
İDARENİN KAZİYEİ MUHKEMEYE RİAYETİ

**İdareyi mahkûm eden, kazâî kararların icra edilmemesi
veya icralarının geciktirilmesi.**

I — MESELENİN VAZ'I:

Mesele önümüze şu şekilde çıkmaktadır: 1 inci hal) İdarî veya adlî bir mahkeme tarafından, kazâî bir karar veriliyor. Kazîyei muhkeme halini alan ve yerine getirilmesi icap eden bu karar, devleti veya idare hükmi şahıslarından birini, bir meblâğı ödemeğe mahkûm ediyor. 2 inci hal) İdarî bir mkhkeme, devleti veya bir idare hükmi şahsını "gayri kanunî bir şekilde işinden çıkarılan bir memurun, iadei memuriyeti gibi,, bir muameleyi yapmaya, mahkûm ediyor.

Olabilir ki idare "tahsisat olmaması, müdafaa edilen noktai nazarda ısrar, gayri kanunî tedbiri almış olan mafevkin otorite ve gururu gibi,, herhangi bir sebepten, aleyhine hükmolunan meblâğı ödemez (1 inci hal) veya muameleyi icra etmez (2 inci hal). Bu faraziyelerde idare, nadiren bu hareketinin esbabı mucibesini göstermekte, pek nadir olarak bunu diğer tarafa bildirmekte ve ekseriya da sakit kalmaktadır. Bu gibi hallerde, mutazarrır şahıs, hakkının yerine getirilmesi hususunda ne gibi vasıtalara müracaat edebilir?

İç âmme hukukunda, son derece münakaşa edilmekte olan bu mesele, beynelmilel âmme hukukunda da diğer bir bakımdan münakaşa edilmektedir. Beynelmilel adalet divanının kararlarını nasıl icra ettirmeli?

Davayı kaybeden şahsı zorlamak icap ettiği zaman, idare, mütemerride karşı, âdi icra yolunu kullanmaktan geri kalmaz; ve birçok hallerde, hâkimin tavassutuna müracaat etmeksizin resen hareket kudretine dahi maliktir.

Fakat idarenin mahkûmiyeti halinde vaziyet ne olacak?

İlkönce, idarenin adliye karşısındaki muhtariyeti yüzünden, hâkim zor kullanmak ve emir vermek kudretine malik değildir. Saniyen, cebir salâhiyeti münhasıran idareye aittir; ve nihayet emvali umumiyetle hacze tâbi olamaz.

Ancak, bilmemiz icap eder ki devlet daima hukuka riayet-kâr (*Honnête homme*¹) dır; ve kararı verilen mühlet içinde tamamen icra eder. İdare ajanlarının, hukuk karşısındaki vazifeleri, kararı gözönünde tutmak ve icrası hususunda, icabeden her şeyi yapmaktır. Kendisini müdafaa için, bütün kauunî vasıtaları kullanmasına rağmen, hasım tarafın noktai nazarı galip geldi ise, idare, hukuka bağlılığın bir timsalini teşkil eder. Böyle olmasaydı, temini yüz yıllara mal olan, hukukî himaye mekanizması, lüzumsuz bir hale gelirdi.

Bununla beraber, bazı istisnaf hallerde, lehine hükmolunan, elinde icra ilâmı bulunan şahıs mükerrer taleplerine rağmen, alacağını istifaya, veya işten çıkarılmasını intaç eden idarî muamelenin kaldırılmasına muvaffak olamaz. Çünkü, suiniyetle karşılaşmıştır²).

Kanun metinleri, bu vaziyeti ne dereceye kadar aydınlatmışlar, bu hususta içtihat ne gibi vasıtalarla teessüs etmiş ve nihayet mesuliyet, idare hükmî şahsı ile suçlu memur arasında nasıl paylaştırılmıştır (*idarenin bu hususta aldığı vaziyet, suiniyetin ferdileşmesi*)? İşte, Fransız, İtalyan, Türk, Yunan, Bulgar ve Rumen hukukları bakımlarından tetkik edeceğimiz meseleler:



II — FRANSIZ HUKUKU:

Malûmdur ki, Fransız hukuku, idarenin mesuliyetini geniş bir şekilde kabul etmiş ve bu hususta en ileri gitmiştir. Geniş bir

1) İçtimaiyat dilimizde "honnêt homme", tâbirinin karşılığı "müstakim adam" dır. Bu, hukuk ve ahlâka bağlılık ifade eden sosyolojik bir tiptir.

Ç. N.

2) Nazarı itibara aldığımız faraziye, icrada sui niyettir. Burada, Couiteas

içtihat, yalnız idarî kusuru değil, basit objektif bir zararı dahi müeyyidelendirmektedir. Âmme hizmetleri, sıkı bir murakabeye tâbi tutulmakta, hizmetin fena görülmesi yüzünden doğacak zararlardan dolayı, Şûrayı Devlet idareyi insafsızca mahkûm etmektedir. İdare hükmî şahısları aleyhine verilen mahkûmiyet kararlarının sayısı son derece artmıştır. Evvelâ, bu kararlardan birinin istisnâî olarak icra edilmemesi halini, malî mahkûmiyet ve iadei memuriyet bakımlarından, ayrı ayrı tetkik edelim:

A — Malî mahkûmiyet hali:

a) Bu hususta, bazı hallerde, idarî vesayet yollarından istifade edilebilir. Bunlar, icrası icap eden ilâma malik olanın karşısında, borçlu bir departmanın veya bir komünün, yani ademi merkeziyete tâbi bir idarenin bulunduğu hallerdir.

Bu gibi hallerde merkez, prensip olarak, borcu mahallî idare bütçesinin zarurî masraflar kısmına resen ithal edebilir. Bu masraflar arasında, mezkûr idareler aleyhine verilen malî mahkûmiyetler de yer almaktadır. 10 Ağustos 1870 tarihli kanunun 30 Haziran 1907 tarihinde tadil edilen 60 ve 61 inci

davasına mevzu olan hali, bu faraziyenin tam bir örneği olarak gösteremeyiz (C. E. 30 Nov. 1923. S. 1923. 3. 57. N. Hauriou). Davanın tafsilâtına girmeksizin, hatırlatalım ki, M. Couiteas bir hukuk mahkemesinden, mülküne, haksız yere yerleşen şahısların çıkarılmasını mutazammın iki karar almış, fakat kabilelerin mühim kargaşalıklar çıkarmasından ve boş yere kan dökülmesinden çekinen Tunus Fransız makâmı bu kararı icradan imtina etmişti. Couiteas Fransız Hükûmetinden tazminat istemiş fakat bu talebi hariciye vekili tarafından haksız yere reddedilmişti. Bunun üzerine Couiteas red kararına karşı Şûrayı devlette bir dava açmıştı. Yüksek idarî mahkeme "usulü dairesinde icra formülünü haiz bir adli karar almış olan davacının, bu suretle kendisine verilen ilâmın icrasını temin hususunda, âmme kudretinin tavassutunu istemek hakkına malik olduğunu ve eğer bu ilâmın icrası şartlarını takdir etmek Hükûmetin vazifesi dahilinde ise ve nizam ve emaiyet için bir tehlike mevcut olduğunu nazarı itibare alarak, zabitanın bu işe müdahalesini reddetmek salâhiyeti varsa, muayyen bir müddeti tecavüz ettiği takdirde, bu red yüzünden doğacak zararın, tabii olarak, alâkadara raci olamayacağını, kolektiviteye yüklenecek olan bu mükellefiyetin hududunu tayin hakkının hâkime ait olduğunu, beyan etmiş ve bu halde müddeinin "umumî menfaat için" maruz kaldığı zarara mukabil, malî bir tazminat isteyebileceğine, karar vermiştir.

maddelerinde, departmanlar hakkında şu hüküm mevcuttur: Eğer, bir umumî meclis, âdi veya fevkalâde masrafların karşılanması veya tediyesi icap eden borçların ödenmesi hususunda, bütçeye kâfi tahsisat konmasını ihmal veya reddederse, bu tahsisat umumî idare nizamnamesi şeklinde verilen bir kararname ile, resen bütçeye konulur.

Komünlere gelince; 5 nisan 1884 tarihli kanunun muaddel 149 uncu maddesi, bu hususu üç muhtelif şekilde hallediyor: "10.000 Frankı aşan meblağlar için, Cumhurreisinin kararnamesiyle; 10.000 den aşağı meblâğlar için valinin kararile, bütçenin zarurî masraflar kısmına resen ilâveler yapılır". Belediye reisinin, mahkemece verilen bir icra ilâmı gibi, muntazaman müsaade ve tanzim olunan bir masrafı reddetmesi halinde, vali belediye reisi yerine, komün mallarının cebri satışını emredebilir. Âmme hizmetine tahsis edilmiş olan kısımlar müstesna olmak üzere, komün emvalinin satılığa çıkarılmasını istilzam eden bu cebri satış kararının icra edilmemesi halinde, Cumhurreisi bir kararname ile, satışı tayin eder.

İşte, idarî vesayet yolundan istifade hususunda, elimizde bulunan metinler! İlk olarak göz önünde tutmamız icabeden nokta, bu yoldan istifade için, borçlu idarenin hiyerarşiye dahil, yani idarî vesayete tâbi bulunması zaruretidir. Bununla beraber, idarî vesayeti kullanacak makamların, bu hususta sakit kalmaları da mümkün olduğundan, mesele tamamen halledilmiş olmuyor. Bu gibi hallerde, idarî vesayeti kullanacak makamı zorlamak mümkünmüdür? Hayır, diyeceğiz; çünkü, Devlet Sûrası, bir kararında (*Arrêt Daraux du 26 juin 1908*) bir meblâğın resen bütçeye ithali keyfiyetinin, zecrî bir tedbir olduğunu, mafevk idarenin ise, kararlarının yegâne hakimi bulunduğunu, komün ve departman gelirlerinin taktiri munhasıran idareye ait olduğunu beyan etmiştir. Bu ise tatmin edici bir hal çaresi değildir; metinler nisbî bir mahiyet arz etmektedir. Bunların, ancak ademi merkeziyete tâbi, bazı âmme hükmî şahıslarını alâkadar etmekte olduklarını da göz önünde tutmamız icabeder.

b) Acaba, bu hususta, başka hal yolları var mıdır?

Âmme müesseseleri gibi, tamamen ademi merkeziyete tâbi uzuvlara, veya vekiller gibi, idari vesayet haricinde kalan makamlara karşı nasıl hareket edilecektir? Bu hususta hiç bir

kanun metnine tesadüf etmiyoruz. Bu vaziyet karşısında, idare hakimi bir neticeye varabilir mi? Hayır ; buna kendisi de aynı cevabı veriyor : " İdarî kazanın bütün yapacağı şey, icra edilmeyen bir mahkûmiyet kararına karşı, ikinci bir mahkûmiyet kararı vermek ve böylece kararları tekrarlamaktır, " diyor. Görülüyor ki, idare borcunu ödemek istemediği takdirde, alacaklı hiç bir icra yoluna malik değildir ; yani müeyyidesiz kalmaktadır.

B — Bir muameleyi yapmağı veya yapmamağı tazammun eden mahkûmiyet kararının icra edilmemesi, hali :

Salâhiyet tecavüzüne müsteniden, açılan bir dava neticesinde, bir idarî karar iptal ediliyor ; fakat idare, ortadan kalkmış bulunan bu muameleyi tatbikte devam ediyor. Bunun üzerine, alâkadar, idarî kazanın, kanunun ihlâli [1],[2] telâkki ettiği, kaziyemuhakemeye riayetsizlik sebeble, yeni bir dava ikame ediyor. Hakim, iptal kararile kabili telif olmayacak hiç

[1] Bütün hukuk kaideleri, umumî mahiyette kararlar olduğundan, burada " kanunun ihlâl " inden bu kaidelerden birinin ihlâli kastedilmektedir.

[2] Bazı haller de vardır ki, bunlarda kaziyei muhkemeyi tanımayan bir idare hâkimidir (C. E. 8 juillet 1904 Botta S. 1905. 3. 81) . Devlet Şûrasının, Divanı muhasebat kararlarının temyiz mercii olduğu malûmdur. Bu sebepten, Divanı muhasebat bir dava hakkında hüküm verirken, kanuniyet meselelerini nihai olarak halleden, Devlet şûrası kararlarına bağı kalmak mecburiyetindedir. Divanı muhasebatın, bir muhasebecinin yolsuz ve menfaati icabı ita emri verdiği hükmederek, bu meblâğın muhasebeci tarafından ödenmesini mutazammın kararı, Devlet şûrasınca ita emrinin usulü daireesinde verildiğine müsteniden] iptal edilmiş, fakat divan, şûra kararına mavzu teşkil eden hukukî noktadan kaziyei muhkemenin otoritesini tanımamış ve itası Şûraca muteber görülen meblâğları, muhasebeci tarafından gösterilen masraf listesine, red edilmiş bulunan hukukî vasıtalara dayanarak, ithal etmemekle salâhiyat tecavüzünde bulunmuştur.

Eğer karar, adli kaza tarafından verilmişse, idare bazan bu kararı kabul etmemekte ve adli kuvvetin idareye müdahale ettiğini, adli ve idarî kuvvetlerin ayrılığı prensibinin ihlâl edildiğini ileri sürmektedir. Fakat faal idarenin muhtariyeti prensibi ne olursa olsun, kaziyei muhkemenin otoritesi kaidelerini bertaraf edemez (Concl. Corneille sous Toesca) ve idarenin buna tamamen bağı kılması icabeder. Kaziyei muhkemenin icrasının reddi karşısında, idare edilen

bir muamelenin, iptal edilen muameleye müşabih dahi olsa, yapılamıyacağını beyan etmektedir. Zabıtaca alınan bir kararın

idarî kazaya müracaat hakkına maliktir. Bu belki de müessir bir tedbirdir. Burada, bir kaza sisteminden, diğer bir kaza sistemine geçiş ve bununla temin edilen faydanın bir misali görülmektedir. Toesca kararında, bir vali sulh hâkimi tarafından verilen bir kararı icradan imtina ederek, bir yardım cemiyeti toplantısına mani olduğundan, Devlet şûrası, kaziyel muhkemenin kanuniliğini ihlâl eden valinin bu kararını iptal etmiştir. (C. E. 8 août 1919 R. P. 740 R. D. P. 1919 p. 505 Concl. Corneille).

Kaziyel muhkeme halini alan bir ceza mahkemesi kararının, idarî kaza üzerindeki tesirinin ne olduğu da cayı sualdir. İdare hâkimi, bir ceza mahkemesi kararı mevcutken, bu kararla alâkadar bulunan bir davanın halli hususunda kararı bir tahkikat unsuru olarak telâkki edip hükmünü kendi tahkikatına göre mi vermelidir, yoksa kaziyel muhkemenin otoritesi dolayısıyla bu hususta bütün şahsî tahkikattan kendisini hariç mi tutmalıdır?

İdarî mahkemelerin ceza mahkemeleri kaziyel muhkemelerine riayetinin müdafaası hususunda, hukuk mahkemelerinin cazâ kaziyel muhkemeye riyeti lehinde ileri sürülen mülâhazaları tekrar edebiliriz: Bu da, esaslı tahkikat usullerile, son derece itina ile yürütülmüş cezaî tahkikata bağlı bulunan kararlara ve kanunî hakikat karinesine mütenâkıs kararlar verilmesi tehlikesidir. Filhakika, idare hâkimi, ceza hâkiminin malik bulunduğu, son derece geniş ve esaslı tahkikat vasıtalarına malik değildir.

Fakat burada, ceza mahkemelerinin idarî kazadan ayrılışının, aynı yüksek kazaya (yani temyize) tâbi bulunan hukuk mahkemelerinden ayrılışından tamamen farklı olduğu ve idarî kazanın istiklâli prensibinin tehlikeye düştüğü itirazı ileri sürülemez mi? Fikrimizce, böyle bir mülâhazaya bağlı kalmak doğru olmaz. Filhakika bir idare mahkemesi kararının esaslı tahkikat neticesinde bir ceza mahkemesi kararının yanlışlığını ortaya koyması daha ziyade teessüf edilecek bir haldir. (C. E. 12 juillet 1929 Vesin S. 1930 3. 2 , M. Waline et R. D. P. 1931. 326 Concl. Latournerie) "İdarî kazayı ceza kaziyel muhkemesine riayetten istisna edecek hiç bir sebep görmüyoruz. Filhakika, kuvvetler ayrılığı prensibinin yanlış tefsiri yüzünden (Ratione materiae " vazife „) madde itibarile salâhiyeti dahi bertaraf edebilecek bir kıymet arzeden kanunî bir kaide ve karine tenakusa düşürülmüş olacaktır. „

Kaziyel muhkemenin otoritesi kaidesi, hukuk nizamının temellerinde, kuvvetler ayrılığı prensibinin esas teşkilât bakımından haiz olduğu kıymetten daha az bir kıymeti haiz değildir. Bilhassa sosyal emniyet yolunda, kaziyel muhkemenin gayesi herkesçe malûm olan kaideye göre medenî hâkimi bağla-

iptalinden az bir zaman sonra, yeni bir kararla evvelkine müşabih bir tedbir alınmış; Devlet Şûrası bu muameleyi de iptal etmiştir (*C. E. 24 janvier 1902 R. P. 41 Demoiselle Noualhier*). Bunun gibi idare, bir umumî yollarda yapı ruhsatıyesini gayrı kanunî olarak geri aldığından, Devlet Şûrası bu kararı iptal etmiştir. Bu iptal kararını müteakib alâkadar makam aynı neticeyi, zahiren daha kanunî gibi görünen, diğer vasıtalarla elde etmek istemiş, işi tekrar ele alan Devlet Şûrası ahval ve şeraitin değişip değişmediğini tetkik etmiş ve hiç bir değişiklik görmediğinden, bu yeni muameleyi de kaziyei muhkemenin ihlâli sebeble, iptal etmiştir. Fakat idarenin, mahkûm olmak hususundaki bu ısrarı, kendisine isteğini çıkmazda elde etmek imkânını vermektedir.

yan [*] ceza hâkimi kararlarının zarurî itihar ve otoritesini korumaktır. O halde, karara esas teşkil eden, doğruluğunu gösteren ve ayrılmaz bir şekilde bağlı bulunan vâkıalar hakkında kaziyei muhkemenin mevcudiyeti bütün kazai yolları kapamaktadır. Böyle bir davaya bakan diğer hâkimin rolü ise, kaziyei muhkeme ile tespit edilmiş bulunan vâkıaları müktesep addetmek, ancak hükümüne müessir olacak diğer vâkıaları da nazarı itibara almaktır. İşte mesele : bir ordu müteahhidi, taahhüt ettiği malzemesin mahiyet ve evsafı üzerinde hilekârlık ettiğinden, Divanıharp tarafından mahkûm ediliyor ; zaman geçiyor, idarî bir davada Devlet aynı müteahhidin bu hilekârlığını ileri sürüyor ve suçun bir ceza mahkemesince (Divanı Harp) verilen mahkûmiyet kararile tespit edilmiş bulunduğunu iddia ediyor. Müteahhit böyle bir hile yapmadığını ve Divanı Harp kararının bu davaya şâmil olamayacağını iddia ettiğinden Devlet Şûrası mevzu bahis kararile, Divanı Harp kaziyei muhkemesinin otoritesi sebeble M. Waline'nin ne taahhüdünün ifası hususunda hilekârlık etmediği ve ne de bu hilekârlığının Devlete bir zarar vermediği hakkındaki iddialarının kabul edilemeyeceğini „ beyan ediyor. Bu suretle Fransız idarî içtihadı cezaî kaziyei muhkemenin idare mahkemeleri karşısındaki otoritesini tespit etmiş bulunuyor. (voir l'analyse qu'a fait de cet arrêt M. Waline loc. cit.)

[*] Ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimini bağlaması keyfiyeti Fransız hukuku içindir. Türk hukukunda ise bu tamamen farklı bir mahiyet arzeder. Prof. Tahir Taner, Borçlar Kanununun 53 üncü maddesine istinat ederek ceza kaziyei muhkemesinin hukuk hâkimini bağlayamayacağını fakat ceza mahkemesince fiilin vukuuna ve maznun tarafından yapıldığına dair karar verilirse hukuk mahkemesinin bu kararla bağlı bulunacağı ve bu mahkemenin yapacağı şey, yalnız zararın bulunup bulunmadığına ve varsa miktarını tespitte taallük edeceğini söylüyor (Ceza Muhakemeleri usulü s. 125). (Ayrıca Prof. Mustafa Reşit Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi : s. 265 e bakınız).

Hâkimin bazı kararları neticesi, idarenin bir muameleyi yapması icabeder. Fakat bu kararlar, idarenin muhtariyetini ihlâl eden emirler olmayıp, vazih bir kanun hükmünün yerine getirilmesi hususunda bir ikaz mahiyetindedirler. Devlet Şûrasının, bir memurun usulsüz azledildiği hakkında, aldığı bir kararı [1] memurun iadei memuriyeti muamelesi mahiyetinde değildir. Bu salâhiyet tamamen idareye aittir. Bu karara rağmen memur vazifesine iade edilmemiş, ve bu husustaki teşebbüsleri neticesiz kalmıştır. Bunun gibi valinin bir umumî yolda yapı müsaadesi talebini reddeden kararı, Devlet Şûrasınca iptal edilmesine rağmen, vali müsaade vermemekte ısrar etmiştir.

Böyle bir vaziyette hâkim ne yapabilir? Bu hususta doktrin ne gibi bir hal çaresi düşünebilir? Hâkim idareyi, bir muameleyi yapmak veya yapmamak hususunda, icbar edemeyeceğini anlayınca, bilvasıta bir yol götmüş ve kaziyeyi muhkemeye riayetsizliğin, idarenin malî mesuliyetini intaç eden bir hal olduğuna karar vermiştir. Hâkim bu hususta yeni bir dava kabul edecek ve zararı takdir ederek idarenin malî mahkûmiyetine hükmedecektir. Bu halde, bir muameleyi yapmak vecibesi, bir meblâğı ödemek vecibesine tahvil edilmiş olacaktır (C. E. 1^{er} Mai 1931 *Giacomi S. 1932. 3, 22*). İşte bu suretle Devlet Şûrası vazifesine iade edilmeyen memurun talebini, kazayı kâmile tâbi bir dava halinde kabul ve bu yüzden doğan zararı tayin ediyor. Pek tabiidir ki bu karar da, zararın tazmini hususunda idareyi icbar edecek bir kudreti haiz değildir [2].

[1] Burada, gayrı kanunî bir şekilde tayin, terfi, açığa çıkarma, ve azil yüzünden zarara uğrayan memurlara borçlu bulunulan, malî tazminat hususunda, Fransız Devlet Şûrası içtihadının yeniden esaslı bir inkişaf göstermiş olduğuna işaret etmek isteriz. Deberle kararla (C. E. 24 mais 1933) Devlet Şûrası, memurun açıkta kaldığı müddet içindeki maaşının iadesi (ücret nazariyesi) yerine hakikaten uğradığı zararın tazmini (tazmin nazariyesi) yoluna gitmiştir. Bu ise daha muhik bir hal yoludur.

[2] Âmme hukukunda "cebir" in kabul edilemeyeşi, Fransız Devlet Şûrasının, 27 / İkinci kanun / 1933 tarihli bir kararının mevzuunu teşkil etmektedir (S. 1933. 3. 132). Hükümet komiseri Detton, ilk defa olmak üzere, bu meseleyi bütün sümuliyle tetkik ediyor. Medenî hukukta, borçlu, bir vecibeyi (para borcu müstesna) ifa etmediği takdirde, mahkeme bunun ifası için bir mühlet tayin edebilir. Bu mühletin tecavüzü halinde borçlu, geçen her gün

Bu içtihat yolu, ancak idarî vesayet hakkındaki metinlerin tatbiki imkânı bulunduğu taktirde, bir neticeye varabilir. Bununla beraber icranın teminine muvaffak olunmuş değildir. Denebilir ki bu da bir çıkmaza varmakta ve ancak idare patri-muvanına yeni bir mahkûmiyet yükletilmiş olmaktadır. Bir umumî yolda yapı ruhsatiyesinin haksız yere, verilmemesi yüzünden doğan zararın tazminine gidilecekmi dir? Muhakkak ki hayır. Bu hususta gayet tipik bir hale tesadüf ediyoruz: Bu hâdisede, kaziyei muhkemeyi tanımlayarak, iptal edilmiş olan muameleyi yorumlamanın tekrarlının idarenin muannidane ısrarını yenmek imkânı bulunmamıştır. Mesele *Fabregues* kararının mevzuunu teşkil etmektedir. (*C. E. 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 Sirey 1911 3. 121*): Bir belediye reisi, belediye korucusuna birbirini müteakip on kararla, on ay fasılasız olarak işten el çektiriyor. Halbuki, belediye reisinin işten el çektirme salâhiyeti en çok bir ayı geçemeyeceğinden, bu muameleyi haksız bulan Devlet Şûrası on kararı da birbiri ardına iptal ediyor. Fakat belediye reisi kaziyei muhkemeye bililtizam riayet etmiyerek her iptal kararını müteakip yeni bir karar alıyor. Korucu ise, ümitsizliğe kapılmaksızın, her defasında yeni bir istida ile Devlet Şûrasına müracaat ediyor. Devlet Şûrası istidaları kabul ile fasılasız tekrarlanan selâhiyet tecavüzlerini tesbit etmekten başka bir şey

için muayyen bir meblâğ ödemek mecburiyetindedir. Burada müessir bir ceza tehdidi görülmektedir. Acaba hâkim, idare ile bir âmme hizmeti mukavelesi yapmış bulunan bir müteşebbisi, yolsuz müsadere edilen bir şeyin iadesi hususunda icbar edebilir mi?

Hayır, çünkü âmme hukukunda hâkim ne idareye, ne de bir âmme hizmetinin başarılması hususunda kendisiyle bir mukavele yapılan ve bizzarure kendisine bu hususta bir iktidar bahşolunan "idare - âkitleri" ne emirler vermek ve cebir kullanmak salâhiyetini haiz değildir. Niçin? Çünkü âmme hukukunda taraflar aynı hukukî vaziyette bulunmazlar; hâkimin vazifesi, yalnız tarafların menfaatlerini ve umumî intizamı nazara almak değil, âmme hizmetlerinin revişine engel olmamak zaruretini de, bunlar kadar göz önünde tutmaktır.

İdare, âkitleri karşısında da, şartnamelerle temin ettiği, imtiyazlı bir mevkiî kazıdır; haciz, iskati hak, fesih, kefalet akçesinin irat kaydı salâhiyetleri gibi. Cebir, hususî hukukta, kabili tecviz bir tedbir ise de, âmme hukukunda, hukuka mugayir bir mahiyet alır ve hususî bir metin bulunmadıkça asla tecviz edilemez.

yapamıyor. **Hauriou** bu mesele hakkında " karar vermektan başka bir şey yapamıyan Devlet Şûrası ile, kazıyei muhkemenin otoritesini kale almıyarak hareketlerinde ısrar eden belediye reisi arasındaki bu düelloda, Devlet şûrası daha baştan yenilmiş bulunuyor,, demektedir. Bu sırada, kazıyei muhkemenin otoritesini ihlâl eden belediye reisinin, vali tarafından azledilmeği hak etmiş olmasına rağmen pervasızca vazifesine devam ettiği görölüyor. [1]

Bazı ajanların bu şekildeki hareketleri doktrine, kazıyei muhkemeye riayet etmiyen idare ajanının, şahsen mesul edilmesi fikrini verdi. Bazı hallerde idare, ajan hakkında disiplin müeyyideleri tatbik etmektedir. Fakat alâkadar şahıs da idare ajanını zarar ziyan hususunda takip edebilmelidir. Filhakika kararın icra edilmeyişinin saiki şahsî bir saik değilmi dir ? Aleyhinde verilen karar memurun gururunu da kıracağından kazıyei muhkemenin icrası yoluna gideceği çok daha muhtemeldir.

Fransız âmme hukukunun mesuliyet hususunda, hizmet kusuru *faute de service* ve şahsî kusur *faute personnelle* tefrikine istinat etmekte olduğu malûmdur. Eğer idare patrimuvanının mahkûmiyeti bir netice vermezse, o zaman şahsî mesuliyet yolundan istifade edilir. Fakat şahsî mesuliyetin tevcihi için suçlunun muayyen olması ve kusurun hizmetten ayrılabilir bir mahiyet arzemesi icabeder. Bu ise, bazı hizmetler için son derece güçtür. Bundan başka, idare suçluyu korumak isterse merci ihtilâfı ileri sürerek davayı, hizmet kusuru veya şahsî kusur olup olmadığı hakkında karar verecek olan, ihtilâf mahkemesine sevk ettirir. Ve ancak merci ihtilâfı dermeyan edilmemesi veya ihtilâf mahkemesinin, hizmetten ayrılabilir şahsî bir kusurun mevcudiyeti hakkında karar vermesi halindedir ki zarar gören şahıs, mütemerrit memuru, adli kaza karşısında doğrudan doğruya takip edebilir.

[1] Vesayet makamının bu hususta bigâne kalması, fransız idarî tatbikatının cidden teessüf edilecek bir eksikliklidir. Devlet Şûrası bu yüzden doğan boşluklara, geniş bir ölçüde çare bulmağa çalışmaktadır. Bu suretledir ki, devlet şûrası, idarî makamların ekser ahvalde hususî şahısların haklı mutalebelerini müdafaa edebilecek vaziyette olmalarına rağmen bunu yapmadıklarını görerek, davacının şahsî menfaati mevzubahs olmaması esbabı mucibesile, başka şerait altında reddedeceği davaları, daha kolaylıkla kabul etmiştir.

Fakat memur takip edilebilecek midir ? Hauriou'nun Devlet şûrası kararları hakkındaki notlarında pek ziyade iltizam ettiği, şüphesiz mahirane fakat pek az kabili tatbik olan, bu yol her halde vekiller hakkında tatbik edilemez (*Elections de Breuil - Perel 16 décembre 1908 s. 1909 3.65 et Fabrègues précité*). Hauriou diyor ki: " İdare ajanlarının şahsî mesuliyetleri cihetine göz atmak zamanı çoktan gelmiştir ; bu da iyi bir çaredir ; ve bilhassa idare aleyhine verilen bütün kararlar için müeyyide teşkil edecektir ; çünkü, kaziyei muhkemeyi ifa etmemesi yüzünden mesul edilen memur aleyhinde adî icra yolları kullanılabilir. Bu hususta Jéze de aynı noktai nazarı müdafaa ediyor (*Revue du Droit public 1908 p. 506*). Bunun gibi hükûmet komiseri "Chardonnet," de Rougegré (*C. E. 28 Juin 1911 R. p. 913 ve Rouzier Conflits 25 mars 1911. s. 1911, 3. 105 note Hauriou*) davalarındaki mütalâalarında, adli bir mahkeme kararına riayet etmiyen belediye reisinin şahsî mesuliyeti cihetini iltizam etmiştir. Bütün bunlara rağmen içtihat bu noktai nazarı tamamen tatbik etmemektedir. Demek bunlar, sadece doktrinin isteklerinden ibaret kalıyor.

Böyle tatmin etmeyici hal çareleri karşısında, hiç olmazsa siyaset yolundan bir yardım beklenebilir mi ? Şüphesiz ki, parlamenter bir müdahale tasavvur edilebilir ; fakat bunu elde etmek te pek güç olacaktır.

Meclise müracaat hakkına "droit de petition,, "measure gracieuse,, e gelince : bu tedbir ihtilâl sıralarında büyük rol oynamış ; halk şikâyetlerini bizzat bildirmek üzere, ellerinde istidaları, meclisin önünde geçit resmi yapmıştı. Fakat bu da matbuatın ehemmiyet kazanması nisbetinde ortadan kalkmıştır. istidaya fazla ehemmiyet vermek doğru değildir. Bunların tetkiki hayli uzun sürdüğünden madâ, reddedilmeleri de mümkündür. (*Bir adli kararın, yeni bir tetkike ihtiyaç göstermesi kabul edilebilir mi ; ve bu kararın, doğrudan doğruya uygun bir şekilde yerine getirilmesi icap etmez mi ?*) Pek emin olmaksızın ümit edilebilir ki, meclis kaziyei muhkemenin yerine getirilmesi hususundaki bu ısrarı yenebilsin. Bundan başka, niçin, belki hukuka daha bağlı bir vekilin getirilmesini intaç edebilecek olan, hükûmetin devrilmesi imkânı o zamana kadar izhar edilmiş bulunan suiniyetin yenilmesine medar olmasın ?

Görülüyor ki, Fransız hukuku meseleyi doğrudan doğruya

halletmemekte ve birinden birinin muvaffak olacağı muhtelif hal yolları tesbit etmektedir.

* * *

III. — İTALYAN HUKUKU :

Bu mesele U. Borsi (*La giustizia amministrativa. 1934*) Raneletti (*Le garantigie della giustizia. 1934*) ve E. Presutti (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano III No. 345 et 635*) gibi âmme hukuku müelliflerinin, dikkat nazarlarını çekmiştir. Bu müellifler, kaziyei muhkemeye riayetin, hukukî, mutlak bir vecibe olduğunu, idarenin tâbi olup olmamak hususunda taktir hakkı olmayıp, bunu tamamen ifaya mecbur bulunduğunu söylemektedir.

Yeni Faşist rejimi, idarenin mürakabesini hiç bir suretle azaltmamış, bilâkis arttırmıştır. Eğer, mahkeme bir memurun gayri kanunî bir şekilde azledildiğine karar verirse, idare bu memuru tekrar hizmete almak mecburiyetindedir. Onu açıkta bırakmayıp, ancak icabederse, hakkında bazı tedbirler ittihaz edebilir. Bu müellifler, Devlet idarelerinin bile, tatbikatta idarî kaza kararlarına pek nadir olarak riayet etmediklerini memnuniyetle kaydediyorlar. Demek oluyor ki, İtalyada da, Fransa da olduğu gibi istisnaî haller karşısında bulunuyoruz ve prensip itibarile İtalyan devleti de hukuka riayetkâr (*honnête homme*) dir.

Fransız hukukuna yaklaşan diğer noktalar: Fransız hukukunda olduğu gibi, İtalyan hukukunda da, idarenin, bir şahıs lehine bir muamelenin yapılmasını tazammun eden, kaziyei muhkemeye riayet etmemesi halinde, buna mani olacak, muayyen hiç bir kanunî yol yoktur. Bu hususta ancak bilvasıta hal çareleri nazarı itibare alınabilir (*Borsi op. cit. p. 318; Raneletti op. cit. p. 514*).

Meselenin halli yolunda hiç bir teşriî tedbirin mevcut olmayışı, bizi içtihadada baş vurmak mecburiyetinde bırakıyor. İdare, ya kararın icrasını katiyetle reddeder: bu halde red kararının, iptali kabil, gayri kanunî bir muamele teşkil ettiği kabul edilirse de, bu, icaranın temini yolunda atılmış bir adım sayılmaz. Pek daha muhtemeldir ki idare, karardan doğan vecibeyi tanır, fakat icrası hususunda icabeden hiç bir muamele-

yi yapmaz ve sözle iktifa eder. Bu belki daha mahirane bir harekettir. Fakat içtihada göre bu harekette icranın reddinden başka birşey değildir (*Consilio di Stato 5 décembre 1931. Foro Italiano 1932. III. 10*). Nihayet idarenin münfail ve belki de zahiren hayırhah görünmekle beraber alâkadar leyhine hiç bir muamele yapmaması da son derece mümkündür. Bu son hal bir tefriki icabettiriyor: bahse mevzu olan bir devlet idaresi midir, yoksa devlet hizmetlerinden gayrı bir hizmet mi?

İkinci şeklin halli, tabiidir ki çok daha kolay olacaktır. Çünkü alâkadar âmme hükmi şahsı, devletin mürakabe ve vesayetine tâbi olduğundan, hakkı yerine getirilmeyen kimse, mürakabe makamının müdahalesini tahrikten geri kalmıyacaktır. Bu makam ise bazı hallerde bizzat icra etmiyen uzvun yerine geçebilir. (*art. 220 et 269 du texte unique de la loi communale et provinciale du 4 février 1915*) "Komün ve provensler hakkında,."

Fakat bahse mevzu olan devletse: bu halde icra ettirmek mecburiyetinde bulunan makamın, bu hareketinin mafevk bir makam tarafından istenmiş ve hatta müsaade edilmiş olup olmadığını, başka bir deyişle, hiyerarşi yolundan istifade edilip edilemeyeceğini bilmemiz icabeder. Kaziyei muhkemenin yerine getirilmeyişi yüzünden, devlet şefine vaki olan müracaatların hukukî bir yol olmayıp, daha ziyade siyasî mahiyetteki vasıtalar olduğunu da göz önünde tutmamız lâzımdır. Bu yolun da müessir olabilmesi pek mümkündür.

Bu suretle kararın icra edilmemesi kendilerine izafe olunacak memurlara cezaî veya hukukî mesuliyetler yükletilip yükletilmeyeceği meselesinin tetkikine gelmiş bulunuyoruz: Resen hareketin ihmali yüzünden cezaî mesuliyet (*Art. 328 C. P.*) Zararın tazmini hususunda ise hukukî mesuliyet. Nazariye bakımından bu iş şüphesiz ki pek kolaydır; fakat hakikatta bir çok pratik güçlükler karşısında bulunuyoruz. Cezaî mesuliyet için suçun isbat edilmesi lâzımdır. Ve bir çok hallerde icranın reddi idarenin maddî bir menfaatine tekabül etmektedir. Ve nihayet mesul şahsın ferdileştirilmesi icap eder [1]. Şikâyet olunan muamelenin doğrudan doğruya vekile bağlı bir vekâlet memuru tarafından yapıldığı hallerde, vekâletin mesuliyeti cihe-

[1] Mesul şahsın ferdileştirilmesinden, suça hükmi şahsa değil de hakikî bir şahsa, yani memurlardan birine izafesi kastediliyor.

tine gidilmesi, bazı hallerde ise, memur hakkındaki idarî teminatın kaldırılması icabeder. Görülüyor ki bütün bunlar pek mühim maniler teşkil etmektedir.

Devlet Şûrasının son içtihadı idarî makamın, medenî veya siyasi bir hakkın ihlâlini tesbit eden, mahkeme kararlarına bağıllık mecburiyetini temin hususunda 20 haziran 1924 tarihli kanunun 27 § 4 üncü maddesi hükmüne müsteniden, idarî kazaya müracaat hakkını kabul ve telkin etmektedir (*C. E. mars 1928-29 novembre 30 ; 13 mars 1931 ; 5 décembre 1931*). Şüphesiz bu metin, adli kaza kararlarının icralarını temin yolunda vaz edilmişse de, kıyasen idarî mahkemelerin kararları hakkında da tatbik olunacağı kabul edilmektedir. Fakat alâkadarın, lehte bir karar elde etmesi mümkün olsa da, kararın icrası hususunda Devlet Şûrası idarenin yerine geçemeyeceğinden, idarenin icra etmemekteki ısrarı da imkân dahilinde kalmaktadır. Bu güçlüğü nasıl halletmeli ?

Şimdi, yalnız icra edilmemek yüzünden doğan zararın tazmini için, idarenin medenî mesuliyeti cihetine dönmek kalıyor. İdarenin bir muameleyi yapmak yerine, bir meblâğı ödemeği tercih edeceği düşünülemez mi ? Kendisini bu tercihi yapmakta serbest bırakacak mıyız ? Yukarda zikredilen 9 mart 1928 tarihli kararda " Eğer idare, kaziyei muhkemeye bigâne kalırsa, bu devamlı ihmali hâkim tarafından tanınmış ve tesbit edilmiş, meşru hususî bir menfaatin ihlâlini intaç edeceğinden, zarar gören şahsın kaza yoluna müracaati kabul edilir ve mahkeme mahkûmiyeti tesbit ettikten sonra, meşru menfaatin devamlı ihlâli karşısında ve *Sine justa causa* hareket edilmiş olmak şartile, ayrıca idarenin zararı tazmin etmek mecburiyetinde olduğuna da karar verir „ deniliyor.

Bu meselenin münakası esnasında, hususile itimada dayanan vazifeler gören memurların artık bu itimada lâyıf olmadıkları anlaşılması halinde, idareye kararın icrası ile, icra edilmemesi yüzünden doğacak zararın tazmini arasında bir tercih hakkının kabul edilmesi, müdafaa edilmişti. Fakat 29 mart 1930 tarihli bir kararda da görüldüğü gibi, böyle bir hak tanınmaz. Çünkü bu salâhiyet hukuk nizamında kabulü imkânsız ve keyfi bir mahiyet arzettiğinden idare kaziyei muhkemeye kayıtsız ve şartsız riayet mecburiyetindedir.

Şunu da teslim etmek icabeder ki, kaziyei muhkemenin ifasile muadil olmayan bu tazminat yolu, idarenin karara riayet

etmemesinden doğan gayrı meşru hareketinin manevî tesirlerini ya hiç ortadan kaldıramaz veya kısmen izale eder.

Bu suretle, İtalyan hukukunda da, meseleyi nazarı itibara alış tarzlarında kuvvetli benzerlikler bulunan Fransız hukukunda olduğundan, daha tatmin edici bir hal yolu bulamıyoruz. Son söz daima devlet idaresine kalıyor.

* * *

IV. — TÜRK HUKUKU :

Fransız ve İtalyan hukuku gibi, türk hukuku da bize nâtemam bir hal yolu vermektedir [1] .

Hiç şüphesiz türk hukukunda da istisnai vaziyetler karşısında bulunuyoruz ve prensip olarak, Devlet hukuka riayerkâr "honnête homme" dır.

Doktrin bakımından mesele ehemmiyetini muhafaza ediyor. Ancak bu hususta bir içtihat teşekkül etmemiş olması yüzünden tetkikatımız metninlere münhasır kalacak.

Bu metinlerden başlıcası, esas teşkilât kanununun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasıdır: "Mahkemelerin mukarreratını, Türkiye B. M. Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti hiçbir veçhile tebdil ve tagyir ve infaz ve ahkâmına mümaneat edemez". (*Bu maddenin eşhası doğrudan doğruya mükellef kılındığı ve hakimlerin bunu tatbik edebilecekleri kanaatindeyiz.*) Bu metin tabiatile, yalnız idare edilenler arasında müessir olacak kazai kararlar hakkında cari olmayıp, aynı zamanda idarenin taraf teşkil ettiği münasebetleri alâkadar eden hususlarda da tatbik edilecektir. Ve yine yalnız Bakanlar heyetinin mümasil kararlar alamıyacağı değil, aynı zamanda bunun, ferden vekiller hakkında da memnu olduğu ifade edilmektedir. İdarenin, her hangi mahkeme tarafından verilmiş olursa olsun, kaziyei muhkemeye riayet mecburiyetinde olduğu prensibinin bundan daha kat'î bir ifadesi olamaz. Bizzat temel yasada münderiç bulunan bu hukukî emniyet beyanı kadar tamim edici bir şey düşünemiyoruz.

Ayrıca Şûrayı Devlet kanununun 48inci maddesi, bu yük-

[1] Burada ; âmme hukuku seminerimde, alâkadar olduğumuz meselenin vazih bir ekspozesini yapan ve Türk hukuku hususunda metin ve mebaz araştırmalarına yardım eden, Daniş Tunalıgil'e teşekkür etmeden geçemeyeceğim.

sek mahkemeden sadir olan kararlar (ki ekserisi idareyi mahkûm edecektir) hususunda "İdarî davalar hakkında Şûrayı Devletten sadir olan hükümler, hiç bir makamın tastikine muhtaç olmaksızın lâzımülnifaz olup icra dairelerince, alelusul tenfiz olunur.", hükmünü ihtiva etmektedir.

Meslektaşımız **Mustafa Reşit Belgesay** [1] hukuk muhakemeleri usulü kanununun 237 inci maddesini şerh ederken, kaziyei muhkemenin ihlâl edilemeyeceği, bunun bir intizamı âmme hükmü olduğu, hususunda ısrar ediyor.

Şayet tatbikat kaideleri teşkil etmekten ziyade, bilhassa müsait bir muhit yaratan bu metin ve prensiplerin ışığında, bazan ayırt imkânı bulunan bazı hallerde ayrılmaz bir şekilde birleşen, bir meblâğı ödemek borcu ile bir muameleyi yapmak vecibesini tefrik edersek, meselenin şu şekilde halli icabetiğini görürüz :

Ödemek vecibesi, eğer devlet hükmî şahsının umumî veya hususî patrimuvanına raci ise, icra ve iflâs kanununun 82 inci maddesine göre: haczin saiki ne olursa olsun devlet emvalinin gayri kabili haciz olduğu neticesile karşılaşılıyor.

Hususî İdarelerin emvaline gelince; bunların bir kısmını istisna etmek şartile, kabili haciz olduklarını görüyoruz: Medenî kanunun 641 inci maddesine göre, menfaatı umumîna ait olmak şartile idarei hususiyeler ve belediyeler emvalinin de dahil olduğu emvali âmme üzerinde hususî mülkiyet cereyan edemeyeceğinden gene bu maddenin hükmüne göre haciz ve işgalleri de mümkün değildir. Her halde; emvali âmme ve emvali hassa arasında bir tefrik yapılırsa, gayri kabili haciz olmaak keyfiyetinin hususî emvale de teşmili için hiç bir sebep yoktur.

Akay, İnhisarlar Genel Direktörlüğü gibi âmme müesseseleri için kanun, mallarının Devlet emvalinden addedileceğini tasrih etmektedir (**Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku, sahife 325-333**). Bundan bu emvalinde haciz ve işgal edilemeyeceği neticesi çıkmaktadır. Bu keyfiyetin sınaî âmme müesseselerine teşmili münakaşa edilebilir bir mahiyet arz etmektedir. Fikrimizce tam mesuliyet esası daha doğru olurdu.

Bir muameleyi yapmak vecibesine gelince; bu hukuken mecbur kılınabilir mi? Burada ademi merkeziyete tâbi bir idare

[1] Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şarhı s. 265.

mevzu bahis ise, pek tabiidir ki, idarî vesayeti haiz makam eğer isterse, müessir bir müdahalede bulunacaktır.

Filhakika, memurun kanununun 31 inci maddesinde, kıdem tenzilini mucip haller sayılırken " kanunlara ve nizamlara muvafık verilen emri infaz etmemek „ hali de zikredilmektedir. Bu madde hükmüne, idareyi mahkûm eden karara riayetsizliği de ithal edebilirsek te, bu icra hususunda mafevkin emri bulunduğu hallere münhasır kalacağından, nihayet hiyerarşik bir müeyyide olacaktır.

Esas teşkilât kanununun 47 inci maddesi " Vekillerin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tanzim olunur „ hükmünü ihtiva ediyor. Meseleye temas etmesi pek muhtemel olan, böyle bir kanun henüz neşredilmiş değildir. Demek ki, Türk hukukunda da fransız ve italyan hukuklarında olduğu gibi, yalnız devlet şûrası yolu kalmaktadır. Şûrayı devlet kanununun 19 uncu maddesinden istifade edilecek ; mahkeme kararile tanınan bir hakkın ihlâlüne, hizmet kusuruna dayanarak zarar ziyan istenecektir. Bu suretle, elde edilmiş bulunan bir muameleyi yapmak vecibesine, bir meblâğı ödemek borcu katılmış olacaktır. Ancak ne bu ve ne de diğeri kendiliklerinden yerine getirilmiş olmazlar ve idarenin sükûtu, kendisinin riayet etmemek hususundaki ısrarını ispata kâfidir.

Bu vaziyet karşısında, suçlu sanılan memura, şahsî bir kusura dolayî şahsen mes'ul etmek üzere dönülecek midir ? Fakat, suçlu memuru teşhis — yani suçun hangi memur tarafından işlendiğini tesbit — etmek çok güçtür. Bu mümkün olsa da kendisini takip için ayrıca müsaade almak icabetmiyecek midir ? Eğer bu müsaade verilmezse veya verilmekle beraber ödiyemiyebilecek vaziyette bulunan bir memurla karşılaşsak ne olacak ? İdare müteselsilen mesul olacak mıdır ?

Kazaî olmamakla beraber belki de müessir olabilecek başka bir yol kalıyor : Kamutaya istida ! Esas teşkilât kanununun 82 inci maddesi : " Türkler gerek şahıslarına, gerek âmmeye müteallik olarak, kavanin ve nizamata muhalif gördükleri hususatta merciine ve Türkiye Büyük Millet Meclisine münferiden veya müçtemian ihbar veya şikâyette bulunabilir. Şahsa ait olarak vukubulan müracaatın neticesi müsted'iyeye tahriren teblig olunmak mecburidir.„ Hükmünü ihtiva ediyor. Büyük Millet Meclisi dahili nizamnamesi ise bu müracaatların tetkiki usulünü tayin etmektedir:

Madde 57 "Her mebus cetvelin dağıtılması gününden başlayarak bir ay içinde arzuhal encümeninin bir arzuhal hakkında verdiği karar ne olursa olsun, bunun heyeti umumiyede tetkik ve müzakeresini isteyebilir. Bu halde encümen, o arzuhal için bir mazbata tanzim ve takdimine mecburdur. Bu müddet geçtikten sonra encümen kararları kat'iyet kesbeder.,"

İşte hukukî olmaktan ziyade siyasi bir mahiyet arzeden son hal şekli [1]. Temel yasada Türklerin âmme hakları arasında yer alan istida hakkı, bize Türk hukukunda, Fransız hukukundan daha müessir görünüyor. Bundan başka Kamutay, efkârı umumiye önünde, salâhiyetlerin bütünlüğü temsil etmektedir. Ve nihayet bir kanun metninin mevcut olmaması halinde, bu kadar içtimaî ve hukukî bir ehemmiyet arzeden bir prensibin tatbikinin idamesi meclise düşeceği de pek mantikidir.

Şimdi, meselenin -buraya kadar tetkik etmiş olduğumuz mevzuatın esasını teşkil eden- idare ahlâkiyatı sınırlarını aştığı mevzuatı görelim.

*
*
*

V.— YUNAN, BULGAR ve ROMEN HUKUKLARINDAKİ VAZİYET :

A — Yunan ve Bulgar mevzuatı, meseleyi memurun cezaî mesuliyeti yolile halletmek istemişlerdir.

İkinci kânun 1929 tarihli Bulgar kanununun 2435 inci maddesinde, yüksek İdare Divanı kararlarını infaz etmeyen memurlar hakkında, azil ve bir seneye kadar hapis cezası konulmaktadır. Bu hüküm tabiidir ki, divan kararları hakkında kabili tatbiktir. Ancak yüksek divanın geniş salâhiyetini de göz önünde tutmalıdır (*V. Annuaire de législation étrangère Vol. 57*)

B — Yunanistanda. İdarî makamlar, tayin edilen tedbirleri almak ve muğayir harekette bulunmuş olmamak için, Devlet

[1] Prof. Sıddık Sami Onar, esas teşkilât kanununun icra salâhiyet ve vazifelerini esas itibarile Büyük Millet Meclisine bırakmış ve İcra Vekilleri Heyetinin, fonksiyonları meclis namına yapmakta olmasını, meclisin bu husustaki kararlarının icra vekilleri heyetince icrası mecburiyetini ve meclisle icra vekilleri heyeti arasında âdeta hiyerarşik bir rabita bulunmasını göz önünde tutarak, istida hakkını hiyerarşik bir müracaat mahiyetinde görüyor.

Şûrası kararlarına tevfikân hareket etmek mecburiyetindedirler. Kararın her hangi bir şekilde ihlâli, ceza kanununun 487 inci maddesine müsteniden, medeni hukuka ait takibat mahfuz kalmak üzere, cezaî takibatı icabettirir (*Loi art: 50 § 3 du Conseil d'Etat du 22 décembre 1928. N. 3713 — V. Annuaire de législation étrangère Vol. 56*).

C — Fakat bu güçlüğü, Romanyada en iyi bir şekilde halledildiğini sanıyoruz. Malûmdur ki Romanyada, idarî faaliyetlerden doğan ihtilâflar Fransız veya Türk Devlet Şûrası gibi hususî mahkemelerin kazalarına tâbi olmayıp adli kazaca hallolunurlar.

Romen sistemi, zarar ziyan veya bir meblâğın tediyesini mutazammın mahkûmiyetler doğuran kararlar için, kendilerine has icra yolları kabul etmektedir.

Bir muameleyi yapmağı veya yapmamağı tazammun eden vecibelere gelince; bunlar zarar ziyan hükümlerine tahvil edilebilecekleri gibi, cezayı mutazammın zarar ziyan sayesinde filî icraya da tâbi olabilirler. Bundan başka, memurlar daima idare ile birlikte mesul tutulmaktadırlar.

a) Ne Devletin emvali hassasına ve ne de emvali âmmeğe karşı haciz yolu kullanılamaz; çünkü bir kuvveti bunu elinde bulundurana karşı kullanmakta daima maddî imkânsızlık vardır. Fakat kanun Devlet gelirleri üzerinde bir takip hakkı bahsetmektedir. Bu takip mahkemelerin adli ajanları - mübaşirler - vasıtasile, Devlet borçlularının borçlu buldukları meblâğlar üzerinde icra edilir. 1905 denberi muhtelif tadilâttan sonra, idarî davalar hakkındaki 23 birinci kânun 1925 tarihli kanunun içtihatça tefsir edilmiş bulunan 13 üncü maddesi şu sistemi kabul etmektedir: Bir icra ilâmını elinde bulunduran alacaklı, alacağının istifası için borçlu idareye müracaat eder ve idarenin bu meblâğı bütçeye ithal etmemesi halinde idarî davalara bakan adli organa baş vurur; bu organ da istenilen meblâğın bütçeye konulmasını emreder. Bütçeye resen kaydı icabeden bu ayırt esasile alacaklı, borçlu âmme müessesesinin gelirlerini haczettirebilir. Bir çok kararlar, Vekâletler tarafından temsil olunan devletin mesul tutulduğunu, itiraz edilmez bir şekilde teyit etmektedirler (*Cass. No. 265 du 4 mai 1928 cass. 13 décembre 1928; Cour d'appel de Constantza 28 Octobre 1929*).

Hacze mevzu olabilecek gelirler hangileridir ? Bunlar, kiralar ve arazi bedellerinden doğan gelirlerdir. Hacedilmez bir alacak olan vergi tahsilâtının hacze tâbi olmayacağını kabul etmek lâzımdır.

b) Zarar ziyan davaları, devletin mesuliyeti hususundaki metinlerin tatbikini icabeder (*Art. 99. 107 de la constitution; art. 7 Loi 1923 précitée*). Fakat bu filî icrayı temin etmeyen muadil bir icradır. Bu sonuncu dahi kanuna mevzu teşkil etmektedir: Romen hukuku idareyi borçları için takip yoluna inzimam eden cebir sistemile, bir muameleyi yapmağı mutazammın kararların filî icralarını temin etmek istemektedir. Bu sistem 23 birinci kânun 1925 tarihli kanunla tanzim edilmiş ise de hakikatta daha evvellere (*17 Şubat 1912 tarihli Temyiz mahkemesine dair kanunun 65 inci maddesine*) kadar çıkmaktadır [1].

İçtihat ve doktrin mezkûr metinler hakkında şu tefsir ve izahları vermektedir: Cezaî zarar ziyan talebi hakkında hüküm vermek, ancak esasa bakmış olan mahkemeye aittir. Demek ki bu salahiyet ancak idarenin hakimiyet muameleleri (*actes d'autorité*) hakkında karar vermeğe salâhiyettar bulunan, *istinaf* ve *temyiz* mahkemelerine raci oluyor. Malî mahkûmiyeti muta-

[1] Eger mahkeme, idarî makamı talebi yerine getirmeğe, muameleyi tadil ve iptale mecbur ederse, ilâm alâkadarın takibi ve mübaşirler vasıtasile idareye, bu idarenin şeflerine veya musmelenin bir idare meclisi tarafından yapılmış olması halinde bu meclisin reisi gibi idare mümessillerine teblig ettirilecektir. İdare teblig tarahinden itibaren 15 gün içinde kararı yerine getirmez ve hiç bir harekette bulunmazsa, müddeinin harçsız ve basit bir istidası ile mahkeme, idareyi 15 günün sonundan itibaren geciken her gün için, müddeiye asgarî 500 Ley ödemeğe mahkûm eder. Bu cezaî zarar ziyan kat'i olup hiç bir veçhile tenkis edilemez. Böyle cezaî bir zarar ziyan ödeyen idare ödenen bütün meblâğlar için suçlu idare şefine veya meclisi idare azalarına rücu hakkına maliktir. Nazırların mesuliyeti hakkındaki hükümlerin tatbiki hududuna giren idare şefi, ancak esas teşkilât kanununun 99 uncu maddesine tevfi-kan takip olunabilir.

İdare âmiri ancak vazifesini ifa ettiği müddete ait cezaî zarar ziyanlardan mesuldur. Âmirin değişmesi halinde, karar yeni idare âmirine teblig olunur ve kendisine icrası için 15 günlük bir mühlet verilir. Bu müddetin hitamında idare şefi idareye karşı yukarıda zikredilen hükümlere göre mesul olacaktır.

zamın kararlar 13 üncü madde ile tanzim edilmiş olduğundan, 7inci madde hükümleri ancak, idareyi bir meblâğı ödemekten gayri bir şeye mahkûm eden kararlar hakkında tatbik olunabilir. İçtihat bu hükümlerin, yalnız hukuk ihtilâflarına bakan adî veya hususî mahkemelerin kararlarına - yani Romen hukuku hakimiyet ve temsilyet muameleleri tefrikine istinat ettiğinden, hakimiyet muamelelerini alâkadar etmeyen kararlara - teşmilini kabul etmemektedir. Bu suretle hazine nazırının, bir ormanı bir ziraî kanuna müsteniden işgal etmesi yüzünden açılan istihkak davası, patrimuvan sahibi bir hükmî şahıs sıfatile devlet ve patrimuvan hakları iddia eden hususî şahıslar arasında ki bir hususî hukuk davasıdır. Devletin mahkûm edilmesi, fakat bu kararın icrasına mümanaatı halinde, bu hareketi gayri kanunî idarî bir muamele değildir. Burada Devlet, tıpkı hususî bir şahıs gibi patrimuvan hukuku sahasında bir temsilyet muamelesi icra etmektedir. Bu sebepten kendisine karşı 1925 tarihli kanunun 7inci maddesi hükümlerine göre değil, hususî hukuk hükümlerine göre hareket icabeder (*Bu şekilde bir istidlâl tenkit edilmiştir*).

Bundan sonra, üzerinde kâfi miktarda içtihat (*Jurisprudence*) bulunan, talebin kabul edilebilmesi için icabeden şartlar ve temyiz kararlarının vasıfları hakkında bazı izahat verelim :

Adli karar elde edilince, alacaklı taraf bu kararı on beş gün içinde başmübaşir vasıtasile - hususî hukuk kaidelerine tevfikân, hukukî şahıs sıfatile idareye tebliğ ettirilen ve bu hususa bakan memurlar tarafından hukukî şahıs namına tebligat edilen diğer idarî tasarruflardan farklı olarak - idare şefine tebligat ettirir. Bu suretle idare şefi kazai kararlar hükümlerine doğrudan doğruya tâbi tutulmuş bulunuyor. Bu idare şefleri, komün için belediye değil, belediye reisi; vilâyet için vali ve umumî idare için de vekâletin müsteşar gibi yüksek bir memuru olmayıp bizzat vekil (nazır) dır.

1928 tarihli bir temyiz kararı : Nazırı temsilen ve onun mesuliyeti altında hareket eden müsteşara yapılan bir tebliğin - istinaf mahkemelerinin aksi kaziyeyi güden kararlarına rağmen - kıymetsizliğini tasrih etmiştir. Nihayet muamelenin bizzat meclisler tarafından sadir olması halinde, icabederse, her vilâyet veya belediye meclisi âzasına ayrı ayrı tebligat yapılır. İdare şefi tebligat tarihinden itibaren 15 gün içinde bu kararı infaz etmelidir. Alâkadarın talebinin mahkemece tervic edilmesi halinde,

zarar ziyan hükümleri bu mühletin hitamından itibaren başlar. 1925 kanununun hususî bir maddesi, iadei memuriyetleri hususunda bir mahkeme kararını elde eden memurların memuriyetlerine nasıl iade olunacaklarını tayin etmektedir: Şöyle ki bu kararlar, bir münhal vukuundan itibaren 15 günlük mühlete tâbidir.

Bu müddet geçtikten sonra kararın tamamen veya kısmen ifa edilmemesi cezaî zarar ziyan talebine esas olabilmektedir. Mahkemeler bu hususta yalnız şekil ve merasim yüzünden geri kalan icralar hakkında değil de, fevkalâde hadiselerin kararın icrasına mani olduğu hallerde mazeret kabul etmektedir. İstinaf ve temyiz mahkemeleri bu nevi kararların idarece ne dereceye kadar icra edilip edilmediğini tayin için tam bir takdir hakkına malik olduklarını iddia etmektedirler.

İdarenin aldığı vaziyeti takdir ve tayin eden temyiz veya istinaf mahkemesi cezaî zarar ziyanın derecesini de tayin eder; ancak kanun bunun asgarî haddini tayin etmektedir. Bu da geciken her gün için en aşağı 500 Lei'dir. Bu meblâğ değiştirilip veya azaltılamaz. Mevzu bahis mahkemeler bu hususta esbabı mucibe göstermekle mükellef değildirler.

Nihayet, adli kararın icra edilmemesi yüzünden mesul olan memur hakkında aşağıdaki metinlere dayanarak takibat yapılabilir: Esas teşkilât kanununun 107inci maddesi "İşbu kanunla tanzim edilmiş bulunan adli müracaat, yalnız alâkadar idare aleyhine olmayıp, bu talepler, ihlâl edilen hak yüzünden tazminat ve gecikme yüzünden zarar ziyanın mevzu olduğu hallerde, muameleyi onaylamış bulunan idare âmirinin aleyhine de şahsen ve müteselsilen yürütülebilir,, . Demek ki bu metinler mesuliyeti kusurlu memurlara da teşmil etmektedir. Bu hal Fransız hukukunda mevcut değildir. Bundan başka, Romanyada temyiz mahkemesi nazırları da muhakeme edebilmektedir.

Romen hukukunun buraya kadar incelenen, - bilhassa idare ahlâkiyatına istinat eden - sistemlerden çok daha hukukî bir hal sureti temin ettiği görülüyor. Ancak Romen hukuku umumiyetle ortadan kalkmış bulunan - mevzu bahis yeniliklerden istisna ettiği - hakimiyet muameleleri ile temsilî muameleleri (*Actes d'authorité - Actes de gestion*) tefrikini muhafaza etmektedir; bu ise bir mahzurdur.

Fransız hukukunda çoktan terkedilmiş bulunan bu rejim farkının ortadan kalkması, hukuk tekniği sayesinde, kaziyeli

muhakemeye riayet meselesindeki güçlüklerin tamamen halli yoluna gidebilmek imkânını vermektedir.

*
*
*

V — Romen mevzuatının tetkiki - bu hukukun mahfuz tuttuğu itirazî kayıtlarla dahi - bizi **Duguit**'nin tamamen kategorik iddialarını çürütmek için mevcut olan delillere bir yenisinin ilâvesi neticesine götürüyor. **Duguit** âmme hukuku ile hususî hukuk arasında, âmme hukukunda yer alamıyan "müeyyide" kıstasından başka kat'iyen hiç bir kıstasın mevcut olmadığını beyan etmemiş miydi? "Âmme hukuku ile hususî hukuku birbirinden ayıran farkı tamamen tayin etmek lâzımdır. Bu farkın hukukî müeyyide kıstası olduğunu zannediyorum." [1]. "Âmme hukuku müeyyidesi ile hususî hukuk müeyyidesi aynı şartlar dahilinde mevcut olamazlar; bir hususî hukuk vaziyetinin tahakkuku bir âmme hukuku vaziyetinin tahakkuku tarzında elde edilemez." [2].

İncelenen meseleler hakkında, hukukî bir müeyyide bulmanın tamamen mümkün olduğunu düşünüyoruz. Âmme hukukunun bütün inkişafı, devleti hukuka tâbi kılmağa müteveccihdir. Bu, "hukuka tâbi devlet,"in bir kerre daha tezahürü, hukuk tekniğinin biraz daha inkişafı olacaktır. Devlet rejimi, iktidarın tezahürünü, kendi aleyhindeki müeyyideyi tesirsiz bırakmakla değil, fakat bilrıza bir tahdidi kabul etmekle gösterir.

Çeviren :

Muvaffak Şeref

Yazan :

CHARLES CROZAT

Âmme Hukuku Ord. Profesörü

[1] *Traité de Droit Constitutionnel* T. I. P. 702.

[2] *Ib.* P. 713.