ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARINDAN :

LEON DUGUIT
Bordeaux Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dekanı

KAMU HUKUKU DERSLERİ

Türkçeye Çeviren :
SÜHEYP DERBİL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör

İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort.
Konya Sokak Yenihan — Ankara - 1954

TÜRKÇEYE ÇEVİRENİN ÖNSÖZÜ

Profesör Léon Duguit en tanınmış hukuk bilginlerindendir. Anayasa hukukunda, idare hukukunda, kamu hukukunda hep onun sözü edilir, onun düşünceleri gözden geçirilir, onun doktrini ele alınır.

1859 da Libourne'da doğmuş ve 1928 Bordeaux'da ölmüş olan Duguit, akademik mesleğe 1883 de doçentlikle başlamış, 1892 de Bordeaux Hukuk Fakültesi anayasa ve idare hukuku profesörlüğüne geçirilmiş ve hayatının sonuna kadar mesleğinin en seçkin, en başarılı şahsiyetlerinden biri olmuştur.

Profesör Roger Bonnard, Duguit hakkında: "O hukuk biliminin en ünlü temsilcilerindendi. Çağdaş hukuk düşüncesinin önemli bir anıtı olarak kalacaktır. Çünkü onun meydana getirdiği açık, belirgin ve orijinal doktrin o kadar önemli ve o kadar şümûllüdür ki, bunu ihmal etmeğe kimsenin hakkı yoktur. Doktrini hukuk biliminde derin izler bırakacaktır. Doktrinini kabul edenler dışında, muarızlarını bir takım meseleler üzerinde düşünmeğe ve fikirlerini düzeltmeğe mecbur etmiştir. Doktrini gittikçe daha çok ilgi çekecektir. Üstadın ölümü doktrinini karartmıyacaktır. Doktrini yeni bir şafak hâlesi içinde ışıldıyacaktır. Çünkü ,bilimsel tartışmalarda gözetilmesi gereken objektifliği ve soğuk kanlılığı ne yazık ki bazan bozan şahsî rekabetleri ölüm susturur ve ortadan kaldırır." diyor. (1)

Léon Duguit yalnız büyük bir hukukçu değil, aynı zamanda pek değerli bir sosyoloji bilginidir. İlkel aile hakkındaki, konferansı, Bir sosyoloji semineri, Anayasa ve sosyoloji, Hukuk sosyolojisi etüdü başlıklı yazılar üstadın sosyoloji alanında ne kadar geniş yetkisi olduğunu göstermektedir.

Sosyoloji kültürü Duguit'ye hukukî olayları positif ve objektif bir kavrayışla inceleyip belirtmek imkânını sağlamıştır.

---

(1) Roger Bonnard, Léon Duguit-Ses Oeuvres, Sa Doctrine, Paris, 1929, Sf. 5 ve 6.

Duguit doktrinini beş ciltlik "Anayasa hukuku" kitabından derlemiş, ve "Kamu hukuku dersleri" kitabında da özetlemiştir." Kamu hukuku dersleri" üstadın son eseridir. Üstad bu son eserinde doktrinini en olgun şekilde açıklamıştır.

Genç hukukçularımızı bir takım basma kalıp önyargılara kapılmaktan kurtarıp aydınlatacağına ve düşündürüp olgunlaştıracağına inandığım için bu eseri dilimize çevirdim.

Eser, aynı zamanda, bir Hukuk Fakültesinde derslerin en uygun şekilde nasıl düzenlenebileceğini, derste bir meselenin nasıl ortaya konulup inceleneceğini ve bir sonuca bağlanacağını göstermek bakımından da Üniversite öğretim üyeleri için çok güzel örnekler vermektedir.

Bu eserle hukukçularımıza faydalı olabilirsem ne mutlu.

S. D.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

DÖRDÜNCÜ DERS

GENEL OLARAK HUKUKÎ TASARRUF UNSURLARI. ÇOK TARAFLI HUKUKÎ TASARRUFLAR.

BEŞİNCİ DERS

HUKUKUN ÖZNESİ, KOLLEKTİF KIŞİLİK MESELESİ

ALTINCI DERS

DEVLET MESELESİ; METAFİZİK GÖRÜŞ ve EGEMENLİK KAVRAMI

YEDİNCİ DERS

DEVLET PROBLEMİ METAFİZİK ÖNERMENİN İMKÂNSIZLIĞI

SEKİZİNCİ DERS

DEVLET PROBLEMİ. - GERÇEKÇİ GÖRÜŞ - DEVLET KUVVETİNİN TEMELİ VE SINIRI ANCAK BU GÖRÜŞLE BELİRTİLEBİLİR - KAMU HİZMETİ KAVRAMI

ÖNSÖZ

Ağustos 1925 ayının sonunda Bordeaux'da Majeste Mısır Kıralının Paris Elçisi Ekselâns Fahri Paşanın ziyaretini kabul etmek şerefine nail olmuştum. Hükûmeti adına, bana 11 Mart 1925 tarihli kanunda ihdas edilen büyük millî üniversiteye dahil Hukuk Fakültesinin birinci dekanı olmamı teklif etmeğe gelmişti. Teklif mutlak surette reddedemiyeceğim kadar gönül okşayıcı idi. Fakat, Fransa'dan ve aziz Bordeaux Fakültemden uzun aylar boyunca ayrılamazdım. Kahire'de vazifemin mahdut bir zamana inhisar etmesi noktasında mutabakat hasıl oldu: Mısır (1) hukuk fakültesinin yalnız üç ay müddetle dekanlığı şerefini haiz olacaktım.

Bu şartlar altında 23 Kasım 1925 de Fransa'dan ayrıldım ve aynı ayın 29 unda Kahire'ye geldim. Fransız elçisi tarafından derhal takdim edilmek şerefine nail olduğum Majeste Kral Fuad'ın bana gösterdiği en nazikâne ve en hayırhah kabule karşı derin ve hürmetkâr şükranımı burada ifade etmek isterim. Mısır hükûmeti üyeleri, bilhassa Başbakan Ekselâns Ziver Paşa, Millî Eğitim Bakanı Ekselâns Ali Mahir Paşa ve keza Üniversite Rektörü Ekselâns Lutfi-el-Said ve bir çok seçkin Mısırlılar tarafından geldiğim günden başlıyarak bütün ikametim süresince, bana gösterilen sempati ve samimi hatırşinaslık beni çok mütehassis etmiştir. Onlara tekrar teşekkür etmek isterim. Bu sempati ve bu hatırşinaslığın Mısırdaki ikametimde duyduğum zevkinin kıymetli hatırasını hâlâ muhafaza ediyorum. Gördüğüm sempati vazifemi zevkle ve kolaylıkla görmeme yardım etti.

Her şeyden evvel yeni Mısır Üniversitesinin hukuk fakültesinde öğretimi tanzim etmek, öğretim ve imtihan programını düzenlemek, kürsülerin tertip ve taksimini sağlamak, hukuk öğrencilerinin devam rejimini belirtmek icabediyordu. Ahvalin ilcasiyle rolüm oldukça genişledi. Üniversitenin faaliyetine ilişkin tüzüklerin hazırlanmasında oldukça faal diyebileceğim bir hisse almak durumuna girdim. Durum şöyle idi:

---

(1) Kuruluşunda Mısır Üniversitesi adını taşıyan bu üniversiteye bugün Fuad ül-Evvel Jniversitesi denilmektedir (S.D)

Mısır Üniversitesini ihdas eden 11 Mart 1925 tarihli kanun, bu teşekkülün esaslı prensiplerini belirtmekle yetinmiş ve 18 inci maddesiyle öğretim üyelerinin hizmet ve disiplin şartları, öğretim ve disiplin rejmii, Üniversite kurulu, Fakülteler kurulu ve başlıca Üniversite erkânının yetkileri, malî rejim gibi Üniversitenin tamamlayıcı bütün teşkilât tüzüklerini hazırlamakla Üniversite kurulunu görevlendirmişti. Bu tüzükler Üniversite kurulu tarafından kabul edildikten sonra, yürürlüğe girebilmek için, hükûmet tarafından tasvip edilmiş olmalı idi. Fakat, kanuna göre, hükûmetin Üniversite tüzüklerini kabul veya reddetmek hakkı vardı, değiştirmek hakkı yoktu. Mısır yasamanı Üniversite Kurulına önemli bir vazife ile birlikte liberal bir düşünce ile geniş bir görev ayrılığı yetkisi vermişti.

Üniversite Kurulu hemen işe koyuldu ve aralık ayının ilk günlerinden itibaren, her bir fakülteyi kendi öğretim plân ve programlarını, ünvan, diploma ve sertifika alma şartlarını belirten tüzük tasarılarını hazırlamağa memur etti. Bundan başka Ekselâns Rektörün başkanlığında, dört dekan ile Ekselâns Millî Eğitim Bakanlığı Müsteşarı ve Üniversite kütüphanesi müdürü B. Grosjean'dan mürekkep bir komisyonu şu esas tüzük tasarılarını hazırlamağa memur etti: 1 - Öğretim üyelerinin hizmet ve disiplin tüzüğü; 2 - Üniversitenin devam ve disiplin tüzüğü; 3 - Üniversitenin başlıca erkânının, Üniversite kurulunun ve fakülte kurullarının yetkileri hakkında tüzük; 4 - Üniversitenin malî rejimi hakkında tüzük; 5 - Üniversite kütüphanesi hakkında tüzük.

Komisyon hemen çalışmağa koyuldu ve diyebilirim ki, Ekselâns Üniversite Rektörünün yüksek idaresi altında, çok ve iyi iş gördü. Komisyonda tartışmalar çok kere şiddetli, fakat daima samimi ve nazikâne oldu. Çünkü, Mısıra lâyık ve memleketin tevdi etmek istediği millî eğitim ile ilmî keşiflerde bulunmak yüksek görevini yerine getirebilecek büyük bir üniversite kurmak hepimizin biricik kaygumuzdu. Ekselâns Üniversite Rektörü, Ekselâns Millî Eğitim Müsteşarı ile meslekdaşlarım komisyon çalışmalarında faal bir rol almama müsaade ettiler. Fransız üniversitelerinin teşkilâtını ilham eden prensiplerin ve fikrimce hakiki bir üniversitenin vücut bulması için, yani başlı başına bir varlığı olan bütün faaliyetini insan zihninin çeşitli sahalarında hakikatı araştırmağa, kazanılan bilgileri halka yaymağa ve gençleri hasbi tatbikatı millî hayatın mutlu gelişmesini sağlıyan mesleklere hazırlamağa hasreden büyük bir ilim müessesesi için gerekli olan şartların çoğunu kabul ettiler.

Geçen Mart ayının ortalarına doğru, Kahire'den ayrıldığım sıralarda, Üniversite kurulu bu tüzüklerden öğretim üyelerinin hizmet ve disiplin

şartlarına ilişkin olan birincisini çok küçük değişikliklerle tamamen kabul etmişti. Böylece, her üniversite teşkilâtının esasında bulunması gerekli bir sıra prensipleri teyid etmiş bulunuyor. Profesörler ilgili fakültelerin tekliti üzerine hükûmet tarafından tayin olunur. İlmi rütbe ve ünvanı dışında kimse öğretim ile görevlendirilemez. İlgili fakülte personelinin tayinine daima doğrudan doğruya iştirâk eder. Bu personelin üyelerine sağlanan durum onları her türlü keyfi azillere karşı korumalıdır ve Fransa'daki manâsında kürsülerin ihdası ile kürsü sahibi profesörler hakiki lâyenazillik kazanırlar; bu profesörler, kendiliğinden resmî ve nizamî bir mevcudiyet iktisap eden öğretimlerinde ve yerlerinde lâyenazil olurlar. Dekanlar komisyonu tarafından hazırlanan ve kısmen mart ayında Üniversite kurulu tarafından kabul edilen bütün tüzüklerin mülhem olduğu esas prensipler ilmi değer ve öğretim üyelerinin bağımsızlığı, Üniversitenin özerkliği, öğretimin teşkilâtlandırılmasına ve yürütülmesine fakülte - lerin faal bir surette iştirâk etmesi gibi hususlardı. Ayrıldığımdan beri Üniversite kurulunun tüzük işlerini bitirmiş olduğunu, kabul edilen hü - kümlerin Mısır hükûmeti tarafından tasvip edildiğini ve Üniversitenin kendine mevdu millî eğitim ve ilmî araştırmalar vazifesine tam bir güvenlik ve tam bir bağımsızlık içinde devam edebileceğini tahmin ediyoorum.

Dekanı olduğum için, çalışmalarımı doğrudan doğruya hukuk fakültesi üzerinde teksif etmem lâzım geliyordu. Üniversiteyi ihdas eden ka - nunun birinci maddesine göre eski Hukuk Okulu Üniversite içine alınmakta ve Mısır Üniversitesinin Hukuk Fakültesi olmakta idi. Bu hukuk okulunun uzun ve şerefli bir mazisi vardı. Önce Hidiv okulu, sonra Sultaniye Okulu ve nihayet, bağımsızlığın tanınmasından beri, krallık okulu adını almış olan bu müessese, tarihinin muhtelif devirlerinde büyük üstadlara mazhar olmuştu. Bilgin ve müteveffa meslekdaşımız Testout uzun zaman onun müdürlüğünde bulunmuştu. Modern Mısırın en seçkin a - damları onun öğrencileri olmuşlardı, onun öğretimi zihinlerinde derin bir iz bırakmıştı. Hepsi de eski üstadlarını rikkat uyandıran bir şükranla anıyorlar. Okulun son fransız müdürü, herkes tarafından mukayeseli hukuk üstadı olarak tanınan Lyon üniversitesinde profesör Edouard Lambert imiş.

Bir takım sebeplerle Kahire Kırallık hukuk okulu ilmi karakterini biraz kaybetmiş gibi görünüyordu. Öğretiminin değerini ve sağladığı hizmetleri takdir etmekle beraber, diyebilirim ki, metodları, öğretiminin tertiplenmesi bakımlarından, bir Üniversite fakültesinden ziyade Fransa'da anladığımız mânada - yüksek bir ilk okula benziyordu. Programa göre lisans elde edebilmek için dört yıl tahsil lâzımdı. Hepsi Mısır olgunluğu-

nu vermiş, bazıları çok bilgili, fakat çoğu biraz yetersiz genel kültürü olan çok kalabalık bir öğrenci kütlesine öğretim yapılıyordu. Bu sebep dolayısiyle hukuk ve ekonomiye yabancı birçok dersler ders programlarına alınmıştı ve hukuk okulunda öğretilmekte idi. Diğer taraftan, takip edilen metodlar yüksek öğretim metodları değildi. Profesörlerin sürekli gayretine rağmen öğrenciler şahsî çalışmalardan ve muhakemeden ziyade hafızlarını işletmekte devam ediyorlar ve bir imtihanın güçlüğünü ezberden öğrenmeleri gerekli sahife sayısı ile ölçüyorlardı. Öğrenmekle ödevli tutuldukları derslerin sayısı, programdaki maddelerin çokluğu bu kötü alışkanlıkları garip bir surette körüklüyordu.

Hukuk okulunun gerçekten bir hukuk fakültesi ve hakiki bir yüksek öğretim müessesesi olabilmesi için, müktesep haklara dokunmamakla beraber, teşkilâtı islâh etmek, programları tâdil etmek ve metodları değiştirmek lâzım geliyordu.

Hukuk Fakültesindeki bütün meslekdaşlarımın iyi niyetleri, samimi iş birliği sayesinde ve bilhassa ikinci dekan Abdülfettah - el - Seyid beyin aydın faaliyeti ve özeni sayesinde iş kolaylaştı. Birkaç fikir teatisinden sonra anlaşma hasıl oldu ve Fakülte kurulu üyelerinin oy birliği ile kabul edilen tüzük tasarısı ile islâhat teyid edilmiş oldu. Programlar değiştirilmiş ve daha iyi koordone edilmişti. Artık yalnız hukuka ve ekonomiye tealluk ediyordu. Hukuk Fakültesinde umumi kültür disiplinlerinin öğretilmesi faydasızdı, çünkü Üniversite kurulu ve hükûmet olgunluğunu vermiş Mısırlı öğrencilerin Hukuk Fakültesine girmeden önce Edebiyat Fakültesinde, genel bilgilerini tamamlamak için bir yıl staj görmelerine ve eski programa göre ancak dört yıl orta öğrenim yapmış öğrencilerin ise Hukuk Fakültesine girmeden önce Edebiyat Fakültesinde iki yıl devam etmelerine karar verilmişti. Bu şartlar altında hukuk lisansı için öğrenim süresi, pek faydalı olarak üç yıla indirilebilirdi. Takip edilecek ders programı mantıklı bir surette tertiplendi. Birinci senede hukuk başlangıcı, umumi hukuk tarihi, ekonomi, devlet teşkilâtı gibi umumi ve hazırlayıcı disiplinlerle ayni haklar ve ceza hukuku gibi en kolay anlaşılır hukuk kolları incelenecekti. İkinci seneye idare huku, borçlar hukuku gibi kamu hukukunun ve özel hukukun en esaslı kısımları alınmış ve bunlara hukuk yargılama usulü, ceza yargılama usulü ile devletler hukuku ilâve edilmişti. Nihayet, üçüncü senede öğrenci ikinci senede incelediği genel prensiplerin tatbikatını, hukukun en çok özellik arzeden kısımlarında takip ederek kişi ve mal güvenliğini, medeni hukukun hususi akitlerini, ticaret hukukunu, icra ve iflâsı, devletler özel hukukunu, maliyeyi inceliyecekti. Bana gösterdikleri samimi ve aydın müzaherete teşekkür borçlu olduğum

profesör şeyhlerin isteği üzerine İslâm Hukuku ikinci ve üçüncü sınıflar arasında bölüşüldü.

Öğrencilerin çok ders takibine mecbur edilmemesi, şahsî çalışmalar için kendilerine vakit bırakılması, şahsî çalışmaların esasen asistanlar tarafından yöneltileceği ve iyi metodlar öğretileceği hususlarında da hep mutabık kaldık. Bunun için her sınıfta yalnız dokuz ders okutulacağı ve her bir dersin haftada en çok üç saat okutulabileceği tüzükte belirtildi. Bu islâhat ile ve bu islâhatı ilham eden zihniyet sayesinde takip edilen gayenin gerçekleşmesi haklı olarak beklenebilirdi. Fakülte olan hukuk okulunda devam eden kötü metodlar ortadan kalkacak ve hukuk ile ekonomi gerçekten ilmi şekilde öğretilecekti.

Hukuk lisansını yeniden tensik etmek kâfi değildi. Kahire'de büyük bir Üniversitenin bir cüz'ü olarak bir Hukuk Fakültesi kurulmuş bulunduğuna göre doktor ünvanını verebilecek surette hukuk ve ekonominin yüksek öğretimini tesis etmek zarureti vardı.

Hükûmet, Üniversite kurulu ve Fakülte kurulu bunu teslim ettiler. Teklifim üzerine Fakülte kurulu, bizim 2 mayıs 1925 tarihli kararnamemiz hükümlerinden doğrudan doğruya mülhem bir doktora rejimini te'sis etti. Fakülte üç yüksek tahsil diploması ihdasını istedi: bir kamu hukuku yüksek tahsil diploması, bir özel hukuk yüksek tahsil diploması ve bir de ekonomi yüksek tahsil diploması. Fakülte kurulu doktor ünvanının tevcihini bu diplomalardan ikisinin alınmasına ve bir tezin savunulmasına bağlı tutulmasını da istedi. Böyle bir sistem hukuk ve ekonomi yüksek öğretimine büyük bir suples veriyordu. Bu yüksek öğretim, hukuk lisansiyesi olduğu halde öğretilen disiplinlerden bir veya birkaçını derinleştirmek isteyenleri Fakülteye çekecekti.

Bu tüzük Üniversite kurulu tarafından tezahuratla kabul edildi ve Ekselâns Millî Eğitim Bakanı derhal uygulanmasına izin verdi.

Yüksek öğrenim diploması için yapılacak öğretimin Fransızca ve Fransız metotlarına göre yapılması ve fakültede Fransız hukuk fakültelerinde üniversite doçentliği ünvanını kazanmış en az üç profesörün her üç yüksek öğretim şubesinin başına geçirilmesi kararlaştırılmıştı. Bu profesörler şubelerde, başka Fransız profesörlerin ve keza Fransız hukuk doktoru ünvanını almış Mısırlı profesörlerin işbirliği ile öğretimin hakiki müdürleri olacaklardı.

Elliden fazla Mısırlı hukuk lisansiyesi hemen doktora için kayıt olundular ve Ekselâns Ali Mahir Paşanın başkanlığında 7 Ocak 1926 da,

Mısırlıların ve yabancıların en yüksek sahsiyetleri huzurunda, Mısır Üniversitesi hukuk fakültesinin doktora öğretimi açılış töreni yapıldı. Meslekdaşım ve dostum ikinci dekan Abdülfettah - el - Said Beyin dikkate değer nutkundan sonra, bu kitabın başında yazılı dersi verdim. Ders genel olarak sosyal bilimler, sosyal bilimlerin konusu ve metodu ile bir Üniversitenin görevleri ve Hukuk Fakültelerinin hususi rolü hakkında idi.

Bu, on beş dersi ihtiva eden ve bu kitapta yayınlanan genel kamu hukuku kursunun açış dersi idi. Derslerim yalnız doktoraya yazılan gençler tarafından değil, yüksek memurlar, yargıçlar, profesörler, avukatlar ve modern hukukun büyük meseleleriyle ilgilenen kültürlü kimselerden mürekkep bir dinleyici kütlesi tarafından da takip edildi. Dinleyicilerime ve dinleyicilerimin değerli yardımlarına burada samimiyetle teşekkür etmek isterim.

Özel hukuk şubesinin idaresi bilgin meslekdaşım Toulouse Üniversitesinden Profesör Ricol'e verilmişti. Profesör Ricol sözleşmeler ve borçlar konusunda yeni doktrinler hakkında bir kurs yapmış, o da kalabalık bir dinleyici toplamıştı. Martın ilk günlerinde Dijon Üniversitesinden Profesör Scelle Kahire'ye gelmiş ve aynı dinleyici kütlesine devletler hukukunun büyük meselelerini açıklamıştı.

Yüksek öğrenim diploması için tertiplenen bu kursların konferanslar ve hukuk ve ceza yargılama usulleri, kamu hukuku, medeni hukuk üzerinde pratik çalışmalarla tamamlanması lâzımdı. Bu işleri üçü de Fransız fakültelerinde doktora yapmış ve değerli eserler meydana getirmiş olan Profesör Abdülfettah-el-Seyid Bey, Abdüsselâm Zihni Bey ve Mehmed Sadık Fehmi Bey yönelteceklerdi.

Böylece Mısır hükûmeti tarafından bana tevdi edilen vazife sonlarına yaklaştığı sıralarda yani mart ayı ortalarına doğru, vücuda getirilmesine iştirâk etmekle şeref duyduğum eser gerçekleşmişti. Rektörün başkanlığı altında dekanlar komisyonu tarafından hazırlanan Üniversite teşkilât tüzüğü kısmen Üniversite kurulu tarafından kabul edilmiş ve böylece her üniversite teşkilâtı için esas olan prensipler teyid olunmuştu. Hükûmetin tasvibinden başka bir şey kalmamıştı; bu da gecikemezdi. Hukuk Fakültesinin öğretimi, lisans için olduğu kadar doktora için de, mantıklı bir plâna göre tertip veya tesis edilmişti. Geçiş devresi geçici hükümlerle düzenlenmişti. Eski hukuk okulu gerçekten bir fakülte, hukukî ve iktisadî incelemelerin faal bir ocağı olacaktı.

Bununla beraber, Fransa'ya dönüşümden az zaman sonra, hukuk fakültesinde bulunduğum sıralarda fakülte kurulu ve üniversite kurulu tarafından oy birliği ile kabul edilen, Ekselâns Millî Eğitim Bakanı ve Ekselâns Rektör tarafından tasvip olunan prensibin bırakılmış gibi olduğunu veya hiç olmazsa muvakkaten bertaraf edildiğini üzüntü ile öğrenmiş bulunuyorum. Millî Eğitim Bakanlığı memurlarından birinin, doktora yapmamış olduğu halde, kabul edilen tüzüğe aykırı olarak, fakültenin mütalâası alınmadan, hukuk fakültesine profesör tâyin edilip dekanlığa geçirildiğini öğrendim. Teklifim üzerine Fakülte tarafından ve Üniversite kurulu tarafından oy birliği ile kabul edilen programların alt üst edildiğini, bu arada borçlar hukukunun birinci seneye alındığını, hukuk ansiklopedisinin en güç kısmını teşkil eden bu dersin birinci sınıf öğrencileri tarafından anlaşılmasına katiyen imkân olmadığını da öğrenmiş bulunuyorum. Bütün yükünü öğrencinin hafızasına yükliyen ve ne muhakemeye, ne de şahsî çalışmalara hiç yer vermiyen kötü metodlara kaldırmak istenilen çok ders verme usullerine avdet edildiğini öğrendim.

Bunların nihaî tedbirler olduğunu zannetmiyorum. Her şeye rağmen Mısır Üniversitesinin ve hukuk fakültesinin geleceğine karşı tam bir güvenlik besliyorum. Mısır Üniversitesi ve hukuk fakültesi görevlerini yerine getireceklerdir. Majeste Kral Fuad, hükûmeti ve Mısır parlâmentosunun ilham aldıkları asil düşünceler ve yüksek ülküler bunun inancalarıdır.

Bu kamu hukuku derslerini, söylendiği ve stenografiye edildiği (1) gibi yayınlıyorum. Bu derslerin yeni ve orijinal bir doktrin olmak iddiası yoktur. Beş ciltlik Anayasa Hukuku kitabında tafsil edilmiş olan hukuk ve devlet teorilerinin özetinden ibarettir. Bu meselelerle ilgilenen ve büyük eserler okumağa vakti olmıyan kimselere kolaylık sağlıyabilir. Bilhassa Mısır doktora öğrencilerinin işlerine yarıyabilir.

Bu derslerin yayınlanması herşeyden önce Mısır Üniversitesine saygı ve vefalı dinleyicilerime karşı minnettarlık ifadesidir.

Bordeaux, 1 Ağustos 1926

---

(1) Hukuk Fakültesi sekreterliği memurlarından Bay Hasan Salih Ciddevi'nin stenografisidir. Kendisine hararetle teşekkür ederim.

AÇILIŞ DERSİ

Sosyal bilimler, konuları, metodları

Ekselâns, baylar,

Memleketinizin pek uzak geçmişe kadar yükselen tarihinde şerefli kalması gereken bir gün, Majeste Kıral Fuad hükûmetinin her şeyden önce şanlandırması gereken bir karar varsa şüphesiz ki bu 11 Mart 1925 günü ile Mısır Üniversitesini ihdas ve teşkil eden karardır.

I

Bir Üniversite ne demektir? Her yerde, her çeşitten bir çok Üniversitelerin açılmış olduğu düşünülürse herkesin bu soruya cevap verebileceği sanılır ve soru beyhude görünür. Üniversite tamamile moda olmuş bir kelimedir. Hele Pariste eskrim üniversitesi, spor üniversitesi, güzellik üniversitesi, olaylar üniversitesi gibi bir çok üniversiteler vardır. Saygı ile anılması gereken bu güzel Üniversite kelimesi garip bir surette kötüye kullanılmaktadır.

Üniversite, birinci vazifesi hakikatı aramak olan bir müessesedir. Hakikatı aramaktan, hiç olmazsa öğrenebileceğimiz küçücük hakikat parçasını bulmaktan daha yüksek bir amaç olabilir mi? Bundan daha asîl ve insanlığı daha ziyade yükselten bir iş var mıdır? Pascal insan hakkında : «Eğer evren onu ezseydi, o onu öldürenden gene daha asil olacaktı, çünkü o öldüğünü bilir ve evrenin ona karşı üstünlüğüne rağmen, evrenin bundan haberi olmaz.» dememiş mi idi? Hakikatten insanın keşfettiği kısım çok cüzidir. Fakat bununla beraber, insan bu keşfinden dolayı, yalnız bu keşifleri dolayısiyle büyüktür.

Paris'te «Hakikat için Birlik» gibi güzel bir ad taşıyan bir derneğe girmiş bulunuyorum. Geçen kış bir pazar günü toplanmış, geç kalan başkanı bekliyorduk. Nihayet elinde biri çok büyük, öteki pek küçük iki siyah mukavva levha ile geldi. «Bu iki levhayı satın almak için geciktim.» dedi. «—Bu lavhalar neye yarıyacak?» diye sorduk. «—Büyüğü yanlışları

yazmak için, küçüğü hakikatleri yazmak için ama gene de çok büyük gelecek.» cevabını verdi. İşte, Baylar, hakikatlar lavhası, ne kadar küçük olursa olsun, bizimdir, onu sımsıkı tutalım; bütün gayretimizle onu büyütmeye çalışalım. Ancak, hakikatın yıldızlarda olmadığını, yer yüzünde bulunduğunu, esasında insanî olduğunu anlıyalım.

Profesörlerin rolü dünyadan elini, eteğini çekmek değildir. Profesörler her gün hayata karışmalı ve en önemli olması gereken sosyal rollerini durmadan yerine getirmelidirler. Bütün fakülteler hakikati araştırmak için kurulmuş birer bilim müesseseleridir. Ancak, şu hakikatin de işlenmesi ve gerçekleşmesi gerekir ki o da fakültelerin aynı zamanda birer mesleki öğretim müesseseleri olduğudur.

Mısır Üniversitesini ihdas eden kanun çok iyi düzenlenmiştir. Kanunları öğretmekle görevli hukuk profesörleri tarafından çok takdir edilen iki meziyet, açıklık ve kısalık meziyetleri 11 Mart tarihli kanunda çok yüksek bir dereceyi bulmuştur. Bu kanun yeni Üniversiteyi dört Fakülteye ayırmış: 1 — Edebiyat Fakültesi; 2 — Bilimler Fakültesi; 3 — Tıp Fakültesi; 4 — Hukuk Fakültesi. Şunu söylemek gerekir ki, kanun böylece gözetilmesi gelenek halini almış olan sırayı alt üst etmiştir. Hukuk Fakültesinin başta gelmesi gerçekten gelenek olmuştur. Bunun tarihi bir sebebi vardır. Ortaçağda bilimler ilâhiyatta temerküz etmişti. Uzun zaman ilâhiyatın kölesi «ancilla theologiae» olan ve ilk önce ilâhiyattan ayrılmak şerefine erişen hukuk, böylece insan zihninin kurtuluşunu da teyid etmişti. Hukuk Fakültesinin ardından Tıp Fakültesi ve nihayet sonradan sevimli bir isim olan Sanatlar Fakültesi kuruldu ki XIX. yüz yılda Bilimler Fakültesi ile Edebiyat Fakültesine ayrıldı. Böylece, Mısır Kanununa göre dördüncü sırada, tarihe ve geleneğe göre de birinci sırada bulunuyoruz. Bununla beraber kanunu hazırlıyanlardan şikâyet edecek değilim. Hakikat şudur ki dört fakülte de eşittir, çalışmada ve gayrette dördüz kardeşlerdir, ve yakın bir gelecekte, umarım ki, şerefte de dördüz kardeş olacaklardır.

Üniversite çalışmaları fakülteler arasında nasıl bölüşülür? Edebiyat Fakültesi, her şeyden önce sanatlar fakültesi, daha doğrusu güzel sanatlar fakültesidir. Güzelin her biçimde çeşitli görünüşlerini öğretir, ancak, tarih, coğrafya, sosyoloji ve felsefe incelemeleri ilk genel kültürü geliştirmeğe de çalışmalıdır; rolü insan zihnini açmaktır ve bizim müstakbel hukuk öğrencilerimiz, orta öğretim müesseselerinde edindikleri bilgilere ek olarak orada hazırlıklarını tamamlıyacaklardır.

Bilimler Fakültesi, matematik, fizik, kimya, tabiat bilimleri, fiziyoloji, bioloji gibi her çeşit bilim problemlerini inceler.

Tıp Fakültesi de hayat bilimini inceler, ancak, hayatı hastalık halinde, patoloji hayatını inceler. Tıp Fakültesi zihinleri karıştıran bir problem karşısındadır. Hayat nedir, hastalık nedir, ıstırap ve ölüm nedir? Bunları kimse bilmiyor, öğreneceğimiz de yok gibi görünüyor. Fakat geçiyorum; Hukuk Fakültesine gelmek için acele ediyorum.

II

Hukuk Fakülteleri büyük iftiralara uğramışlardır. Hukuk Fakültesine hiç adımını atmamış bir çok kimseler Hukuk Fakültesinde bir kanunun az çok bulanık metninin yorumlaması, yasamanın az çok karışık düşüncelerinin açıklanması, bir kelime ile pozitif kanunun şerhi ile yetinilir sanırlar. Bir kaç yıl oluyor. Hukuk Fakültesinde konferanslar vermek için, Buenos-Aires'e çağırılmıştım. Yola çıkmazdan bir kaç gün önce, rasladığım bir dostum beni lâfa tutarak: «Buenos - Aires Hukuk Fakültesinde konferanslar vereceksiniz. Demek ki Arjantin kanunları Fransız kanunlarının aynı.» dedi. Kendisine: «— Zavallı dostum, yazılı olmıyan bir çok hukuk kuralları bulunduğunu, bu kuralların her medeni memleket için aynı olduğunu, aynı seviyeye ulaşmış milletlerde hukukun genel gelişiminin birbirine benzediğini halâ bilmiyor musunuz?» cevabını verdim. Hukuk Fakültelerimiz işte bilhassa bu genel kuralları ve bu gelişimi her şeyden önce incelemelidirler. Açıkça ve tam bir inanışla söylüyorum ki: hukuk profesörünün rolü positif kanunları şerhetmeğe inhisar edecekse bir dakika bile çalışıp uğraşmıya değmez.

Hukuk Fakültelerinin görevleri daha yüksektir. Hukuk Fakülteleri sosyal bilimler Fakülteleridir ve sosyal bilimler Fakülteleri olmalıdır. Gelenek adlarını muhafaza ederler, adlarının önemi yoktur, tekrar ediyorum: Hukuk Fakülteleri sosyal bilimler Fakülteleri olmalıdır.

III

Sosyal bilimler nedir? Konuları nelerdir, metodları nedir?

Şimdiye kadar bilimin sözünü ettim, ama tarifini hiç vermedim. Her ne kadar bu konuda bir yığın tartışma yapılmış ve görüş belirtilmiş ise de bilimin tarifi pek basittir. Esasen tarifler kanunlar gibidir. En iyileri en kısa olanlarıdır. Bilim metodlu bir sıra ile yapılan her türlü inceleme olarak tarif edilebilir. Bayağı bir hakikate benzemesine ve tarifte tarif edilecek kelimenin kullanılmasına rağmen buna şunu eklemek isterim: Bilim

bilim zihniyeti ile yapılan her türlü incelemedir. Bilim zihniyetinin ne olduğunu tarif etmek kalır ki bu da ancak ne olmadığını veya zıddını söylemekle mümkün olur: Bilim zihniyetinin zıddı bugün ilkel (primaire = iptidai) zihniyet demekte mutabık kaldığımız nesnedir.

Yalnış anlaşılmasın. İlk öğretimi hor görmek düşüncesi benden uzak olsun. Küçüklerin gözünü zihnin ışığına açan, onlara okumasını, yazmasını ve hesap kurallarını öğreten öğretmenin rolünden daha asil, daha takdire lâyık bir rol yoktur. Bir milletin büyüklüğü, her şeyden önce, öğretmenlerine ve yaptıkları öğretime bağlıdır. İlkel zihniyet büsbütün baska bir şey dir. Bu, yarı - bilginlerle dolu demokrasilerde çok yaygın olan bir zihniyet eğriliğidir ki her şeyin kolay olduğu ve insanın her şeyi bildiği çifte inancı ile kendini belli eder. Halbuki gerçek çok karmaşık ve her şey son derece güçtür. İnsanın hiç bir şey bilmediği düşüncesine ve bir bilim uzmanının kırk yıl çalıştıktan sonra bilgisizliğinin genişliğini başlangıçtakinden daha iyi anlıyacağı kanaatine iyice nüfuz etmedikçe bilim yapamayız.

Ne vakit ilkel zihniyetten ve her çeşit peşin yargılardan (préjugés) sıyrılarak, insan bilgilerinin her hangi bir kolunda metodlu bir surette hakikat araştırması yapılırsa bilim yapılmış olur. Sosyal bilimler bu zihniyetle sosyal olayları inceleyen bilimlerdir. Sosyal olay nedir?

IV

Bu konuda iki doktrin, daha doğrusu iki zıt davranış karşısında bulunuyoruz ki, bana kalırsa ne biri, ne de öteki hakikate uygun değildir.

Bir takım iyi düşünen kimseler diyorlar ki gerçekte sosyal olay yoktur, yalnız ferdi olaylar, ferdi irade gösterileri vardır; ferd psikolojisi olabilir, fakat, doğrusunu söylemek lâzım gelirse, sosyoloji hiç olamaz... İsbatlamağa çalışılıyor ki, ekonomik olaylar bile -ki fizik olaylara benzer tarzda hasıl oluyor ve gelişiyor gibi görünmektedir - ferdi iradelerin izharından başka bir şey değildir ve meselâ kambiyonun veya fiatların yükselmesi ve alçalması sadece ilgililerin şuurla ve serbestçe verdikleri kararların neticesidir.

Bu görüşün tam zıddı olan arık sosyoloji doktrini taraflıları sosyal fizik sözünü etmekte ve bu sözle fizik âlemdekilerine benzeyen kanunlara tabi sosyal olaylar bulunduğunu anlatmak istemektedirler.

Çok kere «Beau und Lebung des sozial korpers» başlıklı ünlü kitabın müellifi alman Schaffle ile, ünlü bir devre yaşamış ve geniş bir sos-

yal felsefe sistemi kurmağa yeltenmiş olan İngiliz Herbert Spencer gibi iki büyük sosyoloğa ayak uydurularak sosyal olayların biolojik olaylarla aynı mahiyette olduğu iddia edilmiş; sosyal fiziyoloji ve anatominin sözü edilmiş ve sosyal kanunların hayat kanunlariyle aynı düzende oldukları ileri sürülmüştür.

Bana kalırsa, bu çeşitli doktrinler aynı derecede yanlıştır. Sosyal olayların bize ferdi tezahürler yolu ile göründüğü ve daima ferdi bir davranışa dayandığı doğrudur. Böylece meselâ bir memleketin ceza hukuku ancak ona aykırı hareket edildiği vakit göze çarpmakta ve suçun az çok düzenlenmiş bir sosyal tepki uyandırdığı görülmektedir. Fakat, bu ferdî tezahürün arkasında, ferdi hareketin uyandırdığı kollektif tepki ile kendini gösteren bir sosyal realitenin mevcudiyeti de bir hakikattir. O kadar ki sosyal olay: ferdi hareket dolayısiyle başgösteren kollektif tepki diye tarif edilebilir.

Bu tarifin mana ve şümulünü anlamak için şöyle bir misal ele alınabilir. Sathi bir müşahide pek az önemli görünen, bununla beraber sosyoloğun gözünden hiç kaçmaması gereken bir sosyal olaydan bahsetmek istiyorum. Erkek veya kadın elbise modasını düşünüyorum. Farzediniz ki, sizin harika ikliminizden nasibi olmıyan bizim Avrupa memleketlerimizde, karlı ve buzlu bir günde, birisi beyaz pantolonla gezinmektedir. Yerleşmiş adete karşı bu tecavüzünden dolayı bu kimse kollektif bir hareket olarak gelip geçenlerin dikkatini, gülmesini ve alayını tahrik edecektir. Böylece, modanın sadece bir ferdi irade izharı değil, gerçek bir sosyal olay teşkil ettiği görülür.Daha yüksek mahiyetteki sosyal olaylardan alınacak misallerle de dâvamızı isbatlamak mümkündür. Ekonomik, politik, ahlâkî ve hukukî olaylar diye sınıfladıkları olaylarda olduğu gibi. Fakat bu ayırtların teferrüatına girmek istemiyorum. Hukukî olaylar üzerinde biraz durmak yerinde olacak.

V

Belirli bir zamanda, belirli bir toplulukta, falan ferdi fiil, işlenecek olursa, düzenlenmiş bir sosyal tepki tahrik etmesi gerektiği fikri ferdî şuurlar kütlesine nüfuz edince hukukî olaylar karşısında bulunuyoruz demektir. Düzenleme az çok kusurlu olabilir, bunun önemi yoktur. Bazı kurallara saygısızlığın kollektif olarak cezalandırılması gerektiği anlaşılınca bir memleketin hukuku sosyal bir olay mahiyeti arzeder. Bu beni sosyal olaylarla biolojik veya fizik olaylar arasındaki farki açıklamağa sevkediyor.

Fizik olayların ardında, şuurlu bir iradenin varlığını ileri sürmek imkânsızdır. Fizik olaylar birbirlerini sürekli ve değişmez bir kanuna göre takip ediyor görünüyor. Bundan dolayı fizik ve tabii bilimler vardaşlık kanunları ve teakup kanunları gibi hakiki kanunlar tesbit edebiliyor görünüyor. İlliyet kanunları demiyorum, çünkü illiyet kanunları fikri illiyet kavramı postülatına dayanır. Bu postülat, metafizik bir kavram olduğu için -biraz sonra söyliyeceğim gibi - pozitif bilimlerde bertaraf edilmelidir. Bu vardaşlık (coexistence) ve teakup (succession) kanunları zorunlu, evrensel veya olaysı (contingente) ve özel (spécial) midir? Bunu kimse bilmez, hatta Tabiat kanunlarının olaysılığı (Contingence des lois de la nature) hakkında bir kitap yazmış olan ünlü Boutroux bile. Bununla beraber, tanıdığımız dünyada bu kanunlar genel ve zorunlu (nécessaire) gibi etki yapıyor görünüyor.

Sosyal âlemde olaylar ferdi iradelerin şuurlu davranışlarına dayandığı ve aynı davranışlarla tezahür ettiği için, müşahit vardaşlık veya teakup kanunları belirtmeğe kalkışamaz ve kalkışmamalıdır, o ancak davranış düzgüleri (normes) ve kuralları belirtebilir. İlliyet (nedenlik) kanunlarına karşılık olmak üzere gaye (amaç = but) kanunları sözünü edenler olmuştur. Fakat bu söz, metafizik ereklik (gaiyet = finalité) kavramını tazammun ettiği için, illiyet kavramı gibi, pozitif bilimde bertaraf edilmelidir.

Burada, filozoflar tarafından dünyanın başlangıcından beri tartışılan sıkıcı bir mesele karşısında kaldığımız doğrudur. Şüphesiz ki Keopsun büyük ehramı yaptırdığı sıralarda Mısırlı filozoflar, 1926 filozofları gibi, elindelik (libre-arbitre) meselesini ele almışlar ve hararetle tartışıyorlardı. İnsan hür ve hareketlerinden sorumlu mudur? meselesi bilimsel olarak halledilemez ve en ince zekâlar bile hiç bir zaman bunu halledemiyeceklerdir. Olayların sanki insanlar hürmüş gibi geliştiğini söylemekle yetinelim ve ona göre hareket edelim.

— VI —

Sosyal bilimlerin metodunu tayin etmek işi kalıyor. Sosyal bilimlerin kendine mahsus bir metodu olduğu, bunun hiç te fizik veya tabii bilimler metodu olmadığı çok kere öğretilmiştir. Bana kalırsa garip bir yanlışlığa düşülmektedir; çünkü her bilimsel metodu, hangi sahada çalışır ve araştırırsa araştırsın, aynı olduğu söz götürmiyen insan zihninin kanunları tayin eder. Bu kanunlar kudretimizi sınırlar ve faaliyetimizi düzenler.

Metodun bu kurallarını tafsile vaktimiz müsait olmadığından kısaca işaret etmekle yetineceğim. Bu kuralların sayısı üçtür:

1 — Olayların gözlemini gayrı şahsi bir surette, bugün söylendiği gibi, objektif (nesnel) bir surette yapmak ve millî, dinî ve sair her türlü vesaset, çevre ve peşin yargıların tesirinden sıyrılmak için sürekli gayret sarfetmek;

2 — Sadece keşif vasıtası olarak, talil (= deduction = tümdengelim) yolu ile muhakeme (= raisonnement = uslamlama) yürütmek; mantık talilinin ulaştırdığı sonuçları olaylar üzerinde denetlemek; olaylara uymuyorsa hareket noktası olan faraziyeyi (= hypothése = varsayım) hiç acımadan atmak; olayları mantığa uydurmağa hiç yeltenmemek, yoksa olaylar er geç öçlerini alırlar ve bu bazan bir felâket olur.

3 — Nihayet apriori bütün kavramları atarak bunları dini veya metafizik inanç alanına bırakmak. Eşya hakkında doğrudan doğruya duyumlarımızın gözlemi altına girmiyen ve bundan dolayı metafizik olan her düşünceye kavram adını veriyorum. Bu çeşit kavramları bilim alanından çıkarmadıkça gerçekten bilim yapılamaz.

Auguste Comte tarafından öğretilen ve bir çok yermelerle az çok nükteli şakalara konu olmakla beraber insanî gelişmenin genel doğrultusunu iyi ifade eden ünlü üç hal doktrinini ancak bir kaç kelime ile hatırlatabilirim. İnsan ilk önce tabiatın bütün olaylarını, bu olayların ardına bir takım tanrılar yerleştirmek yolu ile açıklamak istemiştir; bu teokratik devir idi. Daha sonra, gördüğü olayların ardına bir takım metafizik kavramlar yerleştirdi; bu metafizik devri oldu. Meselâ: hayat olayının ardına hayatî prensibi, patolojik olayın ardına maraz, bünye bozukluğu (diathése) prensiplerini koydu; daha eskiden yanma olayının ardına flojistik prensibini, kalorik olayın ardına ısıl prensibini ve nihayet yakın zamanlara kadar ruhsal olayın ardına düşünen cevher olarak ruh kavramını yerleştirdi. Tanrılara ve metafizik kavramlara karşı beslenen inançlar ferdi vicdanları ilgilendirir. Bu inançlara derin saygım vardır, hatta diyebilirim ki inananlara gıpta ederim; ama bu çeşit inançların bilimsel alandan merhametsizce sürülüp atılması gerektiğini takdir ederim.

— VII —

İmdi, bütün zihinleri esaslı bir itiraz kurcalar. Böylece sosyal âlemden bütün apriori kavramları, her türlü ideal bir kural kavramını, bizatihi hayır (=bien en soi = kendisi iyi) kavramını kaldırırsak her ülküyü

kaldırmış ve sosyal değerler arasında her türlü hiyerarşiyi imkânsız kılmış oluruz. Böyle olunca bütün emeklerimiz neye yarar?

Fakat hayır! Pozitif sosyal bilimin bir ideal belirtmekten ve bunu gerçekleştirmek için davranış kuralları düzenlemekten âciz kalmıyacağını düşünenlerdenim. Ancak bu ideal yer yüzündedir, insandır, tamamen ve münhasıran insandır. Bu ideal bütün insan topluluklarının yapısına giren unsurların bilinmesine dayanır. Bu unsurlar bir tabir ile özetlenmiş ise de bu tabir politikacılar tarafından o kadar kötüye kullanılmıştır ki sonunda bayağı olmak talihsizliğine uğramıştır ama sosyal realiteyi iyi ifade etmektedir. Bu tabir: «sosyal dayanışma» (solidarité sociale) dır. İnsanın aynı zamanda ferdî ve sosyal olduğu, ferdin ancak toplulık içinde yaşıyabileceği ve topluluğun da ancak fert için yaşıyabileceği temel hakikatını yalnız bir tabir ifade ediyor. Böyle olunca, insan sosyal dayanışmayı ne kadar iyi anlarsa ideale o kadar yaklaşır ve bunu gerçekleştirmek için daha büyük gayretle çalışır.

Hukuk Fakültesinin esas görevleri budur: bütün toplulukların kurucu unsurlarını aramak ve göstermek; sosyal dayanışmayı gerçekleştirmek ve böylece sürekli bir gayretle insanî ideale yaklaşmak için fertlerin, toplulukların ve devletin gözetmeleri gereken kuralları belirtmektir.

Baylar, sizi bu işe dâvet ediyorum; bundan daha asil iş yoktur; bu size yaraşır, kıralınıza yaraşır, büyük memleketinize yaraşır.

7 Ocak 1926

İKİNCİ DERS

Hukuk Kuralı ve Sübjektif (Öznel) Hukuk Meselesi

Baylar,

Uzun zamandan beri pek çok kimseler, hukuk kuralı veya objektif (nesnel) hukuk ile sübjektif (öznel) hukuku ayırd etmeği hatırlarına bile getirmeden, hukuk öğrenmektedir. Halbuki, hukuku anlamak için bu ayırd gereklidir ve esastır. Bunun için bu ders baştan aşağı bunu incelemeğe hasredilecektir.

— I —

İlk önce üç nokta üzerinde israr ediyorum:

1. — Her hangi bir bilim, dilini iyi düzenlemedikçe ilerliyemez. Anlaşmak için ayni şeyleri ayni kelimeler ile, başka şeyleri başka kelimeler ile belirtmelidir; yoksa dağınıklık ve kargaşalık olur.

2. — Kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmak yanlıştır. Çok yaygın olan bu yanlışlıktan sakınmak lâzımdır. Şüphesiz ki hukukun bu iki kısmını ayırd etmelidir, ama bunlar arasında geçilmez bir duvar varmış gibi davranmak doğru değildir: bir hukuk anlamı kamu hukukunda olduğu kadar özel hukukta da bir hukuk anlamıdır. Objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasında yaptığım ayırd kamu hukuku bakımından da, özel hukuk bakımından da tamamiyle aynıdır. Sözleşme (mukavele = contrat) anlamı da böyledir; anlasma ister devletle özel kişi arasında, isterse iki özel kişi arasında aktedilmiş olsun, sözleşme tamamiyle ayni mahiyeti ve aynı değeri taşır.

Kamu hukuku ile özel hukukun bu ayırdı bize Almanlardan gelmiştir. Alman hukukçuları çok güzel şeyler yazmışlardır, fakat bir çoğu gizli maksat gütmüşler ve kamu hukukunu özel hukukun zıddı olarak belirtmekte, devletin kendi taahhütleriyle borçlu tutulamıyacağını savunmak

için hukuki görünüşte bir dayanak bulmaktan başka bir amaçları olmamıştır.

3. — Yapacağımız ayırtların ve analizlerin bir takım faydasız incelikler olduğunu sanmayınız. Bir kere, teorik doğru fikirler edinmek hiç bir vakit faydasiz olamaz. Öbür taraftan, ileride göreceğimiz gibi, yapacağımız bütün teorik ayırtların doğrudan doğruya pratik tatbikatı vardır ve mahkemeler önünde çıkan meseleler ancak bunlarla halledilebilir. Meselâ: kanunların mâkabline şamil olmaması kuralını ve bundan çıkan çeşitli meseleleri herkes bilir. Görülecektir ki bu meselelerin anlaşılması ve halledilmesi objektif hukuk ile sübjektif hukuk ayırdının anlaşılmasına bağlıdır.

— II —

Objektif hukuk ve sübjektif hukuk tabirleri bir çok muhalefete, hatta alaya maruz kalmışlardır. Bu kelimelere önem vermem. Bana başkaları verilirse onları da kabul ederim; fakat ayırd esaslıdır, buna önem veririm.

Bana, arap dilinin objektif hukukla sübjektif hukuku ifade etmek için başka başka kelimeleri olduğunu söylediler: objektif hukuk için kanun, sübjektif hukuk için hak kelimesi kullanılırmış. İngilizlerin de böyle iki kelimeleri var: objektif hukuk için law, sübjektif hukuk için, right kelimelerini kullanıyorlar. Almanlar ile Fransızların ise bir tek kelimeleri var. «Filanca hukuk yapıyor.» demekle hukuk veya objektif hukuk kurallarını inceliyor demek isteriz. Hukuk filân şeyi yapmağı yasak ediyor veya emrediyor deyince şüphesiz ki hukuk kuralının veya objektif hukukun böyle bir yasak veya emir ihtiva ettiğini belirtmek isteriz. Halbuki, oy vermek hukukum var, mülkiyet hukukum var, alacak hukukum var dediğimiz takdirde oy vermek, belirli bir maldan faydalanmak, belirli bir eda (prestation) istemek yetkim veya sübjektif hakkım var demek isteriz.

Böylece, hukuk kelimesi farklı iki şeyi belirtmek için kullanılmaktadır: ya emrî bir kuralı veya bir hareket yetkisini ifade eder; ve karışıklığı önlemek için bir sıfat eklemek zarureti hasıl olur. Kural objektif hukuk, hareket yetkisi sübjektif hukuk demektir.

Hayat adamı bununla yetinebilir, fakat hukukçular yetinemez. Onun için objektif hukuk ile sübjektif hukukun mahiyetlerini ve esaslarını daha açık olarak belirtmeğe çalışmalıdır.

– III –

Söylediğim gibi, objektif hukuk belirli bir toplulukta uygulanan hukuk kurallarının tümüdür. Millet modern medenî toplulukların normal bir tipi olduğu için, her milletin fertlerine hükmeden ve az çok iyi düzenlenmiş müeyyidelere bağlanan kuralları vardır. Bu kuralların tümü bir milletin objektif hukukunu teşkil eder.

Bir kuralın hukuk kuralı olduğu nereden anlaşılır? Bu soruya bir çok Alman müellifleri ve bilhassa büyük hukukçu Ihering son derece basit bir cevap veriyorlar. Bir kurala Devlet mutlak kudreti ile bu vasfı vermedikçe hukuk kuralı olamıyacağını, Devlet tarafından isdar edilen her kuralın bir hukuk kuralı olduğunu, kısaca hukuk kuralının pozitif kanun demek olduğunu ileri sürüyorlar. Ünlü Bavyeralı hukukçu Feydel : «Devletin üstünde bir hukuk olmadığı, Devletle paralel bir hukuk olmadığı, hukukun Devlet tarafından tedvin edildiği prensibi söz götürmez.» diyor.

Şiddetle protesto eder ve Devletsiz ve Devletin üstünde de hukuk olduğunu beyan eylerim. Hukuk kuralının ancak Devlet tarafından ihdas edilebileceği ve Devletin mutlak kudreti olduğu pratikte kabul edilemez. Pozitif kanunların dışında ve üstünde de hukuk kuralları vardır. Sosyal bir kuralın hukuk kuralı olduğu nasıl anlaşılır?

Mesele kolay değildir, ileri sürülen çözümlemeler çeşitlidir. Zararı yok, positif kanuna üstün bir hukuk kuralının varlığını kabul etmek şartiyle istediğiniz çözümlemeyi benimseyebilirsiniz. Objektif hukukun esası hakkında ileri sürülen bütün sistemler iki zıt davranışa bağlanabilir. metafizik davranışla gerçekci veya pozitifci davranış. Mutavassıt veya pragmacı davranışları bir tarafa bırakıyorum.

Metafizik davranışta objektif hukuk esasının bir zihin kavramı, bizatihi (en soi) bir hukuk kavramı olduğu, bu kavramın mutlak varlık tarafından yaratılıp insan zihnine ilham edildiği ileri sürülür. Böylece, insan zihninin kavradığı mutlak hukuk dışında hukuk kuralı kabul edilmez.

Bu mutlak prensip nedir? Bu konuda görüş ayrılıkları baş gösteriyor: bir takımı fertçi doktrini, bir takımı da sosyalist diyeceğim doktrini ileri sürüyor. (Sosyalist sıfatını her hangi bir siyasî maksatla değil, sadece başka bir kelime bulamadığım için kullandım.) Fertçiler insanın insan olarak, topluluk içinde olmadan önce ve doğuşu dolayısı ile bir takım tabii, dokunulmaz ve sürekli sübjektif hakları olduğunu, bütün hukuk

kurallarının bu hakları korumak için konulduğunu ve bu hedefe yönelmiyen bir hukuk kuralı olamıyacağını ileri sürüyorlar.

1789 Fransız insan hakları demeci bu doktrini çok güzel bir açıklıkla belirtiyor. 1789 dünya tarihinde en önemli tarihlerden biridir. Çünkü, ilk defa olarak, kurulmuş ve kendi varlığına sahip bir siyasi topluluk tarafından Devlet kudretinin sınırları olduğu ve Devletin her şeyi yapamıyacağı belirtiliyordu. Bu düşünceler bir kaç yıl önce Amerika'da açığa vurulmuştu ama bu kuruluş halinde bir topluluktu ve kendi sosyal paktını düzenliyordu.

Fertçi doktrin, ilhamı ne pek asil olmakla beraber, yanlıştır; teoride de pratikte de kabul edilemez. Teoride kabul edilemez, çünkü sebepsiz yere insana topluluktan önce haklar tanıyor. Pratikte de kabul edilemez, çünkü bu düşüncenin Devlet iktidarını sınırlamağa yetişmediğini tecrübe göstermiştir.

Sosyalist doktrin, fertçi doktrine zıt olarak, insanda bir sosyal kural şuuru bulunduğunu, insanda bir mutlak hukuk kuralı kavramı yaşadığını ileri sürüyor. Fertlerin hakları bu kuraldan türemiş oluyor. Her iki doktrin de apriori bir hukuk kavramına dayanıyor. Ancak, fertçi doktrin hukuk kuralını sübjektif hukuktan çıkarıyor, sosyalist doktrin ise hukuk kuralından hareket ederek ferdin sübjektif haklarına ulaşıyor.

Bu doktrinlerin ikisi de reddedilmelidir, çünkü ikisi de teorik olarak isbatlanamaz ve ikisi de, ileride görüleceği gibi, pratikte Devletin iktidarını sınırlayamamışlardır.

Gerçekçi davranışta şöyle düşünülür: ferdin tabii ve doğal (inné) hukuku olduğu kabul edilemez, çünkü yalnız başına insanın hukuku olamaz. Robenson'un adasında hukuku yoktu ve olamazdı. Üstün varlık tarafından zihne ilham edilen mutlak bir hukuk kavramı tamamiyle metafizik mahiyette bir anlayıştır. Bu bir inanış konusu olabilir ama bilimsel bir yapıya temel olamaz. Böyle olunca, objektif hukukun ne olduğunu açıklamak için olayları incelemekten başka çare kalmaz.

Çoktan beri söylendiği gibi, insan sosyal bir varlıktır, daima topluluk içinde yaşamıştır ve ancak topluluk içinde yaşıyabilir. Toplulukların yaşıyabilmeleri için topluluğu teşkil eden fertlerin belirli bir disipline, yürürlüğü sosyal inancaya dayanan emrî kurallara bağlı olması gereklidir. Sosyal kural sosyal hayatın neticesidir. Nasıl yaşıyan bir organizmadaki sellüller (hücreler) belirli bir kanuna bağlı iseler ve nasıl bu kanun organik hayatın da, sellül hayatının da şartı ise; her insan topluluğunda da

hem sosyal, hem ferdî hayatın şartı olan bir normanın (düzgü) bulunması gereklidir. Ancak hayat kanunlariyle sosyal normalar arasında şu fark vardır : hayat kanunları pek muhtemel olarak kendi varlıklarının şuuruna ulaşmamış bulunan unsurlar üzerinde hüküm sürer; halbuki insanın gerek ferdî, gerekse sosyal varlığı hakkında az çok vâzih bir şuur sahibi olduğunda hiç şüphe edilemez.

Gerçekçi ve pozitif davranışın karşılaştığı sert tenkitlerin ayrıntılarını incelemeğe vaktimiz elverişli değildir. Yalnız şunu söyliyeceğim ki : her sosyal kural birer hukuk kuralı değildir. Sosyal kuralın ne vakit hukuk kuralı mahiyetini aldığı ve bunun hangi ölçüt (= mısdak = critérium) ile anlaşılacağı belirtilmelidir. Şüphesiz ki âdet kuralları hukuk kuralları değildir ama sosyal kurallardandır; çünkü çiğnenmesi belirli bir tepki yaratmaktadır. Ancak bir an gelir ki âdet kuralı hukuk kuralı olur. Bu an nedir?

Bir âdet kuralının sosyal müeyyideye bağlanmasının haklı olacağı düşüncesi bir milleti teşkil eden fertlerin genel şûuruna işlerse böyle bir sosyal kural hukuki kural olur diyorlar. Normanın (düzgünün) bir hukuk kuralı olması ve müeyyidenin sosyal bakımdan düzenlenmesi gerekli değildir, ama müeyyideye bağlanmasının haklı ve uygun olacağının herkesçe düşünülmesi gereklidir. Böylece meselâ, anayasa hukuku kuralları, Devleti ilgilendirdiği ve Devlet ise, Almanların dedikleri gibi, kuvvet olduğu için, doğrudan doğruya müeyyideye bağlanamaz. Şu kadar ki, belirli bir memleketteki halk kütlesi anayasa kurallarının inancaya bağlanması gerektiğini düşünmeğe ve doğrudan doğruya veya dolayısiyle bir müeyyideye nasıl bağlanabileceğini araştırmağa koyulunca anayasa hukuku kuralları hukuk kuralları olur.

Objektif hukuk problemi karşısındaki çeşitli davranışlar bunlardır. İstediğinizi seçebilirsiniz; benimsiyeceğiniz görüşün önemi yoktur; elverir ki Devletten ayrı olarak, Devletin üstünde ve Devlet üzerinde de hüküm süren bir objektif hukukun varlığını kabul ediniz.

— IV —

Objektif hukuk, millî pozitif kanunlarla bağlı olmaksızın belirli bir zamanda, belirli bir memlekette mevcut hukuk kaidelerinin tümü ise de bugün fiilen, medenî milletlerde yazılı kanunlar konusunda görülen gelişmeler yüzünden ele alınan her hangi bir devletin objektif hukuku ile pozitif kanunları arasında aşağı yukarı bir uygunluk göze çarpmaktadır. Çok doğru olarak söylendiği gibi, modern milletler hukuk' gelişmelerinin yasama safhasına ulaşmışlardır.

Objektif hukukla pozitif kanun arasında uygunluk hiç bir zaman tamam değildir; en iyi düzenlenmiş kanunlara rağmen hukuk kendi kendine gelişmekte devam eder. Hukukun gelişmesi kadar hızlı bir tempo ile pozitif kanun değiştirilmediği ve değiştirilemediği için pozitif kanunla objektif hukuk arasında zarurî olarak az çok büyük bir farklaşma hasıl olur. Misal olarak 1804 tarihli Napoléon kanunnamesini ele alacak olursak, fransız medenî hukukunun 1926 da 1804 de yasandığı gibi kaldığını sanmanın çok yanlış olduğunu görürüz. Tekrar ediyorum ki, bir memleketin objektif hukuku ile pozitif kanunları arasında tam bir uygunluk yoktur. Bununla beraber, genel olarak aradaki fark ihmal edilebilir. Açıklamaları kolaylaştırmak için, uygunluk tam imiş gibi konuşulabilir ve objektif hukuk tabiri yerine kanun tabiri kullanılabilir.

Tümü objektif hukuku teşkil eden kanunları birbirinden büsbütün farklı iki kategoriye ayırmak lâzımdır. Bunlara ben normatif (düzgüsel) kanunlar ve yapıcı (lois constructives) kanunlar adını veriyorum. Pozitif kanunda norma (düzgü) her zaman belirtilmiş olmaz. Belirtilse de, belirtilmese de norma daima mevcuttur ve yapıcı hükümler normaları işlerler.

Gény «veri» (mu'ta = donné) ile «teknik» veya «yapılmış» ı (construit) karşılaştırmakla buna benzer bir ayırt yapıyor (1). Daha açık olduğu için, pozitif kanunlar ve yapıcı kanunlar demek daha hoşuma gidiyor.

Normatif (düzgüsel) kanunlar hukukun genel kuralını belirtir ve herkese hitabeder, özel kişileri olduğu gibi kamusal ajanları da ilgilendirir. Yapıcı hükümler normanın yürütülmesini ve gerçekleşmesini sağlamak içindir ve yalnız kanunlar uygulamakla görevli kamusal ajanlara, yargıçlara ve idare memurlarına hitabeder.

Misal olarak, ceza kanunundaki taammüden katil suçunu işliyenlerin idam cezasına çarpılacaklarını belirten maddeyi ele alacak olursam, birbirinden büsbütün ayrı iki hüküm görürüm. Birincisi bir normadır : adam öldürmek yasaktır; bu yasak herkese hitap etmektedir. İkincisi şudur : kimin adam öldürmek suçunu işlediği anlaşılırsa ölüm cezasına çarptırılacak ve falan memlekette asılacak, filân memlekette de başı kesilecektir. Bu tamamiyle yapıcı bir hükümdür ve yalnız suçluları aramakla, yargılamakla ve ceza hükümlerini yerine getirmekle görevli kamusal ajanlara hitap eder.

Aile hukuku bir tarafa bırakılacak olursa, Napoléon kanunnamesi, 2281 maddesine rağmen, gerçekte ancak şu üç hukuk kuralını ihtiva eder : 1. Özel mülkiyete saygı emreden kural; 2. Sözleşmelerin muteber

(1) Gény Science et technique en droit privé positif, I, 1914, p. 97.

olduğunu belirten kural; 3. Nihayet, kusuru ile başkasına zarar veren kimseyi tazminle ödevli tutan kurallar dediğim vakit bazan medenî hukuk profesörlerini hayrete düşürüyorum. Medenî Kanununun bütün diğer hükümleri sadece bu üç kuralı yürütmek için konulmuş yapıcı hükümlerdir ve münhasıran yargıçlara hitabeder. Esas itibariyle özel anlaşmalarla bu hükümlere aykırı hareket etmek mümkündür. Bununla beraber, medenî kanun hükümleri emrîdir (impératif), çünkü hilâfına anlaşma yoksa yargıç bu hükümleri uygulamağa mecburdur.

— V —

İmdi, sübjektif hukuk nedir? Bunu söylemek daha güçtür. Bana kalırsa, sübjektif hukuk eğer hiç bir şey değilse olsa olsa metafizik bir hayal olabilir. Konu üzerindeki sonu gelmiyen karmakarışık tartışmalar bunun delilidir.

Sübjektif hukuk bize bir takım kimselere has bir vasıf, bir imkân, bir davranış yetkisi, bir iradenin başka iradeye üstün gelmek kudreti gibi görünür. Fakat açıklamak isteyince her çeşit güçlüklerle karşılaşıyoruz. Bilhassa Almanlar ve İtalyanlar meseleyi tartışmışlardır. Fransız filozofları meseleyi görüşmüşler ama aydınlatacak yerde bulandırmışlardır. Fransa'da yalnız hukukçu Michoud sübjektif hukukun ne olduğunu belirtmeğe çalışmış ise de ne Almanlardan, ne de İtalyanlardan fazla başarı gösterememiştir. Her ne ise, bu nokta üzerinde ileri sürülen çeşitli doktrinler şu üç doktrine irca edilebilir.

1. İrade Doktrini : Almanların ve bilhassa hukukçu Windscheid'ın (Willenstheori) leri. Sübjektif hukuk bir irade kudretidir: yalnız budur, başka bir şey değildir. Bir kimsenin iradesi bir başkasının veya başkalarınınkinden daha kuvvetli olur ve başkaları üzerinde hüküm sürerse böyle bir kimsenin sübjektif hukuk sahibi olduğu söylenir. Böylece deniyor ki, Devletin emretmek sübjektif hukuku veya egemenliği vardır, çünkü Devlet fertlere emirler vermeğe ve emirlerini uygulamağa kudreti vardır. Bunun gibi, mâlik sübjektif hukuk sahibidir, çünkü malikin iradesi kendiliğinden, malına tasarruf etmesine engel olmak istiyecek bütün başka iradelere üstündür. Nihayet, alacağınız da bir sübjektif haktır, çünkü sizin iradeniz kendiliğinden, borcunu eda ile ödevli olan borçlunun iradesine üstündür.

Bu irade doktrini bir çok ciddi itirazlara uğramıştır. Bilhassa denilmiştir ki: eğer sübjektif hukuk esasında bir irade kuvveti ise, şuurlu bir irade sahibi olamazlar demektir. Meselâ: küçükler, aklını kaybetmiş

kimseler sübjektif hukuk sahibi olamazlar. Bu doktrinde bir menfaatın sosyal himayesi sübjektif hukukun varlığına bağlı sayıldığına göre, yaşları veya sakatlıkları dolayısiyle akıldan mahrum kimselerin menfaatleri sosyal himaye teminatını haiz olmıyacak demektir. Kollektif menfaatler de aynı duruma düşer. Meğer ki toplulukların üyelerinden ayrı bir şuurlu irade sahibi oldukları isbat edilsin. Bunu isbat etmek ise ileride göreceğimiz gibi, imkânsızdır.

2. Menfaat doktrini : Bilhassa Ihering tarafından «Roma hukukunun ruhu» başlıklı büyük eserinde ileri sürülmüştür. Bu bilgine göre, sübjektif hukuk sadece kanun tarafından himaye edilen menfaattır. Böylece, küçüklerin, akıldan mahrum kimselerin nasıl sübjektif hukuk sahibi olabilecekleri anlaşılıyor. Toplulukların da nasıl sübjektif hukuk sahibi olduklarının sözü edilebilir. Bu doktrine göre, sadece kanunla himaye edilen Kollektif menfaat bahis konusu olur (1).

Menfaat doktrini de, irade doktrini gibi, ciddî itirazlara uğramaktadır. İlk önce, bir çok hukuk vardır ki basit bir ferdî menfaat olarak mütalâa etmek güçtür. Aile hukuku ve siyasî haklar gibi ki bunlar ferdî menfaatlerle ilgili olduğu kadar ailevî ve sosyal menfaatlerle de ilgili bulunmaktadır. Doktrin doğru olsaydı menfaat sahibi olarak hem fert ile aileyi, hem de fert ile milleti ele alırdı.

Öte taraftan, kanunla himaye edilmiş bir çok menfaatler vardır ki bunların sübjektif haklar olmadığı şüphesizdir. Bu kabilden olarak, Ihering bile bizzat kabul ediyor ki menfaatleri gümrük tarifesiyle himaye edilen tüccar bu himaye ile bir sübjektif hak elde edememektedir. Bu durum için ve buna benzer durumlar için objektif hukukun akisleri (reflexes du droit objectif) diye anlaşılmaz ve sun'î bir teori icadetmeğe mecbur olmuştu.

Nihayet, haklı olarak belirtilmiştir ki himaye edilmiş menfaatin hukuk mahiyetini alabilmesi için bu menfaate tecavüz edilmesi ve menfaat sahibinin tecavüzün giderilmesini istemesi, yani bu yolda bir irade zhar eylemesi lâzımdır. Böylece, Ihering'in doktrininde bile sübjektif hukukta bir irade unsurunun varlığını inkâr imkânsız hale geliyor.

3. Bu müşahededen doğmuş olan üçüncü doktrin irade ve menfaat doktrinlerinin birleştirilmesidir. Yalnız, ilk iki doktrinin uğradığı itirazları bertaraf edeceği yerde bu itirazların hepsine birden hedef olmuştur. Bu doktrin kanunun himaye ettiği bir menfaatin hangi halde sübjek-

(1) Ihering, Esprit du droit roman, Meulenaere tercümesi, 1877, IV, s. 326.

tif hukuk olduğuna, hangi halde sübjektif hukuk olmadığını bildirmiyor ve objektif hukuk akisleri (reflèxes) gibi sun'î bir teoriye baş vurmak zorunda kalıyor. Nihayet, irade ve menfaati birleştiren bu teori, sübjektif hukuk olması için iradenin varlığını zarurî bulduğuna göre, toplulukların ve akıldan mahrum kimselerin nasıl sübjektif hukuk sahibi olabildiklerini izahtan âciz kalıyor.

— VI —

Bütün bunlardan şu neticeyi çıkarıyorum ki, tamamiyle metafizik bir kavram olan sübjektif hukuk kavramını bir tarafa atmalıdır. Bu kavramı bir vakitler, insan zihnine arız olan ve sosyal âlemin olduğu gibi fizik âlemin de bütün olaylarını gizli ve esrarlı kuvvetlerle izaha yeltenen ve metafizik diye vasıflandırılabilecek bir davranış ihtiyacı doğurmuştur.

İradeler arasında bir hiyerarşi ihdas etmek neticesine vardığı ve bilhassa Devletin güya egemenlik kudreti sübjektif hukukunu haiz bulunduğunu ileri sürmekle ferdin hürriyeti için çok tehlikeli bir mahiyet arzettiği ve nihayet kanun bir takım kimselere belirli borçlar yüklediği takdirde bunun başkaları için bir irade üstünlüğü neticesini doğurmadığı için de sübjektif hukuk kavramını terketmelidir.

Fakat bana, sübjektif hukuku inkâr ederseniz her şeyin yıkılacağını söyliyeceksiniz. Hayır, bilâkis her şey yaşayacak ve daha sağlam bir surette kurulacaktır. Çünkü hukuk kuralı sübjektif haklar yaratamaz ise de objektif veya sübjektif hukukî durumlar meydana getirebilir ve bu durumlar sosyal olarak himaye edilir. Gelecek konuşmamızda bunu isbata çalışacağım.

12 Ocak 1926

ÜÇÜNCÜ DERS

Hukuki düzenlemenin unsurları

Baylar,

Başlığım biraz bulanık olduğunu ilk önce ben kabul ederim. Manasını ve şümülünü derhal ve mümkün olduğu kadar açık bir surette belirtmek gereklidir. Öbür taraftan, ilk bakışta bir az (subtile) görünen bu başlığın belirttiği ayırtları incelemenin pratik faydası olduğuna emin olunuz.

I

Hukuki düzenleme? (ordonnancement jurdique) Bu tabir hukuk terimleri arasında, hiç olmazsa Fransada, pek kullanılan bir tabir değildir. Almanlardan aldığımız bu tabir almanca (Rechtsordnung) sözünün tam tercümesidir. Bu terimden faydalanıyorum, çünkü kullanılırken kastedilen manayı belirtmek için bana çok uygun görünüyor.

Bir hukuku olmadan bir topluluğun yaşamasına imkân yoktur. Her topluluğun bir objektif hukuku yani topluluk üyelerine belirli bir davranış emreden ve az çok mükemmel bir surette teşkilâtlandırılmış müeyyedelere dayanan bir takım hukuk kuralları vardır. Bu kurallar sosyal disiplini teşkil eder. Sosyal disiplin bir topluluğun muhtelif üyeleri arasında, bir organizmanın hücreleri arasında olduğu gibi, bağlığı korur. Sosyal disiplin sosyal kütlenin yapısını sağlar ki ben buna düzenleme diyorum. Yapısı (structure) demesini tercih ederseniz, kelimenin manasını anlamak şartiyle, buna bir şey demem; düzenleme terimi bana daha doğru görünüyor.

Bu kuralların tümü sosyal bir müeyyede altında fertler üzerinde hüküm sürer. Fakat mesele bundan ibaret değildir, şu da vardır: bu kurallar yüzünden fertlere yerine getirilmesi gerekli borçlar düşer. Yerine getirmezlerse, sosyal bakımdan teşkilâtlanmış bir kuvvet tarafından az çok doğrudan doğru buna zorlanırlar. Böylece objektif hukukun varlığı dola-

yısiyle bir takım fertler bir takım müeyyedeli borçlar yerine getirmek durumuna girerler. Kurallar ve Kuralların uygunlanmasından hasıl olan durumlar, fertlerin hukuki durumları, sosyal müeyyedeye dayanan kurallar, sosyal himayeye dayanan durumlar bir topluluğun hukuki düzenlemesini teşkil eden Kurucu unsurlardır.

Çok kere toplulukları hukuk topluluğu olanlar ve olmıyanlar diye ikiye ayırırlar. Bu ayırma gerçeğe uymaz. Hukuk topluluğu olmıyan topluluk yoktur. Sosyal bir topluluk olunca hukuk vardır. Bu hukuk az veya çok gelişmiş, az ve çok müeyyedelere bağlanmış olabilir ama vardır, ve hukuksuz insan topluluğu olmaz. Kurallar vardır, kuralların tatbiki neticesi fertler hukuki durumlara girerler, bu hukuki durumlar, ileride göreceğimiz gibi, objektif veya sübjektif olabilir.

Siz bana: «Niçin objektif veya sübjektif hukukî durumların sözünü ediyorsunuz da sadece fertlere hak sağlayan kanunlar vardır demiyorsunuz?» diye soracaksınız. Geçen derste bu itiraza cevap verdim. Sübjektif hukuk kavramının kabul edilemiyeceğini, çünkü bu kavramın tamamiyle metafizik olduğunu geçen dersimde belirttim; gelecek derste de bu kavramın pratikte çıkmaza saptığını belirteceğim. Şunu da ekliyeyim ki, objektif hukuk kuralının, sadece bir hüküm ihtiva ettiği halde, nasıl olup ta bir takım kimselere başkalarının iradelerine üstün bir irade sağladığını mantıklı olarak anlamak imkânsızdır. Halbuki sübjektif hukuk ya bu irade kuvvetidir veya hiç bir şey değildir.

II

Ulaştığımız hukukî devrede, bir milletin objektif hukuku ile pozitif kanunları arasında aşağı yukarı bir uygunluk bulunduğunu ve icabında açıklamayı kolaylaştırmak için, objektif hukuk tabiri yerine eşanlamlı olmak üzere kanun tabirinin kullanılabileceğini hatırlatırım. Sosyal hayat sürekli olarak ve kendiliğinden bir memlekette mevcut hukuk kurallarını meydana getirir. Hukuk kuralları yazılı veya teamülî kanunlarda ifadelerini bulurlar. Bu yazılı veya teamülî kanunlar, geçen toplantıda belirtmiş olduğum gibi, ya düzgüsel (normatif) veya sadece yapıcı (constructif) olurlar. Düzgüsel kurallar bütün fertler üzerinde hüküm sürer; yapıcı kurallar ise yalnız hükûmet edenler, idare edenler ve yargıçlar gibi kamusal ajanlara hitabederler.

Sırası gelmişken bu konu üzerinde tartışmağa değer bir düşünceyi

belirtmeliyim. Bu da bir Alman doktrinidir (1). Yalnız yapıcı kanunlar adını verdiğimiz nesnenin hukuk kuralları olduğu ötekilerin ahlâk kurallarından başka bir şey olmadığı kuvvetle ileri sürülmüştür. Hukuk kuralların ihtiva ettikleri emirlerin yalnız Devlet ajanlarına hitabettiği söylenmiştir. Misaller ele alınmış ve şöyle denilmiştir : Adam öldürme suçunu işliyen her ferdin ölüm cezasına çarpılacağını belirten kanun hükmünde iki kural vardır : Adam öldürmeyi yasak eden kural ki sadece bir ahlâklâk kuralıdır, uygulanacak cezayı belirten kural ki hukuk kuralı yalnız budur ve Devlet ajanlarına hitabetmektedir. Deniliyor ki, pozitif hukukun bütün kuralları ele alınabilir ve aynı ayırt göze çarpar. Meselâ : Kendi kusuru ile başkasına zarar veren kimsenin verdiği zararı tazminle ödevli tutulması kuralı da böyledir. Anlattığım doktrine göre, burada bir ahlâk kuralı vardır ki herkese başkasına zarar vermemeği emreder, bir de hukuk kuralı vardır ki Kamusal ajanlara başkasına zarar veren kimseyi tazminata mahkûm etmeği emreder.

Bu doktrin bir bakıma çekicidir. Bununla beraber onu reddederim, çünkü bu doktrin Devlet dışında hukuk yoktur demeğe gelir. Çünkü bu doktrine göre, objektif hukuk Devletin kendi ajanlarına bildirdiği emirlerden başka bir şey değildir. Halbuki, söyledim ve tekrar ediyorum ki : Hukuk yalnız fertleri değil, Devleti de bağlamalıdır; yalnız Devletin şu veya bu organını değil, Devletin kendisini de bağlamalıdır, yoksa kamu hukuku ortadan kalkar ve keyfilikle, istipdatla karşılaşılır. Bundan dolayı, düzgüsel kanunlar, fertlere, Devlete ve ajanlarına hitabeder; ancak yapıcı kanunlar yalnız kamusal ajanlara hitabeder.

İster düzgüsel, isterse yapıcı olsun, pozitif kanunları sınıflamağa çalışmışlar ve kanunları emredici (imperatif) kanunlar, menedici (prohibitif) kanunlar, izin verici (permissif) kanunlar, isnad edici (attributif) kanunlar diye kısımlara ayırmışlardır. Emredici veya emrî kanunlar tabii emir ihtiva eden kanunlardır; vergi kanunları buna en tipik bir misal olarak gösterebilir. Menedici kanunlar da gerçekte emrî kanunlardır, bir emir ihtiva ederler, bu bir şeyi yapmamak emridir. Şüphesiz ki bütün ceza kanunları bu karakteri taşır. İzin verici kanunlar fertlere bir takım yetkiler veren kanunlardır, meselâ: malike tam bir hürriyet içinde malına tasarruf etmek yetkisini veren mülkiyet rejimine ilişkin kanunlar gibi. Nihayet, isnat edici veya izafe edici kanunlar ise fertlere doğrudan doğruya bir takım haklar bağışlıyan kanunlardır; Vatandaşlık kanunu, seçim kanunu gibi.

---

(1) Binder Recntsnorme und Rechtspflicht, 1911, s. 10 ve s.

Alman hukukçusu Thon çok haklı olarak göstermiştir ki bu sınıflama tamamiyle yanlıştır ve gerçeğe hiç uymamaktadır (1). Kanun esas itibariyle bir davranış kuralıdır, başka bir şey olamaz. Kanun kumanda eder veya yasak eder, bir kelime ile bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını emreder. İşte bu kadar. Bunun için kanun daima ve yalnız emrîdir; daima bir emir ihtiva eder. Bu şart yerine getirilmezse kanun olmaz.

Bununla beraber şu önemli noktayı göz önüne getirmelidir ki : Kanun daima bir emir ihtiva eder demekle bu emrin bir üst tarafından bir asta verildiğini demek istemiyorum. Esasen şimdiye kadar yaptığım açıklamalardan da böyle düşünmediğim anlaşılır. Böyle bir üstlük astlık anlayışı gerçekleşemez, çünkü bu anlayış bir iradenin esasında başka iradeye üstünlüğü düşüncesine dayanır. Halbuki bir insan iradesi başka bir insan iradesinden üstün olamaz, çünkü her iki irade de aynı esaslı karakteri taşır. Bütün kanunların emrî olduklarını, bir emir ihtiva ettiklerini söylediğim vakit bütün kanunların birer hukuk kuralının ifadesi olduğunu ve bu kurala saygı göstermesi gerektiğini, çünkü topluluğun varlığı böyle bir saygıyı tazammun ettiğini ve buna saygı göstermiyen insanın sosyal ve ferdî bir varlık olmaktan yani insan olmaktan çıkacağını ifade etmek isterim.

İzin verici kanunlar veya isnad edici kanunlar diye vasıflandırılan çeşitli kanunlar gözden geçirilirse hepsinin olumlu veya olumsuz birer emir ihtiva ettiği görülür. Meselâ mülkiyet hakkındaki kanunlar mâlikin malı üzerinde şu veya bu tasarrufta bulunmasına engel olmamayı üçüncü şahıslara emreder. Seçim kanunları memurlara, seçmenlerin seçim haklarını gereği gibi kullanmalarını sağlamak için yetkileri içinde bulunan bütün işleri yapmalarını ve herkese bu hakkın kullanılmasına engel olmamayı emreder.

Bu nokta üzerinde biraz durakladım ise bu, kanunların fertlere haklar bağışladığını söz götürmez bir hakikat gibi ileri sürenlerin ne büyük yanlışlığa düştüklerini bir daha göstermek içindir. Kanun fertlere hak bağışlıyamaz, yalnız emirler ve yasaklar belirtir. Bu nokta hukukî durumlar dediğimiz meselenin incelenmesi ile bir az daha aydınlanacaktır.

III

Emrî kurallar dolayısiyle bir takım kimseler bir takım edalarda bulunmağa veya bir takım hareketlerden sakınmağa borçlu tutulmuşlardır. Böylece, bir takım kimseler sosyal müeyyede ile himaye edilmiş durumda bu-

(1) Thon. Rechtsnorme und subjectives Recht, s. 8 ve s.

lunurlar, çünkü kanunun hükmü böyledir. Ancak bu durumlar bir sübjektif hakkın varlığını ve bir ferde bir irade kuvvetinin izafesini tazammun etmez. Çünkü kanun bir ferde, başkalarının haiz olmadığı bir irade kudreti veremez.

Taşıtsız mülkiyeti misalini ele alalım. Cari dokrine göre, malikin taşıtsızı üzerinde (kelimenin teknik manasiyle) aynî bir sübjektif hakkı vardır ki bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Mülkiyeti koruyan bir hukuk kuralı olduğundan dolayı malik bir sübjektif hukuk sahibidir deniliyor.

Bu iddiaya karşı cevabım şudur : Mülkiyeti tanıyan ve koruyan bir hukuk kuralı olduğu şüphesizdir; ama bundan dolayı her malikin bir sübjektif hukuka, başkaları üzerinde hüküm sürecek bir irade kudretine sahip olması gerekmez ve gerekemez. Malikin durumu sosyal olarak korunmuştur; fakat bu durumun ardında bir mülkiyet sübjektif hukukunun mevcut olduğunu söyliyemezsiniz ve söylememelisiniz. Söyliyemezsiniz, çünkü malikin durumuna tecavüzü herkese yasak etmekle kanunun malike başkalarının iradelerine üstün mahiyette bir irade kudreti bağışladığını teorik ve mantıkî bir surette isbat edemezsiniz. Söylememelisiniz, çünkü bu takdirde kollektif mülkiyet ve tesisler adı verilen hukuk müesseselerinin ne olduklarını izah etmek sizin için tamamiyle imkânsız hale gelir. Modern hukuk tarafından himaye edilen ve sayıları gittikçe artan tesislerde yani bir servetin bir hayırlı işe tahsisinde, sarfedilen bütün gayretlere rağmen, varlığı iddia olunan mülkiyet sübjektif hukukunun sahibini bulmak mümkün olamamıştır.

Esasen, yukarıda söylediklerim gittikçe pratik sahaya daha ziyade nüfuz etmektedir ve bilhassa Fransız mahkeme içtihadı, ünlü Goncourt'lar vasiyetnamesi işinde, dayanak vazifesi görmek üzere genel anlamda bir hak sahibi olmadan yani ne mülkiyet hakkı, ne de malik mevcut olmadan, bir servetin kollektif bir maksada tahsis edilebileceğini ve böylece sadece hukukça tanınmış ve sağlanmış bir durum bulunabileceğini kabul etmek zorunda kalmıştı (1).

Görüyorsunuz ki, sosyal himaye gören hukuki durumlar olduğunu, ancak bu durumların ardında ne subjektif hukuk, ne de böyle bir hukuka malik bir hak sahibi bulunmadığını söylemek bir kelime meselesi değildir. Her hukuki durumun ardına bir subjektif hukuk yerleştirmek istemek, biolojik olayların ardına hayat prensibini, patolojik olayların ardına ma-

---

(1) Paris Mahkemesi, 1 Mays 1900, Sirey 1905, II, 78. Rap. Yargıtay, 12 Mayıs 1902, Sirey 1905, I, 137 Başsavcı Bay Baudouin'in iddianamesiyle.

razî diyetezi yerleştiren eski fiziyolojistler gibi davranmak olur. Fiziyolojistler bu saçmalıklardan yakalarını kurtardılar; onlar gibi davranalım. Sosyal himaye gören her durumun ardına bir sübjektif hukuk metafizik kavramını yerleştirmekte ısrar ederseniz modern hukukun gelişmesini hiç anlıyamazsınız.

IV

Sosyal olarak himaye edilen bu hukukî durumlar bize nasıl görünür? Bir takımı doğrudan doğruya kanundan doğar. Kanun, herkesi hükmü altında tutan, sürekli, yani ne kadar uygulanırsa uygulansın, değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar devam eden bir genel hükümdür. Kanundan doğan, doğrudan doğruya kanunun uygulanması neticesi olan durumlar, kanun gibi ve kanun ölçüsünde genel ve süreklidir. Bu durumlara ben objektif hukukî durumlar diyorum, çünkü bu durumlar doğrudan doğruya objektif hukuktan doğmakta ve ayni genellik ve süreklilik vasıflarını taşımaktadır.

Misal olarak seçim kanununu ele alalım. Bu kanun, tesbitettiği yaşa ulaşan ve saydığı şartları haiz bulunan her Mısırlının seçmen olduğunu belirtir. Doğrudan doğruya bu kanunun tatbikatından olarak, kanunî yaşa ulaşan ve aranılan şartları kendinde toplıyan her Mısırlı seçmen olur. Onun seçmenlik yetkisini kullanmasını sağlamak bütün kamusal ajanlar için bir ödevdir, buna engel olmak herkese yasaktır. Bu durum kanun kadar geneldir, çünkü kanun nasıl herkese hükmediyorsa, seçmenin durumu da herkese karşı hüküm ifade etmektedir. Bundan başka, bu durum kanun gibi süreklidir, seçmen bir kere veya birkaç kere kullanmış olmakla seçmenlik yetkisini kaybetmemektedir; bu yetkiyi yaratan kanun devam ettiği müddetçe seçmen yetkisini muhafaza eder.

Bu duruma ve buna benzer durumlara objektif hukukî durum adını veriyoruz, çünkü, dediğim gibi, bu durum kanundan doğuyor ve kanun gibi genellik ve süreklilik vasıflarını gösteriyor. Buna niçin kanunî durum dememeli? diyeceksiniz. Buna razıyım. Ancak objektif durum tabiri daha doğrudur. Nitekim, gelecek toplantımızda göstereceğim gibi, öyle objektif durumlar vardır ki kanundan çıktığı halde, bir takım ferdî tasarruflarda bulunmadıkça, hasıl olmamaktadır. Bu tasarruflara bu sebeple biz şart - tasarruflar (actes - conditions) adını veriyoruz. Bu objektif durumlar yalnız kamu hukukunda değil, özel hukukta da vardır. Meselâ : nesebi sahih çocuk, nesebi sahih olmıyan çocuk, evli adam durumları objektif veya kanunî durumlardır. Malikin durumu da aynı vasıfları gösterir ; Bu durum

geneldir, çünkü herkese karşı ileri sürülebilir, bu durum süreklidir çünkü malik, yetkilerini ne kadar kullanmış olursa olsun, mülkiyet rejimi kanunla değiştirilmiş olmadıkça, devam eder. Medeniyeciler buna aynî hak adını veriyorlar, çünkü bu öyle bir haktır ki doğrudan doğruya şey (Chose) üzerinde kullanılır diyorlar. Bunun ne demek olduğunu hiç anlamadım. Bir hak, varsa, bir şey elde etmek veya bir şeyi muhafaza etmek için bir kişiye karşı kullanılır, fakat bir şey üzerinde kullanılmaz; çünkü, bir kere daha söyliyelim ki, eğer objektif hukuk varsa bu başka bir iradeye hükmeden bir irade kuvvetinden başka bir şey değildir ve olamaz.

V

Genel ve sürekli olan objektif hukukî durumların yanında özel ve geçici durumlar vardır ki ancak ferden belirtilmiş bir veya bir kaç kişiye karşı ileri sürülebilir ve belirli bir eda yerine getirildikten sonra ortadan kalkar. Objektif hukukî durumların zıddı olarak ele aldığım bu durumlara sübjektif hukukî durumlar adını veriyorum.

Bu sübjektif hukukî durumların çoğu, özel hukukta olsun, kamu hukukunda olsun, bir sözleşmeden doğar; ama kelimenin hakiki manasiyle birer sözleşme olmalıdır. Bu hakiki manayı gelecek toplantımızda açıklıyacağım. Yapılan bir sözleşme dolayısiyle iki kişiden biri bir borç yüklenmiş olur. Burada bir hukukî durum hasıl olduğu muhakkaktır, çünkü yüklenilen borcun yerine getirilmesi sosyal müeyyede ile sağlanmıştır. Ancak, bu durum yalnız sözleşme ile bağlanan iki kişiyi ilgilendirr, başkaları için sözleşmenin varlığı ile yokluğu arasında bir fark yoktur. Bundan dolayı, bu hukukî durum özeldir ve ferdîdir. Bundan başka, sözleşmenin tazammun ettiği borç, ister güzellikle, ister müeyyede ile, yerine getirilince ortadan kalkar ve hiç sözleşme yokmuş gibi bir durum hasıl olur. Bundan dolayı bu hukukî durum, sürekli olan objektif hukukî durumdan farklı olarak, esasında geçicidir.

Bu sübjektif hukukî duruma çok kere sözleşmeli (contractuel) durum diyorlar ki doğru değildir. Çünkü sübjektif hukukî durumların çoğu sözleşmeden doğmakta ise de bir takımı bir taraflı tasarruflardan (actes-unilatéraux) meselâ bir şibih - akitten (quasi contrat) doğmaktadır. Bu konuda Planiol, borçların ya sözleşmelerden veya şibih akitlerden doğduğunu söylemekle yanıldığımı yazıyor. Ploniol, borçların ancak ya sözleşmeden veya kanundan doğabileceğini ileri sürmekle daha büyük bir yanlışlığa düşmüştür. Çünkü, ya borçlar ancak kanundan doğabilir demeli veya kanunla belirtilen şartlar içinde borçların sözleşmeli tasarruflarla oldu-

ğu gibi bir taraflı tasarruflarla da doğabileceğini kabul etmelidir.

Özel hukuk alanında olduğu gibi Kamu hukuku alanında da bir çok hallerde sübjektif hukukî durumla bir taraflı tasarruflar dolayısiyle doğmaktadır. Özel hukukta, haklı veya haksız olarak, şibih -akit adı verilen bütün tasarrufların, Kamu hukukunda bir ferde bildirilen bir emrin belirli bir borcu yerine getirmek ödevini yüklediği bütün haller gibi. Bu sübjektif durumların sözleşmeden doğmadıkları şüphesizdir (1).

Hukukî durumları objektif hukukî durumlar ve sübjektif hukukî durumlar diye ayırdetmenin pratik önemi nedir? Bu ayırdın pratik önemi çok büyüktür ve denebilir ki bu ayırt bütün Kamu hukukunu ve özel hukuku kaplamaktadır. Bu ayırdın tatbikatından birkaçını göstereceğim.

Maddi muhkem Kaziyye (autorité de la ehose jugée) meselesi üzerindeki sonu gelmez tartışmaları bilmiyen yoktur. Birçok hukukçular, bilhassa birçok medeniyeciler muhkem kaziyenin nisbî otoritesinin söz götürmez olduğunu, muhkem Kaziyenin davada taraf olmıyanlara karşı ileri sürülemiyeceğini bildiriyorlar. Bu kaideyi şahısların durumlarını belirten hükümlere de tatbik etmek istiyorlar ve şöyle bir neticeye varıyorlar: bir çocuk, muhkem kaziyye mahiyeti alan bir hükümle belirli bir kimsenin nesebi sahih oğlu olarak tanındıktan sonra, bu hükme iktiran eden dâvada taraf olmıyan, üçncü bir şahsın aynı çocuğu başka bir kimsenin nesebi sahih oğlu olduğuna hüküm verilmesi için dâva açabileceğini kabul ediyorlar. Birbiriyle çelişik iki hüküm de muhkem kaziyye mahiyetini kazanabilir ve böylece hukukî bakımdan bir çocuk iki babanın nesebi sahih oğlu olabilir.Bir çok medeniyeciler bunu mantıklı buluyorlar; ben bunu sadece saçma buluyorum ve böyle bir neticeye ulaştıran bir prensibin ya yanlış olduğuna veya kötü uygulandığına inanıyorum.

Ötedenberi bir takım müellifler bunun saçmalığını anlamışlardır. Ancak, ileri sürdükleri hal çareleri esassız veya yetersiz olmuştur. Meselenin anahtarı objektif hukukî durum ile sübjektif hukukî durum ayırdındadır. Evet, sübjektif bir hukukî durumu belirten hükümlerin değeri tamamiyle nisbidir. Fakat objektif bir hukukî durumu belirten hükümler bambaşkadır. Objektif hukukî durum esasında genel olduğundan bununla ilgili mahkeme hükmünün de genel olması ve taraf olmıyanlara karşı da ileri sürülebilmesi tabiidir. Bir çocuğun belirli bir kimsenin nesebi sahih oğlu olduğunu belirten bir hüküm herkese karşı mahkemede taraf olmıyanlara karşı da ileri sürülebilir. (Çünkü bu hüküm objektif bir hukukî durumu belirtmektedir.)

---

(1) Planiol, Droit Civil, II, no. 807.

Subjektif hukuki durumlarla objektif hukukî durumların ayırdı, üzerinde sonu gelmiyen tartışmalar yapılan kanunların geçmişe şamil olmaması meselesinin de gayet basit ve gayet mantıklı bir surette halline de yarayabilir. Yeni bir kanun ,geçmişe teşmil edildiği iddia olunamaksızın, yürürlüğe girdiği tarihte mevcut bütün objektif hukukî durumlara tatbik olunur. Objektif durumları kanun yaratmıştır, devamları kanuna bağlıdır. Bundan dolayı, objektif durumlar kanunun kaderini takip ederler ve kanunla birlikte değişirler. Halbuki, yeni bir kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut sübjektif hukukî durumlara tesir edemez. Sübjektif durumların şümulleri bu durumları doğuran ferdî tasarruflarla tayyün eder. Ferdi tasarrufların yapıldıkları anda yürürlükte bulunan kanunlarla düzenlendiği şüphesizdir. Yeni kanun kendinden önce hasıl olmuş sübjektif bir hukukî durumu değiştiremez, çünkü bu takdirde, henüz vücut bulmadan önce yapılmış bir ferdi tasarrufa dokunmuş ve geçekten geçmişe teşmil edilmiş bulunur ki bu kabul edilmez.

Misal olarak Mısırlı memurlarla, Mısır hükûmetinin hizmetlerine müracaat ettiği yabancı memurların durumlarını ele alabilirim. Anayasanın 4 üncü maddesine göre Mısır uyrukluğundan olmaları gereken memurların durumları kanunî ve objektiftir. Bu memurların durumları,aylıkları, emeklilikleri kanunla düzenlenmiştir ve her zaman kanunla lehte veya aleyhte olarak değiştirilebilir. Eğer kanunî bir hüküm durumlarını, aylıklarını, emekliliklerini değiştirirse, bu hükûm, yasaman aksini söylemiş olmadıkça, yürürlüğe girdiği anda mevcut memurlara tatbik edilir ve bu yüzden hiçte geçmişe teşmil edilmiş sayılmaz. Yabancı memurların durumları ise, bilâkis, Mısır hükûmeti ile aralarında imzalanmış sözleşmeye dayandığı için, sübjektiftir; ve eğer bir yeni kanun Mısır hükûmetinin yabancılarla yapılacak sözleşme konusunda mevcut hükümleri değiştirse, bu kanunun, yürürlüğe girmezden önce yapılmış sözleşmeler üzerine hiç bir tesiri olmaz. Sözleşmeler, yeni bir kanunla hiç bir surette değiştirilmesi mümkün olmıyan, sübjektif hukukî durumlar yaratmıştır.

Objektif ve sübjektif hukukî durum ayırdının tatbik edilemiyeceği bir hukukî durum veya bu ayırd ile kolayca çözünlenemiyecek bir zorluk bulamazsınız.

19 Ocak 1926

DÖRDÜNCÜ DERS

GENEL OLARAK HUKUKÎ TASARRUF UNSURLARI. ÇOK TARAFLI HUKUKÎ TASARRUFLAR

Baylar,

Bugünkü konuşmamızda esaslı bir önem taşıyan bir maddeyi inceliyeceğiz. Gözden geçirmiş olduğumuz hukukî düzenlikte değişiklik yaratan tasarrufları ele alacağız. Bu tasarruflara hukuki tasarruflar adı veriliyor ki hukuk âleminde insan faaliyetinin en iyi ifadesini teşkil ediyor.

Hukukî tasarruf konusunda, yapmış olduğumuz gözlemi tekrarlamalıdır: gerçekte kamu hukuku ile özel hukuk arasında fark yoktur ve kamu hukuku için doğru olan özel hukuk için de doğrudur. Bundan dolayı, kamu hukukunda veya özel hukukta hukukî tasarruftan değil, hukukî tasarrufun kendisinden bahsedeceğim.

I

Hukukî tasarruf hakkında umumî ve iptidaî bir fikir edinmek için, bir insan topluluğunun, bir milletin yaşamaktan durduğunu, hukukî düzenliğinin sanki billurlaştığını, milleti teşkil eden bütün fertlerin hareketle kaldığını ve bu durumda iken fertlerden birinin harice bir irade izhar ettiğini hayalen farzediniz. Ne olacak? Topluluğun hukukî düzenliğinde bir değişiklik olacak mı? Bir değişiklik olacaksa hangi şartlar altında olacak? Şöyle cevap vermelidir: eğer bu irade izhârı bir hukukî tasarruf ise bir değişiklik olacaktır. İrade izharlarının hukukî tasarruf mahiyetini alması için ne gibi şartların bir araya gelmesi lâzımdır? İşte bunu belirtmeliyiz.

İnsanların hayatında hukukî tasarruf mahiyetinde olmıyan, hatta, bir Alman tabirine göre, hukukla ilgisi bulunmıyan bir çok irade izharları olduğu şüphesizdir. Bilmem hangi Alman müellifi şöyle yazmıştı: «Uşağıma: John bana çizmelerimi getiriniz, diyecek olursam, süphesiz ki bir tasarrufta bulunmuş olurum, fakat bu tasarruf bir hukukî tasarruf değildir; bu öy-

le bır tasarruftur ki hukuk sahasından tamamiyle dışardadır, bu hukukla ilgisi olmıyan bir tasarruftur.»

Bundan başka, öyle tasarruflar vardır ki açıkca hukuka aykırıdır, hukukla ilgisiz değildir ama hukukî tasarruf olmadıkları şüphesizdir, bu çeşit tasarruflarla hukuk cezasını belirtmek ve uygulamak için ilgilenir. Bu tasarruflar aslâ hukukî tasarruflar değildir. Bir katil, bir hırsızlık, bir sahtecilik katiyen birer hukukî tasarruf değildir. Bir kimsenin ceza hükmü giymek maksadı ile suç işlemiş olması halinde bir hukuki tasarrufta bulunmuş olup olmadığını tartışmış bir takım müellifleri vardır. Fakat bu çeşit bir mesele, Ihering'in hukukta şaka adını verdiği Kategoriyle girer ve üzerinde duraklamağa değmez.

Bir takım müellifler ve bu arada Bordeaux'nun bilgin profesörü Bonnecase, yakında elime geçen ve «Hukuk incelemesine başlangıç» başlığını taşıyan küçük kitabında hukukî tasarrularla hukukî olayları ayırdediyorlar. Bu ayırdın tenkit incelemesini yapmağa vaktim yok. Hukukî olay tabiri müphemdir ve hem insan iradesinin hiç rol oynamadığı olayları, hem de suç gibi iradî tasarruflardan olmakla beraber hukukî tasarruf olmadığı muhakkak bulunan olayları ifade etmektedir. Suç bir hukukî tasarruf değildir, çünkü hukukî bir netice elde etmek için işlenmez.

Böylece hukukî tasarrufun tarifine gelmiş bulunuyorum: topluluğun hukukî düzenliğinde bir değişiklik meydana getirmek maksadına dayanan bütün irade izharlarıdır.

Bir hukukî tasarruf için üç şart lâzımdır: 1. — Bir irade izharı lâzımdır. Filhakika, irade içsel kalırsa, filozofların tabiriyle, bir istek halinde kalırsa, sosyal bir tasarruf olmaz, bariz bir surette sosyal olan hukukî düzenlikte hiç bir değişiklik vücüde getiremez. 2. — Bu izharının bir hukukî netice hasıl etmek, yani hukukî düzenlikte bir değişiklik meydana getirmek maksadına dayanması şarttır. Bu neticeyi elde etmek için, bir kimse hukuka aykırı olduğunu bildiği bir tasarrufta bulunsa, hakikatte hukuku gerçekleştirmek için değil, hukuku bozmak için harekete geçse, sözünü etmiş olduğunuz gibi, ceza hükmü giymek için suç işlese tabiidirki bu şart mevcut olamaz.

Geçen dersimde göstermiş olduğum gibi, hukukî düzenlik kaidelerle ve objektif ve sübjektif hukukî durumlarla kurulmuş olduğu için hukukî tasarruflar üç kategoriye ayrılır, kaide hukukî tasarrular, objektif hukukî tasarruflar veya şart - tasarruflar ve sübjektif hukukî tasarruflar ki irade

sahibinin bir kaidede, bir objektif hukukî durumda veya bir sübjektif hukukî durumda değişiklik olması maksadını gütmesine göre tecelli eder.

II

Bu hukukî tasarruf kategorilerini birer birer inceliyelim.

Kaide - tasarruf (acte - règle) : Hukukî düzenliğin unsurlarından biri olan kaidelerde bir değişiklik hasıl olması maksadına dayanan bir tasarruftur. Bu tasarrufla yeni bir kaidenin yaratılması istenebileceği gibi eski bir kaidenin kaldırılması veya değiştirilmesi de istenmiş olabilir.

Fakat, siz bana diyeceksiniz ki hukuk kaideleri kanunlardır, ve ancak kamu kuvvetinin hakimi olan devlet kanun yapabilir. Ne kadar yanlış! Egemen iradeyi ifade ettiklerini iddia eden senato üyesi ve mebus olan fertlerin diğer ferdî iradelerden üstün mahiyette bir iradeye sahip olup olmadıkları meselesini şimdi tartışacak değilim. Bu meseleyi ileride ele alacağız. Fakat, her insan iradesinin belirli hallerde, başka insan iradeleri üzerinde hüküm sürecek ve mahkemeler tarafından teyid edilecek mahiyette hakiki bir hukuk kaidesinin doğması maksadına dayanan tecellileri olabileceğini görmek için bakmak yetişir.

İşte bir kaç misal: Ortakların birinci genel kurulu bir anonim ortaklığın ana tüzüğünü kabul ettikleri zaman hakikatte bir kanun kabul etmiş olurlar. Bu tüzükler öyle genel hükümler, öyle bir hukuk kaidesidir ki yalnız onu kabul eden ortaklara değil, gelecekteki bütün ortaklara ve hatta ortaklıkla girişecekleri münasebetlerinde bütün üçüncü şahıslara da tatbik edilir. Her hangi bir derneği, bir hayır cemiyetini, bir spor derneğini, bir sendikayı düzenliyen statüler veya ana tüzükler de böyledir. İşte bunlar bir takım kaide tasarruflardır ki devletin doğrudan doğruya müdahalesi olmadan vücut bulmuşlardır. İşte bir misal daha : Bir işveren gurupu ile bir işçi gurupu arasında kararlaştırılan ve belirli bir iş kolunda aktedilecek ferdî iş sözleşmelerinin şartlarını belirten (Convention collective de travail) Kaide - tasarrufun tipik bir misalidir. Bu belirli bir iş kolundaki işverenlerle işçilere tatbik edilecek hakikî bir kanundur.

Objektif şart tasarruflar (Actes objectifs conditions) özel hukukta da, kamu hukukunda da pek çoktur. Kanunlar, sadece tatbikleri dolayısiyle, objektif hukukî durumların meydana gelmesine sebep olurlar. Seçim kanunu, vatandaşlık kanunu böyledir. Fakat bir takım hallerde, kanunun bir takım kimseler hakkında objektif bir hukukî durum yaratması böyle bir objektif durumun hasıl olması maksadına dayanan bir irade

izharına bağlı bulunur. Objektif hukukî durum yalnız kanundan doğar ve durumun şümulünü ve neticelerini yalnız kanun belirtir ama kanunun uygulanması için belirli bir iradenin izhar edilmiş olması şarttır. Bu takdirde şart - tasarruf dediğim tasarruf vardır. Bu bir objektif tasarruftur, çünkü bu tasarruf dolayısiyle objektif bir hukukî durum hasıl olmaktadır. Bu bir şart - tasarruftur, çünkü kanunun belirli bir kimseye tatbik edilmesi için böyle bir tasarrufun yapılmış olması şarttır. Bu kimsenin durumu tasarruf ile belirtilmez, durumu kanun belirtir, ancak kanunun uygulanması tasarrufun yapılmış olması şartına bağlıdır.

Özel hukukta, evlenme objektif şart - tasarrufun çok açık bir misalidir. Nesebin tashihi veya nesebi sahih olmıyan çocuğun tanınması halleri de böyledir. Evli kimselerin, nesebi tashih edilen veya nesebi sahih olmıyan çocukların durumları objektiftir, kanundan doğmuştur ve durumlarını yalnız kanun belirtmiştir. Evlenme, çocuğun tanınması veya nesebinin tashihi objektif şart tasarruflardır, çünkü bu çeşit tasarruflar, sonradan hasıl olan hukukî durumu yaratmaz ve belirtmez ise de filan veya falan kimseye evliler, tanınmış veya nesebi tashih edilmiş çocuklar hakkındaki kanun hükümlerinin uygulanması bu tasarrufların yapılmasına bağlıdır.

Bunlar faydasız inceliklerden ibarettir, diyeceksiniz. Hiç te öyle değil. Bu esaslı bir ayırttır ve pek büyük bir pratik önem taşımaktadır. Bunu göstermek kolaydır. Evli kimselerin durumları kanunî, objektif bir durum olduğuna ve bu durumun ferdî bir tasarruf olan evlenme ile değil, evlenme hakkındaki kanunla yaratılmış ve belirtilmiş bulunduğuna göre, kanun değişince durum da değişir. Eğer kanun evli kimselerin statülerini değiştirirse, ve meselâ boşanmayı kabul etmemiş olan bir memlekette boşanma müessesesini kurarsa, böyle bir kanun yalnız yürürlüğe girdikten sonra evlenecek kimselere değil, yürürlüğe girmezden önce evlenmiş olan kimselere de uygulanır ve bundan dolayı da geçmişe teşmil edilmiş olmaz. Tanınmış veya nesebi tashih edilmiş çocuklar hakkındaki kanun hükümlerinde yapılacak değişikler de böyledir; yeni kanun hükümleri eskiden tanınmış veya nesepleri tashih edilmiş çocuklara da uygulanır.

Kamu hukukunda objektif tasarruflar pek çoktur. Misal olarak yalnız memur tayinini zikredeceğim. Memurun durumu kanunla belirtilmiştir; ve memurların yetkisin ve durumunu düzenliyen kanun hükümlerinin belirli bir kimseye tatbiki için o kimsenin memurluğa tayin edilmiş olması şartına bağlıdır. Bunun neticesi olarak, aylık veya emek-

lilik gibi konularda memur durumunu lehte veya aleyhte değiştiren yeni bir kanun hükümleri, önceden tayin edlimiş olanlar da dahil olmak üzere bütün memurlara tatbik edilir. Bu takdirde de kanunun geçmişe teşmil edildiği iddia olunamaz. Memur olmıyan ve devlete sözleşme ile bağlı bulunan ajanın durumu, tabii, başkadır. Sözleşmeli ajana, sübjektif hukukî durumda bulunduğu için, yasaman dokunamaz.

Böylece üçüncü Kategori tasarruflara, sübjektif hukukî tasarruflara geliyorum. Bunlar, sübjektif hukukî durum yaratmak maksadına dayanan tasarruflardır; yani özel ve anî olan durumun şümulü ve neticeleri tasarrufun kendisiyle belirtilmiştir.

Kamu hukukunda olduğu gibi, özel hukukta da, sübjektif hukukî tasarruflara misal olarak, çok kere sözleşmeyi öne sürerler; fakat özel hukukta da, kamu hukukunda da başka sübjektif hukukî tasarruflar vardır. Özel hukukta (quasi - contrats) diye adlandırılması gelenek halini alan bütün tasarruflar sübjektif ve bir taraflıdır. Kamu hukukunda da sübjektif hukukî durum yaratan bütün kararlar da sübjektif tasarruflardandır. Böyle bir tasarruf yapılınca, bundan doğan sübjektif durumu kanun değiştiremez. Çünkü durumun şümülü, tasarrufun yapıldığı anda yürürlükte olan kanun hükümleri uyarınca kanunî bir şekilde tarafların izhar ettikleri irade ile belirtilmiştir.

Eğer yasaman yeni kanunun, sübjektif tasarruflardan doğmuş bulunan durumlara da tatbik edileceğine karar verirse, hukukun üstün bir prensibini, kanunların geçmişe şamil olmaması prensibini çiğnemiş olur.

III

Ele alınan hukukî tasarruf ne olursa olsun, ister kaide - tasarruf, isterse şart - tasarruf veya sübjektif tasarruf olsun, tasarrufu teşkil eden unsurlar daima aynıdır ve inceden inceye analiz edilmesi gerekli ve önemlidir. Fakat, bu analize girişmeden iki önemli mülâhazada bulunmalıyım:

1. — Hukukî tasarruflar bazan bir taraflı, bazan çok taraflı olurlar; birincilerde yalnız bir tek iradenin izhar edildiği görülür; ikincilerde ise bir çok iradelerin izhar edildiği göze çarpar. Çok kere, hukukî tasarrufların analizine girişilirken, tip olarak sözleşme ele alınır. Böylelikle çifte metod yanlışlığına düşülür, çünkü, bir taraftan basitten bileşiğe doğru gitmek ve ilk önce bir taraflı hukukî tasarrufu incelemek lâzımdır, öte taraftan sözleşme çok taraflı hukukî tasarrufun biricik şekli değildir, yalnız özel bir kategorisini teşkil eder ki, bu dersin sonunda yapacağım

gibi, çok taraflı hukukî tasarrufların öbür çeşitlerinden ayırdedilmesi lâzımdır.

2. — Muhakkak surette gözünüze çarpmıştır ki: hukukî tasarrufun neticesinden bahsederken çok kere neticenin tasarruftan sonra hasıl olduğunu ileri sürdüm, neticenin tasarrufu takip ettiğini söyledim, tasarrufun netice yarattığını söylemedim. Bakınız niçin: Bir meseleyi, esaslı olmasına rağmen halletmek istemedim; fakat bu meselenin halledilmesi mümkün olup olmadığını da düşünmekteyim. Ne de olsa meseleyi ortaya koymalıdır, ve halledilmesi mümkün olursa, halli birçok şeyleri anlamağa yarayacaktır, yoksa bunlar izahsız kalacaktır.

Mesele şudur: ferdî bir irade izharını müteakip bir hukukî netice hasıl olunca bu hukukî neticeyi doğuran sebep ferdî irade izharı mıdır, yoksa bilâkis objektif hukuk ve bunu ifade eden kanun mudur? Kaide - tasarruf ve objektif tasarruf halinde hukukî neticenin objektif hukuktan, kanundan doğduğu şüphesizdir. Fakat sübjektif tasarrufları müteakip hasıl olan sübjektif durumlar hakkında ne demeli?

İnsan şahsiyetinin muhtariyeti fikri ile özetlenen fertçi doktrinde şöyle deniyor: Hukukî neticeyi yaratan yalnız ferdin iradesidir. Bazı hukukçular ve bilhassa Planiol şöyle bir ayırt yapmak istemişlerdir. Ferdî irade sözleşme halinde hukukî netice yaratır, başka hallerde yaratmaz. Bu ayırt savunulur gibi değildir; çünkü ferdî irade bazı hallerde yaratıcı olabiliyorsa, bazı hallerde niçin yaratıcı olmadığı anlaşılamıyor.

Meseleyi tartışmak istemiyorum. Şunu söylemekle yetineceğim ki: Yaratıcı sebepten bahsedilebilirse, kabul etmelidir ki, sübjektif hukukî tasarruflarda bile, hukukî neticeyi hasıl eden sebep tarafların iradesi değil objektif hukuktur.

Bu iki umumî mülâhazayı açıkladıktan sonra bir taraflı hukukî tasarrufun unsurlarını araştırabiliriz.

Anayasa Hukuku kitabımın (2 inci bası 1920) birinci cildinin üçüncü bölümünde bu nokta hakkında uzun sayfalar yazdım. Yayınlarıma yöneltilen çeşitli tenkitler içinde bir tanesine hayret ettim. Bu tenkit, haklı olarak takdir edilen eserler müellifi, Nancy'nin bilgin profesörü, Bay Geny nin tenkididir ki beni hukukî tasarrufun analizini çok ince ve çok derinleştirilmiş olarak yapmakla suçlandırıyor. Bu suçlandırmayı övme yerine alıyorum ve bu derinleştirilmiş analizimle ulaştığım neticeleri size bildirmek istiyorum.

Hukukî tasarruf esasında bir irade tasarrufudur. Bundan dolayı ira-

de tasarrufunu analiz etmek ve bu konuda ruhiyatçılar tarafından ve bilhassa en ileri gelenlerinden olan Amerikalı filozof William James tarafından yapılmış bulunan çok anlayışlı incelemelerden faydalanmak lâzımdır.

Her irade tasarrufunda iç süreç (processus interne) veya istem (volition) ile açığa vurma veya eylem (action) birbirinden ayırt edilmelidir. Şüphesiz ki, bir çok eylemleri kendiliğimizden ve farkına bile varmadan yaparız; fakat bir çok eylemlerde ve meselâ hukukî tasarruflar gibi önemli eylemlerde bir düşünme, bir istem devresi vardır ki farketmek kolaydır.

William James: «İrade bir düşündevimsel (ideo - motrice) faaliyettir» diyor, bu sözle daima bir düşüncenin iç iradeyi doğurarak dışarıya izharını sağladığını anlatmak istiyor.

Çok basit bir misal alalım: Mısır müzesini veya hayvanat bahçesini gezmeği düşünüyorum. Derhal zihnimde bir düşünme başlar; zihnimde bir sürü hayaller birbirini kovalar, meselâ müesseeslerden birini veya ötekini gezmekle duyacağım hazzı veya edineceğim istifadeyi hayal ederim. Nihayet William James'in tabirine göre tetik hayat (image déclic) hâkim düşünce, kararımı belirten ve beni harekete geçiren düşünce hasıl olur: müzeye gitmeğe karar veririm. İç süreç burada biter.

Dış süreç başlar. Dış süreç sadece iç iradenin dışarıya izharı olan vücut hareketinden ibarettir ki, hukukî tasarrufta, biraz ileride göreceğimiz gibi, iradenin bizzat beyanıdır, yani telâffuz edilen söz, yapılan işaret gibi bir vücut hareketi ile irade sahibi iç iradesinin konusunu açığa vurur. Şüphesiz ki yalnız iradenin dışarıya izharları hukukun tetkik konusu içine girebilir; fakat iç iradenin bir unsuru vardır ki, sebebini göreceğimiz, gibi, hukukun konusu dışında sayılmamalıdır.

Her irade tasarrufunda, gerekli olarak, bu tasarrufun konusu ile bu tasarrufu belirten maksat vardır. İradenin konusu vücut hareketi ile bu harekete gerekli olarak bağlanabilen neticelerdir ki tasarrufun dış unsurlarını teşkil ederler. Vücut hareketi iradenin doğudan doğruya konusudur; vücut hareketine ilişkin neticeler iradenin ikinci konusu, dolayısiyle konusu veya niyet (intention) denilen nesnelerdir.

Deminki misali alıyorum. Müzeyi gezmek istiyorum: irademin doğrudan doğruya konusu müzeye gitmek ve teşhir edilen eşyayı seyretmek şeklinde tecelli eden vücut hareketidir. İrademin ikinci ve dolayısiyle konusu, bu eşyanın zihnimde uyandırdığı artistik veya anti - artistik intiba-

lardır. Başka misal: birisini öldürmek istiyorum. Bunun için onu bıçaklıyorum. İlk konu, kolumu kaldırıp kamayı saplamak şeklinde tecelli eden vücut hareketidir. İkinci konu veya dolayısiyle konu ve gerekli netice, bıçaklama sebebiyle ölümdür.

IV

Fakat, esaslı rol oynıyan bir başka unsur daha vardır ki üzerinde duraklamalıyım. Bu maksattır (but déterminant). Maksat iç sürecin bir unsurudur, ama, demin gösterdiğim gibi, gerekli olarak hukukun konusu içine girer; çünkü maksat tasarrufun sosyal değerini belirtmeğe yarar. Anlatacağım :

İsteğin hasıl olmasından ve irade izharından önceki iç düşünüşte insan filân şeyi yaptığı veya yapmadığı takdirde hasıl olacak neticeleri kıyaslar, filân şeyi yaptığı veya yapmadığı takdirde kendisinde veya başkasında gerçekleşecek veya gerçekleşmiyecek istekleri karşılaştırır. Tetik hayal denilen ve kararımızı belirten hayal, filân şeyi yaptığı takdirde insanın kendisinde veya başkasında bir dış isteğin gerçekleşeceğini zihninde tasarlamasıdır. İşte bu hayal, bu tasarlama, bu düşüncedir ki esas maksadı teşkil eder ve tabiatiyle yapılması istenilen tasarrufun sosyal değeri üzerine doğrudan doğruya tesir eder, çünkü iradenin dış gerçekleşmesini bu maksat sağlar. Bunun için maksat hukukun konusu içine girer ve bir tasarrufun sosyal değerini ölçebilmek için şu üç unsuru hesaba katmak lâzımdır: doğrudan doğruya ilk konu, ikinci veya dolayısiyle konu veya niyet, ve nihayet asıl maksat (but déterminant).

Yukarıki iki misali ele alalım. Müzeye gitmek ve müzeyi gezmek istiyorum. Müzeye gitmek doğrudan doğruya ilk konudur; artistik intibalar dolayısiyle veya ikinci konudur. Müzeye niçin gitmek istiyorum? Bilgi edinmek için: esas maksat budur. Ve bilgi edinmekten başka bir maksatla, meselâ müzeden bir şey çalmak maksadiyle yapılmış olsaydı müzeye gitmek hareketinin değeri başka olacaktı; birinci halde bundan daha meşru bir şey olamaz; ikinci halde ise böyle olmadığı apaçıktır. Öldürmek istiyorum. Bıçaklama doğrudan doğruya ilk konu, bıçaklananın ölümü ikinci konu veya dolayısiyle konudur. Niçin öldürmek istedim? Kendimi savunmak için, çalmak için işte gene esas maksat. Şüphesiz ki hareket birinci ve ikinci hallerde hareket büsbütün başkadır. Böylece, maksat hareketin sosyal değeri üzerine doğrudan doğruya tesir eder. Bunu ne kadar söylesek azdır.

Bununla beraber, hareketlerimizin konusunun da esaslı bir unsur ol-

duğunu ve hareketlerimizin sosyal değerini ölçmeğe yaradığını unutmamak lâzımdır. Bir hareketin değerini yalnız maksat unsuru ile ölçmeğe kalkışmak: «netice vasıtaları meşru kılar» gibi ahlâka aykırı ve anti - sosyal bir kaideye ulaşmak zaruretini doğurur.

V

İrade tasarrufunun bu analizi daima doğrudur. Hukukî tasarruf için, yani bir hukukî netice hasıl etmek niyetiyle yapılan irade hareketi için doğrudur. Hukukî tasarrufta iradenin iç sürecini ve dış sürecini, bizi karara götüren düşünceyi ve eylemi buluruz. Hukukî tasarrufta da doğrudan doğruya ilk konu, niyet diye adlandırdığımız ikinci veya dolayısiyle konu, ve harekete saik olan maksat - ki daima failin zihninde beliren ve bir şeyi yaptığı takdirde kendisinde veya başkasında başka bir isteğin gerçekleşmesini sağlıyacağını gösteren hayaldir - göze çarpar. İlk konu, dolayısiyle konu, ve maksat, tasarrufun değerini takdir etmek için nazara alınacak unsurlardır.

Bunu anlamak için her hangi bir hukukî tasarrufu ele almak kâfidir. Ödünç para almak istiyorum ve istikraz ediyorum yani ödünç para alıyorum. Karar vermezden önce düşünüyorum, ödünç para aldığım takdirde gerçekleştireceğim istekleri tasarlıyorum, bu isteklerden biri karar vermeme âmil oluyor ve istikraz ediyorum. Mukrizin huzurunda istikraz etmek irademi belirten beyanım doğrudan doğruya ilk konudur; ödünç aldığım parayı ödemek borcumun doğuşu ikinci konudur. İstikraz ettim, çünkü borçlarımı ödemek istiyordum, bir işe girişmek için istikraz ettim, maksatlar tamamen kanunîdir; istikraz akdi düzgün bir hukukî tasarruftur. Kumar oynamak için istikraz ettim: maksat, birçok kanunlara göre ve bu arada Fransız medeni kanununa göre, kanuna aykırıdır; istikraz aktinin kendisi de gayrı kanunidir ve batıldır.

Hukukî tasarruf yalnız konusu hukuka aykırı olduğu takdirde değil esas maksat bakımından da hukuka aykırı olduğu takdirde batıl olur. Maksadın iradî kararlarda oynadığı rol dolayısiyle mantıkî, ruhî ve sosyal bakımlardan bu butlan gereklidir. Maksat (but) tâbiri sebep (cause) tabirinin yerine geçirilmelidir. Bir takım kanun metinlerinde halâ mevcut oluşu ve Fransız medeniyecilerinin sebep tabirini kullanmakla devam edişleri sayısız karışıklıklara meydan vermektedir. Bu maksat teorisi, Fransa'da yetki asımı (detournement de pouvoir) dediğimiz ahlâka aykırı akitlere ilişkin bütün modern mahkeme içtihatlarının anahtarıdır. Bu teori aynı zamanda, medeniyecilerin, belki de yanlış olarak hakkın kö-

tüye kullanılması diye adlandırdıkları teorilerinin esasını teşkil etmektedir. Bu çeşitli teorileri açıklamama vaktimiz elverişli değil.

VI

Şimdiye kadar genel olarak hukukî tasarufları, basit ve bir taraflı tasarrufları analiz ettim. Bu analiz, birden çok irdenin iştirâkiyle hasıl olan çok taraflı hukukî tasaruflara da olduğu gibi tatbik edilebilir; yalnız bu takdirde hukukî tasarrufa iştirâk eden irade sayısınca tasarruf ayırt etmelidir. Burada yalnız, çok genel olarak yayılmış ve tamamiyle yanlış bir doktrine karşı sizi uyarmak ve çok taraflı tasarrufların birbirinden çok farklı çeşitleri olduğunu göstermek istiyorum.

Bu doktrin, itiraz kabul etmez bir hakikat sayılmak üzere şu üç kaziyeyi ileri sürüyor: 1 — Kamu hukukunda hukukî tasarruflar prensip itibariyle bir taraflı tasarruflardır; 2. — Özel hukukta hukukî tasarruflar prensip itibariyle çok taraflı tasarruflardır; 3. — Her, çok taraflı tasarruf bir sözleşmeli (contractuel) tasarruftur.

Deniliyor ki, kamu hukukunda hukukî tasarruflar prensip itibariyle bir taraflı tasarruflardır, çünkü kamusal ajanlar, egemen devlet kuvveti adına hareket ettiklerinden, yalnız kendi iradeleriyle hukukî bir netice hasıl edebilirler. Cevabım şudur: Varlığı iddia edilen egemen kuvvet yoktur, ileriki derslerimde göstereceğim gibi, kamusal ajanın iradesi, bütün başka iradeler gibi, bir insan iradesidir ve bir taraflı iradenin kamu hukuku sahasında hukukî netice hasıl edip te özel hukuk sahasında hasıl edememesi için hiç bir sebep yoktur.

Bundan başka, özel hukukta bir taraflı irade bir hukukî netice hasıl edemezse sözleşmeli iradenin niçin hasıl edebileceği anlaşılmıyor. Eğer bir taraflı iradenin hukukî netice hasıl edebileceği isbat edilemezse sözleşmede iradenin böyle bir netice hasıl edebileceği de isbat edilemez.

Doğrusu şudur: İzhar edilen irade bir taraflı veya çok taraflı olsun, hukukî netice doğuran sebep daima objektif hukukdur. Kamu hukukunda da, özel hukukta da bu böyledir. Yalnız, modern devirde, çifte doğrultuda genel bir gelişme hasıl oluyor gibi görünüyor. Özel hukuk sahasında, hukukî netice hasıl eden bir taraflı tasarrufların sayısı şüphesiz ki artmaktadır, ve bu hal, haklı olarak özel hukukun sosyalleştirilmesi diye adlandırılan hareketin bir neticesidir. Bilâkis, kamu hukuku sahasında, hukukî neticenin hasıl olması çok taraflı irade izharına bağlı tutulan hal-

ler her gün çoğalmaktadır, ve bu artış, muhakkak ki, egemenlik kavramının azalmasından ileri gelmektedir.

Çok taraflı bütün hukukî tasarrufların sözleşme olduğu kaziyyesi tamamiyle yanlıştır. Bu takdirde sözleşme kelimesiyle birbirinden tamamiyle farklı şeyler kasdedilmiş olur. Pratikte rastlanan çok taraflı tasarrufların doğru analizi yapılacak olursa şu üç kategori göze çarpar; sözleşme (contrat), Almanların Vereinbarung dedikleri birlik (union) ve ortaklaşa tasarruf (acte collectif) ki Almanlar buna Gesammt - akt diyorlar.

Sözleşme hem çok karmaşık, hem de çok belirli bir nesnedir ki Romalılar tarafından açıkça anlatılmış ve Napoleon medeni kanununun 101 inci maddesinde açıklanmıştır. Sözleşme olmak için iki kişi arasında veya iki insan grupu arasında irade uygunluğu olmalıdır. Sözleşmede daima iki taraf vardır, yalnız iki taraf vardır ki biri alacaklı, öteki borçlu olur. Birinin iradesi ötekinin iradesiyle belirir, ve bu karsılıklı belirtmeden iki taraf arasında borçlu alacaklı münasebeti, yani sübjektif bir hukukî münasebet doğar. Bu unsurlardan biri eksik olursa, belki çok taraflı bir hukukî tasarruf vardır ama sözleşme yoktur ve bu takdirde sözleşme kaidelerini tatbike kalkışmak, kabulü imkânsız neticelere ulaşmak olur.

Birlik (union) veya Vereinbarung denilen çok taraflı tasarruflarda, sözleşmede olduğu gibi, bir irade uygunluğu, bir anlaşma (convention) vardır ama taraflar zıt rol oynamazlar, aynı maksadı takip ederler ve aralarında borçlu - alacaklı münasebetinin, bir sübjektif hukukî münasebetin hasıl olması niyetini taşımazlar. Objektif bir hukukî durumun veya genel ve sürekli bir kaidenin hasıl olmasını isterler; ve böylece birlik gayet açık bir surette sözleşmeden ayırt edilir. Buna sözleşmeye ilişkin genel kuralları uygulamağa kalkışmak, yanlışlığa düşmek, hatta imkânsızlıklarla karşılaşmak olur.

Bu Fransa'da iyice anlaşıldı. Kollektif çalışma anlaşmaları hakkındaki 1917 tarihli kanun hazırlandığı ve kabul olunduğu vakit, sözleşme kaidelerinin bu anlaşmalara tatbik edilemiyeceği görüldü. Söylemiş olduğum gibi, kollektif çalışma anlaşması (convention collective de travail) bir sözleşme, bir sübjektif tasarruf değildir, çok taraflı bir kaide - tasarruftur. İşverenler grupu ile işçiler grupu aralarında anlaşarak temsil ettikleri iş kolunda yapılacak iş sözleşmelerinde gözetilmesi gerekli kaideleri bu tasarrufla belirtmişlerdir. Diyebilirim ki bu anlaşma sözleşmenin tam tersidir, çünkü bu anlaşma bilhassa sözleşmenin hangi kaidelere göre yapılması gerektiğini göstermektedir.

Vereinbarung dedikleri birlik tasarrufun gayet açık bir başka misali-

ni kamu hizmeti imtiyazını ihtiva eden tasarruflardaki düzenleyici hükümlerde buluyoruz. Meselâ, hizmetin işletilmesinde gözetilecek şartları belirten hükümler, bir demir yolu veya tramvay işletme imtiyazında, seferlerin sayısı ve sürati, yolcuların ve memurların emniyeti gibi hususlara ilişkin hükümler birlik tasarruflarının belirgin misallerindendir. Bu hükümler kamu hizmetinin kanununu teşkil ederler, bu hükümler, borç ve alacak durumu yaratan bir sözleşme mahiyetinde değil, bir anlaşma mahiyetindedir ki hakikaten bunlara anlaşma - kanun (convention - loi) adı verilebilir.

Nihayet, çok taraflı hukukî tasarrufların kollektif tasarruflar (actes collectifs) adı verilen bir üçüncü kategorisi vardır. Burada bir irade iş birliği vardır, fakat irade anlaşması veya karşılaşması yoktur, anlaşma yoktur ve bundan dolayı bu tasarrufların hiç bir bakımdan sözleşmeli bir tarafı yoktur.

Bu çeşit çok taraflı hukukî tasarrufun tipik misali bir anonim ortaklığın veya bir derneğin kurulmasıdır. Ortaklar veya üyeler ilk toplantılarında oylariyle ana tüzüklerini tesbit ederler. Bu irade iş birliğinden böylece bir kanun doğar. Bu kanun, birbirlerini tanımıyan, hatta ana tüzüğü tesbit edenleri bile tanımıyan yeni ortaklar ve üyeler tarafından da gözetilecektir; bu ortaklar ve üyeler dünyanın her tarafından gelebilirler. Bu durumda sözleşmeden bahsetmek apaçık hakikate karşı koymak olur. Aynı amacı güden, aynı konuyu benimseyen iradeler vardır ama bu iradeler arasında anlaşma veya karşılaşma yoktur, çünkü çok kere irade sahipleri birbirlerini hiç tanımazlar bile. Bundan başka, borçlu ve alacaklı arasında münasebetten eser bile yoktur, yalnız bir kaide, bir kanun vardır ki ortaklara ve ortaklık ile münasebete girecek olan üçüncü şahıslara uygulanır.

Büyük Alman hukukçusu Gierke kesin bir surette isbat etmiştir ki böyle bir halde hiç bir sözleşme yoktur. Artık bugün anonim ortaklığın veya derneğin sözleşme olduğu ileri sürülemez (1).

21 Ocak 1926

---

(1) «Bir derneğin veya bir anonim ortaklığın kuruluşu tasarrufu sözleşme değil, bir taraflı kollektif bir tasarruftur. Ortaklık sözleşmesi kavramı... artık ne özel hukukun, ne de kamu hukukunun korporasyonlarına esas olamaz.» (Gierke, Die Genossenschaftstheorie, 1887, s. 133).

BEŞİNCİ DERS

HUKUK ÖZNESİ
KOLLEKTİF KİŞİLİK MESELESİ

Baylar,

Bütün hukuka hâkim olan ve hukukun anlaşılması için gerekli bulunan genel teorileri bitirmiş olmak için hukuk öznesi (sujet de droit) denilen nesnenin ne olduğunu belirtmemiz icabediyor. Şüphesiz ki bu güç bir meseledir; fakat birçok hukukçuların takip ettikleri kötü metod yüzünden lüzumsuz yere karma karışık edilmiştir.

Hukuk öznesi tâbiri bugün hukuk terimleri arasına yerleşmiştir. Bu bir Fransız tâbiridir, fakat Alman hukuk bilimi bu tâbiri herkesin anlıyabileceği tarzda işlemiştir. Fransa'da hak sahibi (titulaire de droit) denirdi. Bu gün genel olarak hukuk öznesi (sujet de droit) deniyor. Özne (sujet) terimi aynı zamanda hem daha umumî, hem daha vazıhtır. Ayrıca şuna da dikkat ediniz ki özne tâbiri hiç bir uyrukluk (1) fikri uyandırmamalıdır; bu tâbir sadece objektif hukukun kime uygulanacağını ve sübjektif hukuk denilen nesne varsa bunun sahibinin kim olabileceğini gösterir.

I

Kim objektif hukuka, hukuk kaidesine bağlı tutulabilir? Gerçekte mesele basittir; fakat meseleyi bulandırmaktan sanki zevk almışlardır.

Hatırlatırım ki objektif hukuku teşkil eden bütün hukuk kuralları, ister bir şeyi yapmayı emretmiş, ister bir yasak belirtmiş olsun, emrî hükümlerdir. Bir emrî hükmün kendi varlığını bilen iradelerden başkasına hitap edemiyeceği meydandadır. Yer yüzünde kendi varlığını bilen irade sahibi olarak ileri sürebileceğimiz kimseler olgunluk çağına girmiş, aklı başında insanlardan ibarettir. Hayvanların da bir bilinç (=şuur= conscience) sahibi olmaları mümkündür; görmediğimiz sayısız bilinçli varlık-

(1) Fransızca (sujet) kelimesi hem özne, hem de uyruk anlamına gelir; sujet de droit) hukuk öznesi, (sujet français) fransız uyruğu demektir.

larla çevrilmiş olmamız da mümkündür ama bu konuda hiç bir şey bilmiyoruz. Bundan dolayı, yalnız iradesine sahip ve aklı başında olan insanların objektif hukuk öznesi olabileceklerini ileri sürmeliyiz. Başka kimse objektif hukuk öznesi olamaz, her ne sebeple olursa olsun iradesine sahip olmıyan insanlar objektif hukuk öznesi değillerdir ve olamazlar.

Topluluklar da, hangi şekli alırlarsa alsınlar, objektif hukuk öznesi olamazlar. Dernekler, Korporasyonlar, tesisler objektif hukuk öznesi olamazlar; çünkü bu toplulukları teşkil eden fertlerden ayrı bir bilinçli iradeleri yoktur, çünkü böyle bir iradeleri olduğunu isbat edemeyiz. Büyük bir korporasyon olan devlet de objektif hukuk öznesi değildir ve olamaz. Devletin olduğu kadar öteki korporasyonların da, kendilerini teşkil eden fertlerden ayrı bilinçli bir kişiliği olduğu isbat edilemez. Bununla devletin hukuka bağlı olmadığını söylemek istemiyoruz. Tam tersine olarak, bütün bu derslerde, hukukun devlete üstün olduğunu ve devlete hükmettiğini ve aynı zamanda varlığı iddia edilen devlet kişiliğine değil, filen kudreti elinde tutan hükûmet edenlere (gouvernants) hitap ettiğini isbat etmeğe çalıştık; devletin hukuka bağlılığı prensibinin boş bir söz olmaması için bu gerekli bir şarttır.

Size bildirmeliyim ki bir takım hukukçular ve bu arada Bay Mestre «Tüzel kişilerin ceza hukuku» başlıklı güzel tezinde, objektif hukuk kurallarının ve bilhassa ceza hukuku kurallarının, fertlere olduğu gibi topluluklara da uygulandığını ileri sürüyorlar. Bunun böyle olması için, toplulukların birer kişi olduklarını, ferdi iradelerden ayrı bilinçli birer irade sahibi bulunduklarını isbat etmek lâzımdır; bu isbat hiç yapılmamıştır ve hiç yapılacağı da yoktur.

II

Hangi varlık bir sübjektif hukuk öznesi olabilir?

Bu soruya cevap verebilmek için, önce bildirdiğimizin aksine olarak, bir an için sübjektif hukukun mevcut olabileceğini farzetmek lâzım geleceği şüphesizdir. Fakat, şimdi göstereceğimiz gibi, bir çok hallerde, varlığı iddia edilen sübjektif hukuka bir özne bulmak imkânı yoktur. Bu da sübjektif hukukun mevcut olmadığının söz götürmez yeni bir isbatı olacaktır.

Eğer sübjektif hukukun, bir an için var olduğunu farzedersek, yukarıda belirttiğimiz şu üç noktayı kabul etmek gerektir: 1.— Eğer varsa, sübjektif hukuk bir irade kuvvetidir, bir irade kuvvetinden başka bir şey

olamaz; 2. — Her ne zaman hukuk bakımından himaye edilmiş bir durum karşısında kalırsak bu durumun arkasında sübjektif hukuk mevcut olmalıdır; 3. — Öznesi olabilecek bir varlık mevcut olmadıkça sübjektif hukuk mevcut olamaz.

Bu anlaşılınca, sübjektif hukuk sahibi varlık bize nasıl görünür? Cevap apaçıktır ve meydandadır. Eğer mevcutsa, sübjektif hukuk bir irade kuvvetinden başka bir şey olamaz, ve ancak kendi varlığını bilen irade sahibi kimseler sübjektif hukuk sahibi olabilirler. Yalnız insanlar böyle bir irade sahibi olabilirler. Bundan dolayı yalnız insan fertleri sübjektif hukuk sahibi olabilirler, bunun için de insanların bilinçli bir irade sahibi olmaları gerektir. Bundan dolayı henüz olgunluk çağına gelmemiş olanlar ile ihtiyarlık veya sakatlık yüzünden anlayışlarını kaybetmiş olanlar sübjektif hukuk sahibi olamazlar.

Sosyal himaye gören hukukî durumlar çok kere yaptığını bilen irade sahibi insanlarla ilgilidir. Bu takdirde müşkülât yoktur. Mülkiyet hakkından, alacak hakkından bahsedilebilir ve bu haklardan faydalanan insan da bu hakların öznesi sayılabilir. Fakat, mal sahibi, alacaklı bir küçük, bir azgın deli, bir bunak ihtiyar ise müşkülât, yenilmesi imkânsız müşkülât başgösterir. Bu çocuk, bu ihtiyar, bu azgın deli bir sübjektif hukukun öznesi olabilirler mi? Akıl bunu kabul etmez, çünkü bunların bilinçli birer iradeleri yoktur. Bununla beraber pek büyük zorlukla denebilir ki bu fertlerin süphesiz çok cılız da olsa, hatta (potentiel) de olsa birer iradeleri olduğu ve bu iradenin sübjektif hukuka dayanak teşkil edebileceği söylenebilir. Gerçekte, bu ancak bir yapıntı (fiction) olabilir; zora gelince kabul edilebilir diye bu nokta üzerinde fazla israr etmiyeceğim.

Fakat, toplulukları ilgilendiren durumlara gelince sübjektif hukuk ve sübjektif hukuk öznesi kavramları önüne geçilmez pratik imkânsızlıklara çarpar. Bu durumları, açıklamayı kolaylaştırmak için, kollektif durumlar (situations collectives) diye anacağım. Hukukun himaye etmesi gereken, gerçekte de hukukun himaye ettiği bu durumlarda sübjektif hukuk ve hukuk öznesi kavramlarında israr edilirse himaye izah edilemez bir hal alır. Bu kollektif durumlar bize iki biçimde görünür: Kelimenin genel anlamında dernek ki buna bazı bakımlardan özel karakterleri hazi olmasına rağmen — korporasyonu da ithal ediyorum, ve tesisler.

Dernek veya korporasyon müşterek bir maksadı (but) birlikte gütmek istiyen bir takım fertlerin toplanması ve birleşmesidir. Bu maksat derneğe dahildir, yani maksat doğrudan doğruya derneğin üyelerini ilgilendirir; meselâ karşılıklı yardım dernekleri, artistik dernekler, ticaret

dernekleri (1),, mesleki dernekler, yani belirli bir mesleği savunmak maksadını güden ve korporatif bir karakter taşıyan dernekler gibi.

Tesis bir kollektif durumdur ki her hangi bir irade kendine yabancı bir maksat için bir miktar zenginliği tahsis edince meydana çıkar.

Meselâ bir hastane, bir hayır müessesesi, müze gibi bir artistik müessese meydana getirmek ve işletmek için belirli bir para tahsis edilmiş olabilir. Bunlar tesislere birer misal teşkil eder. Tesisler bir ferdî iradeden, veya iradeler topluluğundan, veyahut devlet veya her hangi başka bir idare gibi kamusal bir iradeden doğmuş olabilir.

Eğer tesisin konusu ve maksadı kanunî ise, iradenin meydana getirdiği kollektif durum himaye edilmelidir.

Eğer bu çeşitli durumlar himaye ediliyorsa ve eğer sübjektif hukuk teorisi kabul edilmişse her bir kollektif durumun arkasında bir sübjektif hukukun mevcut olması lâzımdır. Bir sübjektif hukuk varsa, bilinçli irade sahibi bir kimse de mevcut olmalıdır. Halbuki dernekler de, tesisler de bilinçli irade sahibi birer varlık değildir. Bundan dolayı, sübjektif hukuk ve hukuk öznesi kavramlariyle bir derneğe veya bir tesise ilişkin kollektif durumun hukukî himayesini izah etmeğe ve haklı göstermeğe hiç bir imkân kalmaz.

III

Mesele budur. Kamu hukuk alanında da özel hukuk alanında da, bütün batı milletlerinde baş gösteren büyük dernek ve sendika hareketleri karşısında mesele bütün önemiyle bugün karşımıza dikilmektedir. Her gün himaye edilmesi gerekli yeni kollektif durumlar teşekkül etmektedir; ananevî sübjektif hukuk ve hukuk öznesi teorisini benimsiyenler, bu teorinin çerçevesi içinde, her ne bahasına olursa olsun, kollektif durumların hukukî himayesini izah etmek zorunda kalıyorlar. Bundan dolayı mesele üzerinde çeşit çeşit doktrinler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Buna rağmen gösterilen incelik harikalarına rağmen hiç bir müsbet neticeye ulaşılamamıştır. Çünkü, olaylar, ne bahasına olursa olsun, bir takım a priori teorilerin içine sıkıştırılmak istenmiştir. Olaylar teorilerden daha kuvvetli çıktı ve teoriler âciz kaldı. Bu çeşitli doktrinlerin tenkidî bir izahını yapmağa hiç niyetim yok. Yalnız bu doktrinlerin mülhem olduğu genel fikirleri belirtmek isterim. Bu bakımdan, öyle sanıyorum ki bu teoriler iki gurupa ayrılabilir.

---

(1) Hukuk dilinde bizde buna (ticaret ortaklıkları) denir.

A) Gerçekte toplulukların bir hukuk öznesi olmadıklarını, toplulukların bir hukuk öznesi sayılmalarının mutlak kudret sahibi olan devletin kararından ileri geldiğini öğreten doktrinleri birinci gurupa alıyorum. Biri teorik, öbürü pratik iki sebep dolayısile bu doktrinler kabul edilemez.

Teorik bakımdan bu doktrin reddedilmelidir, çünkü yasaman, ne kadar güçlü olursa olsun, bir iradeyi yoktan var edemez. Siz bana: bu tüzel kişilik bir yapıntıdır (fiction), hukukta bir çok yapıntılar vardır diyeceksiniz. Hayır. Yapıntılar, belirli bir devirde şekilci (formaliste) hukukun sertliğinden kurtulmak için birer çare idi. Modern hukukun şekilci bir tarafı yoktur ve onu, hâlâ doldurmakta israr edilen bütün hayalî şeylerden temizlemelidir.

Bu doktrinlerin pratik kusuru teorik kötülüğünden daha vahimdir. Bu kusur dernek kurma hürriyetini engellemesinde gömülüdür. Niçin Fransa'da 1901 e kadar dernek kurma hürriyetinden mahrum kaldık ve niçin bu 1901 kanunu bize natamam bir dernek kurma hürriyeti sağladı? Çünkü Romalılar zamanından beri söz götürmez bir inanç olarak öğretiliyordu ki mutlak egemenliği içinde devlet tarafından bir tüzel kişilik veya eskiden denildiği gibi tinsel kişilik (personnalite'morale) yaratılmadıkça kollektif durumlar hukukî himaye göremezler. Reddettiğim doktrin böylece keyfiliğe ve dernek ve tesis kurma hürriyetinin inkârına yol açar.

Bu genel doktrin bir çok tali doktrinler ihtiva eder ki hepsi ayni fikre bağlanır:

1.— Savigny'nin ananevî doktrini ki yapıntılı tinsel kişilik diye adlandırılmıştır. Bu doktrine göre kollektif tüzel kişilik yalnız ve sadece devlet tarafından yaratılır ve devlet tarafından açıkça tanınmış olmadıkça vücut bulamaz. Şuna da işaret edeyim ki, yukarıda gösterdiğim kusurları bir tarafa, bu doktrin devlet tüzel kişiliğini izah etmek imkânsızlığı içindedir; çünkü devlet var olmazdan önce kendisine kişilik veremez ve kişilik sahibi olmadan önce var olamaz.

2. — Alman hukukçusu Bekker'in doktrini ki fransız profesörü Michoud'nun «Tinsel kişilik teorisi» (La Théorie de la personnalité morale) başlıklı güzel kitabında fransızlaştırılmıştır. Esası şudur.

Bir sübjektif hukuk öznesinin ne olduğunu belirtmek için ilk önce sübjektif hukukun ne olduğunu belirtmelidir. Bekker diyor ki: her sübjektif hukukun iki unsuru vardır, kudret unsuru veya tasarruf etmek hakkı ile fayda (profit) unsuru veya bir şeyi kullanmak, bir şeyden faydalanmak hakkıdır. Bu iki unsurun bir özne üzerinde toplanması mümkündür,

çok kere de böyle olur. Fayda unsurunun sahibi bilinçli bir iradeye malik bir insan olunca bu böyle olur. Fakat kudret unsuru ile fayda unsurunun ayrıldığı ve iki ayrı varlığa dayandığı da olur. Fayda unsuru bilinçli bir iradeden mahrum bir varlığa ait olursa bu böyle olur. Fakat gerçekte, böyle bir halde de bir tek hukuk öznesi vardır, çünkü kudret unsurunun sahibi olan varlık fayda unsurunun sahibi olan varlığın temsilcisidir.

Meselâ, bir küçük hak sahibidir: Fayda unsurunun sahibi olan varlık odur; kudret unsurunun sahibi olan varlık vasîdir. Bir tek hukuk öznesi vardır: o da vasî tarafından temsil edilen küçüktür. Bir derneğe veya bir tesise ilişkin kollektif durumlarda da bu böyledir. Fayda unsuru derneğin üyelerine veya tesisten istifade edenlere dayanır. Kudret unsuru ise derneğin veya tesisin idarecilerine aittir. Bununla beraber yalnız bir tek hukuk öznesi vardır: o da idarecileri tarafından temsil edilen dernek veya tesistir.

Muhakkak ki bu doktrin çok incedir. Devlet müdahalesini minimoma indiriyor. Eğer bu çeşitli teorilerden birini kabul etmek zorunda kalsaydım, şüphesiz ki bu teoriye katılırdım. Fakat, bunda da devleti işe karıştırmak sakıncası var. Hakikaten, bir hukuk öznesi vücut bulması için kudret unsurunun sahibi ile fayda unsurunun sahibi arasında bir temsil münasebeti mevcut olması lâzımdır; bu temsil münasebetini ise ancak devlet tesis edebilir. Bu doktrin de böylece, yukarıda belirttiğimiz teorik ve pratik itirazlara hedef olmaktadır.

3. — Birlik sayılan çokluk teorisi. Bu teori Almanya'da Meurer, Fransa'da Planiol ve Berthélemy tarafından savunulmaktadır. Bu hukukçulara göre topluluk onu teşkil eden fertlerden ayrı bir kişilik vücuda getirmez, kollektif kişinin sözü edildiği vakit, sadece şu denilmek ister ki, bazı hallerde ve kollektif menfaatlere ilişkin hususlarda topluluğu teşkil eden fertler müteaddit oldukları halde hukukî bakımdan bir birlik imiş gibi sayılır.

Bu doktrin kelimelerle oynıyor. Aslında sadece Savigny'nin ananevî teorisinden başka bir şey değildir. Savigny'nin teorisi gibi, bu teori de kollektif kişiliğin sadece pozitif kanunla yaratılmış olduğunu söylüyor. Bundan başka, tesislere uygulanmak istenince bu teori gerçekten saçmalığa düşüyor. Bu halde bir tek kişi imiş gibi saylılan fertler nerededir? Bir hastane için birbirleri ardınca gelen hastalardır dediler. Bir müze için bütün ziyaretçilerin bir kişi sayıldığını iddia ettiler. Şüphesiz ki bu ciddi olamaz ve bu teori ayakta duramaz.

B) İster dernek, ister tesis olsun, toplulukların tabiî olarak ve mev-

cudiyetleri dolayısiyle bir bilinç ve bir irade ve dolayısiyle gerçek bir kişilik sahibi olduklarını ileri süren bütün teorileri 2 nci gurupa alıyorum. Bu doktrinlerin hepsi kaynağını büyük alman hukukçusu Gierke'den alır ve bu gün Fransa'da bilhassa Hauriou ve Mestre tarafından temsil edilir.

Dernekler ve tesisler hakkında şöyle bir düşünce yürütülür; bir takım kimseler müşterek bir maksat gütmek için birbirlerine yaklaştıkları takdirde ferdî bilinç ve iradelerden ayrı olarak otomatik surette ve derhal veya zamanın tesiriyle bir müşterek bilinç ve irade, J. J. Rousseau'nın dediği gibi bir müşterek benlik (moi commun) teşekkül eder. Bu irade kendiliğinden dışarıya akseder: topluluğun üyeleri olan bir takım fertler topluluğun uzuvları olurlar ve böylece, devletin müdahalesi olmadan, bilinç ve irade sahibi uzuvları vasıtasiyle hareket eden ferdî bir kişi gibi uzuvları vasıtasiyle hareket eden bir hukuk öznesi olarak kollektif kişilik doğar.

Şüphe yok ki bu doktrin, hele Gierke'nin kuvveti ve Hauriou'nun maharetiyle anlatıldığı takdirde, çok çekicidir. Fakat, sadece katiyen isbat edilmemiş ve isbat edilemez bir metafizik hükme dayandığını görmek kolaydır. Bir takım insanların aynı şeyi istemelerinden ve bir takım kimseleri müşterek isteklerini gerçekleştirmekle görevlendirmelerinden ferdî bilinç ve iradelerden ayrı bir müşterek bilinç ve iradenin teşekkül ettiği neticesi çıkarılamaz. Burada pozitif bilimde kabul edilemiyecek olan tamamiyle metafizik bir kavram vardır.

Şunu da söylemeli ki, kollektif kişiliğin gerçekliği teorisi tesislerin kişiliğini izah etmek hususunda tam bir imkânsızlık içindedir. Olağan üstü inceliklerine rağmen, Gierke ve Zitelman bu konuda tam bir başarısızlığa uğramışlardır. Bu bilginler, tesislerin hukukî öznesi kurucunun ölümünden sonra yaşmakta devam eden iradesi olduğunu ileri sürmek durumuna düşmüşlerdir. Halbuki tesislerde kurucu ya hiç bir irade sahibi olmıyan bir topluluktur veya bir ferttir ki iradesi kendisiyle beraber ortadan kalkar, ölümünden sonra da yaşar demek çocukluk olur.

IV

Bu açıklamadan sonra hangi sonuca varmalı ve nasıl davranmalı? Yalnız iki davranış mümkündür: 1. — Saleilles'in pragmacı davranışı, 2. — Benim pozitifçi davranışım.

Kollektif kişilik hakkındaki güzel kitabında, Saleilles, yukarıda belirtmiş olduğum çeşitli doktrinlerin uzun uzadıya analizini ve tartışma-

sını yaptıktan sonra bu doktrinlerden hiç birisinin savunulacak halde olmadığı, bu doktrinlerden her hangi birini kabul etmenin birönem taşımadığı, bununla beraber kollektif kişilik kavramına kuvvetle sarılmak gerektiği, çünkü kollektif menfaatlere hukukî teminati ve tesirli himayeyi ancak bu kavramın sağlıyabileceği sonuncuna varıyor. Saleilles'in olduğu gibi Geny'nin de bütün eserine ilham veren ve baştan aşağı pragmacı mahiyette olan hâkim fikrin bu bir tatbik şeklinden başka bir şey değildir.

İki yıl önce Madrid'de verdiğim konferanlarda: tüzel kişilik kavramının isbat edilmemiş ve isbat edilmez olduğu, doğrudan doğruya görülen hiç bir gerçeğe uymadığı kabul edilirse artık bu kavramı niçin muhafaza etmeli? demiştim. Kollektif durumları sağlamak ve açıklamak için bu kavram hiç te gerekli değildir. Bunun için hem sosyal dayanışma kavramının, hem de adalet duygusunun gerektirdiği şöyle bir objektif hukuk kuralını uygulamak maksadı sağlar: her hangi bir durum karşısında, meselâ bir servetin belirli bir maksada tahsisi hâdisesi karşısında kalındığı zaman, konusu ve maksadı meşru olduğu takdirde bu durum, bu tahsis sosyal himaye görmelidir ve modern topluluklar da himaye görmektedir demelidir. Metafizik döküntülerden artık yakamızı sıyıralım. Hukuk bilimi ancak bu şartla ilerler, yoksa yerinde sayar.

Bu genel girişten sonra büyük önem taşıyan devlet meselesine ulaşıyoruz. Bu meseleyi gelecek toplantımızda ele alacağız.

2 Şubat 1926.

ALTINCI DERS

DEVLET MESELESİ

METAFİZİK GÖRÜŞ VE EGEMENLİK KAVRAMI.

Baylar,

Karşınızda vermekle şeref duyduğum dersin adı: genel Kamu hukuku dersleridir. Kamu hukukunun ne olduğunu araştırdık ve devlet hukuku olduğunu anladık. Hukukun unsularının, belirtilerinin ne olduğunu ve insan faaliyetinin çeşitli şekillerini nasıl düzenlediğini söylemeğe çalıştık Bize devletin ne olduğunu araştırmak kalıyor.

I

Mesele çok basit görünür ve herkesin buna kolayca cevap vereceği sanılır. Bununla beraber, uzun zamandan beri bu mesele hakkında birçok kitaplar yazılmıştır ama, iddialı görünmek pahasına da olsa, diyeceğim ki, yazılanların çoğu meseleyi aydınlatmaktan ziyade bulandırmağa yaramıştır. Çünkü, genel olarak, kötü bir metod takip edilmiştir. Çünkü, doğrudan doğruya olayları gözliyerek ve olayların nasıl cereyan ettiğini inceliyerek pozitif ve gerçekçi (réaliste) gözlem metodu ile devletin ne olduğunu belirtecek yerde metafizik bir cevher (entité) tasarlanmış ve politik belirtiler arkasına yerleştirilmiştir. Böylece bugün öyle bir noktaya gelmiş bulunuyoruz ki hukukçuya düşen iş, ilk önce bütün bu metafizik kavramları ortadan kaldırmak ve doğrudan doğruya gözlem metodu ile gerçekte devletin ne olduğunu araştırmak noktasında toplanıyor.

Etrafımıza bakalım ve günlük hayatımızın olaylarını ele alalım. Kılıç, tüfek, top, mitralyöz ile bir alayın geçtiğini ve bizde mukavemet edilmez bir kuvvet intıbaı uyandırdığını görüyoruz, ve. «Dış düşmana karşı memleketi korumak için devlet bu kuvveti yaratıyor ve yöneltiyor» diyoruz. Sokağa çıkıyoruz, bir kargaşalık, itişip kakışma görüyoruz; silâhli polisler geliyor, kargaşalık çıkaranları yakalıyor ve düzenliği sağlıyor; gene devlet, mukavemet edilmez bir maddî kuvvete sahip olarak, memleket-

içinde barışı ve dirginliği sağlıyor. Size borcunu ödemiyen bir kimse karşınıza çıkıyor; onu mahkemeye veriyorsunuz, ona hüküm giydiriyorsunuz ve icraî kararla mücehhez olarak görevli memurları hareket getiriyorsunuz, onlar da borçlunun direnmesine rağmen, mallarını haczedip satıyorlar ve parasiyle size alacağınızı ödiyorlar. Kuvvetiyle özel borçların ödenmesini sağlıyan da gene devlettir. Nihayet, işte bir hükümlü ki bileklerinde kelepçe, ceza evine götürülüyor veya asılıyor veya başı kesiliyor; bu da devlettir. Devlet maddî kuvvetinin son haddindedir. Joseph de Maistre, devletin başlıca sembolü cellâttır, bundan dolayı ilâhidir, çünkü devlet yer yüzünün Tanrısıdır diyebilmiştir. Devletin gözümüze çarpan bütün belirtilerini sıralarsanız herşeyden önce maddî kuvvet belirtileri bulursunuz.

Herşeyden önce dedim, çünkü, uzun zaman devlet belirtileri yalnız kuvvet belirtileri olmuş ise de bugün artık bu böyle değildir. Modern devletler de, öncekileri gibi, çok kere ve belki de en çok kuvvet kullanıyorlar. Fakat, sosyal hayattaki değişiklikler, bilimsel keşifler ve ekonomicilerin dedikleri gibi millî ekonominin ev ekonomisi yerine geçmesi dolayısiyle devletler bir takım ekonomik görevler yükleniyorlar ki kuvvet belirtisi şeklinde görünmüyor ve gelecek derslerimizde de göreceğimiz gibi, bir çok kamu hizmetleri vardır ki onlarda maddî bir zorlama kuvveti görülmez. Ancak, bu ihtirazî kaydı ileri sürdükten sonra, devlette maddî kuvvetin, mukavemet edilmez zorlama kuvvetinin ilk planda göze çarptığını da kabul etmek lâzımdır. Büyük Alman hukukçusu İhering, modern Almanyanın politik teoricisi Treitschke: «Der Staat ist Macht», «Devlet kuvvettir» dedikleri zaman haklı idiler. Biz de: «Devlet kuvvettir.» diyoruz ve diyeceğiz; bir memlekette mukavemet edilmez maddî bir kuvvet yoksa devlet te yoktur. Fakat hemen şunu ilâve edeyim ki, sözü edilen Alman müelliflerinden farklı olarak: «Devletin bu mukavemet edilmez maddî kuvveti hukuk ile düzenlenmiş ve sınırlanmıştır.» diyoruz ve diyeceğiz.

II

Böylece, devlet esasında karşı gelinmez bir maddî kuvvet olunca, bu kuvvetin varlığı doğru ve haklı mıdır, haklı ve meşru ise bu meşruiyeti nasıl isbatlanabilir meselesi ortaya çıkmış ve çıkması gerekli bulunmuştur.

Birkaç çılgın veya sapık anarşıst hariç, herkes sosyal barış için her memlekette bir kuvvet tekelinin gerekli olduğunu kabul etmektedir. Bundan dolayı devlet kuvvetinin meşruiyeti şüphesiz görünüyor. Fakat buna rağmen,kendilerini metafizik kaygılara kaptıran politika teoricileri, hele

XVII nci asırdan beri yazılanlar içinde bilhassa Fransa'da, devletin kuvvetini izah etmek için devlete metafizik bir dayanak, bir cevher izafe etmek istemişlerdir. Bu teoriciler eski fizikçiler gibi davranmışlardır. Eski fizikçiler elektrik olayının ardına elektrik seyyalesi (fluide electrique) kavramını yerleştirmişlerdi. Politika teoricileri de politik kuvvet olayının ardına egemenlik kavramını yerleştirdiler. Şöyle bir düşünce yürütüyorlar; bu zorlama kudreti meşru'dur, herkes ona boyun eğmelidir; çünkü bu kudret devletin egemenliğine dayanır ve bu egemenlik kelimesi herşeyi izah edecek olan bir tılısım olur.

Gelecek görüşmemizde görülecektir. ki bu egemenlik kavramı her şeyi izah etmekten çok uzaktır, teorik olarak kabulü mümkün değildir, pratik olarak ta giderilemez imkânsızlıklara çarpmaktadır ve iç kamu hukuku ile bilhassa devletler kamu hukukunun gelişmesine engel olmak gibi vahim neticeler doğurmaktadır. Bununla beraber, milletlerin hayatında ve muhtelif memleketlerin birbirlerile münasebetlerinde egemenlik kelimesi hâlâ meş'um diye vasıflandırmakta tereddüt etmediğim bir rol oynadığı ve bu rolün önemi inkâr edilemiyeceği için, egemenlik kelimesinin ifade ettiği kavramın nasıl doğduğunu, nasıl geliştiğini ve bu kavramı doğru ve haklı göstermek için nasıl çalışıldığını araştırmalıdır.

Romalılar egemenlik kelimesini bilmiyorlardı ama bu kelimenin ifade ettiği fikri, ast iradeler üzerinde hüküm süren bir üstün kudret fikrini ilk önce onlar ortaya atmışlardı. Romalılara göre, üstün kudretin ast iradeler üzerinde hükmünü yürütmesinin tek sebebi üstün kudret olması idi. İmperium kelimesi, ki Roma cumhuriyeti sırasında bazı âmirlerin yetkisini ve sonraları imparatorların yetkisini ifade etmeğe yarıyordu, XVII nci asırda egemenlik kavramının ifade ettiği bütün unsurları ihtiva ediyordu.

Ortaçağda, feodal devirde, bu fikir zayıflamakla beraber tamamiyle ortadan kalkmış değildir. Fransada kırallık imtiyazı (prérogative) dolayısiyle her zaman kırala tanınan ve modern Fransa'yı teşkil edecek olan ülkede «adalet ile barışı» sağlamak için kullanıldığı kabul edilen kuvvette bu fikrin devam ettiği görülür. Adaletle barışı sağlamak öyle asil bir düsturdur ki bu gün bile modern devletin görevini belirtmeğe yarar.

XVI nci asrın ikinci yarısında, mutlak Fransız kırallığının unsurları hazırlanırken, egemenlik kavramı belirir ve Fransız yazarı Bodin'in La République (Cumhuriyet) başlıklı meşhur kitabında en mükemmel ifadesini bulur.

Egemenlik kelimesi ve kavramı, böylece yalnız hukukçuların teorile-

rine değil, genel vicdana da girmeğe başlar. Egemenliğin sahibi kıral sayılmıştı; ama bu egemenliği halka bütün bir topluluğa, millete mal etmek için bir adım kalmıştı. J. J. Rousseau, gerçekte, çok güzel bir dil ile yazılmış olmakla beraber ardı arkası gelmiyen bir takım saçmalıklar ve yanlışlıklarla dolu olmasına rağmen modern fikirler üzerinde olağan üstü bir etki yapan «Sosyal sözleşme» başlığını tasıyan ünlü kitabında bu anlayışı gerçekleştirdi.

III

Tam bir gelişme çağına ulaşmış olan egemenlik kavramının muhtevası nedir? Bu konuda bütün bir teori kurulmuştur ve, kabul etmelidir ki, teori çok iyi düzenlenmiştir. Bu teorinin hiç bir dayanağı bulunmadığı ve yıkılmasının mukadder olduğu doğrudur. Ne olursa olsun işte teori Önermeler (propositions) mantıklı olarak sıralanıyor.

Egemenlik bir sübjektif haktır ama bu hak sahibinin kim olduğu üzerinde anlaşma olamamıştır. Bir sübjektif hak olduğuna göre bir irade kudretidir. Ancak bu irade kudreti aşağıdaki karakterleri haizdir.

1. — Bu emreden bir irade kudretidir;

2. — Bu bağımsız bir irade kudretidir;

3. — Bu irade kudreti bir tekdir;

4. — Bu bölünmez bir irade kudretidir;

5. — Bu temlik edilmez ve zaman aşımına uğramaz bir kudrettir.

1. — Egemenlik emreden bir irade kudretidir. Bu esas noktadır. Egemen irade özü dolayısiyle, bu egemenliğe bağlı ülkedeki bütün iradelere üstündür. Egemen irade ile egemen olmıyan irade arasındaki münasebetler eşit olmıyan iradeler, üst ile ast arasındaki münasebetlerdir.

Şimdiden, böyle bir doktrinin pratik tehlikelerini görüyorsunuz. Filhakika, bu doktrin devletle uyrukları arasındaki sözleşme hükümlerinin mecburî karakterde olduğunu kabul etmeğe elverişli değildir. Taraflar eşit olmadıklarına göre, hakikî bir sözleşme, devlete yerine getirilmesi mecburî borçlar yükleyen sözleşme imkânsızdır. Ve görülecektir ki, egemenlik bağımsız bir irade olduğuna göre, devletler için mecburî mahiyette milletler arası antlaşma da olamaz ve bundan dolayı devletler hukuku da olamaz.

2. —Egemenlik bağımsız bir irade kudretidir ve kendine üstün başka hiç bir iradeye bağlanamaz. Bağımsızlık sona ererse egemenlik te sona

erer. Almanların biraz iskolastik bir formülleri vardır ki egemenliğe izafe edilen karakteri iyi ifade eyler. Almanlar egemenlik kendi kendini belirten bir iradedir, yani kendi hareket sahasını ve maksadını kendi tesbit eden bir iradedir, dışardan tesbit edilecek bir maksatla sınırlanması mümkün olmıyan bir iradedir derler. Almanlar pek manidar bir başka formül daha kullanırlar: «Egemenlik kendi yetkisinin yetkisini haizdir.» derler, yani, egemenlik hareket sahasını kendi kendine tesbit eder ve sınırını yalnız kendi tesbit edebilir demek isterler.

Böyle anlaşılan egemenlik devlete ait olursa devlete üstün hiç bir kuvvet devletin hareketini sınırlıyamaz ve böylece devlet üstün bir hukuk kuralı ile bağlanamaz ve bunun neticesi olarak da kamu hukuku olamaz. Böyle bir netice karşısında ne kadar şiddetle protesto etsek azdır.

3. — Egemenlik kudreti bir tektir. Bu demektir ki aynı ülke üzerinde ve aynı fertlere yönelmiş olan ancak bir tek egemenlik vardır, birden fazla egemenlik olamaz. Bunu isbatlamak için, aynı ülke üzerinde egemen olduğunu iddia eden iki kudret bulunduğunu zihnimizde tasarlamak kâfidir. Bu iki kudret birbiriyle mutabık kalırlarsa güçlük çıkmaz. Fakat bu iki kudretin birbirine zıt irade izhar ettiklerini farzedelim. Bu takdirde, ya bu iki iradenin hiç biri gerçekleşmiyecektir, birbirini karşılıklı olarak tesirsiz bırakacaktır ve böylece ikisinden hiç biri egemen olmıyacaktır; veya bu iki iradeden biri ötekine boyun eğecektir, boyun eğen artık egemen değildir, çünkü hareketi kendi iradesinden başka bir irade tarafından sınırlanmış olacaktır.

Egemenliğe tanınması gereken bu tek birlik karakteri, Birleşik Amerika. Brezilya, Arjantin, İsviçre, Avusturya, Almanya gibi federal denilen devletlerin durumlarını izah edilemez bir hale getirmekdir. Devletlerde egemenliğin varlığı kabul edilirse, meselâ New-York ülkesiyle bu ülkenin ahalisi biri mahallî devlete, öteki federal devlete ait olmak üzere iki egemenliğe bağlıdır demek lâzımdır. Fakat bu egemenlik kavramiyle mutlak surette çelişiktir.

Böyle olunca, ya bu egemenlik kavramından vazgeçmeli veya federal devlet yoktur demelidir. Bizim kararımız verilmiştir, çünkü federal devletlerin mevcudiyeti inkâr kabul etmez bir olaydır, egemenlik ise sadece zihnî bir kavramdır.

4. — Egemenlik bölünmez. Egemenlik bir irade olduğu için ortadan kalkmadan parçalanamaz. Bundan başka bölündüğü farzolunca ,her bir irade parçası egemen olacaktır ve aynı ülkede aynı insanlar üzerinde iki

egemenlik hüküm sürecektir, ki bunun imkânsız olduğunu görmüş bulunuyoruz.

Burada da egemenlik kavramı en apaçık olaylarla çarpışmaktadır. Temsilî rejimi uygulıyan bütün memleketlerde, varlığı iddia edilen devlet egemenliği çeşitli organlar tarafından kullanılmaktadır ve bu egemenlik yetkilerinin bölünmesi de kuvvetlerin ayrılması adını almış bulunmaktadır. Kuvvet kelimesi ile egemenliğin kurucu unsurları ile her bir organda toplanan yetkiler kastedilmekte ve unsurların her biri egemen sayılmaktadır.

Bu kuvvetlerin ayrılması ile egemenliğin bölünmezliği nasıl uzlaştırılabilmiştir? Egemenlik bir ve bölünmez olmakla beraber yürütme kuvveti, yasama kuvveti, yargı kuvveti adlariyle hepsi de egemen ve bağımsız üç kuvvet mevcut olur? Bu sorguya cevap olarak, bu işte, hıristiyan dinindeki üçlük (trinité) sırrı gibi bir hukukî sır mevcut olduğunu ileri sürmekten başka bir şey söyliyemediler.

5. — Egemenlik temlik edilemez ve zaman aşımına uğrıyamaz. Egemenlik sahibi onu kendi iradesiyle temlik edemez; ve egemenlik hakkını kullanmaktan, ne kadar uzun zaman için olursa olsun, mahrum kalsa gene egemenlik hakkını muhafaza etmiş olur, çünkü egemenlik hakkı kendinde toplanan bir irade kudretidir ki kendisi ortadan kalkmadıkça bu hakkını kaybedemez.

Bir takım egemenlik teoricileri, J. J. Roussean'ya uyarak, egemenlik temlik edilemediğine göre temsil de edilemez neticesine varmışlardır. Politik temsil süresince egemenlik, asıl hak sahibinden temsilcilere geçmiş sayılır ve böylece bir müddet için egemenlik temlik edilmiş olur; bu ise imkânsızdır.

IV

Doktrinin şimdiye kadar gözden geçirdiğimiz unsurları ne olursa olsun, incelememizi sonuna ulaştırmak ve doktrinin şu son esaslı sorguyu nasıl cevaplamağa çalıştığını göstermek lâzımdır; egemenliğin sahibi kimdir? Fikrimce bu mesele halledilemez; bu da egemenlik kavramının hiç bir gerçeğe tekabül etmediğinin yeni bir delilidir. Meselenin halledilmez olduğunun delili bu konuda ileri sürülen teorilerin çeşitli oluşundadır. Bu teorileri üç büyük kategoriye ayırabiliriz: 1. — Patrimoniyal devlet veya (Etat-objet) doktrinleri; 2. — Millet - devlet (Etat-nation) doktrinleri; 3. — Kuvvet - devlet (Etat-puissance) doktrinleri.

1. — Patrimoniyal devlet doktrinleri, Fransız ihtilâline kadar, bütün Avrupa'da hüküm sürmüştür. Bu doktrinlerin, yalnız politik teoriciler tarafından anlatılmakla kalmadığı, her memlekette iç politikayı ve bütün Avrupa'da milletler arası politikayı ilham ettiği şüphesizdir. Fransız ihtilâline kadar Avrupa tarihini anlamak için bu devlet anlayışını göz önüne getirmek lâzımdır.

Bu doktrine göre, egemen kudretin sahibi prenstir. Prens kelimesiyle, ister krallar ve imparatorlar, isterse Venedik'te olduğu gibi aristokratik bir cumhuriyet meclisi olsun hükûmet edenler (gouvernants) kastediliyordu. Prens şahsen egemenliğin sahibidir; mülkiyet hakkına benzeyen bir hakka sahiptir. İmperium hukukî bakımdan dominium modeli üzerine kurulmuştur; ahali, ülke bu hakkın konusudur.

Fransız ihtilâli ile bu egemenlik ve devlet anlayışı yavaş yavaş tamamen ortadan kalktı; bununla beraber, 1919 Versay (Versailles) antlaşmasına ve bundan birkaç gün sonra aktedilen ve dünya haritasından Avusturya - Macaristan imparatorluğunu silen Sen - Jermen (St - Germain) antlaşmasına kadar Avusturya - Macaristan'da tutundu.

Şunu da ilâve edelim ki, XIX uncu asırda bile, en büyük Alman hukukçularından biri olan Bavyeralı Profesör Seydel bu modası geçmiş patrimoniyal devlet doktrini öğretmekte devam etmiştir (1).

2. — Millet - devlet veya millet egemenliği doktrini Fransa'da ihtilâlden bu güne kadar söz götürmez bir dogma sayılmıştır. İlk ve tam ifadesini Fransızların 1789 İnsan hakları demecinde bulan bu doktrin, Fransızların bütün ihtilâlci anayasalarında, 1848 anayasasında, hatta Mısır anayasasının 23 üncü maddesinde kendini göstermektedir.

Bu doktrine göre: millet kendini teşkil eden fertlerden ayrı bir kişidir, egemenliğin asıl sahibidir ve egemenlik haklarının kullanılmasını belirli organlara bırakmıştır. Devlet egemenlik sahibi olan ve egemenlik haklarını kurduğu organlar eliyle kullanan millettir.

Bu millî egemenlik teorisi, bütün bir devir, zihinleri ateşlendirdi, politik anayasalara ilham verdi, çok kere ihtilâller tahrik etti; fakat, inkâr edilemez ki. bu gün çökmektedir. Niçin çöküyor, bu teorinin teorik ve pratik değeri hakkında ne düşünmelidir? Bunu gelecek toplanmamızda inceliyeceğiz.

3. — Kuvvet - devlet (Etat - puissance) teorisi bugün Alman hukuk-

(1) Seydel, Grundzüge einer allgemeine Staatslehre, 1873.

çularının çoğu tarafından öğretilmektedir. Kırk yıl kadar önce hukukçu Gerber tarafından ortaya atılan bu doktrin, bu asrın başında Prof. Jellinek tarafından ele alınarak geliştirilmiş ve bu profesörün etkisi altında Alman biliminin benimsediği bir doktrin olmuştur.

Bu doktrine göre: egemenliğin sahibi ne prenstir, ne de millettir, fakat bizzat devlettir. Filozofların dediği gibi devlet vazediliyor, yani apriyori olarak devletin varlığı ve kişiliği kabul ediliyor ve devlet devlet olduğu için egemenlik sahibidir deniliyor. Millete gelince, bu doktrinde millet devletin ancak bir organıdır, tıpkı parlâmento gibi. Millet seçmek için bir organdır, parlâmento yasamak için bir organdır. Böyle bir doktrinin ulaştığı neticeler kolayca görülüyor. Eğer millet devletin sadece bir organı ise, devlet milletin görevini ve haklarını istediği gibi düzenler ve sınırlar.

Bu açıklamaları sırasında egemenlik kavramının düştüğü çelişiklikler den ve karşılaştığı imkânsızlıklardan bir kaçını gösterdim. Fakat bununla yetinilemez. Gelecek toplantımızda, devlet meselesine tatbik edilmek istenen metafizik hal çarelerinin karşılaştığı teorik ve pratik imkânsızlıkları daha ayrıntılı olarak göstermeğe çalışacağım.

4 Şubat 1926

YEDİNCİ DERS

DEVLET PROBLEMİ

METAFİZİK ÖNERMENİN İMKANSIZLIKLARI

Baylar,

Geçen görüşmemizde devletin ne olduğunu araştırdık ve gördük ki devlet en çok maddî kuvvet belirtilerinde göze çarpıyor. Bunun üzerine bu kuvvetin nasıl meşru olabileceğini araştırdık ve gördük ki eski ve çok yaygın bir doktrin, insanlara has metafizik ihtiyacının etkisi altında, devlet kudretinin meşruluğunu egemenlik kavramiyle izah etmektedr. Bu temel üstüne bütün bir teori kurulduğunu, bu teorinin şüphesiz ki mantıklı, fakat sunî olduğunu ve bu doktrin taraftarlarının egemenliğin sahibi kim olduğunu belirtmek konusunda birbirlerinden ayrıldıklarını gösterdik.

Burada durmamalıdır. Çünkü, sunî de olsa, egemenlik doktrini, pratikte hayırlı neticeler hasıl ettiği ve modern dünyanın politik olaylarını izah eylediği takdirde savunulabilirdi. Halbuki iş tamamiyle tersinedir. Egemenlik teorisi, her çeşit imkânsızlıklara çarpmakta olduğundan kabul edilemez ve şiddetle reddedilmelidir. İlâve edeyim ki, fazla olarak bu teori meş'um neticelere ulaştığından fikrimce kesin olarak mahkûm edilmelidir. Bugünkü konuşmamızda bunu göstermek istiyorum.

I

İlk önce, eğer bir egemenlik varsa bu nereden gelmiştir, bunun aslı nedir? Asırlardan beri mesele tartışılmakta, deliller ileri sürülmekte ise de meselenin halline doğru bir adım bile ilerlenememektedir. Doktrinler sayısızdır. Bunları ayrıntılariyle anlatmağa hiç niyetim yok; ama tâli unsurlar bir tarafa bırakılırsa, iki grupa ayrıldığı söylenebilir: teokratik doktrinler ve demokratik doktrinler.

Teokratik doktrinler de iki kategoriye ayrılır: bir takımına tabiat üstü ilâhî hukuk teorileri, ötekilerine de mukadder (providentiel) ilâhî hukuk teorileri adı verilir.

Tabiat üstü ilâhî hukuk teorisinde ulûhiyetin prense, hemen hemen

adını da belirterek, egemen kudreti verdiği öğretilir. Böylece XIV üncü asırdan beri, Fransız hukukçuları Fransa Kralının «kudretini Tanrı'dan ve kılıcından aldığı» nı öğretmişlerdi. Bu formülün saray hukukçuları tarafından, Kralın haklarını, kudretiyle işe karışmağa yeltenen papaya ve bütün Avrupa'nın genel hükümdarı (suzerain) olduğunu iddia eden Alman İmparatoruna karşı savunmak için icadedildiği doğrudur. Bununla beraber, bu formül tabiat üstü ilâhî hukuk teorisinin pek basit ve pek açık bir ifadesidir. XX inci asırda bile, İmparator Wilhelm II. nin bir takım nutuklarında bunun açıkça benimsendiği görülmüştür.

Mukadder (providentiel) ilâhî hukuk doktrini daha ince ve daha ustalıklıdır.. Evet, der, egemenlik Tanrı'dan gelir, Omnis potestas a Deo, her şeyin Tanrı'dan geldiği gibi. Ancak, Tanrı'dan gelen egemenliğin kendisidir, egemenliğin cevheridir. Çeşitli memleketlerde ve çeşitli zamanlarda aldığı olumsal (contingent) biçimleri ile egemenlik Tanrı'dan değil, insanlardan gelir. Egemenliğin biçimi halk iradesinin mahsulüdür; insan yaratmasıdır; insan eserlerinin bütün yetkinsizliklerini taşımakta et insan eserleri gibi gelişmektedir. Kudret cevherinin Tanrı'dan geldiği noktası bir tarafa bırakılırsa, mukadder ilâhî hukuk doktrini esasında demokratik doktrin gibi fikir yürütmektedir, hatta bazı yazarların eserlerinde arık demokratik doktrinden daha bilimsel bir karakter göstermektedir.

Teokratik doktrinlerin hareket noktalarının anti - bilimsel olduğu meydandadır ve bundan dolayı tartışmağa bile değmez. Ama bu doktrinlerin de mantıklı olduğu apaçıktır. Gerçekten, eğer egemenlik var ise, o ancak insan iradelerine üstün bir iradenin kudreti olabilir; o halde bu kudret, tabiat üstü ve sonsuz kudrette bir varlık tarafından verilmedikçe mevcut olamaz.

II

Demokratik doktrinler de teferrüatta birbirinden ayrılırlar, ama müşterek bir esasda toplanarak şöyle ifade edilebilir. Asıl egemenlik topluluğa aittir. Modern toplulukların çok kere millet biçimini aldığı göz önüne getirilirse, demokratik doktrin sık sık tekrar edilen şu formül ile özetlenebilir : Asıl egemenlik milletindir. Demokratik doktrin millet egemenliği doktrinidir.

Bu nokta üzerinde bir anlaşmazlığı önlemek ve çok açık olarak konuşmak isterim. Bugünkü derse verdiğim başlık dolayısiyle, millet egemenliği konusunda söylediklerim ve yazdıklarım dolayısiyle biliyorsunuz

ki ben, millet egemenliğinin varlığını bilimsel olarak inkâr ederim.

Fakat, buna rağmen ben demokratim; kendimi pek demokrat bili - yorum, hatta umumî toplantılarda şatafatlı bir surette millet egemenliği prensibini ilân edenlerden daha demokratım. Ben demokratım, çünkü her memlekette, kamu işlerinin yönetiminde bütün vatandaşların eşit pay sahibi olmalarının arzuya şayan, ne kadar mümkünse o kadar arzuya şayan olduğu düşüncesindeyim; ben hatta kadınlara da seçim hakkı verilmesini inanarak savunanlardanım. Bundan dolayı, ateşli bir demokratım diyebilirim. Fakat bu, benim gerçeği olduğu gibi görmeme ve bilimsel olarak millet egemenliği kavramının hiç bir gerçeğe uymadığını söylememe engel olmaz.

Fransız ihtilâli ve anayasalarımızdan bir çoğu millet egemenliğini ilân etmişlerdir. Bu hal, egemenlik doktrininin doğru bir doktrin olduğunu hiç isbat etmez. Bu yanlış dogma ilân edilmeseydi birçok kötülükler ve cinayetler belki de önlenmiş olacaktı. Bu yanlış prensip iledir ki zihinler ateşlendirilmiş ve ifratlara varılmıştır. Bütün bir devir, millet egemenliği sözünün sihirli bir meziyeti olduğuna inanılmıştı. Bu söz Avrupa'daki tahtların çoğunu sarsmış, sonra da devirmişti. Bunların hiç birisi bu sözün gerçeği ifade ettiğini ifade etmez. Bu sözün sosyal bir etkisi olmuştur, evet. Doğru olsun veya olmasın; insanın tabiat üstü ve esrarlı kavramlara karşı hiç doymak bilmiyen bir inanma ihtiyacı vardır. İnsan artık tanrılara inanmıyor; kelimelerin tabiat üstü meziyetine inanmıyor. Bir asırdan fazla bir zaman bu millet egemenliği idi; bugün sendika hürriyeti, grev hakkı, günde sekiz saattir. Birbirinden daha aldatıcı, daha tehlikeli formüller ki bunlara karşı sosyalog hukukçu politik adamları ve seçmenleri uyarmak ödevindedir.

Bütün bunlar ne olursa olsun, birkaç kelime ile millet egemenliği sistemini şöyle açıklıyalım. Sistem en açık ifadesini J. J. Rousseau'nun sosyal sözleşmesinde bulunmuştur (1). İnsanlar tabiî olarak ayrı, hür, bağımsızdır. Belirli bir zamanda, kendilerinden birbirlerine yaklaşmışlar ve aralarında zımnî bir anlaşma olmuş ki bununla insanlar, karşılığında güvenlik elde etmek için tabiî bağımsızlıklarından vazgeçmişler. İşte sosyal sözleşme ki bundan kamul - ben (moi - comun) veya genel irade doğmuş. Eğer bu insan topluluğu bir millet ise, kamul - ben, genel irade millet şuuru, millet iradesidir. Bu genel irade, bu millet iradesi aşağıdaki iki sebepten dolayı egemendir:

1. — Genel irade ferdî iradeden daha büyüktür; kap muhtevadan

(1) Sosyal sözleşme, Kitap I, Bölüm I ve bölüm VII.

daha büyük olduğu gibi. Bundan dolayı genel irade ferdî iradelerden tabiî olarak üstündür ve egemendir. 2. — Her ne kadar genel irade ferdî iradelerden tabiatı iktizası üstün ise de ferdî iradelerin toplamıdır ve emrettiği vakit, ferdî iradeler onu saymakla gerçekte kendi kendilerini saymış olurlar. Fertlerin genel iradeye veya millî iradeye bağlı olmaları doğrudur, çünkü böylece kendi kendilerine bağlılık göstermiş oluyorlar, çünkü genel iradeye itaat etmekle kendi kendilerine itaat etmiş olurlar.

Sosyal sözleşmede bu fikri açıkça ifade eden fıkraların sayısı epeycedir. İşte ikisi. Sosyal sözleşmenin başında J. J. Rousseau şunları yazıyor: «İnsan hür doğmuştur ve her yerde zincire vurulmuştur. Bu değişiklik nasıl olmuştur? Bilmiyorum. Bunu ne haklı gösterebilir? Bunu belirtebileceğimi sanıyorum.» Ve biraz daha ileride: «Egemen topluluğu teşkil eden fertlerden başka bir şey olmadığına göre onların menfaatlerine aykırı menfaatleri yoktur ve olamaz.» diyor.

III

Bu düşüncelerin değeri nedir? Hiç. Bunu göstermek kolaydır. Bir kere genel irade mevcut olsa bile bunun ferdî iradelere üstün olduğunu hiç biri isbat etmez. Genel de olsa o bir insan iradesidir ve Tanrı tarafından genel iradeye egemenlik verildiğini isbat etmedikçe, onun egemen olduğunu ileri süremezsiniz. Halkın egemen olduğunu ileri sürmekle bir inanış belirtiyorsunuz. Bu inanış Tanrı'nın kırala egemenlik bağışladığına inanmağa benzer. Bunun için: «Millet egemenliği doktrini kralın ilâhi hakkı yerine milletin ilâhî hakkını geçirmekten başka bir şey yapmamıştır.» diyenler yerden göğe kadar haklıdır.

Rousseau'nun ve çömezlerinin yürüttükleri fikre gelince: «Genel iradeye itaat ediyorum ve bununla beraber hürüm, çünkü ancak kendime itaat etmiş oluyorum, çünkü genel irade ferdî iradelerden teşekkül eder.» diye fikir yürütmek çelişikliğe ve safsataya düşmek demektir. Çünkü, bir kamul - ben, bir kollektif kişi mevcut olduğu ve bu kollektif kişinin ferdî iradelerden ayrı bir iradesi bulunduğu, bundan dolayı millî iradenin ferdî iradeler toplamı olmadığı ileri sürüldüğüne göre ben genel iradeye itaat ettiğim vakit, ferdî iradelerden ayrı bir iradeye, fertlerden üstün ve ayrı bir egemene itaat etmiş oluyorum. Kendime değil, bir üstün iradeye itaat ediyorum. Böyle düşünce yürütmekle çelişikliğe düşersiniz ve hiç bir şeyi izah etmiş olmazsınız.

Şimdi, biraz ince olan bu diyalektiği bırakalım ve olayı inceleyelim.

Millet egemenliği prensibini ilân ve tatbik eden bir memlekette ne olur? Seçim veya plebisit şeklinde vatandaşların oyları toplanır. Oyların sayımı ile çokluk anlaşılmadıkça karar belirmez. Eğer bir karar 500 e karşı 1000 oyla alınmış ise gerçekte 1000 kişi iradeleriyle öteki 500 kişiye hükmetmiş olurlar. Bu takdirde, sizin millet egemenliği dediğiniz nesne 1000 kişinin elinde demektir ve 1000 ferdî irade öteki iradelere hükmetmek iddiasındadır ve bu bir Kralın iradesiyle tabasına hükmetmek istemesinden daha haklı bir iddia değildir. Millet egemenliği sadece azınlığın çoğunluk boyunduruğu altına girmesidir.

Rousseau bu itirazı sezmiştir. Buna cevap vermek istemiş ve, burada bir spor tâbirini kullanabilirsem, diyeceğim ki safsata rekorunu kırmıştır. Filhakika şunları yazmaktan çekinmiyor: «Eğer (millet meclisinde) benim fikrime zıt bir fikir üstün gelirse, bu olay ancak benim yanıldığımı ve genel iradenin yanılmadığını isbat eder. Eğer benim düşüncem üstün tutulsaydı ben istediğimden başka bir şey yapacaktım ve bu takdirde hür olmıyacaktım.»

Böylece, Rousseau'ya göre, insan ancak kayıtsız şartsız genel iradeye, gerçekte çokluğun iradesine boyun eğdiği takdirde hür olabilir. Unutmayınız ki Rousseau, eğer fransızca yazmış, güzel bir fransızca ile yazmış ise de fransız değildi, Cenevreli bir kalvinistti. Bu durumu politik zihniyetinin anlaşılmasını kolaylaştırır. İnkâr edilemez ki Rousseau'nun düşünceleri Hegel'e politik felsefesini ilham etmiş ve zamanımızın Alman hukukçuları Hegel'in felsefesinden çıkardıkları kuvvet doktrini ile içerde mutlakiyet, dışarda saldırganlık şeklinde tecelli eden Alman politikacısına ilham vermişlerdir (1).

IV

Şimdi teoriyi bırakalım ve meseleyi tamamiyle pratik bakımdan inceleyelim. Millet egemenliği doktrini evrensel seçime temel teşkil etmeğe yarasa, size derim ki: çelişikliklerine ve teorik kusurlarına rağmen bu doktrini savunmalıdır. Ne gezer! Bu doktrin bu meziyeti bile göstermemiştir ve bu o kadar doğrudur ki 1789 kurucular meclisi seçim hakkını daraltmak için millet egemenliği prensibini ileri sürmüştür. Millet egemenliği prensibine inanılan bir devir varsa, şüphesiz ki bu Fransız ihtilâlinin başlangıcı olmuştur. M. de Tocqueville milli egemenliği inancının, dinî inançlar gibi, evliyaları ve kurbanları olmuştur der. Buna rağ-

(1) Revue du droit public 1918 ve ayrı basıda «J.J. Roussean, Kant et Hégel» başlıklı etüdüme bak.

men 1791 kurucuları evrensel seçim hakkını tesis etmekten çok sakınmışlardır. Millet egemenliği prensibinin onları herkese seçim hakkı vermeğe değil, fakat genel iradeyi belirtmeğe en liyakatli olanları ayırdetmeğe zorladığını bildirmişlerdir. Yarım asır sonra, 1848 de, millet egemenliği prensibi ile evrensel seçim hakkı resmen ilân edildiği zaman evrensel seçimin adı vardı ama sanı yoktu. Gerçekte evrensel seçim hakkı yoktu, çünkü kadınlara seçim hakkı reddedilmişti, Fransız halkının yarısı politik hayattan uzak tutulmuştu.

İşte böylece demokratik teori hiç bir şeyi izah etmemiş bulunmaktadır. Teokratik teori gibi o da egemenliği haklı göstermekten âcizdir. Fakat, egemenliğin asıl sahibi kim olursa olsun, ister prens, ister millet veya devlet olsun, menşei ne olursa olsun, egemenlik mevcuttur; bunu inkâr etmek bedaheti inkâr etmektir; hakikati olduğu gibi kabul etmelidir diyorlar.

Cevabım şudur: egemenlik mevcut değildir; mevcut olan egemenliğe inanıştır, veya böyle bir inanç hiç olmazsa belirli bir devirde hüküm sürmüştür, çünkü bugün bu inanç sönüş halindedir. Bu inancın ardında bir şey yoktur, hiç bir şey olmamıştır. Bu inanç tehlikelidir ve bunun için yıkılmasını tamamlamalıdır. Fakat, hemen ilâve edeyim ki, hükûmet edenlerin emretmek hakları yoksa kamu hizmetlerini yürütmek, teşkilâtlandırmak, düzenlemek vazifeleri vardır. İşte bu vazife, ileride göstereceğim gibi, hükûmet edenlerin yetkilerini aynı zamanda hem tesis, hem de tahdit eder.

Devlet egemenliği inancını yıkmağa çalışmak ödevinde olmamızın sebebi bu inançla kamu hukukunu da, devletler hukukunu da kurmanın mutlak surette imknsız olmasından ileri gelmektedir.

Hatırlatırım ki, egemenlik, eğer mevcut ise, devlet iradesi olabilir, bu irade bağımsızdır, kendi kendini tayin eder, faaliyetinin sınırını ancak kendisi tesbit eder. Devlet hukuk kuralı ile bağlı olmadıkça ve bu hukuk kuralı dolayısiyle bir takım şeyleri yapmak, bir takım şeyleri de yapmamak mecburiyetinde bulunmadıkça kamu hukuku olamaz. Halbuki, devlet kendi faaliyetinin konusunu kendisi tayin eder ve devletin iradesi yabancı bir unsurla sınırlanamazsa devleti bağlıyan bir hukuk kuralı tasarlanamaz ve gerçekleşemez. Bundan dolayı, ya kamu hukukunu feda etmeli veya egemenliği feda etmelidir. İkisinin ortası yoktur.

Çelişikliği uzlaştırmak için çok çalışılmış, ince diyalektik harikaları vücuda getirilmiştir; ama hiç başarı sağlanamamıştır. 1789 ve

1791 Fransız kurucuları, ileride size bazı tafsilâtı ile anlatacağım, tabiî ferdî haklar doktrini ile buna ulaştıklarını sanmışlardı. Şöyle deniyordu: insanın, insan olduğundan dolayı, tabiî, temlik, edilmez ve zaman aşımına uğramaz hakları vardır ki devlet bunları ihlâl edemez veya, hiç olmazsa, herkesin haklarını korumak için gerekli olduğu kadar sınırlıyabilir. Bu takdirde çözülmesi imkânsız şöyle bir ikilem karşısında kalırız: ya devlet ferdin haklarına konulacak taditleri egemen olarak takdir eder ve ferdî hürriyet ortadan kalkar; veya devlet ferdî hürriyetleri istediği gibi tahdit edemez ve bu takdirde devletin egemenliği suya düşer.

Buna yakın bir alanda, sözleşme alanında, aynı imkânsızlık belirir ve aynı ikilem kendini gösterir. Mahkemeler ve hukukçular tarafından evrensel olarak kabul edilmiş bir prensip varsa o da devletin yaptığı sözleşmeler ile borç yüklendiği ve bağlandığıdır. Halbuki, eğer devlet egemen ise, sözleşme ile bağlanamaz, çünkü bağlandığı takdirde devlet iradesini kendi kendine tayin etmekten çıkmış olur; eğer sözleşme ile bağlı ise artık eğemen değil demektir. İkilemi bertaraf etmek için kamu hukuku sözleşmesini icadettikleri doğrudur. Buna muvaffak olamadılar, çünkü sözüm ona kamu hukuku sözleşmesi sözleşmenin tam tersidir, çünkü taraflardan biri olan devlet kendisi isterse borçlu sayılacaktır.

Egemenlik kavramının ölümünü tamamlamalıdır. O ölmüştür ama öyle ölüler vardırki öldürülmek ister (1).

V

Alman hukukçuları güçlüğü iyi anlamışlar ve ortadan kaldırmak için icad ettikleri ustalıklı, hem de çok ustalıklı sistem ile göz boyamaktan daha ileri gidememişlerdir. Bu kendi kendini sınırlama (autolimitation) adı verilen teoridir. Bunun esası şudur: Söylediklerine göre, devlet egemendir, yani iradesi ancak kendi kendine belirir; fakat hukuk yaratan devlet kendi isteği ile kendi yarattığı hukuka bağlı kalabilir. Bu takdirde, hukuk ile tutulmuş, bağlanmış ve sınırlanmış olduğu halde egemen kalır. Çünkü, kendi isteği ile hukuka bağlı kalmak kararını devlet kendi vermiş ve iradesi, hukukla sınırlanmış olsada, egemen kalmıştır.

Şüphesiz ki bu doktrin ustalıklıdır, ama kimseyi aldatamaz. Safsata

---

(1) Revue de Paris'nin 1 mart 1926 tarihli nüshasında Bay Politis'nin «Les limitations de la souveraineté» başlıklı güzel yazısına bakılması. Bay Politis egemenlik kelimesini muhafaza ediyor, ama ifade ettiği nesneyi inkâr ediyor.

meydandadır. Filhakika, eğer devlet ancak kendi istediği için, iyi bir politika sandığı için, ve hukuka uygun davranırsa kendisine daha iyi itaat edileceğini düşündüğü için hukuka bağlanmış ise şartlar değişince ve hukuku çiğnemekte menfaat görünce hukuka bağlılıktan kendi isteği ile sıyrılıp çıkabilir (2).

Kendi kendini sınırlama doktrinini ilk ortaya koyan büyük hukukçu İhering böyle bir neticeden hiç çekinmemiştir. Açıkca: «Hukuk bir kuvvet politikasıdır, kendini daha iyi saydırmak için devlet hukuka bağlanabilir; fakat her ne zaman haller ve şartlar dolayısiyle menfaatı hukuktan ayrılmayı gerektirirse devlet hukuk.. bağlı tutulamaz.» demektedir. Jellinek buna benzer sözlerle aynı fikri ifade etmiş ve «hukuk devlet için yapılmıştır, devlet hukuk için değil.» demiştir..

Böylece, 5 ağustos 1914 de, Bay Bethman Hollweg, kabul ettiği İngiliz elçisinin, Almanya tarafından Belçika tarafsızlığının çiğnenmesinden dolayı İngiltere'nin Almanya'ya harp ilân ettiğini bildirmesi üzerine, Almanya'nın, imzaladığı Belçika tarafsızlık antlaşmasını kepazece çiğnemesine telmih ederek: «Bütün bunlar bir kâğıt parçası için mi?» diye haykırmıştı. Bay Bethmann - Hollweg bu sözü ile, en büyük Alman hukukçularının teorisini politika diline çevirmekten başka bir şey yapmıyordu.

İşte egemenlik kavramının zorunlu ve mantıklı olarak nereye sürüklendiğini görmüş oluyoruz. Artık bir hüküm vermek ve egemenlik kavramına kesin olarak hüküm giydirmek gerekmez mi?

Devlet metafizik anlayışını ve egemenlik teorisini yıkmak yetişmez, yerini doldurmak, devletin gerçekte ne olduğunu ve devletin hukuka hakikaten nasıl bağlı olduğunu göstermek lâzımdır. Gelecek toplantımızda buna çalışacağız.

9 şubat 1926.

---

(2) Ihering, Der Zweck im Recht, s. 343, 366 ve 367; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, s. 302-306 ve 323-331.

SEKİZİNCİ DERS

DEVLET PROBLEMİ. – GERÇEKÇİ GÖRÜŞ. DEVLET KUVVETİNİN TEMELİ VE SINIRI ANCAK BU GÖRÜŞLE BELİRTİLEBİLİR. KAMU HİZMETİ KAVRAMI.

Baylar,

Geçen derslerimizle şu neticelere ulaşmıştık:

1. – Emreden kudretin sübjektif hakkı olarak, ancak ve yalnız kendi kendini belirten bir iradenin kuvveti olarak egemenlik mevcut değildir.

2. – Egemenlik mevcut olsaydı sahibi bulunamıyacaktı. Çünkü egemenlik ne prense, ne bir kişi gibi sayılan millete, ne de kişileştirilen devlete izafe edilemez. Millete bile izafe edilemez, çünkü bu fert çoklığumun iradesiyle azınlığa hükmetmesi demek olur ve bunun niçin böyle olduğunu anlamak mümkün değildir.

Fakat, siz bana diyeceksiniz ki, egemenliğin varlığı inkâr edilirse, devletin varlığı da inkâr edilmiş olur ve her şey yıkılır; bu sadece bir anarşidir. Hayır! Hiç bir şey yıkılmaz, tersine her şey kurulur ve mânasız bir formül olan millet egemenliği ile olduğundan çok daha sağlam olarak kurulur.

I

Yarın burada, edebiyat fakültesinde profesör Bay Hostelet'nin otorite prensibi hakkında bir konferansını dinliyeceksiniz. Böyle bir konu üzerinde söz söylemeğe Bay Hostelet'nin herkesten fazla hakkı vardır. Çünkü, asil Belçika milletine mensup olduğu için, Alman saldırganlığı felâketine uğramıştır. Bu saldırganlığın failleri, kendilerini savunmak için, eğemen otorite prensibini öne sürmüşlerdir. Bay Hostelet gibi ben de otorite prensibini inkâr etmem. Fakat, otoritenin hangi unsur üzerine kurulması gerektiğini ve egemen otorite kelimelerinin ifade ettiği maksat altında neler gizlendiğini bilmemiz lâzımdır. İşte ben sizi bilhassa buna dâvet ediyorum ve şimdiden düşüncemi şöyle belirtiyorum: insan topluluklarının yaşaması için gerekli olan bu otorite, sözüm ona

sübjektif hukuk üzerine kurulamaz, yalnız ve yalnız topluluk halinde yaşıyan insanlara düşen ödev üzerine kurulabilir.

Ödev meselesinden, isterseniz ahlâk meselesinden daha önemli, daha esaslı bir mesele dünyada yoktur. Gerçekte sosyal, politik, iç veya milletler arası bütün meseleler ahlâk meselesine müncer olur ve insan vicdanında yer alan bütün meseleler, yer yüzünde büyük ve küçük herkes ödevini yerine getirirse, birden bire çözünlenmiş olur. Büyük ve küçük derken idare edenler ile idare edilenleri düşünüyorum. İdare edenler ödevlerini yerine getirmedikçe bir devlet yaşıyamaz ve büyüyemez. İdare edenlerin ödevleri şöyle özetlenebilir: idare edenler kendileri için değil, vatandaşlar için hükûmet etmelidir. Böyle davrandıkları ölçüde ve ancak böyle davranmak şartiyle iradelerini idare edilenlere yükliyebilirler ve kudretleri, aslı dolayısiyle veya sahip oldukları iddia edilen sözüm ona hukuk dolayısiyle değil, kullanış tarzları dolayısiyle haklı gösterilebilir.

İdare edenlerin kudretinden bahsederken maddî kuvveti kastediyorum. Gerçekten hükûmet belirtilerini doğrudan doğruya inceliyecek olursak bunların daima maddî belirtiler şeklini aldığını görürüz. Şüphesiz, devletlerde parlâmentolar, devlet başkanları, kırallar, cumhur başkanları, bakanlar vardır. Ancak, emirleri altında istedikleri vakit harekete getirecekleri bir maddî kuvvet bulunmazsa bunlar hiçe iner. Joseph de Maistre, cellat ilâhîdir, çünkü ilâhi olan hükûmet kudretinin sembolüdür derdi. Ben bu kadar ileri gitmem, cellattan, ilâhîden bahsetmeği sevmem; ama, mistik tarafı ortadan kaldırılırsa, Joseph de Maistre'in formülü doğrudur. Ben sadece derim ki: devletin kuvveti jandarmadır, çünkü jandarma kamu kuvvetinin sembolüdür ve kuvvetsiz devlet olamaz.

Olay budur; mukavemet edilmez bir zorlama kuvvetini istedikleri gibi harekete geçirmek imkânını bir takım kimseler nasıl ele geçirmişlerdir; kısaca, insan topluluklarında nasıl olmuş ta idare edenler ve idare edilenler meydana gelmiştir? İdare edenler ile idare edilenler arasında farklaşma nasıl hasıl olmuştur? Devlet bu farklaşmanın mahsulüdür. Bir toplulukta bu farklaşma hasıl oluncu devlet meydana gelmektedir.

Politik farklaşma, çeşitli unsurların etkisi altında, yavaş yavaş gerçekleşmiştir: güvenlik ihtiyacı, dini inançlar, falan veya filan kimselere tabiat üstü bir kudret izafe edilmesi ve daha bir çok sebepler bu konuda rol oynamıştır. Politik gelişmeyi incelemek için, Herbert Spencer'in yapmağa yeltendiği gibi, bütün insanlık tarihini gözden geçirmek ge-

rektir. Burada böyle bir işe girişemiyeceğim şüphesizdir. Size yalnız bir kaç kelime ile, bilhassa XIX nci yüzyıllarda en çok ve en kuvvetli etkiler yapan unsurları göstermek isterim.

Politik farklaşmalar hasıl eden unsurlar konusunda, bazan genel teoriler belirtmek istenilmiş ise de bu davranış hiç doğru olmamıştır. Her genellemede bir hakikat payı vardır, fakat daha büyük bir yanlışlık payı da vardır. Politik farklaşmanın genel şekilleri hakkında ileri sürülen teorilerden yalnız ikisini zikredeceğim.

İlk önce dinî teori ki her memlekette ve her devirde hükûmet kuvvetlerinin teşekkülünü bir takım kimselerin tabiat üstü bir kuvvet sahibi oldukları inancına atfeder. Şüphesiz ki, iptidaî kavimlerin çoğunda, dinî inancın politik muesseselerin teşekkülüne başlıca âmil olduğu bir gerçektir. Çok kere bazı ailelerin uluhiyetten özel bir kudret aldığına inanılmış ve politik kudret ile dinî kudret birbirine karıştırılmıştır. Çeşitli devirlerde arî veya samî asıllardan olan bütün topluluklarda bu olay başgöstermiştir. Çarlık Rusyası 1917 ye kadar, veya hiç olmazsa 1905 e kadar, dinî inançlara dayanan bir politik kudretin bize tam bir misalini arzetmiştir.

Zamanımızda dahi, pozitif bir dinin her türlü inancından kendini tamamiyle sıyırdığını sanan memleketlerde bile dinî ihtiyaç önemli bir yer tutar ve halk belirli formüllere veya belirli müesseselere tabiat üstü bir kuvvet atfeder. Bu mistikliğin politik teşekkülerde rol oynadığı ve bir hükümet unsuru teşkil ettiği söz götürmez. Sosyologlar ve politikacılar bunu bilmezlikten gelemezler. Millet egemenliği sendikacılık, genel grevin ve günde sekiz saat çalışmanın tılsımlı fazileti hakkındaki inançlar, dinî duyguların etki yapmakta devam ettiğini gösteren tipik misallerdir.

Dinî inançların politik farklaşma üzerine tesir ettiği ve hâlâ da etmekte olduğu muhakkak ise de tek müessirin bu olduğu doğru değildir; bunun yanında başka unsurlar da etkilerini göstermişlerdir. Politik gelişmede ekonomik kuvvet daima birinci derecede bir rol oynamıştır. Karl Marx ile çömezleri, tarihte politik kudretin daima ekonomik kudretle at başı bir gittiğini ve devlet kuvvetinin daima serveti elinde tutanlarda olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, Roma tarihinde pleblerler patriciler arasında görülen sürekli mücadele hiç te politik değil fakat ekonomik bir mücadele idi ve pleb zenginlik kazanınca politik kudreti de kazanmıştı. Roma'da olanlar başka memleketlerde de olmuştur veya olacaktır ve zamanımızda işçi sınıfının politik kudreti ele ge-

çirebilmesi için önce burjuva sınıfının mallarını ellerinden alması lâzımdır. Bu, birkaç kelime ile meşhur tarihî maddecilik teorisidir.

Politik müesseselerin teşekkülünde zenginliğin önemli bir rol oynadığı inkâr edilemez ise de dinî unsur gibi zenginlik te yalnız başına müessir olmuş değildir. Ekonomik faktör ile her şeyi izaha kalkışmak ne kadar yanlış ise politik kudretin tek kaynağı dinî inanç olduğunu ileri sürmek o kadar yanlıştır.

Bu iki unsur, devirlere ve memleketlere göre değişen şartlar altında birlikte rol oynamışlar ve çeşitli şekillerde hükûmetlerin teşekkülüne sebep olmuşlardır. Fakat bu hükûmetler ancak, idare edenlerin beklemekte haklı oldukları hizmetleri yerine getirdikleri veya hiç olmazsa idare edilenler tarafından bu hizmetlerin yerine getirildiğine inanıldığı müddetçe tutunabilmişlerdir. Gerçekte görevini yerine getirmiyen, eski Fransa'nın bir güzel formülüne göre, adaletle barışı sağlamıyan her hükûmet yıkılmağa mahkûmdur. Aslı ne olursa olsun, teşekkülü sırasındaki kargaşalıklar, cinayetler ve zorbalıklar ne olursa olsun, kargaşalık devri geçtikten sonra vazifelerini yerine getiren ve adalet ile barışı sağlıyan her hükûmet tutunur, saygı ve minnet kazanır.

II

XIX uncu ve XXnci yüzyıllarda politik farklaşma nasıl hasıl oldu? Esmein şöyle yazmıştı: «Öyle görünüyor ki evrensel seçim fizik bir olay tarzında ileriliyor.» Esmein haklı idi. Gerçekten, dünyanın her memleketinde politik kudret yavaş yavaş sayı çoğunluğunun eline geçmiştir. Bununla beraber, çoğunluğa paralel olarak, başka politik kuvvetlerin rol oynamadığını sanmak yanlış olur. Bunu görmiyen devlet adamı ve sosyolog gerçeği anlamamış demektir. Meselâ, belirli memleketlerde, bilhassa İngiltere'de, hükümdarlık inancı, öyle bir kuvvettir ki ihmal edilmesi büyük bir ihtiyatsızlık olur. Hiç bir yerde dinî tesir tamamiyle ortadan kalkmış değildir. Bunu unutan politikacı hatırı sayılır hayal kırıklığına uğrar. Nihayet, bütün dünyada sendikacılık politik kuvvetlerin birinci plânında görünüyor. Gerek kurulmuş olan meslek teşekkülleri, gerekse sendikacılık formülüne izafe edilen mistik ve tabiat üstü kuvvet durumu böyle gösteriyor.

Sendikacılık hareketi hakkında söylenecek çok şey var. Bu konu üzerinde biraz durmak ve gelişmesinin nasıl bozulduğunu kısaca göstermek istiyorum.

Sendikacılık, hiç olmazsa 25 yıl kadar önce Fransa'da görüldüğü gibi, iş birliği ve sınıfların mertebelenmesi (hiérarchisation) esaslarına

dayanarak topluluğun yeniden teşkilâtlanmasını sağlamak için girişilen bir çalışma maihyetini gösteriyordu. Fransız ihtilâli eski sosyal gruplanmaları ilga etmek, ve doğma olarak millet egemenliğini ve fertlerin eşitliğini ilân etmek suretiyle sosyal dağıtma denilebilecek bir durum yaratmıştır. Bütün fertler eşit, fakat bir birinden ayrılmış olarak pek kudretli devletle karşı karşıya bırakılmış; fertler arasında menfaatlerine ve temayüllerine göre hiç bir gruplanma kalmamıştı. Bütün XIX uncu yüzyıl, fertlerin temayül, ihtiyaç ve yaptıkları işlerdeki benzerliklere göre dernekleşme gayretleriyle doludur. XX nci yüzyıl başında bu değişikliğin unsurları açıklanmış ve kesinleşmiş görünür. Aynı işleri gören, menfaatleri aynı olan fertler bir birlerine yaklaşma temayülleri gösterirler, dernekler, işbirliği eden ve aralarında mertebeleşen korporasyonlar kurarlar. Böylece yeni bir topluluk hayatını ilk belirtileri görülmeğe başladı. Bu yeni hayatta muhtelif sosyal sınıfların belirli birer yapısı olacak ve böylelikle belirecek politik kuvvetler çoğunluğun kudreti karşısına birer varlık olarak çıkacaktı. Bilhassa Fransa'da politik temsilin iki meclis tarafından sağlanması ve meclislerden birinin evrensel seçimle sayı çoğunluğunu, ötekinin ise sendika halinde teşkilâtlanmış meslek sınıflarını temsil etmesi zamanının yaklaştığı görülüyordu.

İşçi âlemini sınıf savaşına tahrik eden ve sendikacılığın işçiler tarafından kapitalist burjuvaları kamulaştırarak yok etmek için savaş haline girmesi demek olduğunu iddia eden demagogların müdahaleleri ile meydana getirdikleri ihtilâlci sendikacılık olgunlaşacak gibi görünen yeni gelişmeyi bozmuş ve engellemiştir. Öyle sanıyorum ki bu kamulaştırma ve yok etme işleri gerçekleşme safhasına yaklaşmış değildir. Öyle sanıyorum ki bu demogojik kehanetlerin ve altı yıl kadar önce girişilen ve gülünç bir surette başarısızlığa uğrayan bir takım genel grev teşebbüslerinin neticesi sendikacılığın politik kuvvetini artırmaktan ziyade eksiltmek olmuştu. Her şeye rağmen, modern memleketlerin çoğunda meslekî sendikalar şüphesiz ki hâkim bir kudret teşkil etmekte ve yakın bir gelecekte politik temsil elde etmek yolunu tutmaktadır.

III

Her ne ise, yukardaki açıklamalarımızın neticesi şunlardır: Bir hükûmet, memlekette mevcut belirli politik kuvvetlere dayanmadıkça ve bundan başka kendine düşen sosyal görevi yerine getirmedikçe vücut bulamaz ve tutanamaz. Böyle bir hükûmet mevcut olduğu takdirde topluluk devlet olarak teşkilâtlanmış demektir. Devlet hiç te egemen bir kollektif kişi değildir, fakat sadece, bir topluluk içinde idare edenler adı verilen bir veya bir kaç kişinin politik kudreti yani mukavemet

edilmez bir zorlama kudretini haiz olması demektir. İdare edenlere düşen vazifeleri gerçekleştirmeğe yöneldiği takdirde bu zorlama kudretinin kullanılması haklıdır.

Devletin vazifelerinden bahsettiğimiz vakit, mevcut olmıyan egemen ve kollektif bir kişiyi değil, gerçekte mevcut olan fertleri göz önüne getiriyoruz ve «idare edenler» adı verilen bu fertlere düşen vazifeleri kastediyoruz. Meselâ: Fransız devletine düşen vazifelerden bahsettiğimiz vakıt, egemen kişi sayılan Fransız devletine değil (bu sadece bir zihin kavramından başka bir şey değildir) filen politik kudreti elinde tutan, etten ve kemikten olan fertlere, üç yüz senatöre, altıyüz mebusa, Cumhur Başkanına, on üç bakana düşen vazifeleri kastediyoruz. Sözümüz onlaradır; onlara diyoruz ki: siz idare edenlersiniz, neden dolayı bu duruma geçtiğinizi araştırmıyoruz; olayı ele alıyoruz; siz zorlama kuvvetini haizsiniz; bu kuvveti dilediğiniz gibi kullanabilirsiniz; fakat, ancak idare edenlere düşen vazifeleri yerine getirdiğiniz ölçüde bu kuvveti kullanmakta haklı olabilirsiniz.

Bu vazifeler nelerdir? Bunları öğrenmek için yıldızlara çıkmağa hiç lüzum yoktur, bunlar gök yüzünde değil yer yüzündedir ve kaynağını sosyal olayın kendisinden alırlar. Sosyal dayanışma olayı gerçekleşip gelişmedikçe bir millet yaşayamaz ve gelişemez. Bundan dolayı, ister cumhur başkanı, ister kıral veya imparator olsun, devlet başkanından en gönülsüz vatandaşa kadar, bir milletin bütün üyeleri için, ellerinden geldiği kadar sosyal dayanışmanın gerçekleşmesine çalışmak mecburî bir vazifedir.

Sosyal dayanışma hizmet mühadelesi ile gerçekleşir; herkes, durumuna ve kabiliyetine göre, hizmet arzetmelidir. İdare edenler, herkes gibi birer ferttir, iradeleri esasında hiç bir üstünlük taşımaz, mutlak bir hükümdarın iradesinde en gönülsüz bir köylünün iradesinden fazla bir değer ve kuvvet yoktur; köylü topluluğa el emeğini sunmağa borçludur, mutlak hükümdar da elinde tuttuğu kuvveti, genel menfaatin gerektirdiği bütün faaliyetlerin hiç duraklamadan yerine getirilmesi için kullanmağa borçludur. Bu faaliyetler o mahiyettedir ki, velev kısa bir zaman için olsa bile, aksaması topluluk düzenliğinin bozulmasına ve belki de yok olmasına yol açar.

Sosyal hayat için, sürekli gerçeklemesi gerekli olan bu faaliyetlerdir ki kamu hizmetlerinin konusunun teşkil ederler. Böylece idare edenlerin vazifeleri kamu hizmetlerinin işlemesini sürekli olarak sağlamak borcu ile özetlenebilir.

IV

Modern devletlerde kamu hizmetleri gittikçe çoğalmaktadır. Bir takım kamu hizmetleri öteden beri mevcuttur, şimdi de mevcuttur ve insan toplulukları devam ettikçe mevcut olacaktır. Bunlar. savaş, polis ve adalet hizmetleridir. İdare edenler topluluğun savunmasını dışarıdan gelecek düşmanlara karşı sağlamalıdırlar. İdare edenler topluluğun bütün üyelerine içerde barış ve eşit bir adalet sağlamalıdırlar. Uzun zaman kamu hizmetleri savaş, polis ve adaletten ibaretti. Bu üç hizmeti yerine getirebilmek için idare edenlerin gösterdikleri faaliyetler bir taraflı tasarruflar şeklinde olduğundan dolayı idare edenlerin özel mahiyette bir irade kuvvetine sahip olduklarına inanmak yoluna sapılmıştı. Gelenek halini alan imperium (sulta), kamu kudreti(puissance publique) veya egemenlik teorileri kısmen de bundan neşet etmiştir.

Zamanımızda savaş, polis ve adalet kamu hizmetleri, gerekli olarak, daima devam etmektedir; fakat bunların yanında teknik, endüstriyel ve ticarî mahiyette bir çok başka kamu hizmetleri daha doğmuştur. Ekonomicilerin formülüne göre, modern icatlar dolayısiyle millet ekonomisi ev ekonomisinin yerine geçmiştir. Millet ekonomisi ile demir yolları, elektrik ışığı, telefon gbi millî hayat için bir çok yenilikler doğmuştur. Bunun için, idare edenlerin vazifeleri sonsuz derecede çoğalmış ve görevleri çok karmaşık bir hal almıştır.

İdare edenler milletlerinin hayatı için gerekli olan bütün bu hizmetlerin aksamadan işlemesini sağlamak zorundadırlar. İktidarları yoksa ve bu görevleri yerine getirmeği beceremiyorlar ise durumlarını muhafaza etmeğe hakları kalmaz; kudretleri haklı olmaktan çıkar ve sona ermek lâzım gelir.

Bundan dolayı «Kamu hukukunun dönüşmeleri» (Les transformations du droit pubic) başlıklı kitabında yazdığım şu yazıları müsaadenizle zikredeceğim : Bütün iradeler ferdî iradelerdir; hepsinin değeri aynıdır; irade hiyerarşisi yoktur. Özne (sujet) bakımından her iradenin değeri aynıdır.

İradelerin değeri ancak yöneldikleri maksada göre belirtilebilir. İdade edenin iradesi bu sıfatla hiç bir kuvveti haiz değildir; fakat bir kamu hizmetinin teşkilatlanması ve işlemesi maksadına yöneldiği ölçüde değer ve kuvvet kazanır. Böylece kamu hizmeti kavramı egemenlik kavramının yerine geçmiş bulunmaktadır. Devlet artık emreden bir egemen kudret değildir; ellerinde tuttukları kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla ödevli bir takım fertlerdir. Kamu hizmeti kavramı kamu hukukunun temel kavramı olmaktadır»

11 Şubat 1926.

DOKUZUNCU DERS

DEVLETİN GÖREVLERİ: MADDÎ VE ŞEKLÎ BAKIMLARDAN DEVLET TASARRUFLARI. YASAMA GÖREVİ. ANAYASA KANUNLARI VE BAYAĞI KANUNLAR.

Baylar,

Devletin görevlerinden söz açıyorum. Tamamiyle doğru bir formül kullansaydım, hükûmetin görevleri derdim. Çünkü geçende göstermiş bulunuyorum ki devlet hiç de bir kişi değildir, bir şey istiyemez, bir şey yapamaz, ve kamusal faaliyet fiilen kuvvet tekelini elinde tutan fertler tarafından, yani idare edenler tarafından gerçekleştirilir. Ancak anlaşmalıyız: devlet görevlerinden söz açıyorum, çünkü bu formül herkes tarafından kullanılıyor ve kullanılışlıdır; ancak, devlet görevleri sözünü ederken önce açıklamış olduğum fikirlerin hiç birinden vazgeçmiş değilim.

I

Devlet görevlerini incelerken, sık sık düşülen bir bulanıklıktan sakınmalıdır. Gerçekten devletin ekonomik ve sosyal görevleri ile hukukî görevlerini özenle ayırt etmelidir.

Devletin ekonomik ve sosyal görevlerinin ne olduğunu araştırmak, devletin ne yapması ve faaliyetinin ne olması gerektini, teşkilâtlandırması, gerçekleştirmesi ve denetlemesi gereken kamu hizmetlerinin neler olduğunu araştırmak olur. Bu, incelemeğe hiç niyet etmediğim, ekonomik ve sosyal mahiyette çok geniş bir meseledir. Hatırlatmakla yetineceğim ki her zaman ve her yerde idare edenler memleketin dış düşmana karşı savunmasını ve içerde düzenliği, barışı ve adaleti sağlamak durumunda kalmışlardır ve hâla da kalıyorlar. Fakat bundan başka modern devlet ulaştırma, aydınlatma ve bayındırlık gibi teknik mahiyette bir takım kamu hizmetlerini düzenlemek ve yöneltmek durumundadır. Nihayet modern vicdan sosyal yardım, millî eğitim, çalışmanın düzenlenmesi, işçi sigortası gibi işler devlete yüklenmektedir. Bu çeşitli görevleri devlet hangi ölçüde ve nasıl yerine getirmelidir meselesi ekonomik mahiyette bir mesele olduğu için buna yanaşmamalıyım.

Bu konuda bir genel kural belirtilebilir mi? Bir takım kimseler bunu düşünmüşler ve iki okul uzun müddet çekişme haline girmiştir: müdahaleci veya devletçi okul ile müdahale aleyhtarı veya liberal okul. Liberal okul diyordu ki: devletin dışarıda güvenliği ve içeride dirginliği sağlamaktan başka yapılacak bir işi yoktur; bunun ötesine geçerse çığırından çıkmış olur, ekonomik kanunların serbest cereyanını bozar ve bu topluluğun kendi zararına olur. Müdahaleci okul buna karşılık veriyor ve: «Hayır! Devlet şüphesiz ki güvenliği ve dirginliği sağlamalıdır; fakat bundan başka, sosyal adaletin de hüküm sürmesini temin etmeli ve bundan dolayı ekonomik mahiyetteki bütün alanlara müdahale etmelidir.» diyordu.

Bu iki okulun ikisi de haksızdı. Devletin müdahalesi konusunda bir genel kural belirtilmemelidir ve belirtilemez. Tutulacak yol falan veya filan memleketin durumuna, çevresine, ekonomik şartlarına ve her türlü düzenliklerine bağlıdır; bir memleket için tutulması doğru olan yol başka bir memleket için doğru olmayabilir. Bu bir ekonomik ve sosyal görgü ve deney meselesidir.

Bütün modern memleketlerde devlet faaliyetinin her gün arttığı ve yeni alanlara yayıldığı da doğrudur. Bunun apaçık delili kamu giderlerinin durmadan artmasıdır. Bir takım kimseler buna üzülüyorlar. Üzüntü boşunadır: insanlardan daha kuvvetli olan bu olayı olduğu gibi kabul etmelidir.

İncelemeyiz gereken tek problem devletin hukukî görevleridir. Bu, ekonomik görevlerinin gerçekleşmesini sağlamak için devletin yapmakla ödevli olduğu tasarrufların, hukukî tesirleri bakımından nasıl bir mahiyet arzettiğini belirtmek meselesidir. Mesele artık devlet görevlerinin ne olduğu, devletin güvenliği, dirginliği ve barışı sağlamakla yetinmeli mi, yoksa bundan başka demiryolu ve tramvay yaptırmak, mektupların ulaştırılmasını ve telefonla konuşmayı sağlamak, sosyal yardım ve öğretim ve daha bir çok şeyler yapmak yolunu tutmalı mıdır meselesi değildir. Mesele bambaşkadır. Mesele, ekonomik ödevleri ne olursa olsun, devletin, bunları gerçekleştirmek için, yapması gereken tasarrufarın neler olduğunu ve bu tasarrufların hukuk alanında ne gibi akisler yaptığını araştırmaktadır. Bu gerçekten ve münhasıran bir hukuk meselesidir.

II

Bu bakımdan devletin hukukî görevleri nelerdir?

Devletin hiç bir hukukî karakter taşımıyan birçok tasarruflarda

bulunduğu, kamusal ajanların, hiç bir hukukî kural veya hukukî durum yaratmak niyeti olmadan, yaptıkları tasarruflar vardır. Sonsuz sayıda kamusal tasarruflar vardır ki sadece maddî işlemlerden başka bir şey değildir. Bir bayındırlık işinin hesaplarını ve planlarını yapan mühendis, treni yürüten mekanisiyen, mektupları derleyen veya dağıtan posta memuru, telefon konuşmasını sağlıyan telefoncu bayan öyle tasarruflarda bulunurlar ki, hiç bir bakımdan, hukuki bir karakter taşımaz. Bununla beraber bu tasarruflar devlet faaliyetini gerçekleştirmeğe yönelmiş bulunmaktadır.

Bu düşüncenin, ne kadar basit görünürse görünsün, önemi vardır. Gözden kaçırmamalıdır ki, hiç bir hukukî karakter taşımamakla beraber maddî işlem hukukun sahasından kaçmaz kurtulmaz. Yalnız burada hukukun müdahalesi, hangi şartlarla tasarrufun muteber olacağını belirtmek için olmadığı gibi kanuna aykırılığı halinde tasarrufun iptalini sağlıyacak muracaat şeklini göstermek için de değildir. Bu basit bir işlemdir, bundan dolayı tasarrufun hükümsüzlüğünden veya iptalinden bahsedilemez. Olan olmuştur. Bir hükümlü idam edilmiş ise ona hüküm giydiren karar iptal olunabilir; apaçıktır ki idam işlemi iptal olunamaz. Haksız bir tevkif edilmiş ise, mağdur serbest bırakılabilir ama tevkif işlemi iptal edilemez. Bir demiryolu mekanisiyeni bir arıza-ya meydan vermiş ise, arızanın olmamış bulunması sağlanamaz. Fakat bütün bu hallerde ve benzerlerinde, hukukî olmıyan kamusal tasarruf, basit maddî işlem, yerine göre devlet veya kamusal ajana karşı bir tazminat dâvasına konu teşkil edebilir. Bu takdirde ve yalnız bu takdirde maddî kamusal tasarruflar hukukun sahasına girer.

Bunu söyledikten sonra, artık yalnız hukukî mahiyetteki kamusal tasarruflardan bahsedeceğim.

III

Devşlet tarafından yapılan çeşitli hukukî tasarruflar nelerdir? Bu soruyu cevaplamak için esaslı bir ayırt yapmak lâzımdır. Bu ayırt bir takım müellifler tarafından halâ takdir edilmemiştir. En yüksek Fransız hukukçularından Carré de Malberg (La théorie générale de l'Etat) Devlet genel teorisi başlıklı güzel kitabında bunu tamamiyle bilmezlikten geliyor. Bir takım müellifler de, ayırdı yaptıktan sonra unutmuş görünüyorlar ve bu yüzden müessif karışıklıklara düşüyorlar. Bilgin dostum Hauriou bundan hiç kurtulmuş değildir.

Kastettiğim ayırt şeklî bakımdan ve maddî bakımdan ayırdıdır.

Prensibi son derece basittir; uygulanması çok kere incelik gösterir. Bununla beraber bu ayırdı iyi yapmalıdır; yoksa dağınıklık içine düşülür.

Bir kamusal tasarrufu şeklî bakımdan belirtmek bu tasarrufun hangi organ tarafından yapıldığını göz önüne alarak belirtmek demektir. Bir tasarrufu maddî bakımdan belirtmek, bu tasarrufu hangi organdan çıkarsa çıkarsın, kendindeki hukukî mahiyet bakımından, sübjektif veya objektif hukuk alanındaki neticeleri bakımından belirtmektir.

Meselâ şeklî bakımdan kanun, belirli bir memlekette anayasadan yasama organı sıfatını almış olan bir organ tarafından yapılan tasrruftur. Mısırda yasama organı karmaşıktır; iki meclisi ve kıralı ihtiva eden parlamentodur. Her iki meclis tarafından kabul ve kıral tarafından tasdik edilen her tasarruf, kendi öz mahiyeti ne olursa olsun, hukukî neticeleri ne olursa olsun, şeklî bakımdan bir yasama tasarrufu, bir kanundur. Mısır ülkesi üzerinde bulunan her ferde uygulanan bir cezaî hüküm her iki meclis tarafından kabul ve kral tarafından tasdik edilmiş ise şeklî bakımdan bir kanundur. Bir vatandaşa millî bir mükâfat veya ödenek verilmesi her iki meclis tarafından kabul ve kıral tarafından tasdik edilmişe bu tasarruf ta şeklî bakımdan bir kanundur. Bununla beraber, öz hukukî mahiyetleri bakımından bu iki tasarruf birbirine hiç benzemez birincisi bir kral - tasarruftur, ve esasında objektiftir, öteki sübjektif bir tasarruftur.

Başka bir misal alalım. İskenderiye belediyesi, farzediyorum ki kendi yeki sınırı içinde hareket ederek, bir polis tüzüğü yapmıştır; şeklî bakımdan bu bir idarî tasarruftur ve bununla beraber bu bir kural - tasarruf, bir objektif tasarruftur. Aynı belediye bir bayındırlık imtiyazı vermiştir. Bu ise birinci tasarruftan, öz hukukî mahiyeti bakımından tamamiyle farklı bir sübjektif tasarruftur. Şekli bakımdan bu iki tasarruf ayni mahiyettedir, çünkü her ikisi de idarî otoriteden sadır olmuştur.

Kamusal tasarrufları şeklî bakımdan ayırdetmek son derece basittir; çünkü mesele sadece tasarrufu yapan organın pozitif yasaman tarafından yasama organı mı, yoksa idare organı mı olarak vasıflandırılmış bulunduğunu araştırmak ve belirtmekten ibarettir.

Kamusal tasarrfları şeklî bakımdan ayırt etmekte esasen çok büyük pratik menfaat vardır. Devletin çeşitli tasarrufları aleyhinde açılan dâvaların kabul edilip edilmiyeceğini tayin etmek için tasarrufun hangi organdan sadir, olduğunu araştırmak lâzımdır. Meselâ, bir çok memleketlerde ve Fransa'da yasama tasarrufları aleyhinde hiç bir dâva kabul edilmemektedir. Bilâkis, yetki aşımına karşı dâva, ki keyfî idarî işlemlere karşı idare edilenler için pek kuvvetli bir himayedir şeklî bakım-

dan idarî olan tasarruflara karşı açılırsa kabul edilmektedir; bütün idarî tasarruflara karşı kabul edilmemektedir; fakat ancak idarî tasarruflara karşı kabul edilmektedir.

IV

Dediğim gibi, devlet tasarruflarını maddî bakımdan incelemek ve vasıflandırmak demek bu tasarrufların, hangi organ veya ajandan sudur etmiş bulunduğunu tamamiyle bir tarafa bırakarak, öz hukukî mahiyetlerini ele almak demektir. Maddî bakımdan devletin çeşitli tasarrufları ve görevleri bize nasıl görünür?

Geçmiş görüşmelerimizin birinde anlatmış gibi, her hukukî tasarrufun sonunda, yani bir hukukî netice hasıl etmek maksadiyle yapılan her irade izharının sonunda ya bir kural, ya bir objektif hukukî durum veya sübjektif bir hukukî durum hasıl olur. Bu tabirlerin her birini geçen derslerimizde açıklamıştım. Görmüştük ki, böylece kural - tasarruflar, şart - tasarruflar, yani objektif bir durumun doğması için şart olan tasarruflar ve sübjektif tasarrufları vardır.

Devletten sudur eden ve bir kural ihtiva eden her tasarruf, maddî bakımdan, yasama karakterini taşır. Maddî bakımdan yasama tasarrufları: kamusal otorite tarafından isdar edilen ve bir davranış kuralı ihtiva eden hükümler diye tarif edilebilir. Yasama görevi, harekete geçen organ ne olursa olsun, genel mahiyette hükümler isdar etmek görevidir.

Objektif şart - tasarruflar ve sübjektif tasarruflar, maddî bakımdan, hangi devlet organı tarafından yapılmış olursa olsun, idarî tasarruflardır. İster parlamentodan, ister hükûmetten veya talî ajanlardan sudur etmiş olsun, bunlar maddî bakımdan idarî tasarruflardır ve idarî görev bu mahiyette tasarruflarda bulunmaktır.

Nihayet üçüncü bir kategori teşkil eden kazaî tasarruflar karmaşık bir karakter gösterir. Mahiyetlerinin belirtilmesi epeyce açıklama ister; bu nokta gelecek konuşmamızda incelenecektir.

Böylece, maddî bakımdan devletin görevleri: teşrii görev, idarî görev ve kazaî görev olarak beliriyor. Maddî bakımdan devletin başka görevi yoktur; çünkü hukuk alanında, bir irade izharı neticesinde ancak bir yeni kural veya değiştirilmiş bir eski kural, ihdas edilmiş veya değiştirilmiş sübjektif veya objektif bir durum ile gelecek toplantımızda kazaî görev konusunda söyliyeceğimiz bir olay olabilir.

Bununla beraber, birçok müellifler başka görevlerden de, bilhassa icraî görevden, hükûmet görevinden de söz açıyorlar. Söylemeliyim

ki bu teorinin bir yankısını, müellifi Bay Vahit İbrahim'in bana göndermek lutfunda bulunduğu çok ilgi çeken kitabında gördüm. Mısır anayasasını çok güzel şerheden bu eseri dolayısile müellifi kutlamakla bahtiyarım. Bu eserinde müellif icraî görevle teşriî görevi ayırt ettikten sonra icraî görevde idarî görevden başka bir de hükûmet görevi adını verdiği bir görevin mevcut olduğunu ileri sürüyor. Fransa'da birçok müellifler, bilhassa bir zaman büyük bir itibar kazanan Bay Ducroq, buna benzer bir düşünce ileri sürmüşlerdi. Bana kalırsa bu düşünce kabul edilemez.

Hükûmetin icraî diye vasıflandırılması âdet olmuş bir takım tasarruflarda bulunduğu ve bu tasarrufların icraî adı verilen göreve konu teşkil ettiği şüphesizdir; fakat aynı zamanda, icraî denilen bütün bu tasarrufların, hukukî bakımdan, ya teşriî tasarruflar, ya idarî tasarruflar veya basit maddî işlemlerden ibaret olduğunu göstermek kolaydır.

Meselâ, kanunların uygulanmasını sağlamak için, hükûmet bütünleyici tüzükler yapar. Tüzükler, maddî bakımdan, teşriî tasarruflardandır. Hükûmet memurlar tayin eder veya başka ferdî kararlara alır. Bu takdirde şart - tasarruflarda veya sübjektif tasarruflarda bulunmuş ve idarî görevini yapmış olur. Nihayet eğer, kanunların uygulanmasını sağlamak için, hükûmet bir takım kimseler veya mallar üzerinde polis tedbirleri alırsa, hiç bir hukukî karakteri olmıyan maddî işlemler yapmış olur ki bunlar da, kelimenin genel anlamında idarî görevler arasına girer.

İcraî görev hakkında söylediğim, hükûmet görevi dedikleri görev hakkında da doğrudur. Bir takım müellifler icraî görev ile hükûmet görevini ayırt etmeğe özenmişlerdir. Gerçekte ne birinin, ne de ötekinin yeri vardır. Hükûmet görevi diye vasıflandırmak iddiasında bulundukları tasarrufların hepsi ya teşriî veya idarî tasarruflarla maddî işlemlerden ibarettir. Meselâ diplomatik tasarrufları hükûmet tasarruflarından saymışlardır; halbuki bunların hiç bir özel hukukî karakterleri yoktur. Diplomatik pazarlıklar basit maddî işlemlerdir. Harp ilânı, tarafsızlık ilânı gibi milletlerarası mahiyette beyanlar bir taraflı hukukî tasarruflardandır ki devlet hukukunda objektif durumların şartını teşkil ederler ve bütün objektif şart - tasarrufların karakterlerini taşırlar. Hükûmet görevi sayılan diplomatik anlaşmalar da, bütün idarî tasarruflar gibi, birer hukukî tasarruftur. Antlaşma mahiyetinde iseler birer kural - tasarruf, sözleşme mahiyetinde iseler birer sübjektif tasarruftur. Devletler hukukunda bugün anlaşma - kanun (traité - lois) ve anlaşma sözleşme (traité - contrat) ayırdı caridir.

V

Bu konuşmanın sonunda teşrîî görev (yasama görevi) hakkında açıklamada bulunmak istiyorum.

Bu kanun yapma görevidir. Fakat kanun nedir? Söylemiş olduğum gibi, ilk önce şeklî bakımdan, sonra da maddî bakımdan ele alınmalıdır. Şeklî bakımdan, kanun ele alınan memleketin anayasasına göre yasama yetkisi alan organın bütün kararlarıdır. Maddî bakımdan kanun, hangi organ tarafından çıkarılmış olursa olsun, ister palâmento, ister hükûmet, isterse idarî bir otorite tarafından çıkarılsın, genel hükümler taşıyan bir karardır. Eğer karar, bir genel hüküm mahiyetinde ise bir kanundur. Fakat maddî bakımdan kanunun daima aynı kuvvette, aynı değerde olduğunu, daima egemen bir karar mahiyetinde bulunduğunu sanmamalıdır. Kanun, kendi öz mahiyeti bakımından daima aynı karakteri taşir ise de hükmü ve kuvveti bakımından onu çıkaran organları ayırdetmelidir.

Meselâ, bir belediye tarafından yapılmış bir tüzük maddî bakımdan bir kanundur. Fakat, tabiidir ki, parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanun kuvvetinde ve değerinde değildir. Devlet başkanı tarafından yapılan tüzükler birer kanundur; fakat bununla beraber parlamento tarafından kabul edilmiş şeklî kanunlara bağlıdır. Tali derecedeki idarî makamların çıkardıkları tüzükleri bir tarafa bırakacak olursak, görüsrüzki modern memleketlerin çoğunda ve bilhassa Fransa ve Mısır'da, farklı organlardan sudur ettiği için farklı kuvvette üç türlü maddî kanun vardır. Bunlar: 1. Sert (rigide) anayasa kanunları; 2. bayağı kanunlar; 3. tüzüklerdir.

Sert anayasa kanunları anayasada belirtilmiş ayrı bir organ tarafından yapılanlarıdır. Bayağı yasama organı tarafından kaldırılamaz ve değiştirilemez; nasıl değiştirilebilineceğini kendileri belirtirler. Sert anayasaları bayağı yasama organına üstün bir organ yapar.

Böylece meselâ sizin 1923 anayasanız, 57 inci maddesinde gösterilen şartlara uygun olarak değiştirilebilir. Anayasanızın bir hükmünü değiştiren bayağı bir kanun hukuka aykırı olur ve hukuka aykırı bir kanun diye haklı olarak vasıflandırılabilir.

Şunu da hatırlatalım ki bir anayasa kanununun konusu kamusal kuvvetlerin teşkilâtına ilişkin olmak zorunda değildir. Politik teşkilâta yabancı bir konu da anayasada yer alabilir. Bir kanun, konusu dolayısiyle değil, yapılış şekli dolayısiyle anayasa olur. Meselâ, Amerika'da alkolün ve şarabın taşınmasını, satışını ve içilmesini yasak eden kanun

hiç bir suretle politik teşkilâta ilişkin değil ise de bir anayasa kanunudur. Amerikalıların dedikleri gibi, anayasada yapılmış bir değişikliktir ve ancak anayasa kanunlarının da değişiklik yapılması için derpiş edilen şekillere uymak şartiyle değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün olabilir (1).

Bugün bütün memleketler, bayağı kanunlarla anayasa kanunları arasında sözünü ettiğim ayırdı gözetiyorlar. Yalnız İngiltere ayrı kalıyor. İngiliz parlamentosunun kuvveti sınırsızdır. Onun tarafından alınan bütün kararlar birer kanundur; hepsinin karakteri aynıdır; yapamıyacağı kanun yoktur; değiştiremiyeceği veya kaldıramıyacağı kanun yoktur. İngiliz atalar sözü bilinmektedir: «İngiliz parlamentosu her şeyi yapabilir ama erkeği kadın yapamaz.» Böylece, dünyada politik hürriyetin öncüsü olduğu şüphesiz bulunan bu İngiliz milleti, devletin yasama yetkisinin sınırlanması kavramına hiç bir vakit yükselmemiştir. Fransız kurucular meclisinin 1791 de resmen beyan ve ilân ettiği gibi, yasamanın yapmıyacağı bir takım kanunlar vardır prensibini hiç bir vakit anlamamıştır.

VI

Bayağı kanunlara gelince: bunlar memleketin anayasasına göre normal olarak yasama görevini yerine getiren organdan sadır olanlarıdır. Bu nokta üzerinde duraklamak faydasızdır. Yalnız hatırlatırım ki Mısır'da, anayasaya göre, bayağı kanun, aynı yetkileri haiz olan iki meclisin kararı ve kralın tasdiki ile meydana gelir. Ayni kelimelerle iki meclis tarafından kabul edilmiş ve kral tarafından tasdik ve ilân olunmuş her karar bir kanundur. Tersine, iki meclis tarafından kabul ve kral tarafından tasdik ve ilân olunmadıkça şeklî kanun meydana gelemez ve getirilemez.

Bununla beraber, Mısır'da ve Fransa gibi benzer sistem uygulayan memleketlerde bir takım genel hükümler vardır ki parlâmentodan çıkmamıştır, parlâmentonun hiç bir müdahalesi olmadan hükûmet tarafından çıkarılmıştır. Bu genel hükümler Fransız terminolojisinde reglemento tüzükler adını almaktadır. Bunun için, devlet başkanının bir tüzükleme yetkisi (pouvoir reglementaire) vardır denir. Fakat bu tüzük-

(1) Bu konferans verildikten sonra, Fransız millet meclisi 10 ağustos 1926 da millî savunma bonolariyle kamusal borç amortisman kasasına özerkliği hakkında bir kanun çıkarmıştır. Bu kanun bir anayasa kanunu olmakla beraber hiç bir noktasında Fransa'nın politik teşkilâtına temas etmemektedir.

lerin ve tüzükleme yetkisinin mevcudiyeti ortaya ağır ve güç meseleler çıkarmaktadır.

Mısır ve Fransa gibi kuvvetleri ayırma prensibi kabul eden parlemanter memleketlerde, anayasaya göre yasama görevi yalnız parlâmentoya ait olmasına rağmen, hükûmet tüzük adı altında, maddî bakımdan kanun mahiyetinde olan genel hükümler isdar edebilmektedir. Böyle olunca şu üç mesele ortaya çıkmaktadır: 1. Parlemanter rejimi ve kuvvetlerin ayrılması prensibini uygulayan bir memlekette nasıl olur da tüzük yapılabilir? 2. Tüzük yapılabilirse, hangi konu hakkında ve hangi hallerde yapılabilir? 3. Bu tüzükler aleyhine dâva açılabilir mi?

1. Parlemanter memleketlerde devlet başkanı tarafından isdar edilmiş tüzüklerin mevcut olduğunda şüphe yoktur. Hatta diyeceğim ki: tüzükler gereklidir, tüzüklerden vazgeçilemez, çünkü memleketin idarî ve ekonomik hayatını sağlamak için gerekli olan bütün genel hükümlerin hepsini parlamentonun çıkarabilmesine maddeten imkân yoktur. Kuvvetleri ayırma prensibinin şiddetle uygulanması istenilen memleketlerde bile, pratik zaruretlerin tesiriyle, prensibi zedelemek ve hükûmete maddî kanunlar yani tüzükler çıkarmak hakkını tanımak zorunda kalınmıştır. İngiltere ve Birleşik Amerika böyle bir mecburiyet karşısında kalmışlar ve bu iki memleket, bilhassa harp sırasında yürütme kuvvetine, bilhassa Fransa'da olduğundan daha geniş bir tüzükleme yetkisi tanımışlardır.

2. Devlet başkanı hangi konular hakkında ve hangi hallerde tüzük yapabilir? Her memlekette devlet başkanına kanunları tamamlıyan kanunların ayrıntılarını belirten tüzükler yapmak yetkisi tanınır. Böylece hükûmetin yalnız kanunları açıkça değiştiremiyeceği değil, hiç bir yeni prensip te tesis edemiyeceği ve sadece kanunda belirtilen genel kuralların nasıl yürütüleceğini göstermekle yetinmesi gerekeceği anlatılmış olur.

İnce mesele bu değildir; şudur: kuvvetleri ayırma prensibine bağlı parlemanter rejimlerde bile, devlet başkanının özerk tüzükler, yani hiç bir kanuna ilişkin olmıyan, hiç bir kanunun uygulanmasını sağlamak düşüncesine dayanmıyan ve kendi kendini tamamlıyan tüzükler yapabilmesine elverişli hallerin mevcut olup olmadığı meselesidir.

Mesele Fransa'da daima tartışılmaktadır. Bununla beraber, denebilir ki: Fransız hukukunun şimdiki durumunda, devlet başkanı şu üç halde özerk tüzükler isdar edebilir: 1. Parlamento tarafından açıkça görevlendirilmiş ise; 2. Kamu hizmetlerinin teşkilâtlandırılması ve işlemesi için ise; 3. Bütün ülkede uygulanacak polis tedbirleri almak için ise.

Fransız hukukunda biz, zaruret tüzükleri denilen nesneyi yani ive-

diliği ve memlekette bir takım özel şartlar belirmesi dolayısiyle yasama konusu olan maddeler hakkında hükûmetin tüzük yapabilmesini kabul etmiyoruz.

Sanırım ki, Mısır hukukunda da hükûmet, Fransız hükûmeti gibi, parlâmento tarafından açıkça görevlendirildiği için ve bundan başka kamu hizmetlerini düzenlemek için veya polis tedbirleri isdar etmek için tüzükler yapabilir. Fakat, Mısır hükûmeti, daha ileri giderek, demin açıkladığım anlamda zaruret tüzükleri isdar edebilir mi?

Mesele anayasanızın 41 inci maddesiyle açıkça halledilmiş görünüyor. Bu maddede deniliyor ki: «Parlâmentonun toplanma devreleri arasında beklemeğe tahammülü olmıyan tedbirlerin ivedilikte alınması gerekli olursa, anayasaya aykırı olmamak üzere, kıral kanun kuvvetini haiz kararname isdar eder. Bu takdirde hemen parlâmento olağan üstü toplanmıya çağırılır ve bu kararnameler parlâmentoya ilk oturumunda sunulur. Parlâmentoya sunulmaz ise veya iki meclisten biri tarafından reddedilir ise, bu kararnameler kanun kuvvetini kaybeder.»

Böylece, anayasanız, belirli şartlar altında, kırala, yasama mahiyetinde tüzükler yapmak yetkisini veriyor. Fakat bu olağanüstü bir yetkidir ki anayasa ile iyice belirtilmiş şartlar altında kullanılabilir. Anayasa hükümleri sert yorumlanmalı ve dar anlamda uygulanmalıdır. Böylece, gerekli şartlardan birincisi parlâmentonun araverme sırasında, yani iki toplanma devresi arasında bulunmak şartıdır. Bundan başka, parlâmentonun hemen toplantıya çağırılması da şarttır. Eğer parlâmento hemen toplanmağa çağırılabilecek bir durumda değilse, kıralın olağanüstü tüzükleme yetkisini kullanamaması gerekir; yani, mantık bakımından, mebuslar meclisinin feshedilmiş bulunduğu sırada kıralın bu yetkisini kullanamıyacağı neticesini, çıkarmak lâzımdır. Çünkü, feshedilmiş olduğu takdirde parlâmento hemen toplanmıya çağırılamaz.

Üçüncü şart, son derece ivedilik şartıdır. Bu şartın mevcut olup olmadığını hükûmet takdir edecektir ve bunu parlâmento denetliyerek kendisine sunulan tüzüğü tasvib veya reddeyliyecektir.

Nihayet, parlâmento hemen toplanmıya çağırılmalıdır. Anayasa bir mühlet belirtmiyor. Bu anayasa hükmünün gözetilip gözetilmediğini kendi kendine parlâmento takdir edecektir. Eğer parlâmento toplanmaya hemen çağırılmazsa veya çağırılan iki meclisten biri tüzüğü tasvip etmezse tüzük kendi kendine hükümsüz olur, değerden düşer.

Böyle sınırlanırsa, zaruret tüzükleri yapmak yetkisi bir tehlike arzet-

mez. Bununla beraber, her hangi bir olay dolayısiyle hükûmet böyle bir yetkiyi, tamamiyle haklı görülemiyecek şartlar içinde kullanmağa kalkışabilir, ve bundan sadece politik sakıncalar doğabilir. Böyle bir durumu önlemek politikacılara düşer.

3. Üçüncü meseleye, devlet başkanı tarafından yapılan tüzüklerin dâva konusu olup olamıyacağı meselesine gelince, bu mesele, her bir memlekette kanuniyeti sağlamak için tesis edilen kanun yolları genel sistemine ilişkindir. Bunu on beşinci ve sonuncu dersimizde inceliyeceğiz.

16 şubat 1926

ONUNCU DERS

İDARÎ GÖREV VE KAZAÎ GÖREV.

Baylar,

Geçen konuşmamızda gösterdik ki devletin bütün görevleri, teşrîî görev, idarî görev ve kazaî görev olmak üzere üç türlüdür, ve gene gösterdik ki maddî bakımı şeklî bakımdan ayırt etmelidir ve bu ayırdın önemi pek büyüktür. Bu ayırdı yalnız teşrîî görev (yasama görevi) hakkında değil, devletin öteki görevi hakkında da yapmalıdır. İşte bize bunu da incelemek düşüyor.

I

Şeklî bakımdan idarî görev idarî otoritelerden sadir olan tasarrufların tümüdür. İdarî otorite tarafından yapılan her bir tasarruf, kendi hukukî mahiyeti ne olursa olsun, şeklî bakımdan bir idarî tasarruftur.

İdarî otoritenin bilgince bir târifini yapmağa kalkışmamalıdır; sadece demelidir ki idarî otorite, ele alınan bir memleketin kanunlarına göre politik organlar veya adalet organları sayılmıyan bütün kamusal ajanların tümünü ihtiva eder.

Maddî bakımadn idarî tasarruflar idarî karakter taşıyan tasarrufların tümüdür. Bu karakterler nelerdir? Cevap olarak: devlet veya başka kamusal topluluklar hesabına kamusal ajanlar tarafından yapılan bütün şart - tasarruflar ve sübjektif tasarruflardır. Maddî bakımdan bu çeşitli tasarruflar, hangi organlar ve ajanlar tarafından yapılmış olursa olsun, idarî tasarruflardır. Parlamentonun kendisi idarî tasarruflar yapabilir. Hükûmet ve adalet otoritesi de idarî tasarruflarda bulunabilir.

Geçen toplantılarımızın birinde şart - tasarrufların karakterlerini belirtmiştim. Bunlar objektif veya kanunî bir durum yani genel ve sürekli bir hukukî durum meydana getiren tasarruflardır demiştim. Devlet hesabına kamusal ajanlar tarafından yapılan bu çeşitli tasarruflar pek çoktur. Burada memurların tayinlerini ve azillerini, kamusal ülke

(domaine public) üzerinde verilen işgal izinlerini (1), çeşitli ruhsatları zikretmek kâfidir.

Sübjektif tasarruflara gelince, bunlar dolayısiyle hasıl olan hukukî durumu sübjektif diye vasıflandırıyoruz, çünkü bu durum özeldir, geçicidir ve ancak ferdî olarak belirtilmiş kimselere ilişkindir. Özel kişilerle yapılan sözleşmeler dolayısiyle bu çeşit durumlar hasıl olur. Devlet veya her hangi başka bir kamusal topluluk adına yapılan sözleşmeler de böyledir. Polis emirleri gibi, belirli bir taraflı tasarruflar da sübjektif tasarruflardandır. Meselâ: yol kıyısında bulunan ve yıkılmağa yüz tutmuş bir duvarın yıkılması, sağlığa zararlı konakların boşaltılması hakkında verilen emirler gibi.

Her hangi bir kamusal ajan veya organ tarafından yapılan ve bu iki kategoriye giren tasarruflar maddî idarî tasarruflardır. Bu tasarruflar çok kere idarî otoriteler tarafından yapılır; fakat bir çokları da parlâmento veya hükûmet tarafından ve hatta adalet otoritesi tarafından bile yapılır. Meselâ adalet otoritesi tarafından bir kısıtlıya vasi tayin edilmesi, bir mirasın bölüştürülmesi veya bir iflas kararının verilmesi gibi. Bunun aksine olarak bir takım tasarruflar, idarî otoriteler tarafından yapıldığı halde maddî bakımdan hiç de idarî karakteri haiz değildir. Meselâ belediyelerin çıkardıkları polis tüzükleri, şeklî bakımdan idarî tasarruflardan oldukları halde, maddî bakımdan teşrîî tasarruflardandır; çünkü genel hükümler ihtiva ederler.

II

Devletin üçüncü ve sonuncu görevi kazaî görevdir. Bu konunda bir takım güçlükler, iki sebep dolayısiyle, üst üste birikmiştir. Güçlüğün bir sebebi terminoloji, öteki metod meselesidir.

Önce terminoloji meselesini ele alalım: Kazaî (Juridictionel) ve adlî judiciaire) kelimeleri ayırt edilmeksizin kullanılmış ve bu yüzden tam bir kargaşalıga düşülmüştür; çünkü aynı şeyi ifade etmek için ayrı kelimeler kullanılmıştır. Adlî kelimesi yalnız şekli bakımdan bir tasarrufu vasıflandırmak için kullanılmak ve bir memleketin hukukunda böyle bir isim alan belirli bir otoritesini yaptığı tasarrufları göstermeğe yaramalıdır. Kazaî kelimesi yalnız maddî bakımdan bir tasarrufu vasıflandırmak için kullanmalı ve tasarufun kendi özündeki karakteri ifade etmeğe yaramalıdır. Bu karakterin mahiyetini şimdi belirteceğiz. Bu tasarruf-

(1) Deniz kıyısında hamam yapmak, akar su kenarında değirmen kurmak gibi işler için verilen izinlerin kastedildiği anlaşılıyor. (S.D.)

lar çok kere adlî otorite tarafından yapılır; fakat başka bir otorite tarafından da yapılmış olabilir ve bilhassa Fransa'da bir çok kazaî tasarruflar idari otoriteden sadir olur. Şekli bakımdan bunlar idari; maddî bakımdan kazaî tasarruflardır. Bunlar hiç bir bakımdan adlî tasarruflar değildir.

Metod meselesine gelince yok yere güçlükler yaratan yanlışlık, maddî bakımın şekli bakıma karıştırılmasından ve yeter derecede analiz etmeden tasarrufun karekterini belirtmeğe kalkışılmasından ileri gelmektedir. Sadece adlî otoriteden sadir olduğu için bir tasarruf kazaî diye vasıflandırmış ise de dikkatle analiz edilince böyle bir tasarruf hiç bir kazaî karakter taşımadığı ve tamamiyle idarî mahiyette olduğu anlaşılmıştır.

Hangi otoriteden sadir olmuş bulunursa bulunsun, bir tasarrufun maddi bakımdan kazaî olduğunu göstermeğe yarıyan ölçüt (criterium) nedir?

III

Fikrimce bir tasarrufun kazaî karakterini üç unsur teşkil eder : 1. kamusal otoriteye sunulan bir hukuk meselesi; 2. Bu hukuk meselesine verilen hal çaresi; 3. Hukuk meselesine verilen cevabın mantık bakımından zarurî neticesi olan karar. Veya kısaca: 1. İddia; 2. Cevap; 3. karar. Bu unsurları birer birer ele alalım.

Bir kazaî tasarruf olabilmesi için otoriteye bir hukuk meselesi sunulmuş olmalı ve otorite bir hukuk meselesini halletmek için harekete geçmiş bulunmalıdır. Bunu söyleyince hemen şöyle bir itirazla karşılaşırız. Denilecektir ki, çok kere dâva ve hükmün, yani kazaî tasarruf mevcut olduğu halde, otoriteye yalnız bir fiil meselesi sunulmuştur; meselâ cezaî suçlar veya haksız fiiller dolayısiyle açılan dâvalarda olduğu gibi.

İtirazın hükmü yoktur.Apaçıktır ki bir hukuk meselesini halledebilmek için yargıç hemen daima önce bir olay meselesini halletmek zorunda kalır. Hakkın ne olduğunu söylemek için önce olayın ne olduğunu söylemelidir. Ancak, yargıça yalnız hakkın ne olduğunu söylemesi için başvurulur ve yargıç hukuk meselesini halledebilmek içindir ki olayın ne olduğunu söylemek durumunda kalır. Meselâ ceza davalarında yargıç suçluluk meselesini halletmek zorundadır. Su sorguya cevap vermelidir : meselâ falanca, bir insanı taamüden öldürmek suçunu işlemiş midir? Adam öldürme fiilinin işlenmiş olduğunu söylemelidir ama bu yalnız hukuk meselesini, sırf hukukî olan suçluluk meselesini halletmek

içindir. Tazminat dâvalarında da bu böyledir. Yargıç olayların ne tarzda cereyan ettiğini belirtmek mecburiyetinde kalır ama bu yalnız tazminat meselesini halletmek içindir. Tazminat meselesi ise tamamiyle hukukî bir meseledir.

Şimdi ileri sürdüğüm görüşler başka bir itiraza çarpıyor. Deniliyor ki : çok kere kamusal otorite bir hukuk meselesini halletmek durumunda kalır ve ne bundan bir mantıklı netice çıkarır ama hiç şüphesiz bir kazaî tasarrufta bulunmuş olmaz. Meselâ bir bakan bir kimseyi bir memurluğa tayin etmek ister, bunun için tayin etmek istediği kimsenin yaşı ve ehliyeti bakımından kanunun emrettiği şartları haiz olup olmadığı meselesini halletmek lâzımdır, bu bir hukuk meselesi olmakla beraber bakanın tasarrufu şüphesiz ki kazaî değildir.

Bunun gibi, yetkili memur bir kimseye vergi salmak için önce salacağı verginin kanuna uygun olup olmadığını araştırır ve böyle bir hukuk meselesi halleder ama yaptığı tasarruf kazaî değildir.

Bu itiraz bizi durdurmamalıdır. İleri sürülen misallerde ve benzerlerinde idarî otorite şüphesiz ki bir hukuk meselesini halleder, fakat kazaî tasarrufta bulunmaz; çünkü bu meseleyi halletmek için harekete geçmiş değildir. Memur tayin etmek, bir vergi alacağı ihdas etmek gibi sırf idarî bir tasarrufta bulunmak için harekete geçmiştir. Harekete geçmeden önce hareketinin hukuka uygun olmasını sağlamak ister; fakat hukukun ne olduğunu söylemek için harekete geçmiş değildir. Bu gibi hallerde tasarrufların kazaî olduğu iddia edilirse idarî otoritenin bütün tasarruflarını kazaî olarak vasıflandırmak zarureti hasıl olur;, çünkü harekete geçmeden önce, idarî otorite daima hukuka uygun olarak müdahale etmeği sağlamak durumundadır.

Bundan dolayı, bir kazaî tasarruf olması için kamusal otoritenin sırf bir hukukî meseleyi halletmek için harekete geçmesi lâzımdır. Ancak, pek önemli bir nokta kalıyor. Yargıçtan bir hukuk meselesini halletmesini kim istiyebilir? Yargıçtan bunu istemek, cari terminolojiye göre, dâva açmak demektir. Dâva açmak kime düşer?

Uzun zaman Fransız hukukçuları dâvayı (action) doğrusu manasız bir surette târif etmişlerdir. Dâvanın gerçek mahiyetini açıkça belirtmiş olan Alman ve bilhassa İtalyan hukukçularının hakkını tanımalıdır. Fransa'da dâva adaletten çıkan bir haktır deniliyordu. Dâvanın bu olmadığı, çünkü dâva ile yargıcın önüne dâvacının bir hakkı olup olmadığı meselesinin konulduğu düşünülmiyordu. Bundan başka, şüphesiz ki, birçok hallerde dâvacı bir hak ileri sürmez. Zilyetldik dâvalarını misal olarak zikretmek kâfidir.

Doğrusu şudur ki dâva haktan büsbütün ayrıdır ve denebilirki dâvanın kendisi de bir haktır, ama yargıçın takdir edeceği haktan farklı ve başka bir haktır. Dâva, ister bir hak iddia etsin, ister etmesin, herhangi bir kimsenin yetkili otoriyete başvurarak bir hukuk meselesini öne sürmesi ve meselenin hallini istemesini sağlamak için tanınmış bir imkândır. Fakat böyle haraket edebilmek için, yetkili otoriteye başvurarak bir hukuk meselesinin hallini istemek imkânını haiz olmak için, hukuk meselesinin hallinde menfaatı olması lâzımdır.

Meselâ bir otomobil bir kimseye çarparsa bu kimse kaza dolayısiyle mi tazminat alacaklısı olur? Elbet hayır. Eğer meselâ zararın faili müflis ise kazanın mağduru bir şey elde edemez. Eğer dâva önceden mevcut bir hakkın yerine getirilmesi olsa, kazaya uğrayan kimsenin, henüz bir alacak hakkı mevcut olmadığına göre, hiç dâva açamaması lâzım gelir, eğer dâva açabiliyorsa bu sorumluluk meselesini hallettirmekte menfaatı olduğu içindir. Sorumluluk meselesi ise bir hukuk meselesidir. Ceza mahkemelerinde savcı dava açmakla, itham eden topluluğun hakkını kullanır deniliyor. Bu hakikate hiç uymıyan bir istiare formülüdür. Objektif hukuk, suç diye vasıflandırılan belirli hareketleri yasak etmiştir. Suç işliyenin hüküm giymesinde şüphesiz ki topluluğun menfaati vardır ve sosyal menfaatı korumakla görevli savcı yargıçlara ceza sorumluluğu meselesini arzetmeğe yetkilidir. Savcı kamu dâvası açar denir; halbuki o yargıca sadece bir hukuk meselesi arzeder, savcı tıpkı bir zarardan mağdur olduğunu iddia eden kimse gibi hareket eder.

İtalyanların, bir hukuk meselesinin halledilmesinde menfaati olan her hangi bir kimsenin bunu yargıçtan istemesine objektif hukukun imkân sağladığını ve menfaatın gerçekleşmesini ifade ve tazammun eden elverişli ve vazıh bir kelimeleri var. Bu pretesa, iddia kelimesidir sübjektif hukukla karıştırılmamalıdır. Almanların da tamamiyle aynı fikri ifade eden bir kelimeleri var: bu Anspruch kelimesidir. Ne yazık ki Fransızca da buna tekabül eden bir kelimemiz yok. Action (dâva) demekle yetinelim, fakat bilelim ki action (dâva) bir hak değildir, açıkladığım doktrinde sübjektif hukuk yoktur, dâva sadece bir hukuk meselesinin hallinde menfaati olanların, bunu yargıçtan pozitif hukuka göre istemek imkânını haiz olmalarına dayanır ve pozitif hukukun sınırları içinde hareket etmek imkânı hiç bir vakit bir hak teşkil etmez (1).

---

(1) BK. Helwigg, Anpruch und Klagsrecht, 1900; Chiovenda, Principi de diritto processuale, 1912; Mortara, Commentario del leggi di procedura civile, 1905.

IV

Yargıç, önüne getirilen hukuk meselesini, her hangi bir sebeple, halletmeği reddedemez. Reddederse, hakkı ihkaktan imtina dedikleri suçu işlemiş olur. Bütün memleketlerin kanunları bu suçu belirtmiş ve cezalandırmıştır. Filhakika, yargıç, eski bir formüle göre, adaletle barışı sağlamak ödeviyle görevlendirilmiştir. Önüne getirilen hukuk meselesini halletmeği reddederse, doğrudan doğruya kendisine düşen sosyal görevi ihmal etmiş olur; barışın koruyucusu olmaktan çıkar ve bir ayırma ve savaş unsuru olur. Bunun için önüne getirilen meseleyi halletmesi lâzım gelir. Fakat rolü burada biter mi? Fikrimce şüphesiz ki hayır.

Bununla beraber bir takım müellifler, yargıcın rolünün önüne getirilen meseleleri halletmekten ibaret olduğunu iddia ediyorlar. Bilhassa Bay Jèze uzun zaman bu tezi savunmuştur. Kazaî tasarrufun bir hukukî meselenin halli olduğunu, ancak bu hallin muhkem kaziye (kesin hüküm) kuvvetini haiz bulunduğunu, yani kanunî hakikat kuvvetinde olduğunu, bu hakikata kimsenin karşı koyamıyacağını, özel kişilerin de kamusal kuvvetlerin de bu hakikata boyun eğmek zorunda olduklarını isbat etmeğe önem vermiştir. Sözlerine şunları da ekliyor: hukuk veya ceza dâvalarında karar alınacağı vakit bu kararın hukukî hakikata uygun olması için gerekli bütün tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler alınmış ve kanunun aradığı bütün şartlar yerine getirilmiş ise yargıcın kararı, herkesin boyun eğmesi gereken kanunî bir hakikat olur (1).

Buna itiraz etmiyorum; fakat sanıyorum ki yargıcın rolü burada biterse bir işe yaramaz. Unutmamalıyız ki dâvayı dâvacı bir takım kanunî menfaatlerini sağlamak için açmıştır. Bir hukuk meselesinin sadece halli bu neticeye hiçte ulaştırmaz. Yargıcın rolü önüne getirilen hukuk meselesini halletmekten ibarettir demek, sadece kazaî tasarrufu inkâr etmek demektir, çünkü kazaî tasarrufun konusu kanunî menfaatlerin korunmasıdır. Kazaî görevin gerçekten mevcut olması için yargıcın bir karar vermesi, bu kararla dâvanın dayanağı olan kanunî menfaatı temin etmesi, dâvanın maksadına tekabul eden bir kararla kanuni menfaatin gerçekleşmesini sağlaması lâzımdır.

Ancak, kazaî tasarrufun özelliği şudur ki yargıç şu veya bu kararı vermekte serbest değildir. Yargıç mantıkla bağlıdır. Aldığı karar, hukuk meselesi için bulduğu hal çaresinin mantık bakımından zarurî neticesi olmalıdır.

---

(1) Jeze, Revue de droit public, 1909, s. 666 ve sonrakiler.

Bundan dolayı bazı müellifler ve bilhassa büyük Alman hukukçusu Laband yargıcın tasarrufunu bir kıyas (syllogisme = tasım) şeklinde analiz etmişlerdir. Bu tasarrufta genel hukuk kuralı büyük önerme (majeur = kübra), öne sürülen meselenin halli (solution) küçük önerme (mineure = suğra), karar ise neticedir (1). Bir kaç misal alarak bunu göstermek kolaydır. İlk önce jüri müessesesi olan memleketlerdeki cezaî yargılamayı ele alalım.

Bilindiği gibi, bu takdirde yargı jürinin kendisi ile İngiltere'de tek bir kişi, Fransa'da üç kişi olan yargıç arasında bölüşülmüştür. Yargıç jüriden suçluluk meselesini sorar: falanca bir kimseyi taammüdle öldürmek suçunu işlemiş midir? der. Farzedelim ki jüri evet diye cevap verdi. Hukuk meselesinin halli budur. Şöyle bir mantık muhakemesi yürütmesi gereken ve sıkı sıkıya mantıkla bağlı olan yargıcın kararı şudur: taammüdle başkasını öldüren kimselere ölüm cezasının verilmesini kanun emrediyor, kural budur, bu kıyasın büyük önermesidir, X in bir kimseyi taammüdle öldürdüğü anlaşılmıştır, bu öne sürülen hukuk meselesinin hallidir, kıyasın küçük önermesi budur; bundan dolayı X..e ölüm cezası verilmiştir, karar ve yargıcı sıkı sıkıya bağlıyan kıyasın neticesi budur. Hukuk meselesine verilen hal çaresiyle karar arasındaki bu mantıkî sıkı bağlılık ve ayrılmazlık kazaî tasarrufun özel karakterini teşkil etmektedir.

Aynı karakter aynı açıklıkla hukuk dâvalarında da göze çarpar. Farzediyorum ki Birsel meselâ bir at satmış olduğundan dolayı İkisel'den alacaklı olduğunu iddia etmektedir. Yargıç Birsel'in İkisel'den alacaklı olup olmadığı meselesini halledecektir. Vereceği karar, yani hüküm şöyle bir mantık kıyaslaması olacaktır: büyük önerme, satış yapan herkes satış bedelinin alacaklısı olur, kanun böyledir; küçük önerme, Birsel İkisel'e bir at satmış ve bundan dolayı satış bedelinin alacaklısı olmuştur; bu hukuk meselesinin hallidir; netice İkisel Birsel'e satış bedelini ödeme hükmünü giymiştir, bu karardır. Meselenin hali ile karar böylece birbirinden aslâ ayrılmaz bir mahiyet arzederler. Kararla birlikte olmadıkça hallin hiç bir etkisi olmaz; bulunan hal çaresine mantıklı bir surette bağlamadıkça karar esas ve dayanaktan mahrum kalır.

Kararın mahiyeti dâvanın çeşidine göre değişir. Burada ayrıntılara giremem, bu beni çok uzaklara sürükler. Şunları belirtmekle yetineceğim ki meselâ ceza dâvalarında karar ya bir ceza hükmü veya beraattir; hukuk dâvalarında ise çok kere bir para hükmü şeklini alır; bir tasarrufun iptali veya bir durumun tanınması şeklinde de olabilir. Meselâ medenî hal meselelerinde bir çocuğun nesebinin sahih olduğunun veya sahih olmadığı-

(1)Laband, Droit public, fransızça baskı, 1901, II, s. 514.

nın, bir kimsenin vatandaş veya evli olup olmadığının belirtilmesi dâvalarında olduğu gibi: Böylece kararlar, bilhassa ceza dâvalarında ve medenî hal dâvalarında olduğu gibi, ya bir objektif şart - tasarruf, veya - para ödemeğe hükmolunduğu takdirde olduğu gibi - bir sübjektif hukukî tasarruf mahiyetini alır.

V

İncelenecek sonuncu bir mesele, muhkem kaziyenin otoritesi diye anılan mesele kalıyor. Ben ancak, ayrıntılarına girmeden, çözümün prensibini belirtebileceğim.

Yargıç kararının, Jeze'in formülüne göre, kanunî hakikat kuvvetini haiz olduğu söz götürmez, bunda hiç bir güçlük yok. Muhkem kaziyenin otoritesi zaten budur. Ancak, muhkem kaziye herkese karşı, hatta dâvada taraf olmıyan ve bundan dolayı dâvacının iddialarına itiraz edemiyen, yargıcı aydınlatmak için müdahalede bulunamıyan kimselere karşı da ileri sürülebilir mi diye araştırmaya kalkışınca mesele çıkıyor. Muhkem kaziye otoritesinin sadece nisbî olduğunu, ancak mahkemede taraf olanlara karşı ileri sürülebileceğini cevap olarak söylemek gelenek olmuştur. Fransız medenî kanunun 1351 inci maddesinde ve sizin karma (mixte) kanununuzun 297 ci maddesiyle yerli medenî kanununuzun 232 nci maddesinde belirtilen prensip budur.

Bu prensibi uygulamağa kalkışınca ağır güçlüklerle karışılaşıldığı görüldü. Bir takım hukukçular ve bilhassa gelenekçi medeniyeciler bu prensibi bütün şiddetiyle her olaya uygulamağa kalkıştılar ve sadece saçma neticelere ulaştılar. Meselâ, iddia ettiklerine göre: Birsel ile İkisel arasında cereyan eden birinci dâvada Birsel'in, İkisel'in nesebi sahih oğlu olduğuna karar verilmiş olması, bu birinci dâvada taraf olmıyan Üçsel tarafından açılan ikinci dâvada mahkeme tarafından Birsel'in bu sefer Üçsel'in nesebi sahih oğlu olduğuna karar vermesine hiç bir engel yoktur. Bu iddia saçmadır, başka bir şey değil, fakat bir takım hukukçular için saçmalığın önemi yoktur; elverirki prensip gözetilsin Aynı surette Birsel'in Anın kanunî kocası olduğuna karar verildikten sonra, eğer bu birinci dâvada taraf olmamış ise, ikinci bir dâva sonunda B nin de Birsel'in kanunî karısı olduğuna karar verilebileceğini iddia ettiler.

Bu konu üzerinde sonu gelmiyen tartışmalar olmuştur. Mahkeme kararlarının gerçek karakteri analiz edilmiş ve, yukarıda gösterdiğim gibi, sübjektif hukukî tasarruf olan mahkeme kararları ile objektif hukukî tasarruf mahiyetindeki mahkeme kararları birbirinden ayırdedilmiş olsaydı tartışmaları ve güçlükleri ortadan kaldırmak pek kolay olurdu. Fransız

medenî kanununu kaleme alanlar, muhkem kaziye otoritesinin nisbî olduğu prensibini belirttikleri vakit yalnız subjektif kazaî tasarrufları, yani sübjektif hukukî mahiyette olan mahkeme kararlarını göz önüne getirmişlerdi, ki bunlar mahiyetleri iktizası ancak mahkemede taraf olanlara karşı ileri sürülebilir. Sübjektif tasarruflar ve sübjektif hukukî durumlar hakkında yukarıda belirttiğimiz tarifler ve açıklamalar bunu gerektirmektedir.

Fakat, bilâkis objektif kazaî tasarruf ve objektif bir durum tesis eden objektif bir mahkeme kararı hakkında muhkem kaziye otoritesi düşünülemez, bunun sebep ve hikmeti yoktur. Objektif bir şart - tasarruf sonunda bir objektif durum hasıl olur ki, geçmiş derslerimizin birinde göstermiş olduğumuz gibi, genel ve sürekli olduğundan herkese karşı ileri sürülebilir. Böyle olunca, bu karakterdeki mahkeme kararı da herkese karşı ileri sürülebilecek genel ve sürekli bir hukukî durum yaratır, başka türlü olamaz. Aksini iddia etmek saçma bir iddiada bulunmak olur.

Meselâ bir ceza mahkemesi tarafından bir hapis hükmünün verilmesi halinde hükümlü, bütün hükümlülere uygulanan ve objektif hukukla belirtilen genel ve objektif duruma sokulmuş olur. Hükümlünün bu durumu herkese karşı ileri sürülür, hüküm ifade eder; suça ilişkin bir madde ile yargılamakta olan hukuk mahkemesine karşı da hüküm ifade eder. Medenî hal konusundaki mahkeme kararları da böyledir; bu çeşit mahkeme kararları da genel ve objektif bir durum yaratır ve herkese karşı ileri sürülebilir. Kimse muhkem kaziye otoritesinin nisbiliğini bu gibi konularda iddia edemez.

Fransız Danıştayından olduğu gibi, yetkili bir mahkeme tarafından bir tüzüğün veya objektif bir idarî tasarrufun iptalı halinde de durum aynıdır. İptal ile tasarruf ortadan kalkar, sanki hiç bir tasarruf yapılmamış gibi bir durum hasıl olur ve kimse iptal edilmiş tasarrufu ileri süremez; çünkü mahiyeti bakımdan genellik arzeden bir tüzüğün bir takım kimseler için mevcut, bir takım kimseler içinde gayrı mevcut olması imkânsızdır.

Böylece, tamamiyle maddî bakımdan devletin çeşitli görevlerini incelemiş ve bu görevlere ilişkin hukukî tasarrufları analiz etmiş olduk; böylece, gayet tabiî olarak, bu çeşitli görevlerin yerine getirilmesini sağlıyan devlet organlarını da incelemek durumuna girdik; bu gelecek derslerimizin konusunu teşkil edecektir.

18 Şubat 1926

ON BİRİNCİ DERS

DEVLET ORGANLARI VE KUVVETLERİN AYRILMASI

Baylar,

Devlet organı sözü ile, devletin hukukî görevlerini, ferdî olarak veya heyet teşkil ederek, yerine getiren kimseleri kastediyoruz. Organ (=uzuv) kelimesini kullanmakla organik devlet teorisine (uzviyet teorisine) hiç te katılmak istemiyoruz. Ne sosyolojik organik teoriyi, ne de hukukî organik teoriyi benimsemiş değiliz.

Belirli bir sosyoloji doktrini, toplulukların, yaşayan varlıklar gibi gerçekten organları yani uzuvları olduğunu ve sosyolojik olayların biolojik olaylar mahiyetinde bulunduğunu bildirmektedir. Bana göre bu yanlış bir görüştür; devlet organlarının sözünü ederken böyle bir kavrayışa hiç yaklaşmış bile değilim (1).

Almanya'da, Gierke'nin ardı sıra, yüksek hukukçular ve bilhassa profesör Jellineck hukukî organ teorisini öğretmişlerdir. Bu teoriye göre organ olmak karakterini taşıyan kimseler hiç bir vakit topluluğun vekili (mandataire) sayılmamalı, fakat doğrudan doğruya topluluğun iradesini ifade eden bir organ olarak ele alınmalıdır. Nasıl insanlar ferdî iradelerini organlariyle yani uzuvlariyle doğrudan doğruya ifade ederlerse topluluk da iradesini doğrudan doğruya bu organları ile ifade eder ve böyleece topluluğun kendisi ile topluluk için hareket edenler arasında bir hukukî münasebet doğar. Bu ustalıklı doktrin derinliğine incelemeğe değer ise de ayrıntılarına giremiyeceğim. Şunu söylemekle yetineceğim ki, kollektif kişilik kavramını reddettiğim için, mevcut olmıyan kollektif kişinin organını da kabul edemem (2).

---

(1) BK. Açılış dersinde söylenmiş olanlar.

(2) Hukukî organ teorisi hakkında bk. Gierke, Genossenschaftstheorie 1887, s. 603 ve sonrakiler, Jellineck, Allgemeine Statslehre, 2 nci bası 1905, s. 494 ve sonrakiler, Michoud, Théorie de la personnalité morale,, 1 inci kısım, 1906, s. 171 ve sonrakiler, Duguit, Les gouvernants et les agents, 1903, s. 26 ve sonrakiler.

Devlet organı tâbirini kullanıyorsam bu tâbirin bulanıklığa en az meydan vermesinden ve bilhassa kamu hukukunda kötüye kullanılan ve insanı dağınıklığa değilse bile yanlışlığa sürükliyen kuvvet (pouvoir = erk) kelimesini bertaraf etmek istediğimden dolayıdır.

I

Kuvvet (pouvoir = erk) kelimesi derslerde ve kitaplarda sık sık kullanılmaktadır. Bunu üç ayrı anlamda kullanıyorlar (1). Kuvvet kelimesi ile bazan egemenliği teşkil eden muhtelif unsurlar kastedilir. Şu veya bu organın bünyesinde bulunan bu unsurlar bir araya gelerek devletin egemenliğini teşkil ederler. Böylece Fransa'da 1789 da, yasama heyetinin bünyesinde bulunan yasama kuvvetinden kıralın kendisinde bulunan yürütme kuvvetinden bahsediliyordu. Kuvvetlerin ayrılmasından bahsederken ve kuvvetlerin ayrılmasının egemenliğin bölünmezliği prensibi ile uzlaşıp uzlaşmadığı araştırılırken kuvvet kelimesi gene bu anlamda ele alınıyordu.

Kuvvet kelimesini yalnız bu anlamda kullanmalıdır, ama sık sık iki başka anlamda daha kullanılmaktadır. Böylece: yasama heyeti devletin bir kuvvetidir, hukûmet öteki kuvvetidir denilmekte ve yasama kuvvetinin ve yürütme kuvvetinin yetkilerinden bahsedilmektedir. Bu takdirde kuvvet kelimesi ile devletin organları kastolunmaktadır.

Nihayet, bazen de, kuvvet kelimesi görev anlamına kullanılmakta ve yasama heyetine veya devlet başkanına ait kuvvetlerden (pouvoirs) bahsedilmektedir. Bu takdirde ise devlet organlarının görevleri kastedilmektedir. İşte kuvvet kelimesi böylece, ilk iki ayrı anlamdan da farklı, üçüncü bir anlamda kullanılmaktadır.

Kuvvet kelimesinin ortaya çıkardığı kaçınılmaz kargaşalıktan kaçınmak için organ kelimesini kullanıyorum. Bununla beraber, organ kelimesini kullanırken bile bir açıklama yapmak ve temsilî karakterde olanlarla olmıyanları ayırdetmek lâzımdır.. Bu sonunculara kamusal ajan adı verilebilir.

Temsilî karakteri olan organlar, temsilî karakteri olmıyan organlardan veya ajanlardan açıkça ayırdedilir: birincileri devletin iradesini ifade eder sayılır, ötekileri bu iradeyi ifade etmezler ama devlet adına ha-

(1) Fransızça «pouvoir» kelimesine tam ve doğru bir karşılık olarak «erk» kelimesi vardır.

Erk kelimesi bir terim olarak bulanıklığı da önler ise de ötedenberi gerek anayasa hukuku, gerekse kamu hukuku kitaplarımızda karşılık olarak kuvvet kelimesi kullanıldığından, çok bulanık bulduğum halde, ben de bu kelimeyi kullandım. (S.D.)

reket ederler. Parlâmento temsilî bir organdır. Birçok memleketlerde hükûmet te böyledir: gerek biri, gerekse öteki anayasa bakımından devletin iradesini temsil ederler. Bilâkis, sizin müdürleriniz ve bizim valilerimiz (préfets) gibi idarî memurların temsilci karakterleri yoktur; bunlar temsilî olmıyan organlar veya basit ajanlardır.

Bu ayırdın pratik neticesi şudur: devletin egemen iradesini ifade eder sayıldıkları için, temsil organlarının kararları aleyhine dâva açılamaz. Bilâkis, temsil karakterini haiz olmıyan ve ancak hareket etmek durumunda bulunan ajanların kararları aleyhine dâva açılabilir ve bu kararlardan kanuna aykırı olanlar mahkemeler tarafından iptal edilmelidir.

Temsilci organlarla temsilci olmıyan organlar arasında yaptığım ayırt metafizik devlet teorisinde doğru olduğu gibi gerçekçi devlet teorisinde de doğrudur. Biz şüphesiz ki devlet egemenliği yoktur diyoruz ama bu sözümüze şunları da ekliyoruz: her memlekette yöneltici kuvvet (force gouvernante) unsurları vardır ki politik bakımdan teşkilâtlandırılmalıdır, modern memleketlerde vatandaş çoğunluğu gibi. Bu yöneltici kudret unsurlarının toplandığı organlara temsil organları adı verilebilir ve bu organların kararları kazaî denete bağlı tutulmaz, çünkü bu kararlar belirli bir memlekette hâkim olan politik kuvvetin ifadesi ve gerçekleşmesidir.

İngiltere'den ve Fransa'dan vereceğim misaller bu sözümün soyut taraflarını aydınlatacaktır.

II

Aşağı yukarı yüzyıldan beri İngiltere'de üç yöneltici kuvvet açıkça göze çarpmaktadır. Önce ve ilk plânda monarşik unsur. Britanya halkının vicdanında, memleketin birliğini ve geleceğini sağlamak için tek çıkar yolun devlet kudretini irsî bir hükümdarın temsil etmesi olduğu hakkındaki inanç mahiyetinde kendini göstermektedir. Kuvvetli bir aristokrasi ki lordlar kamarasında olduğu gibi avam kamarası için yapılan seçimlerdeki nüfuzu dolayısiyle memlekette de tesirini göstermektedir. Nihayet, demokratik mahiyette üçüncü bir politik unsur vardır ki, 1918 seçim islâhatı ile teyid edilmiş olan evrensel seçim devrini hazırlamakla her gün biraz daha belirgin olarak kendini göstermektedir.

Bu unsurlardan her biri kendiliğinden teşkilâtlanarak tesirini gerçekleştirecek ve sağlıyacak bir heyet haline gelmeli idi. Kıral monarşik unsuru temsil ediyordu. Arıstokratik unsuru lordlar kamarası temsil ediyordu. Avam kamarası demokratik unsuru ihtiva ediyor ve her gün bir az daha artan bir açıklıkla eşit oy çoğunluğunu temsil eyliyordu. Bun-

dan başka, hükûmet faaliyetini sağlamak için, bu çeşitli organlar arasında karşılıklı bir itidal teessüs etmeli idi. Kuvvetleri ayırma prensibinin uygulanması bu organları birbirinden ayırır, çatışmalara meydan verir ve politika makinesinin serbest işlemesini engellerdi. Organların ayrılması değil, iş birliği etmesi ve organlar arasında görevlerin bölüşülmesi lâzımdı.

Kanunların Ruhu (Esprit des Lois) başlıklı ünlü eserinin, çok kere pek kötü yorumlanan, XI inci kitabının VI nci bölümünde, Montesquieu İngiltere'nin siyasî hayatındaki bu kuvvetler işbirliğini çok güzel bir şekilde göstermiştir. Kuvvetlerin kesin ayrılmasını bir ülkü olarak göstermekten çok uzak kalmış bulunan ünlü mütefekkir bilhassa şunu bildirmiştir. «Yasama heyeti iki kısımdan teşekkül ettiği için, karşılıklı engelleme imkânları dolayısiyle, biri ötekini zencirliyecek ve her ikisi de hem yürütme kuvveti tarafından bağlanacak, hem de yürütme kuvvetini bağlıyacak ve bu üç kuvvet durgun ve işlemez bir duruma düşecektir; fakat,ahvalin ilcasiyle, hareket etmek zorunda oldukları için, işbirliği ederek ahenkli surette hareket etmek zorunda kalacaklardır.»

Şimdiki halde, Fransa'da bir dereceli, eşit ve evrensel seçimin memleketteki yöneltici kuvetin en canlı bir belirtisi olduğu söz götürmez. Fakat bu kuvvet yalnız değildir; bu kuvvet mebuslar meclisinde organlaşmış olmakla beraber üstünlük iddia edemez, çünkü yanında mevcut olması lâzım gelen ve filen de mevcut olan başka bir organ daha vardır ki o da gerçek bir politik kuvveti temsil etmektedir. Bu, küçük burjuvazi unsurunu, bilhassa hem mal sahibi, hem de işçi olan ve Fransız kudretinin özünü teşkil eden yiğit adamlar yığınlarını içine alan köylü küçük burjuvazisini temsil eden senatodur. Bu hal, 1875 anayasası ile kurulan, iğreti bir müessese olduğu ileri sürülerek kısa zamanda ortadan kalkacağı kehaneti savurulan senatonun niçin bugün Fransız Cumhuriyetinin en kuvvetli müesseselerinden biri olduğunu ve mebuslar meclisine karşı nasıl faydalı ve tesirli bir fren teşkil ettiğini izah eder.

Böylece, kendiliklerinden teşekkül eden ve gerçek bir rol oynıyan politik organlar her yerde politik kuvvetleri temsil etmekte ve politik kuvvetlerin harekete geçmesinden hasıl olmaktadır. Devlet hayatı onların işbirliği, aralarında kurulması gereken denklik ve karşılıklı itidal sayesinde sağlanır. İşte somut (= concret = müşahhas) hakikat ki kuvvetleri ayırma adı verilen ve Montesquieu'ye atfolunun sert ayırmadan çok uzaktır. Fransa'da 1791 kurucuları bunu ülkü edinmişler ve gerçekleştirmeyi memleket menfaati adına kendilerine borç bilmişlerdi.

III

Kuvvetlerin ayrılması hakkındaki bu sert teori nedir?

Bunu anlamak için egemenlik kavramını kabul etmek lâzımdır; yukarıda sözünü ettiğimiz egemenlik kavramı ki devletin kendi iradesi sayılmaktadır ve bu irade özü dolayısiyle bağımsızdır, yani kendi kendini belirtir, kendini yalnız kendi belirtir, kendi alanını da kendi belirtir, bu irade âmir bir iradedir, yani emirler veren bir iradedir, konuları ne olursa olsun bu emirlere uyulmalıdır. Kişileştirilmiş millete ait sayılan bu egemen irade, bir vakitler hemen hemen Tanrı iradesi gibi sayılıyordu. Egemen devlet yer yüzünde Tanrı gibi sayılıyordu, ve Alman filozofu Hegel devletin dünyada gerçekleşen Tanrı olduğunu söylemekten çekinmemişti. Fakat geçelim.

Bu egemen kudretin üç esaslı vasfı vardır: 1. O yasama kuvvetidir, yani genel hükümler isdar etme yetkisi vardır ki yasama yetkisi adı verilmektedir. 2. Yürütme kudreti, yani kanun şeklinde isdar olunan genel hükümlerin uygulanmasını ve gerçekleşmesini sağlamak kuvveti ki yürütme kuvveti adını almaktadır. 3. Nihayet yargılamak imtiyazı, yani ihlâl veya inkâr edildiği takdirde hakkı belirtmek imtiyazı ki buna yargı kuvveti denilmektedir.

Bu imtiyazların her biri, dini bir ifadeye göre, cesetleşmiş (hypostasiée), yani kişileşmiştir (personnifié) ve bu kişilerin yani bu imtiyazların her biri egemendir, tam bir egemenliği haizdir. Egemenlik bölünemez ve eğer egemenliği teşkil eden imtiyazlar kişileşmiş ise, bu kişilerin her biri de zorunlu olarak egemen olmalıdır. Bununla beraber bir tek egemen devlet ve bir tek egemenlik vardır. Üç egemen kişi vardır ama bununla beraber bir tek egemen devlet vardır.

Kuvvetleri ayırma teorisi bütün sertliğiyle budur. Kuvvetleri ayırma politik doktrini ile, Tanrı'nın Üçlüğü hakkındaki dinî (1) doktrin arasında göze çarpan benzeyişi görmek için din konusunda uzun boylu bilgi sahibi olmağa ihtiyaç olmasa gerektir. Benzetişi daha ileri götürerek dinî doktrinde oğul Tanrı nasıl baba Tanrı'dan *doğmuş* ise yürütme kuvvetinin de yasama kuvvetinden *doğmuş* olduğu ve kutsal - Ruh nasıl baba Tanrı ile oğul Tanrı'dan *ileri gelmiş* ise yargı kuvvetinin de yasama kuvveti ile yürütme kuvvetinden *ileri gelmiş* olduğu ileri sürülebilir.

Söylemeğe lüzum görmem ki, fikrimce bunlar şüphesiz çok ilgi çeken ve ustalıklı teoriler olmakla beraber bir zihin jimnastiğinden başka bir şey değildir ve bilim bakımından hiç bir gerçeğe tekabül etmemektedir. Hı-

(1) Tabiî hıristiyan dinî doktrininden bahsediliyor. (S.D.)

ristiyan inançları karşısında saygıyle eğilirim. Fakat, kamu hukukuna ve politikaya gelince, tereddüt etmeden derim ki: bu metafizik kavrayışları yabana atmalıdır, bunlar gerçek dışından kalmıştır ve zihinleri yanıltmaktan, ilerlemeyi engellemekten başka bir işe yaramaz.

Kuvvetleri ayırmanın bu yanlış kavrayışının, ta XVIII inci yüzyılda, J.J.Rousseau, *Sosyal sözleşme*'sinin meraklı bir yerinde hakkını vermiştir; bunu zikretmeğe değer. J.J. Rousseau diyor ki: «Fakat politikacılarımız egemenliği esasında bölemeyince konusunda bölmüşler; onu kuvvete ve iradeye, yasama kudretine ve yürütme kudretine bölüyorlar.... Bazan bütün kısımlarını birbirine karıştırıyorlar, bazan ayırıyorlar. Egemeni birbirine eklenmiş parçalardan teşekkül eden hayalî bir varlık kılığına sokuyorlar. Sanki biri göz, öteki kol, beriki ayak olan parçalardan bir insan meydana getiriyorlarmış gibi davranıyorlar. Söylediklerine göre Japon hokkabazları seyircilerin gözü önünde bir çocuğu parçalıyorlarmış; sonra bütün uzuvlarını birbiri ardınca havaya atıyorlarmış ve çocuğu birleşmiş ve canlı olarak yere düşürüyorlarmış. Bizim politikacılarımızın hokkabazlığı da aşağı yukarı böyle. Sosyal vücudu parçaladıktan sonra, panayıra yakışır bir el çabukluğu ile, parçaları, nasıl yaptıkları anlaşılmadan birleştiriyorlar.» (Contrat social, kitap II, bölüm II).

J.J. Rousseau'nun tenkitleri teorik bakımdan doğru bir esasa dayanıyordu; daha vahim olan cihet şu ki: bu kuvvetleri ayırma kavrayışı Fransa ve Amerika'da ağır neticeler doğurdu. Bizde, 1791 anayasasının kabulünden sonra derhal baş gösteren çarpışmalara bu kavrayışın yabancı kalmadığı ve parlemantlr rejimin yerleşmesini elli yıl geciktirdiği muhakkaktır. Amerika'da Amerikalıların parlemanter rejimi anlamak ve uygulamak imkânsızlığına düşmelerine aynı kavrayışın yabancı kalmadığı şüphesizdir. Kuvvetleri ayırma prensibine saygı göstermek behanesiyle anayasa'arı hükûmeti parlâmentonun vasıtasız denetinden hariç tutmuştur, ve yürütme ile yasama arasında bir uyuşmazlık çıkarsa bunu çözünliyecek hiç bir anayasa tedbiri yoktur. Böyle bir sistemin ağır sakıncaları 1920 de Versailles antlaşması imzalandıktan sonra açıkça görüldü, ve Amerikada bir çok aydınların işi anladıklarını sözüm ona kuvvetleri ayırma prensibine uygulanmasına üzüldüklerini şahsan görmek imkânını buldum (1).

IV

İngiltere ve ardı sıra Fransa sert bir kuvvetleri ayırma anlayışını tamamiyle ortadan kaldırarak, çok daha yumuşak, çok daha ustaca ve ger-

(1) Bununla beraber BK. Erlick. La séparation des pouvoirs et la Convention federale de 1787, thèse Paris, 1926.

çeğe çok daha iyi uyan bir politik sistem gerçekleştirmişlerdir. Bu hakikî parlemanter sistemdir ki bazan da kabine hükûmeti denilmektedir. Devlette iki organ vardır; Bunlar devlet başkanı, irsen intikal eden hükümdar veya seçilmiş başkan ile parlâmentodur. Devlet başkanı hükûmeti temsil eder; bakanları tayin eder ki bunlar da onun idaresi altında hükûmetin çeşitli görevlerini yerine getirirler. Bu da memleketin genel idaresini yöneltmek ve kanunların uygulanmasını gözetmektir. İkinci organ olan parlâmentonun başlıca görevi kanun çıkarmaktır. Fakat, iki organ arasında ayrılma ve duvar yoktur; aralarında sürekli ve sâmimi bir iş birliği ile beraber bir denklik ve itidal vardır ve olmalıdır. Hükûmet, bakanlarla meclislere girebilir. Bakanlar mecliste istedikçe konuşabilirler; ve kayıtsız bir kanun teklif etme yetkileri vardır. Parlâmento üzerinde tesirlerini hissettirirler ve hissettirmelidirler. Parlâmento da hükûmetin bütün faaliyeti üzerinde denet hakkını kullanır. Bakandan her zaman açıklama istiyebilir ve bu denet hakkının müeyyidesi bakanların politik sorumluluğudur. Devlet başkanına bu sorumluluk dokunmaz, çünkü o hükûmetin sürekli unsurunu temsil eder ve faaliyetinin devamını sağlar. Fakat, meclisler veya ikisinden biri hükûmet tarafından güdülen politikayı onamazsa, politik bakımdan sorumlu olan bakanlar çekilmelidirler. Bundan devlete bir buhran çıkmaz, çünkü sürekli unsur, hükümdar veya belirli bir süre için seçilen başkan politik bakımdan sorumlu olmadığı için daima yerindedir ve parlâmento çoğunluğu içinden yeni bakanlar alır.

Hepsi bu kadar değil. Şimdi göstermiş olduğum gibi, organların işbirliğini içeren bu karmaşık rejimde bakanların politik sorumlarının gerekli karşılığı da vardır. Eğer hükûmet, politikasını onamamakla parlâmentonun yanıldığını ve seçmenler heyetinin iradesine aykırı hareket ettiğini düşünürse fesih hakkı denilen yetkisini kullanabilir. Parlâmentoyu teşkil eden iki meclisi de, veya tek meclisi, veya iki meclis varsa iki meclisten birini feshederek kendisi ile parlâmento arasında çıkan uyuşmazlığın hallini seçmenlerden istiyebilir.

Bu fesih hakkı bazan demokrasi prensipleriyle uzlaştırılamaz mahiyette bir kırallık imtiyazı olarak vasıflandırılmıştır. Bu ağır bir yanlışlıktır. Tersine, bu hak tamamiyle demokratik bir müessesedir; çünkü memleketin ortaya çıkan büyük meseleleri hakkında seçmenlerin fikrini yoklamak imkânını sağlamaktadır. İngiltere'de doğmuş olan fesih hakkının başlangıçta bir kırallık imtiyazı olduğu doğrudur; fakat bu hak gelişmiş ve demokratik bir müessese olmuştur ve seçmenlerin memleket politikasının yönetmine katılmalarını sağlamak için bulunan en iyi çare mahiyetini almıştır. İngilizler bunu meharetle kullanmasını biliyorlar. Üzülerek söyliyorum ki Fransa'da fesih hakkı hiç bir vakit normal olarak işlememiştir

ve böylece parlâmento ile seçmenler heyeti arasında sürekli bir ahenk sağlamak çaresini kaybetmişizdir.

Kısaca, parlmanter rejimde hükûmetle meclisler arasında bir görev bölüşümü vardır. Fakat aynı zamanda karşılıklı işbirliği ve her bir organın öteki üzerinde sürekli tesiri de vardır. Bakanların politik sorumu müeyyidesi altında parlâmento hükûmeti denetler. Buna karşılık, hükûmet de teklif hakkı, söz hakkı ve fesih hakkı ile parlâmento üzerinde tesirini gösterir. Uyuşmazlık halinde seçmenler heyeti hakem olur; hükûmet ve parlâmento seçmenlerin kararına boyun eğmek durumundadırlar.

V

Modern memleketlerin politik modern hukuku olmuş bulunan parlemanter rejimi böyledir. Yalnız Birleşik Amerika ile anayasalarını Birleşik Amerika anayasasından kopye eden bazı Amerika devletleri parlemanter rejimi uygulamıyorlar. İspanya Primo de Rivera'nın diktatör hükûmetini kabul etmekle şimdilik parlemanter rejimden ayrılmış bulunuyor. Mussolini İtalya'sı epeyce bozuk bir parlâmento rejimi uyguluyor. Bütün başka memleketlerin bu rejimi tam bir doğrulukla uyguladıklarını söyliyemem. Parlemanter rejim, bütün müesseselerimiz gibi, belirli bir ülkü gözetilerek kurulur, ama daima ülküyü gerçekleştirmez, hatta bazan ulaşmağa uğraşacak yerde ülküden uzaklaşılıyor gibi görünür.

Fransa'da ancak epeyce uzun gayretler sonundadır ki parlemanter rejimi kurmağa muvaffak olabildik. 1791 anayasasını hazırlıyanlar, politik görgülerine göre, politik hürriyeti sağlamak için bir parlâmento kurarak kuvvetleri ayırma prensibini uygulamanın kâfi geleceğine inanmışlardı. Şüphesiz ki, yasama işlerinde kırala veto hakkı vermekle prensipte bir gedik açmışlardı. Öte taraftan, idarî görev ayrımını en son noktasına kadar genişleterek hükûmeti yürütme görevini yerine getirmek konusunda âciz bir halde sokmuşlardı. Kuvvetleri ayırma prensibini bütün sertliği ile benimsedikleri için eserlerinin devamı sağlanmış sanıyorlardı. Esaslı yanlış bu idi. Bu sert ayırma yüzündendirki kıralın hükûmeti ile yasama meclisi arasında birçok uyuşmazlıklar baş göstermiş ve monarşi devrilmiştir. Ebedî olacağı umulan bu 1791 anayasası ancak bir yıl devam etmişti.

İhtilâl fırtınalarını geçiyorum ve millî Konvensiyon'un eseri olan III. (1) yıl anayasasına geçiyorum. Bu anayasa 1791 anayasasının kusur-

(1) Fransızlar 1791 yılını tarih başlangıcı olarak almışlar ve baştan aşağı ayların adlarını da değiştirmişlerdi. Yıl III 1794 yılına, yıl VIII 1799 yılına tekabül eder; brümer güze rastlıyan bir ayın adıdır. (S.D.)

larını taşıyor, hatta durumu daha da ağırlaştırıyordu; çünkü kollejiyal bir yasama kuvveti yaratmak ve iki meclis kurmak suretiyle çatışma ihtimallerini artırmıştı. Artık çatışma yalnız yasama ile yürütme arasında değil, hem iki meclis arasında, hem de beş üyeden kurulan yürütme direktuvarı içinde de baş gösterecekti. Netekim III. yıldan VIII. yıla kadar direktuvar hükûmetinin tarihi ardı arkası gelmiyen hükûmet darbeleriyle geçmiş ve 18 brümer (1) yıl VIII deki hükûmet darbesi bu rejime son vererek konsüla ve imparatorluk devirlerini açmıştır ki bu devirlerde parlemanter rejim suya düşmüştür.

Napoleon I in düşmesinden sonra yerine geçen meşru monarşinin politik teşkilâtını düzenleyen 1814 şartı, belirtmiş olduğum şekilde hakikî bir parlemanter rejim karakterini taşımayan sınırlı bir monarşi kurmuştur. Kanunlar yapan ve kırala isteklerini ve düşünüşlerini bildirmeğe yetkili bir parlâmento vardır ama bakanlar parlâmentoya karşı politik bakımdan sorumlu değildir ve yalnız kırala bağlıdır. Yalnız ahvalin ilcasiyle, bu sınırlı monarşi yavaş yavaş İngiliz modelini andıran hakikî bir parlementer monarşi halini aldı ve 1828 den 1848 e kadar Fransa, meclisler karşısında politik bakıman sorumlu bir hükûmet ile hakikî bir parlemanter monarşı rejimi uyguladı.

1848 ihtilâliyle 1789-91 zihniyetine dönüldü; 1848 anayasasında 1789 tarzında tasarlanan bir kuvvetleri ayırma prensibi belirdi ve aynı neticeleri doğurdu. Devlet başkanı ile parlâmento arasında çekişmeler başgösterdi; uyuşmazlığı halletmenin kanunî yolu mevcut olmadığı için kuvvete baş vuruldu. 1792 de monarşi düşmüştü, 1851 de önce başkanlık, sonra imparatorluk diktatörlüğü ile parlâmentonun hiçe indiği görüldü. Ancak 1868 e doğru, olayların ve halk efkârının baskısı altında imparatorluk hükûmeti liberal islâhat yapmağa mecbur oldu ve kendi kendine parlemanter bir hükûmet şeklini verdi. Bu uzun sürmedi; çünkü 21 mayıs 1870 de değişiklik teyid edildi ve aynı yılın 4 eylulünde imparatorluk yıkıldı.

1871 den beri Fransa, İngiliz modeline göre parlemanter rejimi uyguluyor; tuhafı şu ki cumhuriyet olan Fransa'nın anayasası Birleşik Amerikanın cumhuriyetçi anayasasından tamamiyle uzaktır ve İngilterenin kırallık anayasasına benzer. 1875 anayasa kanunları, ile İngiltere'dekilere benzeyen politik müesseseler kurulmuştur. Tabii biz bunları, birçok bakımlardan İngilizlerinkinden çok farklı olan millî zihniyetimize göre, kendi duygularımıza göre uyguluyoruz ama teorik bakımdan iki politik sistem aynı karakterleri gösterir.

Söylediklerimizin neticesi kendini gösteriyor. Kuvvetleri ayırma sert teorisi ne vakit uygulanmak istenmiş ise, çarpışmalara, ihtilâllere ve hükûmet darbelerine yol açmıştır. Birleşik Amerika anayasası uzun ömürlü olmuş ise, bu kuvvetleri ayırma sayesinde değil, kuvvetleri ayırmaya rağmen ve prensipte filen yapılan tahditler sayesinde olmuştur. Parlâmento rejimi, hürriyetle otoriteyi uzlaştırmak için insanların bulduğu çarelerin gene en iyisidir; fakat uygulanması için, en yüksek mevkide olan vatandaştan en gönülsüzüne kadara herkesin aydın bir politik kavrayış ve derin bir vazife duygusu taşıması lâzımdır. Böyle bir politik anlayışı ve vazife duygusu olan milletler bahtiyardır; istikbal onlarındır.

23 şubat 1926.

ON İKİNCİ DERS

TEMSİLÎ ORGANLAR VE POLİTİK TEMSİL TEORİSİ

Baylar,

Politik temsil meselesi kamu hukukunun en önemli ve aynı zamanda en tartışmalı meselelerinden biridir. Güçlükleri çoğaltmaktan ve meseleyi bulandırmaktan sanki zevkalmışlardır. Konuya bir az olsun aydınlatmağa çalışacağız.

I

Temsil genel kavramı son derece basittir ve çok eski zamanlardan beri muhtelif milletler - belkide farkında bile olmadan - temsil rejimini uygulamışlardır. Montesquieu, ki zamanının bütün insanları gibi, çok kere manasız da olsa, şatafatlı sözleri çok severdi, temsilî hükûmetten bahsederken şöyle yazmıştı: «Bu güzel rejim ormanda bulunmuştu.» Demek istiyordu ki, orta Avrupa ormanlarında yaşayan Cermen oymakları, temsilî rejimi andıran bir usulü ilk uygulayanlar olmuşlardı. *Kanunların Ruhu* kitabının ünlü müellifi tamamiyle yanılıyordu. Cermanya'daki kavimler, hiçbir zaman yakından veya uzaktan temsilî rejime benzer müesseseler uygulamamışlardı. Daha ziyade vasıtasız hükûmet (gouvernement direct) dediğimizi tatbik ediyorlardı. Birçok modern hükûmetin de gerçek kaynağını Roma'da aramak lâzımdır. Temsilî hükûmet esasen olayların mahsulüdür, insan aklının istiyerek ve düşünerek yarattığı bir müessese değildir.

Halk efkârı emretme kudretinin sosyal topluluğa ait olduğuna inandığı halde topluluk belirli bir nisbette büyüyüp genişlerse bu kudretini doğrudan doğruya kullanması imkânı şüphesiz ki ortadan kalkar. Bu durumu karşılamak içindir ki politik temsil kendiliğinden ve tabiî olarak meydana gelmiştir. Bu takdirde politik kudret sahibinin yerini tutacak organlar yaratmak ihtiyacı şiddetle kendini gösterir. Artık bu organların kararları, doğrudan doğruya topluluğun kendisi tarafından verilmiş kararlar gibi değer ve kuvvet taşıyacak, saygı görecek demektir.

Gayet basit olarak politik temsil kavramı, ne gibi şartlar altında meydana geldiği ve Roma tarihinde nasıl belirdiğinin izahı bundan ibarettir. Herkes bilirki, Ogüst'ün tahta çıkması ve cumhuriyetin sonu ile, aşağı yukarı hıristiyanlık tarihinin başlangıcında, Roma'da politik kudret iki organ arasında bölüşülmüştü: İmparator ve Senato. Bu politik şekle yunanca *diyarchie* (çift kuvvet) adının verilmesi bundan ileri gelmiştir.

Romalı hukukçular bu değişikliği anlatmak üzere, çok kalabalık olduğu için halkın artık meydanda toplanamadığını ve halkın yerine Senatonun geçtiğini söylemişlerdir. Senato böylece temsilî bir organ oldu; halkın yerine geçerek yaptığı kanun, halk tarafından kabul edilmiş kanun gibi, aynı zorlayıcı kuvveti taşıdı. Roma imparatorunun kendisi de temsilî bir karakter kazandı; çünkü kendisine yetkileri, milleti temsil eden senato tarafından verilen bir karar, kabul edilen bir kanunla, lex regia denilen hükümdarlık kanunu ile tevcih ediliyordu. İmparator da böylece, Senato aracılığı ile, halk temsilcisi oluyordu. Roma da *dyarchie* denilen çift kuvvet rejimi hüküm sürdüğü müddetçe, denebilir ki millî kudretin iki temsilci unsuru vardı: Senato ve İmparator. Bu temsil fikri yavaş yavaş kaybolup, IV üncü yüzyıl başlangıcında Diokletien ve Konstantin ile artık ortadan kalkmıştır. İmparator her şeyi silip süpürmüştür; politik kudretin hepsini kendinde toplamıştır; İmparatorun şahsî kudreti mevcuttur ve her türlü temsil fikri tamamiyle yok olmuştur.

Feodal devirde yalnız temsil fikri boğulmakla kalmamış Romalı devlet anlayışı da o kadar aşınmıştır ki hiçe inmiş denebilirdi. Yöneltici merkezî kuvveti ortadan kaldırarak Avrupa topluluğunu insan ve toprak hiyerarşişi üzerine kurmak için çalışıldı ise de bu çalışma netice vermedi. Modern milletler belirdi, ve birinci sırada Fransız milleti Kapesien kralların temsil ettikleri kuvvetli birleştirici ve merkezîleştirici unsurla kendini gösterdi. Prestijleri ve otoriteleri ne olursa olsun Kapesien kırallar, kudretlerine milletin muhtelif sınıflarını iştirak ettirmeden hükûmet edemezlerdi, ve XIV üncü yüzyılda Fransa'da görünen eta jenero (états généraux) politik temsil kavramını yeniden canlandırdı.

Şüphesiz, politik meclislerimizden farklı olarak, eta jenero, modern tarzda bir millî temsil teşkil etmiyordu. Fakat, milletin muhtelif sınıflarının temsilcilerini ihtiva ediyordu; eta jenero da hiç bir temsil karakteri bulunmadığını ileri sürmek hem tarihî hem de hukukî bir yanlışlık olur. Eta jeneroda çok kere milletin *iktidar vericisi* (donateur du pouvoir) olduğu, eta jeneronun millet adına konuştuğu, kırallığın esas (fondamantale) kanunları kıralın kanunlarından üstün olan kanunları bugün sert

anayasa kanunlarına atfettiğimiz karakterleri haiz olan kanunları belirtmek veya değiştirmek yetkisinin yalnız eta jeneroda bulunduğu ileri sürülmüştür.

Nihayet, Fransız ihtilâli ile, bütün bir politik temsil teorisi kurulmuştur. Millet egemen kudreti haiz bir kollektif kişidir. Millet egemenliğini kendisi kullanabilir; bu vasıtasız hükûmet olur. Veya kendi adına egemenliği kullanmak vekâletini bir meclise verir; bu temsilî hükûmet olur. Meclis müvekkil milletin vekilidir, ve nasıl vekil tarafından izhar edilen irade müvekkil tarafından izhar edilen irade gibi ise, temsilci meclis tarafından izhar edilen irade de temsil edilen millet tarafından izhar edilmiş irade gibidir.

II

Millet egemenliğini kabul eden, yani politik kudretin vatandaşlar kütlesine ait olduğu fikrini benimseyen her memlekette şu mesele kendini gösterir: kamusal kudretin çeşitli yetkilerini vatandaşlar kendileri mi kullanacaklar, yoksa tersine bununla kendi adına ister bir insanı, ister bir heyeti mi görevlendireceklerdir? Egemenlik haklarını seçmenler heyeti kendi kullanırsa böyle bir memlekette vasıtasız halk hükûmeti uygulanıyor demektir. Tarihte böyle hükûmet misalleri vardır ve bugün bile bazı İsviçre kantonlarında uygulanmaktadır.

Şu noktayı da belirtmek uygun olur:bir devlet görevi vardır ki doğrudan vatandaşlar heyeti tarafından yapılması güç tasarlanabilir ve filen de hiç yapılmış değildir, bu idarî görevdir ki yapılması her gün, denebilirki her dakika, kamu hizmetlerinin sürekli işlemesini sağlamak için bir takım maddî veya hukukî tasarruflarda bulunmağa bağlıdır. Bir topluluk, az kalabalık da olsa, sürekli olarak toplantı halinde kalamaz ve bundan dolayı böyle bir görevi yerine getiremez. Bunun içindir ki vasıtasız hükûmet sistemini en ileri götüren memleketlerde bile halkın idarî göreve katıldığı hiç görülmez, o yalnız yasama görevi ile yargı görevinin de ancak küçük bir kısmını yapar.

Herkes bilir ki vasıtasız hükûmetin klasik misalleri Roma cumhuriyetinde ve eski Yunanıstanın bir takım sitelerinde görülür. Bu Yunan şehirlerini büyük modern sitelerimiz gibi tasarlarsanız çok yanılırsınız. Eski siteler çok mahdut topluluklardı, halkın yarısında farz'ası köle idi. Bunların en tanınmışı olan Atina'da bile beş altı binden fazla hür adam ve vatandaş yoktu. Ancak, geçmiş üzerinde israr etmiyelim, hale hatta geleceğe gelelim.

Şimdiki halde, söylemiş olduğum gibi, bazı İsviçre kantonları halâ

gerçek vasıtasız hükûmeti uyguluyorlar. Uri de, Unterwalden de ve bazı küçük ve dağlık kantonlarda pazar günü reşit erkek halk meydanda toplanır, doğrudan doğruya kanunlar yapar ve kantonla ilgili büyük meseleler, veya ağır ceza dâvaları hakkında kararlar verir. Bu gerçekten Yunan ve Roma tarzında vasıtasız halk hükûmetidir; bu referandom değildir ve onunla karıştırılmamalıdır.

Referandomu uygulıyan memleketlerde ve hele buna geniş bir yer vermiş bulunan İsviçrede, kanunlar temsilî karakterde olan parlâmento tarafından müzakere ve kabul edilir. Yalnız bir takım kanunların yürürlüğe girmesi, doğrudan doğruya oyu alınan halk tarafından onanmasına bağlıdır. Referandomun yapılış tarzları çok çeşitlidir. Bazan, her kanun için doğrudan doğruya halkın oyuna başvurmak lâzımdır. Bazan, ancak anayasada belirtilen şartlara uygun olarak istenilmiş olduğu takdirde halkın oyu alınır. Bazan kanun, belirli bir müddet içinde itiraz olmadığı takdirde, yürürlüğe girer ve referandoma gitmek için belirli sayıda seçmenin bunu istemiş olması gereklidir. Bu tarzların önemi azdır, sistemin prensibi aynıdır. Esası halkın temsilî organı denetlemesine dayanır. Referandom sisteminde temsili rejim ile vasıtasız hükûmet oldukça, başaralı tarzda uzlaştırılmıştır. Bundan dolayı B. Esmein bu hükûmet şeklini çok doğru olarak yarı - temsilî diye vasıflandırmıştır. Referandom sistemine de gene federal İsviçre ile bir takım kantonları önemli bir yer vermişlerdir, Weimar anayasası denilen 1919 da kabul edilen Alman imparatorluğu anayasası da referandom sistemine yer vermiş ise de vaktimiz bunun ayrıntılarına girmeğe elverişli değildir.

III

Denebilir ki bugün, basit ve tam bir temsilî sistem bütün medeni memleketlerin genel ve normal hükûmet şekli olmuştur. Ancak bu şekil ortaya üzerinde durulması gereken bir takım ince ve karmaşık meseleler çıkarmaktadır. Bu meseleleri şu üç başlık altında toplamağa çalışacağım: 1. Politik temsil egemenlik kavramı ile uzlaşabilir mi? 2. Seçilmemiş temsilî organ olabilir mi? 3. Seçimli bir temsil halinde seçmen ile seçilen arasındaki hukukî bağ nedir?

Politik temsil egemenlik kavramı ile uzlaşabilir mi? Egemenlik kavramının doğru olduğunu bir an için kabul edelim. Mantık bakımından, politik temsilin egemenlikle uzlaşamaz olduğu şüphesizdir. Mantıkçı olan J. - J. Rousseau bunu tekrar tekrar bildirmişti ve haklı idi. Politik temsil öyle bir sistemdirki bunda temsili organ egemenle aynı kudreti haizdir. Bu onun kendisinin de egemen olması demek değil midir? O halde va-

tandaşlar heyetine ait olan egemenlik temsilcilerin eline geçiyor demektir. İster istemez, politik temsil, egemeliğin, hiç olmazsa geçici olarak, devir ve ferağına (aliénation) müncer olmaktadır. Halbuki, kişileşmiş (personnifié) milletin kendi iradesi olduğuna göre, egemenliğin devr ve ferağı kabil değildir. Egemenlik temsil edilmiştir demek devredilmiş, kaldırılmış demektir, halk artık egemen olmaktan çıkmış demektir.

J. - J. Rousseau şunları yazmakta tamamiyle haklı ve mantıklı idi. «Egemenlik devredilemediği için temsil de edilemez. Egemenlik esasında genel iradedir ve irade temsil edilemez; bu ya aynıdır veya ayrıdır, ortası yoktur. Halkın saylavları tesilcileri değildir ve olamaz; ancak komiserleridir; kesin olarak hiç bir şeye karar veremezler. Milletin bizzat onamadığı her kanun hiçtir, kanun değildir. İngiliz halkı hür olduğunu sanıyor; çok yanılıyor; o ancak parlâmento üyelerinin seçimi süresince hürdür; seçimden sonra köledir, hiçtir. Bu kısa zamandaki kullanış tarzı ile hürriyetini kaybetmeğe pek müstahak olur.» (Contrat social, livre III, chap. XV).

Bununla beraber, J. - J. Rousseau'nun mantıklı deliline rağmen temsili hükûmet, dediğim gibi, bütün medenî memleketlere yerleşmiştir ve hem egemenliğin varlığı, hem de temsil edilmesi imkânı kabul edilmektedir. Fakat başka bir mesele daha çıkıyor. Egemenlik esasında bir ve bölünmez olduğuna göre iki meclis tarafından temsil edilebilir mi? Yoksa,esasında bir ve bölünmez olduğuna göre temsilinde de bir ve bölünmez olması gerekmez mi? Bu çift meclis meselesidir ki, bir vakitler, bir takım memleketlerde ve hele Fransa'da şiddetli tartışmalara yol açmıştı. 1848 de ikinci cumhuriyeti kuran Fransız anayasası yapıldığı sırada bu düşünüşü benimseyerek, millet meclisi çoğunluğu çift meclis sistemini reddetmiş ve, temsil edeceği millet egemenliği gibi, yasama meclisinin de bir olmasına karar vermiştir. Bugün ise, tersine temsilî rejim uygulayan memleketlerde çift meclis sistemi müşterek hukuk mahiyetini almıştır. Egemenliğin bir ve bölünmez olmasından çıkarılan delil üstün gelmemiş ve pratik sebepler daha ağır basmıştır. Esasen, denebilir ki, iki meclis varsa da bir parlâmento vardır ve böylece temsil, egemenliğin kendisi gibi, bir kalmakta, birliğini ve bölünmezliğini muhafaza etmektedir.

IV

Seçilmemiş temsilî organ olabilir mi? Mesele en çok, yasama kuvvetinin seçilmiş bir meclise, yürütme kuvvetinin de irsen intikal eden bir hükümdara ait olduğu monarşik devletleri ilgilendirir. Hükümdar temsi-

li bir karakteri haiz olabilir mi? Bu mesele bir çok ve sert tartışmalara yol açmıştır.

Esmein'e göre, seçilmemiş bir organ hiç bir vakit temsilî bir karakteri haiz olamaz ve bundan dolayı irsî bir kıral hiç bir bakımdan temsilci olarak vasıflandırılamaz. Egemenliğin millete ait olduğu milletin egemenlik ruhsatı olmadıkça bir politik organın temsilî karakteri olamıyacağı hükümdarın hakkını mirasta bulduğu ve bundan dolayı milletten hiç bir vekâlet almadığı düşüncesini ileri sürüyor. Esmein sözlerine şunları da ekliyor: «1791 Fransız anayasası gibi, kıralı temsilci diye vasıflandıran anayasalar, kendiliğinden çelişik bir önerme ihtiva ederler. 1791 anayasasını hazırlayanlar 2 inci maddede: «Bütün iktidarların kaynağı olan millet kudretini ancak ruhsat yolu ile kullanabilir; Fransız anayasası temsilîdir; temsilciler yasama meclisi ve kıraldır.» diye yazmakla ve anayasaya böyle bir madde geçirmekle, 1791 kurucuları birinci maddede belirttikleri millet egemenliği prensibini kendileri çiğnemişlerdir.» (1)

Profesör Jellineck (2) gibi kamu hukuku üstadlarına göre ise bilâkis, bir memleketin anayasası her zaman bir organa, seçilmiş olmasa bile, temsilî karakter verebilir. Bu bilginlere göre, millet egemenliği prensibi ile, irsî bir kıralın temsilci olarak egemenliğin tamamını veya bir kısmını kullanacağını belirten anayasa maddesi arasında hiç bir çelişiklik yoktur. Bu tezi savunmak için şu noktayı belirtiyorlar: bir organın temsilî karakteri kendisine vekâlet verilmiş olmasından ileri gelmez; sadece bu organ tarafından verilen kararların, vatandaşlar heyeti tarafından verilmiş gibi aynı karakteri ve aynı kuvveti haiz olmasından ileri gelir. Filan veya falan organın temsilî karakterde olup olmadığını anlamak için kararlarının bu mahiyet ve kuvvette olup olmadığı araştırılmalıdır. Sözlerine şunu da katıyorlar: gerçek bir parlemanter monarşi kurmanın gerekli şartı hem parlâmentoya, hem de kırala temsilî karakter tanımaktır. Kıral tarafından kişileştirilen (personnifié) yürütme kuvvetinin temsilî karakteri yoktur, bu karakteri ancak yasama kuvveti haizdir denilirse karşı karşıya geçirilen iki organdan biri olan kıral kuvvetsiz ve otoritesiz kalacak, öteki organ olan parlâmento ise, kendisine izafe edilen temsilî karakteri sayesinde, bütün egemenlik imtiyazlarını kendinde toplayacaktır. Kudret ve prestij bakımlarından birbirine eşit olmıyan iki organ karşı karşıya geçirilince bunlardan biri ötekini ya yavaş yavaş veya hükûmet darbesi ile ortadan kaldıracaktır. Bu takdirde gerçek bir parlemanter rejim imkânsız olur. Çünkü bu rejim, birbirini karşılıklı olarak frenleyen ve birbiriyle denkleşen iki kuvvetin varlığına dayanır.

(1) Esmein, Droit constitutionnel, édition Nézard, 1921, I, s. 301 ve sonraki.
(2) Allgemeine Staatslehre, 2 inci bası 1905, s. 546.

Bu düşünüş bana çok doğru görünüyor. Bunun için, 1791 Fransız kurucularının yapmış oldukları gibi, kırala temsilî karakter tanımak istediği muhakak olan Mısır kurucu yasamanını tamamiyle tasvibetmekte tereddüt etmiyorum. Şüphesiz ki, sizin anayasanız, Belçika anayasası veya İtalyan anayasası gibi, hükümdara açıkça temsilî karakter veren bir formülü ihtiva etmemektedir. Ancak zannediyorum ki Mısır kıralının temsilî karakteri, anayasanızın 23 ve 29 uncu maddeleri yaklaştırılınca, açıkça belirir. 23 üncü maddede şöyle deniliyor: «Bütün kuvvetler milletten sudur eder ve bu anayasada düzenlenen tarzda kullanılır.» 29 uncu madde de: «Yürütme kuvveti kırala aittir.» diye yazılıdır. Bütün kuvvetler milletten sudur ettiğine ve yürütme kuvveti de kırala ait olduğuna göre kıral milletten bir vekâlet alıyor ve bu vekâletin konusunu yürütme kuvveti teşkil ediyor demektir. Böylece kıral yürütme kuvvetini, milletin kendisi kullanıyormuş gibi, aynı kuvvetle, aynı kudretle uygulıyor, yanı temsilî karakteri haiz bulunuyor demektir.

Devlet başkanı millet tarafından doğrudan doğruya veya vasıta ile seçilmiş bulunan cumhuriyetçi memleketlerde mesele yoktur. Seçilmiş devlet başkanına anayasanın kolaylıkla temsilî karakter atfedebileceğini herkes açıkça görür. Fikrimce, 1875 anayasa kanunları ile tesis edildiği şekilde, Fransız Cumhur Başkanının temsilî karakteri haiz olduğunda şüphe yoktur. 20 ekim 1873 tarihli kanun yürütme kuvvetini yedi yıl için Mareşal Mac Mahon'a tevdi ediyordu. Mareşal bunu Cumhur Başkanı sıfatiyle kullanacaktı. Bu kanunla Mareşal temsilî karakter alıyordu, çünkü yürütme kuvveti kendisine verilmişti. Bütün kuvvetler gibi yürütme kuvveti de aslında milletin kendisine ait olduğu kanaati hüküm sürdüğüne göre Cumhur Başkanına yürütme kuvvetinin verilmesi temsilî karakter verilmesi demekti. Aynı Cumhur başkanı, 20 ekim tarihli kanunla kazandığı temsilî karakteriyle birlikte, 1875 anayasa kanunlariyle yerinde tutulmuş ve 25 şubat 1875 tarihli anayasa kanununun 3 üncü maddesi seçiminin nasıl yapılacağını belirtmişti. Fransız devlet başkanı temsilci olduğu içindir ki, kendisinden sudur eden birçok tasarruflara karşı yetki aşımı dâvası açılamaz. Halbuki bu çeşit dâva idarî otoritelerden sudur eden tasarruflara karşı açılabilir. Bununla beraber, şunu da söylemelidir ki: Fransa'da belirli bir gelişme kendini göstermekte ve cumhur başkanı tarafından kişileştirilen hükûmet temsilî karakterini kaybederek sadece idarî bir otorite mahiyetini almaktadır. Fakat bu tamamiyle Fransa'ya özel bir meseledir ki üzerinde duraklamak istemiyorum.

V

Şimdi yalnız seçilmiş temsilî organları ve bilhassa politik meclisleri

ele alalım. Seçmenle seçilen arasında mevcut münasebetlerin hukukî karakterinin ne olduğu araştırılmıştır. Kamu hukukunda ün kazanan bu mesele üzerinde bir az durmalıyız. Açıklamayı kolaylaştırmak için, seçilmiş her meclis üyesini ifade etmek üzere saylav kelimesini kullanacağım. Problem seçmenlerle saylav arasındaki hukukî münasebetin mahiyetidir. Birçok sistemler ileri sürülmüştür. Bunlar üçe ircaa edilerek şöyle adlandırılabilir: a) Organ saylav sistemi, b) Vekil saylav sistemi, c) Temsilci saylav sistemi. Bu sistemlerin her birine kısaca temas edelim.

a) Organ saylav sistemi. — Bu sistem en çok Almanya'da ve bilhassa hukukçu Laband ve Jellinek tarafından geliştirilmiştir. Bununla beraber, bu iki müellif bazı noktalarda birbirinden ayrılıyorlar. Jellinek, saylav ile seçmen arasında belirli bir münasebet olduğunu tanımakla bir tarzda bulunmuş ise de bu münasebetin mahiyetini açıklamaktan çekinmiştir. Bilâkis, Laband'ın yazılarında ise, sistem sarih ifadesini bulmuştur. Laband'a göre, seçmenler heyeti bir devlet organıdır ki tek görevi seçmektir; saylavlar da bir devlet organı teşkil ederler ki tek görevi yasamaktır. Seçmenler heyeti seçince artık yapacak başka işi kalmaz. Seçilen ve kurulan parlâmento,seçmenler heyetinin ne düşündüğünü ve ne istediğini araştırmağa lüzum olmadan, tam yetki ile yasamağa başlıyacaktır. Seçmen ile saylav arasında, hükmen hiç bir münasebet yoktur. Seçmen seçer, seçilen kanunların yapılmasına iştirak eder, seçmenle saylav birbirlerini tanımazlar, seçmen saylavdan bir şey istiyemez, saylavın seçmene verilecek hiç bir hesabı yoktur (1).

Bu sistem çok rahattır; mantıklı olarak kurulabilir; ama sistemin apaçık olayları tanımamak ve görünen gerçeğe aykırı olmak gibi ağır bir kusuru vardır. Hukukî yapıları arayanlardan biriyim. Ancak bu yapılar gerçeğin sentezi olmalıdır; yoksa sadece bir zihin amaliyesi olarak kalırlar, hiç bir şeye tekabül etmezler, değerlerinden faydasız olurlar. Şimdi, seçim sırasında, inkâr edilemez ki, seçmenlerle adaylar arasında münasebetler vardır ve bu münasebetler seçimden sonra seçmenlerle saylavlar arasında devam eder. Dünyanın her parlâmentosunda saylavların oylarını nasıl kullandıkları seçmenlerinin bilgisine sunulmuyor mu? Seçmenler seçtikleri kimselerden oylarını niçin şu veya bu tarzda kullandıklarının açıklanmasını istemek, çok kullanılan bir tâbire göre, vekâletlerini nasıl yerine getirdiklerinin hesabını sormak hususularını dokunulmaz haklarından sayamıyorlar mı? Saylavla seçmenleri arasında hiç bir münasebet mevcut olmadığını söylemek apaçık hakikata karşı koymak demektir. Seçmenler ile se-

(1) Laband, Droit public, 1901, fransızca bası, I, s. 443; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2 nci bası, 1905, s. 146.

çilenler arasında hükmen hiç bir münasebet olmadığını ileri sürmek, faydasız olduğu kadar boş bir hukukî teori kurmağa kalkışmak olur. Organ saylav sistemi, bu bakımdan, tereddütsüz reddedilmelidir.

b) Vekil saylav sistemi. — İleri sürülen iddiaya göre: ferdî olarak her bir saylav seçildiği çevrenin, kelimenin teknik anlamında, vekilidir; saylavla seçmenleri arasında hakikî bir vekâlet sözleşmesi teşekkül eder, bu sözleşme hükmüne göre saylav seçimlerden önce yaptığı vaitlerle hukukî olarak bağlıdır. Bu vekâlet sözleşmesini bir müeyyideye bağlamak için ustalıklı bir çare bulunmuştur: seçimlerden önce, saylav seçim kuruluna açığa imzalanmış bir istifa mektubu verir, ve eğer seçim kurulu saylavın hukukî bakımdan bağlı bulunduğu vaitlerini yerine getirmediğine hükmederse, bu istifa mektubunu dolduracak meclise gönderir ve kusurlu saylav böylece meclis üyesi olmaktan çıkar.

Bir takım radikal okullar tarafından göklere çıkarılan bu sistemin incelenmeğe tahammülü yoktur. Çünkü, unutmamalıdır ki seçim çevreleri bir şey değildir, doğrusu bütün memleketin bir tek seçim çevresi teşkil etmesi ve bütün seçmenlerin aynı adaylar için oy verebilmesidir. Unutmamalıdır ki seçim çevreleri bir ülkenin basit bölümleridir ve memleketin genişliği yüzünden maddî seçim işlemleri dolayısiyle gerekmiştir. Çevrelerin saylavlarına emrî vekâlet (mandat impératif) vermelerine müsaade etmek, seçmen heyetinin bütününe ait hakları gasbetmelerine müsaade etmek olur. Şunu da ilâve edeyim ki, eğer saylavlar seçimden önceki demeçleri ile sıkı sıkıya bağlı olurlarsa mecliste bağımsızlıklarını kaybederler; tartışma faydasız olur ve parlâmento hayatının kendisi de imkânsız hale girer.

Esasen, anayasaların çoğu emrî vekâleti açıkça yasak etmiştir. 1791 Fransız anayasasında şöyle deniliyor: «Departemanlarda seçilen temsilciler belirli bir departemanın değil, fakat bütün milletin temsilcisi olacaklardır ve kendilerine hiç bir vekâlet (mandat) verilemiyecektir.» (Tiltre III, chap. I, sectı. III, art. 7). 30 kasım 1875 tarihli Fransız seçim kanununun 13 üncü maddesi emrî vekâleti şu hükümle açıkça yasak ediyor: «Her emrî vekâlet batıldır ve hükümsüzdür.» Buna benzer bir hüküm Mısır anayasasının 91 inci maddesinde göze çarpıyor: «Parlâmento üyeleri bütün milleti temsil ederler. Seçmenler veya kendilerini tayin eden kuvvet tarafından hiç bir emrî vekâlet verilemez.»

c) Temsilci saylav sistemi. — Bir çok memleketlerde tanınmış ve uygulanmış sistem budur. Bu sisteme karşı savaşan ve vekil saylav sistemini savunan radikal okullar, eski Fransız rejiminde eta jeneroda uygulanmış olan modası geçmiş bir sistemi ileri sürdüklerinin farkına varmıyorlar.

Her halde, temsilci saylav sisteminin veya aynı şey demek olan temsilî vekâletin ne demek olduğunu iyice açıklamak yerinde olur. Bu konuda, Esmein'in *Anayasa Hukuku* kitabında düştüğü yanlışlığa karşı sizi uyarmalıyım. Esmein, temsilci saylav sistemini açıklıyor gibi davranıyor ise de gerçekte bir az önce incelediğim ve yargıladığım organ saylav sistemini öne sürmüş bulunuyor (1).

Temsilci saylav sistemi, 1791 Fransız anayasasının müelliflerî tarafından ve bilhassa ünlü Siéyès tarafından açıkça belirtilmiştir. Politik temsilde şüphesiz ki vekâlet vardır deniliyor. Bir vekâletin (mandat) mevcut olduğu inkâr edilemez; ancak bu vekâlet seçim çevresinden saylavına verilmiş değildir. Her vekâlette bir müvekkil ve bir vekil vardır. Temsilci sistemde müvekkil, irade sahibi bir tüzel kişi olan milletin bütünüdür; vekil, tüzel kişi sayılan parlâmentonun kendisidir; vekâlet millet tarafından parlâmentoya verilmiştir. Bu sistem ile seçmenler heyeti ile saylavlar arasında nasıl sürekli bir münasebet bulunduğu; niçin saylavların seçmenlere hesap vermekle görevli oldukları; parlâmento oturumlarının niçin açık olması gerektiği; saylavların verdikleri oyların nasıl seçmenlerin sürekli denetine bağlı olması gerektiği anlatılır. Ancak, bununla be aber saylav yaptığı vaitlerle seçim çevresine bağlı değildir; Fransa'da 1791 de ve sizin anayasanızda söylendiği gibi, saylav bütün milletin temsilcisidir ve seçildiği çevreden kendisine emri vekâlet verilemez. Memleketin temsilcisi olarak, bütün memleketin deneti altında saylav serbest hareket eder, vicdanına göre oy verir ve vekâletinin yenilenmesini isterken seçmenlere de hesap verir.

Kabul edilmesi gereken sistem budur. Olaylara en uygun olan ve ilk iki sistemden doğan sakıncaları ortadan kaldıran sistem budur. Bununla beraber sistemin teorik bakımdan söz götürür tarafı vardır. Seçimle millet parlâmentoya vekâlet verir denebilir mi? Vekâletin verildiği anda hem müvekkilin hem de vekilin mevcut olması lâzımdır. Seçim sırasında müvekkilin mevcut olduğunu kabul edelim; müvekkil millettir. Fakat vekil henüz mevcut değildir, çünkü vekil parlâmento olacaktır, parlâmento ise ancak seçimlerden sonra vücut bulacaktır.

IV

Bir az ince olan bu tenkit üzerinde duraklıyacak değilim ve sözü bitirmek için, temsilci saylav sisteminin ortaya çıkardığı pratik probleme geçeceğim.

(1) Droit constitutionnel, Nezard basısı, 1921, I, s. 340

Aşağı yukarı otuz yıl önceye gelinceye kadar, bütün memleketlerde seçim sistemi yalnız çokluk (majoritaire) esasına dayanıyordu. Yalnız en çok oy alan adaylar saylav seçiliyordu. İlk ağızda saylav seçilmek için salt çokluk kazanmak şartını koşan ve ancak ikinci turda oranlı çoklukla yetinen veya doğrudan doğruya oranlı çokluğu esas tutan memleketler vardı ama hepsi de çokluk esasına dayanıyordu. Fakat bir takım memleketlerde ve bilhassa 1900 den beri Belçika'da ve 1919 dan beri Fransa'da, az çok kökleşmiş her politik partinin parlâmentoda temsil edilmesini ve temsilin kökleşme derecesiyle oranlı olmasını sağlıyacak bir seçim sisteminin uygulanmasına yönelen çok kuvvetli bir fikir cereyanı belirli. Buna oranlı temsil (la représentation proportionnelle) adı verildi.

Oranlı temsil usulünün mantık bakımından bütün bir milletin parlâmentonun bütüne vekâlet vermesi esasına dayanan temsilî sistem ile uzlaşıp uzlaşmadığı, oranlı temsil sisteminin bir ve bölünmez olan ve iradesini tek bir kararla belirtmesi gereken millet kişiliğini parçalamağa yol açıp açmadığı haklı olarak araştırıldı. Öbür taraftan: bir seçim sisteminin gerçekten hakkaniyetli olması için oranlı temsil gereken şartlardan biri değilmi idi? Çokluk sistemi azlıkların haksız olarak ezilmelerine yol açmıyor miydi?

Çokluk sistemine yöneltilen bu tenkitlerde şüphesiz ki bir hakikat payı vardır. Bana gelince: ben oranlı sistemin taraflısı idim. Bugün, oranlı sistemin meydanda olan faydaları yanında acaba ağır sakıncaları Belçika'da olduğu gibi, parlâmento makınasının işlemesi için gerekli olan hükûmet çoğunluğunun politik meclislerde ortadan kalkmasına yol açmıyor mu diye düşünülüyor ve ben de düşünüyorum. Fransa'da çokluk sistemine dönülmesini istiyen bir cereyan açıkça belirmiştir.

Bu tartışmalar ne olursa olsun, teorik tenkitlere rağmen, pratik mahiyetteki itirazlara rağmen, açıkladığımız üç sistemden birini seçmek gerekirse şüphe yok ki temsilî vekâlet sistemini kabul etmelidir. Bana kalırsa vekâlet fikrini tamamiyle ortadan kaldırmak daha iyi olur. En doğrusu, parlâmento heyeti ile seçmenler heyeti arasında mevcut olabilecek denet münasebetlerinin medeniyeci vekâlet çerçevesi içine girmiyeceğini; seçmenler heyetinin yöneltici düşüncesi ile parlâmentonun davranışı arasında mümkün olduğu kadar sıkı bir uygunluğun bulunması gerektiğini, bunun için de milletin içindeki esaslı unsurların parlâmentoda temsil edilmesi gerekeceğini, eğer partilerin oranlı temsilinden vazgeç-

meli ise, meslekî temsile veya, denildiği gibi, sosyal kuvvetlerin temsiline yer vermek lâzım geldiğini ileri sürmektir.

Bu problemi sizin görüş ve düşününüze sunuyorum. Esasen bu probleme evrensel bir çare bulunamaz. Çare, muhtelif memleketlerin zihniyetlerine, ekonomik ve sosyal durumlarına göre değişir.

25 şubat 1926

ON ÜÇÜNCÜ DERS

DEVLETİN AJANLARI. KAMUSAL GÖREV GENEL TEORİSİ.

Baylar,

Geçenki konuşmamızda politik organlar adı verilen ve modern memleketlerde temsili karakteri haiz seçilen organları inceledik. Ancak, politik organların kendi başlarına bütün kamu hizmetlerinin işlemesini sağlayabilmeleri imkânsızdır. Şüphesiz ki, Monako prensliği gibi çok küçük memleketlerde belki zorlukla sağlayabilirler ama en küçük ülkelerde bile kamu hizmetleri o kadar büyük bir gelişme göstermiştir ki her yerde politik organlar, kamusal faaliyeti gerçekleştirmek için, denetleri ve otoritleri altında bir takım ajanlara muhtaçtır.

Politik organlara, şimdi dediğim gibi, otoritesi ve deneti altında bulunan bu ajanlar kamu hizmetlerinin işlemesini sağlarlar. Ben bunlara kamusal ajanlar (agents publics) veya devlet ajanları (agents de l'Etat) adını veriyorum. Bunlara hiç bir temsili karakterleri yoktur ve politik organlardan açıkça ayrılırlar. Şimdiki incelememizin konusu bunlar olacaktır.

I

İlk önce kamusal ajanlar iki büyük kategoriye ayrılmalıdır. Bu ayırt bir çok tartışmalara, bir çok güçlüklere yol açmıştır. Durumlar daha doğru analiz edilmiş olsaydı bu tartışmalar ve güçlükler önlenirdi. Memur kamusal ajanlarla memur olmayan kamusal ajanları ayırdetmek lâzımdır. Memur olanlar da olmayanlar da kamusal ajandır; her ikisi de kamu hizmetlerinin işletilmesine doğrudan doğruya iştirak ederler. Aralarındaki fark nedir, veya hiç olmazsa aralarındaki fark hangi esasa dayanır?

Bugün memur ajanlar kavramından ne anlamak gerektiğini belirtmek konusunda aşağı yukarı anlaşma hasıl olmuştur. Bunlar kamusal ajanlardır, yani devlet tarafından veya devlete tanınmış kamusal topluluklar tarafından tayin edilmiş ve maaş bağlanmış ajanlardır. Bundan başka,

bu ajanlar kamu hizmeti kadrolarının birinde sürekli, normal ve meslekî bir yer tutarlar. Bu kadrolar hizmet kanunu ile belirtilmiştir ve bu kadroların içinde bulunan ajanların durumları münhasıran kanunîdir, hizmeti yönelten kanun ile düzenlenmiştir.

Hizmeti yönelten kanun sözü ile maddî bakımdan kanun demek istiyorum, yani hizmeti düzenleyen, hizmetin konusunu belirten, kadrolarını tesbit eden, hizmetin işletilmesi ile ödevlendirilecek çeşitli kategoriden ajanlıklar ihdas eden genel hükümleri kastediyorum. Yalnız sürekli kadroların içinde bulunan ve durumları hizmet kanunu ile düzenlenen ajanlar memurdur. Hizmetin yapılmasına tesadüfen, geçici olarak iştirak edenler ve meslekî olarak, normal olarak, sürekli olarak kadrolara girmemiş olanlar kamusal ajandır ama memur değildir.

Misal olarak ele her hangi bir kamu hizmetini alsanız, meselâ posta kamu hizmetini veya demir yolu kamu hizmetini alsanız görürsünüz ki müdürler, müfettişler, istasyon şefleri, müvezziler, makinacılar ve saire gibi çeşitli kategoride ajanların rolleri, görevleri, durumları yasama veya tüzük yolu ile belirtilmiştir. Bir ajanın memur olması için bu sıfatlardan birini haiz olması, bu kadrolardan birine normal olarak ve meslekî olarak girmiş bulunması lâzımdır. Eğer hizmet icapları dolayısiyle, idare geçici olarak bir takım yardımcılara iş verir ise, bunlar normal ve sürekli ajanların yaptıkları görevlerin aynını yapsalar bile memur değildir, basit ajanlardır. Memur olan ajanlarla memur olmıyan ajanların ayırt edilmesindeki büyük önem biraz ileride görülecektir.

Bizi çok yakından ilgilendiren bir misal vermeme müsaade edilirse, bugünkü günde teşkilâtlanmakta olan Mısır Üniversitesini ele alacağım. Kanunla verilen görevi yerine getirmek üzere Üniversite mecl'si tarafından şu sıralarda düzenlenmekte olan tüzüklerde, tüzük gereğince tayin olunacak Mısırlı profesörlerin statüsü belirtilmiştir. Bu profesörler Mısır hükûmetinin memurları olacaklardır, çünkü onlar normal olarak ve meslekî olarak üniversite kamu hizmetinin tüzükle belirtilmiş kadroları içinde yer alacaklardır. Fakat bundan başka, Mısır hükûmeti, belirli bir devir için yabancı profesörleri de çağırıyor ve onlarla belirli bir müddet için sözleşmeler yapıyor. Bunlar kamusal ajan olurlar, fakat memur olmazlar. Durumları sözleşmelerine göre belirir, Üniversite tüzüğüne göre belirmez. Böylece, yalnız Mısırlı vatandaşların memur olabileceklerini belirten anayasanızın 3 üncü maddesi de uygulanmış oluyor.

II

Memur ajanlarla memur olmıyan ajanlar arasındaki hukukî fark nedir?

Memurun durumu kanunî veya objektif bir durumdur ki tâyini dolayısiyle hasıl olur ve hükümleri yalnız hizmet kanunu ile düzenlenir. Memur olmıyan ajanların durumu sübjektif ve ferdî bir hukukî durumdur ki bu çeşit durumların bütün karakterini taşır ve hükümleri tayin tasarrufu ile belirir ki genel olarak bir sözlemedir. Bu genel fark dolayısiyle bir takım neticeler hasıl olur ki objektif veya kanunî hukukî durumlar ile sübjektif veya sözlemeli hukukî durumlar arasında evvelce yaptığımız esaslı ayırdın uygulanmasından başka bir şey değildir.

Memur tayininin bir taraflı bir tasarruf mu yoksa sözleşme mi olduğu meselesi üzerinde çok tartışılmıştır ve halâ da tartışılmaktadır. Doğrusu mesele kötü konulmuştur. Çünkü hukuk meselesi memur tayini tasarrufunun bir taraflı bir tasarruf mu yoksa sözleşmeli bir tasarruf mu olduğu değil, bir şart - tasarruf mu yoksa bir sübjektif tasarruf mu olduğu meselesidir. Fikrimce, bunun bir şart - tasarruf olduğu meydandadır; memurun durumu tayinine değil, kanuna bağlıdır; bu durumun hükümleri, yetkileri, görevleri, ödevleri kanunla belirtilmiştir; tayini yapan kimse kanunla belirtilmiş memur statüsünde hiç bir değişiklik yapamaz. Böylece, tâyin tasarrufu, belirli bir kimseye memur statüsünün uygulanması için gerekli bir şarttır, başka bir şey değildir.

Tâyinin bir taraflı mı yoksa çok taraflı mı bir tasarruf olduğu meselesine gelince: memurun rızasının zarurî veya faydalı olması meselesi bir hukuk meselesi değil, filî bir meseledir. Pek âla bir memleket tasarlanabilir ki orada memur devletin genel iradesiyle tâyin edilir ve tâyinini reddedemez. Meselâ Roma sitelerinde memurlar bir vakit bu durumda idiler. Bugün bütün memleketlerde kamusal memurluk genel olarak mecburî değildir. ve istemiş veya hiç olmazsa kabul etmiş olmadıkça hiç kimse memur durumuna girmez. Bütün modern devletlerde memur tâyini filen çok taraflı bir tasarruftur. Fakat bir sözleşme değildir. Geçen konferanslarımın birinde anlatmış olduğum gibi, irade uygunluğu ile sübjektif bir hukukî durum, bir alacaklı borçlu durumu hasıl olmadıkça bir sözleşme yapılmış olmıyacağı noktası bugün anlaşılmış bulunuyor. Halbuki, şimdi göstermiş olduğum gibi, memurun tâyini böyle değildir. Tasarruf çok taraflıdır ama sözleşmeli değildir, bana kalırsa kollektif tasarruflar adı verilen tasarruflar kategirisine girer, veya belki de Vereinbarung veya birlik (union) tasarruf sayılabilir. Esasen bu sonuncu meselenin pratik önemi yoktur; fakat esaslı olan nokta memur tâyininin şart - tasarruf, objektif tasarruf mahiyetinde olduğunu anlamaktır. Bu mahiyeti dolayısiyledir ki, yetki aşımı dolayısiyle objektif dâva kabul eden memleketlerde, memur tâyini işlemine karşı dâva açılabilmektedir.

III

Memur tâyin edilince belirli bir yetki kazanır, yani belirli bir takım işlemleri kanunca muteber olacak şekilde yapmağa ehliyet elde eder; yalnız bunu elde eder, başka bir şey değil. Bu yetkiyi memur, hizmet kanununun uygulanması dolayısiyle, haizdir; bu kanunî yetkilerin belirli bir kimse tarafından kullanılabilmesi için tâyin şarttır.

Bir zamanlar bir çok memleketlerde ve hele Fransada, devlet başkanı olan kral egemenliği yani bütün yetkileri kendinde topladığı ve bir memur tâyin ettiği vakit kendi yetkilerinden bir kısmını onu devir ve havale ettiği ileri sürülürdü. Bugün bu düşünce ortadan tamamiyle kalkmıştır. Büyük Britanyadan başka bir yerde iz bırakmış olduğunu bilmiyorum. Hiç olmazsa teorik olarak, hükümdar tarafından *maaş bağlanan* memurlar hükümdardan ruhsat almış ve yetkilerini bu ruhsata dayanarak kullanmış sayılırlar.

Bütün başka modern memleketlerde hükûmeti temsil eden devlet başkanının dahi yetkilerinin kanunla belirtilmiş ve sınırlanmış olduğu ve kanun gereğince bu yetkileri haiz bulunduğu kabul edilmektedir. Devlet başkanı memur tâyin etmeğe yetkilidir, fakat memurun yetkilerini değiştirmeğe ve yetkilerinden bir kısmını başka bir kimseye vermeğe yetkili değildir. Bir memuru tâyin etmekle, yetki kanununun kimin hakkında uygulanacağını belirtmiş olur. Dediğim gibi, tâyin bu kanunun uygulanması şartıdır ve yalnız kanun dolayısiyledir ki memur belirli yetkilerle donanmış olur.

Eğer yetkinin devir ve havalesi (délégation) fikri tutunsaydı bu bir vekâletten (mandat) ibaret olacaktı. Halbuki, müvekkil vekilini her zaman vekâletten azledebilir ve vekilinin yetkilerini değiştirebilir. Halbuki, modern fikirlere göre hükûmet memuru ancak kanunun belirttiği şartlar ve sınırlar dairesinde azledebilir ve her halde memurun yetkilerini değiştiremez. Memurun yetkilerini kanun belirtir ve bu yetkiler ancak genel hükümlerle genel olarak değiştirilebilir.

Aynı vechile ve aynı sebeple, memur da kendi yetkilerini değiştiremez ve yetkilerinden bir kısmını başka bir memura devredemez. Memurdan memura yetki devri ancak kanunla açıkça belirtilen şartlar altında mümkün olur. Yetki, memurun istediği gibi kullanacağı bir sübjektif hak değildir: yetki kanunun meydana getirdiği bir objektif durumdur ki ancak kanunla değiştirilebilir, ancak her zaman değiştirilebilir ve yeni kanun bütün memurlara, hatta çıkarılmazdan önce tâyin edilmiş memurlara bile uygulanır.

IV

Aynı objektif karakteri memurlara sağlanan menfaatler için de tanımalıdır: maaş, sınıf yükselmesi, emeklilik gibi. Bilhassa devlet tarafından bağlanan maaş ve emeklilik aylığı güya tayin sözleşmesi ile devletin yüklenmiş olduğu bir borç değildir. Bu çeşitli menfaatler memurluğa bağlıdır ve memurluk gibi yalnız objektif bir karakter taşır. Şüphesiz belirli zamanda memur belirli bir aylığı veya emekli aylığı tutarınca devletin alacaklısı olur. Fakat memurluk maaşının ve emekli maaşının genel alacaklısı değildir. Bu konuda, yetki konusunda olduğu gibi, kanunî ve objektif bir durumdadır. Bundan son derece önemli şu netice çıkar ki: Fransız hukukunda bir memurun maaşına ve emekliliğine ilişkin kararlar aleyhine açılan yetki aşımı dâvaları, yâni objektif dâvalar kabul edilir; ve genel olarak her memleket için doğru olan şu neticede çıkar ki: Kanun her zaman memur veya emekli maaşlarını değiştirebilir, çoğaltabilir, azaltabilir, ve yeni kanun, maaşı azaltsa bile, her memura uygulanır, hatta kanunun çıkmasından önce memurluğa veya emekliye kabul edilmiş olanlara da uygulanır. Böyle bir karara hayret eden memurlarla çok rastlaştım. Onlara güçlükle anlattım ki maaşları artıran kanun kendilerine uygulandığına göre, azaltan kanun da uygulanması gerekir.

Memurun objektif durumuna ilişkin olarak memurlar statüsü adı verilen ve ihraç, tahvil, sınıf tenzili, bakanlık emrine alma, işten el çektirme gibi işlemlerde memurları her türlü keyfî kararlara karşı koruyan hizmet kanunu hükümleri de vardır. Bu konudaki kanun hükümleri memleketine göre değiştiği gibi memurların kategorilerine göre de değişebilir ama hiç bir vakit memurlar için bir sübjektif durum yaratmaz; hiç bir vakit, bazan söylendiğinin aksine olarak, memurlar için görevlerinin bir mülkiyeti olmaz.

Fransa'da B. Hauriou, yargıçların ve profesörlerin lâyenazilliklerinin hakikî bir mülkiyet hakkı olduğunu, yargıç koltuğunun, profesör kürsüsünün maliki olduğunu ileri sürmüştür (1). Bence bu tamamiyle yanlış bir düşüncedir. Özel menfaat durumlariyle ilgili olan mülkiyet kavramının bu konuda hiç yeri yoktur. Lâyenazillik denilen şey bilhassa himaye edilmiş bir görev durumudur, çünkü bu durumda bulunan memur hakikî bir kaza mercii tarafından karar verilmedikçe azil veya tahvil edilemez; ancak böylece meydana getirilen durum bir kanunî durumdur ve kanuna bağlıdır ve kanunla her zaman değiştirilmesi mümkündür.

Memur durumuna objektif ve kanunî karakter izafe eden bu teorinin

(1) Droit Administratif, 7 inci bası, 1911, s. 621 ve s. 630.

yanlış olduğu itirazını ileri sürmüşlerdir. Bu itiraza göre memurun hakikî bir sübjektif hakkı vardır, çünkü memur kendi iradesinin bir taraflı bir tasarrufu ile istifasını vererek kendi memur durumuna son verebilir. İtirazin hükmü yoktur, çünkü bir yanlışlık neticesidir. Memurun bir taraflı bir tasarrufla istifasını vererek memurluğuna son verebileceği ve memurluk borçlarından kurtulabileceği hiç bir memleket için doğru değildir. Memurun her zaman istifasını verebileceği doğrudur, ancak bu istifa tasarrufunun kendisiyle memurluğunu sona erdiremez. İstifası üstün otorite tarafından kabul edilmedikçe hiç bir netice hasıletmez. İstifasını vermiş olan memur gene memurdur; kendisine istifasının kabul edildiği resmen teblig olunmadıkça görevine devam etmeğe mecburdur. İstifasını verdikten sonra, yetkili otorite tarafından kabul edilmesini beklemeden, vazifesini terkeden memur ağır bir disiplin suçu işlemiş olur ki memurluktan ihracına veya hiç olmazsa disiplin komisyonu huzuruna çıkmasına sebep olur.

Kanun memurlara bir çok yetkiler vermiş ise bir takım borçlar da yüklemiştir. Kanun, memurluğuna ilişkin bütün görevlerini yerine getirmekle ve kendisine tevdi edilen kamu hizmetini yürütmekle memuru ödevli tumuştuur. Hiç bir bahane ile, memur görevine ilişkin işleri yapmamazlık edemez. Bunu ferdi olarak yapamaz; evleviyetle meslekdaşlariyle anlaşarak da yapamaz. Memur grevi, hangi bahaneye bürünürse bürünsün; daima kanuna karşı koymak demektir; daima bir disiplin suçudur, disiplin suçlarının en ağırıdır; grev kamu hizmeti kavramı ile taban tabana zıttır. Kamu hizmetinin dayanağı ve hikmeti genel menfaati sağlıyan o kadar önemli bir faaliyettir ki topluluk hayatını tehlikeye sokmadan bir an bile duraklatılamaz. Memur birliklerinin ve grevlerinin hedefi ise, sosyal hayat için gerekli olan bu faaliyeti durdurarak hükûmet ve halk efkârı üzerine tazyik yapmaktır. Memurlar böyle hareket etmekle kanunu çiğnemiş ve bir disiplin suçu işlemiş olurlar; fakat fazla olarak, fikrimce, suçların en büyüğünü işlemiş olurlar; topluluğu öldürürler, bu ise ferdi katilden daha ağırdır. İşverenle işçi arasında grev bazı hallerde haklı olabilir; memurlar tarafından, danışıklı olarak bir kamu hizmetini yapmağı reddetmek daima bir suçtur.

V

Kamusal memurluk hakkında belirttiğim bu teori bütün memurlara uygulanabilir mi? Fikrimce buna hiç tereddüt etmeden evet demelidir. Memur bir kamu hizmetinin normal kadrosu içinde sürekli yeri bulunan bir kamusal ajandır demiştik. Bu karakteri haiz olan her kamusal ajan

memurdur, ve kendisine tanıdığımız durum doğrudan doğruya esaslı unsurunu teşkil ettiği kamu hizmetine ilişkindir. Bu bütün memurlar hakkında doğrudur; bu bakımdan memurlar arasında yapılacak hiç bir ayırt yoktur.

Bundan dolayı, hakimiyet (autorité) memurları ve temşiyet (gestion) memurları ayırdını reddediyorum. Bu ayırt bir vakitler çok moda olmuştu. Şimdi hemen tamamiyle bırakılmıştır. Bu ayırdı bugün yalnız B. Berthélemy, savunuyor ve onun otoritesi sayseinde, apaçık bir yanlışlığa dayanmasına, çok kötü neticeler doğurmasına rağmen, taraftarları çıkıyor (1).

Bu doktrine göre, hâkimiyet hizmetlerini temşıyet hizmetlerinden ayırt etmelidir. Hakimiyet hizmetlerinin özel kişiler tarafından yapılabilmesi tasarlanamaz, bu hizmetleri ancak devlet sağlayabilir. Meselâ ordu, polis, adalet bu mahiyettedir. Böyle hizmetlere bağlı bütün memurlar hakimiyet memurları sayılacaktır. Bilâkis öyle hizmetler vardır ki özel kişiler tarafından da yapılabilmesi pek alâ tasarlanabilir: posta, telgraf, telefon hizmetleri, öğretim hizmeti, demir yolu hizmeti gibi: Böyle hizmetlere bağlı bütün memurlar temşiyet memurları sayılacaktır.

Ayırdın pratik faydasına gelince : Bunlar pek çok ve pek önemli imiş. Yalnız hâkimiyet memurlarının tâyinleri hakimiyet tasarrufu imiş ve bu tasarruflar aleyhine yetki aşımı dâvaları açılabilirmiş; temşiyet memurlarının tayinleri ise adi hukuk kaidelerine bağlı bir sözleşme imiş. Bu sözleşme, yerine göre, ya bir vekâlet sözleşmesi, ya bir hizmet sözleşmesi veya bir iş sözleşmesi imiş. Temşiyet memurları özel işletmelerde çalışan kimseler gibi imiş, tamamiyle aynı hukukî durumda bulunuyorlarmış : Sendikalara ilişkin kanunlar dairesinde meslek dernekleri kurabilirlermiş; haklı olarak grev yapabilirlermiş ama hâkimiyet memurlarında bu haklardan hiç biri yokmuş.

Memurları hakimiyet memurları ve temşiyet memurları diye ikiye ayırmanın katiyen kabul edilemiyeceğini göstermek için bu sözüm ona ayırttan çıkarılan neticeleri göz önüne almak kâfidir. Demin söylediğim gibi, her bir memur bir kamu hizmetinin yapılmasını sağlar ve memurların durumu doğrudan doğruya bunun gerekli neticesidir. Memurların sağlamakla ödevli oldukları kamu hizmeti ne olursa olsun, memurların durumlarını her hangi bir iş sözleşmesi dolayısiyle kazanmadıklarını gösteren ve grev yapamamalarını, sendika kuramamalarını gerektiren sebepler aynıdır ve aynı kuvvetle mevcuttur. Bir kere daha söyliyelim ki bütün bunlar kamu hizmeti dolayısiyle memurluğun mahiyetinden doğmaktadır. Bu

(1) Berthélemy, Droit Administratif, 10 uncu bası, 1923, s. 49 ve s.

sözüm ona ayırdın vahim ve meş'um neticeleri oldu. Bunu ileri sürerek ve bunu savunanların otoritelerini ileri sürerektir ki bilhassa Fransa'da bir çok memurlar grev hakkı iddia etmişler, sendikalar ve sendika birlikleri kurmuşlar ve hükûmete bir takım vahim zorluklar çıkardıkları gibi kamu hizmetlerinin işlemesinde de bir takım sarsıntılara meydan vermişlerdir.

VI

Memurların hakimiyet memurları ve temşiyet memurları diye ikiye ayrılmasını siddetle reddederim ama bir takım sınıflamaların gerekli ve gerçeğe tamamiyle uygun olduğunu ve meselâ merkeziyet memurları ile görev ayrılığına bağlı memurların ayırt edilmesinin yerinde olduğunu herkesten önce kabul ederim. Anlatayım.

Büyük modern memleketlerde, şüphesizki, iki kategori memur ayırt edilmelidir: Bunlara yönetim memurları ve teknik memurlar adını vereceğim. Birincileri belirli kamu hizmetlerini yöneltirler, teşkilâtın bütün memurlarına emirler verirler, yönetmelikler düzenlerler, kararlar alırlar maiyetleri tarafından verilen kararları bozarlar, değiştirirler, durdururlar. Bunların başında bakanlar, genel müdürler, illerde valiler, defterdar, posta, telgraf ve telefon müdürleri, rektörler bulunur. Teknik memurlar sayısız hukukî veya maddî tasarufları yapan memurlardır, idarî görevi sağlamak için bu memurlar gereklidir. Teknik memurlar yönetim memurlarının otoritesi ve deneti altında çalışırlar. Misal zikretmeğe lüzum yoktur; her idarî teşkilâtta ve çeşitli sınıflardaki büyük memur kütlesini teknik memurlar teşkil ederler.

Bu böylece anlaşıldıktan sonra yönetim memurları ile teknik memurlar arasında mahiyet veya durumları bakımından yapılacak hiç bir ayırt olmadığını belirtmeliyiz. Her iki kategori memurun da durumları, demin açıklamış olduğum gibi, tamamiyle objektif mahiyettedir. Bundan başka, yönetim memurları arasında, hükûmetle münasebetleri bakımından yapılacak bir ayırt yoktur; hepsi hükûmet tarafından tam bir takdir hürriyeti ile tâyin edilmelidir; hepsi tamamiyle hükûmetin otoritesi altında bulunmalı; hükûmet kendilerini azil veya tahvil hususunda serbest olmalı ve üzerlerinde hakikî bir hiyerarşı yetkisi uygulamalıdır. Fakat teknik memurlar hakkında önemli bir mesele ortaya çıkıyor.

Teknik memurlar merkezciliğe mi, yoksa bilâkis görev ayrılığına mı bağlı tutulmalıdır? Merkezcilik mi yoksa görev ayrılığı mı yapmalıdır? Münhasıran merkezcilik yaparsanız, bütün teknik memurlar hükûmet veya ajanları tarafından tayin edilecek ve hükûmet veya ajanlarının otoritesi

altına konulmuş olacaktır. Teknik memurlar hükûmetten ve ajanlarından hakikî emirler almayacaklar ve teknik memurların bütün tasarrufları hükûmet veya mardinler tarafından bakanız veya uygunsuz görülmekçe bozulacak, değiştirilecek veya durdurulacaktır. Bilâkis, görev ayrılığı yapmasanız, hükûmetin veya ajanlarının idarî yetkisini az veya çok geniş ölçüde daraltacaksınız; ve ona hükûmetin aynı unsurları iştirak ettirecekmiş; meselâ belirli bir şekilde seçim unsurunu bu işe karıştıracaksınız. Bundan başka, görev ayrılığı memurları hükûmetin veya ajanlarının artık hiyerşik yetkisine değil, sadece az çok geniş denet yetkisine bağlı olacaklardır ve tasarrufları ancak bakanın gösterdiği şekilde bozulabilecek, değiştirilebilecek veya durdurulabilecektir. Hattâ belki de hiç değiştirilemiyecektir.

Ana çizgileriyle mahallî idare ve görev ayrılığı sistemleri böyledir. İkisinden hangisi daha yetkili bir devlette, kamusal faaliyetin geniş ölçüde büyümesi dolayısıyle ve bu faaliyetin iyi işliyebilmesi için, görev ayrılığına ölçüde geniş bir yer ayırmak lâzımdır düşüncesindeyim. Aynı zamanda hem idare edilenlerin yerli ile idarî faaliyete iştirak ettirmeli, hem de memurların kamu hizmetinin yönetimine iştirak ettirmelidir. Demek istiyorum ki bu görev ayrılığı ki genişliği memleketlere, memleketlerin kültür derecelerine, kuruluşlarına, ihtiyaçlarına ve kamu hizmetlerinin çeşitlerine göre değişir, iki yoldan gerçekleştirilebilir: Birincisine bölge görev ayrılığı, ötekine hizmet görev ayrılığı adı verilmiştir.

Bölge görev ayrılığı, yetkileri belirli bir çevre ile sınırlanmış olan mahallî memurları, en çok seçim yoluyle gerçekleşen mahallî ilişkinliklere bağlı bırakmak ve bunlar üzerinde hükûmetin ve ajanlarının artık hiyerarşik yetkilerini değil, sadece denet yetkilerini tanımak şeklinde beliren bir idare sistemidir. Meselâ Mısır'da eğer bütün belediye ajanları hükûmet veya mardinler (1) tarafından tayin olunurlarsa, seçimlere hiç yer verilmezse, hükûmet veya mardinler belediye ajanlarına emirler verebilirse, belediye ajanlarının tasarrufunu hukukî veya fiil sebepleriyle bozabilir, değiştirebilir veya durdurabilirse tam bir merkeziyetçilik rejimi uygulanmış olur. Bilâkis eğer seçilmiş bir heyet veya seçilmiş ajanları ihdas edersenize; bunların yetkilerini genişletirsenize, bunlar mardinlerin hiyerarşik yetkilerinden kurtulurlarsa, mardinler belediye ajanlarının tasarruflarını ancak kanuna aykırı olduklarını takdirde bozabilirse, o zaman siz hakikî bir görev ayrılığı rejimi düzenlemiş olursunuz. Fakat edilmez ki, böyle anlaşılmış ve akılca sınırlanmış bir görev ayrılığı, modern liberal temayüllere uymakta ve

(1) Mısır'da valilere mudir (müdür) denilmektedir (S.D.)

aynı zamanda parlemanter ve kuvvetli bir merkezî hükûmetle pek iyi ahenkleşmektedir.

İkinci görev ayrılığı sistemi, veya hizmet görev ayrılığı, her türlü bölge düşüncesi dışında olarak belirli bir kamu hizmeti konusu içinde kurulur. Hizmet görev ayrılığı çeşitli şekilleri alabilir; bunların teferruatına girecek değilim. Yalnız şunu söylemekle yetineceğim ki: Hizmet görev ayrılığı bilhassa hizmete kişilik vermek ve teknik memurları hizmetin yönetimine iştirak ettirmek yolu ile gerçekleştirilir. Fransa'da yüksek öğretim teşkilâtında hizmet görev ayrılığına çok geniş bir yer verilmiştir ve Mısır'ın 19 Mart 1925 tarihli kanununu hazırlıyanlar bundan geniş ölçüde ilham almışlardır; bundan dolayı kendilerini hararetle tebrik ederim.

Tamamiyle merkezileştirilmiş bir Üniversite ihdas edilmiş olsaydı, bütün profesörler kayıtsız ve şartsız olarak hükûmet tarafından tayin olunacaktı. Profesörler, Üniversitenin idaresine hiç bir surette karışamıyacaklardır. Üniversitenin tüzel kişiliği olmıyacaktı. Üniversite meclisi olmıyacaktı ve bütün idarî yetkiler hükûmete ait olacaktı. Mısır kanunu bunun yerine bir görev ayrılığı rejimi tesis etmesini bilmiş ve çok doğru olarak hükûmetin denet yetkilerini de muhafaza eylemiştir. Rektörün şahsında hükûmet doğrudan doğruya denet yetkisini kullanan bir ajana malik bulunmaktadır ve bu yüksek şahsiyetin kendisine tevdi edilen görevi ne kadar nezaketle ve otorite ile yerine getirmekte olduğunu biliyorsunuz.

Üniversite meclisinde, bakanın ve rektörün yanında bazı yüksek memurlar Mısır ileri gelenleri ile birlikte her fakültenin dekanı ile ikişer temsilcisi hazır bulunmakta ve üniversitenin genel idaresini ilgilendiren bütün işleri yürütmekle ve bilhassa hükûmetin deneti altında Ünversitenin teşkilât tüzüklerini düzenlemekle görevli bulunmaktadır. Üniversitenin malları ve bizzat tesbit ettiği bütçesi vardır ki başlıca unsurunu devlet yardımı teşkil etmektedir. Hükûmetin yetkisi bir emir yetkisi değil, bir denet yetkisidir. Üniversite meclisinin kararlarını, kanuna aykırı bulduğundan dolayı iptal edebilir, tasvib etmiyebilir; fakat bu kararları değiştiremez; meclisin yerine geçemez; meclise emir veremez.

Misal olarak Mısır Üniversitesini zikrettim, çünkü hizmet görev ayrılığının daha uygun ve daha verimli bir misalini bulamam.

2 Mart 1926

ON DÖRDÜNCÜ DERS

DEVLET YETKİLERİNİN SINIRLANMASI. BU SINIRLAMANIN MÜEYYİDESİ

Baylar,

Bugün incelememiz gereken mesele son derece önemlidir ve kamu hukukunun esas meselesidir; çünkü, doğrusunu söylemek lâzım gelirse, buna evet veya hayır diye cevap verildiğine göre kamu hukuku ya var veya yok olacaktır. Mesele devlet tasarruflarının hukukî bir sınırlamaya bağlı olup olmadığı meselesidir. Böyle bir sınırlama yoksa devlet her şeyi yapabilir ve hiç bir hukuk kuralına bağlı olmaz. Devletin hukuka bağlı olması için, devletin faaliyet sahasını belirten, devletin yapması gereken şeylerle yapamıyacağı şeyleri tesbit eden üstün bir kural olmalıdır.

Bu kural vardır, var olmalıdır, yoksa bile yaratılmalıdır. Bu kuralın esası önemli değildir. Bu kural var olmalıdır, çünkü var olmazsa, insanlar için güvenlik kalmaz, devlet kuvvet ve yalnız kuvvet olur ve fertler için devletin keyfîliğine karşı hiç bir inanca kalmaz. Şüphesiz ki, bu üstün kuralın esası münakaşa edilebilir. Bu konuda ileri sürülen bütün doktrinlerin söz götürür tarafları olduğunu kabul ederim. Fakat, bunun önemi yoktur. Bu üstün kural için sağlam bir esas bulamasak bile, onu gerekli bir postülat olarak her medeniyetin temeli olarak ele almalıdır.

Alman hukukçusu Seydel: «Devletin üstünde veya yanında bir hukuk mevcut olmadığı bir axiomdur» diye yazıyor (1). Cevabım şudur. Devletin üstünde bir hukuk vardır, var olması gereklidir.

... I ...

Devletin yetkilerini sınırlıyan bir kuralın sözünü ederken devletin belirli organlarının yetkilerini sınırlıyan bir kuraldan değil, organlarının yetkileri ne olursa olsun, devletin kendisinin yetkisini sınırlıyan kuraldan

(1) Grundzüge einer allgemeine Staatslehre, 1873, s. 14.

söz açmak istiyorum. Hukuk ile sınırlanan, tekrar ediyorum ki yürütme kuvveti veya yasama kuvveti değil, faaliyetini ister kanun, ister bir idarî veya kazaî tasarrufla izhar etsin, devletin kendisidir. Bu konuda oldukça yaygın olan bir yanlışlığa karşı sizi uyarmak isterim.

Uzun zaman sanıldı ki hukuk hükümdarın yetkilerini, yalnız bu yetkileri sınırlar, halkın ve milletin yetkilerine hiç dokunmaz ve milletin egemenliği sınırsızdır, milletin yetkilerini devrettiği parlâmentonun da yetkileri sınırsızdır. İngilizler bundan ileri hiç gitmemişlerdir. İngilizlerin 1688 tarihli Haklar Kanunu parlâmentonun değil, yalnız Kıralın yetkilerini sınırlamıştır. İngilizler hürriyetlerinden söz açtıkları zaman yalnız kırallığa karşı bağımsızlıklarını düşünürler. Düşüncelerine göre, İngiliz parlâmentosunun kudreti mutlâktır ve bütün İngiliz hukukçuları parlâmentonun bütün iradelerinin birer kanun olduğunu, bu iradeye hiç bir sınır olmadığını bildirirler. «Parlâmento her şeyi yapabilir, yalnız erkeği kadın yapamaz.» diyen eski İngiliz ata sözü, İngiliz anlayışını dosdoğru ve apaçık belirtir.

Esasen milletin ve temsilcilerinin her şeye muktedir olduğu düşüncesi, İngiltere'de olduğu gibi, Fransa'da da XVII inci ve XVIII inci yüzyıllar boyunca hüküm sürmüştür. XVII nci yüzyılda papaz Jurieu: Her memlekette sözünü geçirebilmesi için haklı olmasına ihtiyaç olmıyan bir otoritenin bulunması gereklidir, ve bu otorite millettir.» diye yazmıştı. XVIII inci yüzyılda, bilmem nasıl bir saçmalığa kapılarak bizim 1789 Fransız Demecini ilham ettiği ileri sürülen J. J. Rousseau, Sosyal Sözleşme'sinin bir çok yerlerinde genel iradenin yâni devletin sınırsız bir kudrette olduğunu açıkça ileri sürmüştür. J. J. Rousseau : «Millet için hiç bir mecburî temel kanun yoktur ve olamaz... Egemen, yalnız fertlerden teşekkül ettiği için, egemenin fertlerin menfaatlerine aykırı bir menfaatı yoktur ve olamaz; bundan dolayı egemen kudretin uyruklara karşı hiç bir inanca vermesine ihtiyaç yoktur..» diyor. Hatta : «Devr ve temlik kayıtsız, şartsız yapıldığına göre birlik mümkün olduğu kadar tamdır ve hiç bir vatandaşın artık bir şey istemeğe hakkı yoktur.» diyor. (Sosyal sözleşme, Kitap I, Bölüm VI, ve XVI.)

Fransız ihtilâli başlangıçta bu yanlışlığa hiç düşmedi. Devlet yetkilerinin ve bilhassa yasaman devlet yetkilerini sınırlı olmadığını açıkça belirtmiş olmaları 1790 ve 1791 ihtilâlcilerinin bir şerefi olarak kalacaktır. 1791 Fransız nayasasının başlangıcında şöyle deniyordu : «yasama kuvveti bu bölümde belirtilmiş ve anayasa ile inanca altına alınmış tabiî ve medeni hakların kullanılmasını sınırlıyacak veya engelleyecek hiç bir ka-

nun yapamaz.» Meydandadır ki, böylece yasama kuvvetinin sınırlı olduğu evleviyetle kabul edilmiş demektir.

Şüphesiz ki, 1791 den beri, bir takım politik rejimlerimiz bu esaslı prensibi unuttular. 1793 de Millî konvansiyon, J. J. Rousseau'dan ilham alarak, her şeyi yapmak hakkını haiz olduğunu sandı, hürriyeti kurtarmak ve eşitliği gerçekleştirmek bahanesi ile en kutsal hürriyetlere karşı caniyane tecavüzlerde bulundu. Birinci İmparatorluk devrinde de hükûmet çok kere, koruyucu hukukî tahdit prensibini çiğnedi, askerî zaferler haksızlığı örttü. Fakat bu gölgelere rağmen Fransız vicdanı, ihtilâlden beri, genel prensibin derinliklerine nüfuz etmiştir, ve her hangi bir hükûmet bu prensibi çiğnemeye kalkışırsa böyle bir hükûmete karşı durmakta birlik olacaktır. Fransız vicdanı nasıl dış düşmanı kovmuşsa öylece her hangi bir tarzda istipdat şeklini alacak olan iç düşmanı da kıracaktır.

II

Devletin hukukla sınırlandığını söylemek yetişmez, bu sınırlamanın dayanağını da belirtmek gerekir. Bu çoktan beri anlaşılmıştır ve bu ihtiyacı karşılamak için, uzun bir gayretten sonra bir doktrin tesis edilmiştir. Bu doktrin iki yüzyıl süresince bir çok kimseler tarafından her türlü tenkidin ve itirazın üstünde bir doğma telâkki edilmiştir. Bu doktrin bize bugün pek çürük görünüyor ise de zihinlerde çok büyük bir yer tutmuş bulunduğu için onu ihmal edemeyiz. Fertçi (individualiste) doktrinden söz açmak istiyorum.

Fertçilik ilk kaynaklarını şüphesiz ki eski Yunanistanın istoacılık felsefesinde bulur; ilk ifadesini de romalı hukukçuların teorilerinde almıştır. Ortaçağda unutulmuş, XVI ncı yüzyılda yeni bir belginlik (précision) ve kuvvetle tekrar belirmiştir. «Düşünüyorum, demek ki varım.» ünlü önermesi fertçiliği tamamiyle kavramaktadır. Nihayet, politik ve sosyal ifadesini, belgin olduğu kadar doğru olarak, 1789 Fransız demecinde bulmuştur. 1804 Napoléon Kanunnamesi fertçiliğin aile ve ferdî münasebetler alanında tatbikatını göstermiştir.

Bir kaç kelime ile doktrinin esası şöyle belirtilebilir. İnsanlar hukuken hür ve eşit doğarlar ve yaşarlar. İnsan olmaları dolayısiyle, doğumları anında, el sürülemez tabiî haklara sahiptirler ki, genel anlamında hürriyet kelimesiyle özetlenebilir ve daha doğru olarak ta insan kişiliğinin özerkliği sözü ile belirtilebilir. İnsana, yalnız insanlık sıfatından dolayı, ait olan bu hakları insan topluluk içinde muhafaza eder. İnsanın fiziksel, anlıksal (intellectuel) ve tinsel (morale) faaliyetlerini geliştirmek tabiî hak-

kıdır, bütün toplulukların amacı bu hürriyetin korunmasıdır, her türlü faaliyetinde insan kişiliğinin, insan özerkliğinin korunmasıdır.

Bununla beraber, meydandadır ki, ferdî hürriyet tezahürlerine bir takım tahditler konulmadan bir topluluk yaşayamaz. Bu tahdit yetkisi devlete aittir. Devlet politik olarak teşkilâtlanmış insan topluluğundan başka bir şey değildir. Bundan başka, devletin bu tahdit yetkisi iyice sınırlıdır. Devlet, herkesin ferdî hürriyetini sağlamak için gerekli olmadıkça kimsenin ferdî hürriyetini tahdit edemez. Herkesin ferdi hürriyetini sağlamak için gerekli olduğu takdirde devlet ferdî hürriyeti ancak kanunla tahdit edebilir. Burada kanunu hem maddî, hem seklî anlamda ele alıyoruz, yani herkes için eşit, hiç kimseyi ayrık tutmıyan genel hükümleri kastettiğimiz gibi millî iradeyi temsil eden yasama meclisi tarafından kabul edilmiş hükümleri de kastediyoruz.

Bu doktrin, bir az önce söylediğim gibi, 1789 Fransız demecinin 1, 2 ve 4 üncü maddelerinde takdire şayan bir açıklıkla belirtilmiştir: «Insanlar hak bakımından hür ve eşit doğarlar ve kalırlar.. Her politik topluluğun amacı insanın tabiî ve dokunulmaz haklarının korunmasıdır... Hürriyet başkasına zarar vermiyecek her şeyi yapabilmektir. Tabiî haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer..

III

Bu fertçi doktrin, iki yüzyıl, herkesin önünde eğilmesi gereken bir doğma sayıldı. Bugün çok hırpalanmış ve zedelenmiştir. Bütün sosyalist görüşlerin karşı koyduğu fertçi doktrin modern zihniyetin temayülüne artık uymamaktadır. Fazla olarak, fertçi doktrinin kendisi mantık çelişikliği içine düşmüş ve bundan başka, bugün gittikçe daha iyi anlaşıldığına göre, devletin yetkilerini gerçekten sınırlamağa gücü yetmemiştir.

Fertçi doktrin reddedilmelidir, çünkü sübjektif hukuk kavramına dayanıyor ve evvelce isbatladık ki bu kavram gerçeğe tamamiyle yabancıdır, zihnin bir basit tasarısıdır ki hiç bir gerçeğe uymaz demekle şüphesiz ki yetinebilirim. Fakat, bir an için bu sübjektif hukuk kavramını kabul edelim ve gösterelim ki fertçi doktrin buna taban tabana çatışkındır (antinomique).

Gerçekten, fertçi doktrine göre: Fert, topluluk içinde yaşamazdan önce, doğduğu anda, sadece insan olduğu için sübjektif, tabiî ve dokunulmaz (imprescriptible) haklara maliktir. Halbuki, eğer varsa, sübjektif hu-

kuk bir irade kudretidir ki oluşu dolayısiyle başka bir iradeye üstün gelir. Sübjektif hukukun varlığı, böylece, iki irade sahibinin varlığını tazammun eder, birinin iradesi üstün tutulur ve ötekinin iradesine hâkim olur. Yalnız insan, başka insanlarla sosyal münasebetleri olmıyan insan sübjektif hak sahibi olamaz. Robenson, adasında eşya üzerinde maddî bir kudreti haizdi, ama hak sahibi değildi. Sübjektif hukuk, varlığı kabul edilse bile, tabiî insan için mevcut olamaz, ancak sosyal insan için mevcut olabilir. Fert ancak topluluk içinde yaşadığı takdirde ve topluluk içinde yaşadığı için hak sahibi olabilir. Daha önce hak sahibi olamaz ve topluluğa daha önce haiz olmadığı haklarını getiremez. Böylece, insan hakları topluluktan önce vücut bulmuş değildir. Eğer insan hakları varsa ancak topluluktan doğmuş olabilir ve bundan dolayı topluluğun haklarını sınırlıyamaz, yani devletin yetkilerini sınırlıyamaz. Devlet, anlattığım doktrinde, tekrar edeyim ki, politik bakımdan teşkilâtlanmış bir topluluktan başka bir şey değildir. Böylece bütün fertçi doktrin yıkılır.

Hepsi bu kadar değil fertçi doktrinin daha başka büyük kusurları da vardır. Devletin yetkilerine konulması gerekli tahditleri belirtmekten de acizdir. Fertçi doktrinin mantığına göre: Devlet, herkesin faaliyetini korumak için gerekli olduğu ölçüde fertlerin faaliyetlerini olumsuz olarak sınırlıyabilir. Fakat bu faaliyeti ancak sınırlıyabilir, ferde olumlu borçlar yükleyemez; ferdi başkalarına karşı bir şey yapmakla borçlu tutamaz; ferde: «Başkalarının hürriyetlerini zedeleyecek belirli şeyleri yapmıyacaksın.» diyebilir ama: «Başkaları için belirli şeyleri yapacaksın.» diyemez; çünkü, bu takdirde ferdî hürriyeti zedelemiş olur.

Meselâ herkesi çalışmakla ödevli tutamaz. Fertçi doktrinin mantığına göre aylaklık bir haktır. Fert devlete şöyle söyleyebilir: «Başkalarına zarar vermekten beni menedebilirsiniz ama, canım isterse, aylak kalmaktan, balkonuma oturup çalışanları seyretmekten ve hiç bir şey yapmadan oturmaktan beni menedemezsiniz.» Bunun gibi, devlet öğretimi mecburî tutamaz. Eğer aile başkanının canı çocuklarının bilgisizlik içinde kalmasını isterse, hiç bir kuvvet onu bundan menedemez. Fertçi doktrinde devlet, ferdî hürriyeti zedeleyen hiç bir şey yapamaz. İnsanın kendisinden başka kimseye zararı dokunmıyacak şekilde hürriyetini kullanmasına devlet engel olamaz. Meselâ tehlikeli oyunları, boğa güreşlerini yasak edemez. Çalışma saatlerini de tahdit edemez. Böylece, kabul etmek lâzımdır ki, fertçi doktrin, devlet faaliyetinin hakiki sahasını belirtememektedir.

Bu doktrin, devlete olumlu borçlar da yükleyememektedir. Esasen bu önce gördüğümüzün neticesidir. Politik kudret ferdî hürriyeti zedeleyemez

ama fizik, zihnî ve ahlâkî bakımlardan fertlerin gelişmelerini sağlamak için de devleti müdahaleye zorlayamaz. Devletin herkese parasız öğretim sağlaması istenemez. Öğrenim hakkını, fertçi doktrin taraflıları mantıkları bakımından inkâr ederler. İhtiyarlıkları veya hastalıkları yüzünden geçimlerini çalışmakla sağlamak imkânından mahrum olanlara da devlet yardım etmeğe mecbur değildir. Nihayet, çalışabilen ve çalışmak istiyen her hangi bir kimsenin kendisini geçindirecek bir iş bulması için müdahale etmeğe devletin hiç bir mecburiyeti yoktur. Öğrenim hakkını nasıl ortadan kaldırmış ise, fertçi doktrin, yardım görme ve iş hakkını da inkâr etmektedir. Modern vicdan böyle inkârlar karşısında isyan etmektedir.

Nihayet, işin derinliklerine girilirse, görülür ki fertçi doktrin, mantikî ve zarurî olarak ya anarşiye veya devletin kudret üstünlüğüne sürüklenir. Gerçekten deniliyor ki: fert topluluk içinde bir takım tabiî haklarını muhafaza eder; devlet bu haklara dokunamaz, onları korumalıdır. Fakat, ferdin böylce muhafaza edeceği hakları kim takdir edecek? Bunu ancak ya fert veya devlet takdir edebilir. Fert takdir ederse devlet kudreti ortadan kalkar, ve gerçekten anarşi olur. Eğer ferdî hürriyetin genişliğini yalnız devlet takdir edebilirse devlet mutlak bir kudret sahibi olur; hiç bir şey kararlarının, üstün kuvvetini tahdit edemez ve istipdat değilse bile mutlâkiyet olur. Bundan dolayı, fertçi doktrin bir Stirner anarşistliği ile bir Robespierre jakobinliği arasında dalgalanır demek haklı olur.

IV

O halde, devletin hukukî tahdide bağlı olmasının hakikî esası nedir? Bu esas fikrimce temel fikir olan vazife anlamında gömülüdür; küçük ve büyük, cılız ve güçlü, idare edilen ve idare eden topluluğun bütün üyelerine düşen vazife bunun esasını teşkil eder. Büyük düşünürümüz Auguste Comte'un şu güzel sözünü hiç unutmamalıdır. «Bu dünyada kimsenin daima vazifesini yapmaktan başka bir hakkı yoktur.»

Şüphesiz ki, ferdî hürriyet fikrini muhafaza etmelidir. Fakat ferdî hürriyet bir hak gibi tasarlanmamalıdır; o bir vazifedir; topluluğun her üyesi tarafından yerine getirilmesi gereken bir görevdir. Sosyal birer varlık olduğu için herkes bulunduğu sahada fizik, zihnî ve ahlâkî faaliyetini tamamiyle geliştirmekle ödevlidir. Ünlü şair Alfred de Vigny'nin şu güzel şiirini bilirsiniz :

Kaderin seni sevkettiği yolda

Hiç yorulmadan uzun ve ağır işini yap.

(Fais inlassablement ta longue et lourde tâche

Dans la voie où le sort a voulut t'appeler.)

Bu öğüdün mâna ve şümulünü düşünür ve anlarsanız ahlâkî hayatın, sosyal hayatın ve politik hayatın bütün sırlarına nüfuz etmiş olursunuz. Büyük ve küçük, idare eden ve idare edilen herkese ciddi bir vazife düşer; bu, durumlarının ve şahsî kabiliyetlerinin müsaadesi nisbetinden her işi yapmak vazifesidir. Bir insan topluluğunun yaşaması ve gelişmesi için gerekli bir şart olan iş bölümü dayanışması ancak böyle sağlanabilir.

İdare edenler, herkes gibi birer ferttir, vazifeleri aynıdır; fakat filen kuvveti ellerinde tutarlar; bundan dolayı kendilerine çifte vazife düşer. Bu kuvveti haksız yere fertlerin hürriyetlerini sınırlamakta kullanamazlar. Bu noktada fertçi doktrinin ulaştığı olumsuz neticeler doğrudur. Fakat ayrıca, idare edenler ellerinde tuttukları kuvveti, bütün fertlerin fizik, zihnî ve ahlâki faaliyetlerini tamamiyle geliştirmelerini sağlıyacak şekilde kullanmağa borçludurlar. Bundan dolayı, insanın faaliyetini her hangi bir tarzda sınırlamasına veya bozmasına engel olmak lâzımdır. Fertler için tehlikeli olan her şeyi, fertler kendi istekleriyle buna atılsalar bile, yasak etmek idare edenlerin vazifesi ve dolayısiyle hakkıdır. Ferdî faaliyeti, kendi kendisine zararlı olduğu ölçüde sınırlamak devletin vazifesi ve dolayısiyle hakkıdır; çünkü böyle bir faaliyet, sosyal dayanışma dolayısiyle, topluluk için zararlıdır. Fertlerin tamamiyle faaliyette bulunabilmeleri için neler gerekiyorsa bunları fertlere yüklemekde devletin vazifesi ve dolayısiyle hakkıdır. Devlet fertleri asgarî öğrenim yapmağa ve bir iş tutmağa mecbur edebilir. Bir tek ferdin bile aylak kalması kabul edilemez; aylaklığa müsamaha ederse devlet görevini yerine getirmemiş olur.

Nihayet devlet, fertlerin bütün faaliyetlerini azamî verimle geliştirmelerini sağlayacak bir takım kamu hizmetlerini teşkilâtlandırmağa borçludur. Bu cümleden olmak üzere öğretim yapmağa, çalışabilecek durumda olanlara iş sağlamağa ve ihtiyarlıkları veya hastalıkları dolayısiyle çalışamıyacak durumda olanların geçimlerini sağlamağa mecburdur.

Görüyorsunuz ki, modern memleketlerde itibar gören ve öğretimi, işi, sosyal yardımı düzenleyen bütün büyük kanunlar şimdi açıkladığım genel fikirlerden mülhem olmuşlardır. Bu kanunlar modern vicdanın mahsulüdür; ve modern vicdan, gelenek halini alan fertçi doktrini ortadan kaldırarak, devlet kudretini sınırlayan esasların hakikî temellerini atmış-

tır. Modern vicdan aynı zamanda, demin söylediğim gibi, ya istipdada veya anarşiye yol açan yanlış fertçi kavrayışı da hiçe indirmiş bulunmaktadır.

V

Ancak, incelenmesi gereken sonuncu bir mesele var ki en az güç olanı değildir. Devletin vazifeleri olduğunu ve yetkilerinin sınırlı bulunduğunu ileri sürdüm. Fakat devleti bağlıyan kuralın müeyyidesi var mıdır? Müeyyidesi yoksa, bu devlet yetkilerinin bir hukukî sınırlamaya bağlı bulunduğu söylenebilir mi? Müelliflerin çoğu bu itiraz karşısında duraklamışlar ve devlet faaliyetini sınırlayan ahlâk kuralları mevcut olduğunu, ve olabileceğini fakat böyle bir hukuk kuralı olmadığını ve olamıyacağını, çünkü zecir (contrainte) ile doğrudan doğruya teyit edilmiş olmadıkça hukuk kuralı mevcut olamıyacağını bildirmişlerdir.

Böyle bir fikri kabul edemem. Jellinek'in de çok iyi göstermiş olduğu gibi, bir hukuk kuralının mevcut olması için bu kuralın doğrudan doğruya zecir ile teyit edilmiş olması şart değildir, sağlanmış, teminata bağlanmış bir kural olması kâfidir. Muhakkak ki, devletin bağlı olduğu kuralların hiç birinde doğrudan doğruya bir zencir müeyyidesi yoktur; çünkü esasen devlet belirli bir ülkede zecri kendi tekeli altında tutar ve bunu kendi aleyhinde kullanamaz. Fakat devleti bağlayan kuralların inancalı olmasına hiç bir engel bulunmadığına göre bunların hukuk kuralları olmasına da hiç bir engel yoktur. Başka türlü olsaydı, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için kuvvet ile teyit edilmiş bulunması şart olsaydı, devlet hukuku demek olan kamu hukukunu baştan aşağı inkâr etmek durumuna düşerdik. Meselâ yazılı anayasaların bütün kurallarından hiç biri hukuk kuralı olmazdı.

Devletin yetkilerini sınırladığını söylediğim prensipler hukukî mahiyettedir, çünkü teminatlıdır. Bu açıkça görülür. Bu prensipler en başta, varlığı ve kuvveti söz götürmez olan halk efkârı tarafından temin edilmiştir. Her ne zaman bir hükûmet, ihmali ile veya hareketi ile, belirttiğim kurallardan birini açıkça çiğnerse, halk efkârında uyanan tepki dolayısiyle, hükûmet çok kere hareket hattını değiştirerek açıkladığım üstün prensiplere uymak zorunda kalır.

Bundan başka, medenî bütün modern devletlerin meydana getirdikleri politik teşkilâtın gerçek amacı, üstün hukuk kuralının sayılmasını sağlamak olmuştur. Modern anayasaların çeşitleri ne olursa olsun, tem-

silî rejime ve kuvvetlerin ayrılması sistemine verilen yerin büyüklüğü veya küçüklüğü ne olursa olsun, politik anayasalar hangi şartlar içinde düzenlenmiş bulunursa bulunsun, hepsinde şu esaslı amaç göze çarpar: devletin keyfî müdahalelerine karşı ferdi koruyacak teminatlar tesis etmek ve dolayısiyle devletin yetkilerini sınırlıyan kural için teminatlar vücuda getirmek. Bundan dolayı, (her memlekette) devlete üstün olan kuralın bir hukuk kuralı olduğunu söylemek doğru olur, çünkü bu kural her memlekette teşkilâtlanmış bir teminat müeyyidesiyle donatılmıştır.

VI

Bununla beraber, iş bununla bitmiyor. Bir mesele kalıyor ki, belki de hukukî olmaktan ziyade ahlakî bir mahiyet arzettiği halde gene de ihmal edemeyiz. Şimdi dedim ki: bütün medenî memleketlerde, halk efkârının yetkisi altında üstün hukukun çiğnenmesine karşı ferdi korumak amaciyle bir politik teşkilâtlanma vücude getirilmiştir. Fakat, bu ihtiyat tedbirlerine rağmen, devletin hakkı çiğnemesi mümkündür. Söylenmesi gelenek olduğu gibi, devlet zâlim olabilir. Açıklamak için denebilir ki, zulümc kriminalistler alışkanlık suçu derler. Bir hükûmet bir kere hukuka aykırı hareket etmekle zâlim olmaz. Zâlim olması için, kabul etmiş olduğu anayasaya rağmen, yetkilerini aşmak veya vazifelerini ihmal etmek suretiyle bağlı bulunduğu hukuku ihlâl etmeği itiyad edinmesi gerektir. Böyle bir halde fertler baskıya karşı koyabilirler mi? Bu, pek eski ve pek ünlü baskıya karşı gelme (résistance à l' oppression) meselesidir.

Meselenin pek eski olduğunu söyledim, çünkü mesele XIII üncü yüzyılda bile büyük ilâhiyatcılar tarafından, bilhassa Saint Thomas tarafından, tartışılmıştı. Saint Thomas, tabiî, meseleyi ilâhiyat bakımından ele alıyor ve isyanın daima bir günah olup olmadığını sorduktan sonra bu soruya şu kuvvetli cevabı veriyordu : Hayır, isyan her zaman bir günah değildir, bir müstebide karşı isyan günah değildir, çünkü böyle bir halde isyan eden müstebidin kendisidir. Uyruklarının menfaatlerine göre değil de kendi menfaatine göre idare ederse prensin müstebit olduğunu da bildiriyordu.

Bu baskıya karşı gelme doktrini XVI nci yüzyılda, din savaşları sırasında yeniden belirmiştir. Bu doktrin XVII nci yüzyılda unutulmuş, XVIII inci yüzyıl sonlarına doğru yeniden doğmuş ve en açık ifadesini 1793 montanyard anayasasının demecinde şu şekilde bulmuştur: «Baskıya karşı koyma, başka insan haklarının neticesidir. Üyelerinden biri baskı altında olursa sosyal topluluk baskı altındadır. Sosyal topluluk baskı al-

tında olursa üyelerinden her biri baskı altındadır. Hükûmet halkın haklarını çiğnerse, halk için ve halkın her kısmı için isyan hakların en kutsalı ve vazifelerin en gereklisidir.» (madde 33, 34 ve 35.)

Böyle bir doktrin hakkında ne düşünmeli? Doğru tarafı da var, yanlış tarafı da var. Katolik ilâhiyatçıların kavrayışlı gözlerinden de kaçmamış olan bir takım ayırtların yapılması gereklidir. Pasif karşı koymayı bunlar savunucu karşı koymadan ve saldırgan karşı koymadan ayırt etmişlerdi. Onlara uyarak bu ayırdı yapmalıdır.

Pasif karşı koymanın meşru olduğu şüphesizdir. Devletin meşru olmıyan bir kanun, üstün hukuku çiğneyen bir kanun, hürriyeti zedeleyen bir kanun yaptığına inanan kimseler böyle bir kanuna kendi istekleriyle uymayı haklı olarak reddedebilirler, böyle bir kanuna karşı direnerek verilen kanunî emirlere karşı bütün itiraz yollarına başvurmak ve ancak zecrin baskısına boyun eğmek suretiyle karşı koyabilirler. Meselâ devletin şöyle veya böyle bir vergi salmakla hakkı çiğnediğine inanıyorsanız ödemeyi reddedersiniz ve malınızın haczedilmesine seyirci kalırsınız; böyle davranışınızın hukuka aykırı hiç bir tarafı yoktur ve esas itibariyle meşru olduğunu kabul etmek gerekir.

Savunucu karşı koyma daha vahimdir. Kuvvete kuvvetle karşı koymak, kamusal ajanların zecrî müdahalelerine maddî olarak karşı gelmek demektir. Meşru olarak böyle hareket edilebilir mi? Mesele karmaşıktır ve iki şekilde belirebilir: Birinci halde, zecir kullanan ajanın kendisi yazılı kanuna aykırı hareket etmiş olur; meselâ bir konuta, kanunda belirtilen şartlar dışında, girmek ister girmek için yolsuz olarak kuvvet kullanır. Bu konutta oturan kimse böyle bir haksızlığa kuvvetle karşı koyabilir mi? Kanuna aykırı olduğu meydanda bulunan bir harekete karşı bir ferdin kuvvetle direnmesinde bir isyan suçu olmadığına, en iyi müelliflerle birlikte inanıyorum. İsyan suçu olması için kamusal ajanın kanuna uygun hareket etmesi lâzımdır. 1793 demecinin 11 inci maddesinde de böyle denilmektedir: «Kanunla belirtilen haller ve şartlar dışında bir insana karşı yapılan her muamele keyfidir ve zulümdür; kendisine karşı zorla böyle bir muamele yapılmağa kalkışılan kimsenin bunu kuvvetle reddetmeğe hakkı vardır.»

Fakat ikinci hal daha büyük bir nezaket arzeder. Kanun sınırları içinde kalan, ancak uygulamak istediği kanunun hukuka aykırı olduğu sanılan bir kamusal ajanın muamelesine kuvvetle karşı koymak haklı olur mu? Bu takdirde, bir ajanın kanunsuz bir hareketine kuvvetle karşı gelinmiş olmuyor, ajan kanuna uygun hareket etmektedir, fakat ajanın uy-

gulamak istediği kanunun hukuka aykırı olduğu iddia ediliyor. Böyle bir halde savunucu karşı gelmenin haklı olabileceğini söylemekte çok tereddüt ediyorum. Kayıtsız olarak haklı görmekle topluluk içine bir kargaşalık ve anarşı prensibi sokulmuş olacağı söz götürmez. Ancak, savunucu karşı gelme hakkını tamamiyle ortadan kaldırmak için, mahkemelerine, kanunların anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisini tanıyan, yanı bir kanunu gerek yazılı anayasanın bir kuralına, gerekse yasamanın gözetmesi gereken üstün bir prensibe aykırı bulduğu takdirde uygulamağı reddetmeğe mahkemeleri yetkili sayılan bir memlekette bulunmak lâzımdır.

Saldırgan karşı koyma meselesi kalıyor. Haklı olabileceği haller var mıdır? Saldırgan karşı koyma isyandır. İsyanın haklı olduğu haller var mıdır? Son derece ihtiyatla ele alınması gerekli ve zihin karıştıran bir mesele ki ne vakit temas etsem hatırıma Saint Thomas'nın anlattığı Siraküzalı koca karının hikâyesi gelir. Siraküza'ya giden yolun kıyısındaki tarlasında kendi halinde çalışırken bu koca karı, yol üstünde kamalı bir delikanlının bütün hızı ile koştuğunu görür. Delikanlıyı durdurur ve: «Nereye gidiyorsun?» der; «Müstebit Denis'i öldürmeğe gidiyorum.» cevabını alınca: «İhtiyatsız genç, bundan sakın. Başındaki müstebidi biliyorsun, başına geçecek müstebidi ise tanımıyorsun.» öğüdünü verir.

Teorik olarak, dünyada haklı ihtilâllerin yapılmış olduğu inkâr edilemez. Hüküm vermek tarihe aittir. Şüphesiz ki bir hukukçu zâlim bir hükûmete karşı isyan hakkını bir prensip olarak ileri süremez. Fakat, kuvvetle ifade etmelidir ki, her memlekette bütün yasama tasarruflarını incelemeğe ve hukuka aykırı bulduklarını uygulamayı reddetmeğe yetkili tarafsız mahkemeler kurulması gereklidir. Sonuncu toplantımızda, meşruiyet prensibi adını verdiğim meseleyi incelerken bu noktayı etrafiyle gözden geçireceğiz.

4 Mart 1926.

ONBEŞİNCİ DERS

MEŞRUİYET PRENSİBİ. NASIL SAĞLANMALIDIR.

Baylar,

Bu sonuncu görüşmemizde kamu hukukunun en önemli meselelerinden birini incelemeliyiz ki halli bu geniş disiplinin taçlanmasını teşkil eder. Bütün derslerimizde hüküm süren fikir hukukun belirli bir topluluğun bütün üyeleri üzerinde, idare edenler üzerinde olduğu gibi idare edilenler üzerinde hüküm süren üstün bir kural olduğu ve dolayısiyle, şekli ne olursa olsun devlet üzerinde de hüküm sürdüğü, devletin faaliyet sahasını belirttiği, devlete bir takım şeyleri yapmayı emrettiği, bir takım şeyleri de yasak ettiği fikri oldu. Bu kural fertler üzerinde hüküm sürdüğü vakit devletin müdahalesiyle teyid edilir. Hukuk kuralı devlete hitab ettiği vakit müeyyideli olabilir mi? bu müeyyide nedir? Zecir müeyyidesi tasarlanamaz; çünkü devlet esasen belirli bir ülkede zecir yetkisini tekelin altında tutar ve zecri kendisi kendi üzerinde uygulayamaz.

Hukuk kuralının devlete ilişkin olduğu takdirde dahi müeyyidesi olmalıdır. Her türlü vasıtasız müeyyidesi imkânsızdır. Vasıtalı müeyyideler de imkânsız mıdır? Hayır, vasıtalı müeyyide düzenlenebilir. Nasıl? En iyi çaresi nedir? Bugünkü günde hangi durumdayız? İşte mesele budur.

I

Hukuk kuralının vasıtalı müeyyidesinin esaslı unsuru, meşruiyet prensibi adını verdiğim kavramda bulunur. Meşruiyet prensibi modern vicdanın derinliklerine kadar yerleşmiştir ve bu prensiple devlete uygulanan hukuk kuralına, şüphesiz ki vasıtalı, fakat muhakkak ki müessir bir müeyyide tesis etmek mümkün olmuştur. Bu prensip nedir?

Bunu kavramak için, incelemiş olduğum maddî bakımdan ve şekli

bakımdan esaslı ayırdı hatırlamak ve bu ayırdı meşruiyet prensibine uygulamak lâzımdır.

Maddî bakımdan meşruiyet prensibi şudur: bir hukuk devletinde her hangi bir otorite ancak bir genel hüküm ile yani maddî bakımdan bir kanun ile belirtilmiş sınırlar içinde ferdî bir karar alabilir, bu sınırların dışına çıkamaz. Bu ne olursa olsun bütün devlet organları için, parlamento için olduğu gibi devlet başkanı için de böyledir. Bilhassa bu meşruiyet prensibinin tanınmış veya tanınmamış olduğuna göre müstebit hükûmetler böyle olmıyan hükûmetlerden ayırt edilir. Her hangi bir hükûmeti teşkil eden organlar genel bir kanunla belirtilen sınırlar dışında ferdî kararlar alabilirler ise böyle bir hükûmet, ister monarşik, isterse aristokratik veya demokratik olsun, müstebit bir hükûmettir.

Montesquieu, *Kanunların ruhu* başlıklı eserinin pek iyi bilinen bir yerinde mutlak monarşı ile müstebit monarşı arasındaki farkı çok açık olarak göstermiştir: yalnız, benim mutlak monarşi dediğime o sadece monarşi demiş. Şöyle yazıyor: «Monarşik hükûmeti bir kişi idare eder ama sabit ve konulmuş kanunlara göre idare eder, istipdatta ise bir kişi hiç bir kanuna veya kurala bağlı olmadan iradesine veya keyfine göre herkesi sürükler.» (Kanunların ruhu, kitap II, bölüm I). Böylece, mutlak monarşik hükümdar kanun yapar ama kendi yaptığı kanuna kendi de bağlı kalır. Müstebit monarşide şef, hiç bir kuralla bağlı olmaksızın, emreder.

Şunu da söyliyeyim ki, yalnız monarşilerin müstebit olabileceklerini sanmak çok yanlıştır. Devletin bütün yetkileri seçilmiş bir meclisin elinde toplanırsa fertlerin hürriyetleri selâmette kalacağı inancı halâ bir çok memleketlerde yaygın bulunuyor. Ne derin gaflet! Seçilmiş olsa bile bir meclis, tıpkı bir hükümdar gibi müstebit olabilir. Önceden soyut (abstrait) olarak belirtilmiş ve herkese uygulanan genel kurallar dışında ve ötesinde ferdî kararlar alabilirse seçilmiş meclis te müstebit olur. Parlamentosu olduğu için bir memleketin hür olması gerekmez. Kollektif bir istipdat ferdî bir istipdattan daha korkunçtur, çünkü sorumluluk bölündüğünden ufalır ve silinir. Parlamentonun, prensin ancak genel kural gereğince ferdî kararlar alabileceğini, hiç bir organın kanun dışına çıkamıyacağını anlamadıkça bir memleket hür olamaz.

Bu anlayış, kamu kuvvetinin keyfiliğine karşı nasıl bir himaye tesis edebilir? Meşruiyet prensibi nasıl ve hangi devirde anlaşılmağa başlamıştır? Bu esaslı kavramın ilk önce eski Yuanaistanda anlaşılmış olduğu-

na şüphe yoktur. Bize eski çağ hürriyetinden söz açarlar; iyiliklerini överler; onu ileri sürenleri ve onun için savaşanları takdir ederler. Ama çok kere bu eski hürriyet anlayışı üzerinde yanlışlığa düşerler. Eski Yunanlılar için hürriyet devlet yetkilerini sınırlar mı idi? Hiç te değil. Eski çağ hürriyetinin en ateşli taraftarları bile kamu menfaati bakımından sitenin sınırsız bir yetkisi olduğunu daima kabul etmişlerdir. Devlet yetkisini sınırlıyan kurallar olduğu düşüncesi tamamiyle moderndir. Eski çağ hürriyeti büsbütün başka bir kavrayışla çerçevelenmişti. Her şeyi yapabilen site (cité) ancak bir genel kuralın kendi yaptığı kanunun, herkes için aynı olan ve hiç bir kimse gözetilmeden yapılan kanunun belirttiği sınırlar içinde hareket edebilir, kanun sınırları dışına çıkamaz ise insanların hür olduğu düşünülüyordu. Meşruiyet prensibine saygı gösterildikçe ve bütün yurttaşlar aynı kurala bağlı oldukça hürriyet selâmette idi. Böylece eski çağ hürriyeti meşruiyet ve eşitlikten ibarettir.

Bu fikirlerin orta çağda ve yeni çağda gösterdiği gelişmeleri bir yana bırakarak hemen Fransız ihtilâline geçiyorum. Fransız ihtilâli daha ileri gitmiştir. Devletin yetkilerini sınırlıyan bir kural belirtilmiştir. Devletin yapamıyacağı şeyler vardır. Şüphesiz ki devlet ferdî faaliyete tahditler koyabilir; ama bu tahditler ancak kanunla konabilir; bu kanun maddî bakımdan kanun olmalı yani önceden belirtilmiş genel hükümler olmalı; şeklî bakımdan da kanun olmalı, yani millet topluluğu veya millet temsilcileri tarafından kabul edilmiş hükümler olmalıdır. İşte bu, devlet yetkilerini sınırlayan prensibe eklenen meşruiyet prensibi idi.

Bugün, öyle sanıyorum ki meşruiyet prensibi modern vicdanın derinliklerine yerleşmiştir ve her hangi bir memlekette bir parlâmento veya devlet başkanı olan Kral veya seçilmiş cumhurbaşkanı tarafından kanun dışında veya ötesinde ferdî bir karar alınırsa kuvvetli bir tepki uyandırır. Bize diktatörlüğün yerleştiği memleketlerle istenildiği memleketlerden söz açıyorlar; bu mümkündür; ama bu ancak geçici ve olağanüstü bir zaman için olabilir ve bütün medenî memleketlerde meşruiyet prensibi bütün koruyucu kuvvet ve meziyetini muhafaza ediyor.

Bu meziyet neden ileri geliyor? Şundan ileri geliyor: Eğer devlet, önceden belirtilmiş bir genel kuraldaki sınırlar içinde ferdî kararlar vermek durumunda olursa bu kararın sıkıcı veya haksız olmaması ihtimalı pek fazla olur; çünkü kararın prensibini ve sahasını tesbit eden genel kural, önceden genel menfaat göz önünde tutularak ve kişi veya dâva gözetilmiyerek soyut bir surette belirtilmiştir. Bu kuralın daima doğru ve kusursuz olacağını söylemek istemiyorum. Ancak bu kuralın, belirli bir kişi

için veya özel bir durum dolayısiyle alınan bir ferdî karardan daha doğru, ihtiyaca daha iyi intibak etmiş, güdülen maksada daha uygun olması ihtimal çok daha üstündür. Maddî anlamda kanun, genel hüküm, hukuka uygun olmıyabilir; ne yazık ki arasıra böyle bir aykırılık baş gösteriyor. Ama, yasaman kanunu belirli bir kişiyi veya belirli bir işi gözetmeden yaptığı için yasamanın her şeyden önce üstün adalet ve genel iyilik gibi soyut düşüncelere göre hareket etmesi gerektiği için, kanunun iyi olması ve kamusal kuvvetlerin ferdî kararlarını uygun olarak sınırlaması haklı olarak umulabilir.

II

Ama meydandadır ki meşruiyet prensibini teorik olarak tanımak yetişmez. Müeyyidesinin kuvvetli olarak teşkilâtlandırılması gereklidir. Şundan başka müeyyide görmiyorum: Bir memleketin bir hukuk devletine sahip olabilmesi için gerektir ki, mutlaka gereklidir ki bu memlekette bütün bağımsızlık, tarafsızlık ve yetki inancalariyle donatılmış yüksek bir mahkeme kurulmuş bulunsun ve bu yüksek mahkemeden kanuna aykırı olarak alındığı iddia edilen bütün kararların iptali dâva edilebilsin. Böyle yüksek bir mahkemenin kurulu bulunduğu memleketler vardır ki orada bu çeşit dâvalar meşruiyet prensibini kuvvetle koruyan teknik bir düzenlemeye bağlı tutulmuştur.

Fransa'da Danıştay, kanuna aykırı olarak alınan her idarî tasarrufun iptalini dâva etmek hakkını sadece manevî bir menfaati olan kimselere bile tanımış bulunmaktadır. *Yetki aşımı dâvaları* adı verilen bu iptal dâvaları dikkate değer bir gelişme göstermiş ve idare edileni, ne kadar yüksek yer almış olursa olsun bütün idarî otoritelerin keyfî muamelelerine karşı müessir bir surette korumakta bulunmuştur. Bir meşruiyetsizlik olduğu vakit Danıştay bir hükûmet kararnamesini de, en küçük bir belediye başkanının kararını da aynı kolaylıkla bozuyor. Şunu da eklemeli ki yargılama usulü son derece basittir; avukat tutmağa hiç lüzum yoktur; mahkeme harcı diye bir para istenmez; yalnız dâva dilekçesinin bir damgalı kâğıda yazılması lâzımdır, ve dâvacı böylece 2 frank 40 santim gibi küçük bir masraftan başka hiç bir para harcamak zorunda değildir.

Bu güzel teoriyi burada ayrıntılariyle anlatmağa girişemem. Yalnız şunu söylemekle yetineyim ki: usuldeki kolaylık, dâvanın geniş ölçüde kabul edilmesi ve meşruiyetsizlik kavramının genişletilmesi dolayısiyle yetki aşımı dâvası takdire değer bir hukuk yolu ve meşruiyet prensibi-

nin tesirli bir müeyyidesi olmuştur. Diyebilirim ki hiç bir memlekette böyle bir müeyyide düzenlenmiş değildir.

Bununla beraber, şunu da eklemeliyim ki, her şeye rağmen, yetki aşımı dâvası tam bir gelişmeye henüz ulaşmamıştır. Filhakika, bu dâva ancak idarî otoritelerin tasarruflarına karşı yöneltilebilir, bir politik organ sıfatiyle hareket eden hükûmet tasarruflarına karşı yöneltilemez. Meselâ: Cumhur Başkanının meclisler üzerindeki yetkisini kullanarak parlâmentonun toplantı devresine son verme kararına veya saylavlar meclisini feshetme kararına karşı yetki aşımı dâvası yöneltilemez. Şüphesiz ki: Danıştayın üstün bir politik meclis mahiyeti alarak politik organlar üzerinde denet hakkı kullanması doğru olmaz. Ama anayasa meşruiyeti meselelerinin, yani anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kararların Danıştayda yargılanmasına ne teorik, nede pratik bakımlardan engel sayılabilecek hiç bir sebep görmiyorum. Fransız Danıştayının yüksek bağımsızlığını, yüce tarafsızlığını ve denenmiş yetki ve bilgisini herkes, Fransa'da olsun, yabancı memleketlerde olsun, tanımakta ve takdir etmektedir.

III

Önce söyledim ve tekrar ediyorum ki, maddî bakımdan meşruiyet prensibi hiç bir istisna kabul edemez ve kabul etmemelidir. Bir genel hükme, bir kanuna aykırı olan her ferdî tasarruf iptal edilmelidir. Bir hükûmetin kendisini savunmak için harekete geçtiği vakit kanunun dışında ve ötesinde ferdî kararlar alabileceği, hükûmet tasarrufları diye vasıflandırılan bu kararlara karşı, meşruiyetsizliğine rağmen dâva yöneltilemiyeceği bazan iddia edilmiştir. Ne kadar ustalıklı sözlerle örtülmek istenirse istensin, böyle bir düşünceyi şiddetle reddetmelidir. Bu, hukukun otoritesini tanıyan medenî bir memlekette artık sözünün edilmesi doğru olmıyan meş'um hikmet-i-hükûmet (raison d'Etat) zihniyetini hukukî bir kılığa bürümek için bahane bulmağa yeltenmekten başka bir şey değildir.

Fakat şeklî meşruiyet prensibi için bir takım istisnalar kabul edilebilir ve edilmelidir. Bu istisnalar bugün genişlemek temayülündedir. Modern devletlerin çoğunda maddî anlamda kanun yapmak görevi, yani genel hükümler koymak görevi seçilmiş bir parlâmentoya aittir. Memleketine göre parlâmentonun kuruluş tarzı değişir ama en çok mutad olanı, kaynakları ayrı iki meclisten teşekkül etmesi ve her iki meclisin de ayrı ayrı toplanıp görüşmesidir. Mutad olarak ifade edilen kural budur ve 25 Şu-

bat 1875 tarihli Fransız anayasa Kanunu şöyle belirtmiştir : «Yasama yetkisi iki meclis tarafından kullanılır.»

Bu kuralın, genel olarak, iki istisnası vardır. Bir yandan, bir takım kanunlar vardır ki çok kere parlâmento bunları yapamaz. İki kategori kanun ayırdedilir, bir takımı adi kanunlardır, ötekilerine anayasa kanunları adını verirler ve bazan da sert anayasa kanunları denilir. Sert anayasalar adi yasama organından başka bir organ tarafından yapılır ve adi yasama organı tarafından uygulanması durdurulamaz, değiştirilemez ve yürürlükten kaldırılamaz; bu işlemler ancak anayasanın kendisinde belirtilen özel şekillere ve şartlara göre yapılabilir. Böylece parlâmento, anayasa kanunları adı verilen kanunlardaki kurallarla çelişik hükümler isdar edemez.

Öte yandan, bir takım genel hükümlerin hükûmet tarafından isdar edilmesi, çeşitli derecelerde olsa da her yerde kabul edilmektedir. Başka bir söyleyişle, hükûmetin çok kere bir tüzükleme yetkisi (pouvoir réglementaire) vardır, yani tüzükler çıkarmağa ehliyeti vardır. Tüzükler maddî bakımdan birer kanundur. Şüphesiz ki hükûmet kanuna aykırı tüzükler yapamaz. Fakat, aynı zamanda, memleketine göre değişen ölçüde, hükûmet maddî bakımdan hakikî kanunlar çıkarabilir ve böylece parlâmento bütün kanunları yapmış olmaz. Hükûmet tarafından yapılmış olanları da vardır. Bu iki istinayı şeklî meşruiyet prensibi bakımından sıra ile ele alacağız.

IV

Şimdiki halde, sert anayasa kanunları ile adı kanunlar arasında ayırt yapmıyan tek memleket İngiltere'dir. Eski İngiliz ata sözünü önce de söylemiştim : «Erkeği kadına çevirmekten başka her şeyi parlâmento yapabilir.» Alaycı şekilde bu ata sözü İngiliz kamu hukukunun bir prensibini açıkça belirtiyor ki o da şudur : Parlâmentonun yetkileri hükmen sınırsızdır, parlâmentonun iradesi kanundur, ne kadar esaslı olursa olsun, parlâmento tarafından yürürlükten kaldırılamıyacak veya değiştirilemiyecek kanun yoktur. İngilizler kıralın yetkilerini sınırladılar, fakat devletin yetkilerini sınırlamayı bilemediler. Devlet iradesinin mutlak kudreti parlâmento kanunlarında ifadesini buldu.

Fransada, Birleşik Amerika'da ve diyebilirim ki hukuk devleti kavramına ulaşan her memlekette ise tersine, bir takım kanunlar vardır ki parlâmentonun üstündedir ve parlâmento bu kanunları ne değiştirebilir, ne de yürürlükten kaldırabilir. Bir anayasa kuralına aykırı olarak parlâmento tarafından kabul edilen her hüküm hukuka aykırıdır. Bu prensi-

bin itiraz uyandırmasına imkân yoktur, fakat önemli bir mesele kalıyor, o da müeyyide meselesidir. Adi yasamanın, bir anayasa kuralına aykırı hiç bir hüküm isdar etmemek hukukî ödevi nasıl bir müeyyideye bağlanabilir?

Denebilir ki bu mesele bütün dünya için ve bilhassa Mısır için varittir. Siz haklı olarak anayasa kanunları ile adi kanunlar ayırdını kabul etmiş bulunuyorsunuz. Bu kuralı müeyyideye bağlamak için en iyi usulün ne olduğunu ortaya çıkarmak meselesi en esaslı bir önem taşımaktadır.

Üç müeyyide tarzı mümkündür. Bunları sıra ile incelemeli.

Birinci tarz en mantıklı ve en tesirli görünenidir. İlgili tarafların anayasaya aykırılık dâvalarını yargılamak için, mümkün olan bütün bilgi, tarafsızlık ve bağımsızlık inancalarını haiz olmak üzere bir yüksek mahkeme kurmaktan ibarettir. Fransız Danıştayının kararnameler hakkında haiz olduğu yetkileri bu yüksek mahkeme kanunlar hakkında haiz olacaktır. Biliyorsunuz ki, bu memlekette, ilgisi olan herkes, bir hükûmet kararnamesinin kanuna aykırı olduğu iddiasiyle Danıştayda bir yetki aşımı dâvası açarak kararnamenin iptalini istiyebilir. Tasarladığım sistemde, herkes bir kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasiyle bu yüksek mahkemede aynı mahiyette bir dâva açabilecektir.

1920 Çekoslovak anayasası böyle bir sistem ihdas etmiştir. Anayasaya aykırılık meselelerini yargılamak üzere Anayasa mahkemesi denilen yüksek bir mahkeme kurmuştur. Birinci ve ikinci imparatorluk devirlerinde bizim de Fransa'da buna benzer bir sistemimiz vardı. Yıl VIII anayasasına ve 1852 anayasasına göre senato (senat) anayasaya uygunluğu bakımından yasama heyetinin ve hükûmetin tasarruflarını inceleyebilirdi Fakat kabul etmek lâzımdır ki senato bu görevini yerine getirmek ve her iki devirde de bir anayasa mahkemesi olmaktan ziyade imparatorun elinde anayasayı değiştirmek için kullanışlı bir alet oldu. (1)

Bu tarihî emsal ne olursa olsun, kanunların anayasaya uygunluğunu veya aykırılığını karar altına almak üzere bir yüksek mahkeme kurulmasını gerekli gören bu sistem hakkında ne düşünmeli? Çok açıkça söyliyeyim ki bu sistemi kötü buluyorum; bakınız niçin? Ne yapılırsa yapılsın, bu yüksek mahkeme zarurî olarak bir adalet divanı olmaktan çıkacak ve

(1) 7 Ağustos 1926 da Havas ajansının bildirdiğine göre 6 Ağustosta Polonya senatosu, anayasanın yorumundan doğan uyuşmazlıkları karara bağlamak üzere bir anayasa mahkemesi kurulması için hükûmetin bir kanun tasarısı hazırlamasına karar vermiştir.

bir politik meclis halini alacaktır. Parlâmento ile mahkeme arasında bir muhalefet başlıyacaktır. Mahkeme meclisler üzerinde bir çeşit denet yapacak ve, bir hukuk meselesini çözünlemek bahanesiyle, politik iktidarı elinde tutan bir yüksek meclis halini almağa kalkışacaktır. Bununla beraber, Çekoslovak denemesini takip etmek faydalı olur ama düşündüklerimin gerçekleşmesinden korkuyorum. Seçilmiş meclislerin yanında bu meclisler üzerinde denet yetkisiyle donatılmış bir adalet divanı kurmak ancak tehlikeli olabilir.

Romanya 1924 de bir sistem meydana getirmiştir ki ilk bakışta çekici görünüyor. Bu sistemde ayrı bir anayasa mahkemesi kurulmuyor, fakat her hangi bir mahkeme karşısında bir kanunun anayasaya aykırı olduğu ileri sürüldüğü vakit bunu mahkeme yergılamıyor, bu konuda yalnız Yargıtay yetkilidir. Yargıtay kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını takdir ediyor ama aykırı bulursa kanunu iptal edemiyor. Alt mahkeme Yargıtayın kararıyle bağlıdır ve Yargıtayın anayasaya aykırı bulduğu kanunu dâva konusuna uygulayamaz.

Bu deneme ilgi çekicidir. Sistemin değerini zman gösterecektir; fakat şimdiden kötü olduğunu kabul etmeğe hazırım. Romanya'nın en saygı değer adamları ile konuştum, onlar da endişesiz değillerdir. Bir kere, bu sistem yüzünden dâvaların son karara bağlanmasında büyük gecikmeler baş gösterecektir. Bundan başka, alt mahkemelerin bağımsız olmaları ve hiç bir vakit üst mahkemenin kararlarına uymak zorunda olmamaları prensibine de aykırı düşüyor. Adaletin iyi düzenlenmiş olması için en küçük mahkemenin bile tam bir bağımsızlık içinde olması lâzımdır. Nihayet, kanunların anasaya aykırılığı meselesinin takdiri yetkisinin yalnız Yargıtaya hasredilmesi ile buraya politikanın girmesine yol açılmış oluyor. Biraz önce anlatmış olduğum anayasa mahkemesini andıran bir mahkeme meydana getiriliyor; onun gibi Yargıtayın da politik bir meclis halini alarak seçilmiş meclisler üstünde bir denet hakkı kullanmağa kalkışması mümkündür.

V

Bundan dolayı, anayasa prensiplerini müeyyideye bağlamak için kurulan sistemlerin bana kalırsa en iyisi ve en basiti Birleşik Amerika'da ve bir takım başka memleketlerde uygulanan sistemdir ki, doktrin Fransa'da da kabullenilmesine çalışmaktadır. Bu sistemin esası şudur.

Kanunun anayasaya aykırı olduğu dâvasını, ister ilk mahkeme, ister istinaf mahkemesi, isterse yargıtay olsun, her mahkeme yargılayabilir.

Eğer bu mahkemeler yasamanın anayasaya aykırı bir hüküm isdar ettiğine karar verirlerse bunu bildirirler ve anayasaya aykırı gördükleri kanun hükmünün dâva konusu olaya uygulanmasını reddederler. Mahkemeler kanunu iptal etmezler; bunu yapamazlar, bu kuvvetleri ayırma üstün prensibine aykırı düşer. Çünkü bu takdirde yargı kuvveti yasama kuvveti üzerinde bir denette bulunmuş olur. Kanunun anayasaya aykırılığı dâvası karşısında kalan mahkeme anayasaya aykırı bulursa kanunu uygulamayı reddeder, çünkü mahkeme kanuna bağlıdır ve çelişiklik halinde üstün kanun olan anayasayı uygulamakla görevlidir. Ancak, kanun olduğu gibi kalır, ve, başka bir dâvada, aynı mahkeme veya başka bir mahkeme başka türlü karar verebilir ve önce anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiş ve bu sebeple uygulanması reddedilmiş olan bir kanunu uygulayabilir. Tabiidir ki bir kanunun anayasaya aykırı olduğuna memleketin en yüksek mahkemesi tarafından, meselâ çok yüksek bir prestiji olan Birleşik Amerika Yargıtayı tarafından karar verilirse böyle bir karar konusu olan kanunun durumu güçleşir ve çok kere parlâmento böyle bir kanunu yürürlükten kaldırmak durumunda kalır. Fakat burada basit bir fiilî durum vardır ve yüksek mahkemenin rolünden dışarı çıkarak politika yaptığı söylenemez.

Adalet mahkemelerine, bir kanunun anayasaya aykırı olduğu dâvasını yargılama yetkisini vermek için Amerikalılar kuvvetleri ayırma prensibine dayanmışlardı ve bunda haklı idiler. Biz ise, Fransa'da, tersine, adalet mahkemelerine bu yetkiyi vermemek için aynı kuvvetleri ayırma prensibini ileri sürmüştük ve biz haksız idik. Amerikalılar şöyle düşünmüşlerdi. Parlâmento kanun yapar, yürütme kuvveti kanunun yürürlüğünü sağlar, yargı kuvveti kanunu uygulayarak suçları ve dâvaları yargılar. Yargı kuvveti kanuna sıkı sıkıya bağlıdır. Kanun sınırları içinde yargıç bağımsızdır ve ancak vicdanına bağlıdır. Anayasa kanunu ile adi kanun birbirine uygun olduğu kadar güçlük yoktur. Fakat adi kanun anayasayı çiğnerse yargıç ikisinden hangisini uygulamalıdır? Şüphesiz ki anayasayı uygulamalıdır. Yargıç yasamana karşı isyan edebilir demiyoruz. Fakat eğer yasaman üstün kanunu çiğnemiş ise yargıç ta çiğnemeye zorlanamaz, çünkü yargıcın kendisi de üstün kanunla bağlıdır.

Romanya Yargıtayı da takdire değer bir gerekçeye dayanan bir kararında bu noktayı belirtiyor. Bunun bir kaç parçasını gözden geçirmek faydasız değildir: «Çelişiklik halinde ..... adi kanunun anayasaya uygunluğunu incelemek, ve kanunun anayasaya aykırı olduğunu görünce anayasa hükümlerini yeylemek yargıcın hakkı olduğu.....; böyle hareket ettiğinden dolayı yargıcın yetkisi dışına çıktığı ve yasama kuvvetinin yetki-

lerini gaspettiği ileri sürülemiyeceği; aksine, böyle davranmakla mahkemesinde açılan dâvanın konusu olan olaya hangi kanunun uygulanması gerektiğini kararlaştırmak gibi tamamiyle kendi görevi içinde bulunan bir vazifeyi yerine getirdiği...» denilmektedir. (Dalloz, 1912, II, s. 20)

Meseleyi bu tarzda ele almayı, biraz önce söylemiş olduğum gibi, Fransa sürekli olarak reddetmiştir ve bu konuda mahkeme içtihadı yargıtayın 11 Mayıs 1835 tarihli kararı ile belirtilmiştir. 8 Ekim 1830 tarihli kanun 25 Mayıs 1822 tarihli basın kanununun 16 ncı maddesinin yürürlükte olduğunu bildiriyor ise de bu maddenin 1830 anayasasının 69 uncu maddesine aykırı olduğu iddia ve dâva ediliyordu. Yargıtay kararında şöyle içtihad etmişti: «8 Ekim 1830 tarihli kanun anayasanın emrettiği şekillere uygun olarak tezekkür ve isdar edilmiş olduğuna göre muteber olup mahkemelerde anayasaya aykırı olduğu ileri sürülemez.» (Sirey 1833, I, s. 357). Yargıtay ceza dairesinin 25 Mart 1851 tarihli kararında, sıkı yönetim hakkındaki 9 Ağustos 1849 tarihli kanunun 7 nci ve 8 inci maddelerinin anayasaya uygun olduğunu tanıdığı ve bunun anayasaya uygunluk meselesini incelediğini gösterdiği doğrudur. (Bulletin des arrêts de la chambre criminelle, 1851, s. 156).

Ne olursa olsun, son yıllara kadar, Fransa'da mahkeme içtihadının ve doktrinin sürekli kanaatine göre mahkemeler, hatta yargıtay, kanunun anayasaya aykırılığı dâvasını yargılayamaz ve bunun neticesi olarak anayasaya aykırı bir kanunu uygulamayı reddedemez idi. Ben kendimde Anayasa'mın birinci basısında bunu böyle öğrettim. Ancak, birkaç yıldan beri, Fransız doktrininde aksi doğrultuda mukavemet edilmez bir cereyan belirmiştir.

B. Hauriou, Recueil Sirey tarafından yayınlanan pek dikkati çeken iki makalesinde dirayeti ve otoritesi ile ileri sürdüğü fikre göre mahkemeler anayasanın bir hükmüne aykırı olan bir kanunu uygulamayı reddetmekle kalmamalı, devlet hayatı için esas olan bir prensiple çelişik olan kanunu da uygulamamalıdır. (Sirey, 1909, III, s. 45 ve 1913, III, s. 137).

Bu kadar ileri gitmekte biraz tereddüdüm var ama kanunun anayasaya aykırılığı iddialarını yargılamanın ve anayasada yazılı bir hükmü doğrudan doğruya çiğneyen bir kanunu dâva konusu olaya uygulamayı reddetmenin bütün mahkemeler için bir vazife olduğunu söylemekte tereddüt etmiyorum. Bu kanaatimi, biraz önce açıkladığım ve Romanya yargıtayının kararında en kuvvetli ifadesini bulan sebeplere dayanarak kayıtsız ileri sürüyorum.

Üyeleri saylavlar meclisi veya senato tarafından seçilmek suretiyle

kurulacak bir tahkikat komisyonuna yargı yetkisi veren 23 Mart 1914 tarihli kanun dolayısiyle, birkaç ay önce Seine mahkemesinde ortaya böyle bir mesele çıktı. Senato üyesi B. Ratier, tahkikat komisyonunda and içmeyi reddettiği için kanunî kovuşturmaya uğramıştı. Paris hukuk fakültesi dekanı B. Barthélemey, sanık B. Ratier'yi savunmuş, 23 Mart 1914 tarihli kanunun anayasaya aykırı olduğunu, bir tahkikat komisyonunun yargı yetkisini haiz olamıyacağını ve B. Ratier'nin and içmemekte haklı olduğunu, anayasaya aykırı olan bir kanunun uygulanmasını reddetmek yargıçlar için hem bir hak, hem de bir vazife olduğunu anlatmıştı (1). Fakat Seine mahkemesi kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını incelemek yoluna girmedi ve Senato üyesi B. Ratier'ye hüküm giydirdi. Hüküm Paris istinaf mahkemesinde istinaf edilmiş ise de bu mahkemenin kararı tasdik etmesi muhtemeldir. Fakat cereyan mahkemelerden ve bir takım gelenekçi hukukçulardan daha kuvvetli olacaktır (2).

Birçok memleketlerde ve hatta Sovyet Cumhuriyetlerinde bile mahkemelere kanunların anayasaya uygunluğunu takdir etmek yetkisi tanınmıştır. Uzak olmıyan bir gelecekte Fransız mahkeme içtihadının da aynı yola gireceği şüphesizdir.

Sizler Mısır'da, yeni anayasanıza göre, aynı sistemi kabul etmeli misiniz? Olumlu cevap vermekte tereddüt etmiyorum. Devletin bütün organlarının bağlı bulundukları üstün bir kanunun varlığını resmen tanıdınız; devlet organlarından hiç biri, hatta parlâmento bile anayasanın üstünde değildir; devlet organlarından hiç biri yargıcı anayasayı çiğnemeye zorlıyamaz, ve anayasaya aykırı olduğu dâva edilen bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırı bulursa uygulamayı reddetmek yargıcın yalnız hakkı değil, vazifesidir de.

VI

Şeklî meşruiyet prensibinin bir takım istisnaları bulunmasının gerekli olduğunu, her memlekette hükûmetin tüzükleme yetkisi adı altında genel hükümler isdar etmek yetkisi bulunduğunu biraz önce söylemiştim. Dokuzuncu derste Mısır anayasası hükümlerine göre bu tüzükleme yetkisinin sınırını açıkça belirtmeğe çalışmıştım. Hükûmetin hem anayasa, hem de kanun ile bağlı olduğu ve hiç bir zaman anayasanın yetki verdiği hal-

(1) Barthélemy'nin makalesi, Les limites du pouvoir législatif, 10 aralık 1925 tarihli Revue politique et parlementaire'de s. 355.

(2) Larnaud'un makalesi, L'inconstitutionnalite des lois et le droit public français, 10 Şubat 1926 tarihli Revue politique et parlementaire de s. 181 ve s.

ler dışında veya şekli kanun hükümlerine aykırı hüküm taşıyan bir tüzük isdar edemiyeceği söz götürmez. Bu kuralın bir müeyyidesi olması gerekir. Fransız kanunu ve mahkeme içtihadı bunu mümkün olduğu kadar tamam bir surette düzenlemiştir. Mahkemelerimiz kanunların anayasaya aykırılığı dâvalarını kabul etmiyorlar ise de meşruiyetsizlik dâvalarını hepsi kabul ediyorlar ve idarî veya adlî herhangi bir mahkemede her dâvacı tüzüğün meşruiyetsizliğini ileri sürerse yargıçlar meseleyi bir karara bağlamağa ve tüzüğü, anayasaya veya başka bir kanuna aykırı bulurlarsa, uygulamayı reddetmeğe borçludurlar. Kanuna aykırı buldukları için tüzüğü iptal edemezler, tüzüğün meşruiyetsizliğini belirterek uygulanmasını reddetmekle yetinirler. Esasen kararları dâva konusuna münhasırdır ve başka bir dâvada aynı mahkemede bile bir esas teşkil etmez.

Fransız hukuku burada durmuş değildir; biraz önce sözünü ettiğim yetki aşımı davası - ki Danıştay içtihadiyle geniş gelişmeler göstermiştir - devlet başkanının çıkardığı bütün tüzüklere karşı, hattâ yanlış olarak yasama temsilciliği ile yapıldığı söylenen tüzüklere karşı açılabilir.

Bu meselede Mısır mahkeme içtihadı nereye ulaşmıştır? Farz ediniz ki Mısır hükûmeti bir tüzük yapmıştır ve ilgili yerli veya karma bir mahkeme önünde bu tüzüğün meşruiyetsiz olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme bu dâvayı kabul edecek midir? Mahkeme ileri sürülen meşruiyetsizlik hakkında hüküm verebilir mi, tüzüğün meşruiyetsiz olduğunu görür ise dâva konusuna uygulanmasını reddedebilir mi? Cevap vermekte tereddüt ediyorum. Bana kalırsa Mısır mahkemeleri bunu yapabilmelidir; şimdiye kadar yapmış oldukla ını sanmıyorum; yakın bir gelecekte bunu yapacaklarına inanıyorum.

Karma Medenî Kanunun 7 inci maddesinin ve karma mahkemeler tüzüğünün 11 inci maddesinin, yerli mahkemeler tüzüğünün 15 inci maddesinin 4 üncü fıkrası gibi idarî bir kararı yorumlamayı ve uygulanmasını durdurmayı bütün mahkemelere yasak ettiği doğrudur. Ancak, burada da olaylar kanun metinlerinden daha kuvvetli olacaklardır ve Mısır doktrini ile mahkeme içtihadının anlaşarak ve bilişerek meşruiyetsizlik dâvalarının her mahkemede yargılanabileceğini kabul edecekleri gün yakındır.

Öyle sanıyorum ki, Mısırlı hukukçular, bizdeki yetki aşımı davasına benzer bir hukuk yolunu yavaş yavaş açmak için çalışıyorlar. Böylece tarafsızlığı ve uzmanlığı herkesçe tanınan yüksek bir mahkemede bütün idare edilenlerin, idarî otoritelerin bütün tasarruflarının meşruiyetleri bakımından yargılanmasını ve kanuna aykırı tasarrufların iptalini dâva etmelerine elverişli durumu hazırlayacaklarını umuyorum. Meşruiyet prensibi

bir memleketin hukuk devleti rejimi içinde yaşayabilmesi için esas şarttır ve siz böyle bir rejimde yaşamak hak ve iradenizi dokunulmaz ve sarsılmaz bir surette belirtmiş bulunuyorsunuz.

Bu kelimelerle kamu hukuku derslerimi bitiriyorum. Çok üzüntü duymuyor değilim. Buraya haftada iki kere gelmeğe alışmıştım ve konuşmalarımıza verilen ada rağmen, burada ders vermiyordum, hepinizle işbirliği yaparak çalışıyordum. İçinizden bir çoğu benimle görüşmeğe geldiler, bana sorular sordular, itirazlar ileri sürdüler; beni daha çok sevindiremezlerdi ve kendilerine teşekkür ederim. Meslekî bir vazife dolayısiyle değil, sadece hukuk sevgisiyle buraya gelerek beni şereflendiren Baylar, sizlere teşekkür ederim. Sizlere de teşekkür ederim öğrenci Baylar, sizler bazan bir az kuru olan bu derslere büyük bir özen ve tehalükle kendinizi verdiniz. Birbirimizden ayrılacağımız şu sırada size bir kaç öğüt vermeyi yaşıma bağışlayınız.

Unutmayınız ki memleketinizin seçkinleri hem de yöneltici seçkinleri olmak yolundasınız. Unutmayınız ki kamusal hayatta önemli bir rol oynamağa adaysınız. Böyle olunca düşününüz ki bir memleketin büyüklüğünü ne ekonomik zenginliği, ne nüfusunun sayısı, ne ülkesinin genişliği, ne de askerî fütuhatı sağlar; bir memleketin büyüklüğünü yöneltici adamlarının vazife hissi, fikir asaleti ve yüksek ahlâkî faziletleri sağlar. Seçkinlerin her şeyden önce vazife duygusu taşıması ve bizim her şeyden önce meslekî vazifemizi kaderin bize sağladığı durumda, bize düşen vazifeleri yerine getirmemiz gerektiğine en büyüğünden en küçüğüne kadar bütün vatandaşları inandırmağa çalışması, bu inancı halk tabakalarının zihnine yerleştirmesi lâzımdır. Ahlâkî hayatın, politik hayatın bütün sırrı budur.

Bir memleket dünyaya yaydığı fikirlerin asaleti ile büyük olur. Küçük Belçika vatan topraklarını ve millî imanı savunmak için bütün vatandaşların sonuncusuna kadar öleceğini ilân ettiği gün büyük bir millet olmuştu. Benim memleketimin büyüklüğünü sağlıyan nedir biliyor musunuz, bu herşeyden önce İnsan hakları demecini yaymasında ve dünyaya kabul ettirmesindedir. Şüphesiz ki bu demeçte ileri sürülen prensiplerin doğruluğu felsefe bakımından tartışılabilir; ama demeç ulu bir fikirdi, çünkü yüzyıllardan beri kurulmuş bir devlette ilk defa olarak yasamanın yetkileri üstün bir hukuk ile sınırlıdır deniliyordu.

Mısır büyük bir memleket olmağa lâyıktır ve eğer küçücük muhitimde, size birkaç fikir getirebildimse ve size yürüdüğünüz asil yolda biraz faydalı olabildimse, bu, hayatımın büyük şerefi olarak kalacaktır.

Teşekkür ederim, Baylar, size gene görüşelim diyemiyorum ama gene görüşmeyi bütün ruhumla diliyorum.

9 Mart 1926

DEVLETİN SORUMLULUĞU VE KARMA MAHKEMELERİN İÇTİHADI

KAHİRE BAROSUNDA 12 ŞUBAT 1926 DA VERİLEN KONFERANS (1)

Baş Başkan,

Bay Delege,

Baylar,

Delegeniz gelip huzurunuzda bir konferans vermemi isteyince bunu büyük bir şeref saydım ve minnet duydum. Onun için tereddütsüz kabul ettim.

Açıkça söyliyebilirim ki, Mısırın karma mahkemeleri ve barosu insanlığa şeref veren bir kurumdur. Uzun zamandan beri tanıdığım karma mahkemeler içtihadiyle, karma baro bilgisi ve belâgati ile bütün dünyada hakkedilmiş bir ün kazanmışlardır. Bu sözlerimle karma mahkemelerinizin ve baronuzun çalışmalarına katılmış gibi olmaktan ne kadar bahtiyarlık ve kıvanç duyduğumu açıklamış oluyorum. Bunun için teşekkür ederim ve emin olunuz ki minnettarınızım.

I

Bu konuşmamıza esas olmak üzere ele aldığım konu hiç şüphesiz ki hukuk meseleleri ile ilgilenen herkesi düşündürmektedir. Aynı zamanda bu konu dolayısiyle, olayların, inançların, isteklerin ve ihtiyaçların etkileri altında karşı konulamaz bir kudretle hukukun, metinlere rağmen, nasıl kendiliğinden teşekkül ettiği ve geliştiği en iyi bir şekilde görülecektir. Görüşeceğimiz mesele gibi hususlar dolayısiyledir ki beni derinden ilgilendiren ve yargıtay birinci başkanı tarafından belirtilen formül uygula-

(1) Journal des tribunaux mixtes dergisinin tahrir komitesi tarafından stenografiye edilmiştir.

nabilir. Birinci başkan B. Ballot - Baupré, Medeni kanunun yüzüncü yıl dönümü kutlanırken, şahsına ve görevine bağlı bütün otorite ile : «Bir metin bulanık olursa yorumlanmalıdır ama yasamanın metni yazdığı zamanda beslediği düşünceye göre değil, bugün yazmış olsaydı besliyeceği düşünceye göre yorumlamalıdır.» demişti.

Hukuka pozitif kanundan daha üstün bir kuvvet sağlıyan bu sürekli gelişme fikrini, sayın delegeniz güzel ve yüksek bir belagatle belirttiği gibi bir meslekdaşınız da çok kısa olmasından başka kusurunu görmediğim bir makalesinde açıklamış bulunmaktadır. Meslekdaşımız Raymond Schemeil'in makalesine koyduğu başlık makalesinin bütün muhtevasını iyice gösteriyor : «Olay hukuka üstün gelir veya relativistliğin hukuk bilimi üzerine tesiri (1)» Bununla beraber hafif bir tenkitte bulunmama müsaade edeceğini umarım. Belki yeter derecede cür'et göstermemiş. Ben size daha ileri gitmeği teklif edeceğim. Filhakika şuna inanıyorum ki, belirli bir zamanda değişmez prensipler gibi görünen bir takım hukuk kuralları bugün doğru bile değildir; çünkü dünya gelişiyor ve her şey değişiyor, hukuk kuralları bile.

Bu fikirlerden ilham alarak konferansımın konusuna giriyorum.

II

İnkâr edilemez ki bugün bütün hukukçuları, bütün yargıçları, bütün avukatları ve diyebilirim ki halk efkârını en çok oyalıyan meselelerden biri şöyle ifade edilebilir : Özel kişiler devlete karşı nasıl himaye edilebilir ve edilmelidir?

Karma mahkemelere ilişkin kanunları düzenleyenler meseleyi düşünmekten ve ona bir çare göstermekten geri kalmamışlardır. İma ettiğim metinleri siz benden çok iyi bilirsiniz ve eğer bu metinlerden parçalar okursam bu sizden çok kendim için ve bir hareket noktası ele almak için olacaktır. En esaslı metin Mısır'da Karma dâvaların adlî teşkilâtına dair Tüzüğün I inci bölümünün 11 inci maddesidir (Tüzük kararnamesi 26 Mart 1900 tarihlidir) : Karma mahkemeler kamusal ülkenin (domaine public) mülkiyeti hakkında karar veremezler. (Kamusal ülkeyi bir tarafa bırakacağım, bundan daha karmakarışık bir konu yoktur.) Karma mahkemeler egemenlik tasarruflarını, kanunlara ve tüzüklere uygun veya bunların uygulanmasına ilişkin hükûmet kararlarını yargılayamazlar. Ancak, idarî tasarrufları ve icraî kararları yorumlayamamakla beraber, bu tasarruflar yüzünden bir yabancının antlaşmalarla, kanunlarla veya sözleşme-

(1) Şubat 1925 de Gazette des tribunaux mixtes'de çıkan makale.

lerle tanınmış müktesep haklarına vaki tecavüzleri yargılamağa yetkili olacaklardır. (1).» Bu metin devlete karşı ferdin himayesini yeter derecede sağlıyor mu?

B. Mersina'nın çok ilgi çeken Karma mahkemelerde idarî yargı başlıklı güzel kitabına inanmak lâzım gelirse, evet, bu metin devlete karşı ferde yeter derecede himaye sağlamağa elverişlidir. Filhakika, 95 inci sayfada, müellifin ulaştığı neticeleri ihtiva eden son bölümün başında şu satırları okuyorum: «Kamu idaresine karşı ferdî sübjektif hakların himayesi sistemi, tek mahkemeli büyük İtalyan örneğine göre liberal bir zihniyetle kurulmuş olduğu için, içtihadın düzeltmesini bildiği ufak tefek yanlışlıklar bir tarafa bırakılacak olursa, hiç şüphesiz ki, hukuk devleti kavramının en modern ifadesidir.»

Fakat hayır! Fikrimce, şimdi okuduğum metinde yazılı himaye tarzı, ki elimdeki kitap müellifinin ifadesine göre, kamu idaresine karşı tutulmuş ferdî sübjektif haklar sistemine dayanır, bu himaye tarzı, hiç tereddüt etmeden söyliyeyim ki, tamamiyle yetersizdir.

Karma mahkemeler bunu iyi anlamışlardır. Derin bir takdirle karşıladığım içtihadında, pek fazla dar olan metne rağmen, karma mahkemeler, sistemi yumuşatmağa ve ferdî haklara ve menfaatlere, metnin sıkı uygulanmasiyle sağlanacağından çok daha geniş ve çok daha gerçek bir himaye sağlamağa çalışmıştır. Başkan Ballot - Beaupré'nin dediği gibi, kanunu, yasamanın yazdığı sıradaki beslediği düşünceye göre değil, bugün yazsaydı besliyeceği düşünceye göre yorumlamıştır.

III

Şimdi, fertlerin devlete karşı himayesini gerçekten sağlamış olmak için ne gibi şartların yerine getirilmesi gerektiğini görelim. Fikrimce bu şartlar ikidir : 1. Meşruiyet prensibi tanınmış ve kuvvetle sağlanmış olmalıdır. 2. Devletin fertlere karşı sorumluluğu kuvvetle tanınmış ve sağlam müeyyidelere bağlanmış olmalıdır.

Birinci nokta üzerinden hızla geçeceğim; doğrusunu isterseniz bu nokta görüşmemizin konusu değildir; bunu ileri sürmekle yetineceğim ki, meşruiyet prensiplerini sağlamak için onu çeşitli tatbikatında müeyyideye bağlamak gerektiği meydandadır. Meşruiyet prensibi demek, ne olursa olsun, hiç bir otoritenin hiç bir zaman kanuna aykırı bir tasarrufta

(1) Bu metnin tarihçesi ve mânası hakkında, Bk. Pèlissie du Raussas, Les capitulations, I; Abd - el Solom Zohni, La responsabilitè de l'Etat dans le droit égyptien, I.

bulunmaması ve kanuna aykırı her tasarrufun hiçe sayılması demektir. Bu prensiblerin gerçekten müeyyideye bağlanmış olması için, kanuna aykırı bir tasarrurun ortadan kaldırılmasında maddî veya sadece manevî bir menfaati olan herkesin, bütün bağımsızlık ve tarafsızlık teminatını haiz yüksek bir mahkemeye başvurmak böyle kanuna aykırı bir tasarrufun iptalini istiyebilmesi ve sağlıyabilmesi lâzımdır.

Söyliyebilirim ki, hiçbir memlekette mahkeme içtihadı bu çığırda Fransız Danıştayı kadar gelişme ve ilerleme göstermemiştir. Fransız Danıştayı takdire değer yetki aşımı davaları ve yetki gaspı davaları müessesi ile keyfi idareye karşı idare edilenlere kuvvetli bir himaye sağlamaktadır.

Fakat bunu bir tarafa bırakıyorum ve bu konferansın özel konusuna geliyorum : fertlere karşı devletin sorumluluğu.

Bu sorumluluğun prensibi, şüphesiz ki, demin okuduğum, karma davaların adlî teşkilâtına dair tüzüğün 11 inci maddesinde belirtilmiştir. Tüzüğü düzenliyenlerin düşüncesine göre bu metinde belirtilen sorumluluğun derecesi ne idi? Buna pek önem vermiyorum.

Pek önem verdiğim noktalar : karma mahkemelerin içtihatlariyle bu metni nasıl uyguladıkları ve daha ileri gitmeleri gerekip gerekmediği ile nereye kadar gidebilecekleri meseleleridir.

IV

Birinci nokta üzerinden hızla geçeceğim, çünkü siz bunu benden çok daha incelemişsinizdir. Gördüm ki karma mahkemeler devletin sözleşmeli sorumluluğu dediğim sorumluluğunu söz götürmez bir surette ve sürekli olarak tanıyorlar ve kuvvetli bir surette müeyyidelere bağlıyorlar.

Bu arada, Mısır hükûmeti ile Londra Rothschild firması arasındaki haraç (tribut) dâvası adı verilen dâvada B. Giraud'nın başkanlığındaki Kahire mahkemesinin hükmünü büyük bir ilgi ile okudum. Bu hükümde şu ibareler göze çarpıyor: «Hükûmet ödemek taahhüdüne girişmiş olduğuna itiraz etmediğine göre... ; taahhüdün süresini ve karşılığını tartışmış olması taahhüde girmek niyetini isbat ettiğine göre... ; hükûmet devletler arası hukukta «durum devam ettiği müddetçe» kaydının daima tahtında müstetir olduğunu boş yere iddia ettiğine göre... (1)»

(1) Bu konfeans verildikten sonra, Kahire mahkemesinin hükmü İskenderiye Karma istinaf mahkemesinin bir kararıyle tasdik edilmiştir. Bu kararda şunlar okunuyordu : «Özel olarak, hukukî durum kararnamelere bağlı sözleşmelerle belirdi-

Böylece karma mahkemeler devletin yaptığı sözleşmelerle bağlı olduğunu kuvvetle ifade etmiş bulunmaktadır ki bu konudaki meziyetleri azımsanamaz. Çünkü hâlâ bir çok memleketlerde kamu hukuku sözleşmesi teorisi adı verilen bir teori öğretilmektedir ki bununla şu neticeye ulaşılmak isteniyor: Devlet yaptığı sözleşmelerle giriştiği teahhütlerden her zaman sıyırılabilir, devlet teahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlıdır.

Çok kere söyledim ve yazdım, bugün artık kamu hukuku sözleşmesinin sözü edilemez. Bu söze halâ Danıştayımızın kararlarında rastlanıyor; buna çok üzülüyorum. Kamu hukuku sözleşmeleri vardır demek, kamu hukuku alanında olduğumuz vakit sözleşme bağı mecburî değildir demektir, yani devlet taraflardan biri olunca teahhütleriyle ilzam edilemez, ilzam edilebilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmış olması gerektir demek isteniyor. Halbuki sözleşme devlet taraflardan biri olsa da olmasa da sözleşmedir; ve sözleşmede taraf olan devlet teahhütleriyle, en küçük bir uyruğu gibi bağlıdır ve bağlı olmalıdır.

Karma mahkeme resmen bunu belirtiyor ve bunda yerden göğe kadar hakkı var.

V

Karma mahkemelerin içtihadı, müktesep haklara tarafından tecavüz vaki olunca da devletin sorumluluğunu tanıyor.

Burada ihtirazî kayıtlar ileri süreceğim: Çünkü, size açıkça söylüyorum, bir kaç aya kadar hukukla uğraşmağa başlıyalı elli yıl olacak, ama müktesep hakkın ne demek olduğunu daha bilmiyorum. Bir hakkın ne

---

ğine, sözleşmeler tarafların niyetleri ve düzenmelerl sırasındaki şartlar göz önüne alınarak yorumlandığına, bu sözleşmeleri Osmanlı hükûmeti temsilcisi sıfatı ile de olsa Mısır hükûmetinin kabul ettiğine... Sözleşmeler gereğince Mısır hükûmetinin belirli bir müddet süresince belirli bir parayı Rothschild ve ortakları firmasına ödemeyi teahhüt eylediğine...; Mısır hükûmrtinin politik bağımsızlığa ulaşması dolayısiyle Mısır haracının hangi andan itibaren ve hangi şartlarla artık ödenmesine lüzum kalmıyacağının takdiri, başka bir deyişle Türkiye'nin Mısır üzerindeki hakimiyetinden vaz geçmiş olup olmadığı ve vazgeçmiş ise nasıl vazgeçmiş olduğu kamu hukuku meselesini incelemeğe karma mahkeme yetkili olmadığına ve vazifesinin dâvacı Rothschild'lere karşı dâvalı hükûmetin taahhütleri sınırını olayların ışığı altında belirtmek ve dâva konusuna müşterek hukuk kurallarını uygulamak olduğuna göre tarafların sözleşmelerde apaçık olan niyetleri gözönünde tutularak hükûmetin belirtilen müddet süresince açıkça teahhüt etmiş olduğu ödemelere devam etmesine karar verilmiş ve hükûmetin politik sahada veya herhangi başka bir tarzda Osmanlı hükümeti ile haiz olabileceği hakkı aramak Mısır hükûmetinin takdir edeceği hususlardan görülmüştür.» (Iskenderiye istinaf mahkemesi, 29 Nisan 1926).

demek olduğunu biliyorum, bundan da pek emin değilim ama müktesep hakkın ne demek olduğunu bir türlü öğrenemedim. İnsanın ya hakkı vardır veya yoktur, eklenen müktesep kelimesi, hak sözü ile ifade edilen fikre hiç bir şey katmamaktadır. Bundan dolayı, müktesep hak sözü merhametsizce süpürülüp atılmalıdır, çünkü bu sözün manası yoktur.

Sözü açılmışken bu «müktesep hak» tâbirinin kaynağını hatırlatmama müsaade buyurunuz. Bu tâbirin bir zamanlar mânası vardı; XVII nci ve XVIII inci yüzyıllarda, hukukçu Grotius'un en tanınmış temsilcisi olduğu tabiat hukuku (droit de la nature) doktrininin hüküm sürdüğü sıralarda bu tâbirin mânası vardı. O zamanlar doğuştan hukuk (droit inné) ve müktesep hukuk ayırdı yapılıyordu. Doğuştan hukuk insanın insan sıfatiyle tabiî olarak haiz olduğu haklardı; müktesep hukuk ise insanın topluluk içinde kazandığı haklarla topluluğun insana bağışladığı haklardı.

Bugün bu doktrin hemen tamamen terk edilmiştir; her halde, medeniyeciler bize müktesep haklar sözünü ederlerken bu tâbiri aynı manâda kullanmıyorlar ve korkarım ki kendileri de mânasını bilmiyorlar. Ne yazık ki direniyorlar ve en çok bundan dolayıdır ki, kanunların geçmişe şamil olmadığı maddesinde hiç bir kandırıcı sonuca ulaşamıyorlar. Müktesep hak kavramını kullanmak istedikleri için açıklamayı başaramıyorlar, çünkü bu kavramın konusu kalmamıştır.

Bununla beraber gördüm ki karma mahkemelerin kararlarında ve bunlardan ilham alan pek değerli kitaplar arasında B. Messina'nın önce sözünü ettiğim dikkate değer eserinde müktesep hukuk tâbiri sık sık geçmektedir. Meselâ bu eserin 92 inci sayfasında şunları okuyorum: «Eğer özel kişiler ..... doğrudan doğruya savaş yüzünden uğradıkları zararların ve katlandıkları fedakârlıkların tazminini isteyemezler ise de bu fedakârlıklar savaş yüzünden olmayıp ta ilhamını basiretten ve ihtiyattan alan tamamiyle önleyici tedbirler neticesi olursa iş değişir; bu takdirde kamu faydası sebebiyle bir nevi kamulaştırma var demektir ki daima tazminat dâvası açma hakkını sağlar, çünkü tazminatsız olarak kimse, kamu menfaatine olsa da, mülkünden mahrum edilemez.» Müktesep hak tabiri okuduğum parçada bulunmuyor; ama müellifin ve içtihadını açıkladığı mahkemelerin düşüncesinde mülkiyet hakkı müktesep hakka mükemmel bir misal teşkil etmektedir ve her ne zaman bir tasarrufu ile mülkiyet hakkına veya buna benzer her hangi bir müktesep hatta tecavüz ederse devletin sorumlu olacağı belirtiliyor.

VI

Nihayet, üçüncü bir halde, içtihadı son derece sağlam buluyoruz. Her

ne zaman özel kişiye zarar bir kusurdan, bir hizmet kusurundan, daha doğrusu kamusal ajanların hizmetin görülmesi sırasındaki kusurundan ileri gelirse karma mahkemeler devleti tazminata mahkûm ediyorlar.

Her zaman tenkidini yaptığım ve kaldırılmasını istediğim egemenlik kavramına tüzükte yer verilmiş olması yüzünden karma mahkemelerin büyük güçlüklerle karşılaştığı muhakkaktır. Egemenlik kavramına yönelttiğim tenkitleri tekrarlayacak değilim. Göstermiş bulunuyorum ki bu kavram her gün biraz daha zayıflıyor ve bugün kabul ve teslim ediyor ki bu kavramı ortadan kaldırmak hususunda mutabık kalınmadıkça devletler hukukunu tesis etmeğe imkân yoktur.

Ne olursa olsun, karma mahkemeler ihmal edemiyecekleri bir metin karşısında bulunuyorlar: Demin okuduğum tüzüğün madde 11, § 2 sinde deniliyor ki : «Mahkemeler egemenlik tasarruflarını, kanunlara ve tüzüklere uygun veya bunların uygulanmasına ilişkin hükûmet kararlarını yargılayamazlar.»

Bu metni hakkiyle uygularlarsa karma mahkemeler bir idarî tasarruf dolayısiyle devletin sorumluluğuna gidemezler, çünkü devlet egemendir ve egemenlik sorumluluğu nefyeder. Ama olaylar teorilerden daha kuvvetli çıkmıştır; bir sözüm ona egemenlik adına konulmuş hükme rağmen hakkaniyet üstün gelmiş ve karma mahkemeler her ne zaman bir hizmet kusuru, yani kamu hizmetinin kötü işletilmesi karşısında kalmışlarsa daima devletin sorumluluğuna karar vermek şerefini kazanmışlardır.

Benim için değerli bir yardımcı olan B. Messina'nın kitabını gene okuyorum : 56 ıncı sayfada bir mahkeme kararını şöyle naklediyor : «Mahkemede açılan dâva hiç bir bakımdan bir egemenlik tasarrufu ne icesine ilişkin olmadığına, fakat bilâkis polisin ihmaline, yani bir kusur iddiasına ilişkin bulunduğuna göre...»

Böylece sözleşmeye saygısızlık, müktesep haklara tecavüz veya hizmet kusuru olduğu vakit devletin sorumluluğu tanınmaktadır. Pek haklı olarak, 11 inci maddedeki kayıtları bir tarafa bırakmak suretiyle hareket edilmiş ve pek açık ve pek kuvvetli surette devletin sorumluluğu müeyyideye bağlanmıştır. Ama daha ileri gidilmemiştir. İlk önce, kusur bir meşruiyetsizlik ise mahkeme idarî tasarrufu hiç iptal etmemekte, edememekte ve tazminata hüküm etmekle yetinmektedir. Öbür taraftan, bir sözleşmeye veya müktesep hakka tecavüz mahiyetine veyahut hizmet kusuru olmadıkça, kamu hizmetinin işletilmesinden fertlere nasıl bir zarar gelirse gelsin, devletin sorumluluğu hiç tanınmamaktadır.

VII

Mahkeme içtihadı burada kalmalı mıdır? Yoksa daha ileri gitmeli

midir ve nereye kadar gitmelidir? Çok daha ileri gitmelidir; fikrimce her türlü kusur dışında bile, hatta kanun gibi, mahkeme kararı gibi tamamiyle egemenlik tasarrufları sayılan olaylar veya gene en başta bir egemenlik tasarrufu sayılan harp olayları dolayısiyle uğranılan bütün zararlardan devletin sorumluluğu teyid edilmelidir.

Buraya ulaşmak için içtihad: 1. Egemenlik fikrini ortadan tamamiyle kaldırmalı, bilmezlikten gelmelidir, metne saygı göstermeli ama bilmezlikten gelmelidir. Tanınmış bir komedinin savcısı gibi: «Kanunu sayıyorum çünkü onu çeviriyorum.» demiyeceğim; «Kanunu sayıyorum çünkü onu bilmezlikten geliyorum.» diyeceğim; 2. Kusur fikri yerine git gide hasar (risque) fikrini geliştirmelidir.

Bu sözüm ona egemenlik hakkında ne düşündüğümü demin söyledim; Hukuk Fakültesindeki konferanslarımda da uzun uzadıya anlattım, konuya tekrar dönecek değilim. Yalnız, ikinci nokta üzerinde ısrar edeceğim. Kusur fikri yerine hasar fikrinin geçirilmesi. Ancak bu konuyu mümkün olduğu kadar açık anlatmak gerektir.

Sübjektif sorumun yerine objektif sorumun geçmekte olduğundan bazan bahsedenler oluyor. Sorum konusunda bu objektif ve sübjektif tâbilerinden pek hoşlanmam. Bu sıfatları ben de sık sık kullanırım; ama bilhassa bunun için yersiz kullanılmasını istemem. Karma istinaf mahkemesinin bir takım kararlarından seziliyor ki, kusur dolayısiyle sorumun zıttı olarak kullanılan objektif sorum haklara ve bilhassa, karardaki dâva konusunda olduğu gibi, yol üzerindeki mülkiyet haklarına tecavüz edilmesi halinde bahis konusu olan sorumdur.

İskenderiye yargıçlarına karşı beslediğim bütün saygılara rağmen söylemeliyim ki objektif sorum diye bir şey varsa o bu değildir. Objektif sorum hakka tecavüzden doğan sorum değil, hasar dolayısiyle sorumdur. Karışıklıktan sakınmak için, objektif sorum, sübjektif sorum tâbâirlerini bir tarafa atmalı ve çok daha açık olan kusur dolayısiyle sorum, hasar dolayısiyle sorum demelidir. Ancak, bütün karışıklık tehlikesi henüz ortadan kaldırılmış değildir.

Bir takım hukukçuların iddialarına göre, her sahada hasar dolayısiyle sorum kusur dolayısiyle sorumun yerine geçmektedir. Bu doğru değildir. Sorum meselesi iki eşit kişi, iki özel kişi arasında bahis konusu olunca böyle bir değişiklik olmamalıdır ve gerçekte de olmamaktadır. İki ferdî kişiyi ele alırsanız, bunlar birbirlerine tamamiyle eşittir ve bundan dolayı, birisinden ötekine karşı bir tazminat borcunun doğması için, birisinin veya hareketlerinden sorumlu olduğu bir kişinin bir kusur işlemiş olması zaruridir. Kusur olmadan soruma mesnet bulamazsınız. Başka bir

özel kişi ile münasebetlerinde bir özel kişiye her hangi bir olayın sorumunu nasıl yükleyebilirsiniz? Bu kişilerden birini ötekinden üstün tutmak için bir sebep yoktur. Bir otomobilim varsa ve otomobilimi kamusal yolda yolu ile yürütürken, hiç bir kusurum olmadan, bir yaya gideni devirirsem bana : «Bir otomobiliniz var, bununla bir hasar yaratıyorsunuz ve bir kaza çıkarsa bundan sorumlusunuz.» denilmesi için hiç bir sebep yoktur. Böyle söylenecek olursa söyle cevap veririm: «Kusurumu isbat etmeli, ancak bu şartla sorumlu tutulabilirim.»

İki özel kişinin münasebetleri konusunda hasar dolayısiyle sorum, kusur dolayısiyle sorumun yerine geçirilmelidir demek çok yanlıştır. Böyle bir halde bile hasar fikrini ileri sürmeğe yeltenen Fransız istinaf mahkemesi içtihadını şiddetle tenkid ederim. Bu yönsemeye son vermek için yasaman müdahaleye lüzum gördü ve iyi etti. İstinaf mahkemelerinin Yargıtayca tasdik edilen bir çok kararlarında, bir yangın yüzünden komşular zarara uğrarlarsa, yanan taşıtsızın sahibi ve dolayısiyle taşıtsızı sigorta etmiş olan ortaklık, zarara uğrayanlar kusuru isbatmağa mecbur olmaksızın, sorumlu tutulmakta idi. Böylece medenî kanunun 1384 üncü maddesi uygulanıyordu ama fikrimce bu madde kötü yorumlanıyordu. Bundan dolayı 7 Kasım 1922 tarihli kanun: «Her hangi bir sıfatla bir kısmına veya tamamına tasarruf ettiği taşıtsızda veya taşıtlı mallarda yangın çıkan kimse, bu yangın dolayısiyle üçüncü şahısların uğradıkları zararlardan yangının kendi kusurundan veya hareketlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurundan ileri geldiği isbat edilmedikçe, sorumlu tutulamaz.» diye karar vermiştir. Şüphesiz ki, kanunda mal sahibi ile kiracı arasındaki münasebet hakkında yeni bir hüküm belirtilmemiş ve bu münasebet medenî kanunun (Napoléon kanununun) 1799 ve 1734 üncü maddeleriyle düzenlenmiş olmakta devam etmiştir.

Böylece özel kişiler arasındaki münasebetlerde hasar dolayısiyle sorum diye bir şey yoktur. Ancak bir fert ile bir topluluğun münasebetleri nazara alınınca iş tamamiyle değişir; bu takdirde, ama yalnız bu takdirde hasar fikrine geniş bir yer vermelidir.

Niçin? İlkönce birinci bir sebep vardır ki o da şudur: Topluluk kusur işleyemez, topluluk bir kimsenin kendi memurlarının hareketlerinden dolayı sorumlu bile tutulamaz, çünkü bu sorumluluk kusur fikrine dayanır. Ne denirse densin, bir topluluk kusur işliyemez, çünkü kusur şuurlu ve şahsî bir iradeye dayanır, topluluğun böyle bir iradesi yoktur.

İkinci bir sebep şudur : Topluluk ile fert arasında eşitlik yoktur. Böyle olunca, topluluğun menfaati icabı olarak, bir özel kişi, bir fert za-

rara uğrarsa, tazminatının kollektif kasa tarafından sağlanması doğru olur. Yoksa fert topluluk tarafından gerçekten ezilmiş olur ve hele bu topluluk devlet topluluğu olursa. Karşı konulamaz bir kuvvet olan devlet tarafından izrar edilen ferdin tazminat elde edebilmesi için devletin kusurlu olduğunu isbat etmesi lâzımdır derseniz, çok kere zararın tazminini imkânsız hale sokabilirsiniz. Herkesin menfaati icabı olarak, sosyal menfaat icabı olarak ferde verilen zararın, kollektif kasa, devlet kasası tarafından tamir edilmesi haklı olduğu halde, ferdin uhdesinde kalmasına meydan verebilirsiniz.

Bununla beraber, iki fert arasında bile hasar dolayısiyle sorumun kusur dolayısiyle sorum yerine geçdiğini isbatlamak için, batı müşterek hukukuna, Avrupa ve Amerika müşterek hukukuna giren bir hükmü çok kere ileri sürüyorlar. İşçi kazaları hakkındaki kanun hükümlerine telmih etmek istiyorum ki Mısır kanunları ile mahkeme içtihatlarında bunun hiç bir izine henüz tesadüf etmedim. Biliyorsunuz ki batı hukukuna göre, bir özel işletmenin işçisi, kim olursa olsun, bir kazaya uğrarsa, iş verenin her hangi bir kusurunu isbat etmek mecburiyetinde olmadan, uğradığı zararın iş veren tarafından tazmin edilmesine hak kazanır. Kaza kendi dikkatsizliğinden veya kendi ihmalinden ileri gelse bile tazminat almak hakkı vardır. Bunun bir istisnası vardır: O da işçinin kendi isteği ile kendini kasten yaralaması halidir. Bunun, her sahada hasar dolayısiyle sorumun kusur dolayısiyle sorum yerine geçmesine yönelen bir gelişmeyi açıkça gösterdiğini ileri sürüyorlar.

Fakat hayır! Burada da sorumluluğun dayandığı fikir bir ferdin bir topluluk karşısında bulunduğu fikridir. Fert olan işçinin karşısında topluluk olan işletme vardır. İşçi işletmenin menfaati için çalışır; işletme işçinin çalışmasından faydalanır; kaza işletmenin hasarlarından biridir, bu hasarı işletme yüklenmelidir çünkü çalışmadan işletme faydalanmaktadır. Hasar dolayısiyle sorum vardır ve bu çok doğrudur, çünkü kaza işletme tarafından ihdas edilmiş görünmektedir, çünkü işletmenin menfaati de bunu âmirdir.

Kamu hukukunun gelişmeleri (Les transformations du droit public) başlıklı kitabımda yazmış olduğum gibi, bugün devlet geniş bir işletmedir, kamu hizmetlerinin işbirliğidir; her çeşit işlem yapmaktadır: Bankacılık, ulaştırma, aydınlatma, posta ve telgraf haberleşmeleri v. s. Her işletmenin kendi işçisi ile münasebetlerinde hasar fikri yerleşmiş ise bu fikri devletin fertlerle münasebetine de teşmil etmek doğru olur. Böylece devlet, herkesin menfaati için giriştiği faaliyet ile bir takım kimselere verebileceği hasarın sigortacısı olmuş olur.

Söylemeliyim ki bu fikir Fransız mahkeme içtihadına ve pozitif kanunlarına gittikçe daha fazla nüfuz etmektedir. İki önemli metin ile açıkça tayid edilmiştir. Biri, savaştan bir kaç ay önce çıkarılan 16 Nisan 1914 tarihli kanundur ki ayaklanmalar ve kargaşalıklar yüzünden insanların ve mülklerin uğrayacağı zararları derpiş etmekte ve beldelerle birlikte devletin sorumluluğunu teyid ederek devletin «sosyal hasar dolayısiyle» sorumlu olduğunu belirtmektedir. Öbür yandan, savaşın tamamiyle başlangıcında, Almanların Fransız topraklarını istilâ ederek yıkıntı üstüne yıkıntı yığdıkları sırada, Fransız ruhunun istilâcılara karşı ayaklandığı anda, millî dayanışma duygularının en yüksek merhaleye ulaştığı bir anda, 26 Aralık 1914 tarihli kanunun 14 üncü maddesiyle yasaman, savaş mağdurlarının savaş yüzünden uğradıkları zararların tam olarak tazminatını almağa hakları olduğunu resmen bildirmişti. 17 Nisan 1919 tarihli kanunun 1 inci maddesi bu prensibi tekrar ifade etmekte ve nasıl uygulanacağını göstermektedir. Bu maddede şöyle denilmektedir: «Cumhuriyet savaş ödevleri karşısında, bütün kamusal ödevler karşısından olduğu gibi, herkesin eşitliğini ve dayanışmasını ilân eder.»

İşte böylece hasar fikri, devletin özel kişilerle münasebetlerinde, kusur fikrinin yerine geçmiş bulunmaktadır.

VIII

Bir taraftan, yaptığımız gibi, egemenlik kavramını ortadan kaldırdığımız, öbür taraftan da, öne sürdüğümüz gibi, sosyal hasar fikrini uyguladığımız takdirde ne gibi neticeler hasıl olacaktır? Hasıl olacak neticeler çoktur. Ben ancak başlıcalarını belirtmek ve bu noktada Fransız mahkeme içtihadının nereye ulaştığını göstermek istiyorum. Bu suretle, Fransız içtihadiyle karma mahkemeler içtihadı arasında mevcut ayrılığı iyice görmüş olacağız.

Üzerinden oldukça çabuk geçeceğim ve iştigal etmek fırsatını bulduğum ilgi çeken bir dâva olduğu için sözünü edeceğim birinci netice, kusur fikri veya hasar fikri uygulandığına göre ulaşılacak hükmün başka olduğunu bize gösterecektir. Hüküm soyut olarak şöyle ifade edilebilir: Sorumlu olan topluluk, zararın doğmasına sebep olan kusurlu memuru tayin eden topluluk değil, fakat hizmetin işlemesinden faydalanan topluluktur.

Şöyle bir olay dolayısiyle mesele ortaya çıktı. Fransa'da itfaiye hizmeti bir komün hizmetidir ve komün topluluğu menfaati için işletilir. Bununla beraber, itfaiye subayları hükûmet tarafından tâyin edilir. Bir kaç

yıl önce, oturduğum evin karşısında bulunan bir kolejde geniş bir yangın olmuştu. Haber alınca yangın yerine gittim; yangın yerinde bana yangının önemli olmadığını ve esasen itfaiyenin gelmiş olduğunu söylediler. Evime döndüm ve birkaç saat sonra bana gelip, bütün müessesenin yanmakta olduğunu haber verdiler. Gerçekten kolej bir meşale gibi yanıyordu, dört duvarı bile kalmamıştı. Taşıtsızın sahibi olan ortaklık Bordo belediyesine karşı bir dâva açtı. Avukatı, ki kamu hukukunu iyi bilmiyormuş, belediyenin sorumlu olduğunu, çünkü memuru olan itfaiye komutanının hareketlerinden sorumlu olduğunu, bu komutanın da vazifesini yapmadığını ileri sürer. Fakat belediye, iyi savunur ve itfaiye komutanının kendi memuru olmadığını, hükûmet tarafından tâyin edilmiş olduğunu ve bundan dolayı belediyenin sorumlu olmadığını cevap olarak bildirir. Ortaklık dâvasını kaybeder.

Az zaman sonra tıpkı, buna benzeyen bir dava Havre mahkemesinde açılır. Eski zamanın Avukatı, daha bilgili olduğundan (Bordo misalinden faydalanmış olacaktı) Şöyle bir tez savunur: itfaiye Kamu hizmeti bir belediye Kamu hizmetidir ve belde topluluğu bu hizmetten faydalanmaktadır; bundan dolayı mağdurun kusuru veya mücbir bir sebebin mevcudiye isabet edilmedikçe, zarar belde topluluğu ödemelidir. Memur meselesi, itfaiye komutanının hükûmet veya belediye tarafından tâyin edilmiş olması bahis konusu edilmemiştir. Bir belediye hizmetinin yapılması sırasında bir zararın vaki olmuş bulunması ve bu belediye hizmetinden belde topluluğunun faydalanmış olması belediye kararının sorumlu tutulmasına kâfi gelmiştir. Gerçekten Havre mahkemesi, hasar fikrini doğru uygulayarak, beldenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Davâ çok iyi yargılanmıştı.

IX

Hasar fikrine bağlanan ikinci netice şudur. Bir kamu hizmetinin işletilmesi dolayısiyle zarara uğradığını iddia eden ferdin bir hizmet kusuru işlenmiş olduğunu isbatlamağa mecburiyeti yoktur; zararın vukunu isbatlaması kâfidir. İdare her zaman davacının kusuru veya ihmali olduğunu iddia ve isbat edebilir; ancak, dâvacı zarara uğradığını isbat ettiği halde idare dâvacının ihmal veya kusuru olduğunu isbat edemezse idarenin zararı tazmin etmesine hükmedilir, çünkü kamu hizmeti sebep olduğu hasarları temin ve telâfi etmelidir. Bu nokta üzerinde birbirinin aynı olan birer dâva Fransız danıştayı ile İskenderiye karma istinaf mahkemesinde açılmış ve iki mahkeme birbirine zıt kararlar vermişlerdir.

Biliyorsunuz ki, Fransa'da polis esas itibariyle bir belediye hizmetidir, bunun beraber Paris'te, Seine departımanında ve birkaç büyük şehirde, emniyet polisi bir devlet hizmetidir. Bir gün, Paris civarında Sa-

int Denis kasabasının bir sokağında bir polis memuru dolaşırken birisinin bir sergiden bir şey aşırdığını görür. Vazife hissiyle polis hırsızın takibine koyulur ve hırsız kaçarken devirdiği kendi halinde bir adamcağızın bir bacağı kırılır. Mahkeme içtihadı âleminde ün kazanan bu kimsenin adı Pluchard imiş. Devlete karşı dâva açar ve tamamiyle kazanır:" "Kazanın vuku bulduğu anda mağdura atfedilebilecek hiç bir ihtiyatsızlık veya ihmal bulunamadığına göre, kazayı devletin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuruna atfetmek lâzımgelir. "(24 Aralık 1909, Recuil, s. 1029)

İşte şimdi İskenderiye karma mahkemesinin yargıladığı hemen hemen ayni mahiyetteki bir dâvada verdiği kararı özetliyorum: "Bir polis memurunun görevlerini yaptığı sıradaki zararlı olabilecek hareketinden dolayı, bu hareket, ihtiyatsızlık olmakla beraber, bir felâketi önlemek için girişilmiş ve polis memurunun hayatına mal olmuş bir kahramanlık hareketi olunca, devletin hukukî bakımından sorumlu olduğu ileri sürülemez. (1)"

İki dâva konusunun birbirine benzediğini kabul edersiniz. Böylece, Fransız içtihadına göre, bir kamu hizmetinin yapılması dolayısiyle bir kimseye zarar verilirse, idarenin kusurlu olduğunu isbat etmek mağdura düşmez; mağdurun ihtiyatsızlık veya ihmalini isbat etmek idareye düşer. Karma mahkemelerin içtihadına göre, ise; idarenin kusurlu olduğunu isbat etmek mecburiyeti daima mağdura yükletilmektedir.

Fransız danıştayı, yeni kararlar ile içtihadını teyid etmektedir. 1921 de bile, bir askerî otomobil tarafından çıkarılan kazanın mağdurunu şoförün kusurlu olduğunu isbatlaması gerektiğine karar vermişti. 1924 de ise 22 Aralık tarihli bir kararında, devlet tarafından tamamiyle yabancı bir sebeple başgösterdiğini isbatlamadıkça, devletin sorumluluğunu gerektiren bir kusur karinesi bulunduğunu belirtmişti. (eirSy, 1926, III, s. 1).

Bu noktada Fransız içtihadı kesin olarak yerleşmiş görünüyor ve umarım ki, karma mahkemler de yakın bir gelecekte aynı yönde hüküm verirler.

---

(1) 13 Nisan 1910 tarihli bu karar, Heliopolis'te tertiplenen 10 Mart 1910 tarihli otomobil yarışında patlak veren dehşetli kaza dolayısiyle verilmiştir. Hareket işaretinin verilmesi akabinde hidivlik çadırının önünden geçtiği sırada otomobilden bir minder pist üstüne düşmüştü. Bir Polis memuru minderi kaldırmak için atılmış ise de gütün hızı ile gelen bir otomobil onu devirmiş ve halk üzerine yürüyerek ağır kazalara meyran vermişti. Devlete karşı açılan tazminat dâvasını karar metninde gösterilen sebeplerle, devlet kazanmıştı.

X

Daha da ileri gelmeli mi? Mücbir sebep halinde bile devletin sorumluluğunu kabul etmeli mi? Evet, elbette ve bu demin üzerinde durduğum şu fikrin mantıkî neticesidir. devlet topluluk içinde kamu hizmetlerinin işleticisidir ve hasarlarını sigorta etmelidir. Eğer bu geniş işletmenin faaliyeti mağduriyete sebep olursa, kollektif kasa, herkesin menfaatı adına verilen zararı tazmin etmelidir.

İşçi kazaları nasıl işletmenin borcu ise, idare edilenlerin kazaları da kamu hizmetinin borcudur. Nasıl işverenin hiç bir kusuru olmadan, umulmadık bir hal veya mücbir bir sebep dolayısiyle vaki olsa bile kazaya uğrayan işçinin nasıl tazminata hakkı varsa, tıpkı bunun gibi idare edilenin de, bir hizmet kusuru olsa da olmasa da ve hatta uğradığı zarar umulmadık bir hal veya mücbir bir sebep dolayısiyle olsa da tazminata hakkı vardır. Şunu da eklemek uygun olur ki, bir memleketin bütün vatandaşlarını kamusal ödevler bakımından eşit tutmak gerektiğine göre, kamu hizmetinin işlemesi bir takım vatandaşlar için daha pahalıya mal olmuşsa, kollektif kasa zararı tazmin etmeli ve eşitsizliği ortadan kaldırmalıdır.

Birbirine benzeyen olaylarda Fransız Danıştayının verdiği kararların karıştırılması bu yüksek mahkemenin bugün tesis etmiş bulunduğu içtihadı belirtecektir. 1909 de Toulon limanında büyük bir kaza oldu. *Iéna* Zırhlısı infilâk etti ve Toulon'un bir sokağında gezerken Ambrosini adındaki bedbaht bir babanın çocuğu, infılâkın fırlattığı bir demir parçasının çarpmasiyle, kollarında can verdi. Devlete karşı bir sorumluluk dâvası açıldı; dâvacı haksız görüldü kararda: "yapılan tahkikat neticesinde dâvacının oğlunun ölümü mücbir bir sebebe dayandığına ve devletin sorumunu haklı kılacak hiç bir sebep mevcut olmadığına göre, ..." deniliyordu. (10 Mayıs 1912, Recueil 1912 s. 549; Sirey, 1912, III, s. 161, B. Hauriou'nun ilgi çeken bir notu ile.)

Aynı savaş limanında, Mart 1911 de aynı kaza patlak verdi. *Liberté* Zırhlısı müthiş bir infilâk ile harabolmuş ve bir çok tayfaları kurban gitmiştir. Tayfalardan birinin ana ve babası devleti dâva etmişler ve Danıştay 21 Mart 1920 tarihli kararında devleti sorumlu tutmuştur." Liberté Zırhlısının infilâkından ileri geldiği inkâr edilmediğine göre..... dâvacıların devlet tarafından zararın tazmin edilmesini ileri sürmeleri haklıdır." Recueil 1920, s. 532)

İşte iki karar ki, birbirinin tıpkısı olaylar üzerine verilmiştir ve, inkâr edilemez ki, taban tabana zıt ve çelişiktir. Biri kusur fikrine dayan-

maktadır ki, 1912 de savaşın arifesinde henüz devam etmektedir: mücbir sebep vardır, bundan dolayı devlet sorumlu değildir deniliyor. Sekiz yıl sonra, savaş olaylarından sonra, benzeri dâvada, ki, belki de mücbir sebep vardı ama buna önem verilmiyerek, infilâkın devlete ait bir Zırhlıda vaki olduğuna göre, zararın bir kamu hizmeti faaliyeti dolayısiyle baş göstermiş olduğuna ve tazminatın kamusal kasaya düştüğüne karar veriliyor.

Öyle sanıyorum ki bu bizim mahkeme içtihadının son durumudur. Fikrimce gerçeğe ve hakkaniyete uygundur. Danıştayın bir takım formüllerinin biraz zihin karıştırıcı olduğunu da gizlemek istemem. Bu yüksek mahkemenin güzel içtihadlarında bir takım gerilemeler var. Bununla beraber, sanıyorum ki, hedefe ulaşıyoruz ve Fransız içtihadı, kesin olarak kusur fikri yerine hasar fikrini geçirdi demek doğru olur.

XI

Egemenlik kavramanın ortadan kaldırılmasından doğan neticeleri göstermek kalıyor; bu neticeler pek önemlidir.

İlk önce şu netice hasıl olur. Egemenlik fikrinin en belirgin olduğu tasarruflar dolayısiyle dahi devletin sorumlu olduğu ileri sürülmelidir. Kanunlar dolayısiyle demek istiyorum; adiyle saniyle kanunlar, maddî ve şekli anlamda kanunlar, kendilerini Egemen sanan saylavlar meclisi ve senato tarafından çıkarılan kanunlar dolayısiyle de devleti sorumlu tutmalıdır. Tereddütsüz öğretiyorum ki, bir kanun, uygulanması dolayısiyle bir takım kimselere zarar verirse bu kimselerin devletten tazminat dâva etmeğe hakkı olmalıdır. Bu meseleyi uzun uzadıya açıklamak gerektir: ama sizin hayırhah dikkatinizi kötüye kullandığımı görüyorum ve hızla geçiriyorum. Fikrimce çok esaslı olan bir ayırdı belirtmekle yetiniyorum.

Eğer uygulanması bir takım kimselere zarar veren kanun topluluğa zararlı olan bir faaliyeti yasak etmişse ve bu faaliyet kanunla yasak edilmeden önce de meşru bir faaliyet değil idise zarara uğrayanlara hiç bir tazminat borcu doğmaz. Zarara uğrayanlar, kanunun kabulünden önce de meşru durumda değillerdi; meşru olmıyan bu durumlarını ileri sürerek tazminat elde edemzler.

İşte belirttiğim durumun pek açık bir misalı: Fransa'da yapılan kanunların en iyilerinden biri, halk efkârının baskısı altında çıkarılan 16 Mart 1915 kanundur ki, İsviçre'de olduğu gibi, apsent imalini, tedavülünü ve istihlâkını menetmiş ve bu zehirli içkinin imalcileri lehine hiç

bir tazminat ayırmamıştır. Buna rağmen *Absinth Premier* ortaklığı, kanunun uygulanması dolayısiyle uğradığı zararı ileri sürerek devlete karşı tazminat dâvası açtı. Yüksek mahkeme, dâvacının bir kanun dolayısiyle devletin sorumunu ileri vurduğunu bahane ederek, dâvayı reddetmek yolunu hiç tutmadı. Dâvayı kabul etti. Böylece, bir kanunun uygulanması dolayısiyle uğranılan zarar için devlete karşı tazminat dâvası açabileceğini tanıdı. Bu hatırda tutulması gereken önemli bir noktadır. Esasta *Premier* dâvayı kaybetti ve bu doğru idi, çünkü zararlı olan ve yasaman tarafından yasak edilmezden önce de hukuka aykırı bulunan bir faaliyetin menedilmiş olması dolayısiyle devlet sorumlu tutulamaz idi.

Bir kanun bir faaliyeti, zararlı ve dolayısiyle hukuka aykırı olduğundan değil, de daha iyi işlemesini sağlamak veya devletin gelir kaynağını artırmak düşüncesiyle tekel altına alarak yasak ederse, devletin sorumluluğu söz götürmez. Bu takdirde, kanun tazminat prensibini belirtmemiş olsa bile, mahkemeler devletin sorumluluğunu tanımalıdır.

Bu mesele Fransa'da ortaya çıkmamıştır. Çünkü Fransız yasamanı, bu çeşit bir kanun çıkardıkça daima kanun metninde devlet tarafından ödenecek tazminatın prensibini belirtmek haysiyetini göstermiştir. 1872 de kibrit tekelini tesis ederken ve 14 Mart 1904 tarihli kanunla özel işçi bulma bürolarını kaldırırken olduğu gibi.

Bilâkis İtalya'da, Millî Enstitü lehine hayat sigortaları tekelini tesis eden 4 Nisan 1912 tarihli kanun sigorta ortaklığına her hangi bir tazminat verilmesini açıkça menetmiştir. 24 Aralık 1911 tarihli Uraguay kanunu devlet lehine yangın, kaza ve hayat sigortaları tekelini tesis etmiş ise de tazminat meselesini meskût geçmiştir. O sırada Uruguay'da baş gösteren şiddetli tartışmalara, bunun için hiç bir şey yapmadığım halde, beni de karıştırdılar. Bir takım kimseler, kitaplarımdan birinin bir fıkrasını ele alarak kanunda tazminat prensibinin belirtilmesi gerektiğini ileri sürüyorlardı, bir takımları ise, aynı müellifin başka bir fıkrasını ele alarak aksini iddia ediyorlardı. şüphesiz ki, çelişik fikirler uyanmasının neden ileri geldiğini görüyorsunuz. Kitabımın bir yerinde, eğer devlet zararlı bir faaliyeti menetmemişse tazminata mahal yoktur, demiştim. Başka bir yerinde de, aslında meşru olan bir faaliyeti yasak ederek kendi lehine bir tekel tesis eylemiş ise devletin sorumlu olduğunu belirtmiştim. İtalya ve Uruguay kanunları bu mahiyette idi, özel sigortaları ortadan kaldırıyor ve kamusal bir tekel tesis ediyordu. Her iki kanun da devlet tarafından ödenecek tazminat prensibini açıkça belirtmeli idi.

XII

Egemenlik kavramı ortadan kaldırılırsa - ki, böyle yapılması gerekti-

ği düşüncesindeyim adalet otoritesinin tasarrufları dolayısiyle de devletin sorumluluğunu kabul etmek, lâzımdır.

Şüphe yok ki, çok kere gözden kaçmış olan önemli bir ayırdın yapılması gereklidir. Gerçekten kazai mahiyette olan tasarruflar dolayısiyle devlet sorumlu olamaz, çünkü muhkem kaziye prensibi buna engel olur. Adalet kararlarının kanuni birer hakikât kuvvetini haiz olmasının sosyal bir zaruret olduğunu ve kanunda belirtilen bütün inancalar gözetilerek verildiği takdirde kimsenin böyle bir kararı bir mesele yapmağa hakkı olmadığı meydandadır. Tekrar ediyorumki, bu muhkem kaziyenin otoritesi prensibidirki gerekli olduğunu kimse inkâr etmemektedir. Böyle olunca, ağır ceza dâvalarının tekrar incelenmesi hakkındaki, 8 Haziran 1895 tarihli Fransız kanununda olduğu gibi, kanun tarafından açıkça emredilmiş olmadıkça, kazai kararlar dolayısiyle devletin sorumlu tutulmayacağını kabul etmek lâzımdır.

Fakat, kazai tasarrufları dışında, adalet otoritesi her memlekette kazai mahiyette olmıyan birçok tasarruflarda bulunur ki, gerçekte, maddî bakımdan idarî mahiyettedir. Tevkif müzekkeresi, araştırmalar, küçüğün mezun kılınması, mirasın tasfiyesi ve saire gibi. Adalet otoritesi tarafından yapılmış olmalarına rağmen, bu gibi idarî mahiyetteki tasarruflar dolayısiyle devletin sorumluluğunu, idarî otoritenin tasurufları dolayısiyle olduğu gibi ve aynı sebeplerle kabul etmek lâzımdır. Bu iki ayrı otorite tarafından yapılmış olmakla beraber ayni mahiyette olan bu tasarrufları ayırt etmek için sebep yoktur. Her iki halde de kamu menfaatini sağlamak için faaliyette bulunan kamu hizmeti karşısında bulunuyoruz; her iki halde de hasıl olan kararı kollektif kasanın tazmin etmesi lâzım gelir.

Çok büyük esefle söylemeliyim ki. Fransız içtihadı henüz buraya ulaşamamıştır, çünkü birçok muellifler ve yargıçlar adalet otoritesine verilen iki çeşit yetkiyi, kazaî mahiyettiki yetkilerle hiçte bu mahiyette olmıyan yetkileri ayırt edememişlerdir. Bu ayırt, hukukî tasarrufların maddî ve şeklî bakımdan ayırdı esasına dayanmakladır ve, bilgili kanun hukukçuların gayretlerine rağmen, bu ayırdı bir çok zihinler kavrayamamaktadır. Bu halin devam etmiyeceğini umalım.

Bir Kahire gazetesinde okuduğuma göre, Ali Ahmet Ali adında bir kimse İskenderiye yerli mahkemesinde bir dâva açmış ve haksız olarak tevkif edildiğinden dolayı mağdur olduğunu ileri sürerek uğradığı maddî ve mânevî zarar dolayısiyle Mısır devletinden 30.000 lira tazminat istemiş. Mahkemnin neye karar vereceğini merak ediyorum.

XIII

Nihayet, egemenlik fikrinin ortadan kaldırılmasının ve kusur fikri yerine hasar fikrinin geçirilmesinin sonuncu bir neticesi de fertlerin uğradığı savaş zararlarının, bu zararlar ister millî ülkeye giren düşman ordusu tarafından, isterse vatanı savunan millî ordu tarafından verilmiş olsun, devlet tarafından tazmin edilmesini kabul etmek olmalıdır.

Fransız ihtilâlî sırasındaki kısa bir zaman istisna edilirse, 1914 e kadar hiç bir memlekette devletin savaş zararlarını tazmin etmesinin hukukî bir borç olduğu kabul edilmemişti. Şüphesiz, 1870 - 71 savaşından sonra Fransa'da Millet Meclisi mağdurlara tazminat verdirmişti, ama bunun bir yardım olduğu ve mağdurlar lehine bir borcun ödenmesi veya bir hakkın tanınması mahiyetinde olmadığı açıkça belirtilmişti. Bunun için iki sebep gösteriliyordu. Birincisi devletin egemen kudretinin en çok savaşın idaresinde belirdiği, İkincisi ise savaş zararlarının gerçekten mücbir sebepler dolayısiyle olduğu idi.

İşte bütün bu fikirler bırakılmıştır. Egemenlik fikri ölmüştür. Ve savaş zararlarının mücbir sebepler yüzünden hasıl olmasının önemi yoktur. Savaş herkesin menfaati adına yapılır, kollektif kasa bundan doğan hasarları tazmin etmelidir. Bundan başka, sosyal dayanışma fikri, kamusal yükümde ve felâket karşısında herkesin eşitliği fikri üstün gelmiştir. Eski düşmanı devlete karşı dâva hakkı saklı kalmak şartı ile savaş zararlarını tamamiyle tazmin etmek hukukî borcu millete düşer, bu tazminat mağdurların hakkıdır, 17 Nisan 1919 tarihli Fransız kanunu bu prensibi tekrar teyid etmiş ve ilk defa 26 Aralık 1914 de resmen belirtilen aynı prensibin uygulanmasını sağlamıştır.

İşte, bugün herkesin kabul etmesi gerekli görünen son netice ki bize artık devletin sözüm ona egemenliğinin ileri sürülmiyeceğini ve topluluğun menfaati için faaliyette bulunan kamusal işletmeden doğabilecek bütün zararların tazmini gerektiğini göstermektedir. Devlet sosyal hasarı sigorta etmelidir, herkesin fedakârlık konusunda eçitliği prensibini bütün kanunlar kabul etmelidir.

Baylar, sözümün bu kadar uzamasından dolayı özür dilerim; bu biraz da sizin kusurunuz; bu kadar hayırhah dikkatiniz karşısında kendimden geçmişim.

İnanıyorum ki, yakın bir gelecekte karma mahkemelerin içtihadı Fransız Danıştayının içtihadını takip edecek ve yüksek mahkemelerimiz, asil geleneklerine devam ederek, sosyal hasarın sigortacısı olarak tanınan devlet tasarruflarına karşı idare edilenlere yeni himaye teminatı sağlayacaklardır.

12 Şubat 1926