

K R O N İ K

İdare muamelelerinde istikrar prensibi ve Devlet Şûrasının bir içtihadı birleştirme kararı üzerinde bazı düşünceler

Yazan : **Kemal Galip BALKAR**

Devlet Şûrası dâva daireleri umumî heyeti 26/9/1952 tarihinde bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir. E. 52/15, K. 52/244 numaralarını alan bu karar, ittihazına sebep olan kararların tatbik sahasını aşan idare hukukuna ait çok mühim bir konuyu ilgilendirmektedir.

Karar mevzuu kanuna aykırı terfi muamelelerinin geri alınmak suretiyle islâhı hususundadır. Dâva daireleri umumî heyetinden 14/4/1950 tarihinde E. 49/763, K. 50/187 sayılı bir karar çıkmıştır. Beşinci daire de 22/9/1950 tarihinde E. 49/3181, K. 50/2099 numaralı bir karar ittihaz eylemiştir.

Her iki kararın mevzuunu teşkil eden hâdiselere dâvacılar 4598 sayılı kanuna müsteniden terfi ettirildikten sonra askerlikte geçirdikleri müddet nazara alınmak suretiyle 4379 sayılı kanuna göre ikinci bir terfiden istifade ettirilmişler ve bilâhare umumî hükümler dairesinde daha üst derecelere terfi etmişler ise de 4379 sayılı kanuna göre askerlikte geçen müddetlerin ancak birinci terfide nazarı itibare alınabileceğinden bahisle mezkûr kanuna dayanan terfiin idarece islâhı yoluna gidilmiş ve buna karşı açılan dâvalardan birinde Dâva Daireleri umumî heyetinden sadır olan yukarıda tarih ve numaraları işaret edilen kararda (Yedek subay olarak terfiini müteakip 19/11/1941 tarihinde 35 lira asli maaşla Müddei Umumî Yardımcısı sıfatı ile işe başlayan dâvacı 31/5/1944 tarihinde 4598 sayılı kanun gereğince 40 liraya ve 30/9/1944 tarihinde de 4379 sayılı kanundan faydalandırılarak 50 liraya yükseltilmiş ve bu muamele cereyanı tarihlerinde her hangi bir iddia ve itiraza konu olmayarak kesinleşen ve bundan sonra 30/9/1946 tarihinde 60 liraya ve 3/8/1948 tarihli kararname ile de 70 liraya yükselmiş bulunan dâvacının 4 sene evvel 4379 sayılı kanun gereğince 40 liradan 50 lira asli maaşa terfiinin kanunsuzluğunu iddia etmek idarî işlemlerdeki istikrar prensibine aykırı bulunduğundan tecviz edilemez) denildiği halde Beşinci Dairenin yukarıda tarihi ve numaraları gösterilen kararında (askerlikte geçen müddet

olbaptaki tevhibi içtihat kararı gereğince ancak ilk terfide sayılabileceğinden ve 35 liradan 40 liraya terfi sırasında fiilen doldurduğu müddet ile askerlikte geçen itibarî müddetin bir terfi süresini geçen kısmının nazara alınması teadül kanunu hükmüne göre mümkün olmayacağından islâh muamelesinde bir kanunsuzluk olmadığı) neticesine varılmıştır.

Bu suretle Dâva Daireleri umumî heyetinin mezkûr karşısında, kanuna aykırı bir terfi işleminden sonra aynı memur hakkında bilâhare diğer terfi muameleleri tesis edildiği takdirde idarece kanunsuz terfiin islâhına tevessül edilmeyeceği esasî vaz olunmuş, Beşinci Dairenin bahsi geçen kararında ise kanunsuz terfilerin İdarece her zaman islâh olunabileceği kabul edilmiştir.

Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müstesna bir hak doğurmadığı aşıkâr olmakla beraber bu terfiin de şahsî, sübjektif bazı tesir ve neticeler hasıl ettiğinden şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfiin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiin kanunsuzluğu dolayısıyla bunun tesir ve neticelerini tehdit eden kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esasî ile telif edilemez.

Bu sebebe binaen kanunsuz bir terfi muamelesinden sonra aynı memur hakkında kanuna uygun müteaddit terfiler cereyan ettiği takdirde idare tarafından kanunsuz fiilin artık geri alınmasının tecviz edilmeyeceği neticesine varılarak içtihadın umumî heyet kararı veçhile birleştirilmesine karar verilmiştir. (1)

İncelemek istediğimiz bu içtihadı birleştirme kararının ilgilendirdiği saha kanuna aykırı terfilerin geri alınması suretiyle islâhî caiz olup olmadığı keyfiyetinden çok geniştir. Karar doğrudan doğruya idare kararlarında ve bu sebeple idare hayat ve faaliyetinde istikrar prensibi ile alâkalıdır; ehemmiyeti de bu ana mesele ve mefhuma temasından ileri geliyor.

Bu mevzuu, idarî faaliyeti mürakabe vazifesini dünyaya örnek olacak surette ifa eden Fransız Devlet Şûrasının kararlarını işleyerek bunlardan yeni hukuk kaideleri çıkarmakta büyük maharet gösteren Fransız müellifleri çok esaslı ve etraflı bir surette tetkik etmişlerdir. Bu müelliflerin aşağıya dercettiğimiz mütalâaların içtihadı birleştirme kararının raportörü Devlet Şûrası azası sayın İbrahim Senil'in raporundan

(1) Kararın tamamı Devlet Şûrası azası A. Şeref Hocaoğlu tarafından neşredilen (Devlet Şûrası içtihadı birleştirme kararları) unvanlı toplamın ikinci cildindedir.

bütün tafsilâtiyle alıyoruz. Haddi zatinde mevzuun dışında çıkar gibi görünen bazı kısımlarını kısaltabilirdik; fakat vücuda getirdikleri sentezin değerini küçültmek korkusu bizi bu yolu takibe teşvik etti.

1 — Raphael Alibert, İradenin kazaî mürakabesi (Le contrôle Juridictionnel de l'Administration - tâbi 1926, sayfa 316) adlı eserinde (mütekaddim bir karardan doğan hakların ihlâli - geri alma nazariyesi) başlığı altında bu konuyu incelemekte ve âmme hukukunda kanuna uygun olarak tesis edilen her hukukî tasarrufun bir hukuk kaidesini ihtiva ettiğini, bu kaidenin nazara alınmamasının bir salâhiyet tecavüzü teşkil eylediğini, İdare edilenlerin kanunlara, nizamnamelere, kazaî kararlara ve umumî surette kanuna uygun olarak ittihaz edilmiş olan bütün idarî kararlara - bu tasarruflar yürürlükte buldukları müddetçe - istinat etmek hakkını haiz olduklarını, bu tasarrufları tesis edilmekle bir takım haklar ihdas ettiklerinden tesis eden makam tarafından bunların geri alınmayacağını ve bu geri almanın müktesep haklara bir tecavüz teşkil edip etmediği meselesinin ortaya çıktığını ve bu husustaki etüdün başlıca : 1 - Âmme hizmetlerinin ilgası : 2 - Tanzimî tasarrufların geri alınması; 3 - Şahsî tasarrufların geri alınması; noktaları üzerinde yapılabileceğini kaydettikten sonra sırasıyla bu noktaların her birini tetkik etmektedir. Müellif birinci ve ikinci noktalar hakkında, hülâsa olarak, hiç bir hukuk kaidesinin bir âmme hizmetinin idamesini âmir bulunmadığını ve bir âmme hizmetinin idamesi hususunda hiç bir kimsenin müktesep bir hakkı mevcut olmadığını ve yetkili makamın, salâhiyetini suiistimal etmemek kaydıyla bir âmme hizmetini her zaman ilga edebileceğini, tanzimî bir tasarrufun geri alınmasının keza kanunî olduğunu, böyle bir tasarrufun ancak yürürlükte bulunduğu müddetçe haklar doğurduğunu ve yetkili makamın bunu, hizmetin icaplarına göre ilga veya tâdil edebileceğini yazmaktadır. Şahsî tasarrufları geri alınmasına gelince câri olanın hilâfına bir hal şekli kabul edildiğini, kanuna uygun şahsî bir kararın hukukî bir durum yarattığını, bu durumun bir takım haklar ihdas ettiğini ve binaenaleyh ancak kendisine has bir usûl dairesinde nihayet bulabileceğini, meselâ bir memurun tayini muamelesinin kendisine bazı haklar bahşettiğini, bu memurun yalnız uzaklaştırılabileceğini ve tayinin geri alınması yolundaki bir tedbirin kanunsuz olacağını, bununla beraber şahsî bir kararın geri alınmasının kanunsuzluk teşkil edebilmesi bazı şartlara tâbi bulunduğunu, gerçekten böyle bir tasarrufun ancak kanuna uygun olduğu ve muvakkat bir mahiyet taşımadığı takdirde haklar doğurabileceğini, şu halde kaidenin tatbik edilebilmesi, muhtelif vaziyetlere göre değişen şartlara bağlı olduğunu ve mevzuun dört farazi-

yenin tetkikini gerektirdiğini ve bunların : 1) Hak doğurmayan şahsî tasarrufların; 2) Fertlere bazı haklar veya müsaadeler sağlayan tasarrufların; 3) Muhtelit bazı muamelelerin muteberiyeti için zarurî olan tasarrufların; 4) Memurlara müteallik tasarrufların; geri alınması faraziyelerinden ibaret bulunduğunu beyan ederek bunları da sırası ile incelemektedir.

Birinci faraziyeye âtîfet kabilinden olan; muvakkat mahiyet taşıyan, kanunsuz olan tasarruflar dahil bulunmaktadır. Müellif bu tasarrufların geri alınabileceğini ifade etmekte ve bunlardan kanunsuz tasarrufları hakkında; bir karar hukuka uygun olmayınca bir hakkın kaynağı da olamayacağını veya hiç olmazsa doğurduğu hakların, kararı muallel kılan kanunsuzluk dolayısıyla, fesih ve iptale maruz bulduklarını, böyle bir kararın her zaman geri alınabileceğine Devlet Şûrası tarafından uzun zamandan beri karar verildiğini fakat şimdi, kanunsuz bir tasarrufun idarî dâva açma müddeti içinde geri alınabileceğine karar verildiğini, bu içtihadın kendiliğinden anlaşılabilirliğini, geri almanın hâkim tarafından verilen iptal kararına benzediğini, bir kararın tesirlerini tehdit eden istikrarsızlığın, geri alma şıkkında iptal şıkkından daha uzun müddet devam etmesine müsaade etmemek mantikî olacağını, çünkü her iki ihtimalin müşâbih olduğunu ve her ikisinde bir müddet kabul edilmesinin aynı sebeplere dayandığını yazmaktadır. Eserin not kısmında, Devlet Şûrasının bu içtihadı, ilk defa olarak kiralar hakkında açılan dâvalar vesilesiyle yani tam kaza dâvaları zımında verdiği 3 Kasım 1922 tarihli 3 kararlar tesis ettiğine ve bir kaç gün sonra aynı sebeplerle bu içtihadı, geç verilen geri alma kararları aleyhine bir dâva üzerine, iptâl dâvalarına teşmil ettiğine işaret olunmaktadır.

İkinci faraziyedeki tasarruflarda bahsimizi ilgilendiren izahat mevcut değildir.

Üçüncü faraziyeye dahil tasarruflarda, vesayet tasarrufunun kanuna aykırı bir muameleyi tasdik etmesi halinde bu tasarrufun kanunsuz olduğu ve idarî dâva süresi içinde geri alınabileceği teyid edilmektedir.

Memurlara taallük eden tasarrufların geri alınması konusundaki 4 cü faraziyeye gelince müellif, bu tasarrufların, diğer idarî tasarruflarda carî olan kaidelere tâbi olduklarını, bu kaidelerin; 1) Tayinlere; 2) Vazifeden çıkarma muamelelerine; 3) Emekliye sevk muamelelerine tatbik edildiklerini; kanunsuz bir tayinin idarî dâva açma süresi içinde geri alınabileceğini, kanuna uygun bir tayin ise, alâkalı memurun lehine haklar doğurduğundan bunun geri alınmayacağını, üst makam bu tayinin

tesirlerine son vermek isterse hizmet ile memur arasındaki bağı çözmek üzere kanunun derpiş ettiği vasıtalarından birini harekete getirmesi gerektiğini; vazifeden çıkarma muamelelerinde, bu muamele kanunsuz olduğu takdirde bunun geri alınmasını Devlet Şûrasının kanunî bir tasarruf olarak kabul ettiğini; emekliye sevk muamelelerine gelince bu muamelelerin geri alınması kanunen mümkün olmadığının içtihat tarafından bihakkın kabul edildiğini yazmaktadır.

II — Devlet Şûrası ile Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları hakkındaki noktalarında (Notes d'Arrets sur décision du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits - tabı 1929, cilt 2, sahife 100), Maurice Hauriou da lâzımülcra kararlarının resen geri alınması ve iptali mevzuunda R. Alibert'in eserinde işaret olunan Devlet Şûrasının 3 Kasım 1922 tarihli kararıyla diğer üç kararını bahis mevzuu etmekte ve 3 Kasım 1922 tarihli kararlar tesis edilen içtihada bugün artık istikrar bulmuş nazarı ile bakılabileceğini ve bunun, Devlet Şûrasının yaratıcı kuddetinin en mütebariz misallerinden birini teşkil ettiğini, bu kararlarda, fertler lehine haklar doğurabilen ve fakat ilgililer tarafından aleyhlerine dâva açıldığı takdirde iptâl edilmelerini intaç edebilecek mahiyette kanunsuzlukla muallel bulunan lâzımülcra şahsî kararların bizzat idare tarafından geri alınmalarının bahis konusu olduğunu kaydettikten ve mezkûr dört kararda bahis konusu olan ihtimalleri kısaca belirttikten sonra bu husustaki kanaat ve mütalâasını izah etmektedir.

Bu kararlardan birinin taallûk ettiği Cachet dâvasında Rhône sicil müdürü, Cachet adında bir kadına, kaybettiği kiralardan dolayı tazminat vermiş, fakat bu kadın tazminatı kâfi görmiyerek, daha fazla bir tazminat almak üzere Maliye Vekiline müracaat etmiş; Vekil, bu kadna ait gayri menkulün kasaba dışında bulunduğu ve kasaba içindeki gayri menküller için 9 Mart 1918 tarihli kanun derpiş ettiği tazminattan faydalandırılmıyacağı mülâhazasıyla tazminatı arttırma talebini reddetmekle iktifa etmemiş, Müdürün verdiği tazminatı da resen kaldırmıştır. Bu suretle, Vekil tarafından kanunsuz telâkki edilen tazminatın verilmesine müteallik lâzımülcra bir karar, müratebe yolu ile iptâl edilmiştir.

İkinci kararın taallûk ettiği Vallois dâvasında da, evvelki dâvada olduğu gibi, kira kaybına mukabil tazminat verilmesi bahis mevzuudur; yalnız idarî karar bizzat sicil müdürü tarafından geri alınmış ve bu geri alma kararı Vekil tarafından tasdik edilmiştir.

Üçüncü kararın taallûk ettiği Gros de Beler dâvasında bir topçu teğmeninin 1 Ekim 1919 tarihinden itibaren kıdem sırasına girmesi kararname ile kabul edilmişti. Bu muamele kanunsuzdur ve bu kararnameyi

İptâl eden ikinci bir kararname ile bu teğmenin 1 Ekim 1920 tarihinden itibaren kıdem sırasına girmesi kabul olunmuştur. Bu hâdisede; bir hak bahşeden kanunsuz bir karar aynı makam tarafından ittihaz edilmiş ikinci bir kararla iptâl olunmuştur.

Dördüncü kararın taallûk ettiği İngris dâvasında durum yukarıkinin aynıdır; bir kadın kararname ile Fransız vatandaşlığına iade edilmiştir; altı ay sonra bu kararname, malûm olmiyan bir kanunsuzluk dolayısıyla geri alınmıştır.

Bu kararlarda : İdarî bir kararın, iptalini intaç edebilecek bir kanunsuzlukla muallel olması halinde İdarenin bunu ancak idarî dâva açma süresi içinde (İkinci dâvada sicil müdürünün kararına karşı Vekile müracaat edilmesi için muayyen olan 15 günlük müddet esas tutulmuştur.) Geri alabileceği prensibi belirtilmiş ve itiraz olunan ikinci kararlar, bu müddetler geçtikten sonra ittihaz edildikleri için iptal edilmişlerdir.

Müellif bu hususta şu mütalâada bulunmaktadır :

İdare, bir taraftan tasarrufun kanunsuzluğunu görüyor; diğer taraftan takdir hakkının tesiri altındadır. İdare, muhitinde yarattığı menfaatlerin müktesep haklar doğurabilecekleri keyfiyetine büyük bir ehemmiyet atfetmiyor. İdare için, hizmetin nef'i karşısında bu menfaatler katiyet ifade etmez. Böyle olunca, bu menfaatleri izale etmeği idare tabii telâkki ediyor. Bunun aksine olarak, kararlardan faydalanan fertler daima durumlarını takviye etmeğe temayül ederler ve bu kararlarda kendi lehlerinde doğmuş müktesep haklar görürler. İdare, hürriyetinin şartı olarak hukukî durumlarda bir nevi seyyaliyet muhafaza etmek ister; fertler ise hukukî durumların devamlı ve istikrarlı olmasını arzu ederler. Şu halde İdarenin takdir hakkı ile aynı İdare tarafından verilen ve müktesep bir mahiyet almak istidadında olan hak arasında açılmış bir mücadele karşısında bulunuyoruz. Devlet Şûrasının mezkûr kararlarında müktesep hak galip geliyor. Bir hak bahşeden bir karar hiç bir kanunsuzlukla muallel olmadıkça bu kararın idare tarafından geri alınmayacağı keyfiyeti şimdiden tahakkuk etmiş bulunuyor. Vallois dâvasına ait karar bunu açıkça hatırlatıyor. İptal sebeplerinden biri ile muallel olan kararlara gelince, bunlar hukukî bir sebeple resen geri alınabilir. Kanunî veçhe dairesinde icra edilen ve Devlet Şûrasınca da müteaddit defalar tasvip edilen bu yoldaki idarî muameleye muhalefet edilemez. Fakat İdarenin geri alma yetkisi ilâ nihaye ve her zaman kullanılabilir mi? Bu kabil kararlar ile ihdas edilen durumlar asla sabit ve istikrarlı bir hal almazlar mı? İctimaî münasebetlerin emniyeti bakımın-

dan, ilâ nihaye geri alma imkânları ne büyük tehlikeler arzeder. Diğer taraftan idarî dâva açma yolunu üçüncü şahıslar lehine ancak iki ay (2) gibi kısa bir zaman için sağlayan, buna mukabil müddetle mukayyet olmaksızın aynı kararı resen iptâl etmek imkânını idareye veren bir hukukî müessesede ne ittiratsızlık hasıl olur? Hal şeklini Cachet dâvasına ait 3. Kasım. 1922 tarihli karar veriyor; diğer 3 kararda da bunu teyit etmiş oluyor. Bu hâl şekline göre, İdarenin resen iptâl hakkı, iptâl dâvası açmak için muayyen olan müddetle takyid ediliyor. Bu suretle idarî kararların hukukî malûliyetleri gerek idarî dâva yolu ile ve gerek İdarece iptâl edilmek cephesinden sür'atle örtülmüş olacak ve İdarece ihdas edilen durumlarda bir istikrar hasıl olacaktır.

III — Roger Bonnard, Muhtasar İdare Hukuku (Précis de Droit administratif, tabı 1940, sahife 115) adlı eserinde idarî tasarrufların geri alınmasını, şahsî idarî tasarrufların ihlâli dolayısıyla vaki kanunsuzluk mevzuu meyanında tetkik etmiş ve müellif, şahsî idarî tasarrufların ihlâli keyfiyetinin yani mütekaddim şahsî idarî bir tasarrufun tâdil edilmesinin veya geri alınmasının dahi objektif bir kaidenin (Kanun, nizamname) ihlâli gibi kanunsuzluk teşkil ettiğini, zira şahsî idarî bir tasarrufun ihlâl edilmesinin, “yazılı olmayan” objektif hukukun bir kısmı olan umumî hukuk presiplerinin ihlâlini tazammun ettiğini belirtmekte ve şunları yazmaktadır : Burada bahis konusu olan umumî hukuk prensibi, kanuna uygun hukukî tasarrufların hasıl ettikleri şahsî tesirlerin dokunulmazlığı keyfiyeti olup modern hukukun esaslı prensiplerinden biridir. Bu prensip şu mânâyı ifade eder : Hukukî tasarruflar şahsen, muayyen fertler için tesirler hasıl ettikleri nisbette, bu tasarruflar kanuna uygun olunca, bu suretle hasıl olan tesirlere hürmet edilmesi lâzımdır; bu tesirler, ancak bu hususta derpiş edilen şekil ve şartlar dairesinde izale veya tâdil edilebilirler. Binaenaleyh hukukî bir tasarrufun husule getirdiği şahsî tesiri tanımamazlıktan gelen, tâdil veya ilga eden her tasarruf, prensibi muhil olmak itibarıyla kanunsuzdur. İdare dahi, şahsî tesirlerin dokunulmazlığı prensibine hürmet etmekle mükelleftir ve bu mükellefiyet yalnız idare edilenlerin tasarrufları bakımından değil bizzat kendi tasarrufları bakımından da mevcuttur. Böylece bu mevzua idarî tasarrufların geri alınması meselesi bağlanmaktadır. Bir tasarrufun geri alınması bu tasarrufun, bunu tesis eden makam tarafından ilga edilmesidir, o suretle ki bu tasarruf hiç bir zaman mevcudiyet izhar etmemiş olacaktır. Şu halde geri alma, şahsî tasarrufların dokunulmazlığı prensibini ortaya koymaktadır. Geri alma muamelesi diğer bir tasarrufun yerine kaim

(2) Fransız hukukunda bizim kanunumuzdaki 90 gün yerine iki ay kabul edilmiştir.

olmak üzere bir tasarruf tesis etmekten ibaret olan aksi tasarruftan ayırt edilmelidir. Bu cümleden olarak bir tayin muamelesinde, bu tayin geri alınabileceği gibi vazifeden çıkarmayı tazammun eden aksi tasarruf da yapılabilir. Aksi tasarruf, behemehal birinci tasarrufu tesis eden makamın eseri değildir. Kanun, birinci tasarrufu tesis etmeğe yetkili olan makamdan ayrı bir merci tayin edebilir ve ekseriya bu hal vakidir. Bundan maada aksi tasarruf, ilk tasarrufun, yürürlükte kaldığı müddetçe hasıl ettiği bütün tesirleri olduğu gibi bırakmaktadır. İçtihat, hukuķi tasarrufların dokunulmazlığı prensibi ihlâl edilmeksizin idarî tasarrufların geri alınmasının kanunen mümkün olup olmadığını hal ve tayin etmek mevkiinde kalmıştır. Bu hususta konulan ve bir kaç yıldan beri bir çok kararlarla teyit edilen kaideler şunlardır :

1 — Bir tasarruf, iptalini intaç edebilecek mahiyette bir kanunsuzlukla malûl olmadıkça bunun geri alınması mümkün değildir. Tasarruf sadece hatalı veya icapsız ise geri alınmaz.

2 — Âtîfet kabilinden olsa bile, kanunî idarî bir tasarrufun geri alınması kanunsuzluk teşkil eder.

3 — Bununla beraber kanunî bir tasarrufun temin ettiği haklar, bu tasarrufun muahhar bir tasarrufun tesisine tâbi olması dolayısıyla nihai olarak iktisap edilmemiş ise bu kanunî tasarruf geri alınabilir.

4 — Tasarruf kanunî ise, ancak aksi tasarrufun icrası ile ortadan kaldırılması mümkündür; bu aksi tasarrufun icrasından bu husustaki şekil ve selâhiyete müteallik kaidelere riayet edilmesi lâzımdır : Meselâ kanunî bir tayinin ilgası, vazifeden çıkarma suretiyle yapılabilir. (3)

5 — Kanunsuz bir tasarruf, iptâl dâvası açılması için muayyen olan müddet içinde geri alınabilir, zira geri alma, iptalin yerini tutan bir tasarruftur. Bu kaide içtihat tarafından 922 senesinde vaz edilmiştir.

6 — Tasarruf aleyhinde iptâl dâvasından başka bir yola gidilmiş ise ve bu müracaat hususî bir süreye tâbi ise geri alma bu hususî süre içinde vaki olabilir.

IV — Gèze âmme hukuku mecmuasında (1945), Devlet Şûrasının mevzuumuzla ilgili 3 Mayıs 1944 tarihli bir kararı vesilesiyle yazdığı bir makalede şu mütalâada bulunmaktadır :

İdare, hak doğuran bir tasarrufu geri alabilir mi? Meselâ bir tayin yapılmıştır; müratebe mevkiindeki üst makam bunu geri alabilir mi? Bu, bir misaldir. İmdi, geri alma tasarrufunun hukuķi mahiyeti nedir?

(3) Fransız hukukunda azil müessesesi vardır.

İçtihadada göre iki ihtimalî gözönünde tutmak icabeder :

1 — Geri alınan tasarruf kanunidir. 2) Geri alınan tasarruf kanunsuzdur.

Birinci ihtimâl - Geri alma tasarrufu, bunu tesis edenin izafe ettiğinden başka bir hukukî mahiyet taşımaktadır. Böyle olunca bu tasarrufa, kendisine terettüp eden hukukî rejimi tatbik etmek lâzımdır. Mese-lâ kanunî bir tayin muamelesinin geri alınması hakikatte bir vazifeden çıkarmadır. Şu halde tatbiki kabil olan rejim vazifeden çıkarma rejimidir ve geri alma tasarrufu vazifeden çıkarma için aranılan kanunî bütün şartları haiz olmadıkça kanuna uygun sayılmaz; Binaenaleyh geri alma muamelesi vazifeden çıkarmaya yetkili olan makamdan sâdir olmuş bulunmalı, vazifeden çıkarma için kanunun derpiş ettiği teminat dairesinde ve buna mahsus şekillere uygun olarak yapılmış olmalıdır. Bu husustaki içtihat eski ve müstakardır.

İkinci ihtimâl - İdare, kanunsuz tasarrufu geri almakla kanunu doğru tatbik etmekten başka bir şey yapmamıştır. Bir çeyrek asırdan beri Devlet Şûrasının, kararlarında kullanıldığı formül budur ve yeni kararlarından bu hal şeklini teyid etmektedir (Tetaud dâvası, 5/2/1944 tarihli karar). Kanunsuz bir tasarrufun geri alınması konusunda kullanılan bu formüller çok umumidir. İdarenin, kanunsuz bir idarî tasarrufu geri alma yetkisi, iptâl dâvası ikâmesi için muayyen olan müddetler geçtikten sonra kullanılamaz. Bunun içindir ki Devlet Şûrası, kararlarında, geri almanın idarî dâva müddeti içinde vâki olduğunu açıklamak ihtimamını göstermektedir. Geri almanın idarî dâva ikâmesi için muayyen olan müddetlerin geçmesinden önce (ve dâva açılmış ise hükümden evvel) edilmiş olmasının Devlet Şûrası tarafından aranması sebebi şudur: Müddetler geçmiş veya hâkim karar vermiş olmadıkça, geri alma tasarrufu iptâl olunabilir. Şu halde bu tasarruf henüz nihaî olarak iktisap edilmiş haklar yaratmamıştır. İdare, iptâli kabil olan tasarrufu geri almakla, dâva açılmış olsaydı veya dâva fiilen açılmış ise hâkimin behemhâl yapacağını yapmaktadır. Müddet geçtiği andan itibaren, tasarruf, kabili iptâl olmaktan çıkar. Tasarrufun noksanlığı, silinmiştir; bir hak nihaî olarak iktisap edilmiştir. İdare, bu hakkı doğuran tasarrufu geri almak suretiyle bu hakkı ihlâl edemez. Artık bundan sonra iptâli mümkün olan şey, bidayette istikrarsız olmakla beraber idarî dâva süresinin geçmesiyle sağlamağan bir hakkı ihlâl eden geri alma tasarrufudur.

V — Louis Rolland, muhtasar idare hukukunda (Précis de droit

administratif - tabı 1947, sayfa 50) İdarî kararların ortadan kalkması bahsinde şunları yazmaktadır :

1) Bir kararın ortadan kalkması, ilgasından ileri gelebilir. Bu ilga, prensip olarak kararı ittihaz eden makamın eseridir. Bu ilga, küllî veya kısmî olabilir. Tanzimî bir kararın ilgası daima mümkündür. Bu, bütün âmme hizmetlerinin müşterek bir kanun olarak yukarıda işaret edilen tebeddül kanununun bir tatbikatıdır. Şahsî karara gelince, bu karar fertler lehine müstesna haklar doğurmuş ise, mahsus bir metin olmadıkça, ilga veya tâdil edilemez; aksi halde küllî veya kısmî ilga daima mümkündür. İçtihat, mevcut tanzimî hükümlerin ilgası veya bu hükümleri tâdil eden yeni tanzimî hükümlerin lâhik olması halinde bundan zarar gören şahsa tazminat istemek hakkını tanımaya mütemayildir.

2) Kararın ortadan kalkması, bunun geri alınmasından ileri gelebilir. Geri almayı ilga ile karıştırmamalıdır, kararı yalnız ilerisi için ortadan kaldırmaktadır. Usulü dairesinde tahakkuk eden neticeler devam eder. Halbuki geri alma muamelesi ile yetkili makam yalnız ilerisi bakımından değil aynı zamanda mazi bakımından da kararı tamamen ortadan kaldırmayı kasdetmektedir. Geri alma, vaki olduğu andan itibaren kararı yok eder. Bununla beraber tatbikatta geri alma, yalnız ilerisi için iptali intaç eden bir mualele olarak tefsir edilmektedir. Tanzimî kararların geri alınması daima mümkün görülmektedir. Yalnız, bundan fertler için bir zarar doğduğu takdirde bir tazmin meselesi ortaya çıkabilir. Şahsî kararlarda ise bir tefrik yapmak lâzımdır. Bu karar kanunsuz ise bunun geri alınabilmesi normaldir. Fakat bu karar bir fert lehine bir hak doğurmuş ise Devlet Şûrası, bu karar aleyhine iptal dâvası açılabilceği müddet içinde bu kararın geri alınabileceği kanaatinde değildir. Karar kanuna uygun ise, fertler lehine nihaî olarak iktisap edilmiş bir hak sağlanmış olmak şartıyla bu kararın geri alınması mümkündür.

VI — Marcel Waline, muhtasar idare hukukunda (Traité élémentaire de droit administratif - 5. inci tabı, 1951 sahife 435) idarî bir tasarrufun ne suretle hukukî kuvvetini kaybedeceği hakkındaki kısımda idarî tasarrufların geri alınmasını tetkik etmekte ve şunları yazmaktadır :

Bir idarî makam bir karar ittihaz ediyor ve sonra pişman oluyor. Bu kararı ancak kendisi geri alabilir. Fakat bunu da her zaman yapamaz. Şüphe yok ki, hatalı hattâ belki de kanunsuz bir kararın ortadan kaldırılması temenniye şayandır. Fakat karar üçüncü şahıslara iktisap ettirmiş olabilir ve bu haklardan faydalananlar bu kararın geri

alınmasından zarar görebilirler. İdarî kararların ihdas ettikleri durumlar sabit, müstakar olmalıdır. İşte, birbirine zıt olan bu menfaatler içtihat tarafından bazı tefrikler yapılmak suretiyle telif edilmektedir.

Hiç bir kimse lehine hak iktisap ettirmemiş olan tasarruflar; tasarruf, hiç bir kimseye bir hak iktisap ettirmemiş ise bunu idame ettirmeğe sebep yoktur. Nizamnameler daima ilga edilebilir; keza muvakkaten ve kaldırılmak üzere verilen müsaadeler de geri alınabilir. Fakat içtihat, âtîfet kabilinden olan tedbirleri hak bahşeder mahiyette telâkî etmiştir (Bozy davası, 31 Ocak 1936 tarihli karar).

Bir hak iktisap ettiren tasarruflar : İdarî karar gereğince, gerek zâhiren görünen ilgili ve gerek üçüncü bir şahıs tarafından haklar iktisap edilmiş olsa bile bu idarî kararı geri almakta büyük bir menfaat mevcut olabilir. Bu menfaat, kanunsuzluk dolayısıyla açılacak dâva neticesinde iptali önlenmektedir. Şu halde geri alma ancak kanunsuzluk dolayısıyla ve bir kazaî iptali önlemek için mümkündür (Müstakar içtihat). Ortada iptal tehlikesinin mevcudiyeti lâzımdır. Bu tehlike aşağıdaki sebeplerden ileri gelebilir :

İdarî dâva açma süresi henüz geçmemiştir (Müstakar içtihat).

Dâva henüz derdesti rüyettir (Bu takdirde dâva dilekçesindeki talep hudutları dahilinde tasarruf geri alınabilir.).

Dâva açma süresi geçince, tasarruftan doğan menfaat, ilgililer tarafından nihaî olarak iktisap edilmiştir ve geri alma artık mümkün değildir.

Bundan şu netice hasıl oluyor ki, bir Vekil, süreler geçtikten sonra kendisine müratebe yolu ile müracaat üzerine artık karar veremez.

Hülâsa idarî bir tasarruf, hiç kimse lehine bir hak doğurmamış ise daima geri alınabilir. Eğer bu tasarruf haklar doğurmuş ise yalnız kanunsuzluk dolayısıyla —icapsızlık dolayısıyla değil— ve ancak ilgili tarafından iptal dâvası yolu ile iptal ettirilebileceği müddet zarfında geri alınabilir.

Geri alma muamelesinin müeyyidesi, selâhiyet tecavüzü dolayısıyla geri alma tasarrufunun iptali ve icabında idarenin, kusur dolayısıyla tazminata mahkûmiyetidir.

İdarî tasarrufların tâdili tasarrufun kısmen geri alınması mahiyetindedir. Binaenaleyh tâdilin muteber olması aynı kaidelere tâbidir,

*
**

Görülüyor ki, bütün âlimler istikrar prensibine büyük kıymet

izafe etmişlerdir. Esasen cemiyet bir cihetten, denebilir ki, insan hayatının normal surette devamı için muhtaç bulunduğu istikrarı temin gayesi ile kurulmuştur. Hususi hukuk sahasındaki zaman aşımı müessesesi nasıl istikrar esasını himaye maksadından kuvvetini alıyorsa idare hukukunda da kanuna aykırı kararların geri alınmasında içtihadın ve doktrinin vazettiği kaide de aynı düşünceye dayanıyor.

Devlet Şûrasının hukukumuzda idare edilenler için büyük kıymeti haiz bir esas meydana getiren bu içtihadı birleştirme kararının dikkate değer bir gelişme safhası teşkil ettiği şüphesizdir. Ancak bu kararın ikmalî şiddetle arzu edilen bazı noksanlarını da belirtmek lüzumunu duyduğumuzu ifade etmeden geçemeyeceğiz; bu noksanlar ikmâl edilmedikçe müessesenin bütün hüviyetiyle hukukumuzda lâıyk olduğu mevki almış olduğu söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Bu noksanların başında müddet meselesi geliyor. Fransız müelliflerinin geri alma müddetini ferdin iptal dâvası açmak için haiz bulunduğu dâva açma salâhiyetini kullanma müddetiyle tahdit etmeleri, hem makul hem de kuvvetli mucip sebebe dayanmaktadır. İdarenin resen icra kabiliyetini haiz bir karar ittihazı hususi hukuk sahasında idare edilenlere tanınmamış, âmme hizmetlerinin gereği gibi ifasını kolaylaştırıcı bir imtiyazdır. Bu gibi imtiyazları tesirlerini zarurî kılan sınırlar içinde muhafaza etmek, idare edilenleri hergün yeni sürprizlerle karşılaştırmak için elzemdir. Başka suretle İdare karşısında ferdin iktisap eylediği hukukî vaziyetten emin olmasına imkân yoktur.

Hâdiseler bu içtihadı birleştirme kararı münasebetiyle hukukçularımızın tetkikine sunulmuş ve en mühim esas konulmuş oluyor. Bundan sonra bu esasın yeni kararlarda daha geniş, tekâmül etmiş örneklerini göreceğimize şüphe yoktur.
