

ÖRFİ İDARE İLÂNI KARARI KAZAİ MÜRAKABEYE TÂBİ MİDİR?

Dr. İsmet Giritli

I

Örfî İdare rejimi kanunî ve hukukî bir rejim olduğu cihetle bu rejimin herhangi bir memlekette tatbiki ve cereyanı esnasında ve Örfî İdare dolayısıyla ittihaz edilen bütün kararların, tedbirlerin, yapılan tasarrufların ve işlerin kazaî mürakabeye tâbi olacağı aşağı yukarı yüz seneden beri bütün demokratik ve medenî memleketlerde münakaşasız olarak kabul edildiği halde, bizzat Örfî İdarenin ilânına müteallik kararın kazaî mürakabeye tâbi tutulup tutulamıyacağı hususu uzun zaman doktrinde tereddütlere ve farklı noktai nazarlara konu teşkil etmiştir.

İşte bu makalemizde biz, bugün Fransada doktrin ve içtihatta, Örfî İdare ilânı kararının da kazaî mürakabeye tâbi tutulabileceğinin ittifakla kabul edildiğini, bu konu ile ilgili en son içtihad ve fikirleri belirtmek suretile, göstermek istiyoruz. Memleketimizin kabul ettiği idarî kaza sistemile idarî rejimin esaslarının Fransadan alındığı hatırlanacak olursa, böyle bir tetkikin faydasız olduğu iddia edilemez.

II

Bugün Fransada Örfî İdare meselesini tanzim eden mevzuat 9 Ağustos 1849, 3 Nisan 1878 ve 27 Nisan 1916 tarihli kanunlara istinat etmektedir. Bunlardan 1849 tarihli kanun Örfî İdare ilânile istisnaî bir kanunî rejimin tatbik edileceğini gösterip bu rejimin doğuracağı hükümleri tespit eder. 1878 tarihli kanun Örfî İdarenin ilân ve hitama ermesi meseleleriyle meşgul olur. 1916 tarihli kanun ise Örfî İdare rejiminde askerî mahkemelerin vazife ve salâhiyetlerine müteallik hükümleri ihtiva eder. Fransada 3 Nisan 1878 tarihli Kanun önemli hâdiselerin ferdasında kabul edilmiştir. Bu tarihte Fransız Cumhurbaşkanı Mac Mahon bir vesileden istifade ederek Başvekil Jules Simonu âdeta istifaya davet ve icbar eden bir mektubu ile, Parlâmentoya karşı bir hükûmet darbesi teşebbüsüne giriştiği hususunda endişe uyandırmıştı. Bundan dolayı 1878 tarihli kanunda icra kuvvetinden çekinildiği için, Örfî İdare ilânında Parlâmentonun hâkim bir rol oynaması esası kabul edilmiştir. Filhakika bu kanun mucibince Fransada prensip itibarile Örfî İdare ancak Parlâmento tarafından bir kanun ile ilân ve temdit olunabilir. Bununla beraber bazı hallerde yani

istisnaen hükûmet veya hükûmet namına müstemleke valileri Örfî İdare ilân etmek salâhiyetini haizdir¹. Öyle ise Örfî İdarenin ilânı dolayısıyla kazaî bir mürakabenin cereyan edip etmiyeceği konusunda Fransa bakımından iki ihtimali birbirinden ayırmak lâzımdır: 1. Parlâmentonun Örfî İdare ilânından dolayı kazaî mürakabe bahis konusu olabilir mi? 2. Hükûmetin Örfî İdare ilân etmesi halinde ve bundan dolayı kazaî bir mürakabe bahis konusu olabilir mi?

1. Parlâmento Örfî İdareyi bir teşriî tasarrufla, kanunla ilân etmektedir. Fransız müellifleri, ezcümle Duez ve Appleton, teşriî tasarrufların herhangi bir kazaî mürakabe dışında kaldığını ve bu itibarla burada kazaî bir mürakabenin bahis mevzuu olamayacağını söylemektedirler². Her ne kadar 1946 tarihli yeni Fransız Anayasası 91, 92 ve 93 üncü maddelerile, kanunların Anayasaya uygunluğunu tetkik salâhiyetini bir Anayasa Komitesine (Comité Constitutionnel) vermişse de bu komite gerek kuruluşu gerekse faaliyet tarzı itibarile kazaî bir merci olmaktan uzak bulunduğu cihetle bugünkü hukukî realite bakımından bu konuda bir değişiklik olduğu söylenemez. Örfî İdare ilân eden kanunun bir tazminat dâvasına sebep verip veremeyeceği meselesi ise umumî prensiplerle halledilmek lâzımdır³.

2. Hükûmetin Örfî İdare ilânından dolayı kazaî bir mürakabenin bahis konusu olup olmayacağı meselesinde, bilhassa hükûmet esas itibarile Örfî İdare ilân etmeğe salâhiyetli olduğu halde, bir takım hukuk kaide-lerine ve ezcümle Örfî İdare mevzuatına aykırı olarak hareket ettiği ve Parlâmentonun da bunu bilerek ve bilmiyerek tasdik etmesi halini incelemekte fayda vardır.

Fransız doktrininde, hükûmet tarafından ittihaz olunan Örfî İdare ilânına müteallik kararın Devlet Şûrasında bir dâvaya konu teşkil edip etmiyeceği meselesi ötedenberi münakaşa edilmiştir. Bu arada meselâ

1) Tafsilât için Bak. Ragıp Sarıca - Fransada ve Türkiyede Örfî İdare rejimi, İst. Baro Mecmuası, 1941, sayı 2-3. Bu arada şunu söyleyelim ki, Anayasamızın 86 ncı maddesi Örfî İdareye ait hükümler ihtiva ettiği gibi, bu mesele esas itibarile 22 Mayıs 1940 tarihli ve 3832 sayılı Örfî İdare Kanunu ile — ki bu kanunun bazı maddeleri 1941 ve 1942 de 4106 ve 4219 sayılı kanunlarla tadil edilmiştir — tanzim edilmiş bulunmaktadır. Anayasamızın 86 ncı maddesi mucibince Örfî İdare ilânı münhasıran Bakanlar Kuruluna aittir. Yani memleketimizde Fransız sisteminin aksine olarak, Meclis içtima halinde olsun olmasın, Örfî İdare ilân etmek yetkisi hükûmete aittir.

2) DUEZ (P.): La responsabilité de la Puissance Publique, 1938, s. 190-195. APPLETON (J.): Traité Elementaire du Contentieux Administratif, 1927, s. 280-283.

3) Bu mesele için Bak. SARICA (R.), Teşriî organın faaliyetinden dolayı Devletin mali mesuliyeti meselesi, İst. 1945; ONAR (S. S.), İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst. 1952, s. 1212-1217; CEMAL M. AYGEN, Teşriî faaliyetinden dolayı Devletin hukukî mesuliyeti, Ankara, 1955.

Örfî İdare ilânına ait hükûmet kararının diğer bütün idarî kararlar gibi Devlet Şûrasında tetkik edilebileceğini söyleyen Berthelemy'ye⁴ mukabil meselâ Duez ve Appleton gibi müellifler bu kararın Devlet Şûrasının kazaî mürakabesine tâbi olamayacağını ileri sürmüşlerdir⁵.

Bu görüşe göre Hükûmetin Örfî İdare ilânına müteallik kararı — gerek parlâmentonun tasdikinden evvel, gerek sonra — daima icra kuvvetinin bir kararı olarak görülür. Bu itibarla bu karar Parlâmentonun bir tasarrufu sayılamaz. Böyle olmakla beraber, bu karar «Hükûmet tasarrufu» olmak itibarile kazaî mürakabeye tâbi olmaz. Duez'in fikrine göre Örfî İdare ilânına müteallik kararın bir «Hükûmet tasarrufu - Acte de Gouvernement» teşkil etmesinin ve binaenaleyh kazaî kontrole tâbi tutulmasının sebebi mahkemelerin Parlâmento ile ihtilâfa düşmekten çekinmeleridir. Gerçekten mahkemeler, bir ihtilâf ve dâva üzerine hükûmetin Örfî İdare ilânına müteallik kararını tetkik edecek olsalar, belki de parlâmento ile ihtilâfa düşmelerini intaç edecek bir vaziyetin husulüne sebebiyet vermiş olurlar. Zira bu meseleyi bir hükme bağlamaları lâzımdır. Bu hüküm neticesinde meselâ Örfî İdare kararının kanuna aykırı olduğu ortaya çıkacaktır. Halbuki hükûmetin Örfî İdare ilânı üzerine Parlâmento muhakkak surette toplanır ve hükûmetin kararını tetkik eder. Parlâmento hükûmetin Örfî İdare ilânını ipka ve tasvip etmekle bunun hukuka aykırı olmadığını zımnen iddia etmiş olur. Demek ki, mahkemelerin vardığı netice; Parlâmentonun varmış olduğu netice ile tezat haline düşmüş olur. Başka bir ifade ile mahkeme bu suretle, aynı mesele hususunda, yani aynı hükûmet kararı üzerine parlâmento ile ihtilâf haline girmiş olur ki, mahkemeler bundan kaçınmak için bu tasarrufu «Hükûmet tasarrufu» mefhumuna sığınarak, mürakabelerinin dışında tutarlar⁶.

Bu arada şunu da ilâve edelim ki, Fransada «Hükûmet tasarrufları» na taraftar olmıyan bazı müellifler bile Örfî İdareyi ilân eden kararı bir «Hükûmet tasarrufu» olarak telâkki etmişler ve bu sebepten bu kararın kazaî mürakabeye tâbi tutulamıyacağını ileri sürmüşlerdir. Buna misal olarak Laferriere'i gösterebiliriz. Bu müellif de, Örfî İdare rejiminin tatbikatı ile ilgili tasarruf ve muamelelerinden farklı olarak, Örfî İdareyi ilân eden kararı «Hükûmet tasarrufu» olarak kabul etmekte idi⁷. Nitekim Duez de, yukarıda kısaca işaret ettiğimiz gibi, bu müellifin fikrini

4) BERTHELEMY (H.), *Traité Elementaire de Droit Administratif*, 12 ed. 1930, s. 132-135, 464-465.

5) DUEZ (P.), *Les Actes de Gouvernement* 1935, s. 49-50 ve 79-81. APPLETON (J.), s.g.e., s. 290.

6) Hükûmet tasarrufu hakkında bak: ONAR (S. S.), s.g.e., s. 315-344.

7) LAFERRIERE, *Traité de la juridiction Administrative et du recours contentieux*, 2 nci bası, Paris 1896, c: 2, s. 36.

paylaşmış ve buhranlı zamanlarda iç âmme emniyeti ile ilgili olarak alınan umumî tedbirler (les mesures generales de sûreté Publique interieure) den yalnız Örfî İdarenin ilânına müteallik kararı «Hükûmet tasarrufu» olarak telâkki etmiştir.

III

Memleketimizde de İdare Hukuku sahasında, Anayasanın 86 ncı maddesine istinaden Hükûmetin ittihaz edeceği Örfî İdare ilânı kararının, her halde bilhassa Fransada bu konu ile ilgili münakaşalardan ve hal tarzlarından mülhem olarak, kazaî mürakabeye tâbi olmadığı, olmaması gerektiği başka bir ifade ile bu kararın bir Hükûmet tasarrufu teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

Nitekim Sayın Prof. R. Sarıca 1941 senesinde neşredilmiş bulunan «Fransada ve Türkiyede Örfî İdare Rejimi» adlı makalelerinde, Fransada bu konu etrafında cereyan eden münakaşaları etraflıca izah ettikten sonra, memleketimizde Örfî İdare ilânı dolayısıyla kazaî mürakabenin mevzu bahis olup olamayacağı hususunda şunları yazmaktadırlar; «Bu meselenin fazla amelî bir ehemmiyeti olmadığını zannediyoruz. Filhakika keyfiyet derhal Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunacağına göre, Hükûmet hukuka aykırı olarak veya lüzum olmaksızın Örfî İdare ilân etmiş ise Meclisin bunu tasdik etmemesi ile mesele esasen kapanacaktır. Meclisin tasdik ettiği Örfî İdare ilânında hukuka aykırılık olması ihtimali ise pek de varid değildir. Lâkin, velevki bazı hukukî noksanlara rağmen, Örfî İdare ilânı, Meclis tarafından tasdik edilmiş olsa, zannımızca, bu ilâna müteallik Hükûmet kararının hukukî muteber olmadığı iddiası serdedilemez; bunun aleyhine bir dâva açılmaz. Çünkü Örfî İdare ilânına müteallik karar; bir Hükûmet tasarrufudur. Bu isim verilsin veya verilmesin Örfî İdare ilânı nihayet teşriî uzvunun kanaatini izhar ettiği bir sahaya taallük eder.

Mahkemelerimizin aynı mesele üzerinde, Büyük Millet Meclisinden daha fazla salâhiyetle söz söylemek iddiasında bulunacaklarını ve aralarında ihtilâflı bir vaziyetin zuhuruna sebebiyet vereceklerini zannetmiyoruz. Binaenaleyh Örfî İdare kararı mürakabelerinin dışında kalacaktır»⁸.

Kısaca Hocamız Prof. Sarıca, «Örfî İdare ilânına müteallik olan kararın kendisinin dâva mevzuu teşkil edemeyeceği fikrindedir.

Diğer taraftan Hocamız Sayın Ord. Prof. Dr. S. S. Onar da «Örfî İdare ilânına dair Hükûmet yani Bakanlar Kurulu tarafından verilen

8) SARICA (R.), Fransada ve Türkiyede Örfî İdare Rejimi, İst. Baro Mecmuası, 1941, sayı 2-3, s. 132.

karar kazaî mürakabeye tâbi ve iptal dâvasına mevzu olabilir mi?» sualini şu şekilde cevaplandırmaktadırlar; «İlk bakımda buna müsbet cevap vermek lâzım geleceği düşünülebilir; filhakika uzvî bakımdan bu karar Bakanlar Kurulunun diğer kararları gibi kazaî mürakabeye tâbi olması icap eder. Gerçi bu karar Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz edilmekte ise de Meclisin bu vazifesi bir nevi idarî vesayet mürakabesi gibidir. Tasdik kararı da bir şart tasarruftur ve Örfî İdare ilânı tasarrufunun tamamen dışında kalır ve müstakil bir mahiyet arz eder, yani Büyük Millet Meclisinin tasdiki kararın mahiyetini değiştirerek onu uzvî bakımdan teşriî bir tasarruf haline kalbetmez. Karar uzvî bakımdan gene bir idarî karardır. Maddî bakımdan ise bu tasarrufun bir nevi polis tasarrufu olduğunda ve idarî bir karar bulunduğunda şüphe yoktur. Hattâ kararda sebep unsuru bile hukuk tarafından tesbit olunduğuna göre bu bakımdan da bir takdir salâhiyeti bile bahis mevzuu olamaz. Buna rağmen ekseriyet bu kararı bir Hükûmet tasarrufu saymakta ve binaenaleyh kazaî mürakabenin yani idarî kazanın mürakabesinin dışında bırakmaktadır⁹.

Görülüyor ki, her iki müellif, Örfî İdarenin ilânına müteallik kararlarla Örfî İdare makamlarının bu rejimin tatbiki sırasında ve tatbiki dolayısıyla verdikleri kararlar arasında bir tefrik yapmakta¹⁰ ve Örfî İdare ilânı kararının bir Hükûmet tasarrufu olmak itibarile kazaî mürakabe dışında kaldığını kabul etmektedirler.

IV

Dikkat edilirse, Hükûmetin Örfî İdare ilânı kararını bir «Hükûmet tasarrufu» olarak kabul ve telâkki eden bütün müellifler bu hususu teyid eden sarih bir içtihat göstermek yerine, bir takım teorik ve tahminî mülâhazalar ileri sürmektedirler. Nitekim bu mânada olmak üzere M. Waline, gayet haklı olarak, «Bazı müellifler Hükûmet tasarrufları listesine Örfî İdareyi ilân eden kararnameleri de ilâve etmektedirler. Halbuki bu meseleye ait içtihat yoktur» dememiş miydi?¹¹.

Hattâ doğrusu istenirse, Fransada Örfî İdareyi ilân eden kararnamenin bir Hükûmet tasarrufu olduğunu gösteren hiç bir içtihat mevcut olmadığı bu itibarla ancak içtihatlarla göre tespit edilen hükûmet tasarrufları listesine bu çeşit kararnamelerin ithal edilemeyeceği hakikatı şöyle dursun, Fransada Örfî İdarenin ilânına müteallik Hükûmet kararının bilâkis

9) ONAR (S. S.), İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst. 1952, s. 1080-1081.

10) SARICA (R.), sgm., s. 134; ONAR (S. S.), sge., s. 1080.

11) WALINE (M.), Traité Elementaire de Droit Administratif, 6 ncı bası, Paris 1951, s. 103 ve bilhassa s. 106.

tasarrufu olmadığını yani bu kararın da kazaî murakabeye tâbi olduğunu teyid eden eski bir içtihat vardır.

Birçok büyük şöhretin her nedense ve her nasılsa gözden kaçırdığı bu hukukî realiteyi 1951 yılında Hükûmet tasarrufları konusunda yazdığı bir etüdünde Maxime Mignon adında bir müellif ortaya koymuştur¹². M. Mignon bu makalesinde aynen şöyle demektedir: «Saik nazariyesinin terkindenberi içtihad Örfî İdareyi ilân eden tasarrufla bunun icrasına müteallik tedbirler arasında bir tefrik yapmıştır. Sonuncuların kazaî murakabeye tâbi olduğu hususunda ittifak vardır». Nitekim aynı müellif bu hususu teyid için meselâ Örfî İdare zamanında ve Örfî İdare tarafından bir gazetenin neşirden men edilmesini veya gazeteye el konulmasını, bir içki satış yerinin kapatılmasını, hattâ millî müdafaa bakımından «tehlikeli» şahısların askerî mıntıkadan çıkarılmasını veya bir mağazada silâhlara el konulmasının kazaî murakabeye tâbi olduğunu gösteren içtihatlar zikretmektedir¹³. Mignon yazısına şöyle devam ediyor: «Buna mukabil Örfî

12) MIGNON (M.), L'amenuisement de l'emprise de la theorie des actes de gouvernement, La Revue Administrative, 1951, s. 41 ve aynı müellifin «Une emprise nouvelle du Principe de legalité: Des actes de gouvernements» adlı makalesi; Dalloz 1951, Chron, XIV, Spéc. s. 58.

13) Gerçekten, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, diğer memleketlerde olduğu gibi, Fransada da örfî idare rejiminin tatbikatı ile ilgili olarak alınmış bütün tedbir ve kararların kazaî murakabeye tâbi olacağı hususunda gerek doktrinde, gerekse içtihatla tam bir ittifak vardır. Şunu da ilâve edelim ki, bu içtihat Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin meşhur ve 26 Temmuz 1873 tarihli Pelletier kararındanberi değişmemiştir. Bu karara vesile teşkil eden hâdise kısaca şudur; Örfî İdare ilân edilen Oise Vilâyeti Kumandanı General de l'Admirault ile bu vilâyet valisi Choppin müsterek bir kararla Pelletier namındaki zatın çıkardığı «Le Devoir» gazetesinin kapatılmasını ve çıkan ilk nüshasının da toplattırılmasını emretmişler. Polis komiseri Leudout'yu da bu emri tenfize memur etmişlerdi. Pelletier ise, Senlis Hukuk Mahkemesine müracaatla General, Vali ve Komiser aleyhinde bir dâva ikame etmiş; kararın mevzuata aykırılığına binaen hükümsüzlüğünü iddia ile toplattırılan nüshaların iadesi ve dâvalılardan zarar ziyan talep etmişti. Ancak alâkadar idare ihtilâfı Uyuşmazlık Mahkemesine götürmüştü. Uyuşmazlık Mahkemesi de, bu konuda kazaî murakabeyi çok tabii karşılamakla beraber, adli mahkemelerin vazifesizliğine hükmetmişti. (Pelletier kararı için bak: Sirey, 1874.2.28, aynı kararın tetkik ve tahlili için bak: SARICA (R.), İdarî Kaza, İst. 1949, s. 741-827).

Türk doktrininde de örfî idare rejimi tatbikatının kazaî murakabeye tâbi olacağı kabul edilmektedir. Bu arada muhterem Prof. R. Sarıca, «Fransada ve Türkiyede Örfî İdare Rejimi» adlı etüdlерinde çok haklı olarak şunları söylemektedir: «Örfî İdare ilân edildikten sonra hükümetin, askerî idarenin, idarî makamların — velevki örfî idareye müteallik hususlarda olsun — verecekleri sair kararların, alacakları tedbirlerin, yapacakları tasarrufların kazaî murakabeye tâbi olması lâzımdır. Nitekim Teşkilâtı Essiye Kanunumuzun 86 ncı maddesinin üçüncü fıkrası: İdarei Örfiye mıntıkası dahilinde «tatbik olunacak ahkâm ve muamelâtın sureti icrası ve harp halinde dahi masuniyet ve hürriyetlerin tarzı takyit ve talikî

İdareyi ilân eden kararın bir «Hükümet tasarrufu» teşkil ettiği tedris edilmektedir. Hiç bir sarih içtihada dayanmıyan bu kanaat bilâkis daha Devlet Şûrasının 5 Haziran 1874 tarihli «Chéron» kararı ile cerhedilmiş görünmektedir. Karara konu teşkil eden hâdisede Rhone Vilâyeti Örfî İdare Komutanının, 9 Ağustos 1849 tarihli Örfî İdare Kanununun 9 uncu

kanunla tespit» olunacağını beyan etmektedir. Filhakika 3832 numaralı ve 25 Mayıs 1940 tarihli Örfî İdare Kanunu da: İdarei Örfiye rejiminin hükümlerini tespit etmekte, Örfî İdare halinde tesis edilecek teşkilâtın vazife ve selâhiyetlerini göstermektedir». Demek ki, Örfî İdare ilânile husul gelen vaziyet tamamen hukukî, kanunî bir vaziyettir. Zira Teşkilâtı Esasiye Kanununda beyan olunduğu üzere, muamelenin icrasının kanunla tespit edilmesi demek, bu muameleleri icra edecek makamların bunları icra ederken kanuna, hukuk kaidelerine tâbi olması demektir. Ki bunun yegâne müeyyidesi de, örfî idare esnasında yapılan bütün işlerin kazaî murakabeye tâbi tutulmasıdır. Örfî İdare Kanununda ve esbabı mucibe lâyihasile mazbatalarda «Örfî İdarenin vazifelerinden» bahsedilmesi de Örfî İdare rejiminin kanunî ve hukukî bir rejim olduğunu binaenaleyh Örfî İdare dolayısıyla ittihaz edilen kararların, tedbirlerin, yapılan tasarrufların kazaî murakabeye tâbi olması lâzım geldiğini teyid eder. Demek ki, bizde de Örfî İdare ilânından sonra —yani Örfî İdare esnasında— cereyan eden muamelelerin ittihaz edilen bütün kararların, alınan bütün tedbirlerin, yapılan bütün tasarrufların ve işlerin (tabii ahvalde, idarî makamların idarî tasarrufları gibi), Şûrayı Devletin kazaî murakabesine tâbi olması lâzım gelir. Böylelikle de, bizde de Örfî İdare rejiminin aslâ gayri kanunî bir rejim veya diktatörlük olmadığı tebarüz etmiş olur» (İst. Baro Mecmuası, Şubat 1941, s. 134-135).

Diğer taraftan muhterem Ord. Prof. Dr. S. S. Onar da «... Örfî İdare rejimi de hukukî ve kanunî bir rejim olduğundan bu rejimin tatbiki ve cereyanı esnasındaki tasarruflar tamamen idarî tasarruflardır ve kazaî murakabeye tâbi olabilir.» demektedir (İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst. 1952, s. 322).

Devlet Şûrası içtihatları arasında yer alan bir karar da doktrinin görüşünü teyid edecek bir mahiyet arz etmektedir. Gerçekten Devlet Şûrası 5 inci Dâva Dairesinin 3.12.1943 tarihli ve E. 43-1056 K. 43-1101 sayılı bir kararında aynen şöyle denilmektedir: «Müddeinin dâvası muayyen bir idarî tasarrufa müteveccih olmayıp hükümetin Örfî İdare kaidelerine tebean ve siyasi düşüncelerle aldığı tedbirlerden şikâyete müncer olmasına ve bu kabil şikâyetler de idarî dâva mevzuu teşkil edemeyeceğine binaen dâvanın reddine...» (Suphi Okay, Danıştay Karar ve İçtihatları, Ankara 1946, s. 75). Kararın ancak çok muhtasar olan netice kısmının neşredilmiş olması, her ne kadar bu karar, ve karara kanu teşkil eden hâdisede üzerinde etraflı tahlillere girişmeğe ve kat'i neticeler istihraç etmeğe imkân bırakmamakta ise de, kararın yukarıdaki netice kısmından kanaatimizce şöyle bir mâna çıkarmak mümkündür: hâdisede dâva Örfî İdare zamanında alınmış olan muayyen bir idarî tasarrufa açılmayıp, Örfî İdare dolayısıyla alınmış olan tedbirlerden şikâyet edilmektedir. Halbuki, malûm olduğu üzere, iptal dâvasının mevzu menfaati ihlâl eden idarî ve icraî bir karar olmak lâzımdır. Hâdisede dâvanın mevzuuna ait bu şartlar tahakkuk etmediği için dâva iptidaen reddedilmiştir. Şu halde Örfî İdare zamanında alınmış idarî ve icraî bir karar ve tasarruf aleyhine bir dâva açıldığı takdirde bu karar ve muamelenin kazaî kontrole tâbi olacağı ortadadır. Nitekim, aşağı yukarı yüz senedenberi devam edegelen tatbikat ve doktrinin görüşü bu karardan başka türlü bir mâna çıkarmanın mümkün olmadığını göstermektedir.

maddesi mucibince «Cumhuriyetçi Fransa» adlı gazeteyi kapamağa müteallik 11 Temmuz 1873 tarihli emrinin iptali bahis mevzuu idi. Dâvada bilhassa Rhone eyaletinde Örfî İdareyi ilân eden 8 Ağustos 1870 tarihli kararnamenin, 1851 Anayasasının 12 nci maddesinin icap ettirdiği gibi Âyan Meclisinin (Senat) tasdikine arzedilmemek ve hiçbir tenzife (promulgation) mevzu olmamak bakımından yolsuz olduğu ileri sürülmüştür. Hükûmet Komiseri David, dâva konusu olan tedbirlerin Devlet Şûrasının tetkik selâhiyetini bertaraf eden «yüksek zabitanın siyasî tasarruf» karakterine işaret etmişse de Devlet Şûrası bu noktâ nazara iştirak etmiyerek meseleyi tetkik etmiş, Örfî İdare Komutanının emrinin 1849 tarihli kanunun Örfî İdareye bahşettiği salâhiyetlerin sınırları içinde olması bakımından muteber olduğuna hükmetmiş ve bu arada bizzat Örfî İdareyi ilân eden 8 Ağustos 1870 tarihli kararnamenin hukuka uygun olup olmadığını da şu şekilde münakaşa etmiştir; «Rhone Vilâyetinde Örfî İdareyi ilân eden 8 Ağustos 1870 tarihli kararnamenin, 14 Ocak 1852 Anayasasına tevfikân 9 Ağustosta Senaya tebliğ edildiği ve bu suretle 18 Ocak 1817 tarihli kanun mucibince «icraî» hale sokulduğu nazarı itibare alınarak dâvacıların kararnamenin Senaya arzedilmediği ve tenfiz edilmediği mealindeki iddianın kabul edilemeyeceği».

Bu münasebetle Mignon şunları söylemektedir: «Daha vazıh olmağa imkân yoktur. Bu karar ne kadar eski olursa olsun Devlet Şûrasının buna müşabih bir hâdisede Hükûmete karşı 1874 senesindekinden daha müsamahalı davranacağını ve meselâ buna benzer bir meseleyi tetkikten imtina edeceğini zannettirecek bir sebep yoktur. Bu hal tarzına karşı, Örfî İdare ilânı kararının Parlâmentonun murakabesine arzedildiği ve bu suretle Parlâmento ile hâkimin varacakları neticeler bakımından bir mübayenetin husule gelebileceği ileri sürülebilirse de bu itiraz fazla önemi haiz değildir. Zira her gün hükûmet tarafından isdar edilen tanzimî tasarruflar Parlâmentonun sarîh veya zımnî münakaşa ve siyasî tasvibine konu teşkil ettikleri halde bu husus, Devlet Şûrasının bunlardan hukuka aykırı telâkki ettiğini iptal etmesine mani değildir. Bunun tek istisnası o da siyasî sebepten değil, idarî tasarrufun kanuna tahvil edilmesinden dolayı, «Décrets-lois» lardır.

V

Fransız Devlet Şûrası bundan takriben dört sene evvel verdiği bir kararla Örfî İdare ilânı kararının kazaî mürakabeye tâbi olduğu hususunu, bir kerre daha, en ufak bir şüpheyeye mahal bırakmıyacak şekilde, teyid etmiştir.

Gerçekten, mezkûr Şûranın 28 Ekim 1953 tarihli ve «Hückel» adlı kararla Örfî İdare ilânına müteallik tasarrufu «Fransız idarî makamından sadır olması itibarile mahiyeti bakımından iptal dâvasına mevzu olabi-

leceğini» açıkça kabul ettiğini görüyoruz. «Hückel» kararını konu teşkil eden hâdise Kuzey Hindicindeki Fransız Kuvvetleri Komutanının, Fransa Cumhuriyetinin Tonkin ve Kuzey Annamdaki vekili sıfatile kendi emri altındaki bütün mıntıkada Örfî İdare ilân eden 21 Aralık 1946 tarihli kararı aleyhine Hanoi'de, yani Örfî İdare mıntikasında mukim Bay Hückel tarafından açılan iptal dâvasıdır.

Buna rağmen, bu kararı tahlil eden J. de Soto bu suretle Örfî İdarenin ilânına müteallik kararnamenin iptal dâvasına mevzu olacak idarî bir karar olduğunu kabul ve ifade etmekle beraber, Mignon'un Chéron kararı dolayısıyla vardığı ve bizim de yukarıda işaret ettiğimiz neticeyi, yani «Örfî İdarenin ilânı kararnamesinin hiç bir zaman veya hiç olmazsa 1874 denberi Hükûmet tasarrufu olarak telâkki edilmediği fikri» ni «çok şüpheli» olarak vasıflandırmakta ve şunları söylemektedir¹⁴: «Bir kere Chéron kararı Örfî İdare ilânına müteallik bir tasarrufa değil, fakat Örfî İdare rejiminin tatbiki ile ilgili bir tedbire karşı açılan bir dâva dolayısıyla istihsal edilmiştir. Diğer taraftan şayet mezkûr kararda Örfî İdare ilânı kararının hukuka uygun olup olmadığı tetkik edilmişse bu ileri sürülen hukuka aykırılık iddiasını istitraten (incidemment) cevaplandırmak ve bu iddiayı neticede reddetmek içindir. Devlet Şûrası içtihatları idare hâkiminin bir hususu red veya bertaraf etmek istediği zaman, bir şeyi kabul etmek istediği zamana nazaran çok daha geniş şekilde hareket ettiğini gösteren misallerle dolu olduğu cihetle Chéron kararında bir emsal karakteri görmek çok mübalâğalıdır.

Saniyen, Chéron kararı Örfî İdareyi 1875 Anayasasının esaslarına uygun olarak tanzim eden 1878 tarihli kanundan evveldir. Halbuki 1878 tarihli kanunla Örfî İdare ilânı yetkisi (bizim de yazımızın başında işaret ettiğimiz gibi) prensip itibarile Parlâmentoya verilmekte ve umumiyetle Devlet Şûrası Örfî İdare ilânı kararının hukuka uygun olup olmadığını araştırmakta yetkisiz bulunmaktadır. Örfî İdarenin Hükûmet tarafından ilân edilmesi faraziyesinde Parlâmento süratle hükûmet kararını tasdik etmek veya icrasına son vermek için müdahale etmektedir. Bu halde Örfî İdarenin ilânına müteallik tasarrufun teşriî tasarruf olduğu hukuken her ne kadar söylenemezse de, Örfî İdare ilânı kararının teşriî organ tarafından kontrolü keyfiyetinin «Parlâmento ile icra organı arasındaki münasebet» e taallûk ettiği ciddî şekilde ileri sürülebilir. Duez'in Örfî İdare ilânı tasarrufunu bu sahanın dışında addetmesi doğru değildir. Teklif edilen bu hal tarzının asıl sebebi şudur ki, hâkim, Parlâmanter münasebetlerin nazik ve oynak sahasına müdahale etmemelidir. Aynı netice teşmil yolu

14) «Hückel» Kararı ve bu kararı tahlil eden Prof. Jean de Soto'nun notu için bak: PENANT, No. 621, Juin 1954, s. 183-190.

ile Örfî İdare ilânının deniz aşırı ülkenin bir valisi tarafından yapılmış olması halinde de varittir».

Bundan sonra J de Soto şu suali sormaktadır: «1878 tarihli kanun hep yürürlükte olduğuna göre, Hückel kararı nasıl izah edilmelidir?» Müellif bu hususu şu şekilde izah etmektedir: «Örfî İdare ilânı kararının kazâî murakabeye tâbi olamayacağı mealindeki doktrin görüşü tehlikesiz ve aynı zamanda Cumhuriyet kanunlarında ifadesini bulan liberal hukukun umumî prensiplerine uygundu. Tehlikesiz idi. Zira bir taraftan Parlâmento Örfî İdareyi prensip bakımından tetkik ediyor, diğer taraftan mahkeme Örfî İdare rejimi esnasında alınmış bütün hususî tedbir ve kararların hukuka uygun olup olmadığını tetkik ve takdire yetkili addediliyordu. Liberal hukukun prensiplerine uygundu. Zira liberal hukukta âmme hürriyetlerine tecavüz olup olmadığına hükmetmek, herkesin hakları ile Devlet yetkilerinin âmili olan umumî menfaat arasında ahengi temin etmek vazifesi Parlâmentoya ait bulunmaktadır. Öyle ise âmme hürriyetlerini kısıtlayan ve haleldar eden bir rejime başvurulması lüzumunun Parlâmentoca takdiri çok normal ve hattâ zaruridir. Ancak zamanla bu konuda iki gelişme kendini göstermiştir. Bunlardan birisi bizzat Örfî İdarenin hikmeti vücuduna taallük etmektedir. Gerek 1849, gerekse 1878 tarihli kanunlarda kanun vazı cereyan etmiş olayların tesiriyle sivil harbi düşünerek hükûmete — Parlâmentonun kontrolü altında — karışıklık çıkaranlara karşı müessir şekilde mücadele etmesi için imkân vermek istemişti. Halbuki sivil harbe matuf olarak çıkarılan bu mevzuat millî harp gayelerine kullanılmış, kadim «Salus populi suprema lex esto - Umumun menfaati en üstün kanundur» esasından mülhem olan icra ve idare makamları esaslı şekilde yetkilerini genişletmişler ve bu suretle 1849-1878 kanunlarının istinat ettiği esas ve ihtiyat unutulmuş ve âmme hürriyetleri örfî idarenin neticelerinden her zamankinden çok daha fazla müteessir olmuş ve tahdit edilmiştir¹⁵.

Diğer taraftan (ki bu ikinci gelişmedir) kararname (Décrets-loi) usulü Fransada tatbikatte hükûmete istediğini yapmak imkânını verdiği için bu daha az liberal hava içinde Parlâmento Örfî İdare ilânı kararının prensibini kontrol etmekte, yani haiz olduğu yetkiyi istimalde alâkasız kalmağa başlamıştır.

Bu gelişmelerin ışığı altında Devlet Şûrasının bugün vardığı netice daha iyi anlaşılacaktır. Örfî İdare ilânı kararının her türlü kontrolünü reddetmek Parlâmentonun toplantı halinde bulunmaması ve ana hürriyetler için Örfî İdare neticelerinin mahzurlu olması bakımından tehlikeli

15) Bu hususta meselâ Fransız Devlet Şûrasının 4 Ağustos 1915 tarihli Dalmotte kararı ve bu kararlar ilgili Hauriou'nun notu zikredilebilir.

olur ve yeni siyasî şartlara hiç uygun düşmezdi. Şu halde dâvanın kabulü zarurî idi ve karar bunu teyid etmektedir. Denilebilir ki, Parlâmentonun yukarıda işaret ettiğimiz ilgisizliği Örfî İdare ilânı kararının Parlâmento ile Hükûmet münasebetlerine müteallik tasarruflar listesinden çıkması neticesini doğurmuştur. Burada Parlâmentonun yerini, pek te farkına varmadan ve fakat haklı olarak, hâkim almıştır».

VI

Demin etraflı olarak bildirdiğimiz J. de Soto'nun ileri sürdüğü mülâhazalarda birçok hakikat payı mevcut olmakla beraber, kanaatimizce büyük hukuk otoritelerinin görüşleri hilâfına da olsa, Örfî İdarenin ilânına müteallik kararnamenin Fransada ötedenberi veya hiç olmazsa tâ 1874 tarihli Chéron kararındanberi «Hükûmet tasarrufu» olmadığı ve bu hususun artık münakaşa konusu olmaktan çıkarılması gerektiği ortadadır¹⁶.

Gerçekten, Örfî İdarenin ilânına müteallik hükûmet kararını, «Hükûmet tasarrufu» olarak telâkki eden bütün müellifler sarih bir içtihad göstermek yerine nazarî bir takım sebep ve mülâhazalar serdetmiş bulunmaktadırlar. Halbuki yakın bir zamana kadar hükûmet tasarruflarını diğer tasarruflardan ayırdedecek nazarî, hukukî ve ilmî bir kıstas, bir ölçü mevcut olmadığına göre, sırf hukukçu gözü ile ve sırf hukuk tekniği bakımından (hiç olmazsa empirique liste esası terkedilmedikçe) hangi tasarrufların birer hükûmet tasarrufu sayılması lâzım geldiğini söylemek hukuken imkânsızdır...

Hükûmet tasarrufu mefhumunun en önemli ve karakteristik unsuru: mahkemelerin bu tasarruf üzerinde kazaî murakabesini kullanmaktan çekinmesi değil midir?¹⁷

Öyle ise doktrin, mahkemelerin ancak murakabeden içtinap ettikleri tasarrufları «Hükûmet tasarrufu» olarak kabul ve olsa olsa bu imtinain sebeplerini ve bu sebeplerin isabet derecesini araştırarak tatbikatçılara ışık tutabilir. Yoksa mahkemelerin hukuk tekniği ile hiç alâkası olmayan ve tamamen siyasî mahiyette olan muhtemel çekinme sebeplerini evvelden tahmin yolu ile keşfetmeğe kalkışmak mahkemeleri âdeta esasen hukuka ve mantığa bir meydan okuma ve hakikî bir skandal olarak adlandırılan «hükûmet tasarrufları» listesini azaltıp ortadan kaldırmak şöyle dursun,

16) Buna rağmen A. de Laubadère bu çeşit kararnamelerin hükûmet tasarrufu teşkil edip etmediği meselesinin münakaşa konusu olduğunu söylemektedir, *Traité de Droit Administratif*, 1953, s. 237 (dip notu).

17) SARICA (R.), *Türk Devlet Şûrası içtihatlarına göre hükûmet tasarrufları*, *İst. Huk. Fak. Mec.* 1943, sayı 3-4, s. 460-461.

bilâkis büsbütün genişletmeğe teşvikten, ve kaza kuvvetinin istiklâli prensibinin bizzat hukukçular tarafından tahribinden başka netice doğurmaz.

VII

Meselenin memleketimiz yönünden hal tarzına gelince; Biz kendi hesabımıza, bir zamanlar Fransız doktrininde hâkim olan bir telâkiden mülhem olduğunu zannettiğimiz ve Örfî İdare ilânı kararını bir hükûmet tasarrufu olarak kabul eden bir görüşe katılmıyacağımızı, başka bir ifade ile, memleketimizde hükûmetin Örfî İdare ilânı kararının hükûmet tasarrufu bulunduğu fikrinde olmadığımızı arzetmek isteriz. Bir kere yukarıda işaret ettiğimiz gibi, Fransadaki son tatbikat gözönünde tutulduğu takdirde, Örfî İdarenin ilânına müteallik kararnamenin Fransada ötedenberi veya hiç olmazsa tâ, 1874 tarihli Chéron kararından itibaren hükûmet tasarrufu olmadığı ve bu hususun bugün hemen tamamen münakaşa konusu olmaktan çıktığı, çıkması lâzım geldiği teslim edilir. Esasen Fransada olduğu gibi bizde de Örfî İdarenin ilânına müteallik hükûmet kararını, «Hükûmet tasarrufu» olarak telâkki eden müellifler, sarih bir içtihad göstermek yerine, nazari bir takım sebep ve mülâhazalar serdetmiş bulunmaktadırlar. Halbuki bütün gayretlere rağmen Hükûmet tasarruflarını diğer idarî tasarruflardan ayırdedecek nazari, hukukî ve ilmî bir kıstas, bir ölçü mevcut olmadığına göre hangi tasarrufların birer hükûmet tasarrufu sayılacağını önceden söylemek imkânsızdır.

Memleketimizde Hükûmetin Örfî İdare ilânı kararının Hükûmet tasarrufu olduğunu gösteren herhangi bir içtihad mevcut olmadığına göre ve olmadığı müddetçe, kısaca arzettiğimiz sebeplerden dolayı, bu kararın Hükûmet tasarrufu olarak telâkki edilemeyeceği fikrindeyiz.

Son olarak şunu da söyliyelim ki, memleketimizdeki Anayasaya uygunluk murakabesinin yokluğu, seçim sistemi, parti disiplini anlayışı ve buna benzer âmillerin Meclisin Hükûmet icraat ve muameleleri üzerinde siyasî murakabesini zorlaştırdığı ve bunları ilâve olarak geçmişte Örfî İdarenin memleketimizde siyasî mülâhazalarla çok suiistimal edildiği de düşünülecek olursa, vardığımız bu hal tarzının memleket realiteleri ve ihtiyaçları bakımından da isabetli ve faydalı olacağını zannediyoruz.

Bu itibarla Anayasanın derpiş ettiği selâhiyet, şekil, esas ve maksat şartlarından birine aykırı olarak ittihaz edilecek bir Örfî İdare ilânı kararı ve bu karara istinad eden Örfî İdare tatbikatının, bu Örfî İdare ilânı kararı Meclis tarafından tasvip edilmiş olsa bile, kazaî murakabeye tâbi olması ve sakatlığın derecesine göre iptal ve hattâ yokluk müeyyidesine çarptırılması gerektiğine inanıyoruz.

İsmet Giritli