

## TÜRK DEVLET ŞÜRASİ İÇTİHADLARINA GÖRE İDARENİN YETKİSİNİ SAPTIRMASI

(İdari Tasarrufların Maksat Unsurundaki Sakatlık)

Dr. İsmet Giritli

### GİRİŞ

Ferdî hak ve hürriyetleri, sadece diğer fertlerden gelecek ihlâllere karşı değil, bilhassa Devletin çeşitli organ ve faaliyetlerinden gelebilecek ihlâllere karşı da korumak lâzımdır. Esasen hukuka bağlı devletin tek ve zarurî şartı, devletin bütün fiil ve hareketlerinin Hukuka tâbi kılınmasından ibaret değil midir? Daha ilk çağlarda idrak edilen bu hakikat, uzun asırlar pahasına da olsa, gittikçe gerçekleşerek modern hukuka bağlı devlet anlayış ve müesseselerini hazırlamıştır.

«Devletin mevcudiyetini müşahede edebildiğimiz andan itibaren onun fiilî ve hukukî varlığını mümkün kılan «iktidar» unsuru ile keyfi bir kudretin bahis mevzuu olmadığını gösteren önemli bir fikrî gelişmenin, mezkûr iktidarın fertlere üstün oluşu vasfı yanında, bunun keyfi ve her şeyi yapmağa muktedir hudutsuz bir kudret değil, bazı prensiplerle tahdit edilmiş bir iktidar olduğunu göstermeğe ve bu suretle devletin üstün iktidarına muayyen bazı hudutların vaz'ını temine çalışan ve ven ve bu tezi müdafaa eden önemli bir doktrinal faaliyetin mevcudiyetiyle de karşılaşılmaktadır. Meselâ, ilk çağda Çin filozoflarından Kong-tse'un Devlet iktidarını halkın refah ve saadetini mümkün kılmaya yarayan bir vasıta telâkki eylediği, bu iktidarı haiz olanların salâhiyetlerini hayır ve adalet gibi mefhumlarla tahdide çalıştığı, şer ve haksızlığın, fenalık ve adaletsizliğin hâkimiyetini, iktidarın onu istimal edenler tarafından kaybedilmesini mucip bir durum olarak karşıladığı, ve hattâ bu gibi hallerde iktidarı kullananlara halkın ayaklanarak bunları mevkilerinden uzaklaştırmaları lüzumundan bahseylediği, ve yine Çin filozoflarından Kong-tse'nin de iktidarın bundan müstefit olanların menfaatlerine hizmet edecek bir vasıta olmadığını, iktidarın üzerinde icra ve istimal edildiği kimselerin menfaatleriyle ilgili bulunduğunu tebarüze çalıştığı görülmektedir.

Kezâ, ilk çağda, Hindde Budizm'in iktidar hakkında umumun fayda ve menfaati gibi bir gaye ve huduttan bahseylediği, Yunan filozoflarından Arşitas'ın iktidarın ilâhî kanunlarla tahdidini müdafaa ettiği, Sokrates'in üstün ve ilâhî bir hak ve adalet telâkkisiyle, gayri mektup ve mektup kanunlarla iktidarın tahdidî lüzumunu ileri sürdüğü, Plâton'un mevcut örf ve âdetlerle ve keza, fazileti, ahlâk ve hareket güzelliğini hâkim kılmak gibi bir gayeyi temine matuf olmak üzere durduğu ve Romada da bir taraftan pozitif âmme hukuku sahasında hususiyle Kraması keyfiyeti yanında, diğer taraftan doktrin sahasında da meselâ liyet ve Cumhuriyet devirlerinde iktidarın kanunlarla tahdidine çalışıl-Çiâero gibi bazı filozofların iktidar için tabii hukuk ve tabii kanun gibi hudutlardan bahseyledikleri müşahede edilmektedir<sup>1)</sup>.

Durum, Orta Çağda da aynıdır. Meselâ A. Augustinus iktidarın ancak kollektivitenin menfaati mülâhazasiyle, ve bu menfaate hâdim olmak şartıyla istimali lüzumuna temas etmiş, John of Salisbury iktidar için hakkaniyet ve adalet gibi hudutlardan, kanunlarla tahdit edilme gibi bir durumdan bahseylemiş ve bunun bir üeyyidesi olmak üzere kollektiviteye bazı imkânlar tanımış, Thomas Aquino iktidarın yalnız insanların ihtiyaçlarını temine matuf olduğu zaman meşru olacağını, iktidarın onu elinde bulunduran tarafından sulistimal edilmesine mâni olacak şekilde bir nizama bağlanması gerektiğini, Devlet iktidarı denildiği zaman bununla muhik, âdil ve hukukî bir iktidarın, ezeli, tabii ve beşerî kanunlara uygun olarak kullanılan, kanunları doğru ve muhik bir tarzda hâkim kılan, umumî menfaati sağlamağa matuf bulunan bir kudretin bahis mevzuu olduğunu tebarüz ettirmiş, Marsilius Patavinus da Devlet iktidarı hakkında âmme menfaati gibi bir hududun mevcudiyeti üzerinde tevakkuf etmiştir.

Modern Çağın bidayetinden itibaren de her ne kadar «Hâkimiyet» kelimesiyle ifade edilen Devlet iktidarı ve bunun kendine hâs vasıfları ve hususiyle bütün bunların Devleti fizikî varlıklarıyla teşahhus veecessüm ettiren hükümdarların ferdi iradelerine izafe edilmeleri keyfiyeti, iktidarın tahdidî hususunda bir hayli güçlükler arzetmekten, Devlet iktidarına atfolunan vasıflar bu iktidara mutlak ve hâkim bir kudret hareketlerini bahşeylemekçen geri kalmamış ise de, bütün bunlara rağmen; içtimaî, siyasî ve hukukî telâkkilerde vukua gelen inkişaf, Devlet iktidarının hudutsuz bir kudret olmadığı noktası üzerinde yine tevakkuf edilmesini mümkün kılmış ve Devlet iktidarının hâkimiyet kelimesinin ifade eylediği vasıflarıyla birlikte tek bir fertten kollektiviteye

1) OKANDAN (R.G.), Umumi Âmme Hukuku Dersleri, İst. 1955, s. 868.

intikal ettirilmesi lehindeki mülâhazaların bir ehemmiyete mazhar kılınmasıyla birlikte mezkûr iktidarın hudutlarını tayin ve tesbit meselesi daha fazla bir önem kazanma imkânını bulmuştur. Meselâ: 16 ncı asır Fransız Protestanlarından Hubert Languet, Devlet iktidarını kollektivitenin iyilik ve menfaatıyla, mevcut kanunlarla tahdide çalışmış, keza 17 ve 18 nci asırlarda Fransız ilâhiyatçılarından Fénelon, Devlet iktidarı hakkında umumun menfaati ve fertlerin tabii hakları gibi bir huduttan bahsetmiştir. Bunun gibi, bir çok hukukçu ve fikir adamının iktidarın tahdidi hususunda muhtelif esaslar aramağa çalıştıklarını görmekteyiz. Bu suretle, tarihin uzak devirlerinden itibaren âmme hukukunun en önemli meselelerinden biri olduğu görülen Devlet iktidarını tahdit keyfiyeti, gerek pozitif âmme hukuku sahasında kendisini gösteren gelişme ve tahavvüllerle ve gerek doktrin sahasında vukua gelen tekâmül ile, hususile on yedi ve on sekizinci ve keza müteakip asırlarda gittikçe artan bir ehemmiyete mazhar kılınma imkânını bulmuştur. İleri sürülen ferdiyetçi, liberal ve demokratik telâkkiler, iktidarı hâkimiyet kelimesinin ifade ettiği vasıfları ile birlikte tek bir fertten kollektiviteye intikal ettirmeğe çalışırken, aynı zamanda halka maledilen mezkûr iktidarın muayyen prensiplerle tahdidi lüzumu üzerinde de ehemmiyetle durmuşlardır. Hattâ bahis mevzuu telâkkilere karşı hususiyle 19 uncu asrın sonlarından itibaren ileri sürülen yeni bazı noktai nazarlar da, bu hususta farklı bir izah tarzı vücuda getirmiş olmalarına rağmen, Devlet iktidarının tahdidi problemi üzerinde önemle durmaktan geri kalmamışlardır. Bunun içindir ki, Devlet iktidarının tahdidi meselesi hâlen de üzerinde en fazla durulan ve hususiyle gerek Birinci ve gerek İkinci Cihan Harplerinden sonra vücuda getirilen esas teşkilât kanunlarında da ehemmiyete mazhar kılınan bir problem olarak gözükmekte, ve hattâ mezkûr iktidara yalnız iç hukuk bakımından değil, aynı zamanda dış hukuk sahasında da bazı tahditlerin vazı lüzumu üzerinde durularak bu keyfiyetin demokratik memleketlerin vücuda getirilen yeni ana yasalarında da bir hal şekline bağlandığı müşahede edilmektedir<sup>2</sup>.

Bugün ferdi kuvvetler, ferdin şahsî arzu ve menfaatlerine bağlı olduğu halde, İdarenin haiz olduğu iktidar ve salâhiyetlerin hizmet, fikir ve maksadına bağlı, ve ancak o fikrin ve maksadın tahakkukunun bir vasıtası olduğu münakaşasız kabul edilmektedir. Devlet idaresinin varlık sebebi umumî ihtiyaçları karşılamak, âmme hizmetlerini ifa etmek olduğuna göre, bu gaye dışındaki faaliyetlerin hukukî bir mevcudiyeti

2) OKANDAN (R. G.), s. g. e., s. 780.

olamaz. Şu halde, İdarenin yapacağı tasarrufların hukukî kıymeti bu faaliyetlerin illet ve maksadı ile ölçülmek lâzımdır.

1799 senesindenberi faaliyette bulunan Fransız Devlet Şûrasının İçtihatlarla Âmme Hukukuna hâs bir Hukukî Tasarruflar Nazariyesi vücuda getirdiği malûmdur. Filhakika Fransada İptal sebepleri toptan bir kanunla vazolunmuş olarak İdare Mahkemelerinin İçtihatlarıyla ortaya çıkmıştır. İlk olarak salâhiyet tecavüzü (Excés de Pouvoir Incompetence) umumî bir iptal sebebi sayılmıştır. Hattâ Fransada İptal dâvasına «Recours en annulation» yerine «Recours pour Excés de pouvoir» denmesinin sebebi de çok muhtemel olarak budur<sup>3</sup>. Bir müddet sonra İdarî tasarrufların şekline uygun olmaması ikinci bir iptal sebebi sayılmış (Vice de forme), zamanla da idarî kararların mevzu unsuru bakımından arzettikleri aykırılıklar müstakil bir iptal sebebi olarak (Violation de la loi) kabul edilmeğe başlanmıştır.

Bilhassa zamanla İdarenin aldığı kararların kanunun takip ettiği maksada uygun olmaması, veya bir âmme menfaati takip edilmemesi hallerinde bu karar salâhiyet ve şekil bakımından mevzuata uygun bile olsa, Fransız Devlet Şûrası burada bir sakatlık görmüş ve bu çeşit kararları iptal etmeye başlamıştır. İlk defa geçen asrın sonlarında Aucoc ve Laffériere'in Yetkinin Saptırılması - Détournement de Pouvoir olarak vasıflandırdıkları bu iptal sebebinin yardımıyla, ilk bakışta hukuka uygun gibi görünen ve fakat İdarenin bir takım şahsî, siyasî ve hizmete yabancı maksatlar gütmüş olduğu icraatını kazaî murakabeye tâbi tutmak mümkün olmuştur.

Memleketimizde İdarenin hukuka bağlılığının en müessir kanunî teminat ve müeyyidesi Danıştay Kanunumuzun 23 üncü maddesidir. Bu madde ile Fransız Devlet Şûrasının itina ile yüz seneden fazla bir zaman içinde kurup geliştirdiği İdarenin Kazaî Murakabesi Âmme Hukukumuzda ithal edilmiştir.

Bu hükme göre İdarenin mevzuata esas, salâhiyet, şekil ve maksat bakımında anaykırı olan kararlarını iptal, ve ihlâl edeceği hakları tazmin ettirmek imkânı fertlere sağlanmıştır.

1927 senesindenberi faaliyette bulunan Cumhuriyet Devri Devlet Şûramız her sene verdiği binlerce karariyle İdarenin kazaî murakabesini temine çalışmaktadır. Bu arada kanunun maksadına aykırı olan

3) Nitekim DUGUIT (L.), İptal dâvasının (Recours pour Excés de pouvoir). Maksat cihetinden aykırılığa dayandığı zaman, yetkinin saptırılması dâvası (Recours pour détournement de pouvoir) adını aldığını söylemiştir (Traité de Droit Const. 2. b. C. II, s. 293).

bir çok kararlar iptal edilmek suretiyle bir bakımdan İdarenin ahlâkiyatı da müessir bir kontrole tâbi tutulmuştur.

Mevzuatımıza hâkim prensipleri gözönünde tutarak bir medenî hukuk tasarrufunu tahlil ettiğimiz zaman, ikisi esaslı ve birisi arızî olmak üzere üç unsur görürüz. Her hukukî tasarrufta bulunması gereken, hukukî tasarrufu meydana getiren unsurlar; ehil bir kimse tarafından izhar edilmiş bir irade, mümkün ve meşru bir mevzu olmak üzere ikidir. Üçüncü arızî unsur ise kanunun bazı tasarrufların doğumu için aradığı şekil unsurudur. Gerçekten, Borçlar Kanununda kefalet akdinde, gayrimenkuller hakkında yapılan tasarruflar, Medenî Kanunda evlenmede vasiyet vesair ölüme bağlı tasarruflarda bu tasarrufların doğumu için iradenin kanunun arayıp tesbit ettiği şekillerde izhar edilmiş olması şart itti-haz edilmiş ve bu şekiller mevcut olmadıkça tasarrufun doğmayacağı kabul edilmiştir. Medenî Hukukumuzda, Lâtin ve Fransız Hukukunun aksine olarak, İlet (Cause) tasarrufun unsuru olarak kabul edilmemiştir. Nitekim Borçlar Kanunumuza göre borcun sebebinin bilinmesi ve gösterilmesi şart olmadığı gibi (B. K. m. 17), saikte hatanın akde tesir etmeyeceği sarahatle kabul edilmiştir (B. K. m. 24). Fransız içtihatlarının illete irca ettikleri ahlâka mugayir hareketler, bizde mevzu bakımından mütalâa edilmiş ve bu suretle subjektif telâkkilerin tasarruf üzerinde hiçbir tesiri olmamasının teminine çalışılmıştır<sup>4</sup>. Medenî Kanunumuzda illet'in asıl sebepsiz iktisap bakımından bir rol oynayabileceği kabul edilmiştir (B. K. 61 ve B. K. m. 66, 2)<sup>5</sup>. Medenî Hukukun Saik ve Maksad gibi unsurları tasarrufun unsurlarından saymaması, ve yukarda zikrettiğimiz üç unsurla iktifa etmesi bu hukukun esaslarına, bünye ve mahiyetine tamamen uygundur. Çünkü; bu hukuk tam bir irade muhtariyeti üzerine kurulmuştur. Kanun ancak âmme intizamı ve umumî menfaat bakımından yasak olan şeyleri saymakla iktifa etmiş, bunlar dışında tasarrufun fert için temin edeceği menfaati veya husule getireceği zararı nazara almamış, bunların takdirini alâkâlılara bırakmıştır. Şu halde yapılan tasarruf âmme intizamı bakımından yasak olan bir mevzuu ihtiva etmedikçe, failer için fayda ve zararlar ne olursa olsun, muteberdir. Çünkü ferdin kendi menfaatini herkesten iyi gene kendisinin takdir edebileceği farzedilmiştir. Zira kanun vazı tasarrufun illetini saik ve maksadını arar, ve bunun ferd bakımından fayda ve zararını ölçmeğe kalkarsa, ferdî vesayet altına almış onun irade muhtariyetini, hukukî serbestisini ihlâl etmiş olur.

4) ONAR (S. S.), İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst. 1952, s. 171-172.

5) SCHWARZ (A. B.), Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, İst. 1948, s. 286-287.

İdare Hukukuna gelince: Durum tamamen farklıdır. Burada irade izhar edecek idare adamlarının sübjektif hakları ve menfaatleri bahis mevzuu değildir. Bunların salâhiyetleri medenî haklardan istifade mahiyetinde olmadığı gibi, bu salâhiyetin istimali de kendi keyif ve takdirlerine bırakılmış olamaz. Burada kollektif bir ihtiyaı karşılamak; mme menfaatini temin etmek için verilmiş bir salâhiyet vardır ve bu salâhiyet ancak bu maksat uğrunda kullanılabilir. Ferd kuvvetler kendi şahsi arzu ve menfaatlerine bağlı olduğu halde, İdare Hukukunda iktidar hizmet fikir ve maksadına bağlıdır ve ancak o fikir ve maksadın tahakkukuna bir vasıtadır. Hususî Hukuk ile mme Hukuku arasında mevcut olan mahiyet farkı her iki hukuk dalına hâkim olan prensiplerin de farklı olmasını icap ettirir. Âmme Hukukuna hâkim olan prensip umumî menfaatle mahdut salhiyettir. Hususî Hukuka hâkim olan prensip ise irade muhtariyeti ve mukavele serbestliğidir<sup>6</sup>.

İşte iki hukuk arasındaki bu derin esas ve mahiyet farkı, tasarrufların unsurlarına da tesir eder ve Medenî Hukuk ile İdare Hukuku tasarrufların bünyeleri arasında bir ayrılık husule getirir<sup>7</sup>. Âmme kudretinin fikre bağlılığı ve bu kudretin irade izharının da ancak objektif hukukun tesbit etmiş olduğu sebeplerle ve fikrin takip ettiği maksatla bağlı olması keyfiyeti ortaya Medenî Hukukta mevcut olmıyan «Sebep» ve «Maksat» gibi unsurların çıkmasını intaç etmiştir.

Demek oluyor ki, iki hukukun esasları arasındaki fark, İdare Hukuku Tasarruflarının Medenî Hukuk Tasarruflarına nazaran daha mürekkep olmasını intaç etmiş ve bu suretle, yukarıda zikrettiğimiz gibi, İdare Hukukuna hs bir Hukukî Tasarruf Nazariyesi vücuda getirmiştir. Türk İdare Hukukunda İdarenin hukukî tasarruflarının unsurları bugünkü Devlet şûrası Kanunumuzun 23 üncü maddesinde pozitif ifadesini bulmuştur. Demin de söylediğimiz gibi bu maddeye göre: İdarenin Hukukî Tasarruflarının salâhiyet, şekil, esas maksat olmak üzere dört unsuru vardır. Bununla beraber, memleketimizde İdare Hukuku Tasarrufları Nazariyesinin yerleşmesinde ve gelişmesinde çok büyük hizmetleri olan muhterem hocalarımız Ord. Prof. S. S. Onar ve Prof. R. Sarıca'nın yaptıkları tahlil ve terkiplerden de anlaşılacağı üzere, Türk Kanun vazı da Fransada Bonnard'ın kabul ettiği hukukî tasarrufun beş unsurunu kabul etmiş ve fakat sebep ve mevzu unsurunu «esas» mefhumu içinde toplamıştır<sup>8</sup>.

6) KUBALI (H.N.), Devlet Ana Hukuku, C. I, Kısım 1, İst. 1950, s. 5.

7) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 173.

8) SARICA (R.), H. F. M., Cilt XI, 1945, s. 362-385.

«Maksat» kelimesiyle ifade edilen unsur, tasarruftan beklenen nihai netice, yani gayeyi ifade etmektedir. Meselâ Devletin ceza vermek tasarrufunda maksat; âmme intizamının muhafazası, şahsa ve mülkiyete hürmetin teminidir. Yardım tasarrufundan maksat, bir kimseyi içinde bulunduğu kötü durumdan kurtarmak ve bu suretle içtimaî bir karışıklığa meydan vermemektedir. Maksat; failin tasarruftan beklediği nihai netice olduğu için sübjektif bir karakter arzeder, ve bu bakımdan objektif mahiyette olan sebep ve saik ve diğer unsurlardan farklıdır. Gerçekten, meselâ yardım tasarrufunda yardıma muhtaç kimsenin o anda içinde bulunduğu hastalık, parasızlık vs. gibi objektif fiilî ve maddî durum, yardım tasarrufunun sebep ve saik unsurunu, bir kimseye para yardımının yapılması, hastahaneye yatırılması gibi gene objektif olan durum yardım tasarrufunun mevzuunu teşkil eder.

Bu yardım tasarrufunun maksadı da, diğer bir ifade ile, idare adamının yardım tasarrufunu yaparken nasıl bir düşünce ile hareket ettiği meselâ yardıma muhtaç kimseyi sevdiği için onu korumak mı, yoksa umumî olarak içtimaî tesanüdü kuvvetlendirmek mi istediği kolayca anlaşılabilir. Hele yardım gören kimse hakikaten yardıma muhtaç ise; yani hâdisede kolayca tayin ve tesbit edilebilecek olan objektif sebep unsuru varsa, tasarrufu yapan kimsenin şahsî his ve menfaatlerle mi, yoksa âmme menfaati düşünceleriyle mi hareket ettiğini tayin ve tesbit etmek büsbütün güçleşir.

Maksat unsuru İdare Hukukunun dayandığı ana prensiplerinin birinden çıkar. İdarenin elindeki kudret âmme menfaati ve hizmeti fikrine bağlıdır. Bu kudretin bir kısmı olan irade izharı ve hukukî tasarruflar yapma iktidarı da ancak bu fikrin tahakkuku için kullanılabilir. Tasarruf ancak bu sayede meşruluk vasfını, hukukî kıymetini kazanır. Şu halde tasarrufun hukukî kıymetini anlamak için irade izharı salâhiyetinin ana fikre, gayeye uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını anlamak lâzımdır ki bu bizi maksat unsuruna götürür<sup>9)</sup>. Yukarda da kısaca işaret ettiğimiz gibi, İdare Hukuku sahasında Maksat Unsuru Fransada Devlet Şûrasının İçtihatlarıyla Pozitif bir kıymet ve mahiyet iktisap etmiştir. Elinde bizim Danıştay Kanunumuzun 23 üncü maddesi gibi sarîh bir kanun maddesi bulunmayan Fransız Devlet Şûrası hâkimleri, ilk zamanlar bütün dâvaları «salâhiyet tecavüzü» bakımından tetkik etmişler tasarruf ister salâhiyet, ister şekil ve mevzu unsuru bakımından hukuka aykırı olsun, bu hali bir «salâhiyet tecavüzü» sayarak tasarrufu sakat görüp iptal etmişlerdir. Fakat bu gibi hallerde yetkinin hukuk kaidelerine

9) ONAR (S. S.), s. g. e., s. 208.

uygun kullanılıp kullanılmadığının failin maksat ve niyetine göre değil, objektif hâdise ve kaidelere göre tayin etmeye çalışmış olan Devlet Şûrası, sonraları epey daha ileri giderek, tasarrufun, kanunun takip ettiği maksada uygun olmaması veya tasarrufla bir âmme menfaatinin elde edilmemesi hallerinde salâhiyet tecavüzü bulunmadığını kabul etmekle beraber, bu yetkinin başka bir maksatla kullanılmasını bir iptal sebebi addederek tasarrufları bu bakımdan sakat görmeye ve iptal etmeye başlamıştır.

Fransız müellifleri ve Fransız Devlet Şûrası tarafından «Détournement de Pouvoir», memleketimizde de «Salâhiyetin Saptırılması», «Salâhiyetin yerinde kullanılmaması» ve «Maksat cihetinden aykırılık» olarak adlandırılan ve Devlet Şûrası Kanunumuza «Maksat cihetinden kanuna aykırılık» adı altında giren mefhumun kısaca menşei budur. İlerde görüleceği gibi biz etüdümüzde, kanaatimizce «Détournement de Pouvoir» mânasını en iyi şekilde ifade eden «Yetkinin Saptırılması» tâbirini kullanmayı tercih ediyoruz. Filhakika, salâhiyetin fransızcadaki karşılığı «Pouvoir» değil «Competence» dir. Her ne kadar bizde çok defa «Yetki», «Salâhiyet» mânasına kullanılmakta ise de, kanaatimizce yetki Pouvoir'ın tam karşılığıdır. Diğer taraftan «Salâhiyetin Yerinde Kullanılmaması» tâbirinin Salâhiyetsizlik - Incompetence mânasına alınabileceğini, ve maksat cihetinden bir inhirafı gerektiği derecede belirtemeyeceğini zannediyor, ve bu sebeplerden dolayı Danıştay Kanunumuza «maksat cihetinden aykırılık» olarak giren Détournement de Pouvoir'ın mukabili olarak «Yetkinin Saptırılması» tâbirini kullanıyoruz.

Memleketimizde, Fransadan farklı olarak, her ne kadar İdare Hukuku tasarrufları nazariyesi İçtihatlarla değil, esas itibariyle Devlet Şûrası Kanununa dayanmakta ise de, gene de İçtihadın, İdare Hukukunu oluşturan ve geliştiren en önemli bir kaynak olduğu keyfiyeti inkâr olunamaz. İdare Mahkemeleri bir İçtihat Mahkemesi olarak kurulmuşlardır. İdare Mahkemesi, Kanunu, Nizamname, Talimatname gibi kaide-leri sadece bir malzeme olarak alacak, bu malzemelerden yapılacak binayı kendisi inşa edecektir. Bu sebeple İdare Hâkimi her günkü hâdiseler karşısında hukukî ve teknik bilgilerinden ve görüşünden, dünya ölçüsündeki içtihatlardan ve doktrinlerden faydalanarak adalet ve hakaniyet icaplarına uygun hal şekilleri bulacak ve bu hal şekilleri teker-rür ederek, tatbikatçılar ve ilim adamları tarafından tenkit ve terkip edilerek ortaya yeni sentezler çıkarılacaktır. İdare Hukukumuzda; muayyen vaziyetlere ve hâdiselere mütaallik kısa kanunlar mevcut olduğundan Danıştay, kendisine arzedilen ihtilâfları içtihatla halletmek



mecburiyetindedir. İdare Hukuku sahasında metinler, âmme hizmetlerinin çokluğuna ve bu hizmetlerden çıkacak ihtilâfların tenevvüüne nazaran mahdut olduğu cihetle, İdare Hâkiminin içtihat salâhiyeti hususî hukuk hâkimininkinden çok geniştir.

İdare Hukukunun gelişmesi, içtihat kaynağının mevcut ve kuvvetli olmasıyla mümkündür. Bu kaynak zayıf olur, idare mahkemesi kendisini dağınık ve insicamsız metinlerle bağlı sayar, her meselenin hallini metnin dar çerçevesinde arar ve bulamadığı zaman hakkaniyetin icaplarını hukukun umumî prensiplerini, adalet kıymet hükümlerini aramazsın menfî hal suretlerine varırsa kendi mahiyetini inkâr etmiş ve tabii fonksiyonunu yapmamış olur<sup>10</sup>. İctihadın İdare Hukukunda kaynak olmak bakımından arzettiği bu önem ve hususiyet, İdare Mahkemelerini bu hukukun en mühim uzvî kaynağı haline sokmuştur. Bunu gözönünde tutan bazı Fransız İdare Hukuku müellifleri, İdare Mahkemelerini ve İdare Dâvalarını, eserlerinin başında ve kaynak bahsinde tetkik etmektedirler. Bu görüş çok doğru ve yerinde olmakla beraber, bizim İdare Hukukumuz henüz bu duruma gelememiştir. Maamafih, bir takım tarihî, siyasî ve içtimai menfî âmillere rağmen, bizde de İdare Hukuku doğmuş, gelişmiş ve içtihat yolu açılmıştır. Devlet Şûramız, büyük hamleler yapmakta, içtihatlarla prensipler koymağa çalışmaktadır. Bu kaynağın daha verimli bir surette işlemesine mâni olmamak, bilâkis kuvvetlenmesini temin edecek tedbirler almak Hukuk Devletinin en esaslı ve zarurî şartını teşkil eder. Fransada Détournement de Pouvoir olarak adlandırılan «İdarenin Yetkisini Saptırması» mefhumuna ait olmak üzere Devlet Şûrası Kanununda sadece «Maksat» kelimesi vardır. Şu halde İdarenin Demokratik nizam ve modern idare, siyaset, ve adalet kaidelerine riayetini sağlayacak olan bu esasa ait kaidelerin ve prensiplerin ancak doktrinin irşat edici faaliyetinin yardımıyla, İdare Mahkemelerinin İctihatlarla ortaya çıkabileceğinden şüphe yoktur. Nitekim Fransada da bu böyle olmuştur.

Cumhuriyet Devri Devlet Şûrasının kurulmuş olduğu 1927 senesinden bugüne kadar verdiği kazaî kararlar taranacak olursa, İdarenin Maksat cihetinden Salâhiyetlerinin yerinde kullanılmamasına ait ne gibi esas ve kaidelerin kabul edilmiş ve benimsenmiş olduğu söylenebilir? İşte etüd mevzuu olarak biz bu esasları belirtmek istiyoruz.

«İdarenin Yetkisini Saptırması», mefhumu ve bununla ilgili esaslar Fransız İctihatları ve Doktrininde ilk defa çıktığına, ve bizim İdarî Kaza Müessesemiz ve İdarî rejimimizin esasları Fransadan alındığına

10) ONAR (S.S.), Tatbikat ve İctihadın Hukukun tekâmülündeki rolü, İkinci Üniversite Haftası, 1942, s. 357-364.

göre, bu tetkikimizde Fransız Doktrin ve Fransız Devlet Şûrasında beliren esaslarından da istifade ettik. Zira bilhassa Eisenmann'ın da işaret ettiği gibi: Şu veya bu İdarî yetkinin kullanılma gayelerini tâyin eden kaideler umumiyetle İçtihatlarda ve bilhassa Yetkinin Saptırılmasıyla ilgili kararlarda aranmak lâzımdır<sup>11</sup>. Devlet Şûramızın Karar yığınlarını bu prensipleri esas ittihaz ederek tetkik etmekle memleketimizde İdarenin yetkisini Saptırmasının muhtelif hallerini, ve İdarî Kazanın bu konuda Kazaî murakabesinin şekil, ve derecesini umumî olarak tahlilî ve tenkidi bir şekilde tesbite çalıştık.

Tetkikimizde şu sırayı takip ettik. Etüdümüzün Birinci Bölümünde İdarenin Yetkisini Saptırması mefhumunu Fransız ve Türk müelliflerinin görüşlerinin ışığı altında belirttikten sonra, bu mefhumun ortaya çıkmasını ve geçirdiği istihaleleri gerek Fransa, gerekse memleketimiz bakımından göstermeye çalıştık. İkinci Bölümde İdarenin Yetkisini Saptırması mefhumu, yani «Maksat cihetinden ayrılık» ile Sebep unsuru arasında mevcut olan münasebet ve sıkı alâkayı belirttikten sonra, Üçüncü Bölümde Devlet Şûramız İçtihatlarına göre İdarenin yetkisini saptırması hallerini muhtelif kategorilere ircâ ederek tespite çalıştık. Etüdün Dördüncü Bölümünde Maksat unsurunun Takdir Salâhiyetinin tahdidinde oynadığı önemli rolü Doktrin ve İçtihatlar ile göstermeğe gayret ettik. Nihayet Beşinci Bölümde İdarî Yetkinin Saptırılmasından dolayı İdarenin mes'uliyeti meselesine temas ve bunu tetkik ettik.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İDARENİN YETKİSİNİ SAPTIRMASI MEFHUMU VE GEÇİRDİĞİ İSTİHALE

#### BİRİNCİ BAŞLIK

#### İdarî Yetkinin Saptırılması mefhumu ile ilgili Teorik Görüşler

#### § 1. UMUMİ MÛLÂHAZALAR

Asrımızda, hukuka bağlı bir devlette mutlak bir hareket serbestliği mânâsında bir yetkinin yeri olamaz. Bu itibarla da devletin faaliyet-

11) EISENMANN (M.), Cours de Droit Administratif (Doctorat) 1949-1950, s. 400-401.

leri gibi İdarenin de bütün karar ve icraatı meşruluk ve kanuna uygunluk kontrolü dışında mülâhaza edilemez. Salâhiyet pozitif hukukun yarattığı bir müessese olup hukukî bir iktidarı, bir müsaade veya bir mükellefiyeti ifade eder. Şu halde, mutlak surette hareket serbestliği tanıyan salâhiyetten bahsetmek, hukukî iktidarı hukuk sahasından çıkarak hukuk dışı sahaya girdiğini söylemek olur ki, bu hem imkânsızdır, hem de salâhiyetin bugünkü anlamıyla bir tenakuz teşkil eder. Gerçekten, her salâhiyetin daima zımnî de olsa bir gayesi vardır. Her içtimaî iktidarın bir içtimaî gayesi olmak lâzımdır. Muayyen bir gaye için tanınmış olan salâhiyet, ancak bu gayeye erişmeye müteveccih olduğu, ve kendisini tesis eden hukuk kaidesinin gayesi istikametinde bulunduğu müddetçe meşru bir şekilde kullanılmış olur. «Gaye ve Maksada bağlılık» esası yetki istimalinin zarurî şartıdır. Eğer bu husus uzun zaman ihmal edilmişse bu durum, salâhiyetin hukuka bağlı bir hareket serbestliği mânasına değil de, keyfilik mânasına alınmasından doğmuştur. Bu görüş tarzı bugün mülkiyet hakkı bakımından bile kalktığına göre, âmme hukukunda da evleviyette yeri olmamak gerekir. Zira, Âmme Hukukunda tanınmış olan vazifeye bağlı yetki, bu yetkiyi elinde bulunduranların menfaati için değil, fakat muayyen bir içtimaî vazifenin yerine getirilmesi için ve bu yetkinin mevcudiyet sebebi olan bir içtimaî menfaat gayesi güdülererek verilmiştir<sup>1</sup>.

İşte Danıştay Kanunumuzun da müstakil bir iptal sebebi olarak kabul ettiği «Maksada aykırılık esası» yukarıda da işaret ettiğimiz gibi Âmme Hukukunun bu ana prensipinden çıkar. Gerçekten, İdarenin aldığı bütün kararlarda maksat umumî menfaat mülâhazasından başka bir şey olmamak gerekir. Yani umumî ihtiyaçları karşılamak, âmme hizmetlerini gereği gibi görmek, sadece âmme menfaatine hizmet etmek bütün idarî tasarruflarda takibi gereken gaye olmak icap eder. Başka bir söyleyişle; İdare halkın, umumun menfaati iyiliği için çalışmakla mükelleftir. İdareye tanınan bütün salâhiyet kudret ve imtiyazlar münhasıran kollektif ihtiyaçları karşılaması ve umumun menfaatini koruması içindir. Bununla beraber, kanun koyucu bazan umumî menfaat mefhumuna daha kesin hudutlar çizerek meselâ, filân tasarrufun sadece sıhhi maksatla, falân tedbirin sadece inzibatî bir maksadla alınmasını emredebilir. Burada daha dar bir mânayı haiz olan, vüruh ve kat'iyet kesbeden bir âmme menfaati bahis mevzuudur. Bu itibarla mezkûr karar ve tedbiri

1) SCELLE (G.), Critique du soi-disant domaine de Competence Exclusive (R.D.I.L.C.) 1933, C. 14, s. 382.

alanların kanun vazının götüğü bu hususi maksatları gözönünde bulundurarak buna aykırı ve yabancı bir gaye gütmeleri iktiza eder<sup>2</sup>.

Fakat İdare dediğimiz mekanizma meleklerden değil, zarurî olarak çok defa bir çok beşerî zaafırla malûl olan fertlerden teşekkül ettiğine göre, fiiliyatta realitenin her zaman bu prensiplere uygun cereyan ettiği iddia edilemez, ve esasen düşünülemez. İdare, herhangi bir tasarrufu yaparken, kararı alırken âmme menfaatine tamamen yabancı bir maksat gütmüş olabilir. Âmme Hizmeti, âmme menfaati düşüncesiyle değil de sırf şahsî ve egbist bir menfaat düşüncesiyle hareket ederek tamamen şahsî, keyfî, indî bir maksat takip etmiş, yahut bir hafta neticesinde kanunun maksadına yabancı ve aykırı bir gaye gütmüş olabilir. Bu gibi hallerde alınan karar kanuna «Maksat cihetinden aykırı» olduğu için İdarî Kaza iptal edilmek gerekir. Nitekim ilerde teferrüatıyla izah edileceği gibi, Modern Âmme Hukuku, İdarenin kararlarının gaye unsuruna gitgide daha önemli yer vermekte, bu suretle fertlerin İdarenin keyfiliğine karşı çok müessir bir himayesini sağlamaktadır.

Duguit'nin de gayet yerinde olarak işaret ettiği gibi, sosyal bakımdan İdarenin icraatı sâdir olduğu makama göre değil, istihdaf ettiği maksada göre bir kıymet kazanır<sup>3</sup>. Bu itibarla bir İdare adamının aldığı karar İdarî karar karakterini, kararı veren âmirin şahsından değil, fakat bu karar sadece âmme hizmeti gayesini istihdaf ettiği müddetçe ve bundan dolayı muhafaza edebilir.

Demek oluyor ki, İdarenin salâhiyetlerini ancak muayyen bir âmme menfaati maksadiyle kullanmasını icap ettiren çok önemli bir prensipin mevcudiyet<sup>4</sup> inkâr olunamaz. Danıştay Kanunumuzun 23 üncü maddesinin C bendi, İdarenin muamele ve kararları ile tezahür eden hareket tarzının kanuna uygunluğunu tetkik ve icabında bu kararları iptal salâhiyetini Devlet Şûrasına vermektedir. Bu madde Danıştay Kanunumuzun daha evvelki şekillerinde de olduğu gibi, mevzuatın gaye ve maksadına aykırı herhangi bir karar ve muamelenin iptal edileceği neticesini doğuruyor. Bu metin Fransız Âmme Hukukunda «Détournement de Pouvoir» nazariyesi adı verilen telâkkinin<sup>5</sup> Türk Âmme Hukukunda

2) SARICA (R.), İdarî Kaza, İst. 1949, s. 91-92.

3) DUGUIT (L.), Traité de Droit Constitutionnel 2 éme Ed. T. II, p. 294.

4) DUEZ - DEBEYRE, Traité de Droit Administratif 1952, No. 579 ve müt.

5) Détournement de Pouvoir karşılığı olarak Sayın Ord. Prof. Dr. Ch. Crozat, Salâhiyetin yerinde kullanılmaması tâbirini kullanmaktadır (Siyasî İlim, Mec. Nisan 1936, s. 8). Hocamız Sayın Ord. Prof. Dr. S. S. Onar ve Prof. R. Sarıca eserlerinde bazan salâhiyetin saptırılması, bazan da salâhiyetin yerinde kullanılmaması tâbirini kullanmaktadırlar (Onar - İdare Huk. Um. Esasları, s. 178; Sarıca - İdarî Kaza, İst. 1949, s. 94-95).

Kabul edildiğini göstermektedir. Yetkinin Saptırılması mefhumu Fransada ve memleketimizde muhtelif müellifler tarafından ve muhtelif şekillerde tarif edilmiştir. Bu mefhumun nasıl ortaya çıktığı meselesine ve geçirdiği istihaleye temas etmeden evvel, kısaca bu tariflerin bazılarına işaret etmek yerinde olur.

## § 2. FRANSIZ MÜELLİFLERİNİN GÖRÜŞLERİ

M. Waline'nin de işaret ettiği gibi: İdarî otoritelere yetkiler, kanun tarafından, muayyen bir maksat içinde tevcih edilmiştir. Bu maksaddan ayrılmak, yetkileri kanunun gayesinden inhiraf ettirmektir. Şu halde bir İdarî otorite bakımından Yetkinin Saptırılması, kanun vazının bir yetkiyi, tevcih etmiş olduğu maksattan başka bir maksatla kullanmaktır.

R. Alibert'e göre ise: Yetkinin Saptırılması İdarenin, salâhiyetli olduğu bir tasarrufu mevzuatın icap ettirdiği şekle uygun surette yaparken, bu salâhiyetin kendisine tevcih edilmiş olduğu niyet ve maksattan başka bir maksat takip etmesi hâdisesidir<sup>6</sup>.

Şu halde A. de Laubadère'in de işaret ettiği gibi: Salâhiyetli İdarî makam bir tasarrufu kanunen yapabileceği maksattan başka bir maksatla yaptığı zaman yetkinin saptırılması halî mevcuttur<sup>7</sup>.

L. Duguit bu konuda iki durumu birbirinden ayırmaktadır. Şayet İdare, aldığı kararlar âmme hizmetlerine tamamen yabancı bir gaye gütmüşse burada yetkinin bir suiistimali (Abus de Pouvoir) halî vardır. Karar iptal edilmekle beraber, bunu alan memur da Adliye Mahkemesinde haksız fiilden dolayı mes'ul olur. Halbuki İdarenin aldığı kararlar herhangi bir âmme hizmeti maksadını istihdaf etmekle beraber, bu maksat memura (İdareye) bu salâhiyetin verilmesi gayesine yabancı ise, burada «Yetkinin gayeden inhirafı» veya Yetkinin Saptırılması (Détournement de Pouvoir) halî vardır. Bu halde karar iptal edilmekle beraber, memurun şahsî mes'uliyeti bahis mevzuu değildir<sup>8</sup>.

Biz ise, izah ettiğimiz sebeplerden dolayı, (Bk. Giriş) «Yetkinin saptırılması» tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

6) ALIBERT (R.), Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration au moyen de recours pour excès de pouvoir, Paris 1926, p. 236.

7) d' LAUBADÈRE (A.), Traité de Droit Administratif, 1953, p. 388.

8) DUGUIT (L.), Traité de Droit Constitutionnel 1923, 2 nci bası, C. II, s. 295. Kanaatimizce Duguit'nin «Abus de Pouvoir» olarak adlandırdığı meselede: Ortada fiildeki kötü maksaddan dolayı idarî bir fiil olmaktan çıkmış, ve şahsî bir kusur ve fiil olmuş bir durum vardır. Bu itibarla burada idarî kararın iptalinin artık bahis

Bu mevzuda yapılmış olan bu tarifleri gözönünde tutarak diyebiliriz ki: Bir İdari Tasarruf salâhiyetli makam tarafından şekline uygun olarak, ve hiç bir kanun veya nizamı ihlâl etmeksizin, yani kanuniliğin bütün zahiri vasıflarını ihtiva etmekle beraber, umumî veya kanunî menfaatin elde edilmesi, korunması ve hizmetin iyi işlenmesinden gayri bir maksatla yapılmış ise, burada Yetkinin Saptırılmasından bahsedilebilir.

R. Alibert, İdarenin Yetkisini Saptırması hallerinden üç ana prensipe bağlanabileceği ve bu itibarla üç kategoriye ayrılabilceği fikrinde dir<sup>9</sup>.

a — İdarenin Kötü Niyeti: Meselâ, bekçi ve diğer mahallî memurların kin ve garez yüzünden azledilmeleri, bir kadronun tasarruf mülâ hazaları dışında bir maksatla ilgası, gizli azil (Révocation deguisée) halleri buna misal olarak gösterebiliriz.

b — Bazan İdare Adli Mahkemelere ait meseleleri ele almaktadır ki bu hallerde İdarenin salâhiyetsizliği ortadadır. (Meselâ, Valinin, Vilâyet Hususî İdaresine ait bir kira mukavelesini iptal etmesi gibi).

c — İdarenin hukukî bir hata yapması.

Prof. M. Walline ise bu hususta şunları söylemektedir<sup>10</sup>. Hükûmet ve İdare edenlerin haiz oldukları salâhiyetler ne kadar geniş olursa olsun, bunlar ancak âmme menfaati için verilmiştir. Şu halde bu prensipten sarîh iki ayrı Yetkinin Saptırılması kategorisi çıkar. İdare edenler salâhiyetlerini açık şekilde âmme menfaatinden ayrı olan şahsî maksatlarla kullanabilir. Buna misal olarak, failin şahsî menfaati, garez, düşmanlık, intikam ve üçüncü şahısların menfaati gösterilebilir. Bundan başka kanun koyucu, muayyen bir maksadı az veya çok sarîh şekilde tesbit etmişse, İdare, bu sarahat dışında, hattâ başka herhangi âmme menfaati için bile salâhiyetini kullanamaz. Nitekim, bu müellifin de

mevzuu olmaması lâzımdır. Zira ilerde, bilhassa Prof. Sarıcanın düşüncelerini izah ederken işaret edeceğimiz gibi, idari kararlarda maksat cihetinden mevzuata muğayeret her ne kadar hiçbir zaman tasarrufun yokluğunu müeddî olmazsa da, maddî fiillerde maksada aykırılık fiilin idari fiiller kategorisine ithal edilmemesi neticesini doğurabilir. Nitekim Frans. Uyuş. Mah. nin, 22 Nisan 1910 tarihli Prefet de la Côte d'or kararı ile, bir cenaze merasiminde beldedeki bütün kilise çanlarının çalınmasına, sırf burada mükim olan Katoliklerin canını sıkmak maksadıyla, emir veren ve bu emri icra ettiren Belediye reisinin bu hareketinin bir şahsî kusur olduğuna hükmettiğini görüyoruz (Delbez (L.) - De l'exces de Pouvoir comme source de responsabilité, Paris 1932, s. 44 den naklen).

9) ALIBERT (R.), s. g. e., s. 237 dd.

işaret ettiği gibi, Fransız Devlet Şûrası kanunların hangi maksatla yetkiyi tevcih ettiğini tefsir etmek ve araştırmak salâhiyetini kendinde tanıyarak bu maksat dışında olan bu yetkinin kullanılmasını yerinde bulmamakta ve kararları iptal etmektedir.

Diğer taraftan, André de Laubadère'e göre; <sup>11</sup> Kanunun güttüğü iki farklı gaye tipini ayırmak mümkündür. Umumi menfaat maksadı, ve hususî mahiyette umumi menfaat.

a — Umumi menfaat gayesi, başka bir ifade ile, âmme menfaat takibi bütün İdarî makamlar için mecburî bir hareket kaidesidir. Şu halde intikam hissi gibi şahsî maksatla, siyasî rakibi bertaraf etmek gibi siyasî maksatla, ve bir üçüncü şahsî diğer şahıslar ve âmme menfaati zararına bir şeyden istifade ettirmek maksadıyla alınmış olan kararların bu ana prensibe aykırı olacakları ortadadır.

b — Hususî Maksatlar: Yukarda bizim de işaret ettiğimiz gibi, hususî bir maksadı takip etmek için verilmiş olan salâhiyet, kanunda sarîh veya zımnî şekilde ifade edilmiş olabilir. Bu hususî maksat, ya kanunda açık tasrih edilmiştir veya İdare Mahkemesinde hâkim tarafından istidlâl edilmiş olması mümkündür. Meselâ istimlâk, ancak umumi menfaat maksadıyla yapılabilir. İşte bu umumi menfaat mefhumunun neleri gerektireceği (Başka bir ifade ile bu mefhumun inşasını) Fransız Devlet Şûrası İçtihatlarla tesbit etmiştir. Bunun gibi kanun sükût ettiği zaman, Devlet Şûrası, kanun vazının maksadını araştırmak hakkını kendinde görmekte, nitekim İdarî Mahkeme Hâkimi kullanılan salâhiyetin mahiyetinden onun zımnî gayesini çıkarabilmektedir. Buna en tipik misal olarak sadece emniyet, sükûn ve sağlık maksadı istihdaf etmesi gereken zabıta salâhiyeti gösterilebilir.

Nihayet, Duez ve Debeyre, İdarî salâhiyetlerin ancak muayyen bir âmme menfaati maksadıyla kullanılması mecburiyetini yükleyen umumi bir kaidenin mevcut olduğu noktasından hareket ederek, Yetkinin Saptırılması halinin üç gruba ayrılabilceğini söylemektedirler <sup>12</sup>. a — İdarî bir tasarrufla şahsî, siyasî, ticarî maksadın gerçekleştirilmek istenmesi; b — Muayyen hususî menfaatlerin tatmini maksadı; c — Kanunun derpiş etmediği bir umumi menfaatin temini maksadı. Meselâ bir zabıta tasarrufu ile malî bir maksat güdülmesi gibi...

L. Rolland'a göre Yetkinin Saptırılması bir nevi salâhiyetsizlik hali olup, İdarenin kanun metnine (à la lettre de la loi) uygun olarak, ve-

10) WALINE M.), *Traité de Droit Administratif*, 6. bası, 1951, s. 142-143.

11) de LAUBADERE (A.), s. g. e., s. 390.

12) DUEZ-DEBEYRE, s. g. e., s.

fakat hakikatte bu yetkilerin tevcih edilmiş olduğu gayeden başka bir maksat takip edilerek kullanılmasıdır<sup>13</sup>.

### § 3. TÜRK MÜELLİFLERİNİN GÖRÜŞLERİ

Bugünkü ve modern mânadaki İdare Hukukunun memleketimizdeki kurucusu olan Sayın Hocamız Ord. Prof. Dr. S. S. Onar, eserlerinde Hukukumuzda «Maksada aykırılık» adı altında giren Yetkinin Saptırılması halinin 4 şekilde ortaya çıkarabileceğini söylemekte, ve bu tasnifi Devlet Şûramızdan aldıkları misallerle izah etmektedirler<sup>14</sup>. Sayın hocamıza göre; a — Bir kere «maksat» bütün İdarî faaliyetlerin nihaî gayesi olan âmme menfaati bakımından nazara alınır. Şu halde tasarrufta böyle bir maksat bulunmadığı anlaşıldığı takdirde, bu tasarruf sakat sayılmak lazımdır. Meselâ, Danıştay bir kararında; bir memurun emekliye ayrılması muamelesinde emekliye sevk kararının lüzumunu gösterecek sebeplerin mevcut olmadığını tesbit ettikten sonra, hâdiseyi maksat bakımından tetkik ederek, İdarî lüzumun tahakkuk edememesi ve bilâkis dâvacının emekliye sevkinde dört ay evvel ehliyetine binaen üst dereceye yükseltilmiş olması vâkıalarına dayanarak muameleyi maksat yönünden iptal etmiştir. b — Bazan maksat unsuru tasarrufun dayandığı kanunda tasrih edilmiş olur veya kanunun ruhunda bulunur. Bu halde Maksat, daha dar bir sahaya girmiş, daha müşahhas olmuş olur. Meselâ 3499 sayılı Kanunun 7 nci maddesi: Vazifelerinden ayrılan hâkim ve savcılarının hizmet gördükleri yerlerde avukatlık yapmayacaklarını tasrih ettiği halde, bir icra memuruna bu memnuiyetin teşmil edilmesi muamelesini Devlet Şûrası 1943 tarihli bir kararıyla maksat unsuru bakımından iptal etmiştir. Bunun gibi umumî sağlığı koruma maksadiyle tanınmış olan Sağlık Zabıta Salâhiyetleri malî maksatlarla kullanılır, ve meselâ: Belediye başka bir şehir mezbahasında fennî esaslar dahilinde kesilmiş olan etleri, sırf şehir mezbahasının gelirlerini çoğaltmak gibi kanunun maksadından başka bir maksatla şehre sokmazsa, bu kararda da maksat unsuru bakımından sakatlık olacağı ortadadır. c — Kanunda muayyen bir maksat zikredilmemek veya kanunun ruhundan böyle bir tek maksat anlaşılacakla beraber, kanun vazı takip ettiği maksatları vukuî bir surette, misal şeklinde, saymış olabilir. Meselâ Köy İstimlâkleri, Köy Kanununun 44 üncü maddesinde sayılan mektep, cami, hamam

13) ROLLAND (L.), Précis de Droit Administratif, 10. bası, Paris, 1951, s. 346.

14) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 209-211.



gibi veya buna benzer hallere münhasır olmak lâzımken değirmenin üst kısmında bulunan bazı köylülere ait tarlaların sulanmasını temin maksadıyla alınan istimlâk kararı 5 inci dairece 1944 tarihinde maksat bakımından iptal edilmiştir (K. D. sayı 28, s. 37). Buna mukabil 1938 tarihli bir başka kararında: Devlet Şûrası iki köyü birbirine bağlayan yolun üzerindeki bir bahçenin istimlâki kararını, kanunun maksadı içinde görmüş ve dâvayı yerinde olarak reddetmiştir. d — Nihayet, bazı hallerde tasarrufun sebep unsuru ile maksat unsuru birleşmektedir. Meselâ, Memurun Kanununa göre, memur kumar oynatmayı itiyat edinmişse, memurun statüsünden çıkarılması, yani ihracı lâzımdır. Bu itibarla «kumar oynatmayı itiyat» sebebi tahakkuk edince çıkarma tasarrufunun maksadı da taayyün etmiş olur. Artık bu memurun çıkarılmasında bir âmme menfaatinin mevcut olup olmadığının araştırılmasına lüzum kalmaz (K. D. sayı 54-57, s. 505).

Muhterem hocamız, Prof. R. Sarıca ise, İdare Hukukunda kabul olunan esaslara göre, İdari tasarruflarda, kararlarda, Maksadın, umumî menfaat mülâhazasından başka bir şey olmamak gerektiğini söylemekte, ancak bazı hallerde bu umumî menfaat mefhumunun, yukarda da işaret ettiğimiz gibi, daha hususî bir mahiyet alabileceğini, kanun vazının filân tasarrufun sıhhi bir maksatla yapılmasını, falân kararın malî bir maksatla alınmasını, herhangi bir tedbirin inzibatî bir maksatla ittihaz edilmesini emredebileceği ilâve etmektedir. Gerek Fransız, gerek Türk Mahkeme İçtihatlarına göre İdari bir kararın mevzuata, hukuka, maksat cihetinden aykırılığının daima bir iptal sebebi teşkil eylediğini işaret eden muhterem profesör Sarıca, bu gibi aykırılıklara ayrı bir ad verildiğini, buna «Détournement de Pouvoir - Salâhiyetin Saptırılması» dahi denildiğini söylemekte ve bu hususu mevzuat ve içtihatlardan aldığı birçok misallerle izah etmektedir: Sayın Prof. Sarıca, ne Fransada, ne de memleketimizde hiç bir zaman yokluk müeyyidesine çarptırılmayan ve sadece iptali müeddi olan Maksat cihetinden kanuna mugayeretin izahını yaptıktan sonra, Yokluk nazariyesinin niçin tasarrufun maksat unsuruna tatbik edilmediğini ve edilemeyeceğini üç sebebe irca ederek izah etmiş, ve bu suretle gerek memleketimiz, gerekse Fransa bakımından tamamen orijinal bir etüd vücuda getirmiştir. Hocamıza göre: Batmî ve sübjektif bir unsur olan maksadın keşfi müşküldür. Bu işi ancak mütehassıs hukukçular, daha doğrusu mahkemeler halledebilirler. Demek ki, mesele mahkemede tetkik ve halledilmeden tasarrufun maksat cihetinden sakat olduğu söylenemez. Öyle ise mahkemenin müdahalesine müracaat etmeden tasarrufun yokluğu dermeyan olunamaz.

Saniyen, İdare tarafından yapılan herhangi bir tasarrufun umumî menfaat mülâhazasıyla yapıldığını bir karine olarak kabul etmek doğru olur. Halbuki İdarenin kötü bir maksat takip ettiği henüz sabit olmadan tasarrufun maksat cihetinden yoklukla malûl bulunduğu alâkadarlarca iddia edilirse bu karinenin mâna ve kıymeti kalmaz. Nihayet, Maksat unsurundaki sakatlıkların tasarrufun yokluğunu intaç etmemesinin bir üçüncü sebebi: Tasarrufu yapan İdarenin tek bir maksat gütmeyip müteaddit gayeler takip edebilmesi, ve bu gayelerden birinin kanunî maksada uygun bulunup diğerlerinin mugayir bulunması ihtimalidir. Halbuki Fransız Devlet Şûrası İçtihatlarına göre Kanunî maksadın yanında gayri kanunî maksadın mevcudiyeti tasarruf üzerinde bir tesir icra etmemektedir<sup>15</sup>.

Sayın Prof. Süheyp Derbil, Devlet Şûrası Kanununda dört tane olarak gösterilmiş olan iptal sebeplerinin (şartlarının) Yetkisizlik, Şekle riayetsizlik, Esas ve Maksada aykırılık diye üç kategoriye ayrılabilceğini söylemektedir<sup>16</sup>. Sayın profesöre göre «İdarî karar, kanunî şekillere uygun olarak, yetkili Kamusal İdareler tarafından verilmiş olabilir. Fakat bu karar, Kanunun veya tüzüğün esas ve maksadına aykırı düşebilir. Bu takdirde dahi karar iptal dâvası ile bozulabilir. Görülüyor ki, sayın Derbil, her nedense, kanunda ayrı bir iptal sebebi olarak gösterilen Maksada aykırılığı esas unsuru ile birlikte mütalea etmektedir. Bunun sebebi, bu iki unsur arasındaki sıkı ilgi olsa gerektir. Nitekim Devlet Şûrasının bir çok kararlarında «Kanunun maksat ve esasına uyarlık bulunduğundan iptaline...» şeklinde bir formül kullanıldığını görmekteyiz.

Sayın Prof. İsmail Hakkı Görelî ise bu konuda şunları yazmaktadır: «Kanun veya nizamnameler tedvin edilirken bunları tedvin edenlerin temin etmek istedikleri bir gaye ve maksat olduğu şüphesizdir. Bu Kanun ve Nizamnameler istihdaf ettikleri gayeye varmak için, bunları tatbik edecek makam ve memurlara bazı salâhiyetler kabul etmişlerdir. Bu yolda karar alan memurlar, Kanun veya Nizamname tedvin edilirken istihdaf olunan gayeden aykırı bir maksatla, fakat o kanun veya nizamnamenin verdiği yetkiye dayanarak bir karar ittihaz etmiş oldukları takdirde maksat bakımından kanuna veya nizamnamelere muhalefet etmiş oldukları ortadadır<sup>17</sup>.

15) SARICA (A.), İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan (Eb. Mardine Arm.), s. 1244 - 1256.

16) DERBİL (S.), İdare Hukuku, c. 1, Ank., 1950 s. 175-177.

17) GÖRELİ (İ.H.), Devlet Şûrası, Ankara 1953, s. 223-224.

Sayın Prof. Bahri Savcıya göre ise: «Bir İdarî Tasarrufun hukuka aykırılığı dolayısıyla malûl ve meşruiyetsiz kılan cihetlerden birisi de, o tasarrufun maksat cihetinden hukuka aykırılık teşkil etmesidir. Bir İdarî otorite karar alma salâhiyetini kanunun kendisine bu salâhiyeti vermedeki maksattan gayri bir maksatla kullanırsa karar sakattır<sup>18</sup>.

İdare hukuku sahasında pratik bakımdan faydalı bir eser vücuda getiren sayın Sadık Artukmaç, bu konuda şunları söylemektedir: Karar ittihaz eden makamın kanunun istihdaf ettiği maksattan ayrı bir gaye gütmesine, Salâhiyetin Yerinde Kullanılmaması denilmektedir. Buna kanunen «Maksat Bakımından Aykırılık» veya «Salâhiyetin Saptırılması» (Détournement de Pouvoir) adı da verilir<sup>19</sup>. İşte Türk müelliflerinin Yetkinin Saptırılması ile ilgili tarif ve görüşleri kısaca bunlardır.

## İKİNCİ BAŞLIK

### İdarî Yetkinin Saptırılması mefhumunun ortaya çıkması ve geçirdiği istihale

#### § 1. FRANSADA

Fransada hâkim olan kanaate göre «Yetkinin Saptırılması» Mefhumu İkinci İmparatorluk Devri başlarında 19 Mayıs 1858 tarihli «Vernhes» kararfiyle ortaya çıkmıştır<sup>20</sup>. Bununla beraber, bazı müellifler, daha ilk İmparatorluk devrinde (1804 ten itibaren başlayan devre; 1804 - 1848) Adliye Mahkemelerinin salâhiyetli olduğu meselelerde karar vermiş olan İdarenin bu tasarruflarını iptal eden Devlet Şûrası kararlarına rastlandığını, «Excés de Pouvoir - Salâhiyet Tecavüzü» mefhumunu 19 uncu asrın başlarında ortaya koyan Fransız Devlet Şûrasının «Salâhiyetin Yerinde Kullanılmaması» mefhumunu da buna müvazî olarak ve aynı zamanda idrak ettiğini söylemektedirler. Nitekim Artur «Détournement de Pouvoir» tâbirinin (Teriminin) kullanılmamasına rağmen, durumun

18) SAVCI (B.), İnsan Hakları (Kanunilik yoluyla korunması), Ankara 1953, s. 202-203.

19) ARTUKMAÇ (S.), Bizde İdarenin Murakabesi, İst. 1950, s. 404.

20) NOEL (M.), R. D. P., 1924, s. 363 (Les Motifs dans les décisions de la Jurisdiction administrative).

kararların tetkikinden de anlaşıldığını söylemekte ve bu hususu teyit için bir çok karar zikretmektedir <sup>21</sup>.

M. Beurdeley ise, bu konuda yazdığı tezinde Artur'un zikrettiği kararlarında Devlet Şûrasının farklı gayeleri tefrik ettiğini söylemenin güç olduğunu ileri sürmekle beraber, Yetkinin Saptırılması mefhumunun nüvesini Fransız Devlet Şûrasının vermiş olduğu 25 Mayıs 1811 tarihli «Outin» kararında görmenin mümkün olduğunu kabul etmektedir <sup>22</sup>. Başlangıçta salâhiyet tecavüzü mefhumu bile kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlâli mânasını ifade etmekteydi. Nitekim Laferriere, Tasarrufu yapan kimse salâhiyetlerini, salâhiyetlerin kendisine tevcih edilmiş olduğu mevzudan başka bir mevzuda (objet) kullandığı zaman, Devlet Şûrasının muhtelif kararlariyle, Yetkinin Saptırılmasından dolayı bu Tasarrufları iptal ettiğini söylemekte, ve misal olarak bu müellif te «Outin» kararını zikretmektedir <sup>23</sup>. Karara konu olan hâdise şudur: Akar sular rejimini âmme menfaatine göre tanzime salâhiyetli olan bir vali, bu maksatla değil de, hususî şahıslar arasındaki ihtilâfı halletmek için, bir su bendinin kaldırılmasına karar verince, Devlet Şûrası bu tasarrufu, Adliye Mahkemelerinin yetkili olduğu bir meseleye taallûk etmesinden dolayı Salâhiyet yönünden iptal ediyor. (Alibert buna hem Yetkinin Saptırılması, hem de salâhiyetin tecavüzü diyor ve Adliye Mahkemesini yetkili görüyor).

Bu kararda Yetkinin Saptırılması tâbiri kullanılmamış olmakla beraber, Laferriere, Yetkinin Saptırılmasını salâhiyetsizliğin bir şekli (Une variété de l'incompétence) olarak telâkki ettiğine göre, Outin kararında Détournement de Pouvoir halini görmesi gayet tabiidir.

Bununla beraber, yukarıda da zikrettiğimiz gibi, Fransada İdarî Yetkinin Saptırılması mefhumunun bilhassa Fransız Devlet Şûrasının 19 Mayıs 1858 tarihli «Vernhes» kararıyla ortaya çıktığı kanaati hâkimdir. Hattâ Laferriere'in de bu kanaate iştirak ettiğini ileri sürenler vardır <sup>24</sup>. Karara sebebiyet veren hâdiseyi kısaca hülâsa edelim: Trouville Belediye Reisi, bütün banyo yapanlara, hattâ müessese kabinelerinden istifade etmemiş bile olsalar, kanun tarafından tesis edilmiş bulunan banyo müessesesi lehine bir resim (Taxe) ödemek mecburiyetini yükliyen ve bu

21) ARTUR, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, s. 349-350.

22) BEURDELEY (M.), Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier et patrimonial de l'Administration. Thèse, Paris 1928, s. 15.

23) LAFERRIERE (E.), Traité de la Juridiction Administrative et des recours Contentieux, 2. ci bas., c. II., s. 402-413.

24) VIDAL (R.), l'Evolution du Détournement de Pouvoir dans la Jurisprudence Administrative, R. D. P. 1952, No. 2, s. 277.

resmi ödemiyenleri denize girmekten meneden bir karar vermiştir. Fransız Devlet Şûrası bu hâdisede Belediye reisinin kararının mülhem olduğu saikleri takdir etmemekle, ve Yetkinin Saptırılmasından bahsetmemekle beraber, mezkûr kararı, zabıta tasarrufuna esas olabilecek bir sebebin yokluğuna dayanarak iptal etmiştir<sup>25</sup>. Beurdeley, yukarıda adını zikrettiğimiz tezinde bu kararın yeni bir safhanın başlamış olduğu, ve bu suretle «Zabıta Tasarruflarında gizlenmiş malî menfaat» teorisi esaslarının hazırlanmış bulunduğu fikrini ileri sürmektedir.

Bu arada, hususiyle, Fransız Devlet Şûrasının 13 Haziran 1860 tarihli «Conte de Clérmont - Tonnerre» kararında, bilhassa hükümet komiseri Leviez'in yaptığı açıklamalarda, İdarî Zabıta Salâhiyetlerinin hudutları, ve hâdisede takip edilmiş bulunan ve zabıta fonksiyonuna yabancı olan malî maksat açıkça belirtilmiştir. Hâdise kısaca şudur: Vilâyet İdaresi, nakliyata elverişli olmıyan bir nehir üzerinde bir su borusunun kurulmasına karar vermiş ve fakat sahilde arazisi bulunan bir şahıstan, ilerde kendisinin suların istifadesine mâni olacak Nafia işlerinin icrası yüzünden tazminat talebinden mukaddem feragatini şart koşmuştur. Devlet Şûrası, İdarenin nehir sahilinde gayrimenkulleri bulunan maliklerin haklarının istimali mevzuunda zabıta salâhiyetine sahip bulunduğunu kabul etmekle beraber, bu salâhiyetin malî mülâhazalarla kullanılamıyacağına karar vererek, Vilâyet İdaresinin tasarrufunu iptal etmiştir<sup>26</sup>. Bilhassa bu karardan sonra, Fransız Devlet Şûrasının, İdarenin tedbir ve kararlarındaki maksadı ve bu kararları telkin eden saikleri araştırmakta artık tereddüt etmediğine şahit olunmaktadır. Bu temayülü bilhassa 11 Şubat 1864 tarihli «Lesbats» kararında görmek mümkündür. Hattâ Landon, 1942 senesinde bastırılmış olan «Le Recours pour Excés de Pouvoir sous le regime de la Justice Retenue» adlı önemli tezinde bu kararı, Exces de Pouvoir - Salâhiyet tecavüzü mefhumunun başlangıcı olarak adlandırmaktadır<sup>27</sup>. Bu kararın Fransız Devlet Şûrası, bir valinin nakliye şirketinin arabalarının garda durmasını, bu imtiyazı başka bir hususî teşebbüse verdiği için, meneden kararını, bu tasarrufla Zabıta Salâhiyetlerine yabancı bir maksadın istihdaf edilmiş olmasından dolayı, iptal etmiştir.

Bununla beraber, Fransada «Détournement de Pouvoir - Yetkinin Saptırılması» tâbirini lisana ithal eden müellif L. Aucoc olmuştur<sup>28</sup>. Gerçekten, bu sahada daha evvel tahakkuk ettirilmiş bulunan hamlelere

25) Recueil 1858, s. 399.

26) BEURDELEY (M.), s. g. e., s. 17-18 den naklen.

27) VIDAL (R.), s. g. m., s. 277 den naklen (Recueil 1864, s. 209).

28) AUCOC (L.), Conférences sur le Droit Administratif, 2 nci bası, c. I., s. 531.

rağmen henüz müphemliğini muhafaza eden *Détournement de Pouvoir* mefhumunu ilk defa bu müellifin «*Conferences sur le droit Administratif*» adlı eserinde belirtmeye muvaffak olduğu görülmektedir. Aucoc (Salâhiyet tecavüzü - İptal dâvası) teorisini izah ederken, İdarenin zabıta salâhiyetinin yerinde kullanılmamasına ve suiistimal edilerek kullanılmasına ait muhtelif hallere işaret etmekte, ve verdiği tarifile İdare edilenlere yeni bir iptal sebebi hakkında açık bir fikir vermektedir. Nitekim: Bilhassa bu eserin intişarından sonra İdarenin mevzuata aykırı olarak dinî, sihasî, malî maksatlarla isdar etmiş olduğu tasarruflar aleyhine yapılan müracaat sayısının hissedilir bir şekilde artmış olduğu, ve bu suretle mahiyeti anlaşılan bu yeni iptal sebebinin tamamen benimsemiş olduğu gözden kaçmamıştır. 19 uncu asırda, ve bilhassa 19 uncu asrın ilk yarısında, İdarenin mutlak takdir yetkisini haiz olduğu düşüncesi, Fransız Devlet Şûrasının bir çok hâdiselerde İdarenin niyet ve maksadını araştırmasına engel olmuştur. Her ne kadar bu çekingenlik asrın ikinci yarısında epey azalmışsa da, ancak Aucoc'un eserlerinden sonra Devlet Şûrasının tam mânasiyle tereddütsüz bir şekilde hareket etmeğe başladığı ve Aucoc'un kullandığı şu formülü kararlarına ithal etmeyi bir âdet haline getirdiği müşahede ediliyor: «İdare, haiz olduğu zabıta salâhiyetlerini bu salâhiyetlerin kendisine tevcih edilmiş olduğu mevzudan başka bir mevzuda kullanmıştır».

Nihayet, Laferriere'in bu konuda yepyeni bir hamle yaptığını görüyoruz. Bu müellif, ilk tabı 1888 senesinde neşredilmiş bulunan (*Traité de la Juridiction Administrative*) adlı eserinde «Yetkinin Saptırılması mefhumunu derinleştirmiş, ve yeni bir tarif vermiştir<sup>29</sup>. Bu tarife göre: «Yetkinin Saptırılması, İdarenin haiz olduğu takdir yetkisine rağmen, bu salâhiyete dayanarak yapılan tasarruflar bakımından bir hukuka aykırılık hali (ve biz ilâve edelim iptal sebebi) teşkil edebilir. Bu kanuna, hukuka aykırılık hali, ya memurun kullandığı vasıtalarla (Salâhiyetlerle) takip etmeğe hakkı olmadığı, veya İdarenin salâhiyetleri dışında olduğu için tamamen memnu olan bir maksat takip etmesinden doğar. Bilhassa bu son ihtimalde, yani İdarenin yetkisi dışında olduğu için tamamen memnu olan bir maksadın takip edilmesi halinde, Yetkinin Saptırılmasının hakikî bir salâhiyetsizlik hali teşkil edebileceğini Laferriere ilâve etmektedir. Yukarıdaki tarife bakarak Laferriere'in Salâhiyetin Yerinde kullanılmamasını ikiye ayırdığı söylenebilir: — Memurun salâhiyetleri dışında hareketi.. (Bir nevi salâhiyetsizlik) — Vazifeye yabancı bir maksadın takip edilmesi..

29) LAFERRIERE (E.), *Traité de la Juridiction Administrative*, 2 nci bastı 1896, c. II, s. 549.

Verdiğimiz bu kısa izahattan da anlaşılacağı üzere Aucoc için, Yetkinin Saptırılması, Zabıta Salâhiyetini İdareye tevcih edilmiş olduğu mevzudan başka bir mevzu gözönünde tutularak kullanmak demek olduğu halde, Laferriere için Yetkinin Saptırılması, İdarenin haiz olduğu yetkinin bu yetkisi dahilinde girmeyen bir maksatla kullanılması halinden ibarettir. Beurdeley'in de gayet yerinde olarak işaret ettiği gibi, «Mevzu» kelimesinin «Maksat» kelimesiyle değiştirilmiş olması terimlerin basit bir değişikliği değil, Détournement de Pouvoir mefhumunun tarihinde yeni bir merhalenin müjdecisidir<sup>30</sup>.

Aucoc tarifinde «Mevzu» kelimesine yer vermekle Yetkinin Saptırılması mefhumunu salâhiyetsizlik mefhumundan istihraç ettiğini göstermiş oluyordu. Halbuki Laferriere, tarifinde İdarenin tasarrufla takip ettiği «Hatalı» maksat (Incorrection de but) üzerinde ısrar ederek, Salâhiyetin yerinde kullanılmaması halinin müstakil bir iptal sebebi teşkil ettiğini ispat etmiştir.

Sırası gelmişken burada hukuk bilginlerinin mahkemelerin faaliyetlerinde oynadıkları yol gösterici role işaret edelim<sup>31</sup>. Filhakika Fransız Devlet Şûrası Aucoc'tan sonra eserinde kullandığı «Détournement de Pouvoir, ibaresini nasıl ondan sonraki kararlarına ithal etmişse, Laferriere'in tarifinden sonra bu mevzuda verdiği kararlarda bu müellifin görüşüne uyarak «Memurun Yetkilerinin, bu yetkilerin kendisine tevcih edilmiş olduğu maksattan ayrı bir maksatla kullanıldığı» şeklinde bir ifade kullanmağa başlamıştır. Nihayet, takriben 1910 senelerinden itibaren Fransız Devlet Şûrasının bu formülü de terkederek, kararlarında «Yetkinin Saptırılması - Détournement de Pouvoir» terimini kullandığı görülmektedir.

Her ne kadar Appleton «Détournement de Pouvoir» tâbirinin Devlet Şûrası tarafından bulunmuş, icat edilmiş olduğunu ve mevzuata ilk defa ancak 31 Mart 1919 tarihli Harp Emekliliği Kanununun 43 üncü maddesinde ifadesini bulduğunu söylüyorsa da<sup>32</sup>, yukarıda verdiğimiz izahattan da anlaşılacağı üzere, bu tâbirin kanunlarda yer almadan evvel içtihatlarda belirdiği doğru ise de, Fransız Devlet Şûrasının bu tâbiri icat etmiyerek Doktrinden ve bilhassa Aucoc'un eserinden aldığı da inkâr olunamaz bir hakikattir.

30) BEURDELEY (M.), s. g. e., s. 24.

31) Ezcümle Fr. Dev. Şûrasının 5 Şubat 1892 tarihli (Société des Agriculteurs du Loiret) kararı, Recuell 1892, s. 103.

32) APPLETON (J.), Traité Elementaire du Contentieux Administratif, Paris 1927, s. 622.

İdari Yetkinin Saptırılması teorisine göre kanunun istihdaf ettiği gayeye uygun hareket etmesi gereken İdare, bu suretle bütün idari faaliyetlerin başta gelen esası olan «Umumî Menfaat» e uygun hareket etmelidir. Yukarıda verdiğimiz izahattan da anlaşılacağı üzere: Fransız Devlet Şûrası başlangıçta maksadı pek inceden araştırmamış, ancak zabıta tasarruflarında malî maksadın bulunması, hususî bir şirketin, nafia işlerine bir yardım istihsal etmek için, faaliyetinden alıkonması gibi âşikâr hallerde Yetkinin Saptırılmasına hükmetmiştir<sup>33</sup>. Fakat daha sonraları Fransız Devlet Şûrası iktisadî, siyasî, ahlâkî mülâhazalara dayanarak bir çok hâdiselerde Détournement de pouvoir'in mevcudiyetine hükmetmiştir. Nitekim buna misal olmak üzere, mezkûr Şûranın zuhûr etmiş bir greve son vermek için muayyen bir grup işçilerin askere alınmasını âmir bulunan bir emri iptal eden 18 Temmuz 1913 tarihli «Syndicat National Des Chemins de Fer de Nord» kararı zikredilebilir. Fransız Devlet Şûrasının çok hararetli bir şekilde kanunun maksadını araştırması vâkiası karşısında Prof. M. Waline «Mevzuatın ruhunun keşfinden, ve mevzuatın sadece lâfzan değil, ruhan ihlâlinin de müeyyideye bağlanmasından» bahsetmiştir.

Hauriou'nun, daha 1907 de işaret ettiği gibi, bilhassa Yetkinin Saptırılması hallerinde İdarenin yalnız meşruiyetini (Kanuniliğini) değil, ahlâkiyatını da kontrol etmek imkânı gerçekleşmiştir. Filhakika Hauriou'ya göre Salâhiyetin Saptırılması Salâhiyet Tecavüzünün hukuka mugayerete bağlanamıyan bir şeklidir. Bu halin hukuka aykırılığın aştığı söylenebilir. Zira, Yetkinin Saptırılmasile malûl olan bir tasarruf, gerek salâhiyet, gerek şekil, gerekse sebep ve mevzu bakımından mevzuatın metnine uygundur. Bu tasarrufun kusuru (Vice) İdarenin bu tasarrufla takip ettiği ve fakat iyi bir İdarenin takip edemeyeceği gayededir». Bu kötü kullanmanın (Mesusage) kanunların umumî ruhuna mugayir olduğu ve fakat kanunun metnini ihlâl etmediği söylenebilir. Hakikatte Yetkinin Saptırılması hali, Ahlâkiyatın kanunun şekli (formelle) icaplarına nazaran ön plâna geçtiği bir haldir<sup>34</sup>.

Hauriou, yapmış olduğu İdarenin Kanuniliği ve ahlâkiyatı tefrikine itiraz edildiğini, İdare Ahlâkiyatı denen şeyin kanunun umumî ruhu olduğu ve bu suretle, «Yetkinin Saptırılması - Maksat cihetinden aykırılığın Kanunun ruhunun ihlâli, ve daha doğru bir ifade ile, Kanunun ihlâlinin (Violation de la loi) hususî bir hali olduğu» şeklindeki iddiaların

33) C. E., 15 Şubat 1895 tarihli Société des Mines de Lens kararı (Rec. s. 154).

34) PELLETIER (CH.), L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif, Paris 1954, (s. 142 den naklen).



ileri sürüldüğüne işaret ettikten sonra şöyle demektedir: İdarî Kanunların ruhunun İdare ahlâkiyatı ile karıştığı iddiası, hiç olmazsa, Medenî Kanunların ruhunun fert ahlâkiyatı ile karıştığı iddiası kadar doğru değildir. Kanunun ruhu, adalet menfaatleri icabı haklara terettüp eden sınırlı ahlâkiyat fikri ise umumun menfaat ve hayrı için vazifelere mütalâlık bulunan bir direktiftir. Âdil ve iyi (Juste et Bien) arasında ise bir fark vardır. Ahlâkiyatın kanuniliği, ve binnetice Yetkinin Saptırılmasının kanunun ihlâlini aştığı ortadadır<sup>35</sup>.

## § 2. MEMLEKETİMİZDE

Osmanlı İmparatorluğu devrinde, 1868 (1284) senesindenberi, memleketimizde mevcut bulunan Şûrayı Devlet 4 kasım 1338 (1922) tarihinde İstanbulun Türkiye Büyük Millet Meclisi İdaresine intikali sırasında, diğer merkez daireleri gibi, lâğvedilmişti. Fakat B. M. M. Dahiliye Encümeni mazbatasında da ifade edildiği gibi bu muvakkat bir tedbirdi<sup>36</sup>. Nitekim, mercisiz kalan bir çok meselenin, ve İdarî Kaza ihdas etmek ihtiyacının tesiriyle, 1924 Anayasasında bir Devlet Şûrasının kurulacağını ifade edildiğini ve 7 Mayıs 1925 tarih ve 669 numaralı Kanunla Cumhuriyet Devri Şûrayı Devletin ihdas olunduğunu görüyoruz. Şûrayı Devlet Başkan ve üyelerinin seçimleri ancak 23 Haziran 1927 de yapıldığından bu teşekkül 6 Temmuz 1927 de işe başladı. 669 sayılı Kanun 1931 tarihli ve 1859 numaralı Kanunla tadilâta uğradıysa da bu tâdiller teşkilât bakımından ziyade, idarî kaza işlerini daha çabuk ve iyi bir surette yürütmek için yapılmıştır. Bundan sonra 938 tarih ve 3546 numaralı kanun 669 ve 1859 sayılı Kanunları ilga etti. Devlet Şûrası teşkilâtı, yeni baştan bu kanuna göre kuruldu. 669 numaralı Kanuna göre Şûrayı Devlet; Tanzimat, Mülkiye, Maliye ve Nafia Daireleriyle Deavi Dairesi olmak üzere dört daireye ayrılıyordu. 1859 sayılı Kanun, bir ikinci Deavi Dairesi ihdas etmişti. 3546 sayılı kanun ise üçü İdarî, ikisi Kazaî olmak üzere beş daire ihdas etmiş ve bunları numara ile göstermiştir. Nihayet 1946 tarihli ve 4904 sayılı kanun ise Dâva Dairelerinin sayısını üçe çıkarmış aza sayısı ile diğer bazı noktalarda değişiklik yapmıştır. Demek oluyor ki bugünkü Devlet Şûramız Anayasamız, 3546 ve 4904 sayılı kanunlara dayanmaktadır<sup>37</sup>.

35) HAURIOU (M.), *Precis de droit Administratif et de Droit Public* (Sirey 12. bası), s. 443.

36) B. M. M. Zabıt Ceridesi, devre II, içtima III, cilt 19.

37) ARTUKMAC (S.), s. g. e., s. 64-70.

Mevzuatımızın derpiş ettiği diğer İdarî Dâvaları bir tarafa bırakarak, mevzuumuz itibariyle önemli olan İptal Dâvası ve sebepleri üzerinde kısaca duralım: İptal Dâvasına müteallik hükümler 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin C bendi ile, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 62 nci maddesinde mevcuttur. Devlet Şûrası Kanununda İptal Dâvası şöyle tarif edilmektedir: «Kanunlarda ayrı bir İdarî Kaza Mercii gösterilmemiş olan aşağıda yazılı hususlar doğrudan doğruya, vaktî surette Devlet Şûrası Dâva Dairelerinde rüyet hallolunur: İdarî fiil ve kararlar hakkında esas, maksat, salâhiyet ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara veya nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı iptali için menfaati haleldar olanlar tarafından açılacak dâvalar».

İl İdaresi Kanununun 62 nci maddesinde ise şöyle denilmektedir: «İl İdare Kurulları, İl İdare Şubelerinin, Kaymakamların ve İlçe İdare Şubeleriyle Bucak Müdürlerinin, Bucak Meclis ve Komisyonlarının, Köy Muhtarlarının ve Köy İhtiyar Kurullarının yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların esas, maksat, yetki ve şekil itibariyle Kanun ve Tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan iptal dâvalarına birinci derecede bakarlar». Görülüyor ki, daha evvel de işaret ettiğimiz gibi, Fransadan farklı olarak memleketimizde *Détournement de Pouvoir*-Yetkinin Saptırılması mefhumu sarîh olarak «Maksat cihetinden mevzuata aykırılık» ifadesi altında mevzuatımızda yer almış bulunmaktadır. Nitekim 1925 ve 1931 tarihli Devlet Şûrası Kanunlarında ve 1929 tarih ve 1426 sayılı Vilâyet İdaresi Kanunu 63. cü maddesinde de Maksat cihetinden mevzuata aykırılığın bir iptal sebebi olarak kabul edildiğini görüyoruz<sup>38</sup>. Gerek 1927 senesindenberi münteşir olan «İdare» mecmuası, gerekse diğer hukukî gazete ve dergilerde yaptığımız dikkatli arama ve araştırmalara rağmen maksat unsuru ile ilgili Devlet Şûramızın içtihatlarının hangi hâdise ile başladığını Fransadaki-ne müşabih bir şekilde tesbit edemedik. Bunun sebebi, Devlet Şûrası kararlarının o da kısmen 1937 senesinden itibaren «Devlet Şûrası Kararlar Mecmuasında» muntazam neşredilmeye başlanmasıdır. O zamana kadar İdare Dergisinde daha ziyade Devlet Şûrasının İdarî dairelerinin karar ve mütalâalarına rastlamak mümkündür. 1926 senesindenberi münteşir bulunan İstanbul Baro Mecmuası da ancak 1935 yılı sonlarından itibaren Devlet Şûrası Dâva Dairelerinin kararlarına yer vermeye başlamıştır.

38) T. C. Devlet Şûrası Kanunları (1925-1938), İst. 1939, s. 35-37, (Ch. Crozat - F. H. Saymen).

Türk Devlet Şûrasının, İdarenin Yetkisini Saptırması ile ilgili olarak tesbit ettiğimiz ilk kararı Bakanlık emrine alma müessesesiyle ilgili bulunmaktadır. Ancak şunu söyliyelim ki, tarihi belli olmıyan ve fakat muhtemelen 1935 - 1937 seneleri arasındaki devreye ait bulunan bu karar Devlet Şûramızın Maksat unsuru ile ilgili ilk kararı değildir. Filhakkâ kararda da ifade edildiği gibi: Bu kararın verildiği tarihe kadar, hizmete yabancı ve hizmet menfaatine uygun olmayan bir maksatla alınmış olan Bakanlık emrine alma muamelelerinin Maksat cihetinden iptal edileceklerine dair Devlet Şûrasının içtihadı takarrür etmiş bulunmaktadır. Öyle ise kesin bir tarih verememekle beraber, Devlet Şûramızın bu karardan da evvel İdarenin Yetkisini Saptırması halindeki kararlarını iptal ettiğini söylemek mümkündür. Devlet Şûrası Deavi Daireleri umumî heyetinin 37/27 sayılı bu kararında aynen şöyle denilmektedir<sup>39)</sup>.

«... Birinci müdafaanamede Vekâlet emri muamelesinin İdari dâva zemini olmadığı ileri sürülmüş ise de, bir memurun Vekâlet emrine alınmasının âmme hizmeti menfaati itibariyle lüzumunun sübutu için ileri sürülecek sebeplerin kifayet ve ademi kifayet hususunun takdiri, İdari dâva zemini olduğundan Şûrayı Devletin bu husustaki içtihadı takarrür etmiş olduğu cihetle ittifakla esasın müzakeresine girişildikten sonra, ikinci müdafaanamede dâvacının müfettiş olması ve devamsızlığı görülmesi Vekâlet emrine alınmasında sebep olarak dermeyan kılınmış olup, halbuki muallimlik ile memuriyetin bizzat uhdesinde cem'ine kanunen mesağ gösterildiği gibi, devamsızlık halinde yapılacak muameleler de Memurin Kanunununda derecat üzerine tasrih edilmiş olması hasebiyle devamsızlık ancak kanunun gösterdiği inzibatî cezalarla karşılanmak zarurî ve devamsızlığın Vekâlet emrine alınmasında sebep teşkil edemeyeceği gibi bedihi bulunduğundan, kanunun maksadına muhalif olarak ittihaz edildiği anlaşılan muamelenin ref'ine...»

Görülüyor ki, bu hâdisede Devlet Şûramız, İdarenin gösterdiği sebeplerin değerini takdir ettikten sonra bu olayların memurun Bakanlık emrine alınmasını icap ettirmeyeceğine kanaat getirmiş ve Bakanlık emrine alma muamelesini maksat unsuru bakımından iptal etmiştir. Maa-fafih bürada maksat ve sebep unsurlarının birleşmiş olduğu ve bu itibarla bu muamelenin sebep unsuru bakımından mevzuata aykırı olduğu söylenebilir. Bu kararın bir diğer enteresan tarafı, Devlet Şûramızın, İdarenin takdir yetkisi olsa bile bir tasarrufun maksat unsuru bakımından daima kazâi kontrolün altında bulunduğu esasının benimsendiğini

39) K. M., sayı I, s. 35-37.

göstermesi ve nihayet, adını zikretmemekle beraber ilerde tetkik edeceğimiz (3 üncü bölümde) *Détournement* ve *Procédure* - Usulün Saptırılması mefhumunu ayırt etmesidir. Filhakika hâdisede memurun devamsızlığı sabit olsa bile, kendisine disiplin cezası tatbik edilmek lâzım gelirken, bu memurun Bakanlık emrine alınması kanunun maksadına aykırı olarak bir usul yerine diğer bir usulün kullanılmasını ifade etmektedir<sup>40</sup>. İdarî kaza merciimizin daha ilk kararlarından itibaren İdarenin zabıta salâhiyetlerini maksadına aykırı olarak kullanıp kullanmadığını da kontrol ettiğimizi örüyoruz. Meselâ D. D. U. H. nin 37/98 sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir: «... Belediyeler, âmmenin sıhhat ve selâmeti namına tedbirler ittihazına, Belediyeler Kanunu ile salâhiyetli kılınmış olduğundan hâdisede... sebze dükkânlarında çalışanların sıhhatlerini ve bu dükkânlarda sebzenin murakabesini temin noktasından vaz edilmiş olduğu anlaşılın işbu talimatname, kanuna ne esas, ne de maksat itibariyle muhalif görülmemiş olduğundan ... reddine»<sup>41</sup>. Bunun gibi Devlet Şûrası 5 inci dairesi 14/4/939 tarihli bir kararla bir Orman Mesaha memurunun 3204 sayılı kanununun 5 inci maddesine istinaden tasfiye edilmesi muamelesinin Orman Müdürünün garazkârane hareketinden (şahsî maksat) yapıldığını hükmetmiş ve bu muameleyi iptal etmiştir<sup>42</sup>. Diğer taraftan, Devlet Şûramız daha ilk senelerden itibaren kanun vazının maksadını araştırmış ve buna muhalif bulduğu idarî karar ve muameleleri maksat cihetinden iptal etmiştir. Nitekim meselâ Devlet Şûrası 7/1/938 tarihli bir kariyle 1683 sayılı kanununun 25 nci maddesinin ... Milli Mücadelede, kanunda musarrah olan şekilde yüksek vazife ifa etmiş olanların mükâfatlandırılması gayesine matuf olduğunu belirtmiş, halbuki bu hususu Genelkurmay Başkanlığından tevsik eden dâvacının bu kanundan istifade ettirilmemesi kararını kanunun gayesine muğayır bularak iptal etmiştir<sup>43</sup>. Etüdün 3 üncü bölümünde, Devlet Şûramızın içtihatlarına göre muhtelif maksat cihetinden mevzuata aykırılık, yani İdarî Yetkinin Saptırılması hallerini etraflıca tetkik edeceğimiz için,

---

40) Fransada *Détournement de Pouvoir* mefhumu uzun zaman sadece Zabıta Tasarruflarıyla güdülen mall maksat kategorisine inhisar ettiği ve ancak epey zaman sonra diğer mevzuata aykırı maksatlara teşmil edildiği halde, Türk Devlet Şûrası, 3 üncü bölümde görüleceği gibi, ilk senelerden itibaren İdarî Yetki Saptırılmasının hemen bütün kategorilerini idrak etmiştir. Bunun böyle olmasında Fransız Doktrin ve İchtihatlarının ve Türk İdare Hukuku müelliflerinin büyük hizmet ve faydası olmuştur.

41) K. M., sayı I, s. 55.

42) K.M., sayı 10, s. 14-15.

43) K.M., sayı 3, s. 29-30, K.D., 38-39, s. 178, K.D. 34, s. 106.

burada bu kısa izahatla yetiniyoruz. Ancak şu kadarını söyleyelim ki «maksat cihetinden mevzuata aykırılık, mefhumu Devlet Şûramız tarafından idrak edilmiş ve bilhassa memur statüsü ve teminatı bakımından müessir bir kazaî murakabeye esas teşkil etmiştir. Bununla beraber Devlet Şûrası kararlarının muntazam olarak ancak 1937 senesinden sonra, o da kısmen, neşredilmeye başlanması ve bu kararlarda dâvacının iddiaları ve kanun sözcüsünün mütaleası gibi «Yetkinin Saptırılması» mefhumu ile ilgili olan hususların ya tamamen meskût veya çok kısa olarak geçiştirilmesi, memleketimizde bu mefhumun nasıl bir evolüsyon seyri takip ettiğini teferrüatla göstermemize engel ve zorluk teşkil etmiştir.

Son olarak şu noktaya işaret edelim: Devlet Şûramız, Maksat cihetinden kanuna aykırı bulunduğu tasarrufları iptal ederken her zaman aynı formüllerden birini kullanmaktadır. Bu formüller şunlardır: «Kanunun maksadına tevafuk etmediğinden...», «Kanunun ruh ve maksadına aykırılık»<sup>44</sup>, «Kanunun maksat ve esasına tevafuk etmediğinden»<sup>45</sup>, «Kanunun istihdaf ettiği gayeye uygun olmadığından»<sup>46</sup>. Görülüyor ki, Devlet Şûramız kullandığı bütün formüllerde Devlet Şûrası Kanununun ifadesine uygun olarak, maksat ve gaye kelimelerini kullanmakta, yetkinin saptırılmasından bahsetmemektedir. Maamafih, bilhassa sayın hocamız Sarıcanın İptal sebepleriyle ilgili bir çok etütlerinde Détournement de Pouvoir karşılığı olarak «Salâhiyetin Saptırılması» tâbirini kullanmaları üzerine, Devlet Şûramızın birkaç kararında Salâhiyet Saptırılması tâbirine yer verdiğini görüyoruz<sup>47</sup>. Formüllerde «Ruh ve Maksat» «Maksat ve Esas» tâbirlerinin bir arada kullanılması, Maksat ve Sebep unsurları arasında mevcut olan ve etüdümüzün müteakip bölümünde işaret edeceğimiz sıkı alâkadan ileri gelmektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### YETKİNİN SAPTIRILMASI VE SEBEP UNSURU

#### BİRİNCİ BAŞLIK

#### Umumî olarak sebep unsuru

İdarenin, ve hattâ daha umumî olarak Devletin, bütün tasarruflarının malûm ve muayyen olan bir sebebe istinat etmesi gerektiği, ve bu-

44) K.D., 36-37 s. 247, K.D., 33, s. 51, K.D. 22, s. 38.

45) K.D., 34, s. 37, K.M. 26, s. 48.

46) K.M., sayı 26, s. 52.

47) K.D., sayı 36-37, s. 218, aynı dergi, s. 220-221.

nun idare hukuku bakımından büyük önemi olduğu bütün müellifler tarafından kabul edilmekle beraber, bu unsurun mahiyetini izah bakımından müellifler arasında esaslı görüş ayrılıkları mevcuttur. Daha evvel de işaret ettiğimiz gibi, Devlet muhtelif mahiyet ve şekillerdeki fonksiyonlarını, umumî ihtiyaçları tatmin, âmme için lüzumlu ve faydalı olan şeyleri ifa maksadiyle icra eder. Devletin faaliyetleri ancak bu gayeye hizmet ettiği zaman hukukî bir kıymet kesbeder. Duguit bu mânada olmak üzere; «Bir tasarruf, yapılmasında takip edilen gayeye göre sosyal bakımdan değer kazanır»<sup>1</sup> demişti. Şu halde Devletin tasarruflarının hukukî kıymeti bu faaliyetlerin illet ve maksadiyle ölçülmek lâzımdır. Fert hareketlerinin fayda ve zararını kendisi düşünür ve ölçer. Hukuk bu faaliyetlerin ancak haricî tesirleriyle meşgul olur. Halbuki Devletin faaliyetleri sübjektif birer hakkın kullanılması değil, belki birer vazifenin ifasıdır. Faaliyeti yapanlar bunu kendi nam ve hesaplarına değil, kendi iradesini doğrudan doğruya izhar edemiyen âmme, cemiyet namına icra etmektedir. Öyle ise: Devlet veya herhangi bir idare hükmî şahsı namına hukukî tasarruflar icra edenlerin bu tasarruflarının o hükmî şahsa izafe edilebilmesi, ve o şahıs bakımından hukukî bir kıymet iktisap edebilmesi için, objektif hukukun bunların yapılmasını kabul etmiş olması icap eder<sup>2</sup>. Başka bir ifade ile İdare Hukukunda, ve hattâ umumiyet itibariyle Âmme Hukukunda, tasarrufun kendisine tekaddüm eden ve objektif hukuk tarafından kabul edilmiş bulunan bir sebebe istinat etmesi lâzımdır. Bu düşünce, İdare Hukukundaki tasarruflarda sebep unsurunu ortaya çıkarır. Sebep unsuru bazı müellifler tarafından objektif, ve bazı müellifler tarafından ise sübjektif bir unsur olarak kabul edildiği için, Yetkinin Saptırılması mefhumu bakımından önemli olan bu unsur hakkındaki görüşlere kısaca işaret etmeyi faydalı buluyoruz. Ancak, bu mevzu esaslı ve teferrüatlı olarak muhterem hocalarımız Ord. Prof. Dr. S. S. Onar, ve Prof. R. Sarıca tarafından tahlil ve teşrih edildiği için, bu hususu çok kısa bir şekilde arz etmekle iktifa edeceğiz<sup>3</sup>.

Bonnard, bir İdarî tasarrufun kanuna uygun olması için Saik-Sebebin (Motif) mevcut olması gerektiğini ileri sürüyor. Bonnard, Fransada bu hususta bir metin olmadığı halde, bunun bir mantık ve bedahat icabı olduğunu, saike dayanmayan bir hareketin sırf keyfî bir hareket ve kapristen ibaret olacağını ileri sürüyor, ve bu görüşün iradî fiillerin saik unsurundan mahrum olamayacağı müşahedesine dayandığını işaret edi-

1) DUGUIT (L.), Droit Constitutionnel, 2 nci bası, s. 294.

2) ONAR (S.S.), İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst. 1952, s. 175-176.

3) ONAR (S.S.), s. g. e., 175-184, SARICA (R.), H. F. M., cilt XI 1945, s. 362-385.

yor. Bonnard, sebep ve saiki maksattan ayırmakta, ve birinciyi tasarrufa tekaddüm eden iptidai unsur, ikincisini ise nihai bir unsur saymaktadır. Bu müellife göre, saik, tasarrufa tekaddüm eden ve Devleti (İdareyi) bir tasarrufu icraya tahrik eden bir durumdur. Meselâ Mezuniyet Tasarrufunun saiki; memurun talebinin mevcut olmasıdır. Bir zabıta tasarrufunun saiki; maddî nizamın bozulmuş olması hali veya tehlikesidir. Bu vaziyete göre saik veya sebep tamamen objektiftir. Çünkü bir taraftan objektif hukuk kaidesiyle tesbit edilmiş, diğer taraftan fiili ve maddî bir durum olarak tahakkuk etmiş ve görünmüştür.

Hauriou'ya göre de, İdarî tasarruflarda illet (Cause) unsuru mevcuttur. Maddî bir hâdise illet unsurunu teşkil ettiği gibi bu tasarrufun dahil olacağı hukukî kategoriyi de tayin eder. Meselâ memurun memur statüsünden çıkması ya istifa, veya malûliyet dolayısıyla ayrılma, hizmet kadrosunun lâğvı ve azil (ihraç) şekillerinde olabilir. Sebebin, yani maddî hâdisenin çeşidine göre çıkarma tasarrufunun kategorisi de değişir. Bundan dolayı Hauriou illete «Cause Catégorique» adını veriyor. Müellife göre böyle bir maddî hâdise bulunmaz, veya bu hâdise objektif hukukun tasarruf için kabul ettiği bir sebep mahiyetini haiz olmazsa, tasarruf illet unsuru bakımından iptale mahkûmdur. Bu izah tarzına göre tasarrufun illeti objektif bir mahiyet arzeder. Çünkü bir failin dışında kalan objektif hukukun ortaya koyduğu bir sebep ve ona uygun olan maddî bir hâdisedir. Hauriou İlet'i (Cause), maksat (But) ve saik (Motif) ten ayırmaktadır. Müellife göre İlettten farklı olarak «Maksat ve Saik» her tasarrufa göre değişir ve sübjektiftir<sup>4</sup>. Bununla beraber İdare, elindeki salâhiyeti, bu salâhiyetin kendisine verilmesindeki maksat ve saike uygun bir tarzda kullanmıyarak bir tasarruf yaparsa bu tasarruf gene sakat olur, ve iptali gerekir. Ancak buradaki sakatlık tasarrufun bünyesinde ve yapısında mevcut bir sakatlık olmayıp, tasarrufun faili olan İdarenin iradesini fena bir maksatla kullanmasından ileri gelen bir sakatlıktır. Hauriou, meseleyi bizim mevzuatımızda da yer alan (Bel. K.m. 15,6 Umumi Hıfzıssıhha K. m. 20) hükümle ilgili bir misalle izah etmektedir: Bir Belediye, Sağlık Zabıtası marifetiyle, Belediye hududu dışında kesilmiş eti şehre sokmıyabilir. Böyle bir karar, etin Belediye hudutları dışında hazırlanmış olması gibi objektif hukukun sebep saydığı bir maddî hâdiseye istinat etmektedir, ve illet (Cause) bakımından muteberdir. Ancak bu salâhiyet, Belediyeye halkın sağlığını korumak, sıhhi ve fenni usullere riayet edilmeksizin hazırlanan

4) HAURIOU (M.), Précis de Droit Administratif et de Droit Public 12 bastı 1933, s. 443-444.

etlerin sağlık bakımından meydana getireceği zararları önlemek maksadiyle tanınmış bir sıhhi zabıta salâhiyetidir.

Bu itibarla bir Belediye bu salâhiyetini sıhhi bir maksattan gayri bir maksatla kullanmışsa, bilfarz sırf kendi mezbahasında kesilen hayvanlardan aldığı resim ve bedelden mahrum kalmamak maksadiyle, diğer bir Belediye mezbahasında sıhhi şartları uygun bir surette kesilmiş olan hayvanların şehre ithalini menetmişse bu karar kanunun kabul ettiği maksada tamamen yabancı olan «Malî bir maksada» dayanmaktadır. Bu itibarla karar, maksat cihetinden kanuna aykırıdır. Belediye yetkisini yerinde kullanmamıştır. Kararın iptali gerekmektedir<sup>5</sup>. Görülüyor ki, buradaki sakatlık, Belediyenin yetkisini fena, mevzuata yabancı bir niyet ve maksatla kullanmış bulunması gibi sübjektif bir sebepten ileri gelmektedir.

Duguit esas itibariyle Hukukî Tasarrufları Medenî Hukuk ve İdare Hukuku bakımından ikiye ayırmamakla beraber, netice itibariyle bunların bünye ve yapıları arasındaki farkı kabul etmektedir. Müellife göre de Devletin tasarruflarının ekserisinde memurun salâhiyeti muayyen ve mahduttur. Hukukî tasarrufa tekaddüm eden maddî hâdiseler memurun salâhiyetini, hareket tarzını tayin ederler. Şu halde saikin hukukî tasarrufun bir unsuru haline gelmesi Hususî Hukukta bir istisna olduğu halde, bu istisna, İdare Hukukunda bir kaide halini alır. Tasarrufu yapan memur ve İdarî makamlar, ancak kanunun kendilerine yetki verdiği hâdiseler üzerine bunları yapabileceklerinden bu vakıalar mevcut olmadığı takdirde, yetkinin şartı tahakkuk etmemiş ve yapılan iş de yetki dışı yapılmış sayılır. Bu suretle Duguit de bilhassa İdare Hukukunda hukukî tasarrufa tekaddüm eden hâdisenin tasarruf üzerindeki tesirini kabul etmektedir. Ancak Duguit, Hauriou'dan farklı olarak, tasarrufa tekaddüm eden bir hâdisenin yokluğunu, illet bakımından tetkik etmeyip, salâhiyetsizliğe bağlamaktadır. Esasen Hauriou, hariç olmak üzere hemen bütün Fransız müellifler Sebep - Saiki salâhiyet unsuru içinde tetkik etmektedirler.

Duguit, hususî hukuk tasarruflarında olduğu gibi İdare Hukuku tasarruflarında da maksadı tasarrufun bir unsuru olarak kabul etmekte, hattâ saikle maksat birleştiği zaman saikin (Motif) de hukukî tasarrufun bir unsuru haline geldiğini söylemekte ve bunu hususî bir hâdiseye tatbik etmektedir. Vazifesinden çıkarılan bir memur bu karara itiraz etmiş, âmir ise memurun kendi talebi üzerine vazifesinden ayrıldığını, söylediği

5) Aynı misal için bak. ONAR (S.S.), s. g. e., s. 177-178, SARICA (R.), İdarî Kaza İst. 1949, s. 94-95.



halde, Fransız Devlet Şûrası tetkikinde böyle bir talebin mevcut olmadığını ortaya koymuş, ve bu suretle ihraç kararını istinat ettiği maddî hâdisenin, yani sebebin mevcut olmamasından dolayı iptal etmiştir... Duguit bu hâdisede çıkarma tasarrufunun maksat bakımından bâtil olduğunu ve Devlet Şûrası Kararının bu bakımdan izah edilebileceğini kabul etmekte, ve bu görüşünü şu şekilde izah etmektedir. Çıkarma kararını veren âmirin maksadı nedir? Çıkarma talebinde bulunan memurun istediği durumu husule getirmek. Şu halde memurun böyle bir talep ve isteğinin bulunmaması âmirin de maksadının yokluğunu intaç eder, ve çıkarma tasarrufu maksat bakımından hukukî kıymetini ve hattâ varlığını kaybetmiş olur<sup>6</sup>.

Nihayet, G. Jèze de hususî Hukukun aksine olarak Âmme Hukukunda saikin önemli yer ve rolünü kabul etmektedir. Jeze göre: İdare Hukukunun umumî temeli, memurların salâhiyetlerini kullanırken ancak âmme hizmetlerinin iyi işlemesi ve görülmesi düşüncesi ve saiki ile hareket edebilecekleri, bundan başka bir maksat takip eylemiyereklere prensibidir. Bunun neticesi olarak ta bu memurlar tarafından yapılan tasarruflara karşı alâkalılar bu tasarrufun saikinin âmme menfaatinden gayri bir şey olduğunu iddia edebilirler, ve bu noktada Devlet Tasarruflarıyla fert tasarrufları arasında önemli bir fark belirir. Hususî Hukukta ehliyet esas, ehliyetsizlik istisna olduğu halde, İdare Hukukunda bilâkis ehliyetin ve hukukî salâhiyetin ne vakit, hangi hallerde mevcut olduğunu kanun göstermiştir. Bu muayyen haller haricinde asıl olan, hukukî salâhiyetin yokluğudur<sup>7</sup>. Bununla beraber Jèze'in bu konuda pek vazih olmadığını işaret etmek lâzımdır. Nitekim Vedel (La Notion de Cause en Droit Administratif Français) adlı eserinde bu vüzuhsuzluğu izah etmiştir. Denilebilir ki, Jeze'in «Saik» olarak kabul ettiği unsur hem Bonnard ve Hauriou'nun Sebep-Saik adını verdiği unsura, hem de psikolojik ve sübjektif mahiyette olan maksat (But) unsuruna şamildir.

Sebep unsuru bakımından bu çok umumî izahatı verdikten sonra şöyle diyebiliriz: İdari tasarruflarda sebep unsurunun murakabesi neticesinde eskiden tamamen takdiri olan tasarruflar, İdari Kazanın kontrolüne girmiştir. Fransız Devlet Şûrası İçtihatlarının sebep unsurunun yukarda işaret ettiğimiz objektif mahiyeti uygun olarak bir gelişme seyri takip ettiğini görmekteyiz. Nitekim Duguit'nin zikrettiği, sebebi

6) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 182.

7) JEZE (G.), Essai d'une Théorie Générale sur l'Influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit Public Français R.D.P. 1922, s. 377-444.

tahakkuk etmemiş vazifeden çıkarma muamelesi Fransız Devlet Şûrasının 20 Ocak 1922 tarihli ve «Trépoint» adlı kararile iptal edilmiş bulunmaktadır<sup>8</sup>.

İdarî tasarruflarda sebep ve maksat unsurları arasında mevcut olan sıkı münasebet, bu unsurlara istinat edilerek kurulmuş olan «Sebeplerin Yokluğu» ve «Yetkinin Saptırılması» tecritlerinin de sıkı bir şekilde birbirine olan ilgisini izah etmeye kâfidir. Filhakika; «Sebep» tasarrufa tekaddüm eden bir unsur, «Maksat» da tasarrufun nihaî neticesidir. Zaten Bonnard, bu mânada olmak üzere «Tasarrufta sebepten kalkılarak mevzudan geçilir ve gayeye varılır» dememiş miydi? Bonnard'a göre «Sebep» (Motif) ve «Maksat» iradenin tayin edici unsurları olmak bakımından benzerlik arzederler. Zabıta tasarrufunun sebebi yoksa maksadı da yok demektir. Bu takdirde Zabıta Tasarrufu ya hiç bir maksat gütmeyiz, veya zabıta fonksiyonunun yabancı bir maksat güder. Fakat bu benzerliğe, müşterek hareketlere rağmen, sebep ve maksat mahiyetleri bakımından farklı birer unsurdur. Biri sebep, öteki ise neticedir., Biri hareket noktası, ötekisi ise varış noktasıdır. Sebep ve Maksat İptal Dâvasının iki ayrı âmilidir. Yetkinin Saptırılması münhasıran tasarrufun maksadından neşet edebilir.

Hukukî veya maddî hata yüzünden sebebin yokluğu hali Yetkinin Saptırılması halinden açıkça ayrılır<sup>9</sup>. Sebep ve maksat iradenin tayin edici unsurlarıdır. Tasarrufun faili objektif bir sebebin mevcudiyetine dayanarak tasarrufu muayyen bir maksada erişmek için yapmaktadır. Zaten bu yüzden saik ve maksat unsurları uzun zaman birbirleriyle karıştırılmıştır. Bununla beraber tasarrufun sebebinin, failin bu tasarrufla erişmek istediği maksattan ayrı olduğu muhakkaktır. İlliyet (Causalité) ve gaye (Finalité) prensiplerinin ayrı ve farklı prensipler olduğu ortadadır. Öyle ise objektif olan sebep ile, sübjektif ve psikolojik bir unsur olan maksat birbirlerinden tamamen ayrıdır.

Bu suretle sebep unsuru hakkında izahat verdikten ve bu unsurla maksat unsuru arasındaki farkı kısaca belirttikten sonra şimdi de İdarî tasarrufların Sebep ve Maksat unsurlarının kazaî murakabesinde, bu iki unsur arasında beliren sıkı ilgiye temas edeceğiz.

8) Recuell 1922, s. 65.

9) BONNARD (R.), R. D. P. 1938, Le Detournement de Pouvoir, s. 140.

(Tasarrufun alınmasına âmil olan hâdise maddî realiteye uygun değilse, bu halde sebebin maddî hata sebebiyle yokluğundan (Le motif de l'acte est inexistant par erreur de fait), hâdise hukuken yanlış takdir edilmisse sebebin hukukî hata sebebiyle (par erreur de droit) mevcut olmadığından bahsedilir.

## İKİNCİ BAŞLIK

**İdari Yetkinin Saptırılması bakımından sebep  
unsurunun önemi**

§ 1. FRANSADA

Burada sebep unsuru ve bu unsurun maksat unsurundan ayrılması gerektiği noktası üzerinde durmamızın sebebi; Fransız ve Türk Devlet Şûralarının İdari kararların sebeplerinin kontrolü sayesinde Yetkinin Saptırılmasının mevcudiyetini ortaya çıkarmalarındandır. Başka bir ifade ile, sebep unsurunun kazai murakabesi maksat cihetinden aykırılık iddialarının ispatında çok mühim rol oynamaktadır<sup>10</sup>. Gerçekten mevzuatın bir çok hallerde idareyi sebep göstermeğe mecbur etmesi yüzünden Yetkinin Saptırılması hallerinin ortaya çıkması kolaylaşmıştır. Ancak sebep göstermek mecburiyetinin pratik önemi pek te büyütülmemelidir. Bir müellifin gayet isabetle söylediği gibi: «İdari makamlar ittihaz ettikleri tasarrufun hakiki sebebini çok defa maskeliyecek kadar hilekârdırlar»<sup>11</sup>. Birazdan işaret olunacağı gibi, gerek Fransız, gerekse Türk Devlet Şûraları Maksat cihetinden aykırılık iddialarının tahkikinde dosyadaki mevcut evrakla mukayyet olup, İdarenin hakiki maksat ve niyetlerini tahkik için ayrıca tahkikat yapamamaktadırlar<sup>12</sup>. Maksat unsuru bakımından mevzuata aykırılığın dolaylı iptali istenen bir kararda mevzuata aykırı bir maksat ve niyetin itiraf edilmesine rastlamak hemen hemen imkânsızdır<sup>13</sup>. Bu sebeple, Yetkinin Saptırılmasının ortaya çıkarılması için esaslı tetkikat yapılması hemen her zaman icap etmektedir. Fakat bu tetkikatın dosyada mevcut evrak bakımından icra edilmesi lâzımdır. Zaten bu noktayı belirtmek için ayrıca tetkikat yapılamayacağını söylüyoruz. Yoksa iptali istenen kararın bizzat kendisinden, Maksat cihetinden mevzuata aykırılığın mevcudiyetini çıkarmış olmak şart değildir. Bütün dosya ve evrakının tetkiki neticesinde bu-

10) VIDAL (R.), c. g. m., s. 292.

11) DUEZ-DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif* 1952, s. 398.

12) Jéze (G.), *Jurisprudence du Conseil d'Etat et le Détournement de Pouvoir* R. D. P. 1944, (s. 58-63).

13) Maamafih çok istisnai olarak bizzat karardan da bunu istihraç etmek mümkündür. Meselâ Fransız Devlet Şûrası 2 Kasım 1939 tarihli Booglone kararında şöyle demektedir: (Rec. s. 549), «Considerant... qu'il ressort des termes même de l'arrêté attaqué qu'en refusant l'autorisation Le Maire de J... s'est uniquement proposer de favoriser d'autres forains alors établie dans la commune.

nun delilini, hattâ emarelerini bulmuş olmak kâfidir. Demek oluyor ki Fransız Devlet Şûrası, haiz olduğu tahkik salâhiyetleri, İdarenin Yetkinin Saptırılması mevzuunda, tahdit ederek dâvacının basit iddiasını kâfi görmemekte, dosyada salâhiyetin yerinde kullanılmamasının delil ve ispatına yarayacak emarelerin mevcut olmasını istemektedir. Aksi halde, «İleri sürülen Salâhiyetin yerinde kullanılmamasının dâva esnasında tesis ve tespit edilememiş olduğu» sebeble dâvayı reddetmektedir. (Cns. d'Et. 16, Janvier 1942, Cachah Mahmoud Rec. s. 21). Bununla beraber, başlangıçta Fransız Devlet Şûrası bu mevzuda daha çekingen davranmıştır. Meselâ bir hâdisede: Belediye reislerinin aldıkları kararlarda bu kararlara hâkim olan niyet ve sebebi tespit etmenin kendisine ait bir iş olmadığını işaret etmiş, ve meselâ ancak tebliğde veya kararda sarahaten hizmete yabancı bir maksat görürse kararı iptal edeceğini bildirmiştir (16 Kasım 1900 tarihli Maugras kararı). Fakat 20 nci asrın ilk senelerinden itibaren Fransız Devlet Şûrasının bu mevzuda daha cesur şekilde hareket ettiği görülmekte, yalnız karar ve tebliğlerde değil, bütün dosyada mevcut evrak içinde Yetkinin Saptırıldığına delâlet edecek emareleri aradığı müşahede edilmektedir<sup>14</sup>. M. Waline Fransız Devlet Şûrasının İçtihatları arasında İdarenin kanunî Maksattan inhiraf ettiğinin emaresi olarak kabul edilen şu hâdiseleri zikretmektedir<sup>15</sup>. — Vazifesine henüz başlamış olan yeni bir âmirin kararı (Sûrat) — İdare tarafından kararın desteklenmesi için gösterilmiş olan sebeplerin hakikatte mevcut olmaması — Makbul sebeplerin mevcut bulunmaması — İdarenin tarafgirliğini gösteren bütün hareketler (Meselâ, İdarenin muamelelerinde vatandaşlar arasında müsavatsız davranıp, fark gözetmesi Darras kararı 15 Haziran 1936) — Burada Fransız Devlet Şûrasının 5 Temmuz 1918 tarihli «Société Sicilienne» kararına mevzu teşkil eden hâdiseyi zikrederim: Bir musiki cemiyeti, bulunduğu yerin Belediye başkanına başvurarak, umumî yoldan çalgı çalarak geçmek için, yani alay tertip etmek için müsaade talebinde bulunuyor. Fakat Belediye Reisi buna benzer müsaadeleri diğer musiki derneğine verdiği halde, bu cemiyetin müteaddit müracaatlarını gûya âmme intizamı sebebiyle, yani zabıta salâhiyetine dayanarak reddediyor. Cemiyet, Devlet Şûrasına başvurunca Devlet Şûrası zikrettiğimiz kararında; sadece bu cemiyeti istihdaf eden muayyen redlerin sistematik hareketlerini yetkinin saptırılmış olduğuna delâlet eden bir «emare» olarak kabul etmiş ve belediye reisinin kararını iptal etmiştir.

14) JOSSE (P.L.), Le Conseil d'Etat, Livre Jubilaire, Paris 1949, s. 165.

15) WALINE (M.), Traité de Droit Administratif, Paris 1951, s. 142-145.

Waline'den naklen kısmen zikrettiğimiz bu bir kaç halden de anlaşılacağı üzere; yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, maksat cihetinden aykırılığın mevcudiyetine hükmedilmesinde ve ispatında tasarrufun sebep unsuru çok defa önemli bir rol oynamaktadır. Filhakika, İdarenin takip ettiği maksat çok defa tatbikatta ancak tasarruf sebebinin ışığı altında ortaya çıkabilmektedir. Sebeplerin kontrolü ve sebebin yokluğu halinde iptal yoluna gitmeği mümkün kılan teori» ile, Yetkinin Saptırılması Teorisi arasındaki sıkı ilgi, ve birinci teorinin salâhiyetin yerinde kullanılmaması teorisi ile müvazî bir gelişme seyri geçirmiş olması noktası gözden uzak bulundurulmamalıdır. İşte bu sebepten salâhiyetin yerinde kullanılmamasının ortaya konması için, çok defa sebeplerin araştırılması gerektiği hakikati gözden kaçırmamıştır. Nitekim Laferrriere sebeplerin kontrolü ile Yetkinin Saptırılması hali arasındaki sıkı bağa işaret etmiş, yirmi sene sonra Artur de «Çok defa İdarenin niyetlerinin, Yetkinin Saptırılmasıyla malûl bulunan tasarrufu tahrik eden hâdiselere bağlı olduğunu ortaya koymuştur»<sup>16</sup>. Esasen, yukarıda işaret ettiğimiz «Lesbats» kararında İdare Mahkemesinin zabıta salâhiyetlerine yabancı olan bir sebep üstünde durduğunu, «Vernhes» kararında ise malî bir menfaat mevcudiyetinin, gûya zabıta salâhiyetine dayanılarak alınmış olan bir kararı çok şüpheli bir hale getirdiğini görmüştük. Tezinde bilhassa sebeplerin yokluğu teorisiyle salâhiyetin yerinde kullanılmaması teorisi arasındaki münasebetlere büyük bir yer veren M. Goldenberg'in de işaret ettiği gibi: «Sebep cihetinden hukuka mugayeretten dolayı iptal, yetkinin saptırılmasından müştaktır. L'annulation quant aux motifs est un dérivé du Detournement de Pouvoir). Bu müellif sebeplerin yokluğundan dolayı iptali, ilk merhalesinde âşikâr şekilde belli olan bir maksat cihetinden aykırılık değil, fakat mütekaddim sebeplerin araştırılması neticesinde ortaya konan bir yetkinin saptırılması olarak kabul etmektedir»<sup>17</sup>. Gerçekten Fransız Devlet Şûrasının verdiği 2 Aralık 1898 tarihli «Toutain» kararıyla, emeklilik hakkını iktisap etmemiş bir memurun emekliye çıkarılması muamelesini, bir azli gizlemeğe matuf (Destinée à deguiser une révocation) telâkki ederek iptal ettiğini görüyoruz. Bunun gibi bir memuriyetin ilgası kararının tasarruf mülâhazaları ile alınmadığının dosyadaki tetkikten anlaşılması üzerine, Fransız Devlet Şûrası bu muameleyi iptal etmiştir. (23 Temmuz 1909 Commune de Cotignac kararı Rec. 727).

16) LAFERRIERE, *Traité de la Juridiction Administrative* 1. bası (1888), s. 395 dd.

17) VIDAL (R.), s. g. m., den naklen, (s. 296).

R. Vidal'e atfen şuna işaret edelim ki: Fransada başlangıçta yetkinin saptırılması iddialarının basit bir ispat vasıtası olan sebeplerin kontrolü keyfiyeti, zamanla müstakil bir iptal sebebi olarak kabul edilmeğe başlanmış, ve hattâ yetkinin saptırılması teorisinin tatbik sahasını daraltmıştır.

Bu meseleyi tetkik etmekte, ve iki teori arasındaki sınırı tesbit etmekte şüphesiz fayda vardır. Bilindiği ve esasen yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bir tasarrufun sebep ve maksat unsurları tasarrufun ifasında birbirlerine o derece bağıdırlar ki, maksat unsuru bakımından mevcut olabilecek bir hukuka aykırılık, sadece o tasarrufun sebep unsurunun mevcudiyet veya değerindeki hatanın mantıkî bir neticesi olarak çıkabilir. Başka bir ifade ile; tasarrufun müteakip unsuru olan maksat tasarrufun mütekaddim unsuru olan sebeple tâyin ve tesbit edilmiş bulunmaktadır. Halbuki Fransada Devlet Şûrası, ancak sebebin mevcut bulunmaması halinde bir tasarrufu sebep cihetinden iptal ettiği cihetle, Yetkinin Saptırılması Teorisinin tatbiki için maksada aykırılığın sebeplerin kıymetinin takdirinde hatadan neş'et etmesi gerektiği ortadadır. Şu halde bir tasarrufta gösterilen sebeplerin hakikaten mevcut ve değerlerinin doğru olarak kıymetlendirilmiş olması halinde, Yetkinin Saptırılması Teorisinin tatbikine imkân ve ihtimal yoktur. Gerçekten, meselâ: Maddî nizam hakikaten bozulmuşsa veya bozulmasını mümkün kılacak haller varsa, bu sebeplere istinaden alınmış olan bir zabıta tasarrufunun maksadının bu hali gidermek olduğu kabul edilmelidir. Maamafih burada şunu da zikrederim ki; Sebep ve unsuru bakımından sakat olan her tasarrufun, muhakkak surette maksat unsuru bakımından da sakat olması gerekmez. Zira yanlış bir sebebe dayanarak bir karar almış olan İdarenin «İyi bir idare» endişe ve gayesiyle hareket, ve bu halin sadece basit bir yanılmaya istinat etmiş olması mümkündür.

Acaba bazı hallerde İdarenin, yerinde ve hakikaten mevcut bir sebebe dayanarak, hattâ bu gerçek sebebin mevcudiyetinden istifade etmeği isteyerek, meselâ siyasî ve şahsî rakipleri izrar maksadiyle bir karar aldığı düşünülebilir mi? Derhal şunu söyleyelim ki: Fransada müteaddit maksatların takip edilmiş olduğu bu gibi hallerde Yetkinin Saptırılmadığına hiç bir zaman hükmedilmemiştir. Filhakika Hukuka aykırı bir maksadın mevcut olması, mevcut olan kanunî meşru maksadı bertaraf edemez. Burada Yetkinin Saptırılması değil; maksatların içtimai hali mevcuttur. Fransız Devlet Şûrası, bu gibi hallerde objektif bir mahiyet taşıyan psikolojik bir kritere dayanıp, İdarenin münhasıran, iyi bir İdarenin menfaatlerine aykırı maksatlarla bir karar almadığını gözönünde tutarak bu gibi kararları iptal etmemektedir. Bu münasebetle burada

Fransız Devlet Şûrasının 6 Mayıs 1921 tarihli «Cie des Omnibus et TramWaye de Lyon»<sup>18</sup> Kararını zikredebiliriz. Bu hâdise dolayısıyla hükûmet komiseri Corneille'in de işaret ettiği gibi «Hukuka aykırılığın tezahür edebilmesi için dâva mevzuu olan tasarrufta İdarenin münhasıran takibe hakkı olmadığı bir maksadı takip etmiş olması lâzımdır. Tasarrufun alınmasında haklı ve gerçek bir sebep (Mobile) mevcut ise, bu esas ve haklı maksada başka niyetler karışmış olsa bile, tasarruf gene de muteber sayılır.

Bu konuda şu iki ihtimali iyice ayırmak lâzımdır: Bir kere sebeplerin hukukî ve maddî yokluğu neticesinde tasarrufu yapan kimse, kanunun güttüğü gayeye yabancı bir gaye ile hareket etmişse burada «Maksat cihetinden aykırılık - Yetkinin Saptırılması» hali vardır. Meselâ hiç bir kusur ve kabahati olmayan bir memur, disiplin salâhiyetinin icrasına tamamen yabancı herhangi bir sebeple mafevki tarafından bir disiplin cezasına çarptırılmışsa bu disiplin tasarrufu sebepten mahrum ve sakat olduğu gibi, maksat cihetinden de sakattır. İkinci ihtimal şudur: Dâva konusu olan tasarruf hakikaten mevcut olan maddî veya hukukî bir sebebe (Motif) istinaden ittihaz edilmiştir. Fakat bu sebeplerin öneminin kasden (Volontairement) mübalâğa edilmesi keyfiyeti kanuna uygun olmıyan bir gayeye erişilmeye müsaade eden ve hattâ bunu mümkün kılan bir vaziyet olarak ortaya çıkmaktadır. Şu halde tasarrufu yapan idarî makam ancak iyi bir İdarenin gözetmesi gerektiği kaidelere yabancı bir gayeye erişmek arzusuyla hareket etmişse; İdare Mahkemesi Yetkinin Saptırılmasına hükmeder. Meselâ Fransız Devlet Şûrasının 1914 tarihli «Colomb» kararından da anlaşılacağı gibi<sup>19</sup>; bir tasarrufta kanun vazının aradığı gayenin gayet zayıf olarak mevcut olmasına mukabil, tasarruf, esas itibariyle, hizmete yabancı bir düşünce ile yapılmışsa bu tasarruf maksat cihetinden iptal edilir. Nitekim Fransız Devlet Şûrası mezkûr kararında esas itibariyle yeni inşa edilmiş bir köprünün muhafazası endişesi gibi hizmete yabancı bir maksatla idar edilmiş olan bir Belediye Sular Talimatnamesini, aynı talimatnamede suyun tanzimi arzusu belirlediği halde, iptal etmiştir. Bunun aksine olarak aynı Şûranın 25 Haziran 1937 tarihli «La Raudiere» kararıyla bir tasarrufun yapılması için mevzuatın aradığı sebebin bulunması halinde, İdare bu arada başka bir maksat gütmüş olsa bile, bu tasarrufu muteber addettiğini görmekteyiz. Fransız mevzuatına göre Tabii Âmme Emlâkinin — bilfarz deniz sahilinin — hudutları bir İdarî kararla tespit ve tayin edilmekte ve

18) Recueil 1921, s. 456.

19) Recueil 1914, s. 116.

buna «Délimitation», yani «Tahdit kararı» denmektedir. İdarenin bu gibi bir karar ittihaz edebilmesi için evveleminde bir takım saik veya sebeplerin tahakkuku lâzımdır. Başka bir ifade ile; bu tahdit kararı mevcut bulunan bir takım fiili, tabii ve objektif vaziyetlere, sebeplere dayanmak zorundadır. La Raudiere Kararına mevzu olan hâdisede, bu gibi vaziyetler, yani muayyen sebep mevcut bulunduğu ve bu suretle Âmme Emlâkinin Hudutlarının tespitinden ibaret olan asıl maksat gerçekleştiği için, İdare bu «Délimitation» kararı ile aynı zamanda Devletin Hususî Emlâkinin himayesi maksadını güttüğü halde, Fransız Devlet Şûrası burada Yetkinin Saptırıldığı iddiasını kabul etmemiştir. Demek oluyor ki; gerçek sebebi mevcut olan tasarruflar maksat unsuru bakımından iptal edilememektedir. Esasen bu mânada olmak üzere, ve gayet isabetli bir buluşla, Muhterem Hocamız S. S. Onar, bazı tasarrufların sebep ve maksadının birleşmiş olduğunu söylemekte ve bu noktayı teyit eden bir çok misaller vermektedir <sup>20</sup>.

Roger Vidal yukarıda adını zikrettiğimiz makalesinde (s. 304) Sebepler Teorisi ile Yetkinin Saptırılması Teorisi arasındaki münasebetleri aşağıdaki şekilde ifade ve tayin edilebileceğini söylemektedir <sup>20</sup>. Sebebin Maddî veya Hukukî yokluğu halinde tasarrufun iptalini mümkün kılan Sebeplerin Umumi Teorisi: Sebeplerin yokluğunun kötü maksada dayanması halinde, Yetkinin Saptırılması Teorisini içine alır. Kanunun istihdaf ettiği gayeye varmak endişesiyle hareket eden, ve fakat hata yapan memur misalinde olduğu gibi, Yetkinin Saptırılması Teorisini aşar, Sebep bakımından mevzuata aykırılık sadece bu sebebin değerinin kötü takdir edilmesinden ibaret olduğu halde, yani maksada aykırılık sebebe aykırılığın bir neticesi olmadığı zaman Yetkinin Saptırılması Teorisi tarafından aşılır.

Hauriou Salâhiyetin yerinde kullanılmaması Teorisinin ancak maksada aykırılığın sebebin ademi mevcudiyetine bağlı olmadığı, yani onun dışında mevcut olabileceği halde, kıymet ifade ettiğini ve tatbik sahası bulunduğunu söylemiştir <sup>22</sup>. Gerçekten yukarıda da verdiğimiz misalde; hayvanların başka bir Belediye mezbahasında kesilmesi hâdisesinde olduğu gibi, eti Belediye hudutları içine sokmamak tasarrufu için sebep mevcut olmakla beraber, maksat umumun menfaati dışında bir mülâhaza olduğu için, burada Yetkinin Saptırıldığı iddiası ile tasarrufun sakatlığını iddia etmek mümkündür.

20) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 211.

21) VIDAL (R.), s. g. m., s. 304.

22) VIDAL (R.), s. g. m., den naklen.



## § 2. MEMLEKETİMİZDE

Devlet Şûramız İçtihatlarının tetkiki; bizde de, Yetkinin maksat cihetinden yerinde kullanılmaması halinin İdare Mahkemesi tarafından re'sen nazarı itibara alınmadığını, dâvacının bu iddiasını dilekçesinde tasrih etmesi gerektiğini göstermektedir. Ancak burada şunu zikrederim ki Devlet Şûramız umumiyetle Fransız Devlet Şûrasının da 20 nci yüz yılın ilk senelerinden itibaren yaptığı gibi, Maksat cihetinden aykırılık hali için dâvalı İdarenin ikrarı gibi kuvvetli delillerin mevcudiyetini aramamakta, bütün dosyada bahis konusu hizmete yabancı bir maksadın mevcudiyetine delâlet eden emarelerle iktifa ederek icabında tasarrufu maksat cihetinden iptal etmektedir. Meselâ: Devlet Şûramızın 5 inci Dairesi 7/4/939 tarihli bir kararında «Vazifesinden ihraç edilen bir memurun açtığı iptal dâvasında, İdarenin tahkikat neticesini beklemeden verdiği ihraç kararındaki sür'at keyfiyetinin bu kararda kanunî sebebin ve hizmetin menfaatinin yokluğuna delâlet eden bir emare olarak kabul ederek iptal etmiştir<sup>23</sup>. Bunun gibi, gene 5 inci daire 4/4/939 tarihli kararıyle: Bir memur hakkında sonradan dosyanın tanzim edilmiş olması vakiasını, bahis konusu İdarî muameleye hâkim olan şahsî maksada, yani gareze atfetmiş ve bu muameleyi iptal etmiştir<sup>24</sup>. Diğer taraftan 4 üncü Daire 21/3/946 tarihinde verdiği bir kararla tetkikat yapmaksızın vergi tarh eden bir kararı iptal etmiştir<sup>25</sup>. Bu arada Devlet Şûrası 5 inci Dairesinin vermiş olduğu 6/6/950 tarihli başka bir enteresan kararını zikrederim. İdarî Mahkememiz mezkûr kararında; 4 ay evvel ehliyetine binaen terfi ve taltif edilen bir kimsenin, Bakanlık emrine alınması üzerine taltif ve terfi hâdisesinin Bakanlık emrine alma muamelesinde âmme hizmet ve icaplarına uymayan takdir yetkisine delâlet eden bir emare olarak görmüş ve bu muameleyi iptal etmiştir<sup>26</sup>. Gene Devlet Şûrası 5 inci Dairesi 11/6/1953 tarihli bir kararıyle: Bir kimseye vazife malûliyeti maaşının verilmesi gerekirken, adı malûliyet maaşının verilmesini Kanununun esas ve maksadına aykırı bulmuş ve kararı iptal etmiştir. Bu kararda kanuna maksat cihetinden aykırılığa delâlet eden emare olarak ta kararda mucip sebeplerin gösterilmemesi ve diğer âmillerin araştırılmamış olması keyfiyeti gösterilmiştir<sup>27</sup>. Devlet Şûrası 5 inci

23) K.M., sayı 8, s. 67-69.

24) K.M., sayı 10, s. 14-15.

25) K.D., sayı 32 s. 33-34.

26) K.D., sayı 45-49, s. 235-238.

27) K.D., sayı 60, s. 134-135.

Dairesi 3/10/1951 tarihinde verdiği 50/3097 sayılı 51/2619 bir başka kararla; «..... Tetkik edilen dosya münderecatına göre; Öğretim ve Eğitim hizmetinden Bakanlık emrine alınmak suretiyle uzaklaştırılması yolundaki tasarrufta hizmetin icap ve nef'ine bir aykırılık görülmediğinden dâvanın reddine.....»

hükmetmiştir.

İşte, bu zikrettiğimiz bir kaç karardan da anlaşılacağı üzere Devlet Şûramız, Yetkinin Maksat Cihetinden Yerinde Kullanılmaması taleplerini, dosyada bir takım emarelerin mevcut bulunması halinde dahi kabul ederek iptal kararı verdiği halde, D. D. G. K. nun 9/3/1951 tarihinde verdiği ve ilerde başka bir münasebetle tekrar işaret edeceğimiz bir karara konu olan bir dâvada; hâdisede kararın şahsî maksatla alındığını gösteren kuvvetli emarelerin mevcudiyetine rağmen, Kanun Sözcüsü «..... Dâvacının bu hususta göstermiş olduğu herhangi müspet bir delil yoktur. Bu gibi sübjektif telâkki ve emarelerin ispatı çok güç olduğu gibi, kuvvetli delillere dayanılmadan kabulü de pek büyük hatalı neticeler doğurmasına sebebiyet verebilir. Binaenaleyh biz bu hususta dâvacının iddialarını delillerin fikdanı sebebiyle iltifata şayan bulmamaktayız» şeklinde bir mütalea ile dâvanın reddini istemiştir ki <sup>28</sup> bu görüş ne Fransız ve ne de bizzat Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına uygun değildir. Böyle bir telâkki kabul edildiği, ve sadece «Kuvvetli deliller» arandığı takdirde, Maksat cihetinden Kanuna Aykırılık iptal sebebinin tamamen nazarı ve tesirsiz kalması mümkündür. Halbuki hâdisede bahis mevzuu olan su-elektrik imtiyazını satın alma kararı alan Belediye Meclisinin bazı üyeleri bir kaç sene sonra bedelsiz olarak intikal edecek olan imtiyazdan yüksek para alan şirketin hissedarı olmak itibarıyla bu kararın alınmasından istifade edecekleri gibi, böyle bir kararın alınması Belediyeyi 650.000 lira gibi bir borca sokmuş bulunmaktadır.

Devlet Şûramız tıpkı Fransız Devlet Şûrası gibi, İdarenin gösterdiği sebebin hakikaten mevcut olması ve değerinin doğru olarak takdir edilmesi halinde tasarrufu artık maksat cihetinden iptal etmemektedir. Buna mukabil Devlet Şûrası, İdarenin gösterdiği sebeplerin mevcut olmadığını tespit ettiği takdirde, dâvacının talebi vukuunda, meseleyi maksat unsuru bakımından tetkik ederek, iddiayı varit görürse, kararı iptal etmektedir. Gerçekten meselâ: Devlet Şûrası 5 inci Dairesi 6/6/1950 tarihli ve 50/1067 sayılı kararıyla, İdarenin 3434 sayılı Emekli Kanununun 39 uncu maddesinin B bendine istinaden verdiği bir emekliye sevk kararında lüzumu gösterecek sebeplerin mevcut olmadığını tesbit ettik-

28) İller ve Belediyeler Dergisi, sayı 109, s. 737-738.

ten sonra hâdiseyi maksat bakımından tetkik etmiş ve şu neticeye varmıştır: «Hâdisede İdarî lüzumun mesnedinin bildirilmemesi ve bilâkis dâvacının emekliye sevkinden 4 ay evvel ehliyetine binaen üst dereceye yükseltilmiş olmasından dolayı emekli muamelesinin iptaline.....»<sup>29</sup>. Görülüyor ki; Devlet Şûrası, İdarenin Yetkisini Saptırması konusunda dâvacının kuvvetli deliller göstermesini aramamakta, İdarenin menfi hisle hareket ettiğini gösteren emareler dosyada bulunduğu takdirde, İdarî muameleyi maksat cihetinden iptal etmektedir<sup>30</sup>.

Etüdümüzün IV nci bölümünde Takdir Salâhiyetinin Türk Devlet Şûrası İçtihatlarıyla nasıl tahdit edildiğini tetkik ederken sebep ve maksat unsuru arasındaki yakın ilgiyi, ve Devlet Şûramızın Sebepleri nasıl değerlendirdiği hususunu izah edeceğimiz için, bu bahse burada son veriyor, ve Türk Devlet Şûrası İçtihatları bakımından Yetkinin Saptırılması (Maksat Cihetinden Aykırılık) hallerinin muhtelif kategorilere göre irca edilmiş bir şekilde tetkikine geçiyoruz.

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### TÜRK DEVLET ŞÛRASI İÇTİHADLARINA GÖRE İDARENİN YETKİSİNİ SAPTIRMASININ MUHTELİF ŞEKİLLERİ

Devlet Şûramızın İçtihatlarının tetkiki: İdarenin ittihaz ettiği bir çok karar ve tasarruflarla güttüğü mevzuata, hukuka aykırı gayelerin bir takım kategorilere ayrılabilceğini göstermektedir. Sırası gelince işaret edeceğimiz gibi, bu kategorilerden her biri ötekine nazaran içtihat bakımından aynı zenginlik arzmemektedir. Bununla beraber tetkikimizi sadece İdarî mahkememizin içtihatlarına hasrettiğimize göre bir kategori etrafında karar çokluğu veya azlığı keyfiyeti idare hayatımızda hangi maksat unsuru bakımından çok veya az sakat karar ve muamele yapıldığını göstermek için şaşmaz bir ölçü olamaz. Zira böyle bir neticeye varmak için, vatandaşların İdarenin Yetkisini Saptırması hallerinin hepsinde İdarî Kaza Mercîne başvurmaları icap eder. Halbuki memleketimizde İdarî Kaza yolu henüz pek revaç bulmadığı gibi, muayyen bazı hallerde bu yola gidildiği, ve fakat bir çok haller için git-

29) K.D., sayı 46-49, s. 250.

30) Bu durum, Fransız Doktrin ve Devlet Şûrası İçtihatlarına tamamen uygundur. Sayın İsmail Hakkı Görelli, bu hususta şunları söylemektedir: «Gerçel karar alanların maksatları bir dereceye kadar batını, zihni bir iş olarak düşünülebilirse de, bunların haricel delil ve alâmetlerine göre maksatlarının ne olduğuna mehmaemken hükmedilebilir». (Devlet Şûrası, Ankara 1953, s. 223).

mek imkânının lâıkiyle bilinmediği görülmektedir. Cumhuriyet devri Devlet Şûramızın bu güne kadar intişar etmiş olan kararların tetkiki ampirik olarak İdarenin Yetkisini Saptırması hallerinin aşağıdaki şekilde bazı gruplara ayrılmasını mümkün kılmış bulunmaktadır. Burada derhal şunu da söyleyelim ki, bu gruplara ayırma, daha evvel yukarıda işaret ettiğimiz Fransız müellifi Andre de Laubadère'in tasnifine tamamen uygun düşmektedir: Şöyle ki; bir kere daha evvel de etraflıca işaret ettiğimiz gibi, idare hukukunda «maksat» daima âmme menfaati olmak icap eder. Yani İdare, yaptığı tasarruflarla umumun iyiliğinden, kollektif menfaatlerin tahakkukundan başka herhangi nihaî bir netice beklememelidir. Zira İdare, halkın, umumun, milletin iyiliği için çalışmakla mükelleftir. İdareye tanınan bütün salâhiyet; kudret ve imtiyaz münhasıran kollektif ihtiyaçların karşılanması; bir kelime ile umumun menfaatinin korunması içindir. Bazı hallerde ise «Umumî Menfaat» mefhumu daha hususî bir mahiyet alabilir. Şöyle ki; kanun vazı herhangi bir tasarrufun yalnız umumun menfaati mülâhaza ve maksadı ile yapılmasını şart koşturmakla iktifa etmeyerek, ayrıca bu umumî menfaate daha hususî, daha dar ve daha vazıh bir hudut çizebilir. Bu takdirde burada, daha dar mânayı haiz, daha hususî bir mahiyete bürünmüş ve daha vazıh bir âmme menfaati mevzuubahistir. Verdiğimiz bu kısa izahat, İdarenin Yetkisini Saptırması (maksat cihetinden aykırılık) hallerinin iki büyük gruba ayrılabilceğini göstermektedir:

1 — İdarenin umumî menfaatten gayri herhangi bir maksat takip etmesi halî...

2 — İdarenin kanunun gösterdiği veya salâhiyetin icap ettirdiği maksattan ayrı ve buna yabancı bir maksat gütmesi halî...

#### BİRİNCİ BAŞLIK

### **İdarenin umumî menfaate yabancı herhangi bir maksat takip etmesi suretiyle yetkisini saptırması**

İdarenin umumî menfaatlara yabancı olan çeşitli maksatlar gütmesi mümkündür.

§ 1 — İdarenin mevzuata aykırı olarak Şahsî bir maksat gütmesi suretiyle Yetkisini Saptırması.

Umumî olarak insan iradesinin takarrür etmesinde âmîl olan sebeplerin menşeinin ya hassasiyet, yani elem, nefret, sevgi, intikam, can sıkıntısı gibi infialî, veya tamamen akli hâdiseler olduğu malûmdur. Birin-

cilere «Mobiles» ikinci grup hâdiselere ise «Motif» denmektedir<sup>1</sup>. İdare Hukukunda hiç bir idarî karar ve tasarrufun menşesinde infialî hâdiselerin bulunmaması lâzımdır. Bununla beraber İdarenin aldığı tekmil kararlarda umumun menfaati gayesini gütmesi icap ettiği halde, fiiliyatın daima böyle olmayacağı ve olamayacağı ortadadır İdare bazı hallerde sırf şahsî ve egoist bir menfaat mülâhazasıyla hareket ederek tamamen şahsî, keyfî ve indî bir maksat takip etmektedir. İşte bu gibi hallerde İdarenin almış olduğu kararların Devlet Şûrasınca iptal edildiğini, bu Şûranın kararları göstermektedir. Meselâ memuriyetine son verilen bir orman memurunun bu karar aleyhine açtığı iptal dâvasında Yüksek Mahkemenin 5 inci Dairesinin verdiği 14/4/1939 tarihli ve E: 39/544, K: 39/371 numaralı kararıyla «Dosyanın sonradan tanzim edildiği ve birinci ve ikinci derecede âmirlerin verdiği mütalâalar arasında mevcut olan mübâyetler» mealindeki emarelere dayanarak âmirin bu kararlarla garez gibi şahsî bir maksat güttüğü iddiasını varit görerek kararı iptal etmiştir<sup>2</sup>. Bunun gibi Konya askerî mütaka yargıcı bulunan ve fakat aynı zamanda avukat olan bir şahsın üzerine aldığı bir dâvada yaptığı savunma neticesinde ve sırf mahkeme huzurundaki savunma sebebiyle, yani intikam gibi bir şahsî maksatla Bakanlık emrine alınması üzerine, bu şahıs Devlet Şûrasında dâva açmış, bu muamele kanunun maksadına uygun olmadığı cihetle de Devlet Şûrası 5 inci dairesi 17/4/1946 tarihli bir karar ile, Bakanlık emri muamelesini iptal etmiştir<sup>3</sup>. Bir başka hâdisede: Devlete ait arazi varken, muayyen bir şahsın çayırının kamulaştırılması gibi bir kasıt ve gaye gözetildiği kanaatin! uyandıran bir durum husule gelmiştir. Filhakika aynı çayırın iki defa kamulaştırılması yoluna gidilmiş ve fakat bu yerin dâvacıya aidiyeti anlaşılamadığından her iki defada vazgeçilmiştir. Bu hâdisi dolayısıyla Devlet Şûrası 6 ncı dairesi 11/6/1947 tarihli ve 46/289, 47/1338 sayılı kararıyla kamulaştırma muamelesini iptal etmiştir. Kararda aynen şöyle denmektedir: «Takdir yetkisinin kamu ihtiyacı ve menfaati gözönünde tutularak değil, tamamiyle maksattan inhiraf edilmek ve şahsî hedef tutmak gibi bir gaye ve hilâfı kanun kullanıldığı anlaşıldığından itiraz olunan kararın salâhiyeti saptırma illetiyle malûl bulunduğu âşikârdır<sup>4</sup>. Bu kararda daha evvel Türk Doktrininde ve bilhassa Ord. Prof. Onar ve Prof. Sarıcanın eserlerinde kullanılan Salâhiyet Saptırılması tâbirinin ilk defa İdare

1) YORUK (A.K.), Hukuk Felsefesi Dersleri, Fasikül I, İst. 1952, s. 71.

2) K.M., sayı 10, s. 14-15.

3) K.D., sayı 32, s. 4-41.

4) K.D., 36-37, s. 218.

Mahkemesince kullanılmış olduğu görülmektedir. Nitekim etüdün birinci bölümünde Aucoc ve La Ferriere gibi müelliflerin kullandığı ifade ve formüllerin Fransız Devlet Şûrasınca kararlara ithal edildiğini görmüştük. Nihayet; Kısa zaman evvel ehliyet ve liyakatine binaen kanunî müddeti dolmadan terfi ettirilen ve hiçbir ceza görmeyen bir dış işleri memurunun 5250 sayılı kanunun geçici maddesinin 2 nci fıkrasının son bendi gereğince; yetersizlikten emekliye ayrılması üzerine, bu memurun Devlet Şûrasında emekliye sevk kararının aleyhine açtığı iptal dâvasında kendi hakkında karar veren Dış İşleri Tasfiye Komisyonunu teşkil eden zevat arasında aile yuvasının yıkılmasına sebep olmuş, aralarında husumet bulunduğu sâbit olan ..... isminde bir şahsın da üye olarak bulunmasının hakkında verilen kararın hukukî bakımdan muallal sayılması için kâfi geleceğini, kendisine kin ve garezi bulunan bu zatın bitaraf etmesi mümkün olmayacağını, hattâ diğer üye arkadaşlarına da tesir yapması ihtimali mevcut bulunduğunu iddia etmiş ..... ve iptalini istemişti. Devlet Şûrası D. D. G. K. bu mevzuda verdiği 30/3/1950 tarihli ve E. 40/320 K. 50/128 sayılı kararıyla; Dış İşleri memurlarının emekliye sevki hususunda İdareye takdir yetkisi tanındığını kabul etmekle beraber, dâvanın iptali istenen tasarrufun sadece takdir unsuruna müteveccih olmayıp maksat unsuruna da dayanılarak şekil noksanına da tevcih kılınmış olduğunu ve tasfiyeye memur komisyon üyeleri arasında dâvacıya husumeti hükmen müsbet kimsenin de mevcudiyeti zâhir, ve kanunun istihdaf ettiği gayeye göre bitaraf kimselerden terkibi, gerek hizmet ve gerek adalet icaplarından bulunduğu halde buna riayet edilmemesini ..... esasa müessir bir şekil ve usul noksanı olarak görmüş, ve bahis konusu emeklilik tasarrufunu iptal etmiştir<sup>5)</sup>. Görülüyor ki bu önemli kararda ilerde etraflıca işaret edileceği gibi, maksat unsuru takdir yetkisinin bir sınırı olarak kabul edilmekte, ve bu unsur bakımından daima bir kazaî murakabe yapılabilirliği ifade edilmek istenmektedir. Diğer taraftan şekil ve usul noksanlığına hükmeden İdarî mahkeme bu gerçeğe muamelenin maksat cihetinden aykırılığına delâlet eden emarelere dayanarak vermiştir.

§ 2 — İdarenin İdarenin Hukuka Aykırı Olarak 3 üncü Şahısların Himayesi Maksadını Güderek Yetkisini Saptırması.

Bu konuda Şûrayı Devlet Birinci Deavi Dairesinin 24/9/1938 tarihli ve E:38/88, K:1747 sayılı kararını işaret etmek mümkündür: Bir çobanın güttüğü davarın vergisi verilmediğinden dolayı bunların kaçak sayılması ve çobana mal edilerek cezalı verginin kendisinden istenmesine Tem-

5) K.D., 50-53, s. 112-118.

yiz Komisyonunun karar vermesi üzerine, bu çobanın Şûrayı Devlette açtığı temyiz dâvası yerinde görülmüş, ve Temyiz Komisyonu kararı şu esbabı mucibe ile nakzedilmiştir: «Dağ ve bayırda hayvan güden çobanın otlattığı hayvanlar üzerinde mülkiyeti olmayıp bu hayvanların başkalarına ait bulunması asıldır. Bu esasa göre sırf köylülerin cezadan kurtulmak için ileri sürmüş olması pek muhtemel olan bu iddiaya dayanılarak dâvacının cezalandırılması hakkaniyete uygun görülmemiştir». Burada kanaatimizce, 3 üncü şahısları, yani köylüleri cezadan kurtarmak maksadiyle beraber veya daha ziyade gerekli tahkik icra edilmemiş olması gibi bir şekil ve usul noksanı vardır.

Fakat âşikâr şekilde 3 üncü şahısların himayesine misal olarak Devlet Şûrası 5 inci Dairesinin 18/3/1944 tarihli ve E.43/1436, K:44/560 sayılı kararına konu teşkil eden bir hâdiseyi zikredebiliriz. Hâdisi kısaca şudur: Bir köylüye ait bulunan değirmen, değirmenin üst kısmındaki bazı köylülerin tarlalarının sulanmasını temin maksadiyle, köy ihtiyar heyetince istimlâk ediliyor. Değirmen sahibi köylünün bu karar aleyhine açtığı iptal dâvasını Devlet Şûrası haklı bularak mezkûr istimlâk muamelesini şu esbabı mucibe ile iptal ediyor: «Köy istimlâkleri, ancak köy şahsiyeti manevisini alâkadar ve umumî menfaate taallük eden hususlara ait olmak ve Köy Kanununun 44. maddesinin 2 nci fıkrasında tâdat edilen mektep, cami, ve hamam gibi veya buna mümasıl hallere münhasır bulunmak lâzım gelmesine binaen değirmenin üst kısmında bulunan bazı köylülere ait tarlaları sulamak maksadiyle ve istisnâî bir kaide olan istimlâk hükümlerini tevsian tatbik suretiyle yapılan muamelede kanunun maksat ve ruhuna tevafuk görülmediğinden .....»<sup>6</sup> bozulmasına .....»<sup>7</sup> görülüyor ki, burada köy idaresi (Köy İhtiyar Heyeti) hangi hallerde kullanılacağı kanunen vukûî bir şekilde de olsa, tesbit edilmiş bulunan istimlâk salâhiyetini 3 üncü şahısları himaye etmek gibi kanunun maksadına aykırı bir şekilde kullanmıştır. Nihayet, Devlet Şûrası 6 ncı dairesinin 22/4/1953 tarihli ve E. 52/783 K. v3/926 sayılı kararlar, mevzuata aykırı olarak bir şahsı himaye etmek için verilmiş olan bir istimlâk muamelesini iptal ettiğini görüyoruz. Hâdisi şudur: Bir şahsa ait bulunan iki katlı binanın ve avlusunun, binanın bir kısmı yıkılmak suretiyle bu eve bitişik kahvehanesi bulunan Belediye azası A ... nın kahvehanesine ilhak edilmek üzere Belediyece istimlâk edilmesine karar verilmesi üzerine, bu kimse iptal dâvası açmış, 6 ncı daire de yukarıda zikrettiğimiz kararlar ve şu esbabı mucibe ile bu istimlâk muamelesini

6) K.M., sayı 7, s. 29-30.

7) K.M., sayı 26, s. 41-42.

iptal etmiştir. «Dâva konusu gayrmenkulün imar plânına göre, derinliği bina yapmağa müsait olmadığından 49,03 metre karelik kısmının A... 'a ait kahvehaneye ilhak edilmek üzere istimplâkine karar verilmiştir. 2290 sayılı Belediye Yapı Yollar Kanununun 6 ncı maddesi mucibince Belediyeler müstakbel şehir haritasının tatbiki sırasında mevcut arsaları plân icabatına göre tevhit veya ifraz etmeğe veya arsanın bitişik bulunduğu bina sahiplerine kıymeti mukabilinde temlike salâhiyetlidirler. Hâdisede ise; bir imar plânı tatbikatı mevzu bahis bulunmadığı gibi, üzerinde bina bulunan bir yerin mezkûr maddeye müsteniden Belediye İstimlâk Kanununun hükümlerine göre başka bir şahsa ait gayrmenkule ilhak edilmek üzere istimplâkine isabet görülemediğinden iptaline<sup>8</sup>. Görülüyor ki; hâdisede Belediye Meclisi üyesi bulunan bir şahsa menfaat temini gibi maksatla, mevzuata aykırı olarak, verilmiş olan bir istimplâk kararını yüksek İdari Kaza merciimiz iptal etmekte haklı olarak tereddüt göstermemiştir. Halbuki bir başka dâvada Devlet Şûramız bu esastan ayrılmış, ve dâvacının İdarenin aldığı kararlar bazı hususî şahısları menfaatlerini koruma maksadının hâkim olduğu iddiasını, İdarenin bu konuda bir takdir salâhiyetinin mevcut bulunduğu esbabı mucibesıyla reddetmiştir. Hâdisesudur: Akşehir Belediyesinin vermiş olduğu su ve elektrik imtiyazı üzerine, Akşehir Bankası tarafından vücuda getirilen tesislerin imtiyaz müddetinin hitamından önce satın alınması hakkında Belediye Meclisince verilen kararın şehrin menfaatlerine aykırı olduğundan ve Banka hissedarlarının menfaatlerini götüğünden bahisle, hemşehrilerden biri tarafından açılmış olan dâvayı Devlet Şûrası Dâva Daireleri Genel Kurulu 9/3/1951 tarihli bir kararla âmme hizmetlerinin ifa ve icra tarzlarının takdirini, bunları ifa ile mükellef makamlara ait bulunduğu gerekçesiyle, yani burada İdarenin Takdir Salâhiyeti bulunduğu esbabı mucibesıyla reddetmiştir<sup>9</sup>. Halbuki dâva dilekçesinde tafsil edildiği gibi, Banka tarafından işletilmekte olan elektrik ve su imtiyaz tesisi, 17 sene sonra bilâbedel Belediyeye intikal edeceği halde, Belediye İller Bankasından 15 sene müddetle istikraz edilen 650 bin lira ile bu işletmeleri satın alması Belediye ve halkın menfaatına aykırı bulunduğu halde, Belediye Reisinin ve akrabalarının bankada hissedar olmaları, ve Belediye Meclisinde aza bulunan birisinin banka idare heyetinde aza olması dolayısıyla Belediye Meclisince verilmiş olan karara hâkim bankaya fazla kazanç temininden ibaret olan, ve bu itibarla âmme menfaatine yabancı bulunan maksat ortadadır. İlâve olarak şunu söyleyelim

8) K.D., sayı 60, s. 152-153.

9) Karar için bak. İller ve Belediyeler Dergisi, Kasım 1954; s. 736-738.



ki; hâdisede İdarenin takdir yetkisi olduğu ve bu itibarla kararın idari dâva konusu olamayacağı şeklindeki gerekçe de takdir yetkisine doktrinde ve bizzat Devlet Şûramız İçtihatlarında atfedilen mâna ve mahiyete tamamen aykırı düşmektedir.

### § 3. İDARENİN MEVZUATA AYKIRI OLARAK SİYASİ MAKSATLARLA YETKİSİNİ SAPTIRMASI

*I — Meselenin önemi ve Devlet Şûramızın bu konudaki içtihatları:*

İdarenin ve İdare adamlarının salâhiyetleri, burada herhangi bir hakkın kullanılması değil, bir salâhiyetin istimali, kanunların yüklediği bir vazifenin yapılması bahis konusu olduğu için, hususî hukuk sahasındaki benzer bir şekilde İdarenin keyif ve arzularına bırakılmış olamaz. Burada umumî bir ihtiyacın karşılanması, âmme hizmet ve menfaatinin temini için kanunen verilmiş bir yetki vardır. Öyle ise bu yetki, ancak bu maksat uğruna kullanılabilir. Bugünkü Devlet, siyasi fonksiyonu yanında, bir takım teknik faaliyetler de icra ettiğine göre, bu vazifenin icap ettirdiği bir kudrete muhtaçtır. «İdare kudreti» dediğimiz bu kudret, esas itibariyle icra kuvvetinin bir tezahürü olmakla beraber, bir Hükûmet ve Anayasa kuvveti olan İcradan farklı ve ayrıdır. Şöyle ki, İdare, halkın günlük işlerinin görülmesini, başka bir ifade ile âmme intizam ve âmme hizmetlerinin yerine getirilmesini temin eden teknik ve mütehassıs bir kuvvet ve teşkilâttır. Seçimle göçüp gidebilen ve bu itibarla bazı müellifler tarafından bir «figürana» benzetilen siyasi kuvvetten farklı olarak, bu kuvvet, devamlı ve tarafsız bir şekilde vazifesini yapmakta, ve bu suretle vatandaşların ihtiyaçlarını karşılamaktadır.

İdarenin gayesi: Cemiyetin müşterek menfaat ve saadetini temin etmek olduğuna göre İdare, vatandaşlardan, beslediği siyasi kanaatlerine göre değil, ehliyet ve ihtisaslarına göre faydalanmak ve öyle muamele etmek mecburiyetindedir.

Nitekim, Anayasamızın 69 uncu maddesinde kanun önünde müsavat esası kabul edildiği gibi, 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı kanunla tasdik ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi) 14 üncü maddesinde, bütün hak ve hürriyetlerden istifade bahsinde ırk ve din esası gibi vatandaşların siyasi kanaatlerinin de farklı muamelelere sebebiyet vermiyeceği tasrih edilmiştir. Bu gerçeği kabul etmeyen rejimlerde, kudretini emniyet ve yetkilerini kaybederek siyasi otoritenin bir kuklası haline giren İdare

ve teknik müesseseler karar alamaz ve hareket edemez bir hale düşerler. İdarenin elindeki kudret, âmme menfaati ve hizmeti fikrine bağlı olduğu için, personel bakımından yapılacak her değişiklik sadece bu maksada matuf olmak mecburiyetindedir. Müfrit bir Cumhuriyetçi olan ünlü Fransız devlet adamı Gambetta, 1881 de Başbakan olunca, ilk iş olarak memleket idaresinin en hayati mevkilerine tanınmış Kralcılarını getirmiştir. Bu yüzden kendi arkadaşlarının memnuniyetsizliği ile karşılaşınca da verdiği şu cevap büyük bir hakikati ifade etmektedir. «Bir Parti ile Hükümet idare edilir. Fakat idare işleri ancak ehliyet ve ihtisasla yürütülebilir». Bundan 70 küsur sene evvel Kralcılarla Cumhuriyetçilerin bir rejim mücadelesi yaptıkları bir zamanda, cereyan eden bu olay ve verilen cevap, ibretle ve hürmetle anılmak lâzımdır<sup>10</sup>. Nitekim 150 küsur senedenberi İdarenin tarafsızlığını ve hukuka bağlılığını sağlamak için cidden başarılı bir faaliyet gösteren ve bu bakımdan İdarenin «vicdanî olarak» adlandırılan Fransız Devlet Şûrasının yukarıda belirttiğimiz esas içtihatlarıyla teyit ettiğini görüyoruz. Meselâ bu Şûranın 20 nci yüzyılın başında, verdiği 4 Ağustos 1905 tarihli «Lespinasse» kararı bu konuda zikredilmeğe değer; bir vekil, hükûmetin malî ve iktisadî siyasetini tenkit etmiş bulunan bir müteahhidin, ve yalnız bu sebepten dolayı ilerde devletle herhangi bir taahhüt mukavelesi yapmasına mâni olacak bir karar almıştır. İşte Fransız Devlet Şûrası yukarıdaki kararlar, bu muameleye hâkim olan siyasi ve tarafsız olmayan mülâhazalardan dolayı, vekilin kararını iptal etmiştir<sup>11</sup>.

Türk Devlet Şûrası İçtihatlarının tetkiki aynı esasların bizim yüksek idarî kaza mahkemesince de benimsendiğini ve Devlet Şûramızın bu prensiplere aykırı olan kararları iptal ettiğini göstermektedir. Meselâ; Hükümetin siyasetine muhalif olan bir dergide, yazı yazmak vadinde bulunan bir Dil-Tarih Coğrafya Fakültesi doçentinin Milli Eğitim Bakanlığınca Vekâlet emrine alınması üzerine, Doçent bu kararın aleyhine iptal dâvası açmış, ve Devlet Şûrası 5 inci dairesi 26/4/1946 tarihli, ve E.45/2363, E.46/722 sayılı kararıyla Bakanlık emrine alma muamelesini iptal etmiştir. Kararda aynen şöyle denilmektedir: «Dâva dosyası münderecatına göre: Dâvacının Bakanlık emrine alınmasını icap ettiren vâkıa «Görüşler» isimli bir dergiye yazı yardımı vaadinde bulunmaktan ibarettir. Memur statüsünde Bakanlık emri ünvanıyla yer almış olan objektif hukuk kaidesinin ferdileşmesi ve sübjektif bir sonuç tevliit ede-

10) Bak: «Siyasi İktidar ve İdare» adlı makalemiz, 8 Şubat 1954 tarihli Dünya gazetesi.

11) Receuil 1905, s. 892.

bilmesi için, esaslı ve yegâne unsur memurun eylem ve hareketinin; gör-  
düğü kamu hizmetine doğrudan doğruya müessir olması ve bu hareketin  
hizmetin amacıyla telifine imkân bulunmamasıdır. Bu sebebe binaendir  
ki bu müessese, statüde memurun uygunsuz fiillerini karşılayan adli ve  
idarî ceza hükümlerinden ayrı bir mahiyet arzeder». «Edebî ve içtimâî ve  
iktisadî yazılara da yer verdiğini ilân eden siyasi bir dergiye yazı vaa-  
dinde bulunan dâvacının tahakkuk etmemiş olan bu vadi yazacağı ya-  
zının mahiyeti belli olmadıkça bu sebeple kendisine siyasi bir kanaat  
izafesi mümkün olmamakla beraber, taşıdığı ve neşrettiği siyasi kanaat-  
tini öğrencilerine telkin suretiyle hizmetin icaplarından ayrıldığı tahak-  
kuk etmiş olmadıkça bu kanaatin göreve müessir bir hal aldığı ileri sürü-  
lemez. Kaldı ki, okul dışında siyasi neşriyat yapan veya siyasi cemiyet-  
lere intisap eden bir öğretmenin mevzuat mucibince hükmen tahakkuku  
muktazi bulunan bu fiil ve hareketini; (öğretim görevini siyasete âlet  
yapmış olmadıkça) 788 sayılı Memurin Kanununun 60 ncı maddesi çer-  
çevesi dahilinde değil, 9 uncu maddesiyle kabul edilmiş ve tard gibi en  
ağır bir ceza ile müeyyidelenirilmiş bulunan açık hükmün icaplarına  
göre mütalâası lâzım gelir<sup>12</sup>.

Görülüyor ki, burada Devlet Şûrası, aynı zamanda Bakanlık emrine  
almaya sebep olarak gösterilen hâdisenin kıymetini takdir etmiş, ve bu  
hâdisenin Bakanlık emrine almayı icap ettiremeyeceğine karar vermiş-  
tir. Sırf beslediği ve henüz izhar etmediği siyasi kanaatten dolayı, ta-  
rafsız olması gereken İdarenin, bir kimseyi Bakanlık emrine alması bu  
muameleye hâkim olan siyasi mülâhazaları göstermektedir. Maamafih  
Devlet Şûrasına göre; bu kimsenin Üniversite dışında siyasetle uğraş-  
tığı sabit olsa bile, burada bu memur hakkında uygulanması gereken  
Memurin Kanununun 60 ncı maddesi değil, 9 uncu maddesindeki 'prose-  
dürdür. Öyle ise bu halde de İdarenin siyasi bir maksatla aldığı Bakan-  
lık emri muamelesinin bu bölümün son başlığında tetkik edeceğimiz Usu-  
lün Saptırılması (Détournement de Procedure) durumunu meydana ge-  
tireceği, ve bu itibarla gene de Maksat cihetinden iptal edilmesi gereke-  
ceği şimdiden söylenebilir. Bunun gibi, Bursada intişar etmekte olan  
günlük iki gazete (Hâkimiyet ve And) her bakımdan aynı evsaf ve şart-  
ları haiz olduğu halde, bunlardan yalnız birine resmî ilân verilmesi üze-  
rine, öteki gazete sahibi tarafından Başbakanlık Basın-Yayın Genel  
Müdürlüğü aleyhine açılan dâva üzerine Danıştay 6 ncı Dairesi 27/9/951  
tarihli ve E.50/194 K.51/676 sayılı karar ile: «And» gazetesine resmî

12) K.D., sayı 32, s. 41-45 (Aynı mealde bir başka karar için bak. Aynı dergi  
s. 45-48.

ilân verilmemesi kararını iptal etmiştir<sup>13</sup>. Kararda her ne kadar «eşit külfet ve eşit ücret» esasına, veya daha doğru bir ifade ile, «müsavaat esasına» dayanılmışsa da, muhalefeti tutan bir gazeteye resmî ilân verilmemesi kararına tamamen siyasi bir maksadın hâkim olduğu ve bu müsavatsızlığı doğurduğu da ortadadır.

Nihayet, siyasetle iştigal ettiği iddiasıyla Aydından Hakkâriye nakledilen bir mütehassis doktorun; Bakanlığın nakil kararı aleyhine açtığı iptal dâvası üzerine, Devlet Şûrası 5 inci dairesinin, 13/6/1952 tarihli ve E:52/1167 K. 52/1828 sayılı kararıyla nakil muamelesini iptal ettiğini görüyoruz. İdarî Kaza merciimizin bu kararda dayandığı esbabı mucibe şudur: «Bu kimsenin siyasi faaliyetlere iştirak ettiği tevsik edilememiştir. Esasen siyasetle uğraşma fiilinin mahkemede sâbit olması halinde, bu fiile «memuriyetten tard» gibi en ağır disiplin cezası terettüp edeceğine göre, bu halde de Memurin Kanununun 42 nci maddesinin değil; 9 uncu maddesinin tatbiki gerekir<sup>14</sup>.

Görülüyor ki; bu kararlar da Devlet Şûramız, 1946 da tesis ettiği İçtihadı muhafaza etmektedir.

## II — 6435 sayılı kanun ve siyasi maksat:

Bu bahse son vermeden evvel, bildiğimize göre henüz Devlet Şûrası Kararlarına konu olmamış olan 6435 sayılı Kanunun, bütün diğer kanunlar gibi, umumî menfaate yabancı bütün maksat ve mülâhazalarla olduğu gibi siyasi mülâhazalarla da tatbik edilemeyeceğini işaretleyerek, tatbik sahasını belirtmeyi, bilhassa memur teminatı ve ve Üniversite muhtariyeti bakımından lüzumlu ve faydalı bulmaktayız. Asıl adı «Bağlı buldukları teşkilât emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılacaklar hakkında kanun» olan 5 temmuz 954 tarihli ve 6435 sayılı kanunun uygulanacağı haller nelerdir? Acaba bu kanun Memurin Kanunu ile diğer teşkilât kanunlarında mevcut olan bütün disiplin müesseselerinin yerine kaim mi olmuştur? Böyle bir neticeye vardığımız takdirde, Memurin Kanununa göre ihtar veya tevbih gibi hafif bir disiplin cezasını mucip olan bir fiil veya hareketin, bundan böyle vazifeden uzaklaştırma gibi en ağır hükümlerle karşılanacağını kabul etmek icap eder. Böyle bir neticenin kabulü ise ne adalet, ne de mantık bakımından mümkün değildir.

Mezkûr Kanunun 1 inci maddesinde bu kanunun şumulüne giren kimselerden bahsedilmekte, aynı kanunun muvakkat maddesinde ise Ka-

13) K.D., sayı 50-53, s. 565-567.

14) K.D., sayı 54-57, s. 284.

nunun neşri sırasında Bakanlık emrine alınmış olanlar hakkında bu kanunun hükümlerinin tatbik edileceği ifade edilmektedir. Kanunun adından, birinci, ve bilhassa bu muvakkat madde hükmünden anlaşılacağı gibi, 6435 sayılı kanunun sadece «Bakanlık emrine alma» konusunu tanzim ettiğini söylemek mümkündür. Ancak bir yenilik olmak üzere, bu arada Bakanlık Emrine Alma Müessesesinin epey genişletilerek, hattâ Üniversite mensuplarına bile teşmil edildiğini, ve bu arada Bakanlık emrine alınmayı terettüp eden hükümlerde değişiklikler yapıldığını görüyoruz. 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanununun ilk şeklinde linde ancak Hariciye memurları, Vali, Kaymakam, ve Zabıta âmirleri gibi kısmen siyasi durum arzeden kimselerin Bakanlık emrine alınabileceği gayet yerinde olarak kabul edilmişti. Fakat daha sonra 1777 ve 2919 sayılı kanunlarla bu müessese bütün memurlara teşmil edilerek, haklı olarak tenkitlere uğramıştır. Bu kere bu müessesenin daha da genişletilmesi ve hattâ Üniversite mensuplarına teşmil edilmesi esefle karşılanabilir. Bununla beraber, yeni kanun yukarda da işaret ettiğimiz gibi, sadece Bakanlık emrini istihdaf ettiğine göre, disiplin cezaları ile ilgili hükümlerin yürürlükte kaldığı, ve fakat bunların dışında kalan ve görülen hizmete zararlı olabilecek fiillerin ve sadece bunların bu kanunun şümülüne girebileceği ortadadır. Bu itibarla faal siyaset yapan memurun, Memurin Kanununun 9 uncu maddesinde, aynı şeyi yapan bir Üniversite profesörünün Üniversiteler Kanununun 46 ncı maddesindeki hükümlere göre muamele görebilecekleri ortadadır.

«İdare, bir memur veya Üniversite mensubu hakkında bu kanunu uygularken sebep göstermeye mecbur mudur, Bu suale tereddütsüz olarak «evet» mecburdur şeklinde cevap vermek lâzımdır. Fransız Devlet Şûrasının ilerde işaret edeceğimiz bir kararında (Bölüm IV) da ifade edildiği gibi; durup dururken ve sebepsiz olarak bir karar almak delilere, keyif, hırs, fantezi ve kaprislerine mağlûp olan kimselere mahsustur. Esasen hukuka bağlı demokratik bir memlekette ise bu gibi hâdiselerin cereyan edebileceği akla bile gelmez. Kaldı ki, bizzat 6435 sayılı kanundan da vazifeden uzaklaştırma kararlarının sebebe bağlı (Causal) birer muamele oldukları anlaşılmaktadır. Filhakika Bakanlık emrine alma kararı tayindeki usule göre verilebileceğinden tayinin zıddı olan bu muamelenin tâyin gibi bir sebebe dayanması zaruridir. Diğer taraftan, Üniversite mensuplarının tâyinlerindeki usule bakılmaksızın vazifeden uzaklaştırılabileceklerini söyleyen 2 nci maddenin de Bakana sebep göstermek mükellefiyetini yüklediğini söyleyebiliriz. Zira mezkûr madde Maarif Vekili için Senatodan mütalâa almak mecburiyetini koymaktadır. «Mücerret» mütalâa olamayacağına, başka bir ifade ile, ancak müşahhas

hususlar için mütalâa sorulabileceğine göre, ilgili makam bir profesörün hangi fiil ve hareketleri için mütalâa sorduğunu Senatoya açıkça bildirmek mecburiyetindedir.

Şu halde İdare bu kanuna dayanarak bir karar alırken daima hakikaten mevcut, ve ciddi bir sebebe dayanmak mecburiyetindedir. Böyle bir sebep yoksa veya gösterilmemişse alınmış olan vazifeden uzaklaştırma kararlarının sebep unsuru bakımından sakat ve iptal edilmesi gerektiği ortadadır. İdarenin gösterdiği sebebe başka hükümler terettüp ediyorsa bu takdirde burada bir Détournement de Procedure - Usulün Yerinde Kullanılmaması halinin mevcut olduğu, ve bu itibarla muamelenin maksat cihetinden sakat bulunduğu söylenebilir. Farzımuhal, faal politika ile uğraştığı söylenen bir profesörün, Üniversiteler Kanununun muaddel 46 ncı madde D bendine göre Senatoca ihraç edilmesi lâzım gelirken, Milli Eğitim Bakanının 6435 sayılı Kanuna dayanarak bu kimseyi vazifeden uzaklaştırması hali buna misal olarak gösterilebilir.

Adı geçen Kanunun 3 üncü maddesinde bu kanuna dayanılarak alınmış olan Bakanlık emri kararları aleyhine kazaî mercilere başvurulamayacağı ifade edildiğine göre, bu konuda hiç bir kazaî murakabenin cereyan etmeyeceği söylenebilir mi? Anayasamızın 82 nci maddesi vatandaşlara kanun ve nizamlara aykırı buldukları hallerde yetkili mercilere ve Büyük Millet Meclisine başvurmak hakkını tanımıştır. Burada «yetkili merciden» maksat her şeyden evvel Kazaî Mercilerdir, Anayasanın bu önemli prensibine aykırı bir hüküm muteber olamayacağına, ve esasen kanun koyucu Anayasaya aykırı hüküm kabul etmeyeceğine ve edemeyeceğine göre 3 üncü maddenin mutlak mânada alınamayacağı derhal anlaşılır. Bu hükümle olsa olsa İdarenin göstermiş olduğu sebebin kıymetinin kazaî mercilerce araştırılamayacağı, başka bir ifade ile İdareye sebebin kıymeti hususunda bir takdir yetkisi tanınmak istendiği söylenebilir.

Nitekim ilerde teferruatla zikredeceğimiz gibi, bugüne kadar Devlet Şûrası buna benzer hükümleri bu şekilde anlamakta hiç bir tereddüt ve çekingenlik göstermemiştir<sup>15</sup>.

Son olarak, önemli gördüğümüz bir noktaya temas edelim: Bilhassa son zamanlarda çıkarılan bazı kanunlarda vatandaşın, İdarenin kendisi hakkında ittihaz ettiği İdarî muameleler aleyhine kazaî mercilere gidemeyeceğini tasrih eden hükümlerin çoğaldığı müşahede olunmaktadır. Nitekim 6435 sayılı kanundan evvel 1953 tarihli ve 6122 sayılı kanunda

15) GİRİTLİ (I.), «Muhtariyetin ve Teminatın Zaruri Şartları» adlı makale, 25 Ekim 1954 tarihli Dünya gazetesi.

emekliye ayrılan bütün memurlar hakkında konulan böyle bir hüküm 1954 tarihli ve 6422 sayılı kanunla Üniversite Profesörleri, Yargıtay, Sayıştay ve Danıştay Başkan ve üyelerine de teşmil edilmiş bulunmaktadır. Mutlak mânada alındığı takdirde, her şeyden evvel Anayasanın 82 ve 51 inci maddelerine aykırı olan bu hükümlerin, Devlet Şûramızın takdir yetkisi, sebep ve bilhassa maksat unsuru üzerindeki karar verme ve İçtihat salâhiyetini takyit edemeyeceğini düşünüyor, ve İdarî Kaza Organımızın eski cesur ve ilmi içtihadında ısrar edeceğini ümit ve teemni ediyoruz.

Aksi halde, Fransada Fransız Devlet Şûrasının 19 Şubat 1875 tarihli «Prince Napoleon» kararındanberi terkedilmiş bulunan «Siyasî Saik» nazariyesinden <sup>16</sup> daha ağır bir esasın 20 nci asrın ikinci yarısında memleketimizde carî olacağı kabul edilmek lâzım gelir. Gerçekten «Siyasî saik nazariyesine göre; kazaî murakabeyi bertaraf etmek için; İdare bir muameleyi siyasî mülâhazalarla ittihaz ettiğini bildirdiği halde, Devlet Şûrası yukarıda bahis konusu ettiğimiz hükümleri mutlak mânada alırsa, İdarenin hiçbir talebine hacet kalmadan, ittihaz edilmiş İdarî muameleleri kazaî kontrolünden imtina edecek, ve bu suretle İdarenin hukuka bağılılığı esası kuru bir lâftan ibaret kalacaktır.

Nihayet bu bahse son vermeden evvel İdarenin umumî menfaatlere ve mevzuata aykırı olarak güdebileceği maksatlardan birinde dinî maksat olduğunu söyliyelim. Vicdan hürriyeti ve lâik devlet prensibinin zarurî neticesi olarak, vatandaşların dinî inançlarını nazarı itibara alan hiç bir mevzuat olamayacağı gibi, İdare kararlarında ve icraatında bu hususu nazarı itibara almamalıdır. Fransada bilhassa din ve dünya işlerinin birbirinden esash bir şekilde ayrıldığı 1905 tarihinden itibaren İdarenin, âmme hizmeti ve menfaatleri icaplarını değil de vatandaşların mensup olduğu dini nazarı itibara alan muamelelerinin Fransız Devlet Şûrasınca maksat yönünden iptal edildiğini görüyoruz (Rec. 1921, s. 974-975, Nivelesu kararı).

Biz, Devlet Şûramız kararları arasında yaptığımız tetkikatta dinî maksatla alınmış bir kararla ilgili hiç bir hâdiseye rastlanmamakla beraber, Türk vatandaşı olan ve fakat İslâm dininden gayri bir dine mensup bulunan bir kimsenin, ve sırf bu yüzden memuriyete alınmaması halinde, bu memuriyete alınmasına tasarrufunun maksat cihetinden mevzuata aykırı olacağını zannediyoruz. Gerçekten, Memurin Kanunundaki «Türk olmak» şartını Anayasanın 88 inci maddesine göre mânalandır-

16) VIRALLY (M.), «L'Introuvable» acte de Gouvernement, R. D. P., 1952, s. 317-358, (Bilhassa s. 321).

mak gerektiğine, Anayasamızın mezkûr maddesi ise din ve ırk ayırt edilmeksizin sadece vatandaşlık bakımından herkese (Türk) deneceğini ifade ettiğine göre, bir kimsenin memuriyete alınmasında mensup olduğu dinin bir rol oynayamayacağı söylenebilir.

#### İKİNCİ BAŞLIK

### İdarenin hususî bir mahiyet arzeden âmme menfaatine aykırı olarak yetkisini saptırması

Daha evvel de söylediğimiz gibi, bazı hallerde umumî menfaat mefhumu daha hususî bir mahiyet alabilmekte, kanun vazı bir tasarrufun hududunu daha dar ve vazih bir şekilde çizmektedir. İşte İdarenin aldığı kararın, yaptığı muamelenin bu daha hususî bir mahiyete bürünmüş olan maksada aykırı olması halinde bahis konusu tasarrufun maksat cihetinden sakat olacağı ortadadır. Burada da mevzuatın durumuna göre muhtelif ihtimalleri ayırmak mümkündür:

I — Bazı hallerde mevzuat bir tasarrufun hangi maksat veya maksatlarla ittihaz edilebileceğini sarih olarak ifade etmektedir. Meselâ: Taş Ocakları Nizamnamesine müzeyyel 2 Temmuz 1330 tarihli kanuna göre: Âmmenin menfaatini karşılayacak olan umumî yolların inşası için lâzım olan taş ve kumun meccanen verilmesi icap eder. Bir hususî hükmi şahıs, sırf işlettiği kömür ocakları sahası dahilindeki ocaklar arasındaki irtibatı temin için, yaptırmakta olduğu yolların inşaatı kolaylaştırmak düşüncesiyle bu yolların güzergâhlarında açılacak kum ve taş ocakları için meccanen ruhsat istemişse de Zonguldak Vilâyeti mezkûr kanununun; gûya sadece Hükûmet ve Belediye namına yapılacak yolları istihdaf ettiği, esbabı mucibesıyla, hususî işletmenin talebini reddetmiştir. Bu red kararının iptali için açılan dâva üzerine Devlet Şûrası 40/884 sayılı ve 3/10/1940 tarihli kararıyla, 1330 tarihli kanununun maksadının, âmme menfaatini karşılayacak olan umumî yolların inşasına gerekli kum ve taşın verilmesi olduğunu tebarüz ettirdikten sonra, dâvacı işletmenin hususî maksadının zail olmasından sonra umumun istifadesine kalacak olan yollar için meccanen kum ve taşın verilmesinin mezkûr kanunun maksadına uygun olacağına hükmetmiş, ve bu itibarla mutlak surette reddi mutazammın Vilâyet kararını iptal etmiştir<sup>17</sup>.

II — Bazı hallerde Kanun bir tasarruf maksadını açıkça belirtmemiş bile olsa, Devlet Şûrası, Kanun vazınının maksadını araştırmak hak-

17) K.M., sayı 14, s. 36-37.



kını kendinde bulmaktadır. Meselâ: 423 sayılı kanununun 28 inci maddesinde; Ziraat Bankası vasıtasıyla celbedilecek akaryakıtlar için istihlâk resmi alınmayacağı ifade edilmiştir. Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumunun kullandığı akaryakıtlar için, bu kurumdan Ankara Belediyesi tarafından 3015 lira istihlâk resmi talep edince, Kurum, Devlet Şûrasına başvurmuş, 6 ncı daire 21/6/1946 tarihinde verdiği E:46/694 K:1462 sayılı kararla, Belediyenin kararını iptal etmiştir. Bu dâva münasebetiyle kanun sözcüsü dâvacının talebine uymuş, ve yukarıdaki kaydın, Kanunun Meclisteki müzakerelerinden de anlaşılacağı gibi, memleket ziraatinin himayesi maksadına matuf olarak konulmuş olduğunu, dâvacı Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumunun bu kanunun isdarı sırasında mevcut bulunmamış olsa bile, bu muafiyetin dâvacı müesseseye de tanınmasının kanunun ruh ve maksadına uygun düşeceğini açıkça belirtmiştir<sup>18</sup>.

III — Kanunda muayyen bir maksat zikredilmemek, veya kanunun ruhundan böyle tek bir maksat anlaşılmamakla beraber, kanun vazı takip ettiği maksatları vukuî bir şekilde, yani misal kabilinden, saymış olabilir. Nitekim meselâ: Bizim 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanunu ile 442 sayılı Köy Kanununun köy istihlâklerine müteallik 44 üncü maddesinde kanun vazı böyle bir yol takip etmişti. İşte İdarî Kaza Organımız, bu kanunlarda derpiş edilen misallere<sup>19</sup> bakarak, hangi maksatların kanun vazınının maksadına yabancı olacağını İctihatlarla tespit etmiştir. Nitekim Fransada da durum aynıdır. Bu mânada olmak

18) K.D., sayı 36-37, s. 198-199. (Aynı mealde başka karar için Bk. K.M., sayı 10, s. 66-67).

19) Gerçekten, 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanununun 1 inci maddesinde; Belediyenin «Belediye Kanununda yazılı beldenin ve belde sakinlerinin medeni, sıhhi ve bedil ihtiyaçlarını tanzim ve tesviyesi...» için istihlâk yapabileceği tasrih edildiği gibi, 442 sayılı Köy Kanununun 44 üncü maddesinin 2 nci bendinde mektep, cami, hamam gibi, vukul de olsa, tâdat edilen şeyler için istihlâk yapılabileceği tasrih edildiği halde, 1954 tarihli ve 6250 sayılı kanunla bu bend değiştirilmiş ve «İhtiyar Meclisinin bu kanunun (Köy Kanununun) 13 ve 14 üncü maddelerinde yazılı mecburi ve ihtiyari işleri yapmak için lüzumu halinde köy sınırı içindeki gayrimenkulleri değer pahasıyla satın alacağı» (yani kamulaştıracağı) esası kabul edilmiştir. Görülüyor ki eskiden Belediye İstimlâk Kanunu, Köy Kanununa nazaran daha geniş bir umumî menfaat mefhumuna dayandığı halde, sonraki tadilatla köy istihlâklerinde umumî menfaat mefhumu fevkalâde genişlemiştir. Şu halde Köy Kanunu istihlâkine müteallik muaddel maddesinde istihlâk maksatlarının vukul bir şekilde tâdat edildiğinden bahsetmeğe artık belki de imkân yoktur. Kaldı ki, mevcut olan çeşitli istihlâk mevzuatını ve usullerini birleştiren ve onların yerine kaim olan 31/8/1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlâk Kanunu da, istihlâk maksadını «Umumî menfaatler için lüzumlu işlere tahsis edebilme» gibi çok geniş ve umumî bir formülle ifade etmektedir.

üzere André de Laubadère, istimlâklerdeki umumî menfaat mefhumunun muhtevasını Fransız Devlet Şûrasının inşaya mecbur kaldığını söylemiştir<sup>20</sup>. Yukarıda bir münasebetle işaret ettiğimiz gibi Devlet Şûramızın İçtihatları da bu merkezdedir<sup>21</sup>. Meselâ: Hereke İplik Dokuma Fabrikasının ihtiyacı olduğundan bahisle, Belediye İstimlâk Kanununa dayanılarak alınmış olan bir Menafii Umumiye Kararını Devlet Şûrası 5 inci Dairesi, Belediye İstimlâk Kanununun ruh ve maksadına uygun görmemiş ve bunu 22 Kasım 1945 te iptal etmiştir<sup>22</sup>.

Bunun gibi, Köy Kanununun 44 üncü maddesine dayanılarak fidanlık tesisi ve fakat tütün dikmek ve hasılâtını almak gayesiyle verilen bir istimlâk kararı aleyhine, bu muameleye maruz kalan köylünün açtığı dâva neticesinde, Devlet Şûrası 5 inci dâva dairesi, 21/7/1943 tarihinde verdiği E: 38/3649, K: 1570 numaralı karariyle, bu istimlâk muamelesini şu esbabı mucibeye dayanarak iptal etmiştir: «Köy Kanununun 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasında «İhtiyar heyeti, mektep, cami, hamam gibi köylüye faydalı olan işleri yapmak için istediği yeri değer parası ile satın alır» denilmiş olmasına ve buradaki (gibi) sözü bu nevilere olan âmme ihtiyaçlarının tatminine sâri olup fidanlık o mahiyette bulunmamasına, ve esasen bu yerlerin tütün ekilmek ve ticaret edilmek suretiyle istimal edileceği iddiası da karşılanmamış olduğundan... iptaline<sup>23</sup>.

Gene Köy Kanununa dayanılarak alınan bir istimlâk kararı dolayısıyla Devlet Şûrasına intikal eden bir ihtilâfta Danıştay 6 ncı dairesi 28/5/1947 tarihinde verdiği E: 46/2512, K: 47/1280 sayılı karariyle bu muameleyi «Köy değirmeni mahiyetçe gelir getiren bir gayrimenkul olup onun işletme ihtiyaçları için yer kamulaştırılmasında umumî menfaat mevzuu olamayacağından ..... yapılan işlemin maksat bakımından kanuna aykırılığı açık olduğundan ..... bozulmasına .....<sup>24</sup>» esbabı mucibesıyla iptal etmiştir.

Bir başka hâdisede: Köyün hayvanlarına yem olan yonca tarlası olarak kullanılmak için kamulaştırılan tarlanın, kamulaştırma gayesine, aykırı olarak arpa ekilmek için ortağa verilmesi üzerine, bedelin iadesi suretiyle tarlayı geri isteyen sahipleri bu taleplerinin reddedilmesi üzerine açtıkları dâvada Danıştay 6 ncı dairesi 28/10/1952 tarihli ve 51/2835, K: 52/1720 sayılı kararı ile ve «Köy Kanunu gereğince yapılan

20) de LAUBADERE (A.), *Traité de Droit Administratif* 1953, s. 388-392.

21) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 211 ve 1113-1115.

22) K.D., sayı 30, s. 41.

23) K.M., sayı 23, s. 37. (Aynı Kararın Tahlihi için Bk: R. Sarıca, *Ist. H.P.M.* 1943, s. 789-793).

24) K.D., sayı 36-37, s. 213.

kamulaştırma sonunda kamulaştırılan gayrimenkulün kamulaştırma gayesinden başka bir gayeye hasrı halinde iade edileceği hususunda işbu kanunda ayrıca bir sarahat bulunmaması» sebebiyle dâvayı reddetmiştir<sup>25</sup>.

Bu esbabı mucibeye iştirak edememekteyiz. Bir kere şuna işaret edelim ki; hâdisede birer idarî tasarruf olan Menafii Umumiye ve İstimlâk Kararına itiraz edilmemekte, bilâkis bunları esasında tam ve sahih oldukları kabul edilmekte ve fakat hukuka uygun olarak tatbik ve tahakkuk ettirilemediğinden şikâyet olunmaktadır. Burada bahis konusu olan şey, istimlâkin aksine olan ve Fransız Hukukunda Rétrocession (Remise) - İadeten Türk veya daha doğru olarak eski sahibine tanınan iadeten istirdat hakkıdır<sup>26</sup>. «Mal sahibinin geri alma hakkı» başlığını taşıyan 1956 tarihli ve 6830 sayılı Yeni ve Umumi İstimlâk Kanunumuzun 23 üncü maddesinden evvel Rétrocession hakkından mevzuatımız arasında her ne kadar yalnız 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanununda (m. 22) bahsedilmekte idi ise de, Rétrocession hakkı bir kanunda tasrih edilmemiş olsa bile, istimlâk muamelesinin mahiyeti ve maksadı icabı olarak tekmlil istimlâklerde mevcut addedilmek lâzımdır. Nitekim sayın Doç. Dr. L. Duran da bu fikri müdafaa etmekte, ve şöyle demektedir: «İstimlâk, ancak âmme menfaatine tahsis edilmek kayıt ve şartıyla tecviz edilmiş istisnâî ve fevkalâde bir iktisap yoludur; gayeden inhiraf, muamelenin sebep ve mesnedini bertaraf edeceğine göre, gayrimenkulün eski sahibine talep vukuunda red ve iadesi tabii ve mecburi olmalıdır»<sup>27</sup>. Bu itibarla kararın yukarıda zikrettiğimiz esbabı mucibesine katılamıyoruz. Köy Kanununda «Rétrocession» hakkının zikredilmemiş olması, köy

25) K.D., sayı 58, s. 203. Nitekim Temyiz Mahkemesinin İçtihadı da merkezdedir. Gerçekten: Meselâ Temyiz 5 inci Hukuk Dairesi 9/7/1953 tarihinde verdiği 3380 sayılı kararında «... Kararnamede bir hüküm bulunmadığı, ve 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanununun 22 nci maddesindeki hükmün 1295 tarihli kararnameye göre yapılan istimlâklere de tesmil edileceğine dair bu kanunda bir kayıt ve sarahat mevcut olmadığı halde, 3710 sayılı kanun hükümlerine istinaden hüküm verilmesi yolsuz olduğundan, bozulmasına.....» denmektedir. Maamafih 1956 tarihli ve 6830 sayılı Umumi İstimlâk Kanunumuzun 23 üncü maddesinde «Retrocession» hakkına sarahaten yer verilmekle bu eksiklik ve aksaklık giderilmiş bulunmaktadır.

26) Nitekim Fransada, 1841 tarihli İstimlâk Kanununu ilga eden 8 Ağustos 1935 tarihli Décret-Loi istimlâk maksadının 10 senede tahakkuk etmemesi halinde eski sahibine gayrimenkulünü geriye talep etmek hakkını tanımaktadır.

Bu husus ve bununla ilgili Mahkeme İctihatları için bilhassa Bak: MAISONNIER (L.) De la Remise En matière d'Expropriation pour Cause d'Utilité Publique, Paris 1954.

27) DURAN (L.), Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları İst. Barosu Dergisi Temmuz - Ağustos 1953, s. 354.

istimlâklerinde eski maliklere bir iadeten istirdat salâhiyetinin tanınmıyacağını ifade etmez. Maamafih, kanaatimizce bu dâva, Danıştayca gene de salâhiyet noktasından reddedilmeliydi. Zira istimlâk edilen gayrimenkulün mülkiyetini neticeten İdareye nakleden nasıl Adliye Mahkemesi ise bu intikale cevaz veren maksat ve gayeden fiilen inhiraf edildiği zaman da, mülkiyetin eski sahibine red ve iadesini temine salâhiyetli merci gene Adli Kaza olmalıdır. Nitekim, bizim Uyuşmazlık Mahkemesi de bu esası müstakar bir içtihatla benimsemiştir<sup>28</sup>. Ancak iadeten istirdat salâhiyeti Fransada sadece eski mal sahibine tanınmakta, ve İdarenin tek taraflı olarak gayrimenkulü red hususunda bir yetkisi bulunmamaktadır. Halbuki bizde, Temyiz Mahkemesi bir tevhidî içtihat kararıyla sarahaten<sup>29</sup>, Devlet Şûrası da bir kaç karariyle zımnen, İdarenin istimlâkten vazgeçmek suretiyle bir taraflı olarak böyle bir salâhiyete sahip bulunduğunu maalesef kabul etmiştir. Gerçekten, İdarenin tek taraflı olarak istimlâkten rucuu, Temyiz Mahkemesinde bahis konusu olmuş, ve muhtelif daireler çeşitli kararlarında rücu hakkının ne zamana kadar devam edebileceğine dair farklı içtihatlarda bulunmuşlardır<sup>30</sup>. Bunun üzerine mesele, Tevhidî İçtihat yoluyla Temyiz Umumî Heyetine intikal etmiş, Umumî Heyet de 26/11/1947 tarihli oturumunda verdiği kararda: Bilhassa bedelin yükseltilmesi üzerinde durmuş, bedelin yükseltilmesinin Belediyelere kudretleri üstünde malî bir külfet yükletebileceğini ve bunun da Belediyelerin, iş programlarını bozabileceğini gözönünde tutarak, İdareye rücu imkânı tanımakla beraber, tekemmül etmiş bir istimlâkte mâlikin de menfaatleri bulunduğunu nazara alarak şu neticeye varmıştır: «Kamulaştırma işlerinde kamulaştırılan gayrimenkulün İdare namına teşçilinden evvel itiraz hakkı sahiplerine usulen yapılan tebligat üzerine özel kanunlarda tayin edilen sukutu hak müddetine itiraz etmeden geçirenlere ve dâva vukuunda buna dair verilecek hükmün kesinleşmesine kadar İdarenin kamulaştırma tasarruflarında bir taraflı olarak vazgeçmeye hak ve yetkili bulunduğuna...» hükmetmiştir. Her şeyden evvel şunu söyleyelim ki: İstimlâkten vazgeçme gibi idarî bir muameleyi mutlak bir esasa bağlamağa ve bunu Tevhidî İçtihad konusu yapmağa kanaatimizce adliyenin salâhiyeti yoktur. Bu itibarla bu Tevhidî İçtihad, Anayasanın kabul ettiği idarî rejim ve (İdare ile Adli Kaza Ayrılığı) prensipine aykırıdır. Saniyen, muhterem hocamız Ord. Prof. Dr. S. S. Onarın da işaret ettikleri gibi, bu Tevhidî İçtihad kararı; İda-

28) Uyuşmazlık Mah. 11/12/1952 (R.G. 2 Mart 1953-8548).

29) Bu tevhidî içtihat kararı için Bk. R.G., sayı 6877.

30) Teferruat için Bk. ONAR (S.S.), s. g. e., s. 1120-1121.

renin hakem veya ehli-vükuf tarafından takdir edilen bedeli fazla gördüğü, ve fakat Temyizde kaybetmek ihtimalini düşünerek rücu edeceği halde, bizzat İdarenin aleyhindedir. Nihayet, vazgeçme kararına âmme hizmet ve menfaatlerinden evvel ve ziyade mali endişeler hâkim olacak demektir ki, kanaatimizce bu âşikâr bir Détournement de Pouvoir halini Tevhidi İctihad yoluyla mümkün kılmak ve himaye etmekten başka bir şey değildir. Bu Tevhidi İctihad kararının İdarî Kazayı bağlamaması gerektiği ortadadır. Buna rağmen maalesef Devlet Şûrasının bazen bu Tevhidi İctihad kararına dayanarak karar verdiği görülmektedir. Meselâ sigara fabrikasına hasr ve tahsis edilmek üzere Tekel Genel Müdürlüğü tarafından kamulaştırılan bir yerin, Bakanlar Kurulunca fabrika yapılmasından vazgeçilmesi üzerine, İdare namına teşçil edilmiş olan bu yerin, aradan 3-4 sene geçtikten sonra kamulaştırılmasından vazgeçilmesi dolayısıyla, gayrimenkulün eski mâliklerinin istimlâkten vazgeçme kararı aleyhine açtıkları bir iptal dâvası münasebetiyle, Danıştay 6 ncı dairesi 19/11/1952 tarihli ve E: 51/1315, K: 52/1928 sayılı kararıyle; «İstimlâk bedelinin tezyidi hakkında ihtilâfın Adli Mahkemede tetkik edilmekte bulunduğu esbabı mucibesine, yani Temyiz Mahkemesinin yukarıda zikrettiğimiz Tevhidi İctihad kararına dayanarak, dâvayı reddetmiştir<sup>31</sup>. Bu kararın, İdarenin icraatının maksada uygunluğu konusunda mevcut olan teorik ve pozitif esaslara ve bizzat Devlet Şûramızın maksat unsuru bakımından mevcut olan mustakar içtihatlarına aykırı olduğu âşikârdır. Gerçekten istimlâkten vazgeçme kararlarına âmme hizmet ve menfaatlerine tamamen yabancı maksatların hâkim olması halinde, bu görüşte ısrar ettiği takdirde, Devlet Şûrasının kendini salâhiyetsiz göreceği ortadadır.

Nihayet bazı hallerde, İdare Mahkemesi kanundan değil, fakat bizzat kullanılan salâhiyetin mahiyetinden, bu salâhiyetin zımnî gayesini istihraç ile, buna yabancı bir maksatla yetkinin kullanılması hallerinde «Yetkinin Saptırılmış olduğuna hükmetmektedir. Bunun tipik misallerini İdarenin zabıta tasarruflarında görmek mümkündür<sup>32</sup>. Meselâ Devlet Şûrası 5 inci dairesi 30/4/1943 tarihli ve 43/951 sayılı kararıyle; Belediyenin haiz olduğu sağlık zabıtası yetkisini, bu yetkinin maksadına aykırı bir şekilde kullanılmasıyla yaptığı bir muameleyi iptal etmiştir. Devlet Şûrası, dâvacının sahip olduğu bir hanın altındaki dükkânda gıda maddelerinin satışını meneden Belediyenin, bu suretle Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 189 ve 191 inci maddelerinin derpiş ettiği maksat (Sağlık

31) K.D., sayı 58, s. 206-208.

32) Zabıta Tasarruflarında Maksat Unsuru İçin Bk: ONAR (S.S.), s. 1058.

Maksadı) dışında bir karar verdiğini belirtmiş, ve bu itibarla kanunun ruh ve maksadına uygun olmıyan bu men muamelesini iptal etmiştir<sup>33</sup>.

Devlet Şûrası 6 ncı dairesinin 22/2/1947 ve 42/404 sayılı ve zabıta salâhiyetiyle ilgili bir başka kararında ise şöyle denmektedir: Belde sakinlerinin sıhhat ve selâmetini temin bakımından Belediyenin bir takım kararlar ittihazına yetkileri mevcut ise de, bu yetkiler tamamen muayyen olup, taşocağından kopacak herhangi bir taşın bir evi yıkmak tehlikesinin mevcudiyetinden bahisle, evi kapatmak bunun dışında kalır<sup>34</sup>.

„ İşte bu suretle, Türk Devlet Şûrası içtihadlarına göre, tamamen umumî ve nisbeten hususî olan maksatlara mugayir olarak İdarenin Yetkisini Saptırması hallerinin tetkikini bitirmiş bulunuyoruz. Ancak bu bölüme son vermeden önce, Kanunun Maksat cihetinden ihlâlinin bir şekli olan ve Fransız Hukuk literatüründe Détournement de Procédure - Usulün Saptırılması olarak adlandırılan bir mefhuma, ve bununla ilgili içtihadlara ayrı bir başlıkta yer vermeyi yerinde buluyoruz.

### ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

#### Usulün saptırılması mefhumu ve bununla ilgili içtihadlar

##### § 1. MEFHUMUN TARİFLERİ VE FRANSADAKİ DURUM

Fransız Devlet Şûrasının yüz elli senelik çalışmaları sonunda müessir bir şekilde İdarenin kazaî kontrolü işini başardığı malûmdur. Devlet Şûrası Kanunumuzun da kabul ettiği bu nazariye sayesinde idarî makamların herhangi bir kararını salâhiyet, esas, şekil ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırı olmaları halinde iptal ettirmek mümkündür. Bununla beraber Fransada bu konuda yapılan çalışmalar durmamış, ve İdarenin kazaî kontrolünü sağlamak için başka imkân ve vasıtalar ortaya çıkmıştır. İşte bunlardan biri de memleketimizde de kendini sık sık gösteren «Détournement de Procédure - Usulün Saptırılması halidir.

Fransız İdare Hukuku profesörü A. de Laubadère'e göre: «Birbirinden farklı ve kendine mahsus tatbik şartları olan, ve fakat aynı maksadı elde etmeğe elverişli olan iki usulden, İdare kendisine daha avantajlı ve istifadeli olanından, ve sadece bu sebeple faydalanırsa, burada Usulün Saptırılması hali vardır<sup>35</sup>. Memurun kendini müdafaası gibi usulü ber-

33) K.M., sayı 22, s. 386.

34) K.D., sayı 35, s. 136.,

35) de LAUBADERE (A.), Traité de Droit Administratif 1953.

taraf etmek için herhangi bir İdarî tedbirin arkasına gizlenmiş olan azil kararı, İdareye pahalıya mal olabilecek bir istimlâk yerine herhangi bir arazinin muvakkat şekilde işgal edilmesi bunun ilk akla gelen misalleridir. Şu halde Prof. M. Waline birlikte şöyle diyebiliriz: «Usulün Saptırılması; kanunî ve fakat daha uzun ve masraflı... olan usul yerine, kanunun derpiş ettiği mevzudan ayrılmış muayyen bir idarî usulün kullanılmasıdır»<sup>36</sup>. Derhal şunu söyleyelim ki: Bu durum, uzun zaman, İdarenin Yetkisini maksadına uygun şekilde kullanmaması «Détournement de Pouvoir» vaziyeti içinde tetkik edilmiş, ve ancak Fransız Doktrin ve İçtihadlarının gayretleriyle ve zamanla, ayrı bir iptal sebebi olarak ortaya atılmıştır. Beurdeley, bu konu ile ilgili olan tezinde<sup>37</sup> Usulün Saptırılmasına misal olarak iki kategoriyi birbirinden ayırmaktadır: 1 — Bazı hallerde kanun, muayyen maksat için ve muayyen şartlar altında İdareye bir usulü kullanmasına müsaade ettiği halde, İdarenin bu şartlar dışında, hususî ve malî bir takım maksatları tatmin için, bu usulü kullandığı görülebilir. Burada usulün kanunun tahsis maksadından inhiraf ettirildiği (Déviation de Procédure) görülür. Bu konuda Fransız Devlet Şûrasının 7 Ağustos 1925 tarihli «Crouzillac» kararını zikredebiliriz. Hâdise şudur: 1916 senesinde Fransız Harbiye Vekili, Devlete ait bir barut fabrikasının yanında bulunan ve hususî bir şahsa ait olan arsayı kiralamış, mukavelenin sonunda bu arsayı, kiralanmadan evvelki vaziyetinde iadeyi taahhüt etmiştir. İdare, daha pahalıya mal olacak eski hale getirme masrafından kurtulmak maksadiyle, istimlâk yolundan istifadeye karar vermiş, fakat Devlet Şûrası yukarıdaki kararıyla istimlâk usulünün, bu usulün İdareye verilmesine esas olan maksat dışında kullanıldığından Menafii Umumiye kararını iptal etmiştir<sup>38</sup>. Görülüyor ki, burada salâhiyetin ve usulün maksada aykırılığı halleri birbirine sıkı şekilde bağlıdır.

2 — Bazı hallerde ise İdare, kanunun derpiş ettiği normal usul yerine, kanunun bundan farklı haller için tanzim ettiği, ve fakat kendisine daha kolay, elverişli ve serî olan usule başvurur. Burada herhangi bir usulden inhiraftan ziyade, bir usulün yerine başka bir usulün ikamesi (Substitution de Procédure) durumu vardır. İdarenin istimlâk yerine muvakkat işgal yoluna gitmesi bunun misalidir. Nitekim Fransız Devlet Şûrası, 9 Ocak 1925 tarihli «Ravier et Ribonot» kararile İdarenin daha uzun süren ve arsanın temellükünden evvel hususî bir heyet tara-

36) WALINE (M.), *Traité de Droit Administratif* 951, s. 391.

37) BEURDELEY (M.), *Le Détournement de Pouvoir dans l'Intérêt Financier et Patrimonial de l'Administration*, Thèse Paris 1928, s. 106-107.

38) *Leb.* 1925; s. 824 (Beurdeley'den naklen).

fından takdir edilen tazminatı tevdi etmek mecburiyetini yükleyen istimlâk yerine, daha evvel bir tahkikat icap ettirmeyen ve ancak muvakkat işgalin sonunda irae edilecek zararın mukabilinde bir tazminat ödemeyi tazammun eden muvakkat işgal usulünün kullanılmasını yerinde bulmamış ve bu kararı iptal etmiştir<sup>39</sup>. Bunun gibi, Fransız Devlet Şûrası, 4 Kasım 1949 da verdiği bir kararla: Bir Belediyeye yiyecek temin eden bir müteahhidin akde riayetsizlik etmesi halinde, kendisi hakkında mukavelede derpiş edilen müeyyideler yerine istimval hükümlerinin tatbiki muamelesini iptal etmiştir<sup>40</sup>.

## § 2. TÜRK DEVLET ŞÛRASI İÇTİHADLARINA GÖRE USULÜN SAPTIRILMASI VE ÖNEMİ

«Usulün Yerinde Kullanılmaması» veya «Usulün Saptırılması mefhumu Türk İdare Hukukunda» bugüne kadar yazılı bir şekilde yer almamakla, ve bu mefhumla ilgili hâdiseler daha ziyade Yetkinin Saptırılması, yani Maksat cihetinden aykırılık mefhumu içinde mütalâa edilmekle beraber tatbikatta, bu halin mevcudiyetini gösteren hâdiselere rastlanıyor, ve çoğunda Devlet Şûramızın iptal kararı verdiği görüyoruz. Nitekim meselâ: Eceabad Havzasının yolunun inşaat ve tamiri için, 1331 tarihli kanunu muvakkatine göre muvakkat işgal yapılmak lâzım gelirken, istimlâk yoluna gidilmesinde Devlet Şûrası isabet görmemiş ve Menafii Umumiye kararını iptal etmiştir<sup>41</sup>. Görülüyor ki burada, yukarıda zikrettiğimiz Ravier et Ribonet kararına konu teşkil eden hâdisede olduğu gibi, istimlâk (Substitution de Procedure) hali içindir. Bunun gibi, imar plânına göre, ileride yeşil saha olacak diye İdareyi fazla külfetlerden vikaye gibi malî endişelerle bu yerin malikine birden fazla inşaat için ruhsat vermemek kararı da Yüksek İdarî Mahkemece iptal edilmiştir<sup>42</sup>. Dikkat edilirse bu karara konu teşkil eden hâdisede ise Fransız Devlet Şûrasının «Crouzillac» kararı hâdisesindeki gibi, bir (Déviation de Procedure) hali vardır. Bundan başka, beş senelik bir imar plânına arazisi ithal edilmemiş olan bir arazinin mali-

39) BEURDELEY (M.); s. g. e.; den naklen; s. 110.

40) ODENT (R.); Contentieux Administratif; Paris 1954; Fascicule III; s. 624 den naklen.

41) D.Ş.; 6 ncı dairesi 23/11/1946 T. ve 46/390 sayılı (Kararlar Dergisi; s. 34; s. 152-153).

42) D.Ş.; D.D.G.K. nın 18/5/1951 tarih ve 49/319; 51/271; (Kararlar Dergisi; sayı 50-53; s. 131-1).



kine inşaat ruhsatı vermeyen Kayseri Belediyesinin kararının da iptal edildiğini görüyoruz<sup>43</sup>. Derhal şunu söyleyelim ki: Yüksek İdarî Mahkememizin kararlarına konu teşkil eden bu hâdiselerde Usulün Saptırılması halleri âşikâr olmakla beraber, bu mefhum henüz ne mevzuat ve ne de Doktrinimizde yer aldığı için, mezkûr Devlet Şûrası kararlarında iptal sebepleri «Maksat ve esasa aykırılık», «Gayrimenkul mülkiyetini takyid» ve hukuk kaideleri ve adalet ve nasafet prensipleriyle kabili telif olmama gibi çeşitli formüllerle gösterilmektedir<sup>44</sup>.

Burada şunu söyleyelim ki; kısaca tetkik ettiğimiz Usulün Saptırılması vâkiasının müeyyideye bağlanması bilhassa memur statüsü ve teminatı bakımından çok büyük önemi haizdir. Bilindiği gibi, Memur Statüsünün tanziminde hizmetin icapları gözönünde bulundurulmakla beraber, memurun hal ve istikbadeki menfaatlerinin ve bunların teminatının da nazara alınması, yani hizmetin icap ve menfaatleriyle memurun menfaatlerinin telif olunması lâzımdır. Aksi halde hizmetin icap ettirdiği bilgi ve ihtisas ve aynı zamanda karakter bakımından kuvvetli bir memur kütlesine sahip olmağa imkân yoktur. Şu halde; Memur Statüsünün bir taraftan hizmetin iyi yürümesini temin edecek, diğer taraftan da memurların keyfi ve indî muamelelere, menfaatlerini ve istikballerini tehdit edecek değişikliklere maruz kalmamalarını, sükûn, huzur ve emniyet içinde çalışmalarını sağlayacak hükümler ihtiva etmesi gerekmektedir. Bütün hayatını, varlığını, ve istikbalini âmme hizmetine hasretmiş olan ve her türlü akdî himayeden mahrum bulunan memura bir teminat vermek zarureti ortadadır. Demokrasi rejiminde memuru her türlü keyfi müdahale ve tazyiklerden korumak lâzımdır. Memurun partiler ve siyasî cereyanlar karşısında istiklâl ve bitaraflığına malik olması; ve bu cereyanların tesiri altında kalmaması, bizzat Demokrasinin ve aynı zamanda Cemiyet hayatıyla âmme hizmetlerindeki devam ve istikrarın en büyük teminatını teşkil eder<sup>45</sup>.

Memleketimizin mevzuatı bu cepheden tetkik edilirse müşahede edilecek durum şudur: Bugün de yürürlükte bulunan 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurun Kanununun neşrine kadar mevcut olan, ve sebep bakımından İdareyi tamamen serbest bırakarak memurun istikbal ve mukadderatını âmirin keyfi ve indî takdirine bırakan «azil» müessesesi bu kanunun 59 uncu maddesiyle kaldırılmıştır. Eski âmil müessesesinin

43) D.Ş.; D.D.G.K.; 29/2/1952; 50/441; 52/71 (İstanbul Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Arşivi).

44) Nitekim yukarıda zikrettiğimiz kararlarda da bütün bu formüllere rastlamak mümkündür.

45) ONAR (S.S.); s. g. e.; s. 797;

maksadını temin için Memurin Kanunumuzun 1777 ve 2919 sayılı kanunlarla tâdil edilmiş olan 60 ncı maddesine göre Bakanlık emrine alma ve memuriyetten ihraç müesseseleri kabul edilmiştir <sup>46</sup>.

Azlin yerine getirilen ihraç müessesesinin arzettiği teminat şudur ki: «Azil» sebebe müstenit olmayan ve âmirin tamamen takdirine dayanan bir muamele olduğu halde, «İhraç» muayyen ve mahdut kanunî sebeplere dayanan ve kazaî usullere göre çalışan komisyonların yapabildiği bir muameledir. Hattâ siyasi beyanat ve neşriyatta bulunan memurların tardedilmeleri için bu hususun mahkeme hükmü ile sabit olmasını, Memurin Kanununun 9 uncu maddesi şart koşmaktadır. Bu suretle; Vekâletlerin Hususî Kalem Müdürleri dışında hiç kimsenin serbestçe vazifelerinden uzaklaştırılması imkânı mevcut değildir. Diğer taraftan, Memurin Kanunumuzun ilk şeklinde ancak Valiler gibi muayyen memurların Bakanlık emrine alınması imkânı tanınmışken 1777 ve 2919 sayılı kanunlarla bu müessese genişletilmiş ve bütün memurlara teşmil edilmiştir. Bu arada İdare bir memuru Bakanlık emrine almak hususunda kendisine mutlak bir takdir salâhiyeti tanındığını ve bu muamelelerin kazaî kontrole tâbi olamayacağını ileri sürmüşse de, daha evvel de işaret ettiğimiz gibi, Devlet Şûramız, tek parti devrine rağmen, cesur ve ilmî bir görüşle bu muamelelerin hizmetin menfaatine alınıp alınmadığını ve muteber bir sebebe dayanıp dayanmadığını araştırarak yerinde bulmadığı bir çok Bakanlık emrine alma kararını iptal etmiştir. Nitekim aynı İçtihadın Tahvil ve Emekliye ayırma muamelelerinde de gösterildiğini görüyoruz. Ancak 1951 tarihli ve 1728 sayılı bir tefsir kararıyla Devlet Şûrasının re'sen emekliye sevk muamelelerini sebep bakımından kontrol edemeyeceği maalesef kabul edilmiştir. Fakat, daha evvel de söylediğimiz gibi, bu tefsir kararının İdarenin diğer muamelelerine teşmil edilemeyeceği ve bütün İdarî muamelelerin Maksat unsuru bakımından İdarî Kazanın kontrolü altında olacağı, olması gerektiği muhakkaktır. 5/7/1954 tarihli ve 6435 sayılı «Bağlı buldukları Teşkilât» emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılanlar hakkındaki kanun <sup>47</sup> un adından ve hükümlerinden anlaşılacağı, ve 3. cü bölümde birinci başlıkta bizim de izah ettiğimiz gibi, sadece Bakanlık emrine alma müessesesiyle ilgili hükümleri değiştirdiği veya ortadan kaldırdığı söylenebilir. Bu itibarla memur statüsünde yer alan diğer bütün müesseselerin eskisi gibi yürürlükte kaldığı ortadadır. Aksi halde, bu kanunun memur hukukumuzda mevcut olan teminat sistemini akamete uğrat-

46) ONAR (S.S.); s. g. e.; s. 889;

47) R.G.; 8 Temmuz 1954; sayı 8749.

tığı ve 1926 da kaldırılan azil müessesesinin 1954 te yeniden ihya edildiği neticesine varmak icap eder ki bu kadar ağır bir neticeyi kabule imkân yoktur. Öyle ise meselâ: Mevcut sebeplere göre bir kimse hakkında ihraç veya başka hükümler tatbik edilmek gerekirken 6435 sayılı kanun hükümlerinin tatbik edilmesi, demin izah ve tetkik ettiğimiz «Usulün Saptırılması» halinden başka bir şey değildir. Bu konuda Fransız Devlet Şûrasının tatbikatından şu enteresan misali verebiliriz: 7 Ocak 1944 tarihli bir Ordonnance bakanlara, on beş hizmet yılını doldurmuş memurları emekliye sevk etmek hakkını tanımıştır. Bazı Bakanlar bu yetkiyi, işgal zamanındaki bazı hareketlerinden dolayı bir çok memuru emekliye ayırmak için kullanmışlardır. Halbuki işgal zamanında düşmanlara kolaylık gösteren memurları cezalandırmak için 27 Haziran 1944 tarihli bir başka Ordonnance hususî bir usul derpiş etmiştir. İşte Fransız Devlet Şûrası, 29 Ocak 1947 de verdiği bir kararla bir usul yerine başka bir usulün kullanılması halini yerinde bulmayarak iptal etmiştir<sup>48</sup>. Bunun gibi Devlet Şûramız da mazeretsiz devamsızlıktan dolayı disiplin cezası vermek gerekirken, bir memurun istifa edilmiş addedilmesi veya Bakanlık emrine alınması gibi muameleleri iptalde tereddüt göstermemiştir<sup>49</sup>. Gene, Devlet Şûramızın beşinci dairesi 4/5/1944 tarihli kararıyla (Bk. K.D., s. 19-20)..... etmeyen bir memuru, disiplin muamelesi yerine maaş ve tedavi masarflarından mahrumiyete uğratan İdarenin kararını iptal ettiğini görüyoruz<sup>50</sup>. Gerçi 6435 sayılı kanun, Bakanlık emrine almada İdareye sebep göstermek mecburiyetini açıkça yüklemiyorsa da, bir kimsenin sebepsiz yere vazifeden ayrılacağı ve İdarenin mahkemede hesap vermeyeceği söylenemez. Nitekim muhtelif vesilelerle zikrettiğimiz ve bilhassa 4 üncü bölümde işaret edeceğimiz Fransız ve Türk Devlet Şûraları içtihadı da bunu göstermektedir. Ancak 6435 sayılı kanunun taşıdığı geniş ve müphem ifadeden dolayı bütün memur teminatının ve Üniversite muhtariyetinin ortadan kaldırılmamasının tek şartı, Devlet Şûramızın hukuk kaidelerine, hakkaniyet esaslarına, ve medenî dünyanın doktrin ve içtihatlarına uygun olan eski ilmî içtihadlarının devam edebilmesindedir. Aksi halde şahsî, hissî, ve siyasi mülâhazalarla alınmış olan bütün haksız muamelelerin bile kazai kontrolün dışında kalacağı ortadadır.

48) ODENT (R.), s. g. e., s. 624 ten naklen.

49) Devlet Şûrası 5 inci dairesinin 5-10-1946 tarihli ve 44/913; 46/3625 sayılı karar; Kararlar Dergisi; sayı 34; s. 57. Bir başka karar; Kararlar Dergisi; sayı 1; s. 34-35.

50) 41/1629, 44/903. Kararlar Dergisi, sayı 26, s. 19-20.

İşte bu suretle maksat cihetinden ayrılık hallerinin memleketimizde ortaya çıkabildiği halleri müşahhas hâdiseler halinde zikredip Devlet Şûramızın içtihadını belirttikten sonra, şimdi de, ayrı bir bölümde, Takdir Yetkisine ve bu yetkinin bilhassa maksat unsuru ile nasıl bir kazaî kontrole tâbi tutulmuş olduğu, başka bir ifade ile, maksat unsurunun takdir yetkisinin bir sınırı olması meselesine temas etmek istiyoruz.

#### DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### TAKDİR SALÂHİYETİNİN BİR SINIRI OLARAK İDARENİN KUDRET YETKİSİNİN SAPTIRILMASI

#### BİRİNCİ BAŞLIK

#### Umumî olarak takdir yetkisi ve sınırları

İdare organının faaliyetlerini düzenleyen hukuk kaidelerinin bu faaliyetleri en ince teferrüatlarına kadar tanzim edemeyeceği ortadadır. Bu sebepten, sayısız denecek derecede çeşitli ihtiyaçları karşılamak mecburiyetinde bulunan İdareye bazı hallerde bir kararın veya icraatın sebebini, mevzuunu tesbit etmek, yahut bu işlerin tatbik zaman ve yerini tayin etmek hususunda bir takdir yetkisi tanımak esasen zaruridir. Bununla beraber, Hukuka bağlı Devlet telâkkisiyle müvazî bir şekilde gelişen medenî ve demokratik memleketlerdeki Doktrin ve tatbikatı, bu salâhiyetin hukuk kaideleri arasındaki doldurulması imkânsız boşluktan doğduğunu kabul etmekle beraber, bu yetkinin İdarenin hukuka bağlılığı prensipine bir istisna teşkil edemeyeceği hususunda müttefiktir<sup>1</sup>. Bu bakımdan İdarenin haiz olduğu takdir salâhiyet ve kudretini eski istibdat devirlerinin Hikmet-i Hükûmet (Raison d'Etat) telâkkisine dayanan, ve hiç bir Hukuk kaidesiyle bağlı bulunmayan takdiri, veya daha doğru bir ifade ile, keyfi karar ve icraatı ile hiç bir alâkası ve münasebeti yoktur. Prof. Waline'nin de dediği gibi: «Takdir yetkisi ne kadar geniş olursa olsun, onun hakikatte gene de asgarî olarak bir sınırı vardır ki, bu sınır, İdarenin bütün icraatında daima gözetmesi gerektiği âmme menfaati maksadıdır»<sup>2</sup>.

1) ONAR (S.S.); İdare Hukukunun Umumi Esasları; İst. 1952.

2) WALINE (M.); Le pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel (R.D.P. 1930; p. 197-223).

Bu mevzuda unutulmaması gereken prensip şudur ki: Bütün içtimai kuvvetler ancak âmme menfaati gayesine uygun olmak şartıyla meşruyet kazanabilir. Daha 1869 senesinde Aucoc, herhangi bir otorite haiz olduğu Takdir Yetkisini, bu yetkinin kendisine bahşedilmiş olduğu haller ve sebepler dışında kullandığı takdirde, bu kararın iptali gerektiğini yazmıştı<sup>3</sup>. Hukuku çok defa sadece Devletin sadık bir hizmetkârı ve vasıtası olarak telâkki eden Almanyada bile, Takdir Salâhiyetinin İdarenin aklına esen her şeyi yapmak demek olmadığı hakikati daha 19 uncu asırda teslim edilmiştir. Tezner adında bir Alman müellifi bu mevzuda yazdığı bir etüdünde «İdarenin bir işi yapıp yapmamak hususunda en serbest görüldüğü mevzularda bile haiz olduğu seçimlilik hakkının, bir buket yapmak için herhangi bir çiçek meraklısının çiçekçi dükkânında çiçek seçmekte veya midesine düşkün bir müşterinin mükellef bir lokantada listeden yemek seçmek mevzuunda haiz olduğu geniş imkânlarla mukayese edilemeyeceğini haklı olarak söylemektedir<sup>4</sup>.

İdare ve İdare adamları her şeyden evvel canlarının istediği veya istemediği şeyi değil, fakat vazifelerinin ve umumî menfaatlerin icap ettirdiği şeyleri yapmakla veya yapmamakla mükelleftir. 1914 senesinde, bugün bile tazelik ve değerini muhafaza eden Takdir Salâhiyetiyle ilgili bir etüd vücuda getiren Michoud nun da işaret ettiği gibi: «Hukuka bağlı bir salâhiyeti ifade eden takdir hakkını başıbozukluk ve keyfilikten ayıran en önemli nokta, bu salâhiyetin âmme hizmetlerinin umumîliği prensipine bağlı olmasında ve sadece âmme menfaati maksadiyle kullanılabilmesinde değil midir?

Hukuk şampiyonalarından biri olan Duguit, tatbikatta takdir yetkisinin keyfilik mânasına alınacağını tahmin edebildiği, ve fakat bundan korktuğu için, takdir salâhiyeti tâbirinden sakınmış ve hattâ bu tâbirin kullanılmamasının daha doğru olacağını söylemiştir<sup>5</sup>.

Asrımızda hukuka bağlı Devlet demek, Teşri Organın Anayasaya ve prensiplerine aykırı kanunlar çıkaramadığı, İdarenin de kanunlara ve umumî hukuk prensiplerine aykırı icraatta bulunamadığı ve bu hususların bir müeyyide ile sağlandığı devlet demektir. Memleketimizde kanunların Anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir müessese mevcut olmadığı için, Teşri Organın muhtemel Salâhiyet suiistimalleri henüz bir müeyyideye bağlanmış değilse de, İdare Organının icraatı Anayasanın 51 inci

3) AUCOC (L.); Conferences sur L'Administration et le droit Administratif faite à l'école des Ponts et chaussées 3. éme ed. Paris 1887.

4) MICHOUUD (L.); Etude Sur le Pouvoir Discretionnaire de L'Administration (Revue Generale de L'Adm. 1914; c. III; s. 9 dan naklen).

5) DUGUIT (L.), Droit Constitutionnel, 3 üncü bası, c. 2, s. 390.

maddesine dayanılarak kurulan Devlet Şûrasının Kazai murakabesi altında bulunmaktadır. İlkönce geçen asırda Fransada doğup gelişen ve Devlet Şûrası Kanunumuzda Maksat cihetinden aykırılık adıyla kabul edilen bir prensipe göre İdarenin umumî menfaatlere aykırı bir maksat güden icraatının iptal edildiği malûmdur. Bütün medenî ve demokratik memleketlerin Doktrin ve İçtihatlarında, İdarenin Takdir Yetkisini ancak umumî menfaatle sınırlı bir saha içinde kullanabileceği münakaşasız olarak kabul edilmektedir. Hizmetin ve umumî menfaatlerin icaplarına tamamen yabancı bulunan bir maksadın alınan bir karara hâkim olup olmadığını anlamak için, Salâhiyetli İdare Mahkemeleri, çok defa devamlı İdarenin kararlarındaki niyet ve psikolojik saiklerini araştırmaktadır. Nitekim Hauriou, Walter gibi müellifler bu mânada olmak üzere burada kanuna uygunluktan (Legalité) ziyade İdarenin ahlâkiyatının (Moralité) kontrol edildiğini söylememişler miydi? Gerçekten İdare ahlâkı bütün icraatın sadece umumî fayda ve menfaat gibi esaslara göre düzenlenmesi gerektiğini icap ettirmektedir.

Netice olarak kısaca şöyle diyebiliriz: İdarenin bütün faaliyetlerini en ince teferruatına kadar evvelden düzenlemenin imkân olmadığına göre, İdareye bazı hallerde, bir takdir salâhiyeti tanımak zaruridir. Fakat bugün artık geçen yüzyıl boyunca Fransız İdare Hukukunda kabul edilmiş, ve eski istibdat devrelerinin bir yadigârı olan (Actes d'Administration pure) İdarenin tamamen takdirî tasarruflarının bulunabileceği reddedilmektedir. Zira bir muamelenin bütün unsurlarında Takdir Salâhiyetinin mevcudiyeti düşünülemediği gibi, böyle bir şey hukuka bağlılık prensibi ile de telif edilemez. Bu itibarla bugün «Hükümet Tasarrufları» denen ve sahaları gitgide daralttırılarak pek istisnâ ve fevkalâde hallere inhisar ettirilen muamelelerin dışında bütün idarî kararlar Kazai murakabeye tâbit utulmaktadır. Nitekim, meselâ bizim 3710 sayılı Belediye İst'ımlâk Kanununun 7 nci maddesinde Menafli Umumiye Kararına karşı dâva açılmıyacağı açıkça ifade edildiği halde, müelliflerimiz ve Devlet Şûramız bu hükmün İdareye bahşettiği Takdir Salâhiyetinin tasarrufun bütün unsurlarına şamil olamayacağını, ve bu sebeple salâhiyet ve şekil ve Maksat cihetlerinden bu gibi muamelelerin dâva konusu olabileceğini içtihat etmiştir. Diğer taraftan Fransız Devlet Şûrası bir hususta İdarenin Taksir Yetkisinin mevcudiyetine rağmen, bu tasarruf veya muameleden fertler için ağır ve hususî bir zarar doğmuşsa İdareyi tazminata mahkûm etmektedir. Mezkûr Şûranın meselâ: 1923 tarihli Couitéas kararı bunu göstermektedir 6.

6) Karar için Bak. SARICA (R.): s. g. e.; s. 241 dd;

Demek oluyor ki, İdarenin Takdir Yetkisi, hiç bir zaman mutlak olmadığı gibi, takdire taallük eden unsurlar üzerinde bile tazminat gibi istisnai ve dolayısıyla bir kazaî kontrol icra edebilmektedir. Hauriou'nun da dediği gibi: «İdarenin haiz olduğu Takdir Yetkisinin muhtelif dereceleri mevcut olmakla beraber, İdarenin hiç bir zaman sınırsız bir takdir hakkına sahip olduğu düşünülemez<sup>7</sup>.

Bu mânada olmak üzere Duguit, daha 1923 te, şöyle demektedir: «Fikrimce, Modern Fransız Hukukunda yalnız keyfî muamelelerin değil, hattâ tamamen, takdiri tasarrufların da bir yeri olmadığı ısrarla söylenmek lâzımdır. İdarenin elindeki takdir hakkı bazan epeyce geniş bile olsa, âmme hizmetlerine yabancı, ve hattâ bu yetkinin tanınması gayesine yabancı bir maksadla kullanılamaz. «İdare Mahkemelerinin İctihatları ve Doktrin tetkik edilirse bu konuda bazı esaslara varmak mümkündür. Herhangi bir karar alan İdarenin bu kararın mutlaka uygun olup olmadığını araştırmak imkânının tanınması zaruridir. Aksi halde İdare, idraksiz şekilde çalışan bir otomat durumuna sokulmuş olur. Bazı müellifler böyle hallerde hakikî bir takdir yetkisi görmekle beraber, Duguit bu tâbirin İdare edilenlerin İdarenin tamamen keyfine ve iradesine bırakıldığı zehabını uyandıracığından endişe ettiği için, bu tâbiri sevmediğini söylemekte, ve matlûba uygunluğu takdir hürriyetinin (Liberté d'Appreciation de l'opportunité) bazı hallerde epey geniş, bazı hallerde ise epeyce tahdit edilmiş olacağına işaret etmektedir<sup>8</sup>.

Kanun, memurun hangi şartlar ve hallerde salâhiyetini kullanabileceğini açıkça göstermişse bu takdirde İdarenin bağı bir salâhiyeti (Compétence Liée) vardır. Halbuki bazı hallerde İdareye geniş bir takdir imkânı tanınarak alacağı kararın oportünitesini araştırmak yetkisi verilmiştir. İşte bu gibi hallerde, İdarenin Takdir Yetkisi mevcut olmakla beraber, memurun tamamen serbest olduğu gene de söylenemez. Zira, bu halde memur herhangi bir âmme hizmeti maksadını güdebilir. Fakat âmme hizmeti dışında herhangi bir gaye güdemez. İşte bu mânada olmak üzere Otto Mayer, İdarenin kanuna tabiliğinin her zaman aynı olmadığını söylemiştir. Gerçekten, kanun muayyen halleri derpiş etmişse burada artık bir takdir yetkisi bahis konusu olamaz. Kanun muayyen gayeler göstermişse İdare, sadece bu maksatlarla bağı olarak takdir salâhiyetini kullanabilir. (Pouvoir Discretionnaire lié - Gebunden Ermessen). Kanun vazı takip edilecek gayelere hiç işaret etmemişse burada nisbeten serbest bir takdir yetkisinden bahsedilebilir (Pouvoir

7) DUCUIT (L.): s. g. e.; s. 300 den naklen.

8) DUGUIT (L.), s. g. e., s. 301-303.

Discretionnaire Libre - Fries Ermessen) <sup>9</sup>. Fakat bu da sınırsız değildir. Çünkü, İdarî muamelelerde maksat unsuru bakımından bir takdir yetkisi bahis konusu olamaz. Zira, bu unsur bir hususiyet arzeder: O da daima âmme menfaat mülâhazasına müstenit olmasıdır. Âmme menfaati ise muhtelif şekillerde tezahür edebilir. Fakat böyle tasrih edilmeyen hallerde İdareye mutlak takdir salâhiyeti tanınmış olduğu söylenemez. İdarenin her tasarrufu behemehal âmme menfaatini ve âmme hizmetini istihdaf etmek mecburiyetindedir. Bu itibarla kanun koyucu bir muamelenin maksat unsurunu göstermemiş olduğu halde de İdarenin umumî maksadı olan âmme menfaati ve âmme hizmeti maksadı gene de mevcut farz olunur. Şu halde maksat unsuru bakımından takdir salâhiyeti olamaz. Bu noktada İdare her zaman bağı bir salâhiyete sahip bulunmaktadır <sup>10</sup>.

Öyle ise Takdir Salâhiyetinin daimî ve dahilî sınırı maksada sadakattir <sup>11</sup>. Nitekim bunu bütün İdare Hukuku müellifleri kabul etmektedirle <sup>12</sup>.

9) RODO, (L.), LOPEZ. Le pouvoir Discretionnaire de l'Administration, R.D.P. 1953; No. 3; s. 573.

10) Sayın Prof. Sarıca; İdarî Tasarrufun Maksat unsuru bakımından da İdarenin bazan bir takdir salâhiyeti olabileceğine işaretle şöyle demektedir: «Şayet mevzuat İdareye tasarrufu kültürel; sıhhi veya inzibati maksatlarla yapılabileceği hususunda bir ihtiyar tanımışsa; İdarenin «Umumi menfaat» çerçevesi içinde kalmak şartıyla; Maksat unsurunda Takdir salâhiyeti bulunduğu ileri sürülebilir». Görülüyor ki muhterem hocamız mevzuatın derpis ettiği nisbeten hususi mahiyet arzeden menfaatler bakımından bir takdir yetkisi tasavvur etmekle beraber; umumi menfaat çerçevesi dışında bir takdir yetkisi kabul etmemek suretiyle İdarenin umumi maksadı olan âmme menfaatli bakımından bir Takdir Yetkisinin mevcudiyetinden bahsetmemektedir. (İdare Hukuku Methal 1950-1951 Ders Yılı Takrirleri s. 80).

İşte bu mânada olmak üzere sayın Ord. Prof. Dr. S.S. Onar şöyle demektedir: «Tasarrufun Maksat unsurunda Takdir Salâhiyeti bahis mevzuu olamaz. Çünkü maksadın âmme menfaati olması bütün tasarrufların müsterek bir unsuru ve İdarenin mümeyyiz vasfıdır». (ONAR; s. g. e.; s. 304).

11) RODO; L. LOPEZ; s. g. m.; s. 579.

Nitekim İspanya Yüksek Mahkemesi İçtihatlarındaki gelişme de bu yöndedir. Meselâ mezkûr mahkeme 8 Mart ve 11 Nisan 1944 tarihli kararlarında Takdir yetkisinin kullanılmasını telkin eden saikin (Mobile) daima umumi menfaatlerin tatmini olmak lâzım geldiğine işaretle; İdarenin keyfi şekilde hareket edemeyeceğini ifade etmiştir. Yine aynı Yüksek Mahkeme (Tribunal Suprême) 21 Haziran 1944 tarihli bir başka kararla «Kullanılan vasıta ile Maksat arasındaki uygunsuzluk sebebiyle» Bir Belediye Kararını iptal etmiştir. Görülüyor ki devrimizin en totaliter rejiminde bile takdir yetkisi sınırlı bir mânada alınmaktadır.

12) ONAR (S.S.); s. 310; DEUZ-DEBEYRE No. 323; İstanbul 1941; s. 69-71; MUSLIHİDDİN ADİL; Hukuku İdare 1933; s. 117-118.



## İKİNCİ BAŞLIK

## İçtihadlara göre takdir yetkisinin sınırları

## § 1. MAKSAT UNSURU BAKIMINDAN

Yukarıda verdiğimiz izahat, gözönünde tutulursa, İdareye ne kadar geniş takdir yetkisi tanınırsa tanınsın, İdarenin bütün karar ve icraatının kazaî murakabeye tâbi tutulabileceği ortadadır. Nitekim kısaca hülâsa ettiğimiz esasların Devlet Şûramız kararlarıyla teyit edildiğini görüyoruz. Gerçekten, meselâ Devlet Şûrası 6 ncı dairesinin 7/5/1947 tarihinde ittihaz ettiği E. 46/1820, K. 47/1065 numaralı karariyle<sup>13</sup> bazı şahısların bahçelerini kolaylıkla sulayabilmelerini temin için, o yer Belediyesinin verdiği bir İstimlâk Kararını iptal ettiğini görüyoruz. Yukarıda ifade ettiğimiz esas ve prensiplerin bu dâva dolayısıyla kanun sözcüsü tarafından çok güzel bir şekilde tekrar edildiğini görmek mümkündür. Kanun sözcüsüne göre «gerçi 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanununun 7 nci maddesi Genel Menfaat Kararlarının ittihazında İdarenin takdir yetkisi bulunduğunu tasrih etmekteyse de bu takdir hakkının hizmetin nef'ine yabancı gayeler için kullanılması memnudur. Nitekim anılan kanunun 1 inci maddesi ne gibi hallerde Belediyelerin kamulaştırmaya yetkili olduğunu açıkça belirtmektedir. Bir kaç bahçenin sulanmasını temin için dâvacının arazisinin kamulaştırılması cihetine gidilmesi bu hallerden hiç birine tetabuk etmemektedir. Şu vaziyet karşısında salâhiyetin saptırıldığı neticesine varılmaktadır. Böyle hallerde ise takdir hakkı mevcut bulunmamaktadır. Nitekim 6 ncı daire bu esasları kabul etmiş, takdir hakkının yabancı gayeler için kullanılmaması gerektiği, bazı şahıslara ait birkaç bahçe veya tarlanın sulanmasını temin için menafii umumiye kararının verilmesi takdir hakkının hudutlarının açılmış olarak telâkki edilerek mezkûr kararı iptal etmiştir.

Bunun gibi, gene Devlet Şûrası 6 ncı dairesinin 7/4/1947 tarihli ve E: 46/2576, K: 47/791 numaralı bir başka kararla<sup>14</sup> aynı esasları teyit ettiğini görmek mümkündür. Belediye Encümenince verilen ve bazı arazaların kamulaştırılmasını istihdaf eden menafii umumiye kararı aleyhine açılan bir dâvada kanun sözcüsü, takdir hakkının hizmetin nef'ine yabancı gayeler için kullanılmasının memnu olduğunu işaret ettikten sonra, dâvada bahis mevzuu olan menafii umumiye kararında ne gibi

13) K.D.; sayı 36-37; s. 220-221.

14) K.D.; sayı 36-37; s. 221-222.

bir maksat için kamulaştırma yapıldığı ve hizmetin icaplarının ne yolda tayin edildiği tasrih edilmemesine göre «Salâhiyetin Saptırıldığı» neticesine varmıştır. İlgili daire ise verdiği kararında, 3710 sayılı kanunun 7 nci maddesi kamulaştırma içinde sebep belirtilmesi gerektiğini işaretle, bahis mevzuu olan dâvada encümenin ilerde herhangi bir inşaata hasredilmek üzere kamulaştırmaya lüzum gösterilmiş olup, bu keyfiyetin henüz ortada kamulaştırmayı icap ettiren bir sebep ve illet bulunduğunu izah ve ispattan uzak bulunduğu noktasından kararı «sebeb unsuru» bakımından iptal etmiştir. Maamafih 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanunu menafii umumiye kararları aleyhine maksat unsuru/ bakımından açılacak dâvaların tetkiki mümkün olup olmadığı hususunda Devlet Şûramızın İçtihatlarında tam bir birlik yoktur<sup>15</sup>.

Nitekim Devlet Şûrası 6 ncı dairesi 30/9/1954 tarihli ve 53/1722, 54/1806 sayılı kararında işin esas ve maksat bakımından incelenmesinde 3710 sayılı kanunun 7 nci maddesinin son fıkrasının mâni bulunduğu esbabı mucibesıyla dâvayı reddetmiştir. (İst. Hukuk Fak. İ.H. ve İ.İ. E. Arşivi). Aynı İçtihadın (5434 sayılı kanunun m. 36). Bilhassa emekliye sevk muamelelerinde gösterildiğine şahit oluyoruz. Bu arada meselâ Devlet Şûrası 5 inci dairesinin 6/6/1950 tarihli ve E: 49/2246 K: 50/1607 numaralı kararıyla yukarıda izah etmeye çalıştığımız esasları güzel bir şekilde ifade ettiğini görmekteyiz. Mezkûr kararda şöyle denmektedir: «Esasen herhangi bir idarî tasarrufun takdir unsurunu ihtiva etmekte olması dâvanın iptidaen ademi mes'uliyetini değil, kabul ve tetkikinden sonra ihtilâf, sırf bu unsura münhasır bulunmakta ise kazaen müdahale caiz olmayacağı neticesini doğurabilir. Diğer taraftan âmme hizmet ve menfaatlerinin icaplarına uymıyan takdir salâhiyetinin, hakkın suiistimaline cevaz vermeyen hukukî sistemimizin esasları dışında mütalâası, ve kayıtsız şartsız olarak kazaî murakabenin nüfuzundan âzade kalması hukuka bağlı Devlet prensip ve telâkkisiyle bağdaşamaz. Kaldı ki 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile 30 sene Devlete hizmet etmiş olan bir memurun re'sen emekliye çıkarılması hususunda İdareye mutlak bir yetki tanınmış olmayıp bilâkis kanun, idarî bir lüzuma müsteniden cereyan etmesi lâzım geleceğini tasrih etmiştir. Bununla beraber dâva tasarrufun sadece takdir unsuruna tevcih edilmiş olmayıp maksat bakımından da kanuniliğinin kontrolünü istihdaf etmektedir. Hiç şüphe yoktur ki, 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (C) bendi ile aradığı lüzum ya hizmet yararına bir tasarruf teminine, ve yahut randımanın arttırılmasına matuf olabilir. Birincisi memurun işgal etti-

15) ONAR (S.S.): s. g. e.; s. 1113-1114;

ği kadronun kaldırılmasıyla, ikincisi de hizmeti bu memurun hizmetini aksatmasıyla hâsıl olabilir. Hâdisede ise her iki durumdan birisi, İdari lüzumun mesnedi bildirilmek suretiyle tahakkuk ve teayyün edememiş ve bilâkis dâvası emekliye şevkinden, dört ay evvel ehliyetine binaen üst dereceye yükselmiş olduğundan maksat yönünden kanun hükümlerine uymayan ..... muamelenin iptaline.....<sup>16)</sup>

16) K.D.; sayı 46-49; s. 235-238.

Bu karardan da anlaşılacağı gibi; Devlet Şûramız Takdir Yetkisinin kullanılmasını maksat unsuru dolayısıyla murakabe etmekte ve maksada uygun olmayarak kullanılan takdir yetkisini «Hakkın sulistimali» mahiyetinde telâkki etmektedir. Bilindiği gibi hakların adalete ve içtimali gayesine uygun olarak kullanılması gerektiği esası «Hakkın sulistimaline cevaz olamaması» kaidesini doğurmuştur. Hakkın sulistimali bazıları tarafından sübjektif; (Sırf başkasını ızrar maksadı; yani sulniyetle) bazıları tarafından ise objektif (başkasını ızrar kasdı aranmadan objektif hüsnüniyet kaidesinin çizdiği hudutlara tecavüz edilmesi) bir esasa dayandırılmaktadır. Fransız M.K. da hakkın sulistimalini meneden bir kaide olmadığı için; Josserand; Saleilles gibi müelliflerin aksine olarak Planiol; Capitant; Ripert gibi hukukçular ferde kanunen tanınmış bir hakkın kullanılmasında haksızlık olamayacağını ileri sürmektedirler. Nitekim Planiol bu mânada olmak üzere «Le Droit cesse où l'abus commence» demektedir. Planiol (Ripert - Boulanger) *Traité Elementaire de droit civil* c. 2; 3. bası 1949; s. 336). Bununla beraber; Fransız Temyiz Mahkemesi daha geçen asırdan itibaren M.K.m. 1382 den faydalanarak hakkın sulistimaline meydan bırakmayan bir içtihat vücuda getirmiştir. (Bak. Josserand (L.) *de l'esprit des droits et de leur relativité; theorie dite de l'abus des droits* 2. bası; Paris 1939). İsviçre ve Türkiyede durum tamamen başkadır. Hakkın sulistimali M.K.m.2; II deki hüküm ile himayeden mahrum bırakılmak suretiyle tamamen yasak edilmiştir. Bu maddeye göre «Bir hakkın sırf gayri ızrar eden sulistimalini kanun himaye etmez». M.K. muzu aşlı olan İsviçre M.K. da «Bir hakkın aşıkâr sulistimalini kanun himaye etmez» denilmektedir. Türk Kanun koyucusunun kullandığı ifade; hakkın sulistimali mefhumunun çerçevesini daraltmış ve Arsebük, Saymen; gibi Medeni Hukuk müelliflerine göre; bu mefhumu yukarıda işaret ettiğimiz sübjektif telâkkiye kaydırmıştır. Buna mukabil Velidedeoğluna nazaran bizde «Sırf gayri ızrar eden sulistimali» tabirinin kullanılması mefhumu daraltmış ise de; kanun gene de falide behemehal kusur aramamış; yani objektif esastan ayrılmamıştır. Sayın Ord. profesöre göre «Sırf gayri ızrar maksadıyla yapılan sulistimali» denilmiyerek «Sırf gayri ızrar eden sulistimali» denilmesi bunu açıkça göstermektedir. (Velidedeoğlu; hakkın sulistimali mefhumunun nazariyat ve tatbikattaki durumu ve benzer mefhumlarla münasebeti; *İst. Baro Dergisi*; Ocak 1951; s. 151.

Fransada; bir çok İdare Hukuku müellifleri; Yetkinin Saptırılması mefhumunu hakkın sulistimaline benzetmişlerdir. Alibert Yetkinin Saptırılmasının; vazifenin; hakkın bir sulistimali olduğunu söylemiştir. (*Le détournement de Pouvoir est un abus de mandat; un abus de droit*; s. 236). Bunun gibi M. Hauriou Fransız Devlet Şûramızın bir kararını tahlil dolayısıyla yazdığı notta (*Note sous 17 Juillet 1925 Banque de France* Sirey 1925; III p.33). Hakkın sulistimali mefhumunu İdarenin; takdir yetkisini kullanmasında bu yetkiyi saptırması mânasına almakta ve hakkın sulistimali

Gene Devlet Şûrası 5 inci dairesi aynı gün verdiği E. 49/3137 K. 50/1608 numaralı bir başka kararla Haseki Hastahanesi Çocuk Hastalıkları Mütahassisının emekliye sevk muamelesini iptal etmiştir.

gibi Yetkinin Saptırılmasının da saike (Motif) bağlı meselelerden olduğunu söyleyerek idare mahkemesinin idarenin takdir yetkisini kullanmasına âmil olan saikleri tartmak; bunların makul ve haklı (Raisnable et Juste) olup olmadığını araştırmak mecburiyetinde olduğunu söylemektedir. Nitekim aynı dâvada Fransız Hükümet Komiseri okuduğu mütalâasında: Şayet hâdisede banka müdürü deruhde ettiği hizmetler ve bankanın menfaati için değil de; sırf sendikayı izrar etmek kasdiyle takdir yetkisini kullanmışsa, o zaman hakkın sulistimalinden bahsedilebileceğini söylemiştir (s. 37). Diğer taraftan Muhterem Hocamız Onar «Salâhiyetin, o salâhiyetin verildiği maksada uygun olmayarak kullanılmasının idare hukukunda hakkın sulistimaline müşabih bir durum ihdas ettiği» ni söylemek suretiyle hakkın sulistimali ve yetkinin saptırılması mefhumları arasındaki benzerliğe işaret etmiştir (İdare Hukuku 1933 s. 147). Yetkinin saptırılması ve hakkın sulistimali mefhum ve nazariyeleri gerek hususi hukuk faaliyetlerinde ve gerek âmme kudretinin kullanılmasının takdir salâhiyetine bağlı olduğu hallerde, hukuka aykırı maksatların tenkilini istihdaf etmek, ve hakkın sulistimalini önlemek için failin hangi niyet ve saiklerle hareket ettiğinin, yani takip ettiği gayenin araştırılması bakımından birbirlerine benzemektedir. Diğer taraftan, hakkın sulistimalinin tipki yetkinin saptırılması gibi hâkim tarafından re'sen nazarı itibara alınmayıp dermeyan edilmesi ve delillerle gösterilmesi gerektiği için, gene bu iki mefhum arasında benzerlik vardır. Fakat bu benzerliğe rağmen bu iki mefhumu birbirinin aynı telâkki etmeğe imkân yoktur. Bir kere, hakkın sulistimali hakkında sübjektif telâkki benimsenir ve bu mefhum, bir hakkın sırf başkasını izrar etmek kasdı ile kullanılması mânasına alınırsa, İdarenin mevzuata aykırı olarak mali maksatlarla hareket etmesi halinde beliren yetkinin saptırılmasını hakkın sulistimali olarak kabul etmeğe imkân yoktur. (Doğrusu istenirse sadece kin, garaz gibi çok defa şahsi kusuru müeddî olan hallerde hakkın sulistimaline benzer bir durum vardır). Sanien, temelleri bakımından benzerlik arzeden bu iki teori tatbikattaki neticeleri bakımından da farklıdırlar. Hakkın sulistimali iddiası ancak maddî zarar doğduğu zaman, ve müşahhas hâdiselerle birlikte, hattâ içinde tetkik ve mütalâa edilir ve vaziyete göre izale; men; içtinap, tesbit, aynî ve nakdî tazminat gibi müeyyideler bahis mevzuu olur. Halbuki yetkinin saptırılması yani bir kararın maksat cihetinden mevzuata aykırılık arzemesi halinde, karar bundan hâsıl olan maddî neticelerden müstakîl olarak mütalâa ve iptal edilir. Beurdeley her ne kadar hakkın sulistimalinin tazminat dâvası, yetkinin saptırılmasının ise iptal dâvası neticesini doğurmaları bakımından birbirlerinden ayrılabilirliğini söylemişse de, tezimizin beşinçü bölümünde de işaret olunacağı gibi, maksat cihetinden mevzuata aykırılık arzeden bir karar, mes'uliyeti müeddî bir hizmet kusuru teşkil ediyorsa, yetkinin saptırılmasının da tazminat (tam kaza) dâvasına sebebiyet verebileceği ortadadır.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Yetkinin Saptırılması mefhumu İdare hukukunun mahiyetinden ve dayandığı ana prensiplerden çıkan bir mefhum olmak itibarıyla bu hukuka hâs, orijinal bir mefhumdur. Maksat cihetinden aykırılık mefhumunu hususi hukukta mevcut olan mefhumlardan birine muhakkak benzetmek

Kararda şöyle denmektedir<sup>17</sup>. Dâvacının emekliye çıkarılmasını icap ettiren idarî lüzumun da yine savunmaya göre bir taraftan tasarruf gayesine ve diğer taraftan senelerce taşrada feragatle uğraşan ve mükemmel bir müessesede çalışmak imkânını bulamamış olan genç elemanlara yer ve fırsat temini maksadına dayandığı anlaşılmaktadır. Liyakat ve ehliyeti görülen ve bulunduğu hastahanedeki mesbûk hizmeti sityişle yâdolunan dâvacıya bir randıman noksanı izafe edilemeyeceği gibi, tecrübeli ve yetişmiş bir elemanın müfid olduğu kabul edilen bir müesseseden uzaklaştırılmasında da hizmet için bir fayda mülâhaza edilemez. İdarî lüzum ve zaruret tahakkuk ettiği takdirde memurların hizmet yerlerinin ne surette değiştirileceğini de tahvil müessesesi âyarlamıştır. Boşalan kadro tamamen kaldırılmış olmadıkça ileri sürülen tasarruf gayesine de erişilmiş olmaz. Şu vaziyet karşısında yukarıda tafsil ve izah edilen sebeplere binaen kanun maksadına tevafuk etmeyen emekli muamelesinin iptaline ..... Görülüyor ki İdarî Mahkememiz birbirine mübayin sebepleri Salâhiyetin Yerinde Kullanılmaması mevcudiyetine dalâlet eden bir «emare» olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun gibi Danıştay 5 inci dairesinin 13/9/1950 tarihinde verdiği E: 50/208, E: 50/2044 numaralı bir başka iptal kararı ile aynı esaslara dayandığını görmekteyiz<sup>18</sup>. Devlet Şûramızın bu fevkalâde ilmi, medenî ve hukuka bağlı memleketlerin içtihatlarına ve hakkaniyete uygun İçtihatlarının bundan sonra da devam etmesi ümit ve temenni edilir.

## § 2. SEBEP UNSURU BAKIMINDAN

İdare, aldığı karara mesnet olarak gösterdiği sebebin tasarrufa unsur teşkil edecek mahiyet ve kuvvette olup olmadığını takdir edebilir mi? Burada mühim bir mesele karşısında bulunuyoruz. Kanun vazı bir sebebin mevcudiyetini şart koşmakla beraber (ki kanaatımızca bu

lâzım gelirse bu mefhumun en çok hakkın sulistimaline benzediği ve fakat ondan tamamen ayrı bir mefhum olduğu söylenebilir. Fransada gerek hakkın sulistimali gerekse yetkinin saptırılması mefhumları pozitif hukuktan ziyade doktrin ve içtihadın vücuda getirdiği mefhumlar olduğu halde, hukukumuzda hakkın sulistimalinin M.K.m.2.H e, yetkinin saptırılmasının ise Danıştay kanunu m.23, C ye dayanmaları bu iki mefhumun ayrılığını göstermeğe kâfidir.

Kaldı ki, bizzat yetkinin saptırılması tâbirinden de anlaşılacağı üzere, burada bir hakkın sulistimali değil, bir fonksiyonun, yetkinin sulistimalinin bahis mevzuu olduğu da söylenebilir.

17) K.D., sayı 46-49, s. 238-240.

18) Türk İçtihatlar Küi. 1950, cilt 2, s. 1107-1109.

sarahat olmasa bile zimnen her zaman öyle olmak lâzımdır). Bu sebebin hangi maddî vakıadan ibaret olacağını tâyin ve tasrih etmediği halde, sebebi tâyin ve tasrih etmemekle acaba bunun takdirini İdareye mi bırakmıştır. Yani bu halde İdarenin göstereceği herhangi bir vâkıa tasarrufun sebep unsuru olarak kabul edilecek midir? Filhakika sebebin bir realite (gerçek) olarak mevcut olup olmadığını mahkeme araştıracaktır. Fakat onun kıymetini de takdir edebilecek midir? Eğer bu hususu, yani gösterilen sebebin kıymet ve kuvvetinin takdirini İdareye bırakacak olursak, İdarenin önemsiz bir sebep ortaya atması ve bu suretle hukukî sebep gösterilmesi lüzumu kaidesinin ruhunu ihlâl etmesi ve sebep unsurunu fi'len hükümsüz bırakması tehlikesi mevcuttur. Bonnard bu gibi hallerde sebebin varlığını, maddî mevcudiyetini aramak mahkemenin hakkı olmakla beraber, sebep olarak gösterilen vâkıanın kıymet veya vasıf bakımından takdirinin İdareye ait olduğunu söylemektedir<sup>19</sup>. Bununla beraber Fransız Devlet Şûrasının bu noktalar tasarrufun hukukî neticesine taallük ettiği takdirde tetkik edilebileceğini gösteren içtihatları vardır. Burada Devlet Şûrası kendisini vakıaların hukukî bakımdan ve hukukî neticeleri itibariyle mahiyet ve kıymetlerini tetkik ve takdir eden bir vakıa mahkemesi durumunda görmektedir. Meselâ: Bir tasarrufu esas olan vakıaların haysiyet ve ahlâka mugayir olup olmadığını, bir azil tasarrufuna sebep gösterilen vakıaların azli haklı gösterecek ağırlıkta bulunup bulunmadığını mezkûr Şûranın takdir ettiği görülmektedir. Şu halde Fransız Devlet Şûrası sebep gösterilmesi gereken hallerde sebebin mevcudiyetini aramakla iktifa etmemekte, hukuk kaidesinin ruhuna göre bu sebebin istenilen hukukî hükmü doğuracak mahiyet ve kuvvette olup olmadığını da araştırmaktadır<sup>20</sup>. Fransız Devlet Şûrası, 28 Mayıs 1954 tarihinde verdiği bir örnek kararında: Sebebi gösterilmek mecburiyeti olmıyan bazı hallerin mevcudiyeti kabul edilse bile, sebepsiz kararların mevcut olmıyacağını, ve en geniş takdir yetkisinin bile, hâkimin kazaî kontrolünü hiçbir şekilde tamamen bertaraf edemeyeceğini gayet güzel bir şekilde belirtmiştir<sup>21</sup>.

Fransız Devlet Şûrasının 28 Mayıs 1954 tarihli kararına konu teşkil eden hâdise kısaca şudur: Devlet hizmetlerinin yüksek kademelerinde memuriyet yapacakları yetiştiren Ecole Nationale d'Administration'a giriş müsabakalarına iştirak etmek hakkı, rivayete göre besledikleri kaaatlerden dolayı ve fakat hakikatte hiç bir sebep gösterilmeksizin yap-

19) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 188.

20) ONAR (S.S.), s. g. e., s. 188 den (naklen).

21) Karar ve M. Wallin'in notu için Bk. R.D.P. 1954, No. 2, s. 509-538,

tıkları müteaddid müracaatlere rağmen, bazı adaylara siyasi müsteşar (Secrétaire d'Etat) tarafından verilmeyince, bu adaylar red kararının iptali için Devlet Şûrasına başvurmuşlardır. Dâvalı idare (müsteşar) adayların tesbitinde mutlak bir takdir yetkisini haiz bulunduğunu ve bu mevzuda sebep göstermeğe mecbur olmadığını ve burada hiç bir kazai murakabenin cereyan edemeyeceğini ileri sürmüşse de, Fransız Devlet Şûrası hiç bir makul sebebe dayanmayarak âmme hizmetlerinde istihdam edilmek eşitliği prensibini ihlâl eden bu kararı iptal etmekte hiç tereddüt göstermemiştir. Müsteşarın ileri sürdüğü tezin, her şeyden evvel liberal bir demokrasi içinde vatandaşın haklarını İdarenin keyfilğine karşı teminat altına almakla mükellef olan hâkimin rolünü ve fonksiyonunu inkâr etmek demek olacağı tebarüz ettirilmiş, bir Bakanın bazı kimselerin adaylıklarını kabul edip etmemek hususunda kendisine bir takdir yetkisi tanınmış olsa bile, bunun mahkemenin kazai kontrolünü bertaraf edemeyeceği ifade edilmiştir. Bu mevzuda Prof. Walline şöyle demektedir: Bir vatandaşın hakları, mesleğinin ve hayatının istikbali, icra organını bir üyesine bırakılabilir mi? Bu mevzuda son söz, çok partili demokratik rejimde ne kadar mümtaz olursa olsun netice itibarıyla bir parti adamı, başka bir ifade ile bir siyasi parti taraftarı olan Bakan veya siyasi müsteşar değil, hâkime verilmek lâzımdır. Burada müsteşarın keyfilik ve başıbozuklukla takdir salâhiyeti arasında mevcut farktan bîhaber imiş gibi davrandığı ileri sürülmekte ve idare takdir yetkisini âmme menfaati maksadından başka bir mülâhaza ile kullandığı takdirde alınmış kararın iptal edilebileceği hatırlatılmaktadır. Nihayet profesöre göre, müsteşar red kararına sebep göstermekte mecbur olmadığını söylemek suretiyle, büyük bir mugalata örneği vermiştir. Gerçekten, kanun yapılmış bir idari muamelenin sebebinin gösterilmesini lüzumlu görmezse bunun tek mânası kararın ilgililere arzedilmesinde sebep göstermek mecburiyetinin mevcut olmadığıdır. Yoksa böyle bir hüküm, bir kararın hiç bir sebep yokken alınabileceğini göstermez. Sebepsiz yere ve durup dururken karar vermek sadece delillere fantezi ve kaprislerine göre hareket eden kimselere mahsustur. İdari makamların kapris ve fantezisine göre hareket edip herhangi bir vatandaşın meşru menfaatlerini ihlâl edeceği hukuka bağlı bir rejim içinde düşünülebilir mi? Demek oluyor ki, İdare karar alınmasında sebep göstermeğe mecbur olmasa bile, alınmış her kararın hakikatte makbul bir sebebi bulunmak lâzımdır. Hâkim, lüzum gördüğü takdirde herhangi bir kararın hangi sebeplere istinat edilerek alındığını sorabilir. Hâdisede siyasi müsteşarın sadece âmme menfaati hayrına hareket ettiğini söylemekle yetinmesini Prof. Waline, mahkemeye verilmiş bir cevap

değil, hâkime bir nevi meydan okuma olduğunu söylemektedir. Nitekim, Devlet Şûrası da dâvalının bu inatlı ve devamlı sukutunu karar mesnedi olarak gösterilebilecek makul ve makbul sebeplerin yokluğuna delâlet eden bir emare olarak kabul etmekte gecikmemiş ve red kararını iptal etmiştir.

Bu esasın bizim Devlet Şûrası tarafından da kabul edildiğini söyleyebiliriz. Meselâ D.D.G.K. nun 5/1/1951 tarihli bir kararına konu teşkil eden bir dâvada kanun sözcüsü aynen şöyle demektedir «..... İttihaz edilen karar, bütün icraî kararlar gibi, Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinde gösterilen noktalardan tetkik edilmek üzere kazaî mürakabeye tâbi olduğunda şüphe yoktur. Böyle olunca kararın bir sebebe dayanması zaruridir. Âmme hukukunda hiç bir sebep ve hizmete, yani umumun menfaatlerini korumağa hâdim bulunmayan salâhiyet verilmemiştir...» Senatonun kararının evvelce usul bakımından ittihaz edildiği karara muvafık bir şekilde bulunması İdare kararlarının mucip sebeplere dayanmasını icap ettiren hukukî esası ihlâl edebilecek bir kıymet ve kuvvet iktisap edemez. Nitekim Devlet Şûrası aynı esaslara istinat ederek, bir sebebe dayanmayan bu kararı iptal etmiştir<sup>22</sup>.

Derhal şunu söyliyelim ki, Türk Devlet Şûrasının İçtihatları bu merkezdedir. Devlet Şûramız, bilhassa memurların tahvili, Bakanlık emrine alınması, re'sen emekliye sevkî kararlarında kanunun gösterilmesini emrettiği lüzumun gösterilip gösterilmediğini; veya bu lüzuma esas olarak gösterilen vâkıanın başka bir hukukî hükmü olup olmadığını; veyahut bu vâkıanın mevcut bulunup bulunmadığını tetkik etmekle iktifa etmiyerek, bu vâkıanın kanunun ruhuna göre tasarrufa sebep sayılıp sayılamıyacağını takdir etmekte, ve gösterilen vâkıaları bu mahiyette görmediği takdirde tasarrufu iptal etmektedir. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Devlet Şûrası, 5434 sayılı Emekli Kanununun 39 uncu maddesinin B bendi ile aradığı lüzumun ya hizmetin yararına tasarruf teminine, yahut randımanın arttırılmasına matuf olabileceğini içtihat etmiştir. Binaenaleyh bu vasfı haiz olmıyan vâkıalar veya sebepler tasarrufun sebep unsurunu teşkil etmemek icap eder. Devlet Şûrası D.D.G.K. nun 5/1/1951 tarihli ve E: 50/401, K: 51/5 numaralı kararına konu teşkil eden dâvanın cereyanı esnasında kanun sözcüsünün verdiği şu mütaleasında, İdarî kazanın salâhiyeti açık bir şekilde ifade edilmektedir: «Bir sebebin mevcut olup olmadığının mevcut ise bu salâhiyetin verilmesindeki maksada uygun bulunup bulunmadığını mürakabe etmek te İdarî kaza makamının vazifesidir»<sup>23</sup>. Diğer taraftan, daha

22) K.D., sayı 50-53, s. 85-91.

23) K.D., sayı 50-53, s. 90.



evvel, 10/11/1948 tarihinde Devlet Şûrası 5 inci dairesinin verdiği E: 48/89, K: 48/163 sayılı bir kararında da, bilhassa kanun sözcüsünün mütalâasında işaret edildiği gibi: Hâdisede Bakanlık emrine almaya mesnet gösterilen sebepler, bu sebepler hakiki mahiyeti haiz olsalar dahi, bir memurun Vekâlet emrine alınmasını icap ettirmeyeceği, başka bir ifade ile, bu sebeplerin kıymetinin İdari Kazaca tetkik edilebileceği anlaşılmaktadır<sup>24</sup>.

Bir başka kararda ifade edildiği gibi meselâ: Bir memurun tahvili gerek Memurun Kanununa, gerekse İdarenin Teşkilât Kanununa göre mutlak bir takdire bırakılmış değildir. Bu müessese İdari bir lüzuma dayanmak ve hizmetin nef'ine olarak cereyan etmek gerekir<sup>25</sup>. Nihayet Devlet Şûrası 5 inci dairesinin 20/6/1950 tarihli ve E: 50/22, K: 50/1739 numaralı bir emekliye sevk muamelesini iptal kararından, Devlet Şûrasının İdarenin gösterdiği sebebin kıymetini araştırabileceği çok açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu kararda aynen şöyle denilmektedir: «Dâvacının işgal ettiği kadro, ilga edilmediğine ve bilâkis bu masrafı ayrıca bir emekli aylığı da inzılam etmiş bulunduğuna göre, hâdisede bir tasarruf bahis mevzuu olamayacağı gibi, başarı, verim, liyakat, ve ehliyet cihetinden hizmeti aksatacak diğer bir gûna hallerden herhangi bir husus ta ileri sürülmüş değildir. Daha az imkânlarla malik yerlerde çalışan doktorlara büyük hastahanelerde çalışmak imkânının temini, mütehassıs yetiştirmek noktasından arzuya şayan bir düşünce olmakla beraber, bu sebebe hizmetin müfit ve muktedir elemanlarından tam olgun ve verimli devrinde mahrumiyetini icap ettirecek derecede kuvvet izafe edilemez<sup>26</sup>. Devlet Şûramızın sebep ve saik unsurları üzerinde tesis ettiği ve hakkaniyet esaslarına tamamen uygun bulunan İçtihadını 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun re'sen tekaütlük müessesesine de tatbik etmesi üzerine, bu içtihatlar Hükûmetle Devlet Şûrası arasında bir görüş ayrılığı husule getirmiş, Kanunun 39 uncu maddesinin B bendinin İdareye mutlak bir takdir yetkisi tanıdığı, ve bu itibarla bu konuda Devlet Şûrasının kazai kontrolünün bahis mevzuu olamayacağı şeklindeki Hükûmet görüşü, Meclis tarafından da kabul edilerek 39 uncu maddesinin B bendi 16 Mayıs 1951 tarihli ve 1728 sayılı kararıyla bu şekilde tefsir edilmiştir (R.G. No. 7815). İdare Hukuku esaslarına aykırı olan bu kararın re'sen emekliye sevk muamelesinin sebep unsuru dışında Devlet Şûrasının İçtihat Salâhiyetlerini

24) K.D., sayı 46-49, s. 154-156.

25) K.D., sayı 46-49, s. 162-164.

26) Türk İçtihatlar Kül. 1950, cilt 2, s. 1110-1111.

tahdit edemeyeceği ortadadır. Nitekim, aynı esasların Devlet Şûrası 5 inci dairesinin 23/9/954 tarihli ve E: 53/2060 K: 54/2278 sayılı kararında ifade edildiğini görüyoruz. Bu kararda aynen şöyle denilmektedir: «... Dâvacıya isnad olunan fiiller hakkında dinlenen şahitlerin ifadelerinin bu fiillerin vukuunu ispat edecek mahiyette ve kuvvette olmadığı, ve diğer taraftan bu fiiller Vekâlet İnzibat Komisyonu kararında, istinat edilen 1702 sayılı kanunun 26 ncı maddesinin 1 inci bendinin parentez içindeki fıkrası delâletiyle 22 nci maddesinin tatbikini gerektirir mahiyetteki ahvalden bulunmadığı... kanaatine varılmıştır». «... Kararın bozulmasına...»<sup>27</sup>. Devlet Şûramız bu zikrettiğimiz kararlarında hem saik ve sebep, hem de maksat unsurlarını birlikte mütalâa etmiş, ve bu iki unsur arasında bazı hâdiselerde mevcut olan sıkı alâkayı da kuvvetli bir şekilde belirtmiştir. Şu halde Devlet Şûrası İçtihatlarına istinaden yaptığımız bu tetkik, takdir, kudret ve salâhiyetinin mevzuunu teşkil eden hâdiseler ve buna muallâk unsur kazai murakabeye tâbi olmamakla beraber, bu salâhiyetin kullanıldığı hal ve şartlar, kullanılma şekli, kullanılmasındaki maksat bakımından kazai murakabeye tâbi olduğunu göstermektedir. Bu kaideler muhterem Ord. Prof. Dr. Onar'ın da ifade ettikleri gibi,<sup>28</sup> «Türk İdare Hukukunun ve Yüksek Adalet Müessesemizin daima iftihar edeceği hukuk ve adalet düsturlarıdır».

Bu bahse nihayet vermeden önce şunu söyleyebiliriz: Devlet Şûramız D.D.G.K. nun 48/122 sayılı bir kararında da ifade edildiği gibi: «... Hikmeti vücudu İdare makinesinin âmme nef'ine olarak yürümesinin bir teminatı olan Şûrayı Devletin bu meselede iddia olunduğu gibi, mutlak takdir hakkının kabulü ile bunun tetkik mevzuu addedilmemesi, ne yapılan muamelenin âmme hizmeti nef'ine olup olmadığının ve ne de mevzuatın maksat ve gayesine muvafık bulunup bulunmadığının tesbit edilmemesini intaç eder ki, bu da Şûrayı Devletten beklenen gaye ile kabili telif değildir»<sup>29</sup>.

Buraya kadar verdiğimiz izahat ve misallerden de anlaşılacağı üzere, İdarenin Yetkisini Saptırması halinde esas müeyyidenin mevzuata maksat cihetinden aykırı olan İdari muamelenin iptali olduğu ortadadır. Maksat cihetinden mevzuata aykırılık halinde İdarenin mes'uliyeti meselesine de Etüdümüzün 5 inci ve son bölümünde temas edilecektir.

27) İst. Huk. Fak. İH ve İİE arşivi;

28) ONAR (S.S.), s. g. e.; s; 311;

29) Karar için Bk. ATALAY (A) İdarenin Takdiri Tasarruflarının Kazai Kontrolü, İdare Dergisi; sayı 205 (Temmuz; Ağustos 1950).

## BEŞİNCİ BÖLÜM

YETKİNİN SAPTIRILMASINDAN DOLAYI İDARENİN  
MES'ULİYETİ MESELESİ

## BİRİNCİ BAŞLIK

## Meselenin vaz'ı ve Fransa'daki durum

İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmme hizmetinin ya kuruluşunda veya teşkilâtında, yahut işleyişinde hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, sakatlık arzemesi halinde «Hizmet kusuru» dendiği ve bunun İdare Hukukuna hâs, orijinal bir mefhum olduğu malûmdur<sup>1</sup>. Hizmet kusuru, İdarenin mes'uliyeti bahsinde, tam kaza, tazminat dâvasının sebepleri içinde yer alan risk, sebepsiz iktisap, hakkaniyet gibi istisnalar dışında, umumî mes'uliyet esası olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, İdare Hukukunda prensip itibarıyla, İdare aleyhine açılan bir tam kaza dâvasında İdarenin mes'uliyetine hükmedebilmek için bir hizmet kusurunun mevcudiyeti elzem ve zaruridir. Hizmet kusurunun bir diğer vasfı, bunun nazari, mücerret ve değişmez bir mefhum olmaktan ziyade, amelî, ampirik, hâdisevî ve mütehavvil olmasıdır. Gerçekten, Fransız Devlet Şûrasının daha 1855 tarihli Rotschild kararında, ve İhtilâf mahkemesinin 1873 tarihli bilânço kararında belirtildiği gibi, âmme hizmetlerinde müşahede olunan ve İdarenin mes'uliyetini intaç eyleyen ihmal, hata ve kusur «her hizmetin mahiyet, icap ve ihtiyaçlarına göre değişir»<sup>2</sup>.

Şu halde, İdare hukukunda hizmet kusuru vardır, diyebilmek ve İdarenin mes'uliyeti cihetine gidebilmek için, hizmetin mahiyet ve bünyesine, cinsine ve icaplarına, iktiza ve zaruretlerine ve şartlarına göre hâdisede muayyen bir ağırlık derecesine varmış bir kusur aranır. Fransız Doktrin ve Jurisprüdans'ı tetkik edilirse her hizmetin nev'i ve cinsine göre ayrı ağırlık derecesine varmış bir kusurun aranmakta olduğu görülür.

Bunun gibi Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre, mevzuata, hukuka aykırı İdarî kararların ittihaz ve tatbiki, her hal ve kârda İdare-

1) SARICA (B.), Hizmet kusuru ve karakterleri, I.H.F.M. ve ayrı bası.

2) ONAR (S.S.), İdare Hukukunun umumi esasları; İst. 1952; s: 1199-1207.

nin otomatik surette mes'uliyetini müeddî bir hizmet kusuru sayılmaktadır. Başka bir ifade ile, Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre her iptal sebebi, aynı zamanda ve otomatik olarak bir tazminat sebebi teşkil etmez. Mevzuata aykırılık ancak ağır ve önemli olduğu takdirde iptal sebebi, aynı zamanda mes'uliyeti mucip bir hizmet kusuru telâkki edilir. Duez'e atfen şunu işaret edelim ki, Fransız Devlet Şûrası içtihatlarında sadece:

- 1 — Kaziyeye-i muhkemeye riayetsizlik,
- 2 — İlâmın tenfizi zımında İdareden istenilen yardım ve müzaheretin esirgenmesi.
- 3 — Esas cihetinden aykırılık.
- 4 — Maksat cihetinden mugayeret ve nihayet,
- 5 — Esaslı şekil noksanı mes'uliyeti müeddî telâkki edilmekte, buna mukabil alelâde şekil hatası ve salâhiyetsizlik İdarenin mes'uliyetini mucip olacak kadar ağır ve önemli bir kusur sayılmaktadır<sup>3</sup>.

Demek oluyor ki, Fransa'da «Maksada mugayeret» aynı zamanda mes'uliyeti mucip bir hal olarak kabul edilmektedir. Nitekim L. Delbez İdarenin mes'uliyeti bahsinde yazdığı «De l'exces de Pouvoir Comme source de Responsabilité» adlı, ve özlü etüdünde Fransız Devlet Şûrasının İdarenin yetkisini saptırması halinde mes'uliyete kuvvetli bir temayül gösterdiğini işaret etmektedir. Gerçekten meselâ Fransız Devlet Şûrasının verdiği 8 ocak 1930 tarihli «Caputo» kararında İdarenin yetkisini saptırmasından dolayı mes'uliyetine hükmedildiğini görüyoruz. Hâdise şudur: Menton şehri Belediye Reisi, iki arabasını kiraya vermek suretile çalıştıran Caputo'nun senelerdenberi sahip bulunduğu, umumî yollarda durma müsaadesini geri almıştır. Bu halde iras edilen zararın tazmini için yapılan müracaatin reddi üzerine, bu ikinci kararın iptali için Caputo'nun açtığı dâvanın görüşülmesi esnasında, Belediye Reisinin bu müsaadeyi geri alma kararının, ilgili kanununun derpiş ettiği âmme menfaati maksadını değil, bu adamla rekabet halinde bulunan diğer araba kiralayanları memnun etmek ve bu suretle Belediyeye malî menfaatler temin etmek maksadını güttüğü anlaşılmış, ve Devlet Şû-

3) DUEZ (P.), La Responsabilité de la Puissance Publique 1923, 18-57.

Prof. SARICA, bir kararın salâhiyet ve şekil cihetinden aykırılıktan dolayı iptali üzerine mevcut vaziyette hiçbir tahavvül olmadığı halde, İdarenin salâhiyet ve şekil noksanlarını gidermek, düzeltmek suretiyle tekrardan aynı mealde bir karar alabileceğini uzun uzadıya izah etmiştir (İdarî kaza 1942, s. 132-134). Fransız Devlet Şûrasının burada mes'uliyete hükmetmemesi herhalde salâhiyet ve şekil noksanlarının bu hususiyetinden neş'et etmektedir.

rası bu yüzden mesleğini icra edemiyen Caputo'nun zararlarının tazminine mezkûr Belediyeyi mahkûm etmiştir<sup>4</sup>. Gene Fransız Devlet Şûrasının 9 Nisan 1930 da verdiği «Lemarchand» kararıyla Şûra, gûya tasarruf sebebiyle ilga edilen bir Belediye kâtip kadrosunun bir kaç ay sonra bu kadronun daha yüksek maaşla ihdas edilmesinden anlaşılacağı üzere, bu ilgada hakikati halde gizli bir azil maksadı (Revocation deguisée) olduğuna hükmetmiş ve açıkta bırakılan memurun zararlarının tazmin edilmesine karar vermiştir<sup>5</sup>. Bunun gibi Fransız Devlet Şûrası, meselâ, 28 Şubat 1947 tarihli Beauzet kararıyla mevzuatın icaplarını yerine getirmeyen bir teşebbüsten, 1940 tarihli kanuna göre, para cezası olmak veya teşebbüsün başındakilerin uzaklaştırılması lâzım gelirken, kanunun maksada aykırı olarak bu teşebbüsün İaşe Vekili tarafından kapatılmasından dolayı husule gelen zararın Devletçe tazmin ettirilmesine karar vermiştir<sup>6</sup>.

Malûm olduğu üzere, esas itibariyle, İdare ittihaz eylediği icraî kararların tevhit ettiği sırf hukukî neticelerinden hiç bir suretle malen mes'ul değildir. Başka bir ifade ile İdarece müttehaz bir kararın mevzuata aykırı olması: Bizatihi bir hizmet fiili hizmet kusuru teşkil eder. Bu görüşün Fransa'da en salâhiyetli mümessili Hauriou'dur<sup>7</sup>. Esas kaide bu olmakla beraber, Desgrange'in Decision-execution adını verdikleri, yani icraî sıfatlarını kendi içinde taşıyan kararların, münhasıran ittihazının bir takım hakların ihlâl, ve zarar ika edebileceği ve bu itibarla tam kaza dâvasının açılması için kâfi gelebileceği de inkâr olunamaz<sup>8</sup>.

Meselâ İdare tarafından ittihaz olunan mücerret menfi kararların, yani meselâ bir müsaadenin, ruhsatiyenin verilmeyeceği veya bir hususun İdarece yapılamıyacağı hakkındaki kararların mücerret ittihazi dolayısıyla bir takım hakların muhtel olması, bazı zararların husule gelmesi mümkündür. Burada İdarenin bir hizmet ifa etmemek suretiyle bir hizmet kusurunun mevcudiyetinden bahsetmek, bu bakımdan, İdarenin mes'uliyeti cihetine gidilmesi mümkündür<sup>9</sup>.

Nitekim Fransız Devlet Şûrası 1932 tarihli, Societé l'Eveil de Contres kararı ile, bir belediyenin muhtelif Societé de musique'lere kazanç

4) Recueil 1930, s. 14; CAPUTO.

5) Recueil 1930, s. 404; LEMARCHARD.

6) Recueil 1947; s. 84-85. BEAUZET.

7) HAURIOU (M.); Précis de Droit Administratif et de Droit Public general 1921; s. 374.

8) Teferruat için Bak: SARICA (A.); İdarî kaza 1949; s. 341; dd.: ONAR (S.S.İ; s. 1240; İdare Hukukunun Umumi Prensipleri.

9) DUEZ (P.); La Responsabilité de la Puissance Publique 1923, s. 23 ve dd.

temini maksadı ile pazar günleri Komün meydanında konser vermek hakkını verdiği halde derneklerden birine bu müsaadenin verilmemesine mütaallik karar ittihazını maksat cihetinden iptal etmiş, bu yüzden husule gelen zararların Belediyece ödenmesine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

Bu misallerden de anlaşılacağı gibi, Fransız Devlet Şûrası yalnız gazez, intikam gibi şahsî maksatların tatmini halinde değil, fakat İdarenin hizmete yabancı olarak malî maksat gütmesi hallerinde de, İdarenin mes'uliyetine hükmetmekte tereddüt göstermemektedir. Bundan başka İdarenin yetkisini saptırmasından husule gelen zararın tazminine müteallik Fransız Devlet Şûrasının meselâ 14 Şubat 1922 tarihli «Garbol» kararı ve gene aynı Şûranın 23 Şubat 1923 tarihli «Boudin» kararı zikredilebilir. (Delbez (L.) De l'exces de Pouvoir Comme source de Responsabilité, Paris 1932) s. 51-52 den naklen).

#### İKİNCİ BAŞLIK

### Memleketimizde durum

Memleketimize gelince, İdarî Kararların mevzuata ve hukuka aykırılık arzeme halinin tek başına bir hizmet kusuru sayılamıyacağı Devlet Şûramızca pek açık ve kesin olarak kabul edilmiştir. Gerçekten, İdarenin içtihadî hatası neticesinde zarara uğrayacaklara tazminat verilmesinin makul olup olmadığı hususunda verdiği bir Tevhidi İctihat kararında, Yüksek Mahkeme, aynen şöyle demektedir: «İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. İctihadî tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde İdarenin sorumlu olması tabiidir. Ancak hizmet kusuru, hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet müvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadî tasarruflarda İdarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulmaması icap eder<sup>11</sup>. Görülüyor ki, Devlet Şûramız, tıpkı Fransız Devlet Şûrası gibi, bu Tevhidi İctihat kararı ile, hizmet kusurunun ampirik, hâdisevî, mütehavvil ve nisbî karakterini kabul etmiş bulunmaktadır. Maa-fih, bu Tevhidi İctihat kararından bir hayli zaman evvel iptal sebebinin aynı zamanda umumî ve mutlak surette bir hizmet kusuru ve bin-

10) Recuell 1932, s. 1129; Societé l'Eveil de Contres.

11) D.D.G.K., E: 47/83 K: 47/164; (A. ŞEREF HOCAOĞLU, Danıştay İctihadî Birleştirme kararları, 1933-1948, adlı eserden naklen, s. 126-127.

netice bir tazminat sebebi teşkil edip etmeyeceğini, bir kararı tahlili dolayısıyla araştıran sayın hocamız Prof. Sarıca, Fransada her iptal sebebinin Fransız Devlet Şûrasınca behemehal bir hizmet kusuru adde-dilmediğini belirttikten sonra aynen şöyle demektedir:<sup>12</sup>

«Aynı esasların memleketimizde kabule şayan olup olmadığını tayin eylemek, hiç şüphe yok ki, Devlet Şûramıza terettüp eder. Bu cihetle bu mesele hakkında kat'î bir hüküm verebilmek için Devlet Şûramızın içtihadına intizar etmekten başka çare yoktur. «Maamafih kendi hesabımıza Fransız Devlet Şûrası İçtihadını tasvip etmediğimizi kaydedebiliriz.

Gerçekten, «Kusur» ve bu meyanda «hizmet unsuru» tesmiye ettiğimiz şeyde nihayet: Devlet nizamına, mevzuata, hukuka, bir kelime ile cemiyet dahilinde riayeti gereken kaidelere aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu itibarla İdarenin mevzuata aykırı karar ittihaz etmesi, aynı zamanda bir hizmet kusuru işlemesi demektir. İyi kurulmuş bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personelinde, işleyişinde bir aksaklık ve bozukluk müşahade edilmeyen ideal bir İdare pek tabiidir ki, mevzuata, hukuka aykırı karar ittihaz etmez». Mevzuata aykırı kararlar ittihaz eden bir İdarenin fena kurulmuş olduğunu, kötü işlediğini, bir kelime ile İdareye bir hizmet kusuru atıf ve izafe olunabileceğini bir kârîne ve faraziye olarak kabul etmek icap eder.

Bu münasebetle şuna işaret edelim ki, bilhassa son senelerde Fransa'da hizmet kusurunun tatbik sahasını genişletmeğe müsait bir içtihat kendini göstermiş, ve bu yeni temayülün neticesinde Şahsî Kusur ve Hizmet Kusurunun içtima edebileceği esas Fransız Devlet Şûrasının birçok kararlarında kabul edilmiştir. Fransız içtihatlarında İdarenin mes'uliyetini genişleten bu yeni temayülü şu şekilde formüle etmek mümkündür. «İdare, memurların mücerret ve bariz şahsî kusurlarından da mağdura karşı mes'uldür. Yeter ki, zararı mucip olan fiil bir devlet ajanı tarafından, hizmet dolayısıyla, vazifelerinin ifasında ika etmiş olsun. Bu takdirde İdare, mağdurun mes'ul memura karşı haiz olduğu tek-mil haklarında onu istihlâf eder. «Fransız Devlet Şûrasının bu temayülü belirtmek için bu Şûranın 28 Temmuz 1951 tarihli «Coccoz» kararını zikredebiliriz. Karara mevzu olan hâdise şudur: Nice'de bir umumî yol üzerinde vukua gelen bir kazayı müteakip Polis Komiseri Brun Bay Coccoz'u karakola davet etmiş, ve ifade alınırken Bay Coccoz'un yüzüne sol gözünün kaybını intaç eden kuvvetli bir tokat atmıştır. Fransız Devlet Şûrası verdiği kararında: Bay Brun'ün Bay Coccoz'u tokatla-

12) İst. H.F.M., 1944 cilt K. sayı 1-2. Bilhassa s. 398-400.

makla şahsî bir garezini tatmin etmek istediği farz olursa bile, zararı mucip fiil, yine de bir Devlet ajanı tarafından hizmet dolayısıyla vazifelerinin ifası sırasında ika etmiş bulunduğundan, bu fiilin mezkûr şartlar altında Devletin mes'uliyetini müeddî olacağına hükmetmiştir<sup>13</sup>.

Görülüyor ki, burada, şahsî kusurun tefrikinde kullanılan ve klâsik diyebileceğimiz bir takım kriterlerden hiç birine uymayan bir formül ile, hizmet kusurunun ve binnetice İdarenin mes'uliyet esası genişletilmiş bulunmaktadır. Bu vesile ile şunu söylemek lâzımdır ki, İdare Hukuku sahasında hizmet kusuru nazariyesinin mümkün olduğu kadar ve nisbette genişlediği ve onun dışında hasar, hakkaniyet ve nasfet esasları gibi daha geniş esaslara gidildiği ve fert himaye bulunduğu halde, Devlet Şûramızın hizmet kusurunun açıkça görüldüğü hallerde bile bu kusuru «ağır kusur» ve «hafif kusur» gibi<sup>14</sup>.

Roma Hukukunda bile tenkide uğramış sun'î bir tasnife tâbi tutmasını ve birçok haklı tazminat dâvalarını bu sebeple reddetmesini İdare Hukukumuzun ve İdarî Kazamızın istikbali bakımından mahzurlu ve hattâ tehlikeli karşılamamak imkânsızdır. Diğer taraftan, 1945 senesindenberi faaliyet gösteren Uyuşmazlık Mahkememizin, Hususî Hukukla İdare Hukukunun ve İdarî Kaza ile Adli Kazanın vazife sahalarının imkân nisbetinde, vazih bir surette ayrılması gibi mühim bir vazifeyi bugüne kadar gerektiği şekilde başaramadığı, ve bu hususta tatmin edici prensipler ve kriterler konulamadığı ve hattâ hizmet kusuru, şahsî kusur gibi çok mühim ve bilhassa âmme hizmeti görenlerin hukukî emniyeti bakımından birinci plânda gelen meseleleri bile halledemediği de ortadadır. Gerçekten, Âmme Hükmi Şahıslarına ait motörlü vasıtaların irae ettikleri zararlardan doğan dâvalarda, vazifeli merci hakkındaki görüş konusunda içtihadını muayyen fasılalarla değiştirdiği ve bunun mahkemenin hukukî yapısına atfedildiği malûmdur. Bu konuda ne İdare Hukuku mütehassıslarının senelerdenberi yaptıkları tenkitleri ve irşat edici mütalâaları, ne de İdare Hukuku prensiplerini hiç nazarı itibara almadan mütemadiyen içtihat değiştiren Uyuşmazlık Mahkememizin bu durumu çok dikkate şayandır<sup>15</sup>. Bu arada meselâ Uyuşmaz-

13) Gazette du Palais. 7-9 Kasım No. 311-313, s. 4.

Bu kararlar aynı mealde olan diğer iki kararın tercümesi için, bak: Dr. L7tfi DURAN, İst. Baro Dergisi, Aralık 1951.

14) Devlet Şûrası 6 ncı dalresi, 7/4/1948 tarihli ve 48/880 sayılı kararı. K.D. sayı 40, s. 165.

15) ONAR (S.S.), İdare hükmi şahıslarına ait motörlü vasıtaların husule getirdiği zararlardan doğan ihtilâflarda vazife meselesi. İst. H.F.M., cilt XII, sayı



lık Mahkememizin 17/6/1954 tarihinde verdiği E. 1954/65 K. 954/77 sayılı kararı ile<sup>16</sup> talim ve terbiye maksadı ile yapılan askerî manevrada Millî Savunmaya ait bir tankın ika ettiği bir zararın tazmini meselesinin Adli Kazada tetkik edilmesine karar vermiştir. Millî Savunma, manevra gibi ayrı bir usulle görülen âmme hizmetinin ifası esnasında, üstelik tank gibi bir âmme emlakle iras edilen bir zararın, sırf dâvacının tavsifine bakarak, Millî Savunmanın istihdam eden sıfatı ile haksız fiilden dolayı Adliye Mahkemesinde tazmin edilmesi gerektiğini kabul eden bu kararı ile Uyuşmazlık Mahkemesinin ne Anayasa sistemini, ne de en basit İdare Hukuku prensiplerini hiç kaale almadığı, bizzat kendi hikmeti vücudünü bile inkâr ettiği ortadadır.

Her neyse... Bilindiği üzere, bizde iptal dâvaları ile tazminat dâvaları arasında usûl, şekil ve müddet bakımından bir fark mevcut değildir. Nitekim Devlet Şûramız, iptal ve tam kaza dâvalarının titiz bir şekilde tefrikine taraftar olmadığı gibi<sup>17</sup> dâvacı bakımından bir kolaylık olmak üzere, iki dâvanın tek bir arzuhalle açılmasına cevaz vermekte<sup>18</sup> ve müteaddit kararlarında iptal dâvasının bazı hallerde tam kaza dâvasına ait neticeler doğurabileceğini kabul etmektedir<sup>19</sup>.

Kısaca şunu söyleyelim ki; Devlet Şûrası Kanunumuzun 23 üncü maddesinin «A» fıkrası mucibince İdare tarafından ihlâl olunan herhangi bir hakkın tamirini İdareden isteyebilmek, diğer bir ifade ile, İdarece sebebiyet verilen bir zararın İdareden tazminini talep edebilmek için muhakkak surette İdareye isnadı ve izafesi mümkün bir kusurun bulunması da zarurî değildir. Yani Devlet Şûrası Kanunu gereğince bir hakkın İdare tarafından mücerret ihlâli keyfiyeti, İdareye hiç bir kusur isnad edilmese dahi, İdarenin mes'uliyetini intaç ettiğine göre, ittihaz ettiği yolsuz bir kararla alâkadarın haklarını ihlâl eden, bir takım zararlara uğramasına sebebiyet veren İdarenin, ihlâl ettiği hakları tamir, ika eylediği zararlara tazmin eylemesi lâzım gelir.

İşte bu bakımdan biz, Devlet Şûrası Kanunu madde 23, «A» ya bakarak, hukuka mugayir karar ittihazının sebebiyet verdiği zararın hizmet kusuru esaslarına göre tazmin ettirilmesi gerektiğini söyleyen sayın Prof. Sarıca'nın fikrine tamamen iştirak etmekteyiz.

3-4, (1954).

DURAN (L.), Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları. İst. Baro Dergisi 1951, 1952, 1953.

16) Karar için bak: İst. Baro Dergisi. Kasım 1954, s. 584-585.

17) D. Daireleri Um. Heyeti. 37/237, say. Kar. D.Ş.K. Mec. sayı 2, sah. 23-25.

18) K.M., sayı 4, s. 42-44.

19) K.M., sayı 9, s. 12-13.

Netice olarak, mevzuata göre maksada aykırılık arzeden bir kararın iptali dâvası ile beraber İdareden maruz kalınan zararların istenebileceği ortadadır. Diğer taraftan, yukarda kısaca işaret ettiğimiz gibi, bazı hallerde, münhasıran Maksada aykırılık olarak ittihaz edilen bir karardan dolayı, meselâ bir ruhsat veya müsaade verilmemesi hallerinde olduğu gibi, tam kaza dâvasının açılabileceği âşikârdır. Buna rağmen Devlet Şûrası içtihatlarının bu esasları tam teyid ettiğini söylemeğe imkân yoktur. Bu itibarla, meselâ Devlet Şûramız 6 ncı dairesi 27/3/1951 tarihli ve 50/1947, 51/676 sayılı kararı ile aynı şartları haiz, farklı siyasi görüşü aksettiren iki gazeteye farklı resmî ilân verilmesi kararını iptal ettiği halde ağır kusur bulunmadığı esbabı mucibesıyla dâvacıların tazminat talebini reddetmesi<sup>20</sup> yukarıda izah ettiğimiz İdare Hukuku prensiplerine ve her şeyden evvel mevzuatımıza aykırıdır. Bunun gibi Devlet Şûrası 5 inci dairesinin yukarda zikrettiğimiz karardan aşağı yukarı 3 sene evvel, 12/5/1948 tarihinde verdiği 47/1815 ve 48/830 sayılı bir kararı ile bir Bakanlık emrine alma muamelesini Sebep ve Maksat unsurlarının mevzuata aykırılığından dolayı iptal etmekle beraber, iptal ile birlikte istenmiş olan tazminat talebini «hâdisede ağır kusur olmadığı» mucip sebebi ile reddetmesi de<sup>21</sup> kanaatimizce hatalıdır. Buna mukabil bir başka Bakanlık emrine alma muamelesi kararını gene Sebep ve Maksat bakımından iptal eden Devlet Şûramızın bu sefer tazminata da hükmettiğini görüyorum. Danıştay 5 inci dairesinin 27/3/1950 tarihli ve E: 48/1607 ve K: 50/794 sayılı kararına konu olan hâdiseye dolayısıyla kanun sözcüsü şu mütalâayı ileri sürmüştür: «Bir memurun Vekâlet emrine alınması için o memurun işbaşında kaldığı müddetçe âmme hizmetlerinin müteessir olduğunu görmek ve bunu göstermek icap eder. Tektir yetkisi, takdir salâhiyeti sübjektif olarak istimal edilemez. «Görülen idarî lüzum üzerine» diyerek indî ve batınî bir kanaat ve takdir ile bir memuru Vekâlet emrine almağa hukuken imkân yoktur. Nitekim, bu memurun zararlarının tazmini için açtığı dâvaya bakan Devlet Şûrası 5 inci dairesinin verdiği kararında aynen şöyle denilmektedir: «Dâvacı hakkında tesis edilmiş olan ve bilâhare İdarece geri alınmış olan Bakanlık emri muamelesinin ne gibi bir İdarî lüzuma istinat etmiş olduğu vuku bulan suale rağmen tayin ve tespit edilmemiş olduğuna göre hizmetin selâmetle yürütmesini temin maksadı ile alınıdığı ispat edilemediğinden bu muamelemin tevliid ettiği zararların tazmini adalet ve hakkaniyet kaideleri

20) K.D., sayı 50-53, s. 565-567.

21) K.D., sayı 41, s. 114-115.

Görülüyor ki; Devlet Şûramızın, Fransadakine mümasıl bir şekilde, hangi unsurlar bakımından mevzuata olan aykırılıkların behemehal İdarenin mes'uliyetini müeddi olacağını gösterecek müstakar bir içti-hadı yoktur.

Bununla beraber, muhterem Prof. Sarıca'nın söylediği gibi «Mevzu-ata hiçbir cihetten mugayeret arzetmeyen bir karardan dolayı İdarenin — velev ki; bazı hallerde ve istisnai, tâli, fer'i ve mütemmim mahiyette bir takım esasların istinaden olsun — mes'uliyeti kabul olunduğuna, icabından bulunduğu cihetle ..... tazminden ödenmesi icap edece-ğine...»<sup>20</sup>.

göre; evleviyetle mevzuata, hukuken herhangi bakımdan aykırılığı sabit bulunan bir karardan ötürü İdarenin mes'uliyeti cihetine gidilebileceği izahtan varestedir.

Hülâsa, mevzuata mugayir bir kararın, İdarenin mes'uliyetini intaç edeceği ispata dahi lüzum göstermeyecek kadar âşikâr bir keyfiyettir<sup>21</sup>.

Bu itibarla, mevzuata herhangi bir cihetten aykırı bir İdarî karar veya muamelenin icrası veya mücerret ittihazı ferdin hakkını muhtell etmiş, yani bir zarara sebebiyet vermişse Devlet Şûrasının bu zararı tazminine, İdarenin behemehal mes'uliyetine hükmetmesi lâzım gelece-ğine inanıyor ve Yüksek Mahkemenin içtihatlarının bu yolda gelişmesini bekliyoruz.

Maamafih, Devlet Şûramızın içtihatlarının bugünkü durumu naza-ra alınırca, İdarî tasarrufların bütün öteki unsurları bakımından oldu-ğu gibi, Maksat unsuru bakımından da mevzuata aykırı olması halin- de, İdarenin mes'uliyetine hükmedilip hükmedilemeyeceği ancak dâva-ya konu teşkil eden müşahhas hâdisenin tetkikinden sonra anlaşılabil-eceğine göre, nazari olarak, Maksat cihetinden mevzuata mugayeretin de öteki unsurlar hakkından olan mevzuata aykırılıklar kadar ve gibi, İdarenin mes'uliyetini intaç edeceği ortadadır.

## N E T İ C E

Etüdümüzün başındanberi verdiğimiz izahat ve yaptığımız tahliller bakımından bu konuda bir takım neticelere varmanın mümkün olduğunu zannediyoruz.

22) K.D., sayı 50-53, s. 318-319.

23) SARICA (R.). İdarî kararlardan dolayı İdare aleyhine açılan tam kaza dâvaları. İst. H.P.M. 1944, ve ayrı bası.

Bir kere, İdarî yetkinin saptırılması, maksat cihetinden mevzuata aykırılık mefhumunun İdare hukukunun, veya daha doğru bir ifade ile, âmme hukukunun dayandığı prensiplerden çıkan bir mefhum olduğu ortadadır. Bu mefhum ile hususî hukuktaki hakkın suiistimali mefhumu arasından bir dereceye kadar mevcut olan müşabehetin maksat cihetinden mevzuata aykırılığı İdare hukukuna hâs bir mefhum olmaktan çıkaramadığı da bir hakikattir. Diğer taraftan, İdarenin yetkisini saptırması esas, İdarenin kazaî murakabesi konusunda çok müessir bir kontrol vasıtası teşkil etmekte ve bu suretle salâhiyetli İdarî makamların mevzuatın derpiş ettiği şekle uygun olarak ittihaz ettikleri karar ve muamelelere hâkim olan maksat ve mülâhazaları araştırmak, ve bahis mevzuu hizmet ile ilgili menfaatlere yabancı maksatlar müşahede edildiği takdirde bu karar ve muameleleri iptal ve icabında bu muamelelerin sebebiyet verdiği zararları İdareye ödetmek imkânı ortaya çıkmaktadır.

Jacquelin'in ifadesine göre; yetkinin tahsis gayesinde inhirafı (Le détournement de la destination de Pouvoir) mânasını taşıyan maksat cihetinden aykırılık iptal sebebi âmme hizmetlerinden icap ettirdiği veya kanunun derpiş ettiği maksadın takip edilip edilmediğinin tetkikini temin etmek bakımından diğer iptal sebeplerinden ayrılır.

Gerçekten salâhiyetsizlik, şekil noksanı ve mevzu unsuru bakımından olan sakatlıklar İdarî tasarrufların dış unsurlarını tetkikinden, sebep cihetinden mevzuata aykırılık ise tasarrufun dahili unsurunun tetkikinden ortaya çıkar. Fakat şu muhakkak ki, bütün bu hallerde tasarrufun münhasıran kendisi tetkik edilmektedir. Halbuki maksat cihetinden mevzuata aykırılığın ortaya konması için tasarruf veya muameleyi ittihaz eden İdarî makamın niyetlerinin araştırılması ve kontrolü icap etmektedir.

Détournement de Pouvoir mefhumunun bilhassa Fransada geçirdiği gelişme, bu mefhumun yalnız gaye bakımından mugayeret mânasına değil, başlangıçta salâhiyetsizlik, daha sonraları esas sebep cihetinden aykırılık ve nihayet usûl saptırılmasında olduğu gibi şekil noksanı mânasına yaklaştığını göstermekte ve bu suretle yetkinin saptırılması tâbiri sadece maksat cihetinden aykırılıktan daha geniş bir mâna ifade etmektedir.

Memleketimizde de, maksat cihetinden aykırılık bazı hallerde sebep ve usûle taallük ettiği halde, Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinde zikredilmiş bulunan pozitif esasa dayanan Türk Devlet Şûrası hâkimleri, bu gibi hallerde netice itibarile maksat cihetinden aykırılığa hükmetmektedirler. Şu halde, daha evvel de söylediğimiz

gibi, usulün saptırılması mefhumunu Fransadaki gibi ayrı bir iptal sebebi olarak değil, fakat maksat cihetinden aykırılık mefhumu içinde mütalâa etmek memleketimizin mevzuat ve içtihatlarına daha uygun olur.

Devlet Şûramızın yetkinin saptırılması halleri ile ilgili içtihatları bakımından yaptığımız tetkik İdarî Kaza mercîimizin nisbeten kısa bir zamanda bu mefhumu kavradığını, ve epey zengin ve doktrin esaslarına uygun bir içtihat vücuda getirmeğe muvaffak olduğunu göstermektedir. Bununla beraber, maksat cihetinden aykırılık iptal sebebinin meselâ salâhiyetsizlik, şekil noksanı gibi diğer iptal sebeplerine nazaran daha az bilindiği de ortadadır. Bu esasların iyice öğretilmesi ve öğrenilmesi sayesinde bir taraftan İdarenin hareketlerinde ve icraatında hizmet ve mevzuatını maksadına riayet etmesi mecburiyetini' gerektiren bir hareket kaidesinin mevcudiyeti anlaşılacak, diğer taraftan bu esasa riayet etmeyen İdarenin karar ve icraatının İdarî kazada iptalini istemek ehliyet ve bilgisi artacaktır. Yetkinin saptırılması mefhumunun re'sen İdarî kaza mercileri tarafından nazarı itibara alınmadığı, dâvacının talebine bağlı olarak bu hususun tetkik edildiği hatırlanırsa, vatandaşlarımızın ve bilhassa vatandaşların hak müdafiliğini yapan hukukçularımızın bu iptal sebebini gerektiği gibi bilmesindeki önem büsbütün anlaşılır.

Memleketimizde çok partili siyasi hayata girildikten sonra, siyasi iktidar ve İdare kudreti mefhumlarının iyice ayrılması ve bunun bir müeyyideye bağlanması ve bilhassa İdarenin teknik ve tarafsız olması gereken mahiyeti ile telif edilemeyen icraatının kontrolü, ve icabında iptal edilmesi keyfiyeti de fevkalâde bir önem kazanmış bulunmaktadır. Zira bilindiği, bilinmesi gerektiği gibi, direktif ve murakabe bakımından siyasi iktidara bağlı olan İdare kudreti, hukuk ve teknik bakımından siyasi iktidarın nüfuz ve tesiri dışında kalmak mecburiyetindedir. İdare kudretinin bu karakterleri Devlet hayatındaki temadiyi temin eden âmme hizmetlerinin istikrar ve istimarını sağlamaktadır. Siyasi iktidar bu istikrarı bozacak müdahalelerde bulunduğu takdirde âmme hizmetlerinin yürüyüşünü ve dolayısıyla Devlet ve cemiyet hayatını ârizaya uğratmış olur. Böyle bir halde kudretini, hareket kabiliyetini, emniyet ve salâhiyetlerini kaybeden İdare ve teknik müesseseler karar alamaz ve hareket edemez bir hale gelebilirler, ve daha fena olmak üzere şahsi ve siyasi nüfuzun doğurduğu sulistimaller ve adam kayırmalar ortaya çıkabilir.

İşte, maksat cihetinde, aykırılık iptal sebebi İdarenin bu hale düşmesinde önemli bir engel teşkil eder. Memleketimiz gibi nisbi tem-

sil, çift meclis sistemi ve Anayasa mahkemesine yer vermeyen ve bu sebeple teşrii kuvveti müvazeneli bir karakter arz etmekten uzak bulunan muhitlerde, hukuka bağlı Devlet telâkkisini sağlayan müesseselerin başında gelen İdarî Kazanın bu konudaki vazife ve hizmetleri bütünü önem kazanır.

İdarenin mutlak takdir yetkisine sahip bulunduğu esbabı mucibesi ile bazı İdarî tasarruf ve muameleleri kazaî kontrolün dışında tutmak isteyen tek tük mevzuatımıza rağmen, Devlet Şûrası bu hükümleri takdir yetkisine bugün atfedilen mânaya, Anayasamıza ve her şeyden evvel etüdümüzde işaret etmiş olduğumuz bizzat kendi içtihatlarına göre mânalandırmak ve bilhassa maksat unsuru bakımından kazaî kontrolüne devam etmek mecburiyetindedir. Hükümet tasarruflarının hemen tamamen ortadan kalktığı bir devirde bizzat teşriî organın bir ilkokul öğretmeninin Bakanlık emrine alınması, bir Devlet hastahanesi tabibinin emekliye ayrılması gibi İdarî tasarrufları Hükümet tasarrufu olarak telâkki etmek ve kazaî kontrolün dışında tutmak isteyeceği düşünülemez.

Nihayet, son olarak bu konuda şunu söyleyelim: Bugünkü sistemimize göre İdarî Kaza teşkilâtı personelinin seçim ve tayin statüleri çok kifayetsiz ve hattâ menfî bir manzara arz etmektedir. İdarî kaza organı, adli kazadan da çok İdare ve hattâ teşriî organ karşısında ciddi bir teminata muhtaçtır. Gerekli ıslahat yapılarak bu noksanlar giderildiği takdirde, Devlet Şûramız, her bakımdan haksızlığa maruz kalan vatandaşların tereddütsüz olarak başvurabilecekleri İdarenin hakiki bir «vicdanı» haline gelebilecek, ve İdarenin kazaî murakabesini hukukun icaplarına uygun ve en müessir bir şekilde sağlamağa muvaffak olacaktır.

**İsmet Giritli**