

PAPER DETAILS

TITLE: TÜRKİYEDE İDARENİN KAZAI MÜRAKABESİ

AUTHORS: Siddik Onar

PAGES: 21-40

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97186>

TÜRKİYEDE İDARENİN KAZAİ MÜRAKABESİ

Bugünün bir müessese halini almış olan idaresi muntazam bir usule tabi olarak faaliyette bulunur ve faaliyetleri muhtelif bakımlardan ve şekillerde mürakabeye tabidir. İdarenin tabi olduğu usul, muamelelerinin salâhiyetli uzuvlar tarafından ve muayyen şekiller içinde yapılmasıdır. Üzerindeki mürakabe ise siyasi, hiyerarşik ve nihayet kazaî şekillerde cereyan eder. Bugün bu usul ve mürakabeler idarenin faaliyetlerinin verimli olması ve amme kudretinin kullanılmasında halka emniyet vermesi için zarurî birer vasıta sayılmaktadır.

İdarenin şahsî tesir ve nüfuzlardan kurtulup bir fikre, amme hizmeti ve menfatî fikrine bağlanması, objektif bir usule tabi olması son zamanlardaki hukukî ilerlemenin ve bunu doğuran büyük ihtilâl ve inkilâpların bir neticesidir. Hemen her yerde idare, uzun zamanlar, idare edenlerin şahsî ve keyfî bir tahakküm vasıtası olmuş, amme kudreti amme hizmet ve menfaatlerinden ziyade ferdî menfaat ve arzuların bir vasıtası olarak kullanılmış, yerinde kullanıldığı zaman da bir usule tabi tutulması lüzumu duyulmamıştı.

İdarenin hiyerarşik mürakabesile siyasi mürakabesi nisbeten daha kolay ve çabuk teessüs ettiği halde kazaî mürakabenin

ortaya çıkması çok kolay olmamıştır. Âmmeye hukukile hususî hukukun ayrılması lüzumunu hissedildiği ve yalnız hususî hukukun hâkim olduğu devirlerde, idare, bazan hâkimin huzuruna çıkmış ise de bu da çok devam etmemiş ve hükûmet faaliyetleriyle idare faaliyetlerinin hukuk kaidelerine ve netice itibarile hâkimlerin kaza salâhiyetine tabi olamayacağı fikri, çabuk ve kolay galebe etmiştir.

Fakat kazai bir mürakabe altına girmeyen ve girmek istemeyen idarenin nihayet bu mürakabe altına da girdiğini ve bir hâkimin mürakabesini kabul ettiğini görüyoruz: İptida adli kazaya tabi iken kendisini bu mürakabeden uzak tutmağa lüzum gören Fransız idaresi; nazır — hâkim sistemini pek çabuk geçerek müstakil bir idare hakiminin kazasını kabul etmiştir. Almanyada Hazine (*Fisc*) nazariyesile başlayan cereyan bir takım safhalar ve istihaleler geçirdikten sonra idarî kazada karar kılmıştı. İngilterede, adli kazanın idare üzerinde de kazai mürakabe salâhiyeti mevcuttur.

Görülüyorki idarenin kazai mürakabesi fikri heman her yerde kabul edilmiştir. Yalnız pek az yerlerde bu mürakabe adliye mahkemelerine verilmiş, ekser memleketler bu vazifeyi hususî mahiyet arzeden idare mahkemelerine vermişlerdir. Bir de bu mahkeme-salâhiyetlerinin derecesi her yerde aynı değildir.

Adliye mahkemelerinin yanında ayrıca idarî mahkemelere lüzum var mıdır? İdarenin kazai mürakabesi adliye mahkemelerine bırakılamaz mı? İdarî mahkemeler kaza birliği ve istiklâl esasına aykırı değildir mi? Bunlarda, bir mahkemenin istiklâli, bitaraflığı bulunabilir mi?

Bütün ictimai meseleler gibi bu meseleleri de mücerret bir tarzda değil, muhiti, ictimai ve siyasi amilleri göz önünde tutarak tetkik etmek lâzımdır. Nitekim bu meseleyi mücerret bir tarzda tetkik etmek isteyenler aynı delilleri kullanarak tamamen birbirine zıd neticelere erişmişlerdir. Binaenaleyh Türkiyede idarî kaza meselesini tetkik ederken, bunu mücerret bir tarzda değil, kendisini doğuran amillere ve karşıladığı ihtiyaca göre mütalaa etmek icap eder. Türkiyede imparatorluk devrinde idarî kaza kabul edildiği zaman belki bu amiller görülmemiş ve söylenmemişti. Bu müesseseyi kabul edenler, ihtimalki, bunu sırf taklit hissile almışlar, bir süs gibi kullanmışlardı. Fakat bugün bir realite olarak yaşayan bu müessesenin bugünkü yaşayış sebebini ve rolünü ararken, o zamanlar kabulünün bir zaruret olup olma-

dığını, ictimai bünyemizin bir ihtiyacına karşılık teşkil edip etmediğini; bu müessesenin o zamanlar iyi anlaşılmamış ve işletilmemiş olmasının menfi neticeler doğurup doğurmadığını araştıracabiliriz, varacağımız neticeler bugünkü vaziyetin aydınlanmasına yarayacaktır.



Şarkta ve bilhassa islâm devletlerinde, heman her zaman olduğu gibi osmanlı imparatorluğunda da icra vazifesile kaza vazifesi birbirinden iyice ayrılamamış ve aynı uzva verilmiştir: Kaza hakkı hükümdara ait bir hak olamk itibarile, mutlak vekili de bu selâhiyeti haizdir. Bunun gibi mahalli büyük memurlar da bu selâhiyete malikdirler. 1087 (1671) tarihinde tevkii Abdurrahman paşa tarafından tedvin edilmiş olan osmanlı kanunnameleri bu hususta çok dikkate değer hükümler ihtiva eder. Kanunname sadrazamın selâhiyetinden bahsederken şöyle diyor: « Sadrazam olanlar cümleyi tasaddur edüp mesalihi din ve devlet ve kâfei nizamı ahvali saltanat ve tenfizi hudut ve kısas ve haps ve nefy ve envai tazir ve siyaset ve istimai dava ve icrayı ah-kâmı şeriat ve def'i mezalim..... ve cemi kazayayı şeri'yâ ve örfiyenin istima ve ierası için bizzat cenabı padişahiden vekili mutlak ve memaliki mahrusei Osmanî ve tahtı hükûmeti sultanide olan cemi nasın üzerine hâkimi sahibi ferman olduğu muhakkaktır... Aynı kanun Sadrazamın ne tarzda çalışacağını tesbit ederken, hükûmet, icra ve kaza vazifelerinin tedahülünü tekrar şu suretle gösteriyor:

“ Ve Salı ve Perşembe günlerinden gayri eyyamda kendi sarayında ikinci vakitlerinde divan edüp mesalihi ibadullahı şer' ve kanun üzere görürler ve faslı niza ve kat'ı husumet buyururlar ve talep eden müddeilere şer'i şerif ve kanun üzerine ahkâmı şerife verirler. »

Görülüyor ki eski Osmanlı kanunları hâkimiyetin bütün selâhiyetleri gibi kaza vazifesini de hâkimiyetin tek sahibi bulunan padişahın mutlak vekili olan Sadrazama vermiştir. Filhakika imparatorluk teşkilâtında kuvvetli bir de ilmiye sınıfı vardır ve esas itibarile dinin bir şubesi olan hukuk ve kaza meselelerinde bu sınıf mensupları mutabassıstırlar; bu itibarla kaza işlerinde de mühim bir rol oynarlar, fakat bunların vazife ve selâhiyetleri bir vekil, bir müşavirden ileri gitmez; her yerde devletin en büyük memuru kaza selâhiyetine maliktir. Fakat isterse davaların görülmesini kadılarına havale edebilir. Aynı kanunname Cuma diva-

nından bahsederken bu hususta da izahat veriyor: « Tezkireciler erbabı mesalihin arzuhallerini nöbetle okuyup veziriâzam hazretleri istima ve şer' ve kanun üzere faslı husumat ve kat'ı niza buyururlar, iktiza ederse bazı davaları rumeli kadiaskerine havale ederler ve kesreti deavi vaki olursa anadolu kadiaskeri dahi veziriâzam hazretlerinin fermanlarıyla dava dinlemek caiz olur ». Divanıhumayun bendinde de aynı hüküm şu suretle teyit ediliyor: «Veziriâzam hazretleri istimaı davaya şuru edüp iki tarafında nöbetle arzuhaller okunur ve muktezayı şer'i şerif ve kanun üzere mesalihi ibadullahı görür ve faslı husumat ve kat'ı niza buyurup lâzımgelirse ahkâmı hudut ve tazir ve siyaseti icra eder ve tevecihâtı dahi mahallile buyurur ve rumeli kadiaskeri efendi dahi kendüye havale olunan davaları dinler ».

Sadrazamın haiz olduğu bu kaza salâhiyeti vazife başında bulunan tekmiil vezirlerde de vardır, aynı kanunname bu hususta da şu şartı ihtiva ediyor: « Vüzerayı izamdan birine bir eyalet ihsan olunsa tâ mansabına varınca esnayı tarikte dava dinleyip def'i mezalim için şer'i şerif ve kanun üzere buyruldu vermeğe ve mezalimi refetmeğe memurdurlar, kezaik mansabından mazul olup asitanei saadete gelinceyedek dahi kanunu sultani böyledir, meger kendi gibi bir vezirin eyaletine uğraya; ol mahalde elbette ana havale eder, fasletmez ».

Eyaletlerde de kaza vazifesi mahallin en büyük memuru olan beylerbeyine aitti; merkezden gönderilen kadılar müstakil bir vazifeye sahip ve müstakil bir uzuv mahiyetini haiz değildirler. Gerek kadı ve gerekse kadılık münhal olduğu takdirde merkezden kadı gelinceye kadar beylerbeyinin tayin ettiği müvella ancak beylerbeğinden aldığı salâhiyetle bu vazifeyi ifa eder; kanunname bu hususta da şu sarahati ihtiva ediyor: «Kendi eyaletine müteallik olan tevecihat ve umuru görürler ve vilâyet kadısı fevt olsa asitaneden kadı gelinceyedek buyruldu ile müvella nasbederler ve divan edüp deavayı dinlerler ve kadı efendileri huzurlarına getirip dinletirler ve istima için buyruldu verirler, ahkâmı şeriati mutahharayı icra ederler..... Tahtı eyaletlerinde olan ümera ve kuzat ve hükkâm kendinin emrine muti ve ramolmağa memurdurlar». Aynı salâhiyet sancakbeylerinde yani valilerde de mevcuttur.

Kanunnamenin çok dikkate değen bu hükümleri osmanlı imparatorluğunda eski devirlerde müstakil bir kaza uzvunun mevcut olmadığını, kadıların mülkiye memurlarının, iemrine tabi

ve onların vekil ve müşaviri vazîzetinde bulunduklarını gösteriyor. Divanlarda Kadılar, Kadiaskerler bir müşavir vazîyetindedirler asıl hükmü divanda bulunan en büyük rütbeli zat verecektir. Buralarda Kadıların veya Kadiaskerlerin dava görmesi sarîh bir müsaadeye bağlıdır.

Filbakika divan-ı humayun veyahut vezir ve saire divanları haricinde kadıların kendi kendilerine vazife görmeleri esas kabul edilmiştir. Kanunname bunların vazifelerini şu suretle izah ediyor: «İerayı ahkâm şer'îye eyleyip eimmei Hanefiyeden muhtelifünfiha olan akvali tetebbü edüp esahhı ile amel eyleyeler ve ketbü sicillât ve sukûk ve tezvicî sığar ve sığair ve kısmeti mevarisi reaya ve zaptı emvali eytam ve gaip ve azlû nasbı vasi ve naip ukut enkiha ve tenfizi vesaya vesair kazayayı şeriyede mutasarrıf olalar amma nizam memleket ve hıfzı haraseti raiyyet ve siyasete müteallik umuru hükkâmı seyf ve siyaset olan vükelâyı devlete havale etmekle memurdurlar.» Görülüyor ki Kanun kadıların salâhiyetlerini ancak aile hukukile şahsın hukukuna ve buna mümasil işlere hasretmiş siyasi ve idari işlere katıyen karışamayacaklarını tasrih eylemiştir.

Böyle bir vaziyette idare üzerinde kazai bir mürakabenin mecidiyeti düşünülemez. Ancak divan-ı humayunda ve sadrazamın divanlarında her türlü şikâyetler dinleneceği gibi büyük bir vezir seyahat ederken kendi derecesinde veya üstünde bir vezir bulunmayan yerlerdeki şikâyet ve davaları dinleyeceği ve nihayet vezir rütbesinde bulunan beylerbeği diğerleri üzerinde ve umumiyetle beylerbeyleri sancak beyleri üzerinde her türlü mürakabe hakkına malik oldukları cihetle bunlardan birinin şeriat ve kanununa mugayir bir hareketinden dolayı mafevki nezdinde ve divanında bir şikâyet ve davanın vukuu mümkündür. Bu suretle mafevk, madun üzerinde kazai bir mürakabe de icra etmiş olacaktır. Fakat sırf şahıs üzeride cereyan eden bu mürakabeyi bugünkü manada idarenin kazai bir mürakabesi saymak mümkün olamayacağı gibi nazır - hâkim nazariyesi esaslarına pek benzeyen bu vaziyet kazai bir mürakabenin bütün hususiyet ve faidelerini arz etmez.

Osmanlı imparatorluğunun bu eski teşkilâtı müstakil bir kaza uzuv ve vazifesini ihtiva etmediğinden idarenin kazai mürakabesi, şekil bakımından mevzuubahs olamaz. Meseleyi idarenin tabi olduğu hukuk kaideleri bakımından tetkik edersek yine kazai bir mürakabenin imkânsızlığı neticesine varırız: İdarenin kazai mü-

rakabesi mevcut olabilmek için idari faaliyetlerin hukuk kaide-lerine tabi olması icabeder. Osmanlı İmparatorluğunun kabul etmiş olduğu İslâm hukuku hükûmetin faaliyetlerini muayyen hukuk kaidelerine tabi tutmamış, idare edenlere geniş takdir salâhiyetleri vermişti. Alman idare tarihinde de gördüğümüz gibi idare edenlerin nizam ve intizamı, hakkın cereyanını temin için lâzımgelen tedbirleri almak hususunda geniş takdir hakları mevcuttu. Bu itibarla idare hayatı ve idari faaliyetler hukuk kaidelerinden ziyade takdir hakkından doğan hükümlere istinat ediyordu. Filhakika halife din kaidelerine bağlıdır, hatta onun haricine çıkar-sa günah işlemiş olur ve belki de hal'i icabeder. Fıkıh « raiye üzerinde tasarruf maslahata menuttur » yolunda bir kaideyi ihtiva eder, fakat tahlil edersek bunların gayet geniş bir takım prensipler olduğunu ve dünyevi müeyyidelerden ziyade dinî müeyyidelerle müstenit olduğu görülür. Hükümdarın takdir salâhiyeti, takdir hakkı mutlaktır. Dünyevi müeyyideye dayanan hiç bir hukuk kaidesine istinat etmeğe ve bir hâkimin tavassutuna müracaata mecbur değildir. Fiilin âmme nizamı bakımından bir suç olup olmadığını takdir eder ve suç mahiyeti görürse, cezasını yine kendi görüşüne ve kanaatine göre tayin ve tatbik eyler. Osmanlı İmparatorluğu garptan aldığı ceza kanununu ancak hükümdarın haiz olduğu takdir hakkına istinat ederek kabul ve tatbik edebilmiştir. İmparatorluk ceza kanununun birinci maddesi bu noktayı tebarüz ettiren çok dikkate değer bir hükmü ihtiva eder.

Hükümdarın haiz olduğu takdir hakkı mutlak vekili olan sadrazamla vezirler de, beylerbeylerinde ve sair salâhiyettar memurlarda da mevcuttur. Hatta bunlar bu salâhiyetlerini derhal kullanabilecek vasıtalarla beraber gezerler.

Görülüyor ki İslâm âleminde ve Osmanlı İmparatorluğunda idare edenlerin ceza tatbik ve tenfiz salâhiyeti bile takdiri ve mutlaktır. Kadılar ceza meselesine ancak şahsi haklar mevzuu bahs olduğu zaman bu hakların korunması bakımından müdahale edebilirler; Kısas, irş, diyet gibi, Devlet intizamını temin hususundaki tedbirler haricinde suç ve ceza islâm hukukunda ve osmanlı imparatorluğunda roma hukukunun ilk safhalarında olduğu gibi medenî hukukun haksız fiillerile karışık bir haldedir.

Bu suretle devletin en mühim faaliyetleri tamamen hükümdarın takdir ve salâhiyetine tabi olunca bu faaliyetlerin kazai bir mürakabesi de mevzuubahs olamaz, Osmanlı İmparatorluğunda halifenin ve vekillerinin hukuk kaidelerile değil,

yalnız uhrevî müeyyedeler ve din kaideleriyle bağlı olduklarını ve bunların idarî faaliyetlerinden dolayı müracaat edilecek kazai ve idarî hiçbir merciin bulunmadığını İnci Selimle Zembilli Ali efendi arasında geçen şu konuşma bize pek açık bir surette gösterir: İnci Selim enderun ağalarından kırk kişiye kızıp bunların derhal öldürülmesini emiredince bunu doğru görmeyip müdahale eden Zembilli Ali efendiyi « Efendi artık sen umur saltanata müdahaleye başladın » diye tekdir etmişti. Selim bu sözüle tekdir hakkını kullandığını, bununda saltanat işlerinden ve haklarından olduğunu söylemek istemişti. Buna karşı zembilli Ali efendi padişahın karşısına bir hukuk kaidesi koymıyor, ancak şu cevabı verebiliyor: « Biz ahiret işlerinizin muhafazasına memur olduğumuz için ehkâmî şeriyeyi beyana geldim ».

Görülüyorki kırk kişinin idamı da takdiri bir iştir, bu takdirin yerinde kullanılmaması ancak allaha karşı bir mesuliyeti intae eder. Hükümet faaliyetleri tamamen takdir mahiyette olunca bunların kazaen mürakabesi de mümkün olamaz, bu günde takdir sahası kazai mürakabenin dışında kalır, nitekim kanunname kadıların vazifesinden bahseden yukarıda aynen yazdığım madde-sinde bunların vazifelerini hukukun müdevven kısımlarına hasrettikten sonra « amma nizamı memleket ve hıfzı haraset ve siyasete müteallik umuru hükkâmî seyf ve siyaset olan vükelâi devlete havale etmekle memurdurlar » demekle bunların kadıların ihtisası dahilinde olan hukuk kaideleri dışında kalan ve kazai bir mürakabeye tabi olmayıp ancak mafevkin takdirle halli mümkün bulunan meseleler olduğunu işaret etmiştir.

Bununla beraber islâm hukukunda Almanyanın Hazine (*Fisc*) nazariyesine benzer bir mesuliyet nazariyesine rastgeliyoruz: Almanyada idare edenlerin hâkimiyeti ve bu hâkimiyetin zaruri bir neticesi olan, takdir hak ve salâhiyeti dolayısıyla kazai mürakabe altına giremeyeceği yolundaki telâkkinin yanında devlet patrimuvanın da ayrı bir şahsiyeti olduğu ve bu şahsiyetin tamamen hususî hukuk kaidelerine tâbi bulunduğ ve binaen-aleyh, deletin ferdi izar ve onun müktesep haklarını ihlal eden bir fiilden dolayı hazine aleyhine hususî hukuk kaidelerine istinaden dava açabileceği kabul ediliyordu. İslâm hukukunda da beytülmal aynı vaziyettir. Hakkı ihlâl edilen fert fıkıh hükümlerine istinaden beytülmal aleyhine bir tazminat davası açabilir. Fakat bu çok dar bir sahadır ve idarenin tekmili fiil ve muaamelelerine teşmil edilemez.

* * *

Osmanlı imparatorluğunun bir zamanlar işleyebilen yukarıki sistem ve müesseseleri inhitat devrelerinde tamamen tereddi etmiş kuru bir şekil ve kalıbdan ibaret kalmıştı. Bu müesseselerin yalnız bir cephesi, şahsi, indi ve keyfi mahiyeti devam ediyor, her kudret sahibi kudretini hiç bir mürakabeye tabi olmadan vicdanının ve idrakinin müsaidesi nisbetinde dilediği gibi kullanıyordu. Tanzimat fermanları suistimalleri tesbit ediyorlar, bunların önüne geçilmesini emir ediyorlardı; fakat bu emirlerin tamamen tatbikini temin edecek müesseseler yokdu, gülhane hattı, sonunda yine işi dinî bir müeyyide altına koyuyor ve «bu kavanini müessesenin hilâfına hareket edenler allahüteala hazretlerinin lânetine mazhar olsunlar ve ilelebet felâh bulmasınlar» diyordu.

Gerek tanzimat devri ve gerekse bunu takip eden meşrutiyet devirleri ufak bir ekalliyetin hareketi olmaktan ileri geçememişti. Bunlar kütlenin vicdanında yer tutabilmek şöyle dursun koymak istedikleri pirenslilerin tatbiki hususunda candan yardımcı bile bulamamışlardır. Binaenaleyh tanzimat müesseseleri daima ikilikler, karışıklıklar doğurmuş, bir çokları mahiyetlerini kaybetmişler, yaşayabilenler çok enerji sarfetmiş ve kuvvetlerini zaafa uğramışlardır. Bu devirde iki zihniyetin çarpıştığını esasta ekseriya eski zihniyetin galebe edererek yeni müesseseleri mefluç bir halde ve bir süs şeklinde bıraktığını görüyoruz.

Tanzimata takaddüm eden son devirlerde ve tanzimattan sonra da kaza sahasında karışıklıklar çoğalmış ve kapitülâsyonların artmasına ve kuvvetlenmesine sebep olacak köksüz ve manasız müesseseler ortaya çıkmıştı: Artık divanhümayunlar vesair divanlar ortadan kalkmıştı. Sadrazamlar vesair devlet ricali doğrudan doğruya kazaî işlerle uğraşmıyorlardı. Devletin tabii kaza uzuvları şer'îye mahkemeleri idi. Bittabi bu müesselerin gerek tanzimat işleriyle ve gerekse tanzimatı doğuran içtimai, iktisadi ve siyasi sebep ve âmillerle hiçbir alâkaları yoktu, binaenaleyh yeni ihtiyaçların doğurduğu yeni ihtilâfları halledecek, bunlara bir istikamet verecek uzuvlara ihtiyaç vardı. Fakat muntazam ve kabul edilen yeni esaslara uygun bir mahkeme teşkilâtı çok gecikti; bu teşkilâtın yerine ortaya, yukarıda söylediğim gibi, dağınık ve mahiyeti anlaşılmaz bir takım müesseselere çıkıyordu. Meselâ 1242 (1826)de teşkil edilen ihtisap nezareti kambiyo işlerinden doğan davalarla diğer bazı davalara bakıyordu. 1254 (1838)de meclis ziraat ve sanayi namile teşkil edilen ve bir kaç gün sonra meclis

umuru nafia namını alan ve nihayet 1255 de teşkil olunan ticaret nezaretine ilhak edilen bir meclis hayriye ve Avrupa tacirleriyle kambiyooculara nezaret ediyor ve bunlar arasında çıkacak ihtilâfları görüyordu, ancak bu meclise ecnebi tacirlerin vekilleri de iştirak ediyorlar ve davalar bunların da huzurlarında görölüyordu; Sarrafların davaları darphanede, iltizam davaları 1256 da maliye nezaretinde teşkil edilen meclisi muhasebede, deniz ticareti davaları limanda görölüyordu.

Esaslı kaza uzvu olan şeriye mahkemelerinin yeni ihtiyaçları kavramak ve karşılamadaki aciz ve beceriksizliği karşısında ortaya çıkan bu müesseselerin başlarında ve içlerinde bulunanların bilgisizliği, aciz ve ihmali kaza faaliyetlerine geniş bir surette ecnebilerin de iştirak etmesine, kapitülâsyonların da genişlemesine müncer oldu.

Hükûmet faaliyetlerini şeklen hukuk kaidelerine bağlamağa ve keyfi hareketlerin önüne geçmeğe çalışılan bu devirlerde idarenin kazaî mürakabesi fikri yine ortaya çıkamazdı. Çünkü bir taraftan idarenin hiçbir kaideye ve hâkime tabi olamayacağı fikri ve kanaati devam ediyordu, diğer taraftan da kaza müesseseleri henüz tamamen fertlerin arasındaki hususî ihtilâfları bile halledebilecek vaziyette değildiler; binaenaleyh devletin mürakabesi gibi bir iş kendilerine verilemezdi.

Şer'îye mahkemelerinin dışında kalan kaza uzuvları bir çok istihaleler geçirdikten sonra 8 Zilhicce 1284 (1868) tarihinde «Kavanin ve nizamâtı mevzuayı» tatbik edecek en büyük bir mahkeme olarak divanı ahkâmı adliye teşkil olundu. Aynı tarihte bir de Şurayı Devlet nizamnamesi neşredildi. Bu nizamnameler adli bir uzuv olan divan ahkâmı adliyenin idarî meseleler ve ihtilâflarla uğraşamıyacağını tasrih ederken iptidaiî şekilde bir idarî kaza da ihdas ediyorlardı: Divan ahkâm adliye nizamnamesi bu divanın «şahseyn beyninde rüyet eylediği deavii nizamiyeden bir davanın neticesi şahıs ile hükûmet beyninde bir iddiaya tealluk ederse ol davayı Şurayı Devlete nakil ettire» ceğini tasrih ediyor, Şurayı Devlet nizamnamesi de şuranın vazifelerini sayarken bu uzvun «hükûmet ile eşhas beyninde olan deavayı rüyet etmeğe» ve «bir davanın rüyet ve faslolunacağı mahkeme veya meclisin temyizi emrinde deavi memurlarile idare memurları beyninde zuhura gelen ihtilâfatı tetkik ile hükme» selâhiyettar olduğunu tasrih ediyordu.

İşte bu nizamnameler Türkiyede adli kaza ile idarî kazanın

açık bir suretle ayrılmasını ve idarenin kazai murakabesini, eşhas ile hükümet beyninde bir ihtilâf ve dava tahaddüs etmesi ihtimalini düşünen ilk mevzuatımızdır.

Acaba o zamanki vazı kanun Şûrayı Devlete böyle bir selâhiyeti bilerek ve düşünerek mi vermiştir? İdarenin kazai bir murakabeye tâbi olması ihtiyacı duyuluyor mu idi? İdare makinesi pek fena işlediği, her yerden memnuniyetsizlikler ve şikâyetler duyulduğu için idarenin muhtelif bakımlardan murakabesine ve yeni konulan esasların tatbikinde idareyi tenvir edecek mütehassıs bir uzva ihtiyaç vardı, fakat diğer bir çok tanzimat müesseseleri gibi Şûrayı Devlet ve idari kaza müessesesinin de bu ihtiyacı duyarak ve karşılamak maksadile değil islâhatta model ittihaz edilen Fransaya benzemek maksadile alındığını zannediyorum. Belki islâhat hareketinin başında bulunanlar bu ihtiyacı duymuşlar ve müessesenin manasını anlamışlardı, fakat tatbikatta bu ilk idari kaza müessesesi kazai murakabeden beklenen faidelerin hiçbirini temin etmiş değildi.

Burada bir sual daha hatıra gelir: İdarenin Kazai bir murakabesi kabul edilince bu vazife neden doğrudan doğruya kaza uzuvlarına verilmemiştir? Bunun birinci sebebi modele yani, Fransaya benzemek arzusudur. Fakat bu benzeyiş esas itibarile haksız sayılamaz zannındayım. Filhakika Fransa idari kazayı ihdas ederken bu müessiseyi kuvvetlerin ayrılığı esasile izah etmek istemişti. Lâkin hakikatta bu bir izahtan başka bir şey değildir. Bugün bir çok müellifler, haklı olarak, Fransada idari kazanın ihdasını parlamenların idari islâhata karşı gösterdikleri menfi vaziyetin, bu mahkemelerin yeni ihtiyaçları ve müesseseleri hazmedemiyerek idareye çıkarmış oldukları müşkilâtın bir aksülameli olarak izah ederler. İdare, yürüyebilmek için mahkemelerin bir çok engeller çıkartan murakabesinden kurtulmak istiyordu; kuvvetler ayrılığı prensibinden istifade ederek bunu temin etti, fakat idara her türlü murakabenin dışında kalamazdı, ferdin idareden şikayet ve davalarını dinleyecek bir organa ihtiyaç vardı, bir zamanlar bu ihtiyacı karşılar gibi görünen nazır-hâkim sisteminin kifayetsizliği görülüp anlaşılınca müstakil bir idari kaza müessesesi ihdas edildi. Bizde idari kaza müessesesini ihdas edenler kuvvetler ayrılığı nazariyesini de bu sebepleri de bilmiyorlardı. Esasen o zamanki devlet teşkilâtımız mutlakiyet esaslarına dayandığına göre bu nazariye hiç mevzuubahis olamazdı binaenaley idari kazanın ihdası söylediğim gibi bir taklitten başka bir şey değildir.

Fakat Fransada idareyi adliye mahkemelerinin mürakabesi dışında bırakan sebepler bizde de ziyadesile mevcuttu. Tanzimat ve onu takip bden hareketler idareyi, idari faaliyetleri fıkhn esaslarından tamamen ayırmış avrupa hukuku prensiplerine istinat ettirmişti. Fıkhn mütehasısı olan ve onun esasları daire-sinde faaliyette bulunan tabii kaza uzuvları yani şeri'ye mahkemeleri tamamen başka bir yoldan yürüyen idareyi mürakabe edemezlerdi, böyle bir mürakabe idari faaliyetleri, yenilik hareketlerini fransız parlamenlarının fransız idaresine müdahalesinden çıkan buhranlardan çok fazla akametlere uğratır, hükümsüz ve neticesiz bırakabilirdi. Yeni teşkil olunan divanı ahkâmı adliyeye gelince, köksüz müesseselerin bir istihalesi olan bu müessesede cemiyette hiç bir mevkii ve manası olmayan bir şeydi. Diğer taraftan Osmanlı imparatorluğundaki eski hakimiyet telâkkisi ve an'aneleri idarenin kazai bir mürakabesini, otoritenin halk ile beraber muhakeme ve mürafaa oluşunu ve halkın dileği üzerine, idarenin bir muamele veya fiilin iptalini kabul edemezdi. Halbuki şurayı devlet, idarenin kendi organı olduğu gibi, hükümlerinin, idarenin tasdiki olmaksızın tenfiz kabiliyetini haiz olmaması ve davaların tetkikinde idarenin haiz olduğu imtiyazlı vaziyet, bu müesseseyi bir kaza organı olmaktan ziyade idarenin bir şikâyet tetkik ve istişare uzvu haline kuyuyordu ve bu itibarla idare edenlerin telâkkilerine pek aykırı düşmüyordu.

Bu ilk idari kaza müessesemiz gerek teşkilât ve gerekse salâhiyet bakımından bugünkünden tamamen ayrıdır. 1284 (1868) şurayı devletinde ayrı bir daavi dairesi yoktur. İhtilâfın mevzuu şurânın hangi dairesinin faaliyet sahasına giriyorsa dava orada tetkik edilir. İdari kazanın salâhiyet sahasının tayininde ihtilâfın mevzuunu teşkil eden faaliyetinin nevi değil, doğrudan doğruya taraflar nazarı itibara alınır, ihtilâf, idarenin idare hukuku haricinde kalan, tamamen umumî bir mahiyet arzeden ve hususî hukuku alâkadar eyliyen bir faaliyetinden çıksa da « hükûmet ile eşhas beyninde olan dava » dan sayılacağından, şurayı devlete gider. Hatta divanı ahkâmı adliye nizamnamesine göre esas itibarile adliyeye ait olan bir davanın neticesi « şahıs ile hükûmet beyninde bir iddiaya taalluk ederse böyle bir ihtilâf divanında hadis bir dava şeklinde de görülemez, divan o « davayı şurayı devlete nakil ettirecektir ».

1284 (1868) Tarihli şurayı devlet nizamnamesi daha ileri giderek ihtilâf mercii ve mahkemesi vazifesini de idari kazaya vermiştir:

« Bir davanın rüyet ve faslolunacağı mahkeme veya meclisin temyizi emrinde dava memurları ile idare memurları beyinde zuhura gelen ihtilafatı tetkik ve hükme » de idari kaza organı olan şurayı devlet selahiyettardır.

Vazı kanun idarenin selâhiyetleri hususunda bu kadar kısıkanç davranarak idareyi mahkemelerden tamamen uzaklaştırdıktan mada idari kaza uzvunun kazai hüküm ve kararlarına da doğrudan doğruya tenfiz ve icra kabiliyeti tanımamak suretile de idarenin selâhiyetlerini kuvvetlendirmiş, idare üzerindeki kazai mürakabe-nin tesirini pek azaltmış ve küçültmüştür.

25 Muharrem 1286 (1870) tarihinde neşrolunan bir şurayı devlet dahili nizamnamesi mustakil bir muhakemat dairesi ihdas etti; bu daire bir taraftan ihtilâf mercii vazifesini görüyor, yani « bir davanın rüyet ve faslolunacağı mahkeme veya meclisin temyizi emrinde deavi memurlarile idare memurları beyinde veyahut deaviye müteallik hususattan dolayı yalnız devair arasında tekevvün eden itilâfları hal ve fasıl » ediyor; diğer taraftan idari davaları bidayeten veya istinafen rüyet eyliyor yani « devairi idare ile eşhas beyinde tahaddüs edip mecalis mahsusasında hüküm olunan davaların istinafen ve yine bu kabilden olup ehemmiyeti cihetile havale olunan deavinin bidayeten rüyetine » selâhiyetdar bulunuyordu. Bu dahili nizamname, davaların görülmesinde idareye fertden ayrı bir takım imtiyaz ve selâhiyetler tanıyordu: « Bir daire aleyhine zuhur eden deavinin bidayeten veya istinafen rüyetinde ve esnay hüküm ve kararında bulunmak üzere » o daire tarafından bir memur gönderilecek ve « bu memurun reyile muhakemat dairesinin hüküm ve kararı beyinde hasıl olan ihtilaf » mutlaka heyeti umumiyeye arz olunacaktı. Bundan mada her ne suretle olursa olsun devletin yüzbin kuruşdan fazla para vermeğe mahkûmiyetini intaç eden hühümler umumî heyete arzedilecekti. Nizamname, bu idari kaza müessesesinin *justice retinue* mahiyetini tamamen tebarüz ettirecek şöyle bir hükmü de ihtiva ediyordu: « muhakemat dairesinden dava üzerine sadır olan hüküm ve kararların icrası dahi makamı sadaretinzmanın tasdikine ve iradeiseniyei hazreti padişahı saduruna manuttur ».

1293 (1877) kanun esasisi idarenin kazai mürakabesi bakımından bir yenilik yaptı ve « eşhas ile hükümet beyindeki davalar dahi muhakimi umumiyeeye aittir » diye bir hüküm koyarak 1287 (1871) nizamnamelerinin aksine olarak idarenin mah-

keme huzuruna çıkabileceğini ve çıkması lüzumunu kabul etti.

Ancak 1293 (1877) kanun esasısının bu hükmünün maksadı ve genişliği çok mübhemdir: Acaba kanun bu hükmile idari kazasistemi tamamen bırakarak idarenin tekmil muamele ve fiillerini adliye mahkemelerinin kazaî mürakabesi altına mı koymak istiyordu? Yoksa idarenin yalnız fertlerle beraber ve onlar gibi yaptığı muamelelerden dolayı bir imtiyazı olmadığını ve binaenaleyh bu muamelelerden dolayı mı adli kazaya tâbi olacağını kabul ediyordu? Bu nokta aydınlanmış değildir. Muhakkak olan bir şey varsa o da kanun esasının bu hükmile 1284 (1868) nizamnamesinin «hükümet ile eşhas beyninde olan» davaların mutlaka idari kazanın selâhiyetine gireceği hakkındaki prensibi kalkmış bulunuyor ve binaenaleyh eğer baki kalıyorsa idari kazanın selâhiyet sahasını ayıracak başka bir kriterium aramak icap ediyordu.

1293 (1877) vazn kanununun idareyi tekmil faaliyetlerinden dolayı adli kazanın mürakabesi altına koymak istediğini zannetmiyorum. Tatbikat bu yolda inkişaf etmediği gibi 295 tarihli teşkilâtı mahakim kanunu da idarenin ancak adi muamelelerinden dolayı adli kazaya tâbi olduğunu gösterecek bir hükmü ihtiva eder, filhakkı tatbikatta 1293 (1877) kanun esasısının prensibi ancak idarenin bir hususî hukuk hükmü şahsî gibi icra eylediği tasarruflardan doğan ihtilâfların adliye mahkemelerine gidebilmesini temin etmiş, asıl idarenin kararlarından, amme kudretinin kullanılmasından doğan ihtilâflar her türlü mürakabeden hariç kalmıştır. Hazi-
ran 1295 (1879) tarihli teşkilâtı mahakim kanununun 7inci maddesi şöyle bir hükmü ihtiva eder: «Kaza bidayet mahkemeleri sair mahakimi nizamiye gibi kavanin ve nizamatı mevzua ile kabili hüküm olan hukuk davalarını rüyetle memur ve bunların haricindeki davaları kat'iyen red ile mercii mahsusuna müracaata lüzum göstermeğe mecburdur». Bu madde gerek yukarıda arz edilen görüşü ve gerekse tatbikatı tamamen teyit eder, çünkü kendisine arzedilen her ihtilâfı halletmekle mükellef olan mahkemelerin vazifesini ancak kavanin ve nizamatı mevzua ile hükmü kabil olan işlere hasretmek bugünkü hukukî zihniyetin kabul edeceği bir şey değildir; kanunlarda ve nizamlarda gözetilmemiş olan işlerden çıkacak ihtilâflar ne olacak? Hakim bunları halletmekten imtina mı edecek? Teşkilâtı mahakim kanununun ihtiva ettiği bu hüküm, fikrimce, daha ziyade idari karar ve muamelelerle mahkemeleri uğraştırmamak, idari davaların ancak «kavanin ve nizamatı mevzuaya» temas edenlerini mahkemeye,

kararlardan ve sair idarî muamele ve fiillerden çıkacak ihtilâfları ise «merci mahsusuna» göndermek hususunda konulmuş bir hükümdür.

Yukarda adli makamların idare işlerine karıştırılmamasını ve bir idarî kazanın ihdasını icap ettiren sebep ve âmillerin Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimat ve Tanzimata tekaddüm eden devirlerde tamamen mevcut olduğunu göstermiştik. Burada da teşkilâtı mahakim kanununun nizamiye mahkemelerinin de salâhiyetini yalnız «kavanin ve nizamâtı mevzua ile kabili hüküm olan hukuk davalarına» hasredip bunun dışında kalanları «merci mahsusa» yani fikrimce idari makamlara göndermesinin sebebini yine o zamanki vaziyetlerle izah edebiliriz: Bu teşkilâtı mahakim kanununun ihdas ettiği mahakimi nizamiye içi boş birer zarftan ibaretti. İhdas edildikleri zaman bunlara tayin edilecek ehliyeti haiz kimse-ler yoktu. Bu hukuk mahkemeleri filen kadı ve naip-lerin reisliği altında vilâyet idare heyetleri tarafından mahalli ahaliden seçilmiş. ilmi ehliyetten, hattâ okuyup yazmaktan mahrum iki mün-tehap azadan teşekkül ediyordu. Elllerinde tatbik edilecek munta-zam kanunlarda yoktu. Binaenaleyh bu mahkemelerde yenilik ve tekâmül yolunda çok hızlı yürümek mecburiyetinde olan bir idarenin nazım ve murakı-ı vazifesini göremezlerdi. Diğer taraftan kapitülâsyonlar bu mahkemelerin harimine ecnepleri, tercüman-larına varıncaya kadar sokmuş bulunuyordu. Ecnepleri alâkadar eden her dava ecnebi aza ve tercümanların hazır bulundukları mahkemelerde rüyet olunuyordu. Binaenaleyh mahkemelerin idari faaliyetleri mürakabe etmesi, ecnebilerin alâkalı oldukları işlerde ecnebi aza ve tercümanların devletin ve idarenin faaliyetlerine kadar müdahale etmesini intaç edebilirdi.

1293 (1877) kanunu esasisinden sonra adli ve idarî makamların ayrılığı prensibine ve idarî kaza müessesine taallük eden mevzuattan biri 7 Eylül 1302 (1886) de 1286 (1870) nizamnamesi-nin üçüncü maddesinde yapılan tadilâttır. Bu tarihte «mahakimi adiyeye ile mahakimi idare arasında merci dava hakkında zuhur edecek ihtilâfları» halledecek bir «encümeni ihtilâf» teşkil edili-yordu. Bu suretle zahiren idarenin adliye karşısındaki istiklâlinin ve bir idari kazanın mevcudiyetinin en büyük müeyyidesi kon-muş oluyordu. Fakat hakikatte aynı madde surayı devletin bir kaza uzvu sıfatile vazifesini yalnız memurin muhakematına has-rediyordu. Eski üçüncü maddede «devairi idare ile eşhas beyninde tahaddüs eden» davalardan bahsedildiği halde bunu tadil eden

ve yerine kaim olan madde ancak «memurunin vezaiî memuriyetlerine müteallik ahvalden dolayı şurayı devlete havale olunan muhakemelerini, ceza mahkemesi sıfatile bidayeten ve yine memurin muhakematına ait hususâtı istinafen vey temyizen veyahut merci tayini suretile rüyetinden bahsediyordu. Şu halde ihtilâf merciinin rolü ancak memurin muhakematına inhisar ediyordu. Bu tadilât hakikatte idarenin kazai mürakabesini kaldırmış bulunuyordu. Bu tabii idi, çünkü idarenin kazai mürakabesi her şeyden evvel idarenin şahıslardan ziyade prensiplere bağlı olmasile mümkündür. 2 inci Hamid devrinde ise buna imkân yoktu. Binaenaleyh idarenin kazai mürakabesi ve idarî kaza fikri bu devirde inkişaf edemedi. İkinci meşrutiyette idare üzerinde kazai bir mürakabe kuramamış ve idarî kaza müessesesini ortaya çıkarmağa bile teşebbüs etmemiştir. Bu devirde de şurayı devlet sadece bir istişare uzvu olarak kalmış ve bir de memurin muhakematına taalluk eden bazı işlerle meşgul olmuştur.

Şurayı devletin bir idarî kaza uzvu olarak işleyememesi, idare üzerinde kazai bir mürakabenin filen hiç bir zaman cereyan etmemesi memlekette çok fena bir tesir bırakmış, hattâ böyle bir müesseseye lüzum olmadığı fikrini doğormuştu. Milli hükûmetin teessüsünden ve saltanatın inkırazından ve imperatorluk müesseselerinin tamamen lağvından sonra ilk teşkilâtı esasiye kanunlarımız böyle bir müesseseyi hiç gözönüne getirmemiş, Ankar'da ilk kurulan teşkilâtta şurayı devletten ve idarî kaza müessesesinden bahis bile edilmemiştir. Frkat şahsi tesirlerden kurtarılarak prensiplere bağlanan ve günden güne tekemmül eden idaremiz bir şurayı devlete ve idarî kaza müessesesine muhtaçtı. Halkçı bir idare, kendisini her türlü mürakabeye ve bu arada bunların en müessiri olan kazai mürakabeye geniş bir surette arzetmeli idi. Adliye teşkilâtımız da idarenin kazai mürakabesine kâfi değildi, bu teşkilât sadece fertler arasındaki hususi münasebetlerden doğan ihtilâfları halletmek üzere meydana getirilmişti, binaenaleyh idarenin faaliyetinden ve fertle idare arasındaki âmme hukuku münasebetlerinden doğan ihtilâflara bakamıyordu. Bu yoksuzluk bilhassa vergi meselelerinde halli güç, hattâ imkânsız ihtilâflara meydan veriyordu.

İdarenin kazai mürakabesini adliye mahkemelerine bırakmak hatıra gelen ilk tedbirdir. Filhakika bugün gerek bizde ve gerekse Fransada idarenin, adliyenin mürakabesi dışında kalmasını icap ettiren ilk sebepler kalkmıştır. Fransada olduğu gibi bizde de bu

günün adliyesile dünün adliyesi arasında mukayese kabul etmeyecek bir fark vardır. Fakat buna rağmen Fransa idarî kaza sistemin-den ayrılmadığı gibi Türkiye de idarenin murakabesini temin etmek için bir idare mahkemesi ihdasını doğru bulmuştur.

Bu gün de idarî kazanın bünyemize çok uygun olduğunu kabul etmek lâzımdır. Hemen her yerde olduğu gibi Türkiyede de idarî rejim kabul edilmiştir. İdare, devletin mutahassıs bir uzvudur. Bu gün; âmme hizmetlerinin ifası, âmme kudretinin kullanılması, menfaatleri müsavi ferdlere tatbik edilen hususi hukuk kaidele-rine uydurulamaz. Adliye mahkemeleri müsavi iki menfaati, aynı kuvvetteki iki hakkı gözönünde tutarlar ve bunlardan birinin diğerine tercihi için bir sebep ve imkân olmadığından, kanunları daha dar bir çerçeveye içinde tatbik ederler. Halbuki idarî ihtilâflar bu mahiyette değildir, orada çarpışan iki hak ve menfaat yoktur, idarenin faaliyetinden çıkan ihtilâfta hakim müsavi iki hak ve menfaati değil hizmetin âmme menfaatine uygun bir tarzda yapıp yapılmadığını gözönünde tutacak ve sadece hizmetin ihdasına saik olan hususları, hizmetten beklenen gayenin tahakkukunu düşünecektir. Bu itibarla idarî davaların rü'yet ve halli başka bir ihtisasa ve melekeye ihtiyaç gösterir. İdarenin içinde çalışan, güçlüklerle, ihtiyaçlarla doğrudan doğruya temas eden, bunların en iyi bir tarzda nasıl başarılabileceklerini görenler idarî faaliyetlerin doğuracağı meselerin hallinde daha büyük bir kudret gösterirler. İdarî kaza, doğrudan doğruya olmamakla beraber, hükümlerle ve bunlara aid esbabı mucibelerle idareye gidilmesi lâzımgelen yolu gösterir. İdarenin, âmme kudretinin bağlı olduğu hizmet fikrine tamamen uygun bir surette çalışmasını temin eder. idarî kaza. adli kaza gibi yalnız ihtilâfın halline yarayacak kaideleri bulmakla iktifa etmez, belki hizmetin en iyi bir tarzda ifasına yarayacak hal suretini arar. Filhakika, idareye bir direktif veremez, fakat iptal kararları, tefsir kararları ve nihaaet tazminat hükümleri hangi muamelelerin hizmet kaidesine uygun, hangilerinin muhalif olduğunu göstermiş olur. Bizde idarenin faaliyet sahası çok genişlemiştir. Memleketin ictimai ve iktisadi vaziyeti, idarenin muhtelif mahiyet ve nevilerde bir çok teşebbüslere girişmesini icap ettirmektedir. Bu teşebbüslerin doğurabileceği ihtilâflar, alelâde iki müsavi hak ve menfaatin çarpışmasından doğan ihtilâflar tarzında halledilemez. Aynı zamanda, idarenin bu teşebbüsleri başarması için biraz istiklâle ihtiyacı vardır. Başka bir zihniyet ve ihtisasa mücehhez olan adliye mahkemelerinin

kazai murakabesi, bu uzvun, idare işlerine daimi müdahalesini ve hükümlerile, vereceği direktiflerle idarenin başka yollara sapmasını intac edebilir ve idarenin faaliyet ve teşebbüslerine engel olabilir. Meselâ idarenin maarife veya sıhhate taalluk eden işlerden doğacak ihtilâflar sadece, mücerret bir hukuk meselesi değil, aynı zamanda birer pedagoji veya sıhhat meselesidir. Bu ihtilâfı halledecek hakim maarif işlerini veya sıhhat işlerini hiç bilmiyorsa menfaat ihtilâflarını halliçin kullandığı ölçülerle bu hizmetlerin kolayca görülmesini temin edecek hal suretlerini nasıl bulabilir? Binaenaleyh idarenin kazai mürakabesini yine kendi içinden çıkmış, fakat bir mahkemenin bütün vasıflarını ve teminatını haiz bir uzva vermek lâzımdır. Bu uzuv bir taraftan teknik bilgisi, diğer cihetten de hizmetin tanzimine, onun, hukuk kaidelerine olan vukufu sayesinde hem ihtilâfı hallederek ferdi tatmin edebilir, hem de idareye gitmesi lâzım gelen yolu müessir bir tarzda göstermiş, onun hizmet prensiplerine, hizmeti idare eden hukuk kaidelerine bağlanmasını temin etmiş olur. Ancak bu suretle görüş ihtilâfları yüzünden âmme hizmetlerinin gecikmesine, yanlış yollara sapmasına meydan verilmeksizin idarenin kazai murakabesi temin edilir. Hemen her memlekette göz önünde tutulan bu fikirler başaracağı hizmetlerin ehemmiyeti dolayısıyla çok kuvvetli ve o nisbette prensiplere, objektif kaidelere bağlı olması lâzımgelen genç idaremiz hakkında daha kuvvetle varittir.

Diğer taraftan, adliye mahkemeleri işleyiş tarzları itibarıyla da idarenin kazai mürakabesi için kâfi gelmez ve fert için tam bir teminat teşkil etmez; çünkü bu mahkemeler ancak sübjektif bir hakkın ihlâli halinde müdahale ederler, halbuki idarenin kazai mürakabesini temin eden müessir vasıtalarından biri de iptal davalarıdır. İdari mahkemeler her hangi bir talep üzerine sübjektif bir hakkın ihlâli mevzuubahs olmasa da idarenin muamelelerini tetkik ve bunları salâhiyet, usul ve şekil, esas ve maksat bakımından kanuna muhalif görürlerse iptal ederler. Bu salâhiyeti idari faaliyetlerde ihtisası olmayan ve idarenin içinde çalışmayan hâkimlere vermek fikir ve görüş farkları ve çarpışmaları yüzünden işlerin durmasını veya hizmetin ihtiyaçlarına uygun olmayan bir tarzda yürümesini intac edebilir; binaenaleyh idarenin kazai mürakabesinin adliye mahkemeleri tarafından yapılması kazayı kâmil davalarına bir dereceye kadar imkân verirse de iptal davalarını imkânsız bir hale koyar.

Cumhuriyet idarî kazasının ilk fikrini ve temelini 1924 tarihli son teşkilâtı esasiye kanunumuzun 51 inci maddesinde buluyoruz. Bu madde bizde de « idarî dava ve ihtilâfları rüyet ve hal..... etmek üzere bir şurayı devlet teşkil edile » ceğini söylüyor. Bu şurayı devlet 25 Teşrinisani 1925 tarihli kanunla teessüs etti. Bu kanun hakkında Büyük Millet Meclisi dahiliye encüni 1 Kânunuevvel 1924 tarihli mazbatasında şu mütalâayı beyan ediyor: « Kavanini adliye dahi muhakimi âdiyenin salâhiyeti kazaiyesini deavî hukukeyi âdiye ve ticariye ile deavî cezaiyeye hasrederek deavî idariyeyi onun kazasından hariç bırakmış bulunmakta ve deavî idare, esasatının hususiyeti ve tenevvüü cihetile ihtisas dairesinde ve mesalihi umumiyeye taalluku hasebile de müstacelen rüyet ve halli lâbût olup bu vazifenin gayrı mütehassıs ve vezaifi saire ile mahmul mercilere havalesinden ziyade sureti mahsusada müteşekkıl ve usulü muhakemesi muhtasar heyetlerce icrası daha ziyade maslahata muvafık telâkki olunmuştur. »

Bu mazbata bize vaznı kanunun yukarıda söylediğimiz üç sebeple yani, mevcut kanunların adliye mahkemelerinin vazife ve salâhiyetlerini yalnız hususî münasebetlerle cezaî işlere hasretmiş olması; idarî davaların bir hususiyet arzetmesi ve binaenaleyh bunların hallinin ayrı bir ihtisasa ihtiyaç göstermesi; ve nihayet bu davaların rüyetinde hususî bir usulün tatbiki icabetmesi sebepleriyle idarî kazayı kabul ettiğini gösteriyor.

Cumhuriyetin kurduğu idarî kaza, idarenin kazaî mürakabesi ihtiyacını tamamen karşılayacak bir mahiyettedir ve fert için büyük bir teminat arz etmektedir. Şurayı devlet kanununun 19-uncu maddesi idarî kazaya geniş bir saha ayırdığı gibi bu kazanın ihdasının tabii bir neticesi olarak devletin mes'uliyetini, medeni hukukun mes'uliyet esaslarından çok geniş bir surette kabul etmektedir. 19 uncu maddenin kazayı kâmil davasından bahseden a bendi, şurayı devletin « idarî muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davaları » göreceğini söylemektedir. Hukuku muhtel olanlar bu dava zımında haklarının tamir ve tazminini isteyeceklerdir, medeni kanunumuz âmme hukuku hükmi şahıslarının âmme hukuku kanunlarına tabi olacağını tasrih ettiği gibi ahvali şahsiye sicillerile tapu sicilleri ve vesayet işleri müstesna olmak üzere memurun ve memur dolayısıyla devletin hukukî mes'uliyetinden bahsetmektedir. İsviçrede ise kanunî bir sarahat olmadıkça memurun da devletin de medeni hukuk hükümleri dairesinde tazminata

tabi olmayacakları kabul edilmiştir. Eski medenî hukukumuzda da devleti ve memuru idarî muamele ve fiillerden dolayı hukukan mes'ul tutan bir hüküm yoktu; şu halde 19 uncu maddenin *a* bendi bu davalar zımında Fransada olduğu gibi idarenin umumî hukuk kaideleriyle hakkaniyet prensipleri dairesinde mes'ul tutulacağını, yani idarenin malî mes'uliyetinin umumî prensiplere, ictihatlara istinat ettirileceğini kabul etmektedir. İşte şurayı devlet hukuku muhtel olanların davaları üzerine hem idareyi kazaî bir surette mürakabe edecek hem de mutazarrırların zararlarının tazmin ve telâfisini temin eyliyecektir.

Kanun idarî mukavelerden doğan ihtilâfların hallini ve idarî kararların tefsirini de idarî kazaya vermekle âmme hizmetlerinin ifasında direktiflerin bu idarî kaza organından geleceğini de kabul etmiştir. Çünkü idarî mukaveleler bir âmme hizmetinin ne tarzda ve ne şartlar içinde görüleceğini gösteren muamelelerdir. Binaenaleyh gerek bunların ve gerekse diğer idarî kararların kazyıkâmil veya tefsir davası dolayısıyla tefsiri demek bu mukavele veya kararın taalluk ettiği hizmetin ifasında direktif verilmesi demektir.

Aynı maddenin *d* bendinde mevzuubahis olan iptal davaları ise idarî kazanın, sırf kendi bünyesinden doğmuş en kuvvetli bir mürakabe vasıtasıdır. Bu mürakabe aynı zamanda idarenin bir çok yanlış hareketlerine mani olacak bir önleme tedbiri teşkil eder: İdarî mahkeme alâkadarın talep ve davası üzrine salâhiyet, şekil ve maksat bakımından kanuna uymayan muamele ve kararları ortadan kaldırmakla bu kanunsuz kararın yapabileceği menfi tesirleri önlemiş olur.

Hulâsa; bugün teşkilâtı esasiye kanununun 51 inci maddesi ve buna istinaden neşredilen 1925 şurayı devlet kanunu idarenin kazaî mürakabesi esasını tekml müeyyedelerile koymuş ve tanzim etmiş bulunuyor. Bugünkü şurayı devlet kanununun hükümleri ile ilk şurayı devlet nizamnamesinin hükümleri arasındaki şu farklar, Türkiyede idarenin kazaî mürakabesinin ne derecelerde esash bir surette yerleşmiş olduğunu pek açık bir surette gösterir:

1. — Eski şurayı devlet azaları hükûmetin birer memuru vaziyetinde idiler, tayin ve azılleri itibarile hâkimlerin haiz olması lâzımgelen teminata malik değillerdi. Bugün şurayı devlet, tayin ve azil bakımından hükûmete karşı tamamen müstakil mahiyettedir. Azasını büyük millet meclisi tayin eder ve değiştirir. Bu itibarla idare hâkimleri hâkimlik teminatına sahiptirler.

2. - Eski şurayı devlet deavî teşkilâtı tam bir mahkeme vasfı arz etmiyor ve o suretle çalışmıyordu. Hususile dava-
nın rüyet ve hükmünde aleyhine dava edilen dairenin bir
memur göndermesi ve memurun bir hâkim gibi daire ile muna-
kaşa etmesi mahkeme mefhumile uygun değildi. Bu gün, idarenin
davanın rüyetini esnasındaki vaziyeti fertten farklı değildir.

3. — Eski şurayı devlet kararları ancak idarenin kabul ve
tasdikile tatbik kabiliyeti iktisap ederdi. Binaenaleyh bu karar-
lar kazai birer hüküm olmakdan ziyade istişari birer mutalaa
ve reyden başka bir şey değildi. Bugün ise «idari davalar
hakkında şurayı devletten sadır olan hükümler hiç bir makamın
tasdikine muhtaç olmaksızın lâzımülfaz olup icra dairelerince
alelusül tenfiz olunur.» yani eski hükümlermiz *justice retene*
sistemine müstenit olduğu halde bugünkü kanunumuz tamamen
aksi sisteme yani *justice déleguée* esasına istinat etmektedir.

4. — 1284 (1868) ve 1286 (1870) nizamnamelerine göre şu-
rayı devletin rolü halkın dava ve şikâyeti üzerine ancak idare-
nin nazarı dikkatini celpetmekten ibaret olduğu halde bugün idari
kaza, idarenin her ne cihetten olursa olsun kanuna muğayır
kararlarını iptal etmek suretile onu hukuk kaidelerine tabi kıl-
kılmakta ve idari muamelât ve mukarrerattan hakları muhtel
olanlara tazminat verilmesine hüküm etmek selâhiyeti dolayisile
de devletin idari faaliyetinden mütevellit mesuliyeti esasını geniş
bir surette koymuş bulunmaktadır. Yani bugün idari kaza, ida-
reyi kazai bir bakımdan kuvvetle mürakabe edebilecek bir
vaziyettedir.

5. — 1284 (1868) ve 1286 (1870) nizamnameleri idari kaza-
nın selâhiyetini tarafların sıfatına göre tayin eder ve ida-
reyi adi muamelelerinden, fertler gibi hareketlerinden dolayı
da imtiyazlı bir vaziyete koyarken, bugünkü hükümlermiz idari
kazanın selâhiyetini ihtilafın mevzuuna yani bir amme hukukun-
dan mütevellit olup olmamasına göre tayin etmekte ve bu
suretle idari kazanın ihtisas bakımından ve teknik düşüncelerle
konmuş bir müessese olduğunu canlandırmaktadır.

SİDDİK SAMİ

*İstanbul Univ. Hukuk Fakültesi Dekanı
İdare Hukuku Ord. Profesörü*