına engel olamaz" hükümlerini ihtiva etmektedir. D8.D, 05.02.2016, E.2011/8612, K.2016/638.

98 Safa Koçoğlu, "Kamu Yararına Çalışan Derneklerde Vergi Muafiyeti", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 35 (2025): 181-209.

Yukarıda izah edildiği üzere, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinden bir veya birkaçının mevcudiyeti, ilgili hukuki rejimin belirlenmesinde temel bir karine teşkil etmekte ve bu unsurların varlığı halinde faaliyetin idare hukuku dairesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[99]. Kamu gücü yükümlülükleri kriteri, idare hukukunun uygulama alanını belirlemede de yetersiz kalmaktadır. İlk olarak, sözleşme tarafının kamu ihale usulleriyle belirlenmesi zorunluluğu, yalnızca idari sözleşmelerde değil; idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de cari olan bir usul kuralıdır. Benzer şekilde idare, özel hukuk hükümlerine tabi işçilerin istihdamında dahi mutlak bir irade serbestisine sahip olmayıp; kura veya sınav gibi nesnel kriterlere tabidir.

İkinci olarak, kamu yararı amacı gütme yükümlülüğü, idarenin tüm faaliyetlerinde (özel hukuka tabi olanlar dahil) mevcudiyetini koruyan anayasal bir zorunluluktur. Dolayısıyla bu amacın varlığı, bir işlemin doğrudan idare hukukuna tabi kılınması için yeterli bir ayrıştırıcı unsur değildir.

Kamu hizmeti kavramının bir yükümlülük olarak addedilmesi, esasen kamu hizmeti teorisinin eksikliklerini bünyesinde barındırmaktadır. Daha önce de vurgulandığı üzere, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, o faaliyete ilişkin tüm eylem ve işlemlerin kendiliğinden idare hukukuna tabi kılındığı anlamına gelmez. Dolayısıyla kamu hizmeti ve buna bağlı yükümlülüklerin varlığı, idare hukukunun uygulama sınırlarını tayin etmede elverişli bir kıstas teşkil etmekten uzaktır.

Benzer şekilde, idarenin mali sorumluluğunun 'idari sorumluluk' olarak nitelendirilmesi bir sebep değil, hukuk rejiminin tayininden sonra ortaya çıkan bir neticedir. Doktrindeki temel arayış, idarenin hangi durumlarda idari rejim uyarınca, hangi durumlarda ise özel hukuk dairesinde sorumlu tutulacağını belirlemektir; dolayısıyla neticenin sebep yerine ikame edilmesi yöntem bakımından hatalıdır.

Öte yandan, uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesinin bir kriter olarak sunulması, mantıksal bir döngüye (totoloji) yol açmaktadır. Zira incelenen teorilerin temel gayesi, idare hukukunun ve dolayısıyla da kanunla görevli yargı yerinin tayin edilmediği durumlarda idari yargının görev alanını saptamaktır. Hal böyleyken, ulaşılmak istenen sonucun bizzat kriter olarak kullanılması metodolojik bir çelişkidir. Nihayetinde, idarenin kanuniliği ilkesinin (AY m.123/1) yalnızca idare hukuku alanındaki işlemleri kapsadığı iddiası da dayanaksızdır. İdarenin özel hukuk işlemlerinde de kanuna aykırı hareket edemeyeceği ve belirli bir yasal dayanağa sahip olması gerektiği izahtan varestedir. Tüm bu hususlar ışığında, kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri teorisinin idare hukukunun uygulama alanını belirlemede tek başına yeterli olmadığı sonucuna varılmaktadır.

99 Gözler, *İdare Hukuku C I*, 103.

B. ALMAN HUKUKUNDAKİ AYRIM TEORİLERİ

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde yer alan Almanya'da da hukuk düzeni kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere iki farklı hukuk dalı üzerine kurulmuştur[100]. Belirli bir hukuki ilişkinin mahiyetini tayin edebilmek amacıyla doktrinde çok sayıda teorik yaklaşım geliştirilmiş; hatta 1904 yılı itibarıyla bu konuda 17 farklı teorinin mevcudiyetinden bahsedilmiştir[101]. Bugün ancak yalnızca 4 temel teori ve onların türevleri üzerinde durulmaktadır: Yasama yetkisi teorisi (Gesetzgebungskomtenztheorie), menfaat teorisi (Interessenstheorie) itaat teorisi (Subordinationstheorie) ve modifiye edilmiş suje teorisi (modifizierte Subjektstheorie).

1. Yasama Yetkisi Teorisi (Gesetzgebungskomtenztheorie)

Günümüzde taraftarı oldukça azalan bu teoriye göre, kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrım, yasama yetkisinin Federal Meclis (Bundestag) ile eyalet meclisleri (Landtage) arasındaki dağılımına dayanmaktadır. Bu yaklaşıma göre, Federal Alman Anayasası (GG) m.74/f.1/nr.1 uyarınca Federal Meclis'in yetkisinde olan alanlar özel hukuk, eyaletlerin yetki alanındaki konular ise kamu hukuku kapsamında kabul edilmektedir. Ne var ki bu görüş, ayırt edici bir kriter olma vasfından yoksundur.

İlk olarak, söz konusu hükümde yer alan 'medeni hukuk' (Bürgerliches Recht) kavramının, özel hukukun tamamını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması hukuken mümkün değildir. İkinci olarak, Federasyonun yasama yetkisi yalnızca nr.1 ile sınırlı olmayıp; ekonomik hukuk, iş hukuku ve sosyal güvenlik gibi hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakterli unsurları barındıran geniş bir sahayı kapsamaktadır. Dahası, 'yarışan yasama' (konkurrierende Gesetzgebung) rejimi uyarınca eyaletlerin de belirli şartlar altında özel hukuk düzenlemesi yapma imkânı bütünüyle ortadan kalkmış değildir. Nihayetinde, yasama yetkisinin tek bir merkezde toplandığı üniter devlet yapılarında bu teorinin herhangi bir uygulama kabiliyetinin bulunmaması, yaklaşımın metodolojik olarak yetersizliğini açıkça ortaya koymaktadır[102].

2. Menfaat Teorisi (Interessentheorie)

Kökenleri Klasik Roma Hukukçusu Ulpianus'a (M.S. 170-228) dayanan menfaat teorisine (Interessenstheorie) göre; bir hukuk normu şayet genel menfaate (utilitas publica) hizmet ediyorsa kamu hukukunun, bireysel menfaati (utilitas privatorum) gözetiyorsa özel hukukun uygulama alanında kabul edilir[103]. Ancak

---

100 Ferdinand Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", içinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I*, editör Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs (Heidelberg: C.F. Müller, 2021), 554-55.

101 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 143, 144.

102 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 144, 145.

103 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 64; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München: Verlag Franz Vahlen, 2019), 5; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 43.

bu teori, modern hukuk düzeninde işlevselliğini yitirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. İlk olarak, hukuk normlarının büyük bir çoğunluğunda hem genel menfaat hem de bireysel çıkarlar ile iç içe geçmiş bir yapı arz ettiğinden, bu tür kuralların aidiyetini tayin etmek bu teori ile mümkün değildir[104]. Sonra idare özel hukuka göre de hareket etse kamu yararını gözetmekten vazgeçemez[105]. İkinci olarak, idare özel hukuk rejimine tabi faaliyet gösterdiği hallerde dahi anayasal bir zorunluluk olarak kamu yararı amacından sarfınazar edemez. Son olarak, 'kamu yararı' kavramının bizatihi kendisi, hukuki belirlilikten uzak ve esnek mahiyeti nedeniyle ayırt edici bir kriter olma vasfından yoksundur[106].

3. İtaat Teorisi (Subordinationstheorie)

Üstlük-astlık teorisi (Über-/Unterordnungstheorie) olarak da adlandırılan bu yaklaşım; kamu hukukunu, devlet ile birey arasındaki hiyerarşik tabiiyet ilişkisi; özel hukuku ise taraflar arasındaki eşitlik esası üzerinden tanımlar[107]. Ne var ki, bu teorinin dayandığı temel varsayımlar modern hukuk düzeninde mutlak geçerliliğini yitirmiştir.

İlk olarak, özel hukuk ilişkilerinde de sınırlı da olsa dikey bir hiyerarşinin (örneğin velayet ilişkisindeki ebeveyn-çocuk statüsü veya iş hukukundaki yönetim yetkisi) mevcut olduğu görülmektedir. İkinci olarak, kamu hukukunun uygulama alanında her zaman bir hiyerarşi bulunmamaktadır; nitekim iki kamu kurumunun eşit statüde akdettiği idari sözleşmelerde taraflar arası bir üstlük-astlık ilişkisi bulunmamasına rağmen uyuşmazlıklar idare hukuku rejimine tabidir[108]. Son olarak, 'itaat' kavramı, 19. yüzyılın otoriter devlet anlayışının bir tezahürü olup; bireyin idare karşısında hak süjesi olarak kabul edildiği modern demokratik hukuk devleti anlayışıyla uyuşmamaktadır[109].

4. Şekli Süje Teorisi (Formale Subjektstheorie)

Doktrinde **'İdareye Özgü Hukuk Teorisi'** (*Sonderrechtstheorie*) olarak da bilinen ve Hans J. Wolff[110] tarafından geliştirilen bu yaklaşıma göre kamu hukuku, devletin özgü hukuku (*Sonderrecht*); özel hukuk ise 'herkesin hukuku'dur (*Jedermannsrecht*). Bir hukuk normu, yalnızca bir kamu gücü sahibine (*Hoheitsträger*) münhasır haklar tanıyor veya ona spesifik yükümlülükler yüklüyorsa, bu norm kamu hukukuna dahildir. Şayet ilgili norm herkes tarafından kullanılabilir mahi-

104 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 64; Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 145.

105 Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11., 5.

106 Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, S. 1-3 (2011): 1-11; Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 558.

107 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 43.

108 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 146.

109 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 64.

110 Hans J. Wolff, "Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts* 76, S. 2 (1950): 205 vd.

yetteyse (örneğin mülkiyet hakkı veya sözleşme serbestisi), taraflardan biri idare olsa dahi ilişki özel hukuka tabidir[111].

Teorinin temelindeki 'zorunlu katılım' ölçütü, bir ikame testine dayanır: Eğer idari makamın yerine bir özel hukuk kişisi ikame edildiğinde hukuki ilişkinin mahiyeti değişmiyorsa, uyuşmazlık özel hukuka; ancak idarenin varlığı o işlemin tesisi için hukuken 'zorunlu' ise (örneğin vergi tarhı veya memur ataması), uyuşmazlık kamu hukukuna tabidir[112].

Yine bu teori, birçok kamu hukuku düzenlemesinin (örneğin temel haklara ilişkin olanlar) hem kamu erklerini hem de özel hukuk kişilerini muhatap aldığını göz ardı etmektedir[113].

Teoriye yöneltilen en ağır eleştiri ise hukuk kuralının atıfta bulunduğu özneye bağlı olarak hukuk kuralının hukuki niteliği hakkında kesin bir yargıya varılamayacağı noktasındadır. Bazı hukuk kuralları vardır ki muhatabı sadece bir kamu tüzel kişisidir, ancak uygulama alanı özel hukuktur. Bu özellikle kamu iktisadi teşebbüslerinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kurumları düzenleyen özel hukuk normlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar çok büyük oranda özel hukuka tabidir[114].

Bunun dışında öğretide bir görüşe göre herkesin hukuku (jedermann) olan yani devletin hususi normları olmayan hukuki düzenlemeler de kamu hukukuna dahil olabilir. Kanun koyucu aynı konuda hem özel hukuk için hem kamu hukuku için aynı düzenleme gerekliyse iki alan için de farklı kanun yapmak zorunda değildir, bunun yerine tek bir hüküm ile yetinebilir. Bu ortak hukuk, özel hukuk ve kamu hukuku yanında üçüncü bir kategori değildir, ancak somut olayda geçerli olduğu bağlama göre özel hukuka veya kamu hukukuna atfedilebilir. Örneğin Alman Federal Meclisi Üyelerinin Hukuki Durumuna İlişkin Kanunun (Milletvekilleri Kanunu - AbgG) 3. maddesine göre Federal Meclis üyeliğine (milletvekilliğine) aday olan kişinin seçime hazırlanması için izin hakkı bulunmaktadır. Bu hak, bir işçi tarafından özel işverenine karşı kullanılırsa, bu özel hukuka tabidir. Buna karşılık, bir memur bu hükme dayanarak izin hakkına başvurursa, bu durumda kamu hukukuna dahil olacaktır[115]. Bu örnekten de anlaşıldığı gibi herkes için geçerli olan - devletin hususi hukuku olmayan - bir hukuk kuralı her zaman özel hukuka tabi değildir.

---

111 Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.

112 Stober ve Kluth, *Verwaltungsrecht I: Ein Studienbuch*, 208.

113 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 144.

114 Helge Sodan, "§40 Verwaltungsrechtsweg", içinde *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*, ed. Helge Sodan ve Jan Ziekow (Baden-Baden: Nomos, 2025), par. 301.

115 Karl August Bettermann, "Vom Rechtsschutz des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord", *Neue Juristische Wochenschrift* 30, S. 10 (1977): 513-19.

5. Maddi Süje Teorisi (Materielle Subjektstheorie)

Formal süje teorisine yöneltilen eleştiriler ışığında geliştirilen bu teoriye (Modifiye Edilmiş Süje Teorisi) göre kamu hukuku; münhasıran bir kamusal yetkiyle donatılmış özneyi, bu sıfatı temelinde yetkilendiren, yükümlendiren veya teşkilatlandıran hukuk kurallarının bütünüdür. Bu doğrultuda, kamusal yetki süjesi yalnızca kamu tüzel kişileri değil, aynı zamanda kendilerine kamusal yetki devredilen (Beliehene) özel hukuk kişileri de olabilir[116].

Bir hukuk normunun kamu erkini; kamu gücü kullanıcısı sıfatıyla mı yoksa özel hukuk süjesi olarak mı muhatap aldığı yorum yoluyla tayin edilir. Şayet bir düzenlemenin muhatabı kamu tüzel kişiliğine haiz bir kurum ise kural olarak bu kurumun kamu gücü kullandığı varsayılır. Ancak karine bu yönde olsa da; açık göstergeler kamu tüzel kişilerinin veya kısmi ehliyetli kamu hukuku birliklerinin özel hukuk rejiminde 'herkes gibi' hareket ettiğine işaret ediyorsa nitelendirme değişecektir. Örneğin idarenin bir kamusal faaliyet için gerekli malzemeyi ihale yoluyla temin etmesi, mülkiyetindeki bir taşınmazı satması veya kiraya vermesi ya da iktisadi faaliyetlere ticari bir işletmeci gibi katılması durumunda özel hukuk hükümleri uygulama alanı bulur[117].

Bir kanun yalnızca kamu erkini muhatap alacak şekilde ihdas edilmiş olsa dahi, eğer bu erk özel hukuk tüzel kişiliği (örneğin dernek veya şirket) formunda örgütlenmişse, kural olarak bu yapıların özel hukuk süjesi olarak muamele görmesi gerekir. Nitekim özel bir kanunla dernek statüsünde kurulan bir tüzel kişisinin işlem ve eylemleri, özel hukuka tabi tutulmalıdır. Buna karşın, doğrudan özel hukuk kişilerini hedef alan bazı normlar, bu kişilerin kamusal yetki kullanmaları (Beliehene) hasebiyle kamu hukukuna dahildir[118].

6. Farklı Teorilerin Kombinasyonu

Doktrinde, kamu hukuku ve özel hukuk ayrımına ilişkin teorilerin hiçbirinin tek başına somut olayın çözümünde yeterli olmadığı, bu nedenle farklı teorilerin eklektik bir yaklaşımla birleştirilmesi gerektiği görüşü hakimdir[119]. Nitekim Modifiye Edilmiş Süje Teorisi, bir kamu erki sahibinin ne zaman kamu gücü

---

116 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 148.

117 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 148.

118 BVerwG, 7 B 120.89, 06 Mart 1990, NVwZ 1990, 754.

119 Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Genel Kurul (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes), BGH GmS-OGB, 1/86, 29 Ekim 1987, NJW 1988, 2295; BVerwG 2 B, 78.04, 27 Ocak 2005, https://www.bverwg.de/270105B2B78.04; Walter Schmitt Glaeser ve Hans-Detlef Horn, *Verwaltungsprozessrecht. Kurzlehrbuch mit systematik zur Fallbearbeitung* (Berlin: Springer, 2000), kn. 52; Otto Bachof, "Über öffentliches Recht", içinde *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, editör Ludwig Heigl ve Konrad Redeker (München: C.H. Beck, 1978), 15 vd.; olger Wöckel, "§40 Verwaltungsrechtsweg", içinde Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Kommentar, editör Erich Eyermann (München: C.H. Beck, 2022), kn. 41 vd.; Rainer Pietzner ve Michael Ronellenfitsch, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht: Verwaltungsprozess, Verwaltungsverfahren* (München: Verlag Franz Vahlen, 2019), 45 vd.; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 44; Sodan, "§40 Verwaltungsrechtsweg", kn. 306.

ile donatıldığı sorusunu yanıtlarken, tek başına açıklayamadığı maddi kriterler noktasında diğer teorilerin yardımına ihtiyaç duyar. Örneğin, bir normun taraflar arasında ast-üst ilişkisi kurarak kamu gücü imtiyazı tanıması (Üstünlük Teorisi) idare hukukuna işaret ederken; faaliyetin özel hukuk serbestisi sınırları içinde ve yalnızca dolaylı bir kamu yararı saikiyle yürütülmesi, özel hukukun uygulanabilirliğini gündeme getirir[120]. Ancak teorilerin bu şekilde pragmatik bir biçimde harmanlanması, dogmatik tutarlılığın zayıflayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir[121].

Bize göre de idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, bu teorilerin kümülatif olarak değerlendirilmesi bir zorunluluktur. Her bir teorinin yapısal zayıflıkları göz önüne alındığında, karma bir metodolojinin benimsenmesi, hukuki güvenlik ve belirlilik açısından daha isabetli sonuçlar doğuracaktır.

7. İki Aşamalı Teori (Zweistufen Theorie)

1950'li yıllarda Ipsen[122] tarafından doktrine kazandırılan İki-Aşama-Teorisi (Zweistufentheorie), başlangıçta sübvansiyon hukukuna özgülenmiş olsa da zamanla diğer hukuki ilişkilere de teşmil edilmiştir. Bu, sübvansiyon hukukuna yönelik olarak geliştirilmiş ve sonrasında diğer hukuki ilişkiler üzerine de genişletilmiştir[123]. Teori, idarenin tesis ettiği belirli hukuki süreçlerin iki kompartımana ayrılmasını öngörür: Temel ilişki (Grundverhältnis) ve uygulama ilişkisi (Abwicklungsverhältnis)[124]. Türk hukukunda kamu ihaleleri bağlamında tartışılan bu model, güncel Alman yargı kararlarında ihale süreci için reddedilmektedir. Alman hâkim görüşüne göre, ihale süreci yapısal olarak aşamalara bölünemez; idare en başından itibaren özel hukuk serbestisi dairesinde hareket eder ve doğrudan bir özel hukuk sözleşmesi akdeder[125].

Teorinin temel amacı, idarenin özel hukukun esnekliğine sığınarak denetimden kaçmasını (idari yargı denetiminden kaçışı) engellemek ve kamusal kaynak-

120 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 148, 149.

121 Walter Leisner, "Unterscheidung zwischen privatem ve öffentlichem Recht", *JuristenZeitung* 61, S. 18 (2006): 869-72.

122 Hans P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater* (Köln: Heymann, 1956), 872.

123 Wilfried Erbguth, "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung", *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 2011, 17-32; Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 562; Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 151; Wilfried Erbguth, "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung;" Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (2011): 17-19; Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 562; Ehlers, *"Verwaltung"*, 151.

124 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 67.

125 Erbguth, "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung", 20, 21; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 500. Ancak kamu geri ödemesiz bir yardımda bulunuyorsa -örneğin burs ya da hibe gibi- bu durumda tüm hukuki ilişki tamamen idare hukukuna tabi olacağı yönünde görüş birliği vardır: BVerwG, IV C 83.66, 31 Ocak 1969, NJW 1969, 1133; BVerwG, VII C 59.75, 17 Mart 1977, DÖV 1977, 606; BGH, VI ZR 87/69, 12 Ekim 1971, DVBl 1972, 609; OLG Naumburg, 11 W 33/00, 18 Ekim 2000; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 507.

ların dağıtımında idare hukuku standartlarını korumaktır[126]. Bu teorinin, -Türk hukuku için gündeme geldiği kamu ihaleleri alanında- Alman hukukunda hâkim görüşe göre çok aşamalılık unsurunun yokluğu nedeniyle uygulanması mümkün değildir. Diğer bir söylemle kamu ihale süreci, kamu hukuku aşaması ile özel hukuk aşamasına ayrılmamakta, idare doğrudan bir özel hukuk sözleşmesi akdetmektedir ve özel hukukun uygulama alanında kalmaktadır[127].

Öğretide, tek bir hukuki vakıanın yapay olarak ikiye bölünmesi ciddi eleştirilere matuf kalmıştır[128]. Her şeyden önce, aynı olaydan doğan uyuşmazlıklar için iki farklı yargı koluna gidilmesi zorunluluğu, usul ekonomisi (Prozessökonomie) ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca sübvansiyonun özel hukuk şartlarının genellikle idari onay kararı (Bewilligungsbescheid) içinde zaten mündemiç olması, bu ayrımın bir 'hukuki kurgudan' (Fiktion) ibaret olduğu savunmasını güçlendirmektedir. Uygulamada, geri ödeme taleplerinin veya faiz değişikliklerinin nitelendirilmesinde yaşanan belirsizlikler, yargı kolu tayininde karmaşaya yol açmaktadır. Öte yandan, idari onayın iptali halinde özel hukuk sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı sorunu da dogmatik bir kesinliğe kavuşturulamamıştır. Eğer bunu geçerlilik şartı sayarsak idari işlemin (temel işlemin) iptal edilmesi halinde uygulama işlemi olan özel hukuk sözleşmesi de geçerliliğini yitirecektir[129].

8. İdarenin Seçim Serbestisi Öğretisi (Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung)

Diğer bir görüşe göre idare; hukuk düzeni tarafından açıkça yasaklanmadığı sürece, özel hukukun sunduğu teşkilatlanma ve faaliyet biçimlerinden yararlanma serbestisine sahiptir[130]. Bu serbesti, özellikle su, elektrik, gaz ve ulaşım gibi mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması ve kamusal tesislerin işletilmesi alanlarında uygulama alanı bulmaktadır[131]. Şayet idare, özel hukuk formunda bir organizasyon yapısını (dernek veya şirket gibi) tercih ederse, aksine bir kanuni düzenleme bulunmadığı müddetçe eylemleri bakımından özel hukuk kurallarına tabi olur. Başka bir ifadeyle; biçimsel olarak özel hukukun esnekliğini benimseyen idarenin, faaliyet aşamasında kamu hukukunun emredici gücünü kullanması mümkün değildir; idare seçtiği hukuki formun doğurduğu rejime bağlı kalmalı-

126 Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 562, 563.

127 BVerwG, 6 B 10.07, 02 Mayıs 2007, BVerwGE 129, 9, Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 67.

128 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 511; Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 563; Erbguth, "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung", 20.

129 Erbguth, "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung", 20.

130 BVerwG, VIII C 6.60, 31 Ağustos 1961, NJW 1962, 170, Johannes Dietlein, "Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen", *Juristische Ausbildung*, 2002, 451; Helmut Roth, *Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998), 33; Ulrich Becker ve Markus Sichert, "Einführung in die kommunale Rechtsetzung am Beispiel gemeindlicher Benutzungssatzungen", *Juristische Schulung* 40, S. 2 (2000): 144-45; daha fazla referans için bkz. Wollenschläger, "Verwaltungsrecht und Privatrecht", 573 d.n. 134.

131 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 497.

dır. Buna karşılık, kamu tüzel kişiliği şeklinde örgütlenmeyi tercih etmesi durumunda, somut olayın niteliğine göre hangi hukuk rejimine tabi olacağını belirleme yetkisine sahip olduğu savunulmaktadır[132].

Ancak idarenin rejim seçme özgürlüğü sınırsız değildir. Aksi takdirde, idarenin kamu hukukundan kaynaklanan sıkı yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla özel hukuk alanına sığınması, yani 'özel hukuka kaçış' (Flucht in das Privatrecht) tehlikesi baş gösterecektir[133]. Bu risk, idarenin özel hukuk usullerini kullandığı durumlarda dahi, temel kamu hukuku ilke ve değerlerine bağlılığının sürdürülmesiyle bertaraf edilir. Bu bağlılık sadece temel hak ve özgürlükler için değil; aynı zamanda yetki kuralları, genel anayasal ilkeler ve idari dürüstlük için de geçerlidir. Hans J. Wolff tarafından kavramsallaştırılan 'İdari Özel Hukuk' (Verwaltungsprivatrecht), idarenin kamusal görevlerini ifa ederken yararlandığı ancak kamu hukukuyla sınırlandırılmış ve şekillendirilmiş bir özel hukuk alanını ifade eder[134]. Yargı kararlarında da idarenin özel hukuk sahasındaki faaliyetlerinde eşitlik ve keyfilik yasağı gibi anayasal ilkelerle bağlı olduğu vurgulanmaktadır[135].

Diğer yandan işin özü gereği özel hukuk sözleşmeleri ile halledilmesi gereken -idarenin malzeme tedariki, ihtiyaç fazlası mallarını satması gibi doğrudan idari görev olmayan- işleri de idari sözleşmeyle yapması düşünülemez. Bu bağlamda idarenin özel hukuk sözleşmesi ile kamu hukuku sözleşmesi ayrımı subjektif olarak idarenin iradesi ile değil, objektif olarak sözleşme konusu dikkate alınarak belirlenmelidir[136].

İdarenin hangi rejimi seçtiğinin muğlak olduğu durumlarda hâkim görüş; idarenin iradesini birtakım emarelerden hareketle tespit etmeye çalışır veya belirli karinelere başvurur[137]. Bu karineler uyarınca; kamu hukuku normuyla idareye tevdi edilen bir görev veya yetkinin kullanımıyla bağlantılı her türlü işlem ve sözleşmenin -aksine bir irade tecelli etmediği müddetçe- kamu hukukuna tabi olduğu varsayılır. Bu yaklaşım, kamu hukukunun devlet ve diğer kamu tüzel kişileri için ihdas edilmiş münhasır bir hukuk alanı olduğu kabulüne dayanmaktadır[138].

---

132 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 150.

133 Her ne kadar özel hukuk idarenin işleyişinde esneklik, gerekli hukuki düzenlemelerin kamu hukukuna nazaran çok daha fazla olması ve irade serbestisi gibi avantajlar sağlamış olsa da idare özel hukuk kişisi gibi hareket edememelidir.

134 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 52, 53.

135 İdarenin bir hizmetteki gücü ne kadar tekelciyse ve vatandaş o hizmete ne kadar bağımlıysa, idarenin uyması gereken kamu hukuku kuralları (eşitlik, keyfilik yasağı vb.) o kadar katılaşır.BGH, X ZB 31/97, 10 Mart1998, BGHZ 138, 166; Alman Medeni Kanunu'nun 138. maddesinin yanı sıra, kamu hukuku sözleşmelerinin akdedilmesinde geçerli olan Alman İdari Usul Kanunu 56 II Nr. 4'teki yasaklanan bağlama (Koppelungsverbot) ilkesine de bağlıdır. BVerwG, BVerwG, 4 C 18.91, 11 Şubat 1993, DÖV 1993, 622. Yazar notu: bağlama yasağı idarenin bir sözleşme yaparken karşılığında bağlantılı olmayan bir edime bağlaması yasağıdır. Örneğin idarenin bir arsanın kendisine bağışlanması karşılığında şahsın başka bir arsasının imara açacağını belirtmesi bu yasak kapsamındadır.

136 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 150.

137 Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht* (München: C.H. Beck, 2024), 169.

138 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 150, 151.

9. Esas Olarak Kamu Hukukun Geçerliliği Öğretisi (Die Lehre von der grundsätzlichen Geltung des Öffentlichen Rechts)

Bu teorinin çıkış noktasını, idarenin 'şekil seçme serbestisi' öğretisine yöneltilen eleştiriler oluşturur. Bu eleştirilerin odağında; kamu gücü kullanan idarenin bir özel hukuk süjesi gibi sınırsız bir serbestiye sahip olamayacağı, aksine ancak 'hukuka bağlı bir biçimlendirme alanı' (pflichtgebundener Gestaltungsspielraum) içerisinde hareket edebileceği düşüncesi yer alır[139]. Zira idareye tanınan seçim serbestisi; idarenin, kendisini disipline etmek amacıyla ihdas edilmiş olan özel nitelikli kamu hukuku normlarından (örneğin idari usul kanunu) kurtulmasına ve idari yargı denetiminden kaçmasına (fleeing into private law) zemin hazırlamaktadır[140].

Pestalozza[141] tarafından ileri sürülen kamu hukukunun zorunlu geçerliliği öğretisine (Lehre von der zwingenden Geltung des öffentlichen Rechts) göre, kamu hukukunun emredici niteliği nedeniyle, özel hukuk idare için ancak ilgili konuda bir kamu hukuku normunun bulunmadığı hâllerde gündeme gelebilir. İdareye seçim serbestisi tanınması; onun usul kurallarına, sorumluluk rejimine ve hatta yargısal denetimin kapsamına kendisinin karar vermesi gibi hukuk devletiyle bağdaşmayan bir sonuca yol açar. Alman Anayasası m.20/3'te güvence altına alınan 'idarenin kanuna ve hukuka bağlılığı' ilkesi, idarenin bu hususi rejimden keyfi şekilde kaçınmasını engeller. Bu bağlamda, idarenin özel hukuk ilişkilerinde temel haklarla sınırlı olduğu yönündeki 'İdari Özel Hukuk' yaklaşımı da yeterli bir koruma sağlamaz; zira özel hukukun münferit kamu hukuku normlarıyla 'yamalanması', kamu hukukunun bütünsel hukuk devleti standartlarını karşılamaktan uzaktır. Örneğin, Alman İdari Usul Kanunu m.57 ve 58'de düzenlenen kamu hukuku sözleşmelerinin sıkı şartları, idarenin salt niteleme yetkisiyle (Selbstqualifikationsrecht) bu hükümlerin dışına çıkmasına izin verilmesi halinde anlamsızlaşacaktır[142]. Bu da açıkça gösteriyor ki, kamu ve özel hukukun uygulanması nesnel kriterlere göre belirlenmelidir, idarenin kendisinin niteleme hakkı (Selbstqualifikationsrecht, self-qualification) olmamalıdır. Bu nedenle, anayasal düzeyde devletin ilişkilerine kamu hukukunun uygulanacağı yönünde bir karine kabul eden fakat bu karinenin "makul gerekçeler" bulunduğunda kolayca çürütülebileceğini ileri süren literatürdeki yeni görüşler de yeterli değildir. Çünkü bu görüşe göre de makul bir sebep olması halinde idarenin özel hukuka kaçışı yine idarenin iradesine bırakılmaktadır[143].

---

139 Eberhard Schmidt-Aßmann, "Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1989, 535.

140 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 151.

141 Christian Pestalozza, *Formenmißbrauch des Staates* (München: C.H. Beck, 1973), 170 vd.

142 Dirk Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform* (Berlin: Duncker & Humblot, 2019), 70, 71.

143 Manfred Zuleeg, "Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts", *Verwaltungsarchiv* 73 (1982): 397.

Ehlers[144] Pestalozza'nın bu katı görüşüne üç temel noktada itiraz eder. İlk olarak, bir eylemin 'caizliği' (hukuka uygunluğu) ile 'hukuki niteliği' birbirinden ayrılmalıdır. İdare, kamu hukuku formunu kullanması zorunlu olmasına rağmen hukuka aykırı şekilde bir özel hukuk şirketi kurarsa, bu tercih hukuka aykırı olsa dahi oluşan yapı özel hukuka tabi olmaya devam eder. İkinci olarak; kamu hukuku sadece emredici kurallardan ibaret değildir. Eğer bir norm idareye açıkça veya zımnen bir seçim yetkisi tanıyorsa, burada kamu hukukunun 'koşulsuz' geçerliliğinden söz edilemez. Bu sınırlı alanda idarenin gerçek bir seçim serbestisi mevcuttur. Son olarak; bir durumu düzenleyen spesifik bir kamu hukuku normunun yokluğu, otomatik olarak özel hukukun uygulanacağı anlamına gelmez. Kanuna dayanma ilkesinin (Gesetzesvorbehalt) tarihsel gelişimi nedeniyle birçok idari alanın yasal düzenlemeden yoksun olması, rejim tercihinin sadece pozitif norm varlığına bakılarak yapılmasını imkânsız kılmaktadır.

C. PROBLEMLİ ALANLAR

1. İdarenin Sözleşmeleri

İdare hukukunun özel hukukla temas ettiği temel mecra, idari sözleşmelerdir. Kökeni itibarıyla özel hukuk sahasında doğup gelişen sözleşme kavramı, idarenin taraf olduğu hukuki işlemlere uyarlanırken idare hukukunun karakteristik özelliklerinden etkilenmiş ve sui generis bir mahiyet kazanmıştır. Bu durum, idarenin her sözleşmesinde değil, ancak kamu hukuku rejimine tabi tutulan sözleşme türlerinde belirginleşmektedir[145]. İdari sözleşmelerin mahiyetleri itibarıyla özel hukuk sözleşmelerinden (medeni ve ticari) farklı olduğu kabul edilmekle birlikte, bu ayrımın kendine has ayırt edici özelliklerini her zaman kolayca belirleyebilmek ve onları özel hukuk sözleşmelerinden net bir şekilde ayıran kriterleri tespit edebilmek zorluğu öteden beri dile getirilmektedir[146]. Türk ve Alman hukuklarında idarenin sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağı noktasında çeşitli ölçütler getirilmeye çalışılmıştır.

Türk hukukunda bir sözleşmenin hukuki mahiyeti tayin edilirken öncelikle yasal bir nitelendirme bulunup bulunmadığı tetkik edilir. Kanun koyucu, kamu makamlarınca akdedilen bir sözleşmenin türünü açıkça belirlemişse, artık idari sözleşme kriterlerine başvurulmasına gerek kalmaksızın sözleşmenin hukuki rejimi kesinleşmiş sayılır[147]. Doktrinde bu nitelendirme üç şekilde karşımıza çıkmaktadır: Doğrudan nitelendirme (idari/özel hukuk denilmesi), uygulanacak hukuki rejimin tespiti (kamu hukuku/özel hukuk hükümlerine tabi

144 Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 71, 72.

145 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 505.

146 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1595.

147 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 514; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 422.

kılınması) ve görevli yargı kolunun tayini (idari/adli yargının belirlenmesi)[148]. İlgili kanunda herhangi bir belirleme yapılmadığı durumlarda ise içtihadi kriterler devreye girer. Bu çerçevede; taraflardan en az birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan (taraflar arasındaki eşitliği bozan) hükümler ihtiva etmesi şartlarının birlikte[149] gerçekleşmesi halinde idari sözleşmenin varlığı kabul edilir[150].

Alman hukukunda da idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapmasının ilkesel olarak mümkün olmadığı görüşü[151] kabul görmediğinden, idarenin sözleşmeleri hem kamu hukuku hem de özel hukuka tabi olabilir. Bu da tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi idarenin akdettiği sözleşmenin idare hukukuna mı özel hukuka mı tabi olacağı sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu soruya verilecek cevap, öncelikle görevli yargı yolunun belirlenmesinde, diğer yandan da Alman İdari Usul Kanunu m.54 ve devamında yer alan hükümlerin - bunlar yalnızca idarenin kamu hukuku sözleşmeleri (öffentlich-rechtlicher Vertrag) için uygulama alanı bulur- uygulanıp uygulanmayacağında önem arz eder[152]. İdarenin seçim serbestisi, sözleşmenin tabi olacağı hukuk rejimini öznel bir takdirle belirleme yetkisi olarak anlaşılmamalıdır. İdarenin akdettiği bir sözleşmenin kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğu, idarenin iradesine göre değil, nesnel ölçütler esas alınarak belirlenmelidir. Başka bir ifadeyle, idarenin bir sözleşmesi hangi hukuka tabi olacağına idare kendisi karar veremez[153], bilakis objektif kıstaslarla sözleşmenin hangi hukuk dalına ait olduğu tayin edilir[154]. Bağlılık teorisinin (Subordinationstheorie) sözleşmelerin ayrımında kullanılması kavramsal olarak mümkün görünmemektedir. Zira bu teorinin aradığı taraflar arasındaki astlık üstlük ilişkisi sözleşmesel ilişkilerde rastlanmaz[155]. Bununla beraber özel hukuka özgü bir sözleşme tü-

148 Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 449.

149 Konusu kamu hizmetlerinin görülmesine dair olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler barındırması kriterlerinin birbirlerinin alternatifleri olması gerektiği yönündeki görüş için Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 427.

150 Yıldırım, Çınarlı ve Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 201.

151 Elke Gurlit, "Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen", içinde *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ed. Dirk Ehlers ve Hermann Pünder (Heidelberg: C.F. Müller, 2022), 998-99.

152 Elke Gurlit, "Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen", 999.

153 Bazı durumlarda (özellikle kamu hizmetlerinin yürütülmesinde) idareye özel hukuk veya idari sözleşme yapma noktasında bir seçim hakkı tanındığı -örneğin belediye kendisine ait bir kütüphaneyi özel hukuk hükümlerine göre işletmeye karar vermişse, bundan sonra kullanıcılarla yapacağı sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olacaktır- yönündeki görüş için bkz. Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 437, 438.

154 BVerwG, 5 C 33.91, 19/05/1994, NJW 1994, 2968; Walter Krebs, "Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, S. 52 (1993): 276; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 441.

155 Gurlit, "Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen", 999.

rünün (örneğin satım veya kira gibi) olmadığı, Alman İdari Usul Kanunu 62. maddesinin 2. cümlesinin[156] düzenleniş biçiminden anlaşılmaktadır[157]. Baskın görüşe göre, kamu hukuku sözleşmesi ile özel hukuk sözleşmesi arasındaki ayrım, sözleşmenin konusu ve amacına göre belirlenmelidir. Bu yaklaşıma göre bir sözleşmenin konusu kamu hukuku hükümlerine göre belirlenen bir olguysa -yani o sözleşme ile kurulan, değiştirilen veya ortadan kaldırılan hak ve yükümlülükler kamu hukukuna dahilse- sözleşme kamu hukuku karakteri taşır[158]. Bu bağlamda Alman hukukunda sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin niteliğinin tespitinde bir etken olmadığını belirtmek gerekir. Sözleşmenin taraflarının ikisinin de kamu tüzel kişisi olması o sözleşmeyi otomatik olarak kamu hukuku (idari) sözleşmesi yapmaz. İki idare kendi aralarında da pekâlâ özel hukuk sözleşmesi akdedebilirler[159]. Öte yandan, bazı özel yasal yetkilendirmeler (örneğin Alman İmar Kanunu m.110[160] uyarınca kamulaştırma durumunda taraflar özel kişiler olsa bile), iki özel kişi arasında idari (kamu hukuku) nitelikli bir sözleşme yapılmasına da izin verebilir. Bu durumda, kamulaştırmadan etkilenen kişi ile ondan yararlanan kişinin ikisi de özel hukuk kişisi olması durumunda da yaptıkları anlaşma idari sözleşme sayılır[161]. Bir sözleşmenin kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olacağı, esas olarak sözleşmenin konusuna bağlıdır (konu teorisi - Gegenstandstheorie). Sözleşmenin konusu, kamu hukuku tarafından düzenlenmiş bir olguyla ilgili olmalı ya da böyle bir normatif dayanak bulunmaması halinde, amacı

---

156 Soweit sich aus den §§54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend. (54 ila 61. maddeleri arasında aksine bir düzenleme bulunmadığı halde bu Kanunun diğer hükümleri geçerlidir. Medeni Kanun (Bürgerliches Gesetzbuch) hükümleri de tamamlayıcı olarak kıyasen uygulanır).

157 Örneğin kamu hukuku ödünç sözleşmesi için bkz. OLG Schleswig, 14 U 371/85, 04 Eylül 1987, NVwZ 1988, 761; kamu hukuku ön alım hakkı için bkz. VGH Bayern, 1 B 85 A.1480, 11/04/1990, NJW 1990, 3164 (Ls.); kamu hukuku ortaklık sözleşmesi için bkz. VG Darmstadt, 5 E 2710/02, 06/06/2003, NVwZ-RR 2004, 74.

158 BGH GemSOGB, 1/85, 10/04/1986, BGHZ 97, 312 = NJW 1986. 2359; BVerwG, 6 A 5.09, 26/05/2010 NVwZ-RR 2010, 682-683; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 441; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 21. (München: C.H. Beck, 2023), 299; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 435.

159 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 438; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 441.

160 **Uzlaşma**
(1) Kamulaştırma makamı, taraflar arasında bir uzlaşmanın sağlanması için çaba göstermelidir.
(2) Taraflar uzlaşmaya varırsa, kamulaştırma makamı bu uzlaşmayı bir tutanakla kayıt altına alır. Tutanak, §113 paragraf 2'de öngörülen şekil şartlarını taşımalıdır. Tutanak taraflarca imzalanır. Mülk sahibi adına imza atan bir vekilin, noter tasdikli bir vekâletnamesi bulunmalıdır.
(3) Tutanağa geçirilmiş (resmî şekilde belgelenmiş) uzlaşma, artık itiraz edilemeyen bir kamulaştırma kararına eşdeğerdir. 113. maddenin 5 fıkrası kıyasen uygulanır.

161 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 438; Alfons Gern, *Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen: Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages* (Duncker und Humblot, 1977), 50 vd.

bakımından kamu görevinin yerine getirilmesiyle sıkı ve ayrılmaz bir ilişki içinde bulunmalıdır[162]. Hem kamu hukuku hem de özel hukuk unsurları içeren karma nitelikteki sözleşmelerde, belirleyici olan, sözleşmeye esas niteliğini kazandıran bölümdür (ağırlık teorisi - Schwerpunkttheorie). Bu değerlendirme yapılırken, objektif ve makul bir üçüncü kişiye göre sözleşmenin içeriğini belirleyen en önemli hak ve yükümlülüklere, yani sözleşmenin esas çekirdeğini oluşturan düzenlemelere bakılır[163]. Hâkim görüşe göre tek bir sözleşmenin hem kamu hukukuna hem de özel hukuka tabi olması mümkün değildir. Bu birlik ilkesinin (Grundsatz der Einheitlichkeit) bir gereğidir[164]. Eğer bir sözleşme hem kamu hukuku hem de özel hukuk unsurları barındırıyorsa bu durumda ikili bir ayrım yapmak gerekir. Şayet sözleşme bölünemez bir bütünlük içeriyorsa (sözleşmenin farklı maddeleri arasında ayrılmaz, yakın bir ilişki varsa) tek bir hukuki nitelik (kamu hukuku ya da özel hukuk) altında değerlendirilmelidir. Bu durumda, kamu hukukuna mı veya özel hukuka mı tabi olduğunu belirlemede esas olan, sözleşmenin genel karakteridir (Gesamtcharakter). Şayet kamu hukuku unsurları anlaşmanın ağırlık noktasını[165] oluşturuyorsa, yani onu esaslı bir biçimde şekillendiriyorsa kamu hukuku sözleşmesinden bahsedilir[166]. Diğer yandan sözleşmedeki iki hukuk dalına atfedilebilen farklı unsurlar (örneğin bir yandan kamu hukukuna dahil bir edim bulunurken aynı zamanda diğer tarafta özel hukuka dahil ayrı bir edim varsa) birbiriyle sıkı bir bağ içinde değilse, sözleşme bileşik sözleşme (zusammengesetzter Vertrag) olarak değerlendirilir ve her bir bölüm, kendi hukuk alanına göre ayrı ayrı incelenir. Diğer bir anlatımla bu durumda bir sözleşme metni içerisinde iki farklı anlaşma bulunmaktadır[167].

---

162 Thorsten Siegel, "§54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags", içinde *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, ed. Ulrich Stelkens vd. (C.H. Beck, 2023), par. 56.

163 Bu tür anlaşmalara örnek olarak şunlar verilebilir: İmar hukukunda öngörülen araç park yeri sağlama yükümlülüğüne ilişkin sözleşmeler, kentsel dönüşüm veya yenileme yükümlülükleri (örneğin modernizasyon ve bakım-onarım işleri) üzerine yapılan kentsel sözleşmeler, vatandaşlığa alınmak (Einbürgerung) için verilen bir borç ikrarı, ayrıca yetki devri sözleşmeleri (Beleihungsverträge). Buna karşılık, Alman Federal İdare Mahkemesi (BVerwG), kamu hukuku alacağının teminatı amacını taşısa bile bir kefalet sözleşmesini (Bürgschaftsvertrag) özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiştir: BVerwG, 10 B 25.17, 12/03/2018 NVwZ 2018, 993; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 442.

164 BVerwG, IV C 40.77, 01/02/1980, NJW 1980, 2538; Ulrich Ramsauer ve Carsten Tegethoff, "§54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags", içinde *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, ed. Ferdinand O. Kopp ve Ulrich Ramsauer (München: C.H. Beck, 2017), par. 32.

165 Öğretide savunulan azınlık görüşe göre sözleşmenin tek bir unsuru dahi kamu hukukuna sokulabiliyorsa, o sözleşme idari sözleşmedir. Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 438, 439.

166 BVerwG, 8 C 4.11, 18/07/2012, NVwZ 2013, 209, 212; VGH München 21 B 21.1629, 07/02/2022, BayVBl. 2017, 685, 686; BGH VIII ZB 20/20, 9/02/2021, NVwZ 2021, 660, 664; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 442; Ramsauer ve Tegethoff, "§54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags", par. 32.

167 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 161.

Ehlers'e[168] göre *çoğu durumda, ne ölçüde bir kamu hukuku düzenlemesinin (Vorordnung) aranması gerektiği açık değildir. Konu teorisi (Gegenstandslehre) tutarlı bir biçimde uygulanacak olursa, ayrıca, hususi bir düzenlemeye tâbi olmayan idari sözleşme işlemlerinin tümünün özel hukuka tabi tutulması gerekirdi. Ancak bu sonuç, genellikle çıkarılmamaktadır. Örneğin, mahkeme içtihatları, herhangi bir kamu hukuku düzenlemesi bulunmamasına rağmen, sübvansiyon (hibe) sözleşmelerini, İdari Usul Kanunu'nun (VwVfG) §54 cümle 1 anlamında kamu hukuku sözleşmeleri olarak kabul etmiştir. Eğer belirleyici olan şey hukuki düzenlemenin varlığıysa, o hâlde sonuç olarak, hâkim görüşün (h.M.) aksine, idarenin serbestçe seçme özgürlüğü diye bir şey olamaz.* Yazara göre öncelikle bakılması gereken idarenin açık bir seçim yapıp yapmadığıdır. Bu durumda -şekil seçmenin hukuka uygun olup olmadığına, yani idarenin şekil seçme serbestisi hakkı olup olmadığına bakılmadan - sözleşmenin niteliği idarenin seçtiği şekle göre belirlenmelidir. Böyle bir seçim söz konusu değilse sözleşmenin konusunun bir hukuki düzenlemede yer alıp almadığına göre karar verilmelidir. Bu da yoksa idarenin katıldığı bütün sözleşmeler kamu hukukuna dahil edilmelidir. Ancak dolaylı idari görevlerle -yani ihtiyaç temini (örneğin alım-satım), malvarlığı yönetimi veya ekonomik faaliyetlere katılım gibi - durumlarda ilgili sözleşmeler özel hukuka tabi olmalıdır (görev teorisi, Aufgabentheorie). Bu görüşün idarenin seçim yapmış olması durumunda, bu seçimin hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın seçimine göre karar verilir kısmına katılmak mümkün değildir. Bir kere idarenin kanuniliği ilkesi gereği, hukuka aykırı yapılmış bir seçimin sonuçlarının geçerli olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Diğer yandan bu durumun idarenin keyfiliğine yol açacağı da açıktır.

2. İdarenin Eylemleri

İdare hukuku ile özel hukukun sınırlarını belirlemenin güç olduğu bir diğer alan idarenin eylemleridir. İdari eylem; idarenin hukuki işlem mahiyetinde olmayan ancak dış dünyada fiilî bir değişiklik meydana getiren faaliyetlerini ifade eder[169]. Öğretide idari eylem kavramının iki farklı biçimde ele alındığı görülmektedir. Buna göre, idari eylemler ya bir idari işlemin uygulanması sonucunda ortaya çıkan fiiller ya da herhangi bir idari işleme dayanmaksızın doğrudan gerçekleştirilen fiiller şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu ikinci tür, yani doğrudan icra edilen fiiller, literatürde "salt idari eylem" veya "saf idari eylem" olarak adlandırılmaktadır[170]. Ayanoğlu salt idari eylemi "*idarenin ya da idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin, idari fonksiyonun ifası sırasında ona bağla-*

168 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 161.

169 Selami Demirkol, "İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu", *Sayıştay Dergisi*, S. 40 (2001): 1; Ramazan Çağlayan, "İdarî Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 3-4 (2005): 17-19.

170 Çağlayan, "İdarî Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", 19.

nabilen bir fiil, ameliye, hareket, davranış ve/veya işleri ya da hareketsiz kalması[171]" olarak nitelemektedir. Nitekim Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu[172] da idari eylemi; *"idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylem de salt maddi bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde, bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur. İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası veya yangın söndürme çalışmaları sırasında idare ajanlarının bir başkasının şahsına veya malına zarar vermeleri halinde olduğu gibi"* biçiminde tanımlayarak idari eylemden anlaşılması gerekenin salt idari eylem olarak nitelendirilen bir idari işlem veya sözleşmenin uygulaması dışındaki eylemler olduğunun altını çizmiştir. İdari eylem kavramı, dar ve teknik anlamıyla yalnızca idare hukukunun kapsamına giren fiilleri ifade etmektedir. Ancak idarenin eylemleri bunlarla sınırlı değildir; idare, kimi zaman idare hukuku dışında kalan ve özel hukuk hükümlerine tabi olan eylemler de gerçekleştirebilmektedir[173]. Bu eylemlerden hangilerinin idare hukuku kapsamında olduğu, hangilerinin de özel hukuka tabi olduğu hususunda hâlâ net bir ayrım bulunmamaktadır.

Türk hukukunda idarenin bazı faaliyetlerinden doğan sorumluluğun bizzat kanunla özel hukuka tabi tutulduğu görülmektedir[174]. Misal Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesinin 1. fıkrası, 106. maddesi, 110. maddesinin 1. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde kamuya ait motorlu taşıtların karayollarında sebebiyet verdikleri zararlardan kaynaklı sorumluluk işletenin hukuki sorumluluğu uyarınca özel hukuk sorumluluğudur ve bu davalar adli yargıda görülür. Kanunun, idarenin hangi amaçla karayolunda bulunduğuna bakmadan tüm zararlar için özel hukuk sorumluluğuna dahil etmesi kanımızca hatalıdır. Bir kamu hizmetinin görülmesi için trafiğe çıkan bir aracı diğer araçlarla bir tutmak idare hukuku-özel hukuk ayrımının doğasına aykırıdır. Kaldı ki bazı kamu taşıtları (ambulans, polis aracı gibi) yolda üstünlüğe sahiptir. Bu araçlar ile diğer araçları bir tutmak mantığa ve hukukun genel ilkelerine uygun değildir. Ayrıca bu araçlar Karayolları Trafik Kanunu'nun uygulama alanı dışında bir zarar vermesi halinde büyük oranda idari sorumluluk doğacaktır. Yine karayolu taşıtları ile kamunun karayolu taşıtı olmayan diğer araçları (deniz, hava ve demiryolu) arasında zarar bakımından ayrım yapılmasında haklı bir sebep görülmemektedir. Bu bağlamda sorumluluğun türünün, taşıtın ne amaçla seyir halinde olduğuna göre değişmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

---

171 Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004), 325.

172 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 14/04/1973, E.1972/2, K.1973/10.

173 Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III*, 1672; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 336 vd.

174 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 336 vd.

Kanuni dayanağı bulunmayan eylemlerin hangi hukuka tabi olacağının belirlenmesi ise çok daha zordur. Türk hukuk sisteminde idarenin birtakım eylemlerinin bazen fiilî yol[175], bazen de haksız fiil[176] olarak adlandırılarak özel hukuk hükümlerine tabi tutulduğu ve özel kişilerle aynı şekilde adli yargının yetkisine tabi tutulduğu görülmektedir[177]. Yargı içtihatlarında idarenin özel hukuka tabi eylemlerinin tespitinde; idari bir karara dayalı olmayan eylemler, kamu hizmetiyle bağlantısı kopan fiiller veya idarenin yetki sınırlarını çok açık bir şekilde aşması gibi durumlar ölçüt kabul edilmektedir[178]. Teoride ise çoğunlukla, idarenin yasada öngörülen usulleri hiç işletmeyerek ya da bunları açıkça kötüye kullanarak eylemde bulunması özel hukuka tabi fiiller olarak görülmektedir[179]. Bu durumlarda adlî yargı mercileri idarenin sorumluluğunu değerlendirirken idare hukukuna özgü sorumluluk ilkelerini değil; özel hukuktaki haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi genel sorumluluk prensiplerini esas almaktadır[180].

Alman hukukunda da idarenin eylemlerinin hangi hukuka göre değerlendirileceği hususu tartışmalıdır. Buradaki tanımına göre idarenin eylemleri (Realakt) kavramından; doğrudan bir hukuki sonuç murat edilmeyen, sadece fiili sonucu gerçekleştirmeye yönelik faaliyetleri anlaşılmaktadır[181]. Bir işlemin icrası niteliğinde olan eylemler ise o işlemin özelliğini taşır (örneğin idari işlemin icrası idari işlem olması)[182]. İdarenin bir eyleminden doğan sorumluluğunun özel hukuktaki haksız fiil hükümlerine (Alman Medeni Kanunu [BGB] m.823 vd.) mi, yoksa kamu hukukuna özgü devletin sorumluluğu rejimine (Federal Alman Anayasası [GG] m.34 ile bağlantılı olarak BGB m.839) mi tabi olacağı sorunsalı, birbirinden oldukça farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu itibarla, eylemin hukuki tasnifinin isabetli bir şekilde yapılması uygulamada büyük önem arz etmektedir[183]. Bilhassa kamu kurumlarına ait araçların karıştığı trafik kazalarında sorumluluk rejiminin nasıl tasnif edileceği meselesi, üzerinde yoğun biçimde tartışılan

175 Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III*, 1668; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 744; Yücel Oğurlu, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi* 6, S. 1 (2003): 59 vd.

176 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964), 354; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku: Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 177 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18.

177 Hayrettin Yıldız, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2019): 303-16.

178 Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 119; Yıldız, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", 317.

179 Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt III*, 1668 vd.; Oğurlu, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", 61.

180 Gürsel Kaplan, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI, S. 1-2 (2007): 887-94.

181 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 473; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 413.

182 Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 162.

183 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 69.

bir konudur[184]. Federal Alman Yüksek Mahkemesi bu tür uyuşmazlıklarda salt eyleme değil, bağlam ve amaca göre değerlendirme yapılması, diğer bir ifadeyle aracın trafiğe çıkış gayesinin esas alınması gerektiği kanaatindedir[185]. Örneğin, çöp toplama aracının karıştığı bir kaza idari faaliyet kapsamında değerlendirilmişken[186], ir belediye başkanının, belediyeye satın alınacak bir arsa için pazarlık görüşmelerine giderken karıştığı kazada özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir[187]. Öğretide ağırlık görüş ise kamu araçlarının karıştığı kazalarda, bu araçların diğer araçlardan bir farkı olmadığı gerekçesi ile esas olarak özel hukukun uygulanması gerektiği yönündedir[188]. Bu görüşe göre kamu taşıtlarının trafikte olmasının (Dienstfahrt) kamu hukukuna dahil olması, ancak bu taşıtların kamu gücü kullanımının (Ausübung hoheitlicher Befugnisse) dışarıdan açıkça anlaşılabildiği (örneğin mavi ışık veya siren kullanımı gibi) ve ayrıcalıklı hakların[189] (Sonderrechte) fiilen kullanıldığı hâllerde söz konusu olur[190].

Benzer bir zorluk kamu görevlisinin vatandaşa karşı itibar zedeleyici ve/veya onur kırıcı ifadeler kullanması durumunda baş göstermektedir. Kişilik hakları zedelenen kişi ifadelerin geri alınmasını (Widerruf) ve müdahalenin menini talep edebilir. Ancak bu hakları hangi hukuka göre talep edeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira bu haklar hem özel hukukta (Alman Medeni Kanunu'nun 823 ve 1004. maddeleri) hem de kamu hukukunda tanınmıştır[191]. Bu halde kamu görevlisinin ifadeyi hangi sıfatla kullandığına bakmak gerekir. Şayet kamu görevlisi açıklamayı resmi sıfatı ve göreviyle bağı olmayan bir ortamda yapmışsa bu durumda özel hukuka göre karar verilecektir. Buna örnek olarak bir bakanın, televizyonda göreviyle alakalı olmayan bir programda - mesela bir talk-showda- bir kişi hakkında aşağılayı-

184 Hans-Joachim Koch, Rüdiger Rubel, F. Sebastian M. Heselhaus ve Ekkehard Hofmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München: Verlag Franz Vahlen, 2023), 163.

185 Somut olayda, Hessen Ekonomi Bakanlığı'nda görevli bir memur (Dr. L.), hava trafiğinin güvenliğine ilişkin bir koordinasyon toplantısına katılmak üzere kendi özel aracını kullanarak gerçekleştirdiği resmî bir hizmet seyahati sırasında trafik kazasına sebebiyet vermiş ve yanında bulunan bir diğer memur (W.) yaralanmıştır. Yaralanan memura yapılan ödemeler nedeniyle idare, Dr. L.'nin sigortacısından rücu talebinde bulunmuştur. Ancak Federal Mahkeme (Bundesgerichtshof), söz konusu seyahatin kamu gücü kullanımı kapsamında bir görev ifası (hoheitliche Tätigkeit) niteliği taşıdığını belirterek, eylemin kamu görevlisinin kişisel değil, devletin sorumluluğunu öngören rejim (Amtshaftung) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda mahkeme, zarardan doğan sorumluluğun doğrudan devlete ait olduğunu, memurun veya sigorta şirketinin şahsi sorumluluğunun bulunmadığını karara bağlamıştır. BGH III ZR, 183/76, 02/11/1978, DÖV 1979, 865; BGH III ZR, 235/56, 08/12/1958, BGHZ 29, 38-41, 42.

186 BGH III ZR, 147/81, 17/02/1983, NVwZ 1983, 763.

187 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 56.

188 Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (München: Verlag Franz Vahlen, 2019), par. 829; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 56; Koch Rubel, Haselhaus ve Hofmann., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 163.

189 Bu haklar Alman Trafik Yönetmeliği (Straßenverkehrs-Ordnung, StVO) 35. maddesinden kaynaklanmaktadır.

190 Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 69.

191 Thorsten Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Heidelberg: C.F. Müller, 2024).

cı ve hakaretvari konuşması gösterilmektedir[192]. Yine açıklama kamu görevlisinin şahsi görüşünü yansıttığı yönünde güçlü bir emare varsa, hangi bağlam ve sıfatla yapıldığına bakılmaksızın şahsi sorumluluğu doğacaktır[193]. Kamu görevlisi söz konusu ifadeyi kamu görevlisi sıfatıyla, ancak özel hukuk işlemlerini yerine getirirken kullanmışsa aynı şekilde özel hukuk sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin bir memur, kurumunda ihtiyaç duyulan kırtasiye malzemelerini doğrudan temin yoluyla karşılamak için gittiği kırtasiyecide, kırtasiyeci ile yapılan pazarlık sırasında ağır ithamlarda bulunsa bu durumda idarenin özel hukuk sorumluluğu söz konusu olacaktır[194]. Kamuya ait yayın kuruluşlarının radyo veya televizyon yayınlarında kullanılan ifadelerin hangi hukuka tabi olacağı da yine tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Federal Yüksek İdare Mahkemesi bu ifadelerin özel hukuk uyuşmazlığı olduğu görüşündedir[195]. Buna karşılık öğretideki baskın görüş, kamu yayın kuruluşlarının örgütlenmesi ve faaliyetlerinin kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiş olması gerekçesiyle bu durumda kamu hukuku uyuşmazlığının bulunduğu yönündedir[196]. Nihayet kamu hukukuna ait kamusal bir görevin yerine getirilmesi ile bağlantılı olarak yapılmış ve açıkça şahsi görüş niteliğinde olmayan açıklamalardan kaynaklı uyuşmazlıklar ise kamu hukukuna dahildir[197].

Aynı değerlendirme kamunun tesislerinden (mesela çöp depolama alanı, çocuk oyun parkı, mangal alanı gibi) kaynaklanan emisyonlar (gürültü, kötü koku veya sağlığa zararlı diğer maddeler) için de geçerlidir. Bu durumlarda bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi hukuka tabi olacağı, bu tesislerin hangi hukuka göre faaliyet gösterdiğine bağlı olarak değişmektedir. Kamu hukuku kapsamında faaliyet gösteren bir tesisten geliyorsa ve kamu hizmetinin yerine getirilmesiyle doğrudan bağlantı-

192 Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19.

193 VG Hannover, 1 B 5811/20, 01/03/2021, https://openjur.de/u/2340137.html (erişim tarihi: 23.05.2026).

194 Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 56, 57; Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 70; bu halde de kamu hukuku uygulanması gerektiği yöndeki görüş için bkz. Wilfried Berg, "Zum Widerruf ehrkränkender Behauptungen im Öffentlichen Recht -" *Juristische Schulung*, 1984, 521; VG Düsseldorf, NJW 1982, 2333,

195 BGH- VI ZR 246/74, 06/041976, NJW 1976, 1198 vd.; BVerwG, 7 B 48/94, 07/06/1994, NJW 1994, 2500 vd.

196 Bettermann, "Vom Rechtsschutz des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord", 513; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 57.

197 Başbakan Yardımcısı ve Ekonomi Bakanı Sigmar G.'nin 24 Ağustos 2015 tarihinde Heidenau'daki bir mülteci konaklama merkezini ziyaretinin ardından verdiği bir röportajdaki açıklamanın hukuka aykırılığı iddiasıyla davaya konu olmuştur. Bakan, gazetecinin "Neden sık sık Sachsen haberlerde yer alıyor?" sorusuna yanıt olarak, aşırı sağcıların belirli bölgelerde toplandığını ve geçmişte Wehrsportgruppe Hoffmann gibi sağcı grupların Batı Almanya'da faaliyet gösterdiğini belirtmiştir. Berlin-Brandenburg Eyalet Yüksek İdare Mahkemesi, bu açıklamanın Bakan'ın **resmi görevini yerine getirirken, bakanlık yetkisi ve hükümet otoritesi kapsamında yapıldığını belirlemiş;** dolayısıyla açıklamanın kamu hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak, idari yargının yetkili olduğu kabul edilmiş, önceki mahkeme kararı kaldırılmış ve masrafların devlet tarafından karşılanmasına karar verilmiştir. Berlin-Brandenburg OVG, 10 L 49.17, 25/05/2020, https://openjur.de/u/2252677.html (erişim tarihi: 23.05.2026).

lıysa[198] (özellikle yaşamın temel ihtiyaçlarının karşılanması, "Daseinsvorsorge"), söz konusu kamu hukuku temelli önleme veya men hakkı idari yargıda ileri sürülür. Buna karşılık özel hukuka göre işletilen[199] veya kamusal bir faaliyet dışında kullanılan bir tesis/faaaliyet[200] sebebiyet vermişse özel hukuka göre hareket edilir[201].

3. İdarenin Hukuki İşlemleri

Alman hukukunda hangi hukuka atfedileceği hususunda tereddüt olan bir diğer husus, kamu binalarına/alanlarına girişin yasaklanmasıdır (Hausverbot). Bu durum hem özel hukuk hükümlerine (Alman Medeni Kanunu m.859, 903, 1004) dayanabilir, hem de kamu hukuku açısından değerlendirilmesi gerekebilir. Bu bağlamda bir kişinin kamusal bina veya tesislerde düzeni bozacak hareketlerde (gürültü, hakaret, tehdit veya yasak olmasına rağmen sigara veya alkol kullanan) bulunması ya da kamusal bina veya tesisleri önceden izin almadan amacı dışında kullanılması (örneğin dilenmek veya reklam dağıtmak) hallerinde verilecek giriş yasağı kararının hangi hukuka tabi olacağı hususu üzerinde Alman yazınında oldukça durulmuştur[202]. Klasik görüş yasağın hangi hukuka tabi olacağını ziyaretin amacına göre belirler, yasağa muhatap olan kişinin geliş amacı kamu hukukuyla ilgiliyse (örneğin ders için üniversiteye gelen öğrenci) kamu hukuku, diğer hallerde (örneğin hastaneye ilaç tanıtmak için giden mümessil veya resim çekmek için evlendirme dairesine giren kişi) özel hukuk sayar[203]. Ancak günümüzde baskın görüşe göre kişinin kamu binasına giriş amacına göre yasağın niteliğini belirlemek doğru değildir, çünkü amaç farklı olabilir veya yetkili makamca bilinmeyebilir. Bu nedenle, binanın tahsis amacının (Widmung) ve buna bağlı kamu

198 Bir uyuşmazlıkta davacı, karşısındaki eski ilkokul arazisine kurulan kay kay parkından gelen kabul edilemez gürültü nedeniyle tesisin kaldırılmasını talep etmiştir. Tesis kamu eliyle kurulmuş ve gençlik hizmetleri kapsamında faaliyet göstermektedir, dolayısıyla talep kamu hukuku temelli müdahalenin meni kapsamında değerlendirilmiştir. Hukuki tesisin yarattığı gürültü, Federal Emisyon Koruma Yasası (Bundes-Immissionsschutzgesetz) ve ilgili yönetmeliklerle belirlenen sınırları aşmaktadır. Bu olayda Mahkeme talebin kamu hukuku kaynaklı olduğuna hükmetmiştir. OVG Koblenz, 7 A 11469/98, 8/12/1999, NVwZ 2000, 1190.

199 Bir aile, evlerinin 50 metre uzağına kurulan gençlik kamp alanından (Jugendzeltplatz) gelen gürültü ve koku nedeniyle belediyeye karşı faaliyetin durdurulması talebiyle dava açmıştır. Mahkeme, belediyenin kampı özel hukuk çerçevesinde işlettiğine ve davanın özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna karar vermiştir. BGH, XII ZB 12/93, 24/03/1993, NJW 1993, 1656.

200 Davacı, komşu kilisenin saat göstermek için çaldığı dini olmayan çanlardan şikâyetçidir. İlk derece mahkemesi idare mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmiş ancak davayı reddetmiştir. VGH, idare yargısının yetkisiz olduğunu belirleyerek davayı hukuk mahkemesine yönlendirmiştir. Çan çalmanın artık dini faaliyet kapsamında olmadığı ve özel hukuk kapsamında değerlendirileceği vurgulanmıştır. Sonuç olarak, dini olmayan çan çalması nedeniyle açılan dava, özel hukuk temelli komşu itiraz hakkı kapsamında adli mahkemelerde görülür. BVerwG, 7 B 198/93, 28/01/1994, NJW 1994, 956.

201 Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18, 19; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 70.

202 Ulrich Stelkens, "Das behördliche Hausrecht", *Juristische Ausbildung* 32, S. 5 (2010): 363 bu eserin d.n. 1, 2, 3, 4 ve 5'te o tarihe kadar bu konu üzerinde yapılan çalışmalar verilmiştir.

203 BGH V ZR, 122/59, 26 Ekim 1960, DÖV 1961, 32; BVerwG VII, C 80.67, 13 Mart 1970, MDR 1970, 614; OVG Münster 25 B 2208-97, 8 Ekim 1997, NJW 1998, 1425.

hukuku egemenliğini esas alınması gerekmektedir. Eğer verilen yasak kamu binasında yürütülen idari faaliyetlerin kesintisiz ve huzurlu biçimde sürdürülmesini güvence altına almayı amaçlıyorsa -ki bu genellikle böyledir- o zaman yasağın kamu hukuku niteliğinde olduğu kabul edilir[204]. İdarenin özel hukuka göre işlettiği tesislere giriş yasağı da yine yukarıda açıklanan iki aşamalı teori (Zweistufen) gereği idare hukuku kapsamındadır. Ancak idarenin kiraya verdiği veya özel hukuk kişilerine tahsis edilmiş binalara/tesislere giriş yasağı özel hukuka tabidir[205].

SONUÇ

Yüzyılı aşkın süredir tartışılmaya devam eden idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesi konusu, teorik tartışmalar kadar uygulamadaki yansımaları bakımından da önem taşımaktadır. Öncelikle idari yargının görev alanının belirlenmesi bu tespite bağlı olduğunu vurgulamalıyız. Gerçekten de idari rejimi benimseyen ülkelerde idari yargının görev sahası, kural olarak idari meselelerdir. Uygulamaya diğer yansıması ise idarenin sorumluluğu noktasında karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda idare kamu hukuku kuralları çerçevesinde mi sorumlu tutulacak, yoksa özel hukuk hükümlerine göre herkes gibi mi mesul tutulacak bu belirlemeye bağlıdır. İdari usul ilkelerinin uygulanıp uygulanmaması da işlemin idariliğine bağlıdır.

İdare hukuku, öncelikle çok sıkı bir bağ içinde bulunduğu anayasa hukukundan ayrılmalıdır. Bu iki hukuk dalının çok keşim noktası bulunsa da idare hukuku müstakil bir hukuk dalı olduğundan kendi kapsam alanı tespit edilmelidir. Bu konuda ortaya atılan maddi ve organik kriterler bu ayrımda yeterince yardımcı olmamaktadır. Kanımızca yasama organı olan parlamentonun genel kurulunca gerçekleştirilen tüm işlemler ile bunlara hazırlık niteliğinde olan komisyon işlemleri yasama fonksiyonuna dahildir. Bunun dışında yürütme organının ülkenin yüksek ve olağanüstü çıkarları adına aldığı kararlar hükümet tasarrufunu oluşturur ve idare hukukunun uygulama alanı dışında kalmaktadır.

İdarenin, sadece idare hukukuna tabi faaliyetleri değil aynı zamanda özel hukukun uygulandığı faaliyetleri de bulunmaktadır. İdari rejimin ve çift yargı düzeninin bulunduğu sistemlerde, bir ilişkinin idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğunun tespiti temel bir sorun teşkil etmektedir. Türk idare hukuku, uygulama alanını belirlemede uzun süre Fransız hukukunun etkisi altında kalarak, esas olarak kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu gücü ayrıcalıklarına dayalı ölçütlerin yanı sıra tamamlayıcı teorileri de benimsemiştir. Bu teorilerden ilki kamu gücü ölçütüdür. Bu ölçüte göre; idare, kamu gücüne dayanarak tek taraflı işlem tesis ettiğinde veya üstün yetkilerini kullandığında idare hukuku devreye

[204] Stelkens, "Das behördliche Hausrecht", 365; Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 164; Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 71; Maurer ve Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 58, 59.

[205] Ehlers, "Verwaltung und Verwaltungsrecht", 164.

girer. Buna karşılık, kamu gücüne dayanmayan ve idarenin özel kişilerle eşit konumda taraf olduğu işlemler ise özel hukuk hükümlerine tabi olmalıdır. Bu ölçüt 1950'lere kadar mahkemeler tarafından esas alınmış, ancak bu ölçütteki kamu gücü tespitinin güç olması ve devletin iktisadi alanlarda faaliyet göstermeye başlaması ile artık kullanımından vazgeçilmiştir. Fransız yargı içtihatları ile geliştirilen kamu hizmeti ölçütü ise, kamu hizmetine ilişkin olan tüm faaliyetler idare hukukunun kapsamındadır. Kamu hizmeti kavramının üzerinde uzlaşı olmaması, devletin iktisadi faaliyetlerde bulunması ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince de görülebilmesi sebepleriyle işlevini yitirmiştir. Diğer bir ölçüt olarak savunulan özel hukuku aşan ayrıcalık ve yükümlülükler kıstasında ise bir takım ayrıcalık ve yükümlülükler belirtilmiş, bunlardan en bir tanesinin olması halinde idare hukuku devreye gireceği belirtilmiştir. Bizce bu kritere dayanılarak idare hukuku-özel hukuk ayrımının yapılması mümkün değildir. Zira bu görüşe göre bu ayrıcalıklar veya yükümlülüklerden tek bir tanesi bile olsa idare hukuku uygulanmalıdır. Ancak örneğin ayrıcalık olarak sayılanlardan birisi olan tek taraflı işlem tesis etmeyi ele alacak olursak -yani tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurabilecek bir işlem-, bu yetki sadece idare hukukunda bulunmamaktadır. Özel hukukta da tek taraflı işlem tesisi mümkündür. Mesela işveren tek taraflı irade açıklaması ile işçinin sözleşmesini feshedebilir. Bu işverenin kamu olduğu varsayımında, bu kritere göre fesih işlemi idare hukukuna dahil olmalıdır. Ancak bu bir özel hukuk işlemi olduğu aşikardır. Bunların dışında kamu yararı teorisi, karma teori ile daha çok ve daha az yetki teorisi gibi yaklaşımlar da idare hukukunun kapsamını belirlemede adı geçen yöntemler arasında bulunmaktadır.

Alman hukukunda da bir hukuki ilişki veya uyuşmazlığın hangi hukuk sistemine dahil olacağı üzerinde yoğun bir şekilde durulmuştur. 1904 yılında 17 farklı teorinin zikredildiği ülkede, bugün Yasama yetkisi teorisi, menfaat teorisi, itaat teorisi ve modifiye edilmiş özne teorisi olmak üzere 4 temel teori üzerinde yoğunlaşılmaktadır. Ancak bunların çeşitli alt türevleri bulunmaktadır. Yasam yetkisi teorisine göre bir konuda kanun çıkarma yetkisi federal mecliste ise o konu özel hukuka, eyalet meclisinde ise kamu hukukuna dahil olmak zorundadır. Ancak yasama yetkisi noktasında tam böyle bir ayrım olmaması ve üniter devletler için geçerliliği olmaması sebebiyle çok zayıf kalan bir öğreti olarak kalmıştır. Menfaat teorisi ise, bir hukuki meselede kamu yararı amacı güdülüyorsa kamu hukuku, bireysel menfaat gözetiliyorsa özel hukuk geçerli olacağını savunmaktadır. Birçok hukuk normunda hem kamu hem özel menfaat güdüldüğü, idarenin her halükârda kamu yararı amacından sapamayacağı ve kamu yararı kavramının muğlaklığı sebebiyle çok tercih edilmemiştir. İtaat teorisinin temeli ise kamu hukukunda yönetilenlerin yönetenlere itaat etme -yani astlık üstlük- zorunluluğu üzerine kurulmuştur. Buna göre eğer bir hukuki ilişkide eşitlik varsa özel hukuk, eşitsizlik söz konusuysa kamu hukuku uygulanacaktır. Bu teorinin tam olarak sonuç vermesi mümkün değildir. Zira bazen eşitler arasında da (örneğin iki eşit idare arasındaki ilişkide) kamu hukuku

uygulanabilir, bazen de eşitsizler arasında da (örneğin ebeveyn-çocuk) özel hukuk geçerli olabilir. Yine bir başka ayrım ölçütü olan özne teorisinde, şekli ve maddi olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Şekli özne teorisine göre bir hukuk normu yalnızca devlete yetki veriyor ya da ona yükümlülük yüklüyorsa bu normun uygulamasından kaynaklı hukuki meseleler kamu hukukuna yani idare hukukuna dahildir. Özel hukuk normları ise herkesin hukukudur (jedermannsrecht). Bu teoriye bir kısır döngü içerdiği, özel hukuk kişilerinin de idare hukukuna dahil olabileceğinin göz ardı edilmesi, temel haklara ilişkin düzenlemelerde yetersiz kalması, sadece kamu kurumunu ilgilendiren hukuk normlarının da özel hukuka dahil olabileceği ve bir normun uygulanması bazen özel hukuka bazen de kamu hukukuna dahil olabileceği gibi eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştireler sebebiyle de maddi süje teorisi geliştirilmiştir. Bu teori özel hukuk kişilerinin de süje olabileceğini kabul eder. Ayrıca sadece kamu tüzel kişileri konu edinen hukuk normlarının her ne kadar karine olarak kamu hukukuna tabi olduğu varsayılsa da birlikte bunların yorum yoluyla hangi hukukun uygulama alanında olduğunu tespiti gerekir. Bir başka görüş ise, bu teorilerin tek başlarına yetersiz olduğunu dolaysıyla bu ölçütlerin (özellikle itaat ve süje teorilerini) sırasıyla birlikte kullanılması gerekmektedir. Bizce de her somut olayda kriterlerin kombine şekilde kullanılması daha mantıklıdır. Bu teorilerin dışında bir diğer teori ise iki aşamalı teoridir. Bu teori daha çok ayrılabilen işlemleri içeren hukuki ilişkilerde kullanılır. Buna göre idarenin bir hukuki ilişkiye girip girmemeye karar vermesi (ob) idare hukukuna, hukuki ilişki oluştuktan sonraki kısım ise özel hukuka tabi olabilir. Özellikle edimsel idare olarak anılan, idarenin teşvikler vb. yöntemlerle yönetilenlere destek verdiği alanlarda uygulama alanı bulmaktadır. Burada amaç idarenin tamamen özel hukuka göre hareket ederek, kamu hukukunun bağlayıcı kurallarını ekarte etmesine mâni olmaktır. Başka bir görüşe göre ise idare açıkça hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı müddetçe idare serbestisi bulunmaktadır. Bu anlamda idare özellikle bazı kamu hizmetlerini (elektrik, gaz, su gibi) hangi hukuka göre sunacağına kendisi karar verebilir. İdari özel hukuk kavramı da bu çerçevede değerlendirilir. İdare özel hukuku seçse dahi, özel hukuk kişisi kadar özgür değildir[206]. Temel haklara bağlılık idarenin özel hukuka göre hareket ettiği durumlarda da geçerlidir. Bu teoriye karşılık olarak da esas olarak idare hukukunun geçerli olacağı anlayışı geliştirilmiştir. Bu teorinin getirilmesindeki en temel saik idarenin özel hukuka kaçarak, kendisini sınırlayan kamu hukuku normlarından kurtulmasının önüne geçmektir. Bu görüşü savunanlara göre, idare esas olarak kamu hukukuna göre hareket ederse iki aşamalı teoriye de gerek kalmaz. Çünkü zaten idare özel hukuka kaçışı önlenmiş olur. Bu anlayışta özel hukuka yalnızca bir konuda uygulanacak kamu hukuku normu yoksa başvurulabilir. Son anılan görüş de birçok konuda kamu hukuku kurallarının bulunmadığı ve bundan kaynaklı idareye özel hukuka kaçış için büyük bir kapı aralandığı gerekçe-

[206] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 506.

siyle eleştirilmektedir. Bunun yerine ancak hukuk normu ile idareye açıkça olanak tanındığı veya seçim hakkı bahşedildiği hallerde özel hukuku tercih edebilmelidir. Bunun dışındaki durumlarda zorunlu olarak kamu hukuku uygulanmalıdır.

İdare hukuku ve özel hukuk ayrımında en problemli alanlardan birisi idarenin sözleşmeleridir. Türk hukukunda sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesinde öncelikle kanun koyucunun doğrudan nitelendirmesine, hukuki rejim belirlemesine veya görevli yargı kolunu saptamasına bakılır; yasal bir düzenleme yoksa, sözleşmecilerden en az birinin idare olması, konusunun kamu hizmeti olması ve özel hukuku aşan hükümler barındırması gibi içtihadi kriterler devreye girer. Alman hukukunda, idarenin sözleşmelerinin hangi hukuka tabi olacağı (kamu hukuku/özel hukuk) idarenin iradesine göre değil, konu teorisine dayanarak sözleşmenin konusunun ve amacının nesnel ölçütlerle belirlenmesiyle tayin edilir; karma sözleşmelerde ise tek bir hukuki nitelik (birlik ilkesi) altında değerlendirilirken anlaşmaya esas niteliğini kazandıran kısım (ağırlık teorisi) belirleyici olur. Bununla birlikte sözleşmede birbiriyle sıkı bağ içinde olmayan iki ayrı antlaşma varsa, bunların ayrılarak değerlendirmesi gerekir.

Ayrımda zorlanılan diğer bir hususta idarenin eylemleridir. İdarenin eylemleri denildiğinde, idarenin herhangi bir hukuki sonuç doğurma amacı gütmeden yaptığı ameliyeler anlaşılmalıdır. Her ne kadar idarenin bir hukuki işleminin uygulanmasını da idari eylem olarak görenler varsa da bu kabul gören bir yaklaşım değildir. İdarenin eylemlerinin özel hukuka mı, idare hukukuna mı tabi tutulacağı noktasında kesin bir kriter geliştirilmemiştir. Bazı hususlar kanuni düzenleme ile bizzat sınıflandırılsa da bunlar sınırlı sayıdadır. Türk hukukunda kanuni dayanağı bulunmayan idari eylemlerin hukuki niteliği, idarenin yetki sınırlarını açıkça aşması veya kamu hizmetiyle bağlantısının kopması hâlinde, özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekte ve bu tür fiillerden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Alman Hukuku'nda idarenin fiili eylemlerinden (Realakt) doğan sorumluluğun kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olacağı, eylemin doğrudan hukuki sonuç amaçlamaması ilkesinden hareketle, bağlam, amaç ve eylemin kamu gücü kullanımı ile olan ilişkisine dayanan nesnel kıstaslarla belirlenir. Zira bu ayrım, kamu araçlarının kazalarından kişilik haklarının ihlaline kadar geniş bir alanda uygulanacak sorumluluk rejimini ve görevli yargı yolunu tayin etmesi açısından pratikte kritik öneme sahiptir.

Alman hukukunda çalışma konusuyla bağlantılı olarak tartışılan hususlardan birisi de kamu bina ve alanlarına giriş yasağının (Hausverbot) hukuki tasnifidir. Klasik görüşe giriş yasağı verilen kişinin giriş sebebi kamu hukukuna dahilse kamu hukuku, değilse özel hukuk uygulanır. Hakim görüşe göre ise binanın tahsis amacını (Widmung) ve idari faaliyetin kesintisiz sürdürülmesini güvenceleme amacını temel alan kamu hukuku egemenliği kıstasınca belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin. "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, S. 1-3 (2011): 11-22.

Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.

Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Ayanoğlu, Taner. *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

Bachof, Otto. "Über öffentliches Recht". İçinde *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, editör Ludwig Heigl ve Konrad Redeker. Münih: C.H. Beck, 1978.

Becker, Ulrich ve Sichert, Markus, "Einführung in die kommunale Rechtsetzung am Beispiel gemeindlicher Benutzungssatzungen". *Juristische Schulung* 40, S. 2 (2000): 144-48.

Berg, Wilfried. "Zum Widerruf ehrkränkender Behauptungen im Öffentlichen Recht - VG Düsseldorf, NJW 1982, 2333". *Juristische Schulung*, 1984: 521-26.

Bettermann, Karl August. "Vom Rechtsschutz des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord". *Neue Juristische Wochenschrift* 30, S. 10 (1977): 513-19.

Bilgin, Hüseyin. *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.

Cremer, Wolfram. "Recht der Parlamentsverwaltung - Verwaltungsrecht?", İçinde *Verwaltungsrecht als politisches Recht - Referate des XXI. Deutsch-Polnischen Verwaltunjgskolloquiums vom 22. bis 25. September 2019 in Berlin*, editör Matthias Ruffert ve Hinnerk Wißmann. Borrberg Verlag, 2021.

Çağlayan, Ramazan. "İdarî Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 3-4 (2005): 17-33.

Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.

Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Çakmak, Naci Münci. "İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 69, S. 1-2 (2011): 707-17.

Çekiç, Onur. "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri". *Yasama Dergisi*, S. 12 (2009): 107-135.

Çelik, Dursun. "İdarî İşlemlerin Hukuka Uygunluk Karinesi ve İdarenin Kanuniliği İlkesi Bir Dilemma mı?", İçinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı: International Congress of Akdeniz Law 2022 Proceedings Book*, editör Ayşe Arat, Cem Ümit Beyoğlu, Osman Levent Özay ve Mehmet Altunkaya. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Dadaş, Emre ve Çelik, Dursun, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme". *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2024): 1061-75.

Demirkol, Selami. "İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu". *Sayıştay Dergisi*, S. 40 (2001): 1-17.

Detterbeck, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. Münih: C.H. Beck, 2023.

Dietlein, Johannes. "Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen". *Juristische Ausbildung*, 2002: 445-53.

Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1982.

Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Meseleleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1964.

Ehlers, Dirk ve Schneider, Jens-Peter, "§40 Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs". İçinde *Verwaltungsrecht - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Kommentar*, 48. EL, editör Friedrich Schoch ve Schneider, Jens-Peter. Münih: C.H. Beck, 2025.

Ehlers, Dirk. "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat". İçinde *Allgemeines Verwaltungsrecht*, editör Dirk Ehlers ve Hermann Pünder, 1-254. Berlin: Verlag de Gruyter, 2016.

Ehlers, Dirk. *Verwaltung in Privatrechtsform*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

Erbguth, Wilfried. "Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung". *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 2011: 17-32.

Erichsen, Hans-Uwe. "Die Zulässigkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht". *Juristische Ausbildung* 16 (1994): 418-23.

Forsthoff, Ernst. *Lehrbuch Des Verwaltungsrechts: 1. Allgemeiner Teil*. Münih: C.H. Beck, 1973.

Gern, Alfons. *Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen: Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

Giacometti, Zaccaria. *Allgemeine Lehren Des Rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts: (Allgemeines Verwaltungsrecht Des Rechtsstaates)*. Zürih: Polygraphischer Verlag, 1960.

Giese, Friedrich. *Allgemeines Verwaltungsrecht: Vorlesungsgrundriss*. Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck, 1952.

Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev, Akgüner, Tayfun ve Kahraman, Berk, *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2013.

Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2025.

Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku: Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

Guckelberger, Annette. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.

Gurlit, Elke. "Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen". İçinde *Allgemeines Verwaltungsrecht*, editör Dirk Ehlers ve Hermann Pünder. Frankfurt: C.F. Müller, 2022.

Gülan, Aydın. "Kamu Hizmeti Kavramı". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, S. 1-3 (2011): 147-59.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.

Güneş, Turan. *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1965.

Güzel, Oğuzhan. "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 1483-1524.

Güzel, Oğuzhan. "Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, S. 2 (2017): 217-47.

Güzel, Oğuzhan. *Hukuk Devletinde İdarî Davaya Konu Olabilecek İşlem Kavramı*. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015.

Hufen, Friedhelm. *Verwaltungsprozessrecht*. Münih: C.H. Beck, 2024.

Ipsen, Hans P. *Öffentliche Subventionierung Privater*. Köln: Heymann, 1956.

Ipsen, Jörn. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Münih: Verlag Franz Vahlen, 2019.

İnanç, Mehmet. *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.

Jellinek, Walter. *Verwaltungsrecht*. Bad Homburg: Gehlen, 1966.

Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Kaplan, Gürsel. "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2007): 887-918.

Kaya, Cemil. "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7 (2016): 637-63.

Kent, Bülent. "Almanya'da İdari Yargı Teşkilatı". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 2 (2007): 185-214.

Koch, Hans-Joachim, Rubel, Rüdiger, Heselhaus, Sebastian ve Hofmann, Ekkehard, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Verlag Franz Vahlen, 2023.

Koç, Emin. "Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145 (2019): 301-47.

Koç, Emin. "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İdari İşlem Niteliği Taşıyan İşlemleri". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2025): 109-37. Erişim Tarihi: Haziran 25, 2025. https://doi.org/10.56701/shd.1567568.

Koçoğlu, Safa. "Kamu Yararına Çalışan Derneklerde Vergi Muafiyeti". *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 35 (2025): 181-209.

Krebs, Walter. "Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 52 (1993): 248-84.

Leisner, Walter. "Unterscheidung zwischen privatem ve öffentlichem Recht". *JuristenZeitung* 61, S. 18 (2006): 869-75.

Maurer, Hartmut ve Waldhoff, Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Münih: C.H. Beck, 2024.

Mayer, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht Band I*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1924.

Odyakmaz, Zehra, Kaymak, Ümit ve Güzel, Oğuzhan, *Kamu Denetçiliği Kurumunun Kanunu Işığında T.C Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Oğurlu, Yücel. "İdare Hukukunda 'Fiili Yol' ve Yargısal Denetimi". *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi* 6, S. 1 (2003): 59-71.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Cilt I. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Cilt III. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Özay, İl Han. "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu". *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 10 (Ocak 1995).

Özay, İl Han. "Türkiye'de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı". İçinde *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*. Ankara: Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1982.

Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Ders Notları*. 1977.

Pestalozza, Christian. *Formenmißbrauch des Staates*. Münih: Beck, 1973.

Peters, Hans Joachim. *Lehrbuch Des Verwaltungsrechts*. Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1949.

Pietzner, Rainer ve Ronellenfitsch, Michael, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht: Verwaltungsprozess, Verwaltungsverfahren*. Münih: Verlag Franz Vahlen, 2019.

Ramsauer, Ulrich ve Tegethoff, Carsten, "§54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags". İçinde *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, editör Ferdinand O. Kopp ve Ulrich Ramsauer. Münih: C.H. Beck, 2017.

Reimer, Philipp. "§10 Wechselwirkungen von Verfassungs- ve Verwaltungsrecht". İçinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts*, editör Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs. Frankfurt: C.F. Müller, 2021.

Roth, Helmut. *Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen*. Frankfurt: Peter Lang, 1998.

Sancakdar, Oğuz, Önüt, Lale Burcu, Doğan, Eser Us, Turhan, Mine Kasapoğlu ve Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.

Sarıca, Ragıp. *İdarî Kaza*, Cilt I. İstanbul: Kenan Matbaası, 1949.

Schmidt, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Grasberg: Dr. Rolf Verlag, 2024.

Schmidt-Aßmann, Eberhard. "Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns". *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1989: 533-41.

Schmitt Glaeser, Walter ve Horn, Hans-Detlef, *Verwaltungsprozessrecht: Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung*. Berlin: Springer, 2000.

Sezginer, Murat. "İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 69, S. 1-2 (2011): 241-50.

Sezginer, Murat. *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

Siegel, Thorsten. "§54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags". İçinde *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, editör Ulrich Stelkens, Heinz Joachim Bonk ve Michael Sachs. Münih: C.H. Beck, 2023.

Siegel, Thorsten. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Frankfurt: C.F. Müller, 2024.

Sodan, Helge. "§40 Verwaltungsrechtsweg". İçinde *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*, editör Helge Sodan ve Jan Ziekow. Berlin: Nomos / C.H. Beck, 2025.

Stelkens, Ulrich. "Das behördliche Hausrecht". *Juristische Ausbildung* 32, S. 5 (2010): 363-69.

Stern, Klaus. *Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2*. Münih: C.H. Beck, 1980.

Stober, Rolf ve Kluth, Winfried, *Verwaltungrecht I: Ein Studienbuch*. Münih: C.H. Beck, 2017.

Thieme, Werner. *Verwaltungslehre*. Köln: Heymann, 1984.

Ulusoy, Ali. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Von Boetticher, Christian. *Parlamentsverwaltung ve parlamentarische Kontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

Waldhoff, Christian. "Verwaltung und Verwaltungsrecht". İçinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts*, editör Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs. Heidelberg: C.F. Müller, 2021.

Werner, Fritz. "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht". *Deutsches Verwaltungsblatt* 74 (1959): 527-33.

Wolff, Hans J. "Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht". *Archiv des öffentlichen Rechts* 76, S. 2 (1950): 205-17.

Wolff, Hans J. ve Bachof, Otto, *Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch 1*. Münih: C.H. Beck, 1974.

Wollenschläger, Ferdinand. "Verwaltungsrecht und Privatrecht". İçinde *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstruktüren des deutschen Verwaltungsrechts*, editör Wolfgang Kahl ve Markus Ludwigs. Heidelberg: Müller Verlag, 2021.

Wöckel, Holger. "§40 Verwaltungsrechtsweg". İçinde *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Kommentar*, editör Erich Eyermann. Münih, 2022.

Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku Genel Esaslar*. İstanbul: Der Yayınları, 2013.

Yıldırım, Ramazan, Çınarlı, Serkan ve Azak, Kerim, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2025.

Yıldırım, Ramazan, Çınarlı, Serkan ve Azak, Kerim, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2025.

Yıldırım, Turan, Yasin, Melikşah, Kaman, Nur, Özdemir, H. Eyüp, Üstün, Gül, Çakır, Hüseyin Melih ve Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Yıldız, Hayrettin. "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2019): 303-36.

Yıldız, Hayrettin. "İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 4 (2018): 198.

Yüksel, Ayşen. "İdare Hukukunun Tatbik Sahası". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 1 (1959): 71-90.

Zuleeg, Manfred. "Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts". *Verwaltungsarchiv* 73 (1982): 384-404.