

İNGİLİZ HUKUKUNDA HÜKÜMET TASARRUFLARI

Asistan : Ergun ÖZBUDUN

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

I — Mefhum : Hükümet tasarrufları, mahiyet ve bünyeleri itibarile hukuk kaidelerine tabi olmadığı iddia edilen ve bu sebeple kazai murakabe dışında tutulan bir takım idari tasarruflardır.

«Hükümet tasarrufları nazariyesi, hukuka bağlı Devlet fikrinin gelişmesiyle beraber ortaya çıkmıştır. Çünkü polis-Devlet esasının mevcut ve câri olduğu yerlerde hükümetin bütün tasarruflarının kanuniliğini aramaya, bunları kazai bir murakabeye tabi tutmaya mahal ve imkân olmadığı için böyle bir mesele de mevcut değildir... Fakat esas itibarile Devletin tekmil tasarruflarının hukuk kaidelerine tabi ve binaenaleyh kazai murakabeye maruz olacağı kabul edilince hükümet, bazı tasarruflarını bu murakabenin dışında bırakmak ister, bu tasarrufların bünyelerinin hukuk kaidelerine tabi olmalarına müsaait olmadığını öne sürer ve bunlardan dolayı ikame edilecek dâvaların mesmu olmadığını.. iddia eder» (1).

Nazariye ilk defa Fransa'da Restauration ve Monarchie de Juillet devirlerinde tedrici bir surette ve Devlet Şûrası içtihatları ile doğmuştur. Napoleon tarafından kurulmuş bir müessese olan Fransız Devlet Şûrası, Bourbon'ların tekrar tahta geçmesinden sonra tenkid ve hücumlarla karşılaşınca, varlığını koruyabilmek gibi «opportuniste» bir düşünce ile kendi kazai murakabe yetkisini bizzat tahdit etme yoluna gitmiştir (2).

(1) Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1952, s. 316.

(2) Onar, a. g. e., s. 317; Giritli, Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul, 1953, s. 15 - 16.

Fransa'da nazariye bu şekilde doğmuş olmakla beraber, hükümet tasarruflarının kriteri kolayca bulunamamıştır. Zira bu tasarruflar diğer idari tasarruflardan ne uzvî, ne de maddi bakımdan farklı değildir.

Hükümet tasarruflarını izah için ileri sürülen ilk nazariye, siyasi saik nazariyesi (Théorie du mobile politique) olmuştur. Buna göre bir tasarruf siyasi saikle yapılmışsa hükümet tasarrufudur. Bu kriterin hem müphem ve kifayetsiz, hem de mahzurlu ve tehlikeli olduğuna şüphe yoktur. Müphemdir; çünkü neyin «siyasi bir saik» olduğunu, neyin olmadığını tefrik güçtür. Mahzurlu ve tehlikelidir; çünkü saikin siyasi olup olmadığını hükümet tâyin edecekse hükümet, istediği bütün tasarrufları, siyasi saiklerle yapıldığı iddiası ile kazai murakabe dışında bırakabilir.

Bu sebeplerle siyasi saik nazariyesi terk edilmiş ve idare fonksiyonu ile hükümet fonksiyonu arasındaki farka istinad eden yeni bir kriter ortaya atılmıştır. Bu fikre göre icra organının, hükümet organı olmak sıfatı ile yaptığı tasarruflar hükümet tasarruflarıdır. Mamafih hükümet ve idare fonksiyonlarını birbirinden kesin şekilde ayırmak imkânsız olduğu için bu kriter de kifayetsiz sayılmaz.

Bu durum karşısında artık hükümet tasarruflarına hukukî bir kriter aramaktan vaz geçilmiş olup, bunların ampirik bir listesinin yapılması ile iktifa edilmektedir (3). Doktrin alanında işe, nazari bakımdan izah ve müdafaa edilmesine imkân bulunmayan hükümet tasarrufları kategorisinin artık ortadan kaldırılması ve idarenin takdir kudreti mefhumu ile kaynaştırılıp birleştirilmesi müdafaa edilmektedir. Bu şekilde «hukuk bakımından anormal bir durum arzeden hükümet tasarrufları kategorisi ortadan kalkmakla beraber, bu nazariyeyi doğuran siyasi sebep ve âmillerin icab ettirdiği hal sureti de gene muhafaza edilmiş olacaktır» (4).

II — Hükümet tasarruflarının benzer müesseselerle mukayesesi : 1. Hükümet tasarrufları ile takdir yetkisine dayanan tasarrufların farkı : Takdir yetkisinin mevcut olduğu hallerde tasarruf, hukuk kaidelerine bağlıdır. Binaenaleyh bu neviden bir tasarruf do-

(3) Onar, a. g. e., s. 317 - 319; Giritli, a. g. e., s. 16 - 22.

(4) Onar, a. g. e., s. 343 - 344.

layısıyla ortaya çıkacak bir dâvâyı hâkim kabul etmek ve görmek mecburiyetindedir. Ancak ihtilâfın sebebi, tasarrufun takdiri unsuruna taallük ediyorsa hâkim, bu noktayı tetkik edemeyeceği için dâvâyı reddeder. Eğer ihtilâf, tasarrufun takdire dayanmayan bir unsurundan çıkmışsa ve dâvâcı iddiasında haklı ise hâkim tasarrufu sakat sayar ve icabında iptal müeyyidesini tatbik eder. Halbuki hükümet tasarruflarında tasarruf bütünü ile hukuk kaideleri dışında kalır; binâenaleyh hâkim, bu gibi tasarruflardan doğan ihtilâflarda dâvâyı iptidaen reddeder ve tabiatıyla tasarrufun hiç bir unsurunu tahlil ve tetkik edemez (5).

2. Hükümet tasarrufları ile fevkalâde hallerde ve buhranlı zamanlardaki tasarruflar arasındaki fark : Fevkalâde hallerde idarenin iki şekilde hareketi bahis konusu olabilir. Ya, a) Devlet, fevkalâde halin icaplarını karşılayabilmek için kanunu feda eder ve gerekli tedbirleri, hukuka aykırı dahi olsa, alır veya b) Teşri organı, bu gibi hallerde icra organına geniş bir tanzim yetkisi verir. Bu ikinci halde idarenin takdiri yetkileri çok genişlemiş olmakla beraber, hukuk devleti prensibi ihlâl edilmemiş olur. Çünkü idarenin yaptığı tasarruflar gene de hukuka istinad etmektedir (6). İdarenin fevkalâde hallerdeki tasarrufları, zikrettiğimiz bu iki şekilde hangisine uyarsa uysun, bunlarla hükümet tasarrufları arasında bâriz bir ayrılık vardır. Şöyle ki, birinci halde, yapılan tasarruflar «esas itibarile sakat, butlan müeyyidesine ve iptale maruz tasarruflardır, ancak zaruret icaplarının kanunsuz bir tasarrufu bu iptal neticesinden veya tasarrufu yapanları mesuliyetten kurtarıp kurtarmıyacağı düşünülebilir; halbuki hükümet tasarrufları esas itibarile de kanuna, hukuk kaidelerine aykırı tasarruflar değildir. Bunların tâbi olacağı kaideler mevcut olmadığı için, esasen hukuka uygunluğunu tetkike mahal ve imkân yoktur. Diğer bir tabiriyle hükümet tasarrufları sahası, henüz hukukun nüfuz etmediği, hukuk kaidelerinin hâkim ve câri olmadığı bir sahadır» (7). İkinci halde ise ortada bir hükümet tasarrufu değil, sadece takdiri unsurları normal zamanlara göre genişlemiş bulunan alelâde bir idari tasarruf mevcuttur.

(5) Onar, a. g. e., s. 315 - 316. Giritli, a. g. e., s. 9 - 10.

(6) Bu konu için bk. Onar, a. g. e., s. 311 - 315.

(7) Onar, a. g. e., s. 316.

İdarenin fevkalâde hallerdeki yetkileri ile hükümet tasarrufları arasındaki bu ayrılık, İngiliz hukukunda da kendini göstermektedir. İngiltere'de fevkalâde haller karşısında, yukarıda izah ettiğimiz iki yoldan her ikisine de başvurulmuş olduğu görülmektedir. Ezcümle Birinci Dünya Savaşına kadar harp hallerinde Habeas Corpus usulüne müracaat imkânının muvakkaten tatili yoluna gidilmiştir (Habeas Corpus Suspension Acts). Mamafih bu kanunlar, Habeas Corpus usulünün kendisini ilga etmediği için, harp sırasında usulsüz olarak tevkif olunanların, harp hali sona erdikten sonra bundan dolayı tazminat dâvası açma hakları baki kalıyordu. Bu tazminat taleplerini önlemek için de, harp bittikten sonra, bu gibi haksız tasarrufları hukukileştiren ve faillerini mesuliyetten kurtaran İbra Kanunları (Acts of Indemnity) çıkarılıyordu (8).

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sırasında ise Habeas Corpus usulü doğrudan doğruya tatil edilmemiş, fakat özel kanunlarla (9) idare organına çok geniş bir tanzim yetkisi verilmiştir. Meselâ 1939 tarihli Tehlike Hali Yetkileri Kanunu (The Emergency Powers Act), krala, Meclis-i Has emirnameleri yolu ile «âmminin emniyetini, ülkenin müdafaasını, âmme nizamının muhafazasını, harbin muvaffakiyetle yürütülmesini ve toplumun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli maddelerin ve hizmetlerin teminini sağlayabilmek için kendisince lüzumlu veya münasip görülen nizamnameler» yapma yetkisini vermiş (10), mahkemeler de bu hükme istinaden yapılan nizamnamelerin gerçekten «lüzumlu veya münasip» olup olmadığını kendilerince incelenemeyeceğini, bunun tamamen kralın takdirinde bulunduğunu kabul etmişlerdir (11). Buna rağmen

(8) Wade and Phillips, Constitutional Law, 1955, s. 382 - 383.

(9) 1914 - 15 Kraliyetin Müdafaası Kanunları (Defence of the Realm Acts); 1939 - 40 Tehlike Hali Yetkileri Kanunları (The Emergency Powers (Defence) Act) gibi.

(10) Schwartz, Law and the Executive in Britain, New - York, Cambridge, 1949, s. 320.

(11) Rex v. Comptroller General of Patents; ex parte Bayer Products Ltd.; (1941) 2 K. B. 306 (Schwartz, a. g. e., s. 328). Keza Devlet Bakanlığına, herhangi bir şahsı «makul bir sebep» (reasonable cause) in mevcudiyeti halinde tevkif salâhiyeti veren bir nizamnameye (18 B) istinaden yapılan bir tevkif dolayısıyla açılan dâvâda mahkeme, «makul sebep» in objektif değil, sübjektif bir mahiyet taşıdığını, binaenaleyh mahkemenin, Devlet Bakanlığının takdirine müdahale edemeyeceğini

bu tanzim tasarruflarını keyfi ve hukuk dışı birer tasarruf addedmemek lâzımdır. Çünkü bunlar, hukuki bir mesne'de, yani icra organına bu yetkiyi veren kanunlara dayanmaktadır. Süphesiz ki idarenin fevkalâde hallerdeki tasarrufları, barış zamanındakilerle kıyaslanamayacak derecede geniş bir takdir unsurunu iltiva etmektedir. Fakat bunlar gene de, idarenin «hukuk kaideleri içinde» ki hareket serbestliğinin bir tezahürüdür. Nitekim bu tasarruflar aleyhine «mahkemeler müracaat yolu kapatılmış değildir» (12). Binaenaleyh bu gibi tasarruflardan dolayı açılacak bir dâvâda hâkimin dâvâyı - hükümet tasarruflarında olduğu gibi - iptidaen reddetmesi bahis konusu olamaz. Kaldı ki mahkemeler, fevkalâde hal nizamnamelerinin takdiri unsurlarına müdahale edemezlerse de, bu nizamnameye tevfikan yapılmış bir tasarrufu, nizamnamenin verdiği yetkilerin dışına çıkmış olması halinde iptal edebilirler. Mese-lâ: John Fowler and Co. (Leeds), Ltd. v. Duncan (1941), 57 T. L. R. 612 (13).

Görülüyor ki İngiltere'de idarenin fevkalâde hallerde yaptığı tasarruflar birer hükümet tasarrufu addedilemez. Bu sebeptendir ki, bunları incelememizin dışında bırakmış bulunuyoruz.

III — Konunun sınırlandırılması: İngiltere'de hükümet tasarruflarını incelemiş olan Türk müellifleri, umumiyetle bu tetkiklerini sadece «acts of state» kategorisine inhisar ettirmişlerdir (14). Halbuki İngiliz hukukunda «acts of state» kategorisi içinde mütalâa edilmeyen, fakat hükümet tasarruflarının bütün vasıflarını taşıyan geniş bir kategori daha mevcuttur ki buna, «prerogative'e müstenid tasarruflar» (Prerogative acts) adı verilmektedir. Bu itibarla biz, incelememizde bu iki hükümet tasarrufu tipine de yer vermeyi uygun gördük. Aşağıda tafsilâtı ile izah edileceği gibi, bu iki tasarruf nev'i, yani gerek «acts of state», gerekse «prerogative acts», kanunla değil, common law'ca yani mahkeme içtihatlarıyla ihdas edilmiş olmak gibi çok mühim bir müşterek hususiyet taşımaktadır. Bu bakımdan da bu tasarruflar, kazai murakabenin «ka-

kabul etmiştir: Liversidge v. Anderson (1942) A. C. 206 (Schwartz, a. g. e. s. 329 - 335; Wade and Phillips, a. g. e., s. 386 - 387).

(12) «Access to the courts was not barred» (Wade and Phillips, a. g. e., s. 386).

(13) Wade and Phillips, a. g. e., s. 386.

(14) Onar, a. g. e., s. 329 - 330; Giritli, a. g. e., s. 68 - 72.

nunen» ref veya tahdit edilmiş olduğu hallerden kolayca ayırđedilebilmektedir.

Gerçekten İngiltere'de kazai murakabeyi ref veya tahdit etmeye matuf bir takım «teşrii» teşebbüslerin de mevcut olduğu görülmektedir. Nitekim bir çok kanunlarda, bazı idari tasarrufların «hiç bir mahkemece tetkik olunamayacağı» (shall not be questioned in any Court of Law), «nihai» mahiyette olduğu (whose decision shall be final), «kanunda mündemiç gibi hüküm ve kuvveti haiz bulunacağı» (shall have effect as if enacted in the act), veya vekilin söz konusu tasarruf hakkındaki tasdikinin, o kanundaki şartlara riayet edildiği hususunda kat'i ve nihai bir delil teşkil edeceği (conclusive evidence clause) tarzında ifadeler kullanılmaktadır (15). İngiliz Anayasa sistemine göre egemen durumda olan ve herhangi bir ana kanunla bağı bulunmayan Parlâmentonun, icra organının bazı tasarruflarını kazai murakabe dışında bırakmaya yetkili olduğunda şüphe yoktur (16). Ancak common law'un, ferdin mahkemeye başvurabilme hakkı lehindeki tutumu da gayet kuvvetlidir; bu bakımdan Parlâmento ancak, maksadını son derecede vâzih şekilde ifade eden bir hüküm ile böyle bir neticeyi husule getirebilir. Yoksa muhtelif şekillerde yorumlanmaya müsait bir kanun karşısında mahkemeler, şüphesiz ki, kazai murakabe imkânının mevcudiyeti lehinde hüküm vermeye mütemayil olacaklardır. Zira İngiltere'de asırlardan beri hâkim olan «hukukun üstünlüğü» veya hukuk devleti prensibi (rule of law), bunun aksinin düşünülebilmesini bir hayli zorlaştırmaktadır (17). Nitekim mahkemeler, kazai murakabeyi ortadan kaldıran kanuni hükümlerin kâfi derecede sarıh olmadığı hallerde ekseriya, bu hükümleri, kazai murakabe yetkisini bertaraf etmeyecek şekilde yorumlama yollarını bulmuşlardır: Rex v. Electricity Commissioners (1924) 1 K. B. 171; Rex v. Minister of Health, ex parte Davis (1929) 1 K. B. 619; Minister of Health v. Rex, ex parte Yaffe (1931) A. C. 494; Corporation of Waterford v. Murphy (1920) 2 I. R. 165; Attorney - Ge-

(15) Bu tip kanunların bir listesi için bk. Willis, Parliamentary Powers of English Government Departments, s. 191 - 198.

(16) Hood Phillips, The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth, London, 1957, s. 447; Schwartz, a. g. e., s. 179.

(17) Schwartz, a. g. e., s. 179 ve 194.

neral v. Hanwell Urban District Council (1900), 1 Ch. 51, aff'd, (1900) 2 Ch. 377... v. s. (18).

Kazai murakabenin kanunla bertaraf edildiği hallerde yapılan tasarrufların birer hükümet tasarrufu addedilip edilmeyeceği ihtilâflıdır. Bir çok müelliflere göre hükümet tasarruflarına ancak mahkeme içtihatları vücut verebilir; diğer bir deyimle bu tasarruflar, münhasıran içtihadî karakterdedir (19). Mamafih bu görüş ister kabul edilsin ister edilmesin, yukarıda kısaca izahına çalıştığımız gibi, İngiltere'de bu vadiye yapılmış olan teşrii teşebbüsler, ekseriya kazai murakabe imkânını tamamen bertaraf eder bir mahiyet taşımamış ve içtihatlar imkân nisbetinde aksi istikamette gelişmiştir. Bu bakımdan kazai murakabenin kanunla bertaraf edildiği, daha doğrusu edilmeye çalışıldığı halleri incelememizin dışında bırakmakta mahzur görmüyoruz.

KISIM I

PREROGATİVE TASARRUFLARI

§ 1. Prerogative teriminin çeşitli anlamları

Kral prerogative'inin (Royal prerogative) muayyen ve teknik bir anlamı yoktur. Bu terim bazan, Kralın hem common law'a hem mevzu hukuka göre sahip bulunduğu yetkilerin cümlesini içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Buna mukabil bazan, dış işleri ala-

(18) Kazai murakabenin «kanunen» tahdit veya bertaraf edilme teşebbüsleri hakkında bk. Schwartz, a. g. e. s. 176 - 198; Willis, a. g. e., Chap. 3; S. A. de Smith, Statutory Restriction of Judicial Review (The Modern Law Review, 1955, s. 575 - 594); Hood Phillips, a. g. e., s. 447 - 451; Wade and Phillips, a. g. e., s. 330 - 331; Vakur Versan, İngiltere'de İdarenin kazai murakabesi ve idari kaza fikrinin doğuşu (Tahir Taner'e Armağan, 1956, s. 138.

(19) Giritli, a. g. e. s. 87. Müellif, bu görüşün bu gün Fransa'da da ittifakla kabul edilmekte olduğunu zikretmektedir (s. 87, Not 16). Aynı fikir, Süheyp Derbil, İdare Hukuku, 1959, s. 186.

nına taallük eden «acts of state» in aksine, hükümdarın «kendi teb'ası üzerindeki» yetkilerini ifade etmektedir. Nihayet artık tarihi sayılabilecek bir mânada, yani hükümdarın, devletin başı olmasından doğan bazı sıfat ve vasıfları (20) anlamında kullanıldığı da vakidir. Bununla beraber prerogative'in en yaygın ve tercihe şayan mânası, Tac'ın kanunlardan değil, common law'dan almış olduğu yetkililerdir (21).

Mamafih prerogative tabirinin bugünkü anlamını ve kapsadığı alanı lâyık ile anlayabilmek için bu mefhumun tarihi gelişiminden biraz olsun bahsetmek gerekecektir. Çünkü «hukukla prerogative arasındaki münasebetin vazih şekilde teessüsü, Stuart devri mücadeleleri sırasında olmuş ve bu devirde yerleşen esaslar, ancak teferruata müteallik bazı değişikliklere uğrayarak, zamanımıza kadar gelmiştir. Şimdiki prerogative nazariyesi, esas itibarile 17. asrın bir mirasıdır» (22).

§ 2. Prerogative'in tarihi gelişimi (23)

Orta çağda prerogative tabiri, kralın, en büyük feodal senyör olma vasfından doğan haklarını ifade etmekte idi. Bu hakların ba-

(20) Ezctümle «kusursuzluk vasfı» («prerogative of perfection) veya aynı şeyi ifade eden «Kral hata yapmaz» (The King can do no wrong) düsturu; «ebedilik vasfı» (prerogative of perpetuity) veya aynı anlamda olarak «The King never dies» düsturu (Bu prerogative, bir hükümdarın cülusunun, selefinin ölümü ile aynı anda vuku bulacağını ifade etmektedir); Kralın hiç bir zaman küçük telakki edilmemesi (The King is never an infant) gibi... Bunlara şahsî (personal) prerogative'ler de denilmektedir (Hood Phillips, a. g. e., s. 206-208; Wade and Phillips, a. g. e., s. 141).

(21) Hood Phillips, a. g. e., s. 202; Wade and Phillips, a. g. e., s. 141; Keir and Lawson, Cases in Constitutional Law, Oxford, 1954, s. 43; Dicey, Introduction to the study of the Law of the Constitution, Ninth edition, 1941, s. 425.

(22) Keir and Lawson, a. g. e., s. 43.

(23) Bu kısmın yazılmasında, bu konuda başvuru'abilecek en muhter kaynaklardan biri olduğu, diğer bazı müelliflerce de belirtilen Keir ve Lawson'un Cases in Constitutional Law adlı eseri (s. 43-75) ile Wade ve Phillips'in Constitutional Law adlı eserinden (s. 138-140) istifade edilmiştir.

şında kral aleyhine dâvâ açlamaması gelirdi. Bu imtiyaz, ortaçağ başlarında hakiki bir prerogative mahiyetini taşııyordu. Çünkü feodal hukuka göre esasen hiç bir senyör, kendi mahkemeleri huzurunda dâvâ edilemezdi. Kral ise en üstün feodal senyör olduğundan, memleketin hiç bir mahkemesinde aleyhine dâvâ açlamaması pek tabii idi. Yani bu imtiyaz, Kralın şahsına münhasır olmayıp, feodal hukukun bir tatbikatından ibaretti. Ancak daha sonraları bu husus, gerçek bir prerogative mahiyetini aldı; zira kralın mahkemeleri zamanla millî mahkemeler haline geldi ve kralın bu imtiyazı ile feodal sistem arasında gerçek bir ilgi kalmadı. Saniyen kralın mallarının haraç, bağ ve resimlerden muaf olduğu ve haczinin kabil bulunmadığı da kabul edilmekteydi.

Ancak bu gruptaki hakların dışında bir de, kralın, devlet reisi olma vasfından doğan ve icrâ - yı hükûmete taallük eden yetkileri vardı. Gerçi ortaçağ hukukçuları, «Kral hata yapmaz» vecizesini, «Kral ancak doğru olan şeyleri yapmağa yetkilidir» şeklinde anlıyor ve Kralın, mülkiyete istihkak ve vatana hiyanet meseleleri hakkında hüküm verme yetkisini, geri alınamaz şekilde common law mahkemelerine devretmiş olduğunu, yani bu hususlarda bizzat hüküm veremeyeceğini, nihayet Parlâmentonun rızası olmaksızın vergi yolu ile para toplayamayacağını kabul ediyorlardı. Ancak gene de, kralın hukukla kayıtlanmamış olan bir çok yetkileri mevcuttu. Meselâ dış siyaseti tedvir etmek, harp ve sulh yapmak bu cümledendi. Teşriî iktidar esas itibarile Parlâmento'da olmakla beraber, kral, hukuki kuvveti haiz nizamnameler (proclamations) isdar edebilir, keza adalet icabı olan hallerde muayyen şahısları bir kanuna itaat mecburiyetinden varestede kılabilirdi (Dispensing power). Common law mahkemelerinde lâıkyı ile halledilemeyeceğine kani olduğu meseleleri ya bizzat veya hususî mahkemeler vasıtasıyla hükme bağlayabilirdi.

Görülüyor ki 15. yüzyılın sonunda Kralın yetkileri iki şekil arz ediyordu : Biri, ancak muayyen yollarla yani Parlâmento veya common law mahkemeleri vasıtasıyla kullanılabilirdiği yetkiler (ordinary power); ikincisi, kendi takdirî ile bizzat kullanabileceği, hiç bir şekli ve hukuki tahdide tabi bulunmayan yetkiler (absolute power). Mamafih bu devirde prerogative, münhasıran takdirî yetkileri ifade edecek tarzda kullanılmamakta ve kralda mündemiç olan bütün yetkileri - istimal şekli ne olursa olsun - içine almaktaydı. Bununla beraber 16. asırda kralın takdirî yetkilerinin şümülü,

gittikçe dikkati çekmeye başladı. Ani ve zecri hareketi icab ettiren bazı iç ve dış tehlikelerle karşılaşan Tudor'lar, bu yetkileri son had-dine kadar kullandılar ve sayılarını da çoğalttılar. Bu yetkiler, ya büsbütün yeniden kurulan veya yenileştirilip takviye edilen Council, Star Chamber, High Commission gibi merciler vasıtasıyla kullanılmakta idi. Milletçe karşı karşıya bulunulan tehlike de, bu hareket-lerc karşı halkın itaatsizlik göstermesine mani oluyordu. Böylece takdiri yetkiler, bütün devlet müesseselerini istilâ etmiş ve krali iktidarın en önemli özelliği haline gelmişti. İşte Tudor hukukçularını bu yetkiler etrafında, bir çok yeni unsurlar ihtiva eden bir prerogative nazariyesi meydana getirdiler.

Bu nazariyenin ortaya atılması, ortaçağın prerogative nazariyesinden hiç değilse kısmen ayrılınması demektir. Ancak bu ayrılmanın açıkça yapılmasına imkân yoktu. Ortaçağ nazariyesi ve koyduğu tahditler hâlâ bâki olup kuvvetlerini tamamen kaybetmemişlerdi. Yani Kara Avrupası mutlakiyetinin «princeps legibus solutus» (Hükümdar hukuka tabi değildir) vecizesi İngiltere'de hiç bir zaman câri o'nmamıştır. Hiç kimse kralın şahsına mutlaklık izafe etmiye cesaret edememiştir. Fakat aynı sonuca, tedrici ve dolambaçlı yollarla ulaşılmıştır.

Evvelâ kralın beşeri ve siyasi sıfatları arasında bir fark tesis edildi ve bunlardan ikincisi, devletin teşahhus etmiş hali addedildi. Bu siyasi sığata, ebedilik ve kusursuzluk (24) gibi, bir insana atfedilmesi imkânsız olan vasıflar tanındı. Kusursuzluk (perfection) vasfı, «Kral hata yapmaz» düsturu ile ifade ediliyordu. Bu vecize, ortaçağdaki mânasını kaybetmiş ve kralın her yaptığıının doğru olduğunu ifade eder hale gelmişti.

Ancak bu yetkilerin istimaline halkça itaat gösterilmesi, hükümdarın siyasi basiret ve teyakkuzuna dayanıyordu. James I'den önce, Parlâmentonun rızası olmaksızın teb'aya vergi koymak hususunda sistemli bir teşebbüste bulunulmamış, keza teb'anın hürriyet ve mülkiyetine müteallik ihtilâfların halli, umumiyetle common law mahkemelerine bırakılmıştı. Bu gibi hususlarda Tac'ın yaptığı müdahaleler, sadece tehlike (emergency) hallerine inhisar ediyordu. Bu, muhakkak ki istikrarsız bir muvazene hali idi. Ya mahkemeler, kralın mutlak iktidarına tabi olmadıklarını kabul ettirecek

(24) Bk. not 20.

ler, yahut ta Parlâmento ve mahkemeler tarafından kullanılmakta olan âdi iktidar, mutlak iktidarı içinde eriyip gidecekti. Mamafih mutedil kralcılarla mutedil parlâmentocuların prerogative hakkındaki telâkkileri, 17. asrın ilk yarısında birbirinden pek farklı değildi. Sadece iki noktada bir ayrılık husule gelmiş ve Coke'un te-siri ile mahkemeler, Kralın, Parlâmentonun iştiraki olmadan hiç bir teşrii iktidara sahip bulunmadığına (Case of proclamations) ve ancak hâkimleri vasıtasıyla kazai mahiyette hükümler verebileceğine (Prohibitions del Roy) karar vermişlerdi.

Bu iki rakip prerogative nazariyesi arasındaki açık mücadele, kralın, Parlâmentonun rızası olmaksızın vergi toplamak hususundaki talebi üzerine başladı. 17. ci yüzyıl içinde karara bağlanan ve prerogative'in tarihçesi bakımından büyük önem taşıyan üç dâvâda (Bate's case 1606; Darnel's or the Five Knight's case 1627; R. v. Hampden or the Case of Ship-Money 1637) mahkemeler, kralı iltizam eden kararlar verdiler. Bilhassa son kararda, memleketin müdafaasından kralın mesul olduğu, binaenaleyh bir tehlike hali mevcut olup da Parlâmentonun daveti için vakit bulunmazsa kralın tek başına hareket edebileceği ve memleketin müdafaası için zaruri olan parayı teb'adan toplayabileceği kabul edilmiş, yani Parlâmentonun rızası olmaksızın vergi ihdas edilemeyeceği kaidesi, tehlike hallerine şamil sayılmamıştır.

Bu devirde Parlâmento taraftarları ile kralcılarının savundukları prerogative nazariyeleri arasındaki başlıca fark şu idi: Parlâmento taraftarlarına göre common law'un krala bir prerogative yetkisi bahsetmiş olduğu hallerde bu yetki mutlaktı; yani hukuktan kralın, bunu dilediği gibi kullanabilirdi. Bu yetkilerin istimalinin yegâne murakabe şekli, vekillerin Avam Kamarasına karşı mesuliyeti yolu ile siyasi bir murakabe idi. Kısacası onlarca prerogative, mahdut bir sahada mutlak bir yetkiyi ifade ediyordu. Kral taraftarları ise bunun sahasının da mutlak olduğunu, yani hükümet icaplarının gerektirdiği bütün hallerde kullanılabileceğini savunuyorlardı. Tatbikatta da, hükümet icabı sayılan tasarruflardan (25) doğan ihtilâflar, umumî mahkemelerde değil, Meclis-i Has'ta

(25) O devirde bu gibi tasarruflar, hepsi de aynı mânayı ifade eden «âmme hukuku» (public law), «devlet ve hükümet meseleleri» (matters of state and government) ve «mutlak prerogative» (absolute prerogative) tabirleri ile ifade ediliyordu.

(Privy Council) veya Star Chamber'da görülüyordu. Bu nevi meseleler umumî mahkemelerin önüne geldiğinde kralın haberdar edilmesi ve kendisi tasvibini bildirinceye kadar dâvânın talik olunması gerektiği kabul ediliyordu. Yanlışlıkla kralın rızası istihsal edilmeden dâvâya devam edilmişse kral, muameleleri kesin şekilde durduracak bir «de non procedendo rege inconsulto» (Krala danışılmadan dâvâya devam olunmaması) müzekkeresi çıkarabilirdi. Görülüyor ki kral, hikmet- i hükümet icabı addettiği her meseleyi, bu şekilde kazai murakabe sahasının dışına çıkarmak imkânına sahipti.

İşte bu şekilde, hukuk alanında bir türlü halledilemeyen prerogative ihtilâfi, neticede 17. ci asrın iki büyük ihtilâline yol açtı. Prerogative meselesinin halli iki safhada olmuştur. Evvelâ Bill of Rights, prerogative'in muayyen bazı suiistimal şekillerinin (meselâ kanunların tatbikinin talik edilmesi, bazı şahısların kanuna riayet mecburiyetinden varestede tutulması, Parlâmentonun rızası olmaksızın para toplanması, barış zamanında ülkede devamlı bir ordu bulundurulması v. s.) hukuka aykırı olduğunu ilân etti. Bundan başka İhtilâl, prerogative'in hukukun üstünde olmadığı, bilâkis bunun, «common law» ca krala bahşedilen bir yetki olduğu fikrinin nihai zaferini teşkil etti. İkinci safha ise, mesul hükûmetin gelişmesi ve meşrutî bir monarşinin teessüsüdür. Bu safhada, prerogative ve yetkilerinin ancak, Parlâmentoya karşı mesul durumda olan vekillerin tavsiyesi üzerine ve bu vasıtayla kullanılabileceği prensibi teessüs etti. Bunu aşağıda daha teferruatlı şekilde tetkik edeceğiz.

§ 3. Prerogative'in bugünkü mahiyeti

Bugün prerogative'in sahası hâlâ nisbeten geniş olmakla beraber, bu yetkiler, common law'un tâyin ettiği hudutlar dairesinde mevcuttur. Yani Tac'in, 17. ci asırda olduğu gibi, prerogative veya devlet ihtiyacı (state necessity) defini dermeyeran etmek suretiyle istediği herhangi bir meseleyi prerogative'e ithal etmesi ve bu şekilde onu kazai murakabe dışına çıkarması bahis konusu değildir. Nitekim Entick v. Carrington dâvasında (26), devlet ihtiyacı defininin

(26) (1765), 19 St. Tr. 1030 (Keir and Lawson, a. g. e., s. 174 - 182).

dermeyanınun, bir teb'aya karşı gayr-ı kanunî şekilde harekette bulunmuş olmaktan sanık bir kimseyi himaye edemeyeceği açıkça kabul edilmiştir: «Devlet ihtiyacı def'i veya Devletin işlediği suçlarla diğerleri arasında bir fark teşisi tarzındaki bir muhakemeyi common law kabul etmez; kitaplarımız da şöyle bir farkı nazara almış değildir» (Sözü geçen kararda Baş Yargıç Lord Campden'in sözleri).

Hikmet-i hükümet icabı sayılan meselelerin umumî mahkemelerde değil, kralın hususî teşekküllerinde görülmesi usulü de kat'iyetle ortadan kalkmıştır. Zira gerek «de non procedendo rege inconsulto» müzekkeresi, gerek Star Chamber, Uzun Parlâmento zamanında ilga edilmiştir. Böyle bir usulün tekrar ortaya çıkması da mümkün değildir; çünkü İn re Lord Bishop of Natal dâvâsında (27) Meclis-i Has'ın Kazai Komitesi, kralın, prerogative'i vasıtasıyla, common law'dan gayri bir hukuku tatbik edecek herhangi bir mahkeme kuramayacağına karar vermiştir (28). Böylece âmme hukuku ile hususi hukuk arasında yaratılmaya çalışılan tefrik de ortadan kalkmış bulunmaktadır; çünkü her ikisi de aynı kazai merciler yani umumî mahkemeler tarafından tatbik edilmektedir.

Âdi ve mutlak prerogative tabirleri de artık kullanılmaz olmuştur. Kralın âdi iktidarı, yani mülkiyete taallük eden meselelerde hâkimleri vasıtasıyla hüküm verme yetkisi, zamanımızda bir prerogative addedilmemektedir. Buna mukabil, hükümet işlerine müteallik prerogative'ler hâlâ mutlak mahiyettedir. Şu mânada ki, bunların icrasından dolayı kral veya bakanlarını hukuken mesul kılmak hiç bir vasıta mevcut değildir. Yani bir fert, prerogative mucibince yapıldığı iddia edilen bir tasarrufun muteberiyetine itiraz ederse, mahkemeler sadece, iddia edilen prerogative yetkisinin mevcut olup olmadığını araştırabilecekler ve yetkinin mevcudiyeti ortaya çıktığı takdirde bunun istimaline hiç bir şekilde müdahale edemeyeceklerdir. Bu husus, common law'ca sarahaten* kabul edilmiş bulunmaktadır: China Navigation Company v. Attorney General (1932) 2, K. B. 197 (Keir and Lawson, s. 93-101); Musgrove

(27) (1864 - 65) 3 Moo. P. C. C. (N. S.) 115 (Keir and Lawson, s. 81 - 86).

(28) Keir and Lawson, a. g. e., s. 70.

v. *Chung Teeong Toy* (1891) A. C. 272; *Engelke v. Musmann* (1928) A. C. 433; *Denning v. Secretary of State for India* (1920) 37 T. L. R. 138... (29). İşte prerogative tasarruflarının bu vasfı, bunların birer hükümet tasarrufu olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zamanımızda Tac'ın, veya diğer bir deyimle icra organının (30) yetkileri, prerogative'den ziyade kanuni hükümlere istinad etmektedir (Statutory powers). Ancak bu iki nevi yetki arasında pek mühim bir fark vardır. Kanuni yetkiler de bir takdir kudretinin kullanılmasını gerektirebilirse de, mahkemeler, bu yetkilerin kullanılış tarzını tetkik edebilir ve kanuni hükümlere riayetsizlik halinde iptal müeyyidesini tatbik edebilirler.

Nihayet 17. ci asırda kral taraftarlarınca ileri sürülen, Parlâmentonun dahi mevcut bir prerogative'i ortadan kaldıramıyacağı fikri, bugün tamamen terkedilmiştir (31). Bir prerogative'in sarahaten ilgası nadir olmakla beraber, kanunlarla zımnen ilga, tenzil veya tatil edildiği sık sık görülmektedir (32). Bu mânadadır ki Dicey, prerogative'i, bir «iktidar bakıyesi» (residue of power) olarak vasıflandırmıştır (33).

Prerogative'in istimal şekli hiç bir hukuki tahdide tabi olmakla beraber, bunlardan bazılarının ne şekilde kullanılacağı, anayasa teamülleri (conventions) ile taayyün etmiş bulunmaktadır. Meselâ mühim bir mesele hakkında Parlâmentodan müsbet oy almayan bir kabinenin istifa etmesi bir anayasa teamülüdür. Bunu

(29) *Wade and Phillips, a. g. e., s. 142; Keir and Lawson, a. g. e., s. 75; Hood Phillips, a. g. e., s. 204.*

(20) «Filiyatta Tac, icra organını veya merkezi hükümet teşkilâtını ifade eder» (*Hood Phillips, a. g. e., s. 205*).

(31) *Dicey, a. g. e., s. 64.*

(32) *Hood Phillips, a. g. e., s. 204; Attorney - General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd. (1920) A. C. 508.* İlgili kanunda böyle bir sarahat mevcut değilse ve sadece, o ana kadar prerogative ile yönetilen bir husus, bu kere kanunla tanzim edilmiş ise, eski prerogative'in ilga olunmadığı, fakat o kanun yürürlükte kaldığı müddetçe tatil edilmiş sayılacağı kabul edilmektedir (*Wade and Phillips, a. g. e., s. 145*).

(33) «Gerek tarihi bakımdan, gerekse fiiliyatta prerogative, belirli bir zamanda hukuken Tac'a bırakılmış olan takdir veya keyfi yetkilerin bakıyesinden başka bir şey değil gibi görünmektedir» (*Dicey, a. g. e., s. 424*). Bu tarif, not 32 de zikredilen dâvâda mahkeme tarafından da kabul edilmiştir.

başka bir şekilde vaz edecek olursak, Tac'ın, vekillerini dilediği gibi azledebilme prerogative'ini, ancak Parlâmentonun arzusuna uygun şekilde kullanabileceği neticesine varmış oluruz (34). Görülüyor ki, bazı prerogative'lerin istimali, fiiliyatta anayasa teamülleri ile sınırlıdır. Gerçi bir anayasa teamülü, hukuk kuvvetini taşımaz ve ihlâli halinde hiç bir hukuki müeyyideyi davet etmezse de, fiiliyatta Tac'ın bu teamüllere aykırı hareket edebileceğini sanmağa imkân yoktur. Saniyen zamanımızda Tac, prerogative yetkilerini ekseriya bizzat değil, vekillerinin tavsiyesi üzerine veya vekilleri vasıtasıyla hareket ederek yahut ta onların hükümdar adına hareket etmeleri suretiyle kullanmaktadır (35). Nihayet yukarıda da temas etmiş olduğumuz gibi, prerogative tasarruflarının kazai murakabeye tabi olmamalarına mukabii, vekillerin Avam Kamarasına karşı mesuliyetleri yolu ile siyasi murakabe mevcuttur. Zira prerogative yetkilerinin icrası hususunda da vekiller Parlâmentoya karşı sorumludur ve bunlar hakkında kendilerine sual tevcih edilebilir. Mamafih bunun bazı istisnaları da yok değildir; bilhassa idam cezalarını af prerogative'inin istimali hakkında bir sual, Parlâmento nizamına muhaliftir. Keza bir prerogative yetkisinin, istimali için Parlâmentonun mukaddem bir müsaadesi şart değildir. Ezcümle Tac, temsili bir yasama organına sahip bulunmayan bir sömürgeye, Parlâmentoya önceden danışmadan, hattâ belki haber bile vermeden yeni bir anayasa bahşedebilir. Parlâmento, prerogative'in kullanılmasından doğan sonuçlar hakkında vekilleri tenkid ve muahaze edebilir; fakat prerogative kullanılırken kendisine önceden danışılması hususunda Parlâmentonun hiç bir hakkı mevcut değildir. Mamafih Tac, bazı prerogative yetkilerini (meselâ harp ilânı), bunların mahiyetleri icabı olarak, Parlâmentonun desteğinden kat'iyetle emin değilse kullanmaya cesaret edemeyecektir (36).

§ 4. Prerogative'in neveleri ve sahası

Prerogative yetkilerinin çeşitli şekillerde tasnife tabi tutulduğu görülmektedir. Ezcümle siyasi ve şahsi (37) prerogativeler ola-

(34) Dicey, a. g. e., s. 426 - 27.

(35) Hood Phillips, a. g. e., s. 204 - 205; Wade and Phillips, a. g. e., s. 141.

(36) Wade and Phillips, a. g. e., s. 141.

(37) Şahsi prerogative'ler için bk. aş. not 20.

rak ayrılabilir gibi, hukukî mahiyetlerine göre, haklar, yetkiler, dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar şeklinde de tasnifi de mümkündür (38). Fakat konumuzu tetkikte bizim için en elverişli olanı, bunları, teşriî, kazai ve icrai prerogative'ler olarak ayırmak olacaktır.

I — *Teşriî prerogative'ler* : Parlâmentoyu davet, tatil veya feshetme; hükûmetin tavsiyesi üzerine lordluk payesi tevcih etme (to create peers); kanun tasarılarını tasdik veya tasdikten imtina etme (39); Avam Kamarasınınca yapılan Speaker seçimini tasdik etme; Meclis-i Has emirnameleri (Orders in Council) veya fermanlar (letters patent) vasıtasıyla bazı sömürgeler için kanun yapma (40).

II — *Kazai prerogative'ler* : Bunlar arasında «Kral hata yapmaz» düsturu (41), kral aleyhine zaman aşımı işlememesi (Nullum tempus occurit regis) prensibi gibi, icrai bir yetki değil, kazai bir muafiyet mahiyetini taşıyan hususlar da vardır. Bu bakımdan konumuzla fazla ilgili olmayan bu prerogative'ler üzerinde durmayacağız. Bunlardan gayri Tac, «nolle prosequi» müzekkeresinin ibrazı ile bir ceza dâvasının takibini durdurmak (Bu prerogative, Attorney General tarafından kullanılır) ve deniz aşırı İngiliz mahkemelerinin kararlarına karşı Meclis-i Has'ın Kazai Komitesi (Judicial Committee of the Privy Council) nezdinde yapılacak temyiz müracaatlarına izin vermek prerogative'lerine de sahip bulunmaktadır.

(38) Bu tasnifler için bk. Hood Phillips, a. g. e., s. 205 - 206.

(39) Mamafih Kraliçe Anne'dan bu yana hiç bir hükümdar, bir kanun tasarısını tasdik etmeme yetkisini kullanmamıştır; kralın tasdikte bulunması lüzumu, yerleşmiş bir anayasal teamüldür (Jennings, The Law and the Constitution, 3. baskı, s. 134).

(40) Wade and Phillips, a. g. e., s. 142 - 143; Hood Phillips, a. g. e., s. 216 ve müt.

(41) Bununla beraber 1947 tarihli The Crown Proceedings Act, teb'aya, akit veya haksız fiilden dolayı doğrudan doğruya devlet daireleri aleyhine dâvâ açabilmek imkânını sağlamak suretiyle bu kaidenin önemini azaltmıştır. Buna rağmen hükümdarın şahsi dokunulmazlığı gene bâkidir. Hükümdar aleyhine, hususi sıfatı dolayısıyla dâvâ açmak, ancak common law'un hak dilekçesi usulü ile mümkün olabilecek gibi görünmektedir. Bundan başka Tac, nezdindeki vesikaların ibrazına mecbur olmamak ve aleyhine icra takibi yapılamaması gibi bir takım kazai muafiyetlere bugün dahi sahip bulunmaktadır (Hood Phillips, a. g. e., s. 207 ve 215).

Kazai prerogative'lerin en önemlilerinden biri de, af prerogative'idir. Bu prerogative, İç İşleri bakanının tavsiyesi üzerine kullanılır. Af, üç şekilde olabilir: a) Şartsız af (Free pardon), hem hükmü, hem cezayı ortadan kaldırır. b) Şartlı af (conditional pardon) halinde ceza, başka bir cezaya tahvil edilir (meselâ ölüm cezasının müebbet küreğe tahvili). c) Tahfif: Bu da, cezanın nev'i değiştirilmeksizin miktarının indirilmesi suretiyle olur. Bunlardan başka Tac, prerogative'ini kullanarak bir hükmün infazını geri bırakabilir.

Mamafih af prerogative'inin istimali hususunda bazı tahditler mevcuttur. Ezcümle: a) Suç, muayyen bir ferde karşı değil, âmme-ye karşı işlemiş bir suç olmalıdır. b) Tac, impeachment'a uğramış bir şahıs hakkında af prerogative'ini kullanamaz (Act of Settlement, 1701). Keza Habeas Corpus Kanununa (1679) göre, bir şahsı kanunsuz şekilde ülke dışında hapsedmekten sanık bir kimse hakkında af yetkisi kullanılamaz (42).

III — *İcrai prerogative'ler*: İcrai prerogative'ler bugün bilhas-
sa idari teşkilât, silâhlı kuvvetler ve dış işleri hususlarında ehem-
miyeti haizdir. Bu prerogative'leri şu şekilde tasnif edebiliriz:

1. Vekillerin ve diğer başlıca devlet memurlarının tâyin ve az-
li; kazai memurların tâyini ve kanuna uygun olarak azli.

2. Silâhlı kuvvetlere müteallik prerogative'ler: Hükümdar, memleketin bütün silâhlı kuvvetlerinin baş kumandanıdır. Donan-
ma, bazı hususlarda kanuni hükümlerle tanzim edilmiş bulunmak-
la beraber, esas itibarile kanuna değil, prerogative'e istinaden ida-
me ettirilen bir kuvvettir. Bill of Rights, Parlâmentonun rızası ol-
maksızın, barış zamanında Kraliyet dahilinde devamlı bir ordu bu-
ludurulmasını men etmiştir. Bunun dışında, bütün silâhlı kuvvet-
lerin murakabe, teşkilât ve sevk ü idaresi (43); ordu, donanma ve

(42) Hood Phillips, a. g. e., s. 215 - 216; Wade and Phillips, a. g. e.,
s. 143 ve 245 - 247.

(43) Nitekim China Navigation Company v. Attorney - General dâ-
vasında verilen karar da bunu teyid etmektedir. Bu karara gö-
re ülke dışında bulunan İngiliz teb'asını ve emlakini silâhlı
kuvvetler vasıtasıyla himaye edip etmemek tamamen Tac'in
prerogative'i dahilindedir (Keir and Lawson, a. g. e., s. 75 ve
83 - 101).

hava kuvvetleri subaylarının lâyin ve azîleri tamamen prerogative dahilindedir (44).

3. Asalet ve şeref payelerinin tevdi, nişan verilmesi.

4. Fevkalâde hallerdeki prerogative'ler (45): Bu yetkilerin şümülü hakkında kesin bir şey söylenemez. Case of Ship Money dâvâsında (1637), memleketin müdafaasından kralın mesul bulunduğu ve memleketin bir dış tehlikeye maruz bulunup bulunmadığını takdir edecek tek merciin de gene o olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu tehlikenin ne gibi vasıtalarla def edileceği hususu, tamamen Tacın takdirinde değildir; meselâ Parlâmentonun rızası olmaksızın vergi konulması ve mecburi askerlik hizmeti tahmili, Haklar Beyannamesi ile yasak edilmiştir. Tac, isyan veya ayaklanma halinde bu hareketi bastırmak için lüzumlu ve makul ölçüde kuvvet kullanabilir. Keza düşman tecavüzü halinde Tac, ülkenin müdafaası için istihkâmlar yapmak amacıyla vatandaşların arazisini işgal edebilir (The Case of the King's Prerogative in Saltpetre, 1607, 12 Rep. 12; Keir and Lawson, s. 76). Mamafih bu son iki yetki, sadece Tac'a ait olmayıp bütün teb'aya şamil bulunduğu için, bunları teknik mânada birer prerogative addetmemek daha doğru olur (46).

Tac, âcil bir millî ihtiyaç halinde (ki bu, istilâ veya yakm tehlike hallerine münhasır değildir) prerogative'i vasıtasıyla, karasuları içinde bulunan İngiliz gemilerini istimval edebilir (Requisition): The Broadmayne, (1916) P. 64; Crown of Leon v. Admiralty Commissioners, (1921) 1 K. B. 595... Gene Tac, harp halinde, devletler hukukuna ve iç hukuka göre sahip bulunduğu angarya hakkını (The right of angary) kullanarak, ülke içinde bulunan ve bir tarafsız devlet teb'asına ait olan herhangi bir menkulü (Bunun gemi olması şart değildir), bedeli mukabilinde istimval edebilir:

(44) Wade and Phillips, a. g. e., s. 143; H. Phillips, a. g. e., s. 211.

(45) Bu yetkileri, fevkalâde hallerdeki «kanuni» yetkilerle karıştırmamak lâzımdır. Kanuni yetkilerin kullanılması kazai murakabeye tabi olduğu halde (Bk. yuk., s. 336 - 337), prerogative'e müstenid fevkalâde hal yetkileri, bu murakabenin tamamen dışındadır.

(46) Hood Phillips, a. g. e., s. 213 - 14 ve 543; Wade and Phillips, a. g. e., s. 144.

Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade, (1925),
1 K. B. 271... (47).

Nihayet Tac'ın, harp zamanlarında prerogative'ini kullanarak bir İngiliz teb'asını memleketi terk etmekten men etmesi veya yurt dışında bulunan bir teb'ayı geri çağırması muhtemelen mümkündür. Ancak zamanımızda, harp sırasında yurda giriş ve çıkış, kanuni yetkilere istinaden kontrol edilmektedir (48).

Tac'ın, prerogative'ini kullanarak örfi idare ilân edip edemeyeceği ihtilâfıdır. Prof. Dicey, örfi idare (martial law) tabirinin iki ayrı anlamda kullanıldığını; bunlardan birincisinin, yukarıda da temas etmiş olduğumuz gibi, istila, isyan ve ayaklanma hallerinde Tac'ın ve bütün vatandaşların, tecavüzü def veya nizamı iade maksatlarıyla, lüzumlu ve makul ölçüde kuvvet kullanmaları hak ve vazifesini ifade ettiğini, bunun İngiliz hukukunca da en geniş şekilde tanınmış olduğunu; buna mukabil, mutad hukukun tatilini ve memleketin tamamının veya bir kısmının muvakkaten askerî mahkemeler tarafından idare edilmesini tazammun eden, gerçek anlamda bir örfi idarenin, İngiliz hukukunun mâlûmu bulunmadığını beyan etmektedir (49). Diğer bazı yazarlar ise, harp zamanı ile barış zamanı arasında bir tefrik yapmakta ve Haklar Dilekçesinin, barış zamanında örfi idare ilânının hukuka aykırı olduğunu beyan ettiğini, buna mukabil harp zamanında örfi idare ilân edilebileceğini ileri sürmektedirler. Ne olursa olsun, I. Charles'tan beri harp zamanında dahi, Birleşik Krallık dahilinde örfi idare ilânına teşebbüs edilmemiştir. Buna mukabil Birleşik Krallık dışındaki ülkelerde harp veya isyan hallerinde örfi idare tesis edildiği vakidir (50).

(47) Bu dâvâ hâkim Scrutton, angaryayı, «tarafsızlara ait olup ta muharip devletin ülkesinde veya işgali altındaki arazide bulunan ve harbin yürütülmesi için zaruri olan mallara, değer tahası verilmek şartıyla, muharip devlet tarafından el konulması hakkı» şeklinde tarif etmiştir (Wade, Act of State in English Law, The British Yearbook of International Law, 1934, s. 99, not 2). Hood Phillips, a. g. e., s. 213 - 214; Wade and Phillips, a. g. e., s. 145.

(48) Wade and Phillips, a. g. e., s. 145.

(49) Dicey, a. g. e., s. 287 - 294. Mamafih müellif, bu iddiasının, Birleşik Krallık dışındaki ülkelere şamil bulunmadığını tasrih etmektedir (s. 287, not 3).

(50) Hood Phillips, a. g. e., s. 546.

Ancak bu durumda dahi, harp halinin mevcut olup olmadığının takdiri, umumî mahkemelere aittir. Mahkeme bu karar verirken, icra organının bu konudaki beyanı ile de bağlı değildir. İrlanda isyanı sırasında ortaya çıkan bir dâvâ dolayısıyla bir İrlanda mahkemesinin belirttiği gibi, «Mahkeme, kendi kaza yetkisine taallûku itibarile, harb veya silâhlı isyan halinin mevcut olup olmadığı hakkında karar itihazına mecburdur» (Rex (O'Brien) v. Military Governor (1924) 1, I. R. 32). Başka bir deyimle bu, mahkemece halîli gereken maddî bir mesele sayılmaktadır (51). Bu da örfî idare ilânının, İngiliz hukukunda bir hükûmet tasarrufu teşkil etmediğini açıkça gösterir (52).

K I S I M II

ACTS OF STATE

§ 5. Meffhum ve prerogative ile münasebeti

Tac'ın, dış işleri alanındaki prerogative'ine dayanarak yaptığı tasarruflar, «acts of state» (Devlet tasarrufları) adını alır. (53).

-
- (51) Schwartz, a. g. e., s. 312 - 13; Hood Phillips, a. g. e., s. 547; Holdsworth, The History of Acts of State in English Law (Columbia Law Review, 1941, C. 41, s. 1313 - 1331), s. 1318.
- (52) Fakat mahkemeler bir defa harb halinin mevcudiyetine karar verdikten sonra, artık askerî kuvvetlerin hareketlerine hiç bir şekilde karışamazlar, bunları men veya murakabe edemezler. Bu husus, gerek Marais dâvası, gerek daha sonraki içtihatlarla sağlam şekilde teessüs etmiştir. Ancak kazai murakabenin bu yokluğu, harb halinin devamı ile mukayettir. Harb sırasında zaruret icaplarını aşan hareketlerde bulunan şahıslar, harb bittikten sonra bu hareketlerinden dolayı cezai ve hukuki bakımdan mesul kılınabilirler; meğer ki bu hareketleri bir İbra Kanununun (Act of Indemnity) şumulüne girsin: Rex v. Allen, (1921) 2 I. R. 241 (Schartz, a. g. e., s. 312). Harb halinin mevcut olup olmadığını takdirde mahkemenin ne gibi kıstaslar kullanabileceği hakkında bk. aynı eser, s. 309 - 311.
- (53) Wade and Phillips, a. g. e., s. 205; Holdsworth, a. g. m., s. 1313. «Act of state» tabirinin tam Türkçe karşılığı, «devlet tasarrufu»

Bunların da kral prerogative'inin bir parçasını teşkil edip etmediği ihtilâfıdır. In re Ferdinand, Ex - Tsar of Bulgaria dâvasında (54), hâkim Warrington, bu konuda şöyle demiştir: «Prerogative, Kralın, kendi teb'ası hakkında haiz olduğu yetki ve iktidarı ifade eder; yoksa kendisine karşı hiç bir şekilde sadakat mükellefiyeti (allegiance) (55) altında bulunmayan kişiler hakkında sahip bulunduğu hakları değil...» (56). Mamafih kabul edilmelidir ki, «acts of state» ile prerogative tasarrufları arasında mahiyetleri itibarile hiç bir fark mevcut değildir. Her ikisi de Tac'a kanunla (57) değil, common law'ca verilmiş olan yetkililerdir ve her ikisi de, kazai murakabe dışında olmak bakımından aynı hükümet tasarrufu karakterini taşırlar. Her halde de mahkemeler, ihtilâfa sebep teşkil eden tasarrufun hakikaten bir hükümet tasarrufu olup olmadığını araştırabilirse de, bir defa bunların hükümet tasarrufu olduğunu tesbit ettikten sonra, bu tasarrufların muteberiyetini hiç bir şekilde telkil edemezler (58).

İngiliz ve Amerikan hukuklarında «acts of state» tabirinin, daha hususi ve değişik bir anlamda kullanıldığı da vakidir. Bu mâ-

olmakla beraber, biz, Türk hukuk terminolojisinde alışılmış bir terim olması itibarile «hükümet tasarrufu» tabirini kullanmayı tercih ettik.

(54) (1921) 1 Ch. 107.

(55) Hükümet tasarrufları bahsinde, aşağıda da görüleceği gibi, oldukça önemli bir rol oynayan «allegiance» (Kralın şahsına sadakat) mefhumu hakkında burada kısaca bilgi vermek zaruridir. Blackstone bu mefhumu, «Kralın teb'aya sağladığı himaye karşılığında teb'ayı krala bağlayan bağ» olarak tarif etmiştir. Allegiance, tabii (natural) veya mahalli (local) olabilir. Teb'a her zaman ve her yerde Krala sadakat borçludur (Tabii bağlılık). Mahalli bağlılık mükellefiyeti ise, kraliyet dahilinde bulunan ve kralın himayesinde olan yabancılara aittir. Bu tarif de gösteriyor ki yabancıların krala sadakat mükellefiyetleri, muvakkat ve mahallidir (Hood Phillips, a. g. e., s. 460; Wade and Phillips, a. g. e., s. 193).

(56) Keir and Lawson, a. g. e., s. 102; Ridges, Constitutional Law, London, 1950, s. 221.

(57) İcra organına «kanunla» verilmiş olan yetkilere dayanılarak yapılan tasarrufların kazai murakabe dışında olmadığını görmüşük (Bk. yuk., s. 337 - 339).

(58) Keir and Lawson, a. g. e., s. 102; Wade, a. g. m., s. 100 - 102; Hood Phillips, a. g. e., s. 220.

nada act of state, yabancı bir devletin, kendi ülkesi dahilinde yaptığı bir müsadere (confiscation) muamelesini ifade etmekte ve bu gibi muameleler, yabancı bir devlet te'ası aleyhine de yapılmış olsa, hattâ bu harekete tevessül eden devletin kendi kanunlarına da aykırı bulunsa, gene de İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin kazasına tabi bulunmamaktadır (59). Mamafih terimin bu mânası, idare hukukunu değil, devletler umumî ve hususî hukuklarını ilgilendirdiği için bu mesele üzerinde duracak değiliz (60).

«Acts of state», İngiliz müellifleri tarafından umumiyetle iki grupta mütalâa edilmektedir :

a) Yabancı devletlere müteallik hükûmet tasarrufları,

b) Tac'a karşı sadakat mükellefiyeti (allegiance) altında bulunmayan, buna mukabil İngiliz kanunlarının himayesinden de istifade etmeyen fertlere müteallik hükûmet tasarrufları (61).

Şimdi hükûmet tasarruflarını (acts of state), bu iki grup halinde inceleyelim.

§ 6. Yabancı devletlere müteallik hükûmet tasarrufları

Bu nevi tasarruflar hakkında kazai murakabenin mevcut olması, şu üç şekilde kendisini göstermektedir :

I — *Yetkili idari merciin beyanlarının mahkemelerce nihai kabul edilmesi* : Bazı hususlarda mahkeme, kararında, yetkili idari ve siyasî merciin beyanını kat'i ve nihai olarak kabul ve buna istinad

(59) Bu meseleyi Devletler Hususî Hukukundaki «Devletlerin kazai muafiyeti» meselesi ile karıştırmamalıdır. Çünkü bu halde, Anglo-Sakson mahkemeleri huzurunda dâvâ edilip edilemeyeceği bahis konusu olan taraf, müsadereyi yapan yabancı devletin kendisi değil, bu usulsüz müsadere ile ilk sahibinden gasbedilen malı, bilâhare şu veya bu şekilde iktisab eden ve daha sonra bu malları A. B. D. veya İngiltereye getiren üçüncü bir şahıstır.

(60) Act of state tabirinin bu mânası hakkında bk. John C. Peters, *International conflict of laws - Title to chattels - «Act of State» doctrine* (Michigan L. R., 1959, c. 58, s. 100 - 122); keza Holdsworth a. g. m., s. 1318 - 20.

(61) Hood Phillips, a. g. e., s. 219; Holdsworth, a. g. m.

etmek zorundadır. Yani mahkeme, bu beyanların gerçek duruma uygun olup olmadığını araştıramaz. Buna «siyasî mercilerin beyanlarının nihâilîği» kaidesi denilir. Bu kaide nin câri olduğu hususlar şunlardır :

Yabancı bir camianın bağımsız bir devlet olup olmadığı; bir toprak veya deniz parçasının millî ülkeye dahil bulunup bulunmadığı; başka bir devletçe vaki fethin veya ülke üzerindeki hakta meydana gelen diğer değışmelerin tanınmış olup olmadığı ve genel olarak muayyen bir arazinin şu veya bu yabancı devletlerden hangisinin egemenliğı altında bulunduğu; bir arazinin harp mntakasına dahil olup olmadığı; yabancı bir devlet veya hükümetin, İngiltere tarafından fiilen veya hukuken tanınmış olup olmadığı (61 a); yabancı bir geminin statüsünün ne olduğu; yabancı bir devletle harp halinde mi, yoksa barış halinde mi bulunulduğu ve harp hali mevcutsa bunun başlangıç ve sonu; iki yabancı devlet arasında harp halinin mevcut olup olmadığı; bir şahsın diplomatik dokunulmazlıktan faydalanmağı hakkı olup olmadığı; misillemeyi meşru kılacak bir vaziyetin mevcut bulunup bulunmadığı; yabancı bir memlekette İngiltere'ye ait hukuki yetkilerin mevcudiyeti ve şümüli (62).

Bu beyanların mahkemeler için bağlayıcı mahiyette olduğu fikri 17. ci asırda ortaya çıkmış ve ekseri hallerde mahkemeler, bu çeşit meseleler hakkında hükümetten malûmat isteyerek bu malûmata tevfikân hareket etmiş olmakla beraber, bahis konusu prensip, ancak son zamanlarda kat'iyetle teessüs etmiştir. Bunun sebebi, bu meselelerin başka neviden delillerle ispat olunduğu bir takım dâvâların aksi istikametteki tesiri olmuş ve binnetice bazı yargıçlar, Tac'ın verdiğı malûmatın sadece «prima facie» delil olduğu ve Tac'ın beyanının hukuki neticeleri, bir devletler hukuku kai-

(61 a) «.. böyle bir tanımının en iyi delili, bu hususta Majesteleri namına usulüne uygun şekilde yapılmış bir beyandır. Bu sebeple, böyle bir beyanın istihsali mümkün oldukça, sair delillere ne cevaz ne de lüzum vardır» (Duff Development Co. v. Kelantan Government dâvâsında Lord Sumner'in sözleri; Keir and Lawson, a. g. e., s. 104).

(62) Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, London, 1933, s. 388; Oppenheim - Lauterpacht, International Law, Seventh edition, 1948, c. I, s. 684 - 85; Holdsworth, a. g. m., s. 1325; Hood Phillips, a. g. e., s. 221.

desinin ihlâline yol açacak mahiyette ise, bu malûmatın nazara alınmayabileceği fikrini savunmuşlardır. Nitekim «Belçika Parlamentosu (The Parlement Belge, 1879) dâvasında, hâkim Sir Robert Phillimore, Tac'ın, bir geminin Belçika Kralına ait, âmme malı bir gemi olduğu yolundaki beyanına uymaktan imtina etmiştir. Bu gibi içtihatlar, Tac'ın bu hususlardaki beyanının nihailiği prensibinin kabulünü geciktirmiştir. Fakat zamanımızda bu prensibin kat'iyetle teessüs etmiş olduğuna şüphe yoktur (63).

Oppenheim, bu tatbikatın tenkid edilecek tarafı olmadığını söylemekte ve şu gerekçeyi ileri sürmektedir: «Dış münasebetlerin yürütülmesinden mesul olan icra organının, görev alanına giren çeşitli hususlarda, mahkemelerin istinad edecekleri, maddi vakialara müteallik malûmatı en sıhhatli ve güvenilir şekilde sağlayabilecek durumda olduğu âşikardır». Mamafih mahkemeler, maddi meseleler (question of facts) hususunda icra organının beyanlarına istinad etmekle beraber, bu beyandan gerekli hukukî neticeleri çıkarmak hususunda serbesttirler. Meselâ yabancı bir iktidarın ege-men bir devlet veya hükûmet olarak tanınıp tanınmadığı hakkında Dış İşleri Bakanlığının beyanı kat'i ve nihai olmakla beraber, bu şekilde sağladığı malûmattan gerekli hukukî neticeleri çıkaracak olan, gene mahkemedir (64).

II — *Yabancı devletlere müteallik hükûmet tasarruflarının muteberiyetinin mahkemelerce incelenmemesi*: Mahkemeler, İngiltere'nin diğer bağımsız devletlerle olan münasebetleri dolayısıyla yaptığı tasarrufların muteber olup olmadığını inceleyemezler. Bu sınıftaki hükûmet tasarrufları, harp ilâm (65); barış yapılması; andlaşmaların akid, tefsir ve icrası; arazi terk ve ilhaki; diplomatik temsilcilerin gönderilmesi ve kabulü; yabancı devlet ve hükûmetlerin tanınması ve yabancılara pasaport verilmesidir (66). Bu

(63) Holdsworth, a. g. m., s. 1322 - 1325.

(64) Oppenheim, a. g. e., s. 685.

(65) Mamafih Tac, İngiltere'nin yerlisi (native) olmayan bir şahsa geçerse, millet, Parlâmentonun rızası olmadıkça, İngiltereye ait olmayan ülkelerin müdafaası için harbe girmeye mecbur değildir (Act of Settlement 1701) (Wade and Phillips, a. g. e., s. 205, not 2).

(66) Hood Phillips, a. g. e., s. 220; Ridges, a. g. e., s. 218; Wade and Phillips, a. g. e., s. 205.

Amerikan hukukunun hükûmet tasarrufları (ki bunlara esi-

itibarla mahkemeler, meselâ yabancı bir devlet veya hükûmetin tanınmaya hakkı olup olmadığı veya harpten sonra yabancı bir arazinin ilhakının hukuka uygun bulunup bulunmadığı gibi hususları araştıramaz; dolayısıyla hükûmetin bu gibi tasarruflarını hiç bir şekilde murakebeye tabi tutamaz (67). Bu husus, mahkeme içtihatları ile açık şekilde teessüs etmiştir. Nitekim Cook v. Sprigg dâvasında (68), «bağımsız devletler arasındaki münasebetlerin, iç mahkemelerin tatbik ettikleri hukuk kaidelerinden gayri kaidelerle idare edildiği, hukukun müesses bir prensibidir» denilmiş (69), Salaman v. Secretary of State for India dâvasında (70) da, hâkim Fletcher Moulton şu mütalâada bulunmuştur: «Bir hükûmet tasarrufu, her biri müstakil bir varlığa sahip iki Devlet arasındaki münasebetleri tesbit edebilir. Bu neviden bir hükûmet tasarrufu, dahili mahkemelerin tetkik sahasının tamamen haricindedir; zira bu mahkemeler, bağımsız devletler arasındaki andlaşmalardan doğan vecibelerle işigal etmezler» (71). Son zamanlardaki bir dâvada (72) da mahkeme, İtalya ile Birleşik Krallık arasındaki mâli bir

yasal meseleler» = political questions denilmektedir) nazariyesi, bu noktada İngiliz hukukundakinden daha şümulü bir mahiyet arz etmektedir. Şöyle ki Federal Yüksek Mahkemenin son kararlarında, doğrudan doğruya dış işlerine taallük etmemekle beraber, dış münasebetler üzerinde «dolayısıyla» bir tesir husule getirmesi mümkün olan tasarruflar da hükûmet tasarrufu addedilmiştir: Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co., 333 U. S. 103 (1948) (Schwartz, American Constitutional Law, s. 156). Amerikan hükûmet tasarrufları nazariyesi hakkında şu kaynaklara müracaat edilebilir: Schwartz, a. g. e., s. 153 - 157; Corwin, The Constitution and What it Means Today, s. 139, 172, 173; Prosser, On Political Questions (Journal of Legal Educations, 1949, c. 1, s. 409 - 414); Finkelshtein, Judicial self-limitation (Harvard L. R., c. 37, s. 338 - 364; Finkelstein, Further Notes on Judicial self-limitation (Harvard L. R., c. 39, s. 221 - 244); Melville Fuller Weston, Political Questions (Harvard L. R., c. 38 s. 296 - 333); Giritli, a. g. e., s. 64 - 68.

(67) Lauterpacht, a. g. e., s. 388.

(68) (1899) A. C. 572.

(69) Wade, a. g. m., s. 107.

(70) (1906) 1 K. B. 613.

(71) Keir and Lawson, a. g. e., s. 105.

(72) Republic of Italy v. Hambros Bank Ltd. and another, (1960) Ch. 315.

andlaşmayı tetkik etmeyi ve bu hususta hüküm vermeyi reddetmiştir (73).

Bağımsız devletler arasındaki tasarrufların dahili mahkemelerce tetkik edilemeyeceği fikri yeni değildir. Daha 17. ci asırda Sir Leoline Jenkins, andlaşmaların yorumlanmasının, Meclis-i Has'a ait bir devlet meselesi (matter of state) olduğunu ve bu işin, Canimet Mahkemesinin (Prize Court) veya Amirallik Mahkemesinin (Admiralty Court) kazai yetkisi dahilinde bulunmadığını ileri sürmüştü. 18. inci asır boyunca, deniz aşırı İngiliz dominyonlarının ve bilhassa Hindistan İmparatorluğunun gittikçe genişlemesi, İngiliz hukukçularını, bu gruptaki hükümet tasarrufları ile dahili mahkemelerin kaza sahasına giren işler arasında bir tefrik yapmaya tedricen alıştırmıştır. Bahis konusu prensibin kabul edildiği dâvaların en eskilerinden biri, Nabob of the Carnatic v. The East India Co. dâvası (74) dir. Bu dâvâda, dâvâlı Doğu Hindistan Şirketinin, dâvâcı ile yaptığı mukavelede herhangi bir İngiliz teb'ası olarak değil, bağımsız bir devlet sıfatı ile hareket ettiği; bu bakımdan aralarındaki mukavelenin ticari değil, siyasi mahiyette olduğu ve binaenaleyh meselenin, İngiliz mahkemelerinin kazai yetkisi dahilinde girmeyeceği kabul edilmiştir (75).

Protoktoralar da teknik anlamda yabancı devlet sayıldığı (76) için, bunlara taallük eden tasarruflar da hükümet tasarrufu addedilir. Meselâ Sobhuza II. v. Miller dâvasında (77), protoktoralar hakkında çıkarılan Meclis-i Has Emirnamelerinin hükümet tasarrufu olduğuna karar verilmiştir (78).

Andlaşma akdetmek bir hükümet tasarrufu olmakla beraber, Tacın bu konudaki yetkisi şu yönlerden sınırlıdır :

a) Tac, Parlâmentonun iştiraki olmadan, yeni bir kanun veya vergi ihdas edecek bir andlaşma yapamaz; yani Tac, andlaşma yo-

(73) Wade and Phillips, a. g. e., s. 205.

(74) (1793) 2 Ves. 56.

(75) Holdsworth, a. g. m., s. 1315 - 16.

(76) Nitekim protoktoralar ve reisleri, egemen devlet ve reislerinin istifade ettiği kazai muafiyetten faydalanırlar: Mighell v. Sultan of Johore (1894) 1 Q. B. 149; Duff Development Co. v. Kelantan Government (1924) A. C. 797.

(77) (1926) A. C. 518.

(78) Hood Phillips, a. g. e., s. 645 - 648; Ridges, a. g. e., s. 505 - 506.

lu ile mevcut iç hukuku tadil edemez. Böyle bir andlaşma yapıldığı takdirde bu, nazari bakımdan muteber ve bağlayıcı olabilir; fakat andlaşmanın iç hukuka aykırı hükümlerine istinaden dâvâ açılması halinde mahkemeler bu dâvâyı reddedecek, keza andlaşma hükümlerine uygun fakat mevcut iç hukuka aykırı bir tasarruf, hükümet tasarrufu def'i ile muteber kılınmayacaktır (79).

b) Tac'ın Parlâmentonun rızası olmaksızın andlaşma ile arazi terk edip edemeyeceği meselesi halledilmiş değildir. Meclis-i Has, Damodhar Gordham v. Deoram Kanji dâvâsında (80), Tac'ın andlaşma ile arazi terk edebileceğini, fakat bu terk, İngiliz mahkemelerinin kazai yetki alanlarında bir değişikliği gerektiriyorsa, kanuna ihtiyaç bulunduğunu kabul etmiştir (81). Mamafih 1890'da Heligoland adasının Almanya'ya terki sırasında Parlâmentonun tasvibine müracaat edilmiş, o tarihten beri de bu, bir anayasa teamülü (convention) halini almıştır (82).

c) İngiliz teb'asının hususî haklarına tesir eden andlaşmaların da Parlâmentonun tasdikinden geçmesi şarttır. Bu prensip, Belçika Parlâmentosu dâvâsında (1879) hâkim Sir Robert Phillimore tarafından müdafaa edilmiş, kararda da Tac'ın, Belçika ile yaptığı bir andlaşma ile bir hususî ticaret gemisine, devlet gemilerinin haiz olduğu muafiyetleri bahşetmeğe ve bu suretle bir İngiliz teb'asını bu gemi aleyhinde takipte bulunmak imkânından mahrum bırakmaya yetkili olmadığı belirtilmiştir. Bu karar İstinaf Mahkemesince (Court of Appeal) başka bir noktadan bozulmuş olmakla beraber İstinaf Mahkemesi, Phillimore'un ifade ettiği prensip hakkında herhangi bir tasvipsizlik göstermekten dikkatle kaçınmıştır. Bu itibarla bahis konusu kaide bugün de muteber telâkki edilmektedir (83).

(79) Bir hükümet tasarrufunun mevcut iç hukuku tadil edemeyeceği prensibi, sadece andlaşmalar hakkında değil, diğer hükümet tasarrufları hususunda da caridir. Nitekim Zamora dâvâsında (1916), misillemeye cevaz veren bir Meclis-i Has emrinin, Tac'ın tarafsız ve şilepleri istimval etme hakkını genişletemeyeceği kabul edilmiştir (Hood Phillips, a. g. e., s. 221). Keir and Lawson, a. g. e., s. 225 - 26; Wade and Phillips, a. g. e., s. 214; Oppenheim, s. 38.

(80) (1876), 1 App. Cas. 332.

(81) Keir and Lawson, a. g. e., s. 108 - 109.

(82) Hood Phillips, a. g. e., s. 226.

(83) Hood Phillips, a. g. e., s. 224 - 25.

d) Nihayet, Parlâmento tarafından tasdik olunma şartını sa-
rahaten ihtiva eden andlaşmalar, bir kanunla tasdik edilmedikçe,
ne Devletler hukuku ne de İngiliz hukuku bakımından yürürlüğe
girerler (84).

III — *Bir hükûmet tasarrufundan doğduğu ileri sürülen şahsi hakların mahkemeler vasıtasıyla istihsal edilememesi*: Mahkemeler, muayyen fertlerin, bir hükûmet tasarrufu mucibince iktisap etmiş olduklarını iddia ettikleri haklara mütedair talepleri kaideten reddetmek zorundadır. Böyle bir talep bir İngiliz teb'ası tarafından ileri sürülmüş olsa dahi, bunun, İngiliz mahkemeleri vasıtasıyla istihsal edilmesi mümkün değildir (85).

Şimdi hükûmet tasarruflarından fertler için ne gibi hakların doğmasının muhtemel olduğunu ve bu talepler karşısında mahkemelerin nasıl bir tutum takip ettiğini, evvelâ andlaşmalarda, sonra da terk ve ilhak tasarruflarında ayrı ayrı inceleyelim.

1. Andlaşmalarda : Daha 17. ci yüzyılda Blad v. Bamfield dâvâsında Lord Nottingham, bir barış andlaşmasından doğduğu iddia edilen şahsi hakların, common law mucibince açılacak bir dâvâya mesned teşkil edemeyeceğine karar vermiştir. Bu prensip, II. Charles'in krallığı zamanında Sir William Temple tarafından da ifade edilmiş ve o devirden günümüze kadar verilen bir çok mahkeme kararlarına esas olmuştur (86). Bunlardan biri olan Rustomjee v. Reg dâvâsında (87), bir İngiliz teb'ası olan dâvâcı, Tac'ın, yaptığı andlaşma ile onun hesabına bir vekalet (trustee) deruhte etmiş sayılacağını iddia etmiş ve mahkemedен, bu vekâletten mütevellid neticelere hükmolunmasını istemiştir. Bu dâvâda hâkim Lord Coleridge, Tac'ın, diğer bir hükümdarla yaptığı andlaşmanın akit ve icrasında hiç bir teb'anın vekili veya mümessili olamayacağını belirtmiş ve şöyle demiştir : «Çin İmparatoru tarafından ödenen paranın andlaşma şartlarına göre tevziinin, İngiliz hükümdarına düşen bir vazife olduğunda şüphemiz yoktur. Fakat bu vazife, mesul bakanlarının tavsiyesi mucibince teb'asına karşı âdil hareket etme

(84) Hood Phillips, a. g. e., s. 224.

(85) Lauterpacht, a. g. e., s. 338; Wade and Phillips, a. g. e., s. 205; Hood Phillips, a. g. e., s. 220.

(86) Holdsworth, a. g. m., s. 1315 - 16.

(87) (1876) 2, Q. B. D. 69.

vazifesidir; yoksa mümessilin temsil olunana veya vekilin müvekkile karşı olan vazifesi değil. Söz konusu vazifenin ifasında kusur edildiği takdirde... bu, mahkemelerin değil, Parlâmentonun düzeltebileceği bir husus olur... Tac, andlaşmanın akdinde olduğu gibi, icrasında da dahili mahkemelerin murakabesi dışındadır ve tasarrufları, kendi mahkemeleri tarafından tetkik olunamaz» (88). *Civilian War Claimants Association v. The King* dâvâsında (89) da, *Versay Andlaşması* gereğince Devlete tazminat olarak ödenmesi gereken meblağ üzerinde teb'ann hiç bir şahsi hakkı olamayacağı kabul edilmiştir (90).

2. *Terk ve ilhak tasarruflarında* : Burada, İngiltere'nin fetih veya ilhak yolu ile bir arazi iktisap etmesi halinde, bu arazideki hususi haklara veya fetih yahut ilhak edilen ülkenin eski hükümdarının borçlarına saygı göstermeğe mecbur olup olmadığı meselesi bahis konusudur. Böyle bir meseleyi hükme bağlayan *Cook v. Sprigg* dâvâsında (91) hâdise şu idi : *Kap Kolonisi* hükümeti, *Pondoland*'ı ilhak ettikten sonra, ilhak edilen arazinin eski hükümdarı *Siegau* tarafından evvelce bazı şahıslara verilmiş bulunan imtiyazları tanımamış, İngiliz tabiiyetinde bulunan imtiyaz sahipleri ise bunun üzerine dâvâ açarak imtiyazlarının tanınmasını istemişlerdi. Meclis-i Has. dâvâyı teknik bir sebepten dolayı reddetmiş, fakat ilhakın bir hükümet tasarrufu olması hasebiyle, imtiyazların tanınmamasının meşru olduğunu da ilâve etmiştir : «Devletler hukukunun müesses kaidelerine göre, egemenin değişmesi, hususi mülkiyet üzerinde tesir icra etmemelidir; fakat hiç bir dahili mahkeme, böyle bir vecibenin icrasını sağlamaya yetkili değildir» (92).

West Rand Central Gold Mining Co. v. The King dâvâsında (93) da, «ister ilhak yolu ile, ister egemenliğin iktisabındaki di-

(88) *Keir and Lawson, a. g. e., s. 106 - 107.*

(89) (1932) A. C. 14.

(90) *Holdsworth, a. g. m., s. 1317; Wade and Phillips, a. g. e., s. 205, not 4.* Bu dâvâda Lord Atkin şu mütalâada bulunmuştur : «Tac'ın, diğer bir egemenle bir andlaşmayı müzakere ederken, egemen devletin vatandaşlarının vekili olarak hareket etmesi gerektiğini ileri sürmek, onun egemen durumu ile kabil-i telif olmaz; meğer ki Tac, vekil sıfatıyla hareket ettiğini açıkça ilân etsin».

(91) (1899) A. C. 572.

(92) *Keir and Lawson, a. g. e., s. 104; Wade, a. g. m., s. 107 ve 109.*

(93) (1905) 2, K. B. 391.

ğer yollarla olsun, arazi iktisabının bir hükümet tasarrufu olduğu ve bundan doğan vecibelerin icrasının dahili mahkemelerce sağlanamayacağı» kabul edilmiştir. Bu karara göre fetih ve ilhak tasarrufu, ilhak olunan devletin alacaklılarına, ilhak eden devletin dahili mahkemeleri vasıtasıyla istihsal olunabilecek hiç bir hak bahşetmez. Tac, fetih ve ilhak yolu ile ortadan kaldırdığı bir devletin borçlarını devralıp almayacağını ve alacaksa hangilerini alacağını tâyinde tamamen serbesttir (94).

Buna mukabil aksi mahiyette kararlar da yok değildir. Campbell v. Hall dâvâsında (1774) Lord Mansfield, Tac'ın fetih veya ilhak edilen arazi üzerindeki teşrii yetkisini şu şekilde sınırlandırmıştı: a) İlhakın istinad ettiği barış veya kapitülasyon hükümleri, «mukaddes ve dokunulmaz» mahiyettedir. b) Tac, bu memleketler için hukukun temel prensiplerine aykırı yeni kanunlar yapamaz. c) Fethedilen arazinin sakinlerine, Tac'ın diğer teb'asına tanınmamış olan imtiyazlar bahşedilemez.

Bu taahhütler, Tac'ın terk dolayısıyla yüklendiği bir taahhüdün iç mahkemeler tarafından tatbik mevkiine konulabileceği hissini uyandırmaktadır (95). Keza Salaman v. Secretary of State for India dâvâsındaki (96) gerekçesinde hükümet tasarruflarını etraflı şekilde incelemiş olan hâkim Fletcher Moulton da, benzer mahiyette bir mütalâa yürütmüştür: Bir hükümet tasarrufunun «maksat ve mevzuu, Devletin halen teb'ası olan veya teb'ası durumuna girecek bulunan fertlerle Devlet arasında bir takım haklar ihdas etmek veya mevcut hakları değiştirmek olabilir. Bu gibi hallerde, bu tasarruftan doğan haklar, iç mahkemelerin hükmüne konu teşkil edebilir... Tasavvur edelim ki bir Devlet, bir hükümet tasarrufu ile komşu ülkeyi ilhak etsin ve eski hükümdarın bütün aktif ve pasifini tamamen devralsın; bu aktifin bir kısmını da, eski hükümdarın alacak hakları teşkil etsin. Devlet, bu alacakları silâh kuvveti ile tahsil etmek mecburiyetinde değildir; bu alacaklar sanki bir hükümet tasarrufundan değil de, herhangi başka bir sebepten doğmuş gibi, mahkemelerinin yardımından faydalanabilir... Bunun aksinin de varit olmaması yani eski hükümdarın alacaklılarının da,

(94) Wade, a. g. m., s. 107; Holdsworth, a. g. m., s. 1317; Hood Phillips, a. g. e., s. 221; Wade and Phillips, a. g. e., s. 205.

(95) Wade, a. g. m., s. 108.

(96) (1906) 1, K. B. 613.

ilhak eden devletin mahkemeleri kanalıyla alacaklarını tahsil edememeleri için hiç bir sebep yoktur» (97).

Keza Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria dâvâsında (98), yerli bir reise cemaati namına verilen intifa hakkının, bu ülkenin Tac'a ilhakından müteessir olmayacağına ve ilhaktan sonra bu arazinin istimlâki halinde tam bir tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiş ve kararda şöyle denilmiştir: «Egemenlikte husule gelen bir değişme, hususî maliklerin haklarının ihlâlini tazammun etmez; terkin genel şartlarının, evvelâ bu esasa uygun şekilde yorumlanması gerekir» (Lord Haldane). «Görülüyor ki burada mahkeme, terk tasarrufunu kendi yetkisi dışında bir husus telâkki etmek şöyle dursun, bunun, terkedilen arazinin sakinlerinin hakları üzerindeki tesirini tekkik ve bu hakları, bir iç hukuk meselesi imiş gibi tenfiz etmiştir» (99).

Wade'e göre zıt istikametteki bu iki içtihat serisinin biribiri ile telifi, ancak, «bir kısım ilhak tasarruflarının müstakbel teb'aya haklar bahşettiğini, diğer bir kısmının ise etmediğini kabul etmek suretiyle mümkün olacaktır» (100).

IV — *Hükûmet tasarruflarının teb'aya tesiri*: Hükûmet tasarruflarının mevcut iç hukuku tadil ve teb'anın hususî haklarına tesir edemeyeceğini görmüştük. Kaide bu olmakla beraber, bazan hükûmet tasarrufları, teb'a üzerinde «dolayısıyla» bazı tesirler husule getirebilir. Meselâ harp ilânı, düşmanla ticaret yapılmasını memnu kılar; hattâ münhasıran İngiliz vatandaşları arasındaki akitler bile, ancak bir düşman teb'ası ile münasebette bulunmak suretiyle icra edilebilecekse, münfesihi sayılır: Esposito v. Bowden (1857)... (101). Keza harp ilânı, bir İngiliz teb'asını, düşman devlet tarafından telsik oluştuktan men eder: R. v. Lynch (102).

(97) Keir and Lawson, a. g. e., s. 105.

(98) (1921) 2, A. C. 399.

(99) Wade, a. g. m., s. 110 - 111. Hattâ bu kararda bahis konusu olan ilhak tasarrufunda, ilhak edilen arazinin sakinlerinin mülkiyet haklarının mahfuz tutulacağı yolunda hiç bir hüküm mevcut değildi. Karar, sadece, bu gibi haklara saygı gösterilmesinin, İngiliz hukuk ve siyasetinin mutad prensiplerinden olduğu mülâhazasına istinad ettirilmiştir.

(100) Wade, a. g. m., s. 108.

(101) Baty, Intercourse with Alien Enemies (The Law Quarterly Review, c. 31), s. 33; Hood Phillips, a. g. e., s. 221.

(102) Hood Phillips, a. g. e., s. 221.

Yabancı devletlerin, devlet reislerinin ve hükümetlerin tanınması, bunlara kazai muafiyet bahşedeceği için, İngiliz tebaasının haklarına dolayısıyla tesir edebilir. Bir yabancıya diplomatik statü verilmesi de aynı neticeleri doğurur (103). Nihayet yabancı bir devletin tanınması, bu devletin yaptığı tasarruflardan doğan herhangi bir ihtilâfın İngiliz mahkemelerinde görülmesine engel olur (104).

§ 7. Fertlere müteallik hükümet tasarrufları

I — *Genel olarak* : Bu anlamdaki bir hükümet tasarrufu def'i, Britanya ülkesi dışındaki bir yabancıya karşı, Tac'ın verdiği yetki dairesinde yapılan veya yapıldıktan sonra Tac tarafından tasvip edilen bir haksız fiilin failini, iç hukuk mucibince mesul tutulmaktan kurtarır. Bu gruptaki hükümet tasarrufları, hukukî birer tasarruf değil, maddî birer fiildir; binaenaleyh bunlar hakkında iptal müeyyidesi tabiatıyla bahis konusu olamaz; bu gibi fiiller dolayısıyla ancak tazminat ve failin şahsı hakkında ceza dâvalarının açılabilmesi mümkündür. Ancak bunlar hükümet tasarrufu telâkki edildiği takdirde, pek tabii ki bu dâvaların da açılması mevzu bahis olamayacaktır (105). İlk bakışta bu durum, «Tac'ın emri mucibince hareket edilmiş olmasının, faili mesuliyetten kurtarmıyacağı» kaidesine aykırı görünmektedir. Ancak burada bu kaidenin tatbik edilemeyişindeki sebep; tasarrufun «haksız» sayılmaması değil, fakat iç mahkemelerin bu haksızlığı beyan etme yetkisine sahip bulunmayışlarıdır. Nitekim böyle bir halde hükümet tasarrufu def'i muvaffakiyetle ileri sürülse bile, aşağıda göreceğimiz gibi, devletin devletler hukuku alanındaki mesuliyeti bâkidir (106).

II — *Hükümet tasarrufu def'inin ileri sürülebileceği haller* : Haksız fiiller dolayısıyla hükümet tasarrufu def'i, ancak şu şahıslara karşı ileri sürülebilir :

(103) Keir and Lawson, a. g. e., s. 104; Wade and Phillips, a. g. e., s. 206; Hood Phillips, a. g. e., s. 221.

(104) Wade and Phillips, a. g. e., s. 206. Bu mesele hakkında bk. yuk., s. 353 - 354.

(105) Aynı mahiyette Onar, a. g. e., s. 325 - 326.

(106) Keir and Lawson, a. g. e., s. 103.

1. İngiltere ülkesi dışındaki bir yabancı : Bu prensip, ilk defa 1807'deki Rolla dâvasında tanınmış (107), Buron v. Denmann dâvası (108) ile de teyid edilmiştir. Bu ikinci dâvaya sebep teşkil eden hâdise şu idi : Esir ticaretine mani olmak hususunda genel talimat almış bulunan bir İngiliz harb gemisi kumandanı, bu talimatını tecavüz etmiş ve sadece esirleri serbest bırakmakla yetinmiyerek esir ticareti yapmakta olan bir İspanyola ait binaya da ateş vermiştir. Hâdisenin geçtiği yer (Batı Afrika kıyılan), Britanya ülkesi dışında kalıyordu. Mutazarrır İspanyol, İngiliz mahkemelerinde kumandan aleyhine dâvâ açmış, fakat muamele Anavatan hükûmetine bildirildiğinde Tac, kumandanın hareketini tasvip ve kabul etmişti. Mahkeme, Tac tarafından yapılan muahhar tasdiğin, önceden yetki vermeğe muadil olduğunu ve bu itibarla fiilin bir hükûmet tasarrufu teşkil ettiğine karar verdi (109).

Yabancıların İngiltere'ye girmesinin men olunması da bir hükûmet tasarrufudur (110). Harp sırasında düşman devlete ait araziyi işgal eden ordunun kumandanının vaz ettiği kaideler ve bunları tatbik mevkiine koymak için yapılan tasarruf ve fiiller de hükûmet tasarrufu olup, mahkemelerce hiç bir şekilde tetkik edilemezler (111).

2. Bir İngiliz protektorasının yerli ahali : Protektoralar, yukarıda belirttiğimiz gibi, yabancı devlet addedildiklerinden, bunların sakinlerine karşı yapılan fiiller de bir hükûmet tasarrufu teşkil eder. Meselâ R. v. Earl of Crewe, ex parte Sokgomé dâvasında (112), Yüksek Komiser tarafından hürriyeti selbedilen bir kabile reisinin, habeas corpus yolundan faydalanamayacağı kabul edilmiştir. Diğer bir protektora reisinin tahttan indirilip memleketin-

(107) Holdsworth, a. g. m., s. 1320 - 21.

(108) (1848) 2, Ex. 167.

(109) Wade and Phillips, a. g. e., s. 206 - 207; Hood Phillips, a. g. e., s. 222; Holdsworth, a. g. m., s. 1321.

(110) Musgrove v. Chung Teeong Toy, (1891) A. C. 491 (P. C.) (Hood Phillips, a. g. e., s. 222).

(111) Holdsworth, a. g. m., s. 1318. İngiliz hukukunda bu rejime de Örfi İdare (Martial law) denilmektedir. Ancak bunu, iç hukuktaki Örfi İdare ile karıştırmamalıdır.

(112) (1910) 2. K. B. 576 (C. A.).

den sürülmesi de gene hükümet tasarrufu addedilmiştir: *Eshug-bayi v. Government of Nigeria* (1931) A. C. 662 (P. C.)... (113).

3. İngiltere ülkesi dahilindeki «düşman» bir yabancı: *Rex v. Bottrill, ex parte Kuechenmeister* dâvasında (114), telsik edilmiş olmamakla beraber, 1928'den beri İngiltere'de yaşayan ve harb sırasında enterne edilen bir Alman teb'asının, habeas corpus müzakeresi için yaptığı müracaat reddedilmiştir. Yargıç Asquith, «Tac'ın düşman bir yabancıyı alıkoyması, pek âlâ bir hükümet tasarrufu olabilir; fikrimce bu tasarruflar, asla ülke dışındaki tasarruflara inhisar ettirilemez; hiç değilse şikâyetçinin bir düşman teb'ası olması halinde..» demiştir.

Bir düşman teb'asının tart ve teb'idinde de aynı prensip câridir: *Netz v. Chuter Ede* (1946) Ch. 224.. (115).

III — Hükümet tasarrufu def'inin mesmu olmayacağı haller :

1. Hükümet tasarrufu def'i, ister İngiltere içinde ister dışında bulunsun, bir İngiliz teb'asına karşı ika edilen bir haksız fiili mazur gösteremez. Bu husus, *Walker v. Baird* dâvasında (116) açıkça ifade edilmiştir. Bu hâdisede bir İngiliz harb gemisi kumandanı, Bahriye Bakanlığının, Fransa ile yapılan bir andlaşmanın hükümlerinin yerine getirilmesi amacıyla verdiği talimata istinaden, bir İngiliz teb'asının Newfoundland'deki istiskozhanesini işgal etmiştir. Bunun üzerine mağdur, müdahalenin men'i dâvası açmış ve Tac'ın, fiilin bir hükümet tasarrufu olduğunu ileri sürmesine rağmen mahkeme, dâvacı lehinde karar vermiştir (117).

2. Hükümet tasarrufu def'i, İngiltere'de mukim bulunan bir dost devlet teb'asına karşı işlenen haksız fiiller hakkında da ileri sürülemez: *Johnstone v. Pedlar* (118). Bu dâvâda hâdise şu şekilde cereyan etmiştir: Bir A. B. D. teb'ası, İrlanda ihtilâlcilerine yardım etmesi sebebiyle Dublin'de tevkif ve hapse mahkûm edilmiş, tevkif anında üzerinde bulunan külliyetli miktarda para da polis tara-

(113) *Hood Phillips, a. g. e., s. 222; Wade and Phillips, a. g. e., s. 443; Ridges, a. g. e., s. 505.*

(114) (1947) K. B. 41 (C. A.).

(115) *Hood Phillips, a. g. e., s. 222.*

(116) (1892) A. C 491 (P. C).

(117) *Wade and Phillips, a. g. e., s. 207; Hood Phillips, a. g. e., s. 223.*

(118) (1921) 2, A. C. 262.

fundan müsadere olunmuştu. Mahkûm, cezasını çektikten sonra bu paranın iadesi için polis aleyhine dâvâ açmış, buna mukabil dâvâlı da, müsadereenin bir hükûmet tasarrufu olarak Tac tarafından teyid ve tasdik olunduğunu gösterir bir belgeyi mahkemeye ibraz etmişti. Mahkeme, bu durumda hükûmet tasarrufu def'inin mesmu olmayacağını belirterek dâvâcı lehine hüküm verdi (119).

IV — *Tefrikin kıstası* : Görülüyor ki bir şahsa karşı hükûmet tasarrufu def'inin dermeyan edilip edilemeyeceğini tâyin eden kıstas, bu şahsın Tac'a sadakat mükellefiyeti (allegiance) altında bulunup bulunmamasıdır (120). İngiltere dışındaki yabancılar, protektora sakinleri ve İngiltere'de bulunan düşman yabancılarla Tac arasında böyle bir bağ mevcut değildir. Buna mukabil, İngiliz teb'ası ve İngiltere'de mukim bulunan dost devletler teb'ası - birinciler daimî, ikinciler ise ikametleri müddetince olmak üzere - Tac'a sadakatle mükelleftir. Bunun karşılığında İngiliz kanunlarının himayesinden faydalanırlar ve binnetice kendilerine karşı hükûmet tasarrufu def'i ileri sürülemez. Mamafih Johnstone v. Pedlar dâvâsındaki bir dictum'a göre bu gibi şahıslar, vatana hiyanet teşkil edecek hareketlerde bulunur ve bu yüzden Tac, kendilerini himayesinden resmen mahrum bırakırsa, o takdirde bunlara karşı hükûmet tasarrufu def'i mesmu olabilir. Buna mukabil Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade dâvâsındaki dictum'unda hâkim Lord Scrutton, bu def'in ancak, hükümdarın müsaadesi olmaksızın Kraliyet dahilinde bulunan düşman teb'asına karşı ileri sürülebileceğini, bunun dışında hiç bir halde kullanılamıyacağını ifade etmiştir (121).

§ 8. Mahkemelerin hükûmet tasarrufları karşısındaki durumu :

I — *Genel olarak* : Muhtelif hükûmet tasarrufu neveleri karşısında mahkemelerin durumunun ne olduğunu geçen paragraflarda incelemiştik. Bu kısımda ise, bütün hükûmet tasarruflarında müşterek olan bir hususa işaret edeceğiz.

(119) Hood Phillips, a. g. e., s. 223; Wade and Phillips, a. g. e., s. 207; Ho'dsworth, a. g. m., s. 1322.

(120) «Allegiance» mefhumu hakkında bk. yuk., not. 55.

(121) Hood Phillips, a.g.e., s. 223; Wade and Phillips, a.g.e., s. 207-8.

Birinci kısımda görmüş olduğumuz gibi prerogative, Tac'a, common law'un vermiş olduğu bir yetkidir; bu itibarla bu yetkinin sınırları common law'la muayyendir. Binaenaleyh prerogative'in bir kısmını teşkil eden, hükümet tasarruflarında bulunma yetkisi hususunda da aynı prensibin câri olacağı pek tabiidir. Diğer bir deyimle Tac, ancak common law mucibince yetkili olduğu hallerde bir hükümet tasarrufunda bulunabilir. Bunun tabii neticesi olarak mahkemeler, hükümet tasarrufu olduğu iddia edilen bir tasarrufun gerçekten bu mahiyeti taşıyıp taşımadığını inceleyebilirler. Bu tetkikleri neticesinde o tasarrufun hakikaten bir hükümet tasarrufu olduğuna, yani common law'un Tac'a tanıdığı yetkiler dahilinde bulunduğu kanaat getirirlerse dâvâyı reddeder, aksi takdirde ise, görmeye devam ederler (122). Yani Tac'in, istediği bir hususu, hükümet tasarrufu olarak vasıflandırmak suretiyle kazai murakabe dışında bırakması, diğer bir ifade ile common law'ca kabul edilmiş olan yeni bir hükümet tasarrufu ihdas etmesi asla mümkün değildir. Salaman v. Secretary of State for India dâvâsında hâkim Fletcher Moulton'un şu sözleri de, söylediğimiz prensibi vâzih şekilde ifade etmektedir: «Bir tasarrufun, hükümet tasarrufu olduğuna istinad ediliyorsa... mahkemeler, bunun gerçekten bir hükümet tasarrufu olup olmadığına ve mahiyet ve şumulünün ne olduğuna karar vermelidir» (123).

II — *Bir hükümet tasarrufunun devletler hukukuna aykırı olması hali*: Bu halde mahkemeler, acaba hükümet tasarrufu defini kabul etmeğe mecbur mudur? Oppenheim'e göre teamüli devletler hukukunun bütün dünya tarafından tanınmış veya hiç değilse İngiltere'nin tasvibine mazhar olmuş bulunan kaideleri, kendiliğinden (per se) İngiliz hukukunun bir parçasını teşkil eder ve İngiliz mahkemeleri tarafından tatbik edilmeleri gerekir (124). Nitekim West Rand Gold Mining Co. v. The King dâvâsında bu konuda şöyle denilmiştir: «Medenî milletlerin müşterek tasviplerine nail olmuş kaidelerin, memleketimizin de tasvibini istihsâl etmiş olması gerekir; diğer milletlerle birlikte kabul ettiğimiz bu kaide-

(122) Holdsworth, a.g.m., s. 1314 ve 1330. A.B.D.'de de bir tasarrufun hükümet tasarrufu olup olmadığına karar verme yetkisi, münhasıran mahkemelere aittir (Corwin, a.g.e., s. 139).

(123) Keir and Lawson, a.g.e., s. 105

(124) Oppenheim - Lauterpacht, a.g.e., s. 37 - 38

lere milletlerarası hukuk adı verilir; bu itibarla bunlar, milletlerarası hukuk doktrinleri ile ilgili meselelerin hükme bağlanması için *meşru bir vesile* mevcut olduğu takdirde, iç mahkemelerimiz tarafından tanınacak ve tatbik edilecektir» (125).

Mamafih bu durum, devletler hukukuna aykırı bir hükümet tasarrufunun, dolayısıyla iç hukuka da aykırı sayılarak mahkemelerce hükümsüz addedilmesine müncer olmamaktadır. Zira hükümet tasarruflarının tetkikinin iç mahkemelerin kaza yetkisi dışında olması sebebiyle, bu gibi hallerde devletler hukukunun tatbiki için «meşru bir vesile» (legitimate occasion) mevcut sayılmamakta ve bir hükümet tasarrufu, devletler hukukunu açıkça ihlâl etmiş bile olsa İngiliz mahkemelerinde bir dâvâ hakkına vücut vermemektedir. Devletler hukukuna aykırı bir tasarrufun iç hukuka da aykırı olacağı fikri, hükümet tasarrufları bahsinde bir kıymet ifade etmemektedir; çünkü bu tasarruflar, iç hukukun da câri olmadığı bir sahaya ait bulunmaktadır (126). Bununla beraber şu hususu da kaydedelim ki, devletler hukukuna aykırı bir hükümet tasarrufunun iç mahkemelerce tetkik edilememesi, devletin milletlerarası alandaki mesuliyetine hiç bir şekilde tesir etmez (127).

§ 9. İngiliz doktrininde hükümet tasarruflarının izah ve müdafası :

I — *Egemenliğin bir tezahürü olarak izahı* : İngiliz doktrininde hükümet tasarruflarını egemenliğin bir tezahürü olarak izah ve müdafaa eden ve bunların kazai murakabe dışında kalmalarını bu sebebe bağlayan müellifler (128) ve mahkeme kararları mevcuttur. Meselâ Salaman v. Secretary of State for India dâvâsında hâkim Fletcher Moulton, «bir hükümet tasarrufu, mahiyeti itibarile, egemen iktidann bir istimalidir; bu sebeple dahili mahkemelerin itiraz, murakabe ve müdahalesine maruz olamaz. Müeyyidesi hukukta değil, egemen iktidardadır» demiştir (129). Civilian War

(125) Wade, a.g.m., s. 106

(126) Wade, a.g.m., s. 104 - 106

(127) Oppenheim - Lauterpacht, a.g.e., s. 304 - 305; Keir and Lawson, a.g.e., s. 103

(128) Meselâ Holdsworth, a.g.m., s. 1313

(129) Keir and Lawson, a.g.e., s. 104

Claimants' Association Ltd. v. The King dâvasında da Lord Atkin, Tac'ın andlaşmayı müzakere ederken vatandaşların vekili sıfatile hareket etmiş sayılacağı iddiasının, «onun egemen durumu ile kabîl-i telif olmadığını» belirtmiştir (130).

Hükûmet tasarruflarının egemenliğin tezahürü olarak izahı, çok zayıf bir düşüncedir. Çünkü artık eski mutlak egemenlik nazariyesi hemen hemen tamamen ortadan kalkmış, bunun yerine «âmme hizmetlerinin ifa vasıtası olarak müsbet bir salâhiyet mefhumu kaim olmuştur. Bu salâhiyet hukuk kaideleri ile bağlıdır ve gene Devletin bir uzvu olan ve hâkimiyetin görünüşünden başka bir şey bulunmayan kaza teşkilâtı da, salâhiyetin yerinde kullanılıp kullanılmadığını tetkik etmek suretiyle onun hukuk kaidelerine bağlılığının müeyyidesini ortaya koyabilir; bu da hâkimiyete uymayan bir vaziyet teşkil etmez; esasen ister adli, ister idarî olsun mahkemeler de Devletin bir uzvudur» (131).

II — *İç hukuka taallük etmemeleri ile izahı*: Bazı müellifler, hükûmet tasarruflarının iç hukuktan ziyade devletler hukukunun sahasına girdiğini ve bu sebeple iç mahkemelerin murakabesine tabi bulunmadığını ileri sürmektedir (132). Bu iddia da tatminkâr olmaktan uzaktır. Çünkü bir defa, hukuki mahiyeti itibarile hükûmet tasarrufları (acts of state) ile tamamen aynı olan, fakat iç hukuka taallük ettiği de şüphesiz bulunan prerogative tasarruflarını izah edememektedir. İkincisi, hükûmet tasarrufları esas itibarile dış münasebetler sahasına ait olmakla beraber, teb'a üzerinde dolayısıyla de olsa, bazı tesirler husule getirmektedir; bu itibarla bu tasarrufların münhasıran devletler hukukunu ilgilendirdiğini söylemek doğru olmaz. Nihayet bu izah tarzı, sebeple neticeyi birbirine karıştırır gibi görünmektedir. Şöyle ki bir tasarrufun kazai murakabe dışında tutulmasının sebebi, onun devletler hukukuna müteallik olması değil, aksine devletler hukukuna ait meselelerin mahkemelerce incelenememesinin sebebi bunların hükûmet tasarrufu telâkki edilmesidir. Zira yukarıda (133) görmüş olduğumuz gibi,

(130) Wade, a.g.m., s. 107

(131) Onar, a.g.e., s. 338 - 339

(132) Holdsworth, a.g.m., s. 1313; W. H. Moore, Act of State in English Law, London 1906, s. 1 (Giritli, a.g.e., s. 70'ten naklen), § 6'da zikrettiğimiz bazı mahkeme kararlarında da bu mahiyette fikirlerin ileri sürüldüğü hatırlanacaktır.

(133) § 8, II.

teamüli devletler hukukunun İngiliz hukukunun bir parçası olduğu fikri, İngiltere'de umumiyetle kabul edilmektedir. Böyle olunca, bir tasarrufun devletler hukuku ile ilgili olması, onun kazai murakabe dışında tutulması için tek başına bir sebep teşkil etmez. Devletler hukuku ile ilgili bazı hususlar, iç mahkemelerin yetkisi dışında kalırsa bu, onların hükümet tasarrufu addedilmelerinden ileri gelmektedir. Nitekim bir hükümet tasarrufunun bahis konusu olmadığı hallerde, devletler hukuku ile ilgili meselelerin de İngiliz mahkemelerince hükme bağlanabileceğini görmüştük.

III — *Amelî sebeplerle izah* : Zamanımızda Anglo - Amerikan müellifleri, hükümet tasarruflarını daha ziyade amelî sebeplerle izah etmektedir. Meselâ Schwartz, «kaza organı, siyasi mahiyette telâkki edilen meselelere müdahalenin sonuçlarından çekindiği için, elini bunlardan uzak tutmuştur» dedikten sonra, bir Amerikan içtihadından şu cümleyi nakletmektedir : «Mahkemeler, içinden geçilmesi zor olan bu siyasi çalığa girmemelidir» (134). Wade ve Phillips'e göre de «prerogative'in muhtevası, geniş ölçüde tarihi sebeplere dayanmakla beraber, bunları haklı ve meşru kılan sebepler, elverişlilik ve siyasi basiret mülahazalarıdır. Prerogative yetkileri daha ziyade, bir müzakere meclisinde (deliberative assembly) tartışılmaları doğru olmayan şeylerdir; meselâ silâhlı kuvvetlerin yönetimi, memurların tâyini, şeref payelerinin tevdi. Bu, Tac'in dış işlerindeki prerogative yetkileri bakımından daha da doğrudur» (135).

Lauterpacht da, «kazai yetkinin tahdidi halleri, hukukun üstünlüğü prensibinin bir kenara bırakılmasından ziyade, elverişlilik mülahazalarına müstenid sebeplerin modern devlette zaruri kıldığı görev ayırımının bir ifadesidir» dedikten ve zamanımızda kuvvetler ayrıldığı nazariyesinin eski doğruluğunu kaybettiğini ve kuvvetler arasında bir çok tedahüller meydana geldiğini izah ettikten sonra şöyle devam etmektedir : «Dış işleri alanında ise, günümüzün hukuk sistemi, hükümetin yetkili dairelerini, kazai murakabeye tabi olmayacak, nihai mahiyette kararlar verme hakkı ile tehziz etmektedir... Yabancı devletlere müteallik tasarruf ve tedbirler bakımından yetknesak olma lüzumu âşikardır. Gerek hükümet, gerek mah-

(134) Schwartz, a.g.e., s. 154

(135) Wade and Phillips, a.g.e., s. 141 - 142

kemeler Devletin organlarıdır ve beynelmilel münasebetlerdeki istikrar ve kolaylık ihtiyacı, bir Devletin, komşularına iki ayrı sesle hitab etmemesini gerektirmektedir» (136).

Gerçekten bugün hükümet tasarruflarının nazari değil, ancak ameli sebeplerle izah ve müdafaa edilebileceği kabul edilmektedir (137). Bu itibarla, mevzuubahs konuda İngiliz doktrini ile Kara Avrupası ve Türk doktrini arasında bir uyuşma olduğu kolayca müşahade edilebilir.

NETİCE:

Tac'ın hükümet tasarruflarında bulunma yetkisinin şümulü hususunda 17. asırda cereyan eden mücadele, Parlâmento taraftarlarının kesin zaferi ile sonuçlanmıştır. Bu gün bu yetkiler hâlâ geniş olmakla beraber, sınırlarının common law'la muayyen olması, yetkinin hukuken mutlak olduğu bir çok hallerde de bunun kullanılışının anayasa teamülleri ile düzenlenmiş bulunması, teb'aya karşı hükümet tasarrufu definin mesmu addedilmemesi ve nihayet İngiliz mahkemelerinin, «hukukun üstünlüğü» prensibine hâlel getirmemek hususunda azami bir hassasiyet göstermeleri; İngiltere'de hükümet tasarrufları kategorisini, hukuk devleti prensibi için fazla tehlike arzemiyecek bir duruma getirmiştir, denilebilir.

(136) Lauterpacht, a.g.e., s. 389 - 90

(137) Onar, a.g.e., s. 340 - 341.