

## JAPONYA'DA HUKUK DEVLETİ (\*)

Prof. Shin -Ichi TAKAYANAGİ

Çeviren : Asis. Dr. T. KARAMUSTAFAOĞLU

### I. Eski ve Yeni Anayasalara göre Hukuk Devleti İlkesi

Japonya'da «hukuk devleti» veya «hukuka bağlı hükümet» ilkesinin tarihi İmparatorluk Anayasasının yahut bugün genellikle Meiji Anayasası diye anılan anayasanın kuruluş yılına 1889'a kadar gider. Ama, bu Anayasaya göre sözü edilen ilkeyi, Anglo - Amerikan (rule of law) hukukun üstünlüğü ilkesinden birkaç bakımdan ayırmak gerekmektedir.

Bir kere, Meiji Anayasasındaki hukuk devleti ilkesi bir başka anayasal ilkeyle Tennoizm'le (İmparator üstünlüğü, egemenliği) ciddi bir şekilde sınırlandırılmıştır. Bu Japonya'ya özgü bir monarşi biçimiydi. İki rakip ilke arasındaki denge ikincisinden yanaydı ve bundan ötürü de hukuk devleti ilkesi monarşist ilkenin aşırı baskısı altında zayıf düşmüştü. Böylece tek görevi İmparatora yasma ayrıcalığının kullanılmasında yardımcıdan ibaret olan İmparatorluk Diyeti (Meclisi), kanun koyma sürecinde güçsüz bir duruma sahipti. Bundan başka, İmparatorun (yürütmenin) tek başına «uyruklarının» hak ve ödevlerini etkileyen yazılı buyruklar koymasını, bunları Diyet'in müdahalesi dışında bırakacak kadar ileri gidebilirdi. (Meiji Anayasası, M. 9) İmparatora ait bu yetkiye bağımsız buyruk - koyma ayrıcalığı (prerogative) denilmekteydi. Bu itibarla, böyle tek ve aynı organa hem kanun koymak, hem de onu yürüt-

---

(\*) Bu yazı, Uluslararası Hukuk Derneğinin, «Batı Anlayışına Göre Hukuk Devleti» konusunda 8-16 Eylül 1957 de Chicago'da düzenlediği kollogyuma sunulmuş olan raporun kısa çevirisidir.

mek yetkisini veren ayrıcalığın varlığı hukuk devleti ilkesinin düpedüz bir inkârına varmaktaydı.

İkincisi, hukuk devleti ilkesi bir başka ilkeyle ihlâl edilmeden kalsaydı, ortaya yine de «rule of law» ilkesine aykırı düşecek bir takım özellikler çıkacaktı. Bu özelliklerin esasını Meiji Anayasasına örneklik eden Almanca aslında arayıp bulmak mümkündür; ni tekim «hukuk devleti ilkesi» der Rechtsstaatprinzip kavramının aynen bir çevirisidir. Ama, bu ilkenin Janponya'da işleyişiyle idare ve yargı kuvvetleri arasındaki ilişkilere bakış tarzı «rule of law» ilkesiyle sert bir çelişme göstermektedir. «Rule of law,» her şahsın -şu kadar ki idarî yetkileri haiz şahıs veya şahısların -ülkedeki alışılmış hukuka ve normal mahkemelerin yargı yetkisine bağlı bulduklarını önceden farzetmektedir. (Dicey) Oysa, hukuk devleti ilkesi, yargı ve idare kuvvetlerinin birbirleriyle eşit kademedede bulunmaları ve bu iki kuvvetin yekdiğerinden bağımsız olmaları gerektiği faraziyesine dayanmıştır. Normal hukuk (adliye) mahkemeleri tarafından idare ajanının herhangi bir işleminin yargı denetimine tâbi tutulması halinde, bunun mantikî sonucu, yargı gücünün idare gücüne bir saldırısı olmaktadır. Bu da idarî dâvalar üzerinde yargı yetkisine sahip olacak bir özel idarî yargı mahkemesinin kurulmasını gerektirmiştir.

Bir idare mahkemesinin kurulmasıyla hiçbir surette özel hukuk (normal veya adli) ile kamu (olağanüstü veya idarî) mahkemeleri arasında sâdece bir işbölümü kastedilmiş değildir. İdarî kuvvetin kendi faaliyetlerinin kanuniliğini garanti edecek vasif ve şartları haiz bulunması, bu ikili sistemin dayandığı temel felsefe idi. Örneğin, Dr. Minobe, idare ajanının, bir devlet organı olarak idarî görevini hukuka uygun ve halkın haklarını koruyucu şekilde yürütmekle yükümlü olduğunu ve idarenin yargı yoluna başvurulmadan önce kendi faaliyet alanında fert haklarına bir teminat tanıdığı söylediği vakit, gerekçe olarak bu teoriye dayanmıştır. (Tatsukichi Minobe, Japon Anayasası üzerinde bir Açıklama, 1927, s. 612). Yazarın ileri sürdüğü gibi, bütün idarî - hukukî ilişkilerin kendilerinde, haklar için önce dâva yoluna başvurmaya hacet kalmaksızın böyle bir teminat bulunması halinde, idare mahkemesi ister istemez çifte teminat bahşeden bir vasitadan başka birşey olamamaktadır ve mahkeme yetkisinin tüm idarî anlaşmazlıkları kapsamaması gerekmektedir. Doğrusu Meiji Anayasasında idarî yargıya tâbi işler kanunlar tarafından çok dar tutulmuştu.

Burada hukuk devleti ilkesiyle «rule of law arasında çok açık bir ayırım yapmak mümkündür. Hukuk devleti nazariyesi sırf idareyle yurttaşlar arasındaki hukukî anlaşmazlıkların adliye yerine idare mahkemesinin yetki alanına girmesinden ibaret değildir. Bu türlü anlaşmazlıklara gerek adi ve gerekse olağanüstü mahkemelerde bakılması da bir kural değil, fakat bir istisna teşkil etmekteydi. «Hukuka bağlı idare» üzerinde ısrarla durmasına rağmen, hukuk devleti ilkesi idarenin keyfi davranışından başka hiçbir yerde kanunsuz idarî faaliyete karşı bir garanti sağlamamaktaydı. O halde, idarî otoritelere karşı yurttaşların haklara sahip oldukları veya deyimin gerçek anlamıyla idare hukukunun bir hukukî normlar bütünü teşkil ettiği söylenebilir mi?

Hukuk devleti ilkesine temel teşkil eden yukardaki felsefe, yetkisini kanunsuz bir şekilde kullanarak yurttaşları zarara uğratan idarî otoritelerin, bu zararlardan sorumlu tutulmadıklarını bir seri olayla aydınlatmaktadır. Yüksek Mahkeme, Medeni Kanundaki haksız fiil kurallarının Devletin ancak özel teşebbüs amacıyla giriştiği faaliyetlerine uygulanabileceğini, fakat idarî yetkilerinin kullanılmasyla ilgili faaliyetlerine uygulanamayacağını söylemiştir. İşte bundan dolayı Devlet, bu ikinci kategorideki haksız fiil zararlarından aksine özel bir kanunî hüküm bulunmadıkça sorumsuzdu; sorumlu bulunduğu haller ise enderdi (örneğin, bir askerî cephaneliğin patlamasıyla meydana gelen zarar-ziyan dâvasında, Yüksek Mahkeme Kararı, 1910; bir deneme turu sırasında itfaiye arabası tarafından çiğnenen bir yayanın hayattaki eşi tarafından açılan tazminat dâvasında, Yüksek Mahkeme Kararı, 1935).

Meiji Anayasasında idareye geniş bir kendi kendine uygulama alanı bırakılmış olmasından yine bu yukardaki nazariye sorumludur. Özel hukukta hiçbir alacaklı temerrüde düşen bir borçluya karşı kendisi bir zorlamaya (ihkakı hakka) girişemez; daima yargı yoluna, bir hukukî çâreye başvurmak zorundadır. Öte yandan, bir idare ajanı kendi otoritesine dayanarak ve yargı araya girmeksizin temerrüde düşen kimseleri idare hukukunun emrettiği görevleri ifaya zorlayabilmektedir. Zor kullanmanın kaideten yargı kuvvetine has bir yetki olduğuna ve istisnâî durumlar dışında, idare ajanının gerekli yetkiyi haiz bulunmaksızın zor kullanamayacağına dair fikrin Japonya'da hiçbir zaman sağlanamadığı görülmektedir. Gerçekten bir Maliye memurunun cezaî soruşturmalarda zor kullanabilmesi daha önce bu konuda kendisine hukukî bir yetkinin verilmiş olmasına bağlı bulunmaktadır (Ceza Usul Kanunu, 1922,

Paragraf 255). Bununla birlikte, uygulamada bir idare ajanı tarafından yürütülen cebrî soruşturmalar üzerinde gerçekte bir yargı denetimi yapılmamaktaydı. Bu durum, devlet kudretinin diğer dallarının denetimine tâbi bulunmayan bir idarî otoritenin, özel hak ve menfaatleri ihlâl etmesini daima haklı gören millî ve genel menfaatler düşüncesine hamledilebilir.

Üçüncüsü, hukuk devleti ilkesinin Batıdan çok aceleyle alındığını ve birbirine uymayan hukukî ve diğer müesseselerin etkisi altında tahrif olunduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Eğer hukuk halkın hakları ve hürriyetleri uğruna yaptıkları başarılı bir savaşın ürünü ise, o vakit bu hak ve hürriyetlerin korunmasında hukuk bir silâh ve mahkemeler de bir siper olur. Fakat Japonya'da idareci sınıflar ülkeyi süratle modernleştirmek ve Batılı devletlerin sömürgesi olma tehlikesinden kurtarmak amacıyla Batılı müesseseleri almakta çabuk davranmışlardır. Hukuk, bu sınıfın elinde daha çok halkı kontrola yarayan bir vasıta olmuştur. Hukuk bilgisini kendi tekeline alan Japon Bürokrasisi kanun koymuş ve uygulamış, buna karşılık böyle bilgidен yoksun bulunan halk hukuktan çekinmiş hatta korkmuştur. Japonya'da jüri ile yargılama geleneği hiçbir vakit yer almamıştır. Japon halkı da kanunî hakları zımında mahkemelere başvurmayı hiç aklıma getirmemiştir. «Hukuk devleti» kavramı, Tenonist hükûmet için kendisine karşı olan demokratik hareketlerin bastırılmasında iyi bir vasıta olmuştur. Kısmen bunların ve kısmen de idare üzerinde bir yargı denetiminin bulunmayışı yüzünden, bürokrasiyi bağlamaktan uzak kalan hukuk, halkın itaat ve kontrolünü sağlayan güçlü ve korkunç bürokratik vasıtalar haline gelmiştir. Bununla birlikte, Meiji Anayasasının, yine de Japonya'ya anayasacılığın girişinde ilerici bir rol oynadığını kabul edebiliriz. Ancak bu Anayasada «rule of law» yerine monarşik - bürokratik nitelikte bir «hukuka bağlılığın» carî olduğunu gözden kaçırmamız gerekir.

Eski anayasadaki hukuk devleti ilkesinin yukarda sözü edilen niteliklerinden hiçbirisi İkinci Dünya Savaşından sonra (1946, Japonya Anayasası) konulan yeni anayasanın, öngördüğü köklü reformların etraflı etkisinden kurtulamamıştır.

Savaştan sonra yapılan reformlar arasında insan, en başta o zamana kadar millî devlet adına hukuk devleti ilkesinde yapılan tahrifleri düzelten yenilikleri görmektedir. Yeni Anayasa gereğince Diyet, egemen halkın temsilcilerinden kurulu Devletin en yüksek ve tek yasama organıdır (M. 41). Yürütme organının tek başına

kural koyma yetkisi yoktur; artık Anayasada hem kanun koyacak, hem de bunu uygulayacak zorba bir güce yer verilmemiştir. Yeni Anayasa sorumlu idare ilkesinde önemli bir eksikliği, bir kamu görevlisinin kanuna aykırı işleminden zarar gören herhangi bir kimseye karşı Devletin veya bir kamu tüzelkişisinin sorumlu olacağına dair açık bir hüküm koymak suretiyle gidermiştir (M. 17).

Savaş sonrası reformlarından ikincisini «idari devletten adli devlete» bir geçiş olarak nitelendirmek mümkündür. İdarî devletin müessesesevî destek ve dayanağını teşkil eden İdare Mahkemesinin kaldırılmasıyla, şimdi idarî meseleler adli yetkileri kullanan genel mahkemelerin kazasına tâbi tutulmaktadır. Yeni Anayasa «Bütün yargı yetkisi Yüksek Mahkeme ile alt dereceli mahkemelere aittir... Hiçbir olağanüstü mahkeme kurulamaz ve herhangi bir idarî organa veya ajana nihaî adli yetki verilemez» (M. 76 Paragraf 1 ve 2) hükmünü koymakla birlikte, bu hükmün yorumunda bir görüş ayrılığı mevcuttur. Maddî yargı yetkisi üzerindeki eski sınırlama kaldırılmış, şimdi hukukî hak ve görevlere ilişkin bütün anlaşmazlıklar üzerindeki yargı yetkisi Mahkeme Teşkilâtı Kanununda teminat ve hükme bağlanmıştır: «Bütün hukukî anlaşmazlıklarda yargı yetkisini mahkemeler kullanırlar.» (Paragraf 3.) Anayasaya bir idare ajanının, özellikle cezaî soruşturmaları yöneten bir kimsenin zor kullanmasını hukuken yasaklayan açık hükümler sokulmuştur. (M. 33 ve 35).

Böylece, idarî yetkiyi yargı denetiminin dışında tutan ve idareye bütün idare hukuku kurallarının yorumlanma ve uygulamasında bir serbesti veren idarenin üstünlüğüyle ilgili siyasî doktrin sona ermiştir. Müessesesevî açıdan bakıldığında idare gücünün gerek faaliyetinden önce ve gerekse sonra, hemen tamamen «rule of law» ilkesine tâbi olduğu görülür. Zira idare ancak önceden mevcut bir kanunî yetkiye dayanarak harekete geçer ve ondan sonra bu faaliyet yargı denetimi yoluyla bir incelemeye tâbi tutulur. Bununla birlikte, bu çeşit müessesesevî reformların işlerin gerçek yönünü ne derecede etkilediği ayrı, fakat çok önemli bir mesele teşkil etmektedir. O halde, bu meseleyi iki görüş açısından ele alalım - acaba kanunî yetki ve yargı denetimi çerçevesine giren idarî süreçte ne gibi değişiklikler yer almıştır ve acaba yeni sistemde yargı denetimi gerçekte nasıl işlemektedir?

## II. İdarî Usûl ve Özellikle İlgillilerin Dinlenmeleri Hakkında Bilgiler

Husûmetin durdurulmasından önce, birkaç durum dışında, idarî yetkinin kullanılması kaideten büsbütün keyfî idi; ya az bir de-

netleme olur ya da hiç olmazdı. Hukuk bilginleri hukuk devleti ilkesine dayanarak idarî yetki üzerindeki hukukî denetimin gerekliliğini önemsedikleri zaman, bütün savundukları, idarî yetkinin kanunsuz kullanılması yüzünden zarar gören hak sahiplerini kanunî başvurma yollarından yararlandırmaktı. Fakat bu bilginlerin aklından keyfî bir uygulamaya tâbi idarî - kanunî ilişkiler yaratmak hiç geçmemişti. Başka deyişle, bu ilişkilerden etkilenenlerin katılmadıkları bir uygulama düşünülmemişti.

Öte yandan, savaş - sonrası mevzuatında, idare ajanının bir idarî faaliyete girişmeden önce taraflara açık dinleme (bundan böyle bu kavramdan yalnız dinleme «hearing» şeklinde söz edilecektir) ya da savunma imkânını veren hükümler ender değildi. İlgili taraflara ve öteki çıkar sahiplerine önceden katılma fırsatını sağlayan bu şartın, o zamana değin başıboş kalmış olan idare gücünü dizginlemek anlamına geldiğinden, şüphe edilemez. İdarî sürecimize getirilen bu yeniliğe «due process of law» (hukuka, mevzuata ve konulan usûle uygun davranışın) unsurlarından biri diyebiliriz. Çeşitli biçimleri olan kanunî dinleme şartının birkaç örneğini şöyle sıralayabiliriz :

(1) İlgili tarafların yararına fakat öteki kişilerin doğrudan doğruya ya da dolayısıyla zararına olan bazı idarî kararlar alınmadan önce, çıkar sahiplerine çatışan çıkarlarını uzlaştırmak, ayarlamak için dinlenilme imkânları verilmesini, çok kez kanun zorunlu kılmıştır. Örneğin, ikâmet, ticaret ya da diğer mahallerin üzerindeki inşaat tahditlerinin belirli kişiler lehine kaldırılmış olması (Yapıların Evsafına Dair Kanun, m. 54) ya da maden imtiyazını haiz bir kimseye başkasının arazisinden yararlanma ruhsatının verilmesi (Maden Kanunu. m. 106) gibi.

(2) İdarenin tekele (monopole) yönelebilecek bir işletmeye ruhsat vermeden önce karmaşık çıkarlar arasında adil ve uygun bir karara ulaştırıcı yolu bulabilmesi için idareyi tarafları dinlemekle yükümlü tutan çeşitli kanunlar mevcuttur. Örneğin Kara Nakliyatı Kanununu (m. 122/2) gereğince bir motorlu nakliyat işletmesine, Kaplıcalar Kanunu (m. 10) gereğince kaplıca açılmasına ya da Balıkçılık Kanununa (m. 10, 11) göre balıkçılığa ruhsat vermeden önce bu usûl izlenmektedir.

(3) Ruhsatların (özellikle ticaret ruhsatlarının) alınmasından ya da tahditinden önce taraflara dinlenilme fırsatının bırakılması bir kural haline gelmiş ve böylece ruhsat sahiplerine kendilerini

savunma imkânı tanınmış olmaktadır. Örneğin bu bir otomobil ehliyetinin geri alınması ya da geciktirilmesi halinde (Karayolları Trafik Kontrolü Kanunu, m. 9) ya da genel ahlâkı etkileyici bir işin yürütülmesiyle ilgili bir ruhsatın verilmesinde (Genel Ahlâka İlişkin İşlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, m. 4) söz konusudur.

(4) Çok kez idare ajanı, yasama-benzeri (şibih teşrii) yetkilerini kullanarak buyrukları, kuralları, düzenleyici ve benzeri işlemleri koymadan önce, kanunen çıkar sahiplerinin dinlenmelerine fırsat vermek zorundadır. Tıpkı, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanının farmakolojik işlerle ilgili bazı kararlarını verirken (Farmakolojik İşler Hakkında Kanun, m. 3) ya da Posta Hizmetleri Bakanının radyo işletmelerine ilişkin kararları (Radyo Kanunu, m. 99/2) alırken yaptıkları gibi. Genellikle bu dinlenme usûlleri, Diyet'in yasama faaliyeti sırasında düzenlediği açık dinlemeler niteliğindedir.

(5) Listemize yargı benzeri (Şibih kazaî) işlemin de geniş anlamda bir dinleme olduğunu söyleyerek son verebiliriz. Örneğin Ticaret Komisyonu bir ticarî eylemin Anti-Monopol Kanununa aykırı olduğunu görürse, belirli bir tedbirin alınmasına karar verir; ancak komisyon böyle bir karar vermeden önce, o iş hakkında dinlemeye başvurulmasını kamu menfaatine uygun görürse dinleme yapar. (Özel Tekelin Yasaklanması ve Dürüst Ticaret Usûllerinin Korunması Hakkında Kanun Parag. 49)

Önceleri bir idare ajanı kanun hükümlerini uygularken ve bunların ihlâli halinde ceza verirken keyfi kararlar alabilirdi. Oysa, şimdiki sistemde bir idare komisyonu kanunun makasadını uygulayabilmek için menfaat sahiplerinin de katılabildikleri yeni bir uygulama aracına başvurmaktadır.

Artık dinleme sistemi idarî yetkinin kullanılmasında bir şart haline geldiğinden, idarenin işleminin hukukî ve geçerli olabilmesi için bu usulî şartın önceden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunu bir mahkeme kararından örnek vererek canlandırmak mümkündür. Nitekim, mahkeme genel yolları denetlemekle görevli idarenin yol üstündeki inşaat tesislerinin kaldırılmasına ancak ilgilileri dinledikten sonra karar verebileceğini göz önünde (Yol Kanunu, P. 71, 91/1) tutarak, idarenin bunu yapmaksızın belediyeye ait bir yol üstündeki tesisleri kaldıran kararını iptal etmiştir. (Saga Bölge Mahkemesi Kararı 23 Nisan 1955) Bazı hukukçularımızın görüş-

leri de bu mahkeme kararını destekler mahiyettedir. Hukukçularımız kanunun gerektirdiği dinleme şartının yerine getirilmemesini, genellikle idarî işlemin sıhhati için tehlikeli bulmaktadırlar. (Jiro Tamaka, İdare Hukukunun Genel Prensipleri, 1957, s. 352)

Hiç şüphesiz, dinleme sisteminin Japonya'ya getirilmesiyle «hukukun üstünlüğü» prensibine doğru bir adım atılmıştır. Böylece, bu zamana kadar hukukî kontrolden uzak bırakılmış olan idare sürecine, idarî işlemin geçerliliği için çok önemli bir şekil şartı koyulmuştur. Fakat sistemin tatbikatını incelediğimizde, burada yine bazı aksaklıklar görürüz.

(1) Dinleme sistemimiz gerçekte «due process of law» yönünden isabetli bir noktayı ihmal etmiştir. İdarî dinlemelerimizde izlenen tek bir biçim olmamakla birlikte, işlemlerin bir çoğunda dinleme sebepleri, şartları ve usûllerine yalnız bir maddeyle yer verilmiştir. En basit tipteki dinlemelerde sâdece şu birkaç özellik bulunmaktadır: (a) Dinleme sebeplerinin özel ve genel yollarla duyurulması; dinlemelerin yer ve zamanının belirli bir süreden önce tesbit edilmiş olması; (b) tarafların ya kendilerinin veya vekillerinin hazır bulunmaları; (c) dinlemelerin herkese açık olması (meselâ, Genel Ahlâka İlişkin İşlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, P. 5). Daha şekli olan bir dinlemede ayrıca şu hususlar mevcuttur: (d) Tarafların görüşlerini açıklamak ve delil öne sürmek hakları (Karayolları Trafik Kontrolü Kanunu, P. 7); (e) tarafların yanı sıra tanıkların hazır bulunmaları ve sorguya çekilmeleri (Radyo Kanunu, P. 9) (f) idare ajanı tarafından tutanak tutulması (Radyo Kanunu, P. 93). En ayrıntılı dinleme çeşidine ancak belirli bir takım işlemlerde, meselâ Radyo Kanununda (P. 87, 90, 91), Anti - Monopol Kanununda (P. 52) ve Deniz Kazaları Hakkında Soruşturma Kanununda (Bölüm III) rastlanmakta ve bunlarda da şöyle bir takım ek özellikler görülmektedir: (g) Dinlemeler için özel sorgucular veya başkaca uzman memurların atanması; (h) tarafların danışma hakları; (i) tarafların çapraz sorgu (cross-examination) hakları.

1952 de, idarî faaliyetlerde beklenen muhtemel gelişmeler hakkında Başbakana tavsiyelerde bulunmak üzere toplantıya çağrılan İdarî İşler Kurulu, Millî İdare Faaliyetlerine dair bir kanun taslağını ihtiva eden bir rapor hazırlamıştır. Kurul bu raporda bir yandan dinlemeler için bir ölçü konulması tavsiyesinde bulunurken, öte yandan yukardaki (g) den (i) şikkına kadar olan önemli «due process of law» teminatlarına pek özen göstermemiştir. Ne



var ki, bu ılımlı nitelikteki reform plânı bile, en başta bürokrasimizin karşıkoyması yüzünden kanunlaşmamıştır.

(2) Ekonomik ve sosyal hayatın idarenin sıkı baskısı altında tutulduğu yerlerde, dinlemeler sırf bir şekil meselesi haline gelmektedir. Nitekim, bir ticaret lisansının geri alınmasıyla ilgili bir dinlemenin, ancak birkaç dakika sürdüğü, çünkü lisans sahiplerinin kendisini savunmayı umursamadığı söylenmiştir. Bunun sebebi basittir : O kimse ilerde yeniden bir lisans alma ümidini suya düşürecek derecede yetkili makamlara karşı direnmeyi ve onları darılmayı göze alamamaktadır. Gerçekten bu kimse için yetkili makamlara karşı çıkarak bunun bedelini daha pahalı ödemekten se, idarenin suçlamalarına boyun eğerek bir süre sonra yeniden lisans alma imkânını sağlaması, daha akıllıca bir iştir. Bu olayı ticaret lisansının gizli bir tarafgirliğe ve ön yargılara kapılarak verildiğinin bir delili saymak mümkündür. Eğer idarî sürecin her hangi bir safhasında «hukukun üstünlüğüne» değil de «kişilerin üstünlüğüne» yer verilirse, idare sürecine müessesesevî yönleriyle dahil edilmiş olan «hukuk üstünlüğü» doktrini hiç bir vakit görevini tam göremeyecek ve Anglo - Amerikan aslının sâdece kötü bir taklidi haline gelecektir.

(3) Bundan başka -yukardaki olaya ilk bakışta aykırı gibi gözükken bir diğer olayda -yani ilgilinin menfaatini sert bir edayla savunduğu bir dinlemede, idare ajamının bu davranışa sâdece seyirci kalarak idarî sorumluluktan kaçmaya çalıştığına da çok kez şahit olunmuştur. Bu gibi olaylar özellikle büyük sermayeyi gerektiren ve monopole gitme ihtimali taşıyan ticarî işlerle (meselâ Maden ve Kara Nakliyatı Kanunlarının düzenlediği işlerle) ilgili ruhsat meselelerinde ortaya çıkar. Kanunun böyle bir meselede dinleme usulünü değişik ve çelişik menfaatlerin ileri sürülmesini sağlamak ve kamu yararını tesbit etmekten başka bir maksatla koymadığı açıktır. Ne yazık ki, yukarda değinilen olaylardaki dinleme hali, sırf meseleyle yakın ilgileri bulunan büyük malî menfaat sahiplerinin idare üzerindeki baskılarını yansıtan ender bir dinleme hali değildir. Bu çeşit bir davranışın idarî faaliyetlerin düzgün işlemesine engel olması, endişe verici ciddi bir meseledir.

(4) Dinlemelerin gerekliliğini takdir hususunda elimizde açık ve objektif bir ölçü bulunmamaktadır. Aynı nev'iden olaylar için bazı kanunlar bir türlü, ötekiler ise başka türlü söylemektedir. Yekpare bir uygulamaya elverişli olabilecek objektif ölçüleri kesin ifâdelerle tanımlamak imkânsızdır. Eğer kanun tarafından

bir dinleme usûlü kabul edilirse, bunun idare üzerinde bir kontrol sağlayacağı muhakkaktır. Ama bu konuda kanun koyucu tamamen serbest bırakılmıştır. Üstelik kanun koyucuları bağlayıcı mahiyette doğrudan doğruya anayasal bir prensipden çıkan, Amerika'nın «due process» hükmüne benzeyen bir kriter de bulunmamakta ve işte burada temel bir fark ortaya çıkmaktadır. Amerikan anayasasını örnek tutmuş olan yeni anayasamızda bize «due process of law» hükmünü hatırlatan bir hüküm yoktur denilemez. Anayasanın 31. maddesinde deniliyor ki: «Hiç kimse hayat ve hürriyet hakkından yoksun edilemez ve hiç kimseye kanunun tesbit ettiği usûlün dışında başka bir cezaî müeyyide uygulanamaz. «Buradaki usûl (procedure) kelimesi «due» sıfatıyla tavsif edilmemiştir. Şu halde, kanunen tesbit edilmek şartıyla her hangi bir usûlü kullanıp kullanamayacağımız sorulabilir. Ayrıca, eğer «başka bir cezaî müeyyide uygulanamaz»sa, bu hükmü ihlâl etmeden, yani cezaî müeyyide yoluna başvurmadan hürriyetin tahdidine cevaz olup olmadığını da sormak gerekecektir. Hukuk bilginlerinin çoğunluğunun düşüncelerine göre ilk sorudan «due» kelimesi anlaşılmaktadır. Oysa, ikinci soru hakkında bilimsel çevrelerde baskın olan görüş, bunun ancak hayat ve hürriyet kaybını kapsayan cezalara karşı bir usûli teminat teşkil ettiği yolundadır. (Toshiyoshi, Miyasawa, Japonya Anayasası, 1955, s. 26. Karş. Japonya Anayasasının Yorumu, 1953, c. 1, s. 586)

Yukarda sözü edilen anayasa hükmünün yorumuyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme henüz düşüncesini açıklamış değildir. Gerçekte, bu konuyu biraz etkileyen ve Yüksek Mahkemeye konu hakkında düşüncesini açıklama fırsatı veren bir olay cereyan etmiştir. (Temmuz 6, 1956) Olay, kasaba polis tüzüğüne aykırılıktan hakkında disiplin işlemi yapılan bir polisle ilgili idi. Adı geçen tüzükte bir polis memuru hakkında kendisine suçlamanın yazılı bir sureti tesbit olunan dinleme tarihinden en az (15) gün önce bildirilmedikçe, disiplin işlemi yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Yüksek Mahkeme, bu disiplin işlemini tüzükteki şarta uyulmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Fakat Mahkeme burada Anayasanın 31. maddesine başvurmamıştır. Eğer anlaşmazlık konusu disiplin işlemi, tüzüğe uygun şekilde yapılmış olsaydı ve bizzat tüzük kuralları «due process of law» prensibine aykırı bulunsaydı, bu durumda bile disiplin işleminin yerinde olup olmadığı sorulabilecekti. Meselenin gerçek değil, fakat farazî olması sebebiyle Mahkeme bu konuda susmuştur. Yukarda açıklanan bilimsel çoğunluğun görüşüne

göre, disiplin işlemi böyle bir olayda bile geçerli olurdu; çünkü bu anayasa hükmünün anladığı mânada bir «cezaî müeyyide» teşkil etmemekteydi. Disiplin işleminin savunmaya pek fazla yer vermeden yapıldığı daha farazi bir olayda ise, Anayasanın 31. maddesine başvurulsa bile, işlemin tâbi olacağı usûl bir müeyyideyi ön görmedikçe, bu işlemin geçersizliğini açıklamak faydasızdır.

Hatta kişi haklarına dokunması itibariyle cezaî müeyyide- den aşağı kalmayan disiplin cezasında da durum böyledir; öteki idarî işlemlerde bu daha da fazladır. Japon hukukî düşünce tarzı ilgililer arasındaki çapraz dinleme (adversary hearing) usûlünü idarî süreç için değil, fakat sâdece yargı süreci bakımından gerekli görmektedir. Dinleme usulünün kabulüne rağmen, idarî - hukukî ilişkilerin tesisinde idarî yetkinin keyfiliği prensibinin esasta yine değişmediği, aynı kaldığı görülmektedir. Artık böyle bir prensibi, idareyi kendi faaliyetlerinin hâkimi sayan eski düşüncenin dışında, haklı göstermeye imkân yoktur. Gerçekten bugün artık, eski düşüncenin idarenin işlemleri üzerinde yargı kontrolünü kaldıracak veya sınırlayacak bir görüşü destekliyecek yeterli gücü kalmamıştır. Ama, ne var ki idarenin işlemlerini bütün yurttaşların uymak zorunda buldukları kamu kudretini ihtiva eden Devlet işlemlerine benzeten düşünce tarzı, hâlâ canlılığını korumaktadır. Böylece her hangi bir yurttaş idarî işlemin kanun dışı olduğuna kanaat getirirse bile, bu işleme geçici olarak uymak zorundadır. Buna karşı itirazları ancak kanunîlik karinesini haiz bir idarî işlemde olduğu gibi mahkeme önünde ileri sürebilecektir. Demek ki, kamu ve özel hukuk olaylarını birbirinden ayıran değişik dâvâ biçimleri vardır. Yeni Anayasadaki «hukuk devleti» prensibi, kamu ve özel hukuk arasındaki kesin ayrımı ortadan kaldıramamıştır. Bu esas karşısında Anglo - Amerikan «Hukuk Üstünlüğü» prensibiyle bunun Japonya'daki modeli arasındaki açık farkı karşılaştırmak suretiyle ortaya koymak pek âlâ mümkündür.

### III. Yargı Kontrolü

İdarî fonksiyonların kanunîliği meselesinde idarî kontrolden yargı kontrolüne, sınırlı kontrolden tam kontrole geçerken ortaya birtakım yeni problemler çıkmıştır. Bunlardan konumuzla pek yakın ilgisi bulunan birkaç tanesini inceleyelim.

(1) İdarî Yolların Tüketilmesi Prensibi : Eski sistemde idarî yargı veya daha yerinde bir deyişle idare mahkemesi tarafından dağıtılan adalet, idarenin kanunîliğini sağlayan

bir teminat vasıtasıydı. Ama bu amacı temin için başlıca vasıta olarak daha çok idarî otoritenin kendi kendini kontrolü -idarî gözetim- düşünölmüştür. Aşağıda tartışılacak usulî noksanlarına rağmen, kelimenin en geniş anlamıyla idarî itiraz (ki bu kavramın içine idarî itirazlar, yeniden inceleme veya yeniden dinleme imkânlarının verilmesiyle ilgili müracaatlar ve benzeri idarî yollar girmektedir) ferde idarenin gözetim gücünü harekete geçirebilme imkânını veren bir vasıta olmak bakımından önemli bir rol oynamıştır. İdarî makamlara karşı yapılan itirazlar ile İdare Mahkemesinde dâvâ açma arasındaki ilişkiler, yetki kanunlarına göre değişik olmakla birlikte, yine de bunları iki veya üç şekilde sınıflandırmak mümkündür. Eski İdare Mahkemesi kanununun bir hükmüne göre daha önce itiraz yollarını tüketmeksizin, hiç bir halde İdare Mahkemesine başvurulamazdı.

İdarenin yargı yetkisinde ve bu yetkinin önemi konusunda yenilik getiren yeni Anayasa açısından, o eski itiraz sisteminin nasıl ıslâh olunacağı büyük bir mesele teşkil etmektedir. İleri sürölen bir görüşe göre, hukuk devleti prensibi bütün idarî dâvâlarda doğrudan doğruya hukuk mahkemelerine müracaatı gerektirmektedir. Ama eski İdare Mahkemesi kanunundaki idarî müracaat yollarının tüketilmesi kuralı idarî usüle ilişkin özel kanunda saklı tutulmuştur. Adı geçen kanun hukuk mahkemelerinde ele alınan idarî dâvâlar için hukuk usûlünün asgarî istisnalarını koymak amacıyla çıkarılmıştır. (Par. 2) Bu prensibin makul bir temele dayandığı şüphe götürmez. Çünkü kanuna aykırılık ve bir işlemin sun'î usulle düzeltilmesi veya hatadan sorumlu olan idare ajanı tarafından yeniden gözden geçirilmesi mümkündür. Gerçekten, vergi anlaşmazlıklarının büyük bir kısmı itiraz safhasında çözülmektedir. Fakat genel bir kural olarak her türlü idarî dâvâda daha önce itiraz yoluna başvurulmasını öngören bir prensip, istenmeyen sonuçları dâvet eder. Meselâ dâvânın iki veya üç safhasından önceki itirazla bir veya iki safhasının sebep olduğu «kanunî gecikmeyi» buna misâl gösterebiliriz. Ayrıca çoğu zaman pek kısa sürelerin konulması da, aksi halde ileri sürölebilecek taleplerin sırf bu teknik sebepler yüzünden kaybedilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Ama bu itiraz usûlünün en büyük zaafı, istenilen bir çok hususu eksik bırakmasıdır. 1890 yılında çıkarılan İdarî İtiraz Kanunu o tarihten bu yana değişikliğe uğramamış ve bugün artık bir hayli eskimiştir. Husûmet konusu olan idarî işlemin ya onu uygulayan idarî makamdan veya üzerinde gözetimi haiz bir üst makam-

dan (yani her iki halde de tarafsız durumda olmayan bir makamdan) geçirilmesi icap etmektedir. Bundan başka, itirazcının dinlenme hakkı yoktur; ama karar mercii isterse bir sözlü sorgu yapabilir. İtirazcının kendisini bir vekille temsil ettirmek hakkı da bulunmamaktadır. Ancak savaştan sonraki bazı mevzuat itiraz usûlümüze sözlü sorgu veya açık dinlenme gibi birtakım yargı benzeri unsurlar getirmiştir. Meselâ bir memurun iradesi hilâfına yapılan bir disiplin işlemine veya bir başka uygunsuz işleme karşı Kamu Hizmeti Kanunu gereğince bir kontrol isteminde bulunması halinde yâhutta Maden Kanununa göre yapılan idarî işlemlere itiraz halinde, durum böyledir. Genellikle, bu gibi durumlarda itirazcının ayrıca dinlenmek, delil ileri sürmek, temsil olunmak ve tanıkları çapraz sorguya çekmek hakkı vardır. Fakat daha önceki bölümde dinlemeler hakkında söylenen hususlar bu yeni unsurlara da uygulanır. Bunların kabulü «kanun koyucuların» isteğine bağlıdır ve gerçekte şimdilik pek sınırlı bir alanda yürüyebilmiştir. İdarî yolları tüketmezden önce itiraz usûlüne başvurulamayacağı şart koşan prensip, idarî çözüm şekline maddî bir engel teşkil ettiğinden, haklı olarak sert tenkidlere uğramıştır. (Jiro Tanaka, İdarî Çözümün Gerçek Engelleri, The Jurist, No. 7, 1952).

**İ d a r î T a k d i r :** İkinci mesele, bir idare ajanı tarafından kullanılan takdir yetkisinin yargı kontrolüne nasıl tâbi tutulacağı ile ilgilidir. Meiji Anayasasında takdirî işlemler İdare Mahkemesinin yargı yetkisine girmemekteydi. Bu konuda (Avusturya'daki takdir hükmünü andıran) kanunî bir hüküm yoktu; fakat şu şekilde bir muhakemeye şöyle bir sonuca varılmaktaydı: Eğer bir idare ajanı takdir yetkisini hatalı kullanırsa, takdire dayanan bu faaliyet, yetki sınırları içinde kaldığı müddetçe kanuna aykırı sayılmaz; fakat sırf kamu menfati yönünden yerinde kullanılmamış, uygunsuz bir faaliyet olur. (Tatsukichi Minobe, Japon İdare Hukuku, c : 1, 1936, s. 930)

Bu teori yeni sistemde hâlâ tutulmaktadır. Hiç şüphesiz, idare ajanının yargı kontrolüne tâbi olmayan bazı takdirî işlemlerinin bulunduğunu inkâr edemeyiz. Yargı kuvvetinin farklı görev ve yetkiye sahip olduğu değişik bir hukuk sisteminde idarî takdirin somut alanının değişiklik göstermesi tabiidir. Bu konu hakkında son zamanların hukuki düşünce eğilimlerini gözden geçirelim. (a) Yargı davranışındaki değişikliği anlayabilmek için daha önce yasamanın tutumundaki farklılığa bir göz atmak gerekir. Yasama meclisimiz şimdiye değin kanunî bir boşluk gösteren ticaret lisans-

ları hakkında gerekli hüküm ve şartları ayrıntılı bir şekilde daha yeni belirtmiştir. Yasama meclisi savaştan önce muayyen bir işin ancak yetkili makamdan ruhsat alınmak suretiyle yapılabileceğini öngörmüş, fakat bazı özel durumlar dışında ruhsat verilmesi hususunda her hangi bir ölçü tâyin etmemiştir. Ama bu, bir idarî organın ruhsat verip vermemekte mutlak bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Kazaî ve ilmî kanaata göre mesele zabıta düzeniyle ilgili ise ve idarî merci bunda kamu menfaatine aykırı bir husus görmezse, ruhsat vermek zorundaydı. Fakat böyle durumda kanunî bir ölçünün bulunmaması uygulamada yargı kontrolünü işlemekten alıkoymaktaydı. Bundan başka, hususî şahıslara ait kamu yararına işletilecek kurumlara ruhsat verilmesi de yargı kontrolüne tâbi olmayan tamamen takdirî bir işlem sayılmaktaydı. Çünkü bir kamu teşebbüsüne ruhsat verilmesi özel şahıslar lehine hak doğuran bir işlem idi ve burada kamu teşebbüsü zabıta mülâhazasıyla düzenlenmesi gereken bir faaliyet olarak değil, fakat Devletin kamu siyaseti gerekçesiyle işletme hakkını, bazı özel müsaadeler dışında kendisinde saklı tuttuğu bir teşebbüs şeklinde yorumlanmak icap etmekteydi. Öte yandan, savaş sonu mevzuatı zabıta ruhsatnamesi için bir ölçü koymaktan başka, o zamana kadar tamamen idarî makamların lûtfuna bırakılmış olan kamu teşebbüsleriyle ilgili ruhsatnameler hakkında da nisbeten açık ölçüler tesbit etmiştir. Bütün bunlara rağmen, yukarıda açıklanan ihtilâflı meselede olduğu gibi, bunlar hâlâ farklı tesirler icra etmektedirler. Fakat idarî takdir alanının sınırlanmaya doğru bir eğilim göstermesi ayrıca kayda değer bir husustur. Madalyonun arka yüzü ise *Ultra Vires* doktrininden kuvvet alan mahkemeler için idarî takdirin sınırlarını kontrol etmenin kolaylaştığını göstermektedir.

(b) Mahkemelerin tutumları - Herşeyden önce, mahkemelerin idarî takdir alanını mümkün mertebe dar yorumlamak eğiliminde buldukları göze çarpmaktadır. Bu husus, mahkemeler hüküm boşluklarını ve genel hükümleri yorumlarken pek açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Meselâ, (sonradan kaldırılmış olan) bir tarımsal toprak kanununa göre, Hükümet, mâlik - çiftçinin müracaatı üzerine tarımsal topraktan başka, çiftçinin kira ile oturduğu toprağı ve yapıyı da şehir, kasaba veya köy tarım komisyonu uygun gördüğü takdirde satın alabilirdi. (Mâlik - Çiftçilerin İskânına Dair Özel Tedbirler Hakkında Kanun, Par. 15) Aynı kanuna göre Hükümet gerekli gördüğü takdirde mâlik - çiftçileri yerleştirmek için ekilmemiş toprağı da satın alabilmekteydi. (Aynı kanun Par. 30)

Kanuna göre idari makamlar mutlak takdir yetkisine sahip görünmekteydi, çünkü bu yetkinin kullanılmasındaki ölçüyü gösteren bir hüküm mevcut değildi. Fakat mahkemelerin bir çoğu aksine hüküm vermişlerdir. (Yüksek Mahkeme Kararı, Temmuz 13, 1950; Takamatsu Yüksek Mahkemesi Kararı, Mayıs 27, 1950) Mahkeme, kanunu hükümlerin boşluğuna ve genel kurallara göre yorumlamaya çalışacaktır. İmparatorluk Sarayının dış bahçelerinden faydalanma müsaadesinin verilmemesiyle ilgili bir başka Yüksek Mahkeme kararı, aynı görüş açısından dikkate değer bir mahiyet taşımaktadır. (Aralık 23, 1953) Japon İşçi Sendikaları Genel Meclisi, bir Mayıs Günü toplantısı düzenlemek amacıyla, kamunun istifadesine açık olması gereken bu bahçelerden yararlanmak için müsaade isteminde bulunmuş, fakat bu malların kontroluyla görevli Sosyal İşler Bakanı, Genel Meclisin isteğini reddetmiştir. Bunun üzerine Meclis red kararını ortadan kaldırması için Bakana karşı bir dâvâ açmıştır. Yüksek Mahkeme, belirli bir tarihte yapılacak olan bir toplantı için genel bahçeden yararlanma müsaadesiyle ilgili istemin reddi üzerine bu kararı ortadan kaldırmak amacıyla açılan dâvada toplantı tarihinin geçmesiyle artık dâvâcının hukukî bir menfaati kalmadığı şeklinde teknik bir gerekçeyle dâvâcı aleyhine karar vermiştir. Fakat Mahkeme her yıl daha ileri giderek söz konusu görüşüne vukuu muhtemel bu çeşit dâvâları önlemek amacıyla dâvânın esası hakkındaki görüş ve düşüncelerini de eklemiştir. Kamu malından yararlanma müsaadesinin bu mal üzerinde kontrol yetkisine sahip olan idarenin takdir alanına girdiğini iddia eden dâvâlının, bu iddiasını reddeden Yüksek Mahkeme, dâvâlı idarenin bu kontrol yetkisini söz konusu bahçelerin kamu malı olma niteliğine yaraşır adil ve fonksiyonlarına uygun bir şekilde kullanmak zorunda olduğuna hükmetmiştir. Bundan başka Mahkeme, Millî Parkların Kontroluna ilişkin Tüzüklerde de, İmparatorluk Sarayının Dış Bahçelerinden nasıl yararlanılacağı hususunda özel bir usulün gösterilmediğini belirtmiştir. Böyle bir müsaadenin veya müsaade isteminin reddi idarenin takdirine giren bir faaliyet olmadığı halde, eğer Sosyal Yardım Bakanı kontrol yetkisini halkın bu mallardan yararlanmasını engelleyecek hatalı bir şekilde kullanırsa, bakanın bu işlemi kanuna aykırı olur. Bu görüş, kamu malından yararlanma müsaadesinin kime verileceğini tâyin hususunu Devletin takdirine bırakan tutumu reddetmek bakımından ilginç gözükmektedir. Söz konusu olayda Mahkeme, Sosyal Yardım Bakanının red kararını onun bu kontrol yetkisini kanuna aykırı bir kötüye kullanma derecesinde görmediğinden kabul etmiştir.

Göze çarpan bir başka değişiklik de, hukukî kararların şeklinde meydana gelmiştir. Meiji Anayasasında, İdare Mahkemesi genellikle kanunsuz bir takdirî işlemi ortadan kaldırmak için bu gibi işlemler üzerinde kanunî bir yargı yetkisinin bulunmadığı yolunda teknik bir gerekçeyle dâvâyı reddederdi. Oysa, bugün, hukuk mahkemeleri bu çeşit bir dâvâyı kanunî ve geçerli saymakta, ancak idarenin takdir alanına giren bir işleme karşı açılmış bir dâvâ olması halinde reddetmektedirler. Mahkemeler, takdirî bir işlemi esas itibariyle kaza yetkilerinin dışında görmemektedirler; çünkü onların kanaatinde, takdirî bir işlem de idarî takdirin sınırlarını açıkca aşar veya kanunun maksadına aykırı düşerse geçersiz olabilir. (Fukuoka Bölge Mahkemesi Kararı, 2 Haziran 1954) Bu şekil değişikliğinin yanısıra muhteva değişikliği yer almaktadır. Hükümetin (takdirî Olmayan) faaliyeti ile takdirî faaliyeti arasında kategorik bir ayırım yapılagelmiş ve ikincisi, çoğunluğun düşüncesine göre tamamen mahkemelerin yargı yetkisinin dışında görülmüştür. Şimdi, bir nev'i farkı olarak görülen hususun neticede bir derece farkından ibaret bulunduğu ve bütün idarî işlemlerin takdirî ve takdirî olmayan kısımlardan meydana geldiği gittikçe hareketle savunulmaktadır. Şu halde, bir idare ajanı yetkisini kullanırken kanunun idarî işleme bıraktığı takdir alanının çiğnerse, bu işlemin tümü iptal edilir ve hükümsüz olur. Buna örnek olarak birkaç Yüksek Mahkeme kararı zikredebiliriz. Bu olaylardan bir tanesinde Mahkeme bir öğrencinin uygunsuz hareketinden dolayı kendisine disiplin cezası tayin edip etmemek ve muhtemel cezalar arasından bir seçme yapmak hakkının kural olarak üniversite rektörünün disiplin yetkilerinden olduğunu fakat böyle bir disiplin işleminin sebep - saik açısından yargı denetimine tâbi bulunduğunu ileri sürmüştür. (30 Temmuz 1954) Bir başka olayda, Mahkeme, tevzii kotasını tayin eden işlemin idarî takdire bırakıldığını kabul etmekle birlikte, eşitlik ilkesinin işlem üzerindeki sınırlayıcı rolünü tanıyarak, demiştir ki «Bir idare ajanı belirli bir kimseye karşı onun zararına olacak sebepsiz bir ayırım yapmak hususunda serbest değildir.» (24 Haziran 1955)

(d) Fakat mahkemelerin (özellikle alt mahkemelerin) takdir problemine karşı tutumları hayli değişik bir düzen içinde sıralanmıştır. Öte yandan, bazı mahkemelerin çok ileri gittikleri görülmektedir. Burada yine bir üniversite öğrencisine uygulanan disiplin işlemini zikredebiliriz. İlk derece mahkemesi disiplin tedbirlerini tayin işinin disiplin makamının takdirine tâbi olmadığını



kararlaştırmıştır. Olayın olguları şunlardı: Birtakım öğrenciler, bir profesörün kıdem tenziline uğratılmasına karşı çıkararak eğitim siyasetinde reform istemişler, toplantı halinde bulunan fakülteye giderek bu fakülte toplantısının kendilerine de açık tutulması isteminde bulunmuşlar, fakat bu istemleri reddedilmiştir. Öğrencilerden birisi, o yerden uzaklaşmaları için kendilerine verilen emirlere karşı durarak orada kalmış ve fakülte toplantısının görüşmelerine müdahale etmiştir. Bu eylemlerden dolayı sanıklanan öğrencinin disiplin cezası yoluyla fakülteden kaydı silinmiştir. Mahkeme, olayla ilgili derin ve etraflı soruşturmalardan sonra, öğrencinin davranışının fakülteden atılmayı haklı gösterecek kadar kötü bir davranış olmadığı kanısına vararak, disiplin işlemini iptal etmiştir. (Kyoto Bölge Mahkemesi Kararı, 19 Temmuz 1950)

Öte yandan, bunun aksi olan birtakım olaylarımız da vardır. Komünist Çin'de toplanması kararlaştırılmış olan uluslararası bir konferansa (Asya - Pasifik Bölgesi Barış Konferansına) katılmak isteyen muhalefet partisine mensup bir Diyet üyesi, pasaport çıkartmak için müracaatta bulunmuş ve bunun reddi üzerine Dışişleri Bakanına karşı bir dâvâ açmıştır. Mahkemeden kendisine pasaport verilmeyen bu şahsın pasaport kanunundaki «Japonya'nın barış veya çıkarları aleyhine açık ve doğrudan doğruya yıkıcı faaliyetlerde bulunacaklarına dair haklarında kâfi sebep mevcut olan şüpheli kimseler» kategorisine girip girmediğinin tesbiti istenmiştir. Bu dâvâda, Mahkeme, Dışişleri Bakanının bulgularını körükörüne kabul ederek, yargı denetimi yapmaktan haksız yere vazgeçmiş görünmektedir. (Tokyo Bölge Mahkemesi Kararı, 27 Eylül 1952)

(3) H ü k ü m e t T a s a r r u f l a r ı — Meiji Anayasası, İdare Mahkemesinin yargı yetkisini daraltmakla uygulamada hükümet tasarruflarının tartışma konusu yapılmasına hiç yer bırakmamıştır. Yeni sistemde mahkemelerin yetkileri bütün hukukî meseleleri ve anlaşmazlıkları dinlemek ve kararlaştırmak şeklinde genişleyince, gerek teoride ve gerekse uygulamada hükümet tasarrufları derhal ön plâna geçmiştir. Bir Diyet Meclisi üyesinin Temsilciler Meclisindeki yerini, hükümetin meclisi sakat bir işlemle feshetmesi üzerine kaybettiğini ileri sürmesi ve kendisine verilmesi gereken ödeneği geri almak için dâvâ açması, bu konuda bir başlangıç teşkil etmiştir. Burada Temsilcinin gerçek amacı Meclisin feshi işleminin geçerliliğini tartışma konusu yapmaktı, ancak böyle bir dâvânın usulî nedenlerden dolayı büyük bir ihtimalle reddedileceği düşünülerek, dâvâya ödenek talebi şekli verilmiştir. Bu dâvâda

gerçek mesele, söz konusu fesih tavsiyesi ile Kabinenin bunu tasdik etmesi keyfiyetinin anayasaya uygunluğu ile ilgilidir. Bu tasarruf şeklen İmparatora ait bir tasarruftur. Fakat, bu önemli meseleye girmeden önce, mahkemelerin Temsilciler Meclisinin feshi işlemini incelemeye yetkili olup olmadıkları etrafında cereyan eden ön tartışmalara bakmak gerekir. Başka deyişle, bir hükümet tasarrufu sayılan fesih işleminin mahkemelerin kontroluna tâbi bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. İlk derece mahkemesi fesih işlemini bir hükümet tasarrufu saymak yerine, bu işlemin hukukî kurallara göre incelenebileceğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, diğer bütün mahkemelerin her türlü işlemin kanunîliği hakkında karar verme yetki ve ödevleri mevcuttur ve mahkemeler ancak böyle hareket etmekle herhangi bir ferdin hak ve ödevleriyle ilgili anlaşmazlıkları çözebilir. Meclisin feshi de Diyet üyesinin gerçek hak ve ödevlerine dokunduğundan, mahkemelerin bu işlemi inceleme konusu yapmamaları için bir sebep yoktur. (Tokyo Bölge Mahkemesi Kararı, 19 Ekim 1953) Bu kararı istinaf yoluyla inceleyen ikinci derece mahkemesi de birinci mahkemenin görüşüne katılmıştır. (Tokyo Yüksek Mahkemesi Kararı, Eylül 23, 1954) (Ancak bu dâvâda mahkeme, dâvâcı aleyhine hüküm vermiş ve dâvâcının meselenin esasıyla ilgili iddiasını reddetmiştir). Mahkemelerin bu fesih meselesi karşısında takındıkları tutum hakkındaki hukukî kanaat de aşağı yukarı lehte ve aleyhte olmak üzere eşit şekilde bölünmüştür. Bir yandan, bazı bilginlerimiz Fransız hükümet tasarrufları doktrinini kabul ederken, öte yandan bazıları bunu mutlakiyetin bir kalıntısı sayarak reddetmektedirler. Bu iki uç arasında yer alan diğer birtakım bilginler ise, hükümet tasarrufunu bir siyasî takdir meselesi olarak anlamakta ve bu takdirin alanını asgariye indirecek yapıcı bir sınır bulmaya çalışmaktadırlar. (x)

---

(\*) İdarî kesinlik (finality) ile ilgili son paragraflar çeviriye alınmamıştır.