

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**MAURICE HAURIOU'DA İDARE HUKUKU VE GENEL
KAMU HUKUKU İLİŞKİSİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nilda ÇİÇEKLİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

EYLÜL 2020

ÖNSÖZ

Bu tezin benim için anlamı, bir dönüm noktasının sembolü olması nedeniyle ömrüm boyunca bir yüksek lisans tezinden fazlası olacaktır. Teşekkürlerim, anacağım isimlerin bu teze fiilî katkılarının yanında ve ötesinde; anlama, güvene ve anlaşılmalıdır.

Öncelikle, açık yüreklilikle, “olmasaydı bu tez olmazdı” diyebileceğim; engin bilgi birikimi, farklı bakış açıları ve yapıcı yaklaşımıyla, desteğini ve güvenini her zaman hissettiğim tez danışmanım Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan’a sonsuz minnettarım.

Bu tezin savunma jürisinde yer almayı kabul etme lütufları nedeniyle, kendilerinden ders almış olmaktan şeref duyduğum değerli hocalarım Prof. Dr. Rıdvan Akın’a ve Prof. Dr. Oktay Uygun’a yürekten teşekkür borçluyum.

Tamamen çözümsüz görünen sorunlarda dahi hiç fark edilmeyen kapıları açan, hocalığına ayrı idareciliğine ayrı teşekkür borçlu olduğum dekan yardımcımız Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Rétornaz’a; Galatasaray Üniversitesinde derslerini takip etme onuruna eriştiğim çok değerli hocalarıma; lisans yıllarımda Maurice Hauriou ile tanışmamın mimarları olan Prof. Dr. Metin Günday ile Prof. Dr. Ali D. Ulusoy’a; birlikte çalışma şerefine eriştiğim Prof. Dr. A. Füsün Arsava’ya, Prof. Dr. Aynur Yongalık’a; Bordeaux Üniversitesinde derslerini takip etme şansı bulduğum, Prof. Bernard Pacteau, Prof. Ferdinand Mélin-Soucramanien, Prof. Aude Rouyère, Prof. Jean-François Brisson, Prof. Fabrice Hourquebie ve Prof. Frédérique Rueda’ya teşekkür ediyorum.

Bu tezin yazılması sürecinde oyunlarımızda mızıkçılık etmek zorunda kaldığım yeğenlerim İlse ve Elis’e, desteği için abim İlkay Çiçekli’ye, her süreçte yanımda olan dostuma teşekkür ediyorum.

Son olarak bu tezi, buraya yazılması mümkün sebep ya da sebeplerle değil; kâinatın bütün sebepleriyle ve sebebe ihtiyaç duymayan bütün güzel duygularıyla, annem Nazan Tezcan’a, minnetimin yalnız bir zerresinin ifadesi olmak üzere, ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: MAURICE HAURIOU'NUN İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİNDE GENEL KAMU HUKUKUNUN YERİ	14
 I. Devlet İdari Hukuki Kişiliğinin Genel Kamu Hukukunda İnşası	15
 1. Devletin Kişiliğinin İzafî Varlığı	16
A) Kamu Hukuku Kişiliğinin Ontolojisi	17
B) Devlet Manevî Kişiliğinin Fizyolojisi	23
C) Devlet Kişiliğinin Disiplinlerde Nispiliği	31
2. Devletin İdari Hukuki Kişiliğinin İnşası.....	37
A) Devlet Kişiliğinin Varoluşu: Döalist Kuram	38
B) Devletin Kişiliğinin Belirlenmesi: Kamu Hukuku Tözel Kişiliği	45
C) Devletin İdari Hukuki Kişiliğinin Çerçevesi	51
II. İdare Hukukunun Belirleyici Ölüütü Olan Kamu Gücünde Genel Kamu Hukukunun Rolü	59
1. Kamu Gücünün Hak Niteliği ve Doğurduğı Tartışma	60
A) Devletin Hak Süjeliği Bağlamında Kamu Gücünün Niteliği	61
B) Kamu Gücü ile Kamu Hizmeti Ölüütleri Çatışması	69
C) Kamu Gücünün Kamu Hizmetine Göre Konumu	77
D) Kamu Gücü Kavramının Dönüşümü	85
2. Kamu Gücünün Hâkimiyet Alanı	94
A) Kamu Gücü Hakkının Kullanım Yolları ve Dönüşümü	94
B) Otorite Yolu ve Egemenin Hükmetme Hakkının Sınırları	105
C) Yönetim Yolu ve İdare-Birey İlişkilerinin Niteliği	116

İKİNCİ BÖLÜM: MAURICE HAURIU’NUN GENEL KAMU HUKUKU ÖĞRETİSİNDE İDARE HUKUKU ANLAYIŞININ ETKİLERİ..... 121

I. Hauriou’nun Devlet Teorisinin İdare Hukuku ile Bağlantıları 122

1. Genel Kamu Hukukunun Devlet Kavramının İdare Hukuku ile Etkileşimi 123

- A) Devletin Düalizmi: İki Disiplinin Birbirini Tamamlayan Devlet Anlayışları 124
- B) “Devlet Durumu”nda Toplumsal Birliğin İdari Niteliği 131
- C) Devletin Hukuk Karşısında Konumu ve İdare Hukuku 136

2. Hauriou’nun Devlet Tanımının Unsurlarında İdare Hukukunun Yansımaları 147

- A) Toplum Unsurunun Teşekkülünde Halkın İkili Görünümü ve Ulusal İrade 147
- B) Hâkimiyet Kudreti Unsuru ve Egemenliğin Denge Sistemi 159
- C) “Yasal Ülke”de Direnme Hakkı ve Gücün Sınırları 171

II. Hauriou’nun Kurum Teorisinde İdare Hukuku Perspektifi 186

1. Hauriou’nun Kurum Teorisinde İdare Hukukunun Etkileri 187

- A) Kurum Teorisinin Kronolojik Gelişimi 188
- B) Kurum Teorisinin Unsurları ve Aşamaları 199
- C) Sosyal Dirimselcilik ve Kurum Yaşamında İstikrarın Önceliği 212
- D) Kurum Teorisinin Hauriou Sonrası ve Hukukun Nazist Doktrini 226

2. Hauriou’nun Devlet Kurumunda Denge Sistemi ve İdare 238

- A) Hauriou’nun Erkler Ayrılığı Teorisi 239
- B) Erklerin İş Birliği ve Fren-Denge Sistemi 250
- C) Hauriou’nun Kamu Gücünün Objektif Otolimitasyonu Teorisi 259

SONUÇ..... 272

KAYNAKÇA 276

ÖZ GEÇMİŞ..... 298

KISALTMALAR

- AFDA:** Association française pour la recherche en droit administratif
AHRF: Annales historiques de la Révolution française
AJ Collectivités territoriales: Actualité juridique, Collectivités territoriales
AJDA: Actualité juridique, Droit administratif
AJDI: Actualité juridique, Droit immobilier
AJFP: Actualité juridique, Fonctions publiques
APD: Archives de philosophie du droit
APDSJ: Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique.
APSR: The American Political Science Review
ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy
AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara Hukuk Dergisi
AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.: Bakınız
C.: Cilt
CE: Conseil d'État
CNRS: Centre national de la recherche scientifique
çev.: Çeviren
der.: Derleyen
Droit et société: Revue Droit et société
Droits: Droits. Revue française de théorie juridique
ed.: Editör
EPHE: Annuaire de l'École pratique des hautes études
Esprit: Revue Esprit
GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Histoire@Politique: Histoire@Politique. Revue du Centre d'histoire de Sciences Po
İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; İstanbul Hukuk Dergisi
JORF: Journal Officiel de la République Française (Fransız Cumhuriyeti Resmî Gazetesi)
Jus Politicum: Jus Politicum. Revue internationale de droit politique
Krş.: Karşılaştırmamız
LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mil neuf cent: Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle
Örn.: Örneğin
Pouvoirs: Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques
PUF: Presses Universitaires de France
RA: La Revue administrative

RDLF: Revue des droits et libertés fondamentaux
RDM: Revue des deux mondes
RDP: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.: Recueil Lebon; Recueil des arrêts du Conseil d'État
REP: Revue d'économie politique
RESS: Revue européenne des sciences sociales
RFAP: Revue française d'administration publique
RFDA: Revue française de droit administratif
RFDC: Revue française de droit constitutionnel
RFG: Revue française de gestion
RFHIP: Revue française d'histoire des idées politiques
RFS: Revue française de sociologie
RG: Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazetesi
RFSP: Revue française de science politique
RGa: Revue générale d'administration
RGD: Revue générale du droit
RGDL: Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger
RHD: Revue historique de droit français et étranger
RHFD: Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
RHMC: Revue d'histoire moderne et contemporaine
RHSH: La Revue d'histoire des sciences humaines
RIDC: Revue internationale de droit comparé
RIDE: Revue internationale de droit économique
RIEJ: Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIP: Revue Internationale de Philosophie
RIS: Revue internationale de sociologie
RMM: Revue de métaphysique et de morale
RNSP: Revue néo-scholastique de philosophie
röp. ger.: röportajı gerçekleştiren
RPFE: Revue philosophique de la France et de l'étranger
R socialiste: La Revue socialiste
RSPT: Revue des sciences philosophiques et théologiques
RTD eur.: Revue trimestrielle de droit européen
RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil
S.: sayı
s.: sayfa, sayfa numarası
Sir.: Recueil Sirey
ss.: sayfa aralığı, sayfalar
TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TC: Tribunal des conflits

RÉSUMÉ

Maurice Hauriou est un théoricien intemporel et supra-disciplinaire dont la contribution aux doctrines du droit administratif et du droit public général est indéniable. Hauriou, l'un des fondateurs du droit administratif français, a une part directe ou indirecte dans tous les concepts et institutions de la littérature de droit administratif d'aujourd'hui. En droit public général, on s'attend définitivement à ce que toute étude approfondie fasse référence aux théories d'Hauriou. Bien que les contributions d'Hauriou au droit public ne se limitent pas à ces deux disciplines ; ces deux disciplines sont rencontrées comme cause ou comme résultat de ses études de droit public. L'objet de cette étude est de trouver la relation entre le droit administratif et le droit public général dans la doctrine Hauriou à la fois conceptuellement et théoriquement et comme méthodologie de base du droit public.

Hauriou, en trouvant des propositions de solutions aux questions qu'il a observées dans la pratique du droit administratif dans le domaine du droit public général ; reformer ses idées et théories en utilisant des outils de droit administratif. Pour cette raison, il n'est pas possible de séparer les perspectives de droit administratif et de droit public général dans la pensée Hauriou.

Dans la partie d'introduction de l'étude, la vie universitaire d'Hauriou et ses études en droit administratif et en droit public général ont été présentées. Ces études révèlent que l'auteur pense aux deux disciplines ensemble, même à vue. À tel point que depuis de nombreuses années, ses études sur deux disciplines ont été traitées dans un seul livre.

La première moitié de l'étude porte sur l'effet et la contribution du raisonnement de droit public général dans les idées et théories de droit administratif d'Hauriou. On peut discuter à quelle discipline appartient la question de la « personnalité de l'État », qui est traitée en premier, parce que « l'État » est un concept qui transcende les frontières des disciplines. Cependant, Hauriou prend explicitement la personnalité de l'État pour arriver à une « personnalité juridique administrative ». Pour cela, il a dû déterminer sur l'existence de la personnalité de droit public de l'État et la séparer ensuite de la personnalité morale. Bien que la pensée d'Hauriou ait changé de temps en temps, il a finalement révélé le caractère objectif de la personnalité morale et évalué le concept de personnalité juridique comme la reconnaissance de cette personne par la loi. Mais Hauriou ne donne pas un sens absolu et moniste à la personnalité étatique ; dans chaque discipline, cette personnalité trouve une signification différente et disciplinaire. Ces disciplines, selon Hauriou, sont subjectives dans la mesure du niveau de développement de leurs doctrines. Selon Hauriou, qui révèle le dualisme de la personnalité morale et juridique de l'État, le domaine où l'État a le plus besoin de la personnalité est le droit administratif. L'État au sens large inclut l'administration ; l'administration inclut l'État au sens strict. Il n'est pas possible de séparer la personnalité de l'État et de l'administration. D'autre part, la personnalité de l'État étant l'un des sujets fondamentaux de la doctrine générale du droit public ; Le raisonnement d'Hauriou dans l'examen de la personnalité de l'État s'est largement développé dans le cadre de la doctrine générale du droit public.

La « théorie de la puissance publique » d'Hauriou, qui façonne le droit administratif, est la deuxième section de la partie où sont examinées les idées d'Hauriou sur le droit administratif. La théorie de la puissance publique est particulièrement connue pour sa concurrence avec la théorie du service public sur lequel des deux concepts devrait être le critère déterminant le domaine du droit administratif. Dans la juridiction administrative française, ce concours a été controversé pendant de nombreuses années, et il y a eu des périodes où chacun des deux concepts a dominé les décisions judiciaires et la doctrine. Cependant, Hauriou, qui a déclaré qu'il importait non pas de la qualité du service fourni pour déterminer le domaine du droit administratif, mais de savoir si la puissance publique est utilisée ou non ; d'autre part, est évidemment un « théoricien du service public ». Dès 1892, il identifie l'administration au fonctionnement des services publics. Un autre point abordé dans cette étude est que Hauriou est le nom qui a fondé la « théorie moderne de la puissance publique », et non une théorie anachronique de la puissance publique.

Le principal déterminant dans la distinction entre la voie d'autorité et la voie de gestion (ou les opérations de l'autorité et les opérations de gestion) que Hauriou fait dans la puissance publique sont les idées de droit public général. La voie de l'autorité est le pouvoir de gouverner du souverain ; la voie de gestion est la manifestation de la coopération, de la solidarité et d'une sorte de « société » entre l'administration et les individus dans la réalisation des services publics.

La seconde moitié de cette étude, en croisement avec la première, vise à montrer l'effet des enjeux et des outils de droit administratif sur le raisonnement d'Hauriou dans ses théories qui viennent au premier plan dans le domaine du droit public général. La théorie de l'État d'Hauriou est la première question abordée dans cette section. L'approche de l'idée d'Hauriou de l'État pour établir un équilibre entre le droit public général et le droit administratif est claire. Alors que le droit administratif traite l'État comme un sujet de droits, pour le droit public général, l'État est un régime social, un milieu de vie sociale. Dans la théorie institutionnelle, Hauriou identifie le système exprimé en tant qu'individualité objective ou corps avec droit public général ; le système complémentaire exprimé en tant que personnalité subjectif ou esprit avec le droit administratif.

Hauriou s'oppose aux idées de contrat social. Cependant, ce n'est pas à cause de la nature intellectuelle des théories contractuelles mais parce que Hauriou considère les théories comme une fiction plutôt que comme une réalité. En fait, il est clair qu'il est d'accord avec les théoriciens du contrat dans l'idée de réciprocité dans les relations entre l'administration et l'individu. Une autre raison est que la volonté harmonieuse des individus ne peut être le seul élément de l'établissement de l'État. Hauriou pense que les manifestations d'unité dans « l'idée » ne peuvent être vues que comme l'un des éléments de la formation de l'État. S'il s'est rapproché de l'idée de contracter avec des idées de solidarité, Hauriou estime que la relation entre l'État ou l'administration et les individus n'est pas un contrat mais une « situation d'état » qui se manifeste dans l'idée de statique sociale basée sur la solidarité opérationnelle, qui donne lieu au sujet de droit.

Selon Hauriou, l'État est en quête directe de justice, tout comme la loi. Par conséquent, il crée un état de droit spontanément. Hauriou détermine sa place dans la théorie juridique comme la ligne de démarcation de la théorie subjective de

l'autolimitation et de la théorie de la règle de droite. Le privilège du préalable de l'administration apporte une exception de solution temporaire au système de règles. La raison en est que les services publics ont besoin d'urgence et de continuité. Cependant, Hauriou pense que le pouvoir exécutif provisoire n'est pas exclusif à l'administration. L'exécution temporaire peut également être en cause pour les jugements et les lois. Il existe trois types de pouvoirs pré-exécutifs des trois pouvoirs. Celles-ci sont l'autorité de la chose légiférée, l'autorité de la chose jugée et l'autorité de la chose décidée. La principale distinction n'est pas entre ces pouvoirs, mais entre les règles temporaires et les règles établies.

Les trois éléments fondateurs sont le déterminant de la théorie de l'État d'Hauriou. Ce sont la société, le pouvoir de domination et le droit de résister dans le pays légal. On retrouve aussi la recherche d'équilibre d'Hauriou dans les éléments de l'État. En conséquence, le pouvoir de domination et le droit de résister dans le pays légal se rejoignent dans la société et s'équilibrent. Dans la pensée d'Hauriou, le pouvoir de domination n'égale pas la souveraineté, mais rencontre seulement la souveraineté de commandement, qui en est une sorte. Estimant que la souveraineté doit être divisée pour parler de la limitation du pouvoir de domination, Hauriou définit la souveraineté de la sujétion du peuple qui exprime les libertés individuelles et la souveraineté de l'idée d'État, qui se manifeste par un statut constitutionnel et une loi établie, comme d'autres types de souveraineté. Hauriou propose une théorie parallèle avec l'idée de puissance publique et sa limitation dans la théorie du pouvoir de domination.

Les théories d'Hauriou sur la séparation entre le sujet et le citoyen et le pays légal sont susceptibles de confusion avec les idées « nationalistes intégrales » de Maurras. Carl Schmitt considère l'existence d'une équipe de dirigeants et d'élites qui jouent un rôle dans la fondation de l'institution en théorie d'Hauriou, comme le principe de l'élitisme. En effet, le fait que Hauriou parle de l'existence d'une masse modérée et du groupe supérieur des « excessifs » à qui ils devraient suivre peut justifier son analogie avec les théories nationalistes. De plus, le principe de sacrifice d'Hauriou fait l'éloge de la tolérance du peuple contre l'institution corrompue. Cependant, Hauriou a par la suite retiré ces concepts, qu'il a théorisés en 1896, de ses théories ; de plus, en 1903, il sanctifia le droit de résister à l'oppression plutôt qu'au sacrifice ; Il appréciait le groupe résistant du peuple plutôt que les excessifs. Dans les œuvres de la période ultérieure, la nécessité de limiter le pouvoir de domination et le pouvoir public est particulièrement claire. Cependant, plutôt que d'abandonner nettement les idées de 1896, Hauriou préféra les ignorer ; par conséquent, les critiques sévères de sa théorie en raison de ces idées et concepts sont survécues. Néanmoins, il convient de noter que, dans les œuvres d'Hauriou, aucune idée ne peut servir de base pour l'appeler « nationaliste discriminatoire ». Des critiques similaires sont souvent basées sur des idées intrinsèquement infondées et non étayées telles que les « excessifs » dans les premiers travaux d'Hauriou ; des termes mal compris tels que le concept de « pays légal », qui a une unité terminologique avec Maurras même s'il inclut essentiellement le droit de résister, et enfin, il s'appuie sur son identité idéologique conservatrice connue.

Puisque Hauriou n'était presque jamais à un pôle radical dans un débat théorique, les théoriciens qui analysaient correctement la méthode d'Hauriou étaient capables d'interpréter et d'utiliser les théories d'Hauriou comme base de leurs idées. Carl Schmitt était peut-être le meilleur analyste de la méthode Hauriou. Même les noms

considérés comme issus de l'école Hauriou n'ont pas révélé leur méthode dans son ensemble, puisqu'ils prennent le point de départ de la méthode d'Hauriou comme point de vue religieux ou sociologique. D'autre part, Schmitt a déterminé que tant l'idée d'État que l'idée d'institution d'Hauriou sont les fondements du droit administratif. La même capacité d'analyse, en Turquie, se retrouve dans l'enquête d'Hauriou de Sıddık Sami Onar. Enfin, l'idée de l'État d'Hauriou, a été vue dans les œuvres de Schmitt comme la raison du succès de l'idéologie d'exclusion du Führer et dans les œuvres d'Onar, comme la raison du succès de l'idéologie unificatrice et intégratrice du début de la période républicaine en Turquie. Puisque les deux noms analysent très bien la méthode d'Hauriou, bien qu'ils montrent le même concept comme base de deux actions opposées, les raisonnements des deux noms conduisant à ces conclusions semble correct.

La théorie institutionnelle d'Hauriou occupe une place importante dans la doctrine générale du droit public. Penser la théorie institutionnelle avec les idées d'Hauriou datées de 1896 serait injuste pour la théorie qui a atteint son intégrité systématique en 1925 et était complètement libre des concepts de pensée de 1896 qui ont été critiqués. Dans son article de 1925, Hauriou pose la théorie institutionnelle avec les étapes de l'individualité objective et de la personnalité subjective de l'institution et de ses éléments, l'idée de l'œuvre, le pouvoir organisé et les manifestations de communion.

Une théorie largement critiquée de la pensée Hauriou est l'idée d'ordre social face à la justice. Selon Hauriou, l'État est né de l'ordre social. Contrairement à d'autres concepts critiqués, l'ordre social est un concept que Hauriou a largement traité et adopté ses dernières années. L'ordre social vise à contrôler le dynamisme qui ne peut être contrôlé autrement en raison de la nature vitale de l'institution. Selon Hauriou, l'ordre social répond au besoin de stabilité qu'exige la situation étatique. La priorité de l'ordre social sur la justice vient du fait que l'ordre social est la condition de vie minimale et la justice est un luxe. La justice est la demande dynamique du « meilleur » dans une stabilité. L'ordre social est de fournir un état stable et statique contre un danger soudain. C'est la seule raison de priorité. Par conséquent, cette priorité n'est pas une hiérarchie.

Une manifestation de la compréhension d'Hauriou de l'équilibre peut être trouvée dans la pensée de « l'État en tant qu'institution ». L'État en tant qu'institution est un système d'équilibres à Hauriou. Le premier équilibre du système est la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs, qu'il a reconsidérée avec cette pensée, présente des traits similaires avec les théories d'Aristote et de Rousseau. Trois pouvoirs selon Hauriou ; pouvoir exécutif, pouvoir délibérant et pouvoir de suffrage. Ce classement est un ordre hiérarchique. Selon Hauriou, la raison pour laquelle le pouvoir exécutif est en premier lieu est l'importance du caractère « d'exécution » des décisions. L'idée d'Hauriou d'une hiérarchie des pouvoirs porte ainsi des traces directes du droit administratif. Les pouvoirs séparés peuvent coopérer d'une part, et d'autre part elles constituent un mécanisme de frein et d'équilibrage. La manifestation finale du système d'équilibre est l'équilibre objectif des pouvoirs. L'idée d'Hauriou d'une hiérarchie des pouvoirs contient donc des traces directes du droit administratif. Les pouvoirs séparés peuvent coopérer d'une part, et d'autre part elles constituent un mécanisme de frein et d'équilibrage. La manifestation finale du système d'équilibre est l'équilibre objectif des forces. Hauriou construit une théorie du droit public général basée sur l'idée de puissance publique avec la théorie objective de l'autolimitation.

En conséquence, il a été conclu que le droit public général est indispensable pour le droit administratif et le droit administratif pour le droit public général dans la pensée de Maurice Hauriou. De plus, il a été conclu que la relation entre le droit administratif et le droit public général constitue la base de chaque idée et théorie du droit public d'Hauriou.



ABSTRACT

Maurice Hauriou is a timeless and supra-disciplinary theorist whose contribution to the doctrines of administrative law and general public law is undeniable. Hauriou, one of the founders of French administrative law, has a direct or indirect part in all the concepts and institutions of administrative law literature today. In general, public law, it is expected that any comprehensive study will definitely refer to Hauriou's theories. Although Hauriou's contributions to public law are not limited to these two disciplines; these two disciplines are encountered as the cause or the result of his public law studies. The subject of this study is to find the relationship between administrative law and general public law in Hauriou doctrine both conceptually and theoretically and as a basic public law methodology.

Hauriou, by finding solution proposals to the questions he observed in administrative law practice in the field of general public law; form his ideas and theories again by using administrative law tools. For this reason, it is not possible to separate the administrative law and general public law perspectives in Hauriou thought.

In the introduction part of the study, Hauriou's academic life and his studies in administrative law and general public law were presented. These studies reveal that the author thinks of the two disciplines together, even on sight. So much so that for many years his studies in two disciplines have been dealt with in one book.

The first half of the study is about the effect and contribution of general public law reasoning in Hauriou's administrative law ideas and theories. It can be discussed to which discipline the "personality of the state" issue, which is dealt with first, belongs, because "state" is a concept that transcends the boundaries of disciplines. However, Hauriou takes the personality of the state explicitly to arrive at an "administrative legal personality". For this, he had to determine the existence of the public law personality of the state and then separate it from the moral personality. Although Hauriou's thought changed from time to time, he finally revealed the objective character of the moral personality and evaluated the concept of legal personality as the recognition of this person by law. But Hauriou does not give an absolute and monist meaning to the state personality; in every discipline, this personality finds a different and disciplinary meaning. These disciplines, according to Hauriou, are subjective to the extent of the development level of their doctrines. But Hauriou does not give an absolute and monist meaning to the state personality; in every discipline, this personality finds a different and disciplinary meaning. These disciplines, according to Hauriou, are subjective to the extent of the development level of their doctrines. According to Hauriou, who reveals the moral and legal personality dualism of the state, the area where the state needs personality the most is administrative law. State in a broad sense includes the administration; administration includes the state in the narrow sense. It is not possible to separate the personality of the state and the administration. On the other hand, since the personality of the state is one of the fundamental subjects of the general public law doctrine; Hauriou's

reasoning in examining the personality of the state has largely developed within the doctrine of general public law.

Hauriou's "Theory of Public Power," which shapes administrative law, is the second section of the section examining Hauriou's ideas on administrative law. Public power theory is particularly noted for its competition with the public service theory over which of the two concepts should be the criterion that determines the domain of administrative law. In the French administrative jurisdiction, this competition was contentious for many years, and there were periods when each of the two concepts was dominant in judicial decisions and doctrine. However, Hauriou, who declared that it is not important to the quality of the service provided to determine the field of administrative law, but to know whether the public power is used or not; on the other hand, is obviously a "public service theorist". As early as 1892, he identified the administration with the functioning of public services. Another point discussed in this study is that Hauriou is the name that established the "modern theory of public power", not an anachronistic theory of public power.

The main determinant in the distinction between the way of authority and the way of management (or the operations of authority and the operations of management) that Hauriou makes in public power are the ideas of general public law. The way of authority is the sovereign's power to govern; the way of management is the manifestation of cooperation, solidarity, and a kind of "society" between the administration and individuals in the realization of public services.

The second half of this study, crosswise with the first one, is aimed at showing the effect of administrative law issues and tools on Hauriou's reasoning in his theories that come to the fore in the field of general public law. Hauriou's theory of the state is the first issue addressed in this section. The approach of Hauriou's idea of the state to establish a balance between general public law and administrative law is clear. While administrative law treats the state as a subject of rights, for the general public law, the state is a social regime, a social life environment. In institutional theory, Hauriou identifies the system expressed as objective individuality or body with general public law; the complementary system expressed as a subjective personality or spirit with administrative law.

Hauriou stands against the ideas of social contract. However, this is not because of the intellectual nature of contract theories, but because Hauriou sees the theories as fictional rather than reality. As a matter of fact, it is clear that he agrees with the contractual theorists in the idea of reciprocity in relations between administration and individual. Another reason is that the concordant will of the individuals cannot be the only element of the establishment of the state. Hauriou thinks that the manifestations of unity in "idea" can only be seen as one of the elements in the formation of the state. Although he is very close to the idea of a contract with his ideas of solidarity, Hauriou believes that the relationship between the state or administration and individuals is not a contract but a "situation of state (state of stability)" manifested in the idea of social static based on operational solidarity, which gives rise to the subject of law.

According to Hauriou, the state is in a direct pursuit of justice, just like the law. Therefore, it creates spontaneously a state of law. Hauriou determines his place in legal theory as the demarcation line of subjective auto-limitation theory and right-rule theory. The administrative prerequisite privilege provides a temporary solution

exception to the rule system. The reason is that public services require urgency and continuity. However, Hauriou thinks that temporary enforcement power is not exclusive to the administration. Temporary enforcement may also be in question for judgments and laws. There are three types of pre-executive powers of the three powers. These are the absolute legislative power, the *res judicata* power and the final decision-making power of the administration. The main distinction is not between these powers, but between temporary rules and established rules.

The determinant of Hauriou's theory of the state is the three founding elements. These are society, the power of domination and the right to resist in the legal country. We also find Hauriou's search for balance in the elements of the state. Accordingly, the power of domination and the right to resist in the legal country come together in society and balance each other. In the thought of Hauriou, the power of domination does not equal sovereignty, but only meets the commandment sovereignty, which is a kind of it. Believing that sovereignty must be divided in order to speak of the limitation of the power of domination, Hauriou defines the subjugation sovereignty of the people that express individual freedoms and the state idea sovereignty, which manifests as constitutional status and established law, as other types of sovereignty. Hauriou puts forward a parallel theory with the idea of public power and its limitation in the theory of the power of domination.

Hauriou's theories on the separation between the subject and the citizen and the legal country are susceptible to confusion with the "integral nationalist" ideas of Maurras. Carl Schmitt considers the existence of a team of leaders and elites who play a role in the foundation of the institution in theory of Hauriou as the principle of elitism. Indeed, the fact that Hauriou speaks of the existence of a moderate mass and the superior group of "excessifs" to which they should be exemplified may justify his analogy with nationalist theories. Moreover, Hauriou's principle of sacrifice praises the tolerance of the people against the corrupt institution. However, Hauriou later removed these concepts, which he theorized in 1896, from his theories; moreover, in 1903 it sanctified the right to resist oppression rather than sacrifice; he valued the resisting group of the people instead of the "excessifs". In the works of the later period, the need to limit the power of domination and public power is particularly net. However, rather than clearly abandoning the ideas of 1896, Hauriou preferred to ignore them; therefore, severe criticisms of his theory due to these ideas and concepts have survived. Nevertheless, it should be noted that, in Hauriou's works, there are no ideas that can be used as a basis for calling him "discriminatory nationalist". Similar criticisms are often based on inherently unfounded and unsupported ideas such as "excessifs" in Hauriou's early work; misunderstood terms such as the concept of "legal country", which has terminological unity with Maurras even though it essentially includes the right to resist and finally, it relies on its known conservative ideological identity. Since Hauriou was almost never at a radical pole in a theoretical debate, theorists who correctly analyzed Hauriou's method were able to interpret and use Hauriou's theories as a basis for their ideas. Carl Schmitt was perhaps the best analyst of the Hauriou's method. Even the names considered from the school of Hauriou did not reveal their method as a whole, since they take the starting point of Hauriou's method as a religious or sociological point of view. On the other hand, Schmitt has determined that both the idea of the state and the idea of the institution of Hauriou are the foundations of administrative law. The same analysis capability, in Turkey, is found in the Siddik Sami Onar's investigation of Hauriou. Finally, the idea of the State of Hauriou, was seen in the works of Schmitt as the reason for the success of the

Führer's ideology of exclusion and in the works of Onar, as the reason for the success of the unifying and integrating ideology of the republican period in Turkey. Since both names analyze Hauriou's method very well, although they show the same concept as a basis for two opposing actions, the reasoning of the two names leading to these conclusions seems correct.

Hauriou's institutional theory occupies an important place in the general public law doctrine. To think of the institutional theory with the ideas of Hauriou dated 1896 would be unfair to the theory that reached its systematic integrity in 1925 and was completely free of the concepts of 1896 thought that were criticized. In his article of 1925, Hauriou poses the institutional theory with the stages of the objective individuality and the subjective personality of the institution and its elements, the idea of the work, the organized power, and the manifestations of communion.

A widely criticized theory of Hauriou thought is the idea of social order in the face of justice. According to Hauriou, the state was born out of social order. Unlike other criticized concepts, social order is a concept that Hauriou has widely discussed and adopted in his later years. Social order is aimed at controlling dynamism which cannot be controlled otherwise due to the vital nature of the institution. According to Hauriou, social order meets the need for stability required by the state situation. The priority of the social order over justice is; it stems from the fact that social order is the minimum living condition and justice is a luxury. Justice is the dynamic demand for the "better" in a stagnation. Social order is to provide a stable and static state against a sudden danger. This is the only reason for priority. Therefore, this priority is not a hierarchy. According to Hauriou, the social order responds to the need for stability demanded by the state situation. The priority of social order over justice comes from the fact that social order is the minimum condition of life and justice is a luxury. Justice is the dynamic demand for the "best" in stability. The social order is to provide a stable and static state against sudden danger. This is the only reason for priority. Therefore, this priority is not a hierarchy.

A manifestation of Hauriou's understanding of balance can be found in the thought of "the state as an institution". The State as an institution is a system of balances in Hauriou. The first equilibrium of the system is the separation of powers. The separation of powers, which he reconsidered with this thought, presents similar features with the theories of Aristotle and Rousseau. Three powers according to Hauriou; executive power, deliberative power, and suffrage power. This classification is a hierarchical order. According to Hauriou, the reason executive power is in the first place is the importance of the "execution" character of decisions. Hauriou's idea of a hierarchy of powers therefore contains direct traces of administrative law. The separate powers can cooperate on the one hand, and on the other hand they constitute a check and balance mechanism. The final manifestation of the balance system is the objective balance of forces. Hauriou builds a theory of general public law based on the idea of public power with the objective theory of auto-limitation.

As a result, it was concluded that general public law is indispensable for administrative law and administrative law for general public law in Maurice Hauriou's thought. Moreover, it has been concluded that the relationship between administrative law and general public law constitutes the basis for Hauriou's every idea and theory of public law.

ÖZET

Maurice Hauriou, idare hukuku ve genel kamu hukuku doktrinlerine katkısı inkâr edilemez, zamanlar ve disiplinler üstü bir teorisyendir. Fransız idare hukukunun kurucularından biri olan Hauriou, bugünün idare hukuku literatüründeki her kavram ve kurumda doğrudan ya da dolaylı pay sahibidir. Genel kamu hukukunda da kapsamlı her çalışmanın Hauriou'nun kuramlarına muhakkak değinmesi beklenir. Hauriou'nun kamu hukukuna katkıları bu iki disiplinle sınırlı olmamakla birlikte; kamu hukuku çalışmalarının nedeni yahut sonucunda bu iki disipline rastlanır. Bu çalışmanın konusu, idare hukuku ve genel kamu hukuku ilişkisinin, Hauriou doktrininde hem kavramsal ve kuramsal bakımdan hem de temel kamu hukuku metodolojisi olarak bulunmasıdır.

Hauriou, idare hukuku pratiğinde gözlemlediği sorulara, genel kamu hukuku alanında çözüm önerileri bularak; yine idare hukuku araçlarını kullanmak suretiyle, fikir ve kuramlarını oluşturur. Bu nedenle de Hauriou düşüncesinde idare hukuku ile genel kamu hukuku bakış açılarını birbirinden koparmak mümkün değildir.

Çalışmanın giriş bölümünde, Hauriou'nun akademik hayatı ile idare hukuku ve genel kamu hukuku alanlarında ürettiği çalışmalar ortaya konulmuştur. Bu çalışmalar, salt görünürde dahi, yazarın iki disiplini bir arada düşündüğünü ortaya koyar. Öyle ki, iki disipline dair incelemelerini, uzun yıllar boyunca tek kitap içerisinde ele almıştır.

Çalışmanın ilk yarısı, Hauriou'nun idare hukuku fikir ve kuramlarında genel kamu hukuku muhakemesinin etki ve katkısına ilişkindir. İlk olarak ele alınan “devletin kişiliği” meselesinin hangi disipline ait olduğu tartışılabilir, zira “devlet”, disiplinlerin sınırlarını aşan bir kavramdır. Bununla birlikte Hauriou, devletin kişiliğini, açıkça “idari hukuki kişiliğe” ulaşmak üzere ele alır. Bunun için, devletin kamu hukuku kişiliğinin varlığı hakkında bir tespit yapması, daha sonra onu manevi kişilikten ayırması gerekmiştir. Hauriou'nun düşüncesi zaman zaman değişse de en nihayetinde ahlaki kişiliğin objektif niteliğini ortaya koymuş ve hukuki kişilik kavramını hukukun bu kişiyi tanıması anlamında değerlendirmiştir. Ancak Hauriou, devlet kişiliğine mutlak ve monist bir anlam vermez; her disiplinde bu kişilik farklı ve disipline has bir anlam bulur. Bu disiplinler, Hauriou'ya göre, doktrinlerinin gelişmişlik düzeyleri ölçüsünde subjektiftir. Devletin manevi ve hukuki kişilik düalizmini ortaya koyan Hauriou'ya göre, devletin kişiliğe en çok ihtiyaç duyduğu alan, idare hukukudur. Geniş anlamda devlet, idareyi; idare, dar anlamda devleti kapsar. Devletin kişiliği ile idareyi ayırmak mümkün değildir. Öte yandan, devletin kişiliği, genel kamu hukuku doktrininin temel konularından biri olduğundan; Hauriou'nun devletin kişiliğini incelerken yaptığı muhakeme, büyük ölçüde, genel kamu hukuku doktrini içerisinde gelişmiştir.

Hauriou'nun, idare hukukunu şekillendiren “kamu gücü teorisi”, Hauriou'nun idare hukukuna ilişkin fikirlerinin incelendiği bölümün ikinci konusunu oluşturmuştur. Kamu gücü teorisi, özellikle, kamu hizmeti teorisiyle olan idare hukukunun alanını belirleyen ölçütün iki kavramdan hangisi olması gerektiğine dair rekabetiyle anılır. Fransız idari yargısında bu rekabet uzun yıllar çekişmeli seyretmiş, iki kavramdan her

birinin yargı kararları ve doktrinde hâkim olduğu dönemler olmuştur. Ancak, idare hukukunun alanının belirlenmesinde sunulan hizmetin niteliğinin değil, kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığının önemli olduğunu ortaya koyan Hauriou; öte yandan, apaçık bir “kamu hizmeti teorisyeni”dir. Henüz 1892’de, idare ile kamu hizmetlerinin işleyişini özdeşleştirmiştir. Bu çalışmada ele alınmış bir diğer husus da Hauriou’nun, anakronik bir kamu gücü teorisi değil, “kamu gücünün modern teorisi”ni kuran isim olduğudur.

Hauriou’nun kamu gücünde yaptığı otorite yolu ile yönetim yolu (ya da otorite işlemleri ile yönetim işlemleri) ayrımında temel belirleyici, genel kamu hukuku fikirleridir. Otorite yolu, egemenin hükmetme yetkilerinin; yönetim yolu ise, idare ile bireylerin, kamu hizmetlerinin gerçekleştirmesinde yaptıkları iş birliğinin, dayanışmanın ve bir tür “toplum”un tezahürüdür.

Bu çalışmanın ikinci yarısı, ilki ile çapraz yönlü olarak, Hauriou’nun genel kamu hukuku alanında ön plana çıkan kuramlarında, idare hukuku meselelerinin ve araçlarının, muhakemesine etkisini göstermeye yöneliktir. Hauriou’nun devlet teorisi, bu bölümde ele alınan ilk konudur. Hauriou’nun devlet düşüncesinin, genel kamu hukuku ile idare hukuku arasında da bir denge kurma yaklaşımı açıktır. İdare hukuku devleti bir hak süjesi olarak ele alırken, genel kamu hukuku için devlet bir sosyal rejim, bir sosyal yaşam ortamıdır. Hauriou, kurum teorisinde objektif bireysellik yahut beden olarak ifade edilen sistemi genel kamu hukuku ile; subjektif kişilik yahut ruh olarak ifade edilen tamamlayıcı sistemi ise idare hukuku ile özdeşleştirir.

Hauriou, toplum sözleşmesi fikirlerinin karşısında yer alır. Ancak bunun nedeni, sözleşme teorilerinin düşünsel yapısı değil, Hauriou’nun teorileri gerçeklikten uzak, kurgusal nitelikte görmesidir. Nitekim, idare ile birey ilişkilerinde karşılıklı düşüncesinde sözleşmecî teorisyenlerle hemfikir olduğu açıktır. Bir diğer nedeni ise, bireylerin uyuşan iradesinin devletin kurulmasının tek unsuru olamayacağıdır. Hauriou, fikirde birlik tezahürlerinin devletin meydana gelmesinde ancak unsurlardan biri olarak görülebileceğini düşünür. Dayanışma fikirleriyle sözleşme fikrine çok yaklaşıp da, Hauriou, devlet ya da idare ile bireyler arasındaki ilişkinin sözleşme değil; hukukun konusunu da doğuran, eylemsel dayanışmaya dayanan sosyal statik fikrinde tezahür eden bir “devlet durumu” olduğu kanaatindedir.

Hauriou’ya göre, devlet, tıpkı hukuk gibi, doğrudan bir adalet arayışındadır. Bu nedenle kendiliğinden bir hukuk durumu meydana getirir. Hauriou hukuk teorisinde bulunduğu yeri, subjektif otolimitasyon teorisi ile hak kaidesi teorisinin sınır çizgisi olarak belirler. İdarenin önceden icra ayrıcalığı, kurallar sistemine geçici çözüm istisnasını getirir. Bunun nedeni, kamu hizmetlerinin aciliyet ve süreklilik gerektirmesidir. Ancak Hauriou, geçici icra yetkisinin idareye özgü olmadığını düşünür. Yargılamalar ve yasalar için de geçici icra söz konusu olabilecektir. Üç erke ait üç tür önceden icra yetkisi vardır. Bunlar; kesin yasama gücü, kesin hüküm gücü ve idarenin kesin karar gücüdür. Esas ayırım, bu yetkilerde değil, geçici kurallar ile yerleşik kurallar arasındadır.

Hauriou’nun devlet teorisinin belirleyicisi, üç kurucu unsurdur. Bunlar toplum, hâkimiyet kudreti ve yasal ülkede direnme hakkıdır. Hauriou’nun denge arayışını devletin unsurlarında da buluruz. Buna göre, hâkimiyet kudreti ile yasal ülkede direnme hakkı, toplumda bir araya gelir ve birbirini dengeler. Hauriou düşüncesinde, hâkimiyet kudreti egemenlikle eş olmayıp, yalnızca onun bir türü olan buyurma

egemenliğini karşılar. Hâkimiyet kudretinin sınırlanmasından söz edebilmek için, egemenliğin bölünmesi gerektiğine inanan Hauriou, bireysel özgürlükleri ifade eden halka ait boyun eğme egemenliği ile anayasal statü ve yerleşik kanun olarak tezahür eden devlet fikri egemenliğini diğer egemenlik türleri olarak belirler. Hauriou, hâkimiyet kudreti teorisinde, kamu gücü ve sınırlanması düşüncesi ile paralel bir kuram ortaya koyar.

Hauriou'nun süje ile vatandaş ayrımı ve yasal ülke teorileri, "bütüncül (integral) milliyetçi" Maurras'nın elitler ve yasal ülke fikirleriyle karıştırılmaya müsaittir. Carl Schmitt Hauriou'nun, kurumun kuruluşunda rol oynayan, liderler ve elitlerden oluşan bir yönetenler ekibinin varlığını, elitizm ilkesi olarak değerlendirir. Gerçekten de Hauriou'nun, bir ılımlı yığının ve onların örnek alması gereken üstün "aşkınlık" grubunun varlığından söz etmesi, nasyonalist teorilere benzetilmesini haklı çıkarabilir. Üstelik, Hauriou'nun özveri ilkesi, yozlaşan kuruma karşı halkın tahammülünü kutsar. Ne var ki Hauriou, 1896 yılında kuramlaştırdığı bu kavramları daha sonra teorilerinden çıkarmış; dahası, 1903'te özveri yerine baskıya karşı direnme hakkını kutsamış; aşkınlık yerine de halkın direnebilen kesimine değer vermiştir. Sonraki dönem eserlerinde, hâkimiyet kudretinin ve kamu gücünün sınırlanması gereği de özellikle nettir. Ancak Hauriou'nun, 1896 fikirlerinden açıkça geri dönmek yerine onları yok saymayı tercih etmesi, o fikir ve kavramlar nedeniyle teorisine yönelen sert eleştirilerin son bulmasını engellemiştir. Yine de belirtmek gerekir ki, Hauriou'nun eserlerinde, açıkça ayrımcı nasyonalist olarak nitelendirilmesine dayanak olabilecek fikirlere rastlanmaz. Benzer eleştiriler, çoğunlukla, Hauriou'nun erken dönem çalışmalarındaki "aşkınlık" gibi özünde temelsiz ve arkasında durulmamış fikirlere; esasında direnme hakkını içermesine rağmen Maurras ile terminolojik birliğe sahip olan "yasal ülke" kavramı gibi yanlış anlaşılabilir terimlere ve en nihayetinde, bilinen muhafazakâr ideoloji kimliğine dayanır.

Hauriou, neredeyse hiçbir zaman teorik bir tartışmada radikal bir kutupta yer almadığından, Hauriou'nun yöntemini doğru analiz eden teorisyenler, kendi fikirlerine dayanak olarak Hauriou kuramlarını yorumlayarak kullanabilmişlerdir. Carl Schmitt, Hauriou metodunu, belki de en iyi çözümleyen isim olmuştur. Hauriou ekolünden sayılan isimler dahi, Hauriou'nun yönteminde başlangıç noktasını dinsel ya da sosyolojik bir bakış açısı olarak ele aldıkları için yöntemini bir bütünsellikle ortaya koymamışlardır. Schmitt ise, Hauriou'nun devlet fikrinin de kurum fikrinin de idare hukuku temelleri olduğunu layıkıyla tespit etmiştir. Aynı analiz yeteneğine, Türkiye'de, Sıddık Sami Onar'ın Hauriou incelemesinde rastlanır. Nihayetinde, Hauriou'nun "devlet fikri", Schmitt eserlerinde dışlayıcı Führer ideolojisinin, Onar eserlerinde ise Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi'nin birleştirici ve bütünlleştirici ideolojisinin başarı sebebi olarak görülmüştür. İki isim de Hauriou'nun metodunu çok iyi analiz ettiği için, aynı kavramı iki karşıt harekete dayanak göstermelerine karşın, iki ismin de bu sonuçlara varan muhakemeleri doğru görünür.

Hauriou'nun kurum teorisi, genel kamu hukuku doktrininde önemli bir yer işgal eder. Kurum teorisini, Hauriou'nun, 1896 tarihli fikirleriyle düşünmek, teorisinin, 1925 yılında sistemli bütünlüğüne kavuşan ve 1896 düşüncesinin eleştirilere hedef olan kavramlarından tamamıyla arınmış hâline haksızlık olacaktır. 1925 tarihli makalesinde Hauriou, kurum teorisini, kurumun objektif bireysellik ve subjektif kişiliği aşamalarıyla ve unsurları olan eser fikri, örgütlü güç ve birliğe katılma tezahürleri ile ortaya koyar.

Hauriou düşüncesinin çokça eleştirilen bir kuramı da adalet karşısında yer alan sosyal düzen fikridir. Hauriou'ya göre devlet, sosyal düzenden doğmuştur. Sosyal düzen, eleştirilen diğer kavramlardan farklı olarak, Hauriou'nun kapsamlı olarak ele aldığı ve son dönemlerinde de sahip çıktığı bir kavramdır. Sosyal düzen, kurumun dirimsel niteliği gereği başka biçimde kontrol edilemeyen devingenliği kontrol edebilmek amacı taşır. Hauriou'ya göre, sosyal düzen, devlet durumunun gerektirdiği bir istikrar ihtiyacını karşılar. Sosyal düzenin, adalete nazaran önceliği ise, sosyal düzenin asgari yaşam koşulu, adaletin ise bir lüks olmasından ileri gelir. Adalet, bir durağanlıkta, “daha iyi”ye olan devingen nitelikli istektir. Sosyal düzen ise ani bir tehlikeye karşı stabil ve statik bir hâli sağlamaktır. Öncelik nedeni yalnızca budur. Dolayısıyla bu öncelik, bir hiyerarşi değildir.

Hauriou'nun denge anlayışının bir tezahürüne de “kurum olarak devlet” düşüncesinde rastlanır. Kurum olarak devlet, Hauriou'da, bir dengeler sistemidir. Sistemin ilk dengesi, erkler ayrılığıdır. Hauriou, Montesquieu'nün erkler ayrılığının yanlış yorumlardan arındırılması ve güncellenmesi gerektiğine inanır. Ayrıca fonksiyon ayrılığı ile karıştırılmamalıdır. Bu düşünceyle yeniden ele aldığı erkler ayrılığı, Aristoteles ve Rousseau'nun teorileriyle de benzer özellikler gösterir. Hauriou'ya göre üç erk; yürütme erki, müzakere erki ve oy erkidir. Bu sıralama bir hiyerarşik sıralamadır. Hauriou'ya göre yürütme erkinin ilk sırada olma nedeni kararların “icraîlik” niteliğinin önemidir. Hauriou'nun erklerin hiyerarşisi fikri, böylece, idare hukukundan doğrudan izler taşır. Ayrılan erkler bir yandan iş birliği içinde bulunabilirken, öte yandan bir fren ve denge mekanizması teşkil ederler. Denge sisteminin son tezahürü, objektif güçler dengesidir. Hauriou, objektif otolimitasyon teorisiyle, kamu gücüne ilişkin birikimi üzerine bir genel kamu hukuku kuramı inşa eder.

Sonuç olarak, Maurice Hauriou düşüncesinde idare hukuku için genel kamu hukukunun, genel kamu hukuku için de idare hukukunun olmazsa olmaz olduğu neticesine varılmıştır. Dahası, idare hukuku ile genel kamu hukuku arasındaki ilişkinin, Hauriou'nun kamu hukukuna dair her fikir ve kuramına temel oluşturduğu nihayetine varılmıştır.

GİRİŞ

Jean Claude Eugène Maurice Hauriou, 17 Ağustos 1856'da Charente, Ladiville'de doğmuş, Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, 1876'da "Roma Hukukunda ve Fransız Hukukunda Vade (*Du terme, en droit romain et en droit français*)" üzerine lisans tezini yazmış ve lisans derecesini almış, Temmuz 1879'da savunduğu "Condictio Üzerine Çalışma. Fransız Hukukunda Eşler Arasında İvazlı Sözleşmeler (*Étude sur la conditio. Des contrats à titre onéreux entre époux en droit français*)" başlıklı doktora tezi ile doktora derecesine sahip olmuş; son araştırma derecesi veren agregasyon sınavında, 1880 ve 1881'de iki defa başarısız olmuş¹, Roma hukuku ve medeni hukuk alanında yapılan² 1882'deki sınavda ise birinci olmuştur. Fransız kamu hukuku teorisyenleri arasındaki ilk büyük rekabetlerden olarak "büyük yarışma" olarak anılan bu sınavda Émile Chénon ikinci, Léon Duguit altıncı, Léon Michoud on beşinci, Jean Brissaud on altıncı olmuştur.³ Maurice Hauriou, nihayetinde, 1883'te hukuk fakültesinde ders vermeye başlamıştır.

Toulouse Üniversitesinde 1883'ten itibaren Pandekt hukuku ve Fransız kamu ve özel hukuku tarihi derslerini vermiş 1887'de sonuncusu olmak üzere Roma hukuku alanında altı makale yazmıştır.⁴ 1887'de, hukuk tarihi kürsüsünden, köklü olmadığı için prestiji olmayan ve talep görmeyen idare hukuku kürsüsüne, "bir dekanın otoriter kararıyla"⁵, tabir caizse, sürülmüştür. Ancak kısa bir süre sonra, 1888'de, "kişisel bir trajedi" olarak gördüğü bu atamayla⁶ iradesi dışında görev aldığı bu alanda, kendi kürsüsüne sahip bir profesör olmuş, 1920'ye kadar idare hukuku dersleri vermiştir.

¹ Patricia Ducret, "Les agrégés de droit de 1856 à 1914", Temmuz 2005, URL: <http://rhe.ish-lyon.cnrs.fr/?q=agregdroit-list>, son erişim tarihi 15 Mart 2020.

² Stuart Jones, **The French State in Question**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 35.

³ Paul Ourliac, "Hauriou et l'histoire du droit", *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 79.

⁴ Lucien Sfez, **Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français**, doktora tezi, danışman: Jean Rivero, Université de Paris, 1964, Paris: LGDJ, 1966, s. 211.

⁵ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 29.

⁶ Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, Value Inquiry Book Series (VIBS) n° 218, Amsterdam-New York: Rodopi, 2010, s. 1.

Hauriou'nun idare hukuku alanını kabullenmesi ise Fransız Danıştayının 13 Aralık 1889 tarihli Cadot kararı⁷ hakkında yazdığı bir içtihat notu⁸ ile gerçekleşmiştir.⁹

İdare hukuku kürsüsünde göreve devam ederken ayrıca, 1891-1892 karşılaştırmalı medeni hukuk mevzuatı, 1894-1895 kamu hukuku, 1895-1918, 1919-1920 idare hukuku, 1899-1901 sosyal bilim, 1920-1926 anayasa hukuku, 1920'den itibaren kamu hukukunun prensipleri¹⁰ derslerini vermiştir. 1906'da Toulouse'da Hukuk Fakültesi Dekanı olarak bugün Toulouse Ekolü olarak bilinen düşünce akımının lider teorisyeni olmuştur. 1920'de anayasa hukuku kürsüsüne atanmış, vefatından üç yıl öncesine, 1926'ya kadar anayasa hukuku kürsüsünde kalmış ve dekanlık görevini sürdürmüştür. 1892'de “Précis de droit administratif (İdare Hukuku İncelemesi)” kitabının, 1923'te ise “Précis de droit constitutionnel (Anayasa Hukuku İncelemesi)” kitabının ilk baskılarını yayımlamasının kuşkusuz, görev tarihleriyle doğrudan bağlantısı vardır.

Maurice Hauriou, hukuk alanında, diğer disiplinleri görmezden gelecek denli keskin çizgilerle uzmanlıklara ayrılmanın henüz sürecini tamamlamadığı bir dönemde başladığı kariyerine¹¹, bu sayede özel hukuk çalışmaları ile başlayıp kamu hukukunda uzmanlaşarak devam edebilmiş ve ömrünün sonuna dek ulusal kamu hukukunun her alanında, Fransız öğretisinin en değerli çalışmaları arasında yer alan eserlerini üretmiştir. Hauriou, idare hukukunda dekanlığını yaptığı fakültenin ismiyle anılan düşünce sisteminin, Toulouse ekolünün kurucu ismi ve modern idare hukukunun kurucu isimlerinden olan Hauriou, genel kamu hukukunun temel taşlarını inşa eden isimler arasında da yer alır.

Akademik kariyerinin başlangıcını teşkil eden hukuk tarihi ve Roma hukuku birikiminin kuşkusuz hukuk doktrininin temelini oluşturduğu Hauriou; her ne kadar Lucien Siorat, “bir Maurice Hauriou sosyolojisinin varlığını rasyonel olarak

⁷ CE, “Cadot”, 13 Aralık 1889, n° 66145, **Rec.**, ss. 1148-1154.

⁸ Maurice Hauriou, “Affaire Cadot”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 : D'après les “Notes d'arrêts” du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, 3 cilt, Paris: Sirey, 1929 (yeniden basım : 1931), C. 2 içinde, ss. 424-441.

⁹ Maurice Hauriou, **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**, C. 1, s. vii.

¹⁰ Catherine Fillon (dir.), “Hauriou, Maurice, Jean, Claude, Eugène”, Siprojuris: Système d'information des professeurs de droit (1804-1950), URL: <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56873>, son erişim tarihi: 15 Mart 2020.

¹¹ Gabriel Marty, “La théorie de l'institution”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 29.

göstermenin mümkün olmadığını” ifade etse de¹², Muvaffak Akbay’ın, zamanın “en büyük sosyologlarından ve hukukçularından” olarak tanıttığı¹³, Hâmede Topçuoğlu’nun, Fransız kamu hukukunda sosyolojik kavram ve sistemleri kuran bir isim olarak saydığı¹⁴, Georges Gurvitch’in, 20. yüzyılın başında idare hukukunun sosyolojiye açılmasının, onun katkılarıyla mümkün olduğunu¹⁵ ve hukuk sosyolojisi ile hukuk felsefesi arasında kurum kavramı ile bir bağ kurduğunu¹⁶ düşünerek, hukuk sosyolojisinde öncü olarak gördüğü, Roland Maspétiol tarafından hukuk için sosyolojinin gereği fikrine önemli katkılarda bulunduğu kabul edilen¹⁷ bir sosyologdur.

Hauriou, ayrıca, Joseph Barthelemy ve Georges Vedel gibi büyük anayasa hukukçularını etkilemiş olan¹⁸ ve Carl Schmitt’in, Adhémar Esmein ve Léon Duguit ile birlikte “büyük anayasa hukukçularından”¹⁹ olarak gördüğü; Nicholas S. Timasheff’in, temel kuramlarının arka planında Thomasçı felsefe olan bir sosyal düşünceye dayandığını ifade ederek, döneminin “önde gelen hukuk filozofu” olarak nitelediği²⁰ ve Christopher Berry Gray’e göre esas rolü hukuk felsefesinde olan²¹; devletler arası hukuk, kamu hukuku disiplinleri arasında fikirlerini en az bildiğimiz disiplin olmasına karşın, Pierre Vellas tarafından, vefatından sonra devletler arası kamu hukukuyla buluştuğu ve özellikle 1945’ten itibaren devletler arası hukukun, analizlerini, düşüncelerini ve tutumlarını doğruladığı²² ifade edilen, disiplinler üstü bir teorisyendir.

¹² Lucien Siorat, “La sociologie du Doyen Maurice Hauriou”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 47.

¹³ Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, n° 157, dördüncü baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 423.

¹⁴ Hâmede Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, n° 174, üçüncü baskı, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1969, C. 1, s. 70.

¹⁵ Mathieu Doat, “Georges Gurvitch et le droit administratif”, **Droit et société**, n° 94, S. 3, 2016, s.538.

¹⁶ Georges Gurvitch, “Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları-II : Duguit, Levy ve Hauriou”, Fransızcadan Türkçeye çev. Hâmede Topçuoğlu, **AÜHFD**, C. 8, S. 1-2, 1951, s. 718.

¹⁷ Roland Maspétiol, “L’idée d’État chez Maurice Hauriou”, **Archives de philosophie du droit**, C. 13, 1968, s. 265.

¹⁸ Norbert Foulquier, “Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)”, *Nader Hakim et Fabrice Melleray, Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle* içinde, Paris: Dalloz, 2009, s. 281.

¹⁹ Carl Schmitt, “The Plight of European Jurisprudence”, **Telos**, n° 83, New York: Telos Press Publishing, 1990, s. 52.

²⁰ Nicholas S. Timasheff, “The Sociological Theories of the French Institutionalists”, **Thought (Fordham University Quarterly)**, n° 21, S. 3, Eylül 1946, s. 493.

²¹ Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, s. 1.

²² Pierre Vellas, “La rencontre posthume du Doyen Maurice Hauriou et du Droit International public”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 229.

Çeşitli disiplinlerin yanı sıra, zaman zaman farklı ve hatta bağdaşmaz görünen düşünceleri de harmanlayan Hauriou'nun dâhil olduğu yaklaşımı Vedel, “metodolojik senkretizm” ve “konunun küreselleşmesi” kavramları üzerinden inceler.²³ Maurice Hauriou'nun yöntem ve fikirlerinin açıklanmasında tekçi ve/veya tek yönlü bir bakışın yeterli olmayacağı açıktır. Hauriou'nun yaklaşımı, gerçekten de, farklı teoriler içinde bir orta yol arama eğiliminden ziyade; ancak, zıt, çelişkili ya da tamamen uyumsuz görünen teorileri birleştiren bir senkretizm felsefesi ile açıklanabilir.

Albert Brimo, Hauriou'nun çelişkilere yakınlığını, gelenekçi-yenilikçi duruşuna bağlar.²⁴ Hauriou, gelenekçi bir ideolojiye sahip olsa da yeni bir fikri hiçbir zaman yeni ve alışılmadık olmasından dolayı reddetmemiştir. Hauriou'nun muhafazakârlığı bağnazlıktan çok uzaktır. Kamu gücü doktrinini savunurken, her zaman rasyonel ve güncel değişimlere adaptasyon çabasında olmuş, geleneksel anlayışın dışına çıkmaktan hiçbir zaman kaçınmamış, geleneksele yöneltilen eleştirilere -sert ya da rahatsız edici olsalar dahi- değer vermiş, yanıtlamış ve fakat her zaman karşı soruları da olmuştur. Hauriou'nun muhafazakârlığında “muhafaza”, kavramları ve kurumları dogmalar olarak kabul edilip sandıklara saklamak değildir. Güncellemeden, geliştirmeden saklamak, korumak değil, çürümeye terk etmek demektir. Oysa Hauriou'ya göre: “Muhafaza etmek için, ilerlemek gerekir; devrimleri önlemek için, reformlar yapmak gerekir”.²⁵ Hauriou'nun muhafazakârlığını dinamikliği nedeniyle “paradoksal” bulan bir değerlendirmeye²⁶ katılmamak elde değildir. Ne var ki, Hauriou'nun, dönemsel tandansları değiştirecek denli güçlü ilerlemelere öncül olabilmesinin nedeni tam da bu paradokstur. En nihayetinde, hangi disiplin içerisinde ve hangi perspektiften bakılırsa bakılsın, Hauriou'nun, yaşayan, gelişen, dönüşen, diyalektik yöntemden faydalanan teoriler geliştirdiği görülecektir.

²³ Georges Vedel, “Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique”, *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, C. XVI, f. 2, 1968 ; Gabriel Marty ve Albert Brimo, *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 97.

²⁴ Albert Brimo, “La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 63.

²⁵ Maurice Hauriou, “Affaire Terrier”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 460.

²⁶ Carlos Miguel Herrera, *Droit et gauche: pour une identification*, Québec: Dikè-Presses Université Laval, 2003, s. 61.

Buna karşın, Duguit, Hauriou'nun teorilerinde, erk sahiplerinin keyfî uygulamalarının meşrulaştırılmasına dayanak yapılma tehlikesi görür. Esasında Hauriou'nun ne hedefi ne de fikirleri bu yolu açar. Ne var ki tarih, Duguit'nin eleştirilerinin haklı yönünü ortaya koymuştur. Alman doktrininde yorumlanmasıyla ve özellikle Carl Schmitt, nasyonal sosyalizmin teorik temellerinden sayılan doktrinine Hauriou'nun fikirlerini dayanak gösterdikten sonra, Hauriou, "Nazi Reich'in dedesi" olarak anılmaya başlamıştır.²⁷ Wolfgang Friedmann, Hauriou'nun yol gösterici fikir kavramının, "Gierke'in organik teorisi ve Duguit'nin sosyal dayanışma ilkesi gibi", faşist teorinin kullanmasına uygun olduğunu düşünür. Çünkü, bu kuramlarda bireyin, kendisinden daha üstün bir şeye hizmeti fikri vardır ve bu fikir, yazara göre nasyonal sosyalist düşüncenin emek anlayışına yakındır.²⁸ Norbert Foulquier, Hauriou'nun, "otoritarizm ve hatta nasyonal sosyalizm teorisini" olarak bilinmesinin sebebi olan teorisyenlerin onu anlamadıklarını, Hauriou'nun, aslında, kendi nitelemesiyle "muhafazakâr liberal" ve aynı zamanda, "sosyal barış arayışında" bir teorisyen ve döneminin dogmalarına karşı inşa ettiği kavramlarla, "kendisinin tercih etmeyeceği" bir tabirle, "devrimci" olduğunu ifade eder.²⁹

Hauriou, döneminde ve sonrasında düşünce akımları yaratmış, Fransa dışında da derin doktrin tartışmalarına neden olmuş ve sayısız araştırmaya konu temin etmiş ve/veya bizzat konu olmuştur. Vefatından sonra ise, hukuk dünyasında kalıcılığıyla, sadece yer bakımından değil, zaman bakımından da sınırları aşan bir teorisyen olduğu anlaşılmıştır. Norbert Foulquier, Hauriou'nun 20. yüzyıl Fransız hukukçuları tarafından bir "klasik" olarak kabul edildiğini söylerken³⁰, Marcel Waline'e göre de Hauriou, "fikirler tarihinde Karl Marx kadar önemli"dir.³¹

²⁷ Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, s. 34.

²⁸ Wolfgang Friedmann, **Legal Theory**, beşinci baskı, New York : Columbia University Press, 1967, s. 241.

²⁹ Norbert Foulquier, "Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)", s. 281.

³⁰ Norbert Foulquier, "Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)", s. 281.

³¹ Marcel Waline, "Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou", **L'Année politique française et étrangère**, n° 17, Paris: Librairie Universitaire J. Gamber, Mart 1930, s. 57.

Türkiye’de, Sıddık Sami Onar’ın bir konferansı³² ve Tarık Zafer Tunaya’nın doktora çalışması vesilesiyle³³ teoriye hasrettikleri eserleri başta olmak üzere, Hauriou’nun kurum teorisini ele alan çalışmalar vardır. Kurum teorisi incelemeleri kadar sistematik olmamakla birlikte daha yaygın olan, Hauriou’nun kamu gücü teorisini inceleyen birtakım çalışmalara da rastlanır. Ayrıca, rakip teorilere dair araştırmalarda, karşıtlığı ortaya koymak adına Hauriou düşüncesine yer veren çalışmalar mevcuttur. Spesifik araştırmaların ötesinde, 20. yüzyılda daha yaygın olmakla birlikte, hâlen, kapsamlı her genel kamu hukuku eseri ve özellikle her idare hukuku eserinin, Hauriou’yu, en azından kuramlarından biri ile anması beklenir. Fransız kamu hukukunun düşünce tarihi, döneminin “güzel çağ (*belle époque*)” olarak anılma sebeplerinden olan Hauriou düşüncesine değinilmeden açıklanamaz. Fransız kamu hukuku doktrinde, Hauriou’nun o konuda inşa ettiği, geniş bir hâkimiyet alanı bulmuş, çağdaşı teorisyenlerin kamu hukuku eserlerinde güncellemeler yapmalarını gerektirmiş, ilgili bir teorinin anılmayacağı bir kamu hukuku konusu bulmak güçtür. Dahası, Hauriou’nun genel kabul görmüş bir teorisinin bulunmadığı ya da Hauriou’nun kurmayı denediği sistemlere tamamen zıt bir doktrinin geliştiği görülen meselelerde dahi, hâkim teorilerin, Hauriou’nun eleştirilerine, sorularına verilen yanıtlarla gelişmiş olduğu görülür. Türkiye’de kamu hukukunun gelişim sürecini de Fransız etkilerinden, dolayısıyla da temelleri arasında Hauriou düşüncesinin de yer aldığı bir düşünce sisteminden, soyutlamak mümkün değildir.

Bu çalışma, Hauriou’nun genel kamu hukuku ile Hauriou doktrininin “kalbi” olan³⁴ idare hukuku doktrininin, iki disiplinin birbirine ne derece ihtiyaç duyduğunu ortaya koyacak biçimde, karşılıklı olarak ele almaya çalışacaktır. Hauriou’da genel kamu hukuku ile idare hukuku disiplinlerinin, diğer kamu hukuku disiplinlerine göre birbirine daha yakın durduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Yine Hauriou’nun, her ne kadar ulusal kamu hukukunun her alanında değeri yadsınamaz çalışmalar yapmışsa da, devlet teorisi ile idare hukuku alanında uzmanlığının, diğerlerine nazaran bir adım öne çıktığını söylemek mümkündür. İki disipline dair kuramlarının özellikle

³² Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, (konferans n° 66, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, 27 Nisan 1940, Ankara Halkevi), **Adliye Ceridesi**, Yıl: 32, S. 7, Ankara: Adliye Vekilliği (Yeni Cezaevi Matbaası), 1941, ss. 501-520.

³³ Tarık Zafer Tunaya, **Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri**, (doktora tezi, tez danışmanı: Charles Crozat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1946), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İsmail Akgün Matbaası), 1947.

³⁴ Jean Rivero, “Maurice Hauriou et le Droit administratif”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, s. 141.

gelişmiş bir sistematığe sahip olmasının bir sebebi de, bu iki disiplinden her birine dair fikirlerini, işine yarayacak verilerle diğer disiplinden de beslemesidir. Özellikle, devlet ile idare eden ve idare edilen ilişkilerini doğrudan ele aldığı konular bakımından, Hauriou’da, iki disiplini, biri diğerinin parametrelerinden yararlanan iki hukuk dalı olmaktan öte, ortak teoriler inşa eden gerçek bir iş birliği içinde buluruz. Hauriou’nun eserlerinde idare hukuku ile genel kamu hukuku ilişkileri, bazen daha rastlantısal bazen çok daha sistemli olarak ve zaman içinde değişen dengelerle süregitmştir.

Hauriou, ulusal nitelikteki kamu hukukunun, kamu hukuku (dar anlamda), anayasa hukuku ve idare hukuku şeklinde üç alt ayrıma sahip olduğunu söyler.³⁵ Anayasa hukukuna dair eserlerinde bu ayrımı her zaman takip etmediğine, kamu hukukunu, örneğin devletler arası kamu hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku olmak üzere üç bölüme ayırdığına³⁶ rastlanabilirse de bunun pratik ve/veya bağlamsal bir işlev kolaylığı yaratma gayesi dışında, radikal bir fikir değişikliğinin de göstergesi olduğu iddiası Hauriou sistemi ile bağdaşmaz. Geleneksel ayrımına döndüğümüzde, Hauriou’ya göre, dar anlamda kamu hukuku, bireylerin devlete karşı sahip oldukları kurallar bütünü ile ilgilidir; vatandaşların devlete karşı sahip oldukları haklar, kamu haklarıdır ve kamu hukuku, “kamunun hakları” anlamını karşılar.³⁷ Anayasa hukuku, “devletin örgütlenmesi ve haklarıyla ilgili, vatandaşların özgürlükleriyle ilişkili olduğu kabul edilen kurallar bütünü” olup, bu anlamda, bireysel özgürlüklerin garantörüdür.³⁸ İdare hukuku ise, yine devletin örgütlenmesi ve haklarıyla ilgili ve fakat kamu hizmetlerinin işleyişiyle ilişkili olduğu kabul edilen kurallar bütünüdür.³⁹

Hauriou, anayasa hukuku için ayrı bir eser oluşturmayı uygun bulmuşken, idare hukuku ile genel kamu hukukunu tek eserde toplamayı seçmiştir. Yazar öncelikle, bu tercihin, eserinin bir ders kitabı olması ve lisans öğretiminde anayasa hukukunun, diğer ikisinden farklı bir öğretim yılında okutuluyor olmasından kaynaklandığını

³⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, Paris: L. Larose et Forcel, 1893, s. xii.

³⁶ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 1.

³⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. xii.

³⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. xii.

³⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. xii.

açıklar.⁴⁰ Ancak hemen akabinde, iki branşın buluşmasının gerekliliğini ifade eder; yazara göre, dar anlamda kamu hukuku ile idare hukuku birbirine dayanır, birbirlerinin olmazsa olmaz şartıdır.⁴¹ Yazarın, birleştirilmiş iki ayrı ciltlik bir kitaptan ziyade, iki disiplinin kesiştiği noktalar ve birbirlerine göre durumlarını değerlendirdiği bir eser oluşturma gayesi, özellikle eserinin giriş ve ön bölüm gibi kısımlarında açıkça görülmektedir.

Bu eserin 1892 yılında yayımlanan ilk baskısında yazar, eserin ismini “Kamu Hukuku İle İdare Hukukunu İçeren İdare Hukuku İncelemesi” olarak belirlemiş ve eserin planında, “Genel Kamu Hukuku: Birey ve Devlet” başlıklı giriş bölümü altında, ilk bölümde devlet teorisini, ikinci bölümde bireyi ve üçüncüde birey ile devlet ilişkisini ele almış; ikinci olarak, “Kamu Hukuku ve İdare” başlığıyla, kamu hukuku ile idare hukukunun kaynak ve kurallarını dâhil ettiği ön bölüme yer vermiş ve daha sonra, “Kamu Hukuku” ve “İdare Hukuku” ayrımıyla eserinin iki ana bölümünü oluşturmuştur. Birinci ana bölümü oluşturan kamu hukuku içerisinde, kamusal haklar ile bireyin devlet karşısında sahip olduğu haklar, garantiler ve özgürlükleri ile ele almış; ikinci ana bölüm olan idare hukukunda ise, idare, idari kişiler ve idari kişilerin hakları konularını ele almış, ayrı bir bölüm olarak da idari yargıya yer vermiştir.

Bir yıl sonra yayımladığı aynı isimli kitabında ise giriş bölümünün başlığını “Devlet Teorisi” olarak belirlemiş, önceki baskı ile benzer ön bölümden önce Fransız idare hukuku formasyonunun tarihçesi ve iki disipline dair kurallar ile kaynakları konularını eklemiş, ana bölümleri ise “Kamu Hukuku” ve “İdare Hukuku” olarak korumuştur. “Genel Kamu Hukuku” yerini alan “Devlet Teorisi” bölümünde, hukuk ve sosyal bilimler bağı, devlet kavramı ve ulusal ve uluslararası organizmada devlet konularını ele almıştır.

Üçüncü baskıdan itibaren ise kitabının ismini “İdare Hukuku ve Genel Kamu Hukuku İncelemesi” olarak değiştirmiştir.⁴² İki yıl sonra “idari yönetim teorisi”yle

⁴⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, Paris: L. Larose et Forcel, 1892, s. 2.

⁴¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 2.

⁴² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, üçüncü baskı, Paris: L. Larose et Tenin, 1897.

idare hukuku ve genel kamu hukuku arasında kurduğu sağlam köprüyle birlikte⁴³, takip eden baskılar disiplinlerin daha sistemli bir ilişkisine kavuşmuştur. “İdare Hukuku ve Genel Kamu Hukuku İncelemesi” adı altında, dördüncü baskıda; “Genel Kamu Hukuku” kısmında, devlet kavramı ve devlet rejimi ile devlet rejiminde sosyal varoluşları ele almış; bu varoluşları, bireysel kamu hukuku (bireyin hak ve özgürlüklerini konu edinen), korporatif kamu hukuku veya kamu çıkarı idaresi (topluluk ve tüzel kişi haklarını konu edinen) ve son olarak dinî kamu hukuku (laik devlet ile ibadet ve kiliseyi konu edinen) başlıklarında incelemiştir. “İdare Hukuku” kısmında ise, idare hukukunun tanımı, kamu idaresi ve idari işlemler, idari kişilerin organizasyonu ve hakları ve idari yargı konularını ele almıştır. Bu yapıda bulunan kitabının ana fikrini, temel iddiasını ise, “Kamu idaresi hakların bir kullanımıdır, idarenin işlemi hakların kullanımı hakkında bir karardır.”⁴⁴ şeklinde özetlemiştir.

Beşinci baskıda Genel Kamu Hukuku’nun, daha önce “Devlet ve Devlet Rejimi” olan ilk bölümünü (bu iki konuyu yine alt başlıklarda inceleyerek) “Genel Kamu Hukuku Açısından Devlet” olarak incelemiş ve meşruluk ile idarenin ayrıcalıkları, karşılıksız imtiyazlar ile kamu gücü tarafından haklardan vazgeçilmesi konularını da kapsamlı olarak buraya dâhil etmiştir.

1906 yılında “kurum teorisi” fikirleri doğmaya başladıktan sonra⁴⁵, 1907 yılında yayımlanan altıncı baskı ile sonraki baskılarda ise kitabın içeriğinden genel kamu hukukunu çıkarırken, kitabın isminden de “genel” ifadesini çıkarmıştır.⁴⁶ Altıncı baskıda kitabın isminde bu değişikliği yapmasaydı, Hauriou’nun, “genel kamu hukuku” ifadesiyle kastettiğinin, idare hukukuna genel giriş niteliğinde bir “geniş anlamda kamu hukuku” olduğu düşünülebilirdi. Ancak, eserin yeni baskısında geniş anlamda kamu hukuku kısmı mevcut kalarak, genel kamu hukuku içeriği eserden taşınıyorken bu isim değişikliğine gitmesinden, yazarın, o tarihte “genel kamu

⁴³ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, Paris: L. Larose, 1899, ss. iii-iv.

⁴⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, Paris: L. Larose, 1900, s. v.

⁴⁵ Éric Millard, “Hauriou et la théorie de l’institution”, **Droit et société**, n° 30-31, 1995, s. 390. Ayrıca bkz. Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, **Recueil de législation de Toulouse**, n° 2, C. 11, 1906, ss. 134–182.

⁴⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, Paris: Sirey, 1907 ; yedinci baskı, 1911; sekizinci baskı, 1914; dokuzuncu baskı, 1919; onuncu baskı, 1921; on birinci baskı, 1927.

hukuku” ismiyle, dar anlamda kamu hukukunu, yani ayrı bir ana bilim dalı olarak kabul ettiğimiz anlamda genel kamu hukukunu kastettiğini anlıyoruz.

1910 yılında, yazarın, “Kamu Hukukunun İlkeleri” adını verdiği kitabının ilk baskısı gerçekleşmiştir. Kitabın ayrılmasında -ilk baskılarda birleştirilmesinde olduğu gibi- birtakım pratik faydaların da gözetildiği göz ardı edilmeksizin söylenebilir ki yazar iki disiplini tek çatı altında buluşturma fikrinden böylece uzaklaşmaya başlamıştır.

Bu değişim, Hauriou’nun fikir dünyasındaki değişimden ziyade Fransız akademik dünyasında gerçekleşen bir değişime dayanır. Alman kameral bilimler fikrine paralel bir anlayışla “siyasal bilimler”, 19. yüzyılın son çeyreğinde hukuk eğitiminde girilen krizin sonunda, hukuk fakültelerinin programına dâhil edilir.⁴⁷ 1877, 1880 ve 1884 reformlarından sonra, 30 Nisan 1895 tarihli kararname⁴⁸ ile “Siyasi ve İktisadi Bilimler” adında, Fransız hukuk tarihi, karşılaştırmalı anayasa hukuku, seçimlik olarak idare hukuku veya uluslararası kamu hukuku dersleri ile, “siyasal bilimler” ünitesinden sorumlu olunan birinci sözlü sınav programına dâhil olmak üzere, “Kamu Hukukunun Prensipleri” isimli dersi kapsayan bir doktora programı açılır.⁴⁹ Üç yıl sonra ise, 8 Ağustos 1898 tarihli kararname⁵⁰ ile idare hukuku ile uluslararası kamu hukuku zorunlu ders hâline gelirken, “Kamu Hukukunun Genel Prensipleri” adını alan ders, karşılaştırmalı anayasa hukuku dersi ile birlikte, seçimlik hâle gelir.⁵¹ 1 Ağustos 1905 tarihli kararname⁵² ile de hukuk lisans programının üçüncü yılına, özel hukuk grubunda icra yolları ile ticaret hukuku veya deniz hukuku, kamu hukuku grubunda ise mali mevzuat ile “Fransız Kamu Hukuku” isimli dersin olduğu seçimlik iki grup dâhil edilmiştir.⁵³

⁴⁷ Pierre Favre, “La constitution d’une science du politique, le déplacement de ses objets, et « l’irruption de l’histoire réelle » : première partie », **RFSP**, C. 33, n° 2, Paris: Presses de Sciences Po, Nisan 1983, s. 211.

⁴⁸ Décret du 30 avril 1895 sur la réforme de la licence et du doctorat, **JORF**, 2 Mayıs 1895, ss. 2524-2529.

⁴⁹ Pierre Favre, “La constitution d’une science du politique, le déplacement de ses objets, et « l’irruption de l’histoire réelle » : première partie », s. 211.

⁵⁰ Décret du 8 août 1898 modifiant le décret du 30 avril 1895 sur le doctorat, **JORF**, 11 Ağustos 1898, s. 4988.

⁵¹ Pierre Favre, “La constitution d’une science du politique, le déplacement de ses objets, et « l’irruption de l’histoire réelle » : première partie », s. 212.

⁵² Décrets du 1er août 1905 relatif à la réforme de la licence, **JORF**, 3 Ağustos 1905, s. 4750-4753.

⁵³ Guillaume Richard, **Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République**, doktora tezi, tez danışmanları: Jean-Louis Halpérin ve Éric Millard, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, savunma tarihi: 3 Aralık 2013, s. 139.

Hauriou, “Kamu Hukukunun İlkeleri” kitabının, lisans programlarına alınan ve yazara göre, doktora programına alınan ders gibi, “devlet teorisinden ibaret”⁵⁴ olan yeni dersin ders kitabı ihtiyacına cevap olduğunu söyler.⁵⁵ Bu yeni dersle birlikte, anayasa hukukçuları da eserlerine devlet konusunu dâhil etmeye başlarlar. Rukiye Akkaya Kia bu durumu eleştirerek, her ne kadar anayasa hukuku ile yakın bir bağı olsa da Fransa’da bağımsız bir disiplin olan kamu hukukunun anayasa hukuku içerisinde ele alınması geleneğinin başlamasının yanlış olduğunu ifade eder.⁵⁶ Ders içerikleri dersin hocaları tarafından özgürce belirlendiğinden, o dönemde Fransa’da kamu hukuku dersleri, geniş anlamda kamu hukukunun çeşitli konularının harmanlanmasıyla oluşturulan farklı içerikler hâlinde bulunmuş, diğer disiplinlerle sınırları belirgin biçimde çizilmemiştir.

Hauriou, 1910 baskısında, yeni derslerin konusunu teşkil eden devlet teorisini düzenleme gayesiyle yola çıktığını, fakat, mantıksal bir teoriden ziyade, devletin birtakım kurucu unsurlarının harmanına ulaştığını; neticede ortaya çıkanın ancak, “bir devlet teorisi için materyal koordinasyonu” olduğunu, yine de nesnel bir gözlemle yaptığı bu sentezin olumlu karşılandığını ifade eder.⁵⁷ Bu koordinasyon, yazara göre, ancak yönlendirici fikirler ve sayısız gözlemle teori hâline gelebilir.⁵⁸ Bu fikir sürecinin tamamlanması da, önemli değişiklikler içeren (yazar, bu değişiklikleri, “araştırma laboratuvarı” ismini verdiği gözlem sisteminin doğal sonucu olarak görür) ikinci baskı ile gerçekleşmiş, nihayet “pozitif bir devlet teorisi taslağı”na ulaşmıştır.⁵⁹ Her ne kadar, yazar bu eserin birinci baskısının iddiasız olduğuna dair açıklamalar yapmışsa da kamu gücüne ilişkin eleştirileri nedeniyle Duguit’yi “kürsü anarşisti” olarak nitelediği baskı da budur.⁶⁰

Hauriou, böylece, 1916 tarihli bu ikinci baskıda devlet teorisinin olgunlaştığını ve sistemli, bağımsız bir teori olarak varlığını kazandığını kabul eder. Ancak hemen

⁵⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. v.

⁵⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, birinci baskı, Paris: L. Larose et Tenin, 1910, s. 1.

⁵⁶ Rukiye Akkaya Kia, “Darülfünun’dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden, Hukuk-ı Âmme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar II”, **İÜHF**, C. 70, S. 1, 2012, s. 7.

⁵⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. v.

⁵⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, sss. v-vi.

⁵⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. vi.

⁶⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, birinci baskı, 1910, s. 79.

ardından, teoriye yeni eklemeler, vurgular yapılabileceğini; ikinci baskının önce kesilen, sonra savaş nedeniyle yavaşlayan bir baskı olduğunu, bu nedenle eserin sonunda başlangıcından ve en son yazılan giriş bölümünde de sonundan da daha fazla net iddialar bulunabileceğini ifade eder.⁶¹ Nihayetinde, Kamu Hukukunun İlkeleri kitabının 1916 baskısında, Hauriou'nun, incelemesini yedi başlık altında yaptığını görüyoruz: “Kamu Hukuku”, “Devlet Rejimi”, “İdari Rejim”, “Anayasal Rejim”, “Sendikalizm”, “Aile Kurumları”, “Devlet Rejiminin Krizleri ve Marazları”. “İdari Rejim” başlığında tanım, nitelikler, avantaj ve dezavantajlar gibi genel bir inceleme yapan yazarın, “Anayasal Rejim” başlığı altında incelemeyi tercih ettiği konu ise “egemenlik”, daha özelde, “ulusal egemenlik”tir. Böylece, yazarın, kamu hukuku kitabına anayasa hukukunu kısmen dâhil etme fikrinin, “egemenlik” gibi, genel kamu hukuku sınırından çok da çıkamayan bir konu ile sınırlı kaldığına tanık oluyoruz. Oysa idare hukuku ile genel kamu hukukuna birlikte yer verdiği her çalışmada, iki disiplinin hemen her konusunun diğeriyle uyumlu ve hatta ilişkili yönlerini doğal bir akışla ortaya serdiğini görüyoruz.

Eserlerinde genel kamu hukuku ile idare hukukunun, “görünürde birlik” olarak ifade edebileceğimiz bu yakınlığının ötesinde, Hauriou'nun genel doktrini ve teorileri incelendiğinde, yazarın, iki disiplin arasında, bu görünümünden çok daha köklü bir “gerçek birlik” kurduğu anlaşılır. Bu çalışmanın bütününde, bu gerçek birlik, teorisinin doktrininin temelini teşkil eden, birlikte kuvvetli bir sistem meydana getiren bir mekanizmanın hayati organları olan, zaman ve sınırdan bağımsız yankılar uyandırmış seçili teorileri üzerinden incelenerek; Hauriou doktrininin düşünsel arka planının, iki disiplinin birbirlerine göre durumu üzerinden, ortaya konulması hedeflenmiştir.

Hauriou'nun sisteminde, idare hukukunun temel kavramları, genellikle, genel kamu hukukunda vücut bulan, genel kamu hukukundan beslenen ve sonra aktararak idare hukukunda sonuçlarını doğuran kavramlardır. Bu çalışmanın birinci bölümünde, Hauriou'nun idare hukuku doktrininde, genel kamu hukuku anlayışının etkileri ele alınacaktır. Hauriou'nun temel kuramlarından devlet idari kişiliği ile kamu gücü teorisi, bu anlamda, genel kamu hukuku bakımından incelenecektir. Diğer taraftan, Hauriou'nun genel kamu hukukuna esas olan kuramları da, çoğunlukla, yazarın idare

⁶¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. vi.

hukuku penceresinden, bir idare hukuku profesörünün perspektifinden yapılan muhakemelere dayanır. İkinci bölümde, Hauriou'nun genel kamu hukuku fikirlerinde, idare hukuku bakış açısının etkileri araştırılmaktadır. Bu bağlamda, Hauriou'nun devlet tanımı ve kurum teorisi, idare hukuku bakış açısıyla incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM:

MAURICE HAURIOU’NUN İDARE HUKUKU ÖĞRETİSİNDE GENEL KAMU HUKUKUNUN YERİ

Hauriou’nun idare hukuku doktrini, genel kamu hukuku temeli üzerine inşa edilmiştir. İdare hukukunun temel kavramlarını, Hauriou, genel kamu hukuku kavramlarıyla eşleştirerek ya da farklarını ortaya koyarak ve bazen de bu kavramları, genel kamu hukuku kuramlarının içinde değerlendirerek ele alır. İdare hukukunun yalnız ilkesel alanında değil, idari yargılama alanında dahi, genel kamu hukukunun verilerinden yararlanır. Bu durum, Hauriou’da, disiplinler arası bir iş birliği olmaktan ötede, bir tür birbirine muhtaçlık hâlidir. Çalışmanın bu bölümünde, idare hukukunun en temel, kurucu teorilerinden ikisi olan devlet idari kişiliği ile kamu gücü teorisi, Hauriou’nun genel kamu hukukunun kavram ve kuramlarıyla inşa ettiği noktadan ele alınmaktadır.

Hauriou’nun idare hukuku düşüncesini büyük ölçüde ortaya koymaya yetecek önemde olan iki teoriden ilki; idare hukukunda “kamu tüzel kişiliği” ve “devlet (kamu) tüzel kişiliği” kavramlarıyla aktif ve önemli rolü bulunan devlet kişiliğidir. Bu kavram, pratik değerini ve sonuçlarını, idare hukukunda göstermekte; kuramsal safhası ise büyük ölçüde genel kamu hukukunun inceleme alanında yer almaktadır. Bu kavramın idare hukukunda kendisine ayrı ve özel bir inceleme alanı ayrılması eğilimi giderek azalmaktadır. (I)

İkincisi ise, idare hukukunun belki de en büyük tartışmasına taraf olmuş, yankıları hâlâ süren ve idare hukuku doktrininde, yalnız teori olarak değil, tarihsel önemiyle de yer alan kamu gücüdür. Ne var ki, bu kavramın çağdaş konseptinden farklı olduğu düşünüldüğü için özüne çok nadiren inilmiştir. Bu nedenle de genel kamu hukuku membasına pek ulaşılammıştır. (II)

I. Devlet İdari Hukuki Kişiliğinin⁶² Genel Kamu Hukukunda İnşası

İdare hukukunun, temelini genel kamu hukukunda bulan önemli konularından biri devletin kişiliğidir. İdare hukuku, devletin ya da idarenin kişiliğinin kökeni ile ilgilenmez. İdare hukukunda hukuki ilişkilerin, idari ilişkilerin temeli olan devlet kişiliği, kamu tüzel kişiliğinin genel tanım, unsur ve şartları dışında inceleme alanı bulmaz. Çeşitli idari kişiler, son yıllarda özellikle idari kişiliği tartışmalı kurumlar üzerinden, idari kişilik kavramı zaman zaman tartışmaya açılır. Ne var ki bu tartışmaların ulaştığı, “kamu kişiliği nedir?” sorusu dahi, devlet kamu kişiliğini tartışmaya açmakta yeterli olmaz. Devlet kişiliği, idare hukukunda, tartışmasız ve sorgulanmaz bir yer edinmiş görünür.

Oysa genel kamu hukukunda devletin kişiliği, yıllardır ve hâlen en hararetle tartışmaların odağındadır. Devletin kişiliği mefhumu, genel kamu hukukunun olmazsa olmaz konularından biridir. Genel kamu hukuku, bu kişiliği, birçok açıdan tartışır ve esaslı sonuçlara ulaşır. Tarih boyunca da idare hukuku, kuramsal boyutla ilgilenmeksizin, bu sonuçların idare hukukunu ilgilendiren kısımlarını alıp, uygulamaya aktarmıştır. Çünkü devletin kişiliği doktrininin sonuçlarıyla, idare hukukunun her alanı ilgilidir. Devletin kişiliği tanınmadan ve tanımlanmadan, bir idare hukukundan söz etmek de mümkün olmayacaktır. İdare hukukunun esas süjesi olan devleti, böylece, bir anlamda, genel kamu hukuku içinde tohumundan yeşertip idare hukukunun toprağına ekmek gerekir.

Hauriou ise, bir idare hukuku profesörü olarak, devletin kişiliği ile yakından, bu doktrinin öncü teorisyenlerinden sayılacak ölçüde ilgilenmiştir. Hauriou’nun devletin kişiliği teorisini oluştururken genel kamu hukuku verilerinden yararlanması, kamu gücü teorisinde bu verilerden yararlanmasından daha olağan ve genel eğilimle paralel bir yaklaşımdır. Hauriou’nun farkı, devletin kişiliğini, özellikle, idare hukukuna hizmet edecek bir kavram olarak, genel kamu hukukuna dayanan bir idare hukuku kavramı olarak, incelemesidir. Zira devletin kişi olarak kabulü hâlinde hakları olacağını ve bu hakların kullanımının idare hukukunda farklı sonuçlarla cereyan

⁶² “Devlet idari hukuki kişiliği” ifadesi, Hauriou’nun devlet kişiliği için tercih ettiği ifadelerden biridir. Bu kullanım için bkz. Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, Paris: L. Larose, 1903, s. 192.

edeceğinin bilinciyle hareket eder. Bu anlamda, Hauriou'nun incelediği, her şeyden önce, “en önemli idari kişi” olan devlettir. İnceleme yöntemi ise, devletin kişiliğinin, genel kamu hukukunda ele alındığı biçimdedir; başlı başına bir genel kamu hukuku incelemesidir.

Devletin kişiliği hakkında en önemli ve öncelikli mesele, devlete uygulanabilecek bir kamu kişiliğinin var olup olmadığına ilişkindir. Subjektif kişilik kuramı ile başlayan kamu hukukunda kişiliğin mevcudiyeti tartışması, teorik olarak böyle bir kişiliğin kabulü hâlinde dahi, pratik yaşamı kolaylaştıracak hipotetik bir kavram olarak mı, yoksa doğada, maddi dünyada mevcut bir gerçekliği karşılayan bir olgu olarak mı kabul edildiği noktasında sürer. Nihai bir ortak karara varılmamasının bir nedeni de her disiplinin kamu kişiliğine ve özellikle de devlet kişiliğine ayrı pencereden bakmasıdır. (1)

Devlet kişiliğinin varlığını ve gerçekliğini kabul ettiğimizde, incelenme ihtiyacı barındıran bir diğer mesele, bu kişiliğin varoluş sürecidir. Hauriou'nun bu varoluşu ortaya koyan devletin kişiliği teorisi, kurum teorisinin ve Hauriou'nun devlet düşüncesinin de temeli olacak bir düalizm ortaya koyar. Hauriou'nun objektif ile subjektif yaklaşımı buluşturan kuramı böylece hem objektivist hem de subjektivist teorisyenlerin eleştiri odağı olmuştur. Ancak nihayetinde, sistemli bir varoluş mekanizmasıyla, devlet, tanımlanan sürecin sonunda kendine özel idari hukuki kişiliğine kavuşur. (2)

1. Devletin Kişiliğinin İzafi Varlığı

Devletin kişiliğinin varlığı her daim tartışılmış ve bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkan fikirler birçok yeni kurama sebep olmuş, birçok soruna çözüm önermiş olmasına karşın, temel soruya verilen farklı yanıtlar, nihai bir uzlaşmaya hiçbir zaman varmamıştır. Bir kamu hukuku kişiliğinden söz edilip edilemeyeceğine dair ontolojik tartışmalar (A), bir tür kamu kişiliğinin varlığının kabulü hâlinde, bu manevi kişiliğin, bireyin gerçek kişiliği gibi doğal, fizyolojik bir gerçekliğe karşılık gelip gelmeyeceğine dair nitelik tartışması (B) ve devlet kişiliğine, farklı disiplinlerde farklı değer ve anlam verilmesi (C), kamu kişiliğini ve özellikle de devlet kişiliğini sonu görünmeyen bir izafiyet içinde bırakır.

A) Kamu Hukuku Kişiliğinin Ontolojisi

19. yüzyılın ikinci yarısında, kamu hukukunun bir tıkanıklık içerisinde bulunduğu, yeni ya da yenilenmiş bir sisteme kavuşması gerektiği inancı genel kabul görmüştü. Bu inancın hâkimiyetinde, Hauriou'nun da içinde bulunduğu teorisyenlerin, lehinde veya aleyhinde kuramlar üreterek disipline önemli katkılar sunacağı bir döneme geçilmesini sağlayan öncü kuram, subjektif kişilik kuramı olmuştur. Devletin subjektif kişiliği doktrini, Alman doktrininde gelişmiş, Almanya'da özellikle 19. yüzyıl için önemli bir inceleme alanı olmuş⁶³ ve Hermann Rehm, Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek gibi teorisyenlerce savunulmuştur. Subjektif kişilik doktrininin, devletin de ötesinde, kamu hukukunun tamamı için temel bir anahtar olduğuna dair bir düşünce akımı doğmuştur.

Modern kamu hukukunun kurucularından olarak görülen⁶⁴ Gerber'in, kamu hukukunun içinde bulunduğu karışıklığa çözüm üretmek adına 1865 tarihinde önerdiği yeni sınıflandırma ilkesi⁶⁵, Fransız kamu hukuku doktrininde de geniş yankı bulmuştu. Kamu hukukunu “devlet iradesinin doktrini” olarak değerlendiren⁶⁶ Gerber'e göre devlet gücü, “kişi olarak düşünülen hükmi bir örgütlenmenin iradesinin gücü”⁶⁷ olup, yeni tanımıyla devlet, “özgür insanlar üzerinde hâkimiyet haklarının süjesidir”⁶⁸. Hauriou bu hakları, “bir yanda hâkimiyet, diğer yanda boyun eğme olan hukuki ilişkiler” olarak yorumlar.⁶⁹

⁶³ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, ikinci baskı, İstanbul: On İki Levha, yayın n° 825, Şubat 2020, s. 36.

⁶⁴ Léon Duguit, **L'État, le droit objectif et la loi positive**, Paris: Albert Fontemoing (koleksiyon: Études de droit public, n° 1), 1901, s. 511.

⁶⁵ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, **Grundzüge eines systems des Deutschen Staatsrechts**, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1865'ten aynen aktaran Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 3.

⁶⁶ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, **Grundzüge eines systems des Deutschen Staatsrechts**, üçüncü baskı, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1880, s. 4'ten aynen aktaran Jean-Charles Jobart, “La puissance de la volonté en droit public : le volontarisme juridique étatique”, *Marc Nicod (dir.), De la volonté individuelle* içinde, Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ (koleksiyon: Travaux de l'IFR), 2009, s. 115.

⁶⁷ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, **Grundzüge eines systems des Deutschen Staatsrechts**, üçüncü baskı, s. 19'dan aynen aktaran Léon Duguit, **L'État, le droit objectif et la loi positive**, s. 3

⁶⁸ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**, üçüncü baskıdan aynen aktaran Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 3.

⁶⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 3.

Hauriou'ya göre, Gerber'in öncülerinden olduğu, hukuki kişilik ve hukuki ilişkinin ikili temeli üzerine kurulu olan *Herrschaft* (hâkimiyet) doktrini, tüm devlet teşkilatını ve hatta kamu hukukunu, devletin, kendi yasasını, subjektif bir iradeyle kullanmasına indirgiyordu. Ancak Hauriou'ya göre, bu anlayışın kamu hukukunun dışında bıraktığı önemli bir mesele vardı, o da devletin, “tüm manevi kişiler gibi, dernekler, şirketler gibi” objektif olarak kurulmasıydı.⁷⁰ Hauriou'ya göre, devletin, (sürekli yenilendiği için varlığı boyunca sürdüğü dahi savunulabilecek) bir kuruluş süreci vardır ve bu sürecin kurumları, kamu hukuku dışında bırakılamayacak kadar önemlidir.⁷¹ Hauriou, devlet için, teşkilatının temel esasları ve iç işleyişini de en az haklarının nasıl kullanılacağı kadar mühim görür.

Hauriou, *Herrschaft* doktrininin kuramına karşılık olarak, kendi kamu hukuku tanımını yapar. Buna göre, kamu hukuku, “kamusal olanı, özgürlük ve adalet amacıyla, kurumların oluşturulması ve siyasi kurumun korporatif kişileştirilmesi yoluyla, düzenleyen” hukuk düzenidir.⁷² Hauriou, kamu hukukunun kapsamından yola çıkarak, devletin objektif kuruluşu kadar öncelikli bir diğer mesele olarak, kamu hukukunun, zaten, devletin hukuki kişiliği ile de sınırlanamayacağını ifade eder. Özel hukuktan ayrılmasında rasyonel bir temel bulunan kamu hukukuna, her şeyden önce, yönetilenler de vatandaş, seçmen ve gelecekteki yasa koyucu sıfatlarıyla, dâhildir.⁷³

Hauriou'ya göre subjektif kişilik, her bir bireye özgü olanın senteziyle, başkalarıyla ilişki yaşamını kolaylaştırmayı amaçlayan; temelinde, kendisine özgü olandan gelen objektif bir bireysellik barındıran bir hukuki teknik usulüdür. Bu usul, Cermen hukukunun kolektif eli (*gesamte hand*), Anglo-Sakson hukukunun “güvenilir kişi (*trust*)”si veya Fransız hukukunun “aracı kişi (*personne interposée*)”si gibi usullerin rakibidir.⁷⁴ Korporatif kişilik söz konusu olduğunda diğer usullerin silinmesi veya çok özel durumlarla kendini sınırlaması nedeniyle, Hauriou'ya göre, hukuki sistemin doğal olarak yöneldiği en avantajlı ilişki usulüdür.⁷⁵ Bu fikre karşı çıkan

⁷⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 4.

⁷¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 4.

⁷² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 6.

⁷³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 5.

⁷⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 62.

⁷⁵ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 62.

Gaston Jèze'e göre, "devletin tüzel kişiliği teorisi yalnızca politik bir teoridir: bir hukuk tekniği teorisi değildir".⁷⁶

Ancak Hauriou, hukuki ilişkiler teorisine, kamu hukukunda, özel hukuktaki kadar önem atfeden Gerber'in, "optik bir hatanın kurbanı" olarak yanıldığını düşünür.⁷⁷ Oysa kamu hukukunun özel hukuktan radikal farklılıklarla ayrıldığı, özel hukukta büyük önem taşıyan maddi sorumlulukların dağılımı meselesinin kamu hukukunda, idare hukukundaki yeri dışında önem arz etmediği, kamu hukukunda büyük önemi olan, kurumların işlevleri ve organik kaynakları gibi meselelerin ise özel hukukta önemsiz olduğu gibi işaretler doğru okunsaydı, Gerber'in yanılgısı gerçekleşmeyebilirdi.⁷⁸ Hauriou'nun Gerber'in teorisi hakkındaki eleştirisinde hemfikir olan Henry Berthélemy, aynı hatanın etkisini Hauriou'nun teorilerinde de bularak şaşırdığını ifade eder.⁷⁹

Gerber'in ardılı olan Laband'da baskın normatiflik⁸⁰, yeni bir sistem kuran Jellinek'te ise halk ve amaç unsurları⁸¹ teoriye dâhil edilir. Laband'a göre, toplum bir 'hukuk ilişkisi (*Rechtsverhaeltniss*)' iken, devlet, "organize bir birim" ve bir hukuki kişi olarak, -üyeleri ile arasında hukuki ilişkiler olmakla birlikte- hukuki ilişki değil, 'hukuk süjesi (*Rechtssubject*)'dir.⁸² Jellinek'e göre, devletin süjesiz olması mümkün olmayıp, bu süje devleti yöneten kişilerdir.⁸³ Organlar ise Jellinek'te kurucu rol üstlenir, hukuki temellere dayanan dolaysız organların oluşumu devletin kurulmasında gereklidir.⁸⁴ Duguit, Jellinek'in, organları olmayan devleti "hukuki hiçlik"⁸⁵ olarak nitelendirmesini "itiraf" addeder; devlet kişi olarak var olabilmek için organlara

⁷⁶ Gaston Jèze, **Les principes généraux du droit administratif : La technique juridique du droit public français**, C. 1, Paris: Dalloz, 2005, s. 23. Ayrıca ünlü "Bir tüzel kişiyle hiç yemek yemedim." (*Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale.*) sözü de Gaston Jèze'e atfedilir (Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, **Droit Administratif**, yedinci baskı, Paris: Montchrestien, Lextenso éditions koleksiyon: Domat droit public, 2012, s. 19).

⁷⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 4.

⁷⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 4-5.

⁷⁹ Henry Berthélemy, **Traité élémentaire de droit administratif**, yedinci baskı, Paris: Arthur Rousseau, 1913, s. 41.

⁸⁰ Rukiye Akkaya Kia, **Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, birinci baskı, Ankara: Beta, Ocak 2013, s. 104.

⁸¹ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, ikinci baskı, 2020, ss. 38-39.

⁸² Paul Laband, **Le droit public de l'Empire allemand**, Almancadan Fransızcaya çev. Camille Gandilhon Gens-d'Armes, 6 cilt, C. 1: Formation de l'Empire allemand : l'Empire et les Etats particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag, Paris: V. Giard & E. Brière, 1900, ss. 100-101.

⁸³ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, ikinci baskı, 2020, s. 118.

⁸⁴ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, ikinci baskı, 2020, s. 147.

⁸⁵ Georg Jellinek, **L'État moderne et son droit**, Almancadan Fransızcaya çev. Georges Fardis, C. 2, Paris: M. Giard et É. Brière, 1913, s. 248.

ihtiyaç duyar, zira Duguit'ye göre, “gerçekte, devletin iradesi yoktur, devlet doğası gereği hukuk süjesi değildir, bir kişi değildir”.⁸⁶ Devletin kişiliğinin kamu hukukunun varlığı için şart olduğu fikri, Duguit'ye göre, kısır döngüden ibarettir.⁸⁷

Almanya'dan kısa süre sonra Fransız kamu hukuku doktrinini etkisi altına alan ve doktrinin en önemli tartışma konularından biri hâline gelen devletin kişiliği teorisi hakkında Éric Maulin, “en önemli Fransız kamu hukukçuları, bu Alman teorilerine düşman olsalar bile, çeşitli yorumlarını tartıştılar ve ana hatlarını açıklığa kavuşturmaya çalıştılar” der.⁸⁸ Gerçekten de Hauriou, Herrschaft doktrininin “yetersizliklerine, tehlikelerine ve ekolün dogmatik niteliğine rağmen” direndiği ve yerini koruduğu fikrindedir; çünkü “sadece yeri doldurulan şey yok edilir” ve hukuki kişilik teorisinin yerine başka bir şey konulmamıştır.⁸⁹ Yeni teori, Hauriou'ya göre, kişiliğin temelini pozitif hukukta bulan bir teori olamazdı, o sadece kanunun üstünlüğünün farklı bir yorumuydu; hâlbuki “hukuk düzeni” ve “kurumların üstünlüğü” üzerine bilinenler üzerine “eski-yeni” bir teori üretilmeliydi, zira “edebiyatta olduğu gibi hukukta da klasik temalar ebedîdir, ancak zaman içinde şekilleri yenilenmelidir”.⁹⁰ Hauriou için hukuki kişilik teorisinin yerini doldurabilecek bu teori, ancak hukuki kişiliğe dayanan bir başka sınıflandırma ilkesi veya “daha iyisi, hukuki kişiliğe dayalı sınıflandırma ilkesinin objektif olarak görülebildiği” bir teori olabilirdi.⁹¹

Hauriou, kurum teorisini geliştirdiğinde, kamu hukukunda yerinin doldurulması güç olan devletin kişiliğine alternatif bir sistem arayışına girmiş olabilir mi? Duguit bu soruya olumlu cevap vererek, bu arayışı devletin kişiliği teorisinin kararsız zemininin kanıtı olarak görüyor. Hauriou'nun teorisinin kişi-devlet fikrinden sapmalar içerdiğini; subjektif anlayışın yetersizliğini Hauriou da fark ettiği için, objektif bir anlayışa dayanan kurum teorisini sistemleştirdiğini iddia ediyor.⁹² Hauriou da çabasının, “çok subjektif ve anti-liberal nitelikte olan Alman Herrschaft teorisinden

⁸⁶ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 240.

⁸⁷ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 7.

⁸⁸ Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, doktora tezi, tez danışmanı Stéphane Rials, Paris 2 Üniversitesi, savunma tarihi: 1997, Paris: PUF (koleksiyon: Léviathan), 2003, s. 143.

⁸⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 5.

⁹⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 6.

⁹¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, ss. 5-6.

⁹² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 4 cilt (sonradan 5 cilt olarak basılmıştır), C. 2 (La théorie générale de l'État), Paris: E. de Boccard, 1923, s. 38.

farklı bir devlet teorisi inşa etmek” olduğunu kabul eder.⁹³ Teorinin, salt “subjektif ve metafiziksel” bir hareket noktasına sahip olmasını yanlış bulan Hauriou, aynı teorinin “objektif ve organik” olarak savunulabileceğini ifade eder.⁹⁴ Ne var ki, Hauriou’nun bir yandan hukuki kişilik teorisini desteklerken öte yandan bu teorinin yerini alabilecek bir teori inşa etme çabası, gerçekten de, zaman zaman, düşünce sisteminin tamamen dengeli ve kararlı bir yol takip etmesini engelleyen tereddütlere ya da fikir değişikliklerine yol açmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, kurum teorisi son hâlini aldığı anda, *Herrschaft* teorisine de kişiliği salt pozitif hukuka dayandıran teorilere de güçlü bir alternatif doğmuştur.

Hauriou, 1899’da basılan eserinde⁹⁵, 1893’te “Toplumsal Gerçekliğin Unsuru Olarak Kişilik” başlığıyla yayımladığı makalesi⁹⁶ üzerinde düzeltme yapar. Düzeltmenin sebebini, makalenin ilk hâlinde manevi kişilik için subjektif bir temel aramışken, daha sonra temsil teorisinin mutlak objektiflik içerdiğini fark etmesi olarak açıklar.⁹⁷ Her ne kadar Michoud, Hauriou’nun, pek önemli bir değişiklik getirmediğini düşünse de⁹⁸, bu girişim, Hauriou’nun, subjektif bir sistem arayışı yerine, objektif unsurların dâhil olacağı bir kuram arayışına yöneldiğinin göstergesidir. Hauriou, temsil kavramının ardında derin bir sosyal gerçekliğin yattığının -başta kendisinin de yaptığı gibi- göz ardı edildiğini düşünür. Alman organik birlik kuramının da bu gözden kaçırma nedeniyle oluştuğunu savunur. Oysa organik birlik, kişiliğin unsuru değil sınırıdır ve “eğer idareciler organik bireysellik organlarıysa, aynı zamanda kişinin temsilcileridir”.⁹⁹

Hauriou’ya göre, sosyal bilimlerde dahi kişilik, felsefi subjektivizm penceresinden bakılmadığında, objektif açıdan değerlendirilebilir.¹⁰⁰ Bu değerlendirme, temsil kavramı üzerinden yapılabilecektir. Hauriou, bu düşüncenin,

⁹³ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, **Harvard Law Review**, C. 31, n° 6, Nisan 1918, s. 813.

⁹⁴ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 815.

⁹⁵ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, Paris: Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts (L. Larose & Forcel), 1899, 176 s.

⁹⁶ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, **RGDL**, n° 22, 1898, ss. 5-23; 119-140.

⁹⁷ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 144.

⁹⁸ Léon Michoud, **La théorie de la personnalité morale et son application au droit français**, birinci baskı, 2 cilt, C. 1: Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, Paris: LGDJ, 1906, s. 89.

⁹⁹ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 157.

¹⁰⁰ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 48.

skolastik hipostaz anlayışının, “tüm objelerin ve tüm varlıkların objektif olarak düşünülebileceği” fikrine karşılık geldiğini ifade eder.¹⁰¹ Bireysellik ve kişilik ayrımı, Hauriou’ya göre, organik sistem ile temsil sistemi ayrımıyla açıklanabilir. Bireysellik “varlığın organik biçimi” iken, kişilik, “varlığın temsilî biçimi”dir.¹⁰² Temsil kavramı ise, “şeylerin” ifadesi olan objektif temsil ya da “şeylere tepki verme eğilimiyle insan süjenin” ifadesi olan subjektif temsil olarak tezahür edebilir.¹⁰³

“Kişi”nin kökeni olan “*persona*” kelimesinin etimolojik olarak “maske, aktör, bir karakterin temsilcisi” gibi anlamlara geldiğini hatırlatan Hauriou¹⁰⁴, hukuki kişiliği, yüze uygulanan ama tam bir kalıbın çıkarılmadığı bir maskeye benzetir.¹⁰⁵ Bireysel hukuki kişilik, insana özdeş, onunla doğan, ilk andan itibaren var olan ve var oluş boyunca aynı, mevcut ve sağlıklı kalan, sürekli, ölümden sonra dahi haleflerle devam eden bir kişilik olarak görünür; oysa temsiller ile iradeler kesintili, değişen, çelişkili, hep aynı nesnede kalmayan, kaldıkları müddetçe de değişmeye devam eden bir gerçekliğe sahiptir.¹⁰⁶ Bu değişken doğaya hukuk, bir dizi kurgu ve tamamlayıcı hukuk kurumları sayesinde, sabit bir maske uygular.¹⁰⁷

Subjektif kişilik, böylece, Hauriou düşüncesiyle bağdaşmaz; ancak sonra gelen kişilik teorileri gibi Hauriou’nun kişilik teorisi de bu düşünceye hak verdiği ve hak vermediği noktalar üzerinden şekillenir. Hauriou, böylece, öncelikle kamu hukukunun bir bütün olarak hükmi bir kişinin iradesinin doktrini olmaktan ibaret olamayacağı düşüncesiyle bu teoriden ayrılır. Daha sonra ise, kişiliğin objektif bir kuruluşu olduğu ve bu kuruluş ile ona bağlı kurumların kişilik dışında bırakılamayacağı noktasında farklı bir düşünce geliştirir. En nihayetinde, kişiliğin ancak temsil kavramıyla açıklanabileceğini ve temsil kavramının mutlak bir objektifliğe dayandığı fikriyle ayrılır.

Ancak kabul etmek gerekir ki, Hauriou’nun devletin kişiliği teorisinin subjektif temelinde *Herrschaft* doktrininin fikirlerinin etkisi büyüktür. Kamu hukukunu başlı

¹⁰¹ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 48.

¹⁰² Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 48.

¹⁰³ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 45.

¹⁰⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 192.

¹⁰⁵ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 148.

¹⁰⁶ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, ss. 148-149.

¹⁰⁷ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 149.

başına bir kişilik ya da irade doktrini olarak görmese de Hauriou, kamu hukukunun en önemli kurumu olan devletin kişiliğinin varlığını kesin olarak kabul eder ve bu kişiliğin bir yönü, yazarın objektivizme en çok yaklaştığı dönemlerde dahi, subjektif kalır.

Devletin kişiliği, sonuç olarak, uygulamada bu kişiliğin fonksiyonu ve yadsınamaz faydası karşısında, genel kabul görmektedir. Ancak devletin kişiliğinin varlığının belirlenmesiyle, doktrinde çok daha girift bir tartışmaya kapı açılır. Tartışma, bu kişiliğin, tümüyle insan ürünü olan farazi bir tanımaya mı, yoksa sosyal gerçeklikte karşılığı olan doğal bir varlığın kabul edilmesine mi dayandığı sorusu üzerine yoğunlaşır.

B) Devlet Manevi Kişiliğinin Fizyolojisi

Devletin kişiliği meselesinin, devletin bir kişi olarak hareket edip etmediği tartışmasının yanında, yol açtığı bir diğer tartışma da devletin kişi olarak hareket ettiği kabul edildiği takdirde, bu kişiliğin bir toplumsal gerçeklik ya da bir birlik olarak mı, yoksa bir hukuki varsayım, bir kurgu (*fiction*) ya da hukuk tarafından tanınan bir soyutlama (*abstraction*), metafor¹⁰⁸ veya dil kolaylığı için kullanılan bir kavramdan ibaret¹⁰⁹ mi olduğu meselesidir. Hauriou, manevi kişiliğin doğal ya da kurgusal olması meselesinin hem özel hukuk kişileri için hem de idari kişiler için tartışmalı olduğunu ifade eder.¹¹⁰

Hauriou'ya göre kişilik kavramı, bir yol, bir araçtan ibarettir.¹¹¹ Ancak “kişiliğin, hukuki tekniğin bir usulü olması, onun yapay bir yaratım ya da kurgu olduğu anlamına gelmez”.¹¹² Hauriou, sosyal varlıkların, insan varlıklarından farklı olduğunu kabul eder; ancak ona göre, tüm gerçeklikler aynı düzene sahip olmayıp, farklı bir gerçekliğin varlığı pekâlâ mümkündür.¹¹³ Devletin hukuki kişiliğini istisna olarak

¹⁰⁸ Bkz. Eduard Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, s. 206: “Kişilik kavramı yalnızca bir metafordur, bir teknik araçtır (*technisches Hüfsmittel*).”; Aynen aktaran Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, 2 cilt, C. 1, Paris: Sirey, 1920, s. 40.

¹⁰⁹ Bkz. Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 259.

¹¹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 193.

¹¹¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, birinci baskı, 1910, s. 101.

¹¹² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, ss. 61-62.

¹¹³ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 156.

görmeyen yazar¹¹⁴, kurum teorisinde de devletin subjektif kişiliğine, kurgu olarak değil, toplumsal bir gerçeklik olarak yer verir.¹¹⁵ Birlik ve toplulukların manevi kişiliğinin temeli, insan varlıklarında olduğu gibi, oy birliğiyle temsilidir ve bu temel gerçektir, çünkü “zihinsel temsillerin birliği sosyal gerçekliktir”.¹¹⁶

Hauriou, temsilde kurgunun, kamu otoritesi tarafından değil, sosyal çevre tarafından yaratılan bir payı olduğunu ve fakat bu payın fiziki kişilerden fazla olmadığını savunur.¹¹⁷ Medeniyet geliştikçe, yapaylıktaki aşırılıkların ortadan kalkıp, hukuki kişiliğin gerçek kişiliğe yaklaşacağını ifade eder.¹¹⁸ Makalesinde 1899’da yaptığı değişiklikle temsilde kurgunun payını silikleştirir. Ne var ki yenilenmiş makalesinde de Hauriou, birtakım kurguların ve kurumların manevi kişilikten hukuki kişiliğe geçiş sürecinde temsile yardımını kabul eder.¹¹⁹ Bu oy birliğinin yaratılmasında ise ikisi farklıdır, çünkü bireysel kişilikte “aynı beyin içindeki” bir faaliyet söz konusu iken, sosyal kişilik için “beyinden beyne” bir faaliyet söz konusudur.¹²⁰ Yazar, baskın Fransız doktrininin, manevi kişiliğe, pozitif hukuktan başka temeli olmayan, hayalî bir nitelik atfetme eğilimini, sorunun yüzeysel incelenmesine bağlar: Baskın doktrin, birlik ve toplulukların kişiliğinin insan ile aynı gerçekliği taşımadığını tespit etmekle yetinerek bu tür gerçekliği hepten reddetme neticesine varır.¹²¹ Öte yandan, 1926’da, Dewey, hukuki kişiliğin doğası hakkındaki sorunun kurumlar ve devletin ötesinde, insanlar hakkında da mevcut olduğunu, hukuk açısından, temelde aynı olduğu savundu.¹²² Kelsen’e göre de, “daha detaylı bir analiz, aslında ‘gerçek kişi’nin de hukuk biliminin yapay bir inşası olduğunu, onun da sadece bir hukuki’ kişi olduğunu gösterir.”¹²³

Hauriou’da manevi kişilik, temsilî bir kavramdır ve temsilciler ile temsil edilenler arasında temsil birliğini yaratan varlıklar kişiliğe sahip olabilir.¹²⁴

¹¹⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 63.

¹¹⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xi.

¹¹⁶ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, ss. 155-156.

¹¹⁷ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 136.

¹¹⁸ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 20.

¹¹⁹ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 150.

¹²⁰ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 156.

¹²¹ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 156.

¹²² John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, **The Yale Law Journal**, C. 35, n° 6, 1926, s. 655.

¹²³ Hans Kelsen, **Théorie pure du droit**, ikinci baskı, Almancadan Fransızcaya çev. Charles Eisenmann, Paris: Dalloz, 1962, s. 229.

¹²⁴ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 146.

Temsilciler, korporasyonun ajanlarıdır ve bu ajanlar sadece organ değildir; oy birliğiyle bir gerçeklik meydana getirirler.¹²⁵ İdari kişinin temsilci organlarıyla maiyeti arasındaki fark ise, ilkinin bağlayıcı karar alma hakkına sahip olmasıdır.¹²⁶ Hukuki kişiliği tanımak ise, bireyselliğe özgü çıkarlar olan ayrıcalıklar ile mülkiyet iddialarının temsilci organları tarafından mahkeme önünde savunulmasının kabul edilip edilmemesine bağlı olup, yargı mercilerinin inisiyatifindedir.¹²⁷ Temsil bir kurgu değildir, temsilcilerin iradesinin temsil edilenin iradesi ile kaynaştığı¹²⁸ (temsili birlik), “mükemmel şekilde gerçek” olan toplumsal gerçeğin, hukuki çevirisidir¹²⁹ ve temsili oy birliği, Hauriou’ya göre, özgürlükçü ve bireyci olup, her ferdin korporasyona katılımını sağlar.¹³⁰ Ne var ki, güce sahip olanların meydana getirdiği temsilciler topluluğunun, temsil edilenleri yansıtmada her zaman birtakım zorluklar vardır¹³¹.

Léon Michoud, Hauriou’nun temsil teorisindeki zorlukların, onun kabul ettiğinden fazlası olduğunu düşünür. Michoud’ya göre “mevcut dünyada karşılaştığımız ilk hukuki kişi” olan devlet, “hukukun sadece yorumlaması ve hukuki sonuçlar çıkarması gereken, doğal bir gerçektir”.¹³² Devlet kişiliği, ulusun kolektif çıkarlarının temsilinden ibarettir; kolektif çıkarlar gücünün ve subjektif haklarının hem temeli hem sınırır.¹³³ Devletin, ulusun, yani aynı insan grubunun kolektif çıkarını temsil eden tüm temsilciler ise tek bir kişinin organlarıdır ve organların subjektif hakları yoktur, yalnızca yetkileri vardır.¹³⁴ Hukuki kişiliğin gerçekliğini destekleyen Michoud, Hauriou’nun temsil teorisini ise teorinin unsuru olan oy ve irade birliği kaynaşmasının ancak bazı gönüllü birliklerde mümkün olabileceği, devletin ise bu

¹²⁵ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 94.

¹²⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 193.

¹²⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 194.

¹²⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1: Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, birinci baskı, 1906, ss. 85-86.

¹²⁹ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 15.

¹³⁰ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 157.

¹³¹ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 133.

¹³² Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 263. Ayrıca bkz. Maurice Hauriou, “Notice sur les œuvres de Léon Michoud”, *RDP*, C. 33, 1916, s. 504.

¹³³ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 292.

¹³⁴ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, üçüncü baskı, 1932, ss. 319-320. Ayrıca bkz. Léon Michoud, “La personnalité et les droits subjectifs de l’État dans la doctrine française contemporaine”, *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag: dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern* içinde, Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1911, ss. 493-524.

niteliği taşımayan bir politik oluşum olduğunu belirterek eleştirir.¹³⁵ Michoud’ya göre, oy birliğini asla elde edemeyen ve oy çokluğu ile alınan kararları herkes tarafından alınmış addeden, böylece sosyal organizmanın çıkarları lehine zorunlu bir baskının olduğu sistemlerde, iradeler kaynaşmamıştır ve neticede çoğunluğun iradesinin manevi varlığın iradesi sayılması bu noktada artık “yapaylıkla da değil, ancak kurguyla” açıklanabilir.¹³⁶

Michoud’ya göre, devlet, üstün haklara kendi adına değil, ancak toplum adına sahip olabilir, “dolayısıyla bir hukuk süjesidir, bir kişidir”.¹³⁷ Bir işlem yapan, bir sözleşme imzalayan gerçek kişinin bunu, kendi kişiliği dâhil, adına hareket edebileceği sayısız kişiden hangisi için yaptığı, işlemin kime atfedilmesi gerektiği kişilik fikrine başvurulup hukuk süjesi belirlenmeden bilinemez.¹³⁸ Duguit, Michoud tarafından ileri sürülen, her bir hukuki işlemin etkilerini belirlemek için bu işlemin belirli bir hukuk kişisi adına yapılması zorunluluğuna itiraz eder. Böyle bir kurgu ya da soyutlamanın şart olmadığını, zira işlemi yürüten tarafından takip edilen hedefle ilişkilendirilerek etkilerinin kolayca belirlenebileceğini ifade eder.¹³⁹ Michoud’ya göre önemli olan, kişilik fikrinin bir soyutlama olup olmadığı değil, hukuki tekniğin ihtiyaçlarını, daha iyi karşılayıp karşılamadığıdır.¹⁴⁰

Raymond Carré de Malberg’e göre de devletin kişiliği, “bir kurgu, bir karşılaştırma, bir imge” değil; “hukuki bir gerçekliğin kesinlikle doğru ifadesi”dir”.¹⁴¹ Belirlenmiş hukuki sonuçlara ulaşmak için *a priori* olarak tasarlanan bir araç değil, bir gerçeklikten *a posteriori* çıkarılan sonuçtur.¹⁴² Bu anlamda yazar, Hauriou’nun hukuki kişiliği hukuk tekniğinin aracı olarak görme fikrini de kabul etmez.

Hauriou, sosyal grupların *corpus* oluşturacak şekilde örgütlenmelerine, doğal bir sonuç olarak hukuki kişilik atfetmenin 19. yüzyılın başlarına, Friedrich Carl von Savigny’ye kadar baskın görüş olduğunu söyler.¹⁴³ Savigny ile birlikte hâkimiyet

¹³⁵ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 87.

¹³⁶ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, ss. 87-90.

¹³⁷ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 25.

¹³⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 49.

¹³⁹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 75.

¹⁴⁰ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 48.

¹⁴¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 40.

¹⁴² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 39.

¹⁴³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 55.

kurgu teorisine geçmiştir. Savigny, birey fikrini karşılayan hukuk kapasitesinin, kurgusal varlıklara yapay olarak yayıldığını söyler.¹⁴⁴ Hukuki kişiler, sadece hukuki amaçlar için var olan ve hukuki ilişkilerin süjeleri olarak bireyin yanında görünen kişiler olup¹⁴⁵, ayırt edici ölçütü ortak mülkiyete sahip olabilmeleridir.¹⁴⁶ Ancak bu, özel hukuka dair bir değerlendirme olup, kamu hukukunda, yargı yetkisi gibi birtakım özel yetkileri kullanmak kendilerine özgülenen ve sahip olma kapasitesi olmayan meclis veya kolektif birimleri hukuk kişisi olarak addetmenin tüm fikirleri karıştıracağını ifade eder.¹⁴⁷ Yine de, bazı kamu hukuku kurulları yargı işlevinden bağımsız olarak, hukuki kişilik kazanmış olabilir.¹⁴⁸

Savigny, Romalıların bu tür kurulları tanıdığını, ancak, modern yazarlardan daha iyi bir gözlemle, kamu hukuku veya usul için uyguladıkları ifade ve ilkelerini özel hukukun manevi kişilik ilkelerinden derinden ayırdıklarını söyler.¹⁴⁹ Savigny'ye göre, hukuki kişilik “kanunun ücretsiz bir bağışdır”¹⁵⁰, ancak “hukuki kişilerin kuruluş koşullarının her zaman bir pozitif hukuk kurahıyla düzenlenmesi gerekmez”¹⁵¹, örneğin komünler, devlet kadar ya da ondan daha eskidir; devletten sonra var olanlar da özel hukuk kurallarıyla değil, siyasi bir işlemle oluşmuştur.¹⁵²

Devletin hukuki kişiliğinin varlığı fikrini reddeden Duguit'ye göre, fiziki dünyada gerçeklik olarak var olan sadece erk sahiplerinin bireysel istekleri ile dayanışma hâlinde bireyler ve bireysel iradelerdir. Bireysel irade ifadelerinin arkasında, hak ve meşruluk kaynağı olan bir manevi kişiliğin varlığını kabul etmek, hayalî (ve metafizik¹⁵³) bir unsur getirmektir, kurgudan ibarettir ve ancak “soyutlamalar dünyası” olan hukuki dünya gerçeği çarpıttığı için söz konusu olabilir.¹⁵⁴ Erk sahiplerince ortaya konulan imajın, iradi olarak sergilediklerinin “bir kral, bir imparator, bir parlamento, isteyen ve emreden bir çoğunluk olduğuna”

¹⁴⁴ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, Almancadan Fransızcaya çev. Ch. Guenoux, c. 2, Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1855, s. 230.

¹⁴⁵ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, s. 230.

¹⁴⁶ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, s. 232.

¹⁴⁷ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, s. 231.

¹⁴⁸ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, s. 231.

¹⁴⁹ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, ss. 231-232.

¹⁵⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 55.

¹⁵¹ Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, s. 268.

¹⁵² Friedrich Carl von Savigny, **Traité de droit romain**, ss. 268-269.

¹⁵³ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 71.

¹⁵⁴ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C.2, ikinci baskı, 1923, s. 75.

inanmak, Duguit'ye göre, naifçedir.¹⁵⁵ Hauriou ise, Duguit'nin sosyal örgütlenmeyi de sosyal varlıklar kurma tavrı taşıdığı sürece kabul etmeyerek, neticede her tür objektif sosyal kurumu reddettiğini, hatta Duguit'de bireylerin gerçek hukuki kişiler olma niteliklerinin dahi çözünüp, sosyal çevrenin bir ürünü hâline geldiğini; en nihayetinde Duguit sisteminde sadece, "tüm varlıkların yok olup yalnızca olguların yasalarla yönetildiği 'sosyal dayanışma' olarak nitelenen ortam"ın kaldığı eleştirisini getirir.¹⁵⁶

Hukuki kişiliğin doğal gerçeklik taşımadığını savunan bir diğer görüş ise, soyutlama teorisidir. Devletin kurgu değil, bir gerçeğin soyutlaması olduğunu ifade eden Hermann Rehm'e göre, soyutlanan, devletin yapısının tek bir vücut, bir bütünlük hâlinde değil, çok kişili olmasıdır.¹⁵⁷ Yazara göre, kurgunun arka planında gerçek olan hiçbir şey yoktur, o, doğada var olmayan bir gerçeği icat eder; soyutlamada ise doğal bir gerçeklik vardır, "gerçeği görür ama gerçekte olduğundan farklı görür".¹⁵⁸

Subjektif hakkın "kurgu olmaksızın bir soyutlama"¹⁵⁹, manevi kişiliğin hukuki gerçeklik¹⁶⁰ olduğunu düşünen Raymond Saleilles'e göre ise kurgu teorisi, "aşırı, abartılı" bir özgürlük anlayışıyla¹⁶¹, gerçekleri yok edip, yerine "hayal ettiği bir varlığı yarattığını varsayar".¹⁶² Oysa Saleilles'e göre gerçeklik, bireysel özgürlüklerin garantisiyken; kurgu ise, bireyleri yok ederek, onların özgürlüklerini, subjektif haklarını da onlarla birlikte yok eder ve tehlikelidir.¹⁶³

Esmein de hukuki kişiliğin bir soyutlama olduğunu kabul eder, fakat bunun verimli ve medeniyetin uzun bir tarihsel gelişiminin ürünü olan güçlü bir soyutlama olduğunu savunur.¹⁶⁴ Egemenliğin süjesi ve sahibi olan devletin bir tüzel kişiden, bir

¹⁵⁵ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, ss. 240-241.

¹⁵⁶ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 56.

¹⁵⁷ Hermann Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, s. 156'dan aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 236.

¹⁵⁸ Hermann Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, s. 156'dan aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 236.

¹⁵⁹ Anna Mancini, *La personnalité juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles, Synthèse de l'ouvrage De la Personnalité Juridique*, Paris: Buenos Books, 2011, s. 24.

¹⁶⁰ Anna Mancini, *La personnalité juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, s. 31.

¹⁶¹ Anna Mancini, *La personnalité juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, s. 44.

¹⁶² Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique: histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, ikinci baskı, Paris: Arthur Rousseau, 1922, s. 364.

¹⁶³ Anna Mancini, *La personnalité juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, s. 44.

¹⁶⁴ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, yedinci baskı (Henry Nézard tarafından yeniden gözden geçirilmiş baskı), C. 1 (La liberté moderne: Principes et institutions), Paris: Sirey, 1921, s. 1.

hukuki kurgudan ibaret olduğunu; bu nedenle egemenliğin bu sürekli ve hayalî sahibinin yanı sıra, egemenliği onun adına kullanacak, onun adına hareket edecek bir mevcut ve aktif sahibi, bir gerçek kişiye ihtiyaç olduğunu, bu kişinin egemen olduğunu ifade eder.¹⁶⁵ Esmein, devletin gerçeklik olmadığı iddialarına karşı çıkar ama doğrudan doğanın değil, insan zihni ve medeniyetin ürünü olduğunu savunur.¹⁶⁶ Bazı kurguların en yüksek seviyedeki gerçekleri yansıtabileceğini savunan yazar, “ulus” ve “vatan” kurgularını hatırlatır; kurgunun desteğine başvurulmazsa, bu kavramlara ilişkin olarak duyularla algılayabileceğimiz sadece “bir bölge ve onu işgal eden insanlar” olacağını ifade eder.¹⁶⁷ Duguit, kurgu, kurgusal (*fiction, fictive*) ifadelerinin anlam bakımından “gerçek olmayan” a tekabül ettiğini söyleyerek, Esmein’in teorisinin çelişkili olduğunu iddia eder.¹⁶⁸

Duguit, Almanya ve Fransa’nın, Rehm, Jellinek, Esmein, Michoud ve Hauriou gibi en ünlü hukukçularının skolastik anlayışın etkisini modern doktrine taşıyıp, *a priori* teoriler inşa ettiklerini ve gerçeği bu teorilere uydurmaya çabaladıklarını iddia eder ve “hukuki teorileri gerçeklere uyarlayalım, gerçekleri hukuki teorilere değil” diye seslenir.¹⁶⁹ Hauriou’ya göre, Duguit’nin bireysel iradeler dışında kurgusal bir kolektif iradeye dahi mevcudiyet tanımayan görüşü, iyi organize edilmemiş olup, temelde bir kişisel güç teorisini gizleyerek demokratik bir rejime çok zayıf uyum sağlar; kolektif kişilikler kuramı ise, demokratik rejimle tutarlı olup, sınırlılık ve görelilik şartlarıyla ele alındığında ilgili hakkın gözetir ve idarelerin sorumluluğunu etkin kılmaya da elverişlidir.¹⁷⁰ Yazara göre, manevi kişiliği hukuki varsayım olarak gören yazarlar, kanunun müdahalesine muhtaçtırlar, böyle bir kişilik, “ancak kanunla ve kanunun üstünlüğüyle ve kanunu yapan temsil eden örgütle monarkın fiziki kişiliğinden ayrılır ya da gelişir”.¹⁷¹

Aynı dönemde, İngiltere’de, Maitland de hukuki kişiliğin yapaylığını savunuyordu. Kişileri doğal ve yapay olarak ayıran Maitland, doğal kişiler kategorisinin yalnızca insanlardan, yapay kişiler kategorisinin ise yalnızca

¹⁶⁵ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 4.

¹⁶⁶ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 4.

¹⁶⁷ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 43.

¹⁶⁸ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 71.

¹⁶⁹ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, ss. 240-241.

¹⁷⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

¹⁷¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, altıncı baskı, 1907, s. xv.

kurumlardan oluştuğunu savunuyordu.¹⁷² Arthur Machen, yapay olanın hayalî ya da kurgusal değil, gerçek olan olduğunu savunmuştur, “bir yapay göl, hayalî bir göl değildir, yapay bir şelale de hayalî bir şelale değildir.”¹⁷³ Bu anlamda, devlet tarafından yaratılmış yapay bir kurum da kurgusal değil gerçektir. Gerçek kişilerden oluşan bir kurum da kurgusal olamaz, çünkü “ne matematikte ne felsefede ne de hukukta, gerçek, rasyonel niceliklerin toplamı hayalî bir nicelik üretemez”.¹⁷⁴

Kurgu ve soyutlama teorileri uzun yıllar geniş bir hâkimiyet alanı bulmuş, ancak bu durumun da devlet kişiliğinin kavramsal kabulünün sahasını genişletmek anlamında faydası olmuştur; “yapay ya da değil, kişilik, kavrama saygı duyulduğu için hukuk tekniğinin merkezinde” kalmıştır.¹⁷⁵ En nihayetinde, bu eğilim egemenliğini yitirmiştir. Ancak yerine hangi gerçeklik fikrinin konulacağı, başka bir tartışma konusudur. Hermann Heller, 1927’de, çelişkiler içeren ve ortadan kalkıp “yası dahi tutulmayacak olan” kurgu ve soyutlama teorilerinin yerine hukuk teorisinin egemenliğine (hukukun egemenliğine) döneleceğini savunurken¹⁷⁶; Hauriou, 1916’da, kurgu ve soyutlama teorilerinin hâkimiyetinin son bulduğunu ve sosyal gruplar için hukuki kişiliğin kabul edilebildiği her durumda, bunun kendini doğal bir şekilde var etme olduğunun çoktan kabul edildiğini savunur¹⁷⁷.

John Dewey, kurumsal birliklerin kişiliğinin kurgusal olmaması için, onlara ait bir doğa veya öz bulma zorunluluğu olduğunu ifade eder.¹⁷⁸ Hauriou, hukuki kişiliğe, subjektif kişilik yanında -öncesinde- bir objektif bireysellik de tanıyarak, kişiliğin düalist teorisinde bu boşluğu doldurmuştur. Kişiliğin oluşma safhasında, objektif bireysellik, Hauriou’ya göre, kişiliğin toplumsal gerçeklik boyutunu teşkil eder.

Devletin kişiliğinin bir gerçeklik olarak kabulü, bu kişiliğin maddi dünyada nasıl oluştuğu ve doğal niteliklerine dair incelemeleri gerektirmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki, devlet kişiliğinin mevcut ve gerçek olduğu fikri doktrinde genel kabul görse

¹⁷² Herbert Albert Laurens Fisher (ed.), **The Collected Papers of Frederic William Maitland**, 3 cilt, C. 3, Cambridge: Cambridge University Press, 1911, s. 210.

¹⁷³ Arthur W. Machen, “Corporate Personality”, **Harvard Law Review**, C. 24, n° 4, Şubat 1911, s. 257.

¹⁷⁴ Arthur W. Machen, “Corporate Personality”, s. 257.

¹⁷⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 55.

¹⁷⁶ Hermann Heller, David Dyzenhaus (ed.), **Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law** (1927), Almancadan İngilizceye çev. Belinda Cooper, Oxford: Oxford University Press (koleksiyon: The History And Theory of International Law), 2019, ss. 100-101.

¹⁷⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 55-56.

¹⁷⁸ John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, s. 660.

de, hukukun her branşında bu kişiliğe verilen değer farklılık göstermiş, dahası, devlet kişiliğine verilen anlam da her disiplinin uygulamasında ihtiyaç duyduğu biçime bürünmüş; devletin kişiliğinin göreceli yapısı, bu nedenle baki kalmıştır.

C) Devlet Kişiliğinin Disiplinlerde Nispeti

Devletin subjektif kişiliğinin mümkün olduğunu saptayan Hauriou, bu kişiliğin her alanda farklı algılandığını ve tanınma, kabul edilme ihtiyacının da disiplinlere göre değişken ve değişen oranlarda olduğunu savunur. İdare hukukunda kamusal bir idari kişiliğin tanınması, idarenin hizmetleri ile sorumlulukları açısından elzem görünürken, insan hakları alanında devleti hak süjesi kılan bir subjektif kişiliği reddetme eğilimi baskındır; devletler arası hukuk, eşitler arası ilişki boyutundan gördüğü devlete bu ilişkinin süjesi olarak kişilik verirken, anayasa hukuku ise bu kişiliğin ontolojisinden ziyade bu yapının kendiliğinden mi yoksa kurucu iktidar ya da kanun tarafından mı meydana geldiğiyle ilgilenir; devlet teorisinde devletin kişiliğinin her iki açıdan farklı yaklaşımlarla incelendiğine rastlanır.

Fransa’da daha önceleri, “otorite işlemlerinin varlığının, bu işlemlerin adına yapıldığı bir hukuki kişinin varlığına karine teşkil etmediği”¹⁷⁹ anlayışı hâkimken, 1860’lardan itibaren Alman doktrinde karşımıza çıkan, “hukuki kişilik” kavramının devlet tanımlarında yer bulması akımı, sonraki yıllarda Fransa’yı da etki altına almış ve Almanya’dan yarım yüzyıl kadar sonra Fransa’da en yoğun dönemini yaşamıştır. 1900’lerin başı için Duguit, nadir istisnalar dışında, tüm modern devlet teorilerinin ve kamu hukuku teorilerinin kişi-devlet, topluluğun kişileştirilmesi kavramı üzerine kurulu olduğunu söyler.¹⁸⁰ Éric Maulin, Birinci Dünya Savaşı’na dek süren dönem için, devletin hukuki kişi olarak tanımlanması meselesini, “teorik düşüncenin ön şartı” olarak değerlendirir, çünkü hukuki kişilik teorisi, “egemenliği artık bir egemenin mülkü değil de kamusal güç olarak düşünmeyi mümkün kılan” geçişin kendisidir.¹⁸¹ Hauriou’ya göre de, “kendine saygılı her kamu hukuku teorisinin, devletin kişiliği hakkında bir doktrini olmalıdır”.¹⁸² Karşıt görüşte olan Duguit, Fransa’da, devletin kişiliğinin, “güç kullanma hakkının süjesi” olarak, “önünde eğilmemiz gereken bir

¹⁷⁹ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 41.

¹⁸⁰ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, ss. 1-2.

¹⁸¹ Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, s. 143.

¹⁸² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, altıncı baskı, 1907, s. xi.

dogma seviyesine” yükseltildiğini savunur.¹⁸³ Hauriou’ya göre ise Duguit bütün bir hukuk sistemi inşa ederek hukuki kişiliğe karşı savaşında özel hukuk sınırına da varmıştır.¹⁸⁴

Özel hukukta, fiziki (gerçek) kişiliğin baskın mevcudiyeti ve manevi (tüzel) kişiliğe -özel hukuk doktrininde birtakım belirsizlikler ile tartışmalar her daim bulunsa da- hukuki düzenlemelerle az ya da çok bir netlik kazandırılabilmesi, özel hukukun pozitif hukuk çerçevesine sadakati de düşünüldüğünde; kişiliğin, -hukuk ile ilişkisi dahi özel bir durum arz eden kamu hukukuna nazaran- güçlü kabulüne imkân tanır. Özel hukukun temelini teşkil eden kişilik kavramı olmaksızın özel hukukun varlığından dahi söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, özel hukuk doktrininde kişiliğin kapsamı ve ölçütleriyle ilgili tartışmalar bulunsa da kişiliğin önemi inkâr edilemez, azımsanamaz.

Herrschaft doktrininin kuramını eleştirmesinin bir nedeni de disiplinlerin insanı konu edinme usullerinin dahi farklı olmasıdır. Hem bir hukuki kişi hem de birey olarak insan örneğinde, medeni hukukta insanın subjektif kişiliğiyle öncelikli olarak ilgilenilirken, ceza hukuku insanın fiziksel ve manevi bireyselliğiyle ilgilenir, bu bireyselliği korumayı amaç edinir.¹⁸⁵ Özel hukukun kişiliğe yakınlığıyla ilgili göstergelerin tartışmasız olduğunu ifade ederken, kamu hukukuna daha tereddütlü yaklaşır ve ancak zımnî bir iddiada bulunarak, “kamu hukukunun bir bütün olarak ve özellikle bireysel hakların statüsünün, kişiliğinden ziyade insanın objektif bireyselliğini ilgilendirip ilgilendirmediği sorusunu” gündeme getirir ancak iki kavram arasında bir çekişme değil, bir bağlılık önerdiğinden açık bir yanıt vermez.¹⁸⁶

Kamu hukukunda, özellikle devletin kendine has niteliği ve idari kişilerin kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış olması, kişiliğe özel hukuk bakış açısından bakmayı yetersiz kılmaktadır. Fiziki kişilik gibi görece belirli bir alanı da bulunmayan kamu kişiliği, manevi kişiliğin mevcut tartışmalarını daha karmaşık bir düzleme taşır. Kamu hukukunun özel hukuku aşan belirsizliği yanında, kamu hukuku içinde de her alt disiplinin hukuki kişiliğe verdiği değerin derecesi ve ona

¹⁸³ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 237.

¹⁸⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 56.

¹⁸⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, altıncı baskı, 1907, s. xii.

¹⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, altıncı baskı, 1907, s. xii.

tanındığı anlam değişkenlik gösterir. Hauriou, hukuki kişilik belirlenirken hangi disiplinin bakış açısından bakıldığı meselesini ayrıca önemli bulur.

Devletin kişiliğinin kamu hukukunda asgari tereddütle tanındığı hukuki ilişki türü, devletin diğer devletlerle olan ilişkileridir. Hauriou'ya göre de, devletler arası kamu hukukunda devletlerin birbirleriyle ilişkileri ve sorumlulukları subjektif kişilikle büyük ölçüde uyumludur ve bu kişilik tanınır.¹⁸⁷ Devletler arası kamu hukuku, alt-üst ilişkileri yerine, egemen eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir “koordinasyon hukuku” olarak değerlendirilir.¹⁸⁸ Devletler arası hukukta, devletlerin kişilik sahibi olmalarında, kamusalığın yarattığı farklar, kamu gücünden kaynaklanan zorluklar ya da kişiliğin iç hukukta devletin bizzat yarattığı hukuk tarafından tanınması gibi düğümler yerine; devletin hak ve yükümlülüklerle sahip bir hukuk sūjesi olması tartışmaya açıktır. Zira hukukun varlığı dahi tereddütlüdür.¹⁸⁹

Devletler arası hukuk ve Avrupa hukukunda, her birlik ya da anlaşma, hukuki ilişkiler kuracağı kişileri ve bunların statüsünü ayrıca tanımlayabilir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Antlaşması 2. maddesinde¹⁹⁰ üyelerin egemen eşitliği prensibi belirlenmiştir; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 34. maddesinin¹⁹¹, mahkemeye başvurabilecek kişileri gerçek kişiler, hükûmet dışı kuruluş veya kişi grupları olarak belirlemiştir. Devletlerin tanınması ise devletin ulusal hukuk tarafından kişi olarak tanınmasından tamamen bağımsız olarak, diğer devletin tek taraflı bir hukuki işlemi ile gerçekleşir.

Anayasa hukukunda ise, devletin kişiliği kavramı, Hauriou'ya göre, “tamamen ortadan kaybolana kadar gölgelenir”.¹⁹² Bu alan, kamu hukukunun, kişiliğe ihtiyacı asgari düzeyde olan alanıdır. Anayasa hukukunda subjektif bir kişilik kullanımına

¹⁸⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 66.

¹⁸⁸ Ayşe Füsün Arsava, “Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi”, **TAAD**, yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 359.

¹⁸⁹ Ayşe Füsün Arsava, “Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi”, **TAAD**, yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 359.

¹⁹⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması, m. 2: “Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur”, URL : <https://turkey.un.org/tr/33499-birlesmis-milletler-antlasmasi>, son erişim tarihi 13 Mart 2020.

¹⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 34 : “Bireysel başvurular: Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükûmet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir.”, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, son erişim tarihi 13 Mart 2020.

¹⁹² Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l’État**, C. 1, 1920, s. 38.

gerek olup olmadığının dahi tartışmalı addedilebilmesinin nedeni ise, anayasa hukukunun, “büyük kamu güçlerinin organizasyon ve ilişkilerini, hatta egemenliğin organizasyonunu” konu edinmesidir.¹⁹³ Anayasaların amacı devletin objektif kurumsal birliğini inşadır, ayrı organlar yaratmaları dahi özgürlük lehine objektif bir denge kurabilmek içindir.¹⁹⁴ Duguit’ın devletin kişiliği doktrinine keskin muhalifliğinin sebebi de, Hauriou’ya göre, devlet kurumuna anayasa hukukundan bakıyor olmasıdır.¹⁹⁵

Hauriou, devletin manevi kişiliğinin egemenlik güçlerini kullandığında yalnız ulusal iradeye dayanabileceğini kabul ederken, devleti bir irade ve manevi kişilikten ibaret olarak değerlendirmenin eksik bir tanım olacağını söyler. Bu eksiklik, büyük ölçüde genel kamu hukuku alanında olacaktır, zira “genel kamu hukuku, devleti aktif bir haklar öznesi olmaktan ziyade sosyal bir rejim ve varoluş ortamı olarak görür”.¹⁹⁶ Bu anlamda, devletin hukuki kişiliği, pozitif hukuka yakın duran idare hukukunda daha büyük önem taşırken, manevi kişiliği daha ziyade genel kamu hukukunun inceleme alanında yer alacaktır.

Hauriou’ya göre, hukuk doktrinlerinin gelişmişlik düzeyleri, ilgili oldukları hukuk dallarının subjektiflikleri ile paraleldir. Köklü ve gelişmiş olan medeni hukuk başta olmak üzere özel hukuk, kamu hukukuna nazaran; kamu hukuku içinde de daha eski ve ileride olan idare hukuku, anayasa hukukuna nazaran daha subjektiftir.¹⁹⁷ Yazara göre, idare hukukunda, sorumluluk alanı ile tam yargı davaları subjektif boyutu oluştururken, iptal davaları objektif boyutu teşkil eder ve subjektif taraf zaman içerisinde daha fazla yer kaplamaktadır.¹⁹⁸

Hauriou’da, genel kamu hukuku açısından devletin, idare hukuku açısından devletten daha zor meşruiyet, hatta varlık kazandığı savunulabilir. Bu yaklaşımla, genel kamu hukuku anlayışında yazarın, idare hukuku anlayışına nazaran, idare edenler yerine idare edilenlere yakın durduğunu kabul etmek de mümkündür. Bu fark,

¹⁹³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 68.

¹⁹⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 68.

¹⁹⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 69.

¹⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, ss. 5-6.

¹⁹⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 42-43.

¹⁹⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 42-43.

Hauriou'nun devlet kuramında belirlenen yaşam ortamının sağlanması hedefinin, devletin, idare hukukunda esas belirleyici olan hak sahipliği karakterine baskın gelerek Hauriou'yu daha toplumcu bir anlayışa yönlendirmesi ihtimalini akıllara getirir. Ne var ki, Hauriou'nun kişileştirmenin subjektifliğe, subjektifliğin ise gelişmeye yol açtığı ve gelişme rotasının objektiften subjektife doğru olduğu belirlemesi karşısında, devletin yaşam ortamı olma karakterinin bir nihai varış yeri olabileceğini söylemek güçtür. Yine de Hauriou kurum teorisini kamu hukukunun başat teorisi olarak sistemleştirdiğinden bu yana, aksini iddia etmek de artık gerçekçi olmayacaktır. Hauriou doktrininin gelişmesinin en büyük sıçrayışlarından biri olan kurum teorisinin ağır basan objektif yanı, gerçekten de, Hauriou'nun objektiflik ile gelişmişlik arasında kurduğu ters orantıyı şüpheyi düşürmektedir.

Subjektiflik niteliği, Hauriou'da, hukuki kişilik kavramı ile bağlantılıdır. Bu da hukuk dallarının gelişmişliğini kişiliğin o hukuk dalında ne ölçüde etkin olduğu ile de paralel hâle getirir. Kamu hukuku, kişilik kavramına hepten uzak olmamakla birlikte, kişilik, kamu hukukunun her dalında “aynı şekilde” ve/veya “sınırsız olarak” kullanılamaz.¹⁹⁹ Kamu hukukunun dallarında kişilik meselesi, öncelikle, kamu hukukunun öncelikli ortak süjesi olan devletin, her disiplinde ne ölçüde subjektif kişiliğe sahip olduğu meselesidir. Hauriou'ya göre, örneğin, devletlere egemenlik ve sorumluluk atfederek dış ilişkilerinde kamu kişiliği tanıyan devletler arası kamu hukuku, idare hukukunun ilerisindedir.²⁰⁰

Duguit'nin aksine, kamu hukukunun objektiflikten subjektifliğe doğru ivme kazandığını ve bu sürecin kişilik kavramıyla bağlantılı olduğunu düşünen Hauriou, kamu hukuku tanımında da kişileştirmeye yer vererek, kamu hukukunun, “kamusal olanı, siyasi kurumun kişileştirilmesi için düzenleyen” hukuk dalı olduğunu ifade etmiştir.²⁰¹ Hauriou, “Kamu Hukukunun Prensipleri” kitabının 1910 yılındaki ilk baskısında da kamu hukukunun objektiften subjektife yönelimini savunduğunu ancak örtük bıraktığını kabul ederken, 1916 yılındaki ikinci baskıda ise hukuki kişiliğin, “hukuk sistemi tekniğinin baskın figürü” olduğunu ifade ederek bu yönü açıkça ortaya koyar.²⁰²

¹⁹⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 60-61.

²⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 195.

²⁰¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 41.

²⁰² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 42.

Hauriou'ya göre, idari kişilerin, doğal farklılıklarına ve aralarında kurulan hiyerarşiye karşın, ortak yanları, “hukuki kişi olmaları, hukuki kişiliklerinin kamu gücü içermesi, ancak yine de idari bireyselliklerinin tamamen kaybolmaması ve hak kullanımları ile yetilerinin incelenmeye değer olması”dır.²⁰³ İdare hukukunda, kamu tüzel kişiliği; “kanunla veya idari işlemle kurulan, kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ile ayrıcalıklara sahip, malları kamu malı sayılan, personeli devlet memuru olarak kabul edilen tüzel kişilik” olarak tanımlanır.²⁰⁴ Hauriou'ya göre, (Fransız) idare hukukunun kamu gücüne ve ayrıcalıklara dayalı olması, kamu idarelerinin kişileştirilmesinde bir zorluk yaratır.²⁰⁵ Ancak bu zorluk, idare hukukunda hukuki kişiliğin önemini azaltmaz, aksine, daha titiz çalışmalar yapılmasını gerekli kılar.

Hauriou'ya göre, hukuki kişiliğin, kamu hukukunda, ancak idare hukukuyla sınırlı ve mali sorumluluğa ilişkin bir pratik faydası vardır.²⁰⁶ Hauriou, *Herrschaft* doktrininin kişilik fikrini kamu hukukunun bütününe yayma yaklaşımına karşı yönelttiği eleştiride bir ön kabul olarak, idare hukukunun mali idareler ile idare edenler alanını, kamu hukukunun geri kalanından ayrı tutmuştur.²⁰⁷ Ekolün savunduğu hukuki kişilik ve hukuki ilişkiler kavramlarının, yazara göre, özel hukuktaki pratik önemi, parasal sorumluluğa ilişkindir ve parasal sorumluluk, kamu hukuku içerisinde, yalnızca idare hukukunda önemli bir yer tutar.²⁰⁸

İdare hukukunda devletin hukuki kişilik olarak incelenmesi, Hauriou'ya göre, genel kamu hukukuna nazaran daha kullanışlıdır.²⁰⁹ Böylece, idare hukuku, Hauriou'da en subjektif ve dolayısıyla en gelişmiş ulusal kamu hukuku disiplini. Ancak idare hukukunda dahi, devletin kişiliği, devletin yürütme gücünün kişileştirilmesinden ibaret olduğu ve özellikle mahalli idareler alanında etkin olmadığı için, kamusal organizmanın tamamını kapsamaz.²¹⁰

²⁰³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 192.

²⁰⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku*, onuncu baskı, Ankara: İmaj, 2015, ss. 78-79.

²⁰⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 192.

²⁰⁶ Muvaffak Akbay, *Umumi Âmme Hukuku Dersleri*, s. 426.

²⁰⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 5.

²⁰⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 5.

²⁰⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

²¹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

Öte yandan, devletin kişiliği kavramının, uzun yıllar boyunca ve hâlen, idare hukuku öğretisi tarafından yeterince ilgi görmezken, genel kamu hukuku öğretisi tarafından olmazsa olmaz nitelikte konulardan addedilmesi ve hatta, devletin kişiliği teorisinin asıl öneminin genel kamu hukukundan ziyade idare hukukunda mevcut olduğunu savunan Hauriou'nun, bizzat bu düşüncesini, kitabının “İdare Hukuku” bölümünde değil, “Genel Kamu Hukuku” bölümü içerisinde ve “Genel Kamu Hukuku Açısından Devlet” başlığı altında ifade etmesi, disiplinlerin kişileştirmeye ve subjektifliğe verdikleri değere ilişkin olarak Hauriou'nun belirlediği ölçütün, disiplinler bakımından uygulananı tespitten ziyade, disiplinler ile bu mefhumlar arasında kurulması beklenen bağlara ilişkin bir değerlendirmeyi ortaya koyduğunu gösterir.

Neticede, devletin idari hukuki kişiliğinin varlığı bir toplumsal gerçeklik olarak kabul edildiğinde, bu kişiliğe duyulan ihtiyacın ve verilen değer ölçüsü ne olursa olsun, bir olgu olarak varoluş süreci incelenmeye değerdir. Zira, devlet kişiliğinin oluşumu, bu kişiliğin gerçekliğine dayanak oluşturmaları ve niteliklerinin belirlenmesi bakımından büyük önem taşır. Devletin bir kurum olarak tanımlanması da bu temel üzerine kurulacaktır.

2. Devletin İdari Hukuki Kişiliğinin İnşası

Devletin kişiliğinin toplumsal gerçeklik olarak kabul edilmesi, bu kişiliğin maddi dünyada varoluşunun ortaya konulması gereğini doğurur. Hauriou'nun kişilik teorisi, bu varoluşu, objektif ve subjektif nitelikler taşıyan çift yönlü bir yaklaşımla ve kişiliğin kendiliğindenliği fikriyle açıklar (A). Devletin kişiliğinin açıklanması, ayrıca, kamu hukuku tüzel kişiliğinin niteliğinin ortaya konulmasına muhtaçtır (B). Son olarak, devletin kişiliği, idari niteliğiyle, kendine has bir karakter arz eder (C). Devletin kişiliğinin unsurları olarak da değerlendirebileceğimiz bu nitelikleri, en nihayetinde, devlet kamu tüzel kişisini yahut Hauriou'nun ifadesiyle idari hukuki kişiliğini meydana getirir.

A) Devlet Kişiliğinin Varoluşu: Düalist Kuram

Devletin kişiliğinin gerçekliği düşüncesi, genellikle, gerçekliğin özünü oluşturan yönü yanında hukuki yönünü de açıklayabilmek adına, kişiliğe atfedilen ikili görünümle açıklanır. Léon Michoud, devletin kişilik teorisinin kararlı savunucularının, bu kişiliği, özortamını oluşturan sosyal gerçekliklerden ayırt etme yollarını da bulduklarını ifade eder.²¹¹ Devletin çift yönlü kişilik fikri, doktrinde özellikle Otto von Gierke'nin "özortam"²¹² (*substrat, substratum*) kuramı ve Georg Jellinek'in "çift yön kuramı"²¹³ ile birlikte, Hauriou'nun düalist kuramı ile anılır.²¹⁴

Gierke, hukuki kişilikten önce var olan ve hukuki kişinin özortamını oluşturan gerçek bir kolektif kişinin mevcudiyetini savunur.²¹⁵ Jellinek'in önerdiği sistem, devletin sosyal teorisi bağlamında "siyasi ve sosyal oluşum"un, hukuk teorisi bağlamında da "devlet iradesi"nin birlikteliğine dayanır²¹⁶ ve devletin, objektif incelenmesi yanında subjektif bir değerlendirmenin de gerekliliğini ortaya koyar²¹⁷. Saleilles de birleştirici organizasyon (organik bütün, örgütlenme) ile birleşik iradeyi hukuki kişiliğin iki faktörü, karıştırılmaması önemli iki kurucu unsur olarak değerlendirerek ikili bir sistem önerir ancak birleştirici organizasyon, birleşik iradeyi üretmeye tahsis edildiğinden iki unsurun tekmişçesine düşünülebileceğini ifade eder.²¹⁸

Hauriou'ya göre, devletin kişileşmesi, çözümü, salt subjektif kişileşme ya da hukuki kişiliğin yanında sosyal örgütlenmeler ile kurumları da yok ederek kamu hukukunu "tamamen omurgasızlaştıran" salt objektif sistemle açıklanacak kadar basit

²¹¹ Léon Michoud, "La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine", s. 519.

²¹² Gülşah Özyiğitoğlu, "Türkçe Liken Terminolojisi İçin Yeni Öneriler", *Avrasya Terim Dergisi*, C. 5, S. 2, 2017, s. 17. "Özortam", substrat kavramına biyolojik terminoloji için önerilen bir Türkçe karşılık olmakla birlikte, sosyal bilimler terminolojisine de uygun görünmektedir. Kavram, ayrıca, "öz zemin" ya da "öz tabaka" gibi ifadelerle de açıklanabilir.

²¹³ Bkz. Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, ikinci baskı, 2020, ss. 104-113.

²¹⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 43.

²¹⁵ Otto Friedrich von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, C. 1, s. 456 vd.'dan aynen aktaran Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 43.

²¹⁶ Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, ikinci baskı, 2020, ss. 104-105.

²¹⁷ Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, ikinci baskı, 2020, s. 108.

²¹⁸ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique: histoire et théories*, ss. 599-600.

bir mesele değildir; “kişileşme sorunu, kamu hukukunun en büyük sorunudur”.²¹⁹ İlk çalışmalarında, Gierke tarafından 1868’den itibaren savunulan “özortam kuramı”ndan etkilendiği görülen Hauriou, kendi kişilik teorisini zamanla geliştirmiştir. Kitabının 1893 tarihli baskısında, Hauriou, “Aslında tamamıyla kurgusal olan devletin kişiliği, bir araya gelen insanların uyuşan iradelerine, ancak özortamı ölçüsünde sahip olabilir.” der.²²⁰

Hauriou’nun gelişmiş kuramı ise objektif ile subjektif ikiliğine dayanır. Hauriou’nun kişileşme sorununa çözüm önerisi, iki uç arasında bir orta yol ya da bir taraftan diğerine geçit olmayan²²¹ ortak sınırı teşkil eder. Hukuki kişilik, Hauriou’ya göre, “kimi zaman objektif bireysellik adı altında objektif bakış açısından, kimi zaman subjektif kişilik adı altında subjektif bakış açısından düşünülmesi gereken çift yüzlü bir Janus”tur²²², bir “sentetik oluşum”dur²²³. Sosyal örgütlenme ile kişileşme, Hauriou’ya göre, aynı güzergâhın, ayrılmaz şekilde bağlı yollarıdır; her sosyal örgüt, öyle veya böyle, bireylerden farklı bir sosyal varlık oluşturduğundan, birer manevi kişilik adaydır.²²⁴ Georges Davy, Hauriou’da kişileşmeye ilişkin tüm tartışmaların anahtarının; “sosyal organizasyon, sosyal kurumların kişileşmesi ve sosyal kurumların sosyal varlıklar olarak gerçek varlığı fikirlerinin ayrılmaz bağı”nda bulunduğunu ifade eder.²²⁵ Carré de Malberg, Hauriou’nun, devlet teorisine “kabul edilemez bir düalizm” getirdiği iddiasındadır.²²⁶ Yazara göre, devletin eylemlerinin tamamı hukuken aynı devlet kişiliğinin eseridir; bunlar arasında objektif bireysellik ile ilgili olanlar ile hukuki kişilik ile ilgili olanlar ayrımı yapılamaz.²²⁷

Hukuki kişiliğin kullanımı, kişiliğin faaliyetinin olduğu, hukuki ilişki ile bağlantılı olan subjektif yön ile temelini, kuruluşunu, inşasını içeren, örgütlenmeyle

²¹⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 44.

²²⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 5.

²²¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xii.

²²² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 84. Janus, bir başta iki zıt yöne bakan iki yüze sahip mitolojik Roma tanrısıdır. İki zıt durum ya da özelliği aynı anda barındırmak gibi anlamlarla metaforik gücü yüksek bir simgedir. Pierre Bourdieu, devletin Janus olma etkisini, “aynı anda olumsuz bir niteliği dile getirmeden olumlu bir nitelikten bahsedilemeyeceği” şeklinde açıklar (Pierre Bourdieu, **Devlet Üzerine, Collège de France Dersleri (1989-1992)**, Fransızcadan Türkçeye çev. Aslı Sümer, İstanbul: İletişim, 2015, s. 127).

²²³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 84.

²²⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 54.

²²⁵ Georges Davy, **Le droit, l'idéalisme et l'expérience**, 1922, Paris: Félix Alcan, s. 145.

²²⁶ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 40.

²²⁷ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 40.

ilişkili olan objektif yönden oluşan bir düalizme sahiptir.²²⁸ Subjektif kullanım, hukuki ilişki ya da hukuki durumların, hukuki kişinin irade ifadelerine; objektif kullanım ise devlet dâhil sosyal grupların örgütlenmesinin hukuki kişiliğe uygun akılcı ve kendi subjektif iradesinden doğmayan bir düzenlemeye çekilmesidir.²²⁹

Objektif ile subjektif düalizmi Hauriou'nun kurum teorisine de temel teşkil eder. Kurum teorisinde bu ayrımı iki aşama hâlinde buluruz. İlki, örgütlü gücün, üyelerin katılım tezahürleriyle birlikte iş veya teşebbüs fikrine yönelmesi ile bir vücudun meydana geldiği, manevi unsurlarla donanmış, devletin temsilî idare safhasına vardığı ve objektif bir bireyselliğe sahip olduğu, bireylerin ise hükûmetin iradesini kabul edip pasif bir durumda bulunduğu aşama, kaynaşma (*incorporation*) aşamasıdır.²³⁰ İkinci aşama ise, vatandaşların bilincinde devlet nâzım fikrinin subjektif hâle geçtiği, subjektif birleşme tezahürleriyle donanmış, üyelerin temsilî hükûmet organlarının kararlarına, seçim, meclis müzakereleri, referandum gibi usullerle katılım sağlayıp dâhil olduğu, “vatandaşların hükûmete iştirakleriyle beraber siyasi hürriyet sahasına eriştikleri” aşama olan şahıslanma, kişileşme (*personnification*) aşamasıdır.²³¹

Muvaffak Akbay, Hauriou'nun düalist teorisinde hukuki kişiliğin bir olgunluk evresi olarak, ancak tüm vatandaşların devlet idaresine katıldığı -siyasi özgürlüklerine kavuşmuş- milletler için kabul edilmesinde²³², Aquino'lu Aziz Thomas'ın önce vücudun, sonra istidat hâlinde ruhun meydana geldiği ve hayat boyunca vücudun ruhu fiile dönüştürmeye çalıştığı felsefesinden etkilenecek çelişkiye düştüğünü²³³ savunur. Gerçekten de Hauriou, kuramını, “beden önce gider, tin ya da ruh ancak ikinci olarak görünür” şeklinde açıklar.²³⁴ Renard ve Delos tarafından kurum teorisini geliştirme çabaları da, bu nedenle, Aquino'lu Thomas'ın felsefesinin de yeniden gözden geçirilmesi olarak nitelendirilmiştir.²³⁵ Hauriou, kişiyi, “zihinsel (psişik) alanda

²²⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 42.

²²⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 61.

²³⁰ Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi. İçtimaî vitalizm denemesi” (*La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, 1925), Fransızcadan Türkçeye çev. Tarık Zafer Tunaya, **İÜHFİM**, C. 9, S. 3-4, 1944, s. 657.

²³¹ Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi. İçtimaî vitalizm denemesi”, çev. Tarık Zafer Tunaya, s. 657.

²³² Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, s. 452.

²³³ Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, s. 429.

²³⁴ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 99.

²³⁵ Tangi Cavalin, “Sociologie, droit, théologie dans l'entre-deux-guerres : Georges Renard et Thomas Delos, disciples de Maurice Hauriou”, **Archives de sciences sociales des religions**, C. 179, n° 3, 2017, s. 147.

bireyin ve sosyalin kaynaşmasını düzenleyen, yani toplumu zihinsel bir şey olarak gerçekleştiren ajan” olarak tanımlar²³⁶ ve hukuki kişiliğin makul doğasını temsilci teorisi yoluyla savunurken, makul doğanın makul zihinsel temsiller sistemine eş değer olduğunu söyler²³⁷. Makul doğa ve temsile ilişkin açıklamalarında, skolastik doktrinde, Aquino’lu Thomas’ın kişiyi makul doğalı bireysel bir madde olarak tanımlamasına ve hipostaz yaklaşımında, kişinin bireyin özü, temsilcinin ise organik maddenin anlaşılır maddesi olmasına atıf yapması²³⁸, bu etkiyi doğrular. Teolojinin bâtın, ruh yahut felsefenin töz, cevher olarak incelediği öze, Hauriou’nun, özellikle düalist kuramlarında karşıt olarak bir tür zahirin, beden, biçim ya da formun da eklenmesiyle, esin olarak rastlanabildiğini söylemek mümkündür.

François Géný’ye cevaben kaleme aldığı notta, Hauriou, kendisini “Comtist pozitivistten Katolik pozitivist dönüşmüş, yani Katolik dogmanın sosyal, ahlaki ve hukuki içeriğini kullanacak kadar ileri giden bir pozitivist olarak sınıflandırmanın uygun olduğunu”²³⁹ kabul etmiş, böylece Laubadère’in ifadesiyle, “kendi kendisini etiketlemiştir”.²⁴⁰ Hukuki kişilik yaklaşımında bedenin ardında gizlenen ruh ve makul doğa fikirlerindeki Thomasçı etkiler ise Hauriou’nun, kendini pozitivist olarak tanıtmaya karşın, her zaman Thomasçı kaldığını düşündürür.²⁴¹ Hauriou sisteminin bütününe bakıldığında da, teoloji ile felsefenin madde-ruh yahut bâtın-zahir ayrımları, Hauriou’nun düalizm fikrinin temeli, ya da en azından Hauriou’nun düşün sisteminin bir unsuru olarak görülmektedir.

Hauriou’ya göre, manevi kişilik, aynı zamanda, kamu gücünün atamasına bağlı olmayan, “kendiliğinden” bir toplumsal gerçekliktir; kamu gücünün kişiliğin verilmesi ya da geri alınması hakkı yoktur, toplulukların kendilerine özgü nitelik ve amaçlarına dayanan hakları vardır.²⁴² Kurgu, ancak, önceden var olan bu manevi kişiliğe eklenen hukuki kişilikte rol oynar.²⁴³ Hauriou, kişiliğin kendiliğindenliğinin kabulünü önemli

²³⁶ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 5.

²³⁷ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 147.

²³⁸ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 147.

²³⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. xxiv.

²⁴⁰ André de Laubadère, “Les Doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit”, *Pages de doctrine. 1, Aux sources du droit, L’État et la politique (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero vd.)* içinde, Paris: LGDJ, C. 1, 1980, s. 12.

²⁴¹ Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, *RFHIP*, n° 28, S. 2, 2008, s. 319.

²⁴² Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, s. 319.

²⁴³ Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, s. 319.

bulur, çünkü, “eğer devletin kişiliği kendiliğindense, faaliyetin ihtiyaçları üzerine modellenir ve bu nedenle çok geniştir; kurgusal ise, sadece taklit olduğu sıradan sivil kişiliğin oranlarıyla sınırlıdır, dolayısıyla sadece imitasyondur”.²⁴⁴

Devlet kişiliğinin kendiliğindenliği fikrinin en güçlü rakibi, devlet kişiliğinin salt pozitif hukuka dayandığı fikridir. Hauriou, kamu hukukunun her branşından yazarların büyük çoğunluğunun, devlet söz konusu olduğunda manevi kişiliğin kurgusallığı fikrinden uzaklaştıkları ve kendiliğinden (spontane) kişiliği kabul ettiklerini ifade eder.²⁴⁵ Ancak kişiliğin gerçekliğini kabul ile, kendiliğindenliğinin kabulü her zaman paralellik göstermez. Kendiliğindenliğin rakibi olan hukuk teorisini, gerçeklik ya da kurgusallık fikirlerinden biriyle bir arada yahut gerçeklik tartışmasından tamamıyla bağımsız biçimde görmek mümkündür.

Kelsen’e göre kişi, yalnızca, hak ve yükümlülüklerin, dolayısıyla bunları düzenleyen normların birliği²⁴⁶ iken, Dewey’de de kişi, “yasa ona ne anlam veriyorsa odur”.²⁴⁷ Kelsen’e göre, birey topluma yalnızca, normlarla belirlenecek olan, belirli davranışlar ile tabi olur ve gerçek olan sadece bu insan davranışlarıdır; eğer tüm fizik ve ruh varlığıyla dâhil olsaydı, birden çok toplulukta yer alabilmesi mümkün olmazdı.²⁴⁸ Hukuki kişi de aynı şekilde, insan üstü bir gerçeklik değil, gerçek kişi gibi, bir hukuk düzeninin, normlar sistemsel bütününe derece ve kapsam farkı olan iki ayrı birliğin ifadesidir ve devlet için bu düzen toplam bir hukuk düzenidir.²⁴⁹

Devlet kavramının hukuki temelini “şüphesiz, doğal ve tarihsel gerçeklik” olarak nitelendiren Jellinek²⁵⁰, kişiliğin ise, “haklara sahip olma kapasitesi”, yani “hukuki kapasite” olup maddi dünyada kendi başına yer alan bir gerçeklik olmadığını, “süjelerin birbirleriyle ve hukuk düzeniyle ilişkisinden ibaret” olduğunu, “hukuki topluluğun temeli değil, sonucu” olduğunu savunur.²⁵¹ Devletin kişiliğinin, kamu

²⁴⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 193.

²⁴⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 193.

²⁴⁶ Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFM*, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 533.

²⁴⁷ John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, s. 655.

²⁴⁸ Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, s. 533.

²⁴⁹ Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, ss. 533-534.

²⁵⁰ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, s. 20'den aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 3.

²⁵¹ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, ss. 26-27'den aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, ss. 3-4.

hukukunu açıklayabilen tek kavram olarak reddedilemez olduğunu ifade eden²⁵² Jellinek'te, özortamı “kolektif bir birlik oluşturan insanlar” oluştururken, korporasyon “salt hukuki” bir kavramdır ve “tüm hukuk kavramları gibi, gerçekler dünyasında objektif olarak algılanabilecek hiçbir bağdaşımı yoktur”.²⁵³

Michoud'ya göre de, “hukuk bilimi için sadece bir hukuk süjesi, subjektif haklara sahip olabilen bir varlık anlamına gelen kişi, tamamen hukuki bir kavramdır ve böyle kalmalıdır”. Yazar, varlıkların kişilik niteliğini belirlemek için, felsefi anlamda kişi olup olmadıklarını araştırmaya gerek olmadığını savunur; bu varlıkların, kendilerine subjektif hakların atfedilebilmesine elverişli olup olmadıklarını incelemek, yazara göre yeterlidir.²⁵⁴

Hauriou, Jellinek'in, teorisini devletin subjektif manevi kişiliğiyle sınırladığı, Michoud'nun da kişilik kavramına özgülediği eserinde inceleme alanını en baştan haklar süjesi olarak öngörülen hukuki kişilik ile sınırladığını ifade ederek, “objektif hukuka yönelik bir çekingenlikle”, kişiliğin objektif unsurlarını yok saydıkları eleştirisini getirir.²⁵⁵ Yazar, subjektivist teorisyenlerin, önce kişiliğin, “makul doğanın objektif unsurunu ortaya çıkaran” skolastik tanımını felsefi bularak elediklerini, sonra da bu eksiklik nedeniyle, “makul doğanın yalnızca insana uygulanabileceğini” savunduklarını ifade eder.²⁵⁶ Oysa Hauriou'ya göre, sosyal örgütlenme muntazam ve dengeli bir düzenlemeyle rasyonelleştirilebilir ve “sosyal bir düzenlemenin makul doğası, subjektif kişiliğin ortaya çıkmasının objektif koşuluna dönüşebilir”.²⁵⁷

Devletin kişiliğinin kanun koyucu tarafından yaratıldığı fikri, doktrinde, devletin kişiliğinin kaynağının pozitif hukuk, pozitif hukukun yaratıcısının da devlet olmasının, bizi bir çözüme değil, ancak bir kısır döngüye ulaştıracak eleştirisiyle karşılaşır. Türk hukuk doktrininde, 20. yüzyılın büyük hukukçuları, devlet elinden çıkan pozitif hukukun, devletin bir organı olan kanun koyucunun devlete kişilik tanıyamayacağı; bu

²⁵² Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, s. 32'den aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 4.

²⁵³ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Almancadan Fransızcaya çev. Georges Fardis, C. 1, Paris: M. Giard & É. Brière, 1911, s. 295.

²⁵⁴ Léon Michoud, “La notion de personnalité morale”, *RDP*, n° 11, 1899, s. 8.

²⁵⁵ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 85.

²⁵⁶ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, ss. 85-86.

²⁵⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 86.

nedenle devletin kişiliğinin, hukukun bir faraziyesi olamayacağı fikrini savundular.²⁵⁸ Sıddık Sami Onar, pozitif hukukun devletin kişiliğini yaratamayacağı gerçeğinin, aynı zamanda, “hukuki kişiliğin” kaynağının pozitif hukuk olduğu fikrini de çürüten bir argüman olduğunu düşünür.²⁵⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu da, devletin, organı olan kanun koyucu eliyle, “kendi kendine hak sahipliği sıfatı veremeyeceğini” söyler.²⁶⁰ Aynı sebeple, Recai Galip Okandan, devlet şahsiyetinin pozitif hukukun bir eseri olarak görülmesinin, “gayrı mantıkî, kabulü imkânsız” bir durum meydana getirdiğini ifade eder.²⁶¹

Hauriou hukuki kişilikte objektif bireysellik ve subjektif kişiliğin payını belirlemek için ise, objektiften subjektife giden metodu tercih eder. Kamu Hukukunun Prensipleri eserinin 1910 tarihli ilk baskısında yaptığı bir tercihle geleneksel yolun zıddı yönü takip etmesinin²⁶² nedenini ise, alternatifler içinde “çok bilinenen az bilinene gitme kuralına uygun” tek seçenek olması olarak açıklar.²⁶³ Subjektif kişilikten yola çıkanların, subjektif hakları açıklamaya çalıştıklarını, oradan hükmi varlığın iradesini açıklayan organlara ulaştıklarını ifade eder.²⁶⁴ Oysa bu organların hukuki nitelikleri de sadece subjektif kişilik üzerinden belirlendiğinden, neticede, objektif örgütlenmeye doğru yola çıktılarsa da bir labirent gibi subjektif alan içinde kalmış olurlar.²⁶⁵ Kişilik konusu hukukun genel yönelimini belirleme meselesini de gündeme getirir, “hukuk subjektife yöneldiği için, kişiliğe yönelmiştir”.²⁶⁶

Hauriou, kişilik ile bireyselliğin önem mukayesesini yapmamakla birlikte, subjektife doğru çizdiği yolun, ilerleme teşkil ettiği hususunda açıktır. Duguit ise objektif bireysellik ve subjektif kişilik düalizminde, Hauriou’nun objektif bireyselliğe

²⁵⁸ Sıddık Sami Onar, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Abdülhak Kemal Yörük, Hüseyin Nail Kubalı ve Ferit Hakkı Saymen’in, devletin kişiliğinin kanun koyucu tarafından yaratılmış bir varsayım olamayacağına dair görüşleri için bkz. Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyeti III-IV”, *İÜHF*, C. 15, S. 4, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, ss. 826-828.

²⁵⁹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1944, s. 374.

²⁶⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, C. 1 (Başlangıç ve Şahsın Hukuku), üçüncü baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1948, s. 224.

²⁶¹ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyeti III-IV”, *İÜHF*, C. 15, S. 4, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 825.

²⁶² Georges Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, s. 138.

²⁶³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 84.

²⁶⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 85.

²⁶⁵ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 85.

²⁶⁶ Carlos Ruiz del Castillo, “Un schéma de la Doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d'Hauriou”, *Mélanges Maurice Hauriou* içinde, Paris: Sirey, 1929, s. 101.

“kesinlikle öncelik verdiğini” düşünür.²⁶⁷ Hauriou’nun, tarihin devleti nadiren hâkimiyetten doğan hakların süjesi olarak karşımıza çıkardığı ve devletle, genelde, “ulusun bir tür hukuki düzenlemesi” olarak karşılaştığımızı dair kabulü²⁶⁸; Duguit’ye göre, Hauriou’nun devletin kişiliğine dair savunduğu subjektivizmden uzaklaşmaya başlamasının göstergesidir.²⁶⁹ Duguit, Hauriou’nun, subjektivist kişilik fikirleriyle yola çıkıp kurum teorisine vardığı yolculuğu, “aslında tam olarak, iktidarın subjektif hak sahibi olmasının temelinde yatan geleneksel kişi-devlet teorisini objektif anlayışa dayanan bir teoriyle değiştirme çabası” olarak görür.²⁷⁰

Hauriou’da objektif bireysellik ile subjektif kişilik düalizmi neticesinde, kendi kendine ve doğal olarak var olan devlet kişiliğinin, farklı bakış açılarından ve farklı anlamlarla kabul edilebilmesi; devletin kişiliği kuramının hangi anlamda kişilik üzerine inşa edildiğini incelemeye yönlendirir. İdari hukuki kişiliğin, kuşkusuz bireyin kişiliğinden ayrı ve özellikli bir yapısı vardır.

B) Devletin Kişiliğinin Belirlenmesi: Kamu Hukuku Tüzel Kişiliği

Hauriou’nun kişilik teorisinin temeli olan düalizmi ve temsil teorisini rasyonel kılan unsurlardan biri, manevi kişilik ile hukuki kişilik ayrımıdır. Fransız hukuk terminolojisinde ve kişiliğin iki türlü tezahür edebileceğini öngören medeni hukukta özel önem taşıyan ayrıma göre; “gerçek kişi” kavramı, “fiziki kişi” olarak çevrilebilen “*personne physique*” terimiyle, tüzel kişilik (hükmi şahıs) ise “manevi kişilik” olarak çevrilebilen “*personnalité morale*” terimiyle ifade edilir. “Manevi kişilik”, böylece, “hukuki kişilik” olarak çevrilebilecek olan “*personnalité juridique*” kavramından ayrılır. Türk hukuk doktrininde ise, bireyin kişiliğini ifade eden “gerçek kişi” terimi kişilik tartışmalarında başlı başına taraftır, bir ön kabul, birey harici, fizik-dışı ya da kolektif kişinin “gerçek olmadığı” fikrini barındırır. “Tüzel” ve “hükmi” kelimelerinin Türkçede “hukuki” anlamına gelmesi ise Fransız doktrininde dahi karıştırılmaya müsait olduğu kabul edilen kavramların ayırt edilmesini bir hayli zorlaştırır. Özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında genel kamu hukukunun Türkiye kürsülerinde bu iki kavramın

²⁶⁷ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 38.

²⁶⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, birinci baskı, 1910, s. 115.

²⁶⁹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 39.

²⁷⁰ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 38.

Fransızcadan tercümelerine uygun olarak “manevi şahsiyet” ve “hukuki şahsiyet” şeklinde kullanılması, muhtemel bir terminolojik karmaşayı önlemiştir.

Léon Michoud, manevi kişiliğe özgülediği, özel hukuk ve kamu hukuku kişiliklerini bir bütün olarak inceleyerek açıklayan iki ciltlik eserinde, “*personnalité morale*” terimini tercih etme sebebini açıklarken, aslında “salt hukuki kişi” ifadesinin anlamı karşılayacağını ama pratik olmadığını, “*personnalité juridique*” kavramının ise insanlara ve daha özel olarak ayrıca ele alındığı üzere, gruplara ait olup çok geniş olduğunu; “*personnalité morale*” kavramının ise, belirsiz ve konunun özüne ulaşmayan ama talihsiz bir karışıklığa yol açamayacak bir terim olduğunu ifade eder.²⁷¹ Michoud, manevi kişilik kavramının felsefi kişiliği, hukuki kişilik kavramının ise hukuk süjesini ifade etmekte ya da manevi kişilik kavramını kişileşmeye elverişli her grubu, hukuki kişilik kavramının ise kişilikleri pozitif hukuk tarafından tanınabilen grupları ifade etmekte kullanılabileceğini söyler.²⁷² Neticede iki terimi eş anlamlı olarak kullanmayı tercih etse de bu tercihin sebebinin bu kullanımın pratik kolaylığından, kullanışlı olup karışıklık yaratmamasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

Hauriou’ya göre, bireysellik “organik” bir kavram iken, manevi kişilik “temsili”, hukuki kişilik ise “etik” bir kavramdır.²⁷³ “Hukuki kişilik”, birbiri yerine kullanılabildiğine rastladığımız “manevi kişilik” kavramından ayırt edilmelidir, çünkü iki kavram konunun iki farklı yönüdür.²⁷⁴ Hukuki kişilik, Hauriou’ya göre, özerk bir irade kullanan veya kullanması gereken her insanın sahip olduğu, manevi kişiliğe dayanan ve onun bir tür temsili olan, hukuk sosyal davranış aygıtının işleyişi için oluşturulan bir kavramdır.²⁷⁵

Hauriou’da devletin manevi kişiliği; devletin hak ve yükümlülüklerinin, hukuki devamlılığı ve dolayısıyla taahhütlerinin, modern devletlerde her hükûmet değişikliğinde anlaşmaları, vaatleri ve ayrıcalıkları yenilemenin gerekmeyişinin, devletler arası hukukta -güç farklılıklarına rağmen- devletlerin yasal eşitliğinin temeli

²⁷¹ Léon Michoud, **La théorie de la personnalité morale**, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 4.

²⁷² Léon Michoud, **La théorie de la personnalité morale**, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 5.

²⁷³ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 144.

²⁷⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 252.

²⁷⁵ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, ss. 147-148.

ve anayasa hukukunda güçlerin ayrılığı prensibinin psikolojik temelidir.²⁷⁶ Hukuki kişilik ise; hem objektif olan bireyi hem subjektif olan kişiyi içeren, kendisi dışında da kişilikler üretebilen insanın ürettiği, sosyal ilişkileri açıklayan çeşitli hakların birleşme noktasıdır²⁷⁷; özgürlüklerin kullanılmasıyla tezahür eden, “hukuki ilişkilere yönelik insan süjesinin bir tür nüshasıdır”²⁷⁸.

Hauriou, vefatından kısa bir süre önce kaleme aldığı, “Anayasa Hukuku İncelemesi” kitabının ikinci baskısında, manevi kişilik ile hukuki kişilik ayrımını netleştirmiştir. Yazar, manevi kişinin gerçekliğinin, hukuki kişinin gerçekliği sanılmaması gerektiği uyarısını yapar; manevi kişilik, Hauriou’ya göre, “bir sosyal ve manevi kurum” iken, hukuki kişilik “yalnızca hukuki bir kurum”dur.²⁷⁹ Manevi kişilik, sosyal ve manevi yapısıyla doğal olarak gerçeklik taşıyabilir, hukuki kişilik ise “sosyal kurumların manevi varlığının hukukun gerekliliklerine uyumunu sağlamaya özgülünmüş basit bir teknik araç”tır.²⁸⁰ Hauriou’ya göre hukuki kişilik, bireyler için de hâlihazırda aynı görevi görmektedir.²⁸¹

Muvaffak Akbay²⁸² ve Recai Galip Okandan²⁸³, Hauriou’nun kişilik teorisine karşı önemli bir eleştiri olarak, Milorad Simonovitch’in, Hauriou’nun hukuki kişilik meselesini manevi kişilik ile karıştırdığına dair yaptığı eleştirisini aktarırlar. Buna göre, subjektif evrenin ancak daha sonra ortaya çıkabilmesi, objektif sosyal hukuka karşı üstün olduğu iddiasını yansıtır ve çelişkilidir. Oysa Simonovitch’e göre, kurum teorisinin unsurlarından olan iş veya teşebbüs fikri, kurumun oluşma sürecinin ilk aşamasında, objektif bireysellik yanında subjektif kişiliği de mevcut kılar.²⁸⁴ Bu nedenle Georges Renard, Joseph Thomas Delos ve René Clemens kişilik sahibi teşkilatlı subjektif kurumun üstünlüğünden, Georges Gurvitch ise teşkilatlanmamış sosyal hukukun üstünlüğünden yana olacak şekilde, farklı yorumlar getirerek teoriyi çelişkiden arındırmaya çabalamışlardır.²⁸⁵ Simonovitch’in eleştirisi, hukuki kişiliğin,

²⁷⁶ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, ss. 23-24.

²⁷⁷ Maurice Hauriou, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, s. 6.

²⁷⁸ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 49.

²⁷⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1929, s. 205.

²⁸⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 205.

²⁸¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 205.

²⁸² Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, s. 452.

²⁸³ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı”, **İÜHFİM**, C. 16, S. 1-2, 1950, s. 95.

²⁸⁴ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı”, s. 94.

²⁸⁵ Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, s. 430.

sosyal bir gerçeğin doğal sonucu olmayıp, pozitif hukukun eseri olarak var olduğu fikrine dayanır.²⁸⁶ Akbay, Simonovitch'in eleştirisine hak verirken, Okandan, devletin hukuki kişiliğinin pozitif hukuk sayesinde varlık kazandığı fikrini kabul etmez. Okandan'a göre devlete hukuki kişilik tanınması, manevi kişiliğin, tıpkı fiziki varlıklarda olduğu gibi, hukuken tanınmasıdır.²⁸⁷

Hukuki kişiliğin tanınması, Hauriou'da, bir kurumun kuruluş sürecinde, kuruluş hukuki işlemi ve fiilî örgütlenmeden sonra üçüncü ve son unsurdur.²⁸⁸ Hauriou'da devletin manevi kişiliği ise sosyal bir kurum olup, hukuki kurum olan hukuki kişilikten önce kendisini gösterir ve hukuki kişiliğin özünü, temelini oluştururken hukuki kişilik, manevi kişiliğin başkaları tarafından tanınmasıyla gerçekleşen, devletin hukuki bir şekil almasını ifade eder.²⁸⁹ Michoud da, devletin uluslararası siyasi kişi olarak, başka devletler tarafından tanınması yanında, iç hukukunda da kendi kişiliğini tanıması gerektiğini ifade eder.²⁹⁰ Bu tanıma, sadece en otoriter devletin bile yapmaktan kaçınmayacağı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu tanımak değil, aynı zamanda bu hak ve yükümlülüklerin tek bir kişiye, ulusun hukuki enkarnasyonu olan kişiye, indirgendığını tanımaktır.²⁹¹

Devletin kişiliğinin kamu hukukunda doldurduğu yer ve karşıladığı anlamı belirlemek bakımından önem taşıyan bir diğer husus, devletin kişiliği meselesinin devlet teorileri içerisindeki yeridir. Devletin kişiliği konusunu, Muvaffak Akbay, devletin kurucu unsurları başlığı altında “devlet kudreti” ile birlikte²⁹²; Recai Galip Okandan da “devletin fiilî ve hukuki varlığını mümkün kılan unsurlar” başlığında “devletin iktidar unsuru” ile birlikte²⁹³ ele almış, alanın diğer öncü yazarları da benzer planlar içerisinde incelemişlerdir²⁹⁴. Okandan, ayrıca, Akbay'ın konuya, modern devletin dördüncü unsuru olmasına rağmen, diğer üç unsur olan insan, ülke ve

²⁸⁶ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı”, ss. 95-96.

²⁸⁷ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı”, s. 96.

²⁸⁸ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 268.

²⁸⁹ Recai Galip Okandan, “Devletin Şahsiyetinin Müessesese Fikriyle İzahı”, s. 93.

²⁹⁰ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, üçüncü baskı, 1932, ss. 305-306.

²⁹¹ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, üçüncü baskı, 1932, s. 306.

²⁹² Muvaffak Akbay, *Umumi Âmm Hukuku Dersleri*, ss. 323-602.

²⁹³ Recai Galip Okandan, *Umumi Âmm Hukuku Dersleri*, no. 473, Hukuk Fakültesi No. 105, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları (Fakülteler Matbaası), ikinci baskı, 1959, ss. 844-1083.

²⁹⁴ Örneğin Yahya Kâzım Zabunoğlu, derslerinde, devletin kurucu unsurları konusunu benzer bir ikili ayrımla ve fakat bu ayrım içinde kişilik konusunu, özel hukuk kıyaslamaları da yapılan geniş çerçeveden öze inen bir metotla ele almıştır.

hâkimiyetten başka, ikinci bir ciltte yer vermesini eleştirir.²⁹⁵ Böylece, devletin kişiliğinin, derin tartışmaların ötesinde, devletin dayanak unsurlarından olup, kamu gücü ve egemenlik gibi unsurlarla birlikte değerlendirilmekle anlamını bulduğu açıktır.

Konu, benzer ayrımlar altında incelense de Hauriou'nun konuya dâhil edilmesinde farklılıklara rastlarız. Hauriou'yu, gücün kaynağı meselesine, Akbay, “devlet kudretinin mahiyeti” hakkındaki görüşleri aktarırken “müessese teorisi”yle; Okandan ise “devlet iktidarının menşei ve sahibi” başlığı altında, “iktidarın devlete ait hak olarak düşünülmesi” teorisiyle dâhil eder. Okandan'da müessese teorisi ise, manevi şahsiyet hakkındaki görüşlerden “hakiki şahsiyet teorisi”nin alt ayrımlarından biri olarak yer alır. Akbay, şahsiyet teorileri içinde, Hauriou'yu, “manevi şahsiyeti felsefi bir realite olarak kabul eden nazariye”nin savunucularından olarak anar. Kamu gücünün hak teorisi ile kişiliğin de gerçeklik teorisi ile açıklanması en kısa ve ilk elden yollar olmakla birlikte; kurum teorisi de, kapsayıcı bir teori olarak, hem kamu gücünün kaynağı ile hem de devletin kişiliği ile doğrudan bağlantılıdır.

Devletin manevi ve hukuki kişiliğinin ayırt edilmesi ile kişiliğin genel devlet teorisi içindeki yerinin ve ifade ettiği anlamın belirlenmesinin önemi, en çok, Hauriou'nun, devletin objektif ile subjektif oluşum safhalarını ayırdığı düalizminde ortaya çıkar. Hauriou'nun kişilik kuramında, objektif kuruluş safhasında, bir toplumsal gerçeklik olarak var olan manevi kişilik ile subjektif yönü teşkil eden hukukilik karakterini taşıma safhasında söz konusu olan hukuki kişiliğin ayrımı net gözükmemektedir.

Bir diğer önemli mesele olan, kişiliğin kendiliğindenliği tartışmalarında, iki mefhumdan hangisinin oluşumunun değerlendirildiği hususu her zaman net değildir. Hauriou, sosyal ortamda kendiliğinden oluşan kurumların hukuki kişiliğinin devletin yasaması tarafından kabul edilmesi gerektiğini savunur.²⁹⁶ Dolayısıyla, bu kurumlar, kendiliğinden oluşacak ve kamu gücü tarafından yalnızca tanınacaklardır. Kuşkusuz, bu iki safhadan oluşma aşaması manevi kişiliği, ikinci safha hukuki kişiliği konu edinir. Bu nedenle, kişiliğin kendiliğinden kurulması teorisinin rakibi olan, kişiliğin

²⁹⁵ Recai Galip Okandan, “III. Eser Tahlil ve Tenkitleri, « Dr. Muvaffak Akbay, Umumî Âmm Hukuku Dersleri, Birinci C., Ankara 1948. s. 437 »”, *İÜHF*, C. 15, S. 2-3, 1949, s. 803.

²⁹⁶ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 161.

hukuk tarafından kurulması teorisi, esasında, birinci safhayı içermediği ve tanıma safhasına oluşumun değerini de atfettiği için Hauriou fikrinden ayrılır. Hauriou, subjektivist teorileri eleştirdiği nokta da aynıdır. Pozitivist ve subjektivist teoriler, Hauriou'ya göre, hukuki kişilikle ilgilenip manevi kişiliği yok sayarlar.

Manevi kişilik ile hukuki kişilik ayrımından daha girift bir ayrım ise bireysellik ve manevi kişilik ayrımıdır. Hauriou, bireysellik ile kişilik kavramlarının karıştırılmaması gerektiği, örneğin “bireysel haklar” ile “kişisel haklar” ayrımının mühim olduğu uyarısını yapar, yazara göre iki kavramın sosyal rol karşılıkları çok farklıdır.²⁹⁷ Devletin karşısına “birey” değil, “kişi” konulmalıdır; birey kavramının zıddı ise “devlet” değil, “toplum” dur.²⁹⁸ Toplum bir bireyselliği, devlet ise bir kişiliği ifade eden kavramlardır. Devletlerde kişileşen objektif bireysel varlık ise “ulus”tur. Esmein, devleti, “ulusun hukuki kişileşmesi” olarak tanımlar.²⁹⁹ Hauriou da her subjektif kişiliğin altında objektif bir bireysellik bulunduğunu, devletlerde bu bireyselliğe “ulus” denildiğini ifade eder³⁰⁰. Devleti hukuki bir kurgudan ibaret gören Esmein ile Hauriou'nun, farklı bakış açısı ve anlamda aynı ifadeye vardıkları düşünülebilir.³⁰¹

Hauriou'ya göre, birey ile kişi arasındaki bağlantı ise temsil kavramıyla açıklanır. Hukuki kişi, bireyin belirli bir temsilinden ibaret olup, birey kavramının bilinçli irade unsuruna dayanır.³⁰² Homojen olan kişiliğin sadece “gelişen” bir heterojen bireysellikte ortaya çıkabilmesi ve gerektirdiği temsilin “makul” olması, bir temsilî birliğe, bir tür oy birliğine ulaşması gereği, kişiliğin, bireysellikten çok daha sıkı koşulları olduğunu gösterir.³⁰³ İnsanın kişiliğinin tartışmasız kabulünün nedeni, tek başına, bu koşulları tamamen yerine getiriyor olmasıdır.³⁰⁴

²⁹⁷ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, ss. 47-48.

²⁹⁸ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 48.

²⁹⁹ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 1.

³⁰⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 72.

³⁰¹ Norbert Foulquier, “L'Analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif” (Kolokyum: CURAPP, 14-15 Kasım 2002, Université de Picardie, Amiens), *Liora Israël, uillaume Sacriste, Antoine Vauchez, Laurent Willemez (dir.), Sur la portée sociale du droit : Usages et légitimité du registre juridique* içinde, Paris: PUF, 2005, s. 49.

³⁰² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 5.

³⁰³ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, ss. 146-147.

³⁰⁴ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 146.

Meydana gelişi ve terminolojik ayrımları Hauriou’da detaylıca belirlenen kişilik kavramının, ulusal kamu hukukunda kendisine en çok ihtiyaç duyan alan olan idare hukukunda büründüğü biçim olan devlet idari hukuki kişiliğinin karakteristik görünümünün incelenmesi, Hauriou tarafından ortaya konulan bu kuramsal yapı ışığında mümkün olacaktır.

C) Devletin İdari Hukuki Kişiliğinin Çerçevesi

Kamu hukukunda “kamu hukuku gerçek kişisi”nin olmaması³⁰⁵, esasında kişilik gereksinimi gerçek kişilikten daha da fazla olan³⁰⁶ manevi kişiliği kamu hukuku için ayrıca önemli kılar. Özel hukukta gerçek kişiliğe kıyasen yapılan değerlendirmelerin kamu hukukunda benimsenme imkânı daha kısıtlıdır. Dahası, kamu hukukunun en önemli kişisi olan devletin idari kişiliği *sui generis* bir yapıdadır. İfade etmek gerekir ki, Hauriou’nun “idari kişilik” kavramı, bir manevi kişiliğe işaret eder. Hauriou düşüncesinde, idari kişiliğin, kamu gücü tarafından verilmesi zorunlu değildir. Kişiliğin doğal olmasının sonucu olarak, idari kişilik, kamu kurumlarının kişiliğinde olduğu gibi doğrudan tahsis edilebilir veya kendiliğinden üretilebilir.³⁰⁷ “İdari hukuki kişilik” kavramı da dolayısıyla, bir tür “manevi hukuki kişilik”tir.

Hukuki kişilerin, hakların kullanımı amacıyla bireylerin temsilcisi olduklarını savunan Hauriou’da, idari kişilik için temsil edilen bireysellikler yer ya da hizmete ilişkindir.³⁰⁸ Geniş anlamda idare; dar anlamda devleti, il özel idarelerini, belediyeleri, kamu kurumlarını (ve dönem itibarıyla kolonileri), kısaca idari kişiler bütünü kapsar.³⁰⁹ Geniş anlamda devlet, üç temel erke, yasamaya, yürütmeye ve yargıya bünyesinde yer veren oluşumdur.³¹⁰ Yürütme erkinin bir alt ayrımı olan dar anlamda devleti de bu nedenle kapsar. İdarenin bütünü (geniş anlamda idare), tüzel kişiliğe sahip bir dizi idari kişiden oluşur: En üstte sadece idari bir kişi olmayan, aynı zamanda yasama ve yargı işlevi de üstlenen devlet; aşağıda, bölgesel nitelikteki kamu kişileri

³⁰⁵ Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, **Droit Administratif**, s. 19.

³⁰⁶ Xavier Bioy, “Le droit à la personnalité juridique”, *La personnalité juridique* içinde, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ (koleksiyon: Travaux de l’IFR), 2013, s. 102.

³⁰⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 193.

³⁰⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 192.

³⁰⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 191.

³¹⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Bursa : Ekin, Birinci Baskı, 2003, Cilt 1, s. 25.

veya özerk hizmetlere özgülenen kamu kurumlarını içerir.³¹¹ İdari kişiliğin ilk görünümü olan, dar anlamıyla (*stricto sensu*) devlet ya da devletin merkez idaresi³¹² “büyük kamu yararları ve bu yararları karşılamak için egemenlik haklarıyla, bölgesel olarak ülke bütünü temsil eden” idari kişidir.³¹³

Devletin kişiliğinin kendine özgü yapısı nedeniyle, kişilik kuramları ya devleti istisna olarak belirleyerek kamu hukuku kişiliğini özel hukuk kişiliği temellerinde açıklamış ya da ayrı bir kamu hukuku kişiliği kuramı sistemleştirmişlerdir. Hauriou’nun devlet teorisinin genel yaklaşımı, devleti istisna olarak inceleme eğiliminin aksine, devleti, kamu hukukunun bir çeşit atomu, prototipi olarak merkeze alıp kamu hukuku genelinde geçerli ilkeler belirlemek olmuştur. Bu yaklaşım, doğal olarak, devletin dışında birtakım istisnaları yaratır. Bu nedenle, genel ilkeler belirlenirken, çeşitli tasnifler yapmak gerekir.

Hauriou, devlet hukuki kişiliğinde ortaya çıkabilen belirsizlikleri, çeşitli ayrımlarla ve idari kişiliğe “sınırlamalar ve kısıtlamalar getirerek”³¹⁴ çözmeye çalışır. Öncelikle, devletin ilişkilerinin niteliğine göre bir ayrım yaparak, devletin iç örgütündeki statüsünü hukuki kişilik tanımından dışlar. İkinci olarak, idari kişiliği, özel (ya da sivil, medeni) ve kamusal kişilik olarak ikiye ayırır. Son olarak da kamu gücünde kısmi kişileştirmeyi kabul eder ve devletin kamu hizmeti fonksiyonunda devlete kişilik tanırken, otorite davranışında kişilik atfedilemeyeceği tespitini yapar.

Objektif bireysellik ve subjektif kişilik evrelerini tespit eden Hauriou, kamu hukukunda hukuki kişiliğin subjektif kullanımını belirlemek üzere; “varoluş biçimleri” ve “örgüt” kavramları ile karşıt kavramı olarak belirlediği “muaşeret hayatı”³¹⁵ ya da günümüzde kullanımları daha yaygın olan kelimelerle “toplumsal ilişki yaşamı” veya kısaca “sosyal yaşam” olarak ifade edebileceğimiz “*la vie de relation*” kavramı arasında bir ayrım yapar.³¹⁶ Hukuki kişilik kavramının sosyal yaşam

³¹¹ Gustave Peiser, **Droit administratif général**, yirmi beşinci baskı, Paris: Dalloz (koleksiyon: Mementos), 2011, s. 3.

³¹² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 184.

³¹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 192.

³¹⁴ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l’État**, C. 1, 1920, s. 38.

³¹⁵ Mehmet Taplamacıoğlu, **Genel Sosyoloji Üzerine Bir Deneme**, ikinci baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, n° 87, 1969, s. 34. Yazar, “*la vie de relation*” kavramına karşılık olarak “muaşeret hayatı” ya da “münasebet hayatı” ifadelerini önermektedir.

³¹⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 61.

ile sınırlı olup, devletin ancak başkalarıyla ilişkilerinde kullanılabileceğini, devletin iç örgütlenmesinde ise işe yaramayacağını ifade eder.³¹⁷ Hauriou'ya göre subjektif kişilik, “sosyal yaşamı kolaylaştırmaya özgülünen hukuki teknik usulü (*procédé de la technique juridique*)”³¹⁸, “risk ve sorumluluklarının düzenlenmesinin mükemmelleştirilmiş aracı (*instrument*)”dır³¹⁹.

Hauriou'ya göre, “hukuki kişilik, bir tiyatroya dikilen bir dekor gibidir, perspektif salondan, yani dışarıdan görülmek üzere hesaplanır, ancak içerideki kulislere girer girmez, tüm düzenleme bulanır.”³²⁰ Hukuki kişi mekanizmasının içindeki “çarkların birbirleriyle durumları” subjektif ilişki niteliği taşımaz.³²¹ Çünkü “organların kendi aralarında veya sùjelerin organlarla olan ilişkilerinde devlet sadece bir kurumdur” ve bu nedenle objektif bakış açısıyla bakılmalıdır.³²² Devlet kişiliğinin ise yalnızca, kendisinin organı ya da sùjesi olmayan (“kendisinden bütünüyle farklı”³²³) taraflar ile ortaklarla ilişkilerinde söz konusu olduğunu açıklar.³²⁴ Devletin diğer devletlerle ilişkileri ile idari hizmetleri bu türdendir.³²⁵ Bireyin hukuki kişiliğini dayanak gösteren Hauriou, nasıl ki hukuk, insanların iç örgütü ile ya da bilinçlerindeki tartışmalarla ilgilenmiyorsa, korporatif kişilikte de yalnız başkalarıyla olan ilişkilerle ilgilenmesinin şaşırtıcı olmadığını savunur.³²⁶

Carré de Malberg, Hauriou'da devletin kişiliğini yalnızca başkalarıyla ilişkisinde bir araç, üçüncü kişilere karşı belirli hukuk kurallarına tabi kılınmasını amaçlayan bir yol olmasına karşı çıkar.³²⁷ Yazara göre, devlet, topluluğun birleşik bir ifadesi olarak hareket ettiği her durumda kişi olarak kabul edilmelidir.³²⁸ Devletin organlarıyla olan iç ilişkilerinin de -devlet ile organların tek ve aynı kişiyi oluşturduğu durumlar mevcutsa da- hukuki kişilikle ilgisi olmadığı söylenemez.³²⁹ Aksine organ teorisi, Carré de Malberg'e göre, bir yandan, kişiliğin oluşması ve sürdürülmesi

³¹⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 61.

³¹⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 61.

³¹⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 62.

³²⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 66.

³²¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 66.

³²² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xii.

³²³ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 38.

³²⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xii.

³²⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xii.

³²⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 61.

³²⁷ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 40.

³²⁸ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 39.

³²⁹ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 1, 1920, s. 39.

gayesiyle, kişi-devlet kavramını açıklamaya yardımcı olur ve diğer taraftan, ancak devletin kişiliği mevcutsa var olabilir; bu nedenle de aynı teoriyi daha sonra aynı kişiliğin bir kısmını reddetmek için kullanmak akılcı olmaz.³³⁰

Hauriou'ya göre, idari kişiliğin, ayrıca, özel (sivil, medeni) ve kamusal olmak üzere çift tarafı (*double face*) vardır.³³¹ Hauriou'da bu iki yön, önceleri iki ayrı kişilik (*double personnalité*) olarak ifade edilirken³³², daha sonra tek kişilik olduğu kabul edilmiştir.³³³ Kamu kişiliğinde temel bir soru da, kamu gücü işlemlerinin idari kişiliğe dâhil olup kamu gücü haklarının ve mali sorumlulukların söz konusu mu olacağı, yoksa tüm kamu gücü işlemlerinin hukuk dışı bırakılıp sivil kapasiteyle mi sınırlı kalacağı meselesidir.³³⁴ Bu sorun, idarenin kamu gücü kişiliğinin, ayrı ve özel hukuku aşan hak ve sorumluluklar içermesiyle, özel hukuk kişiliğinden ayrılması gerektiği yanıtıyla aydınlığa kavuşur. İdarece kamu hizmetlerinin yürütülmesi alanı mali yaklaşımlarla bir dönem özel hukuk düzeninin çerçevesinde sıkışıp kalmış, ancak kamusal kişilik ile bu çerçeveden çıkabilmiştir.

Bu ayrım, kamu gücü teorisine dayanır ve idare hukuku pratiğinde idari yargı ile adli yargıda görülecek işler arasındaki ayrımla paraleldir. İdarelerin özel hukuk haklarını içeren özel kişiliği özel mallar ile ilgili olup sıradan medeni hukuk özel kişiliğini aşmaz, “özel mülkiyet, devretme, kiralama, bağış ve miras alma” gibi haklara ilişkindir.³³⁵ İdarelerin kamu gücü haklarını içeren kamu kişiliği ise sıradan özel kişiliği aşar ve kamu mallarının kurulması veya kamu hizmetlerinin iyi işleyişini ve yasaların uygulanmasını sağlayan çeşitli araçların edinilmesi ile ilişkilidir.³³⁶ Bu kişilik; “kolluk ve adalet hakları, mali haklar, silahlı kuvvetlerden yararlanma, para basma, rütbe verme, vergi alma hakları, kullanım imtiyazları” gibi özel hukuk kişiliğini aşan hakların kullanılmasını, ayrıca “bu haklar kamu hizmetlerinin yerine

³³⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 39.

³³¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

³³² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, birinci baskı, 1892, s. 166.

³³³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 90.

³³⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 194.

³³⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

³³⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

getirilmesi için kullanıldığında parasal sorumluluk” doğmasını içerir.³³⁷ Hauriou, kamusal idari kişiliğe yönelik eleştirilere karşı, idari kişiliğin iki yönünden birine karşı çıkılacaksa bunun özel yönü olması gerektiğini ifade eder.³³⁸

Devletin idari kişiliğinin, kamu gücü ile sivil ya da manevi kişi olarak iki açıdan düşünülebileceğini kabul eden Théophile Ducrocq’a göre ise bu iki nitelik “yakından bağlantılı” olup, genellikle “devletin bireyselliğinde birleşir” ve iki nitelik arasına “mutlak bir sınır çizmek tehlikelidir”.³³⁹ Berthélemy de, idare edenlerin, otorite olarak, devlet lehine yerine getirdikleri kamu gücü işlemleri ile idari kişilerin yasal temsilcileri olarak, sorumluluklarındaki özel mal ya da kamu hizmetleri için yürüttükleri yönetim işlemleri arasındaki ayrımı kabul eder.³⁴⁰

Son kısıtlama, kamu gücünün “kısmi kişileştirilmesi” yoluyla gündeme gelir. Hauriou’ya göre, idare hukukunda söz konusu olacak olan kişileştirme, kamu hizmetlerinin yürütüldüğü alan (yönetim yolu) ile sınırlıdır. Hauriou, düalist bir ayrım yaparak, özel hukuku aşsın ya da aşmasın, kamu gücü kullanılsın ya da kullanılsın, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yürütülen işlemlerin devletin subjektif kişiliğine bağlı işlemler olduğunu ifade eder.³⁴¹ Bu alan; kamulaştırma, bayındırlık işleri, vergiler, kamu kredileri, askerî el koymalar, devlet ormanlarının yönetimi; hizmet kusurundan sorumluluk bakımından, kolluk, fabrikalar, cephanelere kadar uzanır.³⁴²

Ancak, Hauriou’ya göre, idare hukukunda, devlet idaresinin süjesi olarak görülen idare edilenlerin üçüncü kişi ya da başkası olmaktan ziyade, üye ya da katılımcı ortak sayılabileceği ve hukuki kişiliğin subjektif kullanımının pratik faydasının tartışmaya açık olduğu alanlar vardır.³⁴³ İdare hukukunun ikinci görünümünü teşkil eden, idarenin güç davranışı sergilediği, objektif hukuki durumlar belirlediği ve kişiler aleyhine icraî kararlar alabildiği alanda (otorite yolu), Hauriou’ya göre, “devletin subjektif kişiliğinin bir rol oynaması gereği çok kuşkuludur”.³⁴⁴

³³⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

³³⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

³³⁹ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, s. 355.

³⁴⁰ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 41.

³⁴¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 67.

³⁴² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 67.

³⁴³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 68.

³⁴⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, ss. 67-68.

Devletin, objektif hukuki durumların yürütülmesinde süjelere emrettiği, örneğin kolluk alanı bu türdendir.³⁴⁵ Hauriou’ya göre, gç tutumu sergilenen hukuki durumlarda, devletin kişiliğinden söz etmenin pratik bir faydası yoktur.³⁴⁶

Doktrinde, “kişiliğin bölünmezliği teorisi”, Hauriou’nun kısmi kişileştirme teorisine karşı çıkan güçlü bir rakip teori olarak yer alır. Devletin kişiliğinden yana olan Michoud ve Carré de Malberg, bu kişiliğin bölünebilirliği noktasında ise Hauriou ile ters dşerler. Michoud’ya göre Hauriou’nun teorisi “bölünemez olanı bölmek”tir³⁴⁷, zira “kamu gücü devleti ile özel hukuk tüzel kişisi devlet, aslında tek ve aynı hukuk süjesini meydana getirir”³⁴⁸ ve “hukuk süjesi olan devletin işlemi olmayan devlet işlemi yoktur”³⁴⁹. Yazara göre, devleti iki kişiliğe bölmenin ya da özel hukuk kişisi tezahürüyle sınırlamanın yaratacağı sonuçlar adaleti zedeler, zira iki kişilikten birinin yaptığı işlemden diğeri etkilenmeyecek, sorumlu olmayacaktır.³⁵⁰ Kamu gücü işlemlerinin, idari kişi adına yapılanlar ve sorumlu olmayan ve kişi de olmayan bir kamu gücü adına yapılanlar olarak ayrılması, yazara göre, hak verilemeyecek bir kısıtlamadır.³⁵¹

Carré de Malberg de Hauriou’nun kişiliği ikiye ayırmasına karşı çıkar ve aynı devletin eylemlerinin bir kısmı için devleti kişi olarak alıp diğerleri için devletin kişi olmaktan vazgeçmesi gibi bir fikrin makul olmadığının savunur, ona göre “kişiliği kısmen inkâr etmek, onu tamamen yok etmektir”.³⁵² Carré de Malberg, Hauriou’nun kişilik kavramının yararsız olduğunu söylediği, devletin üyelerine süjeler olarak emir verdiği durumu, “devletsel gücün kullanılması hukuki nitelikteki belirli kurallara veya sınırlamalara tabi olması”nın, hukuk devleti bağlamında asıl önem taşıdığı durum olarak değerlendirir ve bu nedenle de özellikle bu durum için devlet, subjektif hak ve ödevleri olan bir kişi olarak dşnlmelidir.³⁵³

³⁴⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 38.

³⁴⁶ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 38.

³⁴⁷ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, nc baskı, 1932, s. 311.

³⁴⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 271.

³⁴⁹ Léon Michoud, “La personnalité et les droits subjectifs de l’État dans la doctrine française contemporaine”, ss. 515-516.

³⁵⁰ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, ss. 271-272.

³⁵¹ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, nc baskı, 1932, ss. 310-311.

³⁵² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 40.

³⁵³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, ss. 38-39.

Buna karşın, devletin kişiliği teorisine karşı olan Henry Berthélemy'ye göre ise, “kamu gücü olarak kabul edilen devlet, kişi olarak görülmemelidir”.³⁵⁴ Bu nedenle Berthélemy, ayrımın kişi-devlet ile kamu gücü arasında olması gerektiğini; kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair işlemlerin kişi-devletin hukuki temsilcisi olan, otorite işlemlerinin ise kamu gücünü elinde bulunduran memurlar tarafından yerine getirildiğini savunur.³⁵⁵

Duguit, Berthélemy'nin teorisinin kendi içinde tutarlı olmadığı, kamu gücünün varlığını kabulün ancak kişi-devlet ile birlikte tutarlı bir sistem oluşturabildiği iddiasındadır; yazara göre “devletin kolektif kişiliğinin varlığını reddedip aynı anda kamu gücünün varlığını kabul etmek mutlak bir çelişkidir.”³⁵⁶ Kamu gücünün hak niteliğiyle bağdaşmadığını düşünen ve kamu hukukunda hukuki kişilik fikrini hepten reddeden Duguit, süje nosyonunun yararsız olduğunu fikrindedir ve bu fikir, hakların süje olmaksızın var olduğu iddiasına değil, hakların da var olmadığı iddiasına dayanır.³⁵⁷ Duguit, Michoud ve Carré de Malberg'in, Hauriou ile Berthélemy'ye kişiliğin bölünmezliği iddiasıyla yönelttiği eleştirilerine ise katılır. Ona göre devlet eğer kişiyse, “faaliyetinin tüm tezahürlerinde her zaman böyledir”, kişi değilse, “tezahürlerinin hiçbirinde asla böyle değildir”.³⁵⁸

Carré de Malberg, Hauriou'nun, *Précis de droit administratif* kitabının ilk baskılarında kişi-devlet doktrinini geliştirmiş olduğu hâlde, daha sonra, tamamen inkâr etmese de kamu hukukunun bir kısmından yararsız olduğu gerekçesiyle kaldırmasıyla Duguit'nin çizgisine yaklaştığını söyler.³⁵⁹ Carré de Malberg'e göre, Hauriou, hukuki kişiliği böldüğü ve bir kısmını dışarıda bıraktığı için, teorisinde devlet birliğinin devamlılık ve kalıcılığını yeniden tesis etmesi gerekmiş ve bu nedenle devletin tüm faaliyetlerine uygulanan “kişiliğin altında yatan objektif bireysellik” çok fonksiyonlu kavramını devletin temeline yerleştirmiştir.³⁶⁰

³⁵⁴ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 41.

³⁵⁵ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 42.

³⁵⁶ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

³⁵⁷ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 75.

³⁵⁸ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 91.

³⁵⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 40.

³⁶⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 40.

Hauriou, böylece, varlığı ve manevi kişilik boyutuyla toplumsal gerçekliğe karşılık geldiğini kabul ettiği kişilik mefhumunun, inşasının ise, kendiliğinden meydana gelen ve manevi kişiliğe denk olan objektif bireysellik ile hukuki kişiliğe denk olan subjektif kişilik düalizmi ile açıklanabileceğini tespit eder. Ayrıca diğer disiplinlere nazaran, kavrama en çok ihtiyacı olan ulusal kamu hukuku branşı olan idare hukukunda, idari kişilik olarak tezahür ettiğini ve idari kişilerin en önemlisi olan devlet idari kişinin kendine has bir yapıya sahip olduğunu ortaya koyar. Çeşitli sınıflandırma ve sınırlandırmalarla açıklanabilen bu yapıda, devletin kişiliği, özel ve kamusal kişilik olarak ayrılır ve devletin iç örgütü ile otorite yolunda bu kişilik gerekli görülmez.

Hauriou, kamu kişiliğine fazlaca karşı çıkılmasının, evrensel patrimonial feodal fikirlerinin etkisi olduğunu ve bir kamu gücü teorisi kurmanın bu nedenle güç olduğunu savunur.³⁶¹ Devlet idari hukuki kişiliğinin, diğer kişiliklerden daha çetrefilli ve tartışmalı olmasının esas nedeni, devletin elinde bulundurduğu kamu gücüdür. Özel hukuku aşan kamu gücü hak ve ayrıcalıkları, devletin hukuki ilişkilerini olduğu gibi hukuki kişiliğini de etkiler.

³⁶¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 195.

II. İdare Hukukunun Belirleyici Ölçütü Olan Kamu Gücünde Genel Kamu Hukukunun Rolü

Hauriou'nun idare hukuku doktrinine en büyük katkılarından biri, kuşkusuz, kamu gücü teorisidir. Bugün, Türk kamu hukukunda, uzun yılların ve sınırların ötesine ulaşarak Hauriou'yu tanımamızın öncelikli nedeni, devlet teorisi ve genel kamu hukuku doktrininin “kurum teorisi” kaynaklı vefasını bile aşan, idare hukuku doktrininin “kamu gücü teorisi”nden bağımsız bir idare hukuku girizgâhı yapmasının imkânsızlığıdır.

Kamu gücü teorisi; neticesi idare hukukunun asli meselelerinden biri olan; gerek idare hukukunun oluşum tarihi ve dolayısıyla anlamı, gerekse idare hukukunun kapsamı ve dolayısıyla idari yargının sınırlarını belirlemek açısından, ölçüt olarak kabul edilmediği dönemlerde dahi karışıklığıyla tanımları netleştirmek bakımından, başvurulması elzem olan bir idare hukuku konusudur.

Sonuçlarını idare hukuku dünyasında doğuran bu önemli kavramın oluşumu ise, tıpkı hukuki kişilik gibi, genel kamu hukukunun batınındadır. Hukuki kişilikte, genel kamu hukuku, idarenin kamu kişiliğini bir nihayet olarak sunarken, idareye tartışılması, yorumlanması gereken geniş bir marj bırakmamaktaydı. Kişiliğin varlığı gibi, niteliği ve hatta sonuçları tartışmalarını da genel kamu hukuku üstlenmekteydi. Kamu gücünde ise, aksine, anlamları ve ayrımları genel kamu hukuku bakış açısından tespit edilmekle birlikte, esas tartışma bu defa idare hukukuna bırakılır. Böylece, kamu gücü barındırmasının mı, yoksa kamu hizmeti niteliği taşımasının mı bir işlem ya da eylemi idare hukuku alanına taşıyacağını belirlemek, idare hukukunun görevi olarak kalır.

Ne var ki, kamu gücüne dair genel kamu hukukunun verilerini dışlayan bir idare hukuku doktrini, bu görevini layıkıyla yerine getiremez. Kamu gücü kavramının anlamı, niteliği ve özellikle kapsamıyla ilgilenmeksizin idare hukukunda kamu gücünün hâkimiyetini ya da belirleyiciliğini ret ya da kabul etmek, her durumda hatalı olacaktır. Hauriou'nun kamu gücü teorisinin dayandığı genel kamu hukuku temelleri

olmaksızın salt idare hukuku bakışıyla Hauriou'nun “kamu gücü”nün uygulanabilirliğini değerlendirmek mümkün değildir.

Hauriou'nun kamu gücünün önemli bir temeli, devletin, toplumsal gerçeklikten gelen hukuki kişiliğinden kaynaklanan, genel kamu hukuku doktrininde doğan, “hak” olma niteliğidir. Teorinin eleştirildiği husus da ontolojik ya da pratik safhalardan ziyade bu niteliktir. Çünkü kamu gücünün hak olmasının tehlikeli neticeler doğurabileceği varsayılır. Ne var ki Hauriou'nun kamu gücünü devlet şahsına ait bir hak olarak kabul etmesi, iktidara sınırları geniş bir meşru alan yaratma hedefiyle değil, aksine, devlet kişiliğinin hak ve dolayısıyla sorumluluklar yüklenerek birey karşısında bir muhatap konumuna gelmesi gayesiyledir. Öte yandan, Hauriou'nun “kamu gücü” kavramı, özellikle salt idare hukuku bakış açısıyla bakıldığında yanlış anlaşıldığına zaman zaman rastlanıldığı üzere, “kamu hizmeti” kavramına taban tabana zıt bir kavram olmadığı gibi, anakronik de değildir. (1)

Hauriou'nun kamu gücünün kapsamı, devletin sırf egemenliğe sahip olmasından kaynaklanan otoritesini kullandığı işlemlerle sınırlı değildir. Aksine, idarenin kamu hizmetlerinin işleyişine dair yaptığı işlemler, kamu gücünün önemli bir alt ayrımını teşkil eder. Bu anlamda olmak üzere, kuramlar arasındaki rekabet, kamu gücünün subjektif hak olması noktasında bir ayrılıkla birlikte, yalnızca idare hukuku ile idari yargının çerçevesini belirleyecek ölçütün hangisi olacağına dairdir. Hauriou'nun “kamu gücü ölçütü”nün, kökleri genel kamu hukukunda bulunan kavramsal temeliyle değerlendirildiğinde, kamu hizmetinden daha kapsayıcı olup, daha geniş bir sorumluluk alanı öngördüğü görülecektir. (2)

1. Kamu Gücünün Hak Niteliği ve Doğurduğu Tartışma

Hauriou'nun idare hukukunda yankısı en geniş teorisi, kamu gücü teorisidir. Bu teorisi, idarenin ve dolayısıyla özellikle idari yargının alanının belirlenmesi ölçütü olarak belirlenir ve bu anlamda kamu hizmeti ölçütüyle çatışır. İdare hukukunun başat kavramlarından biri olarak “kamu gücü”nün varlığının reddi, esasında, söz konusu değildir. Kamu gücünün idare hukukunda hâkimiyetinin eleştirildiği temel nokta kamu gücünün, Hauriou'da bir “subjektif hak” olarak kabul edilmesidir. Salt idare hukuku

sınırlarında bu meselenin açıklığa kavuşturulması güçtür, zira hak niteliği, devleti hak süjeliğinden, hak süjeliği de hukuki kişiliğinden kaynaklanır.

Kamu gücünün hak niteliği böylece, genel kamu hukukunda tartışılan devletin hak süjeliği ile açıklanır (A). Kamu hizmeti teorisi ise idare hukukunun belirleyici ölçütü olarak kamu hizmeti ölçütünü önerir ve kamu gücünün subjektif hak addedilmesi noktasında kamu gücüne ve dolayısıyla kamu gücü ölçütüne karşı çıkar (B). Ne var ki, kamu hizmeti teorisi özel hukuku aşan bir gücün salt varlığını reddetmediği gibi, Hauriou'nun kamu gücü teorisi de kamu hizmeti kavramını dışlamaz, aksine idare hukukunun temelinde bu kavrama da yer verir (C). Kamu gücü kavramının, teorisyenlerinin fikrî değişikliklerinin ötesinde, kökten bir reformla modern bir teoriye evrilmesi biçiminde bir dönüşüm geçirdiği savunulsa da, Hauriou'nun kamu gücü teorisini anakronik bırakacak bir evrimin gerçekleşmediği görülmektedir (D).

A) Devletin Hak Süjeliği Bağlamında Kamu Gücünün Niteliği

Devletin kişilik sahibi olmasının esas önemi, kişiliğin “hak süjeliği” ya da “haklara sahip olma yetisi”³⁶² olarak tanımlanması ve devletin, “idari kişiler” olarak gruplanan hak süjelerinden ilki ve en önemlisi olarak haklara sahip olduğu öngörüldüğünde, kamu gücü kullandığı işlem ve eylemlerin bu kabulün hangi alanında yer alacağı noktasındadır. Hauriou, devletin kişiliğini tespit ederken, kamu gücünde kısmi kişileştirmeyi kabul etmiş ve otorite yolunu kişilik dışında tutarak, yalnızca kamu hizmetleri alanında devlete kişilik tanımıştı.

İdare hukukunda subjektif hakların varlığı uzun yıllar tartışılmıştır. Hauriou, insan-kişinin de devletin de subjektif haklara sahip olduğunu düşünür. Subjektif hak sahipliği, hukuki kişilik ile aynı köktendir. Laband, devletin hukuki kişiliğini, devletin “rolünü ve yükümlülüklerini yerine getirmek için kendi egemenlik haklarına ve bağımsız bir egemen iradeye sahip olması” ile açıklar.³⁶³ Hukuki kişilik için Hauriou, “mal edinme yeteneği olan süje” ve “haklar süjesi olarak görülen süje” şeklinde iki tanım yapar ve bu iki tanımın birbirine indirgenebileceğini söyler; “çünkü zaten

³⁶² Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, s. 26'dan aynen aktaran Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 4.

³⁶³ Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, s. 101.

subjektif haklar, mallar ya da mal edinme araçlarıdır”.³⁶⁴ Özel hukuk anlamında, subjektif kişilik, “mal edinme ve hukuki ilişkileri destekleme kapasitesi” olup; bu anlamda, mallar ya da mülkiyet, hukuki ilişkiler, mal edinme ya da hukuki ilişkileri destekleme kapasitesi şeklinde üç kategori oluşturur.³⁶⁵ Ne var ki hukuki kişilik, subjektif kişilik ile bire bir örtüşmez, subjektif kişiliğin her yönünü karşılayamaz, zira süjenin tamamı değildir.³⁶⁶

Hauriou’nun hak kuramı da bütünsel doktrininden ayrılmaz. Objektif hak ile subjektif hak arasındaki ayrım, düalist anlayışa sıkı sıkıya bağlıdır. Her hakta objektif unsur ile ve subjektif unsur mevcuttur.³⁶⁷ Objektif unsur, bireysellik boyutunda oluşur. Sosyal çevrenin parçası olan bireyin, bir iradesi ve çıkarları vardır; sosyal çevreyi özgürlüğü için bir araç olarak kabul eden ve sosyal çevrenin merkezi hâline gelen kişinin ise hukuk düzeninde tanınan hakları vardır.³⁶⁸ Bireyin hakları, kişileşmeyle birlikte hukuk düzenince tanınır, tanınmalıdır da.³⁶⁹ Hauriou’da devlet ve haklar için uygulanabilen yapı, sosyal boyutu ve gücü hesaba katmasıyla özellik arz eden, hukukun tüm bilgi yöntemleri ile toplumsal alanda hukuka bir yer tahsisi arasındaki bağlantıya dayanan bir yapıdır.³⁷⁰ Hauriou, hukuki kişilikte ayrıca statik ve dinamik ayrımı yapar ve hak sahipliğini statik kişilik için yeterli görürken, hakları kullanma yetisini dinamik kişilik ile açıklar.³⁷¹ Kolektif manevi kişinin, hakları kullanma ehliyetine ancak dolaylı, dolambaçlı bir yoldan sahip olabileceğini savunur; çünkü kolektif manevi kişinin fiziksel bireyselliği değil, sosyal bireyselliği söz konusudur.³⁷²

Hauriou, subjektif hakkı, önceleri, “sosyal olarak güvence altına alınan bireysel menfaat” olarak tanımlarken³⁷³, daha sonra “süjenin menfaatlerini karşılamaya özgülünen, süjeye münhasır yetki” şeklinde tanımlar³⁷⁴. İlk tanımı, Rudolf von

³⁶⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 252.

³⁶⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 105.

³⁶⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 252.

³⁶⁷ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 48.

³⁶⁸ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 48.

³⁶⁹ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 161.

³⁷⁰ Éric Millard, “Hauriou et la théorie de l’institution”, s. 384.

³⁷¹ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 150.

³⁷² Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 159.

³⁷³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 317.

³⁷⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 91.

Jhering'in haklar için yaptığı “hukuki olarak korunan menfaatler”³⁷⁵ tanımına benzetilmekle birlikte, yeterince net bulunmazken³⁷⁶, ikinci tanımında, özellikle temsilci organların kullandıkları yetkileri subjektif haktan ayırma gayesi dikkat çeker. Hauriou'nun subjektif hakların varlığını ve devletin subjektif hak sjeliğini kabulü açıktır. Doktrinde de bu görüş oldukça yaygındır.³⁷⁷ Ancak subjektif hakların dayanağı ve subjektif hak süjesi olabilen idari kişilerin (zellikle kamu kurumlarının) kapsamı aynı derece netlik taşımaz.

1899 Joly kararıyla³⁷⁸ birlikte, Temsilciler meclisi, Senato, il genel meclisleri ve belediye meclislerinin kişiliğı tartışmaya açılmış ve Hauriou, bunların kamu kurumu olarak kabul edilebileceğini savunmuştur.³⁷⁹ Yasal tanımayı hakların kurucusu olarak görmeyen Hauriou, bir kuruluşun kamu kurumu olup olmadığının, kamu hizmetinin hangi koşullarda bağımsız bir kişilik kazandığı sorusuyla ilgili olduğunu ifade ederek, bir kriter önerir.³⁸⁰ Bu kritere göre: “Hizmete özgü haklardan yararlanılması hâlinde kamu hizmetinde manevi kişilik vardır; mülkiyetinde denek varsa veya kamu hizmeti, ayrıcalıklarını savunmak üzere mahkemeye kabul edilmişse haklardan yararlanma vardır”.³⁸¹ Bu nedenle, işlevleri oy çokluğu ile karar almak olan birçok seçilmiş üyeden oluşan idari otoriteler olan müzakereci meclisler; “bir tür manevi kişiliğı sahiptirler”.³⁸² Hiyerarşik bakan denetimine de tabi olmaması nedeniyle ayrıca tartışılan yasama meclisleri, Hauriou'ya göre ltn belirlediğı kapsama girer, çünkü mülkiyetlerinde mevcut bir ödenekleri vardır; il genel meclisleri ve belediye meclisleri ise Danıştay huzurunda taraf olma ehliyetine sahiptirler.³⁸³ Hauriou'ya katılmayan Michoud, yasama meclislerinin özel durumunun “finansal bireysellik fikri” ile il genel

³⁷⁵ Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son dveloppement*, (nc baskıdan) Almancadan Fransızcaya ev. Octave de Meulenaere, ikinci baskı, C. 4, Paris: Marescq An, 1880, s. 326.

³⁷⁶ Lon Michoud, *La thorie de la personnalit morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 103.

³⁷⁷ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, Georg Jellinek, Paul Laband, Hermann Rehm, John W. Burgess, Franklin H. Giddings, Vittorio Emanuele Orlando, Francesco Giuseppe Bigliati, Oscar Orban, Adhémar Esmein, Félix Moreau, Raymond Carré de Malberg, Léon Michoud gibi teorisyenler kamu gücünü devletin subjektif hakkı olarak grrlr (Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, ss. 95-96).

³⁷⁸ CE, “Affaire Héritiers de Joly”, 3 Şubat 1899, n 87701, *Rec.*, ss. 83-84.

³⁷⁹ Maurice Hauriou, “Affaire Joly”, *La jurisprudence administrative de 1892  1929*, C. 1 içinde, ss. 483-491.

³⁸⁰ Maurice Hauriou, “Affaire Joly”, s. 487.

³⁸¹ Maurice Hauriou, “Affaire Joly”, s. 487.

³⁸² Maurice Hauriou, *Prcis de droit administratif et de droit public gnral*, dördüncü baskı, 1900, s. 373.

³⁸³ Maurice Hauriou, *Prcis de droit administratif et de droit public gnral*, dördüncü baskı, 1900, s. 373.

meclisleri ile belediye meclislerinin mahkeme önünde hak savunabilmesinin de “il özel idaresi veya belediye adına” olmasıyla açıklanabileceğini ifade eder.³⁸⁴

Hauriou’ya göre, müzakereci meclislerin kişiliği, bu meclislerin “oyların çoğunluğu tarafından belirlenen bir iradeye sahip olması gerçeğinin doğal sonucu”dur.³⁸⁵ Michoud, özellikle kurduğu bu nedenselliğe dayanarak, Hauriou’yu, “irade teorisi” altında sınıflandırır. Michoud’ya göre, “subjektif hakta korunan irade gören ve hukuk süjesini iradesi korunan süje olarak değerlendiren” Hauriou teorisinde, bu organlara kişilik atfedilmesi olağandır.³⁸⁶ Bunun nedeni, yazara göre, “Preuss ve Gierke tarafından kuramlaştırılan irade teorisiyle hakkın devlete değil, organa ait olduğu söylenecektir”, çünkü irade her zaman organda mevcuttur.³⁸⁷ Oysa “subjektif hakkın korunan çıkarla tanımlayan ve hukuk süjesini korunan bir iradesi bulunan birey ya da grupta gören”³⁸⁸ bir anlayışta, temsilci değil de temsil edilende manevi kişiliği bulmakta zorlanılmaz; zira “korunan onun çıkarlarıdır, organın değil”.³⁸⁹

Oysa Hauriou, bir idari tedbirin vaktinden önce uygulanmasına ilişkin olarak, hakların kötüye kullanılması meselesinin tartışılmasına yol açan 1903 tarihli Zimmermann kararına³⁹⁰ ilişkin notunda, “menfaat teorisi”ni esas alan ve açıkça Jhering fikirlerinden esinlendiğini ifade ettiği bir düşünce sistemi önerir. Buna göre, hakları, menfaatleri karşılamak için yasal sınırlarda ve sorumluluğunu üstlenerek kullanmak olarak tanımlar ve hakların “kendi menfaatini tatmin için yetki kullanma iradesi” olarak açıkladığı subjektif unsurunun, “yasa tarafından veya herkes tarafından kabul edilen belirli bir hukuki ilişki ideali tarafından belirlenen ve söz konusu yetkinin nasıl kullanılması gerektiğini düzenleyen bir sosyal anlayış” olan objektif unsur ile genellikle çatıştığını, çünkü insanların sosyal amaçlardan ayrılan amaçlar için bireysel yetkilerini kullanmaya çalıştıklarını ortaya koyar.³⁹¹

³⁸⁴ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 361.

³⁸⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, dördüncü baskı, 1900, s. 374.

³⁸⁶ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 361.

³⁸⁷ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 145.

³⁸⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 361.

³⁸⁹ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 145.

³⁹⁰ CE, “Affaire Olivier et Zimmermann”, 27 Şubat 1903, n° 97217, *Rec.*, ss. 180-182.

³⁹¹ Maurice Hauriou, “Affaire Olivier et Zimmermann”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 563.

Hauriou'da kamu gücü teorisinin temelini oluşturan gücün kaynağı fikriyle, kurum teorisinin başlıca unsurlarından olan subjektif kişilik kavramı, birbiriyle sıkı sıkıya bağlı, birbirini destekler mahiyette farklı iki düşüncedir. Duguit'ye göre Hauriou, "kamu gücü devletin kişiliği" kavramını yaymaya en fazla katkıda bulunan ve en net ve ikna edici açıklamaları kazandıran isimdir.³⁹² Subjektif kişilik, haklara sahip (ve yükümlülöklere tabi) olmak anlamı taşır. "Kamu gücü", subjektif kişiliğinin varlığı sayesinde bir hak olarak devletin elindedir. Kamu gücü subjektif bir haktır; öyleyse kamu gücü hakkını kullanan varlık bir subjektif hukuk kişisidir. O hâlde Hauriou'da, kamu gücünün niteliği bir hak olması, kaynağı devletin bu hakka ilişkin hak sahipliği, sahibi ise hukuki kişi olan devlet müessesesidir.

Hauriou, böylece, devleti kişi, dolayısıyla hak süjesi olarak tanır ve kamu gücünü de devletin hakkı olarak görür. Hak teorisi, devletin kişiliğinin mevcut ve gerçek olması düşüncesinden daha fazla tepkiyle karşılaşır. Çünkü devletin, benzersiz ayrıcalıklar tanıyan bir güce sahipliği onun hakkı olarak kabul edildiğinde, devlete sınırsız bir hak kullanma marjı tanınmasından endişe edilir. Hauriou'ya göre, idare hukuku da diğer hukuk dalları gibi, hakların düzenlenmesi ve kullanılmasına ilişkin olup, idare hukukunda hak süjeleri idari kişiler veya idare edilenlerdir.³⁹³ Hauriou'da, idare ile idare edilenler arasındaki ilişki karşılıklı bir hak ilişkisidir. İdare bir kamu kişisi olarak, kamu gücünü kullanım hakkı başta olmak üzere birtakım haklara sahiptir. Bireyler de hukuk devleti içerisinde devlete sorumluluklar yükleyen temel hak ve özgürlöklere sahiptir. Bu anlamda Hauriou, toplumsal sözleşme anlamında olmamak kaydıyla, bir tür haklar teatisini kabul eder.

Devletin hukuki kişiliği, elindeki gücü hangi sıfatla kullandığı meselesini doğrudan etkiler. Hukuki kişilik teorisi, devletin haklara sahip olabilen bir kişi olduğunun kabulüdür. Kamu gücü de, Hauriou'da, böylece, devlete ait haklardandır. Ancak kişiliğin yalnızca hak boyutu yoktur, tabiiyet boyutu da vardır; 'devlete hukuki kişilik atfetmek, devleti "sanki kişiymiş gibi" düşünmektir; bu kişilik, devletin, yürürlöğe koyduğu hukuka tabi olabilmesini de mümkün kılar'.³⁹⁴

³⁹² Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, üçüncü baskı, 1932, s. 310.

³⁹³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 191.

³⁹⁴ Carlos Ruiz del Castillo, "Un schéma de la Doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d'Hauriou", s. 97.

Hauriou'nun teorisini eleştiren Berthélemy'ye göre ise devleti kişi olarak ve dolayısıyla gücü hak kullanımı olarak düşünmek, yanlış, tehlikeli ve faydasız karmaşıklıklar meydana getirmeye müsait bir fikirdir.³⁹⁵ Yanlıştır, çünkü, sadece devletin hukuk süjesi olarak temsilinde kişilik fikri gereklidir, gerçekte sadece kişilerin hakları vardır ve gücün kullanımı, hak kullanımı değildir. Tehlikelidir, çünkü, bu anlayış, bireylerin doğal özgürlüklerini, topluluk lehine, azaltmaya yönlendirir. Faydasız karmaşıklıkların kaynağıdır, çünkü bireylerin sahip olamayacağı, zorlayıcı nitelikli bir hak yaratır.³⁹⁶ Berthélemy'nin teorisini çelişkili bulan Duguit'ye göre, devlet bir hukuki kişi olarak kabul edilmediği ve fakat kamu gücü kabul edildiği takdirde, bazı memurların kamu gücüne sahip olması anlaşılamaz; çünkü memurların, daha üstün bir kolektif kişinin aracılığıyla olmadıkları müddetçe, yalnızca, gücü kapsamayan bireysel iradeleri vardır.³⁹⁷ Berthélemy ise, gücün kullanımı ile hak kullanımı arasına kalın bir sınır çizerek, kamu gücü kullanan memurların, egemenin haklarını kullanmadıklarını, yalnızca tamamı egemen gücü oluşturan fonksiyonları yürüttüklerini ifade eder.³⁹⁸

Duguit, kamu gücünü subjektif bir hak olarak gören yaklaşımı, “devletin metafizik doktrini” olarak adlandırır.³⁹⁹ Duguit'ye göre, kamu gücü bir gerçekliğe karşılık gelmez, “bir kurgudur”.⁴⁰⁰ Bir kurala hukukilik niteliğini veren, bir olgu olan yaptırım değil, hukuk normudur; “kuvvet hak değildir”.⁴⁰¹ Yaptırım gücü ise, kuralın hukukiliğinden önce mevcut değildir, ancak bu hukukilikten dolayı meydana gelebilmiştir.⁴⁰² Ne var ki, Duguit, kuralın hukukiliği için, “sosyal dayanışma ve adalet duygularına tekabül” etmesini arayarak, kanun ile hukuk normunu birbirinden ayırır.⁴⁰³ Duguit'ye göre yalnızca hukuk normuna dayanan kanunun hukuki değeri vardır.⁴⁰⁴ Duguit'nin, adaletten bir “akli prensip” değil de bir “duygu” olarak bahsetmekte gayesinin, metafiziğin alanına girerek kendiyle çelişmekten kaçınmak

³⁹⁵ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 41.

³⁹⁶ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 42.

³⁹⁷ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

³⁹⁸ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, s. 41.

³⁹⁹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, üçüncü baskı, 5 cilt, C. 1 (La règle de droit - Le problème de l'État), Paris: E. de Boccard, 1927, s. 618.

⁴⁰⁰ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 33.

⁴⁰¹ Vedat Raşit Seviğ, “Léon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet”, *İÜHFİM*, C. 15, S.1, 1949, s. 339.

⁴⁰² Vedat Raşit Seviğ, “Léon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet”, s. 339.

⁴⁰³ Vedat Raşit Seviğ, “Léon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet”, s. 339.

⁴⁰⁴ Vedat Raşit Seviğ, “Léon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet”, s. 339.

için olduğu anlaşılır.⁴⁰⁵ Zira hukuki pozitivizmde, adalet, hukukun geçerliliğinden başka bir şey değildir, değerlerin ne ölçüde gerçekleştirildiğini hukukun konusu olarak görmez.⁴⁰⁶ Daha genel olarak, ‘pozitivizmin “halkın onayı” diye bir sorunu yoktur’.⁴⁰⁷ Duguit, adil ve halkın benimsediği kurallardan oluşan bir hukukun, kuralların ötesine geçmeksizin, pozitivist bir çerçeve içinde kalarak inşasından yanadır.

Théophile Ducrocq’ta da idare hukukunun tüzel kişileri arasında ilk ve en önemlisi olarak yer verilen devlet, kolektif bir varlık olmakla birlikte, hak ve yükümlülüklerde birey gibidir. Birey hak ve yükümlülüklerine “benzer ya da özdeş” şekilde, “sahip olur, maliktir, devredebilir, sıradan vatandaşların yaptığı gibi ücreti karşılığında veya ücretsiz olarak edinebilir, onlar gibi para ya da gelir alacakları ve borçları vardır”.⁴⁰⁸ Ancak devletin hak sùjeliğinin bireylerin hak sùjeliğiyle özdeş olarak düşünülmesi, çözümlenmesi beklenen esas soruyu çözmeye yetmez. Çünkü bireylerin ellerinde tuttıkları bir kamu gücü, özel yetkilerle hareket edebildikleri bir ayrıcalıklı alan ya da bir hâkimiyet kararları verme/hükmetme salahiyeti yoktur ve asıl mesele bu husustadır. Léon Michoud, devletin hak sùjeliğinin reddi hâlinde, egemenlik haklarının sahipsiz olarak hukuki kişilerin üzerinde yer alıp onlara hükmetmesinin, yükümlülüklerin, dahası kamu hukukunun anlaşılamayacağını savunur.⁴⁰⁹ Bu hakların egemene ait olduğu kabul edildiğinde de bireyler arasında buyurma hakkı ile boyun eğme yükümlülükleri anlaşılamayacaktır.⁴¹⁰ Saleilles’e göre de, kurgu teorisyenleri, subjektif hakkı “bireylerin özgürlüğünün ortaya çıkması” olarak tanımladıkları ve subjektif hakların süjesini yalnızca “özgürlük ve irade özelliklerine haiz insanlar” olarak kabul ederek kolektif grupların bu sùjeliği doğal olarak edinebilmesini imkânsız kıldıkları için, henüz başlangıç noktasında subjektif hakları yanlış anlamışlardır.⁴¹¹

Jean-Jacques Rousseau’nun, kralların öncelikli kişisel çıkarlarının “halkın zayıf, sefil ve onlara asla direnemeyecekleri bir durumda olması” olduğuna dair iddiası⁴¹² ve

⁴⁰⁵ Vedat Raşit Seviğ, “Léon Duguit’ye Göre Hukuk Kaidesi, Sùbjektif Hak ve Hâkimiyet”, s. 339.

⁴⁰⁶ Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm”, *AÜHFD*, C. 35, S. 1, 1978, s. 30.

⁴⁰⁷ Rıdvan Akın, “Kemalist Devrim ve Devlet Tartışmasına Katkı”, *Toplumbilim*, S. 11 (Aydınlanma özel sayısı), İstanbul: Bağlam, Temmuz 2000, s. 179.

⁴⁰⁸ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, ikinci baskı, Paris: Auguste Durand, 1863, s. 356.

⁴⁰⁹ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 24.

⁴¹⁰ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 24-25.

⁴¹¹ Anna Mancini, *La personnalité juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, s. 45-46.

⁴¹² Jean-Jacques Rousseau, “Du contrat social”, *Œuvres* içinde, C. 3, birinci kısım, Paris: A. Belin, 1817, s. 472.

hatta Pierre-Joseph Proudhon'un, "ne titri ne bilgeliği ve ne de erdemi olanlar tarafından" yönetilme riski karşısında, yönetilmenin ancak "kamu yararı bahanesiyle" ve "genel çıkar adına" zorbalıklara uğramak ve buna rağmen kayda değmeyecek bir direniş dahi gösterememek anlamına geldiğine dair kaygısı⁴¹³ düşünsel bir paranoya değildir; egemene olan güvensizlik, tarih boyunca halkların gerçekliği olmuştur. Ne var ki, sosyal gerçeklik düzleminde değerlendirilmesi gereken soru başkadır: Devlete hak sūjeliği tanınmadığı ya da haklarının çerçevesi kalın çizgilerle netleştirilmediği durumda, zorbalık ihtimalinin olmadığı bir düzene geçiş mi sağlanacaktır, yoksa aksine, Michoud'nun savunduğu gibi, bu hakları egemen mi sahiplenecektir? Duguit gibi hak sūjeliğinin karşısında yer alan güçlü teorisyenlerin kamu gücünü *sollen* olarak reddetseler de *sein* boyutunda kabul etmek durumunda kalmaları, Michoud'nun gerekçesini doğrular niteliktedir.

Gücün bir hukuki kişi tarafından hak olarak kullanılıp kullanılmadığı tartışmasının mihengi, devletin kamu gücünü kullanırken ne ölçüde özgür olduğu meselesidir. Oysa Duguit'nin, kişilik teorisini, egemenlik haklarının devlete değil, onları yürüten bireye ait olduğunu savunan⁴¹⁴ Max von Seydel'in ardılı olarak gören Malberg'e itiraz etmek adına ifade ettiği gibi, devletin kişiliğini reddeden iki doktrin arasında, gücün kullanımına atfettikleri anlam bakımından büyük farklılıklar olabilir.⁴¹⁵ Devletin kişiliği, bir teorisyen tarafından -Seydel'de olduğu gibi- ona sınırsız bir yetki vermek için reddedilirken, diğer teorisyen -Duguit gibi-, tam aksine, tüm gücün hak olarak egemene ve devlete ait olmasına karşı çıkarak, yönetenlerin faaliyetlerini sınırlamak için reddedebilir.⁴¹⁶ Duguit'nin haklı itirazından yola çıkarak denilebilir ki, devletin kişiliğini tanımak ile devletin güç kullanımının sınırlarını geniş algılamak arasında doğrudan bir nedensellik yoktur.

Nitekim, Hauriou'nun da devleti hak sūjesi ve kamu gücünü hak olarak tanıma ve devletin kişiliğinin varlığını kabul etmedeki gayesi erkin güç kullanma yetkisini genişletmek değildir. Hauriou'da idarelerin kamu kişiliğine sahip olmasının iki avantajı vardır: İlki, kamu gücü ayrıcalıklarının varlığının, keyfiliğin önlenmesi ve

⁴¹³ Pierre-Joseph Proudhon, *Idée générale de la révolution au XIXe siècle, choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris: Garnier Frères, 1851, s. 341.

⁴¹⁴ Max von Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873'ten aktaran, Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 24.

⁴¹⁵ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 91.

⁴¹⁶ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 91.

sorumluluk sistemini gerektirmesi, bu sistemin de ancak hukuki kişilik ile mümkün olması; ikincisi de, kamu gücü alanında kamu kişiliğinin kabul edilmesinin onu özel hukuk kişiliğine, mali ya da salt maddi bir kişiliğe mahkûm olmaktan kurtarmasıdır.⁴¹⁷ Aynı şekilde, kişiliğin verilmesi hususunda da Hauriou, kişiliklerin yaratılmasının devlet hükûmetinin yetkisinde olmaması gerektiği, idarenin görevinin yalnızca hukukun icrası ile korunması olduğunu, mevzuatın hükûmete, kanunla değil idare tarafından yaratılması sonucunu doğuran bir yetkiyi vermesinin kabul edilemeyeceğini savunur.⁴¹⁸ Kurgusal kişilik teorisyenlerinin ise, hükûmetin keyfî olarak hukuki kişilikler yaratmasını, -ne de olsa bu kişilikler kurgudan ibaret olduğu için- doğal gördüğünü ve teorisyenlerin bu yaklaşımını “üzücü” bulduğunu ifade eder.⁴¹⁹ Dolayısıyla, Hauriou’nun, iktidarın keyfiliğine yeterince uzak durmadığı sonucuna varacak eleştirilerin haklılığını savunmak güçtür. Ne var ki, kamu gücünün hak niteliğinden kaynaklanan, özellikle kamu hizmeti teorisyenleri tarafından kamu gücü teorisine yöneltilen eleştiriler dinmeyecektir.

B) Kamu Gücü ile Kamu Hizmeti Ölçütleri Çatışması

Kamu gücü ölçütü ile kamu hizmeti ölçütü rekabeti, Fransa’da idare hukukunun bağımsız bir hukuk düzeni olarak varlığının kabulü tarihiyle doğrudan bağlantılıdır. Çünkü bu iki teorinin ortaya çıkışının ve çekişmesinin temeli, özünde, bağımsız idare hukukunu var etme yarışıdır. İdare hukukuna ve idarenin eylem ve işlemlerine en uygun ölçütü belirleme gayesi, ikinci evrede ön plana çıkar. Sonuç olarak, var etme yarışını kamu hizmeti teorisinin; uygun ölçüt olma yarışını ise, zaman içerisinde kendini geliştiren kamu gücü teorisinin kazandığını söylemek mümkün olacaktır.

Her ne kadar Fransız Danıştay 1799 yılında kurulduysa da nihai karar yetkisinin kralın elinde bulunduğu tutulmuş adalet sisteminden çıkmak Fransa için ancak 1872’de karar yetkisinin Danıştay’a devri ile (devredilmiş adalet sistemi) mümkün olabilmıştır. İdare hukukunun ortak hukuktan ayrı, bağımsız varlığı ise öncü içtihatlarla kabul edilmiştir. Bunlardan, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesince verilen, 1873 tarihli, idare hukukunun özerkliğinin kurucusu niteliğindeki Blanco kararında:

⁴¹⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 195.

⁴¹⁸ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 161.

⁴¹⁹ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 162.

“Kamu hizmetinde çalışan kişilerin eylemiyle bireylere verilen zarar için devlete düşebilecek sorumluluk, Medeni Kanun’da, bireylerin birbirleriyle ilişkileri için kurulmuş ilkelere göre düzenlenemez.” denilmiştir. Uygulanması gereken kurallara ilişkin olarak mahkeme, bunların, “hizmetin ihtiyaçlarına” ve “devlet hakları ile özel hakları uzlaştırma gerekliliğine” göre değişebilen, “genel ya da mutlak olmayan” kurallar olduğunu ifade etmiştir.⁴²⁰ Sonraki tarihlerde verilen, bir il kamu hizmetine ilişkin ve tarafların birey ile il özel idaresi olduğu sözleşme hakkındaki Terrier⁴²¹, il özel idaresine bağlı bir hizmet hakkındaki Feutry⁴²² ve bir belediye kamu hizmetine ilişkin Thérond kararı⁴²³, Blanco kararı ile birlikte, kamu hizmeti kavramının içtihadî temellerini oluşturmuştur.

Böylece denilebilir ki, Fransa’da idare hukukunun ayrı bir hukuk düzeni olarak varlık kazanması, kamu hizmeti teorisi ile eş bir gelişim sürecini takip etmiştir. 20. yüzyıla gelindiğinde, Bordeaux ile Toulouse ekolleri, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde farklı kriterleri sistemleştirmiş; idare hukukunun da kurucusu olan bu kararlar, kamu hizmetine yaptıkları atıflarla, Bordeaux ekolünün kamu hizmeti doktrininin içtihat ayağını oluşturmuştur.

İdare hukukunun alanının kamu hizmeti kriteri ile belirlenmesinin, fikir oluşum sürecini tamamladıktan çok kısa süre sonra doktrinde geniş kabul görmesinin belki de en önemli sebebi, kamu gücü teorileri çok daha köklü olmasına karşın, onların bir idare hukuku düzeni kurmaya hiçbir zaman yetememiş, bunu sorgulatamamış olmasıdır. Aynı şekilde, idare hukuku sistemini benimseyen nice dimağda kamu hizmeti teorisinin neredeyse kutsal bir yer işgal etme nedenlerinden biri de onun, idare hukukunun kurucu teorisi olarak görülmesidir.

Kamu hizmeti, “bir kamu kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen ve en azından kısmen kamu hukuku kurallarına tabi kamu yararı faaliyeti” olarak⁴²⁴, kamu gücü ise, “devletin tekeli olan meşru zorlayıcı güç ve böylelikle idarenin toplum

⁴²⁰ TC, “Blanco”, 8 Şubat 1873, n° 12, **Rec.**, 1^{er} suppl., s. 61.

⁴²¹ CE, “Terrier”, 6 Şubat 1903, n° 7496, **Rec.**, ss. 94-99.

⁴²² TC, “Feutry”, 29 Şubat 1908, n° 624, **Rec.**, ss. 208-218.

⁴²³ CE, “Thérond”, 4 Mart 1910, n° 29373, **Rec.**, ss. 193-198.

⁴²⁴ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin ve Véronique Inseguet-Brisset, **Dictionnaire de droit administratif**, altıncı baskı, Paris: Sirey (koleksiyon: Dictionnaires Sirey), 2012, s. 405.

üzerindeki üstünlüğünü tesis etmek için tertip ettiği eylem araçları” şeklinde⁴²⁵ tanımlanır. Hauriou, kamu gücünü, “idari hakları, idarelerin kamu kişiliği adına kullanan irade” olarak tanımlar.⁴²⁶ Tanımına hemen eklediği bir uyarı ile de, kamu gücünün, “idarelerin kamu kişiliğiyle aynı irade” değil, “o kişiliğin adına hareket eden bir irade” olduğunu ve bazı hipotezlerde, “hiçbir süjeyle ilişkili olmayan, kendinden var olan bir objektif irade olarak görüldüğünü” ekler.⁴²⁷ Duguit, kamu hizmetini, “gerçekleştirilmesinin yönetenler tarafından sağlanması, düzenlenmesi ve kontrol edilmesi gereken faaliyet” olarak tanımlar. Bu zorunluluğun nedeni ise, bu faaliyetin yerine getirilmesinin “sosyal karşılıklı bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi için esas olması ve doğası gereği ancak iktidar kuvvetinin müdahalesiyle tam olarak gerçekleşebilecek nitelikte olması”dır.⁴²⁸

Duguit, iradelerin ancak kamu hizmetinin örgütlenmesi ve işlemesine yöneldikleri ölçüde değer kazanacaklarını ifade eder. Kamu hizmeti, idare hukukundaki tüm temel kavramların önüne, devlet teorisinde ise egemenlik kavramının yerine geçmiştir, böylece kamu hukukunun temel kavramı hâline dönüşmüştür. Kamu hizmetinin hâkimiyetiyle birlikte, “devlet artık emreden bir egemen kudret değildir; ellerinde tuttukları kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve yürütmek için kullanmakla ödevli birtakım fertlerdir”.⁴²⁹ Kamu hizmeti ölçütüyle birlikte, “idare hukuku, idarenin üstün statüsünün, bireylere göre üstünlüğün tercümesi olmaktan çıkmış, kendisine düşen özel sorumlulukların ifadesi olmuştur.”⁴³⁰

Hauriou’nun kamu hizmeti ekolüne cevap niteliğindeki önsözünde⁴³¹ karşılık verdiği aslında Jèze’in, Duguit ve Bonnard ile birlikte kamu hizmeti ekolünü temsil

⁴²⁵ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin ve Véronique Inseguet-Brisset, **Dictionnaire de droit administratif**, yedinci baskı, Paris: Sirey (koleksiyon: Dictionnaires Sirey), 2015, s. 372.

⁴²⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 227.

⁴²⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 227-228.

⁴²⁸ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, 5 cilt, C. 2 (La théorie générale de l’État: Première partie- Elements, fonctions et organes de l’État), üçüncü baskı, Paris: E. de Boccard, 1928, s. 61.

⁴²⁹ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, çev. Süheyp Derbil, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 76.

⁴³⁰ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, *Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général* içinde, C. 2, Paris: PUF (koleksiyon: Publications de l’Université de Picardie, CURAPP), 1979, s. 12.

⁴³¹ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, *Précis de droit administratif et de droit public* içinde, on ikinci baskı, 1933, s. v-xvii.

ettiklerini de ilan ederek kaleme aldığı makalesidir.⁴³² Jèze'e göre, "idare hukukunun temel taşı"⁴³³ olan kamu hizmeti, "genel çıkarların belirli bir kategorisine düzenli ve sürekli memnuniyet sağlamak için, her zaman yasa ve yönetmeliklerle değiştirilebilen özel bir yasal rejim" olarak açıklanır.⁴³⁴ Kamu hizmeti, Jèze'in de hem idare hukuku doktrininin bütününün hem de devlet teorisinin omurgasıdır.⁴³⁵ Jacques Chevallier'ye göre, Jèze'in tanımında yer alan özel rejim, Duguit'nin tanımını aşan bir niteliktedir.⁴³⁶

Hauriou'nun kamu gücü teorisinin kurucusu olması, onun, rakip teorisinin ana kavramı olan "kamu hizmeti"ne yeterince önem vermediği anlamına gelmez. Hauriou, idarenin faaliyet amacını, kanunları uygulamak ve kamu hizmetlerini yürütmek olarak belirler. İdarenin, bu amacın dışına çıkarak, "normal hedefler" belirleyemeyeceğini söyler.⁴³⁷ Duguit ise kamu gücü kavramına böyle bir değer atfetmez. Yazara göre, kamu gücü kavramı, "Roma hukukundan ödünç alınan ve iktidarda bulunanlar ile hukukçuları tarafından, ellerinde tuttukları kuvvete görünüşte yasal bir temel vermek için savunulan metafizik bir kavramdır" ve onu "her pozitif aklın reddetmesi" gerekir.⁴³⁸ Böylece, Hauriou ile Duguit arasında "majör ve indirgenemez bir zıtlık" gücün hukukiliği meselesinde doğmuş olur.⁴³⁹ Hauriou kamu gücünün hukukiliğini savunurken, Duguit, iktidarların kullandığı bu gücü, hukukilikten yoksun bir gerçeklik olarak görür.

Duguit'nin kamu gücünü, devlet iktidarını elinde bulunduranların meşruiyet dayanağı olarak sahip çıktıkları, fıkri bir varlık olarak görmesi nedeniyle⁴⁴⁰, Hauriou, Duguit'yi "kürsü anarşisti" olarak nitelemiştir⁴⁴¹. Duguit, kamu gücüne karşı çıkmakla

⁴³² İlgili makale için bkz. Gaston Jèze, "Le service public", **Revista de drept public**, Nisan-Haziran 1926, ss. 167-179.

⁴³³ Gaston Jèze, **Les principes généraux du droit administratif : La technique juridique du droit public français**, C. 1, Paris: Dalloz, 2005, s. xv.

⁴³⁴ Gaston Jèze, **Cours de droit public**, Paris: Marcel Giard, 1924, s. 267.

⁴³⁵ David Maslarski, "La conception de l'État de Gaston Jèze", **Jus Politicum**, n° 3, URL : <http://juspolicum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>, son erişim tarihi 3 Aralık 2019.

⁴³⁶ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 16.

⁴³⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 226.

⁴³⁸ Léon Duguit, "De la situation des particuliers à l'égard des services publics", **RDP**, C. 14, n° 24, Paris: V. Giard & E. Brière, 1907, s. 422.

⁴³⁹ André de Laubadère, "Les Doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit", *Pages de doctrine. 1, Aux sources du droit, L'État et la politique (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero vd.)*, 2 cilt içinde, Paris: LGDJ, C. 1, 1980, s. 20.

⁴⁴⁰ Yılmaz Günel, "Duguit ve Devlet Nazariyesi", **AÜSBFD**, C. 19, S. 2, 1964, s. 291.

⁴⁴¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, birinci baskı, 1910, s. 79.

anarşist bir doktrini savunmadığını ifade eder.⁴⁴² Anarşizmi “bir toplumda iktidarın, yöneten ve yönetilenler arasında ayrımın olmaması, yalnızca kendi aktivitelerini özgürce geliştiren bireyler veya eşit grupların olması” olarak tanımlar ve bu tanımla, anarşizmin de, “bilimsellikten, ulusal egemenlik ve kamu gücü doktrinleri kadar uzak” olduğunu ifade eder.⁴⁴³ Oysa Duguit’ye göre, devlet, yönetenler ile yönetilenler arasındaki farklılaşmadan meydana gelmiştir.⁴⁴⁴ Bu farklılaşma, güçlüler ile zayıflar arasındaki doğal ayrımın bir görünümüdür.⁴⁴⁵

Duguit’ye göre, bu nedenle “iktidar gücü vardır ve olmaması düşünülemez”, karşı çıkılan ise, yalnızca, bu gücün “bir hak olduğu” iddiasıdır, çünkü “iktidarın hukuk gücü değil, fiili gücü vardır”.⁴⁴⁶ Duguit, kamu gücünün hukuki olmamasından kastettiğinin ise, iktidarların “emirleri formüle etme hakkının olmadığı ve iradelerinin tezahürlerini yönetilenlere dayatılamayacağı” olduğunu belirtir ve hukukun üstünlüğüne atıf yapar.⁴⁴⁷ Bu anlamda, Duguit’nin, kamu gücü teorisinde karşı çıktığı esas mesele, iktidara sahip olanların, ellerinde bulundurdıkları “kamu gücü”nün, onların eylemlerine sorgusuz sualsiz bir meşruiyet kazandırmasıdır.

Duguit, kamu gücü kullanılmasının bir gerçeklik olduğunu, ancak sırf kamu gücü kullanma yetkisini haiz olanların iradesi olduğu için değil, hukuka da uygun olduğu müddetçe uygulanabilir olduğunu vurgularken, esasında Hauriou da idare hukukunun alanına giren eylem ve işlemleri tespit için kamu gücü kullanılmasını ölçüt olarak belirlerken, idare edenlerin yaptıkları her işte kamu gücü kullandıklarını iddia ediyor olsa da, idare edenlerin kamu gücü kullanarak yapacakları her işin meşruiyet kazanacağı iddiasında değildir. Hauriou’da kamu gücü, iktidarların keyfi uygulamalarına meşruiyet kılıfı yapabilecekleri, kuvveti dogmalarla besleyen bir arka plan değildir; çünkü Hauriou doktrininde, hem devleti yönetenlerin işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluk mecburiyeti ve hem de kamu gücünün “objektif otolimitasyonunu sağlayan fikir”⁴⁴⁸ olarak kamu hizmeti, varlığını ve önemini

⁴⁴² Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

⁴⁴³ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 35.

⁴⁴⁴ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 71.

⁴⁴⁵ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

⁴⁴⁶ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

⁴⁴⁷ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 34.

⁴⁴⁸ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, s. xiv.

sürdürür. Üstelik kamu hizmeti teorisi de kamu gücünden bağımsız değildir, “kamu gücü ayrıcalıkları unsuruyla tanımlanır”.⁴⁴⁹

Bütün doktrin tartışmalarının ötesinde, idare hukukunun doğuşunda kamu hizmeti teorisinin belirleyici bir rol üstlendiği gerçeği, Hauriou’nun bu süreçte payı olmadığı anlamına gelmez. Aksine, Hauriou’nun önemli payı vardır, çünkü Hauriou’nun kamu hizmetinin doğuşuna çok büyük katkısı vardır. Hauriou, Terrier kararından çok önce kamu hizmeti kavramının hukuktaki önemini fark etmiş⁴⁵⁰ ve kamu hizmetinin boyutunu hiçbir şekilde ihmal etmemiştir⁴⁵¹. Hauriou, 1892’de, idari kişilerin kamu gücü haklarından da bahsettiği bir makalesinde “idare”yi “kamu hizmetlerinin işleyişi” ile eşleştirdiğinde⁴⁵², Duguit, bu alandaki ilk makalesini dahi henüz yayımlamamıştı. Hauriou, 1893’ten itibaren idare hukukunu kamu hizmetleriyle tanımlar. Yazar, 1893’te, kitabının ilk baskısında idare hukukunu “devletin örgütünü ve haklarını, kamu hizmetlerinin işleyişi ile ilgili olduğu sürece konu edinen kamu hukuku branşı” olarak tanımlarken⁴⁵³; son baskıda da düzenleme alanına, kamu idaresi yönetimi ve idari kişilerin organizasyonu, idari kişilerin kamu hizmetlerini yürütmek için sahip oldukları yetki ve haklar ile bu yetki ve hakların ayrıcalıklarla yürütülmesi konularını dâhil ederek tanımlar.⁴⁵⁴

Böylece, Hauriou’da kamu gücü kavramı ne kamu hizmetine zıt ne de ondan kopuk bir konumda bulunur. Bu kavramlar, Fransız idari rejiminin, biri gerçekleştirilecek eseri, diğeri gerçekleştirme yolunu ifade eden iki esas kavramdır.⁴⁵⁵ Her ne kadar, idare hukukunun belirleyici ölçütü olarak, işlem ya da eylemlerin kamu gücüne dayanması, işlem ve eylemlerde kamu hizmeti niteliğinin belirleyici olmasına bir alternatifse de; kamu gücü ile kamu hizmeti kavramları bağlı ve birbirini tamamlayıcı kavramlardır. Hangisinin idare hukukunun baskın kavramı olduğu seçimindeyse Hauriou, “kamu gücü” yanıtını verir. Ne var ki bu seçim, yazara göre,

⁴⁴⁹ Didier Truchet, “Pour un essai de définition”, **Informations sociales**, n° 4: Le service public, 1987, s. 19.

⁴⁵⁰ Jean Rivero, “Hauriou et l’avènement de la notion de service public”, *L’Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre* içinde, Paris, Sirey, 1956, ss. 461-471, özellikle s. 469.

⁴⁵¹ Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, s. 328.

⁴⁵² Maurice Hauriou, “De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII” (ikinci kısım), **RGA**, C. 45, S. 3 (Eylül-Aralık), Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1892, s. 25.

⁴⁵³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 147.

⁴⁵⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 20.

⁴⁵⁵ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, s. ix.

idare hukukunun kurucularına aittir; zira Fransız idare hukuku, kamu gücü üzerine kuruludur.⁴⁵⁶ Ancak Hauriou, kamu gücü ifadesinin yanıltmasından kaçınmak gerektiğini ifade eder; zira yazara göre, kamu gücünün bir tezahürü de “kamu hizmetlerinin işleyişine uygulanan yürütme gücü” olmasıdır ve böylece kamu gücü kapsayıcı bir üst kavramdır.⁴⁵⁷

Hauriou’nun karşı çıktığı, kamu hizmetinin bir idare hukuku ya da devlet teorisi sistemine esas dayanak alınması değildir. Hauriou, kamu hizmeti fikrinin, başat fikir olarak, kamu gücü sistemine yerleştirilme çabasına karşı çıkar. İki ekolün çatışması, bir fiilî durumun o ya da bu şekilde gerçekleşmesine ya da gerçekleşmesi gerektiğine dair değildir. Hauriou durumu bir benzetme ile izah eder. Buna göre; kamu hizmeti doktrini, klasik kamu gücü doktrininin “irade gücü” motoruna bağlı olan tüm hukuki mekanizmalarını toplayıp aktarır, daha sonra ise mekanizmaların tek bir sosyal hedef meziyetiyle veya bu hedefi açıklayan hukuk normuyla çalışmaya devam edeceğini savunarak bu motoru ortadan kaldırır.⁴⁵⁸ Hauriou’nun reddettiği, bu uyumsuzluktur. Sosyalizme yönelik en net eleştirilerinden birini de esasen bu noktada yapar. Sosyalizmin veya komünizmin ütopyasının da, “bireysel çıkar” motorlu kapitalist sistem tarafından monte edilen üretici mekanizmalarını devralıp, onların, bu motoru ortadan kaldırıp yerine “toplumun hizmet merkezi”ni koyarak aynı randımanla çalışmaya devam etmesini hayal etmek olduğunu söyler.⁴⁵⁹

Duguit’nin asıl karşı çıktığı nokta ise, kamu gücü sisteminin son derece tehlikeli olmasıdır. Bu tehlikeyi Duguit şöyle açıklar: “Kamu gücü işlemi tüm yargı yollarından bağışık olan hükûmet işleminden uzak değil ve kamu gücü rejiminden diktatoryal ya da tiranik rejime yalnızca bir adım var”.⁴⁶⁰ Ancak hemen ardından sorar: “Ama kamu gücünü inkâr edersek, bir görevlinin bireysel işleminin bize meşru olarak dayatılması nasıl açıklanır?”⁴⁶¹ Bu soruyu aydınlayabilecek tek kavram olarak kamu gücünü, bu nedenle, bir gerçek olarak kabul eder.⁴⁶² Hauriou’nun işaret ettiği açıdan bakıldığında,

⁴⁵⁶ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, s. ix.

⁴⁵⁷ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 73.

⁴⁵⁸ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, s. xiii.

⁴⁵⁹ Maurice Hauriou, “Préface de la onzième édition”, s. xiv.

⁴⁶⁰ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l’État : conférences faites à l’École des hautes études sociales** [Paris, Mart 1908], ikinci baskı, Paris: Félix Alcan, 1911, s. 70. (Konferans serisinin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz., Hak Kavramı Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans, çev. Edip Serdengeçti, İstanbul: Pinhan, 2019).

⁴⁶¹ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l’État**, s. 70.

⁴⁶² Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l’État**, s. 44.

Duguit'nin, doktrinine, kamu gücünün reel varlığını ön kabul ile başlaması⁴⁶³, Hauriou'nun eleştirisini anlaşılır kılmaktadır. Ancak Duguit'nin, kamu gücünü, genellikle “yöneten güç (*puissance gouvernante*)”⁴⁶⁴, “yöneten kuvvet (*force gouvernante*)”⁴⁶⁵ olarak ifade etmesi ve “güç” kavramıyla “kamu” kavramını bir araya getirmekten kaçınması, özünde, varlığını kabul ettiği gücün anlamına ve özellikle kaynağına ilişkin bir ayrılığı yansıtır. Sonuçta, esas meselenin, ancak egemenlik ve irade kavramları açıklığa kavuşturularak anlaşılabilir olacak olan, gücün kaynağı hususunda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Jean Rivero, 1953'te, bir sentez fikriyle yola çıkarak, idare hukuku kriterlerinin ikileşmesi gereğini ortaya koyar; idare hukukunun ya da özel hukukun uygulanması gereken durumların esasa göre belirlenmesi gerektiği fikrini ortaya atar.⁴⁶⁶ Siyasi gerçekliğin idari alana kudret biçiminde yansımaları olarak gördüğü kamu gücünün de modern kritere dâhil edilmesi gerektiği fikriyle, anlamını ve kapsamını değiştirmek üzere teoriyi yeniden ele alır. Böylece kamu gücü ayrıcalıkları ve kamu gücü yükümlülükleri ikiliğini; ya da ortak hukuktan “daha fazlasına” ya da “daha azına” sapma ayrımını gündeme getirir.⁴⁶⁷ Chevallier de ikili bir yaklaşımdan yanadır. İki kutuplu, hem güce hem de hizmete dayanan bir idare hukuku yapısını kabul eder. Yazara göre, “bu kavramlardan birini imtiyazlı olarak ve yargı yetkisi çözümlerinin tamamını kendi başına açıklamaya çalışarak, idare hukuku inşasının derin anlamını sadece bozabilir ve çarpıtabiliriz.”⁴⁶⁸ René Chapus, Jacques Moreau gibi isimler de ikili bir ölçütü doğru bulur. Ancak, sonraki dönemlerde, doktrinde, salt kamu gücünün (organik bir kriter arayışıyla Georges Vedel gibi) ya da kamu hizmetinin (André de Laubadère gibi) savunucuları da her zaman olmuştur.

Hauriou, kamu gücü ölçütüne karşı çıkılmasını anlaşılabilir bulur; “neden istenmediğini biliyorum, çünkü artık hiçbir biçimiyle güç kavramını istemiyoruz”

⁴⁶³ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, ss. 35-36.

⁴⁶⁴ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 35.

⁴⁶⁵ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 417.

⁴⁶⁶ Jean Rivero, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, *RDP*, 1953, özel sayı, ss. 279-296.

⁴⁶⁷ Jacques Moreau, Pierre Moreau ve Bernard Cazin “Dédoulement du critère de la puissance publique (point de vue de J. Rivero)”, *Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif* içinde, Haziran 2002 (Güncellenme tarihi: Haziran 2016), paragraf 51, URL : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CONT/RUB000016>, son erişim tarihi 23 Kasım 2019.

⁴⁶⁸ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 6.

der.⁴⁶⁹ Gerçekten de, bugünden baktığımızda dahi, kamu gücü ile kamu hizmeti çekişmesi, bir tarafta “güç”, diğer tarafta “hizmet” kavramlarıyla, devletin güç kullanmak için mi, yoksa halka hizmet etmek için mi var olduğuna dair bir soruya dayanıyormuş hissiyatı uyandırır. Ne var ki, soru, bundan daha ziyade, devletin, kamu gücü kullandığında mı, yoksa halka hizmet ettiğinde mi, somut olayın özelliklerine bakmaya dahi gerek olmadan, doğrudan idari sorumluluğunun doğması gerektiği ile ilgilidir. Kamu gücünün sorumluluk kapsamının daha geniş olmasının nedeni de budur. En nihayetinde, idare hukukunun bir tür güç üzerine kurulduğunun -bu güç temeli baki kalmak suretiyle- reddi, yalnızca bu gücü görmezden gelmek ve kontrol alanı dışına çıkarmak anlamına gelecektir. Hauriou, bu nedenle, kaygıları anladığını belirtmekle birlikte, bu kaygıların yol açtığı nihayetin, “aynı tasarlanmış fikirlerle gerçeklerin yalanlanması” olduğunu görmekten üzüntü duyduğunu açıklar.⁴⁷⁰

C) Kamu Gücünün Kamu Hizmetine Göre Konumu

Hauriou sisteminde, kavramların kuramsal tamamlayıcılığı gibi, idare hukuku uygulamasında da kamu hizmetleri ile kamu gücü bir aradadır; kamu hizmetlerinin işleyişi, kamu gücü kullanımından ari değildir. Kamu gücünün asıl önemi, uygulama aşamasındadır. Hauriou’nun tanımlarında ve salt kavramsal açıklamalarında kamu hizmeti kavramı baskındır; ancak idari fonksiyonların yürütülmesi alanı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi dâhil olmak üzere, başlı başına bir kamu gücü sahasıdır. Hauriou, başlangıçta, kamu hizmetlerinin ayrı ayrı, içerdikleri kamu gücü derecesine göre ayrılabilceği ve örneğin posta hizmeti gibi bazı hizmetlerin kamu gücü içermedikleri görüşündedir.⁴⁷¹ Bu düşüncesinde, kamu gücü işlemlerinin idari yargıya tabi olduğunu yine de kabul eder ancak kamu gücü içermediğini düşündüğü için adli yargının alanında gördüğü bazı kamu hizmetleri vardır. Ancak, Fransız Danıştayının 1898 tarihli Gaillarde ve Massot kararı⁴⁷²yla birlikte fikrini değiştirir⁴⁷³ ve kamu hizmetleri arasında ne ölçüde kamu gücü kullanıldığına bağlı bir ayırım yapmaya artık gerek görmez.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Maurice Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1, s. 11.

⁴⁷⁰ Maurice Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1, s. 11.

⁴⁷¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, üçüncü baskı, 1897, s. 237.

⁴⁷² CE, “Gaillarde et Massot”, 20 Mayıs 1898, n° 82638, *Rec.*, ss. 410-411.

⁴⁷³ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 73.

⁴⁷⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 187.

Karar, devlet ile imzalanan özel sözleşmelerin yürütülmesinde demir yolu şirketleri tarafından taşınan posta kolilerinin posta gönderisi mi (idari yargı) yoksa sıradan taşıma objeleri mi (ticaret mahkemesi) olduğu meselesini gündeme getirir. Olayda, gardan yük alıp adreslere taşımakla görevli nakliye araçları Gaillarde ve Massot'nun, merkez gara teslim edilen yüklerle ilgili olarak demir yolu şirketine merkez gara değil, adrese teslim tarifesinden posta harcı ödendiği gerekçesiyle, ilgili harcın geri ödenmesi talepli şikâyeti söz konusudur. Taşıma objeleri için ticaret mahkemesine yapılan başvuruda iadenin yapılmasına hükmedilirken; posta gönderilerine dair il idare meclisine yapılan başvuruda, il idare meclisi tek yetkilinin bakan olduğunu söyler ve Ticaret Bakanlığı tarafından ise talep reddedilir.⁴⁷⁵ Bu ret üzerine Danıştay'a yapılan başvuruda Danıştay, posta harcının; gara ya da adrese teslimine dair seçim bir defa yapıp seçilen tarifieden ödeme yapıldıktan sonra herhangi bir geri ödemeye konu olmayacağına hükmeder.⁴⁷⁶

Danıştay denetçisi André Dejean, bu çözümün, ancak, devletin, posta hizmetinde kamu yararı görevi üstlendiği ve kamu gücü olarak hareket ettiği ve posta harcının da, vergisel niteliğiyle, verilen hizmetin doğrudan karşılığı olan ücret değil ve fakat verilen bir hizmet vesilesiyle tahsil edilen bir katkı olduğu, bu nedenle bir kez alındığında artık iade edilemeyeceği düşüncesi ile açıklanabileceğini, mantıklı bir gerekçelendirmeye ancak bu şekilde kavuşabileceğini söyler.⁴⁷⁷ Hauriou, o tarihten itibaren, “kamu gücünün tüm hizmetlerde bir tür kullanımı olduğunu ve bu nedenle yalnızca tezahür ettiği işlemlerin doğasıyla ilgilenmek gerektiğini” düşünür.⁴⁷⁸ Hauriou, böylece, henüz 1898'de, kamu hizmetlerini tamamıyla kamu gücü alanına dâhil etmiştir.

Kitabının ilk baskılarında Hauriou, iptal davaları ile tam yargı davaları (veya olağan yargı başvurusu) ayrımında, iptal davalarının, yetki aşımı başvuruları yolu olarak; idari işlemin, bir parçası olduğu faaliyetten izole edilerek iptal edilmesine

⁴⁷⁵ André Dejean, “Affaires Gaillarde ve Massot” (İçtihat notu: CE, 20 Mayıs 1898)”, **RGA**, C. 62, n° 2, 1898, s. 393-394.

⁴⁷⁶ CE, “Gaillarde et Massot”, 20 Mayıs 1898, n° 82638, **Rec.**, s. 411; André Dejean, “Affaires Gaillarde ve Massot”, s. 394.

⁴⁷⁷ André Dejean, “Affaires Gaillarde ve Massot”, s. 397.

⁴⁷⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 187.

ilişkin olduğunu ve bu başvuruların konusunun her zaman bir otorite işlemi olduğunu açıklar.⁴⁷⁹ Tam yargı davaları ise, özellikle yönetim işlemlerine, ama aynı zamanda otorite işlemlerine karşı da başvurulabilen yoldur ve bu yolda yargıcın, idari işlemi düzeltme yetkisi vardır.⁴⁸⁰ Hauriou, otorite işlemleri ile yönetim işlemleri ayrımı yapan diğer teorisyenlerin, bu ayrım ile iptal davası ve tam yargı davası ayrımını net biçimde eşleştirmekten kaçındıklarını belirtir.⁴⁸¹ Hauriou, tam yargı davalarını, idari ve adli yargıda görülmesi gerekenler olarak ayırmış ve kamu gücü işlemleri ile kamu gücü eylemlerinin idari yargı mahkemelerinde, özel kişi eylemleri ile bireysel haklar ve özellikle mülkiyet hakkında bir kamu gücü eyleminin sebep olduğu zararlardan mali tazminat doğması durumlarını adli yargının yetki alanında bırakmıştır.⁴⁸²

Ancak bu ilk baskılara göre, “idare mahkemeleri doğal olarak otorite işlemini değerlendirmeye yetkiliyken, adli mahkemeler doğal olarak yönetim işlemini değerlendirme yetkisine sahiptir”.⁴⁸³ Bunun nedeni, yazara göre, bu işlemlerin özel hukuk işlemlerine yakınlığıdır. Ama yazar, kamu gücü işlemlerini yine de idari yargı alanına bırakacak formülüyle devam eder: “Ancak, kamu gücü işlemi karakterini muhafaza ederek, idare mahkemelerinin yetkisine dâhil olan yönetim işlemleri de vardır”.⁴⁸⁴

Esasında, temel formül aynıdır, ancak yönetim işlemlerinde “kamu gücü içermeyen yönetim işlemleri” asıldır. İşte, 1898 tarihindeki fikir değişikliği bu nedenle önemlidir. O tarihe dek “kamu gücü içermeyen” kamu hizmetleri ya da yönetim işlemleri giderek daralmış ve 1898’de son olarak posta hizmetlerini de kamu gücü alanına dâhil ederek, kamu hizmetlerine ilişkin birtakım işlemlerin adli yargı mahkemelerinde görülmesinin yolunu kapatmıştır. Hauriou, kamu kişiliğinin kabul

⁴⁷⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 689.

⁴⁸⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 183.

⁴⁸¹ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 2.

⁴⁸² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, ss. 690-691.

⁴⁸³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, ss. 163-164; Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 189.

⁴⁸⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 164; Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 189.

edilmesinin dayanağını dahi, idareyi bu mali kişilikten kurtarma gayesinde bulur.⁴⁸⁵ Dolayısıyla, ifade etmekte beis bulunmayan tarihsel gerçek şudur: Kamu hizmetleri teorisini, bu yeni kamu gücü anlayışı doğurmuştur. Kamu gücü düşüncesinin, kamu hizmetlerinde de kamu gücü kullanıldığını tespiti, kamu hizmetleri teorisinin yolunu açmıştır. Hauriou köklü ve kapsamlı bir teoriyi, adım adım ama tam anlamıyla ters yüz etme misyonu üstlenmiştir. Bu misyonun yegâne gayesi de kamu hizmetleri alanını idari yetki kapsamına dâhil etmektir. Bu anlamda, kamu hizmeti teorisinin kabulü için gerekli olan, eski kamu gücü anlayışının terk edilmesi eşliğinde önemli katkısı olmuştur. Neticede de bu hedef gerçekleşmiştir.

Kamu gücünün, kamu hizmetini dışlamadığı kabul edildiğinde, ikisi arasında bir tercih yapmanın yine de bir anlamı olup olmadığı sorusu dikkat çekicidir. Bu tercihin anlamı, işlem ve eylemlerin idari niteliğinin, idare hukukunun çerçevesinin ve dolayısıyla asıl pratik önemi barındıran, idari yargının kapsamının, bu iki temel kavramdan hangisine göre belirleneceği noktasındadır. Hauriou, temel prensibi şöyle formüle etmiştir: “Kamu gücü işlem ve eylemleri olarak değerlendirilen her şey idare mahkemelerinin yetkisi dâhilinde olmalıdır” ve “kamu gücü işlem ve eylemleri olarak değerlendirilmeyen her şey adli mahkemelere bırakılmalıdır”.⁴⁸⁶

Her ne kadar, idari yargının yetkisini belirlemede kamu hizmetine atıf yapan öncü karar 1873 tarihli Blanco kararı ise de kamu hizmetinin ilkesel nitelik kazanarak ölçüt hâline gelmesi; idari yargının yeni yapısının (Cadot kararından sonra) ikinci örneği olan⁴⁸⁷, 1903 tarihli Terrier davası⁴⁸⁸ ile olmuştur. Terrier kararı için Hauriou, karara konu olan, bölgedeki zararlı hayvanların yok edilmesi işinin, olayda, bölge sakinlerinin yararına olmakla gerçek bir kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve dolayısıyla, bir özel hukuk sözleşmesi değil, bir idari işlem olduğu belirtir⁴⁸⁹ ve idari yargının yetki alanının, kamu hizmeti kavramı yoluyla, böylece, mahallî idarelere genişletilmesini memnuniyetle karşıladığını ifade eder.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 195.

⁴⁸⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 344.

⁴⁸⁷ Maurice Hauriou, “Affaire Terrier”, s. 455. İlk örnek karar için bkz. CE, “Cadot”, 13 Aralık 1889, n° 66145, **Rec.**, ss. 1148-1154.

⁴⁸⁸ CE, “Terrier”, 6 Şubat 1903, n° 7496, **Rec.**, ss. 94-99.

⁴⁸⁹ Maurice Hauriou, “Affaire Terrier”, s. 453.

⁴⁹⁰ Maurice Hauriou, “Affaire Terrier”, s. 454.

Terrier davasında hükûmet komiseri Romieu, kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütleriyle ilgili olarak geçmişten gelen birtakım karışıkları da gidermeye çalışmıştır. Önceleri, erkler ayrılığı ilkesinin; sadece kamu gücü işlemlerinin doğası gereği idari nitelikte olduğu ve yönetim işlemlerinin, özel kanunla aksi belirtilmedikçe ortak hukuk tarafından düzenlendiği, yani olağan mahkemelerin yargı yetkisine tabi olduğu; sözleşme yükümlülüklerine ya da zarar tazminine dayanan yönetim işlemlerinin idari nitelik taşımayıp, yalnızca hazinece tahsil edilen bir meblağa yol açtığı neticelerine varacak şekilde yorumlandığını açıklar.⁴⁹¹ Romieu'nün kamu gücü işlemleri ile yönetim işlemleri ayrımında kamu gücü işlemleri ile kastedilen otorite işlemleridir. Romieu, o hususta yaşanan kavram karmaşasını da açıklığa kavuşturmaya çalışır. Romieu, kavramın aslen, örneğin 1873 Blanco kararında hükûmet komiseri David'in ve 1901 yılında Dessauet kararında Yargıtay'ın kullanımları gibi, idarenin özel kişi olarak hareket etmediği her durumu ifade etmek için kullanıldığını; ne var ki daha sonra, yalnızca otorite ve buyurma işlemleri için kullanılmaya başlandığını ifade eder.⁴⁹²

Romieu'nün, bizzat, “kamu gücü işlemleri” ifadesini eleştirdiği anlamıyla, yalnızca otorite işlemlerini kastedecek biçimiyle kullanması, kuşkusuz, bu kullanımın dönem itibarıyla yaygınlığından dolayı anlaşılabilirlik adına. Ancak vurgulamak gerekir ki, Hauriou, bu kullanıma hiç gerek duymamıştır. İlk çalışmalarından son çalışmalarına dek ve bu kullanımın özellikle Laferrière'in kamu gücü işlemleri ve yönetim işlemleri ayrımını kuramlaştırmasıyla yaygınlaştığı dönemde dahi, Hauriou için “kamu gücü” her zaman, yönetim işlemlerinde de (önce bulunabilen, sonra kesin olarak bulunan) bir çatı kavram olarak kalmıştır. Aslında Romieu, esas olarak, Laferrière'in kullandığı anlamda “kamu gücü”nün, idari yetki alanını belirleyen ölçüt olamayacağını, haklı olarak savunur. Hauriou'nun, Romieu'yü tereddütsüz destekleme sebebi de budur. Hauriou düşüncesinde, idari yetki alanının otorite işlemleri ile sınırlı olamayacağı savunusu, Romieu'nün fikirlerindeki kadar nettir. İddia edilebilir ki; kamu hizmetinin belirleyiciliği fikri kullanılarak yıkılmaya çalışılan “Laferrière tipi kamu gücü”ne, ilk taşı atan Hauriou'dur.

⁴⁹¹ Jean Romieu, “Conclusions: Affaire Terrier”, *Maurice Hauriou, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 449.

⁴⁹² Jean Romieu, “Conclusion: Affaire Terrier”, s. 451.

Kamu hizmeti ölçütünün Terrier kararıyla prensip hâline gelmesi, kamu gücünün ölçüt olarak kullanılması geleneğini yok etmemiştir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin, 1906 tarihli Sagot du Vauroux kararında; Lot-et-Garonne valisi tarafından; davanın konusunu teşkil eden, piskoposa tahsisli bir alan mülkünü yönetmek üzere, ölüm nedeniyle boşalan idareci koltuğuna bakanlık kararıyla yeni atama yapılması işleminin, her zaman kamu gücünden ayrılamaz nitelikte bir hak olarak kabul edilen *régale*⁴⁹³ hakkı olduğu gerekçesiyle adli yargının reddetmesi gerektiğine dair itiraz (*déclinatoire*), Agen Hukuk Mahkemesince kabul edilmiş; sonrasında, Uyuşmazlık Mahkemesi de bu görevsizlik kararını doğru bulmuştur.⁴⁹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesine göre; “bakanlık kararı, *régale* hakkının kullanımı kapsamında ve onun için çıkarılmıştır, *régale*, devlet egemenliğinin bir eklentisidir, ve böylece, onun uygulamasını düzenleyen işlem, bir kamu gücü işlemidir” ve bu nedenle, “karar vermek idare mahkemesine düşer”.⁴⁹⁵

Duguit, 1923’te, takip edecek tüm gelişmelerin kamu gücü kavramının ortadan kalkmasına yönelik olacağı iddiasında bulunmuştur. Kamu hukukunun “hızlı ve derin bir değişim ve dönüşüm içinde” olduğunu, bu dönüşümün de “kamu gücü kavramının tamamen yok olmasıyla” nihayete ereceğini ifade etmiştir.⁴⁹⁶ Kamu hizmetlerinde, kamu görevlilerinde, en çok da devletin sorumluluğunun artması noktasında büyük değişiklikler olacağını öngörmüştür.⁴⁹⁷ Gerçekten de Duguit, kamu hukukunun dönem itibarıyla dönüşümünü son derece doğru analiz ve tespit etmiştir. 1900’lerin henüz başında, kamu gücü teorisi, kademeli ancak son derece hızlı bir biçimde doktrindeki üstün yerini kamu hizmeti teorisine bırakmıştır. Ne var ki, Duguit’in tespiti bir tahminden ziyade gözlem olarak tarihte yerini alacaktır. Zira bu tespitle eş zamanlı denilebilecek bir tarihte, eğilim kamu gücü lehine dönmeye başlamıştır.

Duguit’in öncülerinden olduğu kamu hizmeti ölçütünün idare hukuku öğretisinde yaygın kabul gördüğü yıllardan çok da uzun bir süre geçmeden, idarenin işlevini elinde bulundurduğu güçten soyutlamanın mümkün olmadığı görülmüştür.

⁴⁹³ “Régale: Fransa kralının, boş bir piskoposluk koltuğundan gelir tahsil etme (geçici régale) ve buna bağlı olarak yarar ve ödentileri tayin (spiritüel régale) hakkı.”, Larousse Fransızca Sözlüğü, URL: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/regale>.

⁴⁹⁴ TC, “Sagot du Vauroux”, 10 Kasım 1906, n° 594, **Rec.**, s. 803-804.

⁴⁹⁵ TC, “Sagot du Vauroux”, 10 Kasım 1906, n° 594, **Rec.**, s. 803-804.

⁴⁹⁶ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 37.

⁴⁹⁷ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 37.

Böylece, kamu hizmeti ölçütünün yerini, yeniden, kamu gücü ölçütü almaya başlamıştır. Özellikle Duguit'nin sosyal karşılıklılığın gerçekleştirilmesi için zorunlu faaliyetler tanımından uzaklaşıp, özel bir rejim olarak, usullerini de dâhil ederek genişleten Jèze'in teorisi, sınaî ve ticarî kamu hizmetlerinin varlığını ilk olarak kabul eden⁴⁹⁸ Bac d'Eloka kararıyla⁴⁹⁹ birlikte etkinliğini kaybetmiş⁵⁰⁰, kamu hizmeti ekolünün “idare hukukun bütününü kamu hizmeti kriteri çevresinde yeniden yapılandırma iddiasının aldatıcı olduğu” da çok geçmeden ortaya çıkmıştır.⁵⁰¹

Takip eden yıllarda kamu hizmetinin bir krize girdiği kabul edilmiştir. Onur Karahanoğulları'nın “genişleme krizi”⁵⁰² olarak adlandırdığı bu krizle, idari yetkiyi belirleyen ölçütün eksenî, başka iki kavrama kaymıştır.⁵⁰³ Bunlardan ilki, kamu mallarında kamu yararına tahsis, kamu yararı nedeniyle kamulaştırma gibi konularda ön plana çıkan “kamu yararı”; ikincisi, kamu gücünün müdahalesi, kamu gücü ayrıcalıkları gibi konularda gündeme gelen “kamu gücü”dür. Bu krizin nedeninin kamu hizmetinin organik anlayışından uzaklaşmak olduğunu savunan yazarlardan Georges Liet-Veaux, bir benzetmesiyle, suyu tanımlamak için kullanılması gereken faktörlerin, nereden gelip nereye gittiği, çeşmeleri, kaynakları değil; bileşen unsurları, yani H²O olduğunu söyler.⁵⁰⁴ Esasında bu kriz şaşırtıcı değildir, çünkü kamu hizmeti, “devletin kamu kişisi olarak hareket ettiğindeki gücün ifadesinden ibarettir”⁵⁰⁵, dolayısıyla da yürütme usullerinden ve amaçtan bağımsız bir varlığının kabulü güçtür.

1921 tarihli Commune de Monségur kararında⁵⁰⁶, Monségur Kilisesinde, bir yapı ögesinin düşmesiyle bir çocuğun yaralanması olayında, kiliselerin bakımının yapılmamasından kaynaklanan zararlara ilişkin olarak, kiliseler ile devletin 1905 tarihli kanunla ayrılmasından sonra kilisenin bakım çalışmalarından ve ihmalinden devletin sorumlu olup olmayacağı değerlendirilmiştir. Fransız Danıştayı, 1905'ten

⁴⁹⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. 2, Bursa: Ekin, 2003, s. 240.

⁴⁹⁹ TC, “Société communale de l'Ouest africain” (bilinen adıyla Bac d'Eloka), 22 Ocak 1921, n° 796, **Rec.**, ss. 91-92.

⁵⁰⁰ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 17.

⁵⁰¹ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 15.

⁵⁰² Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, doktora tezi, tez savunma tarihi: 17 Ekim 2001, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 114.

⁵⁰³ Georges Liet-Veaux, “La théorie du service public, crise ou mythe ?”, **RA**, 14. yıl, n° 81, Paris: PUF, Mayıs-Haziran 1961, ss. 256-263.

⁵⁰⁴ Georges Liet-Veaux, “La théorie du service public, crise ou mythe ?”, **RA**, 14. yıl, n° 81, Paris: PUF, Mayıs-Haziran 1961, s. 258.

⁵⁰⁵ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 16.

⁵⁰⁶ CE, “Commune de Monségur”, 10 Haziran 1921, n° 45681, **Rec.**, ss. 573-574.

itibaren ibadete ilişkin hizmetlerin artık kamu hizmeti sayılamayacağını belirtmiştir. Ancak 1907 tarihli kanun, ibadete ayrılan binaların, tahsisine son verilmediği müddetçe, kamu kişileri tarafından idare edilmesinin devam edeceğini düzenlemiştir. Bu nedenle, bir kilisede, bir kamu kişisi hesabına, genel yarar amacıyla yürütülen bayındırlık işleri, idari niteliğini koruyacaktır. Böylece Fransız Danıştayı, idare hukukunun alanının, kamu hizmetiyle sınırlı olmayıp, kamu gücünün elinde bulunan her şeyi kapsadığını hükme bağlamıştır.⁵⁰⁷

Hauriou kamu hizmetinin hâkimiyetinden kamu gücünün hâkimiyetine doğru olan dönüşümde de önemli rol oynayarak; Monségur kararına ilişkin 1921 tarihli yorumunda, kamu gücü kavramının, kamu hizmeti kavramından daha kapsamlı olduğunu; idare hukukunu yalnızca kamu hizmetine dayandırmanın, yarısının ampütasyonu, kesilip atılması anlamına geldiğini savunur.⁵⁰⁸ Yazara göre; sadece ibadet binaları değil, kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilen deniz ve nehir kıyıları gibi kamu malı alanları ve tahsis amacı olan kamu hizmetine henüz etkin biçimde tahsis edilmemiş olan, kamu yararı için kamulaştırılmış araziler de; etkin bir kamu hizmeti bulunmaksızın, kamu yararı amacıyla ve yalnızca güç sayesinde, kamu gücünün elindedir.⁵⁰⁹

1927 tarihli Chemin de fer de l'Est⁵¹⁰ kararında, Savaş Bakanlığı tarafından, Kurtarılmış Bölgeler Bakanlığı hizmetine, benzin ve petrol gönderilmesine ilişkin askerî bir taşıma işine ilişkin olarak, Fransız Danıştayı, “bir demir yolu şirketi ile gönderen devlet arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların idari yargı yetkisine girmesi, aynı taşıma işlemleri sırasında, alıcı ile aynı şirket arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıklar için de aynı şeyin geçerli olacağı sonucunu doğurmaz” diyerek, demir yolu şirketinin gönderici hizmet ile arasındaki ihtilafları idari yargıya ve fakat alıcı hizmetle arasındaki ihtilafları adli yargıya bırakmıştır.⁵¹¹ Fransız Danıştayına göre, tespit edilen “yetki kuralları, alıcı, devletin diğer kamu

⁵⁰⁷ Maurice Hauriou, “Affaire commune de Monségur”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 2.

⁵⁰⁸ Maurice Hauriou, “Affaire commune de Monségur”, s. 10.

⁵⁰⁹ Maurice Hauriou, “Affaire commune de Monségur”, ss. 10-11.

⁵¹⁰ CE, “Compagnie des chemins de fer de l'Est”, 8 Nisan 1927, n° 78663-78668, **Rec.**, ss. 478-479.

⁵¹¹ Maurice Hauriou, “Affaire Chemin de fer de l'Est”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 245.

hizmetlerinden biri olarak bulunsa dahi, olayda Kurtarılmış Bölgeler Bakanı olması gibi, hiçbir istisna barındırmaz”.⁵¹²

Hauriou, bakanlıkların tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte, gönderenin de alıcının da “devlet” olduğunu hatırlatarak, ikiliğin nedenini sorgular ve Fransız Danıştayının, gönderen bakımından kamusal taşıma sözleşmesi varken, alıcı bakımından ticari bir taşıma olduğunu gördüğü şeklinde çözümler.⁵¹³ Taşıma, kendi başına ticari niteliktedir; olayda, taşıma emrinin içerdığı, harekete geçmede zorlayıcı niteliği haiz talep, gönderme işleminde kamu gücünün varlığı anlamına gelir.⁵¹⁴ Böylece, yazara göre, bu kararlar belirlenmiştir ki: “idari yetkinin dozu, tam olarak, bağlı kamu gücünün dozuyla ölçülmelidir”.⁵¹⁵

Böylece, önceleri kamu gücüne zıt konumda bulunan, idarenin özel hukuk işlemleriyle birlikte değerlendirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair eylemler, Hauriou’nun teorisiyle kamu gücünün kapsamına dâhil edilir. Bu anlamda, Hauriou’yu, “kamu hizmetlerinin idarileşmesinin öncüsü” olarak nitelemek, yanlış olmayacaktır. Hauriou’nun kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair faaliyetlerde kamu gücünün bulunduğu ve bu nedenle idari yetkinin kapsamına gireceği düşüncesi her dönemde baki kalmıştır. Kamu gücü, idari kişilerin hak ve yetkilerini kullanma araçlarında tezahür eder. Geniş kullanım alanı, kamu gücü kavramının varlığının sonucu değil; sebebi, gerekçesidir. Bu nedenle kamu gücü, her zaman kamu hizmeti ile sıkı bir bağ içindedir ancak kamu gücü ölçütü yerini kamu hizmeti kavramının hükümranlığına terk etmez.

D) Kamu Gücü Kavramının Dönüşümü

Kamu hizmeti ölçütünün yetersizliğinin anlaşılmasıyla birlikte, “kamu gücüne dönüş” ya da “ortak hukuku aşan şartlar” denilen, kamu gücü ayrıcalıklarına idarenin sorumluluklarını ve/veya yükümlülüklerini de ekleyen teoriler gündeme gelmiştir. Hauriou, Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, tıpkı Duguit gibi, güç karşısında

⁵¹² Maurice Hauriou, “Affaire Chemin de fer de l’Est”, s. 246.

⁵¹³ Maurice Hauriou, “Affaire Chemin de fer de l’Est”, s. 246.

⁵¹⁴ Maurice Hauriou, “Affaire Chemin de fer de l’Est”, s. 247.

⁵¹⁵ Maurice Hauriou, “Affaire Chemin de fer de l’Est”, s. 247.

hukuku savunma iradesi taşır.⁵¹⁶ Yeni kamu gücü anlayışının ivme kazandığı bu dönemde, Hauriou’nun bu yeni eğilime katkısı büyük önem taşır.

Kamu gücünün, kamu hizmetlerinin içtihat ve doktrin alanlarında yükselişinden sonra yeniden kabul görmesini; yeniden fakat başka bir kimlikte doğduğu, (reenkarnasyonu veya rönesansı) yahut bir tür post-kamu gücü teorisinin hâkim olduğu şeklinde yorumlamak, kavram karmaşası yaratmanın yanı sıra birtakım eksiklikler de içerir. Kavram karmaşası yaratır, zira “geleneksel (ya da eski) kamu gücü anlayışı” ifadesi de ayrıca açıklanmaya muhtaçtır. Romieu’nün açıkladığı, sistemli hâlini Laferrière’de bulan, otorite işlemleri ile özel hukuk işlemleri (adli yargıya tabi işler) ayrımı, geleneksel bir kamu gücü anlayışıdır. Hauriou’nun, bu anlayış ile hiçbir surette bağdaştırılamayacak olan; kamu gücü çatısı altında otorite işlemleri ile yönetim işlemlerini ayırdığı ayırım da geleneksel bir kamu gücü anlayışıdır. Öyle ki, Romieu’nün de belirttiği gibi, kuramsal değilse bile kavramsal yönü, yönetim işlemlerini kamu gücü dışında bırakan ayırımdan bile daha eskidir.

Bu durumda, “geleneksel kamu gücü anlayışı” ifadesiyle hangi “gelenek”ten söz edilmiş olacağının muğlaklığı başlı başına bir karmaşa sebebidir. Dahası bu belirsizlik içinde, yalnız “kamu gücü” kavramı değil, genellikle kamu gücüne göre konumuyla, kamu gücüyle arasındaki çekişmeyle algılanan “kamu hizmeti” kavramı da muğlaklaşır. “Geleneksel kamu gücü”nden kasıt eğer “Laferrière tipi kamu gücü” ise, modern kamu gücü anlayışının bu gelenekle pek bir ilgisi yoktur; en fazla, kavramın geçmişteki olumsuz yanları üzerinde ona tepkiyle ve fakat yine onu barındırarak alacağı bir “post” ön ekiyle “post-kamu gücü” ifadesi, modern konseptin bu geleneğe göre durumunu, bir ölçüde açıklayabilir. Ama eğer “geleneksel kamu gücü” ile kastedilen “Hauriou tipi kamu gücü” ise, bu kez reenkarnasyon ya da rönesans ifadeleri dahi iki anlayışın yakınlığını açıklayamaz, zira ortada edinilen “yeni bir kimlik” yoktur. Sonradan yaygın kabul gören, “kamu gücü ayrıcalıkları teorisi”, “ortak hukuku aşan yetki ve yükümlülükler” gibi isimler verilen, her işlem ve eylemin kendine has niteliklerine göre değerlendirme yapan ve idarenin yükümlülüklerine de önem veren kamu gücü anlayışı, elbette daha gelişmiştir. Ancak bu gelişim, her teorisinin, zaman içinde olağan ilerlemesi ve doktrinin sonra gelen teorisyenleri

⁵¹⁶ Blanquer (Jean-Michel), Milet (Marc), *L’invention de l’État*. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne, Paris, Odile Jacob, 2015, 394 s., s. 239.

tarafından yapılan katkılarla dönüşeceği ölçüde bir gelişimden ibarettir. Bir “yeniden doğuş” değil, ancak zamana bağlı bir “kabuk değiştirme”dir.

Bununla birlikte, Hauriou’nun son çalışmalarında, bu kabuk değiştirme sürecinin başlamış olduğunu, kamu gücünün modern algısının çoktan yerleşmeye başladığını da görürüz. Son dönem Hauriou düşüncesinde, kamu gücü ayrıcalıkları ve sınırları önemli yer kaplar. Hauriou, politik bilimler bakımından, idarenin, kanunların yürütülmesi ile kamu hizmetlerini karşılanmasını sağlayan olgu olarak, amacı ve fonksiyonundan ibaret tanımların yapılabileceğini; ancak idare hukuku açısından bakıldığında, hedefe ulaşmak için kullanılan hukuki araçların da tanımlanması gerektiğini ifade eder.⁵¹⁷ Kamu hizmetleri ihtiyaçlarını karşılamak, çoğu kamu gücünden kaynaklanan, yani ortak hukuku aşan hakların kullanılmasına ilişkin birtakım araçlarla, bir ayrıcalıklar ve garantiler dengesi içerisinde gerçekleşir.⁵¹⁸

Hauriou, idare hukukunun bakış açısının, idareyi yalnızca amacı ve fonksiyonuyla ele alan siyasal bilimler aksine, amaca ulaşmak için kullanılacak hukuki araçların da incelenmesi gerektiğini belirtir.⁵¹⁹ Yazara göre idare; çoğu kamu gücünden kaynaklanarak “ortak hukuku aşan”, bir kısmı ise ortak hukuktan doğan birtakım hakların yürütülmesini sağlayan araçlarla kamu hizmeti gereksinimlerine cevap verir.⁵²⁰ Kullanılan haklar ortak hukuku aşan hiçbir özellik göstermese de, Hauriou’ya göre, hakların yürütülmesi bir kamu gücü meselesidir.⁵²¹

Hauriou’ya göre, kamu idareleri, haklarını, birtakım ayrıcalıklardan yararlanarak kullanırlar; ancak bu ayrıcalıklar, yönetilenlerin sahip olduğu garantilerle sınırlıdır.⁵²² Bu ayrıcalıkların başlıcaları; idarenin adli yargı mercilerine karşı bağımsızlığı, kanuna ve hukuk normuna karşı, takdir yetkisinde (*pouvoir discrétionnaire*) kendini gösteren bağımsızlığı ve idari yargıç karşısındaki, resen eylem (*action d’office*) yetkisiyle tezahür eden bağımsızlığıdır.⁵²³ Kamu gücü ayrıcalıklarının sınırları ise; icraî kararlar resen işlem yapmanın usul kurallarına uygun olma yükümlülüğü, yönetilenlere açık

⁵¹⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 331.

⁵¹⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 331.

⁵¹⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 331.

⁵²⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 331.

⁵²¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 332.

⁵²² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 332.

⁵²³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, ss. 332-333.

geniş yargı yollarının olması, idare üzerinde, idari mahkemeler eliyle sağlanan yargısal denetimin varlığı ve idarenin, kamu kişilerinin haklarını kullanırken yönetilenlere verdikleri zararlardan yaptırımı doğuran maddi sorumluluğunun olmasıdır.⁵²⁴ Hauriou, kamu gücü ayrıcalıklarını idare hukukunun bağımsızlığının başlıca nedeni olarak görür.⁵²⁵

İdarenin adli yargı mercilerine karşı bağımsızlığı, idari yargının ortaya çıkması ile kazanılmış bir ayrıcalıktır. Hauriou'ya göre idare, düzeni sağlamak ve kamu yararı amacına ulaşmak için, adli yargı denetiminden ayrılarak kendi araçlarını kullanır.⁵²⁶ Ayrıca ortak hukuktan ayrılarak kendi hukukunu inşa eder.⁵²⁷ Bu durum, yargının dölizminin ve özel hukuk ile kamu hukuku ayırımının doğal bir tezahürüdür.⁵²⁸

Hauriou, idarenin baskın niteliğinin, iki kamu gücü ayrıcalığı ile anlaşılabilirliğini ifade eder. Bunlardan biri, idarenin, “takdir yetkisi (*pouvoir discrétionnaire*)” ile kendi geleceğini tayin edebilme ya da inisiyatif elinde bulundurması; diğeri ise resen icra (*exécution d'office*) ya da resen eylem (*action d'office*) denilen güce sahip olmasıdır.⁵²⁹

İdarenin kanuna ve hukuk normuna karşı bağımsızlığı, sahip olduğu takdir yetkisi ile ilişkilidir. Hauriou'ya göre, idare, hukuk kurallarıyla bağlıdır ancak bir bağımsızlık rezervi vardır.⁵³⁰ Ancak yerindelik (*opportunité*) alanından kaynaklanan bir özgürlük marjına sahiptir.⁵³¹ Bu ayrıcalık gereğince, yargıç, bir yerindelik değerlendirmesiyle karşı karşıya kaldığında idareyi denetleme yetkisini kendinde görmeyecektir.⁵³² Ancak takdir yetkisinin belirlenmesi, kuşkusuz, hukuk kuralları çerçevesinde yapılacaktır.⁵³³ Hauriou'ya göre, her hukuk süjesi, dış kurallara karşı, teşebbüs liderleri (*chefs d'entreprises*) nitelikleriyle, bir özgürlük marjına sahiptirler.⁵³⁴ Kamu idareleri de bireyler gibi, bu niteliğe haiz olduklarından, kendi

⁵²⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 333.

⁵²⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 45.

⁵²⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 334.

⁵²⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 334.

⁵²⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 334.

⁵²⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 346.

⁵³⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 351.

⁵³¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 351.

⁵³² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 351.

⁵³³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 351.

⁵³⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 356.

kaderini tayin (*auto-détermination*) ve yerindelik değerlendirmesi (*appréciation de l'opportunité*) yapma hakkına sahiptir.⁵³⁵ Ancak özel hukuk teşebbüslerinin aksine, takip edecekleri hukuki amacı kendileri belirleyemezler.⁵³⁶ Çünkü idare hukukunda, bütün olarak idare ve ayrı ele alınan çeşitli kamu idareleri, tabi oldukları fikir ve amaç “kamu menfaati (*intérêt public*)” olarak önceden belirlenmiş kurumlardır.⁵³⁷ Kamu kişileri adına hareket eden çeşitli kamu otoriteleri karar alırken ve kamu hizmetlerini işletirken yalnızca, “kamu düzeni (*ordre public*)” ve “kamu yararı (*utilité publique*)” olarak tezahür edebilen kamu menfaatini gerçekleştirme amacıyla hareket edebilirler.⁵³⁸

Hauriou, takdir yetkisinin, zaman içinde kademeli olarak, kanun ve otolimitasyon yollarıyla, kamu menfaati lehine sınırlandırıldığını ifade eder.⁵³⁹ Hauriou, önceleri var olan, yargıcın değerlendirme alanının ve hukuk kuralının etki alanının tamamen dışında “takdirî işlemler (*actes discrétionnaires*)” kategorisinin artık bulunmadığına işaret eder.⁵⁴⁰ Yazara göre bu gelişme, yetki aşımı ve kamu menfaati fikri gibi kavramların idare hukukuna tamamen hâkim olmasıyla gerçekleşmiştir.⁵⁴¹ Ancak yine de, idare lehine, bir takdir yetkisi marjı kalmıştır.⁵⁴² Zira kamu menfaati kavramı mutlak ve nihai bir kavram değil, belli ölçüde rölativite barındıran ve zamanla belirlenen bir kavramdır.⁵⁴³

Otto Mayer, Fransız eski monarşisi idaresinin takdirî bir temelde olup hiçbir hukuki kurala dayanmadığını ifade eder.⁵⁴⁴ Kralın ajanlarının sahip olduğu gücün sınırlanması ya da fonksiyonlarını yürütürken zorunlu usullere tabi olması söz konusu değildir.⁵⁴⁵ Yazara göre, o döneme için idare hukukundan bahsetmek de bu nedenle mümkün olmaz.⁵⁴⁶ Fransız Devrimi sonrası modern rejim ise, önceki dönemin karşıt ilkeleri üzerine kurulur.⁵⁴⁷ Bu dönemde idare artık, düzeni korumakla görevli ajanların

⁵³⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 354.

⁵³⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵³⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵³⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵³⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵⁴⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵⁴¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵⁴² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 355.

⁵⁴³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, ss. 355-356.

⁵⁴⁴ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, 318 s., s. i.

⁵⁴⁵ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, s. ii.

⁵⁴⁶ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, s. ii.

⁵⁴⁷ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, s. ii.

keyfî müdahalelerine izin vermez.⁵⁴⁸ İdare hukuku, kanunilik rejimi altında yerini alır.⁵⁴⁹ Hauriou, bu dönüşümün her zaman savunucusu olmuştur. Hauriou, 12.maddesiyle kamu gücünün, “herkesin yararı” için var olduğunu, emanet edilenlerin özel çıkarlarına hizmet etmeyeceğini hükme bağlayan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin de yalnız manevi değerini değil, hukuki değerini de tanır. Üçüncü Cumhuriyet döneminde kamu hukuku doktrininde 1789 Bildirgesi’nin hukuki değeri tartışmaya açılmış; Hauriou, Esmein ve Carré de Malberg’in aksine, 1789 ilkelerinin anayasalar üstü (*supraconstitutionnalité*) niteliğini açıkça savunmuştur.⁵⁵⁰ Genel menfaat (*intérêt général*) içinde kurulu ancak belirli bir özerkliğe sahip bir kudret ve gerekli ayrıcalıklarla donatılan devlet; sivil yaşamı koruma amacını, siyasi anayasanın ötesinde bir sosyal anayasanın da varlığı ile sağlayacaktır.⁵⁵¹ Hauriou’ya göre, 1789 Bildirgesi, tarihsel bir evrimin sonucu olup, Fransa’nın sosyal anayasasının başlıca unsurlarından birine dönüşmüştür.⁵⁵²

Resen eylem ayrıcalığı ise, idarenin aldığı kararları bizzat, bir yargıcın onayından geçmeksizin yürütmesini içeren, idareye ait bir yetkidir.⁵⁵³ Hauriou, ortak hukukta, çekişme hâlinde, hakların kullanılması için yargıcın yargılama biçiminde çözüm arayacağı aracılığına başvurulması gerektiğini belirtir.⁵⁵⁴ Hakların üçüncü kişilere karşı yürütülmesi, yargıcın ön denetimine tabidir.⁵⁵⁵ Zira hukuk devletinin temellerinden biri, ilke olarak, hiç kimsenin adaleti bizzat sağlayamayacak olmasıdır.⁵⁵⁶ Ancak idare için durum tersine döner.⁵⁵⁷ Bir kamu idaresi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için idari faaliyetlerini gerçekleştirirken, yargı dışı biçimde kendi haklarını kullanır, yani sonuna kadar adaleti kendisi sağlar.⁵⁵⁸ İdarenin icraî karar alma yetkisi, kamu gücünün yürütme erkinin bir tezahürüdür. Bu yetki gereğince idare, kendi kararlarını, kendi araçlarıyla resen uygulamaya geçer. Hauriou, resen eylem usulünün, kamu kişileri için yetki olmasının yanında bir gereklilik de olduğunu

⁵⁴⁸ Otto Mayer, **Le droit administratif allemand**, C. 1, s. iii.

⁵⁴⁹ Otto Mayer, **Le droit administratif allemand**, C. 1, s. iii.

⁵⁵⁰ Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, s. 333.

⁵⁵¹ Jean Morange, “La valeur juridique de la Déclaration”, *Jean Morange (ed.), La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen (26 août 1789)* içinde, Paris: PUF (koleksiyon: Que sais-je ?), 2002, ss. 87-114. URL: <https://www.cairn-int.info/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen--9782130529774-page-87.htm>, son erişim tarihi 15 Mayıs 2020, §26.

⁵⁵² Jean Morange, “La valeur juridique de la Déclaration”, §27.

⁵⁵³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 361.

⁵⁵⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 361.

⁵⁵⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 361.

⁵⁵⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 362.

⁵⁵⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 362.

⁵⁵⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 362.

ifade eder.⁵⁵⁹ Yargıca ön başvuru yapamamak, çoğu zaman, idarenin de bir sınırı olarak yer alır.⁵⁶⁰

Hauriou'ya göre resen eylem ayrıcalığının en önemli sonucu, “derhal itaat (*obéissance immédiate*)”in, ilke olarak, kararlara, icra tedbirlerine ve idarenin tüm işlemleri nedeniyle olmasıdır.⁵⁶¹ İlgililerin şikâyetleri veya yargısal başvuruları kendi başlarına yürütmeyi durdurmaz.⁵⁶² Yalnızca yargıç, çok istisnai olarak, yürütmenin durdurulmasına karar verebilir.⁵⁶³

Ancak resen eylem ayrıcalığının da sınırları vardır. Öncelikle, idarenin icraî kararlar iş görmeye hakkının olmadığı ve yargı yolunu kullanması gereken durumlar vardır.⁵⁶⁴ İdarenin yapılmış seçimi iptal edemeyip, seçim yargısına başvurma zorunluluğu örnektir.⁵⁶⁵ İkinci olarak, her icraî karar yargı başvurusuna konu edilebilir ve bu başvurular yürütmeyi kendiliğinden durdurmuyorsa da, idare, idare, genel olarak, kendini, başvuru süreleri dolmadan ya da başvurulmuşsa hüküm verilmeden aldığı kararı yürütmemekle kısıtlar ve ilgili taraf yargıcı aracı kılma imkânı bulmadan icra edilmez.⁵⁶⁶ Eğer idare sürelerin sonunu ya da davanın sonucunu beklemeden yürütürse, bu kesin hakka sahiptir ama risk ve tehlikelerini üstlenmiş olur.⁵⁶⁷ Üçüncü olarak, kamu gücü, kararlarını, bir yargıcın müdahalesi olmaksızın yürütebilmesi, her kararı için ve mutlak biçimde tanınmaz.⁵⁶⁸ Her türlü kolluk düzenlemesi yargı yoluna tabidir.⁵⁶⁹ Acil durumlarda icra tedbirleri alınabilir ama bu acil durumlar istisnadır.⁵⁷⁰ Kişilere ya da eşyalara karşı alınan icra tedbirlerinden bazıları ise ancak yargı mercilerince uygulanabilir ve idari otorite hiçbir durumda bunları kullanamaz.⁵⁷¹ Son olarak, idare, iradî olarak kendi resen eylem yetkisini sınırlandırabilir.⁵⁷²

⁵⁵⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 363.

⁵⁶⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, ss. 363-364.

⁵⁶¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 364.

⁵⁶² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 364.

⁵⁶³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 364.

⁵⁶⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 365.

⁵⁶⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 365.

⁵⁶⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁶⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁶⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁶⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁷⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁷¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 366.

⁵⁷² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 367.

İdare, Hauriou'ya göre, yargı mercileri önünde de idare edilenlerden farklı biçimde yer alır.⁵⁷³ İdareyi zorla yargılamaya bağlamanın güçlüğü bu farklılıklardandır.⁵⁷⁴ Ancak idare, tamamen iradî olarak bu bağı, tüm durumlar için mümkün kılmıştır.⁵⁷⁵ İkinci bir fark, yargıcın idarenin takdir yetkisine saygı göstermesi gerekliliğidir.⁵⁷⁶ Yargıç, yerindelik denetimi yapamaz. Bir diğer fark, yargıcın, idareye emir ve dayatmalar yöneltememesidir.⁵⁷⁷ Yargıç, idarenin kararları iptal edebilir ve bazen düzenleyebilir, idareyi tazminata mahkûm edebilir.⁵⁷⁸ Ancak idarenin, inisiyatiflerinin özgürlüğü ile ilgili olan idari ayrıcalıklara dokunamaz, emir veremez, yapma zorunlulukları dayatamaz.⁵⁷⁹ Bir fark da, idarenin, ilke olarak, gıyabında mahkûm edilememesidir.⁵⁸⁰ Son fark ise, idareyi kesin hükme itaat mecburiyetinde bırakmanın hiçbir zorlayıcı yolunun bulunmamasıdır.⁵⁸¹

Kamu gücünün sınırlanması gerekliliği, Hauriou'nun yalnızca son dönem düşüncesine özgü değildir. Sosyal bilimlere ilişkin, henüz 1896 tarihli eserinde Hauriou, kamu hukukunun gelişiminin, karşımıza, kamu gücünün adım adım sınırlandırılması olarak çıktığını ifade eder. Bu gelişmenin kamu gücünü, asıl rolüne, yani eyleme değil, bireysel özgürlüğe karşı reaksiyona taşıdığını savunur.⁵⁸²

Kamu gücü ayrıcalıklarını da Hauriou, genel kamu hukuku ve idare hukukuna ilişkin temel kitabının henüz 1892 tarihli ilk baskısından itibaren “kamu gücü hakları” olarak kuramlaştırmıştır. Kamu gücü hakları, yazara göre, idari kişilere, ortak hukuku aşan ayrıcalıklar veren ve sonuç olarak, kişiler için yükümlülükler ve mülkiyete yükler getiren haklardır.⁵⁸³ Kolluk ve parasal haklar olarak ikiye ayrılan bu hakların varlık gerekçesi, özellikle, kamu yararına ilişkin zorunlu mülahazalardır.⁵⁸⁴ Beşinci baskıda

⁵⁷³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 367.

⁵⁷⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, ss. 367-368.

⁵⁷⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 368.

⁵⁷⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 368.

⁵⁷⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 368.

⁵⁷⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 368.

⁵⁷⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, ss. 368-369.

⁵⁸⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 369.

⁵⁸¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 369.

⁵⁸² Maurice Hauriou, *La Science sociale traditionnelle*, Paris: Larose, 1896, s. 400.

⁵⁸³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, birinci baskı, 1892, s. 403.

⁵⁸⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, birinci baskı, 1892, s. 403.

ise, doğal hukuku aşan bu yetkileri “kamu gücü ayrıcalıkları” olarak, son hâline yakın biçimde ele alır. İdari işlem teorisinde, işlemlerin kamu gücünün tezahürü olması, işlemin formel teorisi olarak karşımıza çıkar.⁵⁸⁵ İrade gücünün tezahürü olan bu ayrıcalıklar ikiye ayırır. İlki, “ön ayrıcalık (*privilège du préalable*)” ya da “önceden icra ayrıcalığı (*privilège de l'exécution préalable*)” olarak adlandırılan; ikincisi ise ön işlemlerle uyumsuzluk yaratma (*privilège de la création du contentieux*) ayrıcalıklarıdır.⁵⁸⁶ İlk ayrıcalığın iki anlamı vardı. İlk anlamı, kamu gücü faaliyetinin, üstlenilen işlerde ve yapılan işlemlerde, yabancı bir iradenin emriyle işlememesi ve yürüten iradenin inisiyatiflerinin öncelikli özgürlüğünün olmasıdır.⁵⁸⁷ İkinci anlamı ise, kamu gücü işlemlerinin, her türlü yargısal müdahaleden önce, hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlayabilen icra değerine sahip olmasıdır.⁵⁸⁸ İdarenin, adli yargı karşısında bağımsızlığı da, Hauriou tarafından, ayrıca belirtilir.⁵⁸⁹ Kamu gücünün yükümlülüğü olaraksa, yasal yetkilerin yasal usullerle uygulanmasının mecburiyetini ortaya koyar.⁵⁹⁰ Ayrıca idarenin iç denetim yolları olarak, hiyerarşik denetim ve ilgililerin hiyerarşik başvuru yoluyla şikâyetlerini iletmesi usulleri ile vesayet denetimi de sınırlayıcı niteliktedir.⁵⁹¹ İdari işlemlerin sebep olduğu zararların tazmini de ayrıca ele alınır.⁵⁹² İdari işlemin maddi teorisi olarak nitelediği icraî kararlar teorisini de ele alır.⁵⁹³

Kamu gücünün, ayrıcalıklar ve yükümlülükler getiren ve öngördüğü usullerle idari sistemin işleyişi için elzem olan niteliğinin, temellerini, Hauriou'nun son dönem düşüncesinden çok daha öncesinde bulduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, Hauriou'nun kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri teorisinin gelişiminden yola

⁵⁸⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 225.

⁵⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 225.

⁵⁸⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 225.

⁵⁸⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 225.

⁵⁸⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 232.

⁵⁹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 237.

⁵⁹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, ss. 232-236.

⁵⁹² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 239.

⁵⁹³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 257 vd.

çıkarak; bu dönüşümün bir yeni kimlik, reenkarnasyon, rönesans ya da bir post-kamu gücü teorisi oluşumu olmadığı neticesine varırız. Öte yandan, sonradan kabul gören anlamıyla kamu gücü teorisini; geleneksel, eski ya da klasik kamu gücü anlayışı olarak nitelemek de karışıklık yaratacaktır. Zira kamu gücü anlayışı, tam da kavramın “geleneksel” anlamına kavuştuğu düşünülen dönemde iki farklı anlama bölünmüştür. Bu bölünme, teorisyenlerin, devletin hâkimiyet gücüne, genel kamu hukuku anlamında verdikleri anlamla şekillenen; devlet teorilerinde farklı görüşlere sahip olmalarından ileri gelen bir bölünmedir. En nihayetinde, kamu gücü teorilerini, bir dönüşümün getirdiği, eski ile yeninin ya da klasik ile modernin kronolojik bir ayrımı biçiminde kategorize etmek, hatalı ya da en azından eksik olacaktır. Bunun yerine; “kamu gücünü otorite işlemleriyle sınırlı gören yaklaşım” ile “kamu gücünü kamu hizmetleri ile birlikte tanımlayan yaklaşım” ayrımı, kategorik anlamda, çok daha net ve anlamlı olacak ve Hauriou’nun modern teoriye katkısını da teslim edecektir.

2. Kamu Gücünün Hâkimiyet Alanı

Kamu gücünü idare hukukunda hâkim kılan, hak ve yetkilerin kullanım usullerinde kendisine başvurulma mecburiyetidir. Bu nedenle, kamu gücünün hâkimiyet alanı, kullanım usulleriyle anlaşılır. Hauriou, kamu gücünün kullanım yolları hakkında teorisini erken tarihlerde belirlemiş, ancak zamanla üzerinde değişiklikler yapmıştır (A). İdarenin özel hukuk kişisi olarak hareket ettiği mülki yolu dışarıda bıraktığımızda; kamu hukuku alanında, idarenin kamu gücü kullanım yolları iki türdür. İlki, egemenin hükmetme hakkına dayanan otorite yolu (B) ve ikincisi, idare ile bireylerin ilişkileri zemininde inşa edilen kamu hizmeti alanı olan yönetim yoludur (C).

A) Kamu Gücü Hakkının Kullanım Yolları ve Dönüşümü

Hauriou idareyi, “kamu idarelerinin üstlendikleri kolluk ve yönetim teşebbüsünün yerine getirilmesi amacıyla hukuki yetkiler ve haklar kullanması faaliyeti” olarak tanımlar.⁵⁹⁴ Kullanımlar kendine has özellikler göstermekle birlikte, uygulama, hakkın doğasını değiştirmez; “eğer bir hakta kamu gücü varsa, hakkın

⁵⁹⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 339.

kullanıldığı işlem ya da eylemde de vardır”.⁵⁹⁵ Hauriou’ya göre, hak kullanımı olarak ifade edilebilen devlet idaresi, hukuki sonuçları çok farklı olan üç ayrı şekilde hareket eder. Bunlar; “otorite yolu”, “yönetim yolu” ve “mülki yol”dur.⁵⁹⁶ Ayrıca, otorite yolu, yönetim yolu veya mülki yoldan hem biriyle hem de bir diğer yolla yapılmaya uygun işler de söz konusu olabilir. Kamu gücü adına hak kullanımı otorite yolu ya da yönetim yoluyla gerçekleşirken, idarelerin özel kişiliği adına veya devlet hazinesi adına hak kullanımı mülki yol ile gerçekleşir.

19. yüzyılda baskın olan, otorite işlemleri (*actes d'autorité*) ile yönetim işlemleri (*actes de gestion*) arasındaki ayrım, yerini kamu hizmeti ölçütüne bırakana dek, idare hukukunun belirleyici ayrımı olmuştur. Türk idare hukukunda da aynı kavramların yorumlu çevirilerinden ibaret olan “hâkimiyet tasarrufları” ve “temşiyet tasarrufları” ayrımı kullanılmıştır.⁵⁹⁷ Hauriou, kitabının dördüncü baskısından itibaren “işlem” ifadesi yerine “yol” ifadesinin daha uygun olacağını düşünerek, ayrımı, otorite yolu (*voie d'autorité*) ve yönetim yolu (*voie de gestion*) olarak kabul etmiştir. Türk idare hukukunda kullanılan ayrım, özellikle Édouard Laferrière’in, “kamu gücü işlemleri” ve “yönetim işlemleri” olarak isimlendirdiği ayrımla önemli katkılar yaptığı, Léon Aucoc ve Théophile Ducrocq tarafından da savunulan, yargı kolu belirlemesi de içeren

⁵⁹⁵ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 74.

⁵⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 227-237.

⁵⁹⁷ Esasında, idarenin hâkimiyet gücünden kaynaklanan işlemler olan otorite işlemleri için “hâkimiyet”; idarenin kamu hizmetlerini yürütmesi yoluna ilişkin işlemler olan yönetim işlemlerine ise, etimolojik olarak “yürüyüş”, “yürüme biçimi” gibi kökenlere sahip olan ve yürütme, iletme, katetme anlamlarına gelen “temşiyet” ifadelerinin kullanılması dönem itibarıyla son derece kullanışlıdır. Ne var ki, özellikle “temşiyet” kelimesinin güncelliğinin bulunmaması ve “*autorité*” kelimesinin Fransızcadan, anlamı değişmeksizin dilimize “otorite” şekliyle girmiş olması, daha güncel bir çevirinin kullanılmasını elverişli kılar. Bu çalışmada “hâkimiyet tasarrufları” ve “temşiyet tasarrufları” ifadelerinin tercih edilmemesinin daha önemli ve öncelikli bir gerekçesi de; ilgili ifadelerin, idare hukuku terimleri olarak, zaman içinde, geleneksel anlamda kamu gücü anlayışıyla tamamen özdeşleşmiş olmasıdır. “*Autorité*” kelimesinin karşılığı olarak “otorite” kelimesinin kullanılmasında tereddüt yoktur. Ancak “*gestion*” kelimesine karşılık olarak “yönetim”, “işletme”, “yürütme”, “idare” gibi tercümeler kullanılabilmektedir. “Yürütme” ve “idare” ifadeleri, idare hukukunda terim olarak farklı anlamlarda mevcut olmaları dolayısıyla uygun görünmezken; “işletme” kelimesi “*gestion*” kelimesini tam anlamıyla karşılıyor görünmektedir (“işletme işlemleri” kullanımı için bkz. özellikle, Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 2003, C. 1, s. 62). Ancak Türkçede “işletme” kelimesi, görece ekonomik ve eylemden ziyade kurum anlamına yakın bir çağrışım yaptığından ve Gözler’in de belirttiği gibi, Türk kamu hukukunda kullanımına pek rastlanmadığından (bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Bursa: Ekin, 2003, C. 2, s. 342), ayrıca Hauriou’nun kullanımında (özellikle “İdari Yönetim” isimli eserinde) nadiren de olsa kullanıldığı bazı anlamları bire bir karşılamadığı görüldüğünden, daha geniş kapsamıyla bu anlamların her birini karşılayan, kurumun kendisinden ziyade faaliyetini çağrıştıran “yönetim” kelimesi tercih edilmiştir. Yine de belirtmek gerekir ki, ilgili ayırmada sözü edilen “yönetim”, bir “işletme yönetimi”nden başkası değildir.

ayrımdır. Türkiye doktrinde sıklıkla atıf yapılan⁵⁹⁸ Henry Berthélemy ise, 1910 yılında bu ayırımın yargı yetkisine ilişkin ölçüt olması fikrinden vazgeçmiştir.

Aucoc, Laferrière, Ducrocq ve ilk dönemde Berthélemy tarafından savunulan otorite (veya kamu gücü) işlemleri ile yönetim işlemleri ayırımında, otorite işlemi adli yargıya tabi olmayan tek işlem türüdür.⁵⁹⁹ Laferrière, 1896'da "yönetim işlemleri" ile "kamu gücü işlemleri" veya "buyruk işlemleri" adını verdiği işlemler arasında ayırım yapar ve idari otoritenin ikili bir görevi olduğunu; bir yandan, "kamu servetinin yönetimini ve kullanımını gözetmek, her türlü gelirin toplanmasını ve bunların kamu hizmetlerine tahsis edilmesini sağlamaktan sorumlu" iken; öte yandan yürütme gücünün bir tezahürü olan otoritenin emanetçisi olarak yasaları uygulamak, kamu hizmetlerinin işleyişini düzenlemek ve vatandaşlara iyi bir kolluğun faydalarını sağlamakla sorumlu olduğunu; ilkinin yerine getirmek için yönetim işlemlerini; bir otorite, bir güç olarak hareket ettiği ikincisini yerine getirmek içinse emirler, tedbirler ve savunma yollarıyla tezahür eden buyruk işlemleri veya kamu gücü işlemlerini kullandığını ifade eder.⁶⁰⁰ Otorite işlemlerinde idare emreder ya da savunur.⁶⁰¹ Yönetim işlemleri ise, "idarecilerin, bakımlarındaki özel mallar yararına veya sorumlu oldukları kamu hizmetlerinin işleyişi için, idari kişilerin yasal temsilcisi olarak yürüttükleri işlemler"dir.⁶⁰² Yönetim işlemlerinde, bireylerin kendi işlerinin yönetimi için faaliyet gösterdiği koşullar söz konusudur.⁶⁰³ Otorite ile yönetim fonksiyonları ve hatta memurları arasında da ayırım yapılarak geniş bir doktrin meydana getirilmiştir.⁶⁰⁴

Bu ayırımda, idarenin egemenliğin emanetçisi olarak hareket ettiği otorite işlemlerinin idari nitelikte sayılıp, adli yargının yetkisinin dışında kalması "doğası gereği" iken; kamu hizmetlerinin yönetici olarak hareket ettiği yönetim işlemleri, ancak istisnai hâllerde idari yargıya tabi olabilir.⁶⁰⁵ Bu istisnalar ise, yönetim işlemleri ihtilaflarının, kanunun genel hükümleriyle veya özel hükümler tarafından idari yargıya bırakılması ya da bazı imtiyazlar ve tahsisler gibi, devletin sahip olduğu ya da

⁵⁹⁸ Bkz. Örn., Süheyy Derbil, Kamu Hizmeti Nedir?, *AÜHFD*, C. 7, S. 3, 1950, s. 31; Ayten Yüksel, "İdare Hukukunun Tatbik Sahası", *AÜHFD*, C. 16, S. 1, 1959, s. 78.

⁵⁹⁹ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 21.

⁶⁰⁰ Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, C. 1, ikinci baskı, Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1896, s. 5.

⁶⁰¹ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 21.

⁶⁰² Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 41.

⁶⁰³ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 21.

⁶⁰⁴ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 47.

⁶⁰⁵ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 484.

gözetiminde olan malların yönetimine ilişkin olan ama aynı zamanda kamu gücü kullanımıyla yakından ilişkili olan işlemlerden ibarettir.⁶⁰⁶

Berthélemy 1910 yılında, altıncı baskıdan itibaren, otorite yolu ile yönetim yolu ayrımından vazgeçer.⁶⁰⁷ Çünkü yazara göre, otorite işlemlerinin idari yargıya tabi olması mantığını sürdürmekle birlikte, yönetim işlemleri hukuki gerçeklikten kopar, “idari hizmetler için yapılan sözleşmelerin veya idarecilerin işlemlerinden kaynaklanan zararların ortak hukuk hâkimlerine sunulması için hiçbir iyi gerekçe yoktur.”⁶⁰⁸ Yazar, böylece, artık, hakların ihlal edildiği her durumda, ister otorite işlemi ister yönetim işlemi olsun, tam yargı davası açılabileceğini savunur.⁶⁰⁹ Yazarın fikrini değiştirmesinin bir nedeni de Fransız Danıştayının artık, adalet garantisi sağlamada adli mahkemeler ve Fransız Yargıtayı kadar güvenilir olmasıdır.⁶¹⁰ Fransız idari yargısının hızlı gelişimiyle birlikte idari yargıya olan güvenin artışı, adil olanın, mümkün olduğunca çok işlemin adli yargıya bırakılıp, adli yargıdaki “eşitlik” prensiplerinden faydalanmaktan ziyade, işlem ve eylemlerin niteliğine göre, ihtilafların doğru analiz edileceği yargı kolunda bulunmasından geçtiği bilincini oluşturmuştur.

Hauriou’nun teorik olarak aynı terimler ile anlamları içeren ayrımı, yargı yolu tespiti söz konusu olduğunda, klasik otorite işlemleri ve yönetim işlemleri anlayışından ayrılır. Hauriou’nun sisteminde, idarenin otorite yoluyla hareket ettiği işlemler iptal davasının, yönetim yoluyla hareket ettiği işlemler tam yargı davasının, mülki yolla hareket ettiği işlemler ise adli yargının konusudur.⁶¹¹ Ne var ki, ayrımın yargı yolu boyutunu terk etme akımı, Hauriou’yu da, yargı yolunu bu ayrımla belirleme çabasından vazgeçmek anlamında, etkiler. Duguit’nin, Berthélemy’nin fikir değiştirmesine dair ifade ettiği gibi “melankolik” bir vedaya⁶¹², Hauriou’da da kitabının 1914 tarihli sekizinci baskısında rastlarız. Yazar, otorite işlemleri ile yönetim işlemleri ayrımının başvurulacak yargı yolunun belirlenmesi ölçütü oluşturmasının iki açıdan dezavantajlı olduğunu tespit eder. İlki, bir icraî kararın, duruma göre iptal

⁶⁰⁶ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 484-485.

⁶⁰⁷ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, altıncı baskı, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, s. 898 vd.

⁶⁰⁸ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 22.

⁶⁰⁹ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 957.

⁶¹⁰ Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, yedinci baskı, 1913, s. 22.

⁶¹¹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 270.

⁶¹² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 269.

davasının da tam yargı davasının da konusu olabilirken, hem otorite işlemi hem yönetim işlemi olduğunun ise kabul edilemeyecek olması ve tam yargı yolunun bayındırlık işleri ve hizmet kusurları alanı gibi, basit olaylardan kaynaklanan sorumluluklar nedeniyle sıkça söz konusu olmasıyla, otorite işlemleri ile yönetim işlemleri ayrımının dava ayrımı altında ezilmiş olmasıydı.⁶¹³ İkincisi ise, her ne kadar Hauriou, dördüncü baskıdan itibaren “işlem” ifadesini “yol” ifadesi ile değiştirdiyse ve bu değişiklik, yazara göre, yönetim yolunun basit yürütme eylemleri olarak anlaşılmasına izin verme avantajına sahipse de; bu formülde de baki kalan dezavantaj, Hauriou’ya göre, icraî işlemlerin yalnızca otorite işlemleri olarak tezahür edebileceğine dair yanlış inancı korumasıydı, oysa bir eylemin unsuru da olabilirlerdi ve genelde de öyleydiler.⁶¹⁴

Böylece Hauriou, idari yargı başvuru yolunun belirlenmesi ölçütü olarak yeni bir formül belirledi. Bu ayrım, “icraî karar (*décision exécutoire*)” ve “idari eylem (*opération administrative*)”, yani hakların kullanılmasının iki usulü olan “işlem (*acte*)” ve “eylem (*opération*)” ayrımıydı.⁶¹⁵ Bu ayrımın, yazara göre, iki avantajı vardı: Öncelikle, üzerinde anlaşılamayan “gestion” kelimesinin anlamından kaynaklanan bitmek bilmeyen zorlukları gideriyordu; ikinci olarak da bu ayrımın, yetki aşımı davasını, asıl görünümü olan, doğrudan faaliyetin icraî prosedürünü durdurmak için bir kanun yolu olması biçiminde, olağan yargı yolunu da, yine asıl görünümü olan, yürütmenin sonuçlarını düzenlemek için esasa ilişkin bir faaliyet olması biçimiyle yansıtmasıdır.⁶¹⁶

Ancak Hauriou, ayrımın kuramsal yönünden vazgeçmez. Yazara göre bu yeni ayrımın özü de, 1899’dan beri iptal davası ile tam yargı davasını ayırmak için savunduğu, Terrier, Zimmermann ve Tomaso Greco kararlarına dair notlarında tekrarladığı; tam yargı alanındaki davaların yaşayan bir kaynağı olduğunu ve hukuken sayılı durumlar dışında da mevcut olabileceği görüşünden başkası değildir.⁶¹⁷ Yeni yargısal ayrımla da her zaman bağlantılı olduğunu düşündüğü ayrım, temel değerini korur. Çünkü esasında, Hauriou’ya göre, kamu idarelerinin kolluk ve yönetim haklarına ilişkin olarak, kolluk ile yönetim arasında bir zıtlık ortaya konulmalıdır;

⁶¹³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 421.

⁶¹⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 421.

⁶¹⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 421.

⁶¹⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 421.

⁶¹⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 420.

“ancak bu ayırım hakların kullanılmasından doğan dava alanına asla taşınmamalıdır”.⁶¹⁸ Ancak dikkat çekicidir ki yazar, kitabının son baskısına dek, icraî kararları “kamu gücünün otorite yoluyla tezahür eden irade ifadesi” olarak tanımlar.⁶¹⁹

Esasında sekizinci baskıdan önce de yazar, yargı yoluyla ilgili yeni ayırımla yaptığı tespitlere, mevcut kavramlarla bir hayli yaklaşmıştır. Örneğin, 1906 tarihli Denis et Rage-Roblot kararına ilişkin notunda, otorite yolunun belirleyici ölçütünü net biçimde icraî karar olarak belirlemiştir.⁶²⁰ Kitabının son baskısında, yazar, ayrıca, idare hukuku tarihinde, başlangıçta, idari yargının yetki alanı erkler ayrılığı prensibine bağlı olarak otorite işlemleri ile sınırlıyken, daha sonra bu belirlemenin yetersizliğinin anlaşılmasını, “kamu gücünün, çeşitli hipotezlerde, yalnızca idarenin icraî kararlarında değil, ama ayrıca yürütme eylemlerinde de rol oynadığı” ve “kamu gücü ayrıcalıkları içerdikleri sürece” bu eylemlerin de idari yargılamaya tabi olması gerektiği şeklinde açıklar.⁶²¹ İdarenin yürütme eylemlerine kamu gücü kapsamında yer vermeyerek adli yargı alanına dâhil eden Édouard Laferrière ile de bu hususta ayrıldığını vurgular.⁶²² Oysa Laferrière ile, “yürütme eylemleri” değil, “yönetim işlemleri” kavramı üzerinden, bu işlemlerin Laferrière tarafından adli yargıya tabi sayılmasıyla ayrılmışlardır. Hauriou’nun, böylece, kitabının son baskısında “yürütme eylemleri” ile “yönetim yolu (veya işlemleri)” kavramını; “icraî kararlar” ile de “otorite yolu (veya işlemleri)” kavramını eş tutmuş, aynı anlamda kullanmıştır.

Hauriou’yu ve Berthélemy’yi de etkilemiş olması muhtemel sav, kamu hizmetinin köklerini sağlamlaştıran 1908 Feutry kararında⁶²³, hükûmet komiseri Teissier tarafından, “tamamen metafizik” ve “keyfi” bulduğu⁶²⁴ kamu gücü işlemleri ve yönetim işlemleri ayırımına karşı yapılan eleştiridir. Teissier, ayırımın yasal bir temelini ve karşılık geldiği bir gerçekliğin bulunmadığını ifade eder.⁶²⁵ Teissier’ye göre, “kamu hizmetlerinin yönetimini sağlamak için kamu gücü veya temsilcileri tarafından yerine getirilen tüm işlemler” idari işlemler olup, “kanunların veya idari

⁶¹⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 421.

⁶¹⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 345.

⁶²⁰ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 632.

⁶²¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 345.

⁶²² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 345.

⁶²³ TC, “Feutry”, 29 Şubat 1908, n° 624, *Rec.*, s. 208.

⁶²⁴ Georges Teissier, “Conclusions: Affaire Feutry”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 583.

⁶²⁵ Georges Teissier, “Conclusions: Affaire Feutry”, s. 583.

düzenlemelerin uygulanması, idari otoritelerce verilen emirlerin yerine getirilmesi” de bu hizmetlerdendir.⁶²⁶ Teissier, ayrıca, kolluk hizmetleri ile yönetim işlemlerinin, sürekli iç içe olup, parçalanamayacağını savunur; kolluğun amacı kamu hizmetlerinin yürütülmesini temin etmek olup, kamu hizmetinin işleyişi de kolluk yetkilerinin kullanımını içerir.⁶²⁷ Sonuç olarak, Teissier, idari işlemlerin, bu işlemlerden bir kısmını dışarıda bırakan bir ayrım ile, idari yargı sahasından çıkarılamayacağını savunur. Hauriou, Feutry kararını, idari yargının önemli ilerleyişinin bir örneği olarak; Teissier’nin sonucunu da eksiksiz bir metin olarak görür.⁶²⁸

Hauriou’nun kamu gücü yaklaşımının zaman içinde ciddi değişimlere uğradığı açık bir gerçektir. Ancak temel fikirlerinin birçoğunun belirtilerini, ilk çalışmalarında dahi (1899’a dek daha az sistemli ve parça parça kalacak olsalar da) bulmak mümkündür. Henüz 1892’de, Hauriou, “devletin temelde üyesi olan idari kişilerin, devlete ayrılacak belirli egemenlik hakları dışında, kamu gücü haklarından yararlanma haklarının olduğunu düşünmeli miyiz?” sorusunu sorar ve bu hakların, pratikte devletin imtiyazı gibi tezahür ettiğini söyler.⁶²⁹ İdari kişilerin haklarını kamu gücü hakları ve özel kişi hakları olarak ayıran Hauriou, kamu yararından kaynaklanan kamu gücü haklarını, kolluk hakları ile kamu gücünün parasal hakları şeklinde ikiye ayırarak, bu parasal hakları da kamu malı hakları ile kamu gücünün edinme usulleri (kamu yararı sebebiyle kamulaştırma, vergiler, bayındırlık işleri vb.) olarak iki gruba ayırır.⁶³⁰ Daha sonra, sistemli kuramlar olarak 1899’da yönetim işlemlerini, 1900’de de yönetim yolu ile otorite yolu ayrımını kurar.

Otorite yolu, Hauriou’da, “kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla, kolluğun düzen işlemleri ya da düzenleyici işlemlerle” ve “kamu hizmetlerinin yürütülmesi işleminden önce ve hizmetlerin yürütülmesinde de kanuna uyulmasını sağlamak amacıyla, kendi faaliyetine yönelik düzenlemelerle alınan ilke kararları” ile ilgilidir.⁶³¹ Kamu gücü bu görünümünde, “anayasal yürütme gücü” kisvesi

⁶²⁶ Georges Teissier, “Conclusions: Affaire Feutry”, s. 583.

⁶²⁷ Georges Teissier, “Conclusions: Affaire Feutry”, s. 583.

⁶²⁸ Maurice Hauriou, “Affaire Feutry”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, C. 1* içinde, s. 584-585.

⁶²⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, ss. 400-401.

⁶³⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 403-404.

⁶³¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 229.

içerisindedir ve dolayısıyla bu yolla yapılan işlemler mali sorumluluğa ve tam yargı davasına neden olmaz.⁶³² Mutlak bir yetki gibi sistemleştirilmesinin iki nedeni, emretme durumunun, emri veren üstün subjektif sorumluluğu ile doğası gereği uyumsuzluğu ve kanunların uygulanması hedefindeki mutlak yarardır.⁶³³

Yönetim yolunda ise kamu gücü, iştirakçi konumundadır, “diğer iştirakçileri kabul eder ve oluşturulan kooperatif işletmesinin yöneticisine dönüşür, mütekabiliyet yasalarına tabi olarak yükümlülükler üstlenir”.⁶³⁴ Diğer iştirakçiler, kamu görevlileri ve/veya idare edilenlerdir. Bu yol için subjektif sorumluluk ve tam yargı davası söz konusudur. İdarenin subjektif sorumluluğu ile iştirakçilerin kazanılmış hakları, bu yolun sınırlarını belirler. Yönetim usulleri, sözleşme usulü, para usulü, yardım usulü (seçimlerde ana aktörün seçmen, idarenin ise süreci kolaylaştıran, yardım eden olması veya tehlikeli atölyelere devlet müdahalesi gibi) veya zorunlu yönetim usulü (idare edilenlerin iştirake mecbur olduğu, mecburi askerlik, askerî elkoyma, bayındırlık işlerinde geçici işgal gibi).⁶³⁵ Her ne kadar yönetim yolunda hakların karşılıklılığı söz konusu ise de bu durum eşitlik anlamına gelmez, idare hâlâ idari ayrıcalıklarına sahiptir.

Mülki yol ise idarenin özel kişiliği ile hareket ettiği, özel hukuk kurallarını kural olarak kabul ettiği yoldur.⁶³⁶ Kamu gücünün kullanım alanının dışındadır. Berthélemy, yönetim işlemlerinin, idarenin özel hukuk işlemleriyle karıştırılabileceğini söyler.⁶³⁷ Farkı, bu yolda doğrudan kamu hizmetine yönelik bir faaliyetin söz konusu olmamasıdır, özel mülkü ya da Hazine yararına hareket edilir.⁶³⁸ Mülki yola yönetim yoluyla aynı kategoride yer verecek bir ayırım, her şeyden önce, üçlü bir ayırımın ikili bir ayırım şeklinde karşılık bulamayacağı gerçeği nedeniyle Hauriou teorisinden ayrılır. Üstelik böyle bir ayırmı, kamu gücü kullanılan alanla kullanılmayan alanı

⁶³² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 229.

⁶³³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 230.

⁶³⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 231.

⁶³⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 232-233.

⁶³⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 234.

⁶³⁷ Henry Berthélemy, **Traité élémentaire de droit administratif**, yedinci baskı, 1913, s. 40.

⁶³⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 234.

birleştirmesi nedeniyle, bir tür kamu gücü teorisi olarak kabul etmek de mümkün değildir.

Kamu gücü adına hak kullanımının, birbirini tamamlayan iki yolu arasındaki ayırım da esasında, Hauriou'nun düalist anlayışının tezahürü olan, kavramların objektif ile subjektif yüzü ayrımlarından biridir. Otorite yolunu Hauriou, “objektif kamu gücü” olarak açıklar⁶³⁹ ve kamu gücünün, yasaların uygulanmasını sağlanması, idari teşkilatın gelişmesi ya da kamu düzeni için emir verdiğinde veya kurallar koyduğunda kullandığı yola dair teoriyi, “objektif teori” olarak adlandırır. Yönetim yolunu, kamu gücünün, bir kamu hizmetinin yürütürken kullandığı yol olarak belirlediği teoriye ise “subjektif teori” olarak isimlendirir.⁶⁴⁰

Hauriou, kamu gücü meşru bir toplumsal güç olarak kabul edildiğinde, bu kuvvetin iki hâlini, dinlenme ve hareket hâlini ayırt etmek gerektiğini belirtir, kamu gücü sadece dinlenme veya güç durumuna uygun otorite işlemlerinde değil, aynı zamanda hareket ve yürütmeye karşılık gelen yönetim işlemlerinde de vardır.⁶⁴¹ Yönetim işlemleri ile otorite işlemleri arasındaki farkı, yazar, yönetim işleminde kazanılmış haklar verilen üçüncü kişiler söz konusuysa, otorite işleminin kazanılmış hak verilmeyen, en fazla iptal edilebilir, geri alınabilir izinler veren bir iradeye ilişkin olduğu şeklinde ortaya koyar.⁶⁴² Hauriou, yasal düzenlemelerin, ihtilaflarını adli yargıya bıraktığı işlerin bile kamu gücü haklarının kullanılması olarak kalabileceğini savunur; örneğin kamulaştırma hakkı ile dolaylı vergi, döneminde adli yargı alanında sayılmasına karşın, yazara göre, bu anlamda, kamu gücü alanında kalmayı sürdürür.⁶⁴³

Hauriou'nun teorisinde kamu gücü, böylece, bir çatı kavramdır ve özel hukuk alanında sayılan mülki yol dışındaki her iki yol, otorite yolu da yönetim yolu da kamu gücü adına hak kullanımı alanındadır. Otorite yolu, böylece, idarenin kamu gücü kullandığı her işlemi değil, anayasal yürütme gücü olarak hareket ettiği, hükmetme gücü sergilediği işlemleri kapsar. Yönetim işlemleri de, yalnızca, idarenin kamu gücü

⁶³⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 196.

⁶⁴⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, dördüncü baskı, 1900, ss. 227-234.

⁶⁴¹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 73.

⁶⁴² Maurice Hauriou, “Affaires Médioni et Sérís”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 233.

⁶⁴³ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 73-74.

kullanmakla birlikte hükmetme gücü içeren otoritesiyle hareket etmediği alanı kapsar. Kamu hizmetlerinin özel hukuk içinde değerlendirilmesi düşünülemez, zira “prensip olarak, her kamu hizmetinin yürütülmesi”⁶⁴⁴ ve idare aksi yönde yetkilendirilmedikçe ya da kanun aksini emretmedikçe, “kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair her prosedür”⁶⁴⁵ idari faaliyettir.

Hauriou ayrıca, “ilke kararları” ve “yürütme kararları” ayrımı yapar. Bu ayrıma göre, her zaman bir otorite işlemi olarak kabul edilen ilke kararları; kamu idarelerinin yürütme işlemine geçmeden önce, hem kamu hizmetlerinin hem özel malların idaresinde, kendileri için program hazırlama safhasına ilişkindir.⁶⁴⁶ Hauriou’ya göre bu safha, “hem idari kişinin temel birliğini hem de kamu gücünün üstünlüğünü işaret eder”.⁶⁴⁷ İkinci aşama olan uygulama safhasında ise, ikisi de yürütme işlemi olan yönetim işlemleri ile idarenin özel hukuk işlemleri ayrılır; bu ayrımın nedeni ise, yalnızca yönetim işlemlerinde kamu gücünün varlığını bu safhada da sürdürmesi, “kendi kararlarının yürütülmesine katılması”dır.⁶⁴⁸

Hauriou, 1906 tarihli değerlendirmesinde, otorite durumunun “icraî karar (*décision exécutoire*)” kavramıyla açıklanabileceğini ifade ederek, “ister düzenleyici ister bireysel olsun, idarenin her icraî kararı, derhal ileri sürülebilir olması anlamında süjelere yönelik otorite tezahürüdür” der.⁶⁴⁹ Bu nedenle de iptal davasına konu olabilir. Hauriou sistemini, yönetim yoluyla yürütme ve hizmet işlemlerinin, otorite yoluyla da icraî karar içeren işlemlerinin yürütülebildiği şeklinde yorumlayan⁶⁵⁰ Duguit, Hauriou’nun, icraî karar olarak açıklanan otorite işlemlerinde idare ile birey arasında hiçbir zaman bir hukuki ilişki doğmadığı fikrine karşı çıkar. Ona göre düzenleyici işlemler için idare ile birey arasında bir hukuki ilişki olmadığı doğrudur ama düzenleyici işlemler zaten “maddi açıdan, idari işlemler değil, yasama işlemleridir”, şart işlemler idari işlem olmalarına rağmen bu işlemlerle de idareyle bireyler arasında

⁶⁴⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 40.

⁶⁴⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, onuncu baskı, 1921, s. 41.

⁶⁴⁶ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 77.

⁶⁴⁷ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 77.

⁶⁴⁸ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 77.

⁶⁴⁹ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot” (1906), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 632.

⁶⁵⁰ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 271.

hukuki ilişki kurulmadığı kabul edilebilir, ancak subjektif idari işlemler, yazara göre, kesinlikle hukuki ilişki doğuran işlemlerdir.⁶⁵¹

Hauriou'ya göre, iptal davasında başvuran yalnızca süje iken, tam yargı davasında ise, zararın tazminini talep eden başvuran, bir taraftır.⁶⁵² Tam yargı davaları yönetim durumuna karşılık gelir ve “icra eylemi (*fait d'exécution*)” kavramıyla açıklanır.⁶⁵³ İcra eylemleri hukuki veya maddi nitelikte ya da sözleşme niteliğinde olabilir ve bu icra eylemleri söz konusu olduğunda, idarenin “bütünüyle elinde tuttuğu bu egemenliğin bir kısmını kaybettiği” kabul edilir.⁶⁵⁴

Kamu gücü teorisyenlerinin, esasında, yargı yolu ayrımına katkı ve desteği sürecin başından beri mevcuttur. Modern başvuru yollarının temelini, otorite (kamu gücü) işlemleri ile yönetim işlemleri ayrımı teorisinin de öncüsü olan Laferrière'in, iptal, tam yargı, yorum ve ceza davaları ayrımına dayandığı kabul edilir.⁶⁵⁵ Hauriou, idari yargıyı 19. yüzyıl sonundaki krizden kurtaran iki fikrin, “icraî karar usulü” ile “kamu hizmeti eylemi” olduğunu ifade eder.⁶⁵⁶ İcraî karar fikri, yetki aşımı başvurularının, yani iptal davalarının yolunu açmıştır.⁶⁵⁷ Kamu hizmetinin yürütülmesi ise, hukuki bir eylem, özel bir hukuki ilişki olarak özel hukukunkine benzer bir yargı yolu açılmasını gerektirmiş, bu da idarenin maddi sorumluluğu ve tazminat ile ilgili tam yargı davası olmuştur.⁶⁵⁸ Nihayetinde icraî karar (işlem) ve yürütme eylemi (eylem) ayrımına kavuşan yargısal başvuru kuramı; Türkiye’de de 1945’te Ragıp Sarıca, iptal ve tam yargı davalarının konu farkını “idari kararlar” ve “idari fiil ve ameliyeler”⁶⁵⁹ ayrımıyla açıklamış; 1967’de Lütfi Duran, idari eylemler için tam yargı davasının, idari işlemler içinse, 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile birlikte, iptal ve tam yargı davalarının (birlikte veya iptalden sonra tam yargı davası şeklinde) açılabileceğini belirtmiştir.⁶⁶⁰

⁶⁵¹ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, ss. 272-273.

⁶⁵² Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 632.

⁶⁵³ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 633.

⁶⁵⁴ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 633.

⁶⁵⁵ Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, **Droit Administratif**, ss. 493-494.

⁶⁵⁶ Maurice Hauriou, “Affaire Feutry”, s. 585.

⁶⁵⁷ Maurice Hauriou, “Affaire Feutry”, s. 585.

⁶⁵⁸ Maurice Hauriou, “Affaire Feutry”, ss. 585-586.

⁶⁵⁹ Ragıp Sarıca, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İÜHFM**, C. 10, S. 3-4, 1945, ss. 486-487.

⁶⁶⁰ Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk. İptal Dâvası-Tam Yargı Dâvası”, **İÜHFM**, C. 33, S. 3-4, 1967, ss. 3-26, özellikle s. 4.

Hauriou'nun henüz 1899 tarihinden itibaren, idari işlem ile idari eylem ayrımıyla ortak hususlar arz eden ve kitabının son baskısında dahi anlamları “icraî işlemler” ile “yürütme eylemleri” kavramlarına denk olarak kullanılan “otorite yolu” ve “yönetim yolu” kavramlarının, tamamıyla anakronik kabul edilerek inceleme alanlarının dışında değerlendirilmesine imkân yoktur. Öncelikle, tüm kamu gücü sisteminin temelini teşkil eden bu kavramlar, gerçekten tamamen silinmiş olsalardı dahi, tarihsel önemleri nedeniyle incelenmeye değerdi. İkinci olarak ise bu ayrım, Hauriou'nun da vurguladığı gibi, yalnızca yargısal boyutuyla yerini “icraî karar (işlem)” ve “yürütme eylemi (eylem)” ayrımına bırakmıştır. Yargısal başvuru yollarını ayırmak için, “otorite yolu” ve “yönetim yolu” ayrımı nasıl yetersizse; kamu gücünün kullanım yollarının niteliklerine dair teorik bir ayrım için de “işlem” ve “eylem” ayrımı yeterli bulunmaz. Çünkü ayrımlardan biri işlemin sonucuna, aldığı biçime, eşkâline; diğeri sebebine, kaynağına, özüne ilişkindir.

Hauriou, idare hukuku doktrininin temel teorisi olan kamu gücü teorisini inşa ederken, kamu gücünün kullanılmasının iki temel yolundan biri olan “yönetim yolu”nu sosyal bilimlerin toplumdaki dayanışma fikirleri ile genel kamu hukukunun devlet, toplum ve birey ilişkileri teorilerinden yararlanarak kurmuştur. İkinci yol olan “otorite yolu” ise, iktidarın hâkimiyet kudretinin bir tezahüründen ibarettir. Bu anlamda, tıpkı Duguit ile Jèze'in kamu hizmeti teorileri gibi, Hauriou'nun kamu gücü teorisi de, belki idare hukukunun parametrelerinden bile fazla sayıda genel kamu hukuku faktöründen etkilenmiştir.

B) Otorite Yolu ve Egemenin Hükmetme Hakkının Sınırları

Hauriou'nun kamu gücü teorisinin, kamu hizmeti teorisinden ayrılan asıl yönü, otorite işlemleridir. Hauriou, kamu gücünün kullanım alanının kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle sınırlı olmadığını, iktidarın hâkimiyet kudretinin tezahürü olan bir otorite yolunun da varlığını savunur. İdare hukukunun temeli, bu nedenle, kamu hizmetinden ibaret olamaz.⁶⁶¹ Hauriou'ya göre idare hukuku, “düzenin ve kamu yararının tesisi amacıyla, kanunların uygulanması, kolluk ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi yollarıyla, kamu idareleri tarafından yürütülen, yürütme erkinin hukuki

⁶⁶¹ Maurice Hauriou, “Principe de détermination”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 1.

faaliyet alanıdır”.⁶⁶² Otorite yolunun kapsamı, kanunların uygulanması ve kolluk faaliyetlerinden ibarettir ve bu yolda idare, “âmir bir irade izharı”⁶⁶³ ile hareket eder.

Otorite işlemleri, Jean Romieu’nün Terrier davasında da vurguladığı gibi, karıştırılmaya müsaittir. Bir yandan, özellikle Laferrière tarafından “kamu gücü işlemleri” olarak isimlendirdiği sesteş hâliyle, otorite işlemleri, kamu gücünün kullanıldığı tüm işlemler, başka bir deyişle, “idarenin, özel hukuk işlemleri dışında kalan tüm hareket alanı” ile karıştırılmaya açıktır. Diğer yandan, bir egemenlik tezahürü olmasıyla, yargı mercilerinin idari nitelikte değil, politik nitelikte gördüğü ve yargılama yetkisi içerisinde olmadığı (yargı kısıntısı) şeklinde değerlendirdiği, Fransız Danıştayı tarafından, “kararı sadece hükûmete ait olan siyasi sorun” olarak nitelenip, “yargı yollarının tümüne duyarsız” kabul edilen⁶⁶⁴ “hükûmet tasarrufları (*acte de gouvernement*)” (hükûmet işlemleri) ile ya da hükûmet komiseri Teissier tarafından, özellikle yasama işlemleri, düzenleyici işlemler ve bazı hükûmet işlemlerini kapsadığı ifade edilen ve Hauriou’nun, var olmayan, fakat var olsaydı her türlü yargı yolundan muaf olacağı aşikâr olan bir kategori olduğunu düşündüğü “egemenlik işlemleri” ile⁶⁶⁵ de karıştırıldığı vakidir. Ne var ki, otorite işlemleri, kamu gücü çatı kavramının ayrımlarından yalnızca biri ve her şeyden önce, siyasi değil, apaçık ve kuşku götürmez biçimde “idari” işlemler olarak yargıç denetimine de tabi (ancak yalnızca yetki aşımı başvurusu olarak görülen iptal davalarında, tazminat davası olan tam yargı davalarında değil) işlemlerdir.

Otorite yolunun sorumluluk sahası dışında tahayyül edilmesi, tarihsel bir eğilime dayanır. Eski sorumsuzluk anlayışlarının temel dayanağı, idarenin devlet otoritesi kullanıyor olması, hikmet-i hükûmet (*raison d’État*) anlayışı ya da erkler ayrılığıydı. Bir “otorite” yahut “hâkimiyet” kategorisinin varlığının, bu nedenle, sorumsuzluk alanında addedilmesi anlaşılır bir mantık yürütmeye dayanır. Otorite yolunun, böyle eşsiz ve olağanüstü bir gücün hareket alanı olarak, sınırsız yetkiler mi içerdiği, yoksa özel konumuna karşın, birtakım kısıtlamalara yine de tabi mi olduğu meselesinin tartışmalı olması doğaldır.

⁶⁶² Maurice Hauriou, “Principe de détermination”, s. 1.

⁶⁶³ Ayten Yüksel, “İdare Hukukunun Tatbik Sahası”, s. 77.

⁶⁶⁴ CE, ordonnance, “Laffitte”, 1 Mayıs 1822, n° 5363, **Rec.**, s. 202.

⁶⁶⁵ Maurice Hauriou, “Affaires Le Berre, Villenave et Nivaggioni” 1903 ve 1904), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 3 içinde, s. 21.

Paul Duez, hükûmet işlemlerine ilişkin olarak, hukuki yaptırımdan muafiyetin ötesinde, mevcut kabul edilen sorumsuzluğun, “genel kamu hukuku açısından bir sorumsuzluk” sayılıp sayılmayacağını sorgular.⁶⁶⁶ Otorite işlemlerinin tam yargı başvurularından muafiyeti de aynı sorunun muhatabıdır. Sorumluluk kavramına, fikrî gelişim safhalarının çoğunlukla bulunduğu genel kamu hukuku açısından bakmak gerekir; çünkü egemenlikten kaynaklanan sorumsuzluk alanlarının egemenlik kavramını inceleyen genel kamu hukukundan bağımsız değerlendirilmesi, salt pozitivist bir anlayışla, kanunun sorumluluk kapsamına hangi işlemleri alıp hangilerini bırakacağını izlemek olur ki böyle bir yaklaşım idare hukukunun ilerlemesinin önünde bir bariyer olurdu.

Bugün Fransa’da oldukça gelişmiş olan, “idari sorumluluk hukuku” adıyla ayrı bir alt disiplin olarak incelenebilen ve iptal ve tam yargı davalarıyla, hizmet kusuru ve sonradan gelişen kusursuz sorumluluk alanlarıyla tam bir sorumluluk alanına dönüşmüş olan kamu gücünün idari sorumluluğu doktrini; 19. yüzyılın ortalarına dek sorumsuzluk ilkelerinin gölgesinde kalmış, idarenin gerçek anlamda sorumluluğu ise ancak 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla, Danıştay’a, yürütme erkinin müdahale edemediği, özerk bir yargı ve karar yetkisi tanınmasıyla söz konusu olabilmıştır. Kamu hizmetlerinden doğan zararlardan idari sorumluk ise 1873 tarihli Blanco kararından itibaren genel kabul görmüştür. Modern sorumluluk anlayışı, sorumluluğun genel unsurları olan zarar, nedensellik bağı ve isnat bağı üzerine kurulu olan idari sorumluluk; kamu görevlisinin kişisel kusurundan ayırmak ve farklı derecelerde aramak üzerine kurulu olan hizmet kusuru ile risk sorumluluğu, kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliğinin ihlali ve son dönemde gündeme gelen bakım sorumluluğu gibi sorumluluklarla tezahür eden kusursuz sorumluluk sistemine kavuşmuştur.

Kamu gücü içinde ikili ayrımlara gidilmesi, yönetim işlemleri ve kamu hizmeti kuramlarının doğması, egemenlik otoritesinin kullanılmadığı işlemlerin sorumsuzluk kapsamından çıkarılabilesine fayda sağlamıştır. Kamu hizmetlerinin işleyişinden kaynaklanan zararların sorumluluğa yol açması gerektiği hep düşünülmüş, yalnız özel hukukun tasarruflarına benzediklerinden idari yargıya mı yoksa adli yargıya mı tabi

⁶⁶⁶ Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), Paris: Dalloz, ikinci baskı, 1938, s. 220.

olacaklarına dair muhakemeler zaman almıştır. Otorite işlemlerinde ise, bir sorumluluktan bahsedilecekse, bunun idari yargıya konu olacağı nettir. Bu kez esas mesele, hâkimiyet kudretinden kaynaklanan tasarruflara ilişkin olarak idarenin sorumluluğundan ne ölçüde söz edilebileceği meselesi olmuştur. Hauriou bu soruyu, otorite işlemlerinin iptal davasına konu olabileceğini, iptal davasının ise bir disiplin denetimine benzediğini, “idarenin yetki aşımı nedeniyle kendini cezalandırması” anlamına geldiğini belirtir.⁶⁶⁷ Otorite işlemlerine karşı başvurulabilen iptal davasında, böylece, başvuran, bir taraf değil, yalnızca süjedir.⁶⁶⁸

İdari sorumluluk anlayışı, genel kamu hukuku anlamında yönetenlerin sorumluluğu eğilimlerinden doğrudan etkilenmiştir. Otorite işlemlerinde idari sorumsuzluk anlayışının kökeni, esasında, genel kamu hukuku anlamında bir “sembolik yönetici” fikrine dayanır. Bu fikre göre, egemenlik otoritesini kullanan yönetici, bu sıfatıyla, dokunulmazdır. Otorite alanı, Eski Rejim (*Ancien Régime*)’de “kral yanlış yap(a)maz” anlayışının dayanak olduğu bir idari sorumsuzluk alanı olarak görülmüştür. Özünde, Fransız kamu hukukuna İngiliz siyasi kültüründen gelen “kral yanlış yap(a)maz” veya “kral kötülük yap(a)maz” özdeyişlerinin kökeni “kral kötülük yapamaz, çünkü hiçbir şey yapamaz” anlayışıdır. İngiliz parlamenter sistemi özelinde parlamenter sistemin devlet başkanı ile hükûmet arasındaki iki başlı yürütmesinin, yürütme organının sorumsuz başının devlet başkanı, sorumlu başının ise bakanlar olmasının yansımasıdır. Devrim Dönemi’nde ise cezai dokunulmazlığın tehlikeleri tartışılırken, anayasal dokunulmazlık tehlikeli bulunmaz, zira her zaman işlemde imzası bulunan, sorumlu bir bakan vardır, “halk her zaman bir garantöre sahiptir”.⁶⁶⁹ Devrim döneminin önemli isimlerinden Warville, dokunulmazlığın, İngiliz kökenli ‘kral, “kral olarak”, kötülük yapamaz’ anlayışına dayandığını; cezai dokunulmazlığın ise, bu anlayışın, kişinin, “kral olarak” ve “insan olarak” tek ve aynı kişi olduğu gerekçesiyle, insan-kral’ın suçunu meşrulaştırmaya yönelik kötü niyetli bir yorumundan ibaret olduğunu düşünür.⁶⁷⁰ 1791 Fransız Anayasası, nihayet olarak,

⁶⁶⁷ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 632.

⁶⁶⁸ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 632.

⁶⁶⁹ Jacques-Pierre Brissot de Warville, **Discours sur la question de savoir, si le roi peut-être jugé : Prononcé à l'Assemblée des Amis de la Constitution, dans la Séance du 10 Juillet 1791**, Paris: Imprimerie nationale, 1791, s. 4-5.

⁶⁷⁰ Jacques-Pierre Brissot de Warville, **Discours sur la question de savoir, si le roi peut-être jugé**, s. 4-5.

ikinci maddesinde, “kralın kişiliği dokunulmaz ve kutsaldır” hükmünü içerir.⁶⁷¹ Temmuz Monarşisi’nde, 1830’dan, devrildiği 1848’e kadar “Fransızların kralı” olarak bilinen Louis-Philippe için, döneminde kabinesinde yer almış olan Adolphe Thiers’in söylediği, “kral yönetmez, hükûmet etmez, hüküm sürer (*Le roi n’administre pas, ne gouverne pas, il règne*)”⁶⁷² ya da daha sonra mottolaşan hâliyle “kral hüküm sürer ama hükûmet etmez (*le roi règne mais ne gouverne pas*)” sözü de yine, görev ve sorumlulukların, krala değil, hükûmet ve meclise yüklendiğine ilişkindir.

Egemenliği kullanan yöneticinin bireysel bir kişilikten ayrı düşünülmesi geleneği, İngiliz “taç (*crown*)” fikrine dayanır. Taç sembolü, kraliyeti simgeler. Kral yalnızca kraliyet tacını taşıyan bir bedenden ibarettir. Aşkın bir güce sahip olan, kral değil, kraliyettir. Bugün hâlâ kaybolmamış olan bu anlayış; Tudor dönemi hukukçularının, sonraki kralları önceki kralın değil, krallığın varisi olarak değerlendirdikleri zamandan bu yana “kralın iki bedeni” fikrini geliştirmiştir.⁶⁷³ Bu fikre göre, kralın, biri fani, maddi ve doğal ya da tesadüfi olan kusurlara sahip olan “doğal”; diğeri görünemeyen, manevi, zapt edilemeyen, doğal kusurlardan ari ve tek olan “siyasal” bedenidir.⁶⁷⁴ Siyasal beden anlamında kral ölümsüzdür. Kralın asla ölmemesi fikri, üç faktöre dayanır. Ernst Kantorowicz’e göre bunlar; hanedanın daimîliği, kraliyetin kurumsal karakteri ve krallık onurunun ölümsüzlüğüdür.⁶⁷⁵ Kantorowicz, İngiliz siyasi düşüncesinde çok önemli olan fizyolojik kralın iki bedeni kavramının, Kıta Avrupasında, kralın parlamentodaki konumuna aşına olunmadığı için, ne terminolojik ne de kavramsal bir karşılık bulabildiğini ifade eder.⁶⁷⁶ Taç kuramını, Maitland ise, kraliyet ya da *Commonwealth* olan kurumun, birçok kurumun karmaşık ve organize birliği olduğu ve egemen yöneticinin de, yalnızca onun başı olduğu biçiminde ele almıştır.⁶⁷⁷

⁶⁷¹ Constitution de la République française du 3 septembre 1791 (3 Eylül 1791 Fransa Cumhuriyeti Anayasası), URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>, son erişim tarihi: 20 Nisan 2020.

⁶⁷² Adolphe Thiers “Du gouvernement par les chambres”, *Le National* (günlük gazete), 4 Şubat 1830.

⁶⁷³ Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* (1957), Princeton: Princeton University Press, 1997, s. 373.

⁶⁷⁴ Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* (1957), ss. 7 ve 20-21 ve 372.

⁶⁷⁵ Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* (1957), s. 316.

⁶⁷⁶ Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* (1957), s. 20.

⁶⁷⁷ Herbert Albert Laurens Fisher (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, s. 259.

İdari sorumsuzluğun temeli olarak görülen “kral yanlış yapamaz” anlayışı, tarihsel yansımalarına da bakıldığında, bugün de hâlen varlık sürdüren, modern anayasalarda yer bulan, devlet başkanının, siyasi ve cezai sorumsuzluğuna ilişkindir. Yürürlükte bulunan Fransız Anayasası, 67. maddesinde, cumhurbaşkanının “medeni sorumluluğu ile cezai sorumluluğuna”⁶⁷⁸ ilişkin olarak; soykırım suçları, insanlığa karşı suçlar ve savaş veya saldırı suçları durumunda Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisiyle (m. 53-2), meclis tarafından görevden alınması, görevinin icrasıyla açıkça bağdaşmayan görev ihlali durumunda Yüce Divan yetkisini (m. 68) istisna olarak belirleyerek; cumhurbaşkanının görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemlerden sorumsuzluğunu ilke olarak ortaya koymuş; görev dışı sorumluluğuna dair ise geçici yargısal bağımsızlık öngörmüştür.⁶⁷⁹ Siyasi sorumluluk bakımından ise devlet başkanının “yalnızca halka karşı sorumlu” olması genel ilkedir.⁶⁸⁰ Fransız Anayasası m. 19’da ise cumhurbaşkanı işlemlerinin (tek başına yaptığı tahdidi işlemler haricinde), başbakan ve gerekmesi hâlinde sorumlu bakanlar tarafından imzalanacağı hükme bağlanmıştır.⁶⁸¹

Kamu gücünün sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, dolayısıyla, tarihçi Lemontey tarafından 1818’de 14. Louis’nin 13 Nisan 1655’teki konuşmasına atfedilen ancak yüzyılın sonunda tarihçiler tarafından reddedilen⁶⁸² 14. Louis’nin “devlet benim! (*l’État, c’est moi!*)” anlayışından, ölüm döşeginde, 1715’te, bu kez söylemiş olduğu reddedilmeksizin tarihe geçen, “Ben gidiyorum ama devlet her zaman baki kalacak; ona sadakatle bağlı olun.” anlayışına⁶⁸³ geçilmesi gerekiyordu. Aslında,

⁶⁷⁸ Jean-Marc Sauvé, “La responsabilité du chef de l’État en droit comparé”, *Journée d’étude de la Société de législation comparée*, 27 Mart 2009, URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-responsabilite-du-chef-de-l-etat-en-droit-compare>, son erişim tarihi : 13 Nisan 2020.

⁶⁷⁹ Constitution de la République française du 4 octobre 1958 (4 Ekim 1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasası), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, son erişim tarihi : 20 Nisan 2020; 1958 tarihli orijinal metin için bkz. Constitution du 4 octobre 1958, **JORE**, n° 0238, 5 Ekim 1958, ss. 9151-9173.

⁶⁸⁰ Conseil constitutionnel, “Le Président est-il responsable ?”, URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-president-est-il-responsable>, son erişim tarihi: 20 Nisan 2020.

⁶⁸¹ Constitution de la République française du 4 octobre 1958 (4 Ekim 1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasası), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, son erişim tarihi : 20 Nisan 2020; 1958 tarihli orijinal metin için bkz. Constitution du 4 octobre 1958, **JORE**, n° 0238, 5 Ekim 1958, ss. 9151-9173.

⁶⁸² Lucien Bély, **Louis XIV: le plus grand roi du monde**, Quintin: Jean-paul Gisserot, 2005, s. 77.

⁶⁸³ Jean-Christian Petitfils, “Le Roi Soleil et Dieu”, *Le Figaro* (günlük yayın), 1 Eylül 2015, URL: <https://www.lefigaro.fr/vox/histoire/2015/09/01/31005-20150901ARTFIG00273-mort-de-louis-xiv-je-m-en-vaiss-mais-l-etat-demeurera-toujours.php>, son erişim tarihi: 30 Mart 2020.

1498’de, 8. Charles’ın ölümüyle ilk kez duyulan⁶⁸⁴ “kral öldü, yaşasın kral!” sloganıyla sembolleşen, 14. Louis’nin ölümünde Bouillon Dükü’nün siyah tüylü şapkasıyla “Kral öldü!” anonsunu yaptıktan sonra, bu kez beyaz tüylü şapkasıyla ve neşeyle “Yaşasın kral!” diye seslendiği bir seremoniye dönüşen, monarşinin sürekliliği ilkesi⁶⁸⁵, uzun zamandır devleti, kralın kişiliğinden ayırıyordu. Egemenliğin sürekliliği fikri, on altıncı yüzyılda, Bodin’in, “en büyük buyurma gücü” olarak nitelediği egemenliği; “bir devletin (*république*) mutlak ve daimî gücü” olarak tanımlamasıyla birlikte kuramsallaşmıştır.⁶⁸⁶ Devletin, kralların maddi bedenleri gibi zamanla sınırlanmadığını, bir kamusal kişilik olarak sürdüğünü ifade eden süreklilik ilkesi, Bodin’in modern devlet düşüncesine önemli bir katkı olarak değerlendirilir.⁶⁸⁷

Fransız hukukunda, devlet, kraldan ayrı bir kişilik kazansa da devletin işlemlerinin sorumluluğa yol açması, devlet hâkimiyetinin ya da ulusal egemenliğin yargılanması olarak görülüyordu. Zararların tazmin edilmesi, 19. yüzyıl sonlarına kadar sadece “lütuf yolu” ile söz konusu olabiliyordu. Fransız Devrimiyle birlikte dört aşamalı bir dönüşüm süreci yaşandı.⁶⁸⁸ 1789’dan 1799’a kadar süren ilk aşamada, adli yargıya güven azalmıştı ve idareye karşı şikâyetler kral, il, ilçe ve belediyelere karşı yapılıyordu, idarenin hem taraf hem yargıç olduğu bir idareci yargıç (*administrateur-juge*) sistemiydi.⁶⁸⁹ Sistem, gerçek bir yargısal güvence vermiyordu.⁶⁹⁰ 1799’dan 19. yüzyıl sonlarına dek süren ikinci aşama, Fransız Danıştayının ve il idare meclislerinin kurulmasıyla idari yargının temelini atıldığı dönemdi. Ne var ki, idari yargının organik kuruluşu; adli yargıya güvenin de yeniden tesisi ve Danıştay’ın tepkilere maruz kalması karşısında, “idari” nitelikte görülen işlerin alanını daralttı. Nihai karar yetkisine haiz olmalarıyla il idare meclislerinin, devredilmiş adalet sistemine geçişleri hukuken tamamlanmış, ancak fiilen valilerin etkisi altında kalmışlardı; Danıştay ise hâlâ tutulmuş adalet sisteminde kalmıştı.⁶⁹¹ Otorite işlemleri ile yönetim işlemleri

⁶⁸⁴ Ralph E. Giesey, **Cérémonial et puissance souveraine: France, XVe–XVIIe siècles**, İngilizceden Fransızcaya çev. Jeannie Carlier, Paris: Armand Colin, (koleksiyon: Cahier des Annales, n° 41), 1987, s. 123.

⁶⁸⁵ Jean-Christian Petitfils, “Le Roi Soleil et Dieu”, *Le Figaro* (günlük yayın), 1 Eylül 2015, URL: <https://www.lefigaro.fr/vox/histoire/2015/09/01/31005-20150901ARTFIG00273-mort-de-louis-xiv-je-m-en-va-is-mais-l-etat-demeurera-toujours.php>, son erişim tarihi: 30 Mart 2020.

⁶⁸⁶ Jean Bodin (Angevin), **Les six livres de la République**, Paris: Jacques du Puys, 1576, s. 115.

⁶⁸⁷ Abdurrahman Saygılı, “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, **AÜHFD**, C. 63, S. 1, 2014, s. 190.

⁶⁸⁸ Paul Duez ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1952, ss. 235-242.

⁶⁸⁹ Ayten Yüksel, “İdare Hukukunun Tatbik Sahası”, s. 75.

⁶⁹⁰ Paul Duez ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, s. 237.

⁶⁹¹ Paul Duez ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, s. 237.

ayrımı teorilerinin kurulması, yeni bir sürece girilmesinin yolunu açtı.⁶⁹² 19. yüzyıl sonlarında doktrin ve içtihadı hâkim olup 20. yüzyıl ortalarına doğru zayıflayan kamu hizmeti teorileri ise üçüncü aşamayı kuşatır, bu dönemde idari yargı yetkisi genişler.⁶⁹³ Duez ve Debeyre, 20. yüzyılda başlayan dördüncü aşamayı ise, kamu hizmetinin, adli yargı lehine değiştiği dönem olarak belirlemişlerdir.⁶⁹⁴

İdarenin sorumluluğunun kabulü adım adım gerçekleşmiştir. Önceleri, bayındırlık işlerinden kaynaklanan zararlar gibi birtakım zararlardan idarenin sorumluluğu kabul edilmiş, daha sonra bu alan genişlemiştir. 1861 tarihli Glass ve Elliot kararıyla, bir düzen hizmeti olan, bir tür otorite alanı olan liman kolluk hizmetine ilişkin olarak idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir.⁶⁹⁵ Kamu gücünün idari sorumluluğunun başlangıcı olarak ise Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 Blanco kararı ya da idari sorumluluğun ilke hâline geldiği, Fransız Danıştayının 1905 Tomaso Grecco kararı görülür.⁶⁹⁶ Hauriou, idari sorumluluk alanının genişlemesinin, özellikle içtihatlar üzerine yorumlarında, her zaman destekçisi olmuştur. Ne var ki, ağır kusur aranan durumların istisnai kalmakla birlikte tamamen silinememesi gibi, idarenin yargısal sorumsuzluğu alanı da tamamen yok olmamıştır. Hükûmet işlemleri (tasarrufları), Fransız Danıştayının 1875 tarihli Prince Napoléon kararı⁶⁹⁷ ile, Prens Napoléon Joseph Bonaparte'ın 1873 askeri dizininde yayımlanan generaller listesi bölümünde isminin bulunmaması nedeniyle Savaş Bakanlığına karşı açtığı davada, “tamamen politik düşüncelerle alınmasına karşın Fransız Danıştayının kendini yetkili görmesiyle “siyasi gerekçe (*mobile politique*)” dayanağından koparılmış olsa da ve zaman içerisinde idari yargı bu işlemlerin sayılarını bir hayli azaltılsa da; hükûmet işlemlerinden kaynaklanan zararlar, belli bir devlet sebebine (hikmet-i hükûmete)” karşılık gelen işlemler yine de sorumsuzluk alanında kalmıştır.”⁶⁹⁸ Sorumsuzluk alanında kalan işlemler, özellikle, yürütme yetkisinin yasama yetkisi ile ilişkilerine ilişkin işlemler ile Fransa'nın devletler arası ilişkilerinin sürdürülmesini konu edinen

⁶⁹² Ayten Yüksel, “İdare Hukukunun Tatbik Sahası”, s. 76.

⁶⁹³ Paul Duez ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, s. 239.

⁶⁹⁴ Paul Duez ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, s. 242.

⁶⁹⁵ CE, “Glass Elliot et Comp.”, 11 Ağustos 1861, n° 32862, **Rec.**, ss. 716-718.

⁶⁹⁶ Charles-Édouard Sénac, “Le concept d'irresponsabilité de la puissance publique”, **RFDA**, n° 6, 2011, s. 1199.

⁶⁹⁷ CE, “Prince Napoléon-Joseph Bonaparte”, 19 Şubat 1875, n° 46707, **Rec.**, S. 2, ss. 155-163.

⁶⁹⁸ Pascale Gonod, “À propos de la responsabilité administrative”, **Mouvements**, n° 29, S. 4, 2003, s. 32.

işlemler.⁶⁹⁹ Ancak, zaman içinde devletler arası ilişkilere dair işlemlerin, devletler arası ilişkilerin kendisinden ayrılabilceği kabul edilmeye başlanmıştır.⁷⁰⁰

1899 tarihli Lepreux kararında⁷⁰¹, bir kamusal bayramda, polisin açtığı ateşten sorumlulukla ilgili olarak, Fransız Danıştay, “devletin, bir kamu gücü olarak ve özellikle polis tedbirleri bakımından, ajanlarının ihmalinden sorumlu olmamasını” ilke olarak tespit etmiş⁷⁰² ve kabul edilemezlik sebebi olarak görmüştür. Hauriou’ya göre ise prensip bu değil, “otorite yoluyla hareket eden kamu gücünün sorumsuz olması”dır.⁷⁰³ Hauriou, Lepreux kararını yanlış bulur, çünkü yazara göre, bir düzen hizmeti yürütüldüğü zaman, kamu gücü, otorite yolundan ziyade yönetim yoluyla hareket eder, “içtihat bile, bir düzen hizmetinin yürütülmesiyle ilgili olduğu sürece idarenin sorumluluğunu kabul eder”.⁷⁰⁴ Yönetim yolunda ise idare, hizmetlerin hukuka aykırı işlemesinden kaynaklanan kazalardan sorumludur⁷⁰⁵; hizmetin yürütülmesinde idari bir kaza meydana geldiği her seferinde tazminat yükümlülüğü söz konusu olur⁷⁰⁶ ve Hauriou’ya göre, olayda, yürütülen düzen hizmeti yetkili emniyet müdürlüğü tarafından yetersiz yürütüldüğü için zarar meydana geldiğinden, davanın reddi değil kabulü ile devletin sorumluluğuna hükmedilmesi gerekiyordu.⁷⁰⁷ Böylece, Lepreux kararında, Danıştay’ın kamu gücü anlayışı idarenin sorumsuzluğuna varırken, Hauriou’nun kamu gücü teorisinin idarenin sorumluluğuna varıyor olması dikkate değerdir. Daha sonra çeşitli spesifik sorumluluklar kabul edilmiş ancak 1904 tarihli Ginière kararında, Danıştay hâlâ, keyfi tutuklama ve salıvermede gecikme fiillerine karşı, devlete karşı ve idari yargıda dava açılmayacağını savunmuştur.⁷⁰⁸

⁶⁹⁹ Conseil d'État, “Abandon du mobile politique pour définir l'acte de gouvernement”, 19 février 1875, Prince Napoléon, URL: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>, son erişim tarihi : 22 Nisan 2020.

⁷⁰⁰ Conseil d'État, “Abandon du mobile politique pour définir l'acte de gouvernement”, 19 février 1875, Prince Napoléon, URL: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>, son erişim tarihi : 22 Nisan 2020.

⁷⁰¹ CE, “Lepreux”, 13 Ocak 1899, n° 88605, **Rec.**, ss. 18-19.

⁷⁰² Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 516. Aynı ilkenin tespit edildiği daha erken tarihli bir karar için bkz. CE, “Biston”, 5 Mart 1880, n° 54496, **Rec.**, ss. 258-259.

⁷⁰³ Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, s. 528.

⁷⁰⁴ Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, s. 528.

⁷⁰⁵ Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, s. 529.

⁷⁰⁶ Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, s. 526.

⁷⁰⁷ Maurice Hauriou, “Affaire Lepreux”, s. 529.

⁷⁰⁸ CE, “Ginière”, 5 Şubat 1904, n° 10749 **Rec.**, s. 88.

1905 tarihli Tomaso Greco kararında ise⁷⁰⁹ Fransız Danıştayı, kolluk hizmetinden doğan bir zarardan idari sorumluluğu, “kamu hizmeti kusuru”, “kolluk hizmeti kusuru” sayarak kabul etmiştir. Tunus’ta kaçan öfkeli bir boğanın arkasından bir kalabalık koşarken, polisin açtığı ateşin, bir vatandaşı evinin içinde yaraladığı olayda; Fransız Danıştayı, ateş açanın jandarma görevlisi olmadığı ve idarenin sorumluluğuna yol açacak bir kamu hizmeti kusurunun da bulunmadığı nedeniyle başvuruyu reddetmiştir.⁷¹⁰ Lepreux kararı ile bire bir benzeyen olayda, bu kez kabul edilemezlik kararı vermeyerek işin esasına geçmesi, kamu gücü sorumsuzluğundan vazgeçtiği anlamına gelmiştir.⁷¹¹ Böylece, Tomaso Greco kararı, kusur durumunda tazminat sorumluluğu doğuran yönetim işlemleri ile bu sorumluluğa yol açmayan kamu gücü işlemleri ayrımını ortadan kaldıran ve idarenin tüm egemenlik faaliyetlerinin idarenin sorumluluğuna girmesinin başlangıcı olan karar olarak değerlendirir.⁷¹² Hauriou’nun, bu iki zıt karardan ikincisinden yana olduğunu ve Lepreux kararını başından beri eleştirdiğini vurgulamakta fayda vardır. Zira, Danıştay’ın ancak kamu gücü ölçütünü terk edip kamu hizmeti ölçütüyle baktığında varabildiği sonuç, Hauriou’nun kamu gücü anlayışıyla çoktan ulaştığı bir noktadır.

Öte yandan, Hauriou, 1899 tarihli Adda davasında⁷¹³, bir belediye görevlisinin görevden çıkarılması kararı hakkında ise, Fransız Danıştayının, “karar hukuka aykırı da olsa belediyenin maddi sorumluluğunu doğurmayacağı”na hükmetmesini, “kamu gücünün otorite yolu ve otorite yoluyla tezahür eden işlem ile ilgili olarak kamu gücünün sorumsuzluğunun açıkça doğrulanması” olarak değerlendirip, bu doğrulamanın yalnızca alkışlanabileceğini ifade eder.⁷¹⁴ Yazar, “bir hizmetin yürütülmesinde, sorumluluğun kolluk hizmetlerinde bile devreye alınabileceğine” nasıl inanıyorsa, “amacı kanunların uygulanması olan düzenleyici bir işlem olarak kolluk kararının, her türlü hizmet yürütülmesi fikrinden, dolayısıyla her türlü sorumluluk fikrinden muaf saf bir otorite işlemi olduğuna” da aynı şekilde inandığını

⁷⁰⁹ CE, “Tomaso Grecco”, 10 Şubat 1905, n° 10365 ; CE, “Auxerre”, 17 Şubat 1905, *Sir.*, C. 3, 1905, s. 113.

⁷¹⁰ Maurice Hauriou, “Affaires Tomaso Greco et Auxerre”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, s. 529.

⁷¹¹ Maurice Hauriou, “Affaires Tomaso Greco et Auxerre”, s. 530.

⁷¹² Conseil d'État, “Responsabilité en matière de police”, *Les grandes décisions du Conseil d'État* içinde, URL: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-10-fevrier-1905-tomaso-grecco>, son erişim tarihi: 11 Nisan 2020.

⁷¹³ CE, “Adda”, 15 Aralık 1899, n° 90503, *Rec.*, ss. 734-735.

⁷¹⁴ Maurice Hauriou, “Affaires ville d'Avignon et Adda”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 412.

ifade eder.⁷¹⁵ Dolayısıyla Hariou'nun, aynı konuyu içerseler dahi, düzenleyici bir işlem ile bir yürütme eylemi arasında ayrımı, henüz 1899 tarihinde açıkça yaptığı görülmektedir.

Otorite yolunun kanunların uygulanması ve kolluk faaliyetlerinden ibaret olması ve Hauriou'nun kolluk hizmetleriyle ilgili olarak, Danıştay'dan çok daha önce ve daha net biçimde bir idari sorumluluk anlayışı benimsemesi; otorite yolu kavramının, Hauriou'nun fikirlerinde, düzenleyici işlemlerle sınırlı bir alana mı ulaştığı sorusunu doğrurabilir. Ne var ki, 1906 tarihli, haftalık tatil gününde iş yeri açma izni verilmesi taleplerinin reddine karşı yapılan başvuruları konu edinen Denis ve Rage-Roblot kararlarına⁷¹⁶ ilişkin değerlendirmesinde; Hauriou, hükûmet komiseri Romieu'nün, 'düzenleyici bir işlemin mevcudiyeti dışında bir "otorite durumu" olmadığı ve idarenin tüm bireysel kararlarının doğal olarak tam yargı anlaşmazlığı yarattığı; eğer bu kuralın istisnaları varsa, içtihat geleneklerinden kaynaklandığı' şeklindeki formülüne katılmadığını belirterek, otorite yolunun belirleyici ölçütünü "icraî karar" olarak belirler.⁷¹⁷ Olayda, bireysel bir izin talebinin reddi kararının tamamen icraî karar olduğunu ve bunun, "saf ve basit bir otorite işlemi" olarak yetki aşımı konusu olduğunu ifade eder.⁷¹⁸ Böylece, kavramsal olarak da "icraî işlem" ile "yürütme eylemi" farkını ortaya koymuş olur.

Hauriou'nun otorite yolu, yani kamu gücünün kullanıldığı ve fakat kamu hizmetlerine yönelik olmayan faaliyetler bakımından belirlediği, "nesnel yasallığı her zaman gözetme" şartı mühimdir. Yazara göre, bu yolda idarenin yetki ve sorumsuzluk avantajlarına sahip olmasının nedeni, bu yolun varlık sebebinin "yasaya uygunluğun sağlanması" olmasıdır. Bu nedenle de otorite yolunda yetki aşımı veya yasaya aykırılık hâlleri iptal davalarına konu edilebilmektedir. Ayrıca, kanunla düzenlenmesi zorunlu olan hâller, vatandaşların bireysel hak kullanımlarının büyük çoğunluğu gibi istisnalar da her hâlükârda bu gücü sınırlayabilir. Böylece, otorite yolu, bir sorumsuzluk sahası değil, aksine, sorumluluğun sistematikleştirilmesine büyük katkısı olmuş bir teorinin aracıdır ve kökenini, devletin sorumluluğu fikrinin, kralın sorumsuzluğu fikirlerinden

⁷¹⁵ Maurice Hauriou, "Affaires ville d'Avignon et Adda", s. 412.

⁷¹⁶ CE, "Denis", 30 Kasım 1906, n° 25402, **Rec.**, s. 884; Rage-Roblot, 30 Kasım 1906, n° 25247, **Rec.**, ss. 884-885.

⁷¹⁷ Maurice Hauriou, "Affaires Denis et Rage-Roblot", *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, s. 632.

⁷¹⁸ Maurice Hauriou, "Affaires Denis et Rage-Roblot", s. 633.

uzaklaşmasıyla, devlet düşüncesinde değişen bir eğilimde bulur. Ancak idarenin hâkimiyet gücü kullandığı bir alanda, iç disiplin denetimi (iptal yolu) dışında, bir “insan-kişi”nin “taraf” olarak “devlet”in karşısında yer alması, dönemin genel eğiliminde olduğu gibi Hauriou düşüncesi ile de bağdaşmamıştır ki bu anlayış, bütünüyle, genel olarak dönemin ve özelde Hauriou’nun egemenlik anlayışını yansıtır.

C) Yönetim Yolu ve İdare-Birey İlişkilerinin Niteliği

Yönetim yolu, “yürütme eylemi” kavramıyla açıklanır ve tam yargı davalarının konusu olurken, otorite yolundan en büyük farklarından biri, insan-kişinin idare ile ihtilafında “taraf” addedilmesidir.⁷¹⁹ Üstelik idare, bu yolda, hâkimiyeti elinde tutmasından kaynaklanan bir otorite kullanmayarak ilgili “taraf” ile hâlâ eşit olmasa da ona yaklaşmıştır. Eşit değildir, çünkü kamu gücü, kudret durumunda olduğu kadar, iş durumunda da kuvvettir.⁷²⁰ Hauriou’nun kamu gücü kuramı, Laferrière, Ducrocq, Aucoc ve bir dönem Berthélemy tarafından savunulan kamu gücü kuramı ile özdeş olmadığından, adli yargıya tabi olduğu düşünülen bir kamu gücü de söz konusu değildir. Yine de insan-kişilere yaklaşmıştır, çünkü bu yolda idare, buyuran egemen kimliğinden sıyrılmıştır.

İdari yargı sahasında insan, “birey” değil, “kişi” konumundadır. Çünkü yargı platformunda kişisel hakları dolayısıyla ve “devlet”in karşısında bulunur.⁷²¹ “Toplum” kavramının karşıtı olan “birey”in kamu gücüne göre konumunun ise iki boyutu vardır. Bunlardan, kamu gücünün kullanımında bireyin rolü, modern idare hukukunun konusudur. Bu anlamda bireyin, idare hukukunun geleneksel ifadesiyle “idare edilen (*administré*)”, genel kamu hukukunun bakış açısıyla “yönetilen (*gouverné*)” ya da uluslararası hukukun spesifik terimiyle “vatandaş (*citoyen*)” olmaktan ötede; “katılan (*participant*)” olduğunun kabulü benimsenmeye başlanmıştır. İdare ile bireyin ilişkili olduğu bir diğer boyut ise, kamu gücünün oluşumunda, varlık sebebinde, dayanağında bireyin rolüdür.

⁷¹⁹ Maurice Hauriou, “Affaires Denis et Rage-Roblot”, s. 632.

⁷²⁰ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 73; “Kuvvet (“force” için) ve “kudret” (“pouvoir” için) Tunaya’nın çevirisinde kullandığı kelimelerdir, Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimaî vitalizm denemesi)”, çev. Tarık Zafer Tunaya, s. 639. Hauriou’nun kuvvet ile kudret ayırımına verdiği önem hakkında ayrıca bkz. Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 85.

⁷²¹ Bkz. Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 48.

Rousseau, sosyal sözleşme kuramını oluşturmaya, bireylere dayatılan otoritenin meşruluk kaynağını, meşru bir yönetimin gerekçesini sorarak başlar.⁷²² Bu soru, özünde, Duguit'nin, kamu gücünün mevcut ve gerçek olduğunu inkâr edemeyeceği sonucuna varmasını sağlayan sorunun da özünü teşkil eder.⁷²³ Kamu gücünün, niteliği veya sınırları tartışmasının ötesinde, safi varlığını kabul ettiğimizde karşımıza çıkacak temel mesele, bireyin kamu gücüne göre konumunu belirlemek olacaktır.

Hauriou, idare biliminde on yıl iyi bir yönetim teorisi aradıktan sonra, kamu gücünün hareket hâlini sosyal bilimlerde bulduğunu ifade eder.⁷²⁴ Bu teoriye göre, “idari yönetim kriteri, idare edilenlerin idari faaliyette iş birliğidir.”⁷²⁵ Faaliyetin bir kurumda organizasyonu, bir tür işletme olarak değerlendirilir.⁷²⁶ İdare edilenlerin iş birliği, “kamu hizmetlerinin yürütülmesi çalışmalarının yerine getirilmesinin” ayrılcı özelliğidir.⁷²⁷ Kamu hizmetleri unsuru önemlidir, zira örneğin, imtiyaz sahipleri ile ilgili olarak, kendi özel çıkarlarına hizmet edenler ile bir kamu hizmetinde iş birliği yapanlar arasında ayırım yapılarak; ilki kamu gücü durumuna, ikincisi ise yönetim durumuna dâhil addedilir.⁷²⁸ Önceleri otorite yolu kullanılmayan her işlemin yönetim yoluna dâhil olduğu ya da devlet servetinin yönetimi olarak algılanan “yönetim” kavramı, daha sonra Laferrière, “idarenin kamu hizmetlerinin yöneticisi ve görevlisi olarak gerçekleştirdiği işlemler” olarak; en kapsamlı tanımı getiren Michoud ise “kamu hizmetlerinin yürütülmesi” olarak genişletmiştir.⁷²⁹ Hauriou, “kamu hizmetlerinin yürütülmesi çalışmasının sadece ekonomik bir sonuç ürettiğine” değil, “aynı zamanda, yarattığı merkezileşme ile ülkenin siyasi birliğini oluşturmaya ve sürdürmeye katkıda bulunduğu da” inandığını ifade eder.⁷³⁰ Hauriou, idare hukuku doktrininin temel teorisi olan kamu gücü teorisini inşa ederken, kamu gücünün kullanılmasının iki temel yolundan biri olan yönetim yolunu, böylece, sosyal bilimlerin toplumdaki dayanışma fikirleri ile genel kamu hukukunun devlet ile birey ilişkileri teorilerinden yararlanarak kurmuştur.

⁷²² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762, s. 1-3.

⁷²³ Léon Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, s. 44

⁷²⁴ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 7-8.

⁷²⁵ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 7.

⁷²⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 17.

⁷²⁷ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 7.

⁷²⁸ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, ss. 18-19.

⁷²⁹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, ss. 4-5.

⁷³⁰ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 5.

Rakip teorinin temsilcileri Duguit ile Jèze'in kamu hizmeti teorileri de paralel şekilde, devlet ile kişi ya da birey ilişkileri üzerine inşa edilmiştir. Duguit'ye göre, kamu hizmeti, "bireylerin devlete karşı yargısal eylem hakkı" olarak görülüp, bireyin devlet karşısında hukuki konumundan yola çıkarak, kamu gücünün, egemenlik otoritesini kullanarak bireyler karşısında sorumsuz sayılması tehlikesini engelleyen bir barikattır.⁷³¹ Hem kamu hizmeti teorisi hem de yönetim yolu teorisi, böylece, menşesini idare hukuku dışında bulur.

İdare ile birey ilişkilerinin idare hukukunda yer bulması, zaten, Hauriou'ya göre, uzun bir süreç sonunda olmuştur. İdari kuralları bireysel özgürlüklerin kısıtlanması olarak değerlendiren (kamulaştırmanın mülkiyet hakkını kısıtlanması bağlantısı gibi) Poitiers ekolü, "devletin haklarını mümkün olduğunca kısıtlayıcı" bir bakış açısıyla idare ile birey ilişkilerine dair kurallara idare hukukunda yer verirken⁷³²; Paris ekolü de basitçe, müfredatına "idari konular" ismiyle, "idari teşkilat"tan ayrı bir başlık ekleyerek, devlet fikrine idare hukukunda alan açar.⁷³³ Bu gelişmeler, böylece, adım adım ilerleyecek bir süreci, ancak 1860'a gelindiğinde başlatabilmiştir.

Hauriou, genel kamu hukuku ile idare hukukunun ilgisini, son derece sistemli biçimde, 1899 gibi erken bir tarihte yayımlanan, "İdari Yönetim: İdare Hukukunun Teorik İncelemesi" isimli bir kitapçıkta ortaya koymuştur.⁷³⁴ Kamu gücünün yönetim yoluyla kullanılmasını kuramlaştırdığı eserde, Hauriou, Fransız idare hukuku ile idari yargılama hukukunun krizini aşabileceğini düşündüğü "idari yönetim teorisi"ni, genel kamu hukuku bakış açısıyla oluşturduğu bir temel üzerine inşa etmiştir.⁷³⁵ İdare hukukunun, geleneksel, "idare ile idare edilenlerin ilişkilerini düzenleyen (hukuk dalı)" şeklindeki tanımından hepten uzaklaşıp yeni tanımlar aranmadan önce, tanımın üzerine yeterince düşünülmediği eleştirisini yapan Hauriou'ya göre, tanımda belirsiz olan "ilişkiler" ifadesinden, yani idari ilişkilerden, "sosyal ilişkiler" anlaşılabilir ve

⁷³¹ Claude Didry, "Léon Duguit, ou le service public en action", **RHMC**, n° 52-3, S.3, Temmuz-Eylül 2005, s. 94.

⁷³² Maurice Hauriou, "De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII", 1892, s. 18; broşür baskısı, 1893, s. 24.

⁷³³ Maurice Hauriou, "De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII", 1892, s. 19; broşür baskısı, 1893, s. 25.

⁷³⁴ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, Paris: L. Larose, 1899, 104 s.

⁷³⁵ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. iii-iv.

idare ile idare edilenler arasında “bir tür toplum biçimi”nin varlığı düşünülebilirdi.⁷³⁶ Bir yanda, amacı, yönetilenlerin iyiliği için var olan kamu hizmetlerinin yürütülmesi olan idari kişiler, kolluk gücüyle, yönetilenlerin güvenliğini, esenliğini, dirliğini gözetirler; bayındırlık işleri ve çeşitli yönetimleriyle refahı ve servetine katkıda bulunurlar.⁷³⁷ Diğer yanda ise, yönetilenler, vergiler ve her türlü itaat ile dahası, seçim sistemiyle organik unsurlarını oluşturmaya katkı sağlarlar.⁷³⁸ Hauriou’ya göre bu durum, iki taraf arasında bir yakın birliğin, ortak ya da karşılıklı çıkarın, bir iş birliğinin, bir hizmet alışverişinin, faaliyet teatisinin göstergesidir ve ancak toplum fikriyle açıklanabilir.⁷³⁹

Toplumun, sosyal dayanışmanın iki türü vardır: Emek birliği (*collaboration*) ve bir arada yaşama (*cohabitation*).⁷⁴⁰ İdare ile idare edilen ilişkisi, iki toplumun da özelliklerini sergiler. Yönetim işlemlerinde, emek birliği söz konusudur ve bu nedenle, tam yargı davasıyla, idareye, pozitif yükümlülükler de yüklenebilir; otorite işlemlerinde ise bir arada yaşama söz konusudur ve bu nedenle, iptal davalarında, yalnızca, komşuluk ilişkilerinde olduğu gibi, genellikle kaçınma yükümlülükleri yüklenir.⁷⁴¹ Sosyal dayanışmanın bir yönünde, özgürlüklerin ve güçlerin iş birliği olan yönetim yolu varken, diğer yönünde güçlerin bir aradalığı üzerine kurulu otorite yolu vardır.⁷⁴²

Hauriou, idare ile idare edilen ilişkisinin iş birliği ya da ortaklık kavramlarıyla açıklanmasının ancak ekonomik ya da sosyal boyutu karşılayabileceği, “sui generis bir birlik” kavramının ise hukuki olmakla birlikte bu ilişkiyi açıklamaya yetecek kadar açık olmadığını düşünür.⁷⁴³ Öncelikle, ilişkinin bir tarafına yerleştirilen “idare”den kastedilenin de “idari kişiler” olduğunu ve ilişkinin tarafları olan “idare edilen” ile “idari kişiler”in hukuki kişiler olduğunu, bu nedenle hukuki bir birlik kurabileceklerini tespit eder.⁷⁴⁴ Kamu hizmetleri faaliyetiyle kamunun işini yapan idarenin, kamunun vekili ya da sözleşme yükümlüsü olmayıp, kendi özerkliği ve egemenliği ile hareket

⁷³⁶ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. i.

⁷³⁷ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. i.

⁷³⁸ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. i-ii.

⁷³⁹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. ii.

⁷⁴⁰ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 52-53.

⁷⁴¹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 53.

⁷⁴² Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 53-54.

⁷⁴³ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 63.

⁷⁴⁴ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 63-64.

etmesi⁷⁴⁵ ve işteki inisiyatif, sorumluluk ve mülkiyet nitelikleriyle⁷⁴⁶; Hauriou, bir işletme ve işi üstlenen yükleniciler benzerliği yapar. Bu yükleniciler, idari kişilerdir; ancak bir diğer yüklenici de hem karar aşamasında hem yürütme aşamasında yer alan kamu gücüdür.⁷⁴⁷ Yazara göre kamu gücü, kamu gücünü kullanan idari kişilikler içinde kaybolmaz, birliğini korur, ancak kamu gücü kullanılan işlemlerden kamu gücünü kullanan idari kişiler sorumlu olur, çünkü her bir işlem için kamu gücü o işlemi yürüten idari kişinin hizmetindedir.⁷⁴⁸ Hauriou'ya göre, yönetimde kamu gücünün varlığının hemen görülebilecek bir işareti vardır ki, bu, yönetim faaliyetlerinin, kamu gücü hakları altında gerçekleştiği, özel hukuku aşan birtakım haklara dayandığı gerçeğidir.⁷⁴⁹ Dolayısıyla, yönetim durumunda, bireyler, kamu gücüyle doğrudan bir ilişki içindedirler.

⁷⁴⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 341.

⁷⁴⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 17.

⁷⁴⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 341.

⁷⁴⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 341.

⁷⁴⁹ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 73.

İKİNCİ BÖLÜM:

MAURICE HAURIOU’NUN GENEL KAMU HUKUKU ÖĞRETİSİNDE İDARE HUKUKU ANLAYIŞININ ETKİLERİ

Genel kamu hukukunun düşünsel temeli üzerine inşa edilen idare hukuku, bağımsız varlığını kazandıktan sonra, genelde kamu hukuku bütünü, özelde ise genel kamu hukuku disiplini etkilemeye başlamıştır. İdare hukuku ile başta devlet olmak üzere ortak kurum ve kavramları inceleyen genel kamu hukuku; bu kavramların maddi dünyada ne şekilde ve ne ölçüde karşılık bulduğuna dair gözlemlerinde idare hukukunun verilerinden faydalanır.

Hauriou, idare hukuku profesörü olarak çalışma döneminin kamu hukukunun alt disiplinlerinin henüz keskin sınırlarla ayrılmadığı zamana tekabül etmesinin de şansıyla, ulusal kamu hukukunun her disipliniyle ilgilenererek önemli eser ve kuramlar üretmiştir. Bir dönem idare hukuku ile eşit derecede, daha sonra ise idare hukukundan sonra anayasa hukuku ile birlikte en çok ilgilendiği alan olan genel kamu hukukunda, kurum teorisi ile kalıcı bir yer edinmiş, devlet teorisi ise Fransa’da öncü rol oynamıştır.

Hauriou’nun genel kamu hukuku ile temel bağı, devlet teorisine genel kamu hukuku bakış açısıyla bakmaksızın devletin tam olarak anlaşılamayacağı ve bu nedenle diğer disiplinlerde ele alınışının bir eksiklik barındıracağına farkındalığıdır. Hauriou, böylece, genel kamu hukukunun bağımsız alanında bir devlet teorisi inşa etmiş; ancak incelendiğinde, teorisyenin devlet teorisinde, idare hukuku düşünüş tarzının etkileri de her zaman hissedilmiştir (I).

Hauriou’nun isminin genel kamu hukuku doktrinde bugünlere dek ulaşmasının önemli bir sebebi de kurum teorisidir. Genel kamu hukuku anlamında yadsınamaz bir yere sahip olan kurum teorisinin oluşumunda, Hauriou’nun idare hukukunun karşılaştığı meselelere çözüm ararken yaptığı muhakemelerin sonuçlarına teorisinin genel konseptinde ve her unsurda rastlanabilirken, ayrıca kurum teorisinin çerçevesinin genel kamu hukuku ile sınırlı kalmadığının tespiti de mümkündür (II).

I. Hauriou'nun Devlet Teorisinin İdare Hukuku ile Bağlantıları

Devlet, disiplinler üstü bir inceleme konusu olarak, sosyal ve siyasal bilimlerin ortak ve fakat her disiplinde ayrı bir görünümde tezahür eden bir kavramdır. Devlet kavramını bir bütünsellik içinde en doğrudan inceleyen disiplin genel kamu hukukudur. Öyle ki, genel kamu hukukunun “devlet” konusunu aşan birtakım meseleleri inceleyip incelememesi gerektiği dahi, hâlen açık, tükenmemiş bir tartışmadır. Genel kamu hukuku, devleti, belirli alt ayrımları bakımından değil, direkt olarak “devlet teorisi” konsepti içinde inceler.

İdare hukukunda ise devlet, bir tür “gizli özne” gibidir. İdare hukukunun aslî süjesidir ve disiplinin her konusuyla bağlantılıdır. İdare hukuku, idare edilenleri dahi ikinci planda bırakacak derecede devlet odaklı bir disiplindir. Ne var ki idare hukuku doktrini, devlet teorilerine genellikle kayıtsız kalır.⁷⁵⁰ İdare hukuku, devleti, genel kamu hukuku gibi doğrudan ve kapsamlı incelemeyebilir. Yalnızca bir süje olarak, kamu hizmetlerini yürütmeyi üstlenen yüklenici olarak, kamu gücünü kullanma hakkını elinde bulunduran bir süje olarak, süljesliğini dahi incelemeksizin, faaliyetleri, kararları, organizasyonu, çalışanları, varlıkları, borçları, ilişkileri, yetki ve sorumlulukları gibi konuları inceler.

Devleti bir bütün olarak ele alan genel kamu hukukuna, devletin hareket alanının, yalnız yürütme gücü içerisinde bir konumda bulunsa dahi, doğrudan içinde yer alan idare hukuku disiplininin katkısının bulunabileceği kuşkusuzdur. Hauriou, idare hukuku profesörü olarak, devletin genel kamu hukuku bakış açısından incelenmesinde, bu katkıyı sağlayan sayılı isimlerdendir. Hauriou, devlet kavramına genel kamu hukuku penceresinden bakmayı her zaman önemli görmüştür. Ancak bir yandan idare kavramının konuyla doğrudan bağlantısı, öte yandan Hauriou'nun devletin idare hukuku pratiğini titizlikle takip eden ve hatta ona yön veren isimlerden biri olması; devlet teorisinde de idare hukuku etkilerinin gözlemlenebilmesine sebep olmuştur.

⁷⁵⁰ Jacques Caillousse, *L'État du droit administratif*, Paris: LGDJ-Lextenso (koleksiyon: Droit et société, n° 56), 2015, s. 30.

Hauriou'ya göre, bu etkilerden ilki, iki disiplinin devlet kavramını incelediği farklı bakış açılarının, ayrı ayrı önemli ve fakat birbirini tamamlayıcı olması nedeniyle bir arada değerlendirilmesi gereğidir. Hauriou düşüncesinde, genel kamu hukukunun devlete dair kavram ve kurumlarıyla idare hukukunun devlete ya da idareye ilişkin kavram ve kurumları, devlet mekanizmasının farklı aksamaları gibi birbirlerinin tamamlayıcısı ya da sebebi veya sonucu olarak, daima bir tür etkileşim içinde bulunurlar. (1)

Bir diğer etki alanı ise, Hauriou'nun genel kamu hukuku bakımından inceleyerek, devletin kurucu unsurları olarak tespit ettiği unsurların, her ne kadar genel kamu hukuku doktrinde genel kabul gören devlet tanım ve unsurlarına benzeseler de, Hauriou'nun idare hukukunun verilerinden yararlanarak ya da salt idare hukukunun düşünce tarzı ile bağlantılı olarak ortaya konulduğunun gözlemlenebildiği alandır. (2)

1. Genel Kamu Hukukunun Devlet Kavramının İdare Hukuku ile Etkileşimi

Hauriou devleti çok çeşitli açılardan incelemiştir. Ancak devlet teorisini, genel kamu hukuku ile idare hukukunun birlikte düşünüldüğü bir bakış açısı üzerine inşa etmiştir. Genel kamu hukuku ile idare hukukunun, tek taraflı etkiden ziyade etkileşim içinde bulundukları ve Hauriou sisteminde bu karşılıklı etkilerin daha açıkça görülebildiği alanlar mevcuttur. Disiplinlerin, özünde farklılıklarından doğan bir tamamlayıcılık gereğiyle birlikte bulundukları bir alan, Hauriou'nun iki disiplin için önerdiği iki farklı devlet tanımıdır (A). Hauriou'da devleti meydana getiren toplumsal birlik, toplumsal sözleşmecilerden ayrılarak, idare hukukunun ilkelerinden etkilenen bir “devlet durumu” olarak görünüm kazanır (B). Hauriou'da devlet kavramının belirleyicilerinden biri de idare hukukunda devletin süjeliği meselesinin bir uzantısı olan, devletin hukuk karşısında konumudur (C).

A) Devletin Düalizmi: İki Disiplinin Birbirini Tamamlayan Devlet Anlayışları

“Devlet”, kamu hukukunun ortak süjesi olarak, iki kamu hukuku branşının en doğal kesişim alanıdır. Cemal Bâli Akal, devlet kuramının bir disiplin olarak bağımsızlık, özgüllük kazanıp gelişmesine verilen tepkilerin kaynağını “devlet”in disiplinlerüstü bir kavram olarak algılanmasında bulur.⁷⁵¹ “Devlet”i devlet kuramı haricindeki tüm disiplinlerden sildiğimizde, gerçekten de birçok disiplin eksik, aksak kalacaktır. Akal, devletin, “var olan”ı belirleme misyonu üstlendiği hukuk ile siyaset biliminde, ayrıca yadsınamaz olduğunu ifade eder; bu alanların çoğu dalında devlet, giriş bölümünün ya da ilkesel zeminin açıklanmasında başat rol üstlenir.⁷⁵² Devlet kavramını açık ve belli başlı unsurlarıyla ortaya koymadan diğer teknik hususları açıklamaya çalışan bir kamu hukuku öğretisi, teşkilat odaklı organik bir ezberden ibaret kalmamakta zorlanacaktır.

Devlet önemli bir ortak payda olmakla birlikte, disiplinlerin devleti ele alış yöntemleri, bakış açıları ve dolayısıyla devlet tanımları dahi farklılaşır. Karl Doehring, devletin, bu branşlardan anayasa hukuku ile devletler hukukundaki ikiciliğini vurgular. Doehring’e göre, bir devlet, iç hukuk ilişkileri açısından devlet olmasına karşın, devletler hukuku alanında devlet olarak tanınmayabilir ve tersi, devletler hukukunda devlet olarak kabul görmesine karşın, anayasal düzeni devlet niteliğini ortaya koymuyor olabilir.⁷⁵³ Özellikle, insan topluluklarının devletlerini ilan edip devletler arası arenada devlet olarak tanınmamaları hâlinde, bu zıtlıklardan ilki söz konusu olacaktır.⁷⁵⁴ Bir savaş hâlinde ilhak ya da işgal edilen devletin, durumun belirsizliğinden dolayı, tanıyan devletler nazarında bir süre devlet niteliği geri alınmadan beklenilmesi de ikinci durumu doğuracaktır.⁷⁵⁵

⁷⁵¹ Cemal Bâli Akal (der.), **Devlet Kuramı**, dördüncü baskı, Ankara: Dost (koleksiyon: Yasa Siyasa), Kasım 2013, s. 13-14.

⁷⁵² Cemal Bâli Akal (der.), **Devlet Kuramı**, dördüncü baskı, Kasım 2013, s. 13.

⁷⁵³ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, (çev. Ahmet Mumcu), ikinci baskıdan (1999) çeviri, altıncı baskı, İstanbul: İnkılâp, 2015, ss. 17-18.

⁷⁵⁴ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, ss. 18-19.

⁷⁵⁵ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, s. 19.

İç hukuk anlamında böyle bir zıtlık söz konusu olmaz. Ancak örneğin, Doehring'in, genel devlet teorisinden farkını yalnızca “olan”ı gözlemlemesi olarak tespit ettiği⁷⁵⁶ sosyoloji biliminde ele alınan “devlet” ile, aynı şekilde anayasa hukukunun inceleme alanını teşkil eden “somut bir devlet” ile; “olması gereken”i de inceleyen genel kamu hukuku açısından “devlet” arasında, neredeyse iç hukuk ile devletler arası hukukta devletin var olma niteliğini dahi etkileyen farklı tanıma yaklaşımları kadar önemli farklar gündeme gelebilir. Devlet felsefesi olarak sınıflandırılabilen bu nitelik, genel kamu hukuku açısından devleti çoğu disiplinden ayırır. Genel kamu hukuku, normatif gözlem niteliğiyle⁷⁵⁷ de felsefe biliminden ayrılacaktır.

Kuşkusuz, “devlet” ortak paydası, genel kamu hukuku ile idare hukukunu da birleştiren bir paydadır. Devletin somut hedefine uygunluğuna göre belirlenecek olan devlet veya hükûmet şekli⁷⁵⁸, bu belirlemeyle birlikte, idarenin fonksiyonunu da belirleyecektir.⁷⁵⁹ Minimal ya da bekçi devletle müdahaleci bir devlette idare hukukunun kapsamı ve içeriği aynı olmayacaktır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasasının ikinci maddesinde⁷⁶⁰; Fransız Cumhuriyeti Devleti de aynı şekilde Anayasasının birinci maddesinde⁷⁶¹, kendi devletlerini sosyal bir devlet olarak ilan etmiştir. Dolayısıyla her iki devletin idaresinin de görevleri, sosyal devlet ile uyumlu görevler olacaktır. Dolayısıyla devletin tanımı ve devletin belirlenen şekline genel kamu hukukunda verilen anlam, idarenin hareket alanını direkt olarak belirleyecektir. Daha geniş bir ortak payda olarak, genel kamu hukukunun incelediği, devletin üç fonksiyonundan ya da erkenden (bu ifadenin tercihi dahi bir genel kamu hukuku konusu olmakla birlikte) biri olan “yürütme”, “kendi içinde hükûmete ilişkin

⁷⁵⁶ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, s. 7.

⁷⁵⁷ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, s. 7.

⁷⁵⁸ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, s. 4.

⁷⁵⁹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, ss. 18-19.

⁷⁶⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 2: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”, URL: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, son erişim tarihi: 20 Nisan 2020; 1982 tarihli orijinal metin için bkz. Kanun n° 2709, 18 Ekim 1982, **RG**, S. 17863 (mükerrer), 9 Kasım 1982, tertip: 5, C. 22, s. 3.

⁷⁶¹ Constitution de la République française du 4 octobre 1958 (4 Ekim 1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasası), madde 1: “Fransa, bölünmez, laik, demokratik sosyal bir Cumhuriyettir. (*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.*)”, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, son erişim tarihi : 20 Nisan 2020; 1958 tarihli orijinal metin için bkz. Constitution du 4 octobre 1958, **JORE**, n° 0238, 5 Ekim 1958, ss. 9151-9173.

ve anayasal bir güç” olarak “siyasi birlik” ve “kanun” ile tanımlanıyorsa da⁷⁶²; idari rejimin temeli olan kamu gücü, yürütme gücünün bir branşı olarak kabul edilir⁷⁶³ ve bu nedenle, idare hukukunun yürütme gücüyle kopmaz bir bağı vardır.

Öte yandan, iki disiplin arasında belirlenebilir bir sınır da şüphesiz mevcuttur. İdare hukuku devleti yalnız bir açıdan ve oldukça sınırlı olarak inceler. Devlet, idare hukuku için yalnızca bir süjedir, bir hukuk kişisi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu bir kurum ve yargısal anlamda bir taraftır. Genel kamu hukuku da yürütme fonksiyonunun işleyişine dair aynı mesafeye sahiptir. Dahası, idare hukuku da yalnız “olan”ı değerlendiren bir hukuk dalıdır. Ne var ki, gelişim sürecinde, mevcut ilkelere uyumlu soyut normların yaratılması ve olaylara bu normların uygulanması merhalelerinden ziyade, karşı karşıya kalınan olaylar neticesinde ilkeyi ve ona uyumlu hukuk normunu belirlemek aşamalarıyla ilerleyerek; önce varlığını daha sonra normlarını belirlemiş, Hauriou’nun düalizmine benzetirsek, önce objektif kuruluşunu, daha sonra normatif tanınmasını gerçekleştirmiş bir disiplin olması, idare hukukuna, gözlemler üzerine düşünme ve değerlendirme yapma süreçleri yaratmıştır. Disiplinin, “idare hukuku ve idari yargı için bir şans”⁷⁶⁴ olan içtihat gelişimi ve doktrinin desteğiyle bağımsız bir kamu hukuku branşına dönüşme ve yetmiş üç yılda evrimini tamamlayabilen Fransız Danıştayının, sonrasında kendi ilkelerini oluşturma süreçleri, genel kamu hukukundan beslenen bir süreçtir. Biraz da bu nedenledir ki, bu süreçte iki disiplin ve iki disiplinin teorisyenleri hep bir aradadır. İdare hukuku oluşumunu bir kez tamamladıktan sonra ise, bu kez devletin insan-kişilere ve bireylere karşı konumunda belirleyici rol oynamaya başlar. Devletin hak, yükümlülük ve hizmetleri ile ilgili olarak, genel kamu hukukundan çok daha geniş ve derin bir gözlem sahasına sahip olan idare hukuku, bu anlamda, anayasa hukukunun da bir başka açıdan yaptığı gibi, genel kamu hukukunun ele aldığı kavramlara dair deney ve gözlem ihtiyacına katkıda bulunur.

Hauriou’nun devlet doktrini de devletin farklı branşlar tarafından farklı algılanması tespitiyle uyumludur. Hauriou, kamu hukuku içinde düalist bir devlet anlayışı ortaya koyar; genel kamu hukuku ve idare hukuku açılarından devlete iki ayrı

⁷⁶² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 9.

⁷⁶³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 9.

⁷⁶⁴ Bernard Pacteau, **Manuel de contentieux administratif**, üçüncü baskı (güncellenmiş), Paris: PUF (koleksiyon: Droit Fondamental), 2014, s. 26.

ve fakat birlikte düşünülmesi gereken pencereden bakar. Devlet aynı anda hem bir “yaşam ortamı (*milieu de vie*)” hem de “kamusal organizma (*organisme public*)” olarak tanımlanır.⁷⁶⁵ Hauriou, kitabının, genel kamu hukukunu da içeren baskılarını yayımladığı dönem boyunca, devleti, kitabında iki defa tanımlar. İlk tanımı, genellikle, genel kamu hukuku bölümünün ilk konusunda, kitabın henüz başlangıcında “devletin genel teorisi” açısından; ikinci tanımı ise, idare hukuku bölümünde “devletin idari nosyonu” açısından yapar.

İdare hukuku, devletin “kamusal organizma” karakteriyle ilişkilidir. İdare hukukunun hukuki tanımını Hauriou, “idari fonksiyonun yerine getirilmesinde, idari kişilerin organizasyonu, hukuki faaliyetleri ve idare edilenlerle ilişkileri ile ilgili kurallar bütünü” olarak yapar ve Fransız idare hukuku için ek olarak, ayrıcalıklara dayanma unsurunu dâhil eder.⁷⁶⁶ İdare ise, Hauriou’ya göre, “egemen ile kamu arasında, kamu hukuku kanunlarının yürütülmesi ve kamu yararlarının karşılanması için kurulmuş bir aracı birlik”tir.⁷⁶⁷ İdare, tüzel kişiliğe sahip idari kişilerden oluşur. Bu idari kişiler; idari bir kişi olmanın yanı sıra yasama ve yargı işlevi de üstlenen devlet; bölgesel nitelikteki kamu kişileri veya özerk hizmetlere özgülenen kamu kurumlarıdır.⁷⁶⁸

İdare hukuku sisteminde devleti iki defa, iki ayrı görünümde buluruz.⁷⁶⁹ İlki, dar anlamıyla (*stricto sensu*), “idari kişiler” olarak gruplanan hak sülhelerinden ilki ve en önemlisi olarak devlettir. Dar anlamda devlet ya da devletin merkez idaresi⁷⁷⁰ “büyük kamu yararları ve bu yararları karşılamak için egemenlik haklarıyla, bölgesel olarak ülke bütününi temsil eden” idari kişidir.⁷⁷¹ İdare hukukunda devletin bir diğer görünümü ise geniş anlamda devlet veya idaredir. Bu anlamdaysa devlet, dar anlamda devleti, illeri, beldeleri, kolonileri ve kamu kurumlarını, kısaca idari kişiler bütününi

⁷⁶⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

⁷⁶⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 191.

⁷⁶⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 340.

⁷⁶⁸ Gustave Peiser, **Droit administratif général**, s. 3.

⁷⁶⁹ Geniş anlamda devlet (idare) ve dar anlamda devlet (merkezî idare) kavramları, Türk idare hukukunda da benzer biçimde yer alır. Bkz. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta, 2009, s. 224; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim 2: Yargısal Korunma**, İstanbul: On İki Levha, Yayın n°: 120, Ekim 2010, ss. 103-108.

⁷⁷⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 184.

⁷⁷¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 192.

kapsar.⁷⁷² Geniş anlamda devlet, üç temel erke, yasamaya, yürütmeye ve yargıya bünyesinde yer veren oluşumdur.⁷⁷³ Yürütme erkinin bir alt ayrımı olan dar anlamda devleti de bu nedenle kapsar. İdare hukukunun geniş anlamda devleti, esasen, devlet teorisinin temel süjesi olan devletten başkası değildir.⁷⁷⁴

Genel kamu hukukunda devletin yeri de Hauriou için ayrıca önemlidir. Yazar, Fransa’da, “genel kamu hukuku açısından ele alınan devlet teorisi” üzerine basılmış çok az kaynak olduğunu ve devlet konusunun genellikle başka disiplinlerce incelendiğini, bir literatür eksikliği olarak tespit eder.⁷⁷⁵ Genel kamu hukukunda devlet, Hauriou düşüncesinde, bilinçli iradenin ya da manevi kişiliğin ve hakların aktif süjesi olmanın ötesinde, bir “sosyal rejim”, bir “var oluş ortamı”, bir “yaşam ortamı”dır.⁷⁷⁶ Devletin, bireyler ve daha genel olarak sosyal varlıklar için bir yaşam ortamı olması Hauriou’nun devlet doktrininde büyük önem taşır. Hauriou, döneminin bireyci devlet teorisyenlerini, devletin, bir yaşam ortamı ve bir yaşam rejimi olduğu noktasında ısrarcı olmadıkları için eleştirir⁷⁷⁷ ve aynı nedenle organik devlet fikirlerini yetersiz bulur⁷⁷⁸. Oysa yazara göre bu nitelik, bireyci devlet için de bir gerçekliktir. Halkların bireyci devleti kabul edip isteme nedenleri de yazara göre sosyal ortamı, onu istikrarlı bir hâle getirmek suretiyle, daha yaşanabilir kılmasını avantaj olarak görmeleridir.⁷⁷⁹ Yazara göre devlet, tam da bu sosyal istikrardır: “İnsanlardan ve güncel olaylardan bağımsız” olan, “kendi kendini kuran ve destekleyen” ve “onu korumakla ilgilenen ve anonim olarak orada çalışan çok sayıda insan” olan bir istikrar.⁷⁸⁰ Hauriou’ya göre, yaşanabilir sosyal ortamın kalıcılığını sağlayabilme farkından başka; devletin hedefleri açısından, bireyci devletin sosyalist devletten

⁷⁷² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 191.

⁷⁷³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Bursa: Ekin, Birinci Baskı, 2003, Cilt 1, s. 25.

⁷⁷⁴ Pierre Bourdieu’ye göre dar anlamıyla devlet idare-devlet olarak, geniş anlamıyla devlet ise ülke-devlet olarak ele alınır ve idare-devlet, ülke-devleti oluştururken aynı zamanda kendini de oluşturur (Pierre Bourdieu, **Devlet Üzerine, Collège de France Dersleri (1989-1992)**, çev. Aslı Sümer, ss. 154-155).

⁷⁷⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 3.

⁷⁷⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, ss. 5-6.

⁷⁷⁷ Maurice Hauriou, “Le régime d’État”, **La Revue socialiste**, C. 39 (Ocak-Haziran 1904), Paris: P.-V. Stock, 1903, s. 565.

⁷⁷⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4

⁷⁷⁹ Maurice Hauriou, “Le régime d’État”, s. 565.

⁷⁸⁰ Maurice Hauriou, “Le régime d’État”, s. 565.

hiçbir farkı yoktur.⁷⁸¹ Bireyci devlet ile sosyalist devlet arasında bir zıtlık değil, derece farkı vardır ve kaynağı, bireyci devlette yaşanılır sosyal ortamın sürdürülebilirliği, insanî yaşam koşullarının iyileştirilmesidir.⁷⁸²

Hauriou'da devlet üç unsuruyla tanımlanır: Birlikte yaşama isteğine sahip kalıcı bir gruptan teşekkül eden toplum; topluluk tarafından, kendi yetkisiyle, özgür insanlar üzerinde kullanılan hâkimiyet kudreti ve bir “yasal ülke” de örgütlenmiş özgür insanlar tarafından, hâkimiyet kudretine karşı kullanılan reaksiyon.⁷⁸³ Hauriou, Laband ve Jellinek'in devlet tanımlarında, “özgür insanlar üzerinde hâkimiyet kudretinin kullanılması” ifadelerinin vurgulanmasını, net olmadığı yönünde eleştirir.⁷⁸⁴ Çünkü Hauriou'ya göre, hâkimiyet kudretini ya da yetkilerini kullanmak hakların kullanılmasıdır ve bu ön kabul devleti doğrudan bir hak süjesi durumuna getirir. Ne var ki devletin kişiliği de bir tanımlar döngüsünü nihayete erdirecek denli tartışmasız değildir. Bu belirsizlik nedeniyle Hauriou, kendi devlet tanımının hukuki olmaktan ziyade siyasi nitelikte olduğunu ifade eder.⁷⁸⁵

Hauriou, belirlediği unsurların, devletin varlık şartları olmanın ötesinde, devletlerin mükemmelleştirilmesi yolunda farklı rejimleri derecelendirebileceğini de belirtir.⁷⁸⁶ Yazara göre, hâkimiyet kudreti, yasal ülkenin kontrolü altında sosyal ortamın hizmetinde olmalıdır.⁷⁸⁷ Mükemmellik skalasında böylece farklı derecelerde yer alabilecek rejimlerin, her hâlükârda bu unsurların her birine asgari düzeyde sahip olması beklenir.⁷⁸⁸ Unsurlar hem asgari varlık şartı hem mükemmelleşme ölçütüdür. Yasal ülke unsurunun sağlandığını söyleyebilmek için devletin kendi hukuk mevzuatı ve hâkimiyet kudretinin sağlanması içinse kanunu müzakere eden bir meclis

⁷⁸¹ Maurice Hauriou, “Le régime d'État”, s. 567.

⁷⁸² Maurice Hauriou, “Le régime d'État”, s. 567.

⁷⁸³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, ss. 6-7.

⁷⁸⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

⁷⁸⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

⁷⁸⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

⁷⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

⁷⁸⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

olmalıdır.⁷⁸⁹ Böylece Hauriou, bir tanıma ulaşır: “Devlet, kanunun müzakere edilmesi hakkını, kendinden bir kudretle kullanan bir topluluktur.”⁷⁹⁰

Hauriou, genel kamu hukuku için yaptığı siyasi devlet tanımını ise idare hukuku dinamiklerine bağlar. Tanımına bir amaç unsuru dâhil eden Hauriou, devletin kendisini tanımlayan amacını “sosyal ortamın yaşam şartlarını iyileştirmek” olarak belirler⁷⁹¹ ve bu fikrin Alman kültür devleti (*culturstaat*) doktrinine karşılık geldiğini söyler.⁷⁹² Kültür Devleti doktrininin temeli, yönetilenlerin çıkarını savunmak ve kültürel-düşünsel yaşamın gelişmesini desteklemek üzerine kuruludur.⁷⁹³ Hauriou bu kavramı, “kamu hizmetlerinin organizasyonu” ve “idari fonksiyonun iyi şekilde yerine getirilmesi” olarak yorumlar.⁷⁹⁴

Hauriou’ya göre, devletin varlığından söz edebilmek için siyasi ya da siyasi görünümlü bir oluşumun mevcut olması yeterli değildir.⁷⁹⁵ Bir devletin varlığı için, diplomasi, savaş ve barış ile ilgili dış egemenlik hakları ise zorunlu olmayıp; yasama, adalet ve icbar haklarına sahip olması ve organlar tarafından kullanılması gerekli ve yeterlidir.⁷⁹⁶ Hauriou, modern devleti üç temel karakteriyle tanımlar. Bunlar: devletin bir ulusun siyasi organizasyonu olması, devletin merkezî bir hükûmet olması ve devletin, ulusta önceden var olan özel hukuk durumunun, bir özel mülkiyet birliğinin üzerine inşa edilen kamusallığın teşebbüsü olmasıdır.⁷⁹⁷ Hauriou’ya göre, kamusallığın idari ve mali rejiminin abartılması ise tehlikelidir, çünkü özel hukuk alanından gelen vergiyle beslenir ve kamu maliyesinin özel olanı yiyip bitirmesine izin vermek altın yumurtlayan tavuğu kesmektir.”⁷⁹⁸

⁷⁸⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 8.

⁷⁹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 8.

⁷⁹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, s. 4.

⁷⁹² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, s. 8.

⁷⁹³ Cem Özatalay, “Türkiye’de Ekonomi Sosyolojisi: Bilanço ve Perspektifler”, *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, C. 3, S. 29, 2014, s. 32.

⁷⁹⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, s. 8.

⁷⁹⁵ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 28.

⁷⁹⁶ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 31.

⁷⁹⁷ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 5.

⁷⁹⁸ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 19.

Devlet olan ile olmayanın ayrımının devletler arası hukuk ile anayasa hukukunun konusu olduğunu düşünen⁷⁹⁹ Hauriou, sonuç itibarıyla, kamu hukukunun her branşının devlete bakışıyla az ya da çok ilgilenmiştir. Bunlardan idare hukuku ile genel kamu hukukunun devlet anlayışlarını ise ayrıca birbirlerine göre değerlendirmiş ve bir yandan tamamlayıcılık niteliklerini, diğer yandan her iki anlayışın bir diğeri üzerinde etkisi olduğu tespitlerini yapmıştır. Böylece hem bir kamusal organizma hem de bir yaşam ortamı olan devlet, bu ortamın koşullarını iyileştirmek için çaba sarf etmelidir. Kapsamlı bir devlet teorisi kurmuş olan Hauriou’da, tanımlanan devletin, onu diğer siyasi oluşumlardan ayıran özellikli yapısı da ayrıca önem taşır.

B) “Devlet Durumu”nda Toplumsal Birliğin İdari Niteliği

Devlet ya da idare ile birey arasında toplumsal bir ilişkinin varlığını kabul eden Hauriou’ya göre, bu ilişkinin “sözleşme (*contrat*)” mi yoksa aksine “devlet durumu (*situation d’état*)” mu olduğunu belirlemek temel meseledir.⁸⁰⁰ Duguit’nin güçlü-zayıf ilişkisinden ibaret gördüğü yöneten-yönetilen ilişkisinin, Hauriou fikrinde, toplum biçimi olarak gördüğü idari ilişkilerde karşılıklı görevleri ifade eden hizmet alışverişi olarak tezahür etmesiyle, Hauriou, sözleşme teorilerine yakın görünür, öyle ki, “okuyucu, başta, karşısında, o zamana kadar bilinmeyen bir kullanımı, Rousseau’nun sosyal sözleşme teorisinin idari hukukuna yeni bir adaptasyonunu bulacağı izlenimine kapılır”⁸⁰¹. Aslında yazar, daha eski bir tarihte, açıkça bu işareti vermiş ve Rousseau’nun, “toplumlara uygulandığında yanlış olan” sosyal sözleşme teorisini, “bir kez örgütlendikten sonra devlete uygularsanız tamamen doğru olur” demiştir.⁸⁰² Ne var ki Hauriou, sözleşme fikirlerinin karşısında yer alır.

Rousseau’ya göre sosyal sözleşmenin çözüm bulduğu arayış; “her bir ortağı ve mallarını ortak kuvvetin tümüyle savunan ve koruyan ve herkesin birleşip bütün olduğu, yine de kendisinden başkasına itaat etmediği ve eskisi kadar özgür kaldığı bir birlik biçimi bulmak”tır.⁸⁰³ Doktrinde, Hauriou’nun “amansız düşmanı (*ennemi*

⁷⁹⁹ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, s. 28

⁸⁰⁰ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 64.

⁸⁰¹ René Jacquelin, **Une conception d'ensemble du droit administratif**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1899, s. 7.

⁸⁰² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 6.

⁸⁰³ Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, s. 27.

irréductible)” olarak tarif edilmiş⁸⁰⁴ olan Rousseau, genel irade doğrultusunda kurulacak bir sosyal paktın bu soruya çözüm olacağını savunur.⁸⁰⁵

Hauriou’ya göre Hobbes ile Rousseau’nun sosyal sözleşmelerinin farkı, Hobbes’un teorisinin karamsar, Rousseau’nun teorisinin iyimser bir temele dayanmasıdır.⁸⁰⁶ Hauriou, bunlardan, özellikle 19. yüzyıl başında devrimci doktrinler üzerinde büyük etkisi olan Rousseau’nun teorisini değerlendirir. Sosyal sözleşmeyi mantıklı bulmakla birlikte, gerçeklikle bağdaşmadığını düşünür. Hauriou’ya göre, oy birliğiyle kurulan sosyal pakt, ütöpik bir karakterdedir ve ne toplumun temeli ne de yeniden inşası anlamında tarihsel bir gerçekliği vardır.⁸⁰⁷ Hauriou’nun sözleşmenin kurgusallığı eleştirisi, David Hume’un, doğa durumunun “saf kurgu” olduğu savunusuyla⁸⁰⁸ benzerlik taşır. Hauriou’ya göre, sözleşme fikri fiziki gerçeklik taşımadığı gibi, devletin oluşumunun bireylerin uyuşan iradelerine indirgenmesi de yanlıştır.⁸⁰⁹ Hauriou, böyle bir sözleşmeye en çok benzeyebilecek olan modern yazılı anayasaların, anayasal kanunlar olarak yazılmakla birlikte, ilgililerin oy birliğiyle rızası yoluyla kabul edilmemiş, en fazla referanduma sunularak çoğunluk oyuyla kabul edilmiş olduklarını söyler.⁸¹⁰ Kuramın bir diğer hatası, Hauriou’ya göre, akdî oy birliğiyle rızaya dayanmayan sosyal kurumların kuvvete (*force*) dayandığını kabul etmektir, zira bu kurumlar, meşru bir “hukuk gücüne (*pouvoir de droit*)” dayanır ve çoğunluğun alışlageldik rızasıyla kabul edilirler.⁸¹¹ Hauriou, üçüncü bir hatayı, sözleşmeyle kurulan toplumsal birlik yararına, sözleşmecilerin, kişiliklerinden ve haklarından tamamen yabancılaştığı iddiasında bulur, çünkü böyle bir yabancılaşıma devletin mutlakiyetini kurmakla birlikte gerçekle de bağdaşmaz, çünkü devletler, genellikle, bireysel özgürlükler lehine güçlerden taviz vererek kurulur.⁸¹² Son olarak, Hauriou’ya göre, sosyal sözleşme, toplumların tarihsel dinamizmine direnmeyen statik bir yapıdan ibarettir.⁸¹³

⁸⁰⁴ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, *RHFD*, 1988, n° 6, s. 135.

⁸⁰⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 26.

⁸⁰⁶ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 20.

⁸⁰⁷ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 20.

⁸⁰⁸ Simone Goyard-Fabre, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, *RMM*, 93. yıl, n° 3, Paris: PUF, Temmuz-Eylül 1988, s. 339.

⁸⁰⁹ Muvaffak Akbay, *Umumi Âmm Hukuku Dersleri*, n° 157, dördüncü baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 425.

⁸¹⁰ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 20.

⁸¹¹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, ss. 20-21.

⁸¹² Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸¹³ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

Hauriou, siyasi sözleşmenin ise, kısa ömürlü de olsa tarihsel gerçekliği olduğunu düşünür; yazara göre “kamu hukuku tarihi, siyasi güçler, devlet organları veya siyasi partiler arasındaki anlaşmalar olan bu sözleşmelerin örnekleriyle doludur”.⁸¹⁴ 1215 Büyük Şartı (Magna Carta) ve Fransa’da Temmuz Monarşisi’ni kuran 1830 Anayasal Şartı, bunlardandır.⁸¹⁵ Hauriou, böylece, sosyal sözleşmelerin gerçekliğini reddederken, siyasi sözleşmelerin geçerli olarak var olabileceklerini kabul etmiştir.⁸¹⁶ Ne var ki, bu kabul, Locke’un siyasi toplumu oluşturanların siyasi sözleşmesi fikrine dek uzanmaz. Hauriou’ya göre, siyasi sözleşmeyi devletin hukuki dayanağı hâline getiren Locke’un teorisi gerçekleri aşar, abartılıdır.⁸¹⁷ Çünkü devlette, çok sayıda olduğu kabul edilen siyasi sözleşmelerin yanında, yazara göre, göz ardı edilmemesi gereken “güce ve geleneksel rızaya dayanan güçlü bir kurumlar unsuru” da vardır ve bu durum, Locke’un teorisini de eksik kılar.⁸¹⁸ Hauriou’ya göre, eski bir geleneğe dönüşen Magna Carta da, bir sözleşmeden ziyade yasa gibi uygulanmış olan 1830 Şartı da, tarih içinde, siyasi sözleşmenin sınırlarını kanıtlamıştır.⁸¹⁹

Esasen Locke’un bu sözleşmeyi tarihsel bir gerçeklik olarak görüp görmediği de tartışmalıdır.⁸²⁰ Yazarın, sözleşme teorisini içeren “Yönetim Üzerine” kitabının 1688 ihtilali ile dönemin Whig partisinin ilkelerini savunmak için yazdığı kabul edilir.⁸²¹ Locke’un, Whig’lerin, tarihi gerçekliği de olduğuna inandıkları sözleşmeden yola çıktığı varsayımı bizi, Hauriou’nun idari yönetim teorisine daha yakın bir sonuca götürecektir, zira Whig’lerin varlığını kabul ettikleri sözleşme, Locke’un, devletin dayanağı olarak kuramlaştırdığı sözleşmeden farklı olarak, idare eden ve idare edilenler arasında var olduğuna inanılan bir sözleşmedir.⁸²²

Devletin hukuki dayanağı olan bir sözleşme fikrinden daha sınırlı olan, idare ile idare edilenler arasında, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kurulan birliğin, sözleşmeye dayanması fikrini Hauriou hemen reddetmez, ihtimal olarak kabul edilebilir görür. Sosyal sözleşmeden vazgeçildiğine göre; hariç tutulabilecek olan

⁸¹⁴ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸¹⁵ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸¹⁶ Bahir Güneş Türközer, *Hukuku Açıklamada Kurum Teorisi (Hauriou Sistematiği)* (doçentlik tezi), Ankara: Mars Matbaası, 1998, s. 13.

⁸¹⁷ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸¹⁸ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸¹⁹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 21.

⁸²⁰ Esin Özücü, “John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği”, *İÜHFİM*, C. 33, S. 3-4, 1968, s. 188.

⁸²¹ Esin Özücü, “John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği”, ss. 180-181.

⁸²² Esin Özücü, “John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği”, s. 188.

politik toplum dışında her birliğin, Hauriou'ya göre, prensip olarak, sözleşmeye dayandığı söylenebilir.⁸²³ Kaldı ki politik toplumun, sözleşmeye bağlı olması fikrinin dışında bir hukuki gerçekliğinin kabul edilip edilmeyeceği de Hauriou'ya göre tartışmaya açıktır.⁸²⁴ Bu durumda, “idare ve idare edilen arasında kamu hizmetinin işleyişi için kurulan birlik” de sözleşme olarak düşünülebilir.⁸²⁵ Yönetim durumunda, iş birliğinden, “akdî ilişkilere reel hukuk ilişkilerinden daha fazla benzeyen bir durum” meydana getiren, “sözleşme olmayan, ancak sözleşmeye benzeyen” bir iş (*negotium*) ortaya çıkar.⁸²⁶

Hauriou, idare ile birey ilişkisinin sözleşmeye benzediğini kabul eder ve hatta bunun bir özel hukuk sözleşmesi mi yoksa kamu hukuku sözleşmesi mi olduğunu araştırarak, Fransa'da genelde özel hukuk sözleşmesi gibi görülürken, Almanya'da kamu hukuku sözleşmesi olarak değerlendirildiği tespitini yapar.⁸²⁷ Ne var ki, “kamusal sözleşme (*contrat public*)” olarak nitelenen bu sözleşme fikri de Hauriou'ya göre, her şeye rağmen, gerçeklikle bağdaşmaz ve reddedilmelidir. Çünkü bu sözleşme, sosyal sözleşmeyi, nedenini oluşturan ilk paktın kurgusunu yok ederek, diriltmekten ibarettir.⁸²⁸ Oysa paktsız bir sözleşme mümkün değildir, çünkü sözleşmenin şekli unsuru, iki rızanın bir arada (değiş tokuş edilmemiş olsalar bile), hak ve yükümlülükler doğurmasıdır; faaliyet teatisinden ibaret olan sosyal ilişkilerse rıza teatisi teşkil etmez.⁸²⁹

Hauriou, böylece, her türlü sözleşme fikrini reddeder ve eylemsel dayanışmaya dayanan “sosyal statik (*statique social*)” fikrini kabul eder. Hauriou'ya göre, insanların özgürlüğü için yaratılan sosyal statik, genellikle “devlet durumu (*situation d'état*)”⁸³⁰

⁸²³ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 64.

⁸²⁴ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 64.

⁸²⁵ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 64.

⁸²⁶ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 58.

⁸²⁷ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 64-65.

⁸²⁸ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 66.

⁸²⁹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 65-66.

⁸³⁰ Christopher B. Gray, Hauriou'nun yaptığı tanımdan yola çıkarak, kavramı, “istikrar durumu (*state of stability*)” olarak çevirir (*The Methodology of Maurice Hauriou: Legal, Sociological, Philosophical*, s. 146). Fransızcada, büyük harfle yazılan “État”, “devlet” anlamında kullanılırken; kelime küçük harfle, “état” olarak yazıldığında “hâl, durum” anlamındadır. Ancak, Hauriou'nun, farklı kavramlara karşılık her iki versiyonu da “devlet” anlamında kullandığına rastlanır. Örneğin, hukuk devletine karşılık gelen kavram için, “l'état de droit”, sosyal devlet kavramına karşılık olarak da “l'état social” biçiminde, kelimenin küçük harfle yazılan versiyonunu kullanırken, “kamu gücü devleti” ifadesinde “l'État puissance publique” ya da “devletin sorumluluğu” ifadesi için “la responsabilité de l'État” şeklinde, büyük harfle yazılan versiyonunu kullanır. Yazar, “devlet durumu” kavramını, genel kamu hukukundaki anlamıyla, bilhassa kullanmış görünmektedir.

olarak adlandırılan şeydir.⁸³¹ Yazar, idari yönetim ile *sui generis* birliğinin ve “devletin hukuki teorisi”nin, ancak devlet durumuyla, “yani devleti de doğuran durum” ile açıklanabileceğini savunur.⁸³² Statik, Hauriou’ya göre, “sadece durağanlık değildir, durağanlık yönünde eğilimi olan her dengedir” ve devlet durumu bu dengede korunan sosyal durum olarak, insan ilişkilerinin “değişken, geçici, tamamen dinamik olan” yapısının karşısında yer alır.⁸³³ Sosyal örgütlenme, “temsilci” kavramının organik olana tatbiki sayesinde istikrarlı kalır.⁸³⁴ Yazar, kamu gücü devletini de devlet durumlarından yalnızca biri olarak değerlendirir; “statik duruma ulaşmış bir ülkenin yönetimi” olarak “geniş bir devlet durumu”dur.⁸³⁵ Hauriou’ya göre, kamu gücü devleti, kurulduğundan itibaren, artık diğer devlet durumlarını -tamamen özel de olsalar- koruması ve garantisi altına alır.⁸³⁶

Hauriou devlet durumunun, kanunla veya daha genel olarak yasal düzenlemeyle açıklanan (düzenlenen değil, çünkü Hauriou’ya göre hukuk, devlet durumunu değil, devlet durumu hukukun konusunu doğurur) her istikrarlı sosyal ilişki biçiminde mevcut olduğunu ifade eder.⁸³⁷ Yazara göre, sosyal sözleşme, yasayı nasıl açıklayamıyorsa, devlet durumunu da aynı ölçüde açıklayamaz.⁸³⁸ Yasa ve devlet durumunun ilk ortak noktası, birey iradelerinin tezahürü olan rızalar yanında “sosyal örgüte ya da bir fonksiyona olan ihtiyaç gereğiyle” ve “şeylerin doğasından kaynaklanan gerekli ilişki” olmalarıdır.⁸³⁹ İkinci ortak nokta ise, gönüllü oldukları takdirde, “bir paktın rıza teatisine değil, sonradan sessizce kabul edilen tek taraflı kararlara”, imtiyazlara dayanmalarıdır.⁸⁴⁰

Hauriou’nun “sosyal statik” fikrinin kavramsal temeli, Auguste Comte’un “sosyal statik” ve “sosyal dinamik” olarak ayırdığı “sosyal fizik” teorisidir.⁸⁴¹ Hauriou’nun düalist anlayışına göre, hem bireysel hem de kolektif varlıklar, var olma sebepleri, varlık şartları bakımından statik ve ömürleri boyunca geçirdikleri ilerleme

⁸³¹ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 107.

⁸³² Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 66.

⁸³³ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 107.

⁸³⁴ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 108.

⁸³⁵ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 107-108.

⁸³⁶ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 108.

⁸³⁷ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 66-67.

⁸³⁸ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 67.

⁸³⁹ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 67.

⁸⁴⁰ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 67.

⁸⁴¹ Hâmede Topçuoğlu, *XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı*, n° 151, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Ajans-Türk Matbaası), 1961, s. 29.

bakımından dinamik açıdan incelenmelidir.⁸⁴² Comte, sosyal statığın temel prensibini “sosyal teşekkül (consensus social)” olarak, organların, tüm farklılıklarına rağmen, bir araya gelip ortak çalışarak bir canlıyı meydana getirmelerine benzetir⁸⁴³ ve unsurların bütüne bağlılığından bir dayanışma meydana gelir⁸⁴⁴. Sosyal statik fikrinin bir diğer kuramcısı Herbert Spencer tarafından savunulan, sürekli bir denge içinde, tarafların karşılıklı bağımlılığı tezi de Hauriou’nun fikrine aynı şekilde yakındır.⁸⁴⁵ Hauriou’ya göre, “aşılmaması gereken bir denge noktası vardır; yönetimde var olan iş birliği, yönetimin kamu hizmeti için olduğunu unutturmamalıdır”.⁸⁴⁶

Comte’un sosyal fizik teorisinden yola çıkıp “emek birliği” fikrine varan bir düşünce sisteminin, liberalizmden uzaklaşıp otoritaryanizme, nasyonal-sosyalizme temel olması, ancak, Foulquier’nin ifade ettiği gibi bir “talihsizlik”le açıklanabilir. Ancak Rousseau’nun dahi, insanların eşit ve özgür oldukları bir toplum düzenine ulaşma gayesi açık olmasına karşın, totalitarizm ya da çoğunluk despotizmi savunucusu olarak anlaşıldığı düşünüldüğünde⁸⁴⁷ şaşırtıcı değildir. Oysa Hauriou’nun emek birliği ve bir arada yaşama ayrımına dayanan sistemi tam da John Rawls’un “sosyal iş birliği (*social cooperation*)”, Herbert Lionel Adolphus Hart’ın “ortak girişim (*joint enterprise*)” kavramlarıyla katkıda bulunduğu sosyal dayanışmanın tartışmalarına temel oluşturabilecek bir noktadadır. İdare hukukunun en temel kavramlarının, sosyoloji ve genel kamu hukuku bakış açılarıyla toplumu ölçü belirleyerek açıklanması, idare hukuku doktrininin belki de özgürlüklere en fazla yaklaştığı perspektiflerden biridir.

C) Devletin Hukuk Karşısında Konumu ve İdare Hukuku

Hauriou’ya göre tüm sosyal organizasyonlarda bir hukuk vardır, çünkü tüm düzenlerde adaletin pratik olarak gerçekleştirilmesi istenir. Ancak hukuk ile devlet rejimi arasında ayrıca özel bir bağ vardır, çünkü ikisi de adaleti doğrudan arar. Bu bağ,

⁸⁴² Hâlide Topçuoğlu, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, ss. 29-30.

⁸⁴³ Hâlide Topçuoğlu, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, s. 30.

⁸⁴⁴ Gaston Richard, ‘Genel Sosyoloji ve Sosyolojinin Kanunları: “Consensus Social” Teorisinin İncelenmesi’, Fransızcadan Türkçeye çev. Turgut Korcan, İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi, C. 2, S. 3, 1945, s. 208.

⁸⁴⁵ Herbert Spencer, “Specialized Administration (1871)”, *The Man Versus The State, with Six Essays on Government, Society, and Freedom* içinde, Indianapolis: LibertyClassics, 1981, ss. 447-449.

⁸⁴⁶ Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, s. 61.

⁸⁴⁷ Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, ikinci baskı, İstanbul: On İki Levha (yayın no: 200), 2014, s. 136.

ikisi arasında tam bir birleşme sağlar ve devlet rejimi, kendi başına bir hukuk durumu yaratır. Ne var ki bu teorik kabul, ancak, devlet rejiminin adalet hedefinde olması varsayımıyla doğrudur. Devletin yolunun doğruluğuna dair bu varsayım, pratikte ise, devlet rejiminin pozitif hukukla karıştırılmasına yol açar.⁸⁴⁸

Hauriou, kamu hukukunun temeline ilişkin kurulacak teorinin hukuki yanının, siyasi yanı kadar önemli olduğunu düşünür.⁸⁴⁹ Devlet, Hauriou'ya göre, hükûmet sistemleri ve idari sistemler gibi bir hukuki durumlar bütünüdür.⁸⁵⁰ Devletin siyasi örgütlenmesi de “ulusların hukuki örgütlenmesi” ile doğrudan ilişkilidir.⁸⁵¹ Hauriou, bu bağlardan yola çıkarak, temel sorunu, “devlet ve hukuk arasındaki ilişki” olarak belirler.⁸⁵² Devletin hukuka tabi olup olmadığı sorusu ve eğer tabi ise, bu tabiiyetin biçimi, Hauriou'ya göre, düğüm noktasıdır.⁸⁵³ Hauriou'ya göre, hukukun, hükûmet kaynaklı olmaktan ziyade gelenek kaynaklı olduğu İngiltere gibi ülkelerde çözümü basit olan bu sorun, yazılı hukuk esasına dayanan ülkelere ise çok daha çetrefildir.⁸⁵⁴ Zorluk, özellikle, yeni yazılı yasalar yapan erkin, daha önce kurulu hukuk sistemine tabiiyetinde bulunur.⁸⁵⁵

Hauriou, bu sorunun çözümünün Alman doktrininin “kendi kendini sınırlandırma teorisi” ile Duguit'nin savunduğu gibi bir “hak kaidesi teorisi”nin orta yolunda bulunduğuna inanır. Bu arayışta, devletin “yeni hukuk”u ile; devlete, kendisinin de oluşumuna katkıda bulunduğu anayasal bir kural olarak uygulanan “yerleşik hukuk”⁸⁵⁶ arasında bir ayrım yapar.⁸⁵⁷ Bu ayrımı kullandığı yolda en nihayetinde “kurum” kavramına varacaktır.⁸⁵⁸ Hauriou'ya göre, kurum olarak devlette, yeni hukukun yerleşik hukuka dönüşmesi “gelenek” olgusuna karşılık gelir.⁸⁵⁹

⁸⁴⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 26.

⁸⁴⁹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 813.

⁸⁵⁰ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, ss. 813-814.

⁸⁵¹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, ss. 813-814.

⁸⁵² Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵³ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵⁴ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵⁵ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵⁶ Hauriou'nun yerleşik hukuk fikri, Otto Mayer'in eski hukuk fikri ile benzerlik gösterir. Mayer'e göre, varlık nedeni sadece “adalet” olan bir “eski hukuk” vardır ve yasama gücü ile yasama işlemi, “eski yasa” fikrinden çıkarılan güç ve niteliklere dayanır. (Otto Mayer, **Le droit administratif allemand**, 4 cilt, Cilt 1, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, s. 89.)

⁸⁵⁷ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵⁸ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

⁸⁵⁹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

Hauriou'da idarenin doğrudan yürütme prosedürünün bir görünümü, kamu gücünün, tek taraflı hukuki işlemleriyle haklarının kullanım sınırlarına kadar gidebilmesini sağlayan önceden icra ayrıcalığı ilkesidir.⁸⁶⁰ İdarenin, gerekli bulunduğu tedbirleri, işlemin tarafının rızasına ya da yargısal bir onam ya da yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın önceden alabilmesi ve bu işlemlerin, yargı kontrolünden geçmeksizin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasını karşılayan ilke⁸⁶¹, idarenin işlem ve eylemlerinin, kamu hizmetlerinin aciliyet gereksinimine uygun olarak, hızlı biçimde yürütülmesine hizmet eder. Önceden icra ayrıcalığı ile, bir anlamda, kamu hizmetlerinin sürekliliği, idarenin emirlerine önceden itaat ile sağlanır.⁸⁶² Hauriou'ya göre, kamu hizmetlerinin sürekliliği, ülke yaşamı ve maddi barış için kaçınılmaz olup, önceden icra da bu sürekliliğin olmazsa olmaz koşuludur.⁸⁶³ Hauriou, idarenin tüm kararlarının geçici olarak yürütülmesinin ilke olarak mevcut bulunduğunu düşünür.⁸⁶⁴

İdarenin işlem ve eylemleri geçici olarak yürütülür ve onları tartışma imkânı sürmekteyken de geçici bir itaat sağlarlar.⁸⁶⁵ İdare böylece, yasal prosedürleri gözettiği sürece, işlem ve eylemlerinin yürütülmesiyle, kararlarının sınırlarına kadar gidebilir.⁸⁶⁶ Bu ayrıcalık ile kamu gücünün, kararları için önceden yetkilendirilmek üzere yargıya ya da kararlarını yürütmek için icra memuruna başvurması gerekmez.⁸⁶⁷ Yargısal yetkilendirme gerekmemesi özelliğini, Hauriou, yargıcın ön kontrolünden geçtikten sonra ancak üçüncü kişilere karşı iddia edilebilen hak anlayışının karşısı olarak açıklar.⁸⁶⁸ Öte yandan, geçici icranın çıkarına dokunduğu ilgililerin bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurması hâlinde dahi, yargıç, bu işlemleri askıya alamayacak, yürütülmesini durdurmayacaktır.⁸⁶⁹ Fransız Danıştayı da, idarenin kararlarının icraî

⁸⁶⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 425.

⁸⁶¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 361.

⁸⁶² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 107.

⁸⁶³ Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", *Mathieu Touzeil-Divina (der.), Miscellanées Maurice Hauriou* içinde, Le Mans: L'Épitoge-Lextenso (koleksiyon: Histoire(s) du droit), 2013, s. 13.

⁸⁶⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 395-396

⁸⁶⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 395-396

⁸⁶⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 395-396

⁸⁶⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 396

⁸⁶⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. 361.

⁸⁶⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, sekizinci baskı, 1914, s. 396

karakterinin, kamu hukukunun temel kuralı olduğunu ifade etmiştir.⁸⁷⁰ Yargıcın yürütmeyi durdurma yetkisinin ise, iptali haklı gösterecek ciddi sebepler ve telafisi güç zarar bulunması durumunda dahi dar bir yetki olduğunu; askıya alma tedbirinin, ancak kamu menfaati çerçevesinde ve en kısa sürede, idarenin alınan idari kararı yürütme imkânının yeniden inşası gerekliliğiyle dayatılabileceğini kabul etmiştir.⁸⁷¹ Yürütmeyi durdurma kararlarının hukuki niteliği de, bir icraî kararı askıya almayı karşıladığından, tartışmalıdır ve bu özelliğiyle, alélade bir düzenleme işlemi değil, ancak kanun niteliğinde olabileceği de savunulabilmektedir.⁸⁷² Fransız İdari Yargılama Kanunu da, yargı yoluna başvuruların, aksi yönde özel yasama hükümleri bulunmuyorsa, mahkeme tarafından aksi kararlaştırılmadıkça yürütmeyi durdurmayacağını ilke olarak kabul etmiştir.⁸⁷³

Hauriou, güncel kararların geçici olarak yerine getirilmesi rezervi altında, siyasi gücün, daha önce belirlediği pozitif kuralları gözetmek zorunda olduğunu kabul eder.⁸⁷⁴ Güncel kararların, önceki pozitif kurallarla çeliştiği ve fakat bu kuralları yürürlükten kaldırdığı şeklinde yorumlanmadığı hâlde ise, Hauriou'ya göre, önce geçici kurala itaat sorunu çözülmeli, daha sonra ise önceki kuralların nihai zaferini sağlamak için yasal yollar kurulmalıdır.⁸⁷⁵ Hauriou, idarenin geçici düzenlemelerinin hukuk olmadığı fikrini de reddeder.⁸⁷⁶ Kolluk işlemleri, mülkiyet faaliyetleri, mahkeme başkanının geçici kararları, yetki aşımı başvurularının neticesi gibi örneklerin, diğerlerinden farklı bir hukuk yaratılsa da hukuk olduğunu ifade eder.⁸⁷⁷

Hauriou, geçici çözümlere derhal ve tartışmasız, öncelikle uyulmasını, maddi düzene bağlı toplumsal refah için mecburi görür.⁸⁷⁸ Hauriou'ya göre, “hükûmetlerin,

⁸⁷⁰ CE, Assemblée, “Huglo”, n° 25288, 2 Temmuz 1982, URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007677051>, son erişim tarihi: 3 Nisan 2020.

⁸⁷¹ CE, Assemblée, “Huglo”, n° 25288, 2 Temmuz 1982, URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007677051>, son erişim tarihi: 3 Nisan 2020.

⁸⁷² René Garrec, “Yasama Raporu n° 380 (1998-1999)”, Fransız Kanunlar Komisyonu Parlamento Çalışmaları, 26 Mayıs 1999, URL: <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-38012.html>, son erişim tarihi: 4 Nisan 2020.

⁸⁷³ Madde L4, Code de justice administrative, URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933/2020-09-17/, son erişim tarihi: 4 Haziran 2020.

⁸⁷⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 21.

⁸⁷⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 21-22.

⁸⁷⁶ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 12.

⁸⁷⁷ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 12.

⁸⁷⁸ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, ss. 12-13.

ahlaki düzen kurma iddiaları ne kadar gülünç ise, maddi düzeni sağlamaları o kadar kutsal bir görevdir”.⁸⁷⁹ Ancak öte yandan, Hauriou, hükûmetin emirlerine öncelikli itaatin, yalnızca geçici olduğunun, her zaman yeniden incelenebilir olduğunun da altını çizer.⁸⁸⁰ Yazara göre, bu çözümlerin geçici etkisi bir kez meydana geldikten sonra, haksız oldukları görülürse, mümkün olması hâlinde yürütülen bu işlemler geri alınmalı, iptal edilmelidir.⁸⁸¹ Geri almak mümkün değilse ve bir zarara yol açıldıysa, bu durumda da zarar tazmin edilmelidir.⁸⁸² Hauriou’ya göre, sosyal adalet temel kurallarının barış içinde ortaya çıkması için, geçici hukukun sürekli inşası gereklidir ve bu hukuktan “yetki ilkesi (*principe d’authorité*)” doğar.⁸⁸³ Ancak bu geçici hukukun, bir adalet karinesine, aksi kanıt kabul eden *juris tantum* bir varsayıma dayandığı da unutulmamalıdır.⁸⁸⁴

Hauriou, geçici kurallar ile yerleşik kurallar arasındaki ayırmda; geçici kuralların idarenin kararları, yerleşik kuralların yasama kurallarını karşıladığını düşünmez. Geçici kurallar da yerleşik olanları da farklı erkler kaynaklı olabilir. Hauriou’ya göre, önceden icra, sonraki revizyonlar hariç, idarenin faaliyetleri yanında, yargılamalar ve yasalar için de gereklidir.⁸⁸⁵ Hauriou, erklerin ön icraya dair bu yetkilerini, “kesin yasama gücü”, “kesin hüküm gücü” ve “idarenin kesin karar gücü” olarak adlandırır.⁸⁸⁶ Jellinek’in, kanunun, tek taraflı bir irade tezahürü olmakla birlikte verilen bir sözü, taahhüdü içerdiği fikri bu düşünceyle paraleldir.⁸⁸⁷ Jellinek, vatandaşlara verilen bir güvence olarak toplumsal güvene hizmet eden bu taahhüdün; normların, iptal edilmelerine yeterli olacak sebepler bulunmadığı sürece dokunulmaz olduğu varsayımı olduğunu ifade eder.⁸⁸⁸ Nihayetinde, devletin hukuk yaratma faaliyeti de hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Ancak Jellinek’e göre, yargıcın kanunların içerik yönünden anayasaya aykırılığı denetimi yapamadığı ülkelerde bu tür kanunlarla ya da maddi olarak hukuka aykırılık içeren yargılamaların kesin hüküm gücüne kavuşmasıyla, “bir hukuka aykırılık, hukuk yaratabilir”.⁸⁸⁹

⁸⁷⁹ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸⁰ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸¹ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸² Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸³ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 14.

⁸⁸⁴ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 14.

⁸⁸⁵ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸⁶ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 13.

⁸⁸⁷ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, çev. Georges Fardis, C. 1, 1911, s. 552.

⁸⁸⁸ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, ss. 551-552.

⁸⁸⁹ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, ss. 556-557.

Hauriou, yeni kanunlarla veya kanunların anayasaya aykırılığı mekanizmasıyla kanunların revizyonu, yargılamaların revizyonu ve yargının idari işlemlere ilişkin sonraki iptali şeklinde belirlediği sonraki revizyonları ise ön icradan hariç tutar.⁸⁹⁰ Hükûmet erkinin her türlü kararı için, Hauriou, revizyon usullerinin anayasal olarak belirlenmesi gerektiğini düşünür.⁸⁹¹ Böylece, Hauriou'ya göre, yalnız idari işlemler için değil; yargı kararları, yasama işlemleri ve dahası anayasanın dahi yeniden gözden geçirilerek yenilenebilmesi, bu usullerle mümkün kılınmalıdır.⁸⁹² Yazara göre, bu denge unsuru, geçici önceden icranın doğal karşılığıdır.⁸⁹³ Hauriou, yüzeysel ve esas olarak ayırdığı hukuk tabakalarının, böylece, pozitif kurallarda geçici tedbirler ve maddi hükümler şeklinde iki sistem ayrımının ötesinde; hükûmet düzeninin formülünde geçici olarak kabul edilen pozitif kurallar ile daha sonraki bir revizyonda ortaya çıkabilecek daha temel kuralların da ayrımını mümkün kıldığını savunur.⁸⁹⁴

Hauriou'nun objektif ve subjektif düalizmiyle ayırdığı iki tür hukuktan ilki, "iç disiplin hukuku" olarak adlandırdığı hukuktur.⁸⁹⁵ Bu hukuk türü, kurum olarak devletin, kurumun çıkarına olan ve zorlayıcı gücün yaptırımını altında, sosyal otoriteden doğan subjektif nitelikli bir hukuktur.⁸⁹⁶ İkinci tür hukuk ise, ilkinden çok daha önemli olan bir "ortak hukuk"tur ve hiçbir sosyal organizasyonla bağı olmayan, insanın sosyalliğinden doğan ve siyasi organizasyona karşı bir muhalefet ilkesini içeren, gruplar arası veya uluslararası nitelikli, objektif bir hukuktur.⁸⁹⁷ Albert Brimo'ya göre, kurum sisteminde, insan, doğa ve çevreleyen dünya arasında kurulan denge, Hauriou'nun doğal hukuk doktrininin bir parçasıdır.⁸⁹⁸

Hauriou'ya göre, objektif olarak kurulan hukuk, kurulur kurulmaz, subjektif menfaatlere bağlanma noktasına dönüşür.⁸⁹⁹ Bu nedenle de yerleşik kurallar, yerleşik durumlar gibi, bazı bireylere fayda sağlar ve bu bireylerin korumakta menfaat

⁸⁹⁰ Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", s. 13.

⁸⁹¹ Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", s. 13.

⁸⁹² Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", s. 13.

⁸⁹³ Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", s. 13.

⁸⁹⁴ Maurice Hauriou, "Les idées de M. Duguit", s. 13.

⁸⁹⁵ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 41.

⁸⁹⁶ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 41.

⁸⁹⁷ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 41.

⁸⁹⁸ Albert Brimo, "La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou", s. 78.

⁸⁹⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

gördükleri bu kuralların geri alınması, onların aleyhine bir adaletsizlik yaratır.⁹⁰⁰ Hauriou, bu nedenle, yerleşik durumun, korunmasında menfaati bulunanlar lehine, kendi içinde, değişime karşı bir direnme kuvveti barındırdığını savunur.⁹⁰¹ Hauriou, bu direnme gücünün, Fransız idare hukukunda ilke olarak yer aldığını ifade eder. Buna göre; idare, “düzenlemeleri veya imtiyazları ile avantajlı durumlar yaratmamakta özgürdür”.⁹⁰² Ancak bu özgürlük, avantajlı durumların yaratılması tercih edildiğinde artık mevcut bulunmaz.⁹⁰³ Çünkü idare “onları yarattığında, kamu yararı sebepleri için olmadığı sürece, bunları değiştirmek veya geri çekmekte artık özgür değildir”.⁹⁰⁴ Hauriou’ya göre, objektif bakış açısıyla, idarenin, hukuki durumlar üzerinde, kamu menfaatinden çıkarılamayan gerekçelerle değişiklik yapması, değiştirme gücünün kötüye kullanması olacaktır.⁹⁰⁵ Çünkü hukuki durumların değiştirilebileceği tek hâl, Hauriou’ya göre, “daha iyisini yapmanın kamusal menfaati”dir.⁹⁰⁶ Fransız Danıştay’da, “*Desvaux, Buis et autres*” kararında⁹⁰⁷, değişiklik “hizmetin menfaatine” olduğu sürece, “hiçbir kanun ya da düzenleme hükmü”nün, değişiklik hakkını kısıtlayamayacağını hükme bağlamıştır.⁹⁰⁸ Hauriou, değişiklik prensibini, hak ya da imtiyazın verilmesiyle geri çekilmesi arasında; bir düzenlemeyi yapmak ile de kurulu düzenlemeyi geri almak veya değiştirmek arasında fark olması ile açıklar.⁹⁰⁹ Hauriou, değiştirme hakkının kamu yararı istikametiyle sınırlanmasının, yalnız idari işlemler bakımından, iptal davası yoluyla, etkili yaptırımlarla karşılaştığını ifade eder.⁹¹⁰ Ancak Hauriou, kanunlar için de, teorik olarak, bu prensibi kabul etmek gerektiğini düşünür.⁹¹¹

Hauriou, polis devleti ile hukuk devletinin farkının, “polis hukuku (*droit policier*)” veya “düzenleyici hukuk (*droit réglementaire*)” olarak adlandırdığı sistemle, yasal hukuk (*droit légal*) sistemi arasında bir ayırım üzerinden anlaşılabilirliğini savunur.⁹¹² Bu ayrımı Hauriou, sistemlerin düalizmine bağlı olan bir

⁹⁰⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹⁰¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹⁰² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹⁰³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹⁰⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹⁰⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

⁹⁰⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

⁹⁰⁷ CE, “*Desvaux, Buis et autres*”, 26 Nisan 1912, n° 37184, **Rec.**, ss. 497-498.

⁹⁰⁸ CE, “*Desvaux, Buis et autres*”, s. 498.

⁹⁰⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 23.

⁹¹⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

⁹¹¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

⁹¹² Maurice Hauriou, “*Les idées de M. Duguit*”, ss. 11-12.

“hukuka karşı bir hukuk (*un droit contre le droit*)” olarak, düzenleyici işlem biçiminde tezahür eden bir hukuk türünün, kanun biçiminde tezahür eden başka bir hukuk karşısında yer alması olarak açıklar.⁹¹³ Hauriou’ya göre iki farklı hukuk düzeninin varlığı kabul ediliyorsa, bu iki düzen bazı açılardan karşıtlık ve çatışma hâlinde olacaktır.⁹¹⁴ Çünkü iki düzen de hukukun en yüksek hedefi olan toplumsal barışa ve fakat farklı metotlarla ulaşmaya çalışır.⁹¹⁵ İki düzen için ayrı barış hâli söz konusudur: Biri maddi anlamda barıştır; diğeri ise hukuk ya da adalet tarafından sağlanan barıştır.⁹¹⁶ İki ayrı barış durumu, iki ayrı hukuk durumu yaratır; ancak bu iki kutup bağlantılıdır.⁹¹⁷

Ancak Hauriou’ya göre, yasal hukuk, subjektif hukukla; düzenleyici hukuk da objektif hukukla karıştırılmamalıdır.⁹¹⁸ Hauriou, subjektif hukukun, kişilerin subjektif haklarına ilişkin kurallara karşılık geldiğini; objektif hukukun ise ancak sosyal organizasyon ile ilişkilendirilebileceğini ifade eder.⁹¹⁹ İdarenin, subjektif hak içeren düzenlemeleri olduğu gibi; yasama organının da subjektif haklara özgülenmeyen kanunları vardır.⁹²⁰ İptal davası ile kazanılmış hakların ihlalinin ileri sürülmesinin, düzenleyici işlemlerin ihlali durumunda da söz konusu olabilmesi, Hauriou’ya göre, bu durumun kanıtıdır.⁹²¹ Hauriou, kamu gücünün, idare hukukunda, hem objektif hem subjektif kurallara sebep olduğunu ifade eder.⁹²² Kamu gücünün elinde bulundurduğu haklar subjektif nitelikliken; bu hakların yürütülmesi kısmen objektif niteliklidir.⁹²³ Hauriou’ya göre, düzenleyici işlemler, bir defa kurulduklarında, artık objektif hâle gelerek yasallık blokunun bir parçası olur ve idari otoritelerin kararlarının dış sınırında yer alarak idareyi bağlar.⁹²⁴ Hauriou, ayrıca, idarenin, “otorite yolu” kapsamında

⁹¹³ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 12.

⁹¹⁴ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 11.

⁹¹⁵ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 11 ve 12.

⁹¹⁶ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 12.

⁹¹⁷ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 12.

⁹¹⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 33.

⁹¹⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 27.

⁹²⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 33.

⁹²¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 33-34.

⁹²² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 27.

⁹²³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 27-28.

⁹²⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 360.

hareket ederken, subjektif sorumluluğunun doğmadığını hatırlatır.⁹²⁵ Hauriou'ya göre, kanun ile düzenleyici işlemlerin aynı ya da farklı doğaya sahip olması meselesi; yasama ve yürütme güçleri arasındaki ilişki yanında, “devlet kurumunda hukuk devletin gerçekleştirilmesi bakımından da” önemlidir.⁹²⁶

Duguit, devlet erklerinin hukuka aykırı kararlarının ve hatta hukuka aykırı kanunların olabileceğini savunur.⁹²⁷ Duguit'nin kanunların hukuka aykırı olabileceklerini kabulü, Philippe Raynaud tarafından Hauriou'nun hukuk düalizmine benzetilir.⁹²⁸ Ancak Duguit, bu durumu, iki hukuk kaynağı arasında bir çatışma olarak görmez.⁹²⁹ Duguit'nin temsilcisi olduğu akım, bir “sınırlama ilkesi” getirir.⁹³⁰ Devlet erklerinin elinden çıkan yasal kurallar, ancak devletin faaliyetinden önce ve üstün olan “hak kaidesi (*règle de droit*)”ne uygun ise bir değer ifade eder.⁹³¹ Hak kaidesine uygun olmayan her karar, yasa koyucunun iradesinin ürünü olsa dahi, hukukun dışındadır.⁹³² Bu akım, pozitif hukukun dışında bir doğal hukuku, mutlak egemenlik teorisyenlerinin egemen gücün her hukuk kuralının kaynağı olduğu fikrinden farklı bir anlayışla kabul eder.⁹³³ Duguit, ideal ve mutlak hukuk olarak değerlendirilen “doğal hukuk” kavramı yerine, sosyal yaşamın organik kanununu karşılayan “sosyal kaide (*règle sociale*)”nin ifadesi olan “hak kaidesi” kavramını getirir.⁹³⁴ Hak kaidesi, Duguit'de, mutlak ya da ideal değil, gerçek ve toplumsallık niteliği gereği olarak, değişkendir.⁹³⁵ Bu kuralların objektiflik niteliği ise, gerçek haklar değil, yalnızca, erk sahiplerine yaptırım düzenleme gücü vermesi ve sosyal yaşamda bireylere aktif ya da pasif davranışa zorlayıcı belirli durumlar yaratmasından gelir.⁹³⁶ Sonuç olarak, hukuk kuralları, Duguit'ye göre, “subjektif hak” değil, kendisinden türeyen ve “objektif durum” olarak nitelendirilebilecek belirli bir durum yaratır.⁹³⁷ Hak kaidesini de kurala uyulmasına dair sosyal baskıyı da yaratan devlet erki değildir.⁹³⁸ O, yalnızca, hukuk kuralının

⁹²⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 27-28.

⁹²⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, sekizinci baskı, 1914, s. 36.

⁹²⁷ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, **RHFD**, n° 4, Paris: SHFD/LGDJ, 1987, s. 172.

⁹²⁸ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 172.

⁹²⁹ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 172.

⁹³⁰ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 170.

⁹³¹ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 170.

⁹³² Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 172.

⁹³³ Philippe Raynaud, “Léon Duguit et le droit naturel”, s. 170.

⁹³⁴ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État**, ss. 9-10.

⁹³⁵ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État**, s. 10.

⁹³⁶ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État**, ss. 10-11.

⁹³⁷ Léon Duguit, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État**, ss. 10-11.

⁹³⁸ Léon Duguit, **L'État, le droit objectif et la loi positive**, s. 114.

bağlayıcılığına en büyük gücü verir ve ona saygı gösterilmesini temin eder.⁹³⁹ Hak kaidesi, salt “insanların toplum hâlinde yaşamaları ile” zaten mevcuttur.⁹⁴⁰

Pozitif hukukun, devletin dışında ve devletin kendisine boyun eğebilmesi için de devletten üstün olması gerektiği öngören yaklaşım, Hauriou’ya göre, ideal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki tarihsel bir karışıklıktan kaynaklanır ve nihayetinde Duguit’nin “hak kaidesi teorisi”ne kadar varır.⁹⁴¹ İdeal hukukun devletin üstünde ve onun dışında olduğunu kabul eden Hauriou, pozitif hukukun ise devletin içinde ve yaşayan bir güç olarak, basitçe devlet egemenliğinin bir görünümü olduğunu ifade eder.⁹⁴² Duguit’nin, hukuka karşı hukuk olamayacağı gerekçesiyle, devlet erklerini elinde bulunduranların hak kaidesine uygun olmayan kararlarını “hiç” saymasını, Hauriou, devlet erklerinin asla hatalı ya da kötü bir iş yapmayacakları garantisini varsayan bir “ideal” olarak görür.⁹⁴³ Duguit’nin “hukuk sisteminin makul birliği” fikrini reddeden Hauriou, birlik fikrinin, evrensel nedensellik de sosyal gerçeklikle de açıklanamayacağını savunur.⁹⁴⁴ Chevallier, Hauriou’nun, hukuku Duguit gibi objektif hukuk ile sınırlamasa da, devletten bağımsız ve gücünün olası bir sınırını oluşturan bir hukuk olduğunu kabul ettiğini, devleti hukukun münhasır kaynağı olarak görmediğini ifade eder.⁹⁴⁵ Grégoire Bigot’ya göre ise, Hauriou’nun, devletin hukuka bağlılığının garantisi olarak hukuki objektivizmi savunmasında, Duguit’nin etkisi vardır⁹⁴⁶ ve her iki teorisyen, gücün meşruiyeti sorununu siyasetten hukuka kaydırmanın yolunu açtığı için hukuk devleti kavramını Fransız kamu hukukuna yerleştirme gayretindelerdir⁹⁴⁷.

Devletin dışında ve devlet iradesinin üstünde kural ve kanunların varlığını kabul eden Carré de Malberg ise, siyasi düzen ile hukuk düzenini ayırarak doğal hukuk teorisinden ayrılır.⁹⁴⁸ Carré de Malberg, doğal hukuk teorisyenlerinin bile, devletin, egemen gücünün edimsel kullanımında asla hata yapılmayacağını savunmadığını ifade

⁹³⁹ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 114.

⁹⁴⁰ Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, s. 114.

⁹⁴¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 33.

⁹⁴² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 33.

⁹⁴³ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 11.

⁹⁴⁴ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, s. 11.

⁹⁴⁵ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 41.

⁹⁴⁶ Grégoire Bigot, “L'État de droit selon le droit administratif français”, *Revue juridique de l'Ouest*, S. 2, 2004, s. 228.

⁹⁴⁷ Grégoire Bigot, “L'État de droit selon le droit administratif français”, s. 226.

⁹⁴⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, ss. 237-238.

eder.⁹⁴⁹ Carré de Malberg'e göre, bireyler gibi, devlet de ilahi ya da doğal yasalara uymak zorundadır.⁹⁵⁰ Ancak yazar, doğal hukuk teorilerinin dayandığı "gerçekler" in hiçbir biçimde "devletin hukuki teorisi"nin temeli veya unsuru olamayacağını savunur.⁹⁵¹ Çünkü Carré de Malberg'e göre bu kurallar, hukuk düzeninin değil, manevi ya da siyasi düzenin kurallarıdır.⁹⁵² Carré de Malberg, temelden farklı kategorilere ait iki kural türünü ortak bir hukuk kavramında birleştirmeyi mantık dışı bulur.⁹⁵³ Yazara göre, pozitif ve formel anlamda hak kaidesi, hükümlerinin ideal doğasıyla değil, yaptırımının maddi doğasıyla ve bu yaptırımdan gelen özel kuvvet ile karakterize edilir.⁹⁵⁴ Carré de Malberg'e göre, eğer hukuk biliminden kurtulmak ve hukuk dışı bir kuram geliştirmek gerekseydi ancak doğal hukuk teorileri gerçekçi olurdu.⁹⁵⁵

Hauriou, genelde kurum ve özelde devlet kurumunun, pozitif hukukla ilişkisiyle ele alınmasını doğru bulur.⁹⁵⁶ Çünkü Hauriou'ya göre, devlet, ancak pozitif hukuk için resmî bir örgüttür.⁹⁵⁷ Hauriou, pozitif hukukun, devlet kişinin subjektif iradesinden kaynaklanmamakla birlikte, "toplama devletin objektif bireyselliğini oluşturan kolektif örgütlerin işleyişinin izlediği prosedürden" kaynaklandığını savunur.⁹⁵⁸ Hauriou'ya göre, hukuk devlete tabiiyeti sağlayan da budur.⁹⁵⁹ Hauriou adaletin ise, tıpkı diğer sosyal örgütler gibi, devletin de dışında olduğunu düşünür.⁹⁶⁰ Bu nedenle, pozitif hukukun, ideal olana yaklaşmak için adalete uygun hâle getirilmesinin; dolayısıyla doğal hukuk ile devletin doğrudan bir araştırılma gereği bulunmadığını ifade eder.⁹⁶¹ Hauriou'ya göre, devlet, adalet hedefine, 'tıpkı bir bireyin kişisel davranışında "iyi"nin idealine yaklaştırmaya çalıştığı gibi' ulaşmaya çalışır.⁹⁶²

⁹⁴⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 238.

⁹⁵⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 237.

⁹⁵¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 238.

⁹⁵² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 238.

⁹⁵³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 239.

⁹⁵⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 239.

⁹⁵⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 238.

⁹⁵⁶ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 817.

⁹⁵⁷ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 817.

⁹⁵⁸ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 818.

⁹⁵⁹ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 818.

⁹⁶⁰ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 817.

⁹⁶¹ Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 817.

⁹⁶² Maurice Hauriou, "An Interpretation of the Principles of Public Law", s. 818.

2. Hauriou'nun Devlet Tanımının Unsurlarında İdare Hukukunun Yansımaları

Hauriou'ya göre devletin üç kurucu unsuru; hâkimiyet kudreti, yasal ülke ve bu iki unsurun bir çatışma ve denge sistemi içinde yer aldığı toplum unsurudur. Hauriou'nun devlet tanımı, yazara göre, hukukiden çok siyasidir.⁹⁶³ O nedenle unsurların, genel kamu hukuku ya da idare hukuku ile ilişkisiz olacağı düşünülebilir. Ne var ki, Hauriou, tanımını, aynı zamanda düalist olarak da tanımlar ve bu düalizm ile, açıkça, devletin idare hukuku bakış açısından görünen yüzü olan hukuk kişiliği ile genel kamu hukuku bakış açısından tezahürü olan sosyal bir varoluş ortamı olmasının ikiliğini kasteder. Bu nedenle, esasında, Hauriou'nun devleti tasvirinde, subjektif kişiliğe yakın her unsur idare hukuku ile objektif bireyselliğe yakın her unsur genel kamu hukuku ile ilişkili olacaktır. Ancak unsurların içinde de, Hauriou'nun çok yönlü yaklaşımlarını bulmak her zaman mümkündür. Bu anlamda olmak üzere, devletin objektif bireyselliğinin dolaysız ifadesi olan “toplum” unsuru, genel kamu hukukuna yakın olmakla birlikte, idare hukuku fikirlerinin etkisini de taşır (A). “Hâkimiyet kudreti” unsuru, Hauriou'ya göre, iki disiplin için de gerekli bir unsur olmamakla birlikte⁹⁶⁴, genel kamu hukukunun “egemenlik” fikirleri ile idare hukukunun “kamu gücü” fikirleri üzerine kurulur (B). Son olarak, “yasal ülke” unsuru, devletin hukuk süjeliği ile doğrudan bağlantısıyla, Hauriou düşüncesinde idare hukukuna yakın bir unsur olup, genel kamu hukukunun ele aldığı hukuk kuramları ile halkın direnme hakkı üzerinden düşünülür (C).

A) Toplum Unsurunun Teşekkülünde Halkın İkili Görünümü ve Ulusal İrade

Hauriou'ya göre devlet; “hâkimiyet kudreti”nin aksiyonu ile “yasal ülke”nin reaksiyonunun bir “toplum”da birleşimiyle meydana gelir.⁹⁶⁵ Böylece devletin üç kurucu unsuru belirlenir. “Toplum” unsuru, “hâkimiyet kudreti” ve “yasal ülke”

⁹⁶³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁶⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 4.

⁹⁶⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 7.

unsurlarıyla birleştğinde, bir kurum devlet formuna kavuşmuş olacaktır. Bu ayrım, ilk bakışta, Georg Jellinek'in bugün hâlen genel kabul gören devletin unsurları teorisinde; devlet ülkesi, devlet nüfusu ve devlet kudreti olarak belirlediği üçlü ayrım⁹⁶⁶ ile benzerlik gösterir. Ancak Hauriou'nun devletin unsurları teorisi, bu klasik ayırmadan yalnız terminolojik birtakım nüanslarla değil, yapısal olarak da ayrılır.

Hauriou'nun devlet teorisinde, devleti oluşturan unsurlardan ilki; iki denge unsurunun buluşma ortamı olan “toplum”dur. Hauriou'ya göre, devletin temelinde, birlikte yaşamak isteyen kalıcı bir insan grubu vardır.⁹⁶⁷ Toplumu oluşturan bu grup, potansiyel olarak, her yaşam biçimini mümkün kılacak denli kalabalıktır.⁹⁶⁸ Toplum, subjektif kişiliğin üzerine inşa edildiği bir gerçekliktir.⁹⁶⁹ Devletin objektif bireyselliği olan “ulus” da bu gerçekliğe dayanır.⁹⁷⁰ Toplum, devletin, kişiliğinin altında önceden varlık sürdüren cevherdir. Hauriou toplumu, “bir korporatif organizasyonun aracılık ve yardımıyla, ortak iradede doğan toplumsal fikirleri amaç edinen topluluk” olarak açıklar.⁹⁷¹

Hauriou, toplum kavramının devlet kavramından ayrımında Jhering ile fikir birliği yapar.⁹⁷² Jhering, toplumun misyonunu “karşılık (ödenek)” ve “baskı” ile yerine getirdiğini savunur.⁹⁷³ Devletin ve hukukun ortaya çıkışı, Jhering düşüncesinde, baskının toplumsal örgütlenmesi ile gerçekleşir.⁹⁷⁴ Jhering'e göre devlet, ilkeleri hukuk tarafından tespit edilen bir düzen ve disipline bağlı olan baskı kuvvetini elinde bulunduran toplumdur.⁹⁷⁵ Daha kısaca, devlet, “baskının toplumsal örgütü” olarak

⁹⁶⁶ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Almandan Fransızca'ya çev. Georges Fardis, C. 2, Paris: M. Giard & É. Brière, 1913, ss. 17-71. Kavramların Fransızca asılları; territoire de l'État (devlet ülkesi), population de l'État (devlet nüfusu) ve pouvoir étatique (devlet kudreti) biçimindedir.

⁹⁶⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁶⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁶⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 107.

⁹⁷⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 72.

⁹⁷¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 107.

⁹⁷² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁷³ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, (üçüncü baskıdan) Almandan Fransızca'ya çev. Octave de Meulenaere, Paris: Marescq Aîné, 1901, s. 207.

⁹⁷⁴ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 207.

⁹⁷⁵ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 207.

tanımlanır.⁹⁷⁶ Jhering, devlet ile toplumun ayrılmasının kilit noktasının da, böylece, sosyal baskının kurulması olduğunu ortaya koyar.⁹⁷⁷

Jhering'e göre önemli bir fark da, toplum tüm insanlığı kucakladığı hâlde, devletin tüm evreni yönetmesinin gerekmeişindedir.⁹⁷⁸ Toplum evrenselken ve yeryüzünde sınır tanımazken; devletin eylemi ve egemenliği ise coğrafi olarak ülke toprağıyla sınırlıdır.⁹⁷⁹ Devletlerin sınırlarını genişletme arzularına rağmen topraklarının sınırlılığı bakidir.⁹⁸⁰ Hauriou, bu farkı, toplumun coğrafi sınırlarının hiçbir zaman devletinki kadar net olmaması olarak yorumlar.⁹⁸¹ Hauriou'ya göre toplum; ticaret ilişkileri, göç, dil, edebiyat gibi faktörlerle sürekli olarak siyasi sınırların ötesine yayılma eğilimindedir.⁹⁸² Örneğin Fransız toplumu, yazara göre, Fransız devletin sınırlarını kısmen de olsa aşar.⁹⁸³ Hauriou'ya göre bir farklılık da, devlet toplumun bağrında gelişiyor olsa da, toplumun asla devlet tarafından absorbe edilmeyecek olmasıdır.⁹⁸⁴ Toplum, devlet karşısında, az ya da çok bir direnme gösterecek ve devlet tarafından dönüştürülemeyecektir.⁹⁸⁵

Hauriou, yalnız devlet kavramının değil; nüfus, coğrafi habitat, dil, milliyet, bir arada olma iradesi gibi yakın kavramların ya da unsurların dahi toplum unsurundan ayrı düşünülmesi gerektiğini vurgular.⁹⁸⁶ Bu anlamda toplum, Jellinek'in devlet nüfusu unsurundan ayrılır. Jellinek'e göre, devlete mensup insanlar, bütünüyle, devlet nüfusunu, başka bir ifadeyle "halk"ı oluşturur.⁹⁸⁷ Jellinek, "halk" kavramını, egemen kavramının zıddı olarak, devletin üyelerinin bütünü anlamıyla kullanır.⁹⁸⁸

⁹⁷⁶ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 208.

⁹⁷⁷ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 208.

⁹⁷⁸ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 208.

⁹⁷⁹ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 208.

⁹⁸⁰ Rudolf von Jhering, *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, s. 208.

⁹⁸¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 6.

⁹⁸⁷ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 34.

⁹⁸⁸ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, ss. 34-35 (not 2).

Jellinek'in halk teorisinin bir başka yönü ise, Hauriou'nun toplum ve vatandaş teorisine yakındır. Halkın devlet yönetimiyle iki türlü ilişkisi, toplumun iki boyutunu karşımıza çıkarır. Jellinek'e göre halkın iki fonksiyonu vardır. İlkinde halk, “kamu gücü süjesi” olarak, devlete mensup bir grup teşkil eder, bu fonksiyon halkın “süje” niteliğidir.⁹⁸⁹ Öte yandan halk, buyurma gücünün bir sonucu olarak vardır ve devlet faaliyetinin bir “obje”sidir.⁹⁹⁰ Bireyler, devlet kudretinin objesi olarak pasif yükümlülöklere tabi iken; devletin üyesi süjeler olarak da aktif yükümlölöklere tabidirler.⁹⁹¹ Halk, kelimenin subjektif anlamıyla, devleti oluşturan ortakların topluluğudur. Yani hukuki olarak siyasi iktidara karşı belirli iddialarda bulunabilenlerdir. Devletin korporatif karakteri, subjektif kamu hukukuna dayanır.⁹⁹² Jellinek'e göre, devletin korporatif doğasından yola çıkıldığında, totolojik biçimde, nüfusun subjektif doğasına varılır.⁹⁹³ Yazar, devleti hükûmetten ibaret gören yahut devlette yalnız egemen ile onunla bağı olmayan pasif obje halk ya da bireyleri gören teorilerin, halkın subjektif niteliğini dikkate almadıkları için hatalı olduklarını savunur.⁹⁹⁴ Bu hatanın kaynağı, Jellinek'e göre, halkın subjektif niteliğine yalnız demokratik devletlerde ve onlarda dahi halkın yalnızca bir kısmının devlete aktif katılımı biçiminde rastlanıyor oluşudur.⁹⁹⁵

Hauriou'da ise, toplumda mevcut olan bu ikili ayrım, “süje” ve “vatandaş” arasındadır. Hauriou, devletin üyelerinin, devlet fikrinin süjeleri olduğunu ifade eder.⁹⁹⁶ Yazara göre bu tespit, “süje” kelimesine önemli bir anlam derinliğı kazandırır.⁹⁹⁷ Her uyruğun kendinde taşıdığı devlet fikrinin süjesi olma nedeni, devlet fikrinin risklerini ve sorumluluğunu üstlenmeleridir.⁹⁹⁸ Hauriou'ya göre, her süje, devlet teşebbüsünün birer hissedarı olarak görülebilir.⁹⁹⁹ Yazar, teorisinde, süjenin “teşebbüsün risklerine maruz kalması karşılığında hükûmeti kontrol ve hükûmete katılma hakkı kazanması” gerektiğinden, uzun vadede vatandaşlık niteliğini de haiz

⁹⁸⁹ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 34.

⁹⁹⁰ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 34.

⁹⁹¹ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 37.

⁹⁹² Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 38.

⁹⁹³ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 36.

⁹⁹⁴ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 35.

⁹⁹⁵ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, ss. 35-36.

⁹⁹⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, *Maurice Hauriou, Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, coll. Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 içinde, Paris: Bloud et Gay, 1933, s. 102.

⁹⁹⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 102.

⁹⁹⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 102.

⁹⁹⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 102.

olacağı sonucuna varır.¹⁰⁰⁰ Dolayısıyla Hauriou düşüncesinde “süje”, devlet fikrinin taşıyıcısıdır ve devlet teşebbüsünün risklerini üstlenir. “Vatandaş” ise, yönetime katılma hakkı ile birlikte hükûmeti denetleme yetkisine sahip olan aktif bir rol üstlenir. Hauriou’ya göre iki rol, aynı vatandaşın iki farklı rolüdür.¹⁰⁰¹ Ancak Hauriou’nun, fikrin taşıyıcılarının, (hükûmetin organlarıyla birlikte) “süjeler ve vatandaşlar” olduğunu ifade etmesinde olduğu gibi¹⁰⁰²; iki kavramı, bir arada bulunan iki ayrı grup olarak ele aldığı da görülür. En nihayetinde, pasif vatandaş devletin bir süjesi olarak alınır ve aktif vatandaş devlet hükûmetinin aktif bir üyesi olarak kabul edilir.¹⁰⁰³ Böylece, özü itibarıyla Jellinek’in ayırımına yakın olan bu ayırım, kavramsal olarak, “süje”nin, devletin aktif değil pasif rol üstlenen üyesi olmasıyla ondan ayrılır. Ek olarak, Hauriou’da “süje”nin, devletin meydana gelmesinde, Jellinek’in “obje”sinden daha fazla fonksiyonu bulunur.

Jellinek, süje ve obje arasında yaptığı ayırımı Rousseau’yu referans almasına¹⁰⁰⁴ karşın, Rousseau’da da “süje”, Hauriou’da olduğu gibi, devletin yalnız pasif role sahip üyelerini ifade eder.¹⁰⁰⁵ Rousseau’da ortaklar (*associés*), toplu olarak halk adını alır.¹⁰⁰⁶ Halkın her ortağının (*associé*) ise iki tür niteliği vardır. Bireyin “vatandaş” statüsü, devletin aktif üyesi olarak genel iradenin oluşumuna katılmasıyla tezahür eden niteliğidir, egemen otoriteye katılırlar.¹⁰⁰⁷ Bireyin “süje” niteliği ise, bu genel iradeye, dolayısıyla devletin kanunlarına tabidir.¹⁰⁰⁸ Böylece karşılıklı taahhüt içeren ortaklık işleminde, her sözleşmeci birey; bireylere karşı egemenin bir üyesi, egemene karşı ise devletin bir mensubu olarak yer alır.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 102.

¹⁰⁰¹ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, **Recueil de législation de Toulouse**, Seri 2, C. 8, Toulouse: Édouard Privat, 1912, s. 14.

¹⁰⁰² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 101.

¹⁰⁰³ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, **Recueil de législation de Toulouse**, Seri 2, C. 8, Toulouse: Édouard Privat, 1912, s. 14.

¹⁰⁰⁴ Georg Jellinek, **L’État moderne et son droit**, C. 2, 1913, s. 35.

¹⁰⁰⁵ “Süje” kelimesine ilişkin karşıtlık, kelimenin, Alman doktrininde, “subjektif haklara sahip olan” anlamıyla, “obje” kavramının zıddı olarak; dönemin Fransız doktrininde ise (özellikle Jean Bodin’in bu anlamda kullanımının etkisiyle) tebaiyet (*sujétion*) bağı ile bir “egemen otoriteye bağlı” olan, “tabi” anlamıyla kullanımının daha yaygın olmasından kaynaklanıyor görünmektedir. Fransızcada “süje (*sujet*)” kelimesi, devlet doktrinine geçmiş olan her iki anlamı da karşılar. (Bkz. “Académie française” Fransızca Sözlüğü (Dictionnaire de l’Académie française), 1.-9. baskılar, URL: <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S1844>.) Kelimenin modern Fransız doktrininde kullanımı ise, çoğunlukla, Bodin, Rousseau ve Hauriou’dan ziyade Jellinek’in kullandığı anlama yakındır.

¹⁰⁰⁶ Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, s. 31.

¹⁰⁰⁷ Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, s. 31.

¹⁰⁰⁸ Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, s. 31.

¹⁰⁰⁹ Jean-Jacques Rousseau, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, s. 32.

Bodin'in sje ve vatandaş ayırımının kavramsal çerçevesi ise Hauriou'nun ayırımına oldukça yakındır. Vatandaşı, başkasının egemenliğine bağlı olan "hr sje (*franc sujet*)" olarak tanımlayan Bodin'de vatandaş, devletin kökenidir.¹⁰¹⁰ Her vatandaş da, itaat zorunda olduğu yöneticinin kudretiyle özgürlüğünden bir nebze de olsa yoksun bırakıldığı için, "süje"dir.¹⁰¹¹ Sjeler, hükümdar ya da egemen derebeyinin koruması altında olup; karşılığında ona sadakat, tebaiyet, itaat, yardım ve destek borçlu olanlardır.¹⁰¹² Her vatandaş süjedir ancak her süje vatandaş değildir.¹⁰¹³ örneğin kölenin veya yabancının, devletin hak ve ayrıcalıklarında payı bulunmaz.¹⁰¹⁴ Bodin, süjelerin, egemenliğe bağlı olan kanuna itaat zorunda olduklarını; yönetenlerle olan karşılıklı sözleşmelerinde ise, iki tarafı karşılıklı olarak bağlayan ve karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşma söz konusu olduğundan, hükümdarın süje üzerinde hiçbir üstünlüğü olmadığını ifade eder.¹⁰¹⁵

Eski Yunan'da devletin yalnız zgr insanlarla ifade edilmesi de, özünde aynı temel fikre dayanır. Jellinek bu ortak fikri, devlet denilebilecek bir siyasi birlikten söz edilebilmesi için, hâkimiyet altında toplanan çok sayıda insanın, "halkın subjektif doğası"na sahip olması gereği olarak açıklar.¹⁰¹⁶ Jellinek, rnek olarak, Alman kolonileri veya korunan topraklarının ya da Orta ağ'da bir hükümdar veya feodal derebeyinin üzerinde haklara sahip olduğu toprakların bu unsuru karşılamadığını ortaya koyar.¹⁰¹⁷ çünkü halk, bir bütün olarak tek ve aynı süje olabilecek durumda değildir.¹⁰¹⁸ Bir köleler devletinde de, Jellinek'e göre, böyle bir bağlantı bulunmaz, hatta insanlar birbirlerinden bihaberdirler.¹⁰¹⁹ Jellinek, bu nedenle, Eski Yunan'da devletin zgr insan gruplarıyla sınırlanmasını doğru bulur.¹⁰²⁰ Eski Yunanlılar için, devlet işlerine katılmayanlar, kendi işleriyle meşgul olan yurttaşlar değil; yurttaşlık görevleri olan yasama, yargı ve yürütme faaliyetlerini ihmal ederek, sistemin

¹⁰¹⁰ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 50.

¹⁰¹¹ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 51.

¹⁰¹² Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 72.

¹⁰¹³ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 51.

¹⁰¹⁴ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 51.

¹⁰¹⁵ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, s. 134.

¹⁰¹⁶ Georg Jellinek, *L'tat moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 36.

¹⁰¹⁷ Georg Jellinek, *L'tat moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 36.

¹⁰¹⁸ Georg Jellinek, *L'tat moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 36.

¹⁰¹⁹ Georg Jellinek, *L'tat moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 37.

¹⁰²⁰ Georg Jellinek, *L'tat moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 37.

çökmesine kadar varacak bir tehlikeye kapı açan işe yaramaz kimselerdir.¹⁰²¹ Devlet işlerinde aktif rol üstlenmek, Eski Yunan anlayışında, yurttaşlık hakkıyla ve hatta yaşam ortamı olan site içerisinde yaşamakla eş görülürdü.¹⁰²²

Halkı oluşturan bireylerin, devlete olan katkılarına göre kategorilere ayrılmasının en katı görünümünden birine Platon düşüncesinde rastlanır. Platon’a göre, toplumun varlık nedeni, insanların kendine yetmeyerek eksikleri için başkalarına ihtiyaç duymasıdır.¹⁰²³ Toplum düzeni, böylece, yardımlaşma üzerine kurulu ortaklık yaşamıdır.¹⁰²⁴ Platon, “gerekli bir yalan”¹⁰²⁵ ve “yayılmasını kendi kaderine bıraktığı bir masal”¹⁰²⁶ olarak nitelediği toplumun üç sınıfı teorisini ortaya atar. Buna göre tanrının yaratırken mayasına altın kattığı bir “önder” sınıfı, mayasına gümüş kattığı bir “yardımcı” sınıfı ve mayasına demir ve tunç kattığı bir “çiftçiler ve işçiler” sınıfı vardır.¹⁰²⁷ Platon, mayasına demir ya da tunç katışık olanların önderlik edeceği gün şehrin yok olacağını tanrı buyruğu olarak kabul eder.¹⁰²⁸ Platon fikrinde doğuştan gelen bu ayrım, yetenek ve liyakatten ziyade kast sisteminin eşitsizliğine dayanan bir oligarşi fikridir.¹⁰²⁹ Toplumda iş bölümüne uyulması, Platon’a göre, devletin ilkeleri olan ölçü, yiğitlik ve bilgelik kadar önemlidir ve doğruluğun göstergesidir.¹⁰³⁰ Sınıfların kendi işleri yerine başka sınıfların işlerine karışması ise, en büyük suçtur ve toplumdaki eğriliği gösterir.¹⁰³¹

Aristoteles, Platon devletinin bazı belirsizlikler içerdiğini, örneğin yönetici olmaması gereken üçüncü tür sınıfın yönetimde az da olsa bir paylarının olup olmayacağını sorusunun tespit edilmediğini belirtir.¹⁰³² Yönetime katılma meselesini açıklığa kavuşturmak isteyen Aristoteles, yönetime katılım için, mülkiyet ve özgür

¹⁰²¹ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, altıncı baskı, İstanbul: On İki Levha (yayın n° 450), Ağustos 2019, s. 103

¹⁰²² Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, ss. 103-104.

¹⁰²³ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, Eski Yunancadan Türkçeye çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, otuz dördüncü baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları (koleksiyon: Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi), Ekim 2017, ss. 54-55 (369 b-c).

¹⁰²⁴ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 55 (369 c).

¹⁰²⁵ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 110 (414 c).

¹⁰²⁶ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 111 (415 d).

¹⁰²⁷ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 111 (415 a).

¹⁰²⁸ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 111 (415 c).

¹⁰²⁹ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 115.

¹⁰³⁰ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 132 (433 d-e).

¹⁰³¹ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 133 (434 c).

¹⁰³² Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, Eski Yunancadan Türkçeye çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi (koleksiyon: Büyük Fikir Kitapları Dizisi), 1975, s. 41.

doğum ölçütlerini ortaya koyar.¹⁰³³ Yönetime katılmayan veya buna vakit ayırmayanlar, yalnız yol gösterici yasaları takip ederler.¹⁰³⁴ Yönetime katılmanın bir faktörü de devletin geliridir, çünkü gelir, yurttaşlara verilecek ödeneği etkiler.¹⁰³⁵ Ödenek, mülkiyetsiz sınıfın da devletin yasal ve yönetsel işlerine katılmasını mümkün kılarak katılım imkânını yurttaşlarının tümüne yayar.¹⁰³⁶ Yönetimin görevlerine; Aristoteles'e göre, "aristokrasilerde iyi eğitilmişler, oligarşilerde zenginler, demokrasilerde özgür doğumlular" atanır.¹⁰³⁷ Aristoteles, ayrıca, köleler üstünde kurulan bir egemenlikle özgür insanlar üstünde kurulan bir egemenliğin aynı olamayacağını açıklar.¹⁰³⁸ Bir köleye buyruklar veren despotlukta bir erdem ya da soyluluk yoktur.¹⁰³⁹ Buyurma gücü ve eylemleri ise her zaman despotluk anlamına gelmez.¹⁰⁴⁰ Aristoteles'e göre, despotça yönetim dışında bir de "siyasal (veya anayasal) yönetim" olarak adlandırılan yönetim ve egemenlik türü vardır ki bu, doğuştan özgür ve eşit insanlar arasında olmalıdır.¹⁰⁴¹

Aristoteles, yönetime ilişkin tespitlerini ortaya koyduktan sonra, temel sorun olarak ortaya koyduğu, devlet yönetimine katılma hak ve imkânına sahip olmayan işçilerin yurttaş sayılıp sayılamayacağı meselesine çözüm arar.¹⁰⁴² Bu kimseler, Aristoteles'e göre, yabancı ya da gezgin de sayılamayacaklarına göre, ilk bakışta, yurttaş olarak düşünülür.¹⁰⁴³ Ancak yönetimden pay almayanları da yurttaş saymak, devletin "her yurttaşın iyiliği" hedefine uymadığı anlamına gelir.¹⁰⁴⁴ Aristoteles, köleler ve azatlıların yurttaş olmadığı, çocukların ise koşullu anlamda yurttaş sayıldığı belirlemesini yapar.¹⁰⁴⁵ Ancak Aristoteles'e göre, işçilerin ve ücretli çalışanların durumu daha karışıktır. En nihayetinde, Aristoteles, farklı yurttaş türlerinin olması gerektiğini savunur.¹⁰⁴⁶ Buna göre, farklı yönetim biçimlerinde, liyakat, yetenek, mal mülk sahipliği, ticaretle bağı olmama, yabancı veya köle üstsoylara sahip olmama gibi

¹⁰³³ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, ss. 119-120.

¹⁰³⁴ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 119.

¹⁰³⁵ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 120.

¹⁰³⁶ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 120.

¹⁰³⁷ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 137.

¹⁰³⁸ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 201.

¹⁰³⁹ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 201.

¹⁰⁴⁰ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 201.

¹⁰⁴¹ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 76.

¹⁰⁴² Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 77.

¹⁰⁴³ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 77.

¹⁰⁴⁴ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 77.

¹⁰⁴⁵ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 77.

¹⁰⁴⁶ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 77.

farklı yurttaşlık şartları aranabilir.¹⁰⁴⁷ Ancak “tam anlamıyla yurttaş”, ancak yönetimin ayrıcalıklarında payı olanlar olacaktır.¹⁰⁴⁸ Zira Aristoteles’e göre, toplumdaki yeri yönetim ayrıcalıklarından pay sahibi olmasına yetmeyen kişinin, yabancından farkı olmaz.¹⁰⁴⁹

Hugo Grotius’a göre ise, herkes tarafından tercih edebilir.¹⁰⁵⁰ Aristoteles’in ortaya koyduğu, kölelik için doğmuş olmaktan ya da daha genel ifadesiyle boyun eğmeye yetenekli olmaktan kaynaklanan kölelik, Grotius’a göre, sebeplerden yalnızca biridir.¹⁰⁵¹ Özgür bir halk da, kendisine yönetimde hiç hak tanımayarak, yönetici ya da yöneticilerin tam bir tahakkümünü kabul ederek köle olabilir.¹⁰⁵² Ancak Grotius, her yönetim biçiminin birtakım dezavantajları olduğunu, her iyinin yanında kötü yanların da söz konusu olabileceğini; dolayısıyla bu örneğin olağan bir yönetim olduğunu savunur.¹⁰⁵³ Yöneticilerin yetkilerinin kapsamı da, halkın, yaşayış biçimi seçmek kadar özgür bir seçim olan hükûmet biçimi seçme iradesine bağlıdır.¹⁰⁵⁴

Böylece, toplumu oluşturan bireylerin, devlet iradesine katılan ve ona boyun eğen ayrımı, Eski Yunan’dan bu yana bir tür genel kabul görmüştür. Hauriou da bu yaklaşımdan ayrılmamıştır. O hâlde, toplumun temel belirleyicisi, “ulusal irade” olarak karşımıza çıkar. Hauriou’ya göre, hukuk kişisi, gerçek bireyin temsilinden ibaret olup, bireyin bir unsuru olan bilinçli iradeye dayanır.¹⁰⁵⁵ Devletin manevi kişiliği de, kendi hâkimiyet kudretlerini yürüttüğü sürece ulusal iradeye dayanabilir.¹⁰⁵⁶ Hauriou, bu bakış açısıyla devleti, “bir ulusun, sivil rejimin oluşturulması amacıyla gerçekleştirilen; ulus unsurlarının siyasi, ekonomik ve hukuki merkezileştirilmesinden kaynaklanan hukuki kişileşmesi” olarak tanımlar.¹⁰⁵⁷ Ancak

¹⁰⁴⁷ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, ss. 77-78.

¹⁰⁴⁸ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 78.

¹⁰⁴⁹ Aristoteles, **Politika** (M. Ö. 330-323), çev. Mete Tunçay, s. 78.

¹⁰⁵⁰ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, Latince’den Türkçeye çev. Seha L. Meray, Ankara: AÜSBF Yayınları (koleksiyon: Seçmeler), n° 222-204, 1967, s. 31.

¹⁰⁵¹ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, s. 32.

¹⁰⁵² Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, s. 31.

¹⁰⁵³ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, ss. 31-32.

¹⁰⁵⁴ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, s. 32.

¹⁰⁵⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹⁰⁵⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹⁰⁵⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 304.

Hauriou'ya göre, devletin, hukuk süjesi olarak, bir irade ve manevi kişilik olmasının yanı sıra, bir yaşam ortamı da olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır.¹⁰⁵⁸

Hauriou'da devlet, keyfîlik ve salt kuvvet ürünü olmayıp, ulusun iradesinin ifadesidir ve geleneksel rızaya dayanır.¹⁰⁵⁹ Kuvvet, yalnızca, egemenliğin, yürütmeyi sağlamaya özgülennmiş bir unsurudur.¹⁰⁶⁰ Ancak egemenliğin, pasif ve aktif ulusal irade biçiminde iki esas unsuru daha vardır. Bu iki unsur, ulusal iradenin iki biçimi olup, aktif ve pasif vatandaş ayrımının da kaynağını teşkil eder. Pasif ulusal irade, “genel irade” olarak adlandırılan, basit ve homojen bir birlik teşkil eden iradedir.¹⁰⁶¹ Aktif ulusal irade ise, “seçim iradesi” olarak tezahür eden, özünde hükûmetin yetkileri bütününden ibaret olan buyurucu iradedir ve genel iradenin seçim rejimi ile temsilini içerir.¹⁰⁶² Onun birliği ise, kendilerine has genel irade temsillerine sahip olan çeşitli hükûmet güçlerini bir araya getirmesiyle, organik ve kompozit bir birliktir.¹⁰⁶³ Esasında aynı iradenin iki biçimi olan pasif ve aktif ulusal irade, birbirini takip eder.¹⁰⁶⁴

Hauriou'ya göre Fransız Devrimi ile ortaya çıkan klasik doktrin seçim iradesini ulusun genel iradesiyle, genel iradeyi ise ulusal egemenlikle özdeşleştirdiği için; teorisyenler, ulusal iradenin gerçek ikili ayrımını fark edememişlerdir.¹⁰⁶⁵ Hauriou'ya göre, klasik doktrinin kamu hukukunda uzun süre kabul gören anlayışında, ulusal egemenlik, devlet egemenliği ile karıştırıldığı için bölünemez kabul edilir.¹⁰⁶⁶ Hauriou'ya göre ise genel irade, Fransız süjelerin hepsini ilgilendirirken, buyurucu ulusal irade, ulusun yalnız bir kısmını, seçmen birliği, parlamenter ve idari birlikleri ilgilendirir.¹⁰⁶⁷ Hauriou, seçmenin bir hükûmet organı olarak görülmesine karşın, ulusun boyun eğen süje (*sujette*) durumunun da bu ayırmadan kaynaklandığını ifade eder.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁵⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, ss. 5-6.

¹⁰⁵⁹ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 41.

¹⁰⁶⁰ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 16.

¹⁰⁶¹ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 15.

¹⁰⁶² Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 15.

¹⁰⁶³ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 15.

¹⁰⁶⁴ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 15.

¹⁰⁶⁵ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 8 ve ss. 15-16.

¹⁰⁶⁶ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 8.

¹⁰⁶⁷ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 16.

¹⁰⁶⁸ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 16.

Hauriou düşüncesinde ulusal egemenlik teorisi ile devlet egemenliği teorisi arasında bakış açısı farkı vardır.¹⁰⁶⁹ Ulusal egemenlik teorisinde, Hauriou'ya göre, hükûmet kudretleri, genel iradenin bağlanma gücü, kuvvetlerin bileşimi ile kompozit bir birlik oluşturmayı başaran çok sayıda ve aynı hedefe yönelik (yakınsak) kudretler söz konusudur.¹⁰⁷⁰ Devlet egemenliği teorisi ise hem temelinde hem uygulamasında basit ve bölünemez bir kudreti ele alır.¹⁰⁷¹ Devlet egemenliği teorisinde egemenlik, ulusal egemenlik gibi yalnız ulusal kuruma eklenen objektif bir kuvvet değil; bir hukuk süjesine bağlı subjektif bir kudrettir.¹⁰⁷² Devlet egemenliği, böylece, ulusal egemenliği takip eder.¹⁰⁷³

Genel irade teorisi, kamu yararı ya da ortak iyi amacına ulaşılması için takip edilmesi gerekli yolu ortaya koyar. Aquino'lu Thomas çok sayıda kimseyi evrensel iyiye, ortak iyiye yöneltmek için lidere ihtiyaç duyulduğunu savunur.¹⁰⁷⁴ Jellinek, genel irade gerekliliğini; çok sayıda insan aynı hedefi takip ettiğinde, bu amaca ulaşmak için yöneten, yol gösteren bir önder iradeye ihtiyaç duyulması şeklinde açıklar.¹⁰⁷⁵ Duguit ise, klasik egemenlik teorisinde, yönetenlere özel bir irade tanınmasıyla, bazı bireylerin iradesinin diğerlerinden üstün görülmesini savunulamaz bulur.¹⁰⁷⁶ Duguit'ye göre bu formül, pozitif bilim için kabul edilemez bir metafizik düzenden ibarettir.¹⁰⁷⁷ Duguit'ye göre yönetenlerin iradesinin devletin bir unsuru olmasının tek nedeni yönetenlerin daha büyük bir kuvvetle donatılmış olmasıdır.¹⁰⁷⁸

Hauriou'nun toplum unsurunu, devletin insan nüfusu, habitat birliği ya da dil ve milliyet gibi objektif veya bir arada olma iradesi gibi subjektif niteliklerden ayırma nedeni, topluma çok yönlü bir perspektiften bakması nedeniyledir. Hauriou, siyasi bakış açısıyla seçim iradesine, sosyolojik bakış açısıyla birlikte yaşama isteğine de toplumun dinamikleri arasında yer verir. Ancak toplumu oluşturan süjelerin,

¹⁰⁶⁹ Maurice Hauriou, "La souveraineté nationale", s. 147.

¹⁰⁷⁰ Maurice Hauriou, "La souveraineté nationale", s. 147.

¹⁰⁷¹ Maurice Hauriou, "La souveraineté nationale", s. 147.

¹⁰⁷² Maurice Hauriou, "La souveraineté nationale", s. 147.

¹⁰⁷³ Maurice Hauriou, "La souveraineté nationale", s. 147.

¹⁰⁷⁴ Aquino'lu Aziz Thomas (Saint Thomas d'Aquin), **Somme théologique (1485)**, C. 1, Paris: Cerf (koleksiyon: Œuvres Thomas d'Aquin), 1984, soru 105, madde 4, URL: <http://docteurangelique.free.fr/livresformatweb/sommes/1sometheologique1apars.htm>, son erişim tarihi: 17 Mayıs 2020.

¹⁰⁷⁵ Georg Jellinek, **L'État moderne et son droit**, Almandan Fransızcaya çev. Georges Fardis, C. 2, Paris: M. Giard et É. Brière, 1913, s. 61.

¹⁰⁷⁶ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 3.

¹⁰⁷⁷ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 3.

¹⁰⁷⁸ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 3.

teşebbüsün risklerini üstlenme ve devlet fikrini, devlet organlarıyla birlikte taşıma niteliği, bireylerin “iş birliği” içinde olmaları fikrinden doğar. İş birliği fikri ise Hauriou’da, sosyolojik dayanışma temeline değil, idare hukukunda mevcut dayanışma gereksinimine dayanır ve esasını “idari faaliyette iş birliği” oluşturur. Hauriou, idare hukukunda kamu gücünün hareket hâli olan “yönetim yolu”nda, bireylerin, kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi hedefi ve kamu yararı amacıyla, bireylerin iş birliği fikrine ulaşır. Hauriou, bu iş birliğinin niteliğini ararken “toplum” fikrine ulaşmıştır.¹⁰⁷⁹ Toplumsal yaşamı ise, Hauriou, “yaşam ortamı” olarak ele alır ve bu ortamı, devletin, genel kamu hukuku tezahürü olarak değerlendirir.

Genel yönlendirici irade yaklaşımıyla hükûmetin misyonu gerek devlet organlarını gerekse toplumu kamu yararı amacına yönlendirmek olarak kabul edilir. Bu nedenle hükûmet, hâkimiyet kudretini kullanma yetkileriyle ile donatılır. Toplumun devlete dönüşmesi, hâkimiyet kudreti yoluyla olacaktır. Jhering’in ifadesiyle, “devlet, baskı kudretini kullanan toplumdur; bu kudreti yürütmek için, devlet şeklini alır.”¹⁰⁸⁰ Adhémar Esmein ise ulusun, bir toplumda bireysel iradelerden daha üstün bir otorite olarak egemenliğin varlığı ile hukuken meydana gelebileceğini ifade eder.¹⁰⁸¹ Max Weber’e göre de devlet, belirli bir bölge üzerinde, meşru fiziksel şiddet tekeli dayatmayı başaran insan topluluğu olarak tanımlanır.¹⁰⁸² Pierre Bourdieu’nün sembolik kudret (*pouvoir symbolique*) teorisinde de; bir sınıfın diğeri üstündeki hâkimiyetini ifade eden “sembolik şiddet”¹⁰⁸³ ve devletin dayatma, hatta aşılama kudreti olarak, “meşru sembolik şiddet tekeli”¹⁰⁸⁴ karşımıza çıkar. Hauriou’nun teorisinde, devletin toplum unsuruna eklenen bu tahakküm ve kuvvet niteliği, hâkimiyet kudreti kavramıyla açıklanır.

¹⁰⁷⁹ Maurice Hauriou, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, s. 7-8.

¹⁰⁸⁰ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 208.

¹⁰⁸¹ Adhémar Esmein, **Éléments de droit constitutionnel français et comparé**, s. 1.

¹⁰⁸² Max Weber, **Le savant et le politique**, Almancadan Fransızcaya çev. Catherine Colliot-Thélène, Paris: La découverte (koleksiyon: Poche / Sciences humaines et sociales), 2003, s. 118.

¹⁰⁸³ Pierre Bourdieu, “Sur le pouvoir symbolique”, **Annales. Economies, sociétés, civilisation**, yıl 32, n° 3, 1977, s. 408.

¹⁰⁸⁴ Pierre Bourdieu, “Sur le pouvoir symbolique”, s. 409.

B) Hâkimiyet Kudreti Unsuru ve Egemenliğin Denge Sistemi

Devletin unsurlarından ikincisi, Hauriou'ya göre, “topluluğun kendi kudreti olarak yürüttüğü, özgür insanlar üzerinde hâkimiyet kudreti”dir.¹⁰⁸⁵ Hâkimiyet kudretinin tanımını ise Hauriou, “emir ve baskı yoluyla bir halkı, düzende tutarak, olaylar aracılığıyla yönlendirmek amacıyla merkezileştiren toplumsal güç” olarak yapar.¹⁰⁸⁶ Hauriou'ya göre, hâkimiyet kudretinin, özel bir yöneticiler sınıfı adına değil, tüm topluluk adına yürütüldüğü izlenimi önemlidir.¹⁰⁸⁷ Topluluk, bu kudretin uygulayıcısı olarak kişileşir.¹⁰⁸⁸ Devletin, devlet teorisinde ele alınan biçimi, kişi niteliği kazandığı biçimdir.¹⁰⁸⁹ Devletin kendi hâkimiyet kudretinin varlığı, yasayı müzakere etmekten sorumlu bir meclisin örgütlenmesiyle tam olarak ortaya çıkar, çünkü müzakere yetkisi karar verme kudretinin göstergesidir.¹⁰⁹⁰

Hauriou'nun devlet kavramı, devleti, salt egemenlik ya da kendi hâkimiyet kudreti unsuruna indirgeyen monist nitelikli tanımlardan, çok unsurlu olmasıyla ayrılır.¹⁰⁹¹ Dahası, hâkimiyet kudreti unsuru, Hauriou düşüncesinde, devletin unsurları arasında bir üstünlük de arz etmez. Üç unsur çatışan ve fakat birbirini dengeleyen unsurlardır.¹⁰⁹² Hauriou'ya göre hâkimiyet kudreti, “sosyal ortam”ın hizmetinde ve “yasal ülke”nin kontrolünde olduğu ölçüde devlet, daha mükemmel bir biçime kavuşacaktır.¹⁰⁹³ Hauriou böylece, hâkimiyet kudretine iki taraflı bir kısıtlama getirir. Bir yandan yasal ülkenin kontrolü ile bu kudretin bir başka unsura tabi olması söz

¹⁰⁸⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 6.

¹⁰⁸⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 19.

¹⁰⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 6.

¹⁰⁸⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 6.

¹⁰⁸⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 6.

¹⁰⁹⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹⁰⁹¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹⁰⁹² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹⁰⁹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

konusu olacaktır.¹⁰⁹⁴ Öte yandan, devletin amacı olarak belirlenmiş olan “sosyal ortamın iyileştirilmesi”, hâkimiyet unsurunu da bağlayacaktır.¹⁰⁹⁵

Hauriou’ya göre egemenlik kavramına gerçeklikle bağdaşmayacak ölçüde değer verilmesi hatalı sonuçlara götüren bir tehlike teşkil eder. Devlet konusunun özellikle Fransa’da düşünülenenden daha karmaşık olduğunu ifade eden Hauriou, konuya ihtiyatla yaklaşılması gerektiğinin altını çizer.¹⁰⁹⁶ Yazara göre, devlete yanlış pencerelerden bakarak hataya düşen üç temel yaklaşım vardır. Bunlardan ilki, Hauriou’nun bireyci devlet teorisyenleri ile ayrıldığı nüansı da içeren eğilimdir.¹⁰⁹⁷ Devleti salt bir kamusal organizma (*organisme public*) olarak gören bu anlayış, devletin “yaşam ortamı” ya da “yaşam rejimi” olma niteliğini dikkate almaz.¹⁰⁹⁸ Hauriou’nun tehlikeli gördüğü bir diğer eğilim, devlete mutlak bir değer vermektir.¹⁰⁹⁹ Yazara göre devlet; var oluşunun nedenleri, iyi işleyişini sağlayacak koşullara sahipliği ve türüne göre değerlendirilmesi gereken bir kurum olarak, ancak rölatif bir değerdir.¹¹⁰⁰ Anakronik siyasi formlara göre gelişmiş olsa da; fikirlere dayanmasının neden olduğu hassaslık ve istikrarsızlık içinde denge sağlamaya çalışır ve yozlaşmaya açıktır.¹¹⁰¹ Son olarak; kaçınılması gereken mühim bir tehlike de, devlet kavramını ifade etmede egemenlik unsuruna birincil önemi vermektir.¹¹⁰² Egemenlik, Hauriou’ya göre, birincil öneme sahip olmadığı gibi, mutlak da değildir. Hukuka tabi ve neredeyse özgürlük kadar görecelidir.¹¹⁰³

Hauriou’ya göre devlet egemenliği; “devletin, siyasi özgürlük lehine kendi üzerinde bir otolimitasyon uygulamak için, kendi biçimleri ve kendi erklerinin iç

¹⁰⁹⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹⁰⁹⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹⁰⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 3.

¹⁰⁹⁷ Maurice Hauriou, “Le régime d’État”, s. 565.

¹⁰⁹⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹⁰⁹⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 3.

¹¹⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 3.

¹¹⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 3.

¹¹⁰² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹¹⁰³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 86.

ayrımlarıyla, ademimerkeziyetçi ve dengeli bir iradede örgütlenen hâkimiyet kudretidir”.¹¹⁰⁴ Böylece “hâkimiyet kudreti” olarak tanımına kavuşan devlet egemenliği, bir yandan bir zorlayıcı baskı kuvveti, hatta “baskıların baskısı”¹¹⁰⁵; öte yandan bir yetki ya da “yetkinin yetkisi” olarak görünür.¹¹⁰⁶ En nihayetinde egemenlik, Hauriou’ya göre, “*suprema potestas*”tır.¹¹⁰⁷ Ulusa ait olmakla birlikte, devredilemez ve bölünemez bir hukuki kudrettir.¹¹⁰⁸

Kamu hukuku doktrininin uzun yıllardır kabul ettiği temel tanım da egemenliğin devlet için baskın ve/veya üstün güç olma niteliğini vurgular. Jean Bodin’e göre, egemenler, hiçbir surette başkasının buyruklarına tabi olmamaları, süjelere yasayı verebilmeleri ve gereksiz yasaları hükümsüz kılıp yenilemeleri gerekir. Bunu ise kanunlara boyun eğen ya da kendisine hükmedilen kimseler yapamaz. Bu nedenle egemen, yasalardan muaftır.¹¹⁰⁹ Yine de egemenin mutlak gücü, tanrının ve doğanın kanunlarına uzanmaz.¹¹¹⁰ Charles Loyseau da “egemenlik, devlete varlık veren biçimdir” der.¹¹¹¹ Loyseau’ya göre, devlet ile egemenlik, somut ve soyut bakımlardan bir aradadır.¹¹¹² Somut anlamda devlet ve egemenlik eş anlamlı olarak ele alınır ve devlet, egemen olarak adlandırılır.¹¹¹³ Çünkü egemenlik, devletlerin varacağı son radde ve devirdir.¹¹¹⁴ Soyut anlamda ise, her derebeylik bir dirliğe (*fief*) veya yurtluğa (*domaine*) bağlı olduğundan; egemenlik, devlete, krallığa veya cumhuriyete bağlıdır.¹¹¹⁵ Hugo Grotius ise egemen gücü, “eylemleri bir başkasının denetimine bağlı olmayan, yaptıkları bir başkasının iradesiyle geçersiz kılınamayan güç” olarak tanımlar.¹¹¹⁶ Hauriou dönemi kamu hukuku doktrininde de bu tanım geçerliliğini korumuştur. Nitekim çağdaşı Adhémar Esmein da egemenliği, “yönettiği ilişkiler açısından doğal olarak herhangi bir üstün veya rakip gücü tanımayan otorite” olarak

¹¹⁰⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁰⁵ Georg Jellinek’in, devlet gücüne ilişkin, “baskı kudreti” ve “baskı gücü olmayan kudret (basit kudret)” ikili ayrımı ile krş. Georg Jellinek, **L’État moderne et son droit**, C. 2, 1913, s. 61.

¹¹⁰⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁰⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, birinci baskının (1910) yeniden basımı, Paris: Dalloz, 2010, s. 417.

¹¹⁰⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, birinci baskının (1910) yeniden basımı, 2010, s. 417.

¹¹⁰⁹ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 132.

¹¹¹⁰ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 133.

¹¹¹¹ Charles Loyseau, **Traite des seigneuries**, üçüncü baskı, Paris: Abel l’Angelier, 1610, s. 15.

¹¹¹² Charles Loyseau, **Traite des seigneuries**, s. 15.

¹¹¹³ Charles Loyseau, **Traite des seigneuries**, s. 15.

¹¹¹⁴ Charles Loyseau, **Traite des seigneuries**, s. 15.

¹¹¹⁵ Charles Loyseau, **Traite des seigneuries**, s. 15.

¹¹¹⁶ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, s. 30.

tanımlamıştır.¹¹¹⁷ Aynı şekilde Georg Jellinek, devletin temel niteliği olarak gördüğü devlet kudretini; başka bir otoriteden kaynaklanmayan, kendi kudreti nispetinde ve kendi hakkına göre bir buyurma kudreti olarak tanımlar.¹¹¹⁸ Öte yandan, egemenlik kudreti sınırsız değildir. Her şeyden önce, kendi üzerinde, siyasi özgürlükler lehine bir otolimitasyon kurar.¹¹¹⁹ Daha sonra, bu otolimitasyonu uygulamak üzere organize olur.¹¹²⁰ Bu organizasyon, otolimitasyonun, soyut bir özgür irade ifadesi değil, somut ve siyasi kurumlar olarak ortaya çıkan mekanizmalar olarak tezahürünü sağlar.¹¹²¹

Fiilî gerçekliklerin kuramsallaştırılmasının olması gerekenden çok daha fazla vakit aldığını savunan Hauriou'ya göre, egemenlik teorisi de aynı nedenle kurulması çok gecikmiş bir teoridir. Hauriou, Fransa'da ulusal egemenliğin kurulmasından sonra bir asır geçmesine karşın teorinin kurulmamış olduğunu ifade eder.¹¹²² Bunun sebebi Hauriou'ya göre, egemenlik ve devlet karşıtı yazarların iddia ettiği gibi¹¹²³ egemenlik kavramının gerçekte var olmaması değil; sosyal sistemlere ait hukuk teorilerinin, sistemlerin pratikte tamamlanmasından uzun süreler sonra ancak geliştirilebilmesidir.¹¹²⁴ Zira Hauriou'ya göre “teori”, tıpkı adalet gibi aksaktır.¹¹²⁵

Hauriou, devletin kurulmasında iki tür sentez bulunduğunu düşünür.¹¹²⁶ İlki, hem cismani hem de kompozit bir sentez olan, ulusal kurumdur.¹¹²⁷ İkincisi ise, cismani olmayan ve bölünmez, parçalara ayrıştırılmaz bir sentez olan manevi ve hukuki kişiliktir.¹¹²⁸ Devlet, bu iki sentezle bir yandan bir kurumlar bütünü, öte yandan eylem kudretine sahip bir organizma olarak karşımıza çıkar.¹¹²⁹ Hauriou'ya göre bu kudret egemenliktir ve ulusta bulunduğu da ulusal egemenlik olarak

¹¹¹⁷ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 1.

¹¹¹⁸ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, ss. 147-148.

¹¹¹⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹²⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 617.

¹¹²¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 617.

¹¹²² Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 2.

¹¹²³ Bkz. örneğin, Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923. Duguit'ye göre, tüm devletlerin başlıca unsuru, egemenlik değil ve fakat maddi veya manevi olarak tezahür edebilecek olan, “en büyük kuvvet”tir ve bu kuvvet her zaman (manevi olduğunda dahi) bir baskı gücünü karşılar. (s. 3) “Hükûmetlerin varlığı, her toplumda güçlüler ve zayıflar arasında doğal olarak meydana gelen farklılaşmanın sonucudur.” (s. 35)

¹¹²⁴ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 3.

¹¹²⁵ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 3.

¹¹²⁶ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 7.

¹¹²⁷ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 7.

¹¹²⁸ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 7.

¹¹²⁹ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 1.

adlandırılır.¹¹³⁰ Hauriou, demokratik özgürlüğü sağlamak adına bir arada bulunan iki tür egemenlik tanımlar. Bunlardan biri ulusa, hükûmet kurumlarının mülkiyetini ve hükûmet yetkilerini sağlayan “ulusal egemenlik”; diğeri ise vatandaşların hükûmete katılımını sağlayan “bireysel egemenlik”tir.¹¹³¹ Bu egemenliklerden ilki organik, ikincisi temsilî egemenliktir. Organik egemenlik ulusta bir organizma olarak bulunurken; temsilî dayanışmaya dayanan temsilî egemenlik ise, birlik olarak ele alınan birbirine benzeyen insanlarda, bireylerden ziyade kişilerde bulunur.¹¹³² Hauriou, temsilî egemenliğin, modern demokrasilerde yasama yoluyla kurulduğunu; organik egemenliğin ise, yasallığın çatlaklarından gün ışığına kendi kendine çıktığının düşünüldüğünü ifade eder.¹¹³³

İlk egemenlik türü olan ulusal egemenlik, bir kolektivite olarak kabul edilen ulusa aittir ve ulus, bu egemenliğe ait yararlanmayı kendinde tutarak, yürütülmesini temsilî kurumlara devreder.¹¹³⁴ Hauriou, karmaşık olan ulusal egemenlik sorununun çözümünün titiz bir gözlem yöntemiyle yapılması gerektiğini belirtir. Zira yazara göre, bu sorun, modern devletin tüm meselesi de değilse de önemli yarısını teşkil eder.¹¹³⁵ Bunun için öncelikle, hukukun genel sisteminin basmakalıp fikirlerinden uzaklaşılmalıdır.¹¹³⁶ Uygulanmasına ilişkin gözlemler dikkate alınmalıdır.¹¹³⁷ Özdeş olmayan olgu ve olaylar ayırt edilmeli ve uygun sınıflandırmalar yapılmalıdır.¹¹³⁸ Son olarak egemenliğe ilişkin sentezler doğru yapılmalı ve birbirinden ayırt edilmelidir.¹¹³⁹

İkinci egemenlik türü olan bireysel egemenlik ise, süje-vatandaşa özgü bir hak olup, seçmen vatandaşlar ile seçilmiş politikacıların temsilî kurumların işleyişine

¹¹³⁰ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 1.

¹¹³¹ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹³² Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 97.

¹¹³³ Maurice Hauriou, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, s. 97.

¹¹³⁴ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 55. Hauriou’da egemenliğin yararlanma hakkı ile yürütülmesine dair yetkilerin ayrımı, Hugo Grotius’un gücün taşıyıcılarına dair ikili ayrıma yakındır. Grotius’a göre, her gücün biri ortaklaşa, öteki gerçek ya da özel denilebilecek iki taşıyıcısı vardır. Görme duyusu örneğinde, Grotius, insanda gövdenin bu duyunun ortaklaşa taşıyıcısı, gözün ise özel taşıyıcı olduğunu belirtir. Egemenliğin ise ortak taşıyıcısı devlet, özel taşıyıcısı ise, bir ya da birden fazla kimsedir. Ulusun yasaları ve göreneklerine bağlı olarak egemenlik her zaman halkta bulunmadığı için, yetkilerini kötüye kullanan yöneticiler de her zaman halk tarafından kınama ya da ceza ile karşılaşmaz. (Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, çev. Seha L. Meray, ss. 30-31)

¹¹³⁵ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 1.

¹¹³⁶ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 4.

¹¹³⁷ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 5.

¹¹³⁸ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 6.

¹¹³⁹ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 7.

katılımını sağlar.¹¹⁴⁰ Hauriou'ya göre bu egemenlik biçimlerinin, temsili, doğrudan veya yarı doğrudan hükûmetlerde karşımıza çıkmasında bir engel bulunmaz.¹¹⁴¹ Ön kabul olarak alınacak olan yalnızca, ulusal egemenliğin demokrasiyi varsaydığıdır.¹¹⁴² Ne var ki Fransa'da, on yedinci yüzyıldan on sekizinci yüzyıla kadar, aristokrasiden demokrasiye geçiş, mutlak monarşi sayesinde olmuştur. Ancak Hauriou, bu geçişi de, mutlak iktidarın sınıfları eşitlemesi ile aydınlanmanın yayılması ve halkın servet artışından payını alması nedenlerine bağlar.¹¹⁴³ Hauriou'ya göre bireysel egemenlik, özünde, bir sınırlama değil, özgürlüktür ve asıl kullanım amacı organik despotizmi engellemektir.¹¹⁴⁴ Yalnız oy hakkı ve bireysel egemenlik adına hareket eden seçmen kitlesinin, herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmayacağı öngörülür.¹¹⁴⁵ Hauriou'ya göre, eğer bir seçim rejiminde, salt çoğunlukta olduğu gibi, kısıtlama kaymaları varsa, sebebi ancak organikçi niteliğidir.¹¹⁴⁶

Temsili egemenlik, insanların ideal temsillerine dayanır ve seçim sistemi üzerinden bireysel egemenlik ile bireysel oy hakkının varlığını ortaya koyar.¹¹⁴⁷ Hauriou'ya göre, egemen seçmen kitlesi (*corps électoral*), “kolektif varlık” değil, “kolektif adına hareket eden egemen bireyler kümesi”dir ve varlık kazanmak için irade birliğine ihtiyaç duyar.¹¹⁴⁸ Hauriou, Rousseau'nun büyük hatalarından birinin bu fikrin zıddını savunmak olduğunu ileri sürer.¹¹⁴⁹ Rousseau, egemeni bir kolektif varlık olarak kabul etmiş ve böylece kolektivite kavramından kaynaklanan kısıtlamayı onunla taşımıştır.¹¹⁵⁰ Oysa Hauriou'ya göre, ulustan başka egemen kolektivite olmadığından, seçmen kitlesi de kendi başına organik anlamda bir kolektivite değildir.¹¹⁵¹

Hauriou'ya göre, ulusal egemenlik ilkesi, yazılı anayasalar teorisi ve halk meclisinin doğrudan hükûmeti ilkesi; dönemin genel irade ve hukukun üstünlüğü dogmalarına bağlı ruhunun ürünüdür.¹¹⁵² Fransız Devrimi ruhuyla demokratik eşitlik

¹¹⁴⁰ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁴¹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 56.

¹¹⁴² Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 54.

¹¹⁴³ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 54.

¹¹⁴⁴ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 98.

¹¹⁴⁵ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, ss. 97-98.

¹¹⁴⁶ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 98.

¹¹⁴⁷ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 97.

¹¹⁴⁸ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 98.

¹¹⁴⁹ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 98.

¹¹⁵⁰ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 98.

¹¹⁵¹ Maurice Hauriou, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, s. 97.

¹¹⁵² Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 54.

duygusu, sosyal, siyasi ve dinî alanlarda tartışma ruhunu yaymış ve Rönesans döneminin, hatta antik cumhuriyetlerin siyasi kurumlarının, yeniden, neredeyse taklit derecesinde gün yüzüne çıkmasına neden olmuştur.¹¹⁵³

Dahası, Hauriou'ya göre, bu doktrinlerin, Orta Çağ'da, antik geleneği yaşatan kökenleri vardır.¹¹⁵⁴ Örneğin "halk meclisi"ni, Orta Çağ'ın özgür komünlerinin örgütlenmesinde bulmak mümkünken; "halkın egemenliği"ni de on üçüncü yüzyıl kilise hukukçularının yazdıklarında bulmak mümkündür.¹¹⁵⁵ Sosyal pakt fikri ile yazılı anayasalara dikkat çeken sosyal sözleşme teorisinin de, Hauriou'ya göre, Grotius ve Rousseau ele alıp geliştirmeden önce, Orta Çağ'da taslağı zaten çizilmişti.¹¹⁵⁶ Hauriou, egemenlik kavramının da, Orta Çağ'dan geldiğini ifade eder. Orta Çağ'da ortaya çıkan "egemenlik (*souveraineté*)" kelimesi; başta iktidar erki (*potestas*) veya derebeyliği, diğerlerine üstün (*suprema*) niteliğiyle ifade etmiştir.¹¹⁵⁷ Daha sonra erke sahip olan kişinin bu aidiyet ile hak süjesi olma fikri doğmuştur.¹¹⁵⁸ Egemenliğin kraldan devlet veya ulusa geçmesi fikriyle, bu devletin veya ulusun kişileşmesi söz konusu olmuştur.¹¹⁵⁹ Son olarak ise, kişileşmiş devlete verilen egemenlik, onun sahip olduğu bir mülk olmaktan, onun bir niteliği olmaya geçiş yapmış ve devletin egemen iradesi hâline gelmiştir.¹¹⁶⁰ En nihayetinde gelişimini tamamlayan ulusal egemenlik ilkesi ise önce Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1789'da Fransa'da ortaya çıkmış ve sonra tüm Avrupa'ya yayılıp yerleşmiştir.¹¹⁶¹

Hauriou, ulusal egemenlik ilkesinin, teorik bir yaklaşım olmaktan ziyade, önemli pratik sonuçları olduğu fikrindedir. Öncelikle, ulusal egemenlik, temsilî hükûmeti baz almakla birlikte, halk meclisinin doğrudan hükûmetine ilişkin birtakım unsurları da referandumu mükemmelleştirmek adına kullanır.¹¹⁶² Bir diğer sonucu, seçim sistemini, temsili resmîleştirme aracı olarak görmekle yetinmeyip, ulusal egemenliğin araçsız organı olan genel oy hakkı ile donatır.¹¹⁶³ Somut bir sonuç olarak, korporatif

¹¹⁵³ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 54.

¹¹⁵⁴ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 54.

¹¹⁵⁵ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, ss. 54-55.

¹¹⁵⁶ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁵⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁵⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁵⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁶⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 616.

¹¹⁶¹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁶² Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁶³ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 55.

statü ögesini karşılayan ulusal anayasaların resmî ve yazılı olarak kaleme alınmasını sağlar.¹¹⁶⁴ Son olarak; hükûmet fonksiyonlarının ebedîliği ulusun egemenliği fikriyle bağdaşmadığı için, devleti, cumhuriyet biçime yaklaştırır.¹¹⁶⁵

Hauriou'ya göre, devletin egemenliği, bazı hâl ve şartlarla egemenlik türleri aynı eyleme yöneldiğinde, tektir.¹¹⁶⁶ Öz doğasının analizi söz konusu olduğunda ise kompleks ve ayrıştırılabilir niteliktedir.¹¹⁶⁷ Hauriou'ya göre mesele, bazı yönlerden tek olan ve fakat farklı biçimleri bulunan egemenliğin hem tek hem de kompleks olup olamayacağıdır.¹¹⁶⁸ Jean Bodin, egemen devlet teorisini inşa ettiğinde, aynı soruna, egemenliğin bölünmezliği fikrinde cevap bulmuştur.¹¹⁶⁹ Bodin, aynı misyon ortaklığında devletin görünebileceği üç biçim olan krallık, aristokrasi ve halkın yönetiminin, birlikte ya da dönüşümlü hâkimiyetinin mümkün olup olmadığını sorgular.¹¹⁷⁰ Nihayetinde, monarşinin, derebeylikle ve halkçı devletle birlikte kurulmasının imkânsız ve uyumsuz, tahayyül edilemez olduğuna varır.¹¹⁷¹ Bunun nedeni, Bodin'e göre, bölünmez olan egemenliğin, hükümdar, derebeyiler ve halk arasında paylaşılmasına imkân bulunmamasıdır.¹¹⁷² Bodin, egemenliğin birincil işareti olan kanun yapma örneğinde; sülâhlerin de kanun yapma gücüne sahip olmaları hâlinde kanunlara uyacak sülâhlerin kim olacağı sorununu ortaya koyar.¹¹⁷³ Sonuç olarak, Bodin'e göre, bir devlette eğer kanun yapma gücü belirli bir kimseye ya da belli sayıda kimselere verilmemişse, böylece bu kudret herkese aitse, o devlet halkçı olarak nitelenir.¹¹⁷⁴ Ancak kanun yapma yetkisi halkla birlikte monarka, halkın bir kısmına ya da memurlara verilirse de özünde halka ait olacaktır ve o devlet halkçı sayılacaktır.¹¹⁷⁵

Bodin'in çözmeye çalıştığı sorunun benzerine Hauriou'nun da çözüm aradığını görürüz. Hauriou, devlet egemenliğinin, hukuken bireysel haklarla sınırlandırıldığının

¹¹⁶⁴ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁶⁵ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 55.

¹¹⁶⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁶⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁶⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁶⁹ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 220.

¹¹⁷⁰ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 220.

¹¹⁷¹ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 220.

¹¹⁷² Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 220.

¹¹⁷³ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 220.

¹¹⁷⁴ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, ss. 220-221.

¹¹⁷⁵ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 221.

kabulünün; teoride, pratikte olduğu kadar basit olmadığını savunur.¹¹⁷⁶ Çünkü egemenlik, ancak kendisi tarafından hukuki olarak sınırlandırılabilir.¹¹⁷⁷ Bu nedenle, egemenliğin farklı biçimlerinin varlığını kabul etmek gerekir. Böylelikle, egemenliğin biçimleri, birbiriyle sınırlandırılabilir.¹¹⁷⁸

Hauriou, devlet egemenliğinin üç biçimde ortaya çıktığını savunur.¹¹⁷⁹ Bu üçlü sistem, devleti, ilkel siyasi ve sosyal oluşumlardan ayıran üç temel unsurla bağlantılıdır.¹¹⁸⁰ Bu üç unsur şunlardır: Merkezî hükûmet kudreti ya da kamu gücü (zorlama unsuru), ulusun spiritüel birliği (oydaşmacı unsur) ve devlet fikri ve teşebbüsü (ideal unsur).¹¹⁸¹ Hükûmete, sülâhlerin özgürlüklerine ve devletin hedeflerine dair sonuçlar ortaya koyan bu unsurlar, devletin temel dengesini teşkil eder.¹¹⁸² Devletin bu üç unsuru, egemenliğin üç biçimine aksedilebilir.¹¹⁸³ Buna göre, global egemenlik; hükûmet egemenliği (*souveraineté de gouvernement*), boyun eğme egemenliği (*souveraineté de sujétion*) ve devlet fikri egemenliği (*souveraineté de l'idée de l'État*) olarak üçlü bir ayrıma tabidir.¹¹⁸⁴ Bunlardan ilki devlet hükûmetinin, ikincisi ulusal topluluğun, üçüncüsü kamusal devlet fikrinin (*chose publique*) egemenliğidir.¹¹⁸⁵ Bir denge sistemi teşkil eden bu ayrımda, bir egemenlik biçimi, bir başka egemenlik biçimi ile sınırlanabilir.¹¹⁸⁶

İlk egemenlik türü, hükûmetin sülâhler üzerindeki egemenliği olan hükûmet egemenliği, hâkimiyet egemenliği veya siyasi egemenliktir.¹¹⁸⁷ Buyurma egemenliği olarak da adlandırılan bu egemenlik; yürütme, yasama ve oy erklerinin bünyesinde bulunduğu, erkler ayrılığını meydana getiren egemenlik türüdür.¹¹⁸⁸ Erkler ayrılığına konu olan ve birbirini sınırlayarak bir denge oluşturan erkler, buyurma egemenliğinin

¹¹⁷⁶ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 244.

¹¹⁷⁷ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 244.

¹¹⁷⁸ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1930, s. 244.

¹¹⁷⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹¹⁸⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 79.

¹¹⁸¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹¹⁸⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹¹⁸⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 619.

bölünebilirliğinin göstergesidir.¹¹⁸⁹ En nihayetinde bu egemenlik “otorite ilkesi”ni teşkil eder.¹¹⁹⁰

İkinci egemenlik türü, boyun eğme egemenliğidir.¹¹⁹¹ Bu egemenlikte özgür ya da özgürleşmeye hazır süljeler, bireysel özgürlükleri yoluyla ikili bir kudrete sahiplerdir: Hâkimiyet egemenliğini sınırlayabilirler ya da onunla devletin genel iyiliği için iş birliği yapabilirler.¹¹⁹² Boyun eğme egemenliği, ulusal topluluğa aittir ve demokratik rejimlerde ulusal egemenlik olarak görünüm kazanır.¹¹⁹³ Her siyasi hükûmetin sürmesi için şart olan boyun eğme yükümlülüğü ile bağlantılıdır.¹¹⁹⁴ Anayasal devletin tamamlanan sisteminde bu egemenlik türü, “özgürlük ilkesi”ni temsil eder.¹¹⁹⁵ Bu egemenlik türü, çeşitli görünümlemlerle karşımıza çıkar. İlk olarak, hükûmet işlemlerini onay veya reddine dair bir özgürlüğe yahut hükûmetin kendisine olan güvenine ilişkin olan bireysel bilinçlerin değerinde bulunur.¹¹⁹⁶ Bir diğer görünüm alanı, süljenin sivil toplumun hizmetinde olup sivil toplumun koruyucusu olan devletin hükûmeti ile iş birliğine girme sebebi olan bireysel özgürlüklerdir.¹¹⁹⁷ Üçüncü tezahürü, süljenin, vergi ve askerlik hizmeti gibi yollardan devletin yük ve yükümlülüklerine katkı gücüdür.¹¹⁹⁸ Son olarak ise, devlet hükûmetinin yönetimine ve oy erkinin organizasyonuyla buyurucu egemenlik yetkilerine katılma kapasitesinde bulunur.¹¹⁹⁹ İki tür egemenliğin denge noktası, bu nedenle, siyasi özgürlüktür.¹²⁰⁰ Böylece egemenliğin iki türü, bireysel hakların kökü olan boyun eğme egemenliği ile buyurma egemenliği, süljelerin özgürlüğü ile devlet erkinin özgürlüğü karşıtlığıyla, toplam egemenlik dengesine katkı sunar.¹²⁰¹ Boyun eğme egemenliğinin, buyurma egemenliğini sınırlamasının nedeni Hauriou’ya göre, devletin, “özgür insanlar üzerinde kurulmuş bir hükûmet” olmasındandır.¹²⁰² Devletin buyurucu egemenliğinin,

¹¹⁸⁹ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, ss. 244-245.

¹¹⁹⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 621.

¹¹⁹¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹¹⁹² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹¹⁹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, ss. 89-90.

¹¹⁹⁴ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 22.

¹¹⁹⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 621.

¹¹⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹¹⁹⁷ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹¹⁹⁸ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹¹⁹⁹ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹²⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹²⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

¹²⁰² Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 245.

bireysel boyun eğme egemenliği ile sınırlanması, bireysel hakların sınırlama kudreti meselesine de çözüm getirir.¹²⁰³

Üçüncü egemenlik türü ise, geniş anlamıyla kanunun hükümlerliliği, herkese uygulanan yerleşik kanunun egemenliği, dar anlamıyla anayasal statü ya da anayasa egemenliğidir.¹²⁰⁴ Devletin tüm üyelerini, yöneten ve yönetilenleri bağlayan bir korporatif egemenlik türüdür.¹²⁰⁵ Bu egemenlik türü, “devlet fikri egemenliği” olarak anılır ve hükümet organları ile ulusun üyelerinin rızalarını bir noktada toplamayı mümkün kılar.¹²⁰⁶ Sistem tamamlandığında bu statü ya da yerleşik hukuk egemenliği, “düzen ilkesi”ni oluşturur.¹²⁰⁷ Düzen, otorite ve özgürlük ilkeleri, özgür bir varlık iradesinin üç mantıksal biçimidir.¹²⁰⁸ Hauriou’ya göre, şirket ve derneklerde dahi aynı üçlü sistem; statülerin egemenliği, genel kurulun ve diğer organların hükümet erkleri ve ortaklara ait haklar şeklinde aynı yapı içinde görülür.¹²⁰⁹

Hauriou, egemenliğin kimin elinde bulunduğu meselesinin salt teorik bir mesele olmadığını altını çizer. Yazar, örneğin oy erkinin, hükümet edilen ulusun mu yoksa hükümet erklerinin mi tarafında konumlandırılması gerektiğini bilmenin pratik öneminin yadsınamayacağını savunur.¹²¹⁰ Örneğin, oy, genel iradenin ifadesi olarak ulusla özdeşleşiyorsa örgütsüz kalmalı; bir hükümet kudretiyse örgütlü olmalıdır.¹²¹¹ Hauriou’ya göre, oy erkinin hangi tarafa ait olacağı sorunu, orantılı temsil, menfaatlerin temsil edilmesi gibi meselelerin de öncelikli sorunudur.¹²¹² Yerleşik mevzuata ilişkin egemenlik ise kanunun, dolayısıyla da halkın egemenliği değildir.¹²¹³ Kanunun zorunlu niteliği, halk tarafından seçilen birim olan parlamento iradesinden değil, sonuncusu vatandaşlar olan ardışık bir bağılılık zincirinden gelir.¹²¹⁴ Parlamentonun görevi, bu noktada, artık, kanunu kabul etmek değil, hâkimiyet gücü

¹²⁰³ Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1930, s. 244.

¹²⁰⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹²⁰⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 619.

¹²⁰⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 86.

¹²⁰⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 621.

¹²⁰⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 621.

¹²⁰⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 621.

¹²¹⁰ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 2.

¹²¹¹ Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 2.

¹²¹² Maurice Hauriou, “La souveraineté nationale”, s. 2.

¹²¹³ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, s. 126.

¹²¹⁴ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, ss. 125-126.

ile kanunu dayatmaktır.¹²¹⁵ Kanun artık emretmez, muvafakat eder. Halk kendini mecbur eder.¹²¹⁶ Böylece “ulusal irade”, buyurma iradesi olmaktan, yükümlülükleri kabul etme, boyun eğme ve dahası kendini boyun eğmeye zorlama iradesine dönüşmek için vazgeçer.¹²¹⁷ Hauriou’da “ulusal egemenlik” kavramının “boyun eğme egemenliği”ne dönüşme süreci de böylece gerçekleşir.¹²¹⁸

Hauriou’ya göre egemenlik unsurunun önemi, özellikle genel kamu hukuku ve idare hukuku için, arka plana itilebilir. Hauriou, egemenlik unsurunun, devletlerin “güç” olarak algılandığı¹²¹⁹ veya “anayasal özerklik” sahibi oldukları müddetçe, uluslararası kamu hukuku ve anayasa hukuku için birincil unsur olabileceğini kabul eder.¹²²⁰ Ancak Hauriou düşüncesinde devlet; genel kamu hukukunda “yaşam ortamı”, idare hukukunda da “kolluk” ve “yönetim” biçimindeki tezahürleriyle ele alınır.¹²²¹ Bu nedenle de bu iki disiplin için, egemenlik unsuruna ihtiyaç duyulmaz.¹²²² Hauriou, hâkimiyet kudreti ile kamu gücüne, bu disiplinlerin devlet anlayışı için de ihtiyaç duyulduğunu kabul eder; ancak bu güçlerin egemen olmasını zorunlu bulmaz.¹²²³ Örnek olarak, bir kamu hukuku ve idaresi olan federal bir imparatorluğa bağlı devletlerin egemen olmamasını gösterir.¹²²⁴

Hauriou’nun, teorisinde, devletin üstün gücünü ifade eden unsur için “egemenlik” yerine “hâkimiyet kudreti” kavramını tercih etmesinin ve dahi egemenlik teorisini şekillendirmesinin, bu unsurun, genel kamu hukuku ve idare hukuku için de anlamlı bir unsur olması kaygısıyla olduğu açıktır. Hauriou’nun hâkimiyet kudreti kavramı ise, çok büyük ölçüde, idare hukukunda “otorite yolu” olarak adlandırdığı,

¹²¹⁵ Jean Georges Platon, **Pour le droit naturel. À propos du livre de M. Hauriou : « Les principes du Droit public »**, Paris: Marcel Rivière et cie (koleksiyon: Étude sur le devenir social, C. VII), 1911, s. 65.

¹²¹⁶ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, s. 126.

¹²¹⁷ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, s. 126.

¹²¹⁸ Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, s. 126.

¹²¹⁹ Bu nitelik, doktrinde “dış egemenlik” olarak adlandırılan, devletin, “ulusu temsil etme hakkı ve diğer uluslarla ilişkilere sokma hakkı”nı ifade eden niteliktir. (Bkz. Adhémar Esmein, **Éléments de droit constitutionnel français et comparé**, s. 1)

¹²²⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹²²¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹²²² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹²²³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

¹²²⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 4.

idarenin hâkimiyet gücünden kaynaklanan işlemleri ifade eden otorite işlemleri kuramının yapısal fikirlerine dayanır. Bu kudretin sınırlanması, idarenin hâkimiyete dayanan işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğu ile takdir yetkisinin sınırları düşüncesini temel alır.

Hâkimiyet kudretini ve sınırlanması ihtiyacını böylece ortaya koyan Hauriou, son olarak bu sınırlandırmanın biçimine dair saptamalar yapmıştır. Objektif bir otolimitasyon fikri ile, devletin yasaya boyun eğmesi gerektiğini düşünen Hauriou'ya göre, kuşkusuz, sınırlandırma biçimlerinden biri yasa olacaktır. Hauriou, ayrıca, anayasal bir devlet öngördüğü için, anayasal sınırların önceliğini de tespit eder. Anayasal güvenceye sahip bir sınırlama biçimi de direnme hakkı olacaktır. Bu çerçevede, devletin üçüncü unsuru olan yasal ülkede direnme hakkını ortaya koyar.

C) “Yasal Ülke”de Direnme Hakkı ve Gücün Sınırları

Devletin üçüncü unsuru, Hauriou'ya göre, ‘bir “yasal ülke”de¹²²⁵ örgütlenmiş özgür insanlarca, hâkimiyet kudretine karşı ortaya konulan bir reaksiyon’dur.¹²²⁶ Bu unsurun gerçekleştirilebilmesi için, Hauriou, birtakım alt unsurların varlığını zorunlu görür. Bu gereklilikler; hâkimiyet kuvvetine karşı herhangi biçimde direnecek olan vatandaşların (toplumun tamamını teşkil etmeseler de) varlığı, yazılı veya yazılı olmayan bir anayasa ve devlete ait bir mevzuattır. Bu unsur, her şeyden önce belirli

¹²²⁵ Öncelikle ve özellikle belirtmek gerekir ki, bu kavramda yer verilen “ülke (*pays*)” kavramı, devletin egemenliğinde bulunan toprak, vatan toprağı, coğrafi sınırlarla belirlenmiş hâkimiyet alanı gibi anlamlarını doğrudan karşılamaz. Türk Dil Kurumu tarafından yapılan “bir özelliği ön plana çıkarılarak düşünülen bölge” (Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “ülke”, 3 numaralı tanım, URL: <https://sozluk.gov.tr/>, son erişim tarihi: 20 Ağustos 2020) tanımına daha yakındır. Ancak bölge ile anlaşılması gereken de, coğrafi sınırları belirli bir toprak parçasından ziyade, soyut bir ortam, bir başka ifadeyle, bir “küme”dir. Ayrıca eklemek gerekir ki, “*pays*” kelimesinin, Fransızcada, *Académie française* sözlüğünün 1878 tarihli yedinci baskısında bulunup, 1935 tarihli sekizinci baskısında bulunmayan bir anlamı daha vardır ki bu, “kendine has kullanımları, gelenekleri ve alışkanlıkları olan bölge sakinleri” anlamıdır (*Académie française* sözlüğü yedinci baskı, 1878, “*pays*”, 2 numaralı tanım, URL: <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A7P0708>, son erişim tarihi: 20 Ağustos 2020). Bu anlam, kavramın kullanılıp yaygınlaştığı dönemde mevcut bulunması nedeniyle önemlidir. Özellikle Maurras, kavramı, çoğu zaman “yasal haklara sahip bir tür toplumsal sınıf”ı ifade etmekte kullanır. Ancak teorisyenlerin basitçe “sınıf” kelimesiyle ifade etmek yerine “ülke” kelimesinin her iki anlamını (bölge ve sınıf) baz alarak kuramlaştırmalarının bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir; bu çalışmada, kavram karmaşası yaratmamak adına ilgili kavramı “ülke” kavramından ayıran bu açıklama gerekli bulunmakla birlikte, bu tercihe saygı duymak adına, yine de, “yasal ülke” biçiminde olan doğrudan tercümesi kullanılmıştır.

¹²²⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, beşinci baskı, 1903, s. 7.

bir vatandaş sınıfının kurulmasını öngörür.¹²²⁷ Bu sınıfın hâkimiyet kudretine karşı ortaya koyabileceği tepkinin kaynağı, kanun tarafından güvence altına alınan özgürlükler bütünü olacaktır.¹²²⁸ Bu unsurun, bir tür “direnme hakkı” tesis ettiği açıktır. Nitekim, Jean-Marie Denquin da Hauriou düşüncesinde, hükûmetin hâkimiyet kudretinin, “ulusa ait olan baskıya direnme hakkı ile sınırlı” olduğunu belirtir.¹²²⁹

Öte yandan, Mehmet Ali Ağaoğulları, halk ya da ulus egemenliği teorilerinin direnme hakkına yer vermesinin teorinin kendi sistemiyle bağdaşmadığını savunur.¹²³⁰ Çünkü direnme hakkı, halk tarafından egemenliğin sahibine karşı kullanılacaktır ve egemenliğin sahibi de halktır. Bu mesele, direnme hakkının temsilciler olarak görülen yöneticilere karşı kullanılacağı düşünüldüğünde ise; yasama ve yürütme erklerini kullanan temsilciler, genel iradenin temsilcileri olduğundan, yine halk kendisine karşı direnmiş olacaktır.¹²³¹ Ancak Hauriou’nun, egemenliği bölünebilir görerek yaptığı ayrımın, teorisini, bu çelişkiye düşmekten de kurtardığını söylemek mümkündür. Zira direnme hakkına sahip olan halkın elindeki egemenlik, “boyun eğme egemenliği”dir. Direnme hakkının kendisine karşı kullanılacağı egemenlik sahibi ise, “hâkimiyet egemenliği”ni elinde bulunduran hükûmettir.

“Yasal ülke (*pays légal*)” kavramı, 1873’te Antoine Blanc de Saint-Bonnet tarafından¹²³² ilk olarak kullanıldığı bilinen¹²³³ “filî ülke (*pays réel*)” kavramının karşıt kavramı olarak kullanılır. Charles Maurras’nın, Jakoben Cumhuriyet’in işleyişine yönelttiği genel eleştirisinde bu ikili ayrımı kullanmasıyla bilinirlik kazanmıştır. Maurras’nın teorisi, öncülük ettiği, dönemin Fransız Eylem Hareketi (*Action française*) yayınlarında, 1900-1901 yılından itibaren, karşımıza çıkar. Charles Maurras, devrim karşıtı ve bütünsel milliyetçilik teorisyeni olup; antisemitist,

¹²²⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²²⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²²⁹ Jean-Marie Denquin, “Quelques observations sur les Principes de droit public de Maurice Hauriou”, **Jus Politicum**, n° 6, URL: <http://juspoliticum.com/article/Quelques-observations-sur-les-Principes-de-droit-public-de-Maurice-Hauriou-369.html>, son erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

¹²³⁰ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Halk ya da Ulus Egemenliği”nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce’, **AÜSBFD**, C.41, S. 1, s. 150.

¹²³¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Halk ya da Ulus Egemenliği”nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce’, s. 151.

¹²³² Antoine Blanc de Saint-Bonnet, **La Légitimité**, Tournai: V^{re} H. Casterman, 1873, s. 409.

¹²³³ Pierre Chateau-Jobert, **La voix du pays réel**, Paris: Nouvelles Editions Latines, 1981, s. 166.

germanofobik ve anglofobik olarak tanınır.¹²³⁴ Ayırımının temel iddiası, devrimin meşru olmadığını gerekçelendirmektir. Maurras'ın teorisine göre, fiilî ülke (*pays réel*) ya da gerçek ülke (*pays vrai*), çalışan ve siyaset yapmayan; iş, aile, ibadet, günlük hayat gibi alanlarda fiilen varlığını hissettiren bir tür ülkeyi ifade eder. Yasal ülke (*pays légal*) ya da resmî ülke (*pays officiel*) ise, siyasi, hukuki, anayasal nitelikleriyle, varlığı yapay olarak kabul edilen ülkeyi ifade eder. Yasal ülke, cumhuriyetçi rejim ve cumhuriyet kurumları ile onu temsil edenler bünyesinde görünüm kazanır. Maurras'ın “yasal ülke” yaklaşımında, elitler ile halk ayrımı vardır.

Maurras sisteminde, siyasi rejim biçimlerine göre değişim göstermekle birlikte toplumda baskınlığı bilinen üç tür elit grubu vardır.¹²³⁵ Bunlar; siyasal elit (*élite politique*), finansal elit (*élite financière*) ve medya eliti (*élite médiatique*) gruplarıdır. Yasal ülke sistemi, her elitin rol oynadığı, mali çıkarlar üzerine kurulu, “daireysel bir oligarşik sistem” şeklinde işler.¹²³⁶ Bu döngüsel bağda, yasama erkinde ustalaşan siyasal elit, finansal elitin devlet araçlarıyla ve devletin zararına, risksiz şekilde zenginleşmesini destekler.¹²³⁷ Zenginleşen finansal elit, personeli ideolojik ölçütlerle seçilen büyük basın gruplarını, medya elitleri yararına satın alır.¹²³⁸ Medya gücüne sahip elitler ise, siyasal elitin yasama erki üzerindeki hâkimiyetini elinde tutmasını sağlamak için “halk egemenliği fantazmagorisini” yayar ve gerçek ülke seçmenini yabancılaştırır.¹²³⁹ Bu teori, yakın dönemde, teknokratların da sisteme dâhil edilmesi fikri ile yeniden gündeme gelmiştir.¹²⁴⁰ Ayrıca Avrupa'nın anayasal sürecinde sosyal

¹²³⁴ Julien Damon, “La pensée de... Charles Maurras (1868-1952)”, *Informations sociales*, C. 121, n° 1, 2005, s. 119.

¹²³⁵ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

¹²³⁶ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

¹²³⁷ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

¹²³⁸ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

¹²³⁹ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

¹²⁴⁰ Germain Philippe, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

ve kurumsal Avrupa ayrımı fikirleri, Maurras'ın sistemini hatırlatmıştır.¹²⁴¹ Ancak Avrupa'nın sosyal ve kurumsal yapısına ilişkin değerlendirmelerde her kadar Maurras'ın kavramsal çerçevesi işlevsel görünse de, bu teoriyi kullanmak tehlikeli bulunur. Étienne Balibar, bu tehlikeyi açıklarken, Maurras'ın ikili ayrımını, Carl Schmitt'in meşruluk ve yasallık arasında yaptığı ayrıma benzetir.¹²⁴²

Maurras sistemini referans almak tehlikeli görülür, zira bu sistemde yasal ülke, elitlerden ve hatta hükûmetle özdeşleştirilen yönetici sınıftan ibaret olacak şekilde daralır.¹²⁴³ Maurras'ın teorisi, devletin pasif ve politize 40 milyon sakininin, aktif ve politik 20-30 bin vatandaşta vücut bulan egemenin birer süjesi gibi doğması, yaşaması ve ölmesine dayanan bir yönetim inşasıdır.¹²⁴⁴ İki kavram seçim olgusuyla birleşir ancak seçim gerçek bir hak tesis etmez. Dahası kilit noktası şudur ki, Maurras, Fransız Devrimi'ne; “dört konfederasyon devleti” olarak tanımladığı Yahudi, Protestan, mason ve metik (yabancı) gruplara hâkimiyet tanımış olması gerekçesiyle karşı çıkar.¹²⁴⁵ Bu gruplar, Maurras düşüncesinde, “Fransa karşıtları (*Anti-France*)”¹²⁴⁶ ya da “iç yabancılar (*étrangers internes*)” olarak adlandırılan, ülkeyi içeriden tehdit eden ve Fransa'nın ve ulusun çıkarlarıyla bağdaşmayan çıkarlarını savunan gruplardır.

Hauriou ise yasal ülke kavramını, “site hukuku (*droit de cité*)” kavramıyla özdeş olarak kullanır. Site hukuku kavramı, Roma hukukunun, vatandaşın sahip olduğu haklar, vatandaşın hukuku anlamlarını karşılayan “*jus civitatis*” terimine karşılık gelir.

¹²⁴¹ Étienne Balibar ve Sandro Mezzadra (ed. Manuela Bojadžijev ve Isabelle Saint-Saëns), “Sınırlar, Vatandaşlık, Savaş, Sınıf: Étienne Balibar ve Sandro Mezzadra ile Söyleşi”, İngilizceden Türkçeye çev. Tuba Durdu, **Conatus Çeviri Dergisi**, yıl 4, sayı 7, İstanbul: Otonom, Kasım-Nisan 2007, ss. 127-128.

¹²⁴² Étienne Balibar ve Sandro Mezzadra, “Sınırlar, Vatandaşlık, Savaş, Sınıf: Étienne Balibar ve Sandro Mezzadra ile Söyleşi”, s. 127.

¹²⁴³ Teori, bu anlamıyla her zaman ağır eleştiriler almıştır. Öyle ki, salt kavramların günlük siyasette kullanılması dahi infial uyandırır. Örneğin, kavramı, Kasım 2018'de Fransa hükûmet sözcüsü Benjamin Griveaux tarafından (sehven); Şubat 2020'de de Fransa Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron tarafından telaffuz edilmesi gündem olmuştur. Griveaux, derhal, kavramı, sabah tam uyanamadığı için tamamen hataen kullandığını açıklamıştır. Macron'un kastettiği siyasi mesaj ya da alt metin ise günlerce tartışılmış, her ihtimalde baskı, bastırma ve/veya ayrımcılık içerikli olduğu düşünülmüş, Sarı Yelekliler Hareketi (*Mouvement des Gilets jaunes*) protestolarına karşı bir seçkincilik ve otorite vurgusu olabileceği fikri gündeme gelmiştir.

¹²⁴⁴ Charles Maurras, **Enquête sur la Monarchie**, Paris: Nouvelle Librairie Nationale, 1924, ss. 78-79.

¹²⁴⁵ Yasal ülke ve gerçek ülke ayrımı, bu anlamıyla her zaman ağır eleştiriler almıştır. Örneğin, Kasım 2018'de hükûmet sözcüsü Benjamin Griveaux tarafından (sehven); Şubat 2020'de Fransa Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron tarafından telaffuz edilmesi gündem olmuştur. Macron'un kastettiği (her ihtimalde baskı, bastırma içerikli olduğu düşünülen) siyasi mesaj günlerce tartışılmış, örneğin Sarı Yelekliler protestolarına karşı bir otorite vurgusu olabileceği düşünülmüştür.

¹²⁴⁶ Bu kavram, Vichy rejiminde de, Yahudiler, komünistler ve masonlar için kullanılmıştır.

Hauriou, bu unsurun, devlette her zaman mevcut olduğunu ifade eder.¹²⁴⁷ Hauriou'da yasal ülke halkın sisteme karşı direnebilen kesimiyken; Maurras'da yasal ülke sistemin kendisidir. Hauriou'nun, bütünsel nasyonalizmin devrim karşıtı bir teoriyle nam alan kavramını -henüz bu nama kavuşmadığı dönemde- direnme hakkını içeren bir yorumla kuramlaştırmış olması mühimdir. Hauriou'nun kurum teorisine ait kavramlarının, daha sonra, nasyonalist teorisyenlerce kullanılması ile bir yöntem benzerliği (benzer yöntemin zıt yönlü kullanımı) teşkil etmesi ayrıca dikkate değerdir. Öyle ki Hauriou'nun teorisi, Fransız Devrimi düşüncesini takip eder. Zira 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, ikinci maddesinde baskıya karşı direnme hakkını, korunması amaçlanan doğal ve dokunulamaz insan haklarından saymıştır.¹²⁴⁸ Devrim sonrası 1793 Jakoben Anayasası da, otuz üçüncü maddesinde, baskıya karşı direnmenin, diğer insan haklarının bir sonucu olduğunu; otuz beşinci maddesinde ise hükûmet halkın haklarını ihlal ettiğinde ayaklanmanın (*insurrection*), “halk ve halkın her parçası için hakların en kutsalı ve ödevlerin en kaçınılmazı” olduğunu düzenlemiştir.¹²⁴⁹

Direnme hakkını kuramsallaştıran John Locke, haksız kuvvet kullanan her kim olursa olsun, kendisini, kuvvet kullandığı kimselere karşı savaş durumuna soktuğunu kabul eder.¹²⁵⁰ Bu durumda ise, diğer haklar sona erecek ve kuvvet kullananların kendini savunma ve saldırgana direnme hakları doğacaktır.¹²⁵¹ Locke'a göre devleti yönetenler de bundan muaf değildir. Direnme hakkı, tiranlığa karşı bir çözüm olarak değerlendirilir. Locke, tiranlığı, gasp gibi başkasına ait olan bir hak üzerinde değil ve fakat hiç kimseye ait olmayan bir hak aşımıyla güç kullanılması olarak tanımlar.¹²⁵² Yazara göre, tiranlığın belirleyici bir diğer unsuru ise, gücü elde bulunduranın, onu, altındakilerin iyiliği için değil, kendi özel, ayrı avantajı için kullanmasıdır.¹²⁵³ Eğer yöneticinin, halkını koruma amacıyla değil de kendi çıkarları doğrultusunda koyduğu kuralların bir süjenin muğlak elinden çıkması bir kimsede şüphe uyandırır, Locke,

¹²⁴⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁴⁸ Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen (26 Ağustos 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi), URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000697056/2020-09-21/>, son erişim tarihi 20 Nisan 2020.

¹²⁴⁹ Constitution de la République française du 24 juin 1793 (24 Haziran 1793 Fransa Cumhuriyeti Anayasası), URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>, son erişim tarihi : 20 Nisan 2020.

¹²⁵⁰ John Locke, **Two Treatises of Government**, 10 cilt, C. 5, Londra: Rod Hay, 1823, s. 207.

¹²⁵¹ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 207.

¹²⁵² John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 192.

¹²⁵³ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 192.

öncelikle kralın bu şüpheyi gidermesinden yanadır.¹²⁵⁴ Locke'a göre, bir mazlumun, zulmün kaynağı olan kural ve emirlere karşı direnme hakkının olmaması, tüm politikaları yerinden oynatıp alaşağı edecek, hükûmet ve düzenin yerini anarşi ve karmaşaya bırakacaktır.¹²⁵⁵ Karşı çıkacak olan bu tepki gücü ise ancak adaletsiz ve hukuksuz olana karşı çıkmalıdır.¹²⁵⁶ Aksi hâlde, hem tanrısal hem de dünyevi bir yaptırımla karşılaşır.¹²⁵⁷ Locke düşüncesinde, yasadışı işlemler halkın çoğunluğuna yayılmış yahut bazılarını etkileyen zulmün emsal ve sonuçları herkesi tehdit ediyor görünüyorsa; halk, kanunlarla birlikte mülkleri, özgürlükleri, yaşamları ve belki de dinlerinin tehlikede olduğu kanaatinde ise, direnmenin önüne geçilemez.¹²⁵⁸

Locke düşüncesinde direnme hakkı, baskıya karşı bireysel bir tepkinin ötesinde, kolektif bir direniş, bir devrim hakkı olarak değerlendirilir. Hauriou'da yasal ülkede direnme hakkının, erki yerinden edecek kolektif bir direnişi kapsayıp kapsamayacağı tartışılabilir. Hauriou'nun direnme hakkı fikrini temelini, Aquino'lu Thomas'tan aldığı düşünülebilir. Aquino'lu Thomas'ın hukuk teorisi, yöneticinin, kamu yararını amaçlayan, yasa koyucunun yetkilerini aşmadığı ve insanlara haksız külfetler getirmeyen yasalara dayanır.¹²⁵⁹ Evrensel yöneticinin tanrı olduğunu bildiren ölümsüz yasadan, iyiliği amaç olarak ortaya koyan doğal yasa, insan ile tanrı arasındaki ilişkileri düzenleyen kutsal yasa ve son olarak toplumsal ilişkileri düzenleyen pozitif yasa çıkar.¹²⁶⁰ Yöneticiler, üstün yasaları ihlalle yönetimi tiranlığa sürükleyerek meşruluklarını kaybettiklerinde ise, direnme hakkı doğar.¹²⁶¹ Ancak bu hak, halka verilen bir ayaklanma hakkı teşkil etmez.¹²⁶² Meşruluğun kaybını tespit yetkisi kilisede ve buna karşı harekete geçme görevi de kamu otoritelerindedir.¹²⁶³ Halk, yalnızca pasif direniş süjesi olabilecektir.¹²⁶⁴

Her ne kadar Hauriou direnme hakkını bireysel özgürlükler bağlantısında ele almışsa da, ulusa ait olduğunu belirttiği bu hakkın, organize bir kuvvet olarak ve

¹²⁵⁴ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 192.

¹²⁵⁵ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 194.

¹²⁵⁶ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 194.

¹²⁵⁷ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 194.

¹²⁵⁸ John Locke, **Two Treatises of Government**, s. 196.

¹²⁵⁹ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 153.

¹²⁶⁰ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 153.

¹²⁶¹ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 154.

¹²⁶² Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 154.

¹²⁶³ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 154.

¹²⁶⁴ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 154.

kolektif çarpışma hâlinde tezahür edebileceğinin varlığını kabul ettiğini görürüz. Hauriou, gerçek bir devletten söz edebilmek için; bir vatandaş sınıfının, hâkimiyet erkinin baskısına karşı direnmesine ve bu erke karşı mücadelede zafer kazanmasına izin veren yasal garantilerle donanmış olmasını zorunlu görür.¹²⁶⁵ Toplum unsurunun teşekkülünde önemli olan ve doktrinde çeşitli ölçütlerle belirlenen “süje” ve “vatandaş” ayrımı, Hauriou’ya göre, herhangi bir oligarşik ya da sınıfsal temelle değil, bu tepki gücünün varlığına yahut yokluğuna göre yapılır. Tahakküm gücüne tepki göstermeyen ya da gösteremeyenler süje iken, gösterebilenler vatandaş olarak nitelendirilerek Hauriou’nun sözünü ettiği direnme hakkına sahip vatandaş sınıfını teşkil ederler. Hauriou’ya göre; “bir devlet, tahakküm gücüne tepki göstermeyen süjeler içerebilir; ancak eğer her şeyden önce, herhangi bir şekilde tepki gösteren yurttaşlar yoksa, devlet yoktur”.¹²⁶⁶

Hauriou düşüncesinde, böylece, devleti devlet yapan, direnenlerdir. Ne var ki Hauriou, direnme hürriyeti kanunlarca garanti edilen vatandaş sınıfının oluşumu ile ilgili olarak, tarihsel gerçeklikleri esas almakla yetinir. Hauriou’ya göre, tarih boyunca, vatandaşlarının tamamının direnebildiği devletler görülmemiştir.¹²⁶⁷ Yazar bu iddiasını örneklerle açıklar. Antik devletlerde, kölelerin, azat edilmişlerin, metiklerin (yabancıların) ve Plebler Tribünü kurulana dek Romalı pleblerin devlet garantilerinin dışında olduğunu hatırlatır.¹²⁶⁸ Feodal devletlerde de soylu ve burjuvalar için garantiler varken, sıradanlar ve köylüler için aynı garantiler söz konusu olmamıştır.¹²⁶⁹ Hauriou, içinde bulunduğu dönemin devletlerinde dahi, metropol sakinleri ile yalnızca vasat garantilere sahip olan, sömürge topraklarının sakinlerini ayırt etmek gerektiğini açıklar.¹²⁷⁰ Belirtmek gerekir ki, Hauriou’nun bu unsura ilişkin olarak savunduğu; ideal (*sollen*) anlamda, yasal garantilere dayanan direnme hakkına sahip olmayan sınıfların olması gerektiği değildir. Hauriou, fiilî durumda (*sein*) bu sınıfların tarih boyunca var olduğunu aktarır ve direnme hürriyetine sahip olmayan bu sınıflardan

¹²⁶⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁶⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁶⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁶⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁶⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁷⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

teşekkül edecek bir toplumun devleti meydana getirmeye yetmeyeceğini savunur. Bir kesimin direnme hakkına sahip olması, Hauriou düşüncesinde, “asgari şart” olup, toplumun her kesiminin bu hakka sahip olmasının önünde teorik olarak hiçbir engel yoktur.

Hauriou’nun devlet teorisinde, yasal ülkenin bir gereği de, devletin, kendine ait bir mevzuatının (*législation*) -tamamlanmamış bir mevzuat olsa dahi- mevcut olmasıdır.¹²⁷¹ Yazara göre, bir ulusal meclisin kendi kudretiyle kendi yasalarını müzakere edeceği her ülke, farklı bakış açılarından eksiklikleri bulunsa da, genel kamu hukuku açısından, devlet statüsüne sahip olacaktır.¹²⁷² Hauriou, bu ölçütle, devletin, ademimerkeziyetçi olup kendi mevzuatı olmayan ve yasal ülke teşkil etmeyen beldeler (*communes*) ve illerden (*provinces*) ayrıldığını ifade eder.¹²⁷³ Bazı koloniler ile başka ülkelere bağlı bazı ülkelerin ise bu unsura sahip oldukları için devlet kategorisinde addedilebileceğini açıklar.¹²⁷⁴

Bir devlete ait mevzuat, Hauriou’ya göre, esas olarak, hukukun yazılı kaynakları ve teamülden oluşur. Hukukun yazılı kaynakları, kanun ya da düzenleyici işlemler, devlete, yasa koyucuya ya da hükûmet teşkilatına ait iken; teamüller devletin ya da herhangi bir organının iradesine bağlanamaz.¹²⁷⁵ Ancak her ikisi de toplum yapısı ile ilişkilidir.¹²⁷⁶ Teamül, halk içinde kabul görüp tekrar edilerek zorunlu hâle gelir.¹²⁷⁷ Hauriou, on dokuzuncu yüzyıl ortalarında, Fransa’da ve Almanya’da, teamülün hukuk kaynaklarından çıkarılarak teamül çağı yerine tamamıyla subjektif hukuka dayanan bir düzene geçilmek istendiğini belirtir.¹²⁷⁸ Ancak Almanya’da bu eğilim tersine dönmüş ve Anglosakson *common-law* sisteminin verdiği değerin de katkısıyla teamül hukuku öngörülen düşüşü yaşamamıştır.¹²⁷⁹ Hauriou, teamül kurallarının çoğunun, “modern

¹²⁷¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁷² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁷³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁷⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁷⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 91.

¹²⁷⁶ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 817.

¹²⁷⁷ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 817.

¹²⁷⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 91.

¹²⁷⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 91-92.

devlet”ten de eskiye dayandığını hatırlatır.¹²⁸⁰ Medeniyetin nihai varışı olan devletten önce, insan toplulukları, klanlar, kabileler, feodal beylikler rejimleri altında uzun süre yaşamıştır.¹²⁸¹ Subjektif anlayışta (örneğin, Jellinek’te) bu hukuk, hukuk sayılmaz.¹²⁸² Devletin kişiliği ortaya çıkmadan onun subjektif iradesinden söz edilemeyeceği için hukuk kuralı da var olamayacaktır. Salt objektif anlayışı (örneğin, Duguit düşüncesini) ise, Hauriou, toplumsal kurumların süreklilik unsuru olarak değerlendirilmesi yeterli olan “hak kaidesini (hukuk kuralını)” kurucu unsur olarak değerlendirdiği için hatalı bulur.¹²⁸³ En nihayetinde “mevzuat”, Hauriou için, objektif ve subjektif özellikleri bünyesinde birlikte barındıran bir bütünlüktür.

Yasal ülke unsurunun barındırdığı bir diğer koşul ise, Hauriou’ya göre, bir devletin her zaman yazılı olan veya olmayan bir anayasasının olmasıdır.¹²⁸⁴ Ancak sözü edilen anayasa, öncelikli olarak direnme hürriyetini tanıyacağından; Hauriou düşüncesinde devlet, yalnız anayasalı değil, anayasal bir devlettir. Hauriou sisteminde, devlet formunun mükemmelleşme derecesini belirleyen formüle göre; hâkimiyet kudreti ne ölçüde yasal ülkenin kontrolüne tabi ise, devletin biçimi o ölçüde mükemmeldir.¹²⁸⁵ Bu tabiiyetin gereği ise, kamu gücünün kanuna boyun eğmesidir.¹²⁸⁶ Yasallığın hükümlerliği (*règne de la légalité*) tesis edilmelidir.¹²⁸⁷ Hauriou, bu kontrolün, Alman doktrininde “*Rechtsstaat*” olarak adlandırılan ve devletin otolimitasyonu ile kurulduğu öngörülen “hukuk devleti (*État de droit*)” kavramıyla özdeş olduğunu belirtir.¹²⁸⁸

Devletin kendi kendini sınırlamasının subjektif teorisine, Hauriou, devlet gücünün yasalarla asimilasyonunu reddettiği için karşıdır.¹²⁸⁹ Hauriou’ya göre,

¹²⁸⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 91.

¹²⁸¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 92.

¹²⁸² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 92.

¹²⁸³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 93.

¹²⁸⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁸⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁸⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹²⁸⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, ss. 7-8.

¹²⁸⁹ Julia Schmitz, “Le vitalisme dans la théorie de l’État de Maurice Hauriou”, *Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen* içinde, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1

otolimitasyona bağlı hukuk devleti yaklaşımı, ancak, otolimitasyonun devletin hâkimiyet kudreti ile yasal ülke unsurlarının iç çatışmasından ortaya çıktığını ve yasal ülkenin bu çatışmanın nihayetinde kazandığı zaferi ifade ettiğini kabul etmek kaydıyla benimsenebilir.¹²⁹⁰ Hauriou, bu sonuca en yakın teorinin, Jhering'in, halkta yaygın hukuk duygusunun otolimitasyonun en büyük garantisi olarak ortaya koyduğu teorisi olduğunu düşünür.¹²⁹¹

Jhering'e göre ulusun hukukilik duygusunun taşıdığı manevi güç, hukukun güvenliğinin tek garantisidir.¹²⁹² Jhering, hukuku, sosyal düzeni kuran ve koruyan tek gücün siyasetine indirger.¹²⁹³ Jhering'e göre, hiçbir anayasa, kamu gücünün kanunu ihlal etmesini engelleyemez.¹²⁹⁴ Devletin hukuka bağlılığını yalnızca kanunun arkasındaki gerçek güç sağlayabilir ki bu güç halka aittir.¹²⁹⁵ Bu bağlılığı sağlayabilecek olan halk; "hukuku varlığının koşulu olarak kabul etmiş, hukuka yapılan saldırıyı kendine yapılmış hisseden ve gerekmesi hâlinde hukukun korunması için silaha sarılabilecek" bir halktır.¹²⁹⁶ Jhering, kamu gücünün kanuna itaatinin sebebinin, çekinme ya da korku değil; hukuka hukukun kendisinden dolayı saygı duymak olması gerektiğini belirtir.¹²⁹⁷ Ancak bu saygının yokluğunda, ulusun hukuk duygusunun reaksiyonunun kamu gücünde uyandırdığı korku devreye girecektir.¹²⁹⁸ Bu nedenle bu korku, Jhering düşüncesinde, hukukun güvenliğinin en yüksek garantisini teşkil eder.¹²⁹⁹ Ancak Hauriou, Jhering'in teorisinin dahi, hükûmet ile düşünülen bir anlaşmazlıkta yasal ülke unsuruna, organize bir kuvvetin değerini tamamıyla vermediği için, gerçeğe tam anlamıyla ulaşmadığını düşünür.¹³⁰⁰

Capitole (koleksiyon: Colloques de l'IFR, C. 33), 2018, (ss. 89-111), URL: <http://books.openedition.org/putc/4079>, son erişim tarihi 20 Mayıs 2020, § 52.

¹²⁹⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁹¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

¹²⁹² Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 254.

¹²⁹³ Cemal Bâli Akal, **Hukuk Nedir?**, ikinci baskı, İstanbul: Zoe (Hukuk dizisi n° 4), Nisan 2019, s. 101.

¹²⁹⁴ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹²⁹⁵ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹²⁹⁶ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹²⁹⁷ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹²⁹⁸ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹²⁹⁹ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 253.

¹³⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

Hauriou düşüncesinde devlet rejimi, kendi başına bir hukuk devletidir.¹³⁰¹ Devletin kendisi dâhil tüm sosyal varlıklar, “yasal blok (*bloc légal*)” ile bağlıdır.¹³⁰² Objektif kamu hukukunun temeli olarak gördüğü hukuk devletini, Hauriou, genel olarak, “hâkimiyet kudretinin hukuk düzenine tabi olması” olarak tanımlar.¹³⁰³ Ancak, Hauriou’ya göre, genel kabul gören hukuk devleti kavramı, detaylı bir tanıma ve net bir açıklamaya kavuşturulmaya çalışıldığında zorluklarla karşılaşılır.¹³⁰⁴

İlk zorluk, hâkimiyet kudretinin, hukukun kaynağı olarak, zaten hukuki olmasıdır.¹³⁰⁵ Hauriou, hukukun kaynağını, buyurma gücü ile boyun eğme yükümlülüğünün ilişkisinde bulmasıyla, hukukun kaynağını devlette bulan teorisyenlerden ayrılır.¹³⁰⁶ Hâkimiyet kudreti, Hauriou düşüncesinde, (en azından geleneğin hukuk kaynağı olarak varlığı nedeniyle, tek hukuk kaynağı olmasa da) bir hukuk kaynağıdır.¹³⁰⁷ Bu nedenle, Hauriou’ya göre, bu tabiiyet ancak gücün siyasi unsurunun hukuki unsuruna tabi olması ya da hükûmet hukukuyla diğer kaynaklardan doğan hukuk arasında tanımlanmış ilişkiler kurmak anlamlarına gelebilir.¹³⁰⁸

Bir diğer zorluk ise, güçlerin ve hukuk formlarının diğer formlara tabiiyetinin, istikrarlı ve özgürlükten yana bir hukuk devletini nasıl oluşturabileceği meselesidir.¹³⁰⁹ Hauriou’ya göre, ancak hukuk devletini bir denge sistemi olarak algılamak, açık bir sonuca götürebilir. Bu anlayışla, çeşitli hukuk formları arasında “objektif bir denge” kurulur.¹³¹⁰ Böylece, siyasi güçler ve hukuk arasında bir ilk denge ve tüm hukuk biçimleri arasında ikinci bir denge kuran bir dengeler sistemiyle Hauriou, hukuk devletinin mevcudiyetini belirleyen bir tanıma ulaşır. Bu tanıma göre; siyasi bir hâkimiyet içinde, “aynı zamanda hukuki de olan siyasi güç, kendi yarattığı pozitif hukuk kurallarına bağlandığında” ve “hükûmet kararlarından doğan ve sükûletin alışlagelmiş bağlılığından doğan hukuk, kanun olan üstün bir hukuk formunda

¹³⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 26.

¹³⁰² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 30.

¹³⁰³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 17-18.

¹³⁰⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

¹³⁰⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

¹³⁰⁶ Cemal Bâli Akal, **Hukuk Nedir?**, ss. 207-208.

¹³⁰⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

¹³⁰⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

¹³⁰⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

¹³¹⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 18.

dengelenildiğinde”, hukuk devleti vardır.¹³¹¹ Bu tanım, hukuk devletini, “kanun yararına kurulan hukukun tüm formları arasında bir denge” olarak tanımlanacak yasallıkla özdeş kılar.¹³¹²

Hauriou düşüncesinde, devletin kanunlara bağlılığı ile anayasanın direnme hakkı dâhil hürriyetlerinin garantisi olması; devletin, halkın yararını ve iyiliğini hedeflemesi mecburiyetinden kaynaklanır. Georges Renard, Hauriou’nun öncülüğünü ettiği kurum teorisini dahi, Thomasçı “ortak iyi (*bien commun*)” kavramına verilen amaççı hukuki değerden ibaret görür.¹³¹³ Renard’a göre, ilerlemenin temelinde insanlığın ortak iyisine ulaşma amacı vardır.¹³¹⁴ Hauriou düşüncesinde ortak iyi, yönetenlerin, kendi çıkarları yerine gözetmeleri gereken hedef olsa da, Renard düşüncesindeki kadar kapsamlı, aşkın ve mutlak olarak monist nitelikli değildir. Hauriou doktrininde, devletin amacı, farklı bakış açılarından yola çıkıldığında farklı görünümeler gösterir. Hauriou, metafizik bir yaklaşımla, manevi hedef olarak ortak iyi hedefinin takip edilmesi gerektiğini kabul eder. Kurumsal bakış açısıyla, kurum olarak devletin amacı toplumun korunmasıdır.¹³¹⁵ Genel kamu hukuku penceresinden yapılan devlet tanımında ise Hauriou’ya göre devletin amacı, sosyal ortamın yaşam koşullarını iyileştirmektir.¹³¹⁶ İdare hukukunda ise genelgeçer bir kabule kavuşmuş amaç, kamu yararı yahut genel çıkardır.

Ancak Hauriou’nun, devletin amaçlarına dair farklı perspektiflerden ortaya koyduğu yakın kavramlar, Rudolf von Jhering’in devletin amaçlarının çeşitliliği teorisinden farklıdır. Jhering, devletin sürekli olarak yeni ve yabancı hedefler edindiğini ileri sürer.¹³¹⁷ Bunlar içinde “hukuki amaç” ise, Jhering’e göre ayrı, baskın ve devlete sürekli dayatılacak olan ve onun sürekli göz önünde bulundurmak zorunda olduğu amacdır.¹³¹⁸ Jhering, böylece, devletin ilk sırada yer alan öncelikli amacını, hukuku meydana getirmek ve onun hükümranlığını sağlamak olarak belirler.¹³¹⁹

¹³¹¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 18-19.

¹³¹² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 19.

¹³¹³ Georges Renard, **La Théorie de l’institution. Essai d’ontologie juridique**. C. 1, Paris: Sirey, 1930, s. xiv.

¹³¹⁴ Georges Renard, **Le droit, l’ordre et la raison : Conférences d’introduction philosophique à l’étude du droit**, Paris: Sirey, 1927, s. 297.

¹³¹⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹³¹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹³¹⁷ Rudolf von Jhering, **L’Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 207.

¹³¹⁸ Rudolf von Jhering, **L’Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 207.

¹³¹⁹ Rudolf von Jhering, **L’Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 207.

Hauriou'nun devlet tanımına “amaççı” niteliğini veren, devletin pratik amacı ile tanımlanmasıdır. Devletin, sosyal ortamın yaşam koşullarının iyileştirilmesi ve daha iyi ya da ileri bir fikre ulaşarak dönüşümü amacı, bu özelliğini karşılar.¹³²⁰ Sosyal ortam, Hauriou'ya göre, devlet tarafından “mükemmel biçim”e kavuşuncaya dek devletin dışındadır.¹³²¹ Hauriou, sosyal ortamın “hedeflenen obje” olabilme şartını da bu dışsallıkla sağladığını ifade eder.¹³²² Bu amaç nihayetinde devlet, özgürlükler ortamı olan bir yaşam alanı inşa etmiş olacaktır. Hauriou'ya göre, hâkimiyet kudretinin sosyal ortamın iyileştirilmesine hizmet etmesi, devletin mükemmelleşme derecesinin belirleyicisidir.¹³²³

Devletin, yalnızca kamu yararı amacına yönelik hareket etmesi teorilerinde, döneminin iki kutuplu kavram tartışmalarında, Hauriou yine birleştirici bir orta yol çizgisinde durur. Teorisyenlerin, halkçı “ortak çıkar (*intérêt commun*)” ile hükûmet kudretini esas alan “genel çıkar (*intérêt général*)” kavramları arasında yaptıkları tercihlerin yarattığı çatışmada yer almaz. İki kavramı bir bütün içinde görür. Genel çıkarları, temel olarak, “devletin tüm üyeleri için, ya da en azından çok sayıda üyesi için ortak olan çıkarlar” olarak tanımlar.¹³²⁴

Antik dönem teorisyenlerinden bu yana, devletin kamunun yararı, iyiliği için hareket etmesi gerekli görülmüştür. Platon'a göre devlet, bir sınıfın ötekilerden daha mutlu olması için değil, bütün topluma mutluluk sağlaması için kurulur.¹³²⁵ Platon, kanunların ve toplumun koruyucularının, bu koruma görevlerinin görünüşte kalması hâlini, devletin çöküşü olarak görür.¹³²⁶ Zira öyle bir durumda, toplumun kaderi, onu korumakla görevli olup korumayan bu kimselerin keyfine bağlı olacaktır.¹³²⁷ Aristoteles'e göre ise devlet, özgür insanların birliği olduğu için; devlet yönetimi,

¹³²⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹³²¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹³²² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 5.

¹³²³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 7.

¹³²⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 396.

¹³²⁵ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 116 (420 b).

¹³²⁶ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 116 (421 a-b).

¹³²⁷ Platon, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, s. 116 (421 a-b).

efendinin köle üzerindeki yönetiminden farklıdır.¹³²⁸ Aristoteles, yönetim biçimlerinin yöneticilerin eylemleriyle değil, gözettikleri amaçlarla ayrıldığını açıklar.¹³²⁹ Buna göre, despotik yönetimde yönetimin amacı yöneticinin iyiliği iken özgür insanların yönetiminde amaç yönetilenlerin iyiliğidir.¹³³⁰

Hauriou'nun kurumsal yaklaşımda özellikle üzerinde durduğu “koruma” amacına, Rönesans düşünürlerinde de rastlanır. Jean Bodin’e göre, hükümdar, silah gücü ve kanunlar yoluyla; sülhlerini korumak ve onların kişiliklerini, mallarını, ailelerini emniyet içinde tutmak zorundadır.¹³³¹ Bodin, devletin korumasının birincil ve en güçlü koruma olduğunu ifade eder. Efendilerin köleler üzerinde, patronların azat edilmişler üzerinde, derebeyilerin vasallar üzerindeki koruması, Bodin’e göre, hükümdarların sülhleri üzerindeki korumalarından çok daha azdır.¹³³² Aynı şekilde, kölelerin, azat edilmişlerin, vasalların; efendilere, patronlara, derebeyilere olan sadakat, saygı ve yardım borcu, sülhlerin egemen hükümdara olan borcundan sonra gelir.¹³³³ Aydınlanma düşünürü Locke’a göre de yönetici, halkının iyiliği ile halkını ve yasalarını bir arada korumayı amaçlamalıdır. Yöneticinin kastı gerçekten bu amaca ulaşmak olduğunda, Locke’a göre, halkına bu niyetini hissettirememesi mümkün değildir.¹³³⁴

Hauriou’ya göre, kamu gücü kavramı, mantıksal olarak, özel çıkarlarla çelişen genel çıkar kavramını gerektirir.¹³³⁵ Devlet, genel çıkarın cisimlenmesidir, genel çıkarı kişileştiren bir araçtır.¹³³⁶ Ancak yazara göre, devlet kavramından daha geniş olan genel çıkar ya da kamu yararı kavramları devlet ile karıştırılmamalıdır.¹³³⁷ Devletin hukuki baskı kudretinin, özel ve iç içe geçmiş kudretlerden ayrı tutmasının yolunu, Hauriou, onu ilke olarak (baskı gücünü özel çıkarların hizmetine koyduğu adalet hizmeti hariç) yalnız genel çıkarlar için harekete geçirmesinde görür.¹³³⁸ Kamu yararı

¹³²⁸ Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, çev. Mete Tunçay, s. 80.

¹³²⁹ Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, çev. Mete Tunçay, s. 221 (dipnot).

¹³³⁰ Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, çev. Mete Tunçay, s. 221 (dipnot).

¹³³¹ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 72.

¹³³² Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 72.

¹³³³ Jean Bodin, **Les six livres de la Republique**, s. 72.

¹³³⁴ John Locke, **Two Treatises of Government**, ss. 196-197.

¹³³⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 396.

¹³³⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 8.

¹³³⁷ Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, 1892, s. 1.

¹³³⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 396.

amacı yönetilenlere bağımsızlık sağlar, çünkü onları, itaatlerini gerekçelendirmeye ve genel çıkar için yararlı olmadığını hissettikleri eylemleri tartışmaya yönlendirir.¹³³⁹

Yasal ülkede direnme hakkı, böylece, anayasal güvenceye kavuşmuş direnme hakkı, yazılı olan ya da olmayan bir anayasa ile mevzuatın varlığını gerektirmesi ve bağlantılı olarak da hukuk devleti ile kamu yararının temel alınması ile hâkimiyet kudretinin karşı-dengesini oluşturur. Muhafazakâr addedilen Hauriou'nun, devletin üç kurucu unsurundan birini hâkimiyet kudretinin sınırlandırılması üzerine kurması, bir açıdan, onun, statükoya düşünüldüğü kadar bağlı olmadığının göstergesidir. Öte yandan, devlet teorisine siyasi bir bakış açısıyla bakmaması da devletin unsurları sistemini mevcut biçimiyle kurmasının esas sebebidir. Hauriou'nun devlet teorisini bir denge sistemi olarak inşa etmesi; idarenin kamu yararı (genel çıkar) amacı ile, kamu hizmetlerini yürütmek üzere faaliyette bulunması, idarenin sorumluluğu, takdir yetkisinin sınırları, otorite işlemlerine karşı dahi yargı yolunun açık olması gibi idare hukuku meselelerini incelemesinin ve kuramlarından bazılarını bizzat kurmasının bir tezahürüdür. Aynı bakış açısına, Hauriou'nun, devleti, denge sistemi içerisinde var olan bir kurum olarak düşünmesinde de rastlanır.

¹³³⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, ikinci baskı, 1893, s. 8.

II. Hauriou'nun Kurum Teorisinde İdare Hukuku Perspektifi

Genel kamu hukuku doktrinde Hauriou'nun özel bir yeri olmasının en büyük nedenlerinden biri, onun kurum teorisidir. Hauriou'nun idare hukukçusu olarak bilinirliği, genel kamu hukukuna katkılarında daha baskın olsa da, Türk idare hukuku doktrinde Hauriou'nun ismi, genellikle sembolik bir saygı ifadesi olarak zikredilir. Bu durumun temel nedeni, kuşkusuz, Türk idare hukuku öğretisinin, idare hukukunun temeli olan kuramlara, yalnızca uygulamayı ihtiyacı ölçüsünde başvurmasıdır. Bu nedenle çoğu eserde, yazara sık ve fakat kısa atıflarda bulunmakla yetinilir. Hauriou'nun genel kamu hukuku alanında çalışmaları, idare hukuku alanındaki incelemeleri kadar yoğun değildir. Ne var ki, onun salt “kurum teorisi” dahi, kapsamlı her genel kamu hukuku eserinde kayda değer bir yer tutar.

Hauriou'nun kurum teorisi, esasında çok yönlü bakış açılarının bir sentezidir. Teoride, anayasa hukuku ile sosyolojik ve siyasal perspektiflerin etkisini yadsımak mümkün değildir. Dahası, beden ve ruh ikiliğiyle dinsel, bunların oluşum ve işleyişlerinde ise fizyolojik ve psikolojik bakış açılarını dahi bünyesinde barındırır. Ne var ki, ardılı yazarların zaman zaman teorisinin bu yönlerinden birine ağırlık vererek yaptıkları değerlendirmeler, bir bütün olarak isabetli olmaz. Zira Hauriou, genel kamu hukuku doktrinine yaptığı bu katkıyı, her şeyden önce idare hukuku temelleri ile inşa etmiştir. Hauriou'nun kurum teorisini, devlet yaklaşımlarının benzer teorilerden ayıran en önemli özelliklerinden biri, idare hukuku pratiğinden yola çıkmasıdır.

Şaşırtıcıdır ki, bu mühim ve değerli farkı en doğrudan analiz ve takdir eden eserler, Nazi Almanyasının hukuki alt yapısının teorisini içerdiği düşünülen Carl Schmitt eserleri olmuştur. Hauriou, kurumun canlı yapısının neden olacağı devrimin kontrol edilemez olduğunu düşündüğünden, ona istikrarı sağlayacak bir sosyal düzen öngörür. Ancak teorisinin temeli, sosyal düzen değil, unsurları ve aşamalarıdır. Ne var ki özellikle erken dönem eserlerinde Hauriou'nun istikrar kaygısıyla ileri sürdüğü fikirler, teorisinin, uzun yıllar boyunca eleştirilerin hedefi olmasına neden olmuştur. Bu eleştirilere cevap verme niyeti taşıyan ardıl yazarlar da, maalesef, amaçlarına ulaşamamışlardır. Zira, aynı ekolden ve/veya aynı fikirlerin savunucusu olsalar dahi, Hauriou'nun yol ve yöntemini Schmitt kadar doğru tespit etmemişlerdir. (1)

Hauriou, kurum teorisinde, farklı kurum ve onların kategorilerine uzun değerlendirmeler ayırmaz. En temel kurum devlettir. Teori, özellikle, devlet üzerinden açıklanır. Kurum olarak devletin, kurumsallık sisteminde yer alabilmesini sağlayan en büyük dayanak ise, bir denge sistemi içerisinde bulunmasıdır. Bu dengeyi açıklamak üzere Hauriou, kendi erkler ayrılığı kuramını geliştirir. Bu erkler arasındaki dengeyi açıklar. Ayrıca, yine bir genel kamu hukuku kuramı olarak doktrinde yer alacak olan, objektif otolimitasyon teorisini kurar. Hauriou'nun dengeye verdiği öncelik, devletin tanımında olduğu gibi, kurum teorisinde de, idare hukukunun kamu gücünü sınırlandırma fikirlerinden doğduğu açık bir muhakemeden gelir. (2)

1. Hauriou'nun Kurum Teorisinde İdare Hukukunun Etkileri

Hauriou'nun kurum teorisi, yazarın farklı bakış açılarından yaklaşımlarını bir sistemsel bütünlüğe dönüştürünceye dek karmaşık (ve hatta çelişkili) görünür. Hauriou'nun ilk dönem fikirleri çokça eleştirilir. Teori, en stabil hâlini, siyasi ve sosyolojik bakış açılarından uzaklaşıp¹³⁴⁰ idare hukuku bakış açısının baskın gelmesiyle kazanır. Hauriou'nun 1925 yılında şekillenen nihai hâliyle kurum teorisi, teorinin emarelerine ilk kez rastlanan dönemden kavramsal, terminolojik ve kısmen de düşünsel farklarla ayrılır (A). 1925 tarihli eserinde kurumun unsurlarını ve objektif bireysellik ile subjektif kişilik görünümelerini ele almasıyla Hauriou'nun teorisi sistemli hâle gelmiştir (B). Hauriou düşüncesinde kurumun, doğum, yaşam ve ölüm aşamalarından söz edilebilecek bir canlı varlık niteliği göstermesi, ona doğal bir devingenlik verdiği için, Hauriou, istikrarı bir denge unsuru olarak görür (C). Hauriou'nun kurum teorisi, özellikle ilk dönem fikirleri nedeniyle, bir yandan belirsiz, karmaşık ve/veya çelişkili görülerek aydınlatılmaya çalışmış (ve fakat başarısız); öte yandan da uzun yıllar boyunca, Carl Schmitt'in, Nazi Almanyasını desteklediği dönem teorilerine referans olmasına yönelik eleştirilerin hedefi olmuştur (D).

¹³⁴⁰ Hauriou'nun ünlü "Az sosyoloji hukuktan uzaklaştırır, çok sosyoloji hukuka geri getirir." (Maurice Hauriou, "Les facultés de droit et la sociologie", broşür baskı, Paris: E. Thorin & Fils, 1893, s. 4) saptamasını referans aldığımızda, belki de onu idare hukukuna yönlendirenin sosyolojik bakışını derinleştirmek olduğunu söylemek doğru olacaktır.

A) Kurum Teorisinin Kronolojik Gelişimi

Hauriou'ya göre kamu hukukunun temel esası sözleşme, hak kaidesi ya da yasa değil; hatta doğrudan devlet bile değildir.¹³⁴¹ Kamu hukukunun gerçek esası¹³⁴², merkez teorisi¹³⁴³ “kurum (*institution*)” dur. Kurum, kişiliğe giden yoldaki “sosyal organizasyon”dur.¹³⁴⁴ Hauriou, idare hukukunu; kamu hizmetlerinin organizasyonu, kitlesel ve kurul niteliğinde teşkilatlanması ile kurumun yasal doğasına kanıt olarak değerlendirir.¹³⁴⁵ Hauriou'nun, idare hukuku perspektifiyle bir “kamu kurumları teorisi” ortaya koyduğu düşünülebilir ancak metodu, kamu kurumlarını aşan bir kurum olgusuna varır.¹³⁴⁶

“Kurum teorisinin babası”¹³⁴⁷ olarak da anılan Hauriou'nun yazılarının merkezinde, onun çağdaş hukuk bilimine katkısının esas ifadesini teşkil eden kurum teorisi vardır.¹³⁴⁸ Hauriou'nun kurum teorisinin ortaya çıkışı, bir süreç içerisinde gerçekleşmiştir. Jean-Arnaud Mazères, bu süreci, kurum teorisi meyvesini meydana getiren bir tür “uzun olgunlaşma” dönemi olarak değerlendirir.¹³⁴⁹ Hauriou'nun kurum teorisinin temeli, henüz 1896 tarihli “Geleneksel Sosyal Bilim (*La Science sociale traditionnelle*)” kitabına atfedilir. Hauriou, 1910 ve 1925'te kurum teorisini, yeni düşüncelerle, yeniden ele alır. Hauriou'nun, kurum fikrinde, ruhu, “bedenin biçiminden çok motoru olarak” görerek, Aristoteles ile değil Platon ile ilişkilendirmesi, Tristan Pouthier'ye göre dikkate değerdir.¹³⁵⁰ Zira Hauriou'nun

¹³⁴¹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 813.

¹³⁴² Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 813.

¹³⁴³ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 815.

¹³⁴⁴ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816-817.

¹³⁴⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. viii.

¹³⁴⁶ Éric Millard, “Le moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou”, **Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique**, Paris: SHFD/ LGDJ, 2012, s. 359.

¹³⁴⁷ Georges Renard, **L'institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social**, Paris: Flammarion, 1933, s. 13.

¹³⁴⁸ Julia Schmitz, **La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique** (doktora tezi, Jean-Arnaud Mazères danışmanlığında, Toulouse : Université Toulouse 1, 2009), Paris: L'Harmattan (koleksiyon: Logiques Juridiques), Eylül 2013, s. 51.

¹³⁴⁹ Jean-Arnaud Mazères, “La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué”, *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jaques Mourgeon* içinde, Brüksel: Bruylant, 1998, s. 239.

¹³⁵⁰ Tristan Pouthier, “Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans « La science sociale traditionnelle »”, *Les équivoques de l'institution*, Elodie Djordjevic, Sabina Tortorella, Mathilde Unger (dir.), Paris: Classiques Garnier (koleksiyon: Bibliothèque de la pensée juridique), 2019, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/> (s. 8), son erişim tarihi : 2 Temmuz 2020.

kurum teorisindeki değişiklikler, ancak teorinin felsefi temeli üzerinden anlaşılır. Hauriou'nun 1916'da sistemli biçimde ortaya koyduğu “devletin hukuki kişiliği” teorisi, Pouthier'ye göre, 1896'daki kurum olgusu ile karşıt ifadelere sahip olup, aynı felsefi zeminde değildir.¹³⁵¹ Bu farklılığın kaynağı ise; kurum teorisi başlangıçta karamsar dünya görüşüyle, Hristiyan sembolizmiyle ve Platon çağrışımıyla, Augustinusçu bir eğilim gösterirken, kişilik teorisinin Thomasçı olmasıdır.¹³⁵²

Kurum teorisinin ilk emarelerinde baskın biçimde görülen teolojik yaklaşımın bir diğer görünümü de “kurtuluş (*rédemption*)” kavramıdır. Hauriou, kurumu, toplumsal örgütlerin kurtuluş süreci ile bağdaştırır.¹³⁵³ Pouthier, 1896 yılında ortaya çıktığı hâliyle kurum fikrinin en güçlü iddiasının, “mücadelenin fedakârlık üzerinde, kuvvetin hukuk üzerinde, maddenin tin üzerinde, bedenın ruh üzerinde kronolojik ya da tarihsel üstünlüğünün kabulü” olduğunu ifade eder.¹³⁵⁴ Hauriou'ya göre en nihayetinde tin muhakkak zafer kazanır, ancak bunun sebebi dünyayı yönetmesi değil, dinî anlamda onu bağışlatması ve kurtarmasıdır.¹³⁵⁵ Dünyadaki örgütlenme ve oluşumları gerçekleştiren ise maddedir.¹³⁵⁶ Aynı şekilde, evrimsel oluşumlarda da beden, ruhtan önce gelir.¹³⁵⁷

1896'da Hauriou, “kurum olgusu” adıyla, yönetici fikrin kudret üzerinde yükselişini ele alır ve kurumun, kudret üzerine kurulu örgütlerin manevi gelişimini temsil ettiğini ortaya koyar.¹³⁵⁸ Kurumun bu ilk ele alınışında, toplumun farklı dokuları arasında yapılan ayırım esastır. Hauriou, iç içe olabilen, aynı bireyin farklı kategorilere aynı anda katılabileceği üç temel toplumsal dokuyu (*tissu social*) birbirinden ayırır.¹³⁵⁹

¹³⁵¹ Tristan Pouthier, “Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans « La science sociale traditionnelle »”, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/> (s. 8), son erişim tarihi : 2 Temmuz 2020.

¹³⁵² Tristan Pouthier, “Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans « La science sociale traditionnelle »”, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/> (s. 8), son erişim tarihi : 2 Temmuz 2020.

¹³⁵³ Tristan Pouthier, “Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans « La science sociale traditionnelle »”, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/> (s. 8), son erişim tarihi : 2 Temmuz 2020.

¹³⁵⁴ Tristan Pouthier, “Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans « La science sociale traditionnelle »”, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/> (s. 7), son erişim tarihi : 2 Temmuz 2020.

¹³⁵⁵ Maurice Hauriou, **La science sociale traditionnelle**, s. 195.

¹³⁵⁶ Maurice Hauriou, **La science sociale traditionnelle**, s. 195.

¹³⁵⁷ Maurice Hauriou, **La science sociale traditionnelle**, s. 195.

¹³⁵⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 104-105.

¹³⁵⁹ Maurice Hauriou, **La science sociale traditionnelle**, s. 197.

Bunlar pozitif toplum dokusu, devlet dokusu (veya metafizik doku) ve dinsel dokudur.¹³⁶⁰ Pozitif toplum, uyumsuzluk ve yaşam mücadelesi dünyasıdır; devlet toplumu ve dinî toplum ise, aksine, fedakârlık ve idealin dünyasıdır.¹³⁶¹ Devlet toplumu ve dinî toplum, sürekli olarak düşüşte olan pozitif toplumun selametini farklı usullerle sağlar.¹³⁶² Julien Bonnecase, Hauriou'nun toplum dokuları ayırımına şiddetle karşı çıkar ve kurumun yaşamı için elzem addedilen bu üçlü yapının karmaşıklık içerdiğini savunur.¹³⁶³

Hauriou, “feda (*sacrifice*)” övgüsünü kurum olgusunun temeline oturtur. Toplumun ihtiyaç duyduğu asgari barış ve sağlığın feda ile elde edileceğini savunur.¹³⁶⁴ Kurulu örgütlere istikrar kazandıranın, yozlaşan örgütleri onaranın feda olduğunu savunur. Hauriou'ya göre, “zayıfların, ezilenlerin, alçakgönüllülerin, uysalların, filozofların, inananların” fedakârlığı; kuvvetle oluşan örgütlerin bir süreç içerisinde kabul edilemez oldukları zamanlarda dahi, benzerlikler ve alışkanlıklar yaratarak onları katlanılır ve kabul edilir kılar ve kurumun temelini sağlamlaştırır.¹³⁶⁵ Üstelik bu kabul, erk sahiplerinin de birtakım iddialardan vazgeçmelerine ve daha ılımlı olmalarına neden olur. Fedakârlık sayesinde örgüt, kuruluşunu gerçekleştirir ve kurum hâline gelir. Kurumun, ihtiyaç duyduğu ruh yahut iç ilke, fedadır.

Erken tarihli kurum olgusu fikrinin en çok eleştiri alan yaklaşımlarından biri de, Hauriou'nun elitlere ayrı ve özel bir yer vermesidir. Yazarın “aşkınlık (*excessifs*)” olarak adlandırdığı bu grubun toplumsal rolü ayırt edicidir. Hauriou'ya göre her toplumda kendine ait enerjiye sahip olmayan bir ılımlı yığın vardır ve bu kitle, “ahlâk yasasının yüceliğine yalnızca onu aşanların örneği ve üstünlüğü ile bağlı kalır”.¹³⁶⁶ Julien Barroche, Hauriou'nun kurum teorisinde sıkça karşımıza çıkan, ulusal iradenin çoğunluk kudreti ile buyurma kuvvetinin azınlık kudreti arasındaki ayırımın temelinin de bu düşünceye dayandığını ifade eder.¹³⁶⁷

¹³⁶⁰ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, s. 197.

¹³⁶¹ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, s. 197.

¹³⁶² Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, s. 197.

¹³⁶³ Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d'institution”, *RGD*, C. 55, 1931, n° 4, s. 248.

¹³⁶⁴ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, s. 193.

¹³⁶⁵ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, ss. 193-194.

¹³⁶⁶ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, s. 206.

¹³⁶⁷ Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, s. 311.

Fikrî dönüşüm, doğal olarak, kavramsal dönüşümü de beraberinde getirmiştir. Hauriou'nun 1896'da değer verdiği birçok kavramın takip eden eserlerinde, özellikle 1910'a gelindiğinde, kaybolduğu görülür. Hauriou, örneğin, toplumsal örgütlerin kurtuluşu, paralel şekilde gelişen iki dünya, yaşam mücadelesi ve fedakârlık, idealizm, insanların çocuklarından oluşan halk ile tanrının oğullarından oluşan halk ayrımları, üç temel toplumsal doku, aşkınların rolü gibi kavramlardan vazgeçmiştir.¹³⁶⁸

Hauriou'nun kurum düşüncesinin, sistemli bir teori olarak, 1906 yılında yayımlanan “Kurum ve Statü Hukuku (*L'institution et le droit statutaire*)” isimli makalesinde ortaya çıktığı kabul edilir. Bu makalede yazarın yaptığı statü hukuku ile disiplin hukuku ayrımı, grubun örgütsel disiplini ile bağlantısı nedeniyle teorinin ilk adımı addedilir.¹³⁶⁹ Aynı dönemde, idare hukuku ve kamu hukukuna ilişkin temel kitabının 1907 tarihinde yayımlanan altıncı baskısında da kurum kavramına rastlanır. Yayın tarihine karşın, Hauriou'nun, kitabının altıncı baskısında kurum teorisini kaleme aldıktan sonra, kitabındaki açıklamalarının “statü hukuku” konusunda eksik olması nedeniyle, daha sonra, 1906 tarihli makaleyi yazdığı yazarın açıklamasından anlaşılır.¹³⁷⁰ Hauriou, makalesinde, kitabının altıncı baskısında, “kurum üzerine kurulu bir kamu hukuku teorisi geliştirdiğini” ve ilgili makalesinin amacının bu teorinin “statü hukuku” konusundaki boşluğunu tamamlamak olduğunu açıklar.¹³⁷¹ Éric Millard, 1906 yılından 1916'ya kadar olan dönemi “metonimik” olarak niteler.¹³⁷² Bu metoniminin bütünü anlatan tek parçası; “kurumun, devletin kurucu unsuru olması”dır.¹³⁷³

Hauriou, kamu hukukunun üç temel fikrinin; döneminde doktrinde baskın olan egemenlik ya da hâkimiyet hakları fikri, kanun fikri ve kurumlar fikri olduğunu ifade eder.¹³⁷⁴ Egemenlik teorileri, yazara göre, devletin hukuki anlayışı ile kişileşmesine varmada avantajlı ve fakat zorba ve dışlayıcıdır.¹³⁷⁵ Hauriou, hâkimiyet hakları ve

¹³⁶⁸ Julien Bonnetcase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d'institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 1, 1932, s. 1.

¹³⁶⁹ Éric Millard, “Hauriou et la théorie de l'institution”, s. 390.

¹³⁷⁰ Maurice Hauriou, “L'institution et le droit statutaire”, s. 134.

¹³⁷¹ Maurice Hauriou, “L'institution et le droit statutaire”, s. 134.

¹³⁷² Éric Millard, “Le moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou”, s. 367.

¹³⁷³ Éric Millard, “Le moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou”, s. 367.

¹³⁷⁴ Maurice Hauriou, “L'institution et le droit statutaire”, s. 134.

¹³⁷⁵ Maurice Hauriou, “L'institution et le droit statutaire”, ss. 134-135.

subjektif kişiliğe dayanan anlayışın yerine üç unsurun birleşiminden oluşan bir formül önerir.¹³⁷⁶ Bu unsurlardan en önceliklisi, “toplumsal örgütlerin ve fonksiyonların objektif bireyselliğini temsil eden kurum”, ikincisi “insan bireyin menfaatine formüle edilen, kurumun statüsel tercümesi olan yasa” ve sonuncusu “yasayla koordine edilen kurumun enerjisini temsil eden güç”tür.¹³⁷⁷ Yazar, bu hususta objektif bireysellik ile subjektif kişilik düalizmini vurgular.¹³⁷⁸

Hauriou, bu dönemde kurumu; “kalıcılığı bir kuvvetler dengesi veya erkler ayrılığı ile sağlanan ve kendi içinde bir hukuk durumu oluşturan, nesnelerin genel düzeni ile ilişkili olarak kurulmuş bir sosyal bir organizasyon” olarak tanımlar.¹³⁷⁹ Tanımdaki “hukuk durumu (*état de droit*)” unsurunun öncelikli önemini vurgulayarak, “fiilî durum (*état de fait*)” olarak meydana gelen kurumun, hukuk durumuna geçişinin, “meşruiyet” olgusuyla gerçekleşeceğini ifade eder.¹³⁸⁰ Böylece kurum, fiilî durumların hukuki durumlara dönüşümünün gerçekleşme alanıdır.¹³⁸¹ Kurum, ayrıca, disiplin hukuku ile statü hukuku olarak ikiye ayrılan hukuk kurallarının kaynağıdır.¹³⁸² Hauriou’ya göre, kurumun tarihsel ve sosyal gerçeklik olmanın ötesinde hukuki yönünün de yadsınmaması gereğinin bir dayanağı budur.¹³⁸³

Teorinin zaman içinde geliştiği bir diğer alan ise devletin kurum olarak değerlendirilmesi düşüncesidir. Hauriou 1907’de devleti egemenlik ya da yasa olarak değil, “kurum ya da kurumlar bütünü” yahut “kurumlar kurumu” olarak tanımlar.¹³⁸⁴ Hauriou, modern devletin öncelikli rolünün, “mülkün yaratılması ve garanti altına alınması, dolayısıyla yasal güvenlik ve istikrarın kurulmasına katkı” unsurunda bulunduğunu düşünür.¹³⁸⁵ Bu rol ise Hauriou düşüncesinde, “kudret” ya da “egemenlik” unsurunda bulunmaz, çünkü bu unsur ancak hukuki güvenlik için

¹³⁷⁶ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 135.

¹³⁷⁷ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 135.

¹³⁷⁸ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 135.

¹³⁷⁹ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, ss. 135-136.

¹³⁸⁰ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 136.

¹³⁸¹ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 136.

¹³⁸² Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 136.

¹³⁸³ Maurice Hauriou, “L’institution et le droit statutaire”, s. 136.

¹³⁸⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. vii. Georges Renard ise “kurumlar kurumu” kavramını dönüştürmüş bir anlamla kullanır. Yazara göre temel kurumlar ve başka birtakım kurumlardan oluşan kurumlar vardır. Temel kurum olarak anılan ilkinde üniter devlet, “kurumların kurumu” olarak anılan ikincisine federal devlet örnektir (Georges Renard, **La Théorie de l’institution. Essai d’ontologie juridique**. C. 1, 1930, s. 231).

¹³⁸⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. vi.

başvurulacak son yöntem rolüne sahiptir.¹³⁸⁶ Aynı şekilde “yasa” da olamaz, çünkü yasa yalnızca sınırları belirler.¹³⁸⁷ Bu nedenle bu rolü karşılayabilecek unsur ancak “kurum” olacaktır. Zira kurumlar, Hauriou’ya göre, sosyal istikrarı oluşturan aktif kuvvetlerin dengelerini taşır.¹³⁸⁸ Duguit, Hauriou’nun, “kurum” fikrini modern devlet için ilk sırada yer alan unsur olarak belirlediği 1907 tarihli bu altıncı baskıda Duguit doktrinine “yarı-bağılılığını” ilan etmiş kabul edilebileceğini savunur.¹³⁸⁹

Hauriou’nun Kamu Hukukunun İlkeleri (*Principes de droit public*) isimli kitabının 1910 tarihli ilk baskısıyla kurum kavramı artık yalnızca hukuki durumların yaratıcı değil, ayrıca bir hukuki figür olarak karşımıza çıkar.¹³⁹⁰ Statü hukuku ile disiplin hukuku arasında bir ayırım yaparak, kurumda her iki hukuk türünün var olacağı tespiti, Hauriou’nun kurumu hukuki figür olarak belirlemesinin tezahürüdür.¹³⁹¹ Kurum olarak devlet fikrine, teorinin mühim bir parçası olarak ve sistemli biçimde, bu baskıda ayrıca rastlanır. Éric Millard bu süreci, idare hukukçusu olarak nitelediği Hauriou’nun, 1903’ten 1910’a kadar “devlet” konusuna ilgi duyup incelemesi ve “kamu hizmeti” fikrinin devlet meselesine uygun bir yanıt olmaması nedeniyle meseleye kurumsal bakış açısıyla yaklaşması olarak değerlendirir.¹³⁹²

1916 tarihine gelindiğinde, kurum teorisi son şeklini almaya başlamıştır. Millard, bu tarihten 1925’e kadar olan süreci, kurumun tanımlanması odaklı “metaforik” dönem olarak niteler.¹³⁹³ Hauriou, her örgütün pozitif yasa ya da teamül tarafından kurulduğunu, bunun bir hukuk tekniği aracı olduğunu ifade eder.¹³⁹⁴ Edinme, hak iddiasında bulunma ve iptal davalarında yer alabilme ise kurum olarak mümkündür.¹³⁹⁵ Kurumların bir bedende teşekkül eden, yaşayan bireyselliğe ve manevi kişiliğe yönelen toplumsal kurumlar ile durağan şeylere ilişkin kurumlar şeklinde ikili ayrımı da bu tarihte netleştirir.¹³⁹⁶ 1910 baskısında kurumların ikili

¹³⁸⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. vi.

¹³⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. vi.

¹³⁸⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. vi.

¹³⁸⁹ Léon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 37.

¹³⁹⁰ Julien Bonnacase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, n° 1, 1932, s. 9.

¹³⁹¹ Julien Bonnacase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, n° 1, 1932, s. 9.

¹³⁹² Éric Millard, “Hauriou et la théorie de l’institution”, s. 391.

¹³⁹³ Éric Millard, “Le moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l’Institution chez Hauriou”, s. 369.

¹³⁹⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 109.

¹³⁹⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 109.

¹³⁹⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 109.

ayrımı henüz gelişmekten uzaktır.¹³⁹⁷ Devletin kurum niteliği de bu dönemde pekişir. 1918’de yayımlanan makalesinde Hauriou, devletin, gerçek biçimini, yalnızca korporatif bir kurum hâline geldiğinde elde edeceğini savunur.¹³⁹⁸

Takip eden yıllarda, Hauriou’nun, kurum teorisini, idare hukuku sistemi içerisinde ele aldığı gözlemlenir. İdare hukuku ve kamu hukukuna dair temel kitabının 1919 tarihli dokuzuncu ve 1921 tarihli onuncu baskılarında kurum düşüncesine, “İdari Kurumun Teşkilatı” ana başlığı altında “Kamu İdaresinin Kurumsal Karakteri” konusu kapsamında rastlanır.¹³⁹⁹ İdari teşebbüsün bir kurum olduğunu ifade eden Hauriou, kurum kavramını açıklama ihtiyacını da bu hususta duyar. Buna göre bir toplumsal organizasyonun kurum sayılabilmesi için; “içinde bulunan gerçekleştirme gücü, teşebbüsün ana fikrine ve dolayısıyla fonksiyonuna, yerleşik hukuk kurallarıyla ve etkili araçlarla belli bir ölçüde bağlı” olmalıdır.¹⁴⁰⁰ Bu tanıma dayanarak kurum unsurlarını ise; iyi olduğu varsayılan teşebbüs fikrine ve fonksiyona gücün kısmi tabiiyeti, bu konuda mevcut yerleşik hukuk kuralları ve etkili yaptırım araçları olarak belirler.¹⁴⁰¹

Nihayet 1925 yılında Hauriou, “Kurum ve Kuruluş Teorisi (Sosyal Vitalizm Denemesi) (*La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*)” isimli makalesini yayımlar. Hauriou’nun kurum anlayışı, bu makale ile uzun zaman aradığı biçime kavuşur, yerleşir, organize edilir ve sınıflanır.¹⁴⁰² Kurum teorisi olarak anılacak olan sistem, esasında, teorinin, Hauriou’nun bu makalesinde kapsamlı biçimde kaleme almış ve son şeklini vermiş olduğu hâlidir. Schmitz, ilgili çalışmanın yalnızca teorinin yoğunlaştırılmış bir formülasyonu olmakla birlikte ancak bir aşama olduğunu ve teoriyi bu çalışmaya indirgemenin yanlış olacağını savunur.¹⁴⁰³ İlgili makalede kurum; “bir “sosyal ortam (*milieu social*)”da gerçekleşen ve hukuki olarak süregiden (*dure*) bir “eser veya teşebbüs fikri (*idée d’œuvre ou d’entreprise*)” olarak

¹³⁹⁷ Julien Bonnet, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, n° 1, 1932, s. 11.

¹³⁹⁸ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 813.

¹³⁹⁹ Bkz. Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, dokuzuncu baskı, 1919, s. 118 vd.; onuncu baskı, 1921, s. 82 vd.

¹⁴⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, dokuzuncu baskı, 1919, s. 118-119; onuncu baskı, 1921, s. 82-83.

¹⁴⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, onuncu baskı, 1921, s. 83.

¹⁴⁰² Georges Jarlot, “L’Institution”, **Archives de Philosophie**, C. 12, n° 3: Études Critiques, Paris: Centre Sèvres-Facultés jésuites, 1936, s. 144.

¹⁴⁰³ Julia Schmitz, **La théorie de l’institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique**, s. 55.

tanımlanır.¹⁴⁰⁴ Fikrin gerçekleşmesinde ayrıca ihtiyaç duyulacak organları temin edecek bir kudretin (*pouvoir*) örgütlenmesi ve toplumsal grup üyeleri arasında, kudret organları tarafından yönetilen ve düzenlenmesine yönelik usuller bulunan birlik (*communion*) tezahürleri de elzemdir.¹⁴⁰⁵ Makalede Hauriou, tamamen objektif ve tamamen subjektif sistemler yerine objektif bireysellik ve subjektif kişilik aşamalarıyla tezahür eden bir orta yol önerir. Kurum türleri arasında yaptığı ikili ayrımı netleştirir.

1925 yılında yayımlanan makalesinden sonra gelen, idare hukuku ve kamu hukukuna dair temel kitabının 1927 tarihli on birinci baskısında ise Hauriou, kitabının önceki baskısında yer alan tanımında, bağlanma yöntemiyle ilgili olarak belirlediği “yerleşik hukuk kurallarıyla ve etkili araçlarla” ifadesini, “bir yandan, kuruma yayılan genel mantalitenin, diğer yandan kurumun, hukuki formlar alabilen kendi iç güçlerinin kolaylaştırdığı bir otolimitasyonla” olarak değiştirmiştir.¹⁴⁰⁶ Böylece, kurum teorisi içindeki denge ve kendi kendini sınırlama özelliklerine daha baskın hâlde rastlanmıştır.

1896, 1910 ve 1925 tarihli eserlerini Hauriou’nun kurum düşüncesinin üç aşaması olarak ele alan Julien Bonnetcase, Hauriou düşüncesinde “kurum”un, başlangıçta tam bir “mistisizm” içinde, bir “hayalet-varlık” olarak görüldüğünü, yazarın ancak daha sonra ona “daha pozitif ve daha insanî bir fizyonomi” vermek için çabaladığını savunur.¹⁴⁰⁷ Bonnetcase’a göre, kurum kavramının 1896’daki mistik niteliği 1910’da azalır ancak kavram yine de soyut ve karışık kalır; 1925’te ise daha belirgin bir değişiklik olmasına karşın karmaşıklıklar kalır.¹⁴⁰⁸ Bonnetcase, örneğin, Hauriou’nun, kurumlarda süregitme ve sürekliliği açıklamak adına manevi kişiliğin doğal niteliğinden vazgeçtiğini, böylece de cisimlenme (*incorporation*) ve gruplaşma (*groupement*) olgularının anlaşılmasız kaldığını savunur.¹⁴⁰⁹ Bonnetcase’ın eleştirdiği merkez sorun, aslında, Hauriou’nun geleneksel beden-ruh düalizmi yönteminde,

¹⁴⁰⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 96.

¹⁴⁰⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 96.

¹⁴⁰⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on birinci baskı, 1927, s. 41.

¹⁴⁰⁷ Julien Bonnetcase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution”, 1931, n° 4, ss. 241-242.

¹⁴⁰⁸ Julien Bonnetcase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 4, 1932, s. 242.

¹⁴⁰⁹ Julien Bonnetcase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 3, 1932, ss. 163-164.

“beden”i temsil eden organizasyonun, bir temel ilkeye bağlanarak “ruh” kazanması ve kurumsallaşması sürecidir.¹⁴¹⁰ Sistemli ve başarılı bulduğu bu yapı, Bonnecase’e göre, mistiktir; çünkü beden ile ruhu, ölümlülük ile organizmanın kabuğuna indirgenmiş bir var oluşu sırasıyla ortaya koyar.¹⁴¹¹

Bonnecase, ayrıca, Hauriou’nun, kurum teorisinin, idealizm ve materyalizm çekişmesini dahi sonlandırabilecek bir orta yol olma iddiasını da abartılı bulur.¹⁴¹² Bonnecase, Jhering’in savunucusu olduğu geleneksel anlamda “kurum”un, “hak kaidesi (*règle de droit*)” kavramına karşı yahut onun tamamlayıcısı olarak teknik bir kavram olduğunu ifade eder.¹⁴¹³ Bonnecase’a göre, hukuki kurum, hak kaidesi ile aynı özel niteliklere sahiptir, çünkü parçaları hukukun kuralları olan organik bir bütün oluşturur.¹⁴¹⁴ Bu nedenle yazar, Savigny ve Jhering’in kurum yaklaşımlarını “daha basit ve daha doğru” bulur.¹⁴¹⁵ 1932 tarihli devam makalesinde, Bonnecase, Hauriou’nun bilgisine, hocalığına ve anısına her zaman saygı duyduğunu ve eleştirilerinden aksi anlam çıkarılmaması gerektiğini açıklar.¹⁴¹⁶ Yazar, Hauriou’nun monizm karşıtlığı ile idare hukukunun özerk bir hukuk dalı hâline getirilmesinde ve kurum teorisinin geliştirilmesinde büyük rol oynadığını ifade eder.¹⁴¹⁷ Bonnecase’ın eleştirileri, yine de, teoriye getirilmiş en sert eleştiriler olarak kabul edilir.

Maurice Hauriou’nun İdare Hukuku ve Kamu Hukuku İncelemesi (*Précis de droit administratif et de droit public*) kitabının, ölümünün ardından yayımlanan on ikinci baskısında, eserin baskılarında güncel ve tartışmalı olan önemli konular üzerine yazılan önsözler içermesi geleneğine uygun olarak, André Hauriou’nun, “Kurum

¹⁴¹⁰ Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution”, 1931, n° 4, 246.

¹⁴¹¹ Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution”, 1931, n° 4, 246.

¹⁴¹² Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution”, 1931, n° 4, 246-247.

¹⁴¹³ Julien Bonnecase, “La science du droit civil: Considérations sur son état présent (suite)”, **RGD**, C. 55, 1931, n° 3, s. 165.

¹⁴¹⁴ Julien Bonnecase, “La science du droit civil: Considérations sur son état présent (suite)”, 1931, n° 3, 167.

¹⁴¹⁵ Julien Bonnecase, “La science du droit civil: Considérations sur son état présent (suite)”, 1931, n° 3, 175.

¹⁴¹⁶ Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, n° 4, 1932, 241.

¹⁴¹⁷ Julien Bonnecase, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, n° 4, 1932, 262-263.

Teorisi ve İdare Hukuku” başlıklı önsözü yer alır.¹⁴¹⁸ 1932 tarihinde kaleme aldığı önsözünde André Hauriou, özellikle Bonnacase’in makalesinde yer verdiği eleştirilere, idare hukuku perspektifinden cevap aramıştır. André Hauriou, Bonnacase’in mistik bulduğu hususun, erkin kurulmasında, “liderlerin iradesinin ve enerjisinin teşebbüsün yönetici fikrine artan boyun eğmesi” olduğunu açıklar.¹⁴¹⁹

André Hauriou’ya göre kudretin fonksiyona zaman içinde artan boyun eğmesi, kurum teorisinde tartışmalı meselelerin çözümüne ulaşılabilirlik esas meseledir. Maurice Hauriou bu durumu, 1896 yılında, toplumsal örgütlerin kuruluşunu fedaya dayandırarak açıklar. André Hauriou’ya göre, kudrete dayalı kurum olgusu, feda ruhu fikriyle yara almış ve sonradan büyük önem kazanan fonksiyonun gerçekleştirilmesi adına feda edilmiştir.¹⁴²⁰ André Hauriou, bu sürecin gerçekliğinin çarpıcı bir kanıtına, idari rejimin evriminde rastlanabildiğini savunur.¹⁴²¹

Eski Rejim’de, illerin idaresi için gönderilen görevlilerin amacı, halkın istekleri ve refahının karşılanması değil, siyasi kudrette krallık yararına bir artış ve feodalizmde düşüş sağlamaktır.¹⁴²² Napoléon Bonaparte’ın, 1799’da, Fransa’nın mevcut merkezileşmesini oluşturduğunda da amacı, ulusu geri almak ve onu bir tahakküm aracı hâline dönüştürmektir.¹⁴²³ On dokuzuncu ve yirminci yüzyıl boyunca kurulan ve kurumlaşan idari erk ise, André Hauriou’ya göre, “neredeyse her zaman kendiliğinden, sunulacak hizmet ve yerine getirilecek fonksiyon fikrine tabi olmuştur”.¹⁴²⁴ İptal davası başvuruları, bu boyun eğmede başat rol oynar. Zira, André Hauriou’ya göre, iptal davası başvuru yolu ile “idare, kendi bağrından çıkan bir yargıç tarafından kendi kendisini denetler ve kendisini, her seferinde yalnızca kamu menfaati yönünde hareket etmeye zorlar”.¹⁴²⁵ André Hauriou, kurum teorisinin, Fransız idaresinin genel ilkelerini akla uygun biçimde düzenleme yetkinliğine sahip olmasını, başarısının aşikâr göstergesi olarak değerlendirir.¹⁴²⁶

¹⁴¹⁸ André Hauriou, “Préface”, *Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public* içinde, on ikinci baskı, 1933, s. v-viii.

¹⁴¹⁹ André Hauriou, “Préface”, s. vi.

¹⁴²⁰ André Hauriou, “Préface”, s. vi.

¹⁴²¹ André Hauriou, “Préface”, s. vii.

¹⁴²² André Hauriou, “Préface”, s. vii.

¹⁴²³ André Hauriou, “Préface”, s. vii.

¹⁴²⁴ André Hauriou, “Préface”, s. vii.

¹⁴²⁵ André Hauriou, “Préface”, s. vii.

¹⁴²⁶ André Hauriou, “Préface”, s. viii.

Hauriou'nun kurum teorisinin zaman içinde dönüşümü, çeşitli eleştirilerle karşılaşmasına neden olmuştur. Duguit'nin belirsiz (*obscur*) olarak nitelendirdiği¹⁴²⁷ ve François Géný'nin parça parça ve dağınık bir fikir olarak değerlendirdiği¹⁴²⁸ teori, uzun yıllar sonra da benzeri tespitlere konu olmuştur. Hauriou'nun teorisinin “çelişkili perspektifler (*perspectives contradictoires*)” içerdiği savunulmuştur.¹⁴²⁹ Bir değerlendirme de Hauriou'nun kurum teorisinin, tereddüt ya da tutarsızlık sayılamayacak kuramsal bir “dalgalanma (*oscillation*)” içerdiğidir.¹⁴³⁰ Ancak bu değerlendirme, Duguit ya da Bonnecase'ın eleştirileri türünden bir olumsuzluk taşımaz. Bu dalgalanma, tutarlı bir teorik bütünde birbirini tamamlayan iki perspektif arasında, olanı ifade eden pozitivist teorinin olması gerekeni ifade eden spiritüalist teoriye dönüşmesi çizgisinde, iniş çıkışlı bir ritmi ifade eder.¹⁴³¹ Bilimsel pozitivizm ile idealizm sentezinden meydana gelen çelişkili yorumlar, Hauriou'nun kurum teorisinin yöntemsel bir dönüm noktası olarak doktrinde değerli bir yol açtığı gerçeğini değiştirmez.¹⁴³² Jean-Arnaud Mazères de Hauriou'nun, zamanı ölçen bir sarkaç gibi, kurumun realist olarak kuran ya da kurumlaştıran (*instituant*) sosyal aracısı ile ideal olan kurulan yahut kurumlaşan (*institué*) ideal model kavramları arasında gidip geldiğini ifade eder.¹⁴³³

Eleştirilerin özü, Hauriou'nun karşıt akımların bağdaşmaz görünen bakış açılarını birleştirmesinden ileri gelir. Hauriou'nun düşünce sistemi, gerçekten de, değişime açıktır ve zamana direnmez. Bu nedenle de zaman zaman Hauriou'nun, aynı hususlara ilişkin olarak, önceki bakış açısına zıt pencerelerden baktığına rastlanır. Ancak bu karşıtlıklar çoğu zaman birer tereddüt, çelişki yahut kararsızlıktan ziyade Hauriou'nun geleneksel metodunun tezahürleridir. Ne var ki, kurum teorisinin, özellikle 1896 yılındaki ilk emarelerinin, Hauriou'nun daha sonra tamamıyla

¹⁴²⁷ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 2, ikinci baskı, 1923, s. 38; niteleme için bkz. “Table analytique : Hauriou”, s. 695.

¹⁴²⁸ François Géný, *Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, C. 2: Élaboration scientifique du droit positif, Paris: Sirey, ikinci baskı, 1927, ss. 91-92.

¹⁴²⁹ Julia Schmitz ve Jean-Gabriel Sorbara, “Présentation de l'article « La théorie de l'institution & de la fondation (Essai de vitalisme social) »”, *Miscellanées Maurice Hauriou*, C. 1 içinde, s. 175.

¹⁴³⁰ Jean-Arnaud Mazères, “La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué”, s. 244.

¹⁴³¹ Julia Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique*, s. 59.

¹⁴³² Julia Schmitz ve Jean-Gabriel Sorbara, “Présentation de l'article « La théorie de l'institution & de la fondation (Essai de vitalisme social) »”, s. 175.

¹⁴³³ Jean-Arnaud Mazères, “La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué”, s. 293.

vazgeçtiği birtakım hususlar da içerdiği son derece açıktır. Hauriou, takip eden yıllarda bu hususları açık ifadelerle dışlamamış, çoğunlukla yok saymıştır. Bu durum da Hauriou'nun kurum teorisinin, doktrinde, başlangıç ve ileri dönem fikirlerinin rastgele harmanlanarak yorumlanabilmesini ve yanlış anlaşılmasını doğurmuştur. Hauriou'nun kurum teorisinin, 1925 tarihli ilgili makalesinde ele aldığı biçiminin nihai bir sistem içerdiğini kabul etmek yanlış olmayacaktır. Bu sistemi ortaya koyan esaslar ise; kurumun unsurlarıdır.

B) Kurum Teorisinin Unsurları ve Aşamaları

Hauriou düşüncesinde “bir topluluk, bir teşekkül ilk safhasında bir müessese değildir”.¹⁴³⁴ Kurumun varlığından söz edebilmek için, bir silsile teşkil eden kurucu unsurlara ihtiyaç vardır. Korporatif bir kurumun unsurları; “bir sosyal grupta gerçekleştirilecek eser fikri”, “gerçekleştirilmesi için bu fikrin hizmetine sunulan örgütlü güç” ve “sosyal grupta ortaya çıkan, fikir ve onun gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan birliğe katılma tezahürleri”dir.¹⁴³⁵

Unsurlar, kaynağını doğrudan ya da dolaylı olarak idare hukukunda bulur. Eser fikrinin çıkış noktası, idarenin faaliyetlerindeki “kamu hizmeti” ile “kamusal fonksiyon” temel fikridir. Fikri gerçekleştirecek olan örgütlü güç, “idari teşkilat” yapılanmasında ve daha genel anlamıyla, “idare” kavramının kendisinde, onun sahip olduğu “kamu gücü” ile tezahür eder. Birliğe katılma tezahürleri ise, Hauriou'nun, kurumun sosyal ortamını teşkil eden toplum fikrinin de dayanağı olarak gördüğü, “emek birliği” ve “bir arada yaşama” ayrımıyla açıkladığı sosyal dayanışmadır. Fikrin ortaya çıktığı uygun sosyal ortam ise, idarenin dirimselliği, yaşayan bir organizma olması pratiğinin temel teşkil ettiği bir yapıdır. Ortak bilinç ve sürekliliğine olan ihtiyaç ise, “kamu yararı” fikri ile birlikte “kamu hizmetlerinin devamlılığı ve düzenliliği” ilkesiyle ilişkilidir. Kurumun stabil bir sosyal düzene duyduğu ihtiyaç dahi, yıllarca farklı açılardan yorumlanmış ve hatta uzak çıkarımlara sebep olmuşsa da, idare hukukunun “kamu düzeni” kavramına karşılık olarak düşünülebilir ve ondan daha uç bir noktada bulunmaz. Hauriou'nun böylece, idare hukuku doktrininin

¹⁴³⁴ Sıddık Sami Onar, “Hauriou'nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 504.

¹⁴³⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 97-98.

sacayakları ile bir kurum tasavvur edip daha sonra bu “kurum” varlığını, genel kamu hukukuna kuramsal bir katkı sunacak biçimde tümevarım yoluyla geliştirmesi; yazarın geleneksel yöntemlerine uygundur.

Korporatif kurumun ilk ve en önemli unsuru; bir sosyal grupta veya bu grubun yararına “gerçekleştirilecek eser fikri (*idée de l'œuvre à réaliser*)”dır. Fikir, doğduğu andan itibaren objektif niteliklidir ve bu nedenle zihinler arasında geçiş yapabilir.¹⁴³⁶ Hauriou, gerçekleştirilecek eser fikrini, “teşebbüsün yönetici fikri (*idée directrice de l'entreprise*)” olarak adlandırır.¹⁴³⁷ Grup üyelerine etki eden objektif fikirdir ve kalabalıkları çeken de fikrin gizemidir.¹⁴³⁸ Rémi Chéno’ya göre, yönetici fikir, kurumda gerçek bir iç güç teşkil ederek, paradoksal biçimde, kuruma gerçekçi bir yaklaşım getirir.¹⁴³⁹ Fikirlerin doğuşu da bir yaratım değil, ancak buluştur.¹⁴⁴⁰ Hauriou, objektif fikri doğada bulunan bir madene, ortaya çıkarılmalarını ise, bir madencinin madeni, onu çevreleyen ganglarından kurtarıp çıkarmasına benzetir.¹⁴⁴¹ Hauriou, fikirlerin, her zihinde o zihne has ve fikri kavram hâline getirecek bir tepkiyle karşılaşacağını, dolayısıyla subjektif bir yorum kazanacağını kabul eder.¹⁴⁴²

Hauriou’nun yönetici fikir teorisi ve fikrin Hauriou doktrinde anahtar kavram olarak değeri, David Hume tarafından fikre verilen önemi çağrıştırır. Hume, çoğunluğu oluşturanların azınlıklar tarafından kolayca yönetilebilmesinin ve insanların bireysel duygu ve isteklerini, yönetenlerin duygu ve istekleri lehine feda etmeye boyun eğmelerinin son derece şaşırtıcı olduğunu vurgular.¹⁴⁴³ Buradan yaptığı

¹⁴³⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 101.

¹⁴³⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 98. Tarık Zafer Tunaya, kavramı, “nâzım fikir” biçiminde tercüme etmiştir (Bkz. Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimâî vitalizm denemesi)”, çev. Tarık Zafer Tunaya, s. 647). Literatürde yönetici fikri niteleyen, “cazip”, “objektif”, “muharrik”, “yaratıcı” (Hauriou’nun amacını karşılayan ifadenin “yaratıcı düşünce” olduğunu düşünen örnek için bkz. Bahir Güneş Türközer, **Hukuku Açıklamada Kurum Teorisi**, ss. 32-33.) gibi sıfatların da varlığı vaki olmakla birlikte, bunların, çoğunlukla, doğrudan “*idée directrice*” kavramını karşılamaktan ziyade, bu fikri niteleyen kavramlar olduğu görülmektedir.

¹⁴³⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 109.

¹⁴³⁹ Rémi Chéno, “La pertinence ecclésiologique de la théorie de l’institution de Maurice Hauriou”, **Revue des sciences religieuses**, 82/2, 2008, (ss. 225-243), n° 82.205, internet yayın tarihi: 6 Kasım 2015, URL : <http://journals.openedition.org/rsr/2163>, erişim tarihi: 3 Mayıs 2020, § 14.

¹⁴⁴⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 101.

¹⁴⁴¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 101.

¹⁴⁴² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 100-101.

¹⁴⁴³ David Hume, **Essais et traités sur plusieurs sujets (1758)**, C. 1: Essais moraux, politiques et littéraires, İngilizceden Fransızca’ya çev. Michel Malherbe, Paris: Vrin (koleksiyon: Bibliothèque des textes philosophiques), 1999, s. 93.

çıkarmam ise, fiziksel kuvvet her zaman çoğunluğun elinde bulunduğuna göre, yöneten azınlıkların fikre dayandığıdır.¹⁴⁴⁴ Hume’a göre yönetim despot da olsa halkçı da olsa, yalnız fikir üzerine inşa edilir.¹⁴⁴⁵

Objektif fikir ile fikrin zihinlerde aldığı bu subjektif kavram farklıdır. Yazara göre, fikrin subjektif tezahürü, ancak bilinçli iradelerde geçici süreler için söz konusuyken; objektif fikir, belleğin bilinçaltında sürekli yaşıyor olacaktır.¹⁴⁴⁶ Fikir unsurunda yadsınamayacak bir etken de insan eliyle sürdürülen mücadeledir. Hauriou, “ilgiliiler grubu (*groupe des intéressés*)” olarak adlandırdığı bu grubu, korporatif kurumun olmazsa olmazı olarak görür.¹⁴⁴⁷ Hauriou, subjektif ve objektif uzlaşmasının, “bilinçli irade” ile “bilinçaltı fikri” bütünlüğünün, tarihte yeri olduğunu belirtir.¹⁴⁴⁸ Yazara göre, on dokuzuncu yüzyıl ortalarına doğru, önce ultra-subjektivist bir anlayışla, elli yıl sonra ise, onun yol açtığı bir ultra-objektivist anlayışla bu uzlaşma bozulup çekişme başlamıştır.¹⁴⁴⁹

“Fikir” kavramı, Hauriou düşüncesinde, onunla karıştırılabilecek olan “amaç”, “hedef” ve “fonksiyon” gibi kavramlardan farklı; “konu” kavramıyla benzerdir. Fikir teşebbüsün içinde, amaç dışındadır.¹⁴⁵⁰ Fikir, amaçtan farklı olarak, bir eylem planı ya da örgüt unsuru barındırır.¹⁴⁵¹ Kurumların amaçlarını örgütleri belirlerken; fikir, kurumun birlik tezahürü olan objektif bireyselliğine bağlıdır.¹⁴⁵² Hauriou, fikir ile amaç arasındaki ayrımın temelini, eylem planı ile sonuç arasındaki farkta görür.¹⁴⁵³ Yazar, gerçekleştirilecek eser ya da teşebbüs fikri ile “ulaşılacak hedef” arasında da ayrım yapar. Bu ayrımın özü ise, fikrin, hedefe ek olarak, hedefe ulaştıracak araçları da kapsıyor olmasıdır.¹⁴⁵⁴ “Fonksiyon” ise, yalnızca teşebbüsün daha önce gerçekleştirilmiş ya da en azından daha önce belirlenmiş kısmını ifade etmesi

¹⁴⁴⁴ David Hume, *Essais et traités sur plusieurs sujets (1758)*, C. 1, çev. Michel Malherbe, s. 93.

¹⁴⁴⁵ David Hume, *Essais et traités sur plusieurs sujets (1758)*, C. 1, çev. Michel Malherbe, s. 93.

¹⁴⁴⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 100.

¹⁴⁴⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 101.

¹⁴⁴⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 90-91.

¹⁴⁴⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 91.

¹⁴⁵⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 98-99.

¹⁴⁵¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁴⁵² Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou: La méthode juridique d’Hauriou. La notion générale de l’Institution”, *Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique*, C. 1, 1931, s. 177.

¹⁴⁵³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁴⁵⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

nedeniyle gerçekleştirilecek eser ya da teşebbüs fikrinden ayrılır.¹⁴⁵⁵ Zira fikirde ayrıca, “fonksiyonu aşan, belirlenmemiş ve hayalî kısım” vardır.¹⁴⁵⁶ Hauriou, pozitif hukukun fikir ile fonksiyon arasındaki bu ayrımı uzun yıllar reddettiğini ifade eder.¹⁴⁵⁷ Fransa’da din ve hayır kurumlarının yükümlülük getiren bağışları kabulünün resmî uzmanlık alanıyla sınırlanması; kilise konseyinin sadaka şartlı, hastanenin okul açma şartlı bağışları kabulüne izin verilmemesi, Hauriou’ya göre, Fransız idare hukukunda bu reddin örneğidir.¹⁴⁵⁸ Böylece diğer kavramlardan ayrılan fikir, “konu” kavramıyla birlikte tezahür eder. Hauriou’ya göre, “teşebbüsün fikri, teşebbüsün konusudur; çünkü teşebbüs, fikri gerçekleştirmeyi konu edinir”.¹⁴⁵⁹ Teşebbüsün sosyal bireysellik kazanması da, yazara göre, “fikirle ve fikirde objektifleşmesi” ile olur.¹⁴⁶⁰ Gilles Jeannot, eylem planı ve onun takip edilecek yönergelerini esas alan “fikir” kavramının; ayrıca, modern literatürde revaçta olan, paylaşılan ilkelere dayalı “değer” kavramından da uzak olduğunu belirtir.¹⁴⁶¹

Sıddık Sami Onar, Osmanlı İmparatorluğu’nda dört yönetici sınıfın (mülkiye, ilmiye, seyfiye ve kalemiye) güçlü kurumlar olduğunu, ne var ki dünya çapındaki sosyal ortamın fikir akımlarını yakalayamadıklarını tespit eder.¹⁴⁶² Bu sınıflar, fikirlerin dönüştüğü subjektif görünümleri takip edemeyerek, fonksiyonlarını yerine getirememiş ve kamusal ihtiyaçları karşılayamamışlardır.¹⁴⁶³ Ayrıca yönetim organları yozlaşmış, liyakatsiz kimseler kurumların fikrine yabancı oldukları hâlde bu organlara getirilmiş ve neticede güç kaybedilmiştir.¹⁴⁶⁴ Yine Onar, Tanzimat Dönemi ile Cumhuriyet Dönemi arasındaki farkı da kurumun fikir unsurunda bulur. Onar’a göre, Tanzimat Dönemi’nde fikir unsuru eksiktir.¹⁴⁶⁵ Cumhuriyet Dönemi’nin farkı ise

¹⁴⁵⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁴⁵⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁴⁵⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁴⁵⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 99-100.

¹⁴⁵⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 100.

¹⁴⁶⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 100.

¹⁴⁶¹ Gilles Jeannot, “La théorie de l’institution de Maurice Hauriou et les associations”, **Annales de la recherche urbaine**, n° 89 (Le foisonnement associatif), 2001, s. 21.

¹⁴⁶² Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müesseseler Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, ss. 513-514.

¹⁴⁶³ Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müesseseler Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 514.

¹⁴⁶⁴ Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müesseseler Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 514.

¹⁴⁶⁵ Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müesseseler Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, ss. 515-520.

fikrin halkta yayılması unsuruna değer vermesi olmuştur.¹⁴⁶⁶ Onar, Cumhuriyet'in, hem kurumun varlığı için gerekli olan "iman ve ihtisas"ı sağlamak hem de halkevleri gibi çeşitli yöntemlerle yeni fikrin sosyal ortam yerleşmesi için mücadele ettiğini ortaya koyar.¹⁴⁶⁷

Korporatif kurumun ikinci unsuru, teşebbüs fikrinin gerçekleştirilmesi üzere hizmetinde olan "örgütlü bir hükûmet kudreti (*un pouvoir de gouvernement organisé*)" dir.¹⁴⁶⁸ Hauriou'nun, bu unsuru, "kurumun örgütü (*organisation de l'institution*)" olarak ele almama sebebi, "kudret" in bir irade biçimini temsil ediyor olmasıdır.¹⁴⁶⁹ Zira yazara göre, kudretin devreye girmesi; organların, yalnız iradenin kudretleri olarak algılanmasını ve böylece, örgütün insan unsurunun manevi nitelik kazanmasını sağlar.¹⁴⁷⁰

Kurumun üçüncü ve son unsuru, "birlik tezahürü (*la manifestation de communion*)" dır. Birlik tezahürü; "grup üyelerinin ve ayrıca hükûmet organlarının, ya gerçekleştirilecek eser fikrinde ya da kullanılacak araçlarda bir araya gelmelerini" ifade eder.¹⁴⁷¹ Hauriou'ya göre birlik, sosyal ve politik kurumların kuruluşlarında görülen halk hareketlerinde net biçimde gözlemlenebilir.¹⁴⁷² Hauriou bu kuruluşlara örnek olarak; Orta Çağ'da belediyeleri, on dokuzuncu yüzyılın sonunda sendikaları, milattan bin yıl önce devletleri gösterir.¹⁴⁷³ Gözlemlenebildiği bir diğer hareket ise, kurumların kuruluşlarından önce görülen coşkulu toplantılardır.¹⁴⁷⁴

Birlik hareketleri, Hauriou'da, kolektif bilinç değil, ortak fikir ve ortak duygularda birleşen bireysel bilinçlerdir.¹⁴⁷⁵ Birlik, böylece, fikrin, bu bilinçlerde geçici olarak subjektif duruma geçmesini sağlar. Çok sayıda bilinçte ortak benzer

¹⁴⁶⁶ Sıddık Sami Onar, "Hauriou'nun Müessesese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki", s. 520.

¹⁴⁶⁷ Sıddık Sami Onar, "Hauriou'nun Müessesese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki", s. 520.

¹⁴⁶⁸ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 102.

¹⁴⁶⁹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 102.

¹⁴⁷⁰ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", ss. 102-103.

¹⁴⁷¹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 105.

¹⁴⁷² Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 105.

¹⁴⁷³ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 105.

¹⁴⁷⁴ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 105.

¹⁴⁷⁵ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", ss. 105-106.

kavramlara ve eylem eğilimlerine yönelen fikir, birlik hareketine yol açar.¹⁴⁷⁶ Hauriou'nun bu yaklaşımı, Émile Durkheim tarafından ortaya konulan “kolektif bilinç” düşüncesine karşıttır.

Durkheim, toplumsal kısıtlama konusunda, mevcut iki zıt görüşün dışında bir üçüncü görüş ileri sürer. Buna göre, zıt görüşlerden ilki, Machiavelli, Hobbes ve Rousseau düşüncesinde yer alıp; toplumsal amaçlar ile bireysel amaçların zıt olduğu ve ortak yaşama doğal olarak direnç gösteren insanın ancak zorlandığında ona teslim olabildiği iddiasına dayanır.¹⁴⁷⁷ Durkheim'a göre bu yaklaşımda bireyin toplumsal amaçlar doğrultusunda hareket etmesini sağlamak bir kısıtlama gerektirir ki kurumda ve örgütte bu kısıtlama “toplumsal eser”dir.¹⁴⁷⁸ Ancak Durkheim, bu kısıtlamayı sağlayacak bir kurum ya da örgütün ancak yapay nitelikte olabileceğini ifade eder.¹⁴⁷⁹ Diğer görüş ise, Spencer ile birlikte doğal hukuk teorisyenleri ve iktisatçılar tarafından savunulandır.¹⁴⁸⁰ Bu yaklaşım, sosyal yaşamın kendiliğindenliği ve toplumun doğallığı düşüncesine ve bireyin tabiatında buna uygun bir temel bulunmasına dayanır.¹⁴⁸¹ Durkheim ise bir üçüncü bakış açısı ortaya koyar. Kısıtlamayı kabul eder ancak bunun mekanik bir sisteme değil, bireyin, kendisini, kendisine hükmeden ve önünde eğildiği doğal bir kuvvetin mevcudiyetinde bulmasına dayandığını savunur.¹⁴⁸² Durkheim'a göre, sosyal yaşamın kaynağı bireyin tabiatında bulunmaz; kendine özgü tabiatı olan kolektif varlığın kendisinde bulunur.¹⁴⁸³

Hauriou, Durkheim'ın kolektif bilinç teorisinin, birlik gerçekliğini küçümsediğini savunur.¹⁴⁸⁴ Zira Hauriou'ya göre kolektif bilinç, sosyal ortamda ancak ortalama bir görüşü yansıtacaktır.¹⁴⁸⁵ Oysa, aynı fikir, çok sayıda bireysel bilinçte geçici subjektif tezahürlerden geçtiğinde, eyleme yönelik sonuçlarda, en yüksek bilinçlerin de rolü olacaktır.¹⁴⁸⁶ Hauriou, fikirde birlik ile kolektif bilinç farkının; uygarlığın ilerleyişini elitlerin eylemine bağlamak ile sosyal ortamın dönüşümüne

¹⁴⁷⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 106.

¹⁴⁷⁷ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris: Félix Alcan, 1895, s. 148

¹⁴⁷⁸ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, s. 148.

¹⁴⁷⁹ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, ss. 148-149.

¹⁴⁸⁰ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, s. 149.

¹⁴⁸¹ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, s. 149.

¹⁴⁸² Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, s. 150.

¹⁴⁸³ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, s. 151.

¹⁴⁸⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 106.

¹⁴⁸⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 106.

¹⁴⁸⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 106.

bağlamak farkı ile paralel olduğunu ifade eder.¹⁴⁸⁷ Fikirde birlik, bir eylem birliğidir (*communion d'action*).¹⁴⁸⁸ Bu birlik, iradelerin bir lider yönetiminde uyuşmasını; entelektüel rıza ile birlikte, hareket etme iradesi ve hareketin başlamasını mümkün kılar.¹⁴⁸⁹ İradelerin uyuşması ise, Hauriou'nun kurum düşüncesinde, "kuruluş" hukuki işlemine varır.¹⁴⁹⁰

Hauriou'ya göre, korporatif kurumların unsurları, sistemli bir süreç içerisinde çeşitli roller üstlenir. Bu süreç, kişilik teorisinde önemli yeri olan bir üçlü harekete bağlıdır.¹⁴⁹¹ Kurum, "cisimlenme (*incorporation*)"¹⁴⁹² olgusundan geçerek, "kişileşme (*personnification*)" aşamasına varırlar.¹⁴⁹³ Bu iki olgu da, önce irade kudretleriyle hükûmet organlarını ve sonra grup üyelerinin birleşme tezahürlerini fikir çerçevesine geçiren içselleştirme (*intériorisation*) hareketine bağlıdır.¹⁴⁹⁴ Hauriou'ya göre bu süreç boyunca unsurların tümü, maddi olmaktan ziyade spiritüel ve birlik de psiko-fizik niteliklidir.¹⁴⁹⁵ Birbirine bağlanan üç hareketin gerçekliğini kanıtlamayı, Hauriou, kişileşmenin doğal niteliğini ortaya koyacağı için, manevi kişiliğin de ispatı olarak görür.¹⁴⁹⁶ Bu ispatı ise, korporatif psikoloji ile bireysel psikoloji karşılaştırmasıyla yapmayı önerir.¹⁴⁹⁷

Hauriou'ya göre toplum, içinde, insan zihninin ve belli objektif fikirlerin karşılıklı aksiyon ve reaksiyonları olan psikolojik bir eserdir, ki bunlar kurumların temelini teşkil eder.¹⁴⁹⁸ Korporatif kişilik, insan kişiliği imgesinde yapılan bir sosyal yaratımdır, ama bilinçaltı biçimde yapıldığı için, insan kişiliğinin, bilinçli içebakışın ortaya çıkaramadığı güçlerini ortaya çıkarabilir.¹⁴⁹⁹ Ayrıca korporatif kişilikte örgütsel

¹⁴⁸⁷ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 106.

¹⁴⁸⁸ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 106.

¹⁴⁸⁹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 106.

¹⁴⁹⁰ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 106.

¹⁴⁹¹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 107.

¹⁴⁹² Hauriou'nun "incorporation" kavramını, "katılma", "eklenme", "karışma", "birleşme", "bütünleşme" yahut Tarık Zafer Tunaya'nın Türkçe çevirisi için uygun gördüğü üzere "kaynaşma" anlamlarında kullandığına sıkça rastlanır (Bkz. Maurice Hauriou, "Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimai vitalizm denemesi)", çev. Tarık Zafer Tunaya, s. 646). Bu aşamanın, "kişileşme" aşamasından ayrımını ortaya koymak amaçlı kullanımlarda, kurumun kişilik kazanmadan önceki objektif oluşumuna atıf söz konusu olduğundan "cisimlenme" kelimesi, anlamı daha doğrudan karşılıyor görünmektedir.

¹⁴⁹³ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 106.

¹⁴⁹⁴ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", ss. 106-107.

¹⁴⁹⁵ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 98.

¹⁴⁹⁶ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 107.

¹⁴⁹⁷ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 107.

¹⁴⁹⁸ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 107.

¹⁴⁹⁹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 107.

detaylar iyice büyütülür ve sanki bir ekrana yansıtılır gibi gözlem yapmak kolaylaşır.¹⁵⁰⁰ Ancak bir ön gözlem zorunludur: korporatif kişiliğin ve insan kişiliğinin karşılaştırmalı psikolojisi, ancak insan kişiliği kendisi bir ölçüde korporatif bir kuruma asimile edebilirse kurulabilir.¹⁵⁰¹ Hauriou'nun başlangıç eserlerinde cisimlenme ve kişileşmeden ibaret iki aşama olarak ele alınan bu süreç, Muvaffak Akbay'ın da belirttiği üzere¹⁵⁰², son eserlerinde üç ya da (organların meydana çıkışı ve derecelenmesi ile iç dengelerin kurulması tek değil iki aşama kabul edildiğinde) dört¹⁵⁰³ aşama olarak ele alınır. Kişileşme aşaması, kurum teorisi için olmazsa olmaz bir evredir. Delos, kişilik doktrinine varmayan bir kurum teorisinin, malul ve sonuçlardan kopuk olacağını savunur.¹⁵⁰⁴

Hauriou'ya göre radikal subjektivistlerin hatası, kuruluş işleminin subjektifliğine aldanarak, kurumun manevi kişiliğinin korporatif örgütlenmesinden önce var olup kuruluşu açıkladığına inanmaktır.¹⁵⁰⁵ Kuruluştaki subjektiflik; korporatif kurumların, eser ve teşebbüs fikrinin üyelerin bilincinde subjektif hâle geçtiği kurucu iradeler birliği krizinde doğmasından kaynaklanır.¹⁵⁰⁶ Bu kriz ise, yalnız organların kurulması bakımından subjektiftir.¹⁵⁰⁷ Oysa bu aşamada kurumun organları olmadığından manevi kişilik iradesi de yoktur.¹⁵⁰⁸ Manevi kişinin organlarının manevi kişinin iradesiyle kurulacağı düşüncesi ise baştaki savın kanıt olarak gösterilmesine (*pétition de principe*) dayanır.¹⁵⁰⁹ Gerçekte ise, manevi kişinin organizasyonu kurucular tarafından dışarıdan yapılır ve kuruluşun krizleri yalnız organların kurulmasında ve yalnız bu kurucular bakımından subjektiftir.¹⁵¹⁰ Hauriou, kurucu iktidar ile kurulu hükûmet iktidarı arasındaki farkı da bu gerçeğe dayandırır.¹⁵¹¹

Salt objektivist sistemin hatası ise, Hauriou'ya göre, hukuk kurallarının, dolayısıyla “sosyal ortam (*milieu social*)”ın kurumları yarattığı fikridir. Oysa gerçekte

¹⁵⁰⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 107.

¹⁵⁰¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 108.

¹⁵⁰² Muvaffak Akbay, **Umumi Âme Hukuku Dersleri**, s. 443.

¹⁵⁰³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, ss. 72-73.

¹⁵⁰⁴ Joseph-Thomas Delos, “La théorie de l’Institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif”, **Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique**, n° 1, 1931, s. 127.

¹⁵⁰⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

¹⁵⁰⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 123.

¹⁵⁰⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

¹⁵⁰⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

¹⁵⁰⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

¹⁵¹⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

¹⁵¹¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 124.

olan, Hauriou'ya göre, "inisiyatif" ve "kurma" yetkilerinin, hükûmet etme kudretini elinde bulunduran kurumların elinde olduğudur.¹⁵¹² Yazara göre, hak kaideleri, yalnızca bireylerin hak ve eylem alanlarını ayıran sınır taşlarıdır.¹⁵¹³ Hauriou, salt objektivist ve salt subjektivist sistemlerin aksiyon ile süregitmeyi birbirine karıştırdığı; aksiyon için reaksiyonu, kurma için süregitmeyi kullandıklarını savunur.¹⁵¹⁴

Subjektivist sistem devletlerin doğuşunu, objektivist sistem ise hak kaidelerinin oluşumunu (zaman içinde kitlelerce zorunlu addedilene dek) salt tarihsel konular olarak görmüşler, hukukun dışında bırakmışlardır.¹⁵¹⁵ Hauriou'ya göre, subjektif unsurlar, kurucu kuvvetler ve aksiyona dairdir.¹⁵¹⁶ Hak kaidesi, sosyal ortam ve kamu düzeni ise reaksiyon, süregitme ve süreklilik unsurlarıdır.¹⁵¹⁷ Yazara göre bu unsurları karıştırmak, hukukun temellerini hukuk dışına atmakla sonuçlanır.¹⁵¹⁸

Gurvitch, Hauriou'nun, cisimlenme aşamasının ötesine geçmeyen toplulukların yapısını yeterince incelememesinin, teoriyi bir sonuçtan mahrum bıraktığını düşünür.¹⁵¹⁹ Bu sonuç, bu toplulukların hâkim ve hiyerarşik karakterinin kurumsal hukukun bireysel hukuk düzeninin emrinde olmasından kaynaklanmasıdır.¹⁵²⁰ Ancak yine de Gurvitch'e göre, Hauriou'nun bakış açısı, anti-hiyerarşik ve eşitlikçi olması farkıyla, sosyal hukukta ve onun örgütlü ve örgütsüz türleri arasında bir sentez kurmada katkısı yadsınamaz.¹⁵²¹

Ancak Hauriou, kurum teorisine, yalnızca sosyal hukukun işleyişinde süreçlerin anlaşılmasını kolaylaştıran bir araç olarak yaklaşmaz. Hauriou doktrininde kurum teorisi çok daha geniş bir kapsama ve bağlantılara sahiptir. Ne var ki, salt soyut kavramlardan mürekkep bir teori olarak ele alınmasında, özellikle kurucu unsurları benzeri olgulardan ayırmakta güçlüklerle karşılaşılabilir. Hauriou, korporatif kurumun unsurlarını, en önemli ve en karmaşık iki temel örnek üzerinden somutlaştırır. Bu örneklerin ilki "insan", ikincisi "devlet"tir.

¹⁵¹² Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 94.

¹⁵¹³ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 94.

¹⁵¹⁴ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 95.

¹⁵¹⁵ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 95.

¹⁵¹⁶ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 95.

¹⁵¹⁷ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 95.

¹⁵¹⁸ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 96.

¹⁵¹⁹ Georges Gurvitch, "Les idées maîtresses de Maurice Hauriou", s. 176.

¹⁵²⁰ Georges Gurvitch, "Les idées maîtresses de Maurice Hauriou", s. 176.

¹⁵²¹ Georges Gurvitch, "Les idées maîtresses de Maurice Hauriou", s. 176.

Hauriou'ya göre “insan”, gerçekleştirilecek bir eser fikrinde tezahür eden korporatif bir kurum olarak incelenebilir.¹⁵²² İnsanda unsurlar; gerçekleştirilecek eser unsuru için “yazgı (*destinée*)”, bu eserin fikri için “insan ruhu (*âme humaine*)”, bu fikrin gerçekleştirilmesi için hizmetinde olan yönetim organı ve irade kudreti “insan vücudu” ve birlik tezahürleri de insanın “bilinç durumları (*états de conscience*)” olarak karşılık bulur. Hauriou'ya göre, fikrin yazgı ile bağlantısı onu dinî ve manevi bir düzleme yönlendirir.¹⁵²³ Fikir olarak insan ruhu ise, ruhun kuruluş ilkesiyle onun etik niteliğini açıklar ve pozitif bir varoluşla, objektif bir gerçeklik olarak ortaya çıkar.¹⁵²⁴ Yönetim organı olarak insan vücudu ise, “sinirsel ve beyinsel araçlarıyla psiko-fizik bir organizma”dır.¹⁵²⁵

Hauriou, kurum olarak insana dair unsurlarda kabul edilmesi en güç tespitin ise, bilinç durumlarının birlik tezahürü olarak belirlenmesi olduğunu düşünür.¹⁵²⁶ Ne var ki, insan ruhunu fikir olarak bedenden ayrı düşünür ve psiko-fizik bir organizasyon kabul ettiğimiz insan bedenini olgusal ruh tezahürlerinin kaynağı olarak ele alırsak; Hauriou'ya göre, bilincin ruhsal tezahürleri bu unsuru layıkıyla karşılar.¹⁵²⁷ Dahası, birlik tezahürlerinde muhakkak rastlanan gerilim ve çelişkilere dahi, insan bilincinde; “vicdan çatışmaları, içgüdü ve tutkulara karşı verilen iç mücadeleler, çoğunluk ve azınlığın ortaya çıktığı iç müzakereler, bilinçteki değişimler, dönüşümler” gibi psikolojik içebakış bulgularında açıkça rastlanır.¹⁵²⁸ Bu birlik krizleri esnasında yönetici fikir, subjektif duruma geçer ve kaderini gerçekleştirir.¹⁵²⁹ Hauriou, yalnızca, “ben” ile “bilinç durumları”nın bire bir eşlenmesini tereddüt edilebilecek bir nokta olarak ortaya koyar.¹⁵³⁰ Ancak yazara göre, bu tehlike salt görünüştedir, çünkü uyku ve bayılma hâllerinde bilinç durumları kesildiği hâlde, “ben”in sürekliliği devam eder.¹⁵³¹

¹⁵²² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 108.

¹⁵²³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 108.

¹⁵²⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 108.

¹⁵²⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 108.

¹⁵²⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 109.

¹⁵²⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 109.

¹⁵²⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 109-110.

¹⁵²⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 110.

¹⁵³⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 110.

¹⁵³¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 110.

Hauriou'nun kurum sistemini, kurumun süreç ve unsurlarını somutlaştırmak adına teorisinde yer verdiği bir diğer önemli korporatif kurum örneği ise “devlet”tir. Hauriou'ya göre, “sosyal düzenin doğurduğu tüm kurumlar içinde devlet en yüce olanıdır”.¹⁵³² Kamusal nitelikli bir kurum olan devlet; Renard'a göre de “devlet, ulus, siyasi rejim ve idari rejim”den oluşan kamu hukuku kurumlarından biridir.¹⁵³³ Marcel Waline ise yapı olarak kurum niteliği gösteren birliklerin, devletler olmasa da kendi kuralları varsa ve organize olabilmişlerse (örgütlenebilmişlerse), kurum sayılabileceğini savunur.¹⁵³⁴ Bu nedenle; dernekler, şirketler, sendikalar, uluslararası federasyonlar, kiliseler gibi oluşumları kurum sayarken; Renard'ın öncelik verdiği “aile”yi kurum saymaz.¹⁵³⁵ Ancak Waline'e göre de, devletin kurum niteliği şüphe taşımaz.¹⁵³⁶

Hauriou, korporatif kurum örneği olarak yer verdiği devletin temel fikrini, “ulusal sivil toplumun, ülke toprakları üzerinde yetkili ve fakat bu toprakların maliki olmayan kamu gücü tarafından himaye edilmesi (protektorası)” olarak açıklar.¹⁵³⁷ Bu fikirde, belirli bir örgütlenme ya da eylem planı düşüncesi söz konusudur.¹⁵³⁸ Devletin amacını “ulusal sivil toplumun korunması” olarak açıklayan Hauriou, bu amacın sadece bir sonuç fikri uyandırdığını belirtir.¹⁵³⁹ Devletin fonksiyonu ise Hauriou'ya göre, “idare ve belirlenen hizmetler dizisi” olarak fikirden daha dar bir çerçevede sınırlı kalır.¹⁵⁴⁰ Oysa fikir; siyasi gücün belirsizlik içinde hareket ettiği ve vatandaşların ilgisini, idarenin mekanik işleyişinden çok daha fazla çekerek zihinlerde canlı kalan bir alana tekabül eder.¹⁵⁴¹ Toplumun ihtiyaçlarına, menfaatlerine ve siyasi, sosyal ve ekonomik gerçeklere cevap vermesi beklenen devletin gerçekleştirmesi gereken fikirler her dönemde aynı değildir.¹⁵⁴² Fikrin dinamizminin, içerdiği eylem planı üzerinde etkisi olması beklenir.

¹⁵³² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 78.

¹⁵³³ Georges Renard, **La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique**, ss. 162-186.

¹⁵³⁴ Marcel Waline, “Qu'est-ce que le droit ? À propos d'un livre récent de M. G. Renard”, **L'année politique française et étrangère**, yıl 6, Eylül 1931, s. 358.

¹⁵³⁵ Marcel Waline, “Qu'est-ce que le droit ?”, s. 358. Ayrıca bkz. Nathalie Cordier-Dumonnet, **Le détournement d'institution**, doktora tezi, tez danışmanı: Eric Loquin, tez savunma tarihi: 22 Şubat 2010, Université de Bourgogne, ss. 96-102.

¹⁵³⁶ Marcel Waline, “Qu'est-ce que le droit ?”, s. 361.

¹⁵³⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 98.

¹⁵³⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁵³⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁵⁴⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁵⁴¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 99.

¹⁵⁴² Tarık Zafer Tunaya, “Müesses Teorisinde Fikir Unsurunun Âmm ve Devletler Hukuku Sahalarındaki Değeri”, **İÜHFİM**, C. 13, S. 2, 1947, s. 536.

Devlet kurumunda ilgililer grubu, “süjelerden ve vatandaşlardan” oluşur ve “hükûmet organları”yla birlikte fikrin taşıyıcısı olur.¹⁵⁴³ Hauriou, fikrin taşıyıcısının yalnızca, kuruluşun ihtiyacını karşılamaya adandığı hedef kitle (ilgililer grubu) olduğunu ve hükûmet organlarının bu misyona katkıda bulunmadıklarını savunan Léon Michoud’dan bu noktada ayrılır.¹⁵⁴⁴

Örgütlü bir hükûmet kudreti unsurunda, Hauriou’ya göre, manevi nitelikli erkler ayrılığı ve temsili rejim ilkeleri esastır.¹⁵⁴⁵ Erkler ayrılığında; yürütme erki, “icraî kararların sezgisel yetkisine”, müzakereci erk, “müzakerenin sözsel yetkisine” ve oy erki ise “rıza yetkisine” sahiptir.¹⁵⁴⁶ Erklerin manevi niteliği bu yetkilerle tezahür eder. Hauriou, zaman zaman farklı organların aynı erkin yürütülmesinde bir araya gelmek zorunda olması durumunu, gücün yetkileri kullanan beşerî organlarda değil, yetkilerin kendisinde olduğuna kanıt kabul eder.¹⁵⁴⁷ Temsilî rejim ise, Hauriou’ya göre, organların, birlik adına ve kendilerinin değil birliğin menfaati için hareket etmesinin sağlanması için gereklidir.¹⁵⁴⁸ Temsil ilkesi, hükûmet organları ve grup üyeleri için ortak olduğu varsayılan yönetici fikre, manevi yönü oluşturan bir ortak vizyona dayanır.¹⁵⁴⁹ Hauriou’nun “temsil” kavramı; “devlet müessesesini doğuracak olan iş veya teşebbüs fikrinin kuvveti elinde tutanlarla idare edilenler arasında müşterek bir fikir hâlini alması” anlamını taşır.¹⁵⁵⁰ Hauriou’ya göre, seçim, temsili rejimin mutlak özü değil; yönetenler ve birlik üyeleri arasındaki görüş birliğini garanti eden teknik unsurdur.¹⁵⁵¹ Temsil kavramı, seçim yoluyla halkın temsili değil, fikrin temsili ifade eder.¹⁵⁵² Yönetenlerin fikre bağlılığı, kendiliğinden de gerçekleşebilir.¹⁵⁵³ Ancak Hauriou, bu durumun nadiren mümkün olabileceğini, yönetenlerin ortak iyi (*bien*

¹⁵⁴³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 101-102.

¹⁵⁴⁴ Bkz. Léon Michoud, **La théorie de la personnalité morale et son application au droit français**, C. 1, birinci baskı, 1906, s. 185.

¹⁵⁴⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 103.

¹⁵⁴⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 103.

¹⁵⁴⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 103.

¹⁵⁴⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 103.

¹⁵⁴⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 103.

¹⁵⁵⁰ Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 509

¹⁵⁵¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 104.

¹⁵⁵² Sıddık Sami Onar, “Hauriou’nun Müessese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 509.

¹⁵⁵³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 104.

commun) istikametinden kendi menfaatleri yoluna sapmasının tarihsel bir gerçeklik olduğunu kabul eder.¹⁵⁵⁴

Hauriou, korporatif kişiliğin oluşum sürecini de devlet üzerinden açıklar.¹⁵⁵⁵ Devlet, objektif bir bireyselliğe sahip olduğu temsili hükûmet aşamasına ulaştığında cisim niteliği kazanır.¹⁵⁵⁶ Bu, ilk içselleştirmedir.¹⁵⁵⁷ Bu aşamada ulusun hükûmet ile tek vücut hâle gelmesi, Hauriou'ya göre, devletin, devletler arası hukuk anlamında bir güç olarak görülmesine katkı sağlayacaktır.¹⁵⁵⁸ Ancak bu pasif bir yönlendirilme rızasıdır, henüz aktif bir birlikten söz edilemez.¹⁵⁵⁹ Bu nedenle bu aşamada siyasi özgürlükler ve vatandaşın yönetime katılma imkânı mevcut olmayabilir, aristokratik bir yönetim olabilir.¹⁵⁶⁰ Ancak, bu hükûmet, devlet fikrinden çıkmadığı müddetçe temsili bir hükûmet sayılacaktır.¹⁵⁶¹

Sonraki aşama ise, kişileşme aşamasıdır. Bu aşama, cisimlenme aşamasının yerine gelmez; ona eklenir, onu tamamlar. Kişileşme, vatandaşların hükûmete katılımıyla siyasi özgürlük aşamasına ulaşıldığında gerçekleşir.¹⁵⁶² Bu evrede kurum bilinci oluşarak, kurumun benliği meydana gelir ve haklarını kullanmaya, yükümlülüklerini yerine getirmeye başlar.¹⁵⁶³ Birlik tezahürlerinin meydana gelmesi, ikinci içselleştirme aşamasıdır.¹⁵⁶⁴ Bu aşamaya, seçimler, müzakereler, referandumlar gibi katılım araçları eklenir. Kişileşmenin kaynağı, grup üyelerinin birlik tezahürlerinin, fikrin süjelerin bilinçlerinde subjektif duruma geçtiği subjektif krizler olmasıdır.¹⁵⁶⁵ Cisimlenme aşamasında hükûmet kudreti yürütme ağırlıklı bir azınlık iken kişileşme aşamasında müzakereci nitelikli bir çoğunluktur.¹⁵⁶⁶ Siyasi

¹⁵⁵⁴ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 104.

¹⁵⁵⁵ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 110.

¹⁵⁵⁶ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 110.

¹⁵⁵⁷ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 110.

¹⁵⁵⁸ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", ss. 110-111.

¹⁵⁵⁹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶⁰ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶¹ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶² Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶³ Sıddık Sami Onar, "Hauriou'nun Müesseses Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki", s. 12.

¹⁵⁶⁴ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶⁵ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

¹⁵⁶⁶ Maurice Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)", s. 111.

özgürlüklerin ortaya çıkışının da göstergesi olan bu çoğunlukçu güç, kurumsal bireyselliğin azınlıkçı gücü ile birleşir.¹⁵⁶⁷

Kurum, başlangıcından kesin formüllere bağlanabilen mekanik bir aygıt değil; yaşayan bir organizmadır. Bu nedenle, kurumun yapısını incelemek için unsurlarını ve kurumun işleyişini takip edebilmek adına salt kronolojik bakış açısıyla aşamalarını ortaya koymak yeterli olmayacaktır. Hauriou'nun kuramsallaştırdığı hâliyle kurum, ancak, yaşamsal niteliği ve bu yaşamsallıkla paralel olarak doğumundan ölümüne bir yaşam evresinde nasıl yol aldığı gözlemlenerek incelenebilir.

C) Sosyal Dirimselcilik ve Kurum Yaşamında İstikrarın Önceliği

Her kurumun bir başlangıcı, bir sonu ve ikisi arasında bulunduğu bir ortam vardır.¹⁵⁶⁸ Hauriou bu sürece dirimsel niteliği dâhil eder, onu bir yaşam olarak tasavvur eder. Hauriou'ya göre kurumlar hukuki olarak doğar, yaşar ve ölürler; hukuki olarak süregiderler.¹⁵⁶⁹ Hauriou, kurumların yaşam süreçlerine dair incelemesini, kuruma dair ortaya koyduğu kapsama nazaran bir hayli dar bir alanla sınırlar. Yalnız en mühim kurum türlerini ve en belirgin özellikleriyle ele alan Hauriou, kurumlara ilişkin olarak kalan kısma dair incelemelere ya lüzum görmemiş yahut ömrü vefa etmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Hauriou'nun inşa ettiği hâliyle kurum teorisi, çoğunlukla iradi sınırlara ve çerçevesi çizilmiş boşluklara sahiptir. Bu nedenle de bütün bir sistem teşkil ettiği kabul edilir.

Hauriou, kurumları kişileştirilenler ve kişileştirilmeyenler olarak ikiye ayırır.¹⁵⁷⁰ İlk kategoriyi oluşturan, “kişi-kurumlar (*institutions-personnes*)” ya da “korporatif kurumlar (*institutions corporatives*)” denilen kurulu birliklerde (devletler, dernekler, sendikalar gibi), örgütlenmiş kudret ile grup üyelerinin birliğe katılma tezahürleri eser fikrinin çerçevesine dâhil olur.¹⁵⁷¹ Fikir, korporatif kurumun konusu olduktan sonra,

¹⁵⁶⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 111.

¹⁵⁶⁸ André Desqueyrat ve H. Desqueyrat, “L'institution. Sa nature, ses espèces, les problèmes qu'elle pose”, *Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique*, C. 12, n° 1 (Études de Morale et de Droit), Paris: Centre Sèvres-Facultés jésuites, 1936, s. 80.

¹⁵⁶⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 97.

¹⁵⁷⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 96.

¹⁵⁷¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 96.

kurulu bedende manevi kişilik süjesine dönüşür.¹⁵⁷² İkincisi ise eşya-kurumlar (*institutions-choses*) kategorisidir. Bunlarda örgütlenmiş kudret ile grup üyelerinin birliğe katılma tezahürleri eser fikrinin çerçevesine girmez, sosyal ortamda mevcutturlar ama fikrin dışında kalırlar.¹⁵⁷³ “Hak kaidesi”, bir eşya-kurum örneğidir.¹⁵⁷⁴ Aynı şekilde örneğin, medeni hâl, ikametgâh, evlilik, velayet, vesayet, mülkiyet, miras, sözleşme gibi hukuki kurumlar da bu türdendir.¹⁵⁷⁵ Joseph Thomas Delos, Hauriou’nun iki tip kurum ayrımının karışık olmakla birlikte değerli olduğunu kabul eder.¹⁵⁷⁶ Delos’a göre fark, kişi-kurumlarda birey bir kişi olarak niteliğini ortaya koyarken, eşya-kurumlarda ilgili tarafların aralarında kurulan bağlantıların bilincinde olmayışıdır.¹⁵⁷⁷ Hauriou’nun, eşya-kurumlara dair teorisini sistemli ve detaylı biçimde ortaya koyma fırsatı olmamıştır.

Gurvitch, “hukukun birincil kaynakları” ya da “normatif gerçeklikler” olarak değerlendirdiği ilk kategorinin kapsamını; “sosyal gruplar (*groupes sociaux*), kuruluşlar (*établissements*), sosyal yapılar (*structures sociales*), birlikler (*corps*)” olarak belirler.¹⁵⁷⁸ İkinci grubu ise, bir bütünlük oluşturmeyen kurumlar olarak, “sosyal grup olmayan hukuki kurumlar” olarak niteler.¹⁵⁷⁹ Hauriou’nun bu ikinci kategoriye adlandırmayı tercih ettiği “eşya-kurumlar” ifadesini ise başarısız bir terim olarak değerlendirir.¹⁵⁸⁰ İlk kategori bir “kurumsal hukuk” ya da “sosyal hukuk” fikrinde düşünülürken, ikinci kategori medeni hukuk ile ilişkilendirilir.¹⁵⁸¹ Gurvitch böylece, eşya-kurumlardan doğan objektif hukukun “bireysel hukuk”tan ibaret olduğunu belirtir.¹⁵⁸² Hauriou’ya göre eşya-kurumlar, “başkalarıyla ilişki”, “hukuki ilişki” ya da “basit sosyallik” kavramlarıyla ifade edilen durumlarla örtüşür ve bu hukuki gerçeklerin, hak kaidelerinden doğması mümkündür.¹⁵⁸³

¹⁵⁷² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 96-97.

¹⁵⁷³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 97.

¹⁵⁷⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 97.

¹⁵⁷⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 618.

¹⁵⁷⁶ Joseph Thomas Delos, “La Théorie de l’institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif”, s. 112.

¹⁵⁷⁷ Joseph Thomas Delos, “La Théorie de l’institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif”, s. 112.

¹⁵⁷⁸ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 161.

¹⁵⁷⁹ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 161.

¹⁵⁸⁰ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 161.

¹⁵⁸¹ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 162.

¹⁵⁸² Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 162.

¹⁵⁸³ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 162.

Hauriou, kuruluş biçimlerine göre de resmî işlemle kurulan kurumlar ile teamülî işlemle kurulanları ayırır ve bunlardan, unsurları daha belirgin olduğu için incelenme kolaylığı olan resmî işlemle kurulanları inceler.¹⁵⁸⁴ Kuruluşu resmî işleme dayanan kurumlar arasında da tek bir bireyin izole edilmiş iradesine dayanan (hastane, darülaceze gibi) kurumlar ile bireylerin ortak iradesine dayanan korporatif kurumlar arasında ayırım yaparak, yalnız ikincisini inceler.¹⁵⁸⁵ Tek bireyin iradesine dayanan kurumları incelememe sebebi, bu kurumlarda (*établissements*), sürekliliği sağlayacak kalıcı bir üyeler grubu bulunmayıp, yalnız tahsis edilmiş bir mal varlığı bulunmasıdır.¹⁵⁸⁶ İncelenmeye değer görülen ikinci kategori ise, kalıcı bir üyeler grubunun mevcudiyeti şartını sağlayan, korporasyonlar (*corporations*) veya topluluklar (*universitates*) kategorisidir.¹⁵⁸⁷

Korporatif kurumların doğuşu bir “kuruluş (*fondation*)” işlemine dayanır.¹⁵⁸⁸ Ortak iradeye dayanan kuruluş işleminin unsurları: Ortak iradenin kurmak niyetiyle tezahürü, statülerin yazılması, korporatif kurumun fiilî örgütlenmesi ve hukuki kişiliğinin tanınmasıdır.¹⁵⁸⁹ Hauriou, kurum teorisine özgülediği makalesinde bu unsurlardan da, yalnızca, rızaya dayanan ve kuruluş işlemi yanında kurulu bedeninin de hukuki temeli olan ilk unsur üzerinde durur.¹⁵⁹⁰ Bu unsur, yönetici fikri kurucular tarafından bilinen bir eser veya teşebbüs kurma iradesinin, grup üyelerinin ortak iradesi olarak, eş zamanlı ya da ayrı ayrı beyanlarıdır.¹⁵⁹¹ Bu irade tezahürleri; rızaların konusunda birlik, kudretin aksiyonu ve usul bağı faktörlerinden oluşan bir “uzlaşma demeti (*faisceau de consensus*)” oluşturur.¹⁵⁹² Bu demet, hukuki nitelikli kuruluşu meydana getirir.¹⁵⁹³ Kuruluşun hukuki niteliği, sosyalliğinin başlangıcının hukukiliği anlamına gelir.¹⁵⁹⁴

¹⁵⁸⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁵⁸⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁵⁸⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁵⁸⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁵⁸⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁵⁸⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 120.

¹⁵⁹⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 120.

¹⁵⁹¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 120-121.

¹⁵⁹² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 121-122.

¹⁵⁹³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 121.

¹⁵⁹⁴ Cemal Bâli Akal, **Hukuk Nedir?**, s. 238.

Rızaların konusu, etkisi son derece güçlü olan eser fikridir. Ancak Hauriou'ya göre, fikrin etkisinin kurma niyetli irade tezahürlerinin tamamen gönüllü olduğuna inanmaya yeteceğini düşünen Alman yaklaşımları hataya düşer.¹⁵⁹⁵ Aynı şekilde, Rousseau da sözleşme taraflarının, aynı konulu paralel rızalar vermeyip, farklı rızaları teati ettiklerini düşünerek hataya düşer.¹⁵⁹⁶ Hauriou'ya göre gerçekte olan, özgür istem ile zorla istemenin; uzlaşa ile kudretin aksiyonunun birlikte varlığıdır.¹⁵⁹⁷ Dış unsur ise usul bağı tamamlayacaktır.¹⁵⁹⁸

Hauriou, toplumsal kurumların tarihî bir gerçekliğe de dayandığını ifade eder. Yazara göre, Rousseau, irade özgürlüğüne verdiği önem nedeniyle, tarihsel temeli olan toplumsal kurumlar yerine toplumsal sözleşmeyi ikame etmek istemiştir.¹⁵⁹⁹ Ancak Hauriou'ya göre, bu düşünce, “kuvvet (*force*)” ile “kudret (*pouvoir*)” kavramlarının¹⁶⁰⁰ karıştırılmasından ileri gelir.¹⁶⁰¹ Zira kurumlar kudretle kurulmakla birlikte rıza barındırır.¹⁶⁰² Yazara göre, şiddete varmayan baskı, hukuken geçerli bir rızaya imkân verir.¹⁶⁰³ İlk aşamada bir örgüt sadece kuvvetle yaratılır ve daha sonra barış içinde yaşamak ister.¹⁶⁰⁴ Kurumun temeli olan fikir, gerçekleşmek için kuvvete ihtiyaç duyar; ancak “fikir kuvvetin değil, kuvvet fikrin emrinde olmalıdır”.¹⁶⁰⁵ Barışçıl bir varoluş elde etmek için, yeni örgüt kökenini bağışlamalı, kendini değiştirmeli, içtihat bilinciyle uyumlu olmalıdır.¹⁶⁰⁶ Hauriou, barışçıl bir varoluşun ancak hukukun talepleri karşılandığında mümkün olabildiğini savunur.¹⁶⁰⁷

Hauriou'ya göre, kuvvetten kaynaklanan hiçbir örgüt, kanun onun üstünlüğünü kabul edip onu dokunulmaz yahut kutsal ilan etse dahi, meşru sayılamayacağı gibi, kurum da sayılamaz.¹⁶⁰⁸ Kişiliğe varan süreçte yer alan sosyal organizasyon olarak

¹⁵⁹⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 122.

¹⁵⁹⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 122.

¹⁵⁹⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 122.

¹⁵⁹⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 123.

¹⁵⁹⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 89.

¹⁶⁰⁰ Kavramların Türkçe karşılıkları, Tarık Zafer Tunaya'ya aittir. Bkz. Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi (İçtimai vitalizm denemesi)”, çev. Tarık Zafer Tunaya, s. 639.

¹⁶⁰¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 89.

¹⁶⁰² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 89.

¹⁶⁰³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 89.

¹⁶⁰⁴ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816.

¹⁶⁰⁵ Tarık Zafer Tunaya, “Müessese Teorisinde Fikir, Şahıs, Kuvvet Unsurları Arasındaki Münasebetler ve İçleşme Ameliyesi”, *İÜHF*, C. 12, S. 4, 1946, s. 1079.

¹⁶⁰⁶ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816.

¹⁶⁰⁷ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816.

¹⁶⁰⁸ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816.

tarif edilen kurum, Hauriou'ya göre, siyasi gücü hukuk ve kişilikle ilişkilendirerek kamu hukuku teorilerinin özünü, merkezini teşkil eder.¹⁶⁰⁹ Yazara göre kurum teorisi, meşruluk meselesinin çözümünde de yetkindir.¹⁶¹⁰ Büyüyüp gelişmesi, örgütlenmesi ve zaman içinde yaşaması ile de kurum, tarihsel bir çalışma konusu teşkil eder.¹⁶¹¹ Fiilen var olan bir örgütün bir hukuki örgüte, bir gerçekliğin hakka dönüşümü kurum olgusu ile gerçekleşir.¹⁶¹² Kurum, böylece, doğası gereği, sürekli bir devinim ve dirimsellik niteliği gösterir.

Hauriou düşüncesinde, kurumların dirimselliği, bir “süregitme (*durée*)”¹⁶¹³ ve “süreklilik (*continuité*)” durumu yaratır. Hauriou, kurum teorisinin ilgilendiği esas konunun, kurumlarda gerçekleştirilen süregitme ve sürekliliğin, bütünleşme ve gruplaşma olgularıyla açıklanması olduğunu ifade eder.¹⁶¹⁴ Kurumun esası olan eser ya da teşebbüs fikrinin sürekliliğinin açıklanması, Hauriou'ya göre, kurumların oluşumunu da ortaya koyar.¹⁶¹⁵ Fikrin, sosyal ortamında özgür hâlde bulunmak yerine korporatif kurumda somutlaştırılmasının bir izahı bulunmalıdır.¹⁶¹⁶ Hauriou, bu izahı, fikrin kendini daha iyi gerçekleştirmesi ve sürdürmesi amacıyla bulur.¹⁶¹⁷ Fikir ve ona bağlı aksiyonda süreklilik ise Hauriou'ya göre kurumlaşmanın her aşamasında aynı seyretmez; cisimlenme ve kişileşme aşamalarında farklı biçimde elde edilir.¹⁶¹⁸

Sosyal yaşamda süreklilik, korporatif kurumda ve onun kuruluş işleminde karşımıza çıkar.¹⁶¹⁹ Hukuki durumların sürekliliğini sağlayan, kurumun yaşıyor olması ve yönetici fikir ile aksiyonlarının da sürekli kılınmasıdır.¹⁶²⁰ Kuruluş işlemi, kurulmayla biten bir defaya mahsus ve süresiz bir işlem değildir. Aksine, tekrarlayan ve devam eden bir işlemdir. Kuruluş işleminin, kurumun süregitme ve sürekliliğinin

¹⁶⁰⁹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 815.

¹⁶¹⁰ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 816.

¹⁶¹¹ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 815.

¹⁶¹² Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 815.

¹⁶¹³ Hâlide Topçuoğlu'nun “durée” kelimesinin Türkçe karşılığı için kullanmayı tercih ettiği “temadî” ifadesi de kavramın anlamını tam olarak karşılamaktadır. (Bkz. örn. Georges Gurvitch, “Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları-II : Duguit, Levy ve Hauriou”, çev. Hâlide Topçuoğlu, s. 719.)

¹⁶¹⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 112.

¹⁶¹⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 112-113.

¹⁶¹⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 113.

¹⁶¹⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 113.

¹⁶¹⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 113.

¹⁶¹⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 126.

¹⁶²⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 126.

bağlı olduğu üç unsuru vardır. Bunlar; yönetici fikir, kudret ve konsensüs birliğinin tezahürleridir.¹⁶²¹

Kurumun ilk kurucuları, sosyal ortama canlı bir tohum ekmişlerdir.¹⁶²² Bu tohum daha sonra kendi kendine gelişecek ve ömrü, ilk kurucuları ve iradelerini aşacaktır.¹⁶²³ Yönetici fikir sosyal ortamda objektif hâle bürünecek, yeni üyeler çekecek ve bu üyeler daha sonra kuruluşu sürdüreceklidir.¹⁶²⁴ Cisimlenme aşamasında ancak objektif süreklilik söz konusu olabilir, zira henüz bir birlik (*communion*) tezahürü yoktur.¹⁶²⁵ Hauriou'ya göre, devletlerin geleneksel kuruluşuna dair tarih; bu aşamanın yüzyıllar boyunca sürebildiğini ve buna rağmen bu aşamada ancak azınlık kudretine ait ve istikrarsız bir süreklilik kurulabildiğini kanıtlar.¹⁶²⁶ Bu aşamada yönetici fikrin kuruma dahil, örgütlü kudretin sürekliliğini ve bu da, hukuki durumlar kümesinin yaratılmasını ve sürdürülmesini sağlar.¹⁶²⁷ Kurum için kişileşme, ancak bu evreden sonra söz konusu olabilecektir.

Kişileşme aşamasında ise, yönetici fikir subjektif hâle geçtiğinden, sürekliliğin sağlanması, üyelerin birlik tezahürleri ile bağlantılıdır.¹⁶²⁸ Birlik tezahürleri; “yönetici fikrin, üyelerin bilinçli iradelerinde subjektif duruma geçtiği krizler”dir.¹⁶²⁹ Ancak iradelerin objektif fikre bağlılığı subjektifin sürekliliğini sağlamaz.¹⁶³⁰ Sürekliliği, her bilinçli irade işlemine dâhil olan, geçmişte ve gelecekte hareket edebilen, bilinç durumları (*états de conscience*) arasında bağ kuran kudretin aksiyonu sağlar.¹⁶³¹ Fikrin objektif hâl sürekliliğine eklenen bu tamamlayıcı subjektif hâl sürekliliğinin, Hauriou'ya göre, fikre sağladığı üç temel beceri vardır. Bunlar; kendini subjektif olarak ifade edebilme, yükümlülük altına girebilme ve sorumluluk alabilmedir.¹⁶³² Böylelikle, başlangıçtaki objektif fikrin, kurulu bedenin objektif sürekliliği ve sonra manevi kişiliğin subjektif sürekliliği aşamaları nihayetinde, sosyal ortamda

¹⁶²¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 126.

¹⁶²² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 121.

¹⁶²³ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 121.

¹⁶²⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 121.

¹⁶²⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 113.

¹⁶²⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 113.

¹⁶²⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 114.

¹⁶²⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 114.

¹⁶²⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 114.

¹⁶³⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 115.

¹⁶³¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 115.

¹⁶³² Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 116.

gerçekleştirilmesi sağlanır.¹⁶³³ Objektif fikrin, subjektif yorumlardan farklı olarak, bilinçaltında tutunup varlığını kendi başına sürdürebilmesi ve insanların yargıları ve eylemleri üzerinde etki göstermesi sürekliliğin açık göstergesidir.¹⁶³⁴

Kuruluşları hukuki nitelik taşıyan kurumların, günlük yaşayışları da hukuki nitelikli çeşitli işlemlere dayanır. Hauriou'ya göre kamu kurumlarında, özellikle devlette, hükûmetin ve idarenin işleyişini sağlayan kararlar, kararı alan erkle değer kazanır ve hukuki nitelikleri karar alma kudretinden gelir.¹⁶³⁵ Hauriou, bu işlemlerin hükümsüzlüğünün Fransa'da, özel olarak, iptal davası başvuru yolu ile tespit edilebilmesini ise, özellikle değerli bulur.¹⁶³⁶ En nihayetinde, fâni varlıklar olan korporatif kurumların ölümleri de, kural olarak, hukuki nitelikli işlemler ile meydana gelir.¹⁶³⁷ Ölüm sebepleri; “kötü organizasyon” ya da “fikrin yıpranması” gibi iç sebepler yahut “sosyal ortamın hoşnutsuzluğu veya düşmanlığı” gibi dış sebepler olabilir.¹⁶³⁸

Hauriou doktrini “ikici ve dinamik”tir.¹⁶³⁹ Hauriou'nun kurum teorisinde Henri-Louis Bergson ve Aquino'lu Thomas düşüncelerinin etkisine rastlanması¹⁶⁴⁰ ile Hauriou metoduna dair bu nitelikler arasında yadsınamaz bir bağ vardır. Hauriou'nun dirimselcilik yaklaşımı, Bergsoncu yaşamsal devinim anlayışına; ikici (düalist) yaklaşımı ise Thomasçı bir beden-ruh ikiliğine varır. Kurum teorisi, objektif ve subjektifin, beden ile ruhun bir araya geldiği ve devinimin sürekliliği ile yaşamını idame ettiren kurumların teorisidir. Julia Schmitz, Hauriou düşüncesinde bilimsel pozitivizm ile spiritüalizm etkisini ayırmayı önerir, zira yirminci yüzyılın başında bu iki felsefi akımın karşıtlığı temeldir.¹⁶⁴¹ Gurvitch, Hauriou'nun hukuki metodunu “realist spiritüalizm” olarak adlandırır ve “sosyolojizm” ile “normativizm” arasında; “ampirist realizm” ile “konseptüalist idealizm” arasındaki zıtlıkları aşan bir bakış

¹⁶³³ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 119.

¹⁶³⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 90.

¹⁶³⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 124-125.

¹⁶³⁶ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 125.

¹⁶³⁷ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 125.

¹⁶³⁸ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 125.

¹⁶³⁹ Muvaffak Akbay, **Umumi Âmm Hukuku Dersleri**, s. 429.

¹⁶⁴⁰ Pierre Delvolvé ve Franck Moderne, “Avant-Propos”, *Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public* içinde, on ikinci baskı (yeniden basım), 2002, s. iii.

¹⁶⁴¹ Julia Schmitz, **La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique**, s. 48.

açısına dayandığını ifade eder.¹⁶⁴² Gurvitch'e göre bu metotla Hauriou, gerçekleştirilecek ortak eser fikrini (Platon, Proudhon ve Bergson sistemlerinin senteziyle desteklenen bir yaklaşımla), “yaratıcı süregidiş”te konumlanan ve “sosyal ortama ekilen” bir hareket merkezi olarak, fikir-aksiyon biçiminde tasarlar.¹⁶⁴³ Gurvitch, Hauriou'nun hukuk biliminde başlattığı ve modern hukuki düşüncenin dünya çapında kendisine yaklaştığı bu yöntemin en önemli sonucunun kurum teorisi olduğunu ifade eder.¹⁶⁴⁴

Hauriou'nun özgünlükten çok gelenekçiliğiyle övündüğünü ve kendine “klasik” nitelemesini uygun gördüğünü vurgulayan Georges Renard, Hauriou doktrininin Thomasçı tarafı üzerinde durur.¹⁶⁴⁵ Renard'a göre, Hauriou, çağdaşı hukukçuların aksine, Devrim ve Rousseauculuk, Rönesans ve Roma hukuku ilgisi yahut 16.-18. yüzyıl filozof ve teologlarının izinden gitme eğilimleri yerine, fikirlerine daha geride, Aquino'lu Thomas'ta temeller bulur.¹⁶⁴⁶ Korporatif kurumlar, hukukta “süregitme”yi temsil ederler ve yönetici fikrin süregitmesinin sağlanması için uygun yol ve araçların katılımıyla oluşan hukuk sükeleridir.¹⁶⁴⁷ Bu niteliğiyle kurumlar Aquino'lu Thomas doktrinine yaklaşır ve özellikle beden ve ruh ilişkisi anlayışını yansıtır.¹⁶⁴⁸

Renard'ın kurum teorisini Aquino'lu Thomas düşüncesi temelinde açıklama yaklaşımı, Hauriou'nun Thomasçılığını aşan bir görünüm arz eder. Renard, her ne kadar kurum teorisi hukukçu olmayan Aquino'lu Thomas'ta açıkça bulunmuyorsa da, kurum teorisine varan eğilimi ona borçlu olduğunu ifade eder.¹⁶⁴⁹ Thomasçı olduğunu açıklayan¹⁶⁵⁰ yazara göre, Aquino'lu Thomas'ın sosyal felsefesi “kurumsal atmosferde” yikanmıştır.¹⁶⁵¹ Renard'a göre Hauriou, örneğin Joseph Thomas Delos gibi, “safkan Thomasçı” değildir. O, pozitif hukuk verileri üzerine yaptığı içtihat analizleri ve doktrin sentezlerini içeren uzun bir çalışma sonunda Thomas düşüncesine yaklaşmıştır.¹⁶⁵² Delos gibi felsefeden hukuka inmemiş, hukuk biliminden yola

¹⁶⁴² Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 155.

¹⁶⁴³ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, ss. 155-156.

¹⁶⁴⁴ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 158.

¹⁶⁴⁵ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique* s. xiii.

¹⁶⁴⁶ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, s. xiii.

¹⁶⁴⁷ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, s. xiii.

¹⁶⁴⁸ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, ss. xiii-xiv.

¹⁶⁴⁹ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, s. 23.

¹⁶⁵⁰ Georges Renard, *L'institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social*, s. 6.

¹⁶⁵¹ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, s. 23.

¹⁶⁵² Georges Renard, *L'institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social*, s. 17.

çıkarak felsefenin alanına yükselmiştir.¹⁶⁵³ Hauriou, kurum teorisinin ilk taslağını oluşturan¹⁶⁵⁴ Hume ile de, yerleşik kanunların “toplumsal sözleşmenin mantıksal sonucu” olmayıp, “doğa ile kültür arasında yaşayan bir bağ dokudukları” konusunda aynı noktadadırlar.¹⁶⁵⁵ Ancak Hauriou, metafizik agnostik olan¹⁶⁵⁶ Hume’den daha dindar ve idealci ve filozof olmaktan çok hukukçudur.¹⁶⁵⁷

Hauriou’nun kurumların dirimselliği savında, Bergson’un “dirimsel itki (*élan vital*)” kavramına gönderme vardır.¹⁶⁵⁸ Dirimsel itki, canlı olgunun karmaşıklığını süre ve aksiyon açısından kavramayı sağlayarak maddeyi yönlendirir ve organize eder.¹⁶⁵⁹ Bir harmoni ya da tamamlayıcılık bütünlüğünde bulunan örgütlü dünya, Bergson’a göre, mükemmel olmaktan uzaktır.¹⁶⁶⁰ Her birey, yaşamın küresel itme gücünden yalnızca belli bir itkiyi koruduğu ve enerjisini kendi çıkarı için kullanma eğilimi noktasında uyum sağladığı için ahenksizlikler, çatışmalar vardır.¹⁶⁶¹ Bu nedenle harmoni fiilen değil hukuken mevcuttur.¹⁶⁶²

Bergson’a göre, insanın geleceğe dair bir hedef belirlemesi anlamsızdır, zira geleceğin şimdiki zamandan okunabilmesine imkân yoktur.¹⁶⁶³ İnsan zihni, takip edilecek yola dair ortaya konulabilecek hiçbir veriye sahip değildir.¹⁶⁶⁴ Çünkü “yaşam, ilerler ve sürer”.¹⁶⁶⁵ Bu dinamizm fikrinin etkilendiği temel ise, Platon’un, yaşamda “yeninin sürekli yaratımı” düşüncesidir.¹⁶⁶⁶ Hauriou’nun Durkheimci “bireysel bilinçleri aşan kolektif bir bilinç” anlayışına karşı çıkma nedeni de bu anlayıştır.¹⁶⁶⁷ Zira yeninin sürekli yaratımı ile süregitme ve devinim ilkeleri; hareketsizliğe ve

¹⁶⁵³ Georges Renard, *L’institution : fondement d’une rénovation de l’ordre social*, s. 17.

¹⁶⁵⁴ Simone Goyard-Fabre, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, s. 337.

¹⁶⁵⁵ Simone Goyard-Fabre, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, s. 363.

¹⁶⁵⁶ Simone Goyard-Fabre, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, s. 362.

¹⁶⁵⁷ Simone Goyard-Fabre, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, s. 363.

¹⁶⁵⁸ Julia Schmitz ve Jean-Gabriel Sorbara, “Présentation de l’article « La théorie de l’institution & de la fondation (Essai de vitalisme social) »”, s. 177.

¹⁶⁵⁹ Julia Schmitz ve Jean-Gabriel Sorbara, “Présentation de l’article « La théorie de l’institution & de la fondation (Essai de vitalisme social) »”, s. 177.

¹⁶⁶⁰ Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, üçüncü baskı, Paris: Félix Alcan, 1907, s. 54.

¹⁶⁶¹ Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, ss. 54-55.

¹⁶⁶² Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, s. 55.

¹⁶⁶³ Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, s. 55.

¹⁶⁶⁴ Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, s. 55.

¹⁶⁶⁵ Henri Bergson, *L’Évolution créatrice*, s. 55.

¹⁶⁶⁶ Muvaffak Akbay, *Umumi Âme Hukuku Dersleri*, s. 424.

¹⁶⁶⁷ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 163.

yaratıcı süregidişin durmasına neden olacak bir dış bütünlüğü ya da Thomasçı değişmezliği reddeder.¹⁶⁶⁸ Renard'ın Thomasçılığına bu nedenle Hauriou'ya paralel değil, karşısında yer veren tek isim doktrinde Gurvitch olmuştur.¹⁶⁶⁹ Yine de Gurvitch, Hauriou'nun, zaman zaman ve özellikle düşüncesinin son aşamasında, Thomasçı akımların etkisiyle, üstün bir varlığın tahakkümünü öngören bir bütünlüğü kabul edebildiğini ifade eder.¹⁶⁷⁰

Hauriou'da Pierre-Joseph Proudhon'un etkisi ayrıca dikkat çekicidir. Proudhon'un Hauriou için değeri, "çelişki" fikrinin öncüsü olmasıdır.¹⁶⁷¹ Hauriou'ya göre, hiçbir sosyal gerçeklik, hiçbir zaman, çelişki dışında gelişemez.¹⁶⁷² Ayrıca Proudhon'un, Karl Marx doktrininde rastlanan evrimselciliğe¹⁶⁷³ ve tarihsel materyalizme karşı güçlkle mücadele ederek¹⁶⁷⁴ ortaya koyduğu, manevi kuvveti tarihsel olaylarda somutlaştıran tarihsel açığa çıkarma metodu, Hauriou düşüncesini etkiler.¹⁶⁷⁵ Nitekim Hauriou, materyalist ve determinist doktrinin karşısında yer alan; canlıların karmaşıklığı ile fâniliğine odaklanarak epistemolojik bir duruş teşkil eden bir sosyal canlılığı savunur.¹⁶⁷⁶ Aynı şekilde, "sosyal hukuk" kavramında da, yazarın, Proudhon'dan etkilendiği düşünülür.¹⁶⁷⁷ Lucien Sfez, Hauriou'nun kuran ile kurulan arasında ortaya koyduğu farkı ise, felsefi ve teolojik geleneğe ait olan yaratılış ile yaratılan arasında ve Spinoza'da "natura naturans" yahut tanrı ile var oluşa yansıtılan "natura naturata" farkına benzetir.¹⁶⁷⁸

¹⁶⁶⁸ Georges Gurvitch, "Les idées maîtresses de Maurice Hauriou", s. 163.

¹⁶⁶⁹ Tangi Cavalin, "Sociologie, droit, théologie dans l'entre-deux guerres : Georges Renard et Thomas Delos, disciples de Maurice Hauriou", **Archives de sciences sociales des religions**, S. 3, n° 179, Paris: EHESS, Temmuz-Eylül 2017, s. 155.

¹⁶⁷⁰ Georges Gurvitch, "Les idées maîtresses de Maurice Hauriou", s. 164.

¹⁶⁷¹ Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, s. 30.

¹⁶⁷² Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, s. 30.

¹⁶⁷³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 65.

¹⁶⁷⁴ Maurice Hauriou, "Le droit naturel et l'Allemagne", *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* içinde, **Cahiers de la Nouvelle Journée**, n° 23, Paris: Bloud et Gay, 1933, s. 29.

¹⁶⁷⁵ Christopher Berry Gray, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, s. 30.

¹⁶⁷⁶ Julia Schmitz, "Le vitalisme dans la théorie de l'État de Maurice Hauriou", URL: <http://books.openedition.org/putc/4079>, son erişim tarihi 20 Mayıs 2020, § 12.

¹⁶⁷⁷ Muvaffak Akbay, **Umumi Âmme Hukuku Dersleri**, s. 424.

¹⁶⁷⁸ Lucien Sfez, "Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution", **Cahiers internationaux de sociologie**, S. 1, n° 128-129, Paris: PUF, 2010, s. 102.

Korporatif kurumlar, Hauriou'ya göre, aksiyonu süreklilik ve süregitme ile uzlaştırdıkları için yaşama ve hareket etme isteğinde olan dünyaya uyum sağlarlar.¹⁶⁷⁹ Sürekliliği temsil etseler dahi aksiyonu temsil etmeyen hak kaideleri bu nedenle ikinci planda kalır.¹⁶⁸⁰ Hauriou, kurumun, subjektif kişileşme sonrasında dahi bünyesinde kalan objektif unsurla, yönetici fikrin ve örgütlü kudretin bulunduğu beden ile hukuk sisteminin esas objektif unsuru olduğunu savunur.¹⁶⁸¹ Kurum, hak kaidesinden üstündür, çünkü “hak kaidelerini meydana getiren kurumlardır, kurumları meydana getiren hak kaideleri değildir”.¹⁶⁸²

Hauriou'ya göre, bir zihinden diğerine kimliklerini ve kendi çekimlerini kaybetmeden geçtikleri için elle tutulur bir objektifliğe sahip olan yönetici fikirler; sosyal kurumların yaşamsal ilkeleridir.¹⁶⁸³ Zihinlerden ayrılabilirdikleri ve onlar üzerinde reaksiyon gösterebildikleri müddetçe fikirler, kurumlara, bireylerinkinden ayrılabilen kendilerine ait bir yaşam aktarırlar.¹⁶⁸⁴ Hak kaidelerini yönetici fikirlerden aşağıda bırakan husus, bunların çevrelerinde kendilerine ait ve içinde kendilerini ifade edebildikleri bir korporasyon örgütlemeye yetecek kadar “yaşam”a sahip olmayışlarıdır.¹⁶⁸⁵

Kurumsal dirimselciliğin Hauriou sisteminde önemli bir yansıması da Hauriou'nun, dirimselliğin gerektirdiği devinimin dezavantajlarını bertaraf edebilmek adına, “sosyal düzen (*ordre social*)” kavramına verdiği önem olmuştur. Sosyal düzen, “sosyal durumun, dengeli bir yapı ile istikrara kavuşturulması teşebbüsü”dür.¹⁶⁸⁶ Belirli temeller üzerine kurulu bir toplum organizasyonu olan sosyal düzenin fonksiyonu; grubun varlığını sürdürmesini sağlamak, bir medeniyetin teşebbüsünü üstlenmek ve sosyal durumlar ve ilişkiler bütününe yavaş ve tekdüze hareketini denge içinde gerçekleştirmektir.¹⁶⁸⁷ Kurumun dinamizmi, kalıcılığı ve katı olmayan bir istikrarı dışlamaz.¹⁶⁸⁸ Genel kamu hukuku bakış açısıyla özgürlükçü bir “yaşam

¹⁶⁷⁹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 127.

¹⁶⁸⁰ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 127.

¹⁶⁸¹ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, ss. 127-128.

¹⁶⁸² Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 128.

¹⁶⁸³ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 128.

¹⁶⁸⁴ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 128.

¹⁶⁸⁵ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, s. 127.

¹⁶⁸⁶ Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* içinde, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris: Bloud et Gay, 1933, s. 50.

¹⁶⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 34.

¹⁶⁸⁸ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 159.

ortamı (*milieu de vie*)”nı elzem gören Hauriou, sosyal düzen düşüncesini ise idare hukuku bakış açısıyla inşa eder. Sosyal ortam dahi, Hauriou’ya göre, bir “yaratma kuvveti” değil, “muhafaza kuvveti” teşkil eder.¹⁶⁸⁹ “Adalet (*justice*)” kavramına alternatif addedilen “sosyal düzen” kavramının Hauriou doktrininde kazandığı değer, Hauriou’nun düzeni adaletle tercih ettiği algısı yaratmıştır.

Hauriou’nun düzen ve adalet kavramlarına getirdiği yorum, bu nedenle ayrı bir önem taşır. Hauriou, Renard’ın doğal hukuk meselesi üzerinden devlet ve hukuk ilişkisini değerlendirdiği yaklaşımını, kendi araştırmalarında “sosyal düzen” fikrine vardığı bakış açısına yakın bulur.¹⁶⁹⁰ Bu anlayışa göre hukuk, insan zihninde, “önce irade, mantık, sağduyu, us gibi subjektif güçlerle; daha sonra düzen fikri ve adalet ideali gibi objektiflik unsurlarıyla” karşılaşır.¹⁶⁹¹ Renard, birtakım metafizik ilkelere dayanmayan bir hukuki yapının mümkün olmadığı ve olamayacağını savunur.¹⁶⁹² Hauriou’ya göre de, “tüm pozitif teorilerin arkasında bir metafizik vardır”.¹⁶⁹³ Ancak fizikî dünyada dayanak olan objektif bir düzen de mevcuttur. Renard’a göre, insan aklı hukukun nihai kaynağı değildir. Yalnızca dünya düzeninin ve onun ötesinde dünyanın yaratıcısının egemen aklını keşfetmeyi sağlayan araştırmanın uygun bir aracıdır.¹⁶⁹⁴ Renard, doğal hukukun ise, insan aklının ürünü olmakla birlikte yüce bir aklın imgesi olduğunu düşünür.¹⁶⁹⁵ Yazara göre, imge kendiliğinden var olan bir içkinliği temsil ediyorken; gerçeklik aşkındır, yücedir.¹⁶⁹⁶ Renard, kurumun ise “her bakımdan bir hareket kategorisi” olduğunu ifade eder.¹⁶⁹⁷ Renard’a göre, her hukuk sistemi gibi kurum sistemi de sosyal yaşamın bir biçemlemesidir.¹⁶⁹⁸ Renard, kurum teorisini sosyal düzenin renovasyonunun temeli olarak kabul eder.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁸⁹ Anne-Sophie Chambost, “Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch), la théorie de l’institution contre l’omnipotence de la loi”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, Paris: SHFD/ LGDJ, 2012, ss. 378-379.

¹⁶⁹⁰ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 43.

¹⁶⁹¹ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 43.

¹⁶⁹² Georges Renard, *Le droit, l’ordre et la raison : Conférences d’introduction philosophique à l’étude du droit*, s. 116.

¹⁶⁹³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. xxx.

¹⁶⁹⁴ Georges Renard, *Le droit, l’ordre et la raison : Conférences d’introduction philosophique à l’étude du droit*, s. 97.

¹⁶⁹⁵ Georges Renard, *Le droit, l’ordre et la raison : Conférences d’introduction philosophique à l’étude du droit*, s. 267.

¹⁶⁹⁶ Georges Renard, *Le droit, l’ordre et la raison : Conférences d’introduction philosophique à l’étude du droit*, s. 267.

¹⁶⁹⁷ Georges Renard, *La Théorie de l’institution. Essai d’ontologie juridique*, s. 252.

¹⁶⁹⁸ Georges Renard, *La Théorie de l’institution. Essai d’ontologie juridique*, s. 252.

¹⁶⁹⁹ Georges Renard, *L’institution : fondement d’une rénovation de l’ordre social*, s. 6.

Hauriou, sosyal düzen ile adaletin ayrımı ile ilişkisini birlikte inceler ve iki kavram yakından bağlantılı olsa da tek ve aynı şey olmadıklarını vurgular.¹⁷⁰⁰ Tarihte iki kavramın karşımıza kâh bir arada kâh karşıt olarak çıktığını ifade eden Hauriou; bunlardan ilkinin organik dönem, ikincisini toplumsal kriz dönemleri olarak açıklar.¹⁷⁰¹ Hauriou'ya göre, adaletsiz olarak nitelenecek sosyal düzen ve kurumları olabileceği gibi, sosyal düzen gerekliliklerinden yoksun adalet temelli sosyal düzenlemeler de yapılabilir.¹⁷⁰² Dahası, adalet, kurulu düzene tehdit oluşturan toplumsal devrimlere yol açabileceği gibi, yerleşik sosyal düzen de adaletle aykırı baskılara sebep olabilir.¹⁷⁰³ Hauriou, Fransız Devrimi ile yeni bir sosyal düzenin eskisinin yerini aldığını ancak eski düzeni yıkanın yeni düzen değil, adalet fikirleri olduğunu, yeni düzeni kuranın ise istikrar nedenleri olduğunu ifade eder.¹⁷⁰⁴ Yeni düzenin kurulması için yeni fikrin etki gücü ve yapabilme kudreti gerekir. Tarık Zafer Tunaya, eski fikirlerin ise, ancak “intibak” yeteneği ile yeni fikirler kadar “kuvvet ve cazibe” sahibi olmaları hâlinde yeni kurumlar kurabileceklerini ifade eder.¹⁷⁰⁵

Kurulu sosyal düzen, muhafazakâr kuvvetlerle atılımcı kuvvetlerin dengesidir.¹⁷⁰⁶ Kurulu düzen, yaşayanların çoğunluğunun geleneksel rızasıyla kabul edilir ve siyasi hükûmet tarafından korunur. Muhafazakâr güçler; eylemsizlik (direşme) kuvveti, mevcut teşebbüslerden çıkarları olanların muhakemesi, millî eğitimin çocukların zihnine kurulu düzeni aşılması ve kurulu düzenin yasal mevzuatını uygulamak zorunda olan hükûmetin güç desteğidir. Onunla mücadele edecek devrimci (atılımcı ve dönüşümcü) güçler ise; yaşam ve onun yeniyi sürekli yaratımı, insanların tutkuları ve adalet duygusudur.

Hauriou'nun “sosyal düzen” ve hatta “kurulu sosyal düzen” kavramlarını, iki farklı anlamda kullandığından söz edilebilir. Kavrama, bir yandan; muhafazakâr, durağan, yerleşik bir düzeni karşılayan düzen anlamıyla; ancak bazı hâllerde ise, muhafazakâr güçler ile devrimci güçlerin bünyesinde bir arada bulunduğu, dengeli bir düzeni karşılayan bir tür sosyal yaşam anlamıyla yer verdiği görülür. Örneğin, içinde

¹⁷⁰⁰ Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, s. 44.

¹⁷⁰¹ Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, s. 44.

¹⁷⁰² Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, s. 44.

¹⁷⁰³ Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, s. 44.

¹⁷⁰⁴ Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice, et le droit”, s. 45.

¹⁷⁰⁵ Tarık Zafer Tunaya, “Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri”, *İÜHFİM*, C. 12, S. 2-3, 1946, s. 558.

¹⁷⁰⁶ Muvaffak Akbay, *Umumi Âmm Hukuku Dersleri*, ss. 430-432.

“adalet duygusu” devrimci gücünü bir denge unsuru olarak barındıran kurulu sosyal düzen ile “adalet” ile kâh bir arada kâh çatışma hâlinde olan ve çatıştığında aciliyeti nedeniyle önce düşünülecek olan sosyal düzen arasında; terminolojik olarak bir nüans bulunduğu düşünülebilir.

Hauriou’ya göre; sosyal düzen toprak malikinin yanındayken, adaletin emeğiyle üretken değeri meydana getiren toprak işçisinin yanındadır.¹⁷⁰⁷ Kurulu sosyal düzen patronların yanında olup ücret çözümleriyle ilgilenirken, adalet fabrika işçilerinin yanında, ortak mülkiyet çözümleri arar.¹⁷⁰⁸ Hauriou ekonomideki bu çekişmenin siyasi arenalarda da mevcut bulunduğunu ortaya koyar.¹⁷⁰⁹ Yazara göre tüm medeni ülkelerde, aslında, yalnızca iki tür siyasi parti vardır. Biri kurulu sosyal düzene dayanan ve onun koruyucusu olan muhafazakâr, ılımlı yahut mürteci parti; diğeri ise, adalet adına talep edilen reformlara dayanan reformist veya devrimci partidir.¹⁷¹⁰ Hauriou, esasında bu iki tür siyasi partiye ilişkin açıklamasıyla iki temel kavrama ilişkin tercihini ortaya koyar. Yazara göre; “pratik olarak haklı olan her zaman aynı parti değildir, hâl ve şartlara bağlı olarak bazen biri, bazen diğeri”.¹⁷¹¹ Dolayısıyla Hauriou düşüncesinde, adalet ve sosyal düzen fikirleri arasında bir hiyerarşi bulunmaz.

Ne var ki fikrî değer bakımından bulunmayan bu fark, uygulama önceliği bakımından karşımıza çıkar. Hauriou’ya göre, “amacının aciliyeti nedeniyle sosyal düzen, adaletten önce gelir”.¹⁷¹² Hauriou, adaletin amacının “iyi ve adil olan” olduğunu ve adaletin, iyiye yönelerek, eşitliği mümkün olduğunca sağlamaya çalıştığını ortaya koyar.¹⁷¹³ Sosyal düzen ise, yazara göre, gereksinimlere bağlı olduğundan bir fikrin gerçekleşmesi olarak tezahür eder ve sosyal durumun istikrarını amaçlar.¹⁷¹⁴ Böylece konuları da farklı olan bu amaçlardan adaletinkiler daha bireyci, düzeninkiler daha sosyaldir.¹⁷¹⁵ Hauriou’ya göre kurulu sosyal düzen, felaket riskini bertaraf eder.¹⁷¹⁶ Bu nedenle felaketten kurtulmak adına bir ölçüde adaletsizliğe

¹⁷⁰⁷ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, ss. 45-46.

¹⁷⁰⁸ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 46.

¹⁷⁰⁹ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 46.

¹⁷¹⁰ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 46.

¹⁷¹¹ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 46.

¹⁷¹² Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 49.

¹⁷¹³ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 48.

¹⁷¹⁴ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 48.

¹⁷¹⁵ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 48.

¹⁷¹⁶ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 49.

katlanılması tercih edilir.¹⁷¹⁷ Kısacası, “sosyal düzen asgari varoluşu temsil eder ve sosyal adalet bir dereceye kadar vazgeçilebilecek bir lükstür”.¹⁷¹⁸ Adalet ile sosyal düzenin, diğerini sonsuza dek dışarıda bırakmak yerine birbirine dönüşme eğilimleri ise, Hauriou’ya göre sosyal devinimin olumlu bir sonucudur.

Böylece bir yandan “yaşam ortamı” gibi özgürlükçü bir kavramla düşünülen sosyal dirimsellik, diğer taraftan “sosyal düzen”in kısıtlayıcılığıyla karşılaşır. Hauriou’nun subjektivist adalet anlayışına karşı bulduğu çözüm, Schmitt’in Nazist bir hukuk doktrini yaratma girişimlerine ilham olmasının bir sebebi olacaktır.

D) Kurum Teorisinin Hauriou Sonrası ve Hukukun Nazist Doktrini

Hauriou’nun kurum teorisinin değerinin göz ardı edilmesinin bir sebebi de Carl Schmitt’in Nazi Almanyasını ve Adolf Hitler’i savunduğu ve dahası Nazist ideolojinin hukuksal dayanağını inşa etmeye çalıştığı dönemde, bu çalışmalarında Hauriou’nun kurum teorisini doğrudan referans göstermesidir.

Schmitt, Hauriou doktrininin farkının, Hauriou’nun, bir hukuk teorisiyle ya da metodolojiyle değil, Fransız idare hukuku uygulamaları üzerine incelemeleri, gözlemleri ve çalışmaları sonunda edindiği bir birikimle, “organik” biçimde, yola çıkması olduğunu, objektif bir gözlemle, tespit eder.¹⁷¹⁹ Schmitt, Hauriou’nun, normatif-pozitif bir yaklaşımla, hukuk metinleri ya da kalıp fikirler üzerinden değil, doğrudan nesneler dünyasının, yaşayan organizmaların içinden (genellikle Fransız idaresi ve idari rejimini odak alarak) incelemeler yaparak sonuçlara vardığını ifade eder.¹⁷²⁰ Hauriou’nun da, ileri sürdüğü ve karşı çıktığı düşüncelerle kurum teorisinin, ön yargısız bir bakışla bakanlar için gerçekçi görünecek ve fakat mutlak, dogmatik bakış açıları için rahatsız edici olabilecek bir teori olduğunu¹⁷²¹ düşünme sebebi aynıdır. Hauriou’nun, daha önce genel kabul görmüş, inanan kesimlerce mit hâline getirilmiş fikirlerle yola çıkması genellikle vaki değildir. Schmitt, Hauriou’nun, kurum teorisine de, en nihayetinde, Fransız idari organizmasını, “yaşayan bir birlik” olarak,

¹⁷¹⁷ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 49.

¹⁷¹⁸ Maurice Hauriou, “L’ordre social, la justice, et le droit”, s. 49.

¹⁷¹⁹ Carl Schmitt, **On the Three Types of Juristic Thought** (1934), Almancadan İngilizceye çev. Joseph W. Bendersky, London: Praeger (Contributions in Political Science, n° 397), s. 87.

¹⁷²⁰ Carl Schmitt, **On the Three Types of Juristic Thought**, s. 87.

¹⁷²¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, 1907, s. xi.

kendi hukuku ve iç disiplinine sahip, hükûmetten, özel hukuka tabi sistemden ve bireysel nitelikli işlevlerden ayırarak ele alması sayesinde ulaştığını ortaya koyar.¹⁷²² Schmitt'e göre, kurum teorisi, böylece, Hauriou tarafından, "Fransız idari organizmasının somut düzeni"ne dair bir somut bakış açısıyla geliştirilmiştir.¹⁷²³

Nazist düşünceyi "somut ve önemli" olarak değerlendiren¹⁷²⁴ Schmitt'in Hauriou'nun kurum teorisini referans alması, Hauriou'nun da Nazizm kuramcısı olarak anılmasına, haksız şekilde, neden olmuştur. Hauriou'nun kurum teorisinin Schmitt tarafından referans alınmasının sebebi, Hauriou'nun teorisi için temel teşkil etmeyen birtakım kavramlardır.¹⁷²⁵ Schmitt'te ise bu kavramlar kendi inşa ettiği teorinin anahtar kelimelerine dönüşür.¹⁷²⁶ Carl Schmitt teorisinin ana kavramı "somut düzen (*concrete order*)"dir. Hauriou'nun teorisi ise bir "sosyal düzen (*ordre social*)"e dayanır. Hauriou'nun sosyal düzen kavramını, zaman zaman adalet kavramına karşı tercih edilebilecek bir kavram olarak ortaya koyması, onu, katı bir somut düzen anlayışına esin kaynağı olabilecek konuma getirmiştir. Schmitt'in Hauriou'dan aldığı asıl temel kavramlar ise; "düzenleyici veya öncü fikir, kurumsal garantiler, süper-yasallık kavramı ve genel hükümler"dir.¹⁷²⁷

En dikkat çekici benzetme ise, Schmitt'in Hauriou'yu "ağabeyi" olarak gördüğünü ifade eden¹⁷²⁸ Mariano Croce ve Andrea Salvatore tarafından savunulan; Hauriou'nun kurum teorisinin temel kavramı olan "yönetici fikir" ile Schmitt'in "Führer" kavramının benzerliği savıdır.¹⁷²⁹ Yazarlara göre, bu iki kavram, ilki ikincisi kadar kişisel olmamakla birlikte, ortak dilbilimsel temayı paylaşırlar.¹⁷³⁰ Her iki kavram da, "birleştirici bir ilke veya kişi"yi ifade ederek, toplumsal güçler ve bireysel hareketler ile siyasi birliğe öncülük edilemeyen hâlde bu görevi üstlenerek; "farklı sosyal girişimleri bir araya getirir ve bunları tutarlı ve işlevsel bir sosyal uygulamalar dizisine dönüştürür".¹⁷³¹ Ayrıca, kurumsal bir oluşum yaratarak birliğe düzen sağlar

¹⁷²² Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 87.

¹⁷²³ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 87.

¹⁷²⁴ Carl Schmitt, *État, mouvement, peuple* (1933), Almancadan Fransızcaya çev. Agnès Pilleul, Paris: Kimé, 1997, s. 58.

¹⁷²⁵ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, New York: Routledge, 2013, s. 104.

¹⁷²⁶ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 104.

¹⁷²⁷ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 104.

¹⁷²⁸ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 105.

¹⁷²⁹ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, ss. 104-105.

¹⁷³⁰ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, ss. 104-105.

¹⁷³¹ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 105.

ve siyasi yapının koordinasyonunu sağlar.¹⁷³² Çeşitli eylem biçimleri ve farklı zorunlu kurumlar arasında denge ve uyumu sağlamak ve düzenleme misyonunu üstlenmesi içinse, üst düzey bir faktöre ihtiyaç duyulur.¹⁷³³ Bu faktör, yazarlara göre, Schmitt'te “kararcılık” iken, Hauriou'da “toplumsal elitizm” olmuştur.¹⁷³⁴

Hauriou, ılımlı yığınlar ile onlara örnek ve üstün olan “aşırıları” arasında bir ikilik fikrini ortaya atmıştır.¹⁷³⁵ Bu yaklaşım, birbirine yenilmesi mümkün olmayan¹⁷³⁶ iki kuvvetin, organizasyona ait azınlık kudreti ile objektif bireysellik tabanında bulunan birliğe ait çoğunluk kudretinin düalizmiyle uyumludur. Kurumun kuruluşunda “yönetenler ekibi”ni oluşturan liderler ve elitlerin bilinçli iradesi rol oynar.¹⁷³⁷ Azınlık kudreti; yaratıcı aksiyon ile inisiyatifi, buyurucu irade ile yürütme erkini temsil eder.¹⁷³⁸ Çoğunluk kudreti ise, iradeye sahip olmayıp, müdahale yetkisine ancak güvenini göstermek ya da onu geri çekmek için, onaylama ve kontrol etme biçiminde sahiptir.¹⁷³⁹ Gurvitch'e göre, bu kabul, Hauriou için, teorisinde vardığı sonuçların aksi yönde bir kabuldür.¹⁷⁴⁰ Çünkü azınlık kudretinin hâkim iradesini barındıran subjektif nitelikli kolektif kişiliğin, temelde yatan objektif birlikten önce var olduğu ve öncelikli öneme sahip olduğu intibası uyandırır.¹⁷⁴¹ Gurvitch bu çelişkinin nedenini, Hauriou'nun, Thomasçı hiyerarşik kişilik düşüncesinin, ruha tekabül eden bilinçli kişi ile bedene tekabül eden kişisel olmayan cisim ayırımına bağlı kalmasında görür.¹⁷⁴² Hauriou'nun böylece organize olmuş sosyal hukuku organize olmamış sosyal hukuka üstün tuttuğunu¹⁷⁴³ ifade eden Gurvitch, bu tercihini, Hauriou'nun, teorisinin en önemli yapılarının felsefi ve hukuki temellerini kendi elleriyle yıkması olarak yorumlar.¹⁷⁴⁴ Zira Hauriou'nun bizzat kurduğu objektif bireysellik, iş birliği ve halk egemenliği gibi teorileri, bu tercihle temelsiz kalır.¹⁷⁴⁵ Hauriou'nun fikirlerinin hak ettiği değer ölçüsünde yankı bulmama nedeni de, Gurvitch'e göre, bu çelişkidir.¹⁷⁴⁶

¹⁷³² Mariano Croce ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, s. 105.

¹⁷³³ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, s. 105.

¹⁷³⁴ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, s. 105.

¹⁷³⁵ Maurice Hauriou, **La science sociale traditionnelle**, s. 206.

¹⁷³⁶ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 180.

¹⁷³⁷ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 180.

¹⁷³⁸ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 180.

¹⁷³⁹ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 180.

¹⁷⁴⁰ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

¹⁷⁴¹ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

¹⁷⁴² Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

¹⁷⁴³ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 180.

¹⁷⁴⁴ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

¹⁷⁴⁵ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

¹⁷⁴⁶ Georges Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, s. 181.

Hauriou, bilinçli iradeye sahip aşkınlık grubunu, Gurvitch'in, yıktığını savunduğu köklü fikirleri kadar güçlü, detaylı ve istikrarlı biçimde savunmaz. Ne var ki, son dönem eserlerinde dahi, başlangıçta ortaya attığı bu görüşten uzaklaştığına dair açık bir kanıt bulunmaz. Bu nedenle, azınlık kudretine sahip bu grup, kurumun esas rollerinden birini üstlenmekle, kurumun anahtar kavramlarından biri hâline bürünür. Öncülük edebileceği düşünülen “üstün zihinler”e verilen bu rol, uygun kurumsallaşmayı sağlama misyonudur.¹⁷⁴⁷ Kurumsallaşmanın ileri safhalarında üyelerin bütününde topluluk bilinci oluşacak ve öncü fikir paylaşılabilecekse da; katılım aşamasında, kurumun iç mantığını önceden kavrayan bir grup elit insan öncü rol oynar ve diğerlerinden de elitlerin önerdiği yola rıza göstermeleri beklenir.¹⁷⁴⁸ Croce ve Salvatore, Hauriou'da, öncü kimselerin yönlendirmesi ile meydana gelen iradeler anlaşmasının Schmitt'in kararcılığı ile benzeştiğini savunur.¹⁷⁴⁹ Bir başka fikir de karar verme teorisi ile Hauriou'nun kurum teorisinin “değerlendirme” kavramı üzerinde kesiştiğidir. Hauriou'nun ortaya koyduğu, kurumlaştıran ya da kuran (*instituant*) ile kurumlaşan ya da kurulan (*institute*) arasındaki fark, kurumun, kurucu değerlendirme ile ilişkisini belirler.¹⁷⁵⁰ Kurumun hâkim kuvvetler tarafından kabul edilmesi, “yerleşik durumlar”ın yaratılmasını destekleyen bir barış durumunu ortaya çıkarır.¹⁷⁵¹

Schmitt, “Siyasal İlahiyat” kitabının 1933 tarihli ikinci baskısında, 1922 tarihli ilk baskıda “normativist” ve “desizyonist (kararcı)” hukuki düşünce tipleri arasında yaptığı ayrımın, üç tip olarak yeniden formüle etmek gerektiğini kabul ederek, üçüncü tipi “kurumsal hukuki düşünce” olarak açıklar.¹⁷⁵² Bu düzenlemeye ise, Hauriou'nun, “derinlikli ve önemli” olarak nitelediği kurum teorisini inceleyerek ulaşabildiğini ifade eder. Schmitt, Alman kamu hukukunun, doğal haklar ve aklın yasası yerine normların olgusal geçerliliğine dayanan yozlaşmış bir normativizm ve gerçek kararlar yerine olgusalın normatif gücüne dayanan yozlaşmış bir desizyonizmden ibaret olan bir

¹⁷⁴⁷ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 105.

¹⁷⁴⁸ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 105.

¹⁷⁴⁹ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, s. 105.

¹⁷⁵⁰ Lucien Sfez, “Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution”, s. 102.

¹⁷⁵¹ Lucien Sfez, “Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution”, ss. 101-102.

¹⁷⁵² Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Almancadan Türkçeye çev. Emre Zeybekoğlu, ikinci baskı, Ankara: Dost (koleksiyon: Yasa Siyasa), Kasım 2005, s. 10.

pozitivizmle boğuştuğunu düşünür.¹⁷⁵³ Çözümü ise, bu kavramları yeniden ele almak yanında, kurum teorisine başvurmakta bulur.¹⁷⁵⁴

Schmitt, “kurumsal düşünme tarzı”nda; devletin, artık, bir norm ya da normlar sistemi ya da salt bir egemen karar değil, “kurumların kurumu” olduğunu ve devlet düzeni içinde, kendi içinde otonom çok sayıda kurumun, kendi korumalarını ve düzenlerini bulduklarını ifade eder.¹⁷⁵⁵ Kurumsal düşünceyi, normativizm, desizyonizm ve ikisinin birleşimi olan on dokuzuncu yüzyıl pozitivizmine karşı “muhafazakâr bir tepkinin damgası” olarak değerlendirir.¹⁷⁵⁶ Ancak Schmitt, teorinin “muhafazakârlık” niteliğinin, yanlış yorumlanmasına yol açtığını ileri sürer. Örneğin Renard, Schmitt’e göre, Hauriou’nun teorisini bir tür yeni-Thomasçılık yaklaşımıyla tipik bir Roma Katolik teorisine dönüştürmüştür.¹⁷⁵⁷ Öyle ki, Schmitt, Hauriou’nun teorisinin takipçileri tarafından yanlış ya da dar yorumlanmasının, “somut düzen ve oluşum” düşüncesinin güçlü ilerleyişine ket vurmuş olabileceğini düşünür.¹⁷⁵⁸

Schmitt’in 1934 tarihli “Hukuki Düşüncenin Üç Türü” adlı çalışmasında, hukuki düşünce için bir üçlü ayrıma gider. Bu düşünce türlerinden ilkin, kural-statü düşüncesi (normativizm) ile somut düzen, ikincisini, karar verici düşünce (desizyonizm) ve üçüncüsünü, karar verici ve statü düşüncesinin birleşimi olan on dokuzuncu yüzyıl hukuki pozitivizmi (desizyonizm ve normativizm) olarak belirler.¹⁷⁵⁹ Schmitt, iddiasının, yalnız kurum kavramının restorasyonu ile, önceki normativizm ve desizyonizmin ve dolayısıyla da, ikisinin birleşiminden oluşan pozitivizmin üstesinden gelinebileceği olduğunu ortaya koyar.¹⁷⁶⁰ Schmitt, böylece, bu yeni üçlü ayrımın tarafını da ilan ederek “kurumsal düşünme” türünden, yahut en azından, Hauriou’nun kurum teorisi anlayışına nazaran “değiştirilmiş bir kurumsal tür”den yana olduğunu açıklıyor.¹⁷⁶¹ Bu değişiklik yolunda, Almanca için kullanım zorluğu bulunduğunu düşündüğü “kurum (*institution*)” kavramı yerine Almancaya daha uygun bir ifade

¹⁷⁵³ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 11.

¹⁷⁵⁴ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 11.

¹⁷⁵⁵ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 88.

¹⁷⁵⁶ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 89.

¹⁷⁵⁷ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, ss. 89-90.

¹⁷⁵⁸ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, ss. 89-90.

¹⁷⁵⁹ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, ss. 43-72.

¹⁷⁶⁰ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 88.

¹⁷⁶¹ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, Yves Charles Zarka (ed.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique* içinde, Paris: PUF (koleksiyon: Débats philosophiques), 2009, ss. 71-72.

kullanmak adına, teorisini, “düzenin somut düşüncesi” -ya da “somut düzen(ler) düşüncesi”- olarak nitelendiriyor.¹⁷⁶² Somut düzen düşüncesi, bütüncül bir kurumsalcılık olarak değerlendiriliyor.¹⁷⁶³ Bu yaklaşımda hukuk ise, “somut topluluk yaşamının düzeni” olarak yorumlanır.¹⁷⁶⁴ Çünkü olan ve olması gereken arasındaki ayrılığı (tıpkı hukuk ve ahlâk, hukuk ve siyaset, fiilî yaşam ve hukuk düzeni arasındaki ikilikleri yok ettiği gibi) reddeder.¹⁷⁶⁵ Böylece de, Nazist hukuk düşüncesinin subjektif hukuka karşı verdiği mücadeleye destek olur.¹⁷⁶⁶

Olivier Jouanjan’a göre, Schmitt, kurumsal düşünce türünü kaleme aldığı ve bu tür lehine tarafını belli ettiği çalışmasında yine de kararcı düşüncede kalır; zira karar verici unsurların gücüne verdiği önem azalmaz.¹⁷⁶⁷ Schmitt’in esaslı bir değişiklik olarak ortaya koyduğu somut düzen düşüncesi, kararcılık düşüncesi üzerinde düzeltici bir değişiklik olmakla birlikte mühim bir kopuş değildir.¹⁷⁶⁸ Aksine bir ardıllık niteliği taşır. Jouanjan buna kanıt olarak, Schmitt’in ileri dönem düşüncesinin temeli olan, “esas düşünce, anti-formalizm, esas biçim fikri, normalite/normativite ilişkisi, homojenlik teması, temsil ve kimlik arasındaki başlıca zıtlık” gibi anahtar kavramların, 1922’den itibaren doğup geliştirilmesini ortaya koyar.¹⁷⁶⁹

Jouanjan’a göre, Schmitt’in “somut düzen”den ziyade “somut düzen ve organizasyon” olan formülü, kararcılık anlayışıyla, Nazist söylemi meşrulaştırma misyonunu uygun biçimde üstlenir.¹⁷⁷⁰ Jouanjan, bu eklemlenmiş fikrin, içerdiği oksimoronla, somut düzen adına ya da Führer iradesi adına olan her işlemi

¹⁷⁶² Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 72.

¹⁷⁶³ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 90.

¹⁷⁶⁴ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 90.

¹⁷⁶⁵ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 90.

¹⁷⁶⁶ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 90.

¹⁷⁶⁷ Olivier Jouanjan, “Justifier l’injustifiable”, **Astérior**, 4 | 2006, yayın tarihi: 24 Nisan 2006, URL : <http://journals.openedition.org/asterion/643>, son erişim tarihi: 15 Mayıs 2020, § 46.

¹⁷⁶⁸ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 116.

¹⁷⁶⁹ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 117.

¹⁷⁷⁰ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 117.

meşrulaştırmayı ve ikisi arasındaki boşluğu gizlemeyi mümkün kıldığını savunur.¹⁷⁷¹ Bu belirsizlik, çelişkili söylemleri (örneğin kan ve toprak (*blut und boden*) muhafazakâr unsur ile idolleşmiş bir tekniğin açığa çıktığı “dionysyan” unsurun çelişkisi) kabul edilebilir ve hatta meşru gösterecektir.¹⁷⁷² Ancak Jouanjan, salt kurumsalcı olması nedeniyle bir düşünceyi totaliter eğilimli olarak etiketlemenin mantıklı olmadığını; çünkü kurumsalcı hukuk düşüncesinin Nazist rejim gibi bir rejimi meşrulaştırma sonucuna doğrudan bağlanamadığını vurgular.¹⁷⁷³ Schmitt’in somut düzen düşüncesi ise, Jouanjan’a göre, sırf kurumsalcı bir düşünce olduğu için değil, kendine has niteliklerin bütününde totaliter ve Nazist bir hukuk düşüncesidir.¹⁷⁷⁴

Schmitt’in en çok tepki alan metinleri, “Führer Hukuku Koruyor” (1934)¹⁷⁷⁵ ve “Yahudi Ruhuna Karşı Mücadelesinde Alman Hukuk Bilimi” (1936)¹⁷⁷⁶, Schmitt’in kurum teorisine bağlılığını ilan ettikten hemen sonra yayımlanmıştır. Schmitt’in, 1970’lere kadar, Hitler’in parti içi çatışmaları bitirmeye çağrısı olarak niteleyerek gurur verici bulup arkasında durduğu¹⁷⁷⁷ 1934 tarihli makalesinde, Hitler’in, 13 Temmuz 1934’teki meclis konuşması üzerine yazar. Bismarck döneminde Alman Krallığı’nın yıkılma sebebinin, kendi askerî ceza kanunu bulunmaması olarak değerlendiren Schmitt, siyasi nitelikli olmayan bürokrasinin de asiler ve devlet düşmanlarına gerekli yaptırımı uygulayamadığını savunur.¹⁷⁷⁸ Schmitt’e göre bunun nedeni, bürokrasinin, liberal bir “hukuk devleti” anlayışıyla felce uğramış olmasıydı.¹⁷⁷⁹

¹⁷⁷¹ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 118.

¹⁷⁷² Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 118.

¹⁷⁷³ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 118.

¹⁷⁷⁴ Olivier Jouanjan, “Pensée de l'ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 119.

¹⁷⁷⁵ Carl Schmitt, “Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934”, Almanca'dan Fransızca'ya çev. Mira Köller ve Dominique Ségler, *Cités*, 2003/2 (n° 14), ss. 165-171 (Almanca orijinal metin için bkz.: Carl Schmitt, “Der Führer schützt das Recht”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Heft 15, Question, 1 Ağustos 1934, ss. 945-950).

¹⁷⁷⁶ Carl Schmitt, “La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif. 1936”, Almanca'dan Fransızca'ya çev. Mira Köller ve Dominique Ségler, *Cités*, 2003/2 (n° 14), ss. 173-180 (Almanca orijinal metin için bkz.: Carl Schmitt, “Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Heft 20, 15 Ekim 1936, ss. 1193-1999).

¹⁷⁷⁷ Carl Schmitt, “Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934”, s. 165.

¹⁷⁷⁸ Carl Schmitt, “Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934”, s. 165.

¹⁷⁷⁹ Carl Schmitt, “Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934”, s. 165.

Hitler'in kendisini, "Alman halkının yüksek yargı otoritesi" olarak ilan etmesini savunan Schmitt, gerçek bir Führer'in her zaman aynı zamanda bir yargıç da olduğunu ve hukuku, kötüye kullanımlardan koruduğunu ifade eder.¹⁷⁸⁰ Dahası, Führer ile yargıcı ayırmak ve özellikle de karşı karşıya getirmek, Schmitt'e göre, yargıcı "ya bir karşı-Führer ya da karşı-Führer'in bir aracı"na dönüştürerek; devleti, yargı yoluyla işlevsiz kılmaya çalışır.¹⁷⁸¹ Schmitt'e göre bu, devleti ve hukuku tahrip etmenin sonuca ulaşma ihtimali kuvvetli bir yöntemidir.¹⁷⁸² Yine de Schmitt'in, hukukun temel kaynağı olarak yaşama hakkını kutsaması dikkate değerdir. Ona göre, her türlü devlet yasası, her türlü yargı kararı, ancak bu kaynağa dayandıkları sürece hukuktur.¹⁷⁸³

Schmitt, yanlış bir tutumla, yargının, devlet başkanı ile hükûmetin ve ayrıca idari organların da karşısında konumlandırıldığını düşünür.¹⁷⁸⁴ Weimar dönemi için, yargıç bağımsızlığının, hükûmetin keyfilğine karşı, vatandaşın korunması olarak algılanmasının anlaşılır olduğunu ifade eden Schmitt'e göre, yeni düzende ise, "adalet dâhil tüm kamu hizmetlerinin yeni anlamını kararlılıkla dayatma ödevi" bulunduğu için, aynı bireyci liberal tutum kabul edilemez.¹⁷⁸⁵

Schmitt, Hitler yönetimini meşrulaştırmak adına, ayrıca, "hükûmet tasarrufları" kavramına, özellikle Gabriel Michel Dufour'un "hükûmet tasarrufu" tanımına başvurur.¹⁷⁸⁶ "Hükûmet tasarrufunu hükûmet tasarrufu yapan, işlemi yapanın kendisi için belirlediği hedeftir" diyen ve hükûmet tasarruflarının amacını, "itiraf edilen ya da gizlenen, mevcut ya da gelmekte olan iç veya dış düşmanlara karşı toplumu savunmak" olarak belirleyen¹⁷⁸⁷ Dufour, böylece, bu kavramın, belirsiz bir "düşman"

¹⁷⁸⁰ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 166.

¹⁷⁸¹ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 166.

¹⁷⁸² Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", ss. 166-167.

¹⁷⁸³ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 167.

¹⁷⁸⁴ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", ss. 165-166.

¹⁷⁸⁵ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 168.

¹⁷⁸⁶ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 168.

¹⁷⁸⁷ Gabriel Michel Dufour, **Traité général de droit administratif appliqué: ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence**, üçüncü baskı, 8 cilt, C. 5, Paris: Delamotte, 1871 (1868-1901), s. 128.

ifadesi üzerinden düşünülmesine imkân vermiştir. Schmitt'e göre, yasama gücünün, hükümetin ve yargının, liberal bir hukuk devletinde olduğu gibi güvensizlikle birbirlerini kontrol etmediği bir Führer devletinde, bir hükümet tasarrufu olduğunda normal olarak meşru kabul edilen şey; Führer'in Führer ve yüksek yargıç olarak kapasitesini gösterdiği bir işleme daha fazlasını uygulamak zorundadır.¹⁷⁸⁸ Eyleminin içeriğini ve kapsamını belirleyen Führer'in kendisidir.¹⁷⁸⁹

Schmitt, "Uzun Bıçaklar Gecesi" olarak anılan 30 Haziran-2 Temmuz 1934 koruma tedbirlerini ve bu tedbirlerin, "devletin meşru savunma hakkı" çerçevesinde olduğuna dair 3 Temmuz 1934 tarihli yasayı da Hitler'in geçici ve acil tedbirlere ilişkin doğrudan eylemlerinden olduğu müddetçe, savunur.¹⁷⁹⁰ Schmitt'e göre, anılan günlerde yaşanan kabul edilemez, dehşet içeren eylemler ise Hitler'in eylemiyle bağı olmayan, onun emri veya yetkilendirmesine dayanmayan "özel" eylemlerdir ve suç teşkil eder.¹⁷⁹¹

Ekim 1936'da "Hukuk Biliminde Yahudilik" konusuyla organize edilen, "Hukuk Savunucularının Nasyonal-Sosyalist Federasyonu Üniversite Öğretim Üyeleri Kongresi"nin kapanış konuşmasında, Schmitt, kongrenin net ve kesin sonucu olarak, "Yahudi fikirlerinin entelektüel içeriğinin Yahudi olmayan yazarların fikirleriyle aynı düzeye getirilemeyeceği" ve "Yahudi'nin Alman ruhu için verimsiz ve steril olduğu" düşüncelerini açıklar.¹⁷⁹² Konuşmasının, keskin bir antisemitizmi hukuk biliminin bir verisi olarak meşru gösterme gayesi taşıdığına kuşku yoktur. Hukuk literatürünün "sıfırlanması" gerektiği ana temalı konuşmasında; kütüphaneler, kaynakça ve atıflar ile tez konuları hakkında, Yahudi kaynakların ve ilgili konuların kullanılmaması yahut en azından ayrıştırılmasını savunur.

Schmitt, siyasi birliğin, hem iyi işleyen şekilleri arasında hem de bunların yozlaşmış şekilleri arasında farkların bu üçlü düşünce tipi ayrımıyla açıklanabileceğini

¹⁷⁸⁸ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 169.

¹⁷⁸⁹ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 169.

¹⁷⁹⁰ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 169.

¹⁷⁹¹ Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934", s. 169.

¹⁷⁹² Carl Schmitt, "La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif. 1936", s. 177.

savunur.¹⁷⁹³ Schmitt, Aristoteles'in iyi ile yozlaşmış yönetim biçimleri arasında yaptığı tasnif kalıbına benzer biçimde, siyasi birliğin üç alanı ile devlet, hareket ve halk unsurlarını sağlıklı ve yozlaşmış türleriyle ayırır.¹⁷⁹⁴ Schmitt, normativist perspektifin, kişiliğin dışında bir kurallar sisteminde düşündüğü; desizyonist perspektifin, siyasi duruma dayanan hukuku kişisel karar yoluyla icraya koyduğu; kurumsal perspektifin ise, kişiler-üstü kurumlar ve örgütler ile tezahür ettiğini belirtir.¹⁷⁹⁵ Yozlaşmış görünümünde ise; normativist yaklaşım, bürokratik bir iş görme biçimi olarak hukuku kullanır; desizyonist yaklaşım, önemli politik hareketlerin "olan" da mevcut sürekliliğini es geçebilecek kadar zamanlama ile ilgilenir; kurumsal yaklaşım ise, feodal kesime dayanan, egemenlik içermeyen bir tür çoğulculuktan yana olur.¹⁷⁹⁶

Schmitt doktrininin Hauriou'nun kurum teorisine dayandığının en belirgin göstergelerinden biri de devleti, "kurumların kurumu" olarak tanımlamasıdır. Schmitt, Hauriou'nun kurum doktrininin, "hukuki pozitivizmin egemenliğinden beri somut düzen düşüncesinin restorasyonuna yönelik ilk sistematik girişim" olarak görür.¹⁷⁹⁷ Schmitt, teorisinde etkilendiği düşünülen bir diğer isim olan Santi Romano'nun "hukuk düzeni" teorisinin de, zaten Hauriou doktrininden etkilenmiş bir teori olduğunu düşünür.¹⁷⁹⁸ Kurum teorisinin, Duguit'nin hak kaidesi teorisinin karşısında yer aldığını düşünen Schmitt, on dokuzuncu yüzyıl liberal antitezlerinin artık kullanım ömrünü tüketmiş hâle geldiğini savunur.¹⁷⁹⁹ Schmitt'e göre, Duguit'nin hukuki pozitivizmi metafizik nitelikli iken; Hauriou'nun, "mistik" olduğu iddia edilen doktrini, salt ilkelere dayalı, saf bilimsel pozitivizm teorilerinden daha gerçek, daha ayakları yere basan ve en nihayetinde daha "pozitif" bir doktrindir.¹⁸⁰⁰

Schmitt'in bu noktada, Hauriou'yu Nazist kuramlarla bağlayan yaklaşımı, Nazist ideolojiye ait bir terminolojinin de yapısını aynı çalışmalarında inşa

¹⁷⁹³ Carl Schmitt, *Siyasi ilahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 11.

¹⁷⁹⁴ Carl Schmitt, *Siyasi ilahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 11.

¹⁷⁹⁵ Carl Schmitt, *Siyasi ilahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, s. 10.

¹⁷⁹⁶ Carl Schmitt, *Siyasi ilahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, ss. 10-11.

¹⁷⁹⁷ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 116.

¹⁷⁹⁸ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, ss. 86-87.

¹⁷⁹⁹ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 87.

¹⁸⁰⁰ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 87.

etmesidir.¹⁸⁰¹ Schmitt, teorik bir hukuki Nazizmin, “hukukun Nazist biliminin”¹⁸⁰² terminolojik ve kuramsal yapısına katkıda bulunarak, haklı görülemeyecek olanı haklı çıkarır, yahut aklar (ve tersi de geçerlidir).¹⁸⁰³ Olivier Jouanjan bu yaklaşımı, “totolojik diyalektik” olarak niteler.¹⁸⁰⁴

Hauriou ile Schmitt doktrinlerinin ortak noktalarından biri, hukukun temel cevherinin net bir kavramlaştırma ile ifade edilemeyeceği, bu nedenle de hukuk teorilerinin hukukun dayanağını açıklamada yetersiz kaldığı düşüncesidir.¹⁸⁰⁵ Bu temel düşüncenin ötesinde ise, daha büyük bir ortak alan olarak, kuşkusuz, “kurumsalcılık” vardır. Schmitt’in “somut düzen ve oluşum” teorisinin dayandığı kurumsalcılık; somut düzenin varlığı için, toplumsal ilişkilerin gözetilmesi ve topluluğun ortak yaşam tarzını düzenlenip şekillendirilmesi gereğini içerir.¹⁸⁰⁶

Schmitt’in Hauriou düşüncesini tamamiyle yanlış anladığını iddia etmek doğru olmaz. Zira Schmitt, Hauriou doktrinine, teorilerini geliştirmek isteyen ardıllarından dahi daha fazla önem vermiş ve fikirleri ile yöntemini birlikte değerlendirerek, Hauriou’yu, Hauriou’nun bakış açısından görebilmeyi denemiştir. Hauriou’nun kurum teorisi ile Nazist söylemin hukuki temelini oluşturma fikrinin, Schmitt düşüncesinde, tereddütler barındıran bir söylemi, adil ve meşru olduğunu şüphesiz gördüğü bir teori ile aklama çabasından ileri gelmiş görünmektedir.

Renard, Hauriou’nun teorisini, dallara muhtaç bir gövdeye benzetir.¹⁸⁰⁷ Doktrinde bu açığı doldurmak isteyen yazarların, kurum teorisi bayrağını Hauriou’dan devralıp onu takiben taşıdıkları görülür. Üstelik bu yazarlardan bir kısmı, Hauriou’nun teorisinin renovasyonu yahut güncellenmesi, adaptasyonu iddiasında olmuşlardır. Ne var ki Gabriel Marty’nin tespit ettiği üzere; bu takipçilerin hiçbiri, hepsi değerli ve karşılaştırmaya değer teorilerine karşın, gerçek bir bayrak devralma eylemini gerçekleştirememiştir. Dahası, Hauriou’nun düşüncesini aşarak, saygınlığını tehlikeye

¹⁸⁰¹ Olivier Jouanjan, “Justifier l’injustifiable”, § 6.

¹⁸⁰² Olivier Jouanjan, “Pensée de l’ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, s. 72.

¹⁸⁰³ Olivier Jouanjan, “Justifier l’injustifiable”, § 6.

¹⁸⁰⁴ Olivier Jouanjan, “Justifier l’injustifiable”, § 6.

¹⁸⁰⁵ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, s. 104.

¹⁸⁰⁶ Mariano Croce ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, s. 104.

¹⁸⁰⁷ Georges Renard, **La Théorie de l’institution. Essai d’ontologie juridique**, s. x.

atmışlardır.¹⁸⁰⁸ Yann Tanguy, Hauriou'nun teorisinin hukukçuları yeterince etkilemediği, dahası, etkilenenlerin de salt metafizik bakış açısıyla teoriye katkıda bulunamadığı; araştırmacılar, uygulayıcılar, filozoflar, psikologlar ve sosyologlar tarafından daha iyi anlaşıldığı gözlemini aktarır.¹⁸⁰⁹ Kurum teorisi hukukçular arasında yaygın ve bilinir olsa da, onu gerçekten bir araştırma nesnesi veya aracı yapanların sayısı çok daha azdır.¹⁸¹⁰ Marty'ye göre, bu hukukçular arasında da, özel hukuk teorisyenleri, kamu hukuku teorisyenlerine göre, Hauriou düşüncesine daha yakın olmuşlardır.¹⁸¹¹ Kayıp ve geçmişte asılı sayılabilecek kurum kavramının; siyasi ve sosyal karşıtlıkları barındırabilen, çeşitli içeriklere sahip olabilen bir yapı olduğu için, hukuk bilimi ona daha geniş bir yer ve daha etkili bir rol verecektir.¹⁸¹²

Marty, Hauriou'yu takip eden yazarların, onun düşüncesini aşan yorumları ile Hauriou doktrininin itibarını zedelediğinin dahi düşünölebileceğini savunur.¹⁸¹³ Marty'ye göre, bir "kurumsalcı ekol"ün varlığından söz edilemez.¹⁸¹⁴ Delos da bu düşünce akımının bir ekol ya da klik olmadığını, ancak birbirinden bağımsız öğretilerin "kurumsalcılık" çatısında toplanabilecek bir anlayışı yansıttığını ifade eder.¹⁸¹⁵ Hauriou düşüncesi, değişime, esnekliğe ve zenginleştirilmeye açık ve köklü bir yapı olsa da; Marty'nin vurguladığı gibi, Hauriou, bir ekol lideri değildi.¹⁸¹⁶ Nitekim, Hauriou düşüncesinin etkileri, ancak "bazen tepki, taklit, adaptasyon veya asimilasyon ve daha sıklıkla ekstrapolasyon" biçimlerinde karşımıza çıkmıştır.¹⁸¹⁷ Takip eden yazarların en yaygın kullandığı ekstrapolasyon yönteminde, Hauriou'nun bilinen bir fikri üzerinden, bilinmeyen kısımlar varsayılmış ve bu varsayımlar üzerinde ilerlenmiştir.

¹⁸⁰⁸ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 44.

¹⁸⁰⁹ Yann Tanguy, "L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine", **RDP**, S. 107, n° 1, Şubat 1991, ss. 63-65.

¹⁸¹⁰ Éric Millard, "Hauriou et la théorie de l'institution", s. 383.

¹⁸¹¹ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 44.

¹⁸¹² Joseph Declareuil, "Quelques remarques sur la théorie de l'institution et le caractère institutionnel de la monarchie capétienne", *Mélanges Maurice Hauriou* içinde, Paris: Sirey, 1929, s. 185.

¹⁸¹³ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 44.

¹⁸¹⁴ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 42.

¹⁸¹⁵ Joseph Thomas Delos, "The Evolution of the Institutional Conception of Positive Law-A Backward Glance", Fransızcadan İngilizceye çev. Mary Welling, *Joseph Albert Broderick (ed.) The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* içinde, Cambridge: Harvard University Press (20th century legal philosophy series, C. 8), 1970, s. 35.

¹⁸¹⁶ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 42.

¹⁸¹⁷ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 42.

Renard, Hauriou'nun kurum düşüncesinin yaşadığını ve kendi hedefinin onun düşüncesinin değil, onun formüllerinin ötesine geçmek olduğunu söyler.¹⁸¹⁸ Ne var ki Renard'ın formül ya da metot farklılığından ibaret olarak değerlendirdiği değişim, kurum teorisini, Thomasçı üstün fikir, samimiyet ve ortak iyi gibi kavramların düzlemine taşır. Dolayısıyla Renard'ın teorisi, artık, yeni bir yaklaşımdır. Delos'un teoriyi ele alışı, bir kez daha Thomasçılık noktasında Hauriou'yu aşmakla birlikte; kişilik doktrinine kurum teorisinde bariz bir öncelik veren bir yaklaşımdır. Oysa Hauriou, sisteminde, objektif bireysellik ile subjektif kişilik dengesini, muhakemesinin hassas terazisinde ölçüp tahayyül ettiğine uygun açıklayabilmeye yıllarını vermiştir. René Clemens, Delos ile aynı yönde bir tercih yaparak; Georges Gurvitch ise organize olmamış sosyal hukuktan yana olarak dengeyi bozarak Hauriou çizgisinden ayrılır. Teoriyi, hukuk felsefesinin geleceğinin tanıklığı olarak gören¹⁸¹⁹ François Géný ise Hauriou'nun sosyolojik gözlemlere aşırı güvendiği ve bilim ile teknik arasındaki farkı yeterince incelemediği iddiasıyla, tepkisel bir bakış açısı getirmiştir.¹⁸²⁰ Marcel Waline ise her ne kadar Hauriou düşüncesine yaklaşıp da, pozitivist yaklaşımı nedeniyle, kurumları, örgütlenmeleri ve özellikle de hukuk kuralı yaratma yetkinlikleri odağında değerlendirir.¹⁸²¹

2. Hauriou'nun Devlet Kurumunda Denge Sistemi ve İdare

Hauriou doktrinde devlet rejimi bir dengeler sistemi olarak değerlendirilir. Erklerin çeşitli ayrımlarına dayanan bu sistemde, devlet gücünün farklı görünüşleri de kamu erkleri olarak ayrılır. Hauriou'ya göre, Montesquieu'nün, uzun yıllar boyunca yanlış yorumlanan erkler ayrılığı teorisinin modern zamana uygun bir adaptasyonu, bir tashihi gerekir. Bunun yapılabilmesi içinse, öncelikle erkler ayrılığını fonksiyonlar ayrılığından ayırmak ve yanlış yorumları saf dışı etmek gerekir (A). Bu aşamadan sonra Hauriou, Aristoteles'in fikrî zeminine ve Montesquieu'nün üçlü ayırım yapısına benzetilebilen bir erkler ayrılığı sistemini kabul eder. Hauriou'da ayrılan erkler, birbirinden kopuk değildir, zaman zaman Rousseau'nun görüşlerine yaklaşan bir denge sisteminde yer alırlar. Ayrılmış erklerin dengesi, devlet kurumunun işlemesi

¹⁸¹⁸ Georges Renard, *La Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, s. xvi.

¹⁸¹⁹ François Géný, "A Critical Meditation on Georges Renard's *La Theorie de L'Institution*", *Joseph Albert Broderick (ed.) The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* içinde, s. 221.

¹⁸²⁰ Gabriel Marty, "La théorie de l'institution", s. 42.

¹⁸²¹ Marcel Waline, "Qu'est-ce que le droit ?", s. 358.

için elzemdir (B). Erkler ayrılığının pratik önemi, erklerin birbirini durdurma ya da sınırlama yetkilerindedir. Ayrılmış, dengeli ve birbirlerine bağlı erklerin ana kaynağı olan devlet gücü, kendini sınırlamalıdır. Gerçek bir denge için, devletin kendini subjektif olarak bağlaması yetmez; bir “objektif güçler dengesi” gerekir. Böylece Hauriou, objektif otolimitasyon kuramını geliştirir (C). Hauriou’nun erkler ayrılığı teorisinde yürütme erkine verdiği ağırlık ile otolimitasyon teorisinde, sınırlamaların idari faaliyetlerin işleyişi üzerinde etkilerini baz alması, onun idare hukuku bakış açısının bir yansımasıdır.

A) Hauriou’nun Erkler Ayrılığı Teorisi

Hauriou, erkleri, niteliklerine göre ayırır ve bazı ayrımlar bakımından zıt, bazıları bakımından yalnızca farklı olan erklerin birbirini dengelemesi üzerine kurulu bir mekanizmanın varlığını savunur. Bu anlamda, örneğin, “bireysel erk (*pouvoir individuel*)” ile “toplumsal erk (*pouvoir social*)” arasında¹⁸²²; “siyasi erk (*pouvoir politique*)” ile “ekonomik erk (*pouvoir économique*)” arasında¹⁸²³; “sivil erk (*pouvoir civil*)” ile “askerî erk (*pouvoir militaire*)” arasında¹⁸²⁴; “sivil erk (*pouvoir civil*)” ile “dinî erk (*pouvoir religieux*)” arasında¹⁸²⁵ ayrımlar yapar. Ancak bu ayrımlar, daha ziyade, anayasa ve bireysel haklar alanlarındaki görünümleriyle pratik öneme kavuşurlar ve bir tür sosyal denge sağlarlar. Devlet ile hukuk ilişkisinde belirleyiciliği nedeniyle önem kazanan bir diğer denge ise, “siyasi erk (*pouvoir politique*)” ile “hukuki erk (*pouvoir juridique*)” arasındadır.¹⁸²⁶ Hukuk formları arasında yapılan ayrımla¹⁸²⁷ birlikte değerlendirilen bu ayrım, “hâkimiyet erkinin (*pouvoir de domination*)” de dengesini oluşturur ve egemenliğin de siyasi ve hukuki olarak ayrılmasının belirleyicisi olur.

Hauriou, devlet gücünün tezahürlerine dair ayrımı “kamu erkleri (*pouvoirs publics*)” kavramıyla ifade eder. Bu ayrım, Hauriou’ya göre, devletin hukuki ve siyasi egemenlik tezahürlerinden yalnızca siyasi egemenliği etkileyen bir ayrım olup, Montesquieu’nün erkler ayrılığı teorisini karşılar. Kamu erkleri kavramının, devletin

¹⁸²² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 492-503.

¹⁸²³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 368-376.

¹⁸²⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 441-457.

¹⁸²⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 458-466.

¹⁸²⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 17-27.

¹⁸²⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 27.

“fonksiyonları (*fonctions*)” ile “organları (*organes*)” kavramlarından ayırt edilmesi gerektiğini vurgular.¹⁸²⁸ Hauriou’ya göre devletin fonksiyonları; “adaleti sağlamak (*rendre la justice*), kanun yapmak (*faire la loi*) ve yönetmek ya da idare etmek (*gouverner ou administrer*)” gibi fonksiyonlardır.¹⁸²⁹ Devletin organları ise, fonksiyonları yürüten beşerî örgütlerdir.¹⁸³⁰ Kamu erkleri ise, “organların, fonksiyonları, kendilerine uygun olarak yürüttüğü irade erkleridir”.¹⁸³¹ Böylece, yazar, fonksiyonel ve organik ayrımları, erk ayrımının dışında tutar.

Ancak Hauriou’ya göre, uzun zamandır kabul edilen, yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrımı, hatalı analizler nedeniyle, esasında fonksiyon ayrımı temeline dayanır.¹⁸³² Yazara göre, bu hata, iki mühim yanlış sonuca götürmüştür. İlki, ayrımın, Amerikan yaklaşımıyla, katı bir ayrım olarak değerlendirilmesiyle; her bir fonksiyonun yalnızca bir erke bırakılması ve o erkin, yalnızca o fonksiyonu yürütme yetkisine haiz olmasının dezavantajıdır.¹⁸³³ İkincisi ise, hatalı anlayışın, fonksiyonlar ayrımına bir katkısının olmaması yahut ancak zararlı bir katılık getirmesi nedeniyle, erkler ayrılığı ilkesinin yararlılığını şüpheye düşürmesidir.¹⁸³⁴ Bu nedenledir ki, erkler ayrılığı ilkesi, abartılı ve hatta yanlış bulunarak, göz ardı edilmeye başlanmıştır.¹⁸³⁵

Hauriou, temsili biçimde örgütlenen devletin, iradeyle donatılmış olarak düşünülebilecek korporatif bir varlık olduğu fikrine dönmek gerektiğini savunur.¹⁸³⁶ Hauriou’ya göre, kamu erklerinin, devlet iradesinin birbirinden ayrılabilen erkleri olarak algılanmasına dair temel bir yaklaşım mevcuttur. Asıl sorun, bu ayrılığın esasını belirlemektedir.¹⁸³⁷ Hauriou, bu esasın, iradenin işlem biçimlerinde, tamamıyla biçimsel açıdan aranmasını, hukuk mantığına uygun bulur.¹⁸³⁸ Çünkü böylece, bir yetki, birçok işlemle eşleştirilebilecek ve iradenin birliği bozulmayacaktır.¹⁸³⁹ Bu anlayışın net bir ayrım içermeyen tek sonucu, devlet adına yapılan işlemlere, farklı

¹⁸²⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 347.

¹⁸²⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 347.

¹⁸³⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 347.

¹⁸³¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 347.

¹⁸³² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸³⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, ss. 348-349.

erklerden kaynaklanan irade işlemlerinin katkıda bulunabilmesi nedeniyle, bunların karmaşık işlemler olabilmesidir.¹⁸⁴⁰

Hauriou, erkler ayrımının psikolojik temeli fikrinde bulduğu temelin Aristoteles'e dayandığını ve "erkler ayrılığının büyük modern teorisyeni" olarak nitelediği Montesquieu'nün de, her zaman sadakatle takip etmemiş olsa da, ondan ilham aldığını ifade eder.¹⁸⁴¹ Hauriou'ya göre, tamamen biçimsel olan bu temel, işlemlerin içerikleri hakkında ise bilgi vermeyip, bunu devletin fonksiyonları alanına bırakır.¹⁸⁴² Yine de Aristoteles'e dayanan fikir, Hauriou'ya göre, her şeyden önce, "kamu erklerini, yerine getirdikleri temel fonksiyondan ayrı olarak tanımlamayı mümkün kılan" tek yaklaşım olarak son derece değerlidir.¹⁸⁴³

Aristoteles'e göre her devlette, yasa koyucunun düzenlemelerine esas olması gereken üç taraf vardır ve bu üç tarafın iyi organizasyonu, doğrudan, devletin iyi organizasyonu sonucuna ulaştırır.¹⁸⁴⁴ Bu üç taraftan ilki, kamusal işleri müzakere eden genel meclis¹⁸⁴⁵; ikincisi, niteliğinin, tahsis alanlarının ve atama usullerinin düzenlenmesi gereken yüksek görevliler (magistralar) kümesi¹⁸⁴⁶ ve üçüncüsü yargı sistemidir.¹⁸⁴⁷ Carré de Malberg'e göre; Aristoteles düşüncesinde, müzakere (*délibération*), buyurma (*commandement*) ve adalet (*justice*) işlemlerinin üçlü ayrımı da, doğrudan, Aristoteles döneminin organik ayrımını yansıtan bu ayrıma tekabül eder.¹⁸⁴⁸

¹⁸⁴⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁴¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁴² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁴³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁴⁴ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, üçüncü baskı, Eski Yunancadan Fransızcaya çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris: Ladrangé, 1874, s. 341.

¹⁸⁴⁵ Ayrımı, "bütün anayasalarda" bulunan "üç öge" biçiminde çeviren Mete Tunçay'ın çevirisine göre bu ilk öge, "toplucu görüşüp düşünmedir ["meşveret"], yani ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılması"dır. (Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, çev. Mete Tunçay, ss. 132-133.)

¹⁸⁴⁶ Mete Tunçay çevirisine göre, bu ikinci öge, "yürütmedir, yani bütün ve yetkeler karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri"dir. (Aristoteles, **Politika (M. Ö. 330-323)**, çev. Mete Tunçay, 1975, s. 133.)

¹⁸⁴⁷ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 341. Çevirmen, bu ayrımın, açıkça "yasama (*législatif*) veya genel meclis, yürütme (*exécutif*) veya yüksek memurlar ve yargı (*judiciaire*) veya mahkemeler" olmak üzere üç erkin ayrımı olup, modern erkler ayrılığının temeli olduğunu ve Montesquieu'ye temel teşkil ettiğini belirtir.

¹⁸⁴⁸ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 2, 1922, s. 2.

Aristoteles düşüncesinde, devletin gerçek egemenliği müzakere erki olarak tezahür eder.¹⁸⁴⁹ Genel meclisin egemenlik yetkileri; barış ve savaşa karar vermek, antlaşmaları sonuca ulaştırmak ve bozmak, kanun yapmak, ölüm cezası, sürgün ve müsadereleleri ilan etmek ve yüksek görevlilerin hesaplarını görmektir.¹⁸⁵⁰ Aristoteles'e göre, genel mecliste müzakere eden yüksek görevliler geçici görevlidir ve erk, esasen mecliste de sırayla rol alan tüm vatandaşlarıdır.¹⁸⁵¹ Yüksek görevlilerin yürütme erkini elinde bulundurması, Aristoteles düşüncesinde, siyasi topluluğun gerektirdiği her tür memurluğu, seçimle ya da kurayla sahip olunmuş her tür yetkiyi içerecek kadar geniş ele alınmaz.¹⁸⁵² Aristoteles devlete ilişkin görevleri; politik görevler, kamu ekonomisi ile ilgili görevler ve bayağı görevler olarak belirler.¹⁸⁵³ Bunlar içerisinde gerçekten yüksek memurlar ile ilgili olanlar, yalnızca, belirli konular hakkında müzakere etme, karar verme ve düzenleme hakkı veren fonksiyonlardır.¹⁸⁵⁴ Bu haklar içinde "düzenleme", otoritenin ayırt edici özelliği olarak, belirleyici olandır.¹⁸⁵⁵ Ancak Aristoteles, bu kriterleri ve dolayısıyla görevlerin sınırlarını netleştirmeyi tercih etmez.

Montesquieu'nün Aristoteles düşüncesini eleştirisi, Hauriou'nun eleştirisinden şaşırtıcı derecede uzaktır. Montesquieu, Aristoteles'i erkler ayrılığının temel düşünürü kabul ederek, düşüncesindeki eksiklikleri ortaya koymaya çalışmaz; Aristoteles düşüncesinin anakronik olduğunu savunur.¹⁸⁵⁶ Aristoteles'in, monarşiye ilişkin analiz ve derecelendirmesinde; yönetimleri, anayasa biçimleriyle değil, hükümdarın erdemleri ya da kusurları gibi rastlantısal ya da tiranlığın darbesi veya tiranlığa ardıllık gibi yabancı unsurlarla ayırmasını eleştirir.¹⁸⁵⁷ Dikkat çekici olan şudur ki, eleştirisini, "tek bir hükûmette üç erkin dağılımını bilmeyen eskilerin, monarşi hakkında doğru bir fikir edinemeyeceği" sebebine bağlar.¹⁸⁵⁸

¹⁸⁴⁹ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 346.

¹⁸⁵⁰ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, ss. 341-342.

¹⁸⁵¹ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 342.

¹⁸⁵² Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 347.

¹⁸⁵³ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, ss. 347-348.

¹⁸⁵⁴ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 348.

¹⁸⁵⁵ Aristoteles (Aristote), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, s. 348.

¹⁸⁵⁶ Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède), **De l'esprit des lois (1758)**, 4 cilt, C. 1, Paris: Veuve Dabo, 1824, s. 331.

¹⁸⁵⁷ Montesquieu, **De l'esprit des lois (1758)**, C. 1, 1824, s. 330.

¹⁸⁵⁸ Montesquieu, **De l'esprit des lois (1758)**, C. 1, 1824, s. 331.

Carré de Malberg de erkler ayrılığı teorisinin kökenlerini Aristoteles'e kadar götürmeyi doğru bulmaz.¹⁸⁵⁹ Bunun ilk sebebi, yazara göre, Aristoteles'in, eski bir anlayışla, yalnızca organların çeşitli faaliyet biçimlerini ayırt etmekle ilgilenip; fonksiyonları, her birine uygun konuların ayırımına dayanan bir ayırımla açıklamaya çalışmamasıdır.¹⁸⁶⁰ İkinci sebebi ise, bir kimsenin, aynı anda, hem müzakere meclisinde hem yüksek bir memurlukta ve hem de bir mahkemede görev yapmasının, Aristoteles'in sisteminde mümkün olmasıdır.¹⁸⁶¹ Bu nedenle, modern erkler ayrılığı teorisinin esas formülü, Carré de Malberg'e göre, ancak Montesquieu'de bulunabilir; teorinin Montesquieu'nün adıyla anılmasının sebebi de budur.¹⁸⁶²

Montesquieu'yü öncüllerinden farklı ve orijinal kılan, Carré de Malberg'e göre, öncelikle, Montesquieu'nün, erkler ayrılığını, “akıllıca düzenlenmiş her devlette iyi bir erk organizasyonu için temel şartlardan biri” olarak değerlendirip, genel prensip olarak açıkça ortaya koymasısıdır.¹⁸⁶³ Montesquieu ile birlikte, erklerin ayırt edilmesinin, artık, fonksiyonların soyut veya rasyonel ayrımıyla sınırlı olmayışı da, yazara göre, bir diğer önemli farkıdır.¹⁸⁶⁴ Carré de Malberg, Montesquieu'nün erkler ayrılığı sisteminde, fonksiyonların özdeksel anlamına, öz doğalarına dayanan bir ayırımın bulunduğunu¹⁸⁶⁵; ancak fonksiyonların nitel doğası ile niceliğine dayanan ayırımın, neticede, önemsiz, hatta kararsız bir görünüme kavuştuğunu ifade eder.¹⁸⁶⁶ Carré de Malberg'e göre, Montesquieu'nün ilgilendiği, belirli fonksiyonların uygulanmasının farklı yetki sahipleri arasında bölüşülmesidir ve fonksiyonları da, sadece bu pratik ayırım noktasında ayırır.¹⁸⁶⁷ Carré de Malberg'e göre, Montesquieu, devlet gücüne ilişkin üç fonksiyonu, kavramsal olarak belirtir ancak konularını tanımlayarak netleştirme çabasına girmedigi için eleştirilir.¹⁸⁶⁸ Maddi anlamda ayrılan üç fonksiyon; “yasamak (*légiférer*), idare etmek (*administrer*) ve yargılamak (*juger*)” fonksiyonlarıdır.¹⁸⁶⁹ Montesquieu'nün teorisinin esası ise “erklerin organik

¹⁸⁵⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 2.

¹⁸⁶⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 2.

¹⁸⁶¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 2.

¹⁸⁶² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 3.

¹⁸⁶³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, ss. 3-4.

¹⁸⁶⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 3.

¹⁸⁶⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 28.

¹⁸⁶⁶ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 3.

¹⁸⁶⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 3.

¹⁸⁶⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 28.

¹⁸⁶⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 31.

ayrılması”na ilişkin olup, Carré de Malberg’e göre bu alan Montesquieu’de yeterince nettir.¹⁸⁷⁰

Hauriou’ya göre, erkler ayrılığının kuramlaştırılmasında öncelikli olan, erkler ile fonksiyonları birbirinden ayırmaktır.¹⁸⁷¹ Bu ayırmada önemli olan ise, ayırımın, işlem biçimleri ve herhangi bir iradenin yetkilerinin analiziyle değil, yalnızca hükûmetin siyasi erkine karşılık gelen bir irade ile ilgili olduğu bilinciyle yapılmasıdır.¹⁸⁷² Hauriou, bu bakış açısıyla, erkler sisteminin tarihsel değişikliklere uğrayabileceğini kabul eder; çünkü hükûmet iradesinin bazı faaliyetleri, geçmişte, günümüzde artık sahip olmadıkları politik öneme sahip olabilirler.¹⁸⁷³ Hauriou, bu gözlem ile Aristoteles’in ardından, Montesquieu tarafından kurulan kamu erkleri listesi üzerinde de önemli bir değişiklik yapmak zorunda olduğu sonucuna varır.¹⁸⁷⁴ Hauriou’ya göre, Carré de Malberg de erkler ile fonksiyonları ayırmak gayesiyle bir plan yapmış, fakat neticede bu ayrıma ulaşmamıştır.¹⁸⁷⁵

Montesquieu sisteminde, her devlette bulunan üç tür erk, “yasama gücü (*puissance législative*)” ile; biri milletler hukukuna (*droit des gens*), diğeri ise vatandaşın hukukuna (*droit civil*) ilişkin olan iki tür “yürütme gücü (*puissance exécutive*)”dür.¹⁸⁷⁶ Yasama erkiyle, “hükümdar ya da yüksek görevli, geçici veya daimi kanunlar yapar, yapılanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır”.¹⁸⁷⁷ İkinci erk, basitçe “devletin yürütme gücü (*puissance exécutive de l'état*)” olarak adlandırılır ve bu erkle, barış ya da savaş yapılır, elçiler gönderilir, güvenliğin tesisi sağlanır, istilalar önlenir.¹⁸⁷⁸ Üçüncü erk ise “yargılama gücü (*puissance de juger*)” olarak adlandırılır ve bu erkle, suçlar cezalandırılır veya bireylerin uyuşmazlıkları yargılanır.¹⁸⁷⁹

Montesquieu’nün teorisinin, uzun yıllar yaygın kabul görmesinin önemli bir nedeni, erkler ayrılığının dayanağı olarak gördüğü fikrî zemindir. Montesquieu, vatandaşların siyasi özgürlüğünü, “herkesin güvende olduğu fikrinden gelen gönül

¹⁸⁷⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 3.

¹⁸⁷¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁷² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁷³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁷⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, ss. 349-350.

¹⁸⁷⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 349.

¹⁸⁷⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 305.

¹⁸⁷⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 305.

¹⁸⁷⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 305.

¹⁸⁷⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 305.

rahatlığı” olarak tanımlar ve ön şartını, hükûmetin, bir vatandaşın diğerinden korkmamasını sağlayacak şekilde olması olarak belirler.¹⁸⁸⁰ Montesquieu’ye göre, yasama ile yürütme gücü birleştiğinde, zorbalıkla uygulamak için zorbaca kanunlar yapılabileceği korkusu vardır.¹⁸⁸¹ Yargı ile yasama gücü birleştiğinde, yargıç yasa koyucu olacağından, vatandaşların yaşamları ve özgürlükleri üzerindeki erki keyfi olacaktır.¹⁸⁸² Yargı ile yürütme gücü birleştiğinde, yargıç bir zorbanın gücüne sahip olur.¹⁸⁸³ Üç gücün bir yerde toplanması hâlinde ise, Montesquieu’ye göre, her şey yitirilecektir.¹⁸⁸⁴ Özgürlüğün en az hissedileceği hâl budur.¹⁸⁸⁵

Montesquieu’ye göre, yürütme gücünde hükûmetin, neredeyse her zaman anlık eylem gereksinimi olduğundan, daha iyi yönetilmesi için, bu güç, bir kişinin, hükümdarın elinde olmalıdır.¹⁸⁸⁶ Yasama gücünde ise, düzenlemeler, tek kişi yerine birden fazla kişi tarafından daha iyi yapılacağı için, meclis olarak toplanılmalıdır.¹⁸⁸⁷ Hauriou, Montesquieu’nün, yasama, yürütme ve yargılama güçleri arasında yaptığı ayrımın, Montesquieu zamanında gerçekten de siyasi iradenin yetkileri olan ve ciddi siyasi rollere sahip üç güce dayandığını ifade eder.¹⁸⁸⁸ Ancak, Hauriou’ya göre, zamana bağlı bir değişim, Montesquieu’nün ayrımını da tartışmaya açmıştır.

Hauriou’ya göre, Montesquieu’nün, doktrinde ve anayasal kurumların uygulaması üzerinde, özellikle 18. yüzyılın ikinci yarısında, Amerikan anayasa çalışmaları başta olmak üzere büyük anayasal hareketlerin arifesinde yayılan erkler ayrılığı teorisi “dâhiyane” ve belli noktalarda “göz kamaştırıcı”dır.¹⁸⁸⁹ Ancak özellikle hukuki kesinlik içermeyen detaylar nedeniyle, zamana bağlı gelişmelerin de etkisiyle, teori, Hauriou’ya göre, iyi anlaşılamayıp yorum hatalarının yapılmasına yol

¹⁸⁸⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 305.

¹⁸⁸¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 305-306.

¹⁸⁸² Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 306.

¹⁸⁸³ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 306.

¹⁸⁸⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 306.

¹⁸⁸⁵ Montesquieu, örnek olarak, çoğu Avrupa krallığında yasama ve yürütme erkleri hükümdarda olmasına karşın, yargı erki, diğer iki erkle birleşmediğinden, bu yönetimlerde ölçülülüğün bulunduğunu; üç gücün birleştiği İtalya cumhuriyetlerinde ise monarşilerden daha az özgürlük bulunduğunu söyler. Üç erkin sultanın şahsında birleştiği Osmanlı Devleti’nde ise, korkunç bir despotizmin hüküm sürdüğünü savunur (Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 306-307.)

¹⁸⁸⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 315.

¹⁸⁸⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 315-316.

¹⁸⁸⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁸⁸⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 353.

açmıştır.¹⁸⁹⁰ Bu sonucun en büyük sebebi, Hauriou'ya göre, yazarların, Montesquieu'nün gerçek düşüncesini aramak yerine; erkler ayrılığı ile ilgili herhangi bir ilkenin varlığını ya da faydasını direkt olarak reddetmeyi daha kolay bulması yahut bir kısım yazar gibi kamu erklerini, ya fonksiyonlarla ya organlarla karıştırmalarıdır.¹⁸⁹¹

Hauriou, bu nedenle, gelenekçi-yenilikçi yaklaşımıyla, kendi ifadesiyle “iyi zihinler tarafından uzun zamandır inanılan şeylere büyük önem verme alışkanlığı” ile kötü sunulma ve yanlış analiz talihsizliğine düştüğünü düşündüğü erkler ayrılığından vazgeçmek ya da hatalı bir kullanımı sürdürmek yerine, ayrımı yeniden ele alır.¹⁸⁹² Siyasi kamu erklerinin güncel listesi, Hauriou düşüncesinde; yürütme erki (*pouvoir exécutif*), müzakere erki (*pouvoir délibérant*) ve oy erki (*pouvoir de suffrage*) olarak tespit edilir.¹⁸⁹³

Montesquieu'nün ayrımından farklılığı en görünür olan, “yargı erki”nin sistemden dışlanmış, yerine “oy erki”nin getirilmiş olmasıdır. Yargı erkinin erkler sisteminden dışlanması, özünde, yeni bir fikir değildir. Rousseau da aynı eğilimdedir. Dahası Montesquieu sisteminde de, esasen, yargı erki, yürütmeden doğmuş, onun bir dalı olarak, daha sonra bir bakıma bağımsız görünüme kavuşmuş bir erklerdir. Montesquieu, diğer iki güce nazaran, yargılama gücünün, bazı açılardan hükümsüz olduğunu açıkça belirtir.¹⁸⁹⁴ Ancak Hauriou, yargı erkinin başından beri erkler sisteminde olmaması gerektiğini düşünmez. Ona göre, erkler ayrılığı sistemi zamanla değişime uğraması olağan olan bir sistemdir ve tarih de bunun kanıtı olmuş, nihayetinde erkler sistemi değişmiştir. Hauriou, Montesquieu döneminde yasama ve yürütme erklerinin İngiltere’de, adli erkin (yargı erki) de özellikle Fransa’da önemli siyasi rol oynadığını kabul eder.¹⁸⁹⁵ Ne var ki, Fransız Devrimi’yle birlikte, idari otoritenin, adli otoriteden bağımsız bir rejim olarak ortaya çıkışıyla değişim başlamıştır.¹⁸⁹⁶ Adli erk, siyasetten ayrılıp yargılama alanına hapsolarak; Fransız erkler ayrılığı doktrininde zaman içinde geri plana düşmüş, listede yalnızca usulen

¹⁸⁹⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 353.

¹⁸⁹¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 353.

¹⁸⁹² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 348.

¹⁸⁹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁸⁹⁴ Montesquieu, **De l'esprit des lois (1758)**, C. 1, 1824, s. 314.

¹⁸⁹⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁸⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

sayılmayı sürdürmüş ama güçlerin iş birliğine katılmamıştır.¹⁸⁹⁷ Hauriou'ya göre, dahası, bu süreç tamamlanmış ve “demokratik rejimin, yargılama erkini, erkler ayrımının siyasi düzenine dâhil olan kamu erkleri listesinden çıkardığını açıkça ilan etmesinin zamanı gelmiştir”.¹⁸⁹⁸ Sonuç olarak yargı erkini sistemden dışlayarak, üçüncü erk olarak oy erkini kabul eder. Hauriou'ya göre oy erkinin fonksiyonlarından biri seçimler ile referandumlardır.¹⁸⁹⁹ Seçim ile adaylıklara, referandum ile ise yasama tarafından oylanan bir kanuna rıza verilir.¹⁹⁰⁰ Hauriou, “oy erki” kavramındaki “oy (*suffrage*)” kelimesini, bu nedenle, kelimenin eski anlamıyla, “muvafakat ve güven” olarak kullandığını belirtir ve güven üzerine kurulu bir rızayı kastettiğini açıklar.¹⁹⁰¹

Hauriou, erkler belirlendikten sonra, üç erkten her birine karşılık gelen irade faaliyetlerinin ve ayrıca bu irade faaliyetlerinin kendi aralarında karşılıklı önemini belirleyen hiyerarşinin netleştirilmesi gerektiğini düşünür.¹⁹⁰² Yürütme erki, Hauriou'ya göre, devlet iradesinin, “icraî karar (*décision exécutoire*)” olarak adlandırılan faaliyetine karşılık gelir; bu, bir karar tasarısının yürütülmesine geçiş karar veren işlemdir.¹⁹⁰³ Müzakere erki, devlet iradesinin, “müzakere (*délibération*)” denilen faaliyetine karşılık gelir; bu faaliyet, tartışılarak ve müzakere edilerek bağlayıcı hâle dönüşen karar tasarısının, kaleme alınması işlemidir.¹⁹⁰⁴ Oy erki ise, devlet iradesinin “muvafakat (*assentiment*)” adlı faaliyetine karşılık gelir; bu da, başka bir erk tarafından yapılan bir teklifi veya alınan bir kararı kabul etmeyi veya etmemeyi içeren işlemdir.¹⁹⁰⁵ Hauriou, ayrımı, organik anlamıyla da netleştirir. Buna göre, yürütme erki veya icraî karar, “yürütme organı (*organe exécutif*)” tarafından; müzakere erki “parlamentar meclisler (*assemblées parlementaires*)” tarafından; oy erki ise “seçmenler (*corps électoral*)” tarafından temsil edilir.¹⁹⁰⁶

Erklerin hiyerarşisi de, Hauriou'ya göre, böylece netleşir. Yazara göre, öncelikle, iradenin faaliyetlerinin önem derecesinde karar, muvafakatten önce geldiğinden, karar erkleri olan yürütme ve müzakere, muvafakatten ibaret olan oy

¹⁸⁹⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁸⁹⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁸⁹⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, ss. 351-352.

¹⁹⁰² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 351.

¹⁹⁰⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 352.

erkinden önce gelir.¹⁹⁰⁷ Yürütme erki de müzakere erkine göre önceliklidir; zira, icraî bir karar, müzakere edilip bağlayıcılık kazanmış olsa da icraî olmayan karardan üstündür.¹⁹⁰⁸ Sonuç olarak, Hauriou'ya göre, "icraîlik" kararın özünü teşkil ettiğinden, bu yetkiye sahip olan yürütme erki, erklerin hiyerarşik lideridir.¹⁹⁰⁹ Ne var ki, Hauriou'ya göre, hükûmetin kamusal erklerinin, "temsil ettikleri irade faaliyetlerinin doğasına göre kurulan" bu hiyerarşisi, 1789 Fransız Devrimi'nden itibaren mevcut olan siyasi pratikle uyuşmaz.¹⁹¹⁰ Aksine, uygulamada, bunun zıddı olan bir hiyerarşi görülür; buna göre, oy erki birinci, müzakere erki ikinci ve yürütme erki ise sonuncu sıradadır.¹⁹¹¹ Hauriou'ya göre bu çelişkinin nedeni; hükûmet bakış açısıyla Hauriou'nun açıkladığı sıranın, "ulusal egemenlik" anlayışının siyasi bakış açısından ise uygulamada mevcut sıranın doğru olmasıdır.¹⁹¹²

Devrim dönemi anlayışı, çoğunlukla, Rousseau düşüncesi ile benzerlik gösterir. Rousseau, yürütme organının üyelerinin, yani hükûmet edenlerin, yüksek görevliler veya krallar olduğunu belirtir ve organın bütününe de hükümdar (prens) kavramına karşılık geldiğini söyler.¹⁹¹³ Bu organın işleyişinden sorumlu olduğu, yürütme gücünün yasal kullanımını ise hükûmet veya yüksek idare olarak adlandırır.¹⁹¹⁴ Rousseau'ya göre, hükûmet, egemen ile karıştırılmasına karşın aslında sadece bakandır; sülhler ile egemen arasında, onların karşılıklı iletişimi için kurulan, kanunların yürütülmesi ile sivil ve siyasi özgürlüğün korunmasından sorumlu bir aracı organdır.¹⁹¹⁵ Rousseau, bir halkı liderlere tabi kılan işlemin sözleşme olmadığı iddialarını da, bu yapı itibarıyla, haklı bulur.¹⁹¹⁶ Yasama gücü ise, Rousseau sisteminde, halka aittir ve ondan başkasının elinde bulunamaz.¹⁹¹⁷ Carré de Malberg'e göre, Rousseau da yasama gücünü egemenlikle karıştırmaktadır.¹⁹¹⁸ Carré de Malberg, Rousseau'nun, en nihayetinde, birden çok sayıda eşit ve özerk gücün varlığını reddederek, erk birliğini kabul ettiğini ve erkler ayrılığının temel fikrinden

¹⁹⁰⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁰⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁰⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹¹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹¹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹¹² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹¹³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 124.

¹⁹¹⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 125.

¹⁹¹⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 124.

¹⁹¹⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 125.

¹⁹¹⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 123.

¹⁹¹⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 10.

uzaklaştığını savunur.¹⁹¹⁹ Rousseau'nun fikirleri, devrim döneminde, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve devrim anayasası üzerinde de etkili olmuştur. Yürütme organı yalnızca, “yasa koyucuların onunla hareket ettiği el, kararnamelerinin yürütülmesinin detaylarını gözlemlediklerini göz” olarak görülmüş ve yürütme erkinin gerçek bir erk olarak değerlendirilemeyeceği savunulmuştur.¹⁹²⁰ Hauriou'ya göre, yürütme erkinin hiyerarşik üstünlüğüne varan teori ile tersi yönde yol alan pratik tezahür arasında bir dengenin kurulması gerekir.¹⁹²¹

Hauriou'nun erkler ayrılığı teorisi, birkaç bakımdan onun idare hukuku perspektifinden kaynaklanır. Öncelikle, Montesquieu'nün erkler ayrılığının değiştirilmesi gerektiğine dair inancının nedenlerinden biri, yargı erkinin Fransa'da devletin adli işleri görünümünden tamamıyla yargılama faaliyetine dönüşmesidir. Bu dönüşümün sebebi ise, Hauriou'nun da vurguladığı üzere, idari yargı ile adli yargı arasında yapılan ayırım, yani idare hukukunun bağımsız bir disiplin olarak doğuşudur. Yasama erkine ilişkin olarak da Hauriou, idari teşkilatta, yerel yönetimlerde bulunan genel meclisler ve belediye meclisleri gibi yerel meclislerin, fonksiyonları farklı olmakla birlikte, parlamento ile aynı nitelikte bir müzakere erkine sahip olduğunu ifade eder.¹⁹²² Dolayısıyla bu erki “yasama erki” olarak değil de, “müzakere erki” olarak adlandırma tercihinde dahi, Hauriou, idare hukuku işleyişini ölçü almıştır. En nihayetinde, Hauriou, erkler arasında hiyerarşik birinciliği de yürütme erkine verir. Hauriou'nun yürütme erkine verdiği önem, Montesquieu ile de paralellik taşıyan biçimde, idarenin acil karar alma ihtiyacı ile idari işlemlerin düzenliliği ve sürekliliği gibi kaygılardan kaynaklanır. Gözetilen gaye, yürütme erkinin siyasi otoritesine salt emredici bir üstünlük sağlamak değildir. Hauriou, böylece, idare hukuku bakış açısıyla yapısını değiştirdiği sisteme, toplumcu bir bakış açısıyla da seçmenleri, basit bir katılımcılık niteliğinin ötesinde, üç erkten biri olarak dâhil eder.

Hauriou'nun erkler sisteminde, “ayrılık” kadar baskın bir diğer sistem unsuru “denge”dir. Erklerin birbiriyle ilişkilerinde gözetilmesi gereken denge, esasında, Hauriou'nun güç sistemlerinin bütünü için varsaydığı bir temel yahut özür.

¹⁹¹⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 11.

¹⁹²⁰ Nicolas de Condorcet, *Rapport sur la Constitution de 1793*'ten aynen aktaran, Antoine Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris: L. Larose, 1881, s. 140.

¹⁹²¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹²² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 351.

B) Erklerin İş Birliği ve Fren-Denge Sistemi

Kurum olarak devlet, Hauriou doktrininde bir “erkler dengesi sistemi”dir.¹⁹²³ Devlet gücünün kamu erkleri ayrımı da bu sistemin bir parçasıdır. Devletin iki egemenlik biçimi olan siyasi egemenlik ile devletin hukuki egemenliği arasında kurulan ve tahakküm gücünün pozitif hukuka boyun eğmesi ile sonuçlanan bir denge, Hauriou düşüncesinde, bir iç denge olarak, devletin kuruluş organizasyonu meselesi olarak görülür.¹⁹²⁴ Kamu erkleri ayrımı ise, bu dengenin siyasi kanadını teşkil eder. Kamusal erklerin sınırlarını ve bu sınırlar üzerinde etkileşimi belirleyen, erkler ayrılığının hangi açıdan ele alındığıdır. Yönlendirici iradeye, faaliyete, fonksiyon ya da organlara dayanan ayrımlar, farklı neticelere yol açar. En önemli netice ise, ayrımın yapıldığı konu haricindeki konular bakımından ortak alanların mümkün olmasıdır. Hauriou’ya göre, erkler ayrılığı teorisinde, erklerin sınırsız yetki kullanmasını engellemek adına yer verilen önleme ve durdurma yahut fren sistemi, ancak erklerin aynı fonksiyonun yürütülmesine katılması ile mümkün olur. Hauriou düşüncesinde, erkler ayrılığının fonksiyon ayrılığı ile karıştırılmaması, özellikle bu anlamda önemlidir. Birtakım fonksiyonlara ortak katılım ise erkler arasında bir iş birliğini gerektirecektir. Ayrılmış erklerin iş birliği sistemi, böylece, bir denge sistemi oluşturur.

Ayrılan erklerin denge sisteminde, öncelikli mesele, erklerden birinin, bir diğeri üzerinde, gücünü sınırlayıcı nitelikte bir yetkisinin olup olamayacağı, erklerin birbirleri için bir fren mekanizması sağlayıp sağlayamayacağı noktasındadır. Montesquieu’nün erkler ayrılığı sistemi bu nitelikte bir fren sistemine sahiptir. Montesquieu, bu sistemde iki temel yetki tanımlar. İlki, “karara bağlama yetkisi (*faculté de statuer*)” olarak adlandırdığı, düzenleme veya başkası tarafından düzenleneni düzeltme hakkıdır.¹⁹²⁵ İkincisi ise, “önleme yetkisi (*faculté d’empêcher*)” olarak adlandırdığı, başkası tarafından alınan bir kararı hükümsüz kılma hakkıdır.¹⁹²⁶ Yürütme gücü, önleme yetkisiyle yasamanın parçası olur; ancak yasama gücü, aynı

¹⁹²³ Albert Brimo, **Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'État**, üçüncü baskı, Paris: A. Pedone (koleksiyon: Philosophie comparée du droit et de l'État), 1978, s. 324.

¹⁹²⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 33.

¹⁹²⁵ Montesquieu, **De l'esprit des lois (1758)**, C. 1, 1824, ss. 314-315.

¹⁹²⁶ Montesquieu, **De l'esprit des lois (1758)**, C. 1, 1824, s. 315.

biçimde yürütmenin parçası olursa yürütme gücü kaybolacaktır.¹⁹²⁷ Yasama gücü, yürütme gücünü durdurma yetkisine sahip değilken¹⁹²⁸; yürütme gücü, yapılmasını istemediği kararları, baştan bile reddedebilir.¹⁹²⁹ Çünkü teorisyene göre, yürütme gücü, her zaman anlık işlerde kullanılabilen bir güçtür ve bu güç, doğası gereği sınırlara sahip olduğundan ayrıca sınırlamak faydasızdır.¹⁹³⁰ Yasama gücünün, yürütmeye karşı, yalnızca, yaptığı yasaların hangi şekilde uygulandığını inceleme yetkisine sahip olma hakkı vardır.¹⁹³¹ Montesquieu'ye göre, Roma tribünleri, her iki erki de durduran yapısı nedeniyle kusurlu olup, büyük sancılara yol açmıştır.¹⁹³² Ancak yasama organının kalıtsallık esaslı, soylulardan oluşan bir kısmı bulunması gerektiğini düşünen teorisyen, yargılama erkini dışarıda bıraktığı bir dengede, yasama ve yürütme erklerini törpülemek için, yasama organının bu kısmının, gerekli düzenleme gücünü barındırdığını savunur.¹⁹³³

Montesquieu, yargılama gücünün ise, yasama organının herhangi bir bölümü ile birleştirilmemesini genel kural olarak belirleyerek, bu kurala, yargılanacak kişinin özel çıkarına dayanan istisnalar tanır.¹⁹³⁴ Montesquieu'ye göre soylular, halk tarafından yargıldıklarında tehlikede olabileceklerinden, ulusun olağan mahkemeleri önünde değil, yasama organının soylulardan oluşan, yüksek otoritesiyle kanunu daha az sertlikle yorumlayan bölümü önünde yargılanmalıdır.¹⁹³⁵ Montesquieu, yargıçların, yalnızca “kanunun sözlerini telaffuz eden ağız” olduklarını ve denetleme yetkilerinin olmadığını kabul eder.¹⁹³⁶ Ancak yazara göre, bazı hâllerde çok katı olan yasalar olabilir ve bu nedenle de, yasama organının, yüksek otoritesiyle kanunu daha az sertlikle yorumlayan bir mahkeme oluşumu gereklidir.¹⁹³⁷ Ayrıca, kamusal işlerde, bazı vatandaşların halkın haklarını ihlal etmesi ve yüksek görevlilerin cezalandıramayacağı veya cezalandırmak istemeyeceği suçlar da söz konusu

¹⁹²⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 321.

¹⁹²⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 318.

¹⁹²⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 322-323.

¹⁹³⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 318.

¹⁹³¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 318.

¹⁹³² Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 318.

¹⁹³³ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 314.

¹⁹³⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 319.

¹⁹³⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 320.

¹⁹³⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 320.

¹⁹³⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 320.

olabilir.¹⁹³⁸ Yine de Montesquieu'ye göre, genel olarak, yasama gücü yargılayıcı değil, ancak suçlayıcı bir nitelikte olabilir.¹⁹³⁹

Montesquieu'ye göre, yasama, yürütme ve yargı erkleri, bir durgunluk ya da hareketsizlik oluşturmalıdır.¹⁹⁴⁰ Ancak harekete zorlandıklarında, birlikte yol almak zorunda kalacaklardır.¹⁹⁴¹ Hauriou, bu birlikteliği, iş birliği olarak değerlendirir. Hauriou'ya göre, Montesquieu sistemi, erklerin, “irade faaliyetleri” ile karakterize edilmesiyle, farklı erklerin aynı fonksiyonların yerine getirilmesinde iş birliği yapabilmelerini mümkün kılar ve bu anlamda yumuşak bir erkler ayrılığı teşkil eder.¹⁹⁴² Hauriou'ya göre, Montesquieu, ayırdığı yasama, yürütme ve yargılama erklerinden her birinin diğerlerini önleme yetkisine sahip olması gerektiğini savunarak, erkler ayrılığının amacını “gücün gücü durduracağı” bir düzen olarak kabul eder.¹⁹⁴³ Hauriou, Montesquieu'nün teorisinde yer verdiği gibi bir durdurma veya önleme yetkisinin, bir kamu erki için, ancak, önlediği veya durdurduğu erklerle aynı fonksiyonun yürütülmesine katılması hâlinde mümkün olacağını savunur.¹⁹⁴⁴ Hauriou'ya göre, Montesquieu, erklerin, aynı fonksiyonların yürütülmesine katılımını kesin olarak kabul eder.¹⁹⁴⁵

Erkler ayrılığı sisteminde öngörülen dengenin bir diğer tezahürü, erkler arasında bir tür ılımlılık, ölçülülük ve bunu mümkün kılacak karşı-ağırlıkların gerekliliği fikrinde kendini gösterir. Hauriou'ya göre, siyasi iktidarın organizasyonunun objektif olaylarla belirlenerek devletin kurumsal iradesinin görünümelerini etkilemesinde ve gücün ılımlılığının açıklanmasında zorluk bulunmaz.¹⁹⁴⁶ İlimlilik, organizasyonun ve Montesquieu'nün erkler ayrılığının direkt sonucudur.¹⁹⁴⁷ Yasama ve yürütme erkleri, devlet iradesinin müzakereye ve yürütmeye ilişkin farklı biçimlerinden ibaret olduğundan, organizasyonda ılımlı ve makul biçimde tezahür eder.¹⁹⁴⁸

¹⁹³⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 320.

¹⁹³⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 320-321.

¹⁹⁴⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 322.

¹⁹⁴¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 322.

¹⁹⁴² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, ss. 353-354.

¹⁹⁴³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 354.

¹⁹⁴⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 354.

¹⁹⁴⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 354.

¹⁹⁴⁶ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

¹⁹⁴⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

¹⁹⁴⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, ss. 32-33.

Montesquieu, insanların, özgürlüğe olan sevgilerine ve şiddete karşı nefretlerine rağmen, despotik hükûmete boyun eğmesini anlaşılabılır bulur.¹⁹⁴⁹ Çünkü ölçülü, ılımlı bir hükûmet kurmak için, “güçleri tertip etmek, düzenlemek, mutedil hâle getirmek, harekete geçirmek” ve “diğerine direnecek bir duruma getirmek için, birine bir balast (ağırlık) vermek” gerekir.¹⁹⁵⁰ Bu denge, Montesquieu’ye göre, nadiren yapılabilen ve nadiren dikkat edilebilen bir “yasama şaheseri”dir.¹⁹⁵¹ Oysa despotik bir hükûmet, aksine, gözler önüne serilidir, tekdüzedir ve kurulması için sadece tutkular gerektiğinden bu işte herkes başarılı olabilir.¹⁹⁵²

Carré de Malberg’e göre, Montesquieu’nün erkler ayrılığı ilkesinin temelinde de “fonksiyonların özdeksel konsepti”nin varlığını kabul fikri vardır.¹⁹⁵³ Böylece ilkenin amacı, fonksiyonları, kendi öz doğalarına göre, farklı organlar arasında paylaştırmaktır.¹⁹⁵⁴ Ancak bu paylaşımın, fonksiyonların, her bir organa münhasıran tahsisi şeklinde yapılabilmesi tam olarak mümkün olmaz.¹⁹⁵⁵ Carré de Malberg’e göre, bunun iki sebebinden ilki, devlet otoritelerinin, hapsedildikleri maddi fonksiyon dışındaki fonksiyonlara katılmaktan mahrum bırakıldıkları takdirde görevlerini yerine getiremeyecek olmalarıdır.¹⁹⁵⁶ İkinci sebep ise, üç fonksiyon arasında, belli bazı temas noktaları ve bazı “ortak sınır bölgeleri” ya da “karma bölgeler” bulunmasıdır.¹⁹⁵⁷

Carré de Malberg, sınırsız gücün tehlikesini; vatandaşların, keyfilik ile baskı altında tutulabilmesi olarak ortaya koyar.¹⁹⁵⁸ Bu tehlike, yazara göre, egemenliğin farklı niteliklerini kamu otoriteleri arasında paylaştırarak, güç aşımına engel olmak adına, her birinin gücünü sınırlandırma etkisine sahip bir kombinasyon oluşturulmasıyla önlenabilir.¹⁹⁵⁹ Erkler ayrılığı ile çözüm aranan mesele de budur.¹⁹⁶⁰ Montesquieu’nün teorisinin, bir “kontrol ve denge sistemi (*système des freins et des contre-poids*)” olarak nitelendirilmeyi hak ettiğini söyleyen¹⁹⁶¹ Carré de Malberg’e

¹⁹⁴⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 124.

¹⁹⁵⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, ss. 124-125.

¹⁹⁵¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 125.

¹⁹⁵² Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), C. 1, 1824, s. 125.

¹⁹⁵³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 28.

¹⁹⁵⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, ss. 28-29.

¹⁹⁵⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 30.

¹⁹⁵⁶ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 30.

¹⁹⁵⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 31.

¹⁹⁵⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 5.

¹⁹⁵⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 5.

¹⁹⁶⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 5.

¹⁹⁶¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 9.

göre, Montesquieu, erkler ayrılığı teorisinde, hukuk devleti sistemi anlayışına bağlı olarak, vatandaşların özgürlüğünü sağlamaya yönelik bir garanti fikrini temel alır.¹⁹⁶² Ancak, Carré de Malberg, bu sistemin, öte yandan, erke mahsus yetkilerin doğal sonucu olarak, kamu otoritelerinin birbirleriyle ilişkilerinde özgürlüklerini sağlayacak düzenlemeler de içeriyor olduğunun altını çiziyor.¹⁹⁶³ Hauriou'ya göre de, Montesquieu sisteminde, erklerin, aynı fonksiyonlara katılabildiği yumuşak bir ayrım, “birbirine bağlı ve dengeli bir erkler sistemi” oluşturması; bir yandan devlet hükûmeti için, “devamlı ve düzenli bir iç yaşam” sağlarken, öte yandan, vatandaşlar için “özgürlüğün garantisini” teşkil eder.¹⁹⁶⁴ Böylece, Montesquieu sisteminde ortaya çıkan iki ayrı siyasi özgürlükten ilki, Hauriou'ya göre de, Montesquieu'nün açıkladığı, erkler ayrılığının sonucu olarak gücün törpülenmesinden kaynaklanan özgürlüktür.¹⁹⁶⁵ Diğerisi ise, Montesquieu'nün açıkça dile getirmediği ama sistemde örtük biçimde mevcut olan; hükûmetteki tutarlılıktan, işlerin ilerleyişinde sarsıntıların ve sıçramaların yokluğundan kaynaklanan, güvenlik ve düzen tesisiyle gelen siyasi özgürlüktür.¹⁹⁶⁶

Carré de Malberg, erklerin sınırlandırılması ve birbirlerini törpülemesi için yetkilerin bölünmesi ve fonksiyonlara göre uzmanlaşma yanında, üç erkten birini elinde bulunduranların, diğer iki erke hükmetmesine izin vermesine ya da yavaş yavaş tüm gücü toplayacağı şekilde yozlaşmasına yol açacak bir üstünlüğe sahip olmasının da engellenmesi gerektiğini belirtir.¹⁹⁶⁷ Bunu sağlamak içinse, erkleri elinde bulunduranlara, farklı ve ayrılmış yetkiler tahsis edilmesinden başka, organ yapılarının bağımsız ve birbirine eşit olması gerekir.¹⁹⁶⁸ Bu nedenle Montesquieu'nün teorisi, Carré de Malberg'e göre, fonksiyonların farklı organlara objektif bölünmesi sistemine indirgenemez, organların subjektif bağımsızlığını da gerektirir.¹⁹⁶⁹

Hauriou'ya göre, Montesquieu'nün teorisinin çok yanlış bir yorumu, onun, İngiltere Anayasası ile İngiliz anayasal yaşamını esas alan teorisinin, Amerikan

¹⁹⁶² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, ss. 7-8.

¹⁹⁶³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 8.

¹⁹⁶⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, ss. 352-353.

¹⁹⁶⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 358.

¹⁹⁶⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 358.

¹⁹⁶⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 8.

¹⁹⁶⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 8.

¹⁹⁶⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 9.

anlayışında, katı bir ayırım olarak ele alınmasıdır.¹⁹⁷⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nde, Hauriou'ya göre, fonksiyon ayırımına dayanan erkler ayrılığında, bir erkin diğerleriyle ilişkisinin, yalnızca nadir durumlarda durdurma ve önleme yetkileriyle sınırlı kaldığı düşünülmüş ve erklerin iş birliği dışlanmıştır.¹⁹⁷¹ Hauriou, Amerikan anlayışının fikrî zemininin de Montesquieu'nün düşünce dünyasından uzak olduğunu düşünür. Neticede, Amerikan anlayışının dönüştürdüğü erkler ayrılığı, Hauriou'ya göre “kabul edilemez sonuçlara yol açar” ve inşa ettiği hükûmet sistemi, hayata uyum için uygulamanın geçici birtakım önlemlerine muhtaç olur ve yine de ancak sarsıntılarla işleyebilir.¹⁹⁷² Oysa Hauriou, Montesquieu'nün, bir yanda süreklilik ve düzenlilik ve diğer yanda özgürlük garantisi ile oluşan erklerin bağlılığı ve dengesi sisteminin, erklerin yumuşak ayrılığı anlayışına uygun olduğuna düşünür.¹⁹⁷³ Ayrılan kamu erkleri “aynı hükûmet fonksiyonlarında iş birliği yaparlar” ve bu iş birliği, kendi aralarında bağlantılar oluşturur.¹⁹⁷⁴ Hauriou'ya göre Montesquieu'nün teorisinin asıl eksikliği, erklerin ayrılığı ile iş birliği ve bağlantılarını ilişkilendiren bir bölüme yer vermeyişidir.¹⁹⁷⁵ Ancak Hauriou, yine de, erklerin ayrılığının, zımnen, iş birliğinin şartı olarak kabul edilebileceğini düşünür.¹⁹⁷⁶

Hauriou'nun kamu erkleri dengesi sisteminde olmazsa olmaz kabul ettiği “iş birliği” fikri, yargı erkinin dışlandığı asıl alandır. Bu anlamda, Hauriou'nun bu yaklaşımı, yasama ile yürütme arasında bir iş birliği sistemi kurarak yargı erkini bu sisteme dâhil etmeyen Rousseau'nun erkler ayrılığı sistemiyle benzerlikler taşır. Erkler ayrılığını modern bir konseptte inşa etmeye çalışan isimlerden Rousseau'nun, sosyal sözleşme ile bağdaşır bir sistem kurma çabası dikkat çeker. Rousseau'nun sisteminde de, modern bir anlayışa uygun biçimde, yargı gücünün, yasama ya da yürütme erki tarafından kullanılması kabul edilmez.¹⁹⁷⁷ Rousseau, yargıçları yüksek görevlilerle aynı kurallara tabi tutarak, onları yürütme erkini yürüten kişilerden ayırmak ister.¹⁹⁷⁸ Ancak her zaman yargı erkine karşı egemene bir başvurunun mümkün olduğunu ve ayrıca egemen halk tarafından kullanılan bir af hakkının

¹⁹⁷⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 355.

¹⁹⁷¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 355.

¹⁹⁷² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 356.

¹⁹⁷³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 356.

¹⁹⁷⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 356.

¹⁹⁷⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 356.

¹⁹⁷⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 356.

¹⁹⁷⁷ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 465.

¹⁹⁷⁸ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 465.

varlığını kabul eder.¹⁹⁷⁹ Rousseau sisteminde, yargı erki, yalnızca kanunların veya egemen iradelerinin yürütülmesini içerdiğinden¹⁹⁸⁰, yürütme erkinin bir branşı olarak yer alır.¹⁹⁸¹

Yargı erki dışlandığında, yasama ile yürütme erkleri arasında mevcut kalan iş birliği fikri, Rousseau ile Hauriou düşüncesinde ayrıca benzerlikler gösterir. Rousseau'ya göre, her özgür eylemin, biri, işlemi belirleyen iradeye ilişkin olan “manevi”; diğeri, yürüten güçle ilgili olan “fizikî” olmak üzere, aynı amaca giden iki nedeni vardır.¹⁹⁸² Bu düalizm, insanın ruh ve beden birliğinin kamu kişisinde bulunan benzeri olarak, “kamu kuvveti” ile “genel irade” kavramlarının karşılık geldiği bir yapıdır.¹⁹⁸³ İrade yasama gücünü, kuvvet ise yürütme gücünü ifade eder.¹⁹⁸⁴ Yürütme gücü, böylece, yasama gücünde tezahür eden belirleyici iradenin hizmetine sunulan güçten ibarettir.¹⁹⁸⁵ Rousseau, bu düalizmi, bir nesneye doğru yürümek için; ilk olarak oraya gitmeyi istemek, ikinci olarak ise ayakların oraya götürmesinin şart olmasına benzetir: Koşmak isteyen felçli bir adam da koşmak istemeyen çevik bir adam da yerinde kalacaktır.¹⁹⁸⁶ Bu nedenle de Rousseau'ya göre, her ikisinin el birliği olmaksızın, hiçbir şey yapılamayacaktır ve yapılmamalıdır da.¹⁹⁸⁷

Hauriou da bu iş birliğine, bir hükûmet kararının ya da kanunun, yürütme, müzakere ve oy erklerinin çeşitli faaliyetleri yoluyla meydana geliş sürecini örnek verir.¹⁹⁸⁸ Bir kanunun oluşmasında; yasa tasarısı inisiyatifi yürütme erkine ait olacaktır, çünkü yürütme erki, icraî kararlar nihayetlenmesi gereken sürecin başlatılması inisiyatifiyle, kararın yürütülmesi aşamasına geçişten sorumlu erktir.¹⁹⁸⁹ Daha sonra teklif müzakere edilecek ve müzakere erki tarafından zorunlu hâle getirilecektir.¹⁹⁹⁰ Gerekmesi hâlinde ise, referandum yoluyla oy erkinin muvafakatine

¹⁹⁷⁹ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 465.

¹⁹⁸⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, ss. 10-11.

¹⁹⁸¹ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, s. 465.

¹⁹⁸² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 122.

¹⁹⁸³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, ss. 123-124.

¹⁹⁸⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, ss. 122-123.

¹⁹⁸⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 2, 1922, s. 10.

¹⁹⁸⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 122.

¹⁹⁸⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, s. 123.

¹⁹⁸⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁸⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁹⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, ikinci baskı, 1929, s. 352.

sunulacaktır.¹⁹⁹¹ En nihayetinde, yürürlüğe girerek icraî karara dönüştürülmek üzere yürütme erkine dönecektir.¹⁹⁹²

Hauriou'nun tasavvur ettiği bu tür bir iş birliğinin, kuşkusuz, Rousseau'nun teorisinden ayrılan önemli yanları vardır. Bu farklardan ilki, Rousseau'nun yasama erkine verdiği önceliğin, Hauriou'da yürütme erkine geçmesidir. Fakat Hauriou, Rousseau'nun yasama erki için varsaydığının aksine; öncü erke, erkler ayrılığını fiiliyatta ortadan kaldıracak derecede bir üstünlük tanımaz. Carré de Malberg'in de vurguladığı üzere, Rousseau'nun, yasama ve yürütme arasında kabul ettiği erkler ayrılığı, yalnızca görünüşte bir ayrımdır.¹⁹⁹³ Gerçekte, Rousseau, yasama erkini, bölünemez bir egemenliğin özde tek sahibi olarak görür. Hükûmetin veya yürütme organının yasama organını dengelemesi de Rousseau sisteminde mümkün değildir.¹⁹⁹⁴ Oysa Hauriou sisteminde, yasama ile yürütme arasındaki ayrılıkta, her ne kadar düzene en uygun hiyerarşi, “yürütme erkinin yasama erki üzerindeki üstünlüğü” olarak kabul ediliyorsa da¹⁹⁹⁵; iki erkten birinin egemenliğin esas sahibi olması gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, Hauriou'nun, yargı erkini sistemden dışlaması ve yasama ile yürütme erklerinin iş birliği konularında Rousseau'ya yaklaşan teorisi, yine de erkler ayrılığı kategorisinde kalır.

Bir diğer önemli fark ise, Hauriou'nun erkler ayrılığının, yargı erkini dışlamakla, ikili bir ayrıma dönüşmemesidir. Hauriou, yargı erkinin yerini derhal bir başkasıyla, “oy erki” ile doldurmuştur.¹⁹⁹⁶ Ulusal egemenlik ve oy hakkının gelişmesiyle, oy erki, yürütme erki ve müzakereci erkle birlikte hükûmete daha çok katılır.¹⁹⁹⁷ Hauriou, bir ülkede eğer kanunlar halk referandumuna tabiyse, oy erkinin çok daha belirgin hâlde bulunduğunu, zira yasama fonksiyonuna, müzakereci erk ve yürütme erkiyle birlikte, doğrudan katıldığını ifade eder.¹⁹⁹⁸ Ancak, yazara göre, halkın dolaylı katıldığı yönetimler bakımından dahi, seçimlerin çokluğu ve dönemselliği sayesinde bu katılım mevcuttur.¹⁹⁹⁹ Oy erkinin bir diğer görünümü, Hauriou'ya göre, parlamenter

¹⁹⁹¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁹² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 352.

¹⁹⁹³ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 2, 1922, ss. 9-10.

¹⁹⁹⁴ Raymond Carré de Malberg, **Contribution à la Théorie générale de l'État**, C. 2, 1922, s. 10.

¹⁹⁹⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 357.

¹⁹⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁹⁹⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁹⁹⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

¹⁹⁹⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

hükûmetin siyasetine bir denge unsuru olarak katılmasında mevcuttur.²⁰⁰⁰ Yasama ve yürütme erkleri arasında, Hauriou'ya göre, “yalnızca seçmenlerin çözebileceği çatışmalar” vardır.²⁰⁰¹ Hauriou, temsilciler meclisinin feshi çözümünün, Fransa’da, “hükûmetin ülkeye başvurusu” biçiminde ifade edilmekle birlikte, aslında, “oy erkine başvurmak” olduğunu ve oy erkinin böylece bir hükûmet erkine dönüştüğünü belirtir.²⁰⁰²

Hauriou'ya göre, erklerin iş birliğine dayanan bu denge sisteminde, iki veya üç erkin dengesi, bunların güçte eşit olduğunu varsaymaz.²⁰⁰³ Diğer erklerin karşı tepkisi ile sınırlanmakla birlikte, bu dengelerde, diğerlerine hâkim olan bir erk olur.²⁰⁰⁴ Ancak Rousseau düşüncesinin aksine, Hauriou'ya göre, bu düzende, belli bir erkler derecelendirilmesi veya hiyerarşisi sisteminin önceden, genel ve kalıcı olarak tespit edilmesi değil, bir denge sisteminde erklerin iniş çıkışları vardır.²⁰⁰⁵ Hauriou'nun kabul ettiği erkler hiyerarşisi de erkler dengesinin bir koşulundan ibarettir ve erkler ayırımı engel değildir.²⁰⁰⁶

Böylece Hauriou'nun, erkler ayrılığını kabulüyle birlikte, bu ayırımın fonksiyonlar ayırımı ile karıştırılmaması hususuna verdiği önemin nedeninin, bu fonksiyonlar üzerinde bir iş birliğine imkân yaratmak olduğu anlaşılır. Erklerin katı ayırımını reddeden Hauriou, yumuşak bir erkler ayırımında bir denge sistemini savunur. Dahası, Montesquieu'nün de, yanlış yorumlanmadığı takdirde, eksik bırakılan hususları olsa da, böyle bir temele yer verdiğini düşünür. Hauriou, kuramlaştırdığı erkler ayrılığını, klasik ayırımın çağdaştırılması olarak görür. Çünkü yazara göre, siyasi yönü ağır basan bu ayırım, zaman içinde değişmesi olağan bir ayırımdır. Hauriou'nun varsaydığı denge sistemi, bir fren ve kontrol sistemini ve karşı-ağırlık ile ılımlılık gereklerini kabul eder; ancak yazara göre daha önemlisi, bunu mümkün kılacak unsur olmasına karşın çokça ihmal edilen, erklerin aynı fonksiyona katılabilmesi şartının kabulüdür.

²⁰⁰⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

²⁰⁰¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 350.

²⁰⁰² Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, ss. 350-351.

²⁰⁰³ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 356.

²⁰⁰⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 356.

²⁰⁰⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 357.

²⁰⁰⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 1929, s. 357.

Kamu erklerinin ayrımı başta olmak üzere devlet gücüne dair her türlü denge, neticede, belli bir amaca hizmet eder. Bu amaç, öncelikle, devleti temsil eden organların, devlet adına sınırsız güç kullanmasının önüne geçmektir. Dolayısıyla, bu amaca hizmet eden dengeyi sağlamanın doğal bir tezahürü de gücün sınırlanması teorisidir. Hauriou, devletin kendi kendini sınırlamasının, üstelik iradeye dayalı bir karardan ziyade, objektif bir açıdan da gerekli olduğunu düşünür.

C) Hauriou'nun Kamu Gücünün Objektif Otolimitasyonu Teorisi

Denge sisteminin esas dayanağı, devlet erkinin sınırlanması düşüncesidir. Kamu erklerinin ayrılarak bir denge ve fren sistemi oluşturmasının da temelini teşkil eden fikir budur. Hukuk devleti anlayışının gelişmesiyle birlikte, devletin sınırsız güç kullanamayacağı fikri genel kabul gören bir sisteme kavuşurken; devletin sınırlanmasının nitelik ve biçimi ise kamu hukuku doktrininde her dönemde tartışmalı olmuştur. Hauriou'ya göre, hukuk devletinin kurulması, devletin subjektif iradesinin kararıyla değil, gücün objektif otolimitasyonu ile gerçekleşir.²⁰⁰⁷ Hauriou, dönemin, Alman doktrini kökenli baskın teorilerinden olan otolimitasyon teorisini; devletin kişiliği teorisinde *Herrschaft* doktrininin subjektif kişilik doktrinine objektif bir zemin inşa etme girişimine benzer bir yaklaşımla ele alır. Otolimitasyon fikrini destekler ve fakat tamamıyla subjektif hukuka bağlanması noktasında eleştirir. Hauriou, devletin rızasıyla bağlı olduğu subjektif otolimitasyon yanında, kurumsallaşma sürecinden doğan ve kamu hizmeti fikri ile ilişkilenen bir objektif otolimitasyonu da tanır.²⁰⁰⁸ Chevallier'ya göre Hauriou, böylece, devletin kuruluşu noktasında ayrıldığı Alman güç doktrininden, otolimitasyon fikirleriyle de ayrılmış olur.²⁰⁰⁹

Alman teorisinde devletin kendini sınırlaması, yönetenlerin iradesine dayalı bir kavramdır. Devletin kendini sınırlaması teorilerinin öncüsü olarak kabul edilen Jhering, devletin kanuna boyun eğmesi teorisini inşa eder. Bu riayetin gerekçesi, Jhering'e göre, bireyin kendine hâkim olma kararının gerekçesi ile aynı olarak, uymaya dâhil olan "kendi menfaati"dir.²⁰¹⁰ Yaratıcı güç, Jhering düşüncesinde,

²⁰⁰⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 31.

²⁰⁰⁸ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 41.

²⁰⁰⁹ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 41.

²⁰¹⁰ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 250.

“irade”dir.²⁰¹¹ İradenin yolunu belirleyen temel kavram ise “amaç”tır.²⁰¹² Jhering menfaate dayalı sebebi, bir ağacın özenle yetiştirilmesinin, ağacın kendisi için değil, meyvelerini toplamak için olması benzetmesiyle açıklar.²⁰¹³ Yazar, hukuk düzeninin, ancak, devletin bizzat kurduklarına saygı duyduğu durumda gerçekten sağlanabileceğini savunur.²⁰¹⁴ Hukuku, yalnız günün çıkarlarının değil, geniş görüşlerin ve geleceğin derinliklerinin de politikası olarak niteleyen Jhering, böyle bir politikanın kendine hükmetmeyi gerektirdiği ve bunun ancak sürekli bir uygulamayla sağlanacağını ifade eder.²⁰¹⁵ Devletin kanuna itaatının Jhering düşüncesinde iki garantisi vardır. İlki, subjektif iç garantiyi oluşturan “ulusal hukuk duygusu”; ikincisi ise objektif dış garantiyi teşkil eden, hukukun idaresinin ifadesi olan “adaletin organizasyonu”dur.²⁰¹⁶ İç ve dış garantilerle korunan kanuna bağlılık, Jhering’de, yine de mutlak değildir. Zira aksi, devletin kanununun doğa kanunu ile aynı çizgide olması ve kamu gücünün kanunda yazılı olan dışında emretme veya savunma marjının olmaması anlamına gelir.²⁰¹⁷ Yazara göre bu varsayım, toplumsal faaliyetlerin bağlandığı tek gücün -doğadaki gibi- kanun olmasıyla birlikte, tesadüf ve keyfiliğin ortadan kalkarak devlet mekaniğinin düzenli bir saat gibi çalışmasına, dolayısıyla hukuki devlet idealine ulaşabilirdi.²⁰¹⁸ Ne var ki Jhering, bu varsayımın eksiğinin “yaşayabilirlik” niteliği olduğunu düşünür ve böyle bir devletin “bir ay dahi” varlık sürdüremeyeceğini savunur.²⁰¹⁹

Jhering’in teorisi, menfaatin hangi durum ve şartta meşru sayılarak hukuk tarafından korunacağı noktasını aydınlatmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁰²⁰ Recai Galip Okandan, devletlerin hukuka boyun eğmesinin, devletin menfaati gibi “gayet elastiki ve tehlikeli bir prensibe” dayandırılmasının; devletler arası ilişkilere barış, güven ve dirlik yerine anarşi, huzursuzluk ve savaş hâli getireceğini savunur ve

²⁰¹¹ Léon Duguit, “La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État”, **RDP**, C. 36, n° 1, Paris: V. Giard & E. Brière, 1919, s. 169.

²⁰¹² Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, ikinci baskı, 2020, s. 40.

²⁰¹³ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 251.

²⁰¹⁴ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 251.

²⁰¹⁵ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 251.

²⁰¹⁶ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, ss. 251-258.

²⁰¹⁷ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 278.

²⁰¹⁸ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 278.

²⁰¹⁹ Rudolf von Jhering, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, s. 278.

²⁰²⁰ Orhan Münir Çağıl, “Jhering’in Hukuk Nazariyesinin Anahatları”, **İÜHF**, C. 13, S. 1, 1947, s. 276.

fakat fiilî dünyada yine de bu prensibin hâkimiyetinin yadsınamayacağını kabul eder.²⁰²¹

Devletin kendini sınırlaması teorisini “geliştiren ve netleştiren”²⁰²² Jellinek, devletin kendi hukukuyla bağlı olmaması hâlinin ancak teokrasi içinde, tanrısal iradenin mutlak doğruluğu fikrinde gerçekleştirilebileceğini düşünür²⁰²³. Jellinek, hukuku “yasal olarak sınırlandırılmış güç” olarak tanımlar ve buyurma gücünün ancak sınırlandığında hukuki nitelik kazanabileceğini savunur.²⁰²⁴ Devletin gücü de sınırlandırılmış bir güç olarak hukukidir ve bu sınırlama, devletin ona saygı gösterip göstermeme takdirine bırakılma keyfiliği içinde değildir.²⁰²⁵ Duguit, Jellinek’te devletin kendi yarattığı hukuka boyun eğme temelini, zaman içinde gelişen devletin hukukla bağlı olduğu inancı olduğunu vurgular.²⁰²⁶ Jellinek’e göre, hukukun devlet için zorunlu olduğu algısı da, aynı şekilde, tarih boyunca gelişmiştir.²⁰²⁷ Önceleri, egemen otoritenin her işleminin yasal olduğu çünkü asla adaletsizlik yapamayacağı ilkesinin, mutlak monarşiler haricinde dahi kabul görmüş olması, yazara göre, bir evrimin ilkel aşaması, başlangıç noktasıdır.²⁰²⁸

Laband ise, kanunların, devletin kendisine verdiği emirler gibi görünseler de, her emrin, geçerli olmak için bir egemen ve boyun eğen ilişkisinin olması gerektiğini ifade eder.²⁰²⁹ Böyle bir durumun ise; ya devleti emir veren devlet ile emir verilen devlet olarak ayırmak ya da yasama erkinin, diğer erklerin itaat etmesi gereken üstün erk olduğunu kabule yol açacağını savunur.²⁰³⁰ Ancak yazara göre, bu minvalde bir kabul, devletin birliği kavramını yok ederek egemenliğin bölünmezliğiyle çelişir.²⁰³¹ Laband’ın çözümü, kanunların devlet gücüne verilen emirler değil, bu güçten

²⁰²¹ Recai Galip Okandan, “Milletler Arası Hukuki Nizam ve Auto-Limitation Nazariyesi”, *İÜHFİM*, C. 12, S. 1, 1946, ss. 79-80.

²⁰²² Léon Duguit, “La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État”, s. 169; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, C. 1, 1920, s. 234.

²⁰²³ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, s. 551.

²⁰²⁴ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 6.

²⁰²⁵ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 2, 1913, s. 7.

²⁰²⁶ Léon Duguit, “La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État”, s. 181.

²⁰²⁷ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, s. 554.

²⁰²⁸ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, s. 555.

²⁰²⁹ Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Almancadan Fransızcaya çev. Camille Gandilhon ve Th. Lacuire, C. 2: Autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands, 1901, s. 362.

²⁰³⁰ Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, C. 2, 1901, s. 362.

²⁰³¹ Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, C. 2, 1901, s. 362.

kaynaklanan ve otoritelere, memurlara, diğer birliklere, kamu fonksiyonundaki kişilere yönelttiği; devletin resmî, gerçek ve doğru iradesinin ifadesi olduğunu söyler.²⁰³² Yazara göre, devlet gücü, her an değiştirebileceği, askıya alabileceği veya iptal edebileceği kanunla bağlı değildir.²⁰³³

Jellinek, devletin kendi koyduğu kurallara tabi olmadığını savunan teorilerde, buna karşın, devletin organlarının ise kanuna bağılılığının kabul edilmesini eleştirir. Çünkü yazara göre, organlar eliyle yürütülen faaliyetler zaten devletin faaliyetleridir ve devletin, organlar tarafından yürütülenden başka faaliyeti de bulunmaz.²⁰³⁴ Düşüm noktası, devletin subjektif kişiliği anlayışındaki farklılıktadır. Jellinek'e göre, devletin hakları ve ödevlerini kabul etmeyenler, devlet ile bireyler arasında, hukuki bir ilişki olmayan güç ilişkisinden başka ilişki tanıyamazlar.²⁰³⁵

Otto Mayer'e göre, kişinin bizzat kendisine emir verememesi nedeniyle doktrin, yükümlülüğün pasif süjesini başka yerde aramak durumunda kalmıştır.²⁰³⁶ Ancak yükümlü süjeyi ayırma sonucu, Mayer'e göre, mantıklı olmakla birlikte sorunu bir kenara bırakır.²⁰³⁷ Çünkü kanun, memurlara emir vermek suretiyle, kanunun egemen olarak temsil ettiği devlet ile onun astı olan temsilcileri arasında kişisel yükümlülükler yaratır fakat devlet ile süje arasındaki ilişki aynı kalır.²⁰³⁸ Mayer, doktrinin çözüm bulamama sebebini, tüm kamu hukuku organizasyonunun dayandığı ilke olarak yorumladığı güçler ayrılığının yok sayılması olarak görür.²⁰³⁹ Mayer'e göre, devlet iradesinin bir biçimi, kanuna riayet hususunda istisnadır: "Kanun kanunla bağlı değildir".²⁰⁴⁰ Yasama yoluyla doğmuş her işlem, her şekli anlamda kanun, bu riayetten muaftır.²⁰⁴¹ Yasama gücü böylece özgürdür. Bağlı olması gereken yürütme gücüdür.²⁰⁴² Mayer, Laband'ın çelişkili bulduğu bu sonucun, güçler ayrılığı göz önünde bulundurulduğunda, anlaşılmas ya da çelişkili görülmeyeceğini savunur.²⁰⁴³ Mayer'e göre, yürütme gücü devletin kendisidir, dolayısıyla kanunun devleti bağladığı

²⁰³² Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, C. 2, 1901, s. 362.

²⁰³³ Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, C. 2, 1901, s. 363.

²⁰³⁴ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, s. 551.

²⁰³⁵ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, C. 1, 1911, s. 553.

²⁰³⁶ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 109.

²⁰³⁷ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, ss. 109-110.

²⁰³⁸ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 110.

²⁰³⁹ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 110.

²⁰⁴⁰ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 110.

²⁰⁴¹ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 110.

²⁰⁴² Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 110.

²⁰⁴³ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 111.

ya da devletin kendini bağladığı söylenebilir.²⁰⁴⁴ Yürütme gücünün tezahür ettiği her yerde, çeşitli organlarıyla, en alt kademedен devlet başkanına varıncaya dek, hiyerarşinin tüm üyeleri bu yükümlülüğe tabidir.²⁰⁴⁵ İdari yetkilerin sınırlandırılması ise, yürütme yetkisinin yasa karşısında yerine getirmesi gereken yükümlülükler çemberini belirler.²⁰⁴⁶

Alman doktrinde devletin kendini sınırlandırması, kendiliğinden taahhüdü veya bağlanması gibi ifadelerle karşılanan teori, Fransız doktrine “otolimitasyon (*auto-limitation, autolimitation*) teorisi” olarak geçmiştir.²⁰⁴⁷ Otolimitasyon teorisi Fransa’da özellikle Carré de Malberg tarafından savunulmuştur. Carré de Malberg, Jhering’i, devletin hukuka her bakımdan mutlak biçimde bağlı olmadığı gerçeği ve devletin menfaati fikrinin, sorunun hukuki yönüne cevap olamadığı açılarından eleştirir ve otolimitasyon tartışmasını hukuk devleti meselesinden ayırır.²⁰⁴⁸ Devletin sınırlanması kavramının kapsamı, yazara göre, hukuk devleti kavramından daha dardır.²⁰⁴⁹

Carré de Malberg’e göre, modern kamu hukukunda, devletin kamu gücü faaliyetinin biçim ve koşulları ile devlet organlarının sayılı yetkileri anayasalar tarafından belirlenmekle; bu biçim, şart ve sayılı yetkilerin dışına çıkılamayacağı da ortaya koyulmuş olur.²⁰⁵⁰ Ancak kanunların ve anayasa değişikliklerin yapılma koşulları ne olursa olsun, sınırlarını belirleyen bu kurallar devletin kendi iradesidir ve kaynağı, kendisinin belirlediği kamu gücüdür.²⁰⁵¹ Egemen devletin hukuki düzeni ve hukuki örgütü kendi isteğine bağlı olduğu kabul edildiğindeyse; gücün, bu düzen ve örgütten kaynaklanan sınırlamaları da aynı şekilde olacaktır.²⁰⁵² Zira sadece yürürlükteki pozitif hukuktan doğan sınırlamaların hukuki niteliği vardır.²⁰⁵³ Carré de Malberg’e göre, böylece, “devlet, gücünü sınırlayan, aynı zamanda onu organize eden

²⁰⁴⁴ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, ss. 110-111.

²⁰⁴⁵ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 111.

²⁰⁴⁶ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 111.

²⁰⁴⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 231.

²⁰⁴⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 232.

²⁰⁴⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 232.

²⁰⁵⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, ss. 232-233.

²⁰⁵¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 233.

²⁰⁵² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, ss. 233-234.

²⁰⁵³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 234.

ve geliştiren hukukun kaynağıdır”.²⁰⁵⁴ Bu anlamda yazar, çağdaş öz-sınırlama teorisini gerçeklikle bağdaşır, haklı ve tutarlı olarak değerlendirir.

Otolimitasyon teorisi, Carré de Malberg’e göre, siyasi ya da ahlaki düzenin değil, tamamen hukuk düzeninin teorisidir ve dolayısıyla formeldir.²⁰⁵⁵ Bu anlamda olmak üzere, ‘egemen devletin üzerinde, onu “yasal olarak” sınırlandırabilecek hiçbir güç yoktur’.²⁰⁵⁶ Ancak bu kabul, yalnızca, hukuk bilimi sınırları içinde kalmak adına biçimsel bir bakış açısından değerlendirmenin bir sonucudur.²⁰⁵⁷ Devletin sadece kendi iradesi ile sınırlandırılabilceğinin kabulü, yazara göre, ahlaki bakımdan sınırsız bir meşruiyeti olduğu anlamına gelmez.²⁰⁵⁸

Tek mutlak egemenliğin hukukun egemenliği olduğunu düşünen²⁰⁵⁹ Louis Le Fur, Alman otolimitasyon teorisinde, devletin, kendi münhasır iradesiyle belirlendiği ve devletin belirli kurallara boyun eğme nedeninin ise, başka hukuki kişilerle ilişkilerinde bu kuralları hak kaidesi olarak tanınması olduğunu tespit eder.²⁰⁶⁰ Le Fur’e göre ise, bu belirleme hürriyeti, sınırsız değildir; devletten objektif yönüyle ayrılan hukukun müsaade ettiği ölçüdedir. Yazara göre, nasıl ki bireyler için kendi belirlediği ve uymamakta menfaat gördüğü anda ondan kurtulabileceği bir kurala bağlılık, hukuk devletin varlığını sağlamayacaksa; bireyden katbekat güçlü olan devlet için de bu durum evleviyetle geçerlidir.²⁰⁶¹ Michoud ise, devletin sınırlandırılmasının, devletin egemenliği fikri ile çelişmediğini savunur. Çünkü egemenlik, daha üstün bir insan iradesine boyun eğmemektir, yoksa hiçbir kurala boyun eğmemek değildir.²⁰⁶² Le Fur ve Michoud’nun fikirlerinin temelinde, hukukun, devletten ayrı ve üstün bir varlık göstermesi vardır.

Duguit’nin yaklaşımında ise, devlet gücünün sınırlandırılmasına ilişkin Alman teorisinin iki çıkmazı vardır: Eğer devlet gücü egemense sınırsızdır, eğer egemen

²⁰⁵⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 241.

²⁰⁵⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 241.

²⁰⁵⁶ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 241.

²⁰⁵⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 241.

²⁰⁵⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, C. 1, 1920, s. 241.

²⁰⁵⁹ Tark Özbilgen, “Louis Le Fur’ün Hukuk Görüşü”, *İÜHFM*, C. 30, S. 1-4, 1969, ss. 358-359.

²⁰⁶⁰ Louis Le Fur, *Précis de droit international public*, dördüncü baskı, Paris: Dalloz (koleksiyon: Petits précis Dalloz), 1939, s. 181.

²⁰⁶¹ Louis Le Fur, *Précis de droit international public*, dördüncü baskı, 1939, s. 182.

²⁰⁶² Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, C. 2: La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences, üçüncü baskı, 1932, s. 64.

değilse devlet gücü değildir.²⁰⁶³ Buradan da bir dilemmaya ulaşılır: egemenlik sınırlıysa, devlet yoktur; egemenlik sınırsızsa bireysel özgürlük yoktur.²⁰⁶⁴ Dahası, yazara göre, devlet, faaliyetini belirleyen ve sınırlayan bir hukukla bağlı değilse, “kamu hukukunun yapısı tamamen çöker”.²⁰⁶⁵ Duguit, otolimitasyon teorisine karşı çıkar. Yazara göre, “kanunu yapan ve devleti temsil eden parlamentonun, istediği için, istediği sürece ve kanunla bağlı olmayı istediği ölçüde bağlı olduğunu söylemek, açıkça, bağlı olmadığını söylemektir”.²⁰⁶⁶ Otolimitasyon teorisyenlerinin, her kanunun genel hüküm niteliğinde olmadığı, bireysel kanunların da olduğuna ilişkin tespitlerini dayanak gösteren Duguit, parlamentonun bu nedenle genel kanunlara her zaman bireysel muafiyetler ekleyebileceğini savunur.²⁰⁶⁷ Duguit’nin otolimitasyon teorisini “şiddetle ve tümüyle” reddetme nedeni, Tarık Özbilgen’in analizine göre; devlet meselesine salt deneyci-duyumcu bir bakış ile bakarak, normatif olgu olarak biçimlenen devleti fark edememesi ile hukuk devleti fikrinde, devletten bağımsız iç ve dış dayanışmaların hukuk düzeni algısıyla, devleti hukuk dışı bir varlık olarak ele alma yaklaşımıdır.²⁰⁶⁸

Subjektif otolimitasyon teorisi, Hauriou’ya göre, “*Herrschaft* teorisinin zayıf noktası”nı teşkil eder.²⁰⁶⁹ Hauriou, teorinin, “bir tür mistisizm kisvesi altında, pratikte, tahakküm gücünün her şeyi yapabilme kudretine vardığını”, bu nedenle de Duguit’nin *Herrschaft* karşıtı eleştirilerini, bu noktada hak ettiğini savunur.²⁰⁷⁰ Hauriou’ya göre subjektif otolimitasyon teorisinin dev bir hata (*une colossale méprise*) barındırdığı düşünülebilir: Hukuk rejiminin kuruluşu, subjektif devlet kişinin eylemine atfedilir ama aksine, aslında devletin subjektif kişiliği, siyasal kurumda inşa edilen hukuk rejiminin sonucudur.²⁰⁷¹ Yine de Hauriou, subjektif otolimitasyon teorisini, araştırmayı zıt yönde bir objektif sınırlama arayışına yönelttiği için değerli bulur.²⁰⁷² Hauriou, bu değeri, özellikle subjektif kişilik fikrinde tutucu olmayan ve hukuk devletinin objektif kuruluş organizasyonunda saklı tarafını gören Otto Mayer’in

²⁰⁶³ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 1, üçüncü baskı, 1927, s. 640.

²⁰⁶⁴ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 1, üçüncü baskı, 1927, s. 641.

²⁰⁶⁵ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C. 1, üçüncü baskı, 1927, s. 642.

²⁰⁶⁶ Léon Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, s.54.

²⁰⁶⁷ Léon Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, s.54.

²⁰⁶⁸ Tarık Özbilgen, “Antinatüralist Sosyoloji Anlayışının Pratik Portesi Üzerine”, *İÜHFM*, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 341.

²⁰⁶⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

²⁰⁷⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

²⁰⁷¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

²⁰⁷² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ikinci baskı, 1916, s. 32.

yaklaşımına atfeder.²⁰⁷³ Mayer'in farkı, idare hukuku bakış açısıyla, kanunu ve hukuk devletini, yasama ve yürütme işlemleri ayrımı üzerinden tanımlamasıdır. Mayer'in yaklaşımı, Hauriou tarafından takdirle karşılanmanın ötesinde, fikirlerini de etkilemiştir.

Alman otolimitasyon teorileri, Hauriou'ya göre, tanımladığı iki hukuktan, yalnızca, devletin sadece rızasıyla bağlı olduğu disiplin hukuku hipotezini açıklar ve “kurumsallaşma sürecinden kaynaklanan ve kamu hizmeti kavramında özetlenebilen” objektif otolimitasyonu ihmal eder.²⁰⁷⁴ Hauriou, iki uç kutup olan, Alman teorisinin “devletin otolimitasyonunun mutlakçı (*absolutist*) ilkesi” ile Duguit'nin, Hauriou'ya göre, devlete alan bırakmayan ve vatandaşlarla aynı şekilde dayatılan hukuk fikri ile “hukuk devletin neredeyse anarşik (*quasi-anarchic*) ilkesi” arasında bir orta yol bulmak üzere, objektif otolimitasyon teorisini kurar.²⁰⁷⁵ Hauriou, kendisini, en nihayetinde, kurum kavramına ulaştıran arayışın da, subjektif otolimitasyon fikirleri ile hak kaidesi fikirleri arasındaki bu orta yol arayışı olduğunu ifade eder.²⁰⁷⁶

Hauriou, gücün fikre (*idée*) bağlılığını sağlayacak denge için gerekli otolimitasyon bakımından, gücü elinde bulunduranların, kendilerini subjektif biçimde bağlamalarını yeterli bulmaz; objektif bir güçler dengesini gerekli görür.²⁰⁷⁷ Hauriou'ya göre, doğal hukuk teorisyenlerince, pozitif hukuk, devlet iradesinin bir unsuru olarak düşünülmediğinden, iradenin objektif organizasyonunun işi olarak görülmez ve zorluk ortaya çıkar.²⁰⁷⁸ Devletin kendini objektif otolimitasyona zorlaması, kamu gücünün objektif hukuku ile subjektif hukuku arasında bir uzlaşma olarak tezahür eder.²⁰⁷⁹ Hauriou'ya göre, egemenlik kendini iki açıdan sınırlar. İlk olarak devlet egemenliği, bireysel özgürlükler tarafından sınırlanır.²⁰⁸⁰ İkinci olarak, devlet rejimi tarafından şekillendirilmesi şartıyla kurumsal özgürlük egemenliği

²⁰⁷³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 32.

²⁰⁷⁴ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, s. 41.

²⁰⁷⁵ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

²⁰⁷⁶ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, s. 814.

²⁰⁷⁷ Sıddık Sami Onar, “Hauriou'nun Müesseseler Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki”, s. 507.

²⁰⁷⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 33.

²⁰⁷⁹ Aurélien Camus, **Le pouvoir de gestion du domaine public**, doktora tezi, tez danışmanı Jacqueline Montain-Domenach, tez savunma tarihi: 28 Kasım 2013, Paris Nanterre Üniversitesi, Paris, s. 110.

²⁰⁸⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 23.

sınırlar.²⁰⁸¹ Genel anlamda, devlet, siyasi özgürlük lehine kendini sınırlar.²⁰⁸² Charles Crozat, Hauriou'nun otolimitasyon fikirlerinin, Jellinek'in otolimitasyon teorisi ile ilgisi ve ilişkisi bulunmadığını ve Aquino'lu Thomas düşüncesinden etkilendiğini söyler.²⁰⁸³ Hauriou, Jellinek'in teorisini de Duguit'nin teorisini de, bir açıdan eksik, diğer açıdan ise aşırı bulur; çünkü Hauriou'ya göre çözüm, bu zıt teorilerin ortak alanındadır. Hauriou'nun çeşitli kuramlarında olduğu gibi, kamu gücünün sınırlanması kuramının düşünsel zemini bakımından da, Crozat'nın haklı olarak belirttiği gibi, Hauriou'nun objektif ve subjektif düalizm şablonuna bağlı kalan yaklaşımı, Aquino'lu Thomas düşüncesi ve “ruh ve beden (*âme et corps*)” düalizmi ile ilişkilendirilebilir.

Gücün objektif otolimitasyonu, Hauriou'da, “siyasi gücün pozitif hukuka boyun eğmesi”ne karşılık gelir.²⁰⁸⁴ Hauriou'ya göre, otolimitasyon, siyasi gücün pozitif hukuk önünde kendiliğinden boyun eğmesi ve yine kendiliğinden, kendisine düşen, kendi faaliyetini bağlayan pozitif hukuku oluşturmak yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelir.²⁰⁸⁵ Hauriou, otolimitasyonun gerekliliği hususunda uzlaşıldığını; uzlaşmazlığın ise, “analiz yöntemi”nde, otolimitasyonun “devletin subjektif iradesinin işlemi ya da kararı mı, yoksa devletin objektif organizasyonunun sonucu mu” olduğu sorusu üzerinde olduğunu savunur.²⁰⁸⁶ Hauriou'da otolimitasyon teorisinin gerekliliğinin en büyük sebebi, otolimitasyon fikrinin, egemenliğin iki tezahürü olan, “devletin baskı gücü” ile “bireylerin boyun eğme gücü”nün birbiriyle çelişmesini önleyebilecek bir marj yaratmasıdır. Otolimitasyon, objektifliğine karşın, salt bir kendiliğindenlik barındırmaz; “iki unsurun, devletin hâkimiyet kudreti ile yasal ülkenin iç çatışması ve ikincinin birinciye galip gelmesinden” meydana gelir.²⁰⁸⁷ Hauriou'ya göre, pozitif kuralların hâkimiyet kudreti için de bağlayıcı olması; buyurma gücünün ancak düzen içinde var olabilmesi ve koyduğu kurallara ilk olarak kendisi boyun eğmediği takdirde düzensizliğe yol açacağı düşüncesinden çıkarılabilir.²⁰⁸⁸ Düzeni ise Hauriou, anlık bir şey olarak görmez; sosyal yapının,

²⁰⁸¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, s. 24.

²⁰⁸² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 616.

²⁰⁸³ Charles Crozat, “Thomas D'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, Fransızcadan Türkçeye çev. Recai Galip Okandan, **İÜHFM**, C. 4, S. 16, 1938, s. 633.

²⁰⁸⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 31.

²⁰⁸⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 31.

²⁰⁸⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 31.

²⁰⁸⁷ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, beşinci baskı, 1903, s. 8.

²⁰⁸⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

kamunun iyiliği ya da kamu hizmetlerinin menfaati doğrultusunda, bir zincir gibi inşası olarak görür.²⁰⁸⁹

Kamu gücünün objektif otolimitasyonu teorisi, Jacques Chevallier'ye göre, Hauriou'nun, idare hukukunun iç dengesinde kamu hizmeti kavramına verdiği önemden; kamu gücünün, kendisi için değil, yalnız genel çıkar ihtiyaçlarını karşılamak için kullanıldığı inancından, kısaca hizmet fikrinden doğar.²⁰⁹⁰ Devletin hukuka göre özel konumu, onun sıradan bireylerle aynı kurallara tabi olamayacağı; tamamen kendi kendini sınırlama fikrine dayanan özel bir hukuka, idare hukukuna tabi olması sonucunu doğurmuştur.²⁰⁹¹ Dolayısıyla, Hauriou'nun objektif otolimitasyon teorisi ile ayrıca ve öncelikle idare hukukunun en girift alanlarından birine ışık tutmak istediği aşîkârdır. Hauriou düşüncesinde, devletin hukukla bağılılığında esas mesele idarenin bağılılığıdır.²⁰⁹² Kamu gücünün objektif otolimitasyonun dayanağı olan hizmet fikrinin, güç teorilerinde tahakkümün yerini almasını, Hauriou, adım adım gerçekleşmiş bir ilerlemenin mühim sonucu olarak görür. Daha da önemli bir husus ise, bu boyun eğmenin araçlarının objektifliğidir. Hauriou'ya göre, gücün kendisi, kendini disipline etmek için çeşitli önlemler alarak, kendisini hizmet için organize eder.²⁰⁹³ Bu yollar, hiyerarşi, yerel yönetimlerde vesayet, idare edilenlere açık olan tüm idari şîkâyet yolları ve yine kendisinin bir parçası olan idari yargının kuruluşudur.²⁰⁹⁴ Hauriou, gücün otolimitasyon yollarının tümü içinde en büyük önemi hem hiyerarşik hem yargısal anlamda var olan yetki aşımı başvurusuna verir.²⁰⁹⁵ Zira bu yol, keyfilik ve gücün kötüye kullanımı ile mücadele eder. İdari yargıç, bu yolla, kanunun dış sınırlandırmasının ötesinde idari güç için bir kendini sınırlandırma uygulayabilir.²⁰⁹⁶

Hauriou'nun kamu gücünün sınırlanmasına ilişkin düşüncesinin idare odaklı olma niteliğine benzer bir yaklaşıma, Otto Mayer'de rastlanır. Devletin, hukukun gereklerine göre, faaliyetlerinin usullerini ve sınırlarını standart olarak saptamasını ve

²⁰⁸⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 22.

²⁰⁹⁰ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 18.

²⁰⁹¹ Jacques Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", s. 33.

²⁰⁹² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public général**, dördüncü baskı, 1900, ss. 30-31.

²⁰⁹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xiv.

²⁰⁹⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xiv.

²⁰⁹⁵ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xiv.

²⁰⁹⁶ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xiv.

vatandaşların özgür alanını belirlemesini, Mayer, özellikle idareye yöneltmiş bir zorunluluk olarak görür.²⁰⁹⁷ İdare hukukunun genel prensipleri, Mayer'e göre, Alman doktrininde, hukuk devleti (*Rechtsstaat*) fikrinde ifadesini bulmuştur.²⁰⁹⁸ *Rechtsstaat*, bir yandan, belli bir kamu gücü organizasyonu öngörür. Bu organizasyon, idarenin hareketlerini, mümkün olduğu ölçüde, kendisine dayatılan hukuk kurallarına göre yönlendirir ve bu hareketlerin konusu ya da ilgilisi olan bireylerin hukuki durumlarını önceden belirler.²⁰⁹⁹ İdarenin, hukuka uygun olması için hukuk kurallarıyla bağlı olması gerektiği hâlde, bu bağlılığın "mümkün olduğu ölçüde" olma nedeni ise, idari alanda, "bağlayıcı katı kurallar tarafından öngörülemez nice şey" olmasıdır.²¹⁰⁰ *Rechtsstaat*, öte yandan, münferit olayda olması gerekenlerin, hukuk mahkemesinin kararına eş değer bir bağlayıcı işlemle resmî bir şekilde, standart olarak saptanmasını da ister. Bu ikinci gerekliliğe, idari işlem ve özellikle idari yargı cevap verir.²¹⁰¹

Hauriou, gücün otolimitasyonu teorisinin; Savigny'nin savunduğu, subjektif hakkı "irade gücü" olarak gören Pandektistik *Willensmacht* doktrini ile; *Herrschaft* doktrini ve özellikle Hauriou'nun doktrinin en büyük teorisini olarak gördüğü²¹⁰² Jhering'in menfaat kavramını odak olarak belirlemesi ile şekillendiği; ne var ki, teoriye dair tekeli ellerinde bulunduran bu doktrinlerin teoriyi kötü sunduklarını düşünür.²¹⁰³ Çünkü bu teori, Hauriou'ya göre, yönetenlerin subjektif bir sınırlama iradesine bağlı olup hiçbir garanti sunmaz.²¹⁰⁴ Hauriou ise, gücün otolimitasyonunun, aşamalı olarak kuruma dönüşen devlet organizasyonunun objektifleştirilmesi aracına sahip olduğunu ifade eder.²¹⁰⁵ Hauriou, kurum teorisinin, gücün otolimitasyonunu, objektif bakış açısından yaklaşıp düzelttiğini savunur.²¹⁰⁶ Yazara göre, gücün ve egemenliğin objektif otolimitasyonu, genel kamu hukuku ve idare hukuku yanında; devletler arası kamu hukuku ve anayasa hukukunda da görünürdür.²¹⁰⁷

²⁰⁹⁷ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 76.

²⁰⁹⁸ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. xiii.

²⁰⁹⁹ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. xiii.

²¹⁰⁰ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. 77.

²¹⁰¹ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, C. 1, 1903, s. xiii.

²¹⁰² Christopher Berry Gray, *Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical*, s. 20.

²¹⁰³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹⁰⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹⁰⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹⁰⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹⁰⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

Hauriou'nun otolimitasyon sisteminde öncelik verdiği, idari organizasyondur. İdarenin, yönetenler, idari otoriteler ve idari yargı gibi her alanını bu güç organizasyonuna dâhil eder. Hauriou'ya göre, bu organizasyon, yürütme gücü yanında, kamu hizmetlerinin de organizasyonudur ve kamu gücü gitgide hükmetmek yerine hizmet etmek fikrine tabi olmuştur.²¹⁰⁸ Organizasyonun kamu hizmetinin menfaatine özgülenmesi, gücün iradesinin bu menfaat dışında hareketini engelleyen bir denge unsurudur. Hauriou, gücün ancak yine bir güç tarafından durdurulabileceği fikrine hak verir. Yazara göre, güç, ya ayrılmış güçlerin birbirini engellediği bir sistemde ya da gücün bir fikrin hâkimiyetine gireceği bir organizmada frenlenebilir.²¹⁰⁹ Hauriou, bu fikrin, barış, özgürlük ya da hizmet fikri olabileceğini ifade eder.²¹¹⁰ Hizmet fikri, yazara göre, Fransız idari rejimi için belirleyici, karakteristik bir rol üstlenir.²¹¹¹ Kamu hizmeti fikri her ülkede bulunmakla birlikte, Hauriou'ya göre, Fransız sisteminin farkı; güçler ayrılığı ilkesinin hâkim olduğu bir organizasyonda, yürütme gücünün, kamu hizmetlerini gerçekleştirebilmek için objektif olarak sınırlandırılmasıdır.²¹¹² Hauriou'ya göre; kamu gücü, idari organizasyonda hiyerarşik olarak altta bulunan ajanları hiyerarşik yetkilerle disipline edip yetiştirirken; kendisini de, esasında daha üstün olmasına rağmen, iradi olarak, kamu hizmeti yahut kamu fonksiyonu fikri ile bağlayarak disipline eder.²¹¹³

Ancak kamu gücünün boyun eğmesi, tamamıyla bir teslimiyet hâli değildir; zira böyle bir sonuç, Hauriou'ya göre, hem imkânsızdır hem de arzu edilmez.²¹¹⁴ Hauriou, pozitif hukuk kurallarının hâkimiyet kudretine karşı yaptırıma yol açabilmesini kusurlu bulur; çünkü zorlama araçlarını elinde tutan merkez hâkimiyet kudretinin kendisidir ve böyle bir durumda yürütme yollarını kendisine uygulamak zorunda kalacaktır.²¹¹⁵ Ancak bu itiraz, yaptırımın tamamen mevcut olmaması sonucuna varmaz.²¹¹⁶ İdare hukukunda, kamu idareleri karşısında, ortak hukukun icra yollarının kabul edilmemesi ilkesi vardır.²¹¹⁷ Devlet dışındaki idarelere karşı gidilebilen özel

²¹⁰⁸ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹⁰⁹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xv.

²¹¹⁰ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, ss. xv-xvi.

²¹¹¹ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xvi.

²¹¹² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. xvi.

²¹¹³ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 14.

²¹¹⁴ Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit public**, on ikinci baskı, 1933, s. 9.

²¹¹⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 24.

²¹¹⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 24.

²¹¹⁷ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 25.

idari icra yolları, devlet idaresine karşı kullanılamaz.²¹¹⁸ Hauriou, devlet aleyhine yaptırımlara karar veren mahkemelerin uzun zamandır varlığına rağmen, bu yaptırımların yerine getirilmesi için icra yollarının eksik olduğunu hatırlatır.²¹¹⁹ Hauriou'ya göre, yine de bu yargı kararları, devlet idaresi tarafından; görünüşte dürüstlüğü nedeniyle kendiliğinden, gerçekte ise ahlaki zorlama nedeniyle, kamusal kredi ile kamusal iyi iradenin bir misillemeyle kesilmesi korkusuyla yerine getirilir.²¹²⁰ Hauriou, bu nedenle idare hukuku, devlet idaresine uygulanması anlamında kusurlu bir hukuk olarak görür.²¹²¹ Yine de tüm idari işlemleri yasallığa boyun eğdirmek ve idarenin tüm hatalarını maddi sorumluluk yaptırımına bağlamak hususunda var gücüyle çalışan bir hukuk olduğunu belirtir.²¹²²

Hâkimiyet kudretinin bir diğer mecburiyeti de pozitif hukuk yaratması hususundadır.²¹²³ Hauriou, bu yükümlülüğü de idare hukuku ile açıklar. Bir yandan, idare, kendi faaliyetini düzenlemek için, düzenleyici işlemle genel bir kural koyduğunda, özel kararlarının bu genel kurala uygun olması şarttır ve kanuna ya da düzenleyici işleme aykırılık nedeniyle iptal yaptırımıyla karşılaşabilir.²¹²⁴ Diğer taraftan, idare, faaliyetini düzenlemek için genel kurallar koymakla yükümlüdür, bunun sonucu olarak özel işlemlerinin hukuk kurallarına önceden bağlamak zorundadır.²¹²⁵ Yasama erki için yalnızca siyasi sorumluluk doğuran bu yükümlülük, idare için idarenin maddi sorumluluğunu ya da kişisel sorumluluğunu doğurabilir.²¹²⁶

²¹¹⁸ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 25-26.

²¹¹⁹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²⁰ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²¹ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²² Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²³ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²⁴ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²⁵ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, s. 26.

²¹²⁶ Maurice Hauriou, **Principes de droit public**, ikinci baskı, 1916, ss. 26-27.

SONUÇ

Hauriou düşüncesinde idare hukuku ile genel kamu hukuku ilişkisini inceleyen bu çalışma, kuşkusuz, Hauriou'nun iki disipline dair fikirlerinin tümünü ve etkileşimlerini ele alabilecek kapsamda değildir. Ancak idare hukuku ve genel kamu hukuku doktrinlerinde yer edinmiş, bilinirlik kazanmış ve/veya farklı ve önemli çözümler sunmuş kuramların büyük bir kısmına değinilmiştir. Çalışmada kullanılan yöntem, iki disipline ait temel kuramları çapraz bir plan çerçevesinde ele almaktır. İdare hukukuna ilişkin açıklamalarda, genel kamu hukuku bağlantılarının doğal olarak gün ışığına çıkması; aynı şekilde genel kamu hukukuna ilişkin açıklamalarda, idare hukukunun düşünsel zeminine kendiliğinden ulaşılması hedeflenmiştir. Bu anlamda, yapay yahut yeni bağlantılar kurmamaya özen gösterilmiştir.

Öte yandan, bu kapsamda bir çalışmanın, Hauriou'nun kuramlarının öncül ve ardılı sayılabilecek ve/veya Hauriou düşüncesi üzerine çalışmış isimlerin çalışmalarının tamamına yer ayırabilmesine de imkân bulunmadığından, bu hususta da bir sınırlama yapılmıştır. Bu noktada, yer verilen ardıl isimlerin, Hauriou ile aynı ekolden olmaları ya da Hauriou'yu takip etmeleri gibi ölçütler yerine, Hauriou kuramlarının bugüne ulaşma biçimini ne ölçüde etkiledikleri kıstas olmuştur. Öncül isimlere ise, bilinirliklerinden ziyade, Hauriou'nun kuramlarına referans olmaları ölçüsünde yer verilmiştir.

Hauriou doktrini bir bütün olarak incelendiğinde, varılan en net bilgi, Hauriou'nun bir “denge teorisyeni” olduğudur. “Denge” kavramı, Hauriou yöntemini, “orta yol” kavramı temelli nitelemelerden daha iyi ifade eder. Zira Hauriou'nun, iki kutuplu kuram tartışmalarında tutumu, yalnızca bir sentez oluşturmak ya da ortak noktalar üzerinde hemfikir olmak değildir. Hauriou, her iki kuramın bakış açısından bakmaya çalışır ve en nihayetinde, ikisinde doğru ve isabetli gördüğü noktalar üzerine önemli katkılar koyarak, tamamen yeni kuramlar inşa eder.

Bu çalışma, Hauriou'nun, genel kamu hukuku ile idare hukuku fikirleri arasındaki ayrılmaz mütakabiliyeti incelemiştir. Bu incelemenin ilk yönü; Hauriou'nun idare hukukuna en önemli katkısı olarak görülen “kamu gücü teorisi” başta olmak üzere, “devletin idari hukuki kişiliği”, “otorite yolu”, “yönetim yolu”, “idarenin sorumluluğu”, “kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri”, “önceden icra” gibi idare hukuku kavramlarının düşünsel zemininde, yazarın, genel kamu hukuku kavram ve kuramlarını kullanmış olduğunun ortaya konulmasıdır. İkinci yönü ise, genel kamu hukuku doktrinine önemli bir katkı olduğu genel kabul görmüş olan “kurum teorisi” ve “objektif otolimitasyon teorisi” ve daha az bilinirliğe sahip olan “devlet durumu”, “devleti oluşturan unsurlar”, “yasal ülkede direnme hakkı”, “egemenliğin bölünebilirliği ve bölünmesi mecburiyeti”, “egemenlik türleri”, “erkler ayrılığı teorisi” ve “oy erki” gibi fikirlerinde, Hauriou'nun, idare hukuku alanındaki bilgi birikiminden ve yazarın ifadesiyle “araştırma laboratuvarı” isimli gözlem sisteminden yararlanmış olduğunun tespiti.

Nihayetinde, Hauriou'da iki disiplinin ilişkisinin, yalnız nihai fikirlerde bir bağlantı değil, bundan belki de çok daha önemli olmak üzere, yöntemsel bir bağlantı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Disiplinler üstü bir teorisyen olarak anılan Hauriou'nun yöntemi, çoğunlukla, idare hukuku ve genel kamu hukukundan geçen bir muhakeme yöntemidir. Hauriou, çözülmesi gereken soru ve sorunları, genellikle idare hukuku uygulaması üzerindeki gözlemleriyle tespit eder. İdare hukukundan doğan temel meselelere çözüm aramak için çıktığı yolda, çözüm fikirlerini, çözüme götürecek muhakemelerin cevherini ise genellikle genel kamu hukukunun membalarında bulur. Teoriyi geliştirmek için gerekli araç ve birikimi yeniden idare hukukundan sağlayarak, sonunda, idare hukukuna katkı sağlayacak nihai fikir ya da kuramlara ulaşır. Bu yolculukta ise genel kamu hukuku alanında bulunduğu fikirleri geliştirerek, genel kamu hukuku meselelerine de ışık tutar. Hauriou'nun bu yöntemle ulaştığı bir kuramı, idare hukuku ya da genel kamu hukukundan tamamıyla kopararak tek yönlü ele almak mümkün değildir.

Bu çalışmanın bir zorluğu, Hauriou'nun fikirlerinin zaman içinde sürekli gelişip değişmesi olmuştur. Bu nedenle her kuram ve kavram için yapılan incelemeler, farklı dönem eserlerinden teyit edilerek ya da karşılaştırılarak ele alınmıştır. Ancak en nihayetinde bu zorluk aşıldığında, Hauriou'nun teorisyen kişiliğiyle ilgili bir fikir

vermiştir. Öyle ki, Hauriou'nun muhafazakâr kimliğini ön plana çıkaran yazarlarla onu devrimci olarak niteleyen yazarlar arasında, bu çalışma boyunca, ikinci grup yazarların haklılığı düşüncesi pekişmiştir.

Bir diğer zorluk, Hauriou'nun ortaya koyduğu kuramların, Hauriou sonrası yazarlarca ya tek taraflı bakış açılarından yorumlanarak mevcut iç dengesini kaybetmesi yahut doğru analizlerle de olsa ideolojik birtakım ön kabullere dayanak yapıma çabasıyla bükülmesi olmuştur. Bu nedenle, Hauriou'nun kuramlarında bıraktığı her boşluk, subjektif yorumlarla doldurulmuştur. Ne var ki, bu zorluk bir yandan eleştirel bir bakış gerektirerek yeni bir düşün penceresi açmış; öte yandan Hauriou'nun, kuramlarının kendisinden sonraki yorumlarına ve eleştirilere yaşasaydı ne yanıtlar vereceği merakı, Hauriou düşüncesinde daha derin bir incelemeye teşvik etmiştir.

Hauriou üzerine çalışmanın en büyük avantajı ise, Hauriou düşüncesinin, başlı başına bir sistem, bir doktrin, bir ekol teşkil etmesidir. Bu sayede bu çalışmanın araştırma aşamasında, tereddütlü her fikir ya da bir eserde yeterince açık olmayan her kuram, en önemlisi, eser zenginliği sayesinde Hauriou'nun diğer eserleriyle karşılaştırılarak doğrulanabilmiş, bir başka bakımdan ise, literatürde muhakkak o fikir ve kurama dair aydınlatıcı başka eserlere ulaşılabilmiştir.

Ancak bu durum, Hauriou'ya dair her araştırmanın zaten yapılmış olduğu anlamına asla gelmez. Aksine bu çalışma süresince, Hauriou'nun bilinirliği olan kuramları yanında, bugünden bakıldığında değeri çok daha iyi anlaşılabilen, yeterince bilinmeyen çok sayıda kuram ve fikrinin gün ışığına çıkmayı, canlandırılmayı beklediği tespit edilmiştir. Öte yandan, bilinirliği olan kuramlarının da objektif ve bütünsel yaklaşımlarla ele alınmaya her dönemde ve hâlen ihtiyaç duyduğu gözlemlenmiştir.

Bu çalışmanın yerine getirmiş olduğu umulan katkısı, yapılacak olan Hauriou araştırmalarının, hangi kamu hukuku alanında olursa olsun, kuramsal ve kavramsal olarak, Hauriou düşüncesinin idare hukuku ve genel kamu hukukunda bulunan temellerine ve yöntemsel olarak da idare hukuku ile genel kamu hukukunun ilişkisinin Hauriou muhakemesindeki yerine önem vermeleri gereğini ortaya koymuş olmasıdır.

Bu çalışma, temel kuramlar bakımından ise bu bağlantıları, yalnız genel olarak değil, detaylı birer kuramsal inceleme olarak ortaya koyar.

Çalışmanın, araştırma safhasında, sonradan gerekli görülen bir amacı ise, Hauriou'nun idare hukuku ve genel kamu hukuku kuramlarına dair yanlış bilinen ve/veya yeterince aydınlatılmamış hâli ile kabul görüp süregitmiş birtakım hususlarda, çalışmanın çerçevesinde bulunması kaydıyla, objektif bir inceleme ortaya koymak olmuştur. Bu ihtiyaç, Hauriou incelemelerinde, tek yönlü ve neredeyse dogmatik bakış açılarının ve Hauriou kuramlarının subjektif ve taraflı yorumlarının, Hauriou düşüncesinin çok yönlülüğüne ve yeniliğe açıklığına zarar verdiği gözlemi nedeniyle doğmuştur. Bu çalışmanın ulaştığı umulan bir amacı da böylece, Hauriou'nun, değişime kapalı olmayan ve çok yönlü bir teorisyen olduğunun ortaya konulmasıdır.

KAYNAKÇA

BİRİNCİL KAYNAKLAR (Maurice Hauriou'ya Ait Kaynaklar)

Kitapları:

HAURIOU Maurice, **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**, birinci baskı, Paris: L. Larose et Forcel, 1892, 783 s. ; ikinci baskı, Paris: L. Larose et Forcel, 1893, 759 s. ; **Précis de droit administratif et de droit public général**, üçüncü baskı, Paris: L. Larose et Tenin, 1897, 915 s. ; dördüncü baskı, Paris: L. Larose, 1900, 896 s. ; beşinci baskı, Paris: L. Larose, 1903, 880 s. ; **Précis de droit administratif et de droit public**, altıncı baskı, Paris: Sirey, 1907, 915 s.; yedinci baskı, 1911, 1010 s.; sekizinci baskı, 1914, 1032 s.; dokuzuncu baskı, 1919, 1099 s.; onuncu baskı, 1921, 942 s. (Ek: 1921-1924, 1924, 30 s.); on birinci baskı, 1927, 1068 s.; (André Hauriou tarafından gözden geçirilmiş, güncellenmiş ve André Hauriou, Pierre Delvolvé ve Franck Moderne önsözleriyle) on ikinci baskı, 1933, 1150 s. (yeniden basım, Paris: Dalloz, 2002, 1150 s.).

HAURIOU Maurice, **La science sociale traditionnelle**, Paris: Larose, 1896, 432 s.

HAURIOU Maurice, **Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898**, Paris: Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts (L. Larose & Forcel), 1899, 176 s.

HAURIOU Maurice, **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**, Paris: L. Larose, 1899, 104 s.

HAURIOU Maurice, **Principes de droit public**, birinci baskı, Paris: L. Larose et Tenin, 1910, 734 s.; (yeniden basım Paris: Dalloz, 2010, 760 s.), ikinci baskı, Paris: Sirey, 1916, 828 s.

HAURIOU Maurice, **Précis de droit constitutionnel**, birinci baskı, Paris: Sirey, 1923, 741 s.; ikinci baskı, Paris: Sirey, 1929, 759 s. (yeniden basım, Paris: CNRS, 1965, 759 s.).

HAURIOU Maurice, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, birinci baskı, Paris: Sirey, 1925, 307 s.; ikinci baskı, Paris: Sirey, 1930, 332 s.

HAURIOU Maurice, **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 : D'après les "Notes d'arrêts" du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou**, 3 cilt, Paris: Sirey, 1929 (yeniden basım : 1931), C. 1 : 743 s., C. 2 : 764 s., C. 3 : 846 s.

Tezleri:

HAURIOU Maurice, **Du terme, en droit romain et en droit français**, lisans tezi, 1876, Bordeaux.

HAURIOU Maurice, **Étude sur la condictio. Des contrats à titre onéreux entre époux en droit français**, doktora tezi, Temmuz 1879, Bordeaux.

Makale ve Broşür baskıları:

HAURIOU Maurice, “De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII”, (birinci kısım), **RGA**, C. 44, S. 2 (Mayıs-Ağustos), Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1892, ss. 385-403; (ikinci kısım), **RGA**, C. 45, S. 3 (Eylül-Aralık), Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1892, ss. 15-28; broşür baskısı: Paris-Nancy: Berger-Levrault et C^{ie}, 1893, 34 s.

HAURIOU Maurice, “Les facultés de droit et la sociologie”, broşür baskı, Paris: E. Thorin & Fils, 1893, 8 s.

HAURIOU Maurice, “De la personnalité comme élément de la réalité sociale”, **RGDL**, n° 22, 1898, ss. 5-23 ve 119-140.

HAURIOU Maurice, “Le régime d’État”, **La Revue socialiste**, C. 39 (Ocak-Haziran 1904), Paris: P.-V. Stock, 1903, ss. 564-581.

HAURIOU Maurice, “L’institution et le droit statutaire”, **Recueil de législation de Toulouse**, n° 2, C. 11, 1906, ss. 134-182.

HAURIOU Maurice, “La souveraineté nationale”, **Recueil de législation de Toulouse**, Seri 2, C. 8, Toulouse: Édouard Privat, 1912, ss. 1-154.

HAURIOU Maurice, “Notice sur les œuvres de Léon Michoud”, **RDP**, C. 33, 1916, ss. 483-530.

HAURIOU Maurice, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, **Harvard Law Review**, C. 31, n° 6, Nisan 1918, ss. 813-821.

HAURIOU Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, *Maurice Hauriou, La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4 içinde, Paris: Bloud et Gay, 1925, ss. 2-45; *Maurice Hauriou, Aux sources du droit : le pouvoir, l’ordre et la liberté, coll. Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 içinde, Paris: Bloud et Gay, 1933, ss. 89-128; “Müessese ve Tesis Teorisi. İçtimai vitalizm denemesi” (*La théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, 1925), Fransızcadan Türkçeye çev. Tarık Zafer Tunaya, **İÜHFM**, C. 9, S. 3-4, 1944, ss. 639-671.

HAURIOU Maurice, “Les idées de M. Duguit”, **Recueil de Législation de Toulouse**, S. 2, C. 7, 1911, ss. 1-40; *Mathieu Touzeil-Divina (der.), Miscellanées Maurice Hauriou* içinde, Le Mans: L’Épitoge-Lextenso (koleksiyon: Histoire(s) du droit), 2013, ss. 1-32.

HAURIOU Maurice, “Le droit naturel et l’Allemagne”, *Aux sources du droit : le pouvoir, l’ordre et la liberté* içinde, **Cahiers de la Nouvelle Journée**, n° 23, Paris: Bloud et Gay, 1933, ss. 13-42.

HAURIOU Maurice, “L’ordre social, la justice, et le droit”, *Aux sources du droit : le pouvoir, l’ordre et la liberté* içinde, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris: Bloud et Gay, 1933, ss. 43-71.

Karar notları:

HAURIOU Maurice, “Affaire Lepreux” (1899), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 515-529.

HAURIOU Maurice, “Affaire Joly” (1899), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 483-491.

HAURIOU Maurice, “Affaires ville d’Avignon et Adda” (1899), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, 1929, ss. 403-413.

HAURIOU Maurice, “Affaire Terrier”, (1903), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, 1929, ss. 447-462.

HAURIOU Maurice, “Affaire Olivier et Zimmermann (1903)”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 552-566.

HAURIOU Maurice, “Affaires Tomaso Greco et Auxerre” (1905), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, ss. 529-539.

HAURIOU Maurice, “Affaires Le Berre, Villenave et Nivaggioni” (1903 ve 1904), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 3 içinde, 1929, ss. 16-31.

HAURIOU Maurice, “Affaire Feutry”, (1908), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 573-588.

HAURIOU Maurice, “Affaire Commune de Monségur”, (1921), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 2-11.

HAURIOU Maurice, “Affaire Chemin de fer de l’est”, (1927), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, 1929, ss. 245-248.

İKİNCİL KAYNAKLAR

(Hauriou Hakkında Yayımlanmış Eserler)

Kitaplar:

BRODERICK Joseph Albert (ed.), **The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos**, Cambridge: Harvard University Press (20th century legal philosophy series, C. 8), 1970, 370 s.

GRAY Christopher Berry, **Methodology of Maurice Hauriou : Legal, Sociological, Philosophical**, Value Inquiry Book Series (VIBS) n° 218, Amsterdam-New York: Rodopi, 2010, 242 s.

ONAR Sıddık Sami, **Hauriou'nun Müessesese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki** (konferans metni), *Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi*, n° 66, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası (Adliye Vekaleti), 1941.

SFEZ Lucien, **Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français** (doktora tezi, tez danışmanı: Jean Rivero, Université de Paris, 1964), Paris: LGDJ, 1966, xv-520 s.

Makaleler:

BARROCHE Julien, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ?”, **RFHIP**, n° 28, S. 2, 2008, ss. 307-335.

BEAUD Olivier, “Hauriou et le droit naturel”, **RHFD**, 1988, n° 6, ss. 123-138.

BRIMO Albert, “La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 63-78,

CAVALIN Tangi. “Sociologie, droit, théologie dans l’entre-deux-guerres : Georges Renard et Thomas Delos, disciples de Maurice Hauriou”, **Archives de sciences sociales des religions**, C. 179, n° 3, 2017, ss. 147-166.

FOULQUIER Norbert, “Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)”, *Nader Hakim et Fabrice Melleray, Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle* içinde, Paris: Dalloz, 2009, ss. 281-306.

GURVITCH Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou: La méthode juridique d’Hauriou. La notion générale de l’Institution”, **Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique**, C. 1, 1931, ss. 155-194.

GURVITCH Georges, “Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları-II: Duguit, Levy ve Hauriou”, Fransızcadan Türkçeye çev. Hâlide Topçuoğlu, **AÜHFD**, C. 8, S. 1-2, 1951, ss. 703-725.

LAUBADÈRE André de, “Les Doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 209-228; *Pages de doctrine. 1, Aux sources du droit, L’État et la politique (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero vd.)* içinde, Paris: LGDJ, C. 1, 1980, ss. 11-28.

MARTY Gabriel, “La théorie de l’institution”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 29-46.

MASPÉTIOL Roland, “L’idée d’État chez Maurice Hauriou”, **Archives de philosophie du droit**, C. 13, 1968, ss. 249-265.

MILLARD Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, **Droit et société**, n° 30-31, 1995, ss. 381-412.

MILLARD Éric, “Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l’Institution chez Hauriou”, **Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique**, Paris: SHFD/ LGDJ, 2012, ss. 359-371.

OURLIAC Paul, “Hauriou et l’histoire du droit”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 79-90; *Études d’histoire du droit et d’histoire* içinde, C. II, Paris: A. & J. Picard, 1980, ss. 219-235.

RIVERO Jean, “Maurice Hauriou et le Droit administratif”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 141-156.

RIVERO Jean, “Hauriou et l’avènement de la notion de service public”, *L’évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre* içinde, Paris: Sirey, 1956, ss. 461-471.

RUIZ DEL CASTILLO Carlos, “Un schéma de la Doctrine de la personnalité de l’État selon la méthode juridico-psychologique d’Hauriou”, *Mélanges Maurice Hauriou* içinde, Paris: Sirey, 1929, ss. 95-110.

SIORAT Lucien, “La sociologie du Doyen Maurice Hauriou”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 47-62.

TANGUY Yann, “L’institution dans l’œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, **RDP**, S. 107, n° 1, Şubat 1991, ss. 61-79.

VEDEL Georges, “Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique”, **Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse**, C. XVI, f. 2, 1968; *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 91-110; *Pages de doctrine. 1, Aux sources du droit, L’État et la politique (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero vd.)* içinde, Paris: LGDJ, C. 1, 1980, ss. 43-58.

VELLAS Pierre, “La rencontre posthume du Doyen Maurice Hauriou et du Droit International public”, *Gabriel Marty ve Albert Brimo, La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)* içinde, Paris: A. Pédone, 1969, ss. 229-240.

WALINE Marcel, “Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou”, **L’Année politique française et étrangère**, n° 17, Mart 1930, Paris: Librairie Universitaire J. Gamber, ss. 39-63.

DİĞER KAYNAKLAR

Kitaplar:

AKAL Cemal Bâli (der.), **Devlet Kuramı**, dördüncü baskı, Ankara: Dost (koleksiyon: Yasa Siyasa), Kasım 2013, 555 s.

AKAL Cemal Bâli, **Hukuk Nedir?**, ikinci baskı, İstanbul: Zoe (Hukuk dizisi n° 4), Nisan 2019, 279 s.

AKBAY Muvaffak, **Umumi Âmmе Hukuku Dersleri**, n° 157, dördüncü baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, 536 s.

AKKAYA KİA Rukiye, **Bir Ders Konusu Olarak “Devlet” ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, birinci baskı, Ankara: Beta, Ocak 2013, 231 s.

ARİSTOTELES (ARISTOTE), **Politika (M. Ö. 330-323)**, Eski Yunancadan Türkçeye çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi (koleksiyon: Büyük Fikir Kitapları Dizisi), 1975, 246 s.

ARİSTOTELES (ARISTOTE), **La Politique (M. Ö. 330-323)**, (gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş) üçüncü baskı, Eski Yunancadan Fransızcaya çev. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris: Ladrangе, 1874, 547 s.

AQUİNO’LU Thomas (Saint Thomas d’Aquin), **Somme théologique (1485)**, C. 1, Paris: Cerf (koleksiyon: Œuvres Thomas d’Aquin), 1984, 978 s.; URL: <http://docteurangelique.free.fr/livresformatweb/sommes/1sommethéologique1apars.htm>, son erişim tarihi: 17 Mayıs 2020.

BÉLY Lucien, **Louis XIV: le plus grand roi du monde**, Quintin: Jean-Paul Gisserot, 2005, 279 s.

BERGSON Henri, **L’Évolution créatrice**, üçüncü baskı, Paris: Félix Alcan, 1907, 403 s.

BERTHÉLEMY Henry, **Traité élémentaire de droit administratif**, altıncı baskı, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1910, 996 s.; yedinci baskı, Paris: Arthur Rousseau, 1913, 1032 s.

BLANC DE SAINT-BONNET Antoine, **La légitimité**, Tournai: V^{ve} H. Casterman, 1873, 715 s.

BODIN Jean (Angeuin), **Les six livres de la République**, Paris: Jacques du Puys, 1576, 830 s.

BOURDIEU Pierre, **Devlet Üzerine, Collège de France Dersleri (1989-1992)**, Fransızcadan Türkçeye çev. Aslı Sümer, İstanbul: İletişim, 2015, 495 s.

BRIMO Albert, **Les Grands courants de la philosophie du droit et de l’État**, üçüncü baskı, Paris: A. Pedone (koleksiyon: Philosophie comparée du droit et de l’État), 1978, 574 s.

BRISOT DE WARVILLE Jacques-Pierre, **Discours sur la question de savoir, si le roi peut-être jugé : Prononcé à l'Assemblée des Amis de la Constitution, dans la Séance du 10 Juillet 1791**, Paris: Imprimerie nationale, 1791, 27 s.

CAMUS Aurélien, **Le pouvoir de gestion du domaine public**, doktora tezi, tez danışmanı Jacqueline Montain-Domenach, tez savunma tarihi: 28 Kasım 2013, Paris Nanterre Üniversitesi, Paris, 698 s.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, **Contribution à la Théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français**, 2 cilt, Paris: Sirey, C. 1: 1920, 837 s., C. 2: 1922, 638 s.

CHAUEAU-JOBERT Pierre, **La voix du pays réel**, Paris: Nouvelles Editions Latines, 1981, 186 s.

CHEVALLIER Jacques, (ed.), **Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général**, 2 cilt, Paris: PUF (koleksiyon: Publications de l'Université de Picardie, CURAPP), 1978 (C.1) ve 1979 (C.2); 255 s. (C.1) ve 330 s. (C.2).

CORDIER-DUMONNET Nathalie, **Le détournement d'institution**, doktora tezi, tez danışmanı: Eric Loquin, tez savunma tarihi: 22 Şubat 2010, Université de Bourgogne, 526 s.

CROCE Mariano ve Andrea Salvatore, **The Legal Theory of Carl Schmitt**, New York: Routledge, 2013, 204 s.

DAVY Georges, **Le droit, l'idéalisme et l'expérience**, 1922, Paris: Félix Alcan, 168 s.

DOEHRING Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, çev. Ahmet Mumcu, ikinci baskıdan (1999) çeviri, altıncı baskı, İstanbul: İnkılâp, 2015, 311 s.

DUCROCQ Théophile, **Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique**, ikinci baskı, Paris: Auguste Durand, 1863, 624 s.

DUEZ Paul, **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)**, ikinci baskı, Paris: Dalloz, 1938, 342 s.

DUEZ Paul ve Guy Debeyre, **Traité de Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1952, 984 s.

DUFOUR Gabriel Michel, **Traité général de droit administratif appliqué: ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence**, üçüncü baskı, 8 cilt, C. 5, Paris: Delamotte, 1871 (1868-1901), 694 s.

DUGUIT Léon, **L'État, le droit objectif et la loi positive**, Paris: Albert Fontemoing (koleksiyon: Études de droit public, n° 1), 1901, 623 s.

DUGUIT Léon, **Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences faites à l'École des hautes études sociales**, [Paris, Mart 1908], ikinci baskı, Paris: Félix Alcan, 1911, 157 s. ; Türkçe tercümesi : Hak Kavramı Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans, çev. Edip Serdengeçti, İstanbul : Pinhan, 2019, 184 s.

DUGUIT Léon, **Traité de droit constitutionnel**, ikinci baskı, 4 cilt (sonradan 5 cilt olarak basılmıştır), C. 2 (La théorie générale de l'État), Paris: E. de Boccard, 1923, 719 s.

DUGUIT Léon, **Traité de droit constitutionnel**, üçüncü baskı, 5 cilt, C. 1 (La règle de droit - Le problème de l'État), Paris: E. de Boccard, 1927, 763 s.

DUGUIT Léon, **Traité de droit constitutionnel**, üçüncü baskı, 5 cilt, C. 2 (La théorie générale de l'État: Première partie- Elements, fonctions et organes de l'État), Paris: E. de Boccard, 1928, 888 s.

DUGUIT Léon, **Kamu Hukuku Dersleri**, çev. Süheyp Derbil, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort.), 1954, 170 s.

DURKHEIM Émile, **Les règles de la méthode sociologique**, Paris: Félix Alcan, 1895, 186 s.

ESMEIN Adhémar, **Éléments de droit constitutionnel français et comparé**, yedinci baskı (Henry Nézard tarafından yeniden gözden geçirilmiş baskı), C. 1: La liberté moderne: Principes et institutions, Paris: Sirey, 1921, 600 s.

FISHER Herbert Albert Laurens (ed.), **The Collected Papers of Frederic William Maitland**, 3 cilt, C. 3, Cambridge: Cambridge University Press, 1911, 566 s.

FRIEDMANN Wolfgang, **Legal Theory**, beşinci baskı, New York: Columbia University Press, 1967, 607 s.

FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, **Droit Administratif**, yedinci baskı, Paris: Montchrestien, Lextenso éditions (koleksiyon: Domat droit public), 2012, 626 s.

GERBER Carl Friedrich Wilhelm von, **Grundzüge eines systems des Deutschen Staatsrechts**, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1865, 208 s.; üçüncü baskı, 1880, 264 s.

GÉNY François, **Science et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique**, ikinci baskı, C. 2: Élaboration scientifique du droit positif, Paris: Sirey, 1927, 422 s.

GIESEY Ralph E., **Cérémonial et puissance souveraine: France, XVe–XVIIe siècles**, çev.: Jeannie Carlier, Paris: Armand Colin, koleksiyon: Cahier des Annales (n° 41), 1987, 170 s.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, birinci baskı, Bursa: Ekin, 2003, C. 1, 48+1262 s.; C. 2, 48+1473 s.

GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis, 1625)**, Latince'den Türkçeye çev. Seha L. Meray, Ankara: AÜSBF Yayınları (koleksiyon: Seçmeler), n° 222-204, 1967, 325 s.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, onuncu baskı, Ankara: İmaj, 2015, 654 s.

GÜNGÖREN BULGAN Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı** (doçentlik tezi), ikinci baskı, İstanbul: On İki Levha, yayın no. 825, Şubat 2020, 242 s.

HELLER Hermann, David Dyzenhaus (ed.), **Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law** (1927), çev. Belinda Cooper, Oxford: Oxford University Press (koleksiyon: The History And Theory of International Law), 2019, 189 s.

HERRERA Carlos Miguel, **Droit et gauche: pour une identification**, Québec: Dikè-Presses Université Laval, 2003, 199 s.

HUME David, **Essais et traités sur plusieurs sujets (1758)**, C. 1: Essais moraux, politiques et littéraires, İngilizceden Fransızcaya çev. Michel Malherbe, Paris: Vrin (koleksiyon: Bibliothèque des textes philosophiques), 1999, 322 s.

JACQUELIN René, **Une conception d'ensemble du droit administratif**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1899, 41 s.

JELLINEK Georg, **L'État moderne et son droit**, Almancadan Fransızcaya çev. Georges Fardis, 2 cilt, Paris: M. Giard & É. Brière, 1911, C.1, 574 s.; C. 2, 1913, 593 s.

JÈZE Gaston, **Cours de droit public**, Paris: Marcel Giard, 1924, 301 s.

JÈZE Gaston, **Les principes généraux du droit administratif : La technique juridique du droit public français**, C. 1, Paris: Dalloz, 2005, 443 s.

JHERING Rudolf von, **L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**, (üçüncü baskıdan) Almancadan Fransızcaya çev. Octave de Meulenaere, 4 cilt, ikinci baskı, C. 4, Paris: Marescq Aîné, 1880, 440 s.

JHERING Rudolf von, **L'Évolution du droit (Zweck im Recht)**, (üçüncü baskıdan) Almancadan Fransızcaya çev. Octave de Meulenaere, Paris: Marescq Aîné, 1901, 400 s.

JONES Stuart, **The French State in Question**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 240 s.

KANTOROWICZ Ernst Hartwig, **The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology**, Princeton: Princeton University Press, 1997, 568 s.

KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, (doktora tezi, tez savunma tarihi: 17 Ekim 2001, Ankara Üniversitesi), Ankara, 455 s. (üçüncü baskı, Ankara: Turhan, 2015, 434 s.)

KELSEN Hans, **Théorie pure du droit**, ikinci baskı, Almancadan Fransızcaya çev. Charles Eisenmann, Paris: Dalloz, 1962, 496 s.

LABAND Paul, **Le droit public de l'Empire allemand**, Almancadan Fransızcaya çev. Camille Gandilhon, C. 1: Formation de l'Empire allemand: l'Empire et les Etats particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag, Paris: V. Giard & E. Brière, 1900, 540 s.; Almancadan Fransızcaya çev. Camille Gandilhon ve Th. Lacuire, C. 2: Autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands, 1901, 714 s.

LAFERRIÈRE Édouard, **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, C. 1, ikinci baskı, Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1896, 724 s.

LE FUR Louis, **Précis de droit international public**, dördüncü baskı, Paris: Dalloz (koleksiyon: Petits précis Dalloz), 1939, 658 s.

LOCKE John, **Two Treatises of Government**, 10 cilt, C. 5, Londra: Rod Hay, 1823, 216 s.

LOYSEAU Charles, **Traite des seigneuries**, üçüncü baskı, Paris: Abel l'Angelier, 1610, 198 s.

MANCINI Anna, **La personnalite juridique dans l'oeuvre de Raymond Saleilles: synthese de l'ouvrage De la Personnalite Juridique**, Paris: Buenos Books, 2011, 76 s.

MAULIN Éric, **La théorie de l'État de Carré de Malberg**, (doktora tezi, tez danışmanı Stéphane Rials, Paris 2 Üniversitesi, savunma tarihi: 1997), Paris: PUF (koleksiyon: Léviathan), 2003, 352 s.

MAURRAS Charles, **Enquête sur la Monarchie**, Paris: Nouvelle Librairie Nationale, 1924, 616 s.

MAYER Otto, **Le droit administratif allemand**, 4 cilt, C. 1, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, 318 s.

MICHOUD Léon, **La théorie de la personnalité morale et son application au droit français**, 2 cilt, Paris: LGDJ, C. 1: Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, birinci baskı, 1906, 484 s., üçüncü baskı, 1932, 523 s.; C. 2: La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences, birinci baskı, 1909, 548 s. ; üçüncü baskı, 1932, 540 s.

MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède, **De l'esprit des lois** (1758), 4 cilt, C. 1, Paris: Veuve Dabo, 1824, 430 s.

OKANDAN Recai Galip, **Umumî Âmme Hukuku Dersleri**, n° 473, Hukuk Fakültesi n° 105, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları (Fakülteler Matbaası), ikinci baskı, 1959, 1127 s.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukuku**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1944, 1150 s.

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim 2: Yargısal Korunma**, İstanbul: On İki Levha, Yayın no: 120, Ekim 2010, 513 s.

PACTEAU Bernard, **Manuel de contentieux administratif**, üçüncü baskı (güncellenmiş), Paris: PUF (koleksiyon: Droit Fondamental), 2014, 304 s.

PEISER Gustave, **Droit administratif général**, yirmi beşinci baskı, Paris: Dalloz (koleksiyon: Mementos), 2011, 313 s.

PLATON, **Devlet (M.Ö. 427-347)**, Eski Yunancadan Türkçeye çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, otuz dördüncü baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları (koleksiyon: Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi), Ekim 2017, 372 s.

PLATON Jean Georges, **Pour le droit naturel. À propos du livre de M. Hauriou : « Les principes du Droit public »**, Paris: Marcel Rivière et cie (koleksiyon: Étude sur le devenir social, C. VII), 1911, 125 s.

PROUDHON Pierre-Joseph, **Idée générale de la révolution au XIXe siècle, choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle**, Paris: Garnier Frères, 1851, 352 s.

RENARD Georges, **Le droit, l'ordre et la raison : Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit**, Paris: Sirey, 1927, 438 s.

RENARD Georges, **La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique**, C. 1, Paris: Sirey, 1930, 639 s.

RENARD Georges, **L'institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social**, Paris: Flammarion, 1933, 225 s.

RICHARD Guillaume, **Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République**, (doktora tezi, tez danışmanları: Jean-Louis Halpérin ve Éric Millard, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, savunma tarihi: 3 Aralık 2013, 864 s.); C. 150, Paris: Dalloz (koleksiyon: Nouvelle Bibliothèque de Thèses), 2015, 950 s.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762, 324 s.

SAINT-GIRONS Antoine, **Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire**, Paris: L. Larose, 1881, 583 s.

SALEILLES Raymond, **De la personnalité juridique: histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques**, Paris: Arthur Rousseau, ikinci baskı, 1922, 684 s.

SAVIGNY Friedrich Carl von, **Traité de droit romain**, Almancadan Fransızcaya çev. Ch. Guenoux, c. 2, Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1855, 496 s.

SCHMITT Carl, **On the Three Types of Juristic Thought** (1934), Almandan İngilizceye çev. Joseph W. Bendersky, London: Praeger (Contributions in Political Science, n° 397), 130 s.

SCHMITT Carl, **État, mouvement, peuple** (1933), Almandan Fransızca'ya çev. Agnès Pilleul, Paris: Kimé, 1997, 128 s.

SCHMITT Carl, **Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Almandan Türkçeye çev. Emre Zeybekoğlu, ikinci baskı, Ankara: Dost (koleksiyon: Yasa Siyasa), Kasım 2005, 77 s.

SCHMITZ Julia, **La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique** (doktora tezi, Jean-Arnaud Mazères danışmanlığında, Toulouse : Université Toulouse 1, 2009), Paris: L'Harmattan (koleksiyon: Logiques Juridiques), Eylül 2013, 524 s.

TAPLAMACIOĞLU Mehmet, **Genel Sosyoloji Üzerine Bir Deneme**, ikinci baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, n° 87, 1969, 102 s.

TOPÇUOĞLU Hâmide, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, C. 1 (Konu, Problemler, Öncüler), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, n° 174, üçüncü baskı, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1969, 610 s.

TOPÇUOĞLU Hâmide, **XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı** (Henri de Saint-Simon, Auguste Comte, M.P. Emile Littre, Roberto Ardigo, Herbert Spencer, Ludwig Gumplowicz, Gustav Ratzenhofer, Michel Angelo Vaccaro, Jacques Novicow, Gabriel Tarde, Lester Ward, William Graham Sumner, Edward Als'worth Ross), n° 151, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Ajans-Türk Matbaası), 1961, 235 s.

TUNAYA Tarık Zafer, **Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri**, (doktora tezi, tez danışmanı: Charles Crozat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1946), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İsmail Akgün Matbaası), 1947.

TÜRKÖZER Bahir Güneş, **Hukuku Açıklamada Kurum Teorisi (Hauriou Sistematigi)** (doçentlik tezi), Ankara: Mars Matbaası, 1998, 138 s.

UYGUN Oktay, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, ikinci baskı, İstanbul: On İki Levha (yayın no: 200), 2014, 404 s.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, altıncı baskı, İstanbul: On İki Levha (yayın n° 450), Ağustos 2019, 686 s.

VAN LANG Agathe, Geneviève Gondouin ve Véronique Inserguet-Brisset, **Dictionnaire de droit administratif**, altıncı baskı, Paris: Sirey (koleksiyon: Dictionnaires Sirey), 2012, 478 s.; yedinci baskı, 2015, 516 s.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medenî Hukuku**, C. 1 (Başlangıç ve Şahsın Hukuku), üçüncü baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1948, 380 s.

WEBER Max, **Le savant et le politique**, Almandadan Fransızcaya çev. Catherine Colliot-Thélène, Paris: La découverte (koleksiyon: Poche / Sciences humaines et sociales), 2003, 210 s.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta, 2009, 495 s.

Makaleler, Dava Değerlendirmeleri ve İçtihat Notları:

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, “‘Halk ya da Ulus Egemenliği’nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce’, **AÜSBFD**, C.41, S. 1, ss. 131-152.

AKIN Rıdvan, “Kemalist Devrim ve Devlet Tartışmasına Katkı”, **Toplumbilim**, S. 11 (Aydınlanma özel sayısı), İstanbul: Bağlam, Temmuz 2000, ss. 173-188.

AKKAYA KİA Rukiye, “Darülfünun’dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden, Hukuk-ı Âmme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar II”, **İÜHF**, C. 70, S. 1, 2012, ss. 3-18.

ARAL Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, **İÜHF**, C. 34, S. 1-4, 1968, ss. 513-552.

ARSAVA Ayşe Füsun, “Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi”, **TAAD**, yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, ss. 351-380.

BALIBAR Étienne ve Sandro Mezzadra (ed. Manuela Bojadžijev ve Isabelle Saint-Saëns), “Sınırlar, Vatandaşlık, Savaş, Sınıf: Étienne Balibar ve Sandro Mezzadra ile Söyleşi”, İngilizceden Türkçeye çev. Tuba Durdu, **Conatus Çeviri Dergisi**, yıl 4, sayı 7, İstanbul: Otonom, Kasım-Nisan 2007, ss. 121-140.

BIGOT Grégoire, “L’État de droit selon le droit administratif français”, **Revue juridique de l’Ouest**, S. 2, 2004, ss. 221-232.

BIOY Xavier, “Le droit à la personnalité juridique”, *La personnalité juridique* içinde, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ (koleksiyon Travaux de l’IFR), 2013, ss. 97-113.

BONNECASE Julien, “La science du droit civil: Considérations sur son état présent (suite)”, **RGD**, C. 55, 1931, n° 3, ss. 161-185.

BONNECASE Julien, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution”, **RGD**, C. 55, 1931, n° 4, ss. 241-254.

BONNECASE Julien, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 1, 1932, ss. 1-12.

BONNECASE Julien, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 3, 1932, ss. 161-178.

BONNECASE Julien, “Science du droit. Une nouvelle mystique : la notion d’institution (suite)”, **RGD**, C. 56, n° 4, 1932, ss. 241-263.

BOURDIEU Pierre, “Sur le pouvoir symbolique”, **Annales. Economies, sociétés, civilisation**, yıl 32, n° 3, 1977, ss. 405-411.

CAVALIN Tangi, “Sociologie, droit, théologie dans l’entre-deux guerres : Georges Renard et Thomas Delos, disciples de Maurice Hauriou”, **Archives de sciences sociales des religions**, S. 3, n° 179, Paris: EHESS, Temmuz-Eylül 2017, ss. 147-166.

CHAMBOST Anne-Sophie, “Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch), la théorie de l’institution contre l’omnipotence de la loi”, **Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique**, Paris: SHFD/LGDJ, 2012, ss. 373-387.

CHÉNO Rémi, “La pertinence ecclésiologique de la théorie de l’institution de Maurice Hauriou”, **Revue des sciences religieuses**, 82/2, 2008, (ss. 225-243), n° 82.205, internet yayın tarihi: 6 Kasım 2015, URL : <http://journals.openedition.org/rsr/2163>, erişim tarihi: 3 Mayıs 2020, § 14.

CHEVALLIER Jacques, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, *Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général* içinde, C. 2, Paris: PUF (koleksiyon: Publications de l’Université de Picardie, CURAPP), 1979, ss. 3-57.

Conseil constitutionnel, “Le Président est-il responsable ?”, URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-president-est-il-responsable>, son erişim tarihi: 20 Nisan 2020.

Conseil d’État, “Responsabilité en matière de police”, *Les grandes décisions du Conseil d’État* içinde, URL: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-10-fevrier-1905-tomaso-grecco>, son erişim tarihi: 11 Nisan 2020.

Conseil d’État, “Abandon du mobile politique pour définir l’acte de gouvernement”, 19 février 1875, Prince Napoléon, URL: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>, son erişim tarihi : 22 Nisan 2020.

CROZAT Charles, “Thomas D’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, Fransızcadan Türkçeye çev. Recai Galip Okandan, **İÜHFM**, C. 4, S. 16, 1938, ss. 585-637.

ÇAĞIL Orhan Münir, “Jhering’in Hukuk Nazariyesinin Anahatları”, **İÜHFM**, C. 13, S. 1, 1947, ss. 259-286.

DAMON Julien, “La pensée de... Charles Maurras (1868-1952)”, **Informations sociales**, C. 121, n° 1, 2005, ss. 119-119.

DECLAREUIL Joseph, “Quelques remarques sur la théorie de l’institution et le caractère institutionnel de la monarchie capétienne”, *Mélanges Maurice Hauriou* içinde, Paris: Sirey, 1929, ss. 161-185.

DEJEAN André, “Affaires Gaillarde ve Massot” (İçtihat notu: CE, 20 Mayıs 1898), **RGA**, C. 62, n° 2, 1898, ss. 393-397.

DELOS Joseph-Thomas, “La théorie de l’Institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif”, **Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique**, n° 1, 1931, ss. 97-153.

DELOS Joseph-Thomas, “The Evolution of the Institutional Conception of Positive Law-A Backward Glance”, Fransızcadan İngilizceye çev. Mary Welling, s. 35.; *Joseph Albert Broderick (ed.) The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* içinde, Cambridge: Harvard University Press (20th century legal philosophy series, C. 8), 1970, ss. 35-42.

DENQUIN Jean-Marie, “Quelques observations sur les Principes de droit public de Maurice Hauriou”, **Jus Politicum**, n° 6, URL: <http://juspoliticum.com/article/Quelques-observations-sur-les-Principes-de-droit-public-de-Maurice-Hauriou-369.html>, son erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

DERBİL Süheyp, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları”, **AÜHFD**, C. 7, S. 1-2, 1950, ss. 433-441.

DERBİL Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?”, **AÜHFD**, C. 7, S. 3, 1950, ss. 28-36.

DESQUEYRAT André ve H. Desqueyrat, “L’institution. Sa nature, ses espèces, les problèmes qu’elle pose”, **Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique**, C. 12, n° 1 (Études de Morale et de Droit), Paris: Centre Sèvres-Facultés jésuites, 1936, ss. 65-115.

DEWEY John, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, **The Yale Law Journal**, C. 35, n° 6, 1926, ss. 655–673.

DIDRY Claude, “Léon Duguit, ou le service public en action”, **RHMC**, n° 52-3, S.3, Temmuz-Eylül 2005, ss. 88-97.

DOAT Mathieu, “Georges Gurvitch et le droit administratif”, **Droit et société**, n° 94, S. 3, 2016, ss. 537-546.

DUGUIT Léon, “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, **RDP**, C. 14, n° 24, 1907, ss. 411-439.

DUGUIT Léon, “La doctrine allemande de l’auto-limitation de l’État”, **RDP**, C. 36, n° 1, Paris: V. Giard & E. Brière, 1919, ss. 161-190.

DURAN Lütfi, “İdarî İşlemden Sorumluluk. İptal Dâvası-Tam Yargı Dâvası”, **İÜHFM**, C. 33, S. 3-4, 1967, ss. 3-26.

FAVRE Pierre, “La constitution d’une science du politique, le déplacement de ses objets, et « l’irruption de l’histoire réelle » : première partie ”, **RFSP**, C. 33, n° 2, Paris: Presses de Sciences Po, Nisan 1983, ss. 181-219.

FOULQUIER Norbert, “L’Analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif” (Kolokyum: CURAPP, 14-15 Kasım 2002, Université de Picardie, Amiens), *Liora Israël, uillaume Sacriste, Antoine Vauchez, Laurent*

Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit : Usages et légitimité du registre juridique* içinde, Paris: PUF, 2005, ss. 43-59.

GARREC René, “Yasama Raporu n° 380 (1998-1999)”, Fransız Kanunlar Komisyonu Parlamento Çalışmaları, 26 Mayıs 1999, URL: <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-38012.html>, son erişim tarihi: 4 Nisan 2020.

GÉNY François, “A Critical Meditation on Georges Renard’s *La Theorie de L’Institution*”, *Joseph Albert Broderick (ed.) The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* içinde, Cambridge: Harvard University Press (20th century legal philosophy series, C. 8), 1970, ss. 214-221.

GONOD Pascale, “À propos de la responsabilité administrative”, *Mouvements*, n° 29, S. 4, 2003, ss. 30-35.

GOYARD-FABRE Simone, “Hume et la critique du contrat social : esquisse d’une théorie de l’institution”, *RMM*, yıl 93. yıl, n° 3 (Temmuz-Eylül 1988), Paris: PUF, 1988, ss. 337-363.

GÜNAL Yılmaz, “Duguit ve Devlet Nazariyesi”, *AÜSBFD*, C. 19, S. 2, 1964, ss. 283-304.

JARLOT Georges, “L’Institution”, *Archives de Philosophie*, C. 12, n° 3: Études Critiques, Paris: Centre Sèvres-Facultés jésuites, 1936, ss. 143-160.

JEANNOT Gilles, “La théorie de l’institution de Maurice Hauriou et les associations”, *Annales de la recherche urbaine*, n° 89 (Le foisonnement associatif), 2001, ss. 18-22.

JÈZE Gaston, “Le service public”, *Revista de drept public*, Nisan-Haziran 1926, ss. 167-179.

JOBART Jean-Charles, “La puissance de la volonté en droit public : le volontarisme juridique étatique”, *Marc Nicod (dir.), De la volonté individuelle* içinde, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ (koleksiyon Travaux de l’IFR), 2009, ss. 111-138.

JOUANJAN Olivier, “Pensée de l’ordre concret” et ordre du discours “juridique” nazi : sur Carl Schmitt”, *Yves Charles Zarka (ed.), Carl Schmitt ou le mythe du politique* içinde, Paris: PUF (koleksiyon: Débats philosophiques), 2009, ss. 71-119.

JOUANJAN Olivier, “Justifier l’injustifiable”, *Astérion*, 4 | 2006, yayın tarihi: 24 Nisan 2006, URL : <http://journals.openedition.org/asterion/643>, son erişim tarihi: 15 Mayıs 2020.

KEYMAN Selahattin, “Hukuki Pozitivizm”, *AÜHFD*, C. 35, S. 1, 1978, ss. 17-56.

LIET-VEAUX Georges, “La théorie du service public, crise ou mythe ?”, *RA*, 14. yıl, n° 81, Paris: PUF, Mayıs-Haziran 1961, ss. 256-264.

MACHEN Arthur W., “Corporate Personality”, **Harvard Law Review**, C. 24, n° 4, Şubat 1911, ss. 253-267.

MASLARSKI David, “La conception de l’État de Gaston Jèze”, **Jus Politicum**, n° 3, URL: <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>, son erişim tarihi: 3 Aralık 2019.

MAULIN Éric, “Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française”, **AHRE**, n° 328, La Révolution et le Droit, Nisan-Haziran 2002, Paris: Armand Colin, ss. 5-25.

MAZÈRES Jean-Arnaud, “La théorie de l’institution de Maurice Hauriou ou l’oscillation entre l’instituant et l’institué”, *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jaques Mourgeon* içinde, Brüksel: Bruylant, 1998, ss. 239-293.

MICHOUD Léon, “La personnalité et les droits subjectifs de l’État dans la doctrine française contemporaine”, *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag: dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern* içinde, Weimar : Hermann Böhlaus Nachfolger, 1911, ss. 493-524.

MICHOUD Léon, “La notion de personnalité morale”, **RDP**, n° 11, 1899, ss. 5-32 ve 193-228.

MOREAU Jacques, Pierre Moreau ve Bernard Cazin, “Dédoublement du critère de la puissance publique (point de vue de J. Rivero)”, *Compétence : répartition entre le judiciaire et l’administratif* içinde, Haziran 2002 (Güncellenme tarihi: Haziran 2016), paragraf 51, URL : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CONT/RUB000016>, son erişim tarihi : 23 Kasım 2019.

OKANDAN Recai Galip, “Milletler Arası Hukuki Nizam ve Auto-Limitation Nazariyesi”, **İÜHFM**, C. 12, S. 1, 1946, ss. 62-84.

OKANDAN Recai Galip, “Devletin Şahsiyeti III-IV”, **İÜHFM**, C. 15, S. 4, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, ss. 815-857.

OKANDAN Recai Galip, “III. Eser Tahlil ve Tenkitleri, « Dr. Muvaffak Akbay, Umumî Âme Hukuku Dersleri, Birinci C., Ankara 1948. s. 437 » », **İÜHFM**, C. 15, S. 2-3, 1949, ss. 800-811.

OKANDAN Recai Galip, “Devletin Şahsiyetinin Müessese Fikriyle İzahı”, **İÜHFM**, C. 16, S. 1-2, 1950, ss. 88-96.

ÖRÜCÜ Esin, “John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği”, **İÜHFM**, C. 33, S. 3-4, 1968, ss. 177-196.

ÖZATALAY Cem, “Türkiye’de ekonomi sosyolojisi: Bilanço ve perspektifer”, **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C. 3, S. 29, 2014, ss. 29-82.

ÖZBİLGİN Tarık, “Louis Le Fur’ün Hukuk Görüşü”, **İÜHFM**, C. 30, S. 1-4, 1969, ss. 352-383.

ÖZBİLGEN Tarık, “Antinatüralist Sosyoloji Anlayışının Pratik Portesi Üzerine”, **İÜHF**, C. 41, S. 3-4, 1975, ss. 319-345.

ÖZYİĞİTOĞLU Gülşah, “Türkçe Liken Terminolojisi İçin Yeni Öneriler”, **Avrasya Terim Dergisi**, C. 5, S. 2, 2017, ss. 14-18.

PETITFILS Jean-Christian, “Le Roi Soleil et Dieu”, *Le Figaro* (günlük yayın), 1 Eylül 2015, URL: <https://www.lefigaro.fr/vox/histoire/2015/09/01/31005-20150901ARTFIG00273-mort-de-louis-xiv-je-m-en-va-is-mais-l-etat-demeurera-toujours.php>, son erişim tarihi: 30 Mart 2020.

PHILIPPE Germain, “Les élites du Pays légal”, URL: <https://www.actionfrancaise.net/2020/04/17/les-elites-du-pays-legal/>, yayım tarihi: 17 Nisan 2020, son erişim tarihi: 10 Haziran 2020.

POUTHIER Tristan, “Les sources théologiques de la théorie de l’institution de Maurice Hauriou. L’institution dans « La science sociale traditionnelle »”, *Les équivoques de l’institution*, Elodie Djordjevic, Sabina Tortorella, Mathilde Unger (dir.), Paris: Classiques Garnier (koleksiyon: Bibliothèque de la pensée juridique), 2019, URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02268892/>, son erişim tarihi: 2 Temmuz 2020.

RAYNAUD Philippe, “Léon Duguit et le droit naturel”, **RHFD**, n° 4, Paris: SHFD/LGDJ, 1987, ss. 169-180.

RICHARD Gaston, ‘Genel Sosyoloji ve Sosyolojinin Kanunları: “Consensus Social” Teorisinin İncelenmesi’, Fransızcadan Türkçeye çev. Turgut Korcan, **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C. 2, S. 3, 1945, ss. 207-222.

RIVERO Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, **RDP**, 1953, özel sayı, ss. 279-296.

ROMIEU Jean, Conclusion: “Terrier”, *Maurice Hauriou, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 2 içinde, ss. 448-453.

SARICA Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İÜHF**, C. 10, S. 3-4, 1945, ss. 486-514.

SAUVÉ Jean-Marc, “La responsabilité du chef de l’État en droit comparé”, *Journée d’étude de la Société de législation comparée*, 27 Mart 2009, URL: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-responsabilite-du-chef-de-l-etat-en-droit-compare>, son erişim tarihi: 13 Nisan 2020.

SAYGILI Abdurrahman, “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, **AÜHF**, C. 63, S. 1, 2014, ss. 185-198.

SCHMITT Carl, “Le Führer protège le droit. À propos du discours d’Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934”, *Almancadan Fransızcaya çev. Mira Köller ve Dominique Ségler*, **Cités**, 2003/2 (n° 14), ss. 165-171 (Almanca orijinal metin için

bkz.: Carl Schmitt, “Der Führer schützt das Recht”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, Heft 15, Question, 1 Ağustos 1934, ss. 945-950).

SCHMITT Carl, “La science allemande du droit dans sa lutte contre l’esprit juif. 1936”, Almancadan Fransızcaya çev. Mira Köller ve Dominique Ségald, **Cités**, 2003/2 (n° 14), ss. 173-180 (Almanca orijinal metin için bkz.: Carl Schmitt, “Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, Heft 20, 15 Ekim 1936, ss. 1193-1999).

SCHMITT Carl, “The Plight of European Jurisprudence”, **Telos**, n° 83, Telos Press Publishing, 1990, ss. 35-70.

SCHMITZ Julia, “Le vitalisme dans la théorie de l’État de Maurice Hauriou”, *Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen* içinde, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole (koleksiyon: Colloques de l’IFR, C. 33), 2018, (ss. 89-111), URL: <http://books.openedition.org/putc/4079>, son erişim tarihi 20 Mayıs 2020.

SCHMITZ Julia ve Jean-Gabriel Sorbara, “Présentation de l’article « La théorie de l’institution & de la fondation (Essai de vitalisme social) »”, *Miscellanées Maurice Hauriou*, C. 1 içinde, ss. 175-180.

SÉNAC Charles-Édouard, “Le concept d’irresponsabilité de la puissance publique”, **RFDA**, n° 6, 2011, ss. 1198-1207.

SEVİĞ Vedat Raşit, “Léon Duguit’ye Göre Hukuk Kaidesi, Sübjektif Hak ve Hâkimiyet”, **İÜHFM**, C. 15, S.1, 1949, ss. 338-357.

SFEZ Lucien, “Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l’institution”, **Cahiers internationaux de sociologie**, S. 1, n° 128-129, Paris: PUF, 2010, ss. 91-104.

SPENCER Herbert, “Specialized Administration (1871)”, *The Man Versus The State, with Six Essays on Government, Society, and Freedom* içinde, Indianapolis: LibertyClassics, 1981, ss. 435-486.

TEISSIER Georges, “Conclusions: Affaire Feutry”, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, C. 1 içinde, ss. 573-584.

THIERS Adolphe, “Du gouvernement par les chambres”, **Le National** (günlük gazete), 4 Şubat 1830.

TIMASHEFF Nicholas S., “The Sociological Theories of the French Institutionalists”, **Thought (Fordham University Quarterly)**, n° 21, S. 3, Eylül 1946, ss. 493-512.

TRUCHET Didier, “Pour un essai de définition”, **Informations sociales**, n° 4: Le service public, 1987, s. 19. ss. 16-19.

TUNAYA Tarık Zafer, “Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri”, **İÜHFM**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 537-560.

TUNAYA Tarık Zafer, “Müessese Teorisinde Fikir, Şahıs, Kuvvet Unsurları Arasındaki Münasebetler ve İşleşme Ameliyesi”, **İÜHFM**, C. 12, S. 4, 1946, ss. 1073-1099.

TUNAYA Tarık Zafer, “Müessese Teorisinde Fikir Unsurunun Âmme ve Devletler Hukuku Sahalarındaki Değeri”, **İÜHFM**, C. 13, S. 2, 1947, ss. 529-560.

WALINE Marcel, “Qu’est-ce que le droit ? À propos d’un livre récent de M. G. Renard”, **L’année politique française et étrangère**, yıl 6, Eylül 1931, ss. 357-370.

YÜKSEL Ayten, “İdare Hukukunun Tatbik Sahası”, **AÜHFD**, C. 16, S. 1, 1959, ss. 71-90.

İnternet Kaynakları:

“Académie française” Fransızca Sözlüğü (Dictionnaire de l’Académie française), <https://www.dictionnaire-academie.fr/>

Conseil d’État sözlüğü: <https://www.conseil-etat.fr/Glossaire>

Conseil d’État içtihat veri tabanı: <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/>

Conseil d’État resmî internet sitesi: <http://www.conseil-etat.fr/>

DUCRET Patricia, “Les agrégés de droit de 1856 à 1914”, Temmuz 2005, URL: <http://rhe.ish-lyon.cnrs.fr/?q=agregdroit-list>, son erişim tarihi 15 Mart 2020.

FILLON Catherine (dir.), “Hauriou, Maurice, Jean, Claude, Eugène”, Siprojuris: Système d’information des professeurs de droit (1804-1950), URL: <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56873>, son erişim tarihi: 15 Mart 2020.

Fransa mevzuat dizini (Le service public de la diffusion du droit par l’Internet, Légifrance): <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Larousse Fransızca Sözlüğü: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

Mevzuat kaynakları:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, son erişim tarihi 13 Mart 2020.

Birleşmiş Milletler Antlaşması, URL : <https://turkey.un.org/tr/33499-birlesmis-milletler-antlasmasi>, son erişim tarihi 13 Mart 2020.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, URL: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, son erişim tarihi: 20 Nisan

2020 (1982 tarihli orijinal metin: Kanun n° 2709, 18 Ekim 1982, **RG**, S. 17863 (mükerrer), 9 Kasım 1982, tertip: 5, C. 22, s. 3).

Constitution du 4 octobre 1958 (4 Ekim 1958 Fransız Anayasası), URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, son erişim tarihi: 20 Nisan 2020 (1958 tarihli orijinal metin: Constitution du 4 octobre 1958, **JORF**, n° 0238, 5 Ekim 1958, ss. 9151-9173).

Constitution de 1791, URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>, son erişim tarihi: 30 Nisan 2020.

Code de justice administrative, URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933/2020-09-17/, son erişim tarihi: 4 Haziran 2020.

Décret du 30 avril 1895 sur la réforme de la licence et du doctorat, **JORF**, 2 Mayıs 1895, ss. 2524-2529.

Décret du 8 août 1898 modifiant le décret du 30 avril 1895 sur le doctorat, **JORF**, 11 Ağustos 1898, s. 4988.

Décrets du 1er août 1905 relatif à la réforme de la licence, **JORF**, 3 Ağustos 1905, s. 4750-4753.

Mahkeme Kararları:

TC, “Blanco”, 8 Şubat 1873, n° 12, **Rec.**, 1^{er} suppl., s. 61.
 CE, “Terrier”, 6 Şubat 1903, n° 7496, **Rec.**, ss. 94-99.
 TC, “Feutry”, 29 Şubat 1908, n° 624, **Rec.**, ss. 208-218.
 CE, “Thérond”, 4 Mart 1910, n° 29373, **Rec.**, ss. 193-198.
 CE, “Gaillarde et Massot”, 20 Mayıs 1898, n° 82638, **Rec.**, ss. 410-411.
 CE, “Cadot”, 13 Aralık 1889, n° 66145, **Rec.**, ss. 1148-1154.
 TC, “Sagot du Vauroux”, 10 Kasım 1906, n° 594, **Rec.**, s. 803-804.
 CE, “Commune de Monségur”, 10 Haziran 1921, n° 45681, **Rec.**, ss. 573-574.
 CE, “Compagnie des chemins de fer de l’Est”, 8 Nisan 1927, n° 78663-78668, **Rec.**, ss. 478-479.
 CE, ordonnance, “Laffitte”, 1 Mayıs 1822, n° 5363, **Rec.**, s. 202.
 CE, “Glass Elliot et Comp.”, 11 Ağustos 1861, n° 32862, **Rec.**, ss. 716-718.
 CE, “Lepreux”, 13 Ocak 1899, n° 88605, **Rec.**, ss. 18-19.
 CE, “Biston”, 5 Mart 1880, n° 54496, **Rec.**, ss. 258-259.
 CE, “Ginière”, 5 Şubat 1904, n° 10749, **Rec.**, s. 88.
 CE, “Tomaso Greco”, 10 Şubat 1905, n° 10365; CE, “Auxerre”, 17 Şubat 1905, **Sir.**, C. 3, 1905, s. 113.
 CE, “Adda”, 15 Aralık 1899, n° 90503, **Rec.**, ss. 734-735.
 CE, “Denis”, 30 Kasım 1906, n° 25402, **Rec.**, s. 884.
 CE, “Rage-Roblot”, 30 Kasım 1906, n° 25247, **Rec.**, ss. 884-885.
 CE, “Affaire Héritiers de Joly”, 3 Şubat 1899, n° 87701, **Rec.**, ss. 83-84.
 CE, “Affaire Olivier et Zimmermann”, 27 Şubat 1903, n° 97217, **Rec.**, ss. 180-182.
 TC, “Société communale de l’Ouest africain”, 22 Ocak 1921, n° 796, **Rec.**, ss. 91-92.
 CE, “Prince Napoléon-Joseph Bonaparte”, 19 Şubat 1875, n° 46707, **Rec.**, S. 2, ss. 155-163.

CE, Assemblée, “Huglo”, 2 Temmuz 1982, n° 25288, URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007677051>, son erişim tarihi: 3 Nisan 2020.

CE, “Desvaux, Buis et autres”, 26 Nisan 1912, n° 37184, **Rec.**, ss. 497-498.



ÖZ GEÇMİŞ

Nilda Çiçekli, 2 Nisan 1987 tarihinde, Hatay’da doğmuştur. 2005 yılında Çankaya Milli Piyango Anadolu Lisesinden, 2009 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 2011 yılında avukatlık stajını tamamlamış, 2012 yılında Fransa’ya yerleşerek Fransızca dil eğitimi almış ve kamu hukuku çalışmaları yapmıştır. Avukat, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi olarak çalışmıştır. 2016 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans programına kabul edilmiştir. Hâlen idare hukuku ve genel kamu hukuku alanlarında çalışmalarını sürdürmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Nilda ÇİÇEKLİ
Tez Başlığı : MAURICE HAURIOU'DA İDARE HUKUKU
VE GENEL KAMU HUKUKU İLİŞKİSİ
Tez Savunma Tarihi : 02 / 10 / 2020
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Prof. Dr. Rıdvan AKIN

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Enstitü Müdürü:

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK