

İDARE EDİLENLERİN KAZAİ YOLLARA MÜRACAATI

Faal idare karşısında idare edilenlerin himayesi modern devletlerin büyük ve mühim meşguliyetlerinden birini teşkil etmektedir. Devletin idarî sahadaki müdahalesinin mütezayit bir tarzda inkişafı, bu himayenin zaruriliğini ve ona karşı duyulan ihtiyacı her gün daha fazla hissettirmekte ve bundan dolayı idare edilenler hakkında mevzuu bahsolan bu himayenin tevsî ve tekemmülüne çalışılmaktadır.

İdare edilenlere teminine çalışılan bu himaye, hali hazırda iki tarzda tahakkuk ettirilmektedir: İdarenin faaliyete geçmesinden evvel tesirini gösteren önleyici himaye; diğeri de idarenin harekete geçmesini müteakip tesirini gösteren tenkili teminat.

Esas itibariyle önleyici himaye, faaliyette bulunan idarenin bazı şekil ve usullere riayet mecburiyetinden tevellüt etmekte ve bu suretle ittihaz edeceği kararların tertip ve tanzimi tarzına fertlerin iştiraki yahut diğeri bazı makamların rey ve mütalâalarına müracaat mükellefiyeti veya ittihaz ettiği kararlarda esbabı mucibe göstermek, yani hangi sebeplerden dolayı kararın alınması lâzımgeldiğini izah mecburiyeti idareye bizzarure tahmil edilmiş olmaktadır.

Tenkili teminat ise, idarenin karar ve tasarrufları aleyhine onların tadili, ademi tatbiki, ortadan kaldırılması ve eğer bir zarar husule gelmişse onun tazmini hususunda idare edilenlerin müracaat ve dava ikame edebilmeleri gibi muhtelif vasıtalarla tahakkuk ettirilmektedir.

Fertler tarafından vukubulan bu müracaatlar, bizzat idarî tasarrufun failine «recours gracieux» veyahut daha yüksek idarî bir makama da «recours hiérarchique» yapılabilir. İdarenin bizzat kendisine vukubulan bu tarzdaki müracaatlara «İdarî müracaatlar» namı verilmektedir.

Fakat modern idare hukuku, idare edilenlere, hâkim sıfatını haiz yani kararlarının ittihazında hierarşi itibariyle mafevk makamın her türlü müdahalesinden tamamen uzak ve kazâî usullere göre faaliyette bulunan bir organa müracaat imkânını da bahşetmektedir. Bu tarzdaki müracaatlar, idarî ihtilâfları teşkil eden kazâî, yahut «Contentieux» müracaatlardır. Mahiyet ve bünyesi itibariyle, idarî olanlara nazaran tercihe şayan bulunan bu nevi müracaatlar, halen, faal idareye karşı idare edilenlerin himayesi hususunda hakikaten müessir ve en musip bir tedbir olarak mülâhaza edilmektedirler. Çünkü, idarî makamlara vukubulan müracaatlerde idare aynı zamanda hem hâkim ve hem de hâdisede taraflardan birini teşkil etmektedir. Halbuki, kazâî müracaatte ise, bu vaziyette bulunmayan hâkimin haiz olduğu istiklâl idare edilene en iyi garantileri temin etmektedir. Netice itibariyle, kazâî müracaatların idare edilenlere bahşedilmiş olmasıyla, fertler hakkında ancak idarî müracaatları mümkün kılan «État administratif» e mukabil, devlet, «État de justice» şeklini iktisap etmektedir.

Bundan başka, idare edilenlere himayelerin en iyisini temin hususunda hali hazırdaki temayül, fertlerin vukubulan kazâî müracaatlarını tetkik salâhiyetinin mutad hâkimlere değil, idarî namı altında hususî bir kazâ müessesesine tevdiî merkezindedir. Bu takdirde, devlet de, «État de justice administrative» mahiyetini iktisap etmiş olmaktadır.

Fakat bir idarî kazanın mevcudiyeti onun salâhiyetinin tayin ve tesbiti meselesini doğurmaktadır. İdarî ihtilâfların rüyet ve muhakemesinden âdi mahkemeler tamamen hariç bırakılmış olmadıklarına göre, bunların karşısında idarî kazanın salâhiyetini tahdit meselesi mevzuu bahsolmaktadır.

Keza, bir idarî kazâ ile beraber idarî mahkemelerin teşkilâtı meselesi de, bunların kuvvetlerin tefriki prensibinin icapları-

na uygun hakiki birer kazâ organı olabilmeleri ve hususile faal idare karşısında istiklâllerinin temini noktasından, mevzuu bahs-olmaktadır. İdarî mahkemelerin idare karşısındaki istiklâli, faal idare ile idarî kazânın tefriki diye tesmiye olunan noktai nazarı ifade etmektedir.

Nihayet, husule gelen ihtilâf ve serdolunan iddiaların esasını teşkil eden sebeplerin tehalüfünden dolayı, fertler tarafından vukubulan kazaî müracaatların aynı mahiyette olmadıkları da görü-ür. Binaenaleyh birbirinden mahiyet itibariyle farklı bulunan bu muhtelif müracaatlar hakkında, yekdiğerine benzemiyen müte-addit sistemlerin mülâhazası da mümkündür.

Fakat her şeyden evvel, idare edilenler hakkında mevzuu bahsolan bu kazaî müracaatların mevcudiyeti, yani «Etat de justice» şekli, devleti «Etat de droit», yani «Hukukî devlet» olarak kabul etmektedir. Mevzuu bahsolan devlet, hukukî bir devlettir ve bunun dahilinde, fertlerin, faal idareye karşı dermeyan edebildikleri bazı hakları mevcuttur. Çünkü, kazaî müracaat, esas itibariyle, subjektif âmme hukuku namı verilen bu hakların mevcudiyetini ifade etmektedir.

Şu halde, idarî ihtilâflar bahsi aşağıdaki meseleleri ihtiva etmektedir:

- 1 — İdare edilenlerin enfüsî âmme hukuku,
- 2 — İdarî kazanın mevcudiyetindeki sebepler,
- 3 — İdarî kazanın, hususiyle faal idare ile ihtilâfları halleden idarenin yekdiğerinden tefriki noktasından teşkilâtı,
- 4 — İdarî kazanın salâhiyeti,
- 5 — İdare edilenlere mahsus muhtelif kazaî müracaat ve bunlardan her birinin mahiyeti.

İşbu rapor, esas prensipleri dahilinde bu muhtelif meseleleri, evvelâ onların nazarî kaziyelerini ve bilâhare bunların Fransız idare hukukundaki hal tarzlarını tezahür ettirmek suretiyle izah sadedinde tanzim olunmuştur.

I. İdare edilenlerin enfüsî âmme hukuku

İdare edilenlerin kazaî müracaatlarına taallûk eden sahada,

mevzuu bahsolan ilk hâdise, onların sübjektif âmme hukuku meselesidir. Filhakika, haddizatinde her kazai müracaat iddia edilen bir hakkı ifade ve tazammun etmektedir. Çünkü, bu tarzdaki bir müracaat hakim tarafından kazai bir tasarrufun ifası gayesile yapılmıştır. Halbuki kazâ fonksion'una hâs olan da, mevzu ve muhtevâ itibarile hukukî bir meselenin halledilmesidir (Bu hususta bak: Duguit, Dr. Const. 3 éd. , I, P : 418). Bu fonksion, hukuka muhalif bir şeyin husule geldiğini müdafaa eden bir iddianın serdedildiğini, bilhassa haksız bir surette hukukun inkâr veya tecavüze maruz kaldığını ifade etmektedir. Bundan başka, kazai fonksion, böyle bir iddianın ademi kabulünü, bir muhalefete karşılaşmasını da ihtimal dahilinde görerek bu muhalefete nihayet verdirmek ve yapılan iddiayı hâkim kılmak için de müdahale eder. Binaenaleyh kazai bir tasarrufun yapılması gayesile hâkime vuku bulan müracaat, bilhassa, ihtilâf halinde bulunan veya tecavüze uğrayan bir hakka taallük etmektedir. Şu halde idare edilenin kazai müracaati, idare karşısında ferdin bir hakka sahip olduğunu ifade etmektedir. Kazai müracaat, idare edilenin sübjektif bir âmme hukukuna malikiyetini icap ettirmektedir. İdarî ihtilâfların başlangıcında tesadüf edilecek ilk meseleyi, demek oluyor ki, idare edilenin sübjektif âmme hukuku teşkil etmektedir.

Bu hususta, evvelâ, idare edilenin sübjektif âmme hukuku mefhumunu tetkik etmek icap eder. Mevzuu bahsolan, bu hukukun ne tarzda tecessüm ve tahayyül edilmesi lâzım geldiği ve onun kendine mahsus konsepsionunu meydana getirmek için dermeyan edilmesi icap eden unsurların nelerden ibaret olduğu meseleleridir. Bilâhara, idare edilenin sübjektif âmme haklarına mütedair sistemi yaratan muhtelif hakların nelerden ibaret bulunduğunu da araştırmak lâzımdır. Böylece iki nevi tetkikle karşılaşmaktadır : Nazari cepheden tetkik, tatbiki ve tecrübi noktadan araştırma.

Burada maksud olan, sübjektif âmme hukuku mefhumu hakkında muayyen bir noktai nazarı ortaya koymak ve bunu müteakiben, idare edilenlerin enfüsî âmme hukuku hakkında Fransız sisteminin bir taslağını yapmaktan ibarettir.

A. İdare edilenin subjektif âmme hukuku konsepsionu,

İdare edilenin enfüsi âmme hukukunun, yalnız tatbiki ve tecrübi noktadan değil aynı zamanda aklen ve mantıkan da mevcudiyetinin kabul olunabilmesi için, keza nazari cepheden de tetkik edilmiş olması icap eder. Başka bir tâbirle, bu tarzda bir hukuk fikrini aklen ve mantıkan da mümkün kılabilecek muayyen bir telâkki, bir konsepsion vücade getirmek lâzımdır.

Filhakika bu nevi hukuk hakkında ve umumiyetle enfüsi hukuk için muhtelif telâkkiler ortaya atılmıştır. Fakat bunlardan bazıları, haddizatında bir temamiyet ifade ettikleri halde, idare edilenin subjektif âmme hukuku telâkkisini ve umumiyet itibarile enfüsi hukuk fikrini mantıkan mümkün kılacak bir mahiyet arzdememektedirler. Subjektif hukuk bu muhtelif telâkkilerle akla sığmaz bir mefhum olarak kalmaktadır. O halde enfüsi hukuk telâkkisini aklen ve mantıkan kabule şayan bir fikir haline sokabilmek için, ona ne gibi bir şeyin ithal ve ilâvesi lâzım geldiği meselesile zihnen meşgul olmak icap eder.

Subjektif hukuk telâkkisi, hukuk nazariyesine taallük eden meseleler meyanında en fazla münakaşa edilmiş olanlardan biridir. Bu hususta ortaya atılan fikirler ve bunlar arasında vuku bulan mücadeleler şu suretle izah edilebilir :

Başlangıçta enfüsi hukuku, biri « Puissance de volonté » (Windscheid) iradenin nufûz ve kudreti, diğeri « Intérêt protégé » (Ihering) himaye olunmuş menfaat diye mülâhaza ederek tarif eden iki büyük temayüle tesadüf edilmektedir. Bilâhare evvelâ « Georg Yellinek » ve bunu takiben « Michoud » tarafından bu iki doktrin mezç ve telif edilmiştir. « Georg Yellinek » irade kudreti mefhumuna himaye olunmuş menfaat telâkkisini; « Michoud » da himaye olunmuş menfaat mefhumuna, menfaatin himayesinde bir vasıta olarak mülâhaza edilen irade kudreti telâkkisini ilâve etmiştir. O sıralarda, bazıları da irade ve menfaat fikirlerini bir kenara bırakarak enfüsi hukuku, mahkemede dava ikame edebilmesi için ferdi harekete geçiren bir iktidar, kuvvet olarak mülâhaza ve tarif etmişlerdi (Thon). Diğer taraftan « O. Bükler » in

dermeyan ettiği noktai nazara göre ise (Die subjektiven öffentlichen Rechte adındaki kitabında), enfüsi hukukun mahiyetini tayin eden ne irade kudreti, ne himaye olunmuş menfaat ve ne de mahkemede dava ikame edebilmek iktidarındır. Enfüsi hukukun esas ve nüvesini teşkil eden, bir kimseden bazı şeyleri isteyebilmek iktidarındır (Etwas verlangen können).

Nihayet, subjektif hukukun esasını yalnız irade kudretinde bulan telâkkiyi ve keza hukuk hakkında iradeye istinat eden bilûmum fikirleri red ve cerheden «Kelsen» ve «Duguit», netice itibariyle, afâkî hukuk fikirleri haricinde subjektif hukuk telâkkisinin mevcudiyetini inkâra kadar gitmişlerdir. «Kelsen» hukuka mütedair «Théorie pure» mahz nazariyesi ismini taşıyan doktrininden istihraç edilen nazari sebeplerden, «Duguit» ise kendine mahsus ilmî pozitivizminden mülhem realist sebeplerden dolayı hukuk hakkında iradeye istinat eden bilûmum telâkkileri reddetmişlerdir.

Fikirlerin ve nazariyelerin bu tehalüfü karşısında, enfüsi hukuk hakkında icap eden her şeyin söylenmiş olduğuna hükmedebilmenin mümkün olacağını zannediyorum. Bu vaziyet karşısında, ancak, bu doktrinler arasından birini seçmek yahut onlardan bir sentez yapabilmek, yani her birinden kabili istifade olan unsurları iktibas etmek suretiyle elde edilen elemanları bir nizam sokabilmek mümkün olabilir. Burada, umumiyet itibariyle, subjektif hukuk ve hassaten idare edilenin enfüsi âmme hukuku fikrini mantıkan mümkün kılacak bir telâkkiye ulaşmak gayesiyle, böyle bir sentezin tahakkuk ettirilmesine çalışılacaktır.

Her şeyden evvel, bazı şeyleri bir kimseden isteyebilmek iktidarına mütedair serdolunan telâkkiyi, enfüsi hukukun cevherini yaratan, kuran bir müessis gibi mülâhaza etmek lâzımdır. Zira, ferdin bizatihî kendi hareket serbestisiyle hukukun ifadesine imkân yoktur; hukuk, ancak, diğer fertler hakkında ve onların faaliyetine, onlarla olan münasebetlere nazaran mevzu bahis olabilir. Hukuk, nihayet, hareket halinde bulunan bir varlıktan, bir faaliyetten müsbet ve menfi birşey isteyebilmek iktidarındır.

Dava ikamesi hususunda ferdi harekete geçiren iktidar, ve

keza «intérêt protégé» fikirleri enfüsi hukuk telâkkisi dahilinde muhafaza edilebilirler; fakat bu unsurlardan ne birincisi ve ne de diğeri hukukun esasını, cevherini yaratan birer eleman olarak mü-lâhaza olunamazlar. «Intérêt Protégé» hukukun mevcudiyetinin şartı olarak kendisini tezahür ettirmektedir: Bir kimse diğerdan bir talepte bulunabilir, çünkü bu hususta nihayet bir menfaati mevzuu bahistir ve bu menfaat tanınmış, himaye edilmiştir. Dava ikame edebilmek ise hukukun müeyyidesini teşkil eder: Talep edebilmek iktidarına hörmət edilmesini ve onun tahakkukunu mümkün kılar.

«Puissance de volonté» ye gelince, bunun, yalnız, hukukun esası olmakdan değil, fakat aynı zamanda hukukun tahakkukunun bir vasıtası olmaktan da uzaklaştırılması lâzımdır. «Puissance de volonté» nin enfüsi hukuk olduğu ileri sürülemez. «Irade kudreti» mucibince subjektif hukukun tezahür ettiği ve talep edebilmek iktidarının kendisini zarurî olarak kabul ettirdiği de evleviyetle söylenemez. Çünkü bunu söyleyebilmek için, bir iradenin diğər bir iradeye kendisini üstün kılabilmeğe, kendisini empoze ettirtmiye muktedir olabilmesi lâzımdır. Halbuki, iradelèrin yekdiğèrine müsavâtı prensibi bunu gayri mümkün kılmaktadır.

Şu halde, enfüsi hukukun kıymet ve ehemmiyetini yaratabilmek için, ferdin bir şey isteyebilmek iktidarının afakî hukuka müsteniden istimal ve kendisini zarurî kıldığı söylenebilir. Subjektif hakların her iki kategorisi hakkında, yani gerek kanun yahut nizamnameye müstenit ve muhtevası itibariyle doğrudan doğruya objektif hukuktan mütevellit enfüsi hakları teşkil eden hukukî vaziyetler için, gerekse muayyen bazı ferdî kazaî tasarruflarla husule gelen enfüsi hakları tesis ve teşkil eden ferdî hukukî vaziyetlerde hâdise bu söylediğimiz tarzda tecelli eder. Bunlardan ikinci kategoriye dahil olanlar da, kezalik, âfakî hukuk üzerine istinat etmektedir; çünkü, subjektif hukuku tev-lit eden ferdî kazaî tasarrufun içinde, onların tatbik ve icrasının mümkün olabilmesi için, netice itibariyle, yine, «concrétisé» olmuş objektif hukuk kaideleri bulunmaktadır.

O halde subjektif hukuku şu tarzda tarif etmek mümkün

olabilecektir: «Bir âfakî hukuk kaidesine müsteniden, mahkemeye müracaat edebilmek müeyyidesi altında, bir kimseden menfaatinin taallûk ettiği bir şeyi isteyebilmek iktidarındır.» İşte teklif edeceğim subjektif hukuk konsepsionu bundan ibarettir. Esas hususiyeti, bilhassa, enfüsi hukuk hakkında «avolontariste» bir konsepsion oluşu ve «Puissance de volonté» telâkkisinden tamamen uzak tutulmuş olmasıdır. İleri sürülen bu tarzı telâkkimiz, böylece, «Duguit» ve «Kelsen» in nazariyelerinden çok fazla mülhem olmaktadır. Fakat bizim bu telâkkimiz, onların doktrinlerinde olduğu gibi subjektif hukukun inkârına kadar gitmemektedir. Çünkü bizim konsepsionumuz, enfüsi hukukun esas temellerini «Puissance de volonté» nin içine değil, fakat talep edebilmek iktidarının dahiline vazetmektedir.

Binaenaleyh, tamamile ve ancak bu «avolontariste» karakterdir ki idare edilenin enfüsi âmme hukukunun aklen ve mantıkan mümkün oluşuna yol açmaktadır. Çünkü, aksi takdirde, bir taraftan enfüsi âmme hukuku telâkkisine idhal edilen «Puissance de volonté» telâkkisinden ve, diğer taraftan, ferdin iradesine nazaran devletin iradesine bir üstünlük bahşeden devletin hâkimiyeti fikrinden mütevellit bazı müşkülât ile karşılaşılmaktadır. Filhakika, eğer, iradelerin yekdiğerine müsavi oluşundan dolayı, «Puissance de volonté» telâkkisile sübjektif hususî hakların, yani fertler arasındaki hukukun tasavvur ve tahayyülüne imkân yoksa, tabiatile, aynen, enfüsi âmme hukuku hakkında da bu imkânsızlık mevcuttur. Zira, ferdin madûn mevkide bulunan iradesi devletin üstün iradesile çatışacak ve bizzarure, bu vaziyet karşısında, gayrı müessir bir hal iktisap etmek mecburiyetinde kalacaktır. Ferdin iradesi devletin iradesine karşı kendisini empoze edemeyecek; şu halde ferd için hukukta mevzuu bahs olamayacaktır.

Bilâkis, badema, eğer idare edilen irade kudretine müsteniden değil fakat afakî hukuka dayanarak devletten bazı şeyler istiyebilir denecek olursa, bu takdirde müşküller de ortadan kalkar. Ve bu suretle, enfüsi hukuk hâdisesi de devletin afakî hukuk tarafından tahdidi ve devletle hukuk arasındaki münasebetler meselesine müncer olur. Artık, idare edilenin enfüsi âmme hukuku-

nun aklen ve mantıkan mümkün oluşu ehemmiyeti mahsusayı haiz bir mesele teşkil etmez. Bu mümkün ve kabule şayan oluş hukuk kaidesine tâbi devlet prensipinin bizzat kendisini mevzuu bahs kılmaktadır. Fakat bu prensipin de tetkik mahalli burası değildir.

B. İdare edilenlerin enfüsi âmme hukuku hakkında Fransız sistemi

İdare edilenlerin enfüsi âmme hukuku hakkında yapılan bu nazari araştırmadan sonra, şimdi filiyata, yani idare edilenlerin enfüsi âmme hukukuna mütedair sistemin tarzı teessüsünü tetkike geçebiliriz.

Her şeyden evvel, idare edilenlerin enfüsi âmme haklarını ihtiva ve irae eden listenin tamamen nazari, yani umumî, mücerret ve pozitif hukukun esasları haricinde taharri ve tanzim edilmiş olması lüzumuna işaret etmek icabeder. İdare edilenlerin sübjektif âmme hukukunun nelerden ibaret bulunduğunu, yalnız muayyen bir pozitif hukuku nazari dikkate alarak taharri etmek lâzımdır. Bu hususta tamamen nazari bir tetkike girişmek, enfüsi âmme hukuku hakkında nümunelik bir sistemin taharrisine teşebbüs etmek hiç bir faideyi mucip olamayacaktır. Böyle bir sistemden hiç bir menfaat ve faide beklenemez; zira, kendisinde, kabulünü zaruri ve mümkün kılacak bir sıfat ve mahiyet mevcut değildir.

Enfüsi âmme hukukuna mütedair her sistemin muhtevası nazari prensiplerle değil fakat siyasi, iktisadi, içtimai vaziyetlerle alâkadardır ve onlara tâbidir. Sübjektif âmme hukuku hakkında, ancak, ideal ve mücerret mülâhazalara müsteniden değil, bir memleketin siyasi, iktisadi ve içtimai vaziyetini teşkil ve ifade eden ve ona mahsus hâdiselere göre husule gelen bir sistem mevzuubahs olmalıdır. Binaenaleyh enfüsi âmme hukuku hakkında memleketlere göre tahavvül eden muhtelif sistemlerin mevcudiyeti düşünülebilir. Her tarafa örnek olacak ideal bir sistem mülâhaza edilemez; hattâ böyle bir sistemi yalnız tanımak ve öğrenmekte bile hiç bir menfaat ve faide mevcut değildir.

Böylece, idare edilenlerin hakları hakkında her millî idare hukukunun kendine mahsus bir sistemi bulunmaktadır. Şayanı dikkat olan bu muhtelif sistemlerin şümul ve muhtevasını tetkik ve taharri etmektir. Nitekim bizim için de burada mevzuubahs olan, enfüsî âmme hukuku hakkında Fransız sisteminin şümul ve muhtevasının tayin ve tesbitidir.

Enfüsî âmme hukuku hakkında serd olunan bir sistemi anlayabilmek için, metod noktasından bir mesele mevzuubahs olmaktadır. Filhakika, ne suretle ve hangi kıstasa göre, her hangi bir sübjektif âmme hukukunun idare edilene bahş olunup olunmadığını anlayabilmek mümkün olacaktır diye sorulabilir. Meselâ devlet tarafından bu hizmetin ifası, şu işin ademi icrası hususuna idare edilenin hakkının taallûk ettiği nasıl bilinecektir ?

İdare edilenin haiz olduğu hukukun, onu tesahüp edene dava ikame edebilmeyi, mahkemeye müracaatı mümkün kılan bir iktidar bahşettiği söylenebilir ve söylenmiştir de. Dava ikame edebilmek hukukun müeyyidesini teşkil eder : şu halde mahkemeye müracaatin mümkün olabilmesile hukukun da mevcudiyeti kabul olunabilecektir.

Fakat sübjektif hukukun mevcudiyetini kabul için mahkemeye müracaat edebilmek bir kıstas olarak ibka edilemez. Evvelâ dava edebilmek imkânının tanınmadığı yerlerde de enfüsî hukuk mevcut olabilir. Nitekim, halen ancak « Etat administratif » tarzında bulunan ve henüz « Etat de justice » şekline vasil olmayan hukuk kaidesine tâbi devletlerde, yani idare edilenin enfüsî âmme hakları henüz idarî müracaatlarla teyit edilmiş olan devletler için vaziyet bu merkezdedir. Bundan başka, hattâ sübjektif hukukun dava edebilmek imkânı ile techiz edilmesi halinde bile, idare ile idare edilen arasında hukukâ mütedair bir münasebet derpiş ve mülâhaza eden kanun tarafından mahkemeye müracaat edebilmek iktidarı her zaman vazih olarak tasrih ve ifade edilmiş değildir. O halde, bu vaziyette, mahkemeye müracaate imkân olup olmadığını anlamak için, evvelâ mevzuubahs münasebetin idare edilen için bir hukuku tazammun edip etmediğini bilmek lâzımdır. O suretle ki, sonunda, ekseriya, mahkemeye müracaat edebilmekle enfüsî hukuku bulmak, anlamak imkânı

elde edilmiş olmayacak ; bilâkis, sübjektif hukuk sayısında dava ikame edebilme imkânının mevcut olup olmadığı anlaşılmiş olacaktır. Şu halde, prensip itibarile, mahkemeye müracaat edebilmek imkânına, sübjektif hukukun mevcudiyetini tanıtan, gösteren bir mahiyet izafe edilemez.

İdare edilenin enfüsi âmme hukukunu bildiren, tanıtan neticeye muhakkak vasıl olabilmek için diğer bir tarzda hareket etmek icap eder. Sübjektif hakları bize tanıtacak unsuru bizzat enfüsi hukukun içinde aramak ve oradan çıkarmak lâzımdır ve bu da şu tarzda olacaktır :

Enfüsi hak bir kimseden menfaatinin taallük ettiği bazı şeyleri istemek iktidaridir; ve bu talep iktidarına karşı da, kendisine talep vuku bulan kimseye muayyen müsbet veya menfi bir vazife teveccüh ve tekabül etmektedir. Şu halde böyle bir vazifenin varlığı ile enfüsi hukukun mevcudiyeti anlaşılmiş olabilecektir.

Demek oluyor ki idare edilenin sübjektif âmme hukuku da, idareye hukukan bir şeyin tahmil edilmiş olması hâdisesile kendisini bize tanıtabilecektir. İşte, idare edilen için enfüsi âmme hukukunun mevcut olup olmadığını tayin ve tespit imkânını bahşeden kıstas, bir vazifenin, idareye teveccüh eden müsbet veya menfi mahiyette bir mükellefiyetin mevcudiyetile ifade olunabilir.

Şu halde, enfüsi âmme hukukuna mütedair bir sistemin şümul ve muhtevâsını taharrî, idare edilenler karşısında idareye hukukan teveccüh eden mükellefiyet ve vazifelerin araştırılmasına müncer olmaktadır. İdare edilenin karşısında, idare için vazife ve mükellefiyetin mevcut olduğu her yerde ferdin de enfüsi hukuku mevcuttur.

Bununla beraber hâdisi yalnız bundan ibaret değildir. Filhakika menfaat fikri enfüsi hukukun esasını ifade eder; yani bir menfaat, talep etmek iktidarının, enfüsi hukukun mevcudiyetinin ve nihayet hukukun neticesi olan vazife yahut mükellefiyetin rüknünü, şartını teşkil eder; fakat bu menfaatin hukukun şartını, rüknünü teşkil etmesi iki tarzda olmaktadır : Evvelâ, talep

etmek iktidarının kendi mevcudiyetini izhar edebilmesi noktasından menfaat onun esaslı bir şartını teşkil etmektedir; o suretle ki ancak bir menfaatin mevcut olduğu yerde ve bunun tanınmış olması halinde muayyen müsbet veya menfi bir faaliyet talep olunabilir. Saniyen, istenilen faaliyetin, ileri sürülen menfaati tatmin gayesile vazı ve tesis edilmiş olması da lâzımdır.

Binaenaleyh idare edilenin enfüsi âmme hukukunun mevcut olup olmadığını, idare edilenin idareden bir şey istemeğe muktedir olup olmadığını öğrenmek için, yalnız muayyen müsbet yahut menfi bir faaliyetin idareye tahmil olunup olunmadığını değil, fakat aynı zamanda idarenin bu faaliyetinden dolayı bir menfaatin mevcut olup olmadığını ve diğer taraftan serdedilen menfaat mucibince idarenin bu faaliyeti icra edip etmediğini de dikkatle araştırmak icap edecektir. İşte bu noktai nazarlara istinat ederektendir ki idare edilenin enfüsi âmme hukuku hakkında Fransız sisteminin esas ana hatlarını meydana çıkarmak imkânı hasıl olabilecektir.

Fransız idare hukukuna göre idare edilenlere karşı idareye terettüp edebilecek vazifeler, yapılan tasarrufların salâhiyetine, şekillerine, usullerine, sebeplerine, gayelerine, mevzu ve muhtevasına taallûk etmektedirler. İşte zikrettiğimiz bu muhtelif hâdiselerin içinde idare edilenlerin subjektif âmme hakları mevcut olabilir. Şu halde, Fransız idare hukukunun, ne vakit ve hangi şartlar dahilinde, idare edilene bir subjektif âmme hukukunu, ona idareden bazı şeyler talep edebilmek iktidarını tanıdığını sözü geçen hallerden her biri için tayin ve tesbit etmek lâzımdır. Bu hususta teferruata girişmeksizin yalnız prensipleri göstermeğe çalışacağız :

1 — Salâhiyet meselesinde; idare edilenin her zaman menfaatini alâkadar etmek şartile, salâhiyete riayeti talep ve her hangi bir faaliyetin salâhiyettar ajan tarafından icrası hususunda idare edilen için daima bir hak mevcuttur. Filhakika, idare için, tesbit ve tayin olunan salâhiyetlere riayet mecburiyeti vardır ve bundan başka salâhiyete taallûk eden kaideler idare edilenlerin menfaati için ihdas edilmişlerdir.

Her tasarruf hakkında muayyen bir ajanın menfaatına, lehine olmak üzere daima tesbit olunmuş bir salâhiyet mevcuttur ve bu salâhiyete ajan kendini uydurmak mecburiyetindedir. Her hangi bir tasarrufun ifası hususunda, buna salâhiyettar olan ajan her zaman tayin ve tesbit edilmiştir; ve, bu, «État légal» kanunî Devletin, bir ajanın tasarrufu ifa hususunda icap eden ehliyeti kanunla iktisap ettiği takdirde ancak harekete geçmeye muktedir olabileceğini zarurî kılan prensibi mucibince yapılmıştır. Bir memur kendi kendine, kendisine salâhiyet ehliyetini veremez; bu ehliyet ona ancak başkası tarafından verilmiş olabilir. Bundan başka, memurlar için salâhiyetlere riayet çok sıkı bir surette mecburî kılınmıştır; çünkü Devletin faaliyeti dahilinde iyi bir iş bölümünü tahakkuk ettirmek için salâhiyetlerin tevzi edilmiş olması zaruridir. Diğer taraftan, eğer tayin ve tesbit edilen salâhiyetlere riayet bizatihi devletin menfaati icabı ise, o, aynı zamanda, fertlerin menfaatlarını da alâkadar etmektedir. Zira, her hangi bir salâhiyetin başka bir memura olmaktan ziyade şu ajana tahsis edilmiş olması, kendisine tahsis edilen ajanın, maksut olan faaliyetin ifası hususunda, diğerine nazaran, daha fazla bir liyakata sahip ve idare edilene hizmet etmek noktasından da daha mükemmel bir ehliyete malik oluşundan ileri gelmektedir. Böylece, salâhiyeti tayin eden kaidelerin vaz'ında, idare edilenin menfaati gayesi de hâkim bulunmaktadır; ve bu menfaatin memnun ve tatmin edilmesi içindir ki salâhiyete riayet edilmek mecburiyeti vardır.

Şu halde, salâhiyete taallûk eden sahada, enfüsî hukukun esas cevherini teşkil eden talep etmek iktidarının mevcudiyeti görülmektedir. Zira, burada, idare için bir mecburiyet kendisini tezahür ettirmektedir ve idarenin bu mecburiyeti de ferdin menfaati için ihdas olunmuştur. Yalnız, hâdisede, idare edilen için, salâhiyetin dermeyanına taallûk eden bir menfaatin mevcudiyeti de elzemdir.

2 — İdareye, faaliyette bulunurken bazı şekil ve usullere riayet mecburiyeti de tahmil olunabilir. Fakat, idare kazâ müessesesi kadar şedit bir formalizm dahiline sıkıştırılamıyacağından böyle bir mecburiyet her zaman lüzüm ifade etmez. İdarenin,

kendi faaliyetine icap eden şekli vermekte, bazan serbest bırakıldığı da vakidir. Bununla beraber, ekseriya, idarenin faaliyeti hakkında, idare için bir mecburiyet ifade eden bazı şekil ve usullerin tesbit edildiğini görürüz.

Yalnız, hattâ idare edilenin bir menfaati olduğunu ileri sürmeğe muktedir olması halinde bile, tesbit olunan şekil ve usullere riayet edilmesi hususuna ferdin her zaman hakkı taallûk etmez. Filhakika bu şekil ve usuller ekseriya ferdin menfaatlerini himaye gayesile tesbit ve tesis edildiklerinden böyle vaziyetlerde enfüsü hak bir mevcudiyet ifade edebilmektedir. Halbuki, bazan, mevzuu bahs şekil ve usuller yalnız idarenin kendi menfaatlarını tatmin, vazifelerini teshil ve sadeleştirmek için tesbit edilmiş de olabilirler. Bu ikinci şıkta, tesbit olunan şekil ve usullere riayet edilmesi hususunda ferdin enfüsü âmme hukuku mevzuu bahs olamaz; çünkü, hattâ bu şekil ve usuller ferdin menfaatlerine hizmet etmiş olsalar bile, mevzuu bahs şekil ve usuller için maksut olan bu tarzdaki bir tesir ve neticeyi husule getirmek değildir. Zira, onlar idare edilenlerin menfaatlerine hizmet gayesile tesis edilmemişlerdir. İdare edilenin şekil ve usullere taallûk eden bir hakka sahip olabilmesi için, bunların idare edilenin menfaatlerini himaye noktasından tesis edilmiş olmaları lâzımdır.

3 — Bir tasarrufun gaye ve maksadı «Le but» elde edilmek istenen nihai netice ile ifade olunur ve o tasarruf mevzu ve muhtevası «objet» itibarile de nihai neticenin tahakkukuna tahsis edilmiştir. İdarî faaliyetlerin maksat ve gayelerine taallûk eden sahada, yapılan bir tasarrufla birlikte takip olunan maksat ve gayeye ferdin hakkının taallûk ettiği prensip olarak kabul edilmiştir.

Filhakika idare bir fiili ifa ederken, yaptığı tasarrufun mevzuu dahiline ithal edilmiş olan muayyen bir maksat ve gayeyi takibe daima mecbur tutulmuştur. Her tasarruf mevzu ve bünyesine göre takip edilmesi lâzım gelen muayyen bir maksadı ihtiva etmekte ve buna riayet kendisini mecburî kılmaktadır. Başka bir maksat ve gaye takip etmek demek tasarrufun tabii halini tebdil, salâhiyetin yerinde kullanılmamasını «détournement de pouvoir»

irtikâp etmek demektir. Demek oluyor ki, muamelenin mevzu ve muhtevasına raptedilmiş muayyen bir maksat ve gayenin mevcudiyetinden dolayı, tasarruf yapılırken bu maksat ve gayeyi takip etmek mecburiyeti vardır.

Diğer taraftan maksadın mevzula olan bu irtibatı, ferdin maksada taallûk eden bir menfaatinin mevcudiyetini ve maksadın idare edilenin menfaatinin, mevzuu itibarile - yani doğurması lâzım gelen hükümlerle - idare edilenin menfaatine faideli bulunduğu ve ona bu faideyi temini kendisine hedef ittihaz ettiği zaman, tatminile alâkadar bulunduğunu meydana koymaktadır. Velhasıl, idare tarafından yapılan tasarrufa merbut maksat ve gayeye idare edilenin daima hakkı taallûk etmektedir.

4 — Saik « motif » de maksat gibi tasarrufun bir unsurunu teşkil eder. Muameleyi takiben yani tasarruftan sonra gelen maksadın aksine olmak üzere, saik tasarrufa tekaddüm eden ve onu tahrik eyliyen bir vaziyettir. Saik, fiilî yahut hukukî muayyen bir vaziyetle, harekete geçmek veya hareketten içtinap etmekle kendisini tezahür ettirir. Saik muamelenin mukaddem, tahrik edici, yaptırıcı bir unsurunu teşkil eder. Saik tasarrufun zarurî olan bir unsurudur; ve bu, mücerret mantikî bir zarurettten sudûr etmektedir. Saik tasarrufu yaptırtan, onun meydana gelmesine sebebiyet veren bir unsur olduğuna göre, saiki olmıyan bir tasarrufun kabulü imkânsızdır. Saiksiz bir muamele, kendi mevcudiyetini mümkün kılacak sebepten mahrumdur.

Bundan dolayıdır ki, Fransız idare hukuku her tasarrufta bir saikin mevcudiyetini iddia ve talep edebilmeyi idare edilene tanımakta; saikin mevcudiyetine ferdin hukukunun taallûk ettiğini kabul etmektedir. Burada, hukukun ancak bir menfaatle kendisini meşru kılabileceği hususundaki umumî fikre muhalif olarak, idare edilenin hukuku, sadece akli ve mantikî bir zarurete müsteniden, her muamelenin bir saika malik olması zaruretile kendisini meşru kılmaktadır.

Saikin maddî ve kanunî mevcudiyeti hakkında idare edilene bir hak tanılmıştır. Saikin maddî varlığı hal ve vaziyetin,

vakıanın, saik olarak serdedilen fiilin mevcudiyeti yahut onların hakikaten zuhur edişleriyle kaimdir. Saikin kanunî mevcudiyeti ies, hal ve vaziyetin, fiil yahut muamelenin, evvelce teemmül edilen saiki tesis ve teşkil edebilmek hususunda kanunla istenilen vasıfları arzedip etmedikleriyle tezahür etmektedir.

5 — Nihayet, ferdin bizzat idarenin faaliyetine, bu faaliyettin mevzu yahut muhtevasının bazı muayyen sahalarına taallûk eden subjektif âmme hakları mevzuu bahs olmaktadır. Kanunlar, nizamnameler veyahut ferdi hukukî tasarruflarla tesbit olunan esaslara göre idareden harekete geçmesi veya harekete geçmekten içtinap etmesi talep olunabilir. Hareket, fiil hukukî veyahut maddî bir tasarruf olabilir. Hukukî tasarruf, mevzu olarak, bir mükellefiyet veya vecibe tahmilini, yahut bir menfaat teminini, veya her hangi bir şeyin tedarik ve itası suretile bir ihtiyacın tatminini ihtiva edebilir. Nihayet bu maddî yahut hukukî tasarrufların muayyen bir muhtevayê sahip olmaları ve hukukan yahut fiilen bazı netice ve tesirleri husule getirmeleri de istenebilir.

Bu mütenevvi faraziyeler dahilinde, subjektif âmme hukuku mevcut olduğu zaman, bu muhtelif noktalar üzerinde idare edilenin idareden hukukan isteyebileceği şeyin ne olabileceğinin anlaşılması, bilinmesi mevzuu bahs olmaktadır ve, bu mesele, bu hususta mevcut olanların en müşkülünü teşkil etmektedir. İdarenin harekete geçmesi veya harekettten içtinabı, onun muayyen bir tarzda faaliyette bulunması, arzu olunan hukukî yahut maddî neticeyi husule getirmesi ne zaman ve hangi şartlar dahilinde talep olunabilir ?

Bu nevi subjektif âmme hukukunun mevcudiyeti meselesi, bu hususta evvelce kendisinden istifade edilmiş olan muayyen prensiplere yeniden müracaat suretile hal olunmaktadır.

Bu hususta evvelâ mevzuu bahs edilmesi lâzım gelen prensip, menfaat meselesidir. Ancak, istenilen idarî faaliyetin ferdin menfaatine nafi olması halinde, ferdin idareye karşı serdolunabilecek bir hakka sahip bulunduğu kabul edilebilir. Fakat bundan başka, idare edilenin bu faaliyete hakkının taallûk etmesi

için, o faaliyetin onu talep eden ferdin şahsî menfaatini tatmin etmek gayesile tesis edilmiş olması lâzımdır. Filhakika, idarî faaliyet, daima, umumî menfaatleri, yani ferdileşmemiş olan müşterek ve kollektif menfaatleri temine matuftur. Zira, ancak tatmini lâzım gelen umumî menfaatlerin mevcudiyeti halinde idarenin müdahalesi, âmme hizmeti fikrinin icabatındandır. Yalnız, idarî faaliyet, ekseriya, bazı ferdî menfaatleri tatmin gayesile de yapılmakta ve hattâ bu ferdî menfaatlerin tatmin edilmesile, idare, umumî menfaatlerin de muayyen bir tatminini tahakkuk ettirmiş olmaktadır. Buna mukabil, idarenin doğrudan doğruya umumî menfaatleri tatmin etmek gayesini güttüğü ve ferdî menfaatlerle meşgul olmadığı hallerde mevcuttur. Umumî menfaatin bu tarzda tatmininden bazı ferdî menfaatlerin de istifade etmesi mümkündür. Fakat bu ferdî menfaat idarî faaliyet tarafından doğrudan doğruya düşünülmüş, arzu edilmiş değildir. Fertler, bu takdirde, birinci şıkta mevzuu bahs doğrudan doğruya istifade edenlerin vaziyetinin aksine olarak, hizmetten dolayısıyla müstefit olmaktadır. Binaenaleyh, hizmetlerden doğrudan doğruya istifade edenlerdir ki ancak bir enfüsî âmme hukukuna malik olabilirler; ancak, menfaatlerinin icap ettirdiği faaliyeti onlar idareden talep edebilirler. Dolayısıyla hizmetten müstefit olanlar için enfüsî âmme hukuku mevzuu bahs olamaz. Onlar hakkında mevcudiyeti ileri sürülen, objektif hukukun «Reflexwirkung - Effet Reflet» sidir. Binaenaleyh, bu vaziyet, enfüsî âmme hukukunun mevcudiyetini ifade etmemektedir. Gümrük himayesi bu vaziyetin tipik bir misalini teşkil etmektedir.

Fakat, diğer taraftan, ferdî bir menfaati tatmin eden ve bu menfaatin tatmini için tesis edilen idareye mahsus muayyen bir faaliyetin idareden talep olunabilmesi ve ferdin enfüsî âmme hukukunun mevcudiyeti için, keza, bu faaliyetin hukukan, kanunen idareye tahmil edilmiş olması ve bunun icrası hususunda idareye taallük eden hukukî bir vazifenin mevcudiyeti lâzımdır. Fiili yahut hukukî muayyen bir hale nazaran, harekete geçmek veya hareketten içtinap etmek, muayyen bir tasarrufu yapmak, muayyen bir kararı ittihaz etmek hususunda idarenin hukukan mükellef kılınmış olması lâzımdır.

Bu takdirde, idarî faaliyetin muayyen bir muhteva dahi-

linde yapılması hususunda idarenin hukukan mükellef kılındığını teşhis edebilenin ne ile ve nasıl mümkün olabileceği meselesi mevzuu bahs olmaktadır. Zira, idare edilenin karşısında idare her zaman bu tarzda hukukan mükellef kılınmamıştır. Bazı hal-lerde, idare hareket edip etmemekte, her hangi bir kararı ittihaz etmekte, kendisine uygun gözüken her hangi bir tasarrufu yapmakta hukukan tamamen serbesttir : İdare için mecburiyet değil bir serbestilik mevzuu bahstir. Başka bir tâbir ile, idare bazan tahdidî bazan da takdirî bir iktidarla techiz edilmiştir.

Hukukan idareye bir faaliyetin, yani idare edileni alâ-kadar eden muayyen bir faaliyetin tahmil edilmiş olması ha-linde idarenin iktidarı tahdit edilmiştir. Hukuk yapılması muva-fık olanı idareye emretmekte, göstermektedir. Bu takdirde, fert, bu hareketten içtinap olunması, şu tasarrufun yapılması, bu ka-rarın ittihazı hususunda bir enfüsî âmme hukukuna sahip bulun-duğunu idareye karşı serdedebilir. Bilâkis, yapılması veya yapı-lmaması icap edeni, tasarruf ve kararlarının muhtevasını ve niha-yet yapılması muvafık olanın tayini hususunda hukukun idareyi serbest bırakması halinde; idarenin kendi tasarruflarının icap ve hale uygunluğunu, muvafık olup olmadığını tayin ve tesbiti hu-susunun yegâne hakimi bulunması vaziyetinde idarenin iktidarı takdiridir. Böyle bir hal karşısında, artık idare edilen idareden hiç bir şey talep edemez: İdare edilenin enfüsî âmme hukuku yoktur.

Şu halde, bu subjektif haklara vukuf meselesi idare için ne zaman tahdidî, ne vakit takdirî iktidarın mevcut olduğunu öğ-renmeğe, bilmeğe müncer olmakta ve, bu, idare hukukunun en nazik meselelerinden birini teşkil etmektedir. Yalnız, bu hususta mevzuu bahs olan müşkülât daima aynı mahiyette değildir. Güç-lüklerin derece ve mahiyeti enfüsî âmme hukukunu husule geti-ren kaynaklara tâbidir, onlarla alâkadardır.

İdare edilenlerin subjektif âmme hakları kendi kaynak ve menbalarını, filhakika, doğrudan doğruya ve birinci derecede, gerek kanunlar ve nizamnamelerle formüle edilen objektif hu-kuk dahilinde, gerekse bazı ferdi hukukî tasarrufların içinde bu-labilirler. Bu suretle, muhtevasının kanun yahut nizamnameler-

den veya ferdî hukukî vaziyetlerden inbias edişine göre enfüsi haklar, kanun yahut nizamnameye müstenit hukukî vaziyetler ve bir-de ferdî hukukî vaziyetler olarak tezahür ederler.

Bunlardan ferdî hukukî vaziyetleri tesis ve teşkil eden enfüsi âmme haklarının anlaşılması ciddi müşküller tevhit etmemektedir. Filhakika, gerek idare edilen gerek idare ve gerekse aynı zamanda her ikisi tarafından, meselâ bir mukavele ile, ferdî hukukî bir tasarrufun yapılması hâdisesi, idarenin hukukan tahdit edilmiş olduğunu ifade eder. Bundan başka, ferdî hukukî tasarruf subjektif hakka tekabül eden vazifeyi «concret» bir tarza sokmakta ve onu ferdileştirmektedir; o suretle ki, bu vazifenin mevzu ve muhtevası «objet» vazih bir surette ifade edilmiş olmaktadır.

Fakat, âfakî hukuk, kanunlar, nizamnameler tarafından husule getirilen enfüsi hukuk mevzuu bahs olduğu zaman mesele tamamen bir başkalık arzeder. Âfakî hukuk kaidesinin umumî ve gayrı şahsî bir karaktere sahip oluşundan, muayyen bir şey hakkında idarenin mükellefiyeti ve bu hususta onun salâhiyetinin tahdit edilmiş olduğu fikri daima sarih bir tarzda ifade edilmiş değildir. Maamafih, buna rağmen, tahdidî bir iktidar ve bunun tabii bir neticesi olarak subjektif bir âmme hukuku yine mevcut olabilir. Bu takdirde, kanun veya nizamnameye ait bir hükümün tahdit edilmiş bir iktidar ve enfüsi bir âmme hukuku tesis etmek istediğine ne tarzda vukuf peyda edebilmenin mümkün olacağı meselesi mevzuu bahs olmaktadır. Bu hususta, Fransız idare hukukunun, aşağıdaki prensibe vardığı söylenebilir.

Muayyen bir idarî faaliyetin saikinin kanun veya nizamname tarafından tesbit ve ifade edilmiş olması ile; yani teşriî bir tasarrufun, muayyen bazı avamilin mevcudiyeti, muayyen fiilî veya hukukî vaziyetlerle karşılaşılması halinde, ifası icap eden faaliyeti, ittihazı lâzım gelen kararı tesbit etmiş olması halinde tahdidî iktidar ve idare edilenin enfüsi hukuku mevcut olacaktır.

Bu prensibin anlaşılması gayet kolaydır. Bir tasarrufu husule getiren, ona sebebiyet veren o fiilin saiki « motif » dir. Saikdan dolayıdır ki bir tasarruf, muayyen bir fiil ifa edilmiştir. Binaenaleyh kanun yahut nizamname saiki tesbit ve ifade etmekle, yapılması icap eden tasarrufu ve ona verilmesi lâzım gelen muh-

tevayı tayin etmektedirler. Şu halde, kanun yahut nizamnamenin saiki tesbit etmesi halinde, ifa edilecek tasarrufun empoze edildiğini, tahdidî bir iktidarın tesis edildiğini ve enfüsî bir hakkın tanılmış olduğunu söylemek tamamen mantıkîdir.

Fakat, bu prensiple, subjektif âmme hukukunun mevcudiyetini anlayabilmek müşkülü tamamen halledilmiş değildir ve bu da saikin kanun yahut nizamname ile tesbit ve ifade edilmiş tarzından ileri gelmektedir. Filhakika, bazı hallerde saik kat'î ve sarih, diğer bazılarında ise oldukça müphem bir tarzda ifade edilebileceği gibi, bu müphemiyetin, vuzuhsuzluğun da muayyen dereceleri mevzuu bahs olabilir. Bu takdirde, vuzuhsuzluğun derecesi ne olursa olsun, saikin tesbit edilmiş olmasile enfüsî hukukun mevcudiyetine derhal karar vermek; yahut müphemiyetin muayyen bir derecesinin saikin ademi mevcudiyetini ifade edeceğini ve bu suretle subjektif hukukun saik hakkında muayyen nisbette bir vuzuhun bulunmasile ancak mevcut olabileceğini kabul etmek gibi muhtelif ihtimaller zuhur etmektedir.

Netice itibarile, ancak, saikin muayyen bir vuzuh ve sarahat dairesinde ifade ve tesbit edilmesi halinde, sübjektif hukukun mevcut olabileceğine varılmaktadır. Fakat, bu takdirde de, kendisinden sonra enfüsî hukukun mevcudiyetini artık gayri mümkün kılan bu ademi vuzuh noktasının nereye vazedilmiş bulunduğunu tayin edebilmek imkânını bahşeden vâzih direktiflerin yokluğu ile karşılaşmaktadır.

Bu hususta aşağıdaki mülâhazanın teklifi mümkün görünmektedir: Tesbit edilen saik, kıymet yahut keyfiyeti hakkında hiç bir takdir ve tahminde bulunmaksızın yalnız maddî mevcudiyeti tebeyyün ettirilmesi lâzım gelen bir vaziyetle tezahür ediyorsa subjektif hukuk mevcut olacaktır. Bilâkis, zikredilen saikin, mevcudiyeti ancak kıymet yahut keyfiyeti hakkında yapılacak muayyen bir takdir ve tahmin neticesi anlaşılan bir vaziyetle tezahür edebilmesi halinde enfüsî hukuk mevcut değildir.

II. İdarî Kazâ

Hukuk kaidesine tâbi devletlerin hali hazırdaki temayülü, «*État de justice administrative*» şeklini iktisap etmektir; yani kendilerine enfüsî âmme hukuku tanıyan idare edilenlere yalnız idarî müracaat imkânlarının temin edilmesile iktifa edilmeyerek, onlara kazaî müracaatlarda bulunabilmek imkânı da bahşolunmuştur. Ve, fazla olarak, bu müracaatlar adli mahkemelere değil, adli kazâdan ayrı, müstakil ve idarî kazâ namı altında hususî bir mahiyet arzeden mahkemelere tevcih edilmiştir. Diğer taraftan, bu idarî kazanın, yalnız mahdut bir salâhiyete sahip ve her biri muayyen bir idarî hususa hükmetmek için ihdas edilmiş mahkemelerle değil, fakat, aynı zamanda, idarî ihtilâfların halli hususunda az çok umumî bir salâhiyetle mücehhez kazaî müesseselerle teşkil ve tesisi hususunda bir temayül mevcuttur. Bu suretle, idarî müracaatlar ve daha sonraları kazaî müracaatlar; keza bidayette adli mahkemelere ve bilâhare bir idarî kazâ müessesesine müracaatların vuku bulması; başlangıçta mahdut salâhiyete sahip mahkemelere malik bulunan idarî kazanın sonradan umumî salâhiyeti haiz mahkemelere malik oluşu; işte hukuk kaidesine tâbi devletin «*État de justice administrative*» e doğru inkişaf ve tekâmülünde geçirdiği muhtelif safhalar bunlardan ibarettir.

Bilûmum devletler bu tekâmülün nihai merhalesine, umumî salâhiyete sahip idarî mahkemelerin teessüsü safhasına vasil olamamışlardır. Nitekim, İngiliz hukukundan mülhem olan memleketler, hâlen, «*État de justice ordinaire*» şeklinde bulunmaktadır. Kazaî vahdeti dokunulması gayrı mümkün bir prensip olarak mülâhaza eden bu memleketler, idare edilenlerin müracaatlarını tetkik salâhiyetini adli mahkemelere tevdi etmişlerdir. Bu memleketlerde, nihayet, ancak istisnai hallere münhasır olmak üzere, mahdut salâhiyete sahip bazı idarî mahkemelerin mevcudiyeti kabul olunmuştur.

Fransa, yalnız mahdut bir salâhiyeti haiz olmıyan idarî mahkemelerin teessüsile, çok erken «Etat de justice administrative» e vasıl olmuştur. Bu mahkemeler devlet şurasile vilâyet meclisleridir. Fransız idarî kazası, keza, hususî salâhiyete sahip mahkemeleri de ihtiva etmektedir; fakat, umumiyetle başka yerlerde kabul edilenlerden farklı olarak, hususî salâhiyete malik bu mahkemeler umumî salâhiyete sahip mahkemeleri takiben, onlardan sonra zuhur etmişlerdir; zira, ekseriya, umumî salâhiyete malik mahkemelerin vazifelerini tahfif etmek gayesile hususî salâhiyeti haiz mahkemeler ihdas olunmuşlardır.

Bu hususta hatıra gelen ve bilinmesi icap eden ilk mesele, bir idarî kaza müessesesinin neden ihdas edildiği, ve idarî ihtilâfları hal işinin hangi sebeplerden dolayı adli mahkemelere bırakılmak istenilmemiş olmasıdır. Yalnız nazarı bir ehemmiyeti haiz olmıyan bu mesele, idarî kazanın salâhiyetini alâkadar eden bir ehemmiyet arz etmektedir. Zira bu kaza müessesesinin ihdasında âmil olan sebepler, aynı zamanda onun salâhiyetinin tayin ve tahdidî üzerinde de tesir icra etmişlerdir. O suretle ki, ancak bu kaza müessesesinin ihdasındaki sebeplerin nazarı dikkate alınmasıdır ki, onun salâhiyetini ve bu salâhiyetin şumulünü sahih olarak anlamak mümkün olacaktır.

Idarî kazanın mevcudiyetini zarurî kılan bu sebepler umumî ve mücerret bir tarzda taharri edilemez. Bu sebepler her tarafta aynı olmadığı için, onların meydana çıkarılabilmesi hususunda, bu araştırmanın her memlekete göre ayrı ayrı yapılması lâzımdır. Her memleket, kendine has sebeplerin tesiri altında, kendi idarî, siyasî ve içtimaî bünyesine uygun bir idarî kaza ihdas etmiştir. Şu halde idarî kazanın mevcudiyetini zarurî kılan sebeplerin esasında bir nisbîliğe tesadüf olunur. Burada, Fransada idarî kazayı zarurî kılan, onu icap ettiren sebepler kısaca gösterilecektir.

Fransız idarî kazası, her zaman, kuvvetle yerleşmiş müstakar bir müessese mahiyetini arz etmektedir. Kendisine karşı bir çok hücumların yapılmış olmasına rağmen, mevcudiyeti kat'iyen tehlikeye sokulmamıştır. Hâlen idarî kazâ müessesesinin mevcudiyeti ittifakla kabul edilmiştir. Zira idarî kazanın mevcudiyetini, tesis ve vikayesini zarurî kılan pozitif hâdiseler mevcuttur.

Bizim idarî kaza müessesemizin kendi mevcudiyetini rasyonel nazariyelere borçlu olmaması lâzımdır. Şüphesiz, onun, bu tarzdaki bir noktâi nazarla meşru gösterilmesine teşebbüs te edilmemiş değildir. Nitekin, bu hususta, (Laferrière, *jurisdiction administrative*, I, P. 11) idarî ihtilâfın idare ile kaza arasında mütavassıt, muhtelit bir mıntika teşkil ettiği; hüküm vermek mevzuu bahs olduğundan bunun idareye ait olmadığı; keza, netice itibarile idareye karşı bir hareket, tesir mevzuu bahs olduğundan kazaî iktidarın faaliyet sahası dahiline de girmediği; binaenaleyh, bu idarî ihtilâfın hallinin aynı zamanda hem idareden hem de kazaî kuvvetten tefrik edilmiş bir organe, bir idarî kazaya tevdiî lâzım geleceği söylenmiştir.

Fakat ne bu rasyonel tafsil ve ne de o kabilden diğer bir izah, Fransada idarî kazanın teşekkülünün hakikî sebeplerini ifade etmiyorlardı. Bu sebepler, idarî kazanın zaruriliğini kabul ettirten bazı vakıaların, bazı hâdiselerin ve bazı ahvalin içinde bulunmaktadırlar. Ve, keza, idarî kazanın ihdasındaki sebeplerle hâlen onun vikaye ve muhafazasındaki sebepleri de yekdiğerinden tefrik etmek icap eder; zira bunlardan her birini meşru kılan noktâi nazarlara tamamen yekdiğerinden farklıdırlar.

Filhakika, Fransada, sene VIII de, « Consulat » hükûmeti tarafından icra edilen yeni idarî tensikatla (loi du 28 pluviöse an VIII - 17 février 1800), devlet şurası ve vilâyet meclisleri gibi esaslı iki organile birlikte, bizim idarî kazamız tesis edilmişti. Fakat bu ihdasa müncer olan cereyanın başlangıcını bulmak için inkilâbın bidayetine kadar çıkmak lâzımdır. İdarî kazanın ilk kaynağı olarak, Fransız inkilâbının bidayetinde, bazı vakıa ve hâdiselerin tesiri altında, kuvvetlerin tefriki meselesine mütedair yapılan muayyen bir tefsir ve izah mevcuttur. Bu tefsir ve izah, bilhassa, adli mahkemeler tarafından idarî davaların rüyetini men'e müncer olmuş; ve buradan, kuvvetlerin bölümü hakkındaki umumî prensibin hususî bir nevini ifade ve idarî, kazaî otoritelerin yekdiğerinden ayrılması diye tesmiye edilen kaide zuhur etmiştir. Husule gelen bu kaidenin şumulünü, adli mahkemeler tarafından idarî tasarrufların yapılmasını men'e hasretmek mümkündü; fakat, bununla

iktifa edilmiyerek daha uzağa, yani idari tasarruflar üzerinde, onlardan doğan ihtilâfları ruyet ve muhakeme etmek suretile adli mahkemelerin kontrol icra etmesini men'e kadar gidildi. Netekim 16-24 Ağustos 1790 (T. II, art. 13) kanununun meşhur metnine bahşedilen mâna ve şümül şu tarzda tesbit edilmiş oldu: « Kazai fonksiyonlar idari fonksiyonlardan tefrik edilmişlerdir ve daima ayrılmış olarak kalacaklardır. Hakimler, hangi suretle olursa olsun, idari uzuvların faaliyetini teşvişe ve idare edenleri, onların fonksiyonlarından dolayı mahkemeye davete muktedir olamayacaklardır».

Kuvvetlerin tefriki hakkında bu şümüllü, geniş mânadaki tefsire sebebiyet veren hâdiseler şu suretle izah olunabilir : Eski rejimin sonuna doğru, krallık hükûmetine ve onun mahalli müessesilerine muhalefet fikrile hareket eden yüksek kazâ müesseseleri «Les Parlements [1] » ve sınıf imtiyazlarını müdafaa gayesile hareket eden «Les intendants [2]» lar, o zaman büyük bir zaruret neticesi tahakkukuna teşebbüs edilen bilûmum idari ve mali yeniliklere karşı şedit bir husumet göstermişler; ve onları muvaffakiyetsizliğe uğratmışlardı. Bundan dolayı, kendi seleflerinin temayüllerine tevarüs ve onlar gibi tahakkuku arzu edilen büyük yenilikleri muvaffakiyetsizliğe uğratacak yeni mahkemelerin tesis edilmiş olmasından endişe ediliyordu. Kısaca, kazai iktidar hakkında büyük bir emniyetsizlik hâkimdi; yapılması arzu edilen değişikliklere mani olmak için, kazai kuvvetin diğer iktidarlara karşı her türlü tecavüze hazır olduğu zannolunuyordu. İşte, böyle bir

[1] « Les Parlements », krallık rejiminin Fransada hâkim olduğu devirlerde, kazai faaliyetin en esaslı unsurlarından biri olmuştu. Bidayette adli hususat ile iştigal eden «Parlement» ler, daha sonraları, on altıncı asrın nisfından itibaren, siyasî işlere de müdahale ve bu hususta çok mühim roller oynamaya muvaffak olmuşlardı. On yedinci asırdan itibaren, siyasî sahadaki nüfuzlarını takviyeye çalışan bu kaza müesseseleri kural arasındaki mücadeleler tâ Fransız inkılâbına kadar devam etmiş; ve «Parlement» ler o zaman yapılması zaruri olan bir çok yeniliklerin tahakkukuna mâni olmuşlardı.

«Tercüme eden»

[2] Fransada, eski krallık rejiminin hâkim olduğu devirlerde, kral namına, muayyen bir eyalette, muhtelif âmme hizmetlerini kendi mürakabe ve kontrolü altında bulunduranlara «Intendant» namı verilirdi.

«Tercüme eden»

vaziyet karşısında, yalnız doğrudan doğruya idareye iştiraki değil; fakat aynı zamanda, kazaî salâhiyetini idareye karşı de kullanmaktan kendisinin menedilmesinin zarurî bulunduğu teemmül edilmişti. İstenilen yeniliklerin tahakkukuna mâni olmak için onun kazaî iktidardan istifade edebileceği düşünülerek, vukuu muhtemel müdahalelere karşı icap eden en müessir tedbirlerin alınması arzu edilmişti.

Kuvvetlerin ayrılığı hakkındaki bu tarzı tefsir idarî kazaya doğru atılan ilk adım olmuştu. Bununla beraber, idarî kazanın teessüsü, bu tefsirin asli ve ilk neticesi olarak gözükmeyiz. Filhakika, idarî ihtilâfların adli mahkemelerden alınmasını müteakip, bu ihtilâfları halledecek idarî mahkemeler ihdas olunmuş değildi. Bu ihtilâfların rüyeti, muayyen bazı hususatta adli mahkemelerin de salâhiyettar kılınmış olması suretile, faal idare edenlere (kral nazırlar, vilâyet idareleri) tevdi edilmiş ve idarî ihtilâfların rüyeti hususunda ihdas olunan bu tarzdaki teşkilât, aşağıdaki vakıaların tesiri altında meydana gelmişti.

Filhakika, bu hususta, bir idarî kaza müessesesinin ihdası yolunda da bazı teklifler yapılmıştı. Fakat eski rejimde mevcut olan bazı hususî idarî kaza müesseselerinin usul noktasından gerek batı ve gerekse çok masraflı olmasından mütevellit büyük bir hoşnutsuzluk mevzuu bahs tekliflerin bertaraf edilmesine sebebiyet vermişti. Netekim, « États généraux » nun, idarî kaza müesseselerinin ortadan kaldırılmasını talep hususunda tanzim ettiği müteaddit lâyhalar, bu müesseseler hakkında muhtelif şikâyetleri ihtiva etmekte idiler.

Bundan başka on sekizinci asrın devamı esnasında « Intendant » ların lehine olmak üzere muayyen bir kazaî salâhiyetin ihdası ve efkârı umumiye tarafından bunun iyi karşılanmış olması, idarî ihtilâfların idare edenlere tevdi fikrini doğurmuştu. Kral davayı nakil hakkını kullanarak muayyen bazı idarî işleri « Parlement » lerden alarak « Intendant » lara tevdi başlamış ve daha sonraları, « Intendant » lar, kendi lehlerine bu nakillerin icrasını temin hususunda, bazı teşebbüslerde bulunmuşlardı. Nihayet, Kraliyet hükûmeti tarafından muayyen bazı hususat memuriyeti mahsusa şeklinde « Intendant » lara tevdi edilmiş ve « Intendant »

lar tarafından ifa edilen bu kazai faaliyet, usul noktasından besa-tet ve sür'at ile herkesin hoşuna gitmişti. İşte, bu, inkılâp zama-nında, faal idare edenler tarafından mevzuu bahs kazai faaliyetin ifası sisteminin teessüsüne yol açmış oluyordu.

Bununla beraber, idari ihtilâf hususunda ihdas olunan bu teşkilât üzerinde uzun müddet durulmamıştı. Yine hâdiselerin te-siri altında, kuvvetlerin bölümü hakkında yapılan yeni bir teemmül bu teşkilâtın kabul imkânsızlığını meydana koymuş ; ve idari ka-zanın ihdasına sebebiyet vermişti.

Filhakika, organların ayrılığı ancak fonksionların tefrikinin bir neticesi olduğuna göre, kuvvetlerin bölümünün yalnız organ-ların ayrılığını değil aynı zamanda fonksionların da tefrikini ta-zammun ettiği anlaşıldı. Bu suretle, eğer adli mahkemeler idare-yi muhakeme etmeğe muktedir değillerse, idarenin de, fonksion-ların tefriki esasına göre, kazai fonksionu icra edemiyeceği fikri husule geldi. İdare için kendi kendini muhakeme etmek mevzuu bahs olduğu zaman, bu fonksionu kendi hakkında icra etmesi ih-timali pek azdı. Zira, idarenin, ihtilâflı hâdisede hem hâkim ve hem de aynı zamanda taraflardan biri olması gibi tehlikeli bir mahzurla karşılaşmakta idi. Böyle bir kazanın bitaraf olmasına da asla imkân yoktu.

Bu suretle, tefrik hakkında ilk kaidenin, yani, adli mahke-melere idari davaların rüyetini meneden idari ve adli otoritelerin ayrılması prensipinin vaz'ından sonradır ki, faal idare ile idari kazanın da yekdiğerinden ayrılması prensipine varılmıştı. Bu ikinci kaide, idari davaları rüyetten faal idareyi hariç bırakmakta idi. Keza, tefrikin ilk kaidesi mucibince adli mahkemeleri bu hu-susta salâhiyettar kılmak ta imkânsız bulunduğundan, netice iti-barile, sene VIII de, adli kazadan ve hiç olmazsa muayyen bir öl-çü dahilinde faal idareden ayrı bir idari kazanın ihdasına varıl-mıştı. Şu halde, idari ihtilâfların adli mahkemelerden alınması su-retile adli ve idari otoritelerin yekdiğerinden tefriki, idari kazaya müncer olan yolları hazırlamış oluyordu. İdari ihtilâfların rüyet ve muhakemesinden idare edenlerin hariç bırakılması suretile faal idarenin idari kazadan tefriki, bizim idari kaza müessesemizi tahakkuk ettirmiş; ve bütün bunlar, muayyen bazı vakıaların, tesadüflerin tesiri altında husule gelmişlerdir.

Fakat, - bu, idarî kazanın salâhiyetini izah için tayin ve tasrih edilmesi icap eden bir noktadır - hâlen idarî kazanın mevcudiyetini zarurî kılan sebeplerle, bu kazayı meydana getiren ve hiç olmaza adli mahkemelerin idarî davaları rüyetden men'ini icap ettiren sebepler aynı değildirler. Filhakika faal idare ile kazaî idarenin tefriki, hâlâ dermeyan edilen ilk sebebe yani idarenin kendisinin alâkadar bulunduğu bir davada, aynı zamanda hem hâkim ve hem de taraflardan biri olamayacağı esasına istinad etmektedir. Halbuki, idarî ve adli otoritelerin tefriki ve hususile idarî davaların rüyetinden adli mahkemelerin men'i, bidayette mevzuu bahs edilmeyen bir tarzda meşru gösterilmektedir.

Adli mahkemeler, halen, haklarında mevcut bir emniyetsizlik ve itimatsızlıktan dolayı idarî ihtilâfların rüyetinden hariç bırakılmış değildirler. Bu itimatsızlık ortadan kalkmıştır. Eski « Parle - ment » lerin husumetkâr tarzı hareketini taklidden çok uzak bulunan adli mahkemeler, bilâkis, idare hakkında az çok hatırlı, onu her halde rahatsız etmemeğe çalışan ve ekseriya ferdlerden ziyade idareyi haklı göstermeye hazır bir temayül göstermektedirler. Adli mahkemelerin taarruz ve tecavüzünden idare için korkulacak bir şeyin mevcut bulunmadığı görülmektedir. Fakat, buna rağmen, adli mahkemelerin idarî ihtilâfları rüyetten hariç bırakılması prensipi yine muhafaza olunmuştur.

Bu prensipin muhafazası lehinde diğer bir sebep zuhur etmiş; idarî ihtilâfları rüyet hususunda adli mahkemelerin iktidar ve liyakati göz önünde bulundurulmuştur. Hali hazırdaki noktai nazar, adli mahkemelerin idarî ihtilâfları rüyete ehil olmadığı merkezindedir ve bu da aşağıdaki sebeplerden ileri gelmektedir.

Idarî davaların rüyeti, hususî karaktere sahip idare hukuku, filen âmme hizmetlerinin işleme tarzı ve kendilerini bu hizmetler üzerinde hâkim kılan filî zaruretler hakkında tam bir bilgiyi, vukufu icap ettirmektedir. Halbuki, uzun zaman idarî işlerden hariç bırakılmaları neticesi, adli mahkemelerin hakikî olarak bu bilgiye tesahüp ettikleri kabul olunmamaktadır. Böylece idare hukuku ile ünsiyeti az olan adli mahkemeler daha ziyade hususî hukuk kaidelerinin tatbikine doğru temayül göstermekte ve, bu, idarenin hatta bazen idare edilenlerin menfaatlerine uygun gelmemek-

tedir. Bundan başka, âmme hizmetlerinin iyi işlemesi için bu hususta icap edeni adli mahkemeler bilmediklerinden, idareyi zardide etmek korkusile, ona karşı daha müsait ve müsamaha ile hareket etmektedirler.

Keza, idari ihtilâfın rüyeti, idari kanunların noksan ve eksikliklerinden dolayı, onu rüyet edene ekseriya «Prétorien» bir rol bahşetmektedir. Halbuki, daima tam ve tedvin edilmiş hususi hukuk kanunlarını istimal ve onlara karşı ciddi bir surette riayet eden adli mahkemeler daha ziyade yazılı kanunların tatbikine alışmış olduklarından «Prétorien» bir rol oynamak hususunda iyi hazırlanmış değildirler.

III. İdari kazanın teşkilâtı

Faal idare ile idari ihtilâfları halledecek makamın yekdiğlerinden tefriki prensipi eğer bir idari kazanın tesisini zaruri kılıyorsa, bu zaruret, mevzuu bahs tefrik kaidesini tamamen tahakkuk ettirmeğe muktedir idari mahkemelerin teşkilini icap ettirecektir. Şu halde, bu teşkilâtın, tefrikin tahakkukunda esas olan aşağıdaki kaideleri ihtiva etmesi lâzımdır.

Tefrik, en evvelâ, idare hâkimlerinin hakiki bir mahkeme halinde teşekkül edebilmeleri için, onların hiç olmazsa idari hiyerarşiden tecrit edilmiş olmalarını icap ettirmektedir. Zira, bir kaza organının mümeyyiz vasfı kararlarının hiyerarşik bir iktidara tâbi kılınmamış olmasıdır. Bundan başka idari mahkemelerin yalnız başına, kendi kendine karar verebilmek iktidarına sahip olmaları da icap eder; yani yalnız kararları hazırlamak ve teklif etmekle iktifa etmek mecburiyetinde olan «justice retenue» değil, «justice déléguée» nin mevcudiyeti lâzımdır. Keza, onların kazai faaliyeti, kazai şekil ve usullere göre icra edilmiş olmalıdır. Diğer taraftan, onların faaliyetinin yalnız kazai fonksiyona inhisar ettirilmiş olması ve başka vasıta ile idare edenlerin faaliyetine iştirak etmemeleri lâzımdır. Tabiatile faal idare edenlerde onların kazai tasarruflarına iştirak etmemekle mükelleftirler. Nihayet bu mahkemelere mensup azaların, kendilerini faal idarenin tesir ve müdahalesinden koruyacak bazı teminata mazhar olma-

ları icap eder. Tâbiri diğerle, kuvvetlerin yekdiğerinden tefriki hakkındaki modern telâkkinin, bir kaza organı için hakikaten zarurî kıldığı istiklâl, tahsis, muayyen şekil ve usullere göre faaliyette bulunmak gibi muhtelif şartları idarî mahkemelerin tahakkuk ettirmiş olmaları lâzımdır.

Halbuki, umumiyet itibarile hiç bir devlette, idarî kaza, idarî ihtilâfları rüyet edecek mercile faal idarenin tefrikini, biraz evvel işaret olunan bilûmum şartlar dahilinde tamamen tahakkuk ettirmiş değildir. Her ne kadar, mevcut idarî kaza müesseseleri bir tefrikin mevcudiyetini ifade etmekte ise de bu tefrik zecrî ve kat'î bir mahiyet arz edememektedir. Bununla beraber, halen, tefrikin zecrileştirilmesini istiyen muayyen bir temayülün zuhur ettiği de müşahede edilmektedir. Bu vaziyete, yani tefrikin sathî şekline ve bunun tezyid ve teşdidine doğru bir temayüle Fransız idarî mahkemelerinin teşkilâtında gayet açık olarak tesadüf olunmaktadır.

I. Bizim idarî kazamız uzun zaman « justice retenue » esasına dayanmakta idi : İdarî kaza, kazai kararı ittihaz iktidarını haiz devlet reisinin salâhiyetleri meyanında ipka edilmişti. Yalnız şunu da ilâve etmek icap eder ki bu « justice retenue » sistemi ancak Devlet Şûrası kararları hakkında mevzuu bahsti. Diğer idarî mahkemeler müstakilen kazai karar ittihaz edebilmek iktidarını haizdiler. Fakat bunların kararları aleyhine de gerek istinaf ve gerek temyiz suretile Devlet Şûrasına gidilebildiğinden, tabiatile, netice itibarile, bizim idarî kazamız baştan başa « justice retenue » esasına dayanmış oluyordu. İşte 1872 ye kadar vaziyet bu izah ettiğimiz şekilde idi. 1848 cumhuriyeti esnasında Devlet Şûrasına kısa bir devre zarfında bahşolunan « justice déléguée » istisna edilecek olursa, « justice retenue » nin kat'î olarak ilgası 24 Mayıs 1872 kanunile tahakkuk ettirilmişti (art. 9) . Bu hususta vuku bulan tekâmülün kıymetini takdir edebilmek için, Devlet Şûrası tarafından hazırlanan karar tekliflerinin, Devlet reisi tarafından filî ve hakikî bir kontrole tâbi tutulmadan kabul edilmiş olmaları gibi teessüs eden bir itiyat ve teamülünü de göz önünde bulundurmamak lâzımdır.

Faal idare ile ihtilâfları halledecek idarenin tefrikile tezat

halinde olmasına rağmen, bu « justice retenue » sisteminin uzun zaman muhafazasında âmil olan sebepler şu suretle izah olunabilir.

İdarî ihtilâfların halli sahasında kazâî salâhiyetin ancak idarenin bizzat kendisine ait olabileceği fikrinden hareket ve bu hususta kuvvetlerin tefriki prensipine istinat olunuyordu. Çünkü bu tefrik diğer bilûmum iktidar karşısında idarenin müstakil ve her türlü haricî tesir ve müdahaleden azade bulunmasını icap ettirmekte idi. İşte bundan dolayı, kazâî kuvvet idarî ihtilâfları rüyet ve muhakeme edemeyecek ve yine aynı sebebe müsteniden, teşkilât noktasından idareden ayrı bir idarî kaza müessesesi de kendi kendine ve müstakilen karar verebilmek iktidarına dayanarak bu ihtilâflar hakkında hüküm veremeyecekti; çünkü, bu takdirde, idarî kaza, idare karşısında kazâî kuvvete müsavî diğer bir kazâî iktidar şeklinde kendisini tezahür ettirmiş olacaktı. Böylece, idare yine haricî bir iktidarın tesirine maruz kalmış bulunacak ve neticede kendi istiklâlini muhafaza etmiş olamayacaktı. Kısaca kuvvetlerin tefriki prensipi ihlâl edilmiş olacaktı.

Tabiatile, yalnız bu şekildeki bir telâkki ile varılan mantikî netice, idarî mahkemelerin ademi mevcudiyeti ve idarî ihtilâfların bizzat idare edenler tarafından rüyet ve muhakeme edilmesi gibi, büyük inkılâp zamanında kabul edilen tarzı halolmuştu. « Justice Retenue » yi haiz idarî kaza sistemine varabilmek, ancak, ilk tarzu telâkkiye diğer bir fikrin inzımam etmesile mümkün olabilmişti.

Bununla beraber, idarî ihtilâflara taallûk eden sahada kazâî kararın ancak idarenin kendisi tarafından ittihaz olunabileceği şüphesiz olmasına rağmen, ekseriya bu nevî kararın oldukça hususî bir karakter ve ehemmiyet arzetmesinden dolayı, idare tarafından bunun yalnız başına ve kendine has usullere göre ittihazı uygun görülmemiş; ve netice itibarile, bu vazifenin ifası için kazâî şekilde organize edilmiş ve kazâî usullere göre faaliyette bulunan ve ittihazı lâzım gelen kararları idareye teklif etmek, hazırlamak vazifesile mükellef istişari bir organın da faal idareye iltihak ve iştirak ettirilmesi icabetmişti. İşte hakikî bir kaza organı olmasına rağmen, yalnız « justice retenue » dediğimiz salâhiyetle

mücehhez bir idarî kaza fikrine de bu suretle varılmış olunuyordu.

Bittabi, bu tarzı telâkkinin kıymeti yok değildi ve bunun kıymetsiz olmayışını da uzun zaman kendi mevcudiyet ve tefevvukunu muhafaza edebilmesi ispat etmişti ; fakat, onda, kuvvetlerin tefriki prensibinin yalnız organik olan şekilni göz önünde bulundurarak onun maddî cephesini nazarı itibara almamak gibi tenkit olunabilecek bir nokta da mevcuttu. Zira, organik noktai nazardan tefrik, bir iktidarın diğer bir iktidar tarafından tecavüze maruz kalmamasını zarurî kılıyorsa, maddî noktadan da, keza, bir iktidarın kendisinin ihdasında âmil olan fonksionu icra etmesini icap ettirmektedir. Eğer bu son prensip kabili müdafaa ise bunun kazaî fonksion hakkında mevzuu bahsedilmesi de pek mümkündür. Modern telâkkiye göre kuvvetlerin tefriki, kazaî fonksiondan gayri diğer bir fonksion için ihdas edilmiş olan kuvvetlerin, kazaî fonksionu icra edemeyeceklerini emretmektedir. Bundan dolayı, hatta idarî ihtilâflara taallük eden sahada bile, idare kazaî fonksionu icraya muktedir olamayacaktır. Aksi takdirde, kuvvetlerin tefriki prensibinin esasına, ruhuna tecavüz edilmiş olunacaktır. Ve, hatta, idarenin « justice retenue » sistemi ile dahi bunu yapamaması lâzımdır. Bundan sarfınazar, idarenin kullanmak istediği bu kazaî iktidar, onu aynı zamanda hem hâkim ve hem de rüyet ettiği ihtilâfda taraflardan biri olmak vaziyetine de düşürmektedir. İşte bütün bu sebeplerden dolayı, netice itibarile, bazı cihetlerden kuvvetlerin tefrikine uygun gözüken « justice retenue » nin, diğer noktalardan ve bilhassa kuvvetlerin tefriki prensibinin esas ve ruhu noktasından, ona muhalif bulunduğu anlaşılmış oldu. Zuhûr eden bu yeni telâkki « justice retenue » nin ilgasını ve « justice déléguée » sisteminin tesisini intaç ve idarî kazada, böylece, tam manasile hakikî bir kaza halini iktisap etmiş oldu.

II. Bununla beraber, « justice retenue » nin ortadan kaldırılmış olmasile, idarî kaza hakkında, faal idare ile ihtilâfları halledecek idarenin tefriki tamamen tahakkuk ettirilememiştir. Zira, bunun yanında, tefriki az çok felce uğratan diğer başka unsurlarda mevcuttu. Buna rağmen, tam bir tefriki tahakkuka doğru mu-

ayyen bir tekâmül de kendini göstermekte gecikmemiş; ve Devlet Şûrası hakkında yavaş yavaş tesirini icra eden bu tekâmül, Vilâyet meclisleri için, 1926 da yapılan tensikat ile, derhal tahakkuk ettirilmişti.

1) Bu hususta, evvelâ, onların mevkilerine taallûk eden teminat mevzuu bahs olmaktadır. Bizim idarî hâkimlerimizin hiç birisinde, lâyenazillik gibi hâkim için esaslı bir teminat olan garanti mevcut değildir. Buna rağmen, hukuken azlolunamamak gibi bir teminattan istifade edemiyen Devlet Şûrası azaları lehinde, teessüs etmiş bir nevi filî layenazillik mevcuttur. Ve bu filî azlolunamamak keyfiyetini tevlit eden onların yüksek mevkileri, şahsî kıymetlerine karşı olan hürmet ve Devlet Şûrasında hâkim olan « Esprit de corps » dur. Devlet Şûrasında, keyfi ve yolsuz azilleri tatbikatta hemen hemen gayri mümkün kılan filî bir vaziyet mevcuttur.

Devlet Şûrası azalarının tarzu intihabına müteallik garantiler oldukça kuvvetlidirler. Devlet Şûrasına ilk duhul güç ve ciddi bir imtihanla mümkün olabilmektedir. Terfiler, azalar « conseillers d'Etat », azâ muavinleri « Maîtres des requêtes », birinci ve ikinci sınıf mülâzimler diye muhtelif zümrelere ayrılan Devlet Şûrası azalarının tâbi buldukları hiyerarşik teşkilâtın kademelerine göre yapılmaktadır. Her ne kadar gerek aza ve gerekse aza muavinliklerine Devlet Şûrası haricinden de tayinler yapılabilsen de, bu imkân, azalar hakkında münhal olan yerlerin üçte biri, azâ muavinlikleri içinse dörtte biri hakkında mevzuu bahs olabilir.

Müsabaka ile duhul ve sınıfa göre terfi sistemine müşabih bir usul, 1926 tensikatile Vilâyet meclisleri için de kabul olunmuştur (Décr. 6 septembre 1926, art. 4 et 5) .

2) İdarî mahkemelerimizden hiç biri yalnız kazai faaliyetin icra ve ifasına hasredilmiş değildir. Umumiyet itibarile hepsi istişari organ titri altında idarî faaliyete iştirak etmektedir. Bu suretle Devlet Şûrası Hükûmetin « Conseil du Gouvernement » ve Vilâyet Meclisi de Valilerin « conseil des préfets » birer meclisi halini iktisap etmiş olmaktadır.

Bidayette, konsüllük ve ilk imparatorluk devrinde Devlet Şûrasının istişari rolü çok mühimdi. Hemen hemen bilûmum teşriî ve idarî hususatta mühim bir rol oynayan Devlet Şûrası, fiilen Hükûmetin bir meclisi «conseil du Gouvernement» mahiyetinde idi. Bilâhare bu rolün ehemmiyeti azalmışsa da, Devlet Şûrası yine bunun büyük bir kısmını kendinde muhafazaya muvaffak olmuştu. Halen, idarî hususatta, Devlet Şûrasile Hükûmet arasında vâsî ve filî bir teşriki mesai mevcuttur. Devlet reisi tarafından idarî nizamnamelerin tertip ve tanziminde, Devlet Şûrası kendisine çok büyük bir hisse ayırmış bulunmaktadır.

Vilâyet Meclisleri de, uzun zaman, Valilerin yardımcı müşavirleri olarak mühim birer rol oynamışlardı. Bununla beraber, 1926 tensikâtı, daha ileride görüleceği gibi, Vilâyet Meclislerini tamamen ortadan kaldırmaksızın onlara Vilâyetler arası «inter départemental» bir mahiyet izafe etmekle, kendilerinin Vali nezdindeki müdahale ve tesirlerini hissolunacak derecede azaltmış oldu.

Bizim idarî mahkemelerimizin yalnız kazaî fonksiyonun ifasına hasredilmiş olmamaları, onların faal idareden ayrılmış olması esasını zâfa uğratmaktadır. Fakat, Devlet Şûrası dahilinde, bu iki fonksiyon arasında bir tefrik tahakkuk ettirilmiş; Devlet Şûrasının teşkilâtı, faaliyet tarzı böyle bir ayrılmayı vücude getirmiştir. Bizzat Devlet Şûrasının içinde kazaî fonksiyon hakkında muayyen bir tefrik teessüs etmiştir.

3) Bizim idarî mahkemelerimizin teşkilâtı, faal idare ile ihtilâfları halledecek idarenin tefriki kaidesine, faal idare edenleri idarî mahkemelerin kazaî faaliyetine iştiraktan meneden prensipe uzun zaman bir ehemmiyet atfetmemiştir. Fakat, halen, Devlet Şûrasının kazaî faaliyetine vuku bulan bu iştirak çok azalmış ve 1926 tensikâtı da Vilâyet Meclislerinden bu iştirak imkânını tamamen ortadan kaldırmıştı :

a) Devlet Şûrası, eskidenberi, her dairesi muayyen bir salâhiyeti haiz muhtelif kısımlara ayrılmıştı. Yalnız, bu teşkilât dahilinde bir değişiklik yapılmış ve bu tahavvül evvelâ bu dairelerden bir kısmını istişari idare işlerine diğer bir kısmını da kazaî

muamelâtın ifasına tahsis ederek her birinin faaliyet sahalarının muayyen bir ölçü dahilinde tahdit ve tayini; ve nihayet idarî teşekküllere mensup âzaların kazâî teşekküllerin faaliyetine iştirakten uzaklaştırılması suretile yapılmıştı. Böylece, bir taraftan yalnız kazâî faaliyeti ifa etmekle mükellef mercilerin mevcudiyeti ve diğer taraftan faal idare edenlerin kazâî fonksiyondan hariç bırakılması tahakkuk ettirilmiş oluyordu. Bu neticelere müncer olan tahavvüllere kısaca işaret edelim.

Bidayette, idarî ve kazâî fonksiyonların ifası hususunda Devlet Şûrası dahilinde bir tefrik mevcut değildi. Devlet Şûrası, her biri idarî faaliyetin muayyen bir kısmile iştigal eden muhtelif dairelere ayrılmıştı. İşler alâkadar daireler tarafından görülür ve bu husustaki rey ve mütalea « avis » bilûmum dairelerin bir araya gelmesile teşekkül eden Umumî Meclis « assemblée générale » tarafından verilirdi. Gerek kazâî ve gerek idarî muamelelerde tamamen aynı şekilde hareket olunurdu.

Fakat, kısa bir zaman zarfında, idarî ve kazâî ihtiyaçların her ikisini de karşılayabilmek noktasından dairelerin gayri kâfi olduğu görüldü. Bu vaziyet karşısında, dairelerin, kazâî hizmeti ifa vazifesini kendilerinden almak suretile, meşgalelerini tahfif etmek icap ediyordu. Netekim 11 Haziran 1806 kararnamesi (art. 24 et s.) , ihtilâflı mesaili rüyet ve bu hususta icap eden kararı Umumî Meclise teklif etmekle mükellef bir Deâvî komisyonu « Commission du Contentieux » ihdas ederek bu müşkülün önüne geçmişti. Devlet Şûrası dahilinde, idarî ve kazâî teşekküllerin yekdiğerinden tefriki hususunda atılan ve bilâhare inkişaf ve daha kat'î bir mahiyet iktisap eden ilk adım bu olmuştu.

1806 sisteminde, idarî ve kazâî fonksiyonlar arasındaki teşevvüş ve faal idare edenlerin kazâî faaliyete iştiraki hukukan yine kendi mevcudiyetini muhafaza ediyordu. Çünkü karar yahut karar projesi, kat'î şeklini ancak Umumî Mecliste iktisap edebiliyordu. Fakat, Deâvî komisyonunun tekliflerini münakaşaya lüzum görmeden kabul etmek cihetini ihtiyar ve itiyat edinen Umumî Meclisin bu tarzı hareketile, kazâî fonksiyon, hakikatte, filen Deâvî komisyonu tarafından ifa ve bu suretle, tatbikatta, kazâî fonksiyonun yalnız Deâvî komisyonu tarafından icrası ve

faal idare edenlerin bu nevi faaliyetten hariç bırakılması temin ve tahakkuk ettirilmiş olmakta idi.

Bu teşkilât 1848 e kadar devam etmiş ve o tarihte Devlet Şûrası dahilinde mevzuu bahs her iki faaliyetin yekdiğerinden tefriki fikri bir hayli tekâmül ve inkişafa mazhar olmuştu. Nettekim 15 İkincikânun 1849 kanunile, idarî daireler yanında kazaî sahada kendi kendine müstakilen karar verebilmek salâhiyetini haiz bir Deâvî dairesinin ihdas edilmiş olmasile artık Umumî Meclisin müdahalesi imkânı da ortadan kalkmış ve bu suretle faaliyetlerin muayyen ve yekdiğerniden ayrı organlar tarafından ifası ve faal idare edenlerin kazaî faaliyetin haricinde bırakılması temin edilmiş oluyordu.

Lâkin teessüs eden bu sistem 1848 cumhuriyetile birlikte ortadan kalkmış; ikinci imparatorluk, bazı hususatta, yine evvelki sisteme avdet etmişti. 25 İkincikânun 1852 kararnamesine göre Deâvî dairesi muhafaza ve fakat müstakilen karar verebilmek iktidarı ondan alınarak kendisinde yalnız muameleleri rüyet, bu hususta icap eden tahkikatı yapabilmek salâhiyeti bırakılmıştı. Umumî Meclis ise evvelce haiz olduğu eski mevkiini yeniden iktisap edememişti. Karar projesini tesbit ve tanzim salâhiyeti (justice retenue sistemi mevcuttu) Deâvî Umumî Meclisi « assemblée publique du Contentieux » namı altında ihdas edilen yeni bir teşekküle tevdi edilmişti. Bu yeni meclis Deâvî dairesi âzalarile muayyen adedde idarî dairelerden alınmış âzalardan tereküp etmekte idi.

Husule gelen bu değişiklik, faal idare ile ihtilâfları rüyet edecek idarenin tefriki noktasından, 1848 tarihine tekadüm eden sisteme nazaran bir tekâmül husule getirmekte idi. B. harp kazaî fonksionun artık kendine mahsus teşekkülleri, organları mevcut olduğuna göre, teessüs eden yeni sistemle fonksionların icrasındaki teşevvüş ortadan kalkmış oluyordu. Bununla beraber, Deâvî Umumî Meclisinde idarî dairelerden alınmış âzalar da bulunduğundan faal idare edenlerin kazaî fonksion üzerinde muayyen bir müdahalesi yine mevcuttu. Halbuki, halen, tefrik noktasından şimdilik tahakkuk ettirilen son tekâmül olarak, bu iştirakin ortadan kalktığı

veya hiç olmazsa istisnâî bir mahiyet iktisap ettiği görülmektedir ve buna da şu suretle varılmıştır :

Devlet Şûrasını yeniden tanzim ve halen mer'iyet mevkiinde bulunan 24 Mayıs 1872 kanunile ikinci imparatorluk sistemi muhafaza edilmişti. Fakat, idarî ihtilâfların daima tezayüt eden inkişafı, bir çok defalar, bunları halledecek teşekküllerin tezyidini icap ettirmişti. 1888 de Deâvî dairesinin yanında muvakkat bir Deâvî dairesi daha ihdas edilmiş ve 1910 da bu muvakkat daire « Section spéciale du Contentieux » kat'î bir mahiyet iktisap etmişti. Keza, o sıralarda, bu Deâvî dairelerinden gerek birincisi ve gerek bidayette muvakkat olup daha sonraları kat'î bir mahiyet iktisap edeni muhtelif şubelere ayrılmışlardı. Nihayet 1923 te bunlardan birincisi dört komite ve iki tâli şubeye « sous-sections » tefrik edilmiş (1 Mart 1923) ; ve o zaman, halen idarî dairelere mensup azaların müdahalelerini ancak istisnâî hallere hasreden hüküm de vazolunmuştu.

Filhakika, Deâvî Umumî Meclisinde « assemblée publique du Contentieux » işlerin gittikçe tezayüt etmeğe başladığı ve hâdiselerin miktarının bu suretle çoğalmasında bunların içinden çıkamamak imkânsızlığı husule gelmişti. Halbuki, daha evvel, Umumî Meclisi « assemblée publique » bu izdihamdan kurtarmak için bidayette muvakkat karakteri haiz olan Deâvî Meclisine avukattan muaf tutulan hâdiseler hakkında karar verebilmek salâhiyeti bahşedilmişti. İttihaz edilen bu tedbir, 1923 te diğer Deâvî dairesine de teşmil edilmiş ve hatta bu dairenin tâli şubelerine bile bu tarzda karar ittihaz edebilmek salâhiyeti tevdi olunmuştu. Yalnız, Devlet Şûrasının ikinci reisi, Deâvî dairesi reisi, hükümet komiserleri, keza tâli şube yahut hâdisenin tahkikatını yapan komite tarafından talep vuku bulduğu takdirde meselenin bir karara raptedilmek üzere Umumî Meclise « assemblée publique » gönderilmesi de mümkündü. Böylece, evvelce haiz olduğu salâhiyetlerden tamamen mahrum ve tecrit edilmeyen Umumî Meclisin halen müdahale ve tesirinin ancak istisnâî hallere hasredilmiş olmasına ve idarî dairelere mensup âzaların da yalnız Umumî Meclis dahilinde bulunabilmesine göre, netice itibarile, kazâî fonksion dahiline faal idare edenlerin müdahalesi de tamamen istisnâî bir mahiyet iktisap etmiş olmaktadır.

b) Vilâyet Meclisleri, uzun zaman, faal idare ile ihtilâfları halleden idarenin tefrikini ihlâl edecek bir vaziyette bulunuyorlardı. Vilâyet Meclisinde Valinin reis, Vilâyet kâtibi umumisinin de hükûmet komiseri olarak bulunmalarile faal idare edenler bilfiil kazaî fonksiyonun icrasına iştirak etmiş oluyorlardı. Vilâyet Meclisleri, yalnız hukuken değil filen de, idareeden ayrı bir idarî mahkeme olmaktan ziyade, Vilâyet idaresinin basit birer uzuv ve vasıtaları mahiyetini haizdiler.

Vilâyet Meclislerinin bu vaziyetinin herkesin tenkidine uğramasına ve her tarafta bu hususta bir yenilik yapılmasının zarurî olduğu kanaatinin husule gelmesine rağmen, bu tensikatın tarzı icrası hakkında bir ittihât vücude gelememişti. Netice itibarile, 3 Ağustos 926 kanunile (madde : 1) kendisine bahşedilen fevkalâde salâhiyetlerden istifade eden POINCARÉ kabinesi, 6 Eylül 926 kararnamesile bu tensikata icra etmişti.

Yapılan tensikatın esas noktası, o zamana kadar yalnız muayyen bir vilâyetin organî olan Vilâyet Meclisine müteaddit vilâyetlere şamil daha geniş bir salâhiyet sahasının temin edilmiş olması idi. Bu suretle, Vilâyet Meclislerinin adedi de (22) ye indirilmiş ve Vilâyet Meclislerine müteaddit vilâyetlere şamil daha geniş bir salâhiyet bahşedilmesinin neticesi olarak, Valinin Vilâyet Meclisinin reisi ve kâtibi umumînin de aynı mecliste Hükûmet komiseri olabilmeleri imkânı da ortadan kaldırılmış ve bunun yerine gerek reis ve gerek Hükûmet komiserinin Vilâyet Meclisi âzaları arasından intihap edilmesi sistemi ikame olunmuştu. İşte 1926 tensikatile Vilâyet Meclislerinden faal idare edenlerin ihracı da böylece tahakkuk ettirilmiş oldu.

Hülâsa, bidayette büyük bir ehemmiyet arzetmiyen faal idare ile ihtilâfları halledecek idarenin yekdiğerinden ayrılması prensipi çok ciddi bir tekâmüle mazhar olmuştur. Bununla beraber bu tefrik henüz daha tam ve kat'î şeklini iktisap etmiş değildir. İhtilâfları rüyet edecek teşekküllerle idarî teşekküllerin yekdiğerinden tefriki sayesinde Devlet Şûrasında kazaî fonksiyon için tahakkuk ettirilen muayyen bir tahsise Vilâyet Meclisinde tesadüf edilemez. Ve bilhassa hâkim için esas garanti olan azledilememek, idarî hâkimlerimizden hiç biri hakkında mevzuu bahs değildir. Acaba, böyle bir

tefrike mâni olan sebeplerden bazılarının ortadan kaldırılması neden uzun bir zamana mütevakıf bulunmuştu ? Ve neden böyle bir tefrik halen kat'i şeklini iktisap edememiş olarak kalmaktadır ? Bu noksanlığın aşağıdaki sebeplere müsteniden izah ve meşru kılınması mümkündür :

Hâlen idarî kazanın mevcudiyeti, idarî davaları muhakeme hususunda onun adli kazaya nazaran daha ehil bulunması fikrinden ileri gelmektedir. Bu idarî davalar hakkında idare hukukunu tatbik ve âmme hizmetlerinin ifasını, tarzı faaliyetini de nazarı dikkate almak mecburiyeti vardır. Binaenaleyh, idarî mahkemelerin, ancak, onların idare edenlerden çok uzak bulundurulmamaları, faal idareden çok zecrî bir surette ayrılmış olmamaları ve faal idare ile, aralarında, onu kendi faaliyetine iştirak ettirmek yahut kendi üzerinde idarenin muayyen bir tesir ve müdahalesini kabul gibi bazı münasebet ve irtibatın mevcudiyeti halinde, haiz oldukları liyakat ve ehliyeti muhafaza edebilecekleri ileri sürülebilir. Adli mahkemelerin bu husustaki ehliyetsizliği, bilhassa, onların faal idare ile olan zecrî ayrılığından ileri gelmişti. İdarî mahkemelerin faal idareden kat'i bir tarzda ayrılmasile, belki onlar için de aynı tehlikeye düşmek ihtimali varid olabilir. İşte, faal idare ile ihtilâfları halledecek idarenin tefriki hususunda daha zecrî hareket edilmemesi belki bundan dolayı uygun görülmektedir.

IV. İdarî kazanın salâhiyeti

« Etat de justice administrative » i tahakkuk ettirmek için adli kazaya müvazi ihdas olunan bir idarî kaza ile, bunun salâhiyetinin, bilûmum idarî ihtilâflara yani enfüsî âmme haklarından doğan yahut bu haklardan dolayı mevzuu bahs olan bilûmum davalara teşmil edilmesi lâzım geldiği düşünülebilir. O suretle ki, subjektif âmme hakları sisteminin muhtevasını bilen herkes için adli kaza karşısında idarî kazanın salâhiyet sahasının ne olduğunu anlamak mümkün olabilecek ve tabii olduğu kadar aynı zamanda mantıkî olan tarzıhal de ancak bu olacaktır. Halbuki umumiyetle ve bilhassa Fransada, idarî kazanın salâhiyeti bu tarzda tahdit edil-

miş değildir. İdarî ihtilâfların heyeti mecmuası, idarî kazaya tevdi edilmek üzere, adli kazadan alınmamıştır. Adli kaza idarî ihtilâflardan bir kısmı için salâhiyetini yine muhafaza etmektedir.

Bundan başka, meselâ Fransada olduğu gibi, muhtelif mahkemeleri ihtiva eden bir idarî kaza dahilinde, bu mahkemeler arasında da muayyen bir salâhiyet tevzii yapılmıştır. Bu suretle, bu muhtelif idarî mahkemelerden her biri de kendine hâs bir salâhiyete malik bulunmaktadır.

Bundan dolayı, idarî kazanın salâhiyeti meselesi iki noktadan mevzuu bahs olmaktadır: Evvelâ idarî kaza ile adli kaza arasında ve bilâhara bizzat idarî mahkemeler arasında salâhiyetin tarzı tevziini öğrenmek lâzımdır. Bundan başka, her iki halde de yalnız salâhiyetin muhteva ve şümulünü değil, fakat o salâhiyetin tayin ve tesbiti hususunda istimal edilen usulleri de göz önünde bulundurmak icap eder.

Nihayet, idarî kaza ile adli kaza arasında bu salâhiyet tevzii, tatbikatta bazı itiraz ve salâhiyet ihtilâflarına sebebiyet verebileceğine göre, bu ihtilâfları halledecek bir hâkim umumiyetle evvelden tesbit ve tayin olunmuştur.

Bu suretle, idarî kazanın salâhiyeti meselesi aşağıdaki esasları ihtiva etmektedir :

- 1) Bu salâhiyetin tarzı tayini ;
- 2) Bu salâhiyetin şümul ve muhtevası ;
- 3) İdarî ve adli kazalar arasındaki salâhiyet ihtilâflarının tarzı halli.

Bu meseleler, nazarı ve Fransız idare hukukunun onlara bahşettiği hal tarzlarına göre tetkik olunacaklardır.

A. İdarî mahkemelerin salâhiyetinin tayini

Az çok umumî bir salâhiyetle techiz kılınması icap eden idarî mahkemelerin, idarî ihtilâflar sahasındaki salâhiyetini tayin hususunda halen istimal edilen iki usul mevcuttur.

Evvelâ mahkeme tarafından kabul ve rüyet olunacak hususatin kanun tarafından tahdidî bir şekilde tadat edilmesi suretile

bu salâhiyet tayin ve tesbit olunabilir. Bu takdirde, kazâ «jurisdiction d'attribution» namını almakta ve salâhiyette «kanunla tayin edilen salâhiyet - Compétence par détermination de la loi» unvanını iktisap etmektedir. Bu suretle gerek idarî, gerekse adli mahkemelerden her hangi birisinin, muayyen bir husus hakkında salâhiyettar kılınması mümkün olmaktadır.

İdarî mahkemelerin salâhiyeti, keza, adli mahkemeleri idarî ihtilâfları rüyetten hariç bırakan idarî ve kazai otoritelerin yekdiğerinden tefriki prensipinin tatbik olunmasile de tayin ve tahdit edilmiştir. Tadad usulüne karşı salâhiyetin umumî bir prensiple tayin tarzı, esas itibarile, adli mahkemelerden idarî ihtilâfların alınarak onların muayyen bir idarî mahkemeye tevdiine müncecer olmaktadır. O zaman, bu mahkemeye idarî mesailin «juge de droit commun» u namı verilmekte ve salâhiyeti hâdisenin mahiyet ve bünyesi icabı mevzuubahs olan salâhiyet «Compétence par nature» diye tavsif olunmaktadır.

İdarî mahkemenin salâhiyetinin şumul ve muhtevası bu usullerden bir veya diğèrinin istimal edilmiş olmasına göre değışir.

Kanunun tahdit ve tayini usulü ile, salâhiyetin vüsat ve şumulü teşriî siyaset işi olmaktadır. Bu vüsat ve şumul o salâhiyetin sahası dahiline ithal edilecek hususatin kanun vâzu tarafından uygun ve muvafık görülmesine tâbidir. Şu halde, kanun vâzının temayüllerine göre, bu salâhiyet sahası az veya çok geniş olacaktır. Tatbikatta, gerek adli mahkemelere de bu hususta bir salâhiyet hissesi ayırmak ve gerekse - daha çok tekerrür eden hal budur - idare edileni idarî müracaatta «recours administratif» bulunmaya sevketmek istendiğı zaman, idarî mahkemelerin salâhiyetini tahdit hususunda bu usule müracaat olunmaktadır.

«Compétence par nature», umumî bir prensipten neşet ve muayyen bazı hususata hasredilmemiş olduğuna göre, bilâkis, zarurî olarak, daha geniş bir salâhiyet olarak kendisini bize tanıtır. O halde, bu tarzda tasavvur edilen bir salâhiyetin, kanun tarafından icrası mümkün tayin ve tahditler müstesna, bilûmum idarî ihtilâflara kendisini teşmil etmesi lâzım geldiğı düşünülebilirse de vaziyet bu şekilde değıldir. «Compétence par nature» i tevlit eden umumî prensipin, fiiliyatta bilûmum idarî ihtilâfların idarî kazaya tevdiine müncecer olmadığı görülmektedir. Bu prensipe

rağmen, aşağıdaki sebeplerden dolayı, idarî ihtilâflardan bir kısmı adli mahkemelerin salâhiyeti sahasına dahil olmaktadır.

Muhtelif sebeplerin tesiri altında, bazı hallerde, idarenin fertle aynı hukukî hal ve vaziyette bulunduğu, onun fertler gibi ve aynı usuller dairesinde hareket ettiği görülmekte ve buradan, böyle bir vaziyette, idarenin de fertler gibi aynı hukuka, yani hususî hukuk kaidelerine tâbi olması lâzım geldiği neticesi çıkarılmaktadır. O halde, bu noktai nazara göre, esas itibarile, hususî hukukun tefsir ve tatbiki vazifesini ifa eden adli mahkemelerin, davacıların sıfatı ne olursa olsun, hususî hukuk mevzuubahs olduğu andan itibaren müdahaleye muktedir olmaları icap etmekte ve bu hususta muhtelif ve mütenevvi sebepler serd ve dermeyan olunmaktadır.

Evvelâ, idarî kazanın ademi mevcudiyeti yahut salâhiyetinin mahdut oluşundan dolayı böyle bir noktai nazar ortaya atılmıştı. Çünkü, böyle bir vaziyet karşısında, yani adli mahkemelere müracaat edilememesi halinde, idare edilen tamamen veya kısmen idarî müracaat «recours administratif» yolunu ihtiyar etmeğe icbar edilmiş olmakta idi. Bundan dolayı, bazı hallerde, bilhassa mülkiyete taallük eden haklar mevzuubahs olduğu zaman idarî müracaatın «recours administratif» gayri kâfi bir himaye olduğu, bu hususta bir kazaî müracaatın mümkün kılınmasının zaruri bulunduğu düşünülmüş ve idarî mahkemenin ademi mevcudiyeti halinde bu müracaatın adli mahkemelere yapılabileceği kabul olunmuştu. Ve idarî faaliyete hususî hukukun tatbikini icap ettiren ahval için adli mahkemelerin salâhiyettar olduğu tamamen tasdik edilmişti.

Fakat, umumî salâhiyete sahip ve idarî ihtilâflar hakkında bilûmum salâhiyeti kendi sinesinde toplamaya muktedir bir idarî kazanın teessüsüne rağmen, hususî hukuku alâkadar eden idarî ihtilâflardan dolayı adli mahkemelere tanılan salâhiyetin kendilerinde ibka olduğu ve, bunun, idarî kazanın muhafazasını mevcudiyetini meşru kılan sebeple izah olduğu görülmektedir.

Filhakika, hâlen, idarî kaza, umumiyet itibarile, idarî ihtilâfları muhakeme hususunda adli kazaya nazaran daha ehil olmasile meşru kılınmaktadır. Zira idarî ihtilâflar kendine has bir hukukun, idare hukukunun tatbikini icap ettirmektedirler. Lâkin bir idarî

ihtilâfa idare hukukunun değil, hususî hukukun tatbiki mevzuubahs ise, bu takdirde, adli mahkemeleri idarî ihtilâflardan uzaklaştıran sebep te ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü, böyle bir vaziyette, adli mahkemeler, ihtilâfî rüyet hususunda, yeniden bir ehliyet iktisap etmektedirler. Keza, diğer taraftan, idarenin bazı hallerde fert gibi ve hususî hukuk kaidelerine göre hareket ettiği fikri de daha evvel kabul edilmiş olduğundan, bu gibi vaziyetlerde salâhiyetin adli mahkemelere bırakılması neticesine varılmıştı. Böylece, adli mahkemelerin, bidayette idarî kazanın ademi mevcudiyeti veya gayrikâfi bulunmasile meydana gelen idarî sahadaki salâhiyeti, âdetâ, bizzat idarî kazanın mevcudiyetinden dolayı ve bu kazanın hikmeti vücudunun bir muktezası olarak ibka ve muhafaza olunmuştur.

Fakat, hususî hukukun tatbik veya ademi tatbiki esasına müsteniden salâhiyetin bu tarzı taksimi ile, idarenin hangi hallerde hususî hukuk kaidelerine tâbi hususî bir şahıs sıfatile hareket etmiş addedilmesi lâzım geldiğini tayin edebilmek meselesi mevzuubahs olmaktadır. Bu hususta muhtelif ve mütenevvi hal tarzları serd olunmuştur. Fransız idare hukuku, daha sonraları görüleceği vechüzre, bu mütenevvi hal tarzları arasında şayanı dikkat bir şekil arz etmektedir.

B. Fransız idarî mahkemelerinin salâhiyeti

Fransız idare hukuku, idarî ihtilâflar sahasında salâhiyeti tayin hususunda, yukarıda işaret edilen tahdit usullerinden her ikisini de istimal etmiştir. Bizim idarî kazamız aynı zamanda hem kanunla tayin olunan salâhiyetleri ve hem de hâdisenin mahiyet ve bünyesi icabı mevzuubahs olan salâhiyetleri «Compétence par nature» haiz bulunmaktadır.

Nitekim, Devlet şûrasından gayri, vilâyet meclisleri de dahil olmak üzere bizim bilûmum idarî mahkemelerimizin salâhiyeti kanunla tayin olunmuş bir salâhiyettir ve bu mahkemeler, salâhiyeti kanunla tayin ve tefviz olunan «tribunaux d'attribution» mahkemeleridir. Keza bidayeten ve nihai olarak hükmeden Dev-

let şûrasının ve adli mahkemelerin salâhiyeti de bazı hallerde kanunla tayin olunmuştur. Fakat bu hallerin haricinde, onların salâhiyetlerinin mühim bir kısmı hâdisenin mahiyeti icabı mevzuubahs olan bir salâhiyettir; yani teşriî bir tayin ve tahdide tâbi bulunmayan bilûmum hususatta, idarî ve adli otoritelerin yekdiğerinden tefriki prensipinin tatbik edilmesile tesbit olunmuştur. Bu suretle, Devlet şûrasının idarî mesailin «juge de droit commun» u olduğu beyan edilmiştir : ve, bu, Devlet şûrasının, idarî ve adli otoritelerin yekdiğerinden tefriki prensipinin idarî kazaya tevdi ve bundan başka kanun tarafından tefvîz olunan salâhiyetlere mevzu teşkil etmiş olmayan bilûmum idarî ihtilâfların hâkimi olduğunu ifade eder.

Fakat, o zamanda, idarî ve adli kazalardan her birinin «compétence par nature» mahiyetindeki salâhiyetinin vüsat ve şumulünü tayin zarureti kendisini göstermekte idi. İdarî ihtilâf hakkında, hâdisenin mahiyeti icabı mevzuubahs olan salâhiyetin hangi halde hukuku âdiyenin idarî hakimi olan Devlet şûrasına ve hangi halde adli mahkemelere aidiyeti meselesinin tasrihi iktiza ediyordu. Bu vaziyette, idarî ve adli otoritelerin tefriki kaidesinin yani idarî ihtilâfları rüyetten adli mahkemeleri meneden prensipin muayyen bir tefsire tâbi tutulması bir zaruret halini almış ve bu hususta idarenin daima idare hukukuna tâbi bir âmme şahsı sıfatile değil bazan hususî hukuka tâbi hususî bir şahıs olarak ta faaliyette bulunduğunun kabul edilmesi lâzım geldiği fikrine istinat edilmişti.

Bununla beraber, bu hususta kabul edilen ilk noktai nazar bu değildi. Bidayette, tefrik kaidesinin vazolunduğu sıralarda, idarî faaliyette mevcut olan ikiliğin nazarı dikkate alınması cihetine gidilmemişti; çünkü, adli mahkemelerden bilûmum idarî ihtilâfların alınması temayülü kendisini hâkim kılmış, ve adli mahkemelerin idarî ihtilâflardan uzak bulundurulması da, adli mahkemeler hakkında beslenen müfrit bir itimatsızlıktan ileri gelmişti. Bundan dolayı, ihtilâfın mahiyeti ne olursa olsun, idarenin dahil bulunduğu idarî davalardan adli mahkemelerin tamamen hariç bırakılması uygun görülmüştü.

Fakat, bilâhara, adli mahkemelerin idarî ihtilâflardan hariç

birakılmasına taallük eden noktai nazarda bir tahavvül husule gelmişti. Adli mahkemeler, artık, haklarında beslenen şüphe ve sui zandan dolayı idarî davalardan hariç bırakılmış değillerdi. İdarî davayı rüyet hususunda onların liyakat ve ehliyeti nazarı dikkate alınmış ve bu vazifenin ifası için onların gayri ehil, yahut idarî mahkemelere nazaran daha az ehil olmalarından dolayı idarî ihtilâfları rüyetten hariç bırakıldıkları fikri ortaya atılmıştı. Ve ancak o zamandır ki idarenin bazan hususi hukuka tâbi hususî şahıs sıfatile de hareket ettiği fikrine varılmış; ve idarî davaları rüyetten adli mahkemelerin menî hususunu izah için, idarî faaliyet dahilindeki bu ikilikten istifade cihetine gidilmişti.

İşte bu suretle, otoritelerin tefriki kaidesi hakkında şu tarzda bir tefsire varılmıştı : Bilmuhakeme hükmü hususunda bir liyakat ve ehliyet meselesi mevzuubahs olduğuna nazaran, idare hukukunun tatbiki icap ettiği zaman idarî kaza salâhiyettar olacaktır; bilâkis, hususi hukuk kaidelerinin tatbikini zarurî kılan bir vaziyetle karşılaşılması halinde ise salâhiyet adli mahkemelere ait olacaktır. İşte oldukça erken husule gelen ve on dokuzuncu asrın ilk nisfında fikirlerde yavaş yavaş tavazzuh eden prensip bu olmuştu.

Fakat, o zamanda, idarenin hangi halde hususi hukuk kaidelerine tâbi hususî şahıs « *personne privée* », ve hangi halde âmme hukuku kaidelerine tâbi âmme şahsı « *personne publique* » sıfatile hareket etmiş addedilmesi icap ettiğini tayin meselesi mevzuubahs olmuştu. Bu hususta, Devlet şûrasının içtihatlarile bir inkişaf ve tekâmül husule gelmiştir.

Evvelâ idarî faaliyet dahilindeki bu ikilik, idarî hâkimiyet tasarruflarile idarî temşiyet tasarruflarının yekdiğerinden tefriki üzerine istinat ettirilmişti. Devlette bir hâkimiyetin, yani fertlerinkine nazaran kendisini icra eden iradenin tefevvukundan dolayı daha üstün karaktere sahip bir iktidarın mevcudiyeti fikrinden hareket ederek; idare eden devletin bazan bu hâkimiyete müsteniden ve onun tazammun ettiği yüksek iktidarı kullanarak, bazan da fertlerinkine müşabih bir iktidara dayanarak hareket ettiği ve bu suretle birinci halde hâkimiyet tasarrufları ve ikinci vaziyette ise temşiyet tasarrufları yaptığı mülâhaza edilmişti. O

zaman, böyle bir tefrikten, hâkimiyet tasarrufları yolile hareket eden devletin ancak idare hukukuna tâbi kılınabileceği ve temşiyet tasarrufları yolile hareket etmesi halinde ise hususî hukuk kaidelerine tâbi kılınması lâzım geldiği neticesi çıkarılmıştı. Zira, hususî hukuk ancak fertlerinkine müşabih bir faaliyet hakkında mevzuubahs olduğundan, mahiyeti itibarile fertlerinkinden farklı bulunan bir faaliyet hakkında ona hâs bir hukukun mevcudiyeti kendisini zarurî kılmakta idi. Binaenaleyh, netice olarak, salâhiyetler hakkında, temşiyet tasarruflarından dolayı idarî salâhiyetin mevzuubahs olabileceğine karar verilmişti. İkinci imparatorluğun nihayetine doğru, Devlet şûrası tarafından salâhiyet hakkında kabul edilmiş olan prensip de bu idi (Bu hususta bakınız : Conclusions Aucoc, C. E. , Pinard, 20 Şubat 1869, S. 1869. II. 245).

Fakat hâlen, hâkimiyet ve temşiyet hakkındaki bu tefrik Devlet şûrası tarafından terkedilmiştir. Devlet şûrası idarenin hususî ve âmme faaliyetini tefrik hususunda diğer bir noktaya istinat etmektedir. Badema, idarî faaliyetin muayyen bir hukukî karakteri değil, bu faaliyetin ifasındaki maksat nazarı itibara alınmaktadır. İdarenin bazan âmme hizmetlerinin ifasını temin için, bazan da bu maksat haricinde, meselâ idarenin hususî emvalinin temşiyeti yahut âmme hizmeti karakterini haiz olmıyan idarî teşebbüslerin işleme için faaliyette bulunduğu nazarı dikkate alınmaktadır.

Bu noktai nazar değişikliğini husule getiren sebep, idarî faaliyete kendine mahsus bir hukukun yani idare hukukunun tatbiki zaruretinin, idarenin hâkimiyet yolile hareket etmesinden değil fakat bir âmme hizmetinin ifasını temin maksadile faaliyette bulunmasından ileri gelmiş olmasıdır. Âmme kudretinin icra ve istimal edilip edilmediği hakkında bir tefrika lüzum olmadan, idarenin yalnız idare hukukunun kendine hâs kaidelerini takip suretile âmme hizmetlerinin ifasını lâyıkile temin edebileceği kabul edilmiş; ve idarenin, ancak, âmme hizmetlerinin ifası haricinde kalan faaliyeti hakkında hususî hukuk kaidelerine tâbi tutulabileceği neticesine varılmıştı.

İşte idarî faaliyette hâlen mevcut olan ikiliğin esası bundan

ibarettir : İdarenin, biri âmme hizmetlerinin ifasını temine matuf ve idare hukukuna tâbi âmme şahsî «*personne publique*» sıfatile, diğeri âmme hizmetinin ifasına taallûk etmiyen ve hususî hukuka tâbi hususî şahs «*personne privée*» sıfatile yaptığı iki nevi faaliyeti mevcuttur. Ve, hâlen, «*compétence par nature*» un idarî ve adlî kazalar arasında tevziine hizmet eden prensip te bu âmme hizmetinin ifası fikrinden neş'et etmektedir. Filhakika, âmme hizmetlerinin ifasına taallûk eden bilûmum ihtilâfların, prensip itibarile ve bu hususta diğeri bir idari yahut adlî mahkemeyi salâhiyettar kılan bir metnin ademi mevcudiyeti halinde, hukuku âdiyenin idarî hâkimi «*juge administratif de droit commun*» olan Devlet şûrasının salâhiyeti dahiline girdikleri kabul olunmuştur. Şu halde, bir âmme hizmetinin ifasile alâkası olmıyan bir meseleden mütevellit idarî ihtilâflarda adlî mahkemelerin salâhiyetine dahil olmaktadır.

Salâhiyeti tayin eden bu kaidenin bazı istisnaları mevcuttur : fakat bu istisnalar, filiyatta, hakikî olmaktan ziyade tamamen zahiri bir mahiyet arz etmektedirler.

Bu istisnaların en mühimmine idarî mukaveleler sahasında tesadüf olunur. Eğer salâhiyeti tayin eden kaide bihakkin tatbik edilmiş olsaydı, idare tarafından âmme hizmetlerinin ifasını temin hususunda yapılan mukavelelere mütedair bilûmum ihtilâfların, salâhiyetin teşrii tefvizi müstesna, hukuku âdiyenin idarî hâkimi «*juge ad. de dr. com.*» olan Devlet şûrasının salâhiyeti dahilinde girmesi lâzım geldiğine karar vermek icabedecekti. Halbuki vaziyet böyle değildir. Devlet Şûrası, bu husustaki içtihatlarile, mevzuubahs mukaveleler meyanında âmme hizmetlerinin ifasına ferdin iştirakini tazammun edenleri, yahut âmme hizmetinin ifasına zarurî olan mevâdı tedarik ve ita eden mukaveleleri tefrik etmektedir. Bundan başka, âmme hizmetinin ifasına zarurî olan mevâdı tedarik ve ita eden mukaveleler meyanında hukuku âdiyeye nazaran fevkalâde bir mahiyet arzeden şartları ihtiva etmiyen mukavelelerle böyle şartları ihtiva edenler arasında da bir tefrik yapmaktadır. Diğeri bir tabirle, âmme hizmetine zarurî olan mevâdı tedarik ve ita eden mukaveleler arasında, bunların, fertler arasında yapılmış mümasil mukavelelerin muhtevasına nazaran bir

müşabehet arzedip etmediğine göre de bir tefrik yapılmaktadır. Devlet Şûrası, âmme hizmetinin ifasına zarurî mevâdî tedarik ve ita eden mukavelelerden, fertler arasında yapılan mümasil mukavelelere tamamen müşabih bir muhtevaya sahip olanların adli mahkemelerin salâhiyeti dahiline girdiklerine karar vermiştir.

Fakat salâhiyet hakkındaki umumî kaidenin tatbikine karşı serdolunan bu istisna tamamen zahirî bir mahiyet arzeder. Çünkü bu tarzdaki bir istisna ile maksud olan, muhtevalarile de sabit olduğu gibi, hususî hukuk kaidelerine göre aktedilmiş mukavelelerdir. Binaenaleyh, hususî hukukun tatbiki mevzuubahs olduğuna göre bu hususta adli mahkemelerin salâhiyettar ad olunması da tamamen normaldir.

Salâhiyet hakkındaki umumî kaideye karşı cebir ve tazyik « voie de fait » denilen vaziyete mütedair diğer bir istisna daha serdolunmuştur. Fakat buradaki istisnailik te tamamen zahiridir. Çünkü, cebir ve tazyik idarî fiilin kanuna karşı şedit bir muhalefete meydana geldiğine göre, buradan, böyle bir fiilin âmme hizmetinin ifasını alâkadar eden bir tasarruf olmak sıfatını tamamen kaybederek memurun şahsî bir tasarrufu halini iktisap ettiği neticesine varılır.

Salâhiyet hakkındaki umumî kaideye karşı serd olunan istisnalardan biri de şudur : Adli mahkemelerde, idarî kazanın salâhiyeti sahasına dahil bazı mesâilin defî ve itiraz sadedinde dermeyan olunması halinde; bu gibi mesailin meselei müstehire ad-dolunması yani bu hususta bir karar vermek üzere adli mahkemeler tarafından salâhiyettar idarî mahkemeye gönderilmesi icab ederken, bilâkis, onlara meselei mütekaddime mahiyetini izafe eden adli mahkemelerin bu gibi hâdiselerin halli cihetine gittikleri görülmektedir. Netekim, idarî nizamnamelerin tefsiri hakkında vaziyet bu merkezdedir. Fakat, pek haklı olarak, bu gibi hallerde de, adli mahkemelerin salâhiyetinin tamamen normal olduğu müdafaa edilmektedir. Çünkü kanunların karanlık noktalarını izaha, tefsire salâhiyettar olan adli mahkemelerin nizamnamelerin de muzlim yerlerini tefsire salâhiyettar olmaları lâzımdır ; zira, kanunlar gibi bu nizamnameler de maddî bakımdan

teşriî tasarruf mahiyetindedirler. İdarî nizamnameler hakkında adli mahkemelerde serdolunan defî ve itirazlar keza onların kanuniliğine de taallûk edebilir ; bu hususta adli mahkemenin salâhiyetini mümkün kılacak tek bir hal vardır ve o da Ceza kanununun 471, 15° inci maddesile tesbit olunmuştur.

C. İdarî ve adli kazalar arasında salâhiyet ihtilâflarının halli

İdarî ve adli kazâlar arasında, kazâî salâhiyet noktasından vukubulan bu taksim ve tevziin, tatbikatta, bazı salâhiyet ihtilâflarına sebebiyet verebileceği düşünülebilir ; ekseriya muğlâk ve kat'î bir mahiyet arzettiği bu taksim ve tevzi, filiyatta bazı müşküller tevhit edebilir. O halde, her iki kazâ arasında salâhiyet ihtilâflarının doğabilmesi her zaman imkân dahilinde bulunmaktadır.

Bu salâhiyet ihtilâfları icabî veya selbî olabilir ; idarî veya adli kazâlardan birinin bakmakta olduğu bir davaya diğerkazânın da kendisinin salâhiyettar olduğunu iddia etmesi halinde ihtilâf icabî ; her iki kazânın da aynı zamanda ademi salâhiyet dermeyan etmeleri halinde ise selbîdir.

O halde bu salâhiyet itirazlarını hal ve ihtilâfı ortadan kaldıracak bir hâkime ihtiyaç hasıl olmaktadır. Fakat böyle bir ihtilâf hâkiminin zarurîliği bilâ itiraz kabul edilmiş olsa bile, bu kazâ müessesesinin tarzı teşekkülü, üzerinde durulmağa ve münakaşa edilmeğe müsait bir sahadır.

Filhakika, bu müesseseyi kuvveden file çıkaracak bir çok sistemler mevzuubahs olabilir. Birinci sistemde, icabî salâhiyet ihtilâfının mevcudiyeti halinde, evvelâ salâhiyet ihtilâfının mevcudiyetini dermeyan yani diğerkazânın rüyet etmek istediği bir davayı talep iktidarı ve saniyen ihtilâfı hal yani salâhiyetin kime ait olduğuna karar vermek iktidarı idarî ve adli kazâlardan yalnız birine bahşolunmaktadır. Bu, salâhiyet ihtilâfının bir tarafı dermeyan ve rüyeti sistemidir.

Diğerk bir sistemde ise salâhiyet ihtilâfının mevcudiyetini serd

iki taraflıdır ; yani idarî ve adli kazâlardan her biri diğ erinin rüyet etmekte oldu ğ u dava hakkında salâhiyet iddiasında bulunabilir. Bundan başka, mevcut salâhiyet ihtilâfı hakkında hüküm vermek idarî ve adli kazâlardan ne birine ve ne de diğ erine de ğ il, fakat her iki kazâ arasında hakem sıfatını haiz olacak surette teşkil edilmiş hususî bir organa aittir. Bundan dolayı, bu hususî organ her iki kazâ müessesesinden müsavi adette alınmış azalardan teşkil olunmaktadır.

Bir tesadüfün mahsulü olmıyan bu sistemlerin vücut bulmasında, her birinin kendine mahsus sarıh ve kat'î sebepleri mevcuttur ve bu sebepler, idarî ve adli kazâlardan her birinin, diğ erine nazaran, vaziyet ve mevkii hakkında kabul edilen fikir ve telâkkiye ba ğ lıdırlar.

Bir taraflı sistem, idarî ve adli kazâlardan birinin istiklâli hakkında diğ erinin taarruz ve tecavüzüne uğramak gibi bir tehlike ve tehdit ihtimalinin mevcudiyetinden, yahut idarî ve adli kazâlardan birine diğ erine nazaran bir üstünlük temini arzusundan veya bu iki kâzadan birinin bitaraflığına itimat edilmiş olmasından neş'et etmektedir. Bu suretle, salâhiyet ihtilâfını dermeyan ve onu hal imkânı diğ erinin tehdidinde maruz olan veya diğ erine nazaran faikiyeti arzu edilen veyahut bitaraflığın icap ettirdi ğ i teminatı izhar eden kazâ müessesesine bahş edilmiş olmaktadır.

Fakat, filiyatta, iki kazâdan hiç birinin diğ eri tarafından bilhassa tehdit olunmadığı, her ikisinin müsavi bir seviyede tutulması lâzımgeldi ğ i ve nihayet iki kazâdan her birinin diğ eri hakkında bitaraf hareket etmesinin çok müşkül oldu ğ u da mevzuubas olabilir. O zaman, bu noktai nazarlar, salâhiyet ihtilâfı iddiasının her iki kazâ tarafından da dermeyan ve ihtilâfın Hakem sıfatını haiz bir organ tarafından muhakemesi sistemini mümkün kılarlar.

İşte salâhiyet ihtilâfının halline mütedair teşkilât sistemleri ve onları zarurî kılan sebepler bunlardan ibarettir. İdarî ve adli kazâlardan her birinin mahiyetine taallük eden noktai nazarlar da vukubulan tahavvül neticesi, Fransada bu sistemlerden her ikisinin de bihakkin tatbik edildi ğ i görülür.

Bidayette adli mahkemelere karşı mevcut olan büyük bir emniyetsizlik, adli mahkemelerin taarruz ve tecavüzlerine karşı idarenin himaye edilmesi fikrini doğurmuştu. İşte bundan dolayıdır ki salâhiyet ihtilâflarına müteallik hususat tamamen idarenin lehine olmak üzere organize edilmişti. Salâhiyet ihtilâfının mevcudiyetini serd edebilmek imkânı yalnız idare için mevzuu-bahs ve ihtilâfların halli de bizzat idarenin kendisine aitti : Salâhiyet ihtilâfı Devlet Şurasında hüküm veren Devlet reisi tarafından hal olunurdu. Bununla beraber, zahiri bir mevcudiyete sahip olan « justice retenue » sisteminin kendi hakikî tesirini gösterememesinden dolayı, Fransada, netice itibarile, filiyatta, salâhiyet ihtilâfı hakkında hüküm veren idarî kazânın bizzat kendisi idi.

Bilâhare, adli mahkemeler hakkındaki itimatsızlığın ortadan kaybolmasile, bu salâhiyet ihtilâflarına taallûk eden hususatta her iki kazâ arasında yeniden müsavat tesis etmek iktiza ettiği nazarı dikkate alınmışsa da, bu hususta çok ileri gidilmiyerek, yalnız salâhiyet ihtilâflarının rüyetinin idarî otoriteden alınarak hakem sıfatını haiz bir organa tevdi olunmasile iktifa edilmmişti. Bu organ ihtilâf mahkemesidir.

Temyiz mahkemesile Devlet Şûrasından müsavi adette alınan azalarla bunlar tarafından intihap ve hakemin hakemi sıfatını « surarbitres » haiz diğer iki azanın da iltihakile teşekkül eden ihtilâf mahkemesi, idarî ve adli kazalar arasında tam bir hakem mahiyetini haiz bulunmaktadır. Fakat ihtilâf mahkemesinin reisi Adliye Vekili olduğuna göre, eski sistemin izlerine az çok yine tesadüf edilmektedir.

Salâhiyet iddiasının serdine gelince ; bu hususta, yalnız idareye salâhiyet iddiasını dermeyan edebilmek imkânını bahşeden eski sistem muhafaza olumuştur. Halbuki bu sistemin mantıkî olan mükemmeliyetinin tamamen tahakkuku için, gerek adli ve gerek idarî kazaların her ikisine de, salâhiyet iddiasını serd edebilmek imkânının bahşedilmesi icabederdi.

Fransız sisteminin salâhiyet iddiasının dermeyanına müte-dair bir hususiyetine işaret etmek lâzımdır. Bu hususiyet hâdisce ile alâkadar olan idarî mahkemenin bizzat salâhiyet iddiasını serd

edememesi ; salâhiyet iddiasının, hâdise ile alâkadar mahkeme hesabına, vilâyetin valisi bulunan idarî bir makam tarafından dermeyan olunabilmesidir. Vali, vazifedar olmadığı yolunda vukubulan müracaatı, adlî mahkemeye evvelâ itiraz olunan hâdiseyi rüyetten sarfınazar etmesini teklif eder. Eğer adlî mahkeme salâhiyettar olduğunda ısrar edecek olursa, vali salâhiyet ihtilâfının mevcudiyetini bildiren bir karar ittihaz eder. Bu karar, hakkında salâhiyetsizlik dermeyan edilen hâdisenin rüyetini talik ve adlî mahkemeyi salâhiyet itirazından dolayı ihtilâf mahkemesine müracaata mecbur kılar. Nihayet ihtilâf mahkemesi de, valinin salâhiyet ihtilâfına taallük eden kararı hakkında, onu iptal veya tasdik suretile hükmünü verir.

V. Devlet Şurasına yapılan kazaî müracaatlar

Kazaî müracaatların hepsi aynı mahiyette değildirler. Müracaatın esasını teşkil eden ihtilâfın mahiyetine göre yekdiğerinden tefrik edilen muhtelif nevi kazaî müracaatlar vardır. Umumiyetle, müracaatların mahiyetine göre mahkemeler arasında muayyen bir ihtisas mevcuttur ; mahkemelerden her biri muayyen nevi müracaatları kabul ve rüyete tahsis edilmişlerdir.

Halbuki Fransada bu tarzda bir ihtisas mevcut değildir ; mahiyet itibarile yekdiğerinden farklı, muhtelif nevilerdeki müraccatları kabul eden Fransız Devlet Şurası bu noktadan bir hususiyet arz etmektedir. Bu hususiyet, evvelâ, bir kazâ müessesesi olarak Devlet Şurası tarafından ifa edilen vazifelerin taaddüdünden ileri gelmektedir. Devlet Şurası nihaî derecede karar veren idare mahkemeleri hakkında temyiz hakimi ; derecei ulâda karar veren idare mahkemeleri için istinaf hâkimi ; keza hukuku adiyenin idarî hâkimi olduğuna göre bidayet hâkimi ve nihayet kendisinin fevkinde kazaî bir derece mevzuubahs olmadığına göre nihaî derece hâkimidir.

Bu temyiz, istinaf, bidayet ve nihaî müracaatlara, adlî mahkemelerde zuhur eden meselei müstehireler hakkında vukubulan ve idarî tasarrufların kanunîliğini tayin ve tesbite taallük eden müracaatları da ilâve etmek lâzımdır.

Fakat Devlet Şurasına gerek bidayeten, gerek nihaî olarak yapılan müracaatlarda iki katagoriye ayrılırlar : Kazâyi kâmile tâbi müracaatlar « Recours de pleine juridiction » ve bir de salâhiyetin tecavüz edilmesinden dolayı yapılan müracaatlar « Recours pour excès de pouvoir ». Fransız idare hukuku üzerinde tevakkuf edilmeğe değer bu tefrike büyük bir ehemmiyet atfetmektedir. Bu iki nevi müracaat arasında mevcut olan farkların tayin ve tesbiti ve bunlardan her birinin kendine mahsus vasıflarının tebarüz ettirilmesi hususuna büyük bir ceht zarfedilmiştir. Fakat doğrusunu söylemek lâzım gelirse ilmi noktâi nazardan umumî bir ehemmiyeti haiz olmıyan mevzuubas hâdise, tamamen Fransız idare hukukuna has bir mesele olarak kendisini arzeder. Bu iki nevi müracaat, onlar arasında hakikaten bir mahiyet farkı mevcut olduğuna göre şüphesiz nazari olarak yekdiğerinden tefrik olunabilirler. Fakat, bundan başka, Fransız idare hukukunda böyle bir tefrike pratik bir ehemmiyet te atfedilmiş ve bu nevi müracaatlardan her biri hakkında yekdiğerinden farklı rejimler ihdas edilmiştir. İşte bundan dolayıdır ki bizim idare hukuku nazariyemiz dahilinde bu tefrik mühim bir mevki işgal etmektedir.

Filhakika, kazai kâmile tâbi ve salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatlar diye bizim idare hukukumuz tarafından yapılan tefrik, idari tasarrufların sadece kanuniliğini kontrol ve onların kanuna uygun olmamalı halinde iptal ettirilmesini temin gayesile yapılan müracaatlara bir kolaylık bahşedilmesi arzusunun neş'et etmiştir. Bundan dolayı, mutad muhakeme usulüne nazaran daha basit ve daha az masraflı bir usulü muhakeme ile techiz edilen bu kabîl müracaatlara terciha şayan bir mahiyet izafe edilmiştir. Bu usulü muhakemenin temin ettiği menfaatların en mühimmi de avukat muafiyetini ihtiva etmiş olmasıdır.

Şu halde yekdiğerinden ayrı iki nevi müracaatın mevcudiyeti mevzuubahs olmaktadır : Bir taraftan yukarıda zikrettiğimiz imtiyazlardan istifade eden ve ancak bir tasarrufun kanuniliğini kontrol ve iptalini temine münhasır bulunan ve mutad muhakeme usulüne tâbi kılınmıyan salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatlar; diğeri taraftan da kazai kâmile tâbi müracaatlardır.

Tefrike taallûk eden prensipin bu suretle vazedilmesinden sonra - 2 / İkinciteşrin / 1864 kararnamesile tahakkuk ettirilmiş - , Devlet Şûrasına giden müddeinin bazı imtiyazları ihtiva eden mevzuubahs müracaattan hangi halde istifadeye muktedir olacağını, yani yukarıda zikredilen iki nevi müracaattan her birini istilzam eden vaziyetin mahiyetini de tayin ve tesbit iktiza etmiş ve Devlet Şurası bu noktada oldukça esaslı ve vazih bir hal tarzına vasıl olmuştur. Mamafi bu neticeye varış pek te kolay olmamış ; bu husustaki fikir ve telâkkiler batâet ve güçlûkle tekâmül etmiştir. Ben burada, bu hususta halen elde edilen neticelerin taslağını yapmakla iktifa edeceğim.

Bizim her iki müracaat sistemimizin yekdiğerinden tefriki aşğıdaki iki fikre istinat etmektedir.

Bunlardan birincisi idare edilenlerin subjektif âmme haklarının, kanun yahut nizamnameye müstenit hukukî vaziyette olanlarla ferdî hukukî vaziyetlerde olanlar diye tefrikidir. Bu tefrik, evvelce de görüldüğü vech üzere, bazı enfüsî âmme haklarının doğrudan doğruya kanun yahut nizamnameden neş'et ve bazılarının da zâtî yeni bir hukukî vaziyet ihdas eden ferdî hukukî tasarruflarla teessüs etmesi hâdisesine istinat eder.

İkinci fikir de, davanın mevzuuna göre, kazaî müracaatların hukuka ve fiillere taallûk eden müracaatlar diye taksim olunabilmesidir. Filhakika, davanın mevzu itibarile bir hakka taallûk etmesi halinde yapılan müracaatın gaye ve hedefi mevzuubahs edilen hakkın tanılması ve tahakkukunun teminidir. Diğer taraftan, vukubulan müracaat bir tasarrufun, onun husule getirdiği hukukî vaziyetten sarfınazar, kanuniliğine de taallûk edebilir; böyle bir vaziyette yapılan müracaat, eğer tasarruf kanuna uygun değilse, bu tasarruftan doğan hukukî vaziyetin nazarı dikkate alınmasını talep etmeksizin, sadece onu iptal ettirtmek gayesini güder.

İşte yukarıda zikredilen her iki müracaatı halen yekdiğerinden tefrik ve tecrit eden esaslar bunlardır. Ve bu hususta, netice itibarile varılan prensipler de şunlardır .

Kazayı kâmile tâbi müracaat yoluna, ancak, ihtilâfın ferdî hukukî bir vaziyetin mevcudiyetine, onun şümul ve tefsirine ve vukubulan talebin bu vaziyetin iadesine, onun yeniden tanılmasına ve tahakkukunun teminine taallûk etmesi halinde gidilebilir.

Salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yoluna ise, ancak, kanun yahut nizamnameden neş'et eden hukukî bir vaziyetin mevcudiyeti halinde gidilebilir. Bu takdirde, ihtilâf, yalnız, kanun veya nizamnameye müstenit hukukî vaziyeti tevhit eden tasarrufun — gerek teşriî tasarrufun bizzat kendisi (kanunlar müstesna), gerek fiil - şart (acte - condition) — kanunîliğine taallük ve yapılan müracaat ise böyle bir tasarrufun ancak iptaline müncer olabilir.

Fakat, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatlar, tasarruftan sonraki vaziyet nazarı itibara alınmıyarak bizzat tasarrufun kendisine karşı yapılmış olduklarına göre ; ferdi hukukî bir vaziyet husule getiren ferdi hukukî bir tasarruf hakkında da hukukî vaziyeti bertaraf ederek yalnız tasarrufu ve onun kanunîliğini nazarı itibara almak suretile iptalini talep ve böylece, kanun ve nizamnameye müstenit hukukî vaziyetleri tevhit eden tasarruflara karşı tasarruftan sonraki vaziyetten sarfınazar edilecek yapılan müracaatlarda olduğu gibi, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yolile hareket edebilmenin mümkün olup olmayacağı meselesi varidi hatır olabilir. Bu mesele salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yolunun sahasını tayin ve tahdit hususunda tesadüf edilen müşküllerin en mühimmini teşkil etmektedir.

Bu hususta kabul edilen ilk tarzı hal, bu gibi hallerde salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabule şayan olmayıp ancak kazayı kâmile tâbi müracaatın imkân dahilinde bulunduğu yolunda idi. Esbabı mucibe olarak ta, kazayı kâmile tâbi müracaatın, salâhiyet tecavüzünden dolayı yapılan müracaatın kabulünü gayrı mümkün kılan bir « recours parallèle » olduğu serd edilmekte idi.

Filhakika, zati hukukî bir vaziyet tevhit eden bu tarzda ferdi hukukî bir tasarrufa karşı müracaat etmek, netice itibarile, hukukî vaziyetin bizzat kendisine karşı müracaat etmek demektir. Tasarrufun gayrı kanunî ve iptal edilmesi lâzım geldiğinin iddia edilmiş olmasile aynı zamanda husule gelen vaziyetin mevcudiyetine de itiraz ve onun ortadan kaldırılması talep edilmiş olmaktadır. Hakikatte yine ferdi hukukî bir vaziyete karşı itiraz mevzuubahs olduğuna göre, o halde kazayı kâmile tâbi müracaat yolile hare-

kete geçmek icabeder. Aksi takdirde, kazayı kâmile tâbi müracaatın sahasına dahil bulunan bir ihtilâf, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın sahası dahiline gayri makul bir surette ithal edilmiş olacaktır. Hattâ, bundan başka, Devlet Şurasının bazan diğer bir mahkemenin salâhiyetine tecavüz etmesi gibi bir tehlike de mevzuubahs olacaktır. Müracaat, mahiyeti icabı, kazayı kâmile tâbi müracaat yolile Devlet Şurasının değil fakat diğer bir mahkemenin meselâ bir vilâyet meclisinin yahut adli bir mahkemenin salâhiyeti sahasına dahil bulunabilir; böyle bir vaziyette, salâhiyetlerin kanunî nizamı dahilinde bir müdahale ve ihtilâfa da sebebiyet verilmiş olunacaktır.

Serd ve dermeyan olunan bu deliller, bittabi oldukça büyük bir ehemmiyet arz etmektedirler. Bidayette bu ilk hal tarzına bağlı kalan Devlet şurası, ancak son zamanlarda kendi noktâi nazarında bir değişiklik husule getirmiştir; ve Devlet şurası tarafından yapılan bu değişiklik, ilk kabul edilen hal tarzını tamamen ortadan kaldırmış olmamasına rağmen büyük bir ehemmiyet arz etmektedir. Davanın gerek hukukî bir vaziyete gerek bir tasarruf ve muameleye karşı ikame edilmesi esasına istinat ederek her iki nevi müracaat çok vâzih bir surette yekdiğerinden tefrik olunabildiğine göre, müddeî için tasarruf yahut hukukî vaziyetten dilediğini dahilî dava edebilmek imkânının mevcudiyetini kabul ve ona kazayı kâmile tâbi yahut salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yollarından birile harekete geçebilmek imkânının bahşedilmesinin zaruriliği neticesine varılmış; ve fakat salâhiyetlerin kanunî nizamına riayet endişesi altında bu hususta daha ileriye gidilememiştir. Nitekim, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabulünü gayri mümkün kılan «Recours Parallèle» ler hâlen bile kendi mevcudiyetlerini muhafaza etmektedirler. Bu hususta şimdilik elde edilen en son neticeler şunlardır :

Evvelâ mukavelelere taallûk eden bilûmum ahvalde, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatlar ademi kabul ile karşılaşmaktadırlar. Bunlar hakkında, ancak, Devlet şurasına veya idarî bir mahkemeye yahut mukavelenin rüyet ve tetkiki kanunla kendisine tevdi kılınan adli bir mahkemeye karşı kazayı kâmile tâbi müracaat mümkün olabilmektedir.

Bir taraflı ferdi muamele ve tasarruflara (actes) gelince; bu hususta tasarrufu takiben husule gelen ferdi hukukî vaziyetin Devlet şûrasına karşı kazayı kâmile tâbi bir müracaatı yahut diğer bir idarî veya adli mahkemeye karşı bir müracaatı icap ettirmesine göre bir tefrik yapılmaktadır. Bunlardan birinci yani tasarrufu takiben husule gelen ferdi hukukî vaziyetin Devlet şûrasına karşı kazayı kâmile tâbi bir müracaatı icap ettirmesi halinde, bu müracaatın «Recours Parallèle» salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaata bir mâni teşkil etmediği kabul edilmiştir. Şu halde eğer müddei hukukî bir vaziyetin tanınmasını ve tahakkukunu dahili dava etmek istemiyor ve yalnız muamelenin kanuniliğini mevzuubahs ve onun iptalini talep etmekle iktifa ediyorsa, bu takdirde, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın usulü muhakeme noktasından haiz olduğu imtiyazdan müddeinin müstefit olabileceği kabul edilmektedir (Arrêt de principe : C. E. Lafage, 8 mars 1912, P. 248). Burada, Devlet Şûrasının bizzat kendi salâhiyet sahası dahilinde, müracaatın sadece bir mahalden diğer bir mahalle tebdili mekânı mevzuubahs olduğuna göre, böyle bir şekli hallin kabul edilmesinde hiç bir mahzur görülmemiştir. Salâhiyetlerin mahkemeler arasındaki kanunî tevzi ve taksimine bir zarar ika edilmiş değildir.

Fakat diğer şıkta yani ferdi hukukî vaziyetin Devlet şûrasından gayri diğer bir mahkemeye müracaatı icap ettirmesi halinde, bu müracaat «Recours Parallèle» salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabulünü gayri mümkün kılmakta devam etmektedir. Bu ademi kabul salâhiyetlerin kanunî tevzi ve taksimi meselesinden dolayı muhafaza edilmiş olmaktadır; burada, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatı kabul etmekle, diğer bir mahkemeye ait bulunan salâhiyetin istikameti Devlet şûrasının lehine olmak üzere değiştirilmiş olacaktır. Salâhiyetlerin kanunî nizamına riayet mecburiyeti, böyle bir vaziyetin tahakkukuna mâni olmaktadır. Bununla beraber, Devlet şûrası içtihadâtile bu ademi kabul prensipinin tatbikinde ika edilen bazı müfrit hareketlerin tahfifine de çalışılmaktadır.

Evvelâ basit bir mahiyet arzetmiyen «Complexe» idarî icraata taallük eden sahada, yani bazı idarî ameliyelere esas bir fiil ve tasarrufun (acte) tekaddüm etmesi yahut bu icraatı bazı

tâli muamelelerin takip etmesi halinde; bu ameliye dahilinde eğer esas fiile (acte principale) karşı salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yolunu ihtiyar etmenin, meselâ bunun bir mukavele olması halinde olduğu gibi, gayri mümkün bulunmasına rağmen, her biri münferiden nazarı itibara alınan tâli tasarruflar aleyhine aynı nevi müracaattan istifade imkânı mevcuttur : Nitekim tâli tasarrufun esas fiili icra müsaadesini tazammun etmesi halinde olduğu gibi. Halbuki, uzun zamanlar, tâli tasarruflar aleyhine salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatlar, ademikabul gibi bir netice ile karşılaşmakta idiler; ve bu hususta, esas muameleyi rüyet eden hâkim tâli tasarrufların kanuniliğini de kontrola salâhiyettar olduğuna göre, bu tasarrufların kanuniliğine salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaat yolile hükmetmekle esas muameleyi rüyet eden hakimin salâhiyet sahasına tecavüz edilmiş olunacağı mütaleası serdedilmekte idi. Fakat dermeyan edilen böyle bir mütalea ile ifrata gidildiği anlaşıldığından, bu hususta, bu nevi «Complexe» ameliyeler hakkında bir tefrik yapmanın ve tâli tasarrufları diğerlerinden ayrı nazarı itibara alarak bunlar hakkında salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatı kabul etmenin muvafık olacağı neticesine varılmıştır; işte hâlen kabul edilmiş olan tarzuhal de budur (C. E. Martin, 4 août 1905, P. 749).

Keza, tanzimî tasarruflar ve bilhassa vergi yahut resimler vazeden fiiler hakkında da buna benzer bir şeklühal kabul edilmiştir. Filhakika, hazinei devlete taallûk eden hususatta, haksız bir surette kendilerine vergi tahmil edildiğini iddia eden mükelleflerin mükellefiyetlerinin tahfif ve tenzili hususunda vukubulan talepleri hakkında kanunla tayin ve tahdit edilmiş bir salâhiyet mevcuttur: Bu salâhiyet mevzuubahs olan verginin bilâvasıta veya bilvasıta olmasına göre vilâyet meclislerine yahut hukuk mahkemelerine aittir. Halbuki, verginin bir ferde taallûk eden miktarı hakkında salâhiyettar olan bu hakimin vergiyi organize eden tanzimî tasarrufların kanuniliğini de kontrola salâhiyettar olduğu kabul edilmiş ve burada da, yukarıda zikrolunan haller için bidayette serdedilen aynı mütalea dermeyan olunmuştur. Bu hususta, yalnız verginin ferde tahmil edilen miktarını tesbit eden tasarrufa karşı değil ayn zamanda vergiyi organize eden tanzimî tasarrufa karşı da

salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabul olunamayacağı ileri sürülmüştür; zira bu vergi hakimi tanzimî mahiyetteki tasarrufun kanuniliğini de kontrole salâhiyettar olduğuna göre, bu hususta başka türlü bir tarzuhareketi ihtiyar etmekle bu hakimın salâhiyeti sahasına tecavüz edilmiş olunacaktı. Fakat, burada da, salâhiyetlerin kanunî nizamına karşı gösterilen bu hürmet ve riayette ifrata gidildiğinin farkına varılmıştır. Filhakkı, verginin ferde taallük eden miktarını tesbit eden tasarruf hakkında salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabul olunamayacağı şüphesizdir; lâkin vergiyi organize eden tanzimî tasarrufu, kendisini tatbik eden tasarruftan tefrik olunabilir bir mahiyette mülâhaza etmek icap eder; ve bu takdirde, salâhiyetlerin kanunî nizamı dahilinde bir teşevvüş husule gelmeksizin, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın kabul edilmesi imkânı da hasıl olur (C. E., Trutié de Vareux, 28 juin 1929, P. 635; Sautel, 16 mai 1930. D. H., 1930, P. 415).

Salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaatın esas prensipleri. — İdare edilenlerin sübjektif âmme hakları ve Devlet şûrasına karşı yapılan her iki nevi müracaatın yekdiğerinden tefrik ve temyizi hakkında Fransız sistemine mütedair söylediklerimiz içinde, salâhiyet tecavüzünden dolayı vukubulan müracaata mahsus rejimin istinat ettiği esas prensiplerin ana hatlarına tesadüf olunur. Fakat, Fransız idare hukukunda büyük bir ehemmiyet arzeden bu müracaatın rejimi hakkında toplu ve umumî bir taslak meydana getirebilmek için bu prensipleri bir araya cem ve sistematize etmek faideden hali olmaz.

Salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaatın esas prensipleri, bu müracaatın kabul ve açılma şartlarına, ittihaz olunan kararın mahiyetine ve usulü muhakemeye taallük ederler .

a) Açılma şartları, vuku bulan müracaati Devlet Şûrasının kabul ve tetkik edebilmesi için mevcudiyeti icap eden esaslardır. Bu şartlar, salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaatın, esas itibarile, idarî tasarrufların sıhhat ve mer'iyetine mütedair bir itiraz ve iddiayı ihtiva eden bir müracaat olması fikrinden neş'et etmektedirler. Bundan, müracaatın kabulünü mümkün kılan aşağıdaki kaideler inbias etmektedir :

1 — İdare edilen için aleyhine müracaat edilecek bir tasarrufun, bir kararın mevcudiyeti lâzımdır. Bununla beraber, eğer idare edilen böyle bir tasarrufun husule gelmesi için idareyi tahrik etmiş ve idare de buna karşı dört ay zarfında hiç bir cevap vermemişse, idarenin bu sükûtu bir red kararı mahiyetinde telâki edilmiştir (L. 17 juin 1900, art. 3) ;

2 — Bu tasarrufun hukukî bir tasarruf, yani hukukî bir tesir, organize ve hierarşize edilmiş hukukî kaideler dahilinde değişiklik husule getiren bir fiil olması lâzımdır. Şu halde hiç bir hukukî netice tevhit etmeyip tamamen maddî bir mevcudiyeti haiz olan tasarruflar, keza organize ve hierarşize edilmiş hukukî kaideler dahilinde hakikatte hiç bir yenilik ve tahavvül husule getirmiyen kararlar aleyhine yapılan müracaatlar kabul edilmiyeceklerdir ; netekim, hizmet talimatı hakkında, bunların maddeten idari nizamname karakterini haiz olması hali müstesna, vaziyet bu merkezdedir. Keza, gayri mevcut tasarruflar namı altındaki fiiller aleyhine yapılan müracaatlerde kabul olunamazlar ; çünkü, bu fiiller de, ademi mevcudiyetlerinden dolayı, hiç bir hukukî netice husule getirmezler. Bununla beraber bu nevi fiiller aleyhine vuku bulan müracaatların kabulü, içtihat sahasında tecviz olunmaktadır ;

3 — Tasarruf idarî bir makamdan sudûr etmelidir. Devlet reisi tarafından yapılan nizamnamelerde dahil olmak üzere, maddî bünyeleri nazarı itibare alınmaksızın, idarî makamların bilûmum tasarrufları aleyhine müracaat olunabilir. Bilâkis maddî noktadan idarî mahiyette olup idarî makamlardan gayri bir otorite tarafından yapılan tasarruflar aleyhine vuku bulan müracaatlar kabul olunamazlar. Diğer bir ifade ile, ancak ve ancak organik noktadan idarî olan tasarruflar aleyhine müracaat edilebilir. Yalnız, hükûmet tasarrufları namını taşıyan fiiller bundan müstesnadır ; bu gibi tasarruflar, kendilerinin kazaî bir müzakere ve münakaşaya tâbi tutulması hal ve maslahata uygun görülemediğinden, aleyhlerine müracaat edilebilmekten tamamen uzak tutulmuşlardır ;

4 — Salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaatın kabule şayân olabilmesi için, bu hususta «Recours Parallèle»

olarak diğer bir müracaat yolunun mevcudiyeti de göz önünde bulundurulmaktadır. Netekim, mukaveleler ve onların tatbik ve icrası hususunda yapılan tasarruflar salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaatin sahası haricinde bırakılmışlardır : bütün bu nevi tasarruflar aleyhine, ancak mukaveleleri rüyete salâhiyettar olan hakime müracaat edilebilir. Lâkin fiil-şart «les actes - condition» ve tanzimî tasarruflar hakkında salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaattan istifade imkânı mevcuttur. Ferdî hukukî vaziyet ihdas eden bir taraflı tasarruflara gelince ; bu hususta filî takiben husule gelen ferdî hukukî vaziyet hakkında kazâî mercîin kazayı kâmile tâbi müracaat yolile Devlet Şûrası yahut diğer bir idarî veya adli mahkeme olup olmadığına göre bir tefrik yapılmakta ve salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaat, «recours parallèle» olarak kazayı kâmile tâbi müracaatin bulunmasına rağmen, bu hallerin yalnız birincisinde kabule şayan addedilmektedir ;

5 — Nihayet salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaat, tasarruftan itibaren ancak iki aylık muayyen bir müddet zarfında yapıldığı takdirde nazarı itibare alınır. Tatbikatta, çok kısa olan bu müddetin tevlit ettiği mahzur ve şiddetin tahfifine çalışılmaktadır.

b) Açılma şartları idarî tasarrufun iptalini mümkün kılan hallerden terekküp eder. Bu şartlar, idare edilenin enfüsî âmme haklarına sahip bulunduğu ve bir idarî tasarrufla bu hakların tanınmaması yahut onlara tecavüz edilmesi halinde bu tasarrufun iptal edilmesi lâzım geldiği fikrinden neş'et etmektedir. Şu halde vuku bulan müracaat ve ikame edilen davanın küşadı meselesi, ne vakit ve hangi şartlar dahilinde sübjektif bir hakkın idare edilen tarafından idareye karşı dermeyan olunabileceğini tayin ve tesbite müncer olmaktadır.

Bu suretle, müracaatin aşağıdaki hallerde küşadı mümkün olacaktır :

1 — İcabi veya selbî bir mükellefiyetin idareye tahmil edilmiş olması ve idarenin bu mükellefiyete uygun olmıyan bir filî ika etmesi halinde. Böyle bir vaziyette ademi salâhiyetten, eşkâl ve usule ademi riayetden, salâhiyetin yerinde kullanılma -

masından « détournement de pouvoir », sâikin ademi mevcudiyetinden, tasarrufun muhtevâ itibarile kanuna muhalif oluşundan dolayı küşâdı mümkün kılan muhtelif haller mevcuttur ;

2 — İdareye tahmil edilen mükellefiyetin idare tarafından ifasına ve idarî tasarrufun iptal edilmiş olmasına idare edilenin menfaatinin taallûk etmesi halinde. Bu nokta üzerinde, mevcudiyeti aranılan menfaatin mahiyet ve bünyesi hakkında, Fransız içtihadı çok karışık bir sistem meydana getirmiştir ;

3 — Talep edilen idarî faaliyetin müddeinin menfaatini tatmin gâyesile ihdas ve tesis edilmiş olması halinde.

c) Salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaati tetkik eden hâkimin kararı, itiraza maruz kalan tasarrufun ancak iptaline müncer olabilir. Bu karar, tasarrufun gerisinde bulunan hukukî vaziyet hakkında hiç bir hükmü ihtiva edemez. Bundan başka, iptal olunan tasarrufun yerine diğer bir tasarrufu da ikame edemez. Lüzumu halinde iptalin icap ettirdiği kararları ittihaz etmek idareye aittir. Bununla beraber, Devlet Şûrası ittihaz ettiği kararlarda, bazen, iptalin zarurî bir neticesi olarak alınması icap eden tedbirlere de temas ve işaret etmektedir.

d) Nihayet, salâhiyet tecavüzünden dolayı vuku bulan müracaatin kendine mahsus bir muhakeme usulü mevcuttur. Bu muhakeme usulünün esas prensiblerinden biri ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere istidanın meccanen kaydolunması ve diğeri de dilekçenin bir avukat vasıtasile Devlet Şûrasına arzedilmekten muaf tutulmuş olmasıdır.

Yazan

Roger BONNARD

Bordeaux Üniversitesinin Hukuk
Fakültesinde Profesör

Çeviren

Dr. Recai G. OKANDAN