

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 30, 2020 (Güz)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editörler	Ali Adem Yörük, Abdullah İslamoğlu
Sekreterlik	Furkan Şahan, Ridvan Abdurrahman Demirtaş
Baskı	İlbey Matbaa, Matbaa Kağıt Reklam Org. Mücellit San. ve Tic. Ltd. Şti. 2. Matbaacılar Sitesi, 3 NB 3 Topkapı/Zeytinburnu/İstanbul 0 212 613 83 63 (Sertifika No. 17845)
Baskı Tarihi	Aralık 2020

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide yer alan yazıların ilmi ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Bahçelievler Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Dr. Hakan Bahadır'a teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 30 • 2020 (Güz)

İçindekiler

Erken Cumhuriyet Döneminde Hukuk Dilinin Özleşmesine Yönelik Sivil Arayışlar <i>Tarık Özcan</i>	5
<i>Tarihçi Hukuk Bilimi Mecmuası'nın Amacı Üstüne</i> <i>Friedrich Carl von Savigny - çev. Serhan Yıldırım</i>	55
İttihad ve Terakki İçinde Muhalefet ve <i>Hizb-i Cedit</i> Krizi - Kont Léon Ostorog'un Sir Eyre Crowe'a Sunduğu Rapor (30 Nisan 1911) <i>Çev. Abdurrahman Nur</i>	65
<i>Belgeler/Notlar</i>	75
Hattat Mustafa Halim Özyazıcı'nın Hukuk Konulu Grafik Çalışmaları <i>Halûk Perk</i>	75
Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi Tasnifi Üzerine Bir Not <i>Fethi Gedikli</i>	101
<i>Tarihçi Hukuk Bilimi Mecmuası'nın Tarihçesi</i> <i>Serhan Yıldırım</i>	105
İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878) <i>Tugay Aydın</i>	113
Türkiye'nin İlk Avukat Ajandası <i>İstanbul Barosu Ajandası 1928</i> ve Avukatlara Meslekî-Ahlâkî Öğütler <i>Tugay Aydın</i>	129
“Her Türü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve”: <i>Ceride-i Adliye</i> , Makale Fihristi ve Yazar Dizini <i>Ercan Karaismailoğlu - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş - İbrahim Enes Onat</i>	137
Hukuk Reformu Metinleri 19: Sanat-ı Taknin ve Usûl-i Tedvin (1925) <i>Haz. Ercan Karaismailoğlu</i>	217

Hukuk Reformu Metinleri 20: <i>Droit</i> ile Usûl-i İslâmiyeyi Cem' - Ali Suavi'nin Duruva: <i>İlm-i Usûlü'l-Hukuk'u</i> (1870) <i>Haz. Yasin Yılmaz</i>	221
Beyyinâtın Şerâit-i Kabul ve Takdiri <i>Mustafa Reşit Belgesay - haz. Fatma Zehra Yavuz - Beyza Nur Byık</i>	229
Serbestî-i Mukavelât <i>Mişon Ventura - haz. Mert Burak Ersan</i>	247
Mesuliyet-i Akdiye ve Mesuliyet-i Cürmiye <i>Sıddık Sami Onar - haz. Niyazi Varoğlu - Zeynep Aygür</i>	267
Kavânîn-i Esasiyenin Tekevvünü: İngiliz Kanun-ı Esasîsi <i>Celâleddin Arif - haz. Fatih Selim Bayram - Kevser Çetin</i>	279
Kaza-yı İdarî <i>Charles Crozat, trc. Mustafa Hâmid - haz. Zeynep Aygür - Niyazi Varoğlu</i>	297
Sahtelikte İstimal <i>Diren Yerganyan - haz. Mert Burak Ersan</i>	315

KAZA-YI İDARÎ*

Charles Crozat, trc. Mustafa Hâmid, haz. Zeynep Aygür** - Niyazi Varoğlu***

Türkiye Cumhuriyeti'nin Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 51'inci maddesiyle Şura-yı Devlet'in teşekkülünü derpiş etmiş ve bu müessesenin iki tarz vazife ve selâhiyetini kabul ve tespit etmiştir: Bunlardan birincisi "kaza-yı idarî" sahasında, ikincisi de "Meclis-i İdarî" sıfatıyla haiz olduğu vazife ve selâhiyetlerdir. 5 Kânunıevvel 1341 tarihli kanun mücebince Şura-yı Devlet'in teşkilatı da taayyün etmektedir. Binâenaleyh şu kanunların teyit ettiği vaziyete göre Türkiye'nin "iki nev' kaza" sistemini kat'î olarak tercih ettiği beyan edilebilir.

Derdest-i teşekkül bulunan Şura-yı Devlet'in, kanun layihalarını ve nizamnameleri tedkik ve ihzar ederek hükümetin bu sahadaki mesaisine doğrudan doğruya yardımı olacağı ve bu suretle geniş vazife ve selâhiyete mâlik olarak ibtidâdan bir nev' kontrol icra edebileceği noktası hiçbir münakaşayı davet etmemektedir. Her türlü şüpheden âzâdedir ki Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun lehlerinde şahadet ettiği "ilim, ihtisas ve tecrübeleriyle temâyüz eden zevât" kanunların ihzârında Şura-yı Devlet'in iktidar ve mesaisinden istifade edecekler ve bu da teşriin kıymetini takviyeye hizmet edecektir.

Fakat Şura-yı Devlet'in bir heyet-i hâkime sıfatıyla kuvve-i kazaiyeyi haiz olması keyfiyeti bazı itirazları mûcib olabilir. Bununla beraber kuvvetli sebeplere istinat ederek iddia ve müdafaa edilebilir ki bu bâbda ittihaz edilen karar katiyen yanlış olmayıp mükemmel esbâb-ı mûcibeye mâlik bulunmaktadır. Bu makalemizde 5 Kânunıevvel 1341 tarihli Şura-yı Devlet Kanunu'nun hukuk sahasında vücûda getirmekte olduğu yeniliği tedkik edeceğiz. Ba'dehu kaza-yı idarînin hukukta bir terakki ifade edip etmediğini ve nihayet diğer memleketlerde haiz olduğu faydaları Türkiye'de iktisap etmesine amelî noktalardan mânialar bulunup bulunmadığını mütalaa edeceğiz.

* Charles Crozat, "Kaza-yı İdarî", mütercimi: Mustafa Hâmid, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 29, Mart 1927, s. 517-536.

** Stajyer avukat, İstanbul Barosu.

*** Yüksek lisans öğrencisi, İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku.

I

Şura-yı Devlet'in teşkilatı hakkındaki kanun, yeni Türk hukukuna pek kıymetli anâsır idhal etmektedir: Bu kanun ile iki nev' kaza usulü kabul edildiğinden dolayı, umumî nokta-i nazardan, Türkiye, Anglo-Sakson sistemine muhalif olmak üzere Fransız-Alman hukuk sistemine iltihak etmektedir. Bu suretle hakim-i âdî ile hakim-i idarî arasında fark kabul eden ve adetleri azîm olup gittikçe çoğalan devletler grubuna Türkiye de dahil olmaktadır. Fransız-Alman telakkisi hukuk-ı âmme ile hukuk-ı hususiye arasındaki fark ve temyize istinat eder. Hukuk-i hususiye; ahvâl-i şahsiyeyi, aynı hukuku, efrâd arasındaki münasebâtı ihtiva eder. Hukuk-ı âmme ise; kuvvetlerin teşkilatını, hıdemât-ı hukukiyenin idaresini ve bunlardan münbais ihtilafların hall ü faslını mevzubahis eder; bu suretle idarenin mesuliyeti ve akdettiği mukaveleler hukuk-ı medeniyenin saha-yı tatbikinden çıkarak hakim-i idarînin bu meseleler için yaratmaya mecbur olduğu hukuk prensiplerine tâbi olur. Zira muamelat-ı hususiyeden farklı olan hıdemât-ı umumiye; hukuk-ı medeniyecilerin esaslarına uymaz. Buna binâen kuvve-i âmme ile vatandaşlar arasında hâdis olan ihtilaflar, kuvve-i adliyenin elinden alınmıştır; çünkü mahkemeler idari muamelata müdahale ederek onu taciz etmeye muktedir olamaz. Böylece "idare" istiklalini muhafaza eder. Bu hal, idarenin meşruiyet esasına tâbi olmadığını ifade eder mi? Şüphesiz hayır. Diğer memleketler meyanında Fransa ve Almanya, yalnız vatandaşların lehinde birinci derecede teminat olmakla kalmayıp aynı zamanda hukukun terakkisi için kıymetdar bir vasita olan kaza-yı idarî teşkilatına mâliktir.

Anglo-Sakson telakkisine göre gerek efrâdın, gerek cemiyet ve heyetlerin tâbi olduğu hukuk birdir. Bu memleketlerde hakiki manasıyla hukuk-ı idare yoktur ve vâzı'-ı kanun ile hakim arasında nizam ve talimat ısdar eden mutavassıt bir kuvvet mevcut değildir. Hukuk-ı âmmenin ahkâmı da yegane mevcut olan mehâkim-i adliye tarafından tatbik edilir. Fransız-Alman sisteminde kanun ile vatandaş arasında tatbik ve icra ile muvazzaf kuvvetli bir idare bulunur. Tabîdir ki idare; vâzı'-ı kanunun direktiflerine tevfikân hareket eder. Bununla beraber idare; efrâd ile muayyen ve doğrudan doğruya münasebâtı bulunan, muhtariyeti haiz bir uzviyettir. İdarenin nizam ve talimat vaz' etmek kuvveti ve hakk-ı takdiri vardır. Anglo-Sakson memleketlerinde idare makinesi kendine has istisnâî kuvvetlere mâlik muhtar bir heyet halinde değildir. Bu memleketlerde vatandaş ile kanun arasında mutavassıt kuvvet, hakimden ibarettir. Kuvve-i idare vatandaşlara karşı cebrî bir kudreti haiz değildir; ibtidâdan icra kuvvetini taşıyan idari fiiller yoktur. Görülüyor ki şu iki telakki yek-diğerinin zıttıdır.

Türkiye Cumhuriyeti, şüphe edilemez ki, Fransız-Alman telakkisinde mündemic bütün evsâfa mâliktir. Türkiye; idari sistemler, merkezî idarenin kuvvetli olduğu ve kuvvetli olması icap eden bir memlekettir. Fakat bu mütalaât kâfi değildir; Türk vâzî'-ı kanunu bu bâbda mantikî olan bütün netâyici istihrâc etmiş ve hukuk-ı âmmenin en yeni esaslarını tatbik etmek emeliyle kaza-yı idarî usulünü kabul etmiştir. Bu hususta idari sistemli memleketlerden teşkilatı ve faaliyeti en iyi olan Fransız Şura-yı Devleti numune ittihaz edilmiştir.

5 Kânunıevvel [1]341 tarihli kanunun, bir asırdan beri Fransız içtihadâtı ve mukarrerâtı ile erişilen terakki ve tekemmül evsâfını haiz bulunduğu bilâ-mübalağa iddia edilebilir. Bu ciheti tedkik edelim: Mezkur kanun bir taraftan adalete ve meşruiyete karşı gelen bütün mâniaları ve kaza-yı idarînin muvaffakiyetle cereyanını bir zamanlar ta'vik etmiş olan engelleri bertaraf etmiştir. Bu suretle ki kanun "nâzır-hakim" nazariyesini reddederek filî idare ile kaza-yı idarîyi tefrik esasını kabul etmiştir. "*La justice retenue*" yani hükümlerin doğrudan doğruya kabiliyet-i icraiyesi olmayıp ancak idarenin kendi ihtiyarıyla mütâvaatından sonra icra edilebilmesi sâbık Osmanlı Şura-yı Devleti'ni, hakiki faaliyetten men' eden bir sistemdi. Kanun bu tarzı reddederek Türk milleti namına icra-yı adalet etmek üzere vekâlet esasını (*la justice déléguée*) kabul etmiştir. Diğer taraftan Şura-yı Devlet, idari mesâilde hukuk-ı âmme hakimi sıfatını ihraz ediyor. Kanun, kaza-yı idarîyi intac edebilen en yeni vekâyii derpiş etmektedir. Mesela idarenin mesuliyetten ictinâb için sükûtu ihtiyar ettiği mesâili hallediyor. Liyakat bahsinde kanun gayet itminan-bahş şerait vaz' etmektedir. Usul-i muhakemeye gelince, tamamen vazih olup pek iyi tanzim olunmuştur. Bundan mâadâ kanun, kazaî kararların icrası bahsinde şâyân-ı takdir bir yeniliği ihtiva etmektedir. Fransa'da idare, kaziye-i muhkemeye tevfik-i harekete mecbur olmadığı halde (idare kendiliğinden ittiba etmeyecek olursa Fransız Şura-yı Devleti efrâdın mutazarrır olmaması için bazı usuller keşfine mecbur olmuştur) Türk Kanununun 48'inci maddesi Şura-yı Devlet'ten verilen hükümlerin derhal icra edileceğini mul'indir.

Şura-yı Devlet hakkındaki Türk Kanunu artık eskimiş bazı ahkamı ihtiva etse (mesela değişmek üzere olan usul-i muhakeme-i hukukiye kanununa taalluk eden bazı mevâdd gibi) ve birkaç noktası tenkit edilebilse dahi şurası muhakkaktır ki Türkiye Cumhuriyeti teşri nokta-i nazarından hukuk-ı âmmede bir vukuf-ı tâm ispat eden kıymetdar bir vasıta ile mücehhez bulunmaktadır.

II

Kaza-yı idarî usulü, acaba hukukta bir terakki ifade eder mi? Bu umumî mahiyette bir mesele teşkil eder. Bu bâbda tecrübe sebik etmiş olmasaydı cevap verirken

tereddüde düşmek pek tabî olurdu, lakin bu tecrübe yapılmıştır ve yapılan tecrübe kat'î bir mahiyeti haiz bulunmaktadır. Gerek ilmî mütalaâtın, gerek tatbikatın şehadet ettiği vechile kaza-yı idarî, Fransa'da iyi neticeler vermiştir. Tefrik-i kuvâ prensiplerine istinat ederek, nazariyat itibariyle kaza-yı idarînin bu prensipler ile bir tezat teşkil ettiği, çünkü tefrik-i kuvâ esasının yalnız bir nev' hakim usulünü istilzam ettiği semeresiz bir surette iddia edilmiştir. Ancak vahdet-i kaza usulünün mantikî olduğu ve binâenaleyh Şura-yı Devlet'in selâhiyet-i kazaiyesini ref etmek lüzumu faydasız bir surette tekrar edilmiştir. Bu bâbdaki teşebbüsler neticesiz kalmaya mahkumdurlar. Yalnız ilmî mütalaât ve nazariyat değil, tatbikat ve vekâyi dahi kaza-yı idarî lehinde şehadet etmektedir. Fî'l-vâki Şura-yı Devlet'in zengin mukarrerâtı hükümetin yalnız mesuliyet-i maliyesini taht-ı hükme alan ahvâle münhasır olmayıp birçok idari kararların fesih ve iptalini ihtiva etmekte ve böylece nokta-i nazarımızı teyit etmektedir. İşbu kaza-yı idarî usulü Fransa'da birtakım kaideler vücuda getirmiştir ki şerâitin fikdâni hasebiyle hakim-i âdî bu kaideleri bulamayacaktır.

Bu bahis hakkındaki nazariyat-ı ilmiyeyi hülâsa edelim. Müelliflerden Léon Duguit [1859-1928], [Maurice] Hauriou [1856-1929], [Gaston] Jéze [1869-1953], [Raymond] Carré de Malberg [1861-1935], [Joseph] Barthélemy [1874-1945], [Achille] Mestre (1874-1960), [Louise] Rolland [1877-1956] ve [Roger] Ronnard'ın [1878-1944] âsârı, kaza-yı idarî lehinde mütalaâtı ihtiva etmektedir. Öyle bir kaza-yı idarî ki azâsı (faal vazifeden çekilmiş) kısmen idareciler meyanından müntehab bir Şura-yı Devlet'e mevdû' olacak ve bittabi birinci derecede hakim-i âdînin ve son derecede Mahkeme-i Temyiz'in selâhiyetini bertaraf etmiş olacaktır. İşbu müelliflerin mütalaalarını; nokta-i nazarımızı teyit ve takviye etmekte olduğundan umumî hatları ile zikretmeyi faydeli addedmekteyiz:

Duguit, Fransız İnkılabı'ndaki esası hatırlatır: 1789 tarihinde Meclis-i Milli, kuvâ-yı devleti üçe tefrik ederek kuvve-i adliyeyi müstakil ve diğer iki kuvvete müsavi bir kuvvet olmak üzere tanıdığı zaman hey'et-i adliyenin her hususta selâhiyet-i kazaiyesini kabul etmiş değildi, belki de Meclis-i Milli (Eylül 1790 ve 15 Mayıs 1791 kanunları ile) idare adamlarına müteaddid mesâilin hall ü faslını terk etmişti. Bu tarz-ı harekette hiçbir tezat müşahede edilemez, zira kuvve-i adliyeden o zamanlar Montesquieu'nun da anladığı vechile "hukuk-ı medeniyeye müteallik hususâtı icra eden kuvvet" manası maksud idi. Binâenaleyh medeni kanunların tatbikatına taalluk etmeyen hususât, idarenin selâhiyeti dahiline giriyor demektir. Onun için 7 Eylül 1790 Kanunu kaza-yı idarîyi ihdas ederken 1789-1791 senelerinde

kuvve-i adliye atfedilen mahiyetin netice-i mantikiyesini kabul etmiş oluyordu¹. Objektif (*afakî*) hukuk mektebinin reisi, iki nev' kaza usulünün kat'î bir taraftarı olup *Mufassal Hukuk-ı Esasiye* eserinin birçok sayfeleri Fransız kaza-yı idarîsi lehinde sitayişler ile doludur. Müellif bir noktada şöyle idare-i kelam etmektedir:

“Şura-yı Devlet, idarenin kanuna muhalif hareket ettiği her muamele-i hukukiye bilâ-merhamet fesih ve iptal ettiği gibi idarenin efrâda karşı mesela mukaveleye müstenit hususâtta sübjektif (*enfûsî*) bir vaziyet-i hukukiye düştüğü zaman bilâ-tereddüt idareyi mahkum etmektedir. Keza Şura-yı Devlet, bir hizmet-i umumiyenin icrasından efrâdın mutazarrır olduğu hususâtta dahi idare aleyhinde ve efrâdın lehinde hüküm vermektedir”².

Muhalif mektebin yani Düalist mektebinin büyük üstadı Maurice Hauriou dahi iki nev' kaza bahsinde Duguit ile hem-fikirdir. Hauriou, 30 sene muntazaman kaza-yı idarî ve mukarrerâtı hakkında *Sirey Mecmuası*'nda neşrettiği yazılarıyla Şura-yı Devlet'in eserini ilerletmeye gayret eden müelliflerden biridir. Toulouse Darülfünunu Hukuk Fakültesi reisi olan Hauriou gerek *Hukuk-ı İdare Dersleri* (11. tab') eserinde, gerek *Hukuk-ı Esasiye* ünvanlı eserinde Şura-yı Devlet'in bugünkü selâhiyet-i kazaiyesini muhafaza etmesi lüzumunu müteaddid sebepler ile müdafaa etmektedir. Hauriou, her şeyin fevkinde hukuk-ı şahsiyenin muhafaza ve temini ile meşgul olduğundan dolayı bu bâbdaki mütalaası bir kıymet-i hususiyeyi haizdir. Kanunların teşkilat-ı esasiye kanununa mutabakatini hakim-i âdînin tedkik ve murakabe etmesi taraftarı olan ve bu fikrine mektebine mensup olan Mösyö Mester'in de iltihak ettiği müellif, kaza-yı idarînin şahsî hürriyetlerin aleyhinde tecelli edeceğine ve idarenin adalet ve meşruiyeti temin edemeyeceğine zâhib olsaydı bu usulü reddetmekte katiiyen tereddüt etmezdi. Bu yeni müellifin Şura-yı Devlet ve kaza-yı idarî lehindeki kanaatlerini esbâb-ı mûcibesıyla öğrenmek için *Sirey* mecmuasında münteşir yazılarını okumak kifayet eder:

“Şura-yı Devlet, muntazam idari sistemli her memleket için zaruri bir müessesedir ve idarenin şuurunu ve mânevi vicdanını temsil eder. Bu itibar ile her vicdan gibi fikir beyan eder ve hüküm verir”³.

Fransız sisteminin amelî kıymeti şu cümleler ile takdir edilmektedir:

“Fransızlar idari hakim, hakim olmadığı hissini beslemezler; bilakis sistemlerinin haiz olduğu esaslı faydaları yakından bilirler ve idarenin herhangi bir fiili ve hareketine karşı bu tarik ile itiraz etmekten hoşlanırlar...”⁴.

¹ Duguit, *Mufassal Hukuk-ı Esasiye*, cilt 2, sahife 529.

² [Duguit], *Hukuk-ı Âmmenin İstihalesi*, sahife 215.

³ Hauriou, *Hukuk-ı İdare*, 1. tab', sahife 199.

⁴ Hauriou, *Muhtasar Hukuk-ı İdare*, 10. tab', sahife 50.

Kaza-yı idarî ile usul-i muhakeme-i âdiye arasındaki fark ve temyizinin derin sebeplerini izah ederken müellif Hauriou, bu sebeplerden bir kısmının bütün memleketlere şâmil ve tamamen hukuki mahiyette olduğunu, diğer kısmının da Fransa (ve binâenaleyh Türkiye) gibi merkeziyet usulünü takip eden memleketlere münhasır siyasi ve idari olduğunu tespit etmektedir.

Hukuki sebepler: Hakim-i âdî, bi'z-zarure hakim-i küll değildir. Alelâde hayatın hukuki tezahürlerini ve şartlarını bilen hakim-i âdî, bu sahadan uzaklaşınca tehlikeli bir surette selâhiyetdar olmayabilir. Şüphe caiz değildir ki idarenin tatbikatı ve bunun efrâd ile münasebâtında tecelli eden hukuki rabıtalara, alelade hayatın hukuki muamelelerinden pek farklıdır.

Siyasi sebep: Hükümetin bir mahkumiyete boyun eğmesi tabî bir şey değildir; Hükümet hakim-i âdîden başka bir mahkemeye tâbi olursa daha iyi muhakeme edilir. Her halde hayat-ı âdiyedekinden büsbütün başka türlü mu'dil bulunan idarenin ef'âl ve harekâtını bilen ve takdir edebilecek kabiliyette bulunan hakimlere ihtiyaç vardır.

Görülüyor ki Fransız İhtilali kaza-yı idarî ile kaza-yı adlî arasında tefrik-i kuvâ esasını kabul etmiştir, çünkü bu esasta tefrik-i kuvânın istinad ettiği siyasî şe'niyeti görmüştür. Halbuki Mösyö [René] Jacquelin ve Mösyö Arthur bu tefrikte yalnız idari bir şe'niyet görmekte ısrar ediyorlar. İşte bundan dolayıdır ki hukuk-ı âmmeye ait ilk iki mektebin muallimi olan Duguit ve Hauriou, Fransız İnkılabı'nın kabul ettiği sistemi teyit etmektedirler. İnkılabtan beri bütün rejimlerin kabul ettiği ve aynı kuvvetle muhafaza ettiği bu esastan ibarettir. Bu esası reddeden Fransız İnkılabı'nın kuvvetli bir prensibini reddediyor demektir.

Profesör Gaston Jéze, Duguit'nin tilmizi olup *Hukuk-ı İdarenin Umumi Esasları* ünvanını taşıyan eserinde Şura-yı Devlet'in mukarrerâtını tedkik etmektedir. Jéze, ecnebi memleketlerin hukuk ve kavânîni ile en ziyade meşbu olan Fransız müelliflerinden biridir. Ona göre hukuk-ı idarenin muhtariyeti mevcut olup bugünkü devlet müessesinde hukuk-ı idarenin artık hukuk-ı medeniyenin esasâtına istinad etmesine bir sebep olmadığı iddia edilebilir. Hukuk-ı âmme o derece terakkiye mazhar olmuştur ki hakim-i âdînin gerek istihzar ve kabiliyet, gerek suret-i hall itibariyle yek-diğerinden pek farklı bulunan iki tarz-ı hukukîyi kolaylıkla tatbik edemeyeceği tahmin edilebilir. Hukuk-ı âmmenin meydana koyduğu mesâili hukuk-ı medeniye kaidelerine tevfik ederek halletmeye teşebbüs edildiği zaman, hukuk-ı medeniye kaidelerine muhalif faraziyeler ve istisnalar ihdas etmek mecburiyeti hâsıl olmuştur. Türkiye'de dahi kaza-yı idarî mesâili hakim-i âdiye havale

edildiği takdirde aynı neticenin vukuu zaruridir ve hakimleri gayet müşkil vaziyetlerde bırakacak suret-i hallerin hudûsü gayr-ı kâbil-i ictinâbdır. Zira 19'uncu asrın son senelerinin terakkiyatıyla sâbit olduğu üzere birbirinden tamamen ayrı bulunan bu iki tarz-ı hukukîyi karıştırmak tehlikesine maruz kalacaklar ve veche ve istikamet veren prensiplerden mahrum bulunacaklardır.

Jéze tafsilen göstermiştir ki hıdemât-ı umumiyenin hüsn-i ifası; idarenin hukuk, vecâib ve münasebâtını efrâd arasında olduğu gibi yalnız kanun-ı medenînin ahkâm ve esaslarına göre tanzim etmek ile kâbil-i husûl değildir. İdarî mesuliyet, nizam ve kaideye muhalif olan şeyin telafisi (*répétition de l'indu*) nâ-geh-zuhur ahvâl (*l'imprevison*) ve emsali hukuk-ı medeniyede tesadüf edilemeyen prensiplerdendir.

“Şura-yı Devlet gayet iyi muhakeme etmektedir. Dünya pek az mahkeme görmüştür ki kararlarında bî-taraf ve fikirlerinde ve yeniliklerde gösterdiği ihtiyatkâr cesaret nokta-i nazarından şu en yüksek idari mahkememiz ile rekabet edebilsin”⁵.

İki nev' kaza lehinde pek zengin esbâb-ı mücibeyi ihtiva eden Profesör Jéze'nin nokta-i nazarını naklederken şu hülâsa ile iktifaya mecburuz.

Bonnard⁶ dahi Duguit'nin tilmizi olup müdafaa etmekte olduğu tezin hal-i hâzıra ait esbâb-ı mücibesini üzerinde ısrar etmektedir. Tarihî nokta-i nazardan Fransız İhtilali bu meseleye ait esbâba mâlik olduğu gibi bugün de idari mesâilin ve ihtilafâtın idarî hakimlere tevdiinde esbâb-ı muknia mevcuttur. Bonnard'ın tasrih ettiği esbâb münhasıran Fransa için olmayıp Fransa gibi merkezî ve idarî sistemli memleketler için de vardır. Burada her şeyden evvel kabiliyet meselesi mevzubahistir. İdarî davaları rü'yet ve muhakeme etmekte adlî mahkemelerin idarî mahkemelerden daha az kabiliyetli ve kudretli olduğu mülahaza edilmektedir:

“Bu davaların muhakemesinde, hakimlerin gerek hıdemât-ı umumiyenin teşkilatı ve faaliyeti hakkında ve gerek idareye tahmil edilen amelî zaruretler hakkında derin ve vâsi malumat sahibi olmaları iktiza eder. Nazariyat itibariyle, adlî mahkemelerin bu malumatı haiz olmaları ve iktisab edebilmeleri gayr-ı kabil değildir; ancak fiiliyat itibariyle idari işlerden uzun müddet uzak bulunmaları hasebiyle bu malumatı haiz değildirler. Böylece şu sahada muhakeme hususundaki kabiliyetleri noksan bulunuyor”.

Daima tedvin edilmiş kanunlara ve nizamlara tevfiқан muhakeme etmenin tevliid ettiği itiyat ile adlî mahkemeler; maddeler ve metinler haricinde karar vermezler, halbuki hukuk-ı idare mevzuatı tamamen tedvin ve taknin edilmiş

⁵ [Gaston Jéze], *Umumi Esaslar*, 1925, sahife VIII.

⁶ *Muhtasar Hukuk-ı İdare*, 1925.

değildir. İdari hakim bu noksanları ikmal ve telafi mecburiyetindedir. Binâenaleyh hakim-i âdî, idari mesâili de rü'yet edecek olsaydı bu sahada nispeten dûn bir mevkiye bulunacaktı.

Şu zikrettiğimiz en kudretli ve münevver nazariyecilerden mâadâ ilmî şehadete ihtiyaç var mı? İleride göreceğimiz fakülte reisi Barthélemy'nin mütalaasını da ilave edebiliriz. Bununla beraber Fransa'da vahdet-i kaza nazariyesi Mösyö Jacquelin tarafından kemal-i selâhiyetle tedris edilmektedir. Bu nazariyenin müstenidâtı malumdur: Nazariyat itibariyle, tefrik-i kuvâ esası kaza-yı idarî ile gayr-ı kâbil-i telifdir. Kuvve-i adliye müstakil olup devletin haiz olduğu üçüncü kuvveti teşkil etmektedir. Binâenaleyh kuvve-i adliye bütün sahasına sahip olmak lazım gelir ve bu sahadan ayrılan herhangi bir kısım bu prensibi ihlal eder. Fransa, Şura-yı Devleti idari mesâilde hakim yapmakla tefrik-i kuvâyı riayetkâr bulunmuyor. Bundan mâadâ, birbirine muvâzi iki kaza usulünde her ikisinin aynı mahkeme-i âliyye (Cour Souveraine) tâbi olmaması kâbil değildir; Zira bu takdirde her iki tarz mahkemelerin birbirine muhalif kararlar vermesi ihtimali vardır. İşbu esbâb-ı mûcibe bizce kâbil-i kabul değildir. Bunu başka yerde dahi izah ettik⁷. Haddizatında nadiren zuhur eden ve eski mukarrerâta ait bulunan ihtilaf ihtimali, Şura-yı Devlet gibi bir müessese-i kazaiyenin bertaraf edilmesi için kâfi ve mukni bir sebep teşkil edemez. Sırf nazari bir ihtimali için iyi eserlerini gösteren bir sistemi yıkmak ve faaliyetinde birçok mahzurlar arz eden diğer birini tercih etmek mi icab eder? Şurası muhakkaktır ki bu nazariye gerek ilmî mütalaât ve gerek amelî⁸ mülâhazât itibariyle terakki eseri göstermemiştir ve Türkiye'de dahi kabul edileceğini zannetmiyoruz. Mösyö Jacquelin'in bu bâbdaki nokta-i nazarına neden dolayı iltihak edemediğini Fakülte Reisi Mösyö Barthélemy kat'î bir surette izah etmektedir:

“Mösyö Jacquelin'in müdafaa ettiği ve kaza-yı idarî aleyhine müteveccih olan tez şu iki mefhumun karıştırılmasından neş'et etmektedir: Birincisi, adlî mahkemeler muvacehesinde idarenin mutlak istiklalini istilzâm eden kaide olup diğeri de hakimın vazifesi ile idare vazifesini tefrikten ibaret bulunan esastır. Refikimizin kanaatine göre, hakimın vazifesi idarecinin vazifesinden kat'î bir surette tefrik edilebilmek için birincisi münhasıran kuvve-i adliyeye tevdi edilmek ve bu kuvveti kuvve-i icrayeye bağlayan her türlü rabitalardan âzâde kılmak iktiza eder. Kaza-yı idarî ile kaza-yı adlî arasındaki farkları nazar-ı dikkate almayan Mösyö Jacquelin; nüfuz-ı idarînin istimalini mehâkim-i âdiyenin

⁷ Türkçe *Hukuki Bilgiler Mecmuası*'nın 3'üncü numarasında münteşir makalemize müracaat: [Charles Crozat, “Kaza-yı İdarînin İstiklâli”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, sy. 3, Teşrinisâni 1926, s. 124-135].

⁸ [Metinde “ilmî”].

murakabesi altına vaz' etmekten çekinmiyor ve bunu kabul etmeyen herhangi bir suret-i hall, mumailyhe nazaran, kuvvetlerin ve vazifelerin karışması neticesine müncer olur. Buna karşı şu mukabelede bulunacağız ki kuvvetlerin karışması mahzuru, Mösyö Jacquelin tarafından teklif edilen sistemde dahi zâil olmuyor; çünkü kuvve-i icraiye hakimler üzerinde haiz olduğu hukuka binâen (tayin, terfi) kuvve-i adliye üzerinde az çok nüfuz sahibidir. Vazifelerin karışmasına gelince; bu cihet kaza-yı idarî ile kaza-yı adlînin tefriki esası ihlal edilmeden izale edilebilir... Nihayet kaza-yı idarî teşkilatımızın ıslahını talep edecek yerde onun lağvını isteyen ve vazifelerin tefrikine daha ziyade hürmetkâr olmak vesilesiyle idarî ve adlî kazaların tefriki lüzumunu tanımayan Mösyö Jacquelin'in tezine tamamen muhalifim⁹.

Fransa'da denilebilir ki ilmî içtihad sahasında ittifaka yakın ekseriyet, kaza-yı idarî lehindedir ve vahdet-i kaza taraftarlarının teşebbüsleri parlamento karşısına çıkacak olsa kat'î bir hezimete uğrayacaktır. Bu suretle kaza-yı idarînin lüzumu, Fransa'da inkar edilemez bir vâkıa kuvvetini haizdir. Netâyici ise artık geriye dönmeyi düşündürmeyecek kadar zengindir. Şurası da unutulmamalı ki kaza-yı idarîyi kabul eden bütün memleketler Fransa'yı numune ittihaz etmişlerdir. Bir memleketin içtimaî hayatında üç ihtiyaç, hakim-i adîye nisbetle hakim-i idarî tarafından çok daha iyi tatmin edilebilmektedir ve bunu ispat etmek kolaydır. Fransa'da hakim-i idarî böylece hükümetin şiddetle muhtaç olduğu hukuk ve imtiyazâtı muhafaza edebilmiş, idareyi meşruiyete tâbi kılmış ve hukuk-ı şahsiyeyi de muhafaza ve temin eyleyebilmiştir.

Hakim-i idarî, hükümetin müftelik bulunduğu hukuk ve imtiyazâtı muhafaza etmiştir. İdare, hidemât-ı umumiyenin ihtiyaçlarını temin edebilmek için hukuk-ı âmmeden münbais bazı hakları ve selâhiyetleri istimal etmek mecburiyetindedir. Ancak bu hakların istimali sayesinde ki hidemât-ı umumiye ifâ edilebilir (hakk-ı istimlak, zabitanın hukuku ve ilh...). Bundan fazla olarak hidemât-ı umumiyenin ihdası ve ifasında idarenin büyük bir teşebbüs kabiliyeti vardır. Bir kuvvet, selâhiyet hududu dahilinde kalmak şartıyla ahkâm-ı kanuniye ile mukayyed olmaz ise muhtariyeti haiz demektir. Bazen kuvveti, ahkâm-ı kanuniye ile bağlı olmakla beraber idare, vasıtaları intihap etmek ve kanunen mürur-ı zamana uğramış bile olsa şu veya bu tedbiri ittihaz edeceği zamanı takdir etmek selâhiyetlerine mâliktir. Binâenaleyh idarenin birçok mevâdda bir selâhiyet ve kuvve-i takdiriyesi mevcuttur. O halde hakim, memlekette, anâsır-ı nizam olan şu kuvvete hürmet eylemesi, idarenin nev'amma bir muhtariyet-i hukukiyesi olduğunu kabul etmesi ve onun bi'l-cümle ef'âl ve harekâtını davaya mevzû' addetmemesi lazım

⁹ Barthélemy, *Hukuk-i İdare* eseri, 10. tab', sahife 947.

gelir. Halbuki hakim, bu bâbdaki esbâbı her zaman takdir edemez. Meseleyi daha yakından tedkik edelim: Hakim her davayı, her müracaatı kabul eder ve hakk-ı kazasını tahdid eden böyle bir şartı tanımaz; fakat bu, esasa taalluk eden bir şart mahiyetindedir. Eğer idarî bir karar, idarenin haiz olduğu selâhiyet-i takdiriyeye istinaden ittihaz edilmiş ise buna karşı vuku bulan dava esasından sukût eder.

Hülâsa hakim, idarenin selâhiyet-i takdriyesini nazar-ı dikkate almalı ve muhtelefun-fih mesâilde hukukî noktalar ile takdire muhavvel noktaları ayırt edebilmelidir. Bu ise fevkalâde nazik bir keyfiyettir ve idarenin hedeflerini ve faaliyette bulunan idarî makinenin çarhlarını tanımayı müstelzimdir. Bunu ancak yakından tedkik ve müşâhedeye alışanlar yapabilir.

Hakim-i idarî, idareyi meşruiyete tâbi kılmıştır. Bu da kolay olmamıştır; çünkü idare mâlik olduğu kuvvetli teşkilat ile kendisine birçok selâhiyetler izafe etmiş ve bazen muafiyet-i cezaiyesi bulunduğunu tahayyül etmiştir. Şurası muhakkaktır ki idare, mehîb bir davacıdır. Onu meşruiyete sevk edecek olan istiklaline mâlik, nüfuzundan (*prestij*) emin olan bir hakim-i âdî midir? Bu vazifeyi ifada hakim-i idarî, bizzat idare heyetinden yetişmiş olması ve binâenaleyh “aile efrâdından” bulunması hasebiyle tarafgirlik ile şâibedâr mıdır? Hadisât, yani hukukî tecrübe ispat etmiştir ki hayır! Şurasını gizlemeye mahal yoktur ki bu netice birçok tereddütlerden, gayret ve mücahededen sonra elde edilmiştir; fakat bugün şu sahada kat’î müktesep bir netice vardır. İdarenin hakka ve kanuna tâbiyeti adım adım temin edilmiştir. Bu bâbda vâzı’-ı kanunun bütün kuvvetiyle çalıştığı tahattur edilmelidir. Fransız İnkılabı’nın 8’inci senesinden yani Şura-yı Devlet’in teşkili tarihinden itibaren hakim-i idarî, fiilen idareci mevkiinde bulunamaz. Bu suretle hayat-ı memuriyetleri esnasındaki tecrübelerinden istifade etmekle beraber ba’de-mâ fiilen o kadroya dahil olamazlar. Hakim-i idarî de hakim-i âdî gibi müstakildir; yalnız şu faikiyeti muhafaza eder ki hakim-i idarî aynı zamanda hükümetin müşaviri olmak hasebiyle nizâmların ve talimatnamelerin ihzârında bir rol sahibidir ve bu itibar ile onların ruhuna ve tekniğine nüfuz etmiştir. Bunun içindir ki idarî bir kanunun veya nizâmın ihlali halinde meseleyi bir vukuf-ı tâm ile muhakeme edebilir.

Nâzır-hakim nazariyesi mâziye karışmıştır. Birçok ihtilafâtan sonra mahzur izâle edilebilmiştir. Bütün 19’uncu asır zarfında nâzır yalnız avf tarikine müracaat suretiyle değıl, doğrudan doğruya hakim-i kazaî sıfatını ihraz edebilirdi. Bundan şu netice istihrac ediliyordu ki nâzırın ittihaz ettiği karar bir hükm-i ibtidaî olup onu müteakip Şura-yı Devlet’e müracaat nev’amma istinaf-ı dava etmektir. Bu hal bir tezadı ihtiva ediyordu. Nihayet takdir edildi ki nâzır ancak

silsile-i merâtib dahilinde, mücâzât-ı intibahiye mesâilinde, idarî müessesenin dahili bir hakimi olabilir, yoksa bir hukuk-ı umumiye hakimi olamaz. El-yevm nâzırların mukarrerâtı sadece idarî mukarrerât cümlesinden olup hiçbir hüküm mahiyetinde değildir. Bu suretle hakim-i idarî ile faal idareci arasında yapılması zaruri olan tefrik esası tahakkuk etmiştir. Artık nâzırlar, valiler, belediye reisleri ve mecâlis-i umumiye azâsı aynı zamanda hakim-i idarî olamazlar.

İdarenin hakka ve kanuna ittibatı şu safhadan da çıkmıştır: İdare aleyhine ikame edilen davayı ona kabul ettirmek icab etmiştir. Efrâd, Şura-yı Devlet huzurunda dava ikame etmek istediği takdirde doğrudan doğruya hakimi meseleye vaz'-ı yed ettiremez, evvelâ kuvve-i idarenin bu mesele hakkında bir kararını istihsâle mecburdur; meğer ki bu karar idare tarafından kendiliğinden ittihaz edilmiş olsun. Binâenaleyh Şura-yı Devlet bir tarafı mutazarrır eden idarî bir karar üzerine hükmünü verir. Fakat bu tarzda bir tehlike vardı: İdare sükûtu ihtiyar edip de karar itâsı talebine cevap vermediği takdirde dava akâmete uğrayabilirdi. Vâzı'-ı kanun müdahaleye mecbur oldu: 7 Temmuz 1900 tarihli bir kanuna tevfiikan; karar itâsı talebinden itibaren dört ay müddetle idare sükût ihtiyar ettiği takdirde alâkadarlar, Şura-yı Devlet'e müracaatla ikâme-i dava edebilirler. Bu suretle sükûtun reddi tazammun ettiği ve davanın mefrûz red kararına karşı ikâme edildiği kabul olunmuştur. Bu suret-i hall üzerine idare, aleyhine ikâme edilen davaları ta'vîke veya redde muvaffak olamaz.

İzahât-ı sâlifeden şu netice çıkarılır ki her idarî karar aleyhine kolay, seri ve az masraflı bir tarik-i müracaat mevcuttur. (Zira de'âvî-i idariye de'âvî-i âdiyeden çok daha az masraflıdır). Kanuna veya nizama muhalif olarak idarî bir kuvvetin ittihaz etmiş olduğu herhangi bir karar şu tarik ile fesh ve iptal edilebileceğinden dolaydır ki idarenin meşruiyete teba'iyeti tam ve mutlaktır. Kuvve-i idarînin fart-ı istimâli (*excès de pouvoir*) üzerine de müracaat edilebilir; bu takdirde hakim-i idarî mevzubahis fiil ve hareketi, idarenin bütün sâik ve âmillerini, fiil ve hareketin kanuna tevfiikan selâhiyetdar makam tarafından, kanunî eşkâle riayet edilerek icra edilip edilmediğini tedkik ve rü'yet eder ve bu amîk tedkikâtın netâyicine göre hükmünü verir.

Hakka ve kanuna ittibâ, yalnızca kararların iptaline inhisar etseydi nâ-tamam kalırdı; zira efrâd ekseriya duçar olduğu zararın tazminini talep etmekte daha ziyade menfaattardır. Meselâ efrâd bir hıdmet-i umumiyenin fena surette icrasından mutazarrır olabilir. Şura-yı Devlet, hizmetin ifasında hata ve ihmal olduğu takdirde mutazarrırın lehinde tazminat hükmetmeye selâhiyettardır; bazen hata olmadığı halde bile Şura-yı Devlet hasar (*risque*) nazariyesini tatbik ederek

idareyi mahkum etmektedir. Alâkadar memurun şahsî mesuliyetine gelince; bunun mücrimiyetini takdir hususu mehâkim-i âdiyeye terk edilmiştir ve tefrik ma'kul ve mantikîdir.

Teknik itibariyle görülüyor ki, kaza-yı idarî hak ve adle vusûl için lâzım olan bütün vesâit ve usûle malik bulunmaktadır, hiçbir vechile mâdûn mevkiinde değildir. Kaza-yı adlî gibi tazminata mahkum edebilir ve kararları nakz eyleyebilir.

Nihayet kaza-yı idarî hukuk-ı şahsiyeyi de muhafaza ve temin etmiştir. Hukuk-ı beşer beyannamelerinde yahut teşkilat-ı esasiye kanunlarında münderic bulunan hukuk-ı şahsiye her türlü taarruzdan masun olmalıdır. Eğer bu bâbda hiçbir kuvve-i teyidiye bulunamazsa, bir kanun-ı âdî, kanun-ı esasîye muhalif ahkâmı ihtiva edebilirse vahim netâyic tevellüd edebilir. Amerika Cemâhir-i Müttehidesi gibi bazı büyük devletler mahkemelere kanun-ı âdînin meşruiyetini, kanun-ı esasîye muvafakatini takdir etmek kudret ve selâhiyetini bahş etmişlerdir. Bu suretle hakimler, kanunun vüs'at ve şumûlünü tahdid edebilirler. Bu sistem bazı tehlikelere maruz bulunmakla beraber vâzı'-ı kanunun hukuk-ı şahsiyeye riayetkâr olması hususunda fevkalâde bir teminat teşkil etmektedir.

İsviçre'de Bern ve Cenevre kantonları mahkemelerin bu sahada murakabesini (*contrôle*) kabul etmektedir. Almanya'da bu mesele hararetle münakaşa ediliyor, zira Weimar Kanun-ı Esasîsi bu babda sâkit bulunmaktadır. Fransa'da ilmî içtihadât bu bahse mütemayildir, fakat murakabenin fiilen işlediği iddia edilemez. Bunun sebebi yalnızca Kanun-ı Esasî'nin bu bâbda sâkit bulunmasından neşet etmeyip aynı zamanda 1875 Kanun-ı Esasîsi'nin hukuk-ı şahsiye bahsini ihtiva etmemesinden münbaistir; böylece hakim, hukuk-ı şahsiyeyi tespit eden bir esas-ı kanunîden mahrum bulunmaktadır. Buna karşı kaza-yı idarî mukarrerâtı, hakim-in kavânîn-i âdiye fevkinde yüksek bir meşruiyet (*super-égalité*) esasını nazar-ı dikkate alması lüzumunu tanımaktadır. Bu idarî içtihadı ki Winkel¹⁰, Tichit¹¹ ve Hyéres¹² kararlarına yol açmıştır. Fransa'da Şura-yı Devlet, bu hususta dahi mehâkim-i âdiyeden ziyade cesaret göstermiş ve kuvve-i icrayeden sâdır olup hukuk-ı şahsiyeyi ihlale tasaddi eden her fiil ve hareketi men'e usul tahtında muntazaman çalışmıştır. Gayr-ı kâbil-i inkâr bir hakikattir ki Şura-yı Devlet sayesinde Fransa kadar hiçbir memleket, idare memurları üzerinde kuvvetli bir murakabe tesis etmemiştir.

¹⁰ *Sîrey*, 1909, 3, 145.

¹¹ *Sîrey*, 1913, 3, 137.

¹² *Sîrey*, 1922, 3, 149.

Prensip olarak kabul edilmiştir ki kanunun sarahaten men' etmediği yahut yine kanuna muvâfık olarak zabıta-i idariyenin herhangi bir memnuiyete dair karar ittihaz etmediği hususlarda efrâd; şahsî kabiliyetlerini istedikleri vechile serbestçe istimal edip hareket edebilirler. Ferdin işbu kabiliyetleri ve serbestî-i hareketi hukuken, kanunen ve nizâmen tanınmış ve teyid edilmiştir. Efrâdın bu hukuku, idarenin ef'âlî ve harekâtı ile müşkilata uğrar veya men' edilir ise efrâd buna karşı adem-i meşruiyet iddiası serdedebilir. Meselâ ticaret veya sanayi erbabı faaliyetlerini tahdid eden hususî kanunlara muhalif idarî tedbirlere karşı bu suretle dava ikame etmek sıfatını ve selâhiyetini haizdir. Bir fabrikatör, iştirak etmiş olduğu münâkasanın usul ve nizâma mugayir bir surette icra edildiğini dermeyan ederek davacı sıfatını ihraz eder. Keza vatandaşlar hakk-ı mülkiyetlerini herhangi bir suretle haleldâr eden idarî tedbirlere karşı dava ikame edebilirler. Yalnız hürriyet-i şahsiyeye vuku bulan tecavüz değil, belki de hakk-ı mülkiyetin istilzâm ettiği umumî faaliyeti ve meşru menfaatleri ihlal halleri de hakk-ı dava bahşeder. Bundan dolayıdır ki turuk-ı umumiyeye mücavir bulunan arazi ve mülk sahiplerinin idarî tedbirler ile mutazarrır ve bazı hukuk ve menâfi'den mahrum oldukları haller birçok davalara bâis olmakta ve bu bahse ait mukarrerât ve içtihadât, mehâkimi zenginleştirmektedir.

İşbu izahâttan çıkarılan netice şudur: Vâzı'-ı kanun tarafından müesses, sarîh teminatın fikdânı halinde dahi kaza-yı idarî, idarenin kararlarına ve idarî ef'âl ve harekâta karşı efrâdın hukukunu sıyanet edebilecek müessir vesâite mâlik bulunmaktadır. Bu sahada büyük kaideler tesis etmiş olup bunlar tedvin edilmiş olmamakla beraber kavânîn-i mektube derecesinde kıymet iktisap etmişlerdir.

III

Kaza-yı idarînin diğer memleketlerde haiz olduğu faideleri Türkiye'de gösterbilmesi için amelî nokta-i nazardan mahzurlar bulunup bulunmadığını kısaca tedkik edelim. Malum olduğu üzere kaza-yı idarî sistemi, Avrupa'da birçok memleketlerde taammüm etmiştir. Bu sistemi İnkılâb-ı Kebir'den beri Fransa kabul etmiş bulunuyor. Almanya'da zaten mevcut olan bu tarz; 11 Ağustos 1919 Weimar Kanun-ı Esasîsi'nin 107'nci maddesi ile teyid ve takviye edilmektedir:

“Alman Devleti ve Hükümât-ı Müttehide dahilinde efrâdı, şu'abât-ı idarenin emirlerine ve kararlarına karşı sıyanet ile mükellef idarî mahkemeler kanuna tevfikân teşkil edilecektir”¹³.

¹³ Almanya'da kaza-yı idarînin faaliyeti hakkında müellif Labande['nin] *Alman İmparatorluğunun Hukuk-ı Âmmesi* ünvanlı eserine müracaat.

Avusturya'da kaza-yı idarî teşkilatı vardır (13 Teşrînisâni 1920 Kanun-ı Esasîsi). Burada idarî mahkemenin selâhiyeti; federal, eyalet ve komün şû'abât-ı idariyesinin emirlerine ve mukarrerâtına şâmilidir. Her vatandaş, idarî bir emir veya karar ile hukuku ihlal edildiğini bu mahkeme huzurunda dermeyeran edebilir.

Polonya'da 17 Mart 1921 Kanun-ı Esasîsi'ne tebe'an ve 2 Ağustos 1922 tarihli kanuna tevfiқан bir idarî mahkeme-i âliye teşkil edilmiştir. Bu mahkeme-i âliye, reis-i cumhur tarafından tayin edilen bir reis ile azâlarından mürekkeб ve idarî mahkemelerin en büyük merciidir.

Polonya'daki bu mahkeme-i âliye, idarenin ittihaz ettiği tedbirleri fesih ve iptal edebilir; bu takdirde idare, mahkeme-i âliyenin kararında mündemic ahkâmдан mülhem olarak yeniden tedbir ve karar ittihaz etmek mecburiyetindedir.

Finland ve Baltık devletleri kaza-yı idarî sistemini kabul etmişlerdir; İspanya da bu tarza iltihak etmiştir.

İsviçre'de yeni bir referandum kaza-yı idarî lehinde tecelli ettiğinden mesele el-yevm hararetle ihtilaflara mevzu teşkil etmektedir.

Türkiye'de iki nev' kaza sisteminin şiddetli bir muhalefete maruz kalacağını cidden zannetmiyoruz. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve vâzî'-ı kanun bu sistemi kabul etmiş bulunuyor. Türkiye'de tedrisat-ı ilmiye de buna lehdardır. Bununla beraber muhtemel bazı itirazlara cevap vermeye çalışalım: Mösyö Jacquelin'in nazariyatına istinad ederek tefrik-i kuvâ esasını ileri sürülür ve hakim müstakil olarak bütün kaza sahasında selâhiyetdar olması lüzumu dermeyeran edilir ise bu itiraz Türkiye için acaba ne dereceye kadar vâriddir? Evvela vahdet-i kazanın tesisi için Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda tadilat icrası zaruri olacaktır; diğer taraftan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun hakiki tefrik-i kuvâ esasına tâbi bulunmadığı tahattur edilmelidir. Binâenaleyh kanunun mutlak surette kabul etmediği bir prensip, kaza-yı idarî sistemi ile ihlal edilmiş olmuyor. Görülüyor ki Jacquelin taraftarlarının Fransa için vârid olabilen itirazları Türkiye için bütün kuvvetini kaybetmektedir¹⁴.

Mahkeme-i Temyiz ile Şura-yı Devlet arasında ihtilafât hudûsundan, aynı mesele hakkında şu iki mahkeme-i âliyenin birbirine zıt kararlar vermesinden korkmaya mahal var mıdır? Eğer selâhiyet noktaları iyice tayin edilmiş olursa bu gibi ihtilaflar

¹⁴ İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesinde *hukuk-ı âmme* tedris eden muhterem refiklerim Müderris Muslihiddin Âdil [Taylan], Reşid [Turnagil], Muammer Râşid [Seviğ] ve Midhat [Metya] beyler iki nev' kaza sisteminin lüzumunu ve Fransız Şura-yı Devleti'nin yüksek kıymet-i kazaiyesini beyan etmektedirler.

pek nadiren zuhur eder. Mamafih kanunun muhtelif mahiyette mahkemelere aynı hukukî prensipleri ve müessesâtı müdafaa ve teyid selâhiyetini bahşettiği derpiş edilirse yek-diğerinden müstakil bulunan bu mehâkimin içtihadâtı ve mukarrerâtı arasında ihtilafların zuhuru mümkündür. Aşikârdır ki bunlardan her biri eserine kendi zihniyetinin damgasını basacaktır. Böylece iki tarz mukarrerâtın inkişafına şahit olmak tabiidir ve aynı prensibe tatbikatta verilen muhtelif mânalar, bu müessesâtın hususî temayüllerini irae ederler. Kanun, hukukî bir mefhuma ait mücmel hükümleri ihtiva eder. Hakim bunun muhtevasını izah ve tesbit ile mükelleftir. Mahkeme-i Temyiz ile Şura-yı Devlet'in takdir ve tefsir kudretlerine binâen aynı meseleyi muhtelif tarzda muhakeme etmeleri şâyân-ı hayret görülmemelidir. Her birinin kuvve-i takdiriye ve tahliliyesi başka olduğundan muhtelif telakkilerde bulunabilirler ve her biri müstakil bulunduğundan kendi içtihadına ve mukarrerâtına sadık kalır. Bununla beraber Mahkeme-i Temyiz, vakit vakit içtihadını tadil ederek mukarrerâtını tebdil ettiği gibi Şura-yı Devlet de aynı tarzda hareket eder. Mesela Fransa'da Şura-yı Devlet son zamanlara kadar muhalif bulunduğu hasar (*risque*) esasına müstenid mesuliyeti ahîren kabul etmiştir. Pek nadir zuhur eden bir vaziyete büyük ehemmiyet atfetmeyelim; yalnız birkaç taş noksan olduğu bahanesiyle bütün bir binayı yıkmayalım. Bu mahzurun teknik itibarıyla mükemmel olan kaza-yı idarî sisteminin inkişafına mâni olduğu ispat edilmemiştir. Bundan mâadâ, Şura-yı Devlet; men'-i muhakeme kararlarıyla, mehâkim-i adliyenin daire-i selâhiyetine dahil bulunan vakaları bertaraf etmek hususunda azimkâr ve mütebassır da[v]ranmaktadır. Bu suretle anlaşılıyor ki ihtilaf tekevvünü ihtimalini ve mahzurunun ı'zam etmemelidir ve bu mahzur başlı başına iki nev' kaza esasını mahkum edecek kuvveti haiz değildir.

Bu bâbdaki tezimizi cerh etmek için başka kuvvetli bir delil belki de şu noktada bulunabilir: Hâlihazırda idarî ve adlî mahkemelerin müteakabil selâhiyetleri tam bir surette tayin ve tahdid edilmiştir ve Türkiye'de bu selâhiyetlerin hududunu çizmekle mükellef ayrıca bir merci (*organe*) yoktur; tabir-i diğerle "Mahkeme-i İhtilaf" (*Tribunal des Conflits*) mevcut değildir. Fî'l-hakika muhtelif mahiyette mahkemelerden her birinin aynı mesele hakkında kendilerini selâhiyetdar addetmeleri yahut bilakis aynı meselenin rü'yeti hususunda kendilerini selâhiyetdar addetmedikleri ahvâl vâkidir; bu takdirde meselenin hall-i rü'yeti ile vazifedâr mahkemeyi tayin edecek ve her iki nev' kaza sisteminin fevkinde bulunması icab eden yüksek mercie ihtiyaç derkârdır. Her iki nev' kaza teşkilatı arasındaki müsavat ve bunların istiklali prensipleri, bu kuvvetlerden birinin tayin-i mer-

cide hakim-i mutlak olmasına mânidir, keza böyle ihtilafatta reis-i hükümetin hakem ittihaz edilmesi de muvafık değildir. Belki de her iki kuvve-i kazaiyenin mümessillerinden mürekkep bir heyete meselenin tevdiî münasıptır; bu takdirde Mahkeme-i Temyiz azâsı, Şura-yı Devlet azâsı ile müntehab bir mahkeme halinde ictimâ eder ve aralarından intihap edecekleri zâtın riyaseti altında müzakere eder ve hüküm verirler.

İhtilaf halinde takip edilecek usule gelince: Bir “departman valisi” (*préfet*) bir mahkemenin vazife ve selâhiyeti bulunmadığı kanaatine tebe’an vâzı’u’l-yed olduğu meseleden haberdar olunca mezkur mahkemeye bir muhtıra (*mémoire*) ile müracaat eder ve mahkemenin meseleyi, vazife ve selâhiyeti haricinde bulduğuna karar vermesini talep eder ve bu bâbda esbâb-ı müdellele serdeder. Bunun üzerine mahkeme, “*préfet*”nin serdettiği delilleri nazar-ı dikkate alarak karar vermekle mükelleftir. Mahkeme kendini vazifedâr ve selâhiyetdâr addederse ihtilaf tekevvün etmiş demektir. Bu takdirde karar-ı mezkura itiraz edilir ve İhtilaf Mahkemesi meseleyi hall ü fasl eder, yani valinin talebini ya kabul veya iptal eder. Görülüyor ki ihtilafların halli için ihdas edilen bu mekanizma pek sadedir. Türkiye’de vâzı’-ı kanun henüz, Mahkeme-i İhtilaf teşkilatı derpiş etmemiştir. Keza valilere ihtilaf halinde hakk-ı müracaat ve itiraz da bahşetmiş değildir. Bu bir noksandır, fakat pek muvakkat bir zamana münhasır bir noksan olarak sayılabilir. Mahkeme-i İhtilafa azâ sıfatıyla dahil olmak ancak fer’i bir vazife teşkil ettiğinden şahıs itibariyle kadronun tevsi’i mevzubahis değildir. Bu suretle vâzı’-ı kanun ahenkdar bir surette vücuda getirdiği kaza-yı idarî teşkilatını, şu son Mahkeme-i İhtilaf müessesesi ile ikmal etmiş oluyor. Türkiye’de şu son müessesenin fikdânı, kaza-yı idarî aleyhinde bir delil olarak istimal edilemez. Herkesin lüzum ve ehemmiyetini takdir ettiği Mahkeme-i İhtilaf, şüphesizdir ki az zaman sonra vücûda getirilecektir¹⁵.

Hükümetin ve idarenin meşruiyeti ve kanuna mütâba’atını temin eden şu ma’kul ve mantıkî sistem reddedildiği takdirde onun yerine ikame edilecek şekil ne olabilir? Muhtelif tarihî hadisâtın mahsulü olan veyahut mütereddît ve gayr-ı mütekemmil kuvve-i teşriyelerin eseri bulunan mutavassıt eşkâli numune ittihaz

¹⁵ Yeni Şura-yı Devlet’e hücum etmek için Osmanlı İmparatorluğu’na ait Şura-yı Devlet eserini tenkid etmek ve ileri sürmek doğru değildir. Her iki müessese arasında esaslı farklar bulunduğu göz önünde tutulmalıdır. Artık hakimlerin doğrudan doğruya kabiliyet-i icraiyesi bulunması esası (*la justice retenue*) ref edilmiştir. Bütün teşkilat en yeni esasât-ı hukukiyeye tevfiikan vücûda getirilmiştir. Eski Şura-yı Devlet müessesesi esaslı (*organique*) bazı nevâkısı muhtevi bulunuyordu. Bu şerait dahilinde en iyi hukukşinasların vücûda getirebilecekleri eserde bittabi nâkıs olacaktı. Şurasını da ilave etmeli ki cumhuri bir rejimin hakimlere gösterdiği hürmet ve itaat, yeni kanunun zihniyetini izah eder.

etmek vârid-i hâtır olamaz. Bu mutavassıt şekiller; vatandaşların idare ile olan münasebetinde onların hukukî vaziyetlerini memnuniyet-bahş bir surette temin etmekten pek uzaktadırlar. Binâenaleyh iki şıktan birini intihap etmek zarureti karşısındayız:

1- Ya kaza-yı idarî kâmilen (gerek iptal ve gerek muhakemât kısımları) mehâkim-i âdiyeye tevdi edilir. Bu suretle kanunun el-yevm kabul etmiş olduğu idarî ve adlî kaza sistemi terk edilerek vahdet-i kaza esası tatbik edilir. Bu hal muamelat ve selamet-i idareyi tamamen ihlal edebilecek mahiyettedir. Zira bu takdirde hakim-i âdî, “idare”ye iştirak edecek, idarî emirleri ve mukarrerâtı iptal, tebdil veya ısdar edecek ve bi’n-netice idarenin kuvvetli bâzusu az zaman zarfında ortadan kaybolacaktır. Tekrar edelim: Türkiye büsbütün başka esaslara müsteniddir ve Anglo-Sakson rejiminin tatbikinde Fransa ne kadar gayr-ı müsait vaziyette ise Türkiye de aynı mevkiindedir. Siyasî ve idarî merkezîyet usulü, vahdet-i kazanın kabulü aleyhinde en kuvvetli bir delil teşkil eder. Şurasını da ilave etmelidir ki Anglo-Sakson memleketleri dahi, kuvve-i âmmenin mesuliyeti nazariyesini pek nâ-tamam bir surette tatbik etmektedirler, zira devletin şibh-i cürmden mütevellid mesuliyetini tanımıyorlar.

2- İkinci şıkkı göre kaza-yı idarî kâmilen lağvedilmeyip belki de icraî mukarrerâtın fesih ve iptaline hasredilir. Bu halde idarenin mahkumiyetini istilzâm eden de‘âvî; hakim-i âdiye tevdi olunur. İdarî mahkemelerin vazife ve selâhiyetleri de ancak kanunî maddelerin sarîh ahkâmına tevfikân ve hasren tayin edilir. Bununla beraber mehâkim-i adliye tazminata müteallik idarî mesâilî rü’yete kalkışıyorsa nasıl bir vaziyet olur? Bu takdirde hakim-i âdî, icraî tedâbire ve icraî kararlara tevessül edemeyecek bir vaziyette bulunur: Her an ihtilaf halindeki usul-i muhakemeye teşebbüs edilir ve böylece idareye karşı ikame edilen tazminat davaları her dakika atalete uğratılır. Hakim-i âdî, idarî muamelat ve hareket hakkında tam bir kuvve-i takdiriye haiz olmadığından mânialara uğrar. Bu hal bir eser-i terakki diye kabul edilebilir mi? Henüz idarî mahkemeler teşkil edilmeden evvel, adlî mehâkimin idarî davaları rü’yet ve halle mecbur olduğu devrin tecrübeleri kâfi addedilmez mi? Kanaatimize göre hakim-i idarînin hürriyet ve istiklalini muhafaza ederek tazminat davalarında kuvve-i takdiriyesini istimal etmesine imkan bırakan kaza-yı idarî sistemi her vechile müreccah ve şâyân-ı tavsiyedir.

Belçika’da kuvve-i adliye, bu gibi mesâilde vazife ve selâhiyeti haiz olup hususî idarî mehâkim dahi işbu kuvve-i adliyeye tâbidirler. Mamafih Belçika’da mehâkim-i adliye, Anglo-Sakson sisteminde olduğu gibi faal idareye karşı ısdar

edilmiş kararlar (*bills d'injonction*) ve beyannameler (*writs*) ile müdahale selâhiyetine malik değildir. Görülüyor ki mahirâne tanzim edildiği zannedilen bu sistem, hakikat-i halde, idarî mukarrerâta karşı vatandaşlara hiçbir fiilî ve müessir tarik-i müracaat bahşedemiyor. Belçika mukarrerât-ı mehâkimi ispat etmiştir ki devletin mesuliyeti bahsinde hakim, kanun-ı medenînin ahkâmını zorlayarak birtakım nâ-kâfi nazariyelere müracaat etmek mecburiyetinde kalmış ve ancak bu suretle Fransız Şura-yı Devleti'nin vâsıl olduğu neticelere yaklaşmaya çalışmıştır.

Şu muhtasar izahâtın bizi îsâl ettiği netice neden ibarettir? İki nev' kaza sistemi bize göre hukukun umumi bir terakki ve tekâmülünü ifade etmektedir. Bu sayede idarenin meşruiyete ve kanuna ittibatı ve efrâdın hukuku ve menâfii hakiki surette temin edilir. İdarî hakim, devlet ile efrâd arasındaki münasebâttan mütevellid mesâilin hakka göre hall ü faslında hakim-i âdîden ziyade haiz-i ehliyettir. Kaza-yı idarî müessesesinin Türkiye Cumhuriyeti için yüksek bir kıymet-i hukukiyesi olduğuna kanaat etmekteyiz.