

MUASIR İDARE HUKUKUNUN SİYASİ TEMELLERİ*

Dr. Fritz Fleiner

Zürih Üniversitesi Ordinaryus Profesörü

Ferdin ferd karşısında hukuk kaidelerine tâbi bulunduğunu medenî hukuk sahasındaki tetkikatımızdan biliyoruz. Medenî hukuk, müsavi haklara sahip bulunan ferdler arasındaki münasebetlerde cari bir hukuk kaideleri sistemidir. Acaba devlet idaresile ferd beynindeki münasebette vaziyet nedir? Devlet idaresinin vazifelerini hâkimiyet vasıtalarıyla ifa etmeğe salâhiyettar bulunduğunu

* Ordinaryus Profesör *Fritz Fleiner*'in mayıs 1936 da İstanbul Üniversitesinde verdiği bir konferansın esasını bu yazı teşkil eder. Mütercim o zaman Hukuk Fakültesinde asistandı ve bu büyük âlimin konferansını türkçeye çevirmek şerefine nail olmuştu. Prof. Fleiner'in İstanbulda verdiği iki konferanstan, fransızca olan birincisi o sıralarda intişar etti («Muasır bir kaç siyasi nazariye hakkında konferans», İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı 6, 1936, s. 215 - 222), fakat almanca olan ikincisi her nasılsa çıkmadı.

Aradan üç seneyi mütecevaz bir zaman geçtiği halde bu yazının neşrinde isabet vardır, çünkü bu suretle, 26. 10. 1937 tarihinde vefat etmiş olan bu güzide idare hukuku üstadı bir daha anılmış oluyor. (Prof. Z. *Giacometti*, Prof. *Fleiner*'i İsviçrenin bir hukuk mecmuasında anmıştır; bak. : *Schweizerische Juristen - Zeitung*, sayı 10, 15. 11. 1937).

İstanbulda verdiği konferanslarda asıl ve muhterem çehresi, parlak zekâsı ve sürükleyici belâğatiyle dinleyicileri üzerinde derin bir tesir icra etmiş olan üstad, İsviçrenin sınırları dışında dahi şöhret ve itibar kazanmış, Almanyada profesörlük etmiş ve Alman idare hukuku üzerinde «*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*» - «Alman İdare Hukukunun Müessisleri» (1913) adlı dikkate şayan bir eser yazmış olan beynelmilel bir âlimdir. Onun ölümü İsviçre hukukçuları muhitinde büyük bir boşluk bıraktı. Pof. *Fleiner*'in eserlerinin ve hatırasının İstanbul Üniversitesinde de yaşayacağından şüphe etmiyoruz.

biliyorsunuz (verginin tahsili). Âmme kudretinin bu suretle istimali için dahi tedricen bir hususi kaideler sistemi vücade getirilmiştir. Buna rağmen bugüne kadar hiç bir devlet bu kaideleri bir idare kanunu şeklinde (code administratif) tedvin etmek teşebbüsünde bulunmamıştır. İdare hukukunun meydana gelmesini intac etmiş olan inkişaf bu sebeble son derece dikkate şayandır.

Muasır idare hukuku için tefriki kuvva prensibi hareket mebdelerini teşkil eder. Teşriî kuvvetten ve kazaî kuvvetten müstakil icraî bir kuvvetin kabulü, idare ve temsilyle muvazzaf uzuvların istiklâl kazanması neticesini tevlit etmiştir. Kanun vaz ve adaleti tevzi eden diğer iki kuvvetle rakabet halinde bulunması, idare için hususiyetinin inkişafında âmil olmuştur.

Bu hususiyet evvelâ, kendisinde münferid devletlerdeki âmme ruhunun temayülü beliren hususî idarî bir teşkilâtta ifadesini bulmuştur. Devletin idare faaliyetinde esas itibarile iki teşkilât şekli tebellür ettiğini hergünkü hayat münasebetlerine atfedeceğimiz bir nazar bize gösterir:

Memur devleti (Beamtenstaat - Etat régité par les fonctionnaires), halk devleti (Volksstaat - Etat populaire).

Memur devletinin haricî tezahürünü meslekî memurluk teşkil eder; halk arasından seçilen ve memuriyet vazifesinin ifasından sonra yine hususî mesleklerine avdet eden yurddaşların (les administrés - idare edilenler) resmî makamları işgal etmeleri *halk devletinin* mümeyyiz vasfıdır. Bu iki mefhum eskidir. Klasik Roma devleti (imperium romanum) halk devletinin bir numunesi olduğu gibi, orta zamanda kilise rühbanile parlak bir memur devleti haline gelmişti.

Maamafih sözü geçen bu teşkilât şekilleri bugün, Roma'da ve kilisede görülen fikirlerin bir temadi ve inkişafına istinad etmezler. Bunlar daha ziyade takriben yüz elli senedenberi muasır devletlerin hususiyetlerinden iştikak etmişlerdir. Daha evvel işaret olunduğu veçhile, *memur devletinin* mümeyyiz vasfı, muayyen bir şahıslar zümresinin kendisini ihtiyarile devlete vakfetmesi, meslek icabı olarak devletin emrinde bulunması ve devlet işlerini idare hakkının bu zümreye münhasır kalmasında tecelli eder. Bir Alman sözü «devlet memurlardır» (der Staat sind die Beamten) der.

Devlet imtihanı, istihdam ve tayine yol açan kapıdır. Memur devleti, ihtisas bilgisi, mesuliyet hissi ve âmire karşı itaatla mü-

emmen bir temele dayanır. Kanun vazı bu nevi bir devlet idaresinin mutlak kudretini, kendilerinde geniş miyasta devlet memuru olmıyan şahısların çalıştığı ve mahallî idare işlerini ifa ettiği, «self government» adını alan muhtar idareler yardımile idareyi kısmî bir ademi merkeziyete tâbi tutmakla tahfif etmek istiyor. Memur devletinin tipik numunelerini Almanya ve Avusturya teşkil ederler.

Demokratik prensiplerin devlet idaresine naklile *halk devleti*, bir idare şekli olarak, vücade gelmiştir. Bilhassa İsviçre veya İngiltere'nin bir numunesini teşkil ettiği halk devletinde gerek devlet idaresinde gerek mahallî idarede bilcümle kudret halktan sadır olur. Devlet idaresi ve mahallî idare demokratik self government' ten intişar eden iki şüadır; bu sebeble tahdid edilmiş, meslekî bir memur sınıfı - kelimenin kat'î mânâsında - mevcut değildir. İki şekil arasında intikaller mümkün ve vakidir. İsviçde'de merkezî kuvvet, federasyon, gitgide daha ziyade memur devletinin unsurlarını temessül etmiştir. İngiltere' de dahi son kırk sene zarfında idarî teşkilât memur devletine aid şekillerle tâdile uğramıştır.

Fransa bidayette memur devletinin tam bir numunesi idi ve bugüne kadar böyle kaldı. Fakat kat'î şekiller parlamenter sistemin ve fırkalar hükümeti prensiplerinin kısmen tesiri altındadır. - Devlet idaresinin kuruluşunda müşahede edilen bu tezadlar, muasır idare hukukunun inkişafında âmil olan muhtelif metodleri muayyen bir dereceye kadar izah ederler.

Mutlakıyetten esas teşkilât devletine intikalde idareyi hukuka tâbi kılmak, yahut İngiliz'lerin dediği gibi: «Kanunun üstünlüğünü temin etmek» bilûmum devletlerde en mühim bir mesele olmuştur.

Hâdiseyi burada üç misal üzerinde canlandıracağım; bu misaller, hukuk devleti fikrinin idarede kendini tahakkuk ettirirken yardım gördüğü üç muhtelif usulü aydınlatacaklardır.

Fransa'da Ancien régime'in çökmesinden sonra inkilâb vazı kanununun başlıca emeli, kazaî kuvvete idarî faaliyete müdahale hususunda hiç bir imkân bırakmamaktı. İstinaf mahkemelerinin idareye müdahale etmesi, eski rejimde adlî makamlarla mutlak hükümdarlık arasında mevcut bulunan ve sonunda Fransız inkilâbının sebeplerinden biri olan tezadın inikâsıdır.

Büyük «siyasî mimar» (architecte-politique) Napoleon I. ida-

reyi yeniden teşkilâtlandırıp adli makamların müdahalelerinden tecrid edince, yurddaşların lehine olarak hakkın himayesini temine medar yeni bir teminat vücade getirmiştir: İdarî kaza (jurisdiction administrative). İdareye ilhak olunan idarî kaza ile adli kaza arasında kuvvetli bir zıddiyet başgösterdi. Napoleon bu düşüncesile yurddaşlara, bir idari makamın hatalarına ve indî muamelelerine karşı müstakil bir mercide şikâyette bulunabilecekleri hususunda emniyet bahşetmek gayesini takib ediyordu. Memeleketin idarî kaza uzuvlarının başına, içtihadile hakkın himayesi fikrini tedricen, hayran kalmağa lâyük tarzda, tahakkuk ettiren ve idarî makamları böylelikle sağlam prensiplere bağlamağa başlayan meşhur devlet şurası (conseil d'Etat) geçti.

İki meşhur kanun yolunu, salâhiyetin tecavüzü davasını (recours pour excès de pouvoir) ve tazminat davasını (recours en indemnité), devlet şurası yaratmıştır. Devlet şurasının ichtihadından idarî makamlar, ferdlerle kendi aralarındaki münasebetlerde tatbik medar olacak kaideleri istihrac etmişlerdir. Bilâhara kanun vazunun devraldığı bu kaideler ilim sahasında büyük idare hukuku sistemini teşkil ederler.

Fransız idare hukuku, devlet idaresinin ihtiyaçlarına uygun surette tesbit edilmiş bir âmme hukukudur. İstisnalar mahfuz kalmakla beraber, Fransız devleti bugün dahi devlet idaresine aid bilcümle muamelelerde hususî hukuku esas itibarile gayri kabili tatbik telâkki eder. Fransız idare hukukunun, idare mahkemelerinin ichtihadına binaen, meselâ yurddaşın bir memurun dikkatsizliği yüzünden veya keyfî hareketi sebebiyle haklarının muhtel olduğunu iddia ettiği hallere mahsus olmak üzere memurların ve devletin mesuliyeti için hususî prensipler inkişaf ettirebilmesi bu suretle izahını bulur. Diğer bir vakıayı da hatırlatalım: Menfaatı umuma aid olan bilcümle şeyler için (yollar, meydanlar, idareye aid binalar, akar sular ve saire) devlet malı (domaine public) mefhumuna istinad eden ayrı bir âmme hukuku vücade gitilmiştir; Fransız telâkkisine göre, hususî hukuktaki mülkiyet mefhumu burada cari değildir ve bu itibarla menfaatı umuma ait şeylerin istimaline veya istimâline ferdler için doğan zararlara aid ihtilâflardan dolayı adli mahkemelere değil, idarî mahkemelere müracaat edilecektir.

Nihayet şu noktaya da işaret edeyim: İdareye ait binaların inşası, ordu levazimatının siparişi gibi hallerde dev-

let idaresinin ferdlerle akdettiği mukaveleler idare hukuku çerçevesine ve idarî mahkemelerin salâhiyetine dahildir, çünkü bu «idarî mukaveleler» (contrats administratifs) hususî hukuk ve adlî mahkemelerin salâhiyeti sahasına girmezler.

Bilhassa İngiltere'nin inkişaf, ve numune olarak Birleşik Amerika devletlerine intikal ettirdiği anglo-sakson hukukta bam başka bir hukukî muhite giriyoruz. Anglo-sakson hukukta idarenin ka-zaî kuvvetten tecridi bilinmiyor - nasıl ki İngiltere'de kelimenin tam mânâsında hususî bir memur sınıfı yoktur. Eski jermen telâkisine uygun olarak, İngiliz'ler için bugün dahi hareket mebdeni hertürlü hukukun vahdeti - Common Law'larının vahdeti - teşkil eder. İngiliz'lerin Common Law'unda hususî hukuk ve âmme hukuku tefrik edilmemiş bir halde kalmıştır. Bir idarî makamın emri sebeble hukukunun muhtel olduğunu iddia eden ferd - ekseri hal-lerde evvelâ hiyerarşik yolda sonuna kadar gittikten sonra - idare memurunun kendisine karşı afakî hukuku ihlâl ve kendisini enfüsî salâhiyetleri bakımından izrar ettiği iddiasile adlî mahkemelere müracaat eder. Memuriyet vazifesine muhalefetle bir ferde ika ettiği zarardan dolayı şahsan memura karşı zarar gören ferd tara-fından, memuru istihdam etmiş bulunan devlet bir gûna müda-halede bulunmaksızın veya bir mesuliyet deruhte etmeksizin, ad-lî mahkemelerde dava ikame edilebilmesi prensibi de buna uy-gundur.

Maamafi pratik düşünceli İngilizler bilhassa 19. asır zarfında gittikçe daha iyi anladılar ki, hususî şahıslar arasındaki münasebetlerde cari bulunan hukuk kaidelerinin bir kısmı, devlet idare-sile ferdin karşılaştığı hallerde hiç tatbik olunamaz, yahut da, tat-bik edilebilmekle beraber, istinaların kabulü iktiza eder. 18. asrın sonundanberi İngiltere'deki idarî tatbikatta idarî faaliyete mahsus muayyen *taamüli kaidelerin* inkişaf etmeğe başladığını müşahede etmek bu cihetten calibi dikkattir. - İngiltere'de idarî makamların evrak hazinelerinin bu kadar mühim bir rol oynayabilmesini bu vakıa izah eder. 18. asırdan 19. asra intikal sıralarında bir İngiliz hukukçusu evrak hazinesinde ilmî tettebbuat yapılmasına, eski ev-rakın hikmeti mevcudiyeti ilim değil, eski ictihad olduğu ve idare memuriyetlerine geçen her yeni neslin bu ictihaddan, tatbiki gere-ken kaideler hususunda bilgi edinmesi icab edeceği esbabı mucib-ile mümanaat etmiştir.

Amerikan hukukçuları zamanımızda, Common Law'un idare-

nin taamüli kaidelerile uğradığı bu tadilatı hiç olmazsa ilmi bakımdan bir idare hukuku (Administrative-Law) halinde toplamağa başlamakla İngiliz telâkkisine nazaran bir adım ileri gitmişlerdir. Amerika'lıların bu ilmi metodunu İngiliz âmme hukuku ilminin büyük hocası Dicey kuvvetli şüphelere karşılaşmıştır. Anglo-sakson devletler umumî harbdenberi idarî faaliyet için bir çok ictihad vücade getirdiler, fakat bunu bir sistem haline ifrağ etmediler ve, en mühim nokta da budur, bu ictihadın âmme hukuku kaidesi seciyesini inkişaf ettirmediler.

Kendine has bir idare hukukunun inkişafını temin etmek Alman memur devleti için bilhassa müşkül olmuştur. Zirâ mutlakıyyetten esas teşkilât devletine intikal sırasında Almanya'da hiç bir Land idare mahkemeleri tesis etmek teşebbüsünde bulunmamıştır. Hakkın himayesini temine hizmet eden uzuvlar yine adli mahkemelerdi; bu sebeble, idarî faaliyetin kendisine zarar verdiğini zanneden ferd için adli mahkemelerde dava ikame etmekten başka imkân mevcut değildi. Bunlar meşhur hazine davaları idi. Hususî hukuk kaidelerile mahkemelerin tatbik ettikleri kaideler tev'em mefhumlardı. Diğer taraftan Almanya'da da idarenin içinde idarî faaliyete müteallik kaideler inkişaf etmeğe başladı; bunlar bilâhara alelâde hukuk kaideleri seciyesini iktisab ettiler; maamafi bunların ihlâli halinde ferde sadece idarenin içinde mafevk makama şikâyet etmek hakkı tanılıyordu.

19. asır zarfında tedricen ve belli olmaksızın bir istihale vukua geldi. Bu istihale âmme hukukuna aid telâkkilerin yer kazanmasına istinad ediyor ve devlet idaresi sahasında hususî hukuku ricate icbar ediyordu.

İdare mahkemelerinin tesisi hususunda bu istihale zemin hazırlıyordu. İşte bu idarî mahkemeler, hakkın himayesini temine medar olan daha iyi bir müessesenin fikdani hasebile hususî hukukun şekillerine sıkıştırılmış olan hukukî münasebetleri - burada memurların vaziyetine işaret etmek isterim - geniş mikyasta âmme hukuku sahasına geçirdiler ve bunun neticesinde, âmme hukukuna aid noktai nazarların muteber ve merî olduğunu ictihadla beyan ettiler.

Biraz evvel memurların vaziyetini zikrettim. Başka misaller aynı kıymeti haizdir ve aynı safda gelir: İstimlâk, âmme müesseseleri, vergilerin iadesi ve saire. Prusya yüksek idare mahkemesi Büyük Frederik'in zabitanın vazifelerine dair bir prensibini - za-

bitanın vazifesi, umumî intizamı temin ve ferdleri, halk tarafından kendilerine vaki olabilecek tecavüzlerden siyanet etmektir - müşahhas hâdiseler üzerinde takdire lâyük bir tatbikle hukuk kaidesi olarak tefsir etmiş ve zabıtayı hareket tarzında muayyen hukukî prensiplere tâbi kılmıştır.

Fakat devlet idaresinin alâkadar bulunduğu muayyen davalar daimî olarak hususî hukuk sahasında kalmışlardır. Alman hukuku devlet malı (domaine public) mefhumunu bilmediği için, bir yolun iyi tâmir edilmemesi yüzünden zarara uğrıyan ferdin hususî hukukun haksız fiilden mütevelit borçlar hakkındaki nazariyesine istinaden yolun mâlikinden tazminat istiyebileceğini kabul ediyor. Maamafih Alman hukuku her şeyden evvel, kasden veya ihmal neticesi vazifesine muhalif hareket etmiş olan memurun bu haksız fiilinden dolayı adli mahkemede tazminata mahkûm edilebileceği keyfiyetini hareket mebdei ittihaz ediyor. Şu halde Alman idare hukuku bugüne kadar âmme hukuku ile hususî hukuk arasındaki bu ikiliğe dayanıyor. Âmme hukuku adım adım yer kazanmıştır; fakat izah olunan tarihî sebeplerden dolayı devlet idaresinin alâkadar bulunduğu bazı münasebetlerde hususî hukuk muteber kalmıştır. Bununla beraber umumî harbden evvel âmme hukuku muzafferdi.

Umumî harbdenberi mahdud mikyasta bir geri hareket kendini gösterdi. Devlet ve komünler daha ziyade iktisadî faaliyete karışmağa başladılar. Devletin ve komünlerin büyük elektrik merkezleri, sinai teşebbüsler vücude getirdiklerini burada hatırlatmak isterim. Bu gibi teşebbüslerin işletilmesi - hem de âmme hukuku kaidelerine tevfikân, zirâ burada esas itibarile bir âmme hizmetinin ifası mevzuubahstı - makul olarak devlet idaresinin tabii uzuvlarına bırakılmıştı. Fakat pek çabuk anlaşıldı ki, hâkimiyete dayanan devlet idaresinin tabii şekilleri burada kâfi gelmemektedir; bu gibi işletmelere fennî veya hukukî cihetten muhtariyet bahş ve onlara hususî hukuk prensiplerinin tatbiki mümkün olduğunu beyan etmeği istihdaf eden bir cereyan belirdi. Buna göre Almanya'da şimdi idarî faaliyetin şu iki şekli birbirinden tefrik ediliyor: Hâkimiyete müstenid idare (Hoheitsverwaltung), işletme idaresi (Betriebsverwaltung). Esas itibarile hususî hukuk şekilleri çerçevesinde (bilfarz anonim şirket şekli gibi) cereyan eden işletme idaresinin devletin ve komünlerin iktisadî faaliyetine münhasır kalması lâzımgeldiği tabiidir. Bunun yanında Almanya'da da umumî devlet

ve komün idaresinin âmme hukuku bakımından arzettiği inkişaf devam etmektedir.

Üç misal üzerinde yürüyerek inkişafı size göstermeğe çalıştım. İdare hukuku âmme hukukunun en modern şubesidir. Her devlette, idarenin kanuna uygunluğunu temine hizmet eden muayyen bazı esas fikirler idare hukukunda tezahür etmektedir. Eğer mukayeseli hukuk tervic ediliyorsa, onun en evvel yerinde olduğu saha idare hukukudur.

Kısmen henüz tamamiyle inkişaf etmemiş olan âmme hukuku kaidelerini bitaraf bir görüşle ve bilerek tatbikatta istimâl etmek ve kanun vazunun bize henüz yol göstermediği hallerde de müstakar hal suretlerine varmak idare memurunun ve idare hâkiminin vazifeleri cümlesindedir. Burada idare memuru ve idare hâkimi hal suretlerini hukuk devletinin en yüksek prensiplerinden istihrac ederek inkişaf ettirmeli ve bu meyanda medenî kanunun kaidesini göz önünde tutmalıdır: Hâkim, ne kanunda ne de örfü âdetde bir hüküm bulamazsa, kanun vazı olarak tesbit edeceği kaideye göre karar verecektir.

Bu yüksek sanatı genç hukukçu benimsemelidir. O, vazifesinin güzelliğini ve büyüklüğünü idrak etmeği öğrenmeli ve hukuk ilminin yüce faziletlerine hürmet etmelidir:

Sadelik ve vüzh!

Zürich, 25 nisan 1936.

Tercüme eden:
Dr. Bülend Davran

Ord. Prof. Dr. Fleiner