

# MİLLÎ SELÂHİYETİN HUKUKÎ MAHİYETİ HAKKINDA İLERİ SÜRÜLEN NAZARİYELER

**Dr. Edip F. Çelik**

İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi  
Devletler Umumî Hukuku Doçenti

Devletler Hukukunun, Milletler Cemiyeti Misakı'ndanberi üzerinde en fazla durulan ve münakaşa edilen meselelerinden biri hiç şüphesiz *münhasır selâhiyet* veya *mahfuz saha* ve, Birleşmiş Milletler Şartındaki terminolojisi ile, *millî selâhiyet* meselesidir.

Büyük bir hukukçunun dediği gibi "milletlerarası münasebetlerde geri almak imkânını mahfuz tutmadan hiçbir şey vermemek" prensibini Devletler henüz terketmiş olmadıklarından, Milletler Cemiyeti Misakı ile, bir taraftan, ihtilâflarını barışçı yollarla halletmek mükellefiyeti altına girerken, diğer taraftan, bu mükellefiyetten sıyrılmanın yolunu 15. maddeye ithal ettikleri 8. paragrafla açık tutmak cihetine gitmişlerdir.

Milletler Cemiyetinden sonra yapılan Locarno anlaşmalarında (3. madde), Cenevre Umumî Senedinde (31. madde) ve mecburî tahkime müteallik çeşitli muahedelerde "*münhasır selâhiyet*" kaydı daima mutena bir mevki işgal etmiştir.

İkinci dünya harbinden sonra kurulması tasarlanan yeni milletlerarası teşkilâtın projesini hazırlayanlar da Dumbarton Oaks tekliflerine bu kaydı koymaktan kendilerini alamadılar.

San Francisco konferansında, millî selâhiyet Teşkilâtın ana prensiplerinden biri şekline sokulmuş ve tatbik sahası da fevkalâde genişletilmiştir (1). Bu itibarla denebilir ki mesele aktüalitesini kaybetmemiş, bilâkis, yeniden ehemmiyet kazanmıştır.

Millî selâhiyetin (münhasır selâhiyetin, mahfuz sahanın) hukukî mahiyeti üzerinde doktrinde muhtelif kanaatler mevcuttur. Bu yazımızda, bilhassa ehemmiyetli bulduğumuz, dört nazariye üzerinde duracağız.

---

(1) Bu hususta bak: Seha L. Meray, Devletler Hukukunda Birleşmiş Milletler Anlaşması ve Tatbikatına göre Millî Yetki Meselesi (B. M. A. Md. 2, Fık. 7). Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sayı 27-9, S. 44 ve mü., bilhassa s. 54.

## 1. — Prof. Louis Le Fur'ün nazariyesi

## 1. — Nazariyenin izahı.

Prof. Louis Le Fur, münhasır selâhiyet meselesini incelemek için, bîhassa, hâkimiyet mefhumu üzerinde durmakta ve bunu hareket noktası olarak almaktadır.

Evvelâ şu hususu tebarüz ettirmek lâzımdır ki, bütün hukuk dalları gibi, Devletler Umumî Hukuku da Devletlerin iradesi mahsulü değildir (2). Devletler Umumî Hukuku, herhangi bir Devletin iradesinin üstünde ve kendisini Devlete empoze ettiği takdirde hakiki bir hukuktur (3). Hukuku bu mânada kabul etmek artık Devletin hâkimiyetinden bahsedilemez demek midir? Hayır! Devlet, Devletler Hukukunun hâkimiyeti haiz (*souverain*) süjelerinden biridir, fakat Devletler Hukukunun yegâne süjesi olmadığı gibi, hâkimiyeti de ne mutlak, ne münhasır ve ne de hudutsuzdur (4).

Hukukî mânada hâkimiyet, muayyen bir husus (nokta, *point*) üzerinde nihaî selâhiyettir (*compétence en dernier ressort*). Hâkimiyet, bu husus hakkında son sözü söylemek hakkı, kat'î ve nihaî olarak (*en dernier ressort, sans appel*) karar vermek hakkıdır (5).

Bu mânada anlaşılan hâkimiyeti bugüne kadar (Milletler Cemiyetinin kuruluşuna kadar) yalnız Devlet haizdi; prensip olarak bugün de haizdir fakat artık yalnız olarak değil, Filhakika Milletler Cemiyetinin kurulmasıyla hâkimiyet, el meğıştirerek, Devletten işbu Cemiyete geçmemiştir (6). Sadece, milletlerarası cemiyetin bu gelişme merhalesinde kısmî bir selâhiyet nakli vukua gelmiştir. Artık, Devlet, her husus (nokta *point*) hakkında, kat'î ve nihaî olarak karar vermeye selâhiyetli değildir; bazı selâhiyetler kendisinden alınmış ve bunlar Milletler Cemiyetine verilmiştir. Bundan böyle bazı meseleler hakkında son söz Milletler Cemiyetindedir. Binaenaleyh burada Devletler ile Milletler Cemiyeti arasında, hâkimiyet taksimi değil, fakat selâhiyet taksimi bahis mevzuudur (7).

(2) Louis Le Fur, Reconnaissance, détermination et signification en Droit International du domaine laissé par ce dernier à, la compétence exclusive de l'Etat, in. Revue de Droit International, 1931, T. VIII, No. 3, S. 94.

(3) İbid.

(4) İbid., s. 95

(5) İbid., s. 96

(6) İbid.

(7) İbid., s. 97

Demek ki Milletler Cemiyetinin Devletlerin yerine kaim olduğundan bahsetmek çok yanlıştır. Hattâ, selâhiyetin prensip olarak Milletler Cemiyetinde bulunduğu ve Devletin, -bir federasyonda federe Devletler gibi-, sarahaten zikredilen bazı hallerde selâhiyetli kılındığı da söylenemez (8).

Bununla beraber artık Devlet (eski mutlak hâkim Devlet) her zaman ve her yerde zaruri olarak üstün iktidara sahip değildir; Hâkimiyet ve Devlet iktidarı, prensip olarak, kendisinde kalmaktadır, fakat Devletler Hukukunun çizdiği hudutlar dahilinde (9).

Bu vaziyete göre asıl mesele, Devletlerle Milletler Cemiyeti arasında selâhiyetlerin taksimi şeklinde gözükmekte ve 15. madde 8. paragrafın mevzuunu teşkil etmektedir (10).

Fakat burada nazarı dikkate alınması gereken bir nokta mevcuttur: Devletin ve Milletler Cemiyetinin haiz buldukları selâhiyetler bütün hukukî ve siyasî meseleleri ihata edememektedir. Bunların yanında bir *no man's land*, yani hukuk kaidelerinin tanzim etmediği bir saha (demek ki bir *vacuum juris*) vardır (11). Bu saha üzerinde selâhiyet meselesini halletmek için üç ihtimal akla gelebilir:

a) *Prensip olarak Milletler Cemiyetinin selâhiyeti*: Bu hal tarzı bütün Devletler tarafından, -ve haklı olarak-, reddedilmiştir. Bunu kabul edebilmek için Devletler Hukuku henüz pek geridir.

b) *Prensip olarak Devletlerin selâhiyeti*: Bu da reddedilmelidir. Zira her nevi ilerleme ve gelişmeye set çeker, bundan böyle mevcut vaziyette Devletlerin rıza ve muvafakati olmadıkça hiçbir değişiklik yapılamaz.

Halihazır vaziyete en uygun hal tarzı :

c) *Devletin ve Milletler Cemiyeti'nin çifte selâhiyetini (compétence double)* kabul etmektir. Esasen pozitif Devletler Hukuku da bunu şimdiden benimsemiştir. Bu üçüncü hal tarzına göre, her hususi vaziyette, selâhiyetin Devlete mi yoksa Milletler Cemiyeti'ne mi ait olduğu noktasında bir karara varmak lâzımdır. 15. maddenin 8. paragrafı bu hususta, -Devletler Hukuku prensiplerine göre karar verecek olan-, Milletler Cemiyeti Konseyi'ni selâhiyetli kılmıştır.

(8) İbid., s. 98

(9) İbid.

(10) İbid., s. 101

(11) İbid., 102

Bu hal tarzı aynı zamanda, hem en doğru ve hem de en tatminkâr hal tarzı görünmektedir (12).

Bu şekilde selâhiyet sahalarını üçlü bir taksime tâbi tutan *Louis Le Fur* Devletin ve Milletler Cemiyeti'nin karşılıklı selâhiyetlerini tesbite teşebbüs etmektedir.

Prensip olarak, iç hâkimiyetin istimaline taallûk eden, millî camiyanın nizamını muhafazaya, güvenliğini ve gelişmesini sağlamaya matuf bulunan herşey Devletin selâhiyeti dahilindedir. Binaenaleyh, Devlet, bu gayelerin tahakkuku için zaruri görünen bütün tedbirleri alabilmelidir (13).

15. maddenin 8. paragrafını tanzim edenlerin gözönünde tuttıkları tabiiyet, muhacceret ve gümrük tarifeleri mevzularından başka *Devletin münhasır selâhiyetinde bulunan* diğer meseleler vardır: iç teşkilât, hükûmet şekli, idarî ve adlî teşkilât, iç ve dış güvenlik, millî ülkenin istima'i v.s.

Bununla beraber adı geçen meselelerden herbiri millerlerarası bir muahedeye mevzu teşkil ettiği veya herhangi bir Devlet tarafından alınan karar hukukun umumî prensiplerine aykırı olduğu takdirde mahfuz sahadan çıkar (14).

*Milletler Cemiyeti'nin münhasır selâhiyetine giren işler ise milletlerarası camiaya hâs olan işlerdir (doit être reconnu comme de la compétence exclusive de la Société des Nations tout ce qui est l'affaire propre de la communauté internationale)* (15).

Milletler Cemiyeti'nin selâhiyeti oldukça geniştir: Milletler Cemiyeti Misakından neş'et edenler (yeni âza kabulü, milletlerarası mandalar rejimi, Misakın tâdili v.s.), ekalliyetlerin himayesine müteallik meseleler, Sulh muahedelerinin Cemiyete verdiği selâhiyetler (Dantzig Serbest Şehri'ne ve Sar ülkesine dair meseleler), doğrudan doğruya müzakerelerle halledilemiyen ihtilâflar... (16)

Fakat Devlete ve Milletler Cemiyeti'ne ait olan bu iki selâhiyet kategorisi Devletlerin bütün hayatını kavrayamamaktadır. Evvelce de belirtildiği gibi, bir *no man's land* mevcuttur.

(12) İbid., s. 104

(13) İbid., s. 105

(14) İbid., s. 106

(15) İbid., s. 108

(16) İbid., s. 108-109

*No man's land* karşısında görünen yegâne hal tarzı, ortaya çıkan her münferit meselede, Konsey veya Divan'ın bu iki selâhiyet kategorisinden biri veya diğeri lehine karar vermesidir (17).

## II — NAZARİYENİN TENKİDİ :

Prof. *Louis Le Fur*'ün münhasır selâhiyet nazariyesi hakkındaki tenkitlerimizi birkaç nokta üzerinde toplamaya çalışacağız:

1) Müellifin münhasır selâhiyet (mahfuz saha) meselesini incelemek için bihassa hâkimiyet mefhumu üzerinde durduğunu ve bunu hareket noktası olarak aldığını söylemiştik.

Tanınmış Devletler Hukuku Profesörüne göre: “hukukî mânada hâkimiyet, muayyen bir husus (nokta, *point*) üzerinde nihaî se:âhiyet-tir (*compétence en dernier ressort*). Hâkimiyet bu husus hakkında son sözü söylemek hakkı, kat'î ve nihaî olarak (*en dernier ressort, sans appel*) karar vermek hakkıdır.”

Nazariyenin takip edilebilmesi için Profesörün, -hareket noktası olan-, hâkimiyet hakkındaki tarifini benimsemek, hâkimiyete verdiği mânayı kabul etmek icap eder.

Mevzuumuz hâkimiyet mefhumunu incelemek değildir. Bu bakımdan, -çok mühim ve o nisbette muğlâk bir mesele teşkil eden-, hâkimiyet üzerinde fazla durmayacağız. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki bugün mutlak hâkimiyet telâkkisi terkedilmiş olmakla beraber hâkimiyete “muayyen bir husus (nokta, *point*) üzerinde son sözü söylemek hakkı” mânasını vermek de mümkün değildir. Hâkimiyete, bugün, umumen verilen mâna bundan çok farklıdır. Prof. *Louis Le Fur*'ün bu kanaati doktrinde itirazlara maruz kalmıştır.

Evvelâ *Eugène Borel*, *Le Fur*'ün Devletler Hukuku Enstitüsüne arzettiği rapor üzerindeki “*observations*” larında: bu şekilde tarif olunan hâkimiyetin “hâdiselere daha yakından bakıldığında her kollektivitede” mevcut olduğunu söylemiştir. (18).

(17) *Ibid.*, s. 112

(18) “Le rapport (de M. Louis Le Fur) considère comme critère de la Souveraineté le droit d'un Etat de se prononcer en dernier ressort sur un point donné. L'objection que soulève immédiatement cette définition, c'est qu'à regarder les choses de plus près on peut l'appliquer à toute collectivité quelconque” (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1931, s. 61). “cette compétence en dernier ressort peut appartenir à une commune, à une collectivité publique, que personne ne songe à considérer comme souveraine.” (*Ibid.*, s. 62).

S. Ségal de aynı itirazda bulunmuştur: “Her cemiyette.. az veya çok ehemmiyet taşıyan, muayyen meseleler hakkında, bütün üyelerin, nihaî olarak karar vermek selâhiyeti vardır” (19). Binaenaleyh, meselâ, muayyen bir husus hakkında nihaî karar vermek selâhiyeti bulunan bir vali veya bir belediye meclisi için hâkimiyeti haizdir mi denilecektir?

*Louis Le Fur*'ün hareket noktasına tevcih edilen bu itirazın son derece kuvvetli olduğuna kani bulunuyoruz. Esasen müellifin hâkimiyet tarifi doktrinde taraftar bulamamıştır.

2) Prof. *Louis Le Fur*'e göre, “Devletler i.e Milletler Cemiyeti arasında, -hâkimiyet taksimi değil fakat-, selâhiyet taksimi bahis mevzuudur” ve 15. maddenin 8. paragrafının mevzuunu teşkil eden mesele de budur. Fakat bu iki selâhiyet bütün hukukî ve siyasî meseleleri ihata edememekte, bunların yanında *bir no man's land* bulunmaktadır.

Müellifin tenkide maruz kalan fikirlerinden biri de bu *no man's land* mefhumudur. Filhakika, birtakım hukukçular ve bunlar meyanında S. Ségal (20), Borel (21), Kusters (22), -ve hususiyle-, *Georges Scelle no man's land*'in mevcudiyetini kabul etmemektedirler.

Prof. *Georges Scelle* göre, eğer mahfuz sahaya dahil meseleler, -8. paragraftaki mefhumun yeniden tağyir edilmesi ve genişletilmesi suretiyle iddia olunduğu gibi (23)-, Devletler Hukukunun halklar arasındaki münasebetleri tanzim etmediği, hukuk kaidelerinin mevcut bulunmadığı bir *no man's land* sahası teşkil ediyorsa, bu, bizzat Devletler Hukukunun mevcut olmadığını sâfiyetle söylemeye muadildir. Zira Devletler Hukuku, diğer bütün hukuk disiplinleri gibi, *h<sup>i</sup>atus* (boşluk) arzetmez. Herhangi bir cemiyetin hukuk nizamında hukuk kaidelerinin dışında kalan sosyal münasebetler yoktur. Ancak seâhiyetler az veya çok vâzih olabilir, yani selâhiyet takdire bırakılmış (*distrétionnaire*) veya bağlı *lié*e bulunabilir (24).

Profesör, aynı kanaati en yeni eserinde şu cümlelerle ifade eylemektedir: “Bir hukukî nizam *vacuum juris* (hukukî boşluk) arzetmez,

(19) S. Ségal, *Le Domaine Réserve*, in. *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1934, No. 1, s. 30

(20) *Ibid.*, s. 32

(21) *Annuaire.*, s. 67.

(22) Kusters'in *no man's land* mefhumunu kabul etmediğini S. Ségal'den naklen söylüyoruz.

(23) *Georges Scelle*'in burada *L. Le Fur*'ün doktrininden bahsettiği muhakkaktır.

(24) *Georges Scelle*, *Règles Générales du Droit de la Paix*, *Recueil des Cours*, T. 46, s. 416

bütün hukukî münasebetleri tanzim eder; ancak bunları ya zımnen ve ya *sarahaten* tanzim eder. *Sarahaten*, emreder, men'eder veya müsaade eder, ve bu takdirde selâhiyetin istimalini bağlar, *zımnen*, men'etmediğini yapmaya müsaade eder veya emretmez, ve bu takdirde, hukuk süjesinin harekete geçmek veya geçmemek hususundaki serbestîsini tanıtır" (25).

Böylece, hattâ mevcudiyeti bile, umumen kabul edilmemiş bulunan *no man's land* mefhumuna istinaden mahfuz saha meselesini izaha ve sağlam bir hal tarzına varmaya imkân olmadığını zannediyoruz.

3) *No man's land*'in bir an için mevcut olduğunu farz ve Prof. *Louis Le Fur*'ü takip edelim. Müellife göre "hukuk kaidelerinin tanzim etmediği bu saha üzerinde selâhiyet meselesini halletmek için üç ihtimal akla gelebilir: a) Prensip olarak Milletler Cemiyeti'nin selâhiyeti; b) prensip olarak Devletlerin selâhiyeti; c) Devletlerin ve Milletler Cemiyeti'nin çifte selâhiyeti (*compétence double*). Halihazır vaziyette en münasip, en uygun hal tarzı bu sonuncusudur. Bu hal tarzına göre her hususi vaziyette selâhiyetin Devlete mi yoksa Milletler Cemiyeti'ne mi ait olduğu noktasında bir karara varılacaktır. 15. maddenin 8. paragrafı, bu hususta, -Devletler Hukuku prensiplerine tevfikân karar verecek olan-, Milletler Cemiyeti Konseyini selâhiyetli kılmıştır.

Burada, kanaatimizce, üzerinde durulması icap eden iki husus mevcuttur:

a) Bir kere, bu *no man's land* vaziyetinde Devletin ve Milletler Cemiyeti'nin çifte selâhiyetinden (*compétence double*) bahsediliyor ve hemen: "her hususi vaziyette selâhiyetin kime ait olduğu noktasında bir karara varılması gerektiği" ilâve olunuyor. Böylece, Prof. *Louis Le Fur*'ün çifte selâhiyet (*compétence double*) terimi ile neyi kastedtiğini anlamak güçleşmektedir.

Her hususî vaziyette selâhiyetin kime ait olduğu noktasında bir karara varmak icap ediyorsa, *no man's land* vaziyetinde, çifte selâhiyetin mevcudiyetinden değil, fakat selâhiyetlerin sarahaten tesbit ve tayin edilmemiş bulunduğundan bahsetmek doğru olur. Yani selâhiyet ya Devlette veya Milletler Cemiyeti'ndir, fakat bunlardan hangisinde olduğu hakkında sarahat yoktur.

b) *Louis Le Fur*, *no man's land* karşısında selâhiyetin kime ait olduğuna karar verecek organın Milletler Cemiyeti Konseyi olduğunu

(25) *Georges Scelle*, Cours de Droit International Public, Editions Domat-Monchrestien, Paris, 1948, s. 108

söylüyor ve ilâve ediyor: Bu organ “Devletler Hukuku prensiplerine tevfikân karar verecektir.”

Fakat madem ki bu saha hukuk kaidelerinin, -ve binaenaleyh Devletler Hukukunun-, tanzim etmediği, nüfuz etmediği bir sahadır o halde bu sahada bahis mevzuu olacak selâhiyet ihtilâfı, Konsey tarafından, Devletler Hukuku prensiplerine tevfikân nasıl haşledilecektir?

Biliyoruz ki 15. maddenin 8. paragrafı münhasır selâhiyete karar vermeye selâhiyetli organ olarak Konseyi göstermekte ve Devletler Hukukunu da kıstas kabul etmektedir. İşte Prof. *Louis Le Fur* de adı geçen paragraftaki münhasır selâhiyet mefhumunu, -mevcudiyetine inandığı-, *no man's land* ile izah edebilmek için aynı neticeleri kabul ediyor. Bu durum bize peşinen benimsenen bir fikri, mevcut, -veya mevcudiyeti farzolunan-, kalıplara uydurmak için sarfedilen bir gayret şeklinde gözükmektedir.

4) Nihayet Prof. *Louis Le Fur*'ün nazariyesinde tenkide maruz kalan noktalardan biri de Devletin münhasır selâhiyetinden başka Milletler Cemiyeti'nin de münhasır selâhiyetlerinden bahsedilmiş olmasıdır.

Gerçekten müellif, milletlerarası camiaya hâs olan işlerin Milletler Cemiyeti'nin münhasır selâhiyetine girdiği iddiasında bulunmaktadır.

Evvelâ 15. maddenin 8. paragrafı böyle bir neticeye varmaya müsait değildir; zira paragraf yalnız “Devletlerin münhasır selâhiyeti”ni nazarı itibara almakta ve Milletler Cemiyeti'nin münhasır selâhiyeti hakkında bir sarahati ihtiva etmemektedir.

Saniyen, *Louis Le Fur*'ün Milletler Cemiyeti'nin münhasır selâhiyetinde telâkki ettiği meseleler 15. maddenin 8. paragrafındaki mânada münhasır selâhiyetler değildir.

## § 2. — PROF. CHARLES ROUSSEAU'NUN NAZARİYESİ

### I. — NAZARİYENİN İZAHI.

Hukuk tekniğinde muhtariyet (*autonomie*), Devlet organları için bir *takdir selâhiyeti*'nin, yani alınacak kararların hal ve maslahata uygunluğunu takdir için az veya çok geniş bir iktidarın, mevcudiyetini icap ettirir.

Takdir selâhiyetinin aksi bağı selâhiyettir (mahdut selâhiyet, *compétence liée*). Bu vaziyette Devlet organı, faaliyetinin hal ve maslahata uygunluğunu takdir hususunda serbest bırakılmamış, bilâkis bir karar



almaya veya almamaya veya muayyen bir şekilde ve muayyen bir zamanda almaya hukuken mecbur tutulmuştur.

Bu tahlil Devletin milletlerarası nizam içindeki faaliyeti hakkında da muteberdir. Devletin bu nevi faaliyetleri, prensip olarak, takdirîdir ve Devlet, tasarrufları tayin ve tesbit ve bunların ifa vasıtalarını seçme hususunda geniş bir serbestîye sahiptir.

Takdir selâhiyeti mefhumu pozitif Devletler Hukuku tarafından başka bir terminoloji altında nazarı itibara alınmıştır. *Münhasır selâhiyet* (Milletler Cemiyeti Misakı 15. madde, 8. paragraf): *millî selâhiyet* (Birleşmiş Milletler Şartı 2. madde 7. paragraf), Adalet Divanının mecburi kazasını kabule müteallik deklârasyonlarda, görülen ihtiraz kayıtları.

Bu muhtelif hükümler Devlet selâhiyetinin otonomisini, münakaşasız bir şekilde kabul etmektedir. (1).

Devletin takdir selâhiyetini teşkil eden bir sahanın mevcudiyeti milletlerarası nizamda bir hukuk kaidesidir. (2) Fakat bu sahanın şümulünü tesbit hukukçu için imkânı olmayan bir iştir. Devletin takdir selâhiyetine (3) bırakılan meselelerin tesbiti, bir mânada, fiilî bir meseledir, zira muayyen bir zamanda Devletler Hukuku tarafından tanzim edilmemiş meselelerin tesbitine müncer olmaktadır. (4).

Bu vaziyet karşısında bu nazariye ile bazı tasarrufları kazaî mürakabenin dışında bırakmayı gözetten *hükûmet tasarrufları* arasındaki benzerliği görmemek kabil değildir (5).

Binaenaleyh, diyor *Charles Rousseau*, biz *Hauriou'nun* hükûmet tasarrufları için söylediklerini Devletin takdir selâhiyetini (6) teşkil eden saha için memnuniyetle tekrar edeceğiz. *Hauriou* hükûmet tasarruflarını şöyle tarif etmişti: "Hükûmet tasarrufu, Uyuşmazlık Mahkemesinin otoritesi altında idarî jürisprüdans tarafından tanzim edilen siyasi tasarruflar listesinde bulunan tasarrufur".

(1) **Charles Rousseau**, L'Indépendance de l'Etat dans l'Ordre International, Recueil des Cours, T. 73, s. 34, 235, 236.

(2) 1950 senesinde, Devletler Hukuku Enstitüsüne sunduğu raporda: "Devletin millî selâhiyetine mahfuz bir sahanın mevcudiyeti milletlerarası nizamda bir hukuk kaidesidir." diyor. Bk.: La Détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats - Rapport provisoire et projet de résolution présenté à l'Institut de Droit International, 1950, s. 10.

(3) Raporda "millî selâhiyetine" diyor, s. 11.

(4) Charles Rousseau, op. cit., in. Recueil des Cours., s. 237.

(5) İbid. ve Rapor, s. 11.

(6) Raporda "millî selâhiyetini" diyor.

Bu formülü değişirmek suretiyle, Devletin takdir selâhiyetine (7) dahil meselelerin milletlerarası jürisprüdans ve tatbikat (Milletlerarası Daimî Adalet Divanı ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın karar ve istişari mütalâaları, Milletler Cemiyeti Konsey ve Asamblesinin, Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulunun v.s. karar ve tavsiyeleri) tarafından tedricen tanzim olunacak bir listede bulunan meseleler olduğu kabul edilebilir.

Halen tamam ve tahdidî bir listenin tanzimine imkân yoktur (8).

## II — NAZARİYENİN TENKİDİ.

Prof. *Charles Rousseau'nun*, ana hatlarıyla, izaha çalıştığımız nazariyesini çeşitli noktalardan tenkit etmek mümkündür.

1) Evvelâ müellif *münhasır selâhiyeti* (*millî selâhiyeti*, *mahfuz sahayı*), *takdir selâhiyeti*'nin pozitif Devletler Hukukunda ve yeni bir terminoloji altında görünüşü olarak kabul etmektedir. "Devletin takdir selâhiyetini teşkil eden bir sahanın mevcudiyeti milletlerarası nizamda bir hukuk kaidesidir. Fakat bu sahanın şümulünü tesbit hukukçu için imkânı olmayan bir iştir." İşte bu sahanın şümulünü tesbit imkânsızlığı, yani takdir selâhiyeti hakkında tatminkâr bir kıstas bulunamayışı, tanınmış hukukçuya *hükümet tasarrufları*'nı hatırlatmaktadır: "... bu nazariye ile... hükümet tasarrufları nazariyesi arasındaki benzerliği görmemek kabil değildir." Binaenaleyh Hauriou'nun hükümet tasarrufları hakkındaki formülü Devletler Hukukuna nakledilebilir: "Devletin takdir selâhiyetine (münhasır selâhiyetine, millî selâhiyetine) dahil meseleler milletlerarası jürisprüdans ve tatbikat tarafından tedricen tanzim olunacak bir listede bulunan meselelerdir."

Münhasır selâhiyeti takdir selâhiyeti olarak kabul ve bu noktadan hareket ettikten sonra, hükümet tasarrufları nazariyesine varmanın ve münhasır selâhiyetle hükümet tasarrufları arasındaki *analogie*'den bahsetmenin isabetine kani olmadığımızı söylemek mecburiyetindeyiz. Gerçekten hükümet tasarrufları ile takdir selâhiyeti aynı şey olmaktan uzaktırlar. Bu iki kategori arasındaki farkları tebarüz ettirmek için muhterem Ord. Prof. Dr. *Sıddık Sami Onar*'ın mütalâalarını zikretmekle iktifa edebiliriz: "Takdir selâhiyeti mevcut olduğu hallerde hadise esas itibarıyla hukuk kaidelerine bağlı bir keyfiyettir. Tasarrufun kazaî usullerle tetkik ve tahlili lâzım gelir. Binaenaleyh hâkim davayı kabul

(7) Raporda "millî selâhiyetine" diyor.

(8) Charles Rousseau, *op. cit.* in. *Recueil des Cours.*, s. 238-239.

eder ve görür; yalnız ihtilâfın menşeiini teşkil eden hâdise tasarrufun takdir selâhiyetine bırakılan bir unsuruna taallûk ediyorsa hâkim bu noktayı tetkik edemeyeceği için davayı reddeder; bu netice davanın usulü dairesinde rüyetiyle, tasarrufun tahliliyle elde edilebilir... Halbuki hükümet tasarrufları bünyeleri itibariyle tamamen hukuk kaidelerinin dışında kalır ve takdirî bir mahiyet arzeder; hâkim bu tasarruflardan doğan ihtilâfları iptidaen reddeder, usulü muhakeme tâbiriyle, bu gibi davalar mesmu değildir.” (9).

Hülâsa edelim: “Takdir selâhiyeti, idarenin hukuk kaidelerine tâbiliği prensibine bir istisna teşkil etmez” (10) buna mukabil “hükümet tasarrufları idarenin hukuk kaidelerine tâbiliğine istisna teşkil eder” (11), “takdir selâhiyeti tasarrufun *unsuruna* taallûk eder” (12), buna karşılık “hükümet tasarrufları bünyeleri itibariyle *tamamen* hukuk kaidelerinin dışında kalır” (13); “ihtilâf takdire bağlı bir unsurdan çıkmış olsa bile hâkim davayı esas itibariyle kabul eder” (14), yani *iptidaen reddetmez*, halbuki “hükümet tasarruflarından dolayı açılan bir davayı hâkim iptidaen reddeder.” (15).

Müellifin, - takdir selâhiyetinden hareket etmesine rağmen -, millî selâhiyeti hükümet tasarrufları nazariyesi ile izaha çalıştığı noktada tereddüt edilemez. Esasen müellifin Devletler Hukuku Enstitüsünün 1950 tarihli Bath toplantısına sunmak üzere kaleme aldığı rapor çok vâzih bulunmaktadır.

Gerçekten, bahis mevzuu raporun “*Appréciation critique*” başlığını taşıyan III. Bölümünde, *Charles Rousseau* artık takdir selâhiyetinden (*compétence discrétionnaire*) bahsetmemekte ve fakat, La Haye Akademisindeki cümlelerini hemen aynen tekrarlamakla beraber -, *münhasır selâhiyet* (mahfuz saha, millî selâhiyet) ile *hükümet tasarrufları* arasındaki *analogie*'yi görmemenin kolay olamayacağını söylemektedir. Hatâ raporunda daha ileri gitmektedir. La Haye'de: “Biz, *Hauriou*'nun hükümet tasarrufları için söylediklerini Devletin takdir selâhiyetini teşkil eden saha için, memnuniyetle tekrar edeceğiz” demişti. Burada ise: “*Hauriou*'nun hükümet tasarrufları hakkındaki tarifini milletlerarası

(9) Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku. Birinci Cilt - Birinci Kısım. İstanbul, 1939, s. 255-256.

(10) İbid., s. 249

(11) İbid., s. 255

(12) İbid., s. 251

(13) İbid., s. 256

(14) İbid., s. 251

(15) İbid., s. 255

nizama *intibak ettirerek* Devletin millî selâhiyetine dahil meselelerin..." şeklinde bir ifade kullanılmıştır. (16)

Böylece *Charles Rousseau*'nun münhasır selâhiyet mefhumuyla, -takdir selâhiyeti değil fakat-, hükûmet tasarrufları arasında bir *analogie* gördüğü neticesine varıyoruz. Hemen ilâve edelim ki Profesörün bu fikrinin isabetli olduğuna kani değiliz. Münhasır selâhiyet ile hükûmet tasarrufları nazariyesi arasında öyle pek de bariz bir *analogie*'nin mevcut bulunmadığını göstermeye çalışacağız.

2) Bir kere milletlerarası hukuk nizamında ne Devlet Şûrasına ve ne Uyuşmazlık Mahkemesine benzeyen, bunlarla, aynı mahiyeti arzeden, aynı fonksiyonları ifa eden kaza organları mevcut bulunmamaktadır: (17) Yani idarî kazayı andıran bir kaza sistemi, -halihazırda-, mevcut değildir. (18) Filhakika ne Milletler Cemiyeti ve ne Birleşmiş Milletler Teşkilâtı organlarından hiçbirisi idarî mahkemelerle benzerlik göstermediği gibi, idarî mahkemeler olmayınca uyuşmazlık mahkemesinin de olmayacağı tâbiîdir. Milletlerarası Adalet Divanı da, müsavi vaziyette bulunan süjeler (Divan Statüsünün 34. maddesi gereğince yalnız Devletler) arasındaki hukukî ihtilâfları halleden bir mahkemedir ve, eğer bir mukayese yapmak istenirse, idarî mahkemelere değil bilâkis adliye mahkemelerine benzetilebilir.

Milletlerarası hukuk nizamında idarî mahkemeleri andıran kaza organlarının kurulmamış olmasının sebepleri aşikârdır. Başka bir ifade ile milletlerarası hukukun bugünkü gelişme merhalesinde bu nevi kaza organlarının mevcudiyetine ihtiyaç yoktur. Çünkü iç hukuk nizamlarındaki hükûmet veya "idare"ye karşılık Devletler Hukukunda, icraî kararlar almak selâhiyetiyle mücehhez ve iç hukuktakilerle tam bir ayniyet arzeden milletlerarası bir hükûmet ve milletlerarası idare yoktur. Bu vaziyet karşısında, şöyle demek mümkündür: Milletlerarası Hükûmetin, milletlerarası idarenin mevcut olmayışı Devletler Hukukunda idarenin

(16) *Charles Rousseau*, Rapport, s. 11

(17) Aynı noktaya Prof. Jules Basdevant da işaret etmiştir: "...mais cette méthode ne pourrait que bien lentement conduire à donner un contour précis au concept de compétence exclusive, à moins de procéder ici par voie conventionnelle. Le juge international ne suffirait pas à mener à bien cette tâche; il n'a pas une autorité égale à celle qui en France a permis au Conseil d'Etat de mettre sur pied sa théorie des actes de gouvernement". Règles Générales du Droit de la Paix, Recueil des Cours, T. 58, s. 608).

(18) Bununla beraber şu noktaya işaret edelim ki Schuman Plânı ile, milletlerarası camiada, ilk defa olarak, bir kaza organına milletlerarası organlardan sadır olan kararları iptal edebilmek ve bu kararlardan hukuku muhtel olanlar lehine tazminata hükmedebilmek imkânı tanınmıştır.

kazaî mürakabesi müessesesinin de mevcut olmaması neticesini doğurur. İdarenin kazaî mürakabesinin ademi mevcudiyeti ise Devletler Hukukunda hükûmet tasarrufları nazariyesinin tatbik kabiliyeti olmadığına işaret eder. Fîlhakika, esasen mevcut olmayan bir mürakabeden bazı tasarrufları hariç tutmak hiçbir zaman bahis mevzuu olamaz.

3) Bir an için milletlerarası camiada, - aynen iç hukuk nizamlarındakinin modeli üzerine teessüs etmiş -, milletlerarası hükûmetin ve milletlerarası idarenin mevcudiyetini farzetsek bile Prof. *Charles Rousseau*'nun münhasır selâhiyeti (mahfuz sahayı, millî selâhiyeti) hükûmet tasarrufu olarak gören nazariyesi gene de kabul edilemez. Açıklamaya çalışalım:

Biliyoruz ki, - iç hukukta -, hükûmet tasarrufları, yani siyasi sebep ve düşüncelerle, kazaî mürakabenin dışında kalan tasarruflar, hükûmet'in bazı tasarruflarıdır. Bu nevi tasarruflardan menfaatleri haleldar olanlar iptal davası veya hakları muhtel olanlar tam kaza davası açamazlar; "açsalar bile, mahkemeler bunları tetkik ve halletmekten imtina eylerler. Bu davayı iptidaen reddederler. Dava mesmu olmaz." (19).

Hükûmet tasarrufları nazariyesini Devletler Hukukuna nakledecek şu neticenin hasıl olması lâzımdır: *Milletlerarası organların* (mesele Güvenlik Konseyinin, Genel Kurulun, Ekonomik ve Sosyal Konseyin v.s.) *bazı tasarrufları*, - mevcut olduğunu farzettiğimiz -, *kazaî mürakabenin dışında kalmalı* ve bunlardan menfaati haleldar olanlar veya hakları muhtel olanlar iptal veya tam kaza davası açmamalıdır. Açsalar bile mahkemeler bunları tetkik ve halletmekten imtina eylemeli, bu davayı iptidaen reddetmeli, dava mesmu olmamalıdır. Yani, bu nevi tasarruflarda, kazaî mürakabe milletlerarası hükûmet (milletlerarası idare) lehine bertaraf edilmelidir. Halbuki münhasır selâhiyet (mahfuz saha, millî selâhiyet) meselesinde durum tamamen aksi bir istikamet göstermektedir. Fîlhakika münhasır selâhiyet Birleşmiş Milletler sisteminde iki vaziyette bahis mevzuu olabilir: a) ya iki Devlet arasında çıkan bir ihtilâf münasebetiyle; veya b) Birleşmiş Milletler organlarının bir teşebbüsü veya müdahalesi üzerine. Bu iki vaziyeti teker teker ele alalım:

a) İki Devlet arasında çıkan bir ihtilâfta: Taraflardan biri, - ve daima müddeialehyh vaziyetinde bulunan Devlet -, Birleşmiş Milletler organlarının uzlaştırıcı faaliyetini önlemek için (20) münhasır selâhiyet iddiasını dermeyan edecek, yani ihtilâflı meselenin kendi millî selâhi-

(19) Ragıp Sarıca, İdarî Kaza, İstanbul 1942, s. 47

(20) Eğer re'sen nazarı itibara alınmamışsa.

yetine girdiğini söyleyecektir. Burada tasarruf, milletlerarası hükûmetin (milletlerarası idarenin) değil fakat süje vaziyetinde bulunan *Devletin tasarrufu*'dur. Münhasır selâhiyet, *Charles Rousseau*'yu takiben, hükûmet tasarrufu mahiyetinde görülünce ve münhasır selâhiyetin de her Devlet tarafından ileri sürülmesi mümkün olduğu düşünülünce, iç hukuktakinin tam tersine, Devletler Hukukunda hükûmet tasarrufları nazariyesinin milletlerarası hükûmet aleyhine, - ve burada süje durumunda bulunan -, *Devletler lehine* işlediği kabul edilmek icap eder. İç hukukta bunu yalnız hükûmet (idare) dermeyan edebilir, Devletler Hukukunda ise her Devletin bunu dermeyana selâhiyeti oluyor.

b) Birleşmiş Milletler organlarının bir teşebbüs veya müdahalesi vaziyetini nazarı itibara aldığımız takdirde münhasır selâhiyet ile hükûmet tasarrufları arasında benzerlik olmadığı daha açık bir tarzda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki: Birleşmiş Milletler Teşkilâtı organlarından herhangi biri ve meselâ Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendi faaliyet çerçevesi dahilinde bir teşebbüse tevessül etmiş veyahut ekonomik ve sosyal mahiyette bir meseleye müdahale etmiştir. Burada *Devletin pasif vaziyette olduğu, bir tasarrufta bulunmadığı muhakkaktır*. Fakat Şart'ın 2. madde 7. paragrafına istinaden, işbu meselenin kendi münhasır selâhiyetine dahil bulunduğunu ve binaenaleyh Birleşmiş Teşkilâtı'nın müdahaleye selâhiyetli olmadığını iddia etmekte ve müdahalenin durdurulmasını istemektedir. Demek ki, - millî selâhiyet hükûmet tasarrufu olarak kabul edildiği takdirde-, tasarrufu yapan değil fakat bundan menfaati haleldar veya hakkı muhtel olan taraf, diyelim, hükûmet tasarrufu def'ini dermeyan etmiş oluyor.

4) Prof. *Charles Rousseau*'nun münhasır selâhiyet doktrininin diğer bir noktası daha hükûmet tasarrufları nazariyesi ile bağdaşacak mahiyette değildir.

Gerçekten, Profesöre göre 2. maddenin 7. paragrafında, millî selâhiyet iddiasının sıhhati hakkında karar vermek selâhiyetin; haiz organın gösterilmemiş olmasından şu netice çıkar ki: - zecrî tedbirlerin tatbiki vaziyeti hariç - mahfuz saha iddiasının sıhhatini tayin hususunda her Devletin kendisi selâhiyetlidir (21). Halbuki *Hauriou*'nun hükûmet tasarrufları hakkındaki tarifini Devletler Hukuku nizamına nakletmek temayülünü gösteren müellif şöyle demektedir: "Mahfuz sahaya dahil olan meseleler milletlerarası jürisprüdans ve tatbikatın Milletlerarası Daimî Adalet Divanı ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın karar

(21) Bu kanaati paylaşmadığımızı ve Devletlerin değil fakat Birleşmiş milletler organlarının selâhiyetli olduğunu kabul ettiğimizi söylememiz lâzımdır.

ve istişarî mütalâaları, Milletler Cemiyeti Konsey ve Asamblesinin ve *Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Güvenlik Konseyinin ve Genel Kurulunun v.s. karar ve tavsiyeleri*) tedricen tanzim edeceği bir listede mevcut meselelerdir.”

Prof. *Charles Rousseau*'nun mahfuz sahanın sıhhati üzerinde karar vermeye selâhiyetli organ hakkındaki kanaatini kestirmek böylece güçleşmekteyse de doğrudan doğruya, bu mevzua temas ederken Devletleri selâhiyetli gördüğünü söylemesi esas kanaatinin bu merkezde olduğuna karine teşkil eder. Bu takdirde de münh asır selâhiyet ile hükûmet tasarrufu nazariyesi arasında benzerlik ortadan kalkmaktadır.

Bu nokta üzerinde daha fazla ısrar etmek lüzumunu hissetmiyoruz. Yalnız dikkatimize çarpan şu hususu da kaybedeceğiz:

Gariptir ki münhasır selâhiyet iddiasının sıhhati hakkında karar vermek selâhiyetinin Devletlerde olduğu kanaatinde bulunan iki tanınmış Devletler Hukuku müellifi, *Charles Rousseau* ve *Louis Delbez*, münhasır selâhiyeti hükûmet tasarrufu mahiyetinde görmekte ve bu nazariyeyi müdafaa eylemektedirler (22).

5) Nihayet iç hukuk nizamında en şiddetli tenkitlere maruz kalan hükûmet tasarrufları nazariyesini milletlerarası hukuk nizamına nakletmek, bunu Devletler Hukukuna intikal ettirmek gayretini tasvip etmiyor ve mahzurlu buluyoruz.

Gerçekten, hükûmet tasarrufları, *kanunîlik prensibi*'nin (*principe de légalité*) karşısına dikilen engellerden birini ve belki de birincisini teşkil etmektedir. *M. Maxime Mignon*, “*L'Amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernements: Progrès nécessaire du concept de légalité*” başlığını taşıyan makalesinde (23) bu noktaya temas etmekte ve “modern hukuk Devleti anlayışının (hükûmet tasarrufları nazariyesini) kanunîlik prensibi namına takbih ettiğini” (24) söylemektedir. Zira “bu, hakikatte, hikmeti hükûmet (*raison d'Etat*) önünde eğilmek” ten (25) başka birşey değildir. Kanunîlik prensibine tâbi bir hukuk Devletinde hükûmet tasarrufları nazariyesi ilk şeklini muhafaza edemezdi. (26). Nitekim “davanın istimai kabil olmadığını, ihtilâfın esasını tetkik, kanunen Devlet Şûrasının kaza selâhiyetine girmeyen bir takdiri icap

(22) Bk.: *Louis Delbez*, *Manuel de Droit International Public*, 2ème édition., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, s. 122.

(23) *La Revue Administrative*, 4ème année, No. 19, 1951, Janvier - Février, s. 30-47

(24) *Ibid.*, s. 31

(25) *Ibid.*, s. 32

(26) *Ibid.*, s. 46

ettirdiği ölçüde kabul eden hukukî tahlil ışığında" (27) bazı tasarruflar artık hükûmet tasarrufu olmaktan çıkmıştır; daha açık bir ifade ile hükûmet tasarrufları azalmıştır.

*M. Maxime Mignon*'un hükûmet tasarrufları hakkındaki en yeni temayülleri göstermeye çalışan makalesinden anıyoruz ki bugün iç hukukta hükûmet tasarrufu sayılan tasarruflar Devlet Şûrasının normal selâhiyeti içine girmeyen tasarruflardır.

Müellif, nazariyedeki bu gelişmeyi kanunîlik prensibinin bir zaferi olarak karşılamakta ve demektedir ki: "Bütün Devlet organlarının, - ferdî hürriyetlere riayetin başlıca teminatı ve keyfîliğe karşı bir engel olan-, hukuka tâbîliğini kabul etmek liberal tezin, demokratik hükûmet şeklinin şerefidir." (28).

Görülüyor ki hükûmet tasarrufları nazariyesinde *Hauriou*'danberi ehemmiyetli bir tahavvül olmuş ve hükûmet tasarruflarının salim bir hukuk tekniği ile kabili telif bulunmadığı ve binaenaleyh bertaraf edilmesi gerektiği müdafaa edilmiştir.

Hükûmet tasarrufları, bugün, iç hukuk nizamında idarî mahkemelerin normal selâhiyeti içine girmeyen tasarruflardır. Halbuki mahfuz sahaya dahil meseleler hakkında aynı şeyi söylemenin kabil olmadığı kanaatindeyiz. Bu ikisi arasında bariz bir benzerlik göremiyoruz. Zira: bunlardan birincisinde menfaatleri haleldar veya hakları muhtel olanların dava hakkı, ikincisinde ise milletlerarası organların müdahale selâhiyeti bahis mevzuudur. Hükûmet tasarrufları ile münhasır selâhiyet arasındaki tek benzerlik, - kanaatimizce -, bunlardan ne biri ve ne diğeri için bir kıstas bulmanın imkânsızlığıdır. Ve bu tek benzerliğin iki mefhumu birbirine tamamen yaklaştırdığını düşünemiyoruz.

Prof. *Georges Scelle* de hükûmet tasarrufları nazariyesinin milletlerarası hukuk nizamına nakline şiddetle muhalif bulunmaktadır. Zira iç hukuktaki hükûmet tasarrufu nazariyesi bazı tasarrufların, mahiyetleri itibariyle değil, - bu bir bahanedir -, fakat bunları yapan hukuk süjesinin şahsiyeti (personnalité) yüzünden kazaî kontrolün dışında bırakılması neticesini tevhit etmektedir (29). "Bütün âmmeciler bu mefhumun kanunîlik rejimi ile telif edilemeyeceğini teslim hususunda mütefikler. (30).

(27) İbid.,

(28) İbid.,

(29) **Georges Scelle**, Critique du soi-disant de compétence exclusive, in. Revue de Droit International et de Législation Comparée, 1933, No. 3, s. 385

(30) İbid., s. 386



## § 3. — PROF. MAURICE BOURQUIN'İN NAZARİYESİ

## I. — NAZARİYENİN İZAHİ.

Prof. *Maurice Bourquin*, müteakip paragrafta tetkik edeceğimiz Prof. *Georges Scelle*'in nazariyesine benzeyen bir nazariyenin müdafaasını yapmaktadır. Fakat şimdiden işaret edelim ki dikkatli bir tetkik bunlar arasında esaslı farkların mevcut olduğunu ortaya koyar.

*Maurice Bourquin*'e göre, Devlet, Devletler Hukukuna tâbi olmakla beraber, bu tâbiyet ona çok geniş bir serbestî sahası bırakmaktadır ki bu saha *takdir selâhiyeti (compétence discrétionnaire)* sahasını teşkil eder.

Her selâhiyet milletlerarası hukuk nizamından istikak eder. İç hukuk kendisini selâhiyetlerle teçhiz edemez, ancak Devletler Hukukunun verdiklerini istimal eder. Bir selâhiyetin umumî olması, teferruatı tanzim etmemesi nisbetinde Devletin serbestîsi artar, buna mukabil selâhiyetlerin teferruatıyla tanzim edilmesi halinde serbestî azalır. (1)

*Selâhiyetlerin tevcihi*'nde, bunların tanzim eden Devletler Hukukudur. Bu tanzim keyfiyetindeki usullerin az veya çok yumuşak olması Devletin takdir selâhiyetini ortaya çıkarır. Halbuki *selâhiyetlerin istimali* bahis mevzuu oldukça iç hukukun serbestîsi kaide haline gelmekte ve Devletler Hukuku bunu tahdit eden bir kuvvet şeklinde gözükmektedir (2).

Devletin haiz bulunduğu takdir selâhiyeti az veya çok olabilir. Devletler Hukuku her nevi müdahaleden içtinap etmişse *tamamen takdire bağlı bir selâhiyet*; Devletler Hukuku yalnız *maksadı* göstermekle iktifa etmişse *nisbî takdir selâhiyeti* bahis mevzuudur.

Bugün için takdire bağlı faaliyet sahası mahdut (bağlı) faaliyet sahasına nazaran çok geniştir. Bunun ehemmiyeti yalnız şümulünde değil fakat ve aynı zamanda bu geniş takdir selâhiyeti sahasına tamamen veya kısmen giren meselelerin mahiyetinden ileri gelmektedir. Bunlardan birçoğu Devletlerin hususî menfaatlerini doğrudan doğruya alâkadar etmekle beraber, milletlerarası hayatın şartlarına da temas etmektedir. Fakat bunların Devletler Hukukuna tâbi kılınmalarına engel olacak hiçbir prensip mevcut değildir (3).

(1) George Scelle, Critique du soi-disant de compétence exclusive, in. Revue de Droit International et de Législation comparée, 1931 No. 3, S. 385,

(2) İbid., s. 147

(3) İbid., s. 148

Unutmamalıdır ki selâhiyet selâhiyetini (*compétence de la compétence*) haiz olan Devletler Hukukudur; binaenaleyh Devletler Hukuku şimdiye kadar Devletin takdir selâhiyetine bırakılmış olan meselelere müdahale edebilir. Misak'ın 15. madde 8. paragrafının Devletler Hukukunun Devletlerin münhasır selâhiyetine bıraktığı meselelerden bahsetmesi, netice itibariyle, bu prensibin tatbikinden ibarettir. Milletlerarası Daimî Adalet Divanı 4 No. lu istişarî mütalâasında "herhangi bir mesele- nin bir Devletin münhasır selâhiyet sahasına girip girmediği özü itibariyle nisbî bir meseledir (*une question essentiellement relative*): milletlerarası münasebetlerin gelişmesine bağlıdır" demek suretiyle bu noktayı aydınlatmıştır. Zira milletlerarası münasebetlerin gelişmesi demek Devletler Hukukunun gelişmesi demektir. (4).

Böylece mahfuz saha meselesi takdir selâhiyeti meselesine bağlanmakta ve onun şüphesiz en bariz cephesini teşkil etmektedir (5).

Fakat münhasır selâhiyet takdir selâhiyeti ile karışmamaktadır. Takdir selâhiyeti sahası "Devletler Hukukunun boşluklarının bütününden ibarettir". Devletler Hukukunun Devlete herhangi bir nokta hakkında ve herhangi bir ölçüde mükellefiyet tahmil etmekten içtinap ettiği andan itibaren takdir selâhiyeti ortaya çıkar. Binaenaleyh mer'iyette bulunan Devletler Hukuku kaidelerini aşan her husus buna dahildir. Münhasır selâhiyet mefhumu için aynı şeyi söylemeyi imkânsız kılan ciddi sebepler vardır.

Bunlardan birincisi Milletler Cemiyeti Konseyinin (aynı şey Birleşmiş Milletler organları için de varittir) fonksiyonlarının karakterinden neş'et eder. Bilindiği gibi Konsey, siyasî bir organ olmak itibariyle, tavsiyelerinde hukuk kaideleriyle bağlı değildir ve siyasî mulâhazaları nazarı itibara alır. Bunun neticesi olarak da, mer'î hukukun tanzim etmediği ihtilâflı noktaları halletmek için, hukukun tanzim ettiği sahanın haricine çıkabilir; başka bir tâbirle, Devletin takdir selâhiyetine bırakılmış sahalara müdahale edebilir. Takdir selâhiyeti ile münhasır selâhiyet aynı şey olsaydı buna imkân kalmazdı; zira münhasır selâhiyet sahasında 15. madde Konseye herhangi bir müdahaleden kaçınmak vecibesini tahmil etmektedir (6).

Binaenaleyh şu neticenin kabulü icap eder: Münhasır selâhiyet sahası takdir selâhiyeti sahasına nazaran daha dardır ve, -şüphesiz dahil bulunduğu-, bu sahanın bir kısmını teşkil eder.

(4) İbid., s. 149

(5) İbid., s. 150

(6) İbid., s. 151

*Maurice Bourquin*, 15. madde 8. paragraf metninin, Milletlerarası Daimî Adalet Divanının bu paragrafa müteallif tefsirinin ve nihayet Misak'ın hazırlık çalışmalarının bu neticeyi kuvvetlendirdiğini söylemektedir. Metin Devletler Hukukunun Devletin münhasır selâhiyetine bıraktığı "meseleler"den (*questions*) bahsetmektedir. Bundan şu mâna çıkar: Bir *meselenin* mahfuz sahaya dahil sayılabilmesi için bu meselenin bazı noktaları (unsurları) itibariyle milletlerarası kaidelerin dışında kalması kâfi gelmez; meselenin tamamını Devletler Hukukunun tanzim etmemiş olması lâzımdır.

Divan aynı noktayı nazarı benimsemiştir: "Münhasır selâhiyet kelimeleri, bir Devletten fazlasının menfaatlerini alâkadar etmekle beraber, prensip olarak, Devletler Hukuku tarafından tanzim edilmemiş bazı *meseleler'i* (*matières*) ihtiva eder şeklinde görünmektedir."

Nihayet hazırlık çalışmaları, Misakı kaleme alanların, muhaceret, gümrük tarifeleri, tâbiyet ve Monroe doktrini gibi *muayyen meseleleri* mahfuz sahaya ithal etmek maksadını güttüklerini göstermektedir (8).

Binaenaleyh, mahfuz saha, herbiri, yalnız bazı unsurları itibariyle değil fakat bir bütün olarak, iç hukuka ait olan meselelerden meydana gelir. Böylece bir meselenin münhasır selâhiyet sahasına girip girmediği hususunda karar verebilmek için bu meseleyi bir blok (bir bütün) halinde nazarı itibara almak icap eder (9). Bazı hallerde, prensip olarak, Devletler Hukukunun tanzim etmediği bir mesele milletlerarası bir anlaşmaya mevzu teşkil edebilir. Bu takdirde, anlaşmanın tarafları bulunan Devletler için *arızî olarak* (*occasionnellement*) mahfuz sahadan çıkar. Fakat bu anlaşmaya üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan Devletler için mesele, bütünü ile, gene mahfuz sahaya dahil kalır.

Bununla beraber asıl güçlük bundan neş'et etmez. "Aşılması hemen imkânsız" gibi görünen güçlük, burada kullanılan, ana mefhumun müphem oluşundan doğar: *M e s e l e* mefhumu (*la notion de "matière" ou de "question"*) (10). Zira, muayyen bir huduttan sonra artık "mesele" karşısında olmaktan çıkılır ve bu meselenin "unsurlarından biri" ile karşılaşılır. İşte bu hududun umumî bir formülle, *a priori*, tesbiti imkânsızdır (11).

Fakat mesele ile unsurlarını ayıran bu hududun müphem oluşu

(7) İbid., s. 152

(8) İbid.,

(9) İbid., s. 153

(10) İbid.,

(11) İbid., s. 155

Devletler Hukukunun halihazır merhalesinde belki de bir avantaj temin edecek vaziyettedir. Zira, Daimî Adalet Divanının işaret eylediği gib, milletlerarası organlar bu vaziyetten milletlerarası münasebetlerin (ve binaenaleyh Devletler Hukukunun) gelişmesini takip etmek ve milletlerarası ihtilâfları halletmek için faydalanabilirler. Halbuki bu hudut bir metinle tesbit edilmiş olsaydı, bu metni, değişen vaziyetlere intibak ettirmek için, bütün âkit Devletlerin rızası icap edecekti (12).

1) Devletler Hukukunun üstünlüğü nazariyesinin taraftarlarından biri olan Prof. *Maurice Bourquin*, -bu nazariyenin icabı olarak, "her selâhiyetin milletlerarası hukuk nizamından istikak ettiğini, iç hukukun kendisini selâhiyetlerle teçhiz edemeyip ancak Devletler Hukukunun verdiklerini istimal ettiğini" söylemektedir. Fakat, Devletler Hukukuna tâbi olmakla beraber, bu tâbiyet ona, -bilhassa selâhiyetlerin istimali bakımından-, geniş bir serbestî sahası (takdir selâhiyeti sahası) bırakmaktadır.

Devletin haiz bulunduğu takdir selâhiyetinin az veya çok olabileceğine işaret eden müellif: "Devletler Hukuku her nevi müdahaleden içtinap etmişse *tamamen takdire bağlı bir selâhiyet...bahis mevzuudur*" diyor.

Bu "*tamamen takdire bağlı selâhiyet*" mefhumu bize mülâyim gelmemektedir. Üstelik bunu *Maurice Bourquin*'in hareket noktası ile de kabili telif görmemekteyiz. Gerçekten, tanınmış Devletler Hukuku âlimi, her türlü selâhiyetin milletlerarası hukuk nizamından neş'et ettiğini ve iç hukukta ancak Devletler Hukukunun tevcih ettiği selâhiyetlerin istimal olunduğunu söylemekteydi. Fakat selâhiyet gelişigüzel verilmemez (13), muayyen bir maksada erişmek için verilir. *Maksat unsuru*'nun dahi tahdit etmediği selâhiyet, *takdir selâhiyeti (compétence discrétionnaire)* değil fakat *keyfî (arbitraire) selâhiyettir*.

2) Prof. *Maurice Bourquin*'e göre mahfuz saha meselesi takdir selâhiyeti meselesine bağlanmakta ve münhasır selâhiyet takdir selâhiyeti ile karışmamaktadır. Çünkü: a) Milletler Cemiyeti Konseyi, *siyasî* bir organ olmak itibariyle, tavsiyelerinde hukuk kaideleriyle bağlı değildir ve binaenaleyh Devletin takdir selâhiyetine bırakılmış sahalara müdahale edebilir; buna mukabil münhasır selâhiyet sahasında, 15. madde Konseye her çeşit müdahaleden kaçınmak vecibesini tahmil etmiştir; b) saniyen takdir selâhiyeti tasarrufun unsuruna, taallûk eder, buna

(12) İbid.

(13) Prof. *Georges Scelle* bunu "La compétence n'est pas conférée dans le vide" şeklinde ifade etmiştir (Bk.: RDILC., s. 381).

karşılık münhasır selâhiyette meselenin (*question, matière*) heyeti umumiyesi, bütünü bahis mevzuudur. Fakat bu takdirde ortaya, -iç hukuktaki takdir selâhiyeti ile hükûmet tasarrufları gibi- iki ayrı kategori çıkmış olmuyor mu?

*Maurice Bourquin*, münhasır selâhiyet meselesini takdir selâhiyetine bağlamak, münhasır selâhiyeti takdir selâhiyetinin bir kısmı olarak mütalâa etmek isterken, -kendisi aksi iddiada bulunmakla beraber-, iki ayrı kategorinin mevcudiyeti neticesine varıyor. Bu müellifin takdir selâhiyetini, -tâbir caizse-, *mutlak takdir selâhiyeti - nisbî takdir selâhiyeti* diye, -ve biraz evvel gördüğümüz şekilde-, ikili bir tasnife tâbi tutmuş olmasından neş'et etmektedir.

Gerçekten tanınmış Profesöre göre, Devletler Hukuku her nevi müdahaleden içtinap etmişse tamamen takdire bağlı bir selâhiyet (mutlak takdir selâhiyeti), yalnız maksadı göstermekle iktifa etmişse nisbî takdir selâhiyeti mevcuttur ve münhasır selâhiyet bunlardan birincisidir. Böylece münhasır selâhiyet takdir selâhiyetine bağlanmakta ve -şüphesiz dahil bulunduğu- takdir selâhiyeti sahasının bir kısmını teşkil etmektedir.

Fakat, gene tekrar edelim, bu netice ancak tamamen takdire bağlı selâhiyetlerin (mutlak takdir selâhiyetinin) kabulü halinde muteberdir ve biz -bunu da tekrar edelim- maksat unsurunun dahi bağlamadığı selâhiyeti keyfî (*arbitraire*) selâhiyet olarak görüyoruz. Keyfî selâhiyetin hukukla alâkası yoktur, hukuk dışıdır.

3) Prof. *Maurice Bourquin*'in nazariyesi, -kendisinin de itiraf ettiği gibi-, "aşılması hemen imkânsız olan güçlüğü" bir hal tarzı getirememektedir.

Gerçekten bir selâhiyetin bağlı selâhiyet mi yoksa takdir selâhiyeti mi olduğu hususunda bir karara vardıldıktan sonra, -eğer takdir selâhiyeti ise-, mutlak takdir selâhiyetinin mi nisbî takdir selâhiyetinin mi bahis mevzuu olduğu araştırılmak icap edecektir. Yani takdir hakkı "mesele" nin (*question, matière*) bütününe mi, yoksa unsuruna mı taallük ediyor?

İşte bunun tesbiti fevkalâde güçtür. Zira Profesörün ifadesiyle: "muayyen bir huduttan sonra artık mesele (*question, matière*) karşısında olmaktan çıkılır ve bu meselenin unsurlarından biri ile karşılaşılır. Fakat bu hududun umumî bir formülle, *a priori*, tesbiti imkânsızdır.

4) Prof. *Maurice Bourquin*, mahfuz saha hududunun umumî bir formülle tesbit edilmemiş olmasının Devletler Hukukunun bugünkü du-

rumunda belki de bir avantaj teşkil edebileceğini düşünmektedir. Metinlerde tesbit edilmiş kat'î bir hudut bulunmadığına göre, milletlerarası organlar Devletler Hukukunun gelişmesini takip edebileceklerdir. Yani mahfuz sahayı daraltmak, bu sahaya giren meseleleri tahdit etmek imkânına sahip olacaklardır.

Fakat biz, bunun tamamen aksi neticelerin doğmasını da aynı şekilde muhtemel görüyoruz. Evvelâ, daha ziyade siyasî mahiyet arzeden organlar Devletler Hukukunun gelişmesini takip etmeyebilir ve bu gelişmeye ayak uydurmayabilirler. Saniyen mahfuz saha hududunun tesbit edilmemiş olması siyasî mülâhazalarla hareket eden bu organları mahfuz sahayı genişletmeye sevk edebilir. Binaenalyh, bu hududun halen tesbit edilmemiş olması öyle pek de güvenilebilecek bir avantaj değildir.

#### § 4. — PROF. GEORGES SCELLE'İN NAZARİYESİ :

##### 1. NAZARİYENİN İZAHİ :

Prof. Georges Scelle'e nazaran, Milletler Cemiyeti Misakının 15. maddede 8. paragrafındaki "*münhasır selâhiyet*" veya Birleşmiş Milletler Şartının 2. madde 7. paragrafındaki "*millî selâhiyet*" haddi zatında "*t a k d i r s e l â h i y e t i*"nden (*compétence discrétionnaire*) başka birşey değildir (1).

Büyük Devletler Hukuku âliminin, uzun zamandanberi müdafaasını yaptığı bu nazariyeyi, ana hatlarıyla, şu suretle hulâsa etmek mümkündür.

Milletler Cemiyeti Misakının 15. madde 8. paragrafında bir ihtilâfın mevcudiyeti farzolunmaktadır. Bu ihtilâf tahakkuk etmiş veya etmek üzere bulunan hukukî bir durumun muteber olup olmadığı (*la validité d'une situation juridique réalisée ou en voie de réalisation*) noktasına mütealliktir. Binaenaleyh bir hükûmet selâhiyetinin kullanıl-

(1) Prof. Louis Cavaré de "Le Domaine actuel du pouvoir discrétionnaire international est encore large. Il coincide avec le domaine réservé en droit interne." demektedir. Bk.: Le Droit International Public Positif, T. II, Paris, Pédone, s. 596. - Prof. Hans Kelsen de, son eserlerinden birinde şu cümleyi kullanmak suretiyle münhasır selâhiyetin takdir selâhiyeti olduğu neticesini kabul etmiş görünmektedir: "Bir hâdisede Devletler Hukukunun meskût olması, bu hâdisede Devletler Hukukunun Devletlere bir takdir selâhiyeti bıraktığı mânasını tazammun eder." Bk.: The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems, New-York. Frederick A. Praeger. in. 1950, s. 771.

masının sıhhati (*régularité*) bahis mevzuudur. Fakat selâhiyetin bizzat kendisi, bu selâhiyetin idare edenlere tevcihi keyfiyeti itiraza maruz kalmamaktadır; ihtilâflı olan nokta bu selâhiyetin istimali keyfiyeti-  
dir (2).

Görülüyor ki Prof. *Georges Scelle*, selâhiyetin, tevcihi ile istimalini tefrik etmektedir.

Münhasır selâhiyet teriminin hiçbir mânası yoktur. Münhasır sıfatı selâhiyet kelimesinin yanında hiçbir şey ifade etmez. Bir selâhiyet, -bunun istimali zaviyesinden bakıldıkta-, daima ve zaruri olarak münhasırdır, zira ancak sahibi tarafından istimal edilebilir. Buna mukabil hiçbir selâhiyet tevcihi bakımından münhasır değildir. Selâhiyet objektif, yani pozitif hukuk tarafından muayyen bir hukuk süjesinin lehine değil, fakat aynı sosyal fonksiyonu ifaya çağırılan aynı kategoriye mensup bütün hukuk süjelerinin lehine organize edilmiş bir iktidardır. Binaenaleyh burada bahis mevzuu olan münhasır selâhiyetler değil bilâkis *müşterek selâhiyetlerdir*. Hattâ Devletler Hukuku sahasında bu selâhiyetler yalnız müşterek değil fakat *çatışan, karşılaşan selâhiyetlerdir* (*compétences concurrentes*). Demek ki münhasır sıfatı hakikatin aksini ifade etmektedir (3). Münhasır selâhiyet teriminin kendi başına bir mânası yoktur.

İngilizce metinde kullanılan *domestic jurisdiction* ve Birleşmiş Milletler Şartında kullanılan *compétence nationale* = *millî selâhiyet* terimleri, mefhumu ifade için kullanılanların, en fena olanlarıdır. Zira tamamen dahilî, millî meseleler bahis mevzuu ise, bunların milletlerarası bir ihtilâf doğurmaları düşünülemez (4).

Bazı müellifler münhasır selâhiyet sahasını tesbit ve tayin için *no man's land* mefhumuna müracaat etmişlerdir(5). Yani Devletler Hukuku tarafından tanzim edilmemiş, kapalı, objektif hukukun uzanmadığı meseleleri münhasır selâhiyetin muhtevası olarak görmüşlerdir (6). Fakat, şu noktaya işaret etmek lâzımdır ki evvelâ *no man's land* münhasır selâhiyetler mefhumunu değil fakat zaruri olarak çatışan, karşılaşan selâhiyetler mefhumunu ortaya çıkarır (7). Ayrıca hiçbir hukukî nizam boş-

(2) *Georges Scelle*, in. RDILC., s. 367

(3) » » , Règles., s. 415-416

(4) » » , Cours., s. 107-108

(5) » » , in. RDILC., s. 375

(6) » » , Précis de Droit des Gens, T. I, Paris, Sirey, 1932, s. 91

(7) » » , in. RDILC., s. 375

(8) » » , Cours., s. 108

luklar veya *vacuum juris* ihtiva etmez (8), her cemiyette faaliyetlerin bütünü hukuka tâbidir (9).

*No man's land* mefhumunun münhasır selâhiyetin muhtevasına bir cevap teşkil edememesi başka bir kriterin aranmasını icap ettirmiş ve münhasır selâhiyet sahasına giren meselelerin tâdadı cihetine gidilmiştir. Bu suretle mahfuz saha tahdit edilmek ve sadece bir Devleti (müellif: *collectivité étatique* diyor) ilgilendiren ve milletlerarası münasebetlere inikâsı olmayan meseleler mahfuz sahaya dahil edilmek istenmiştir (10).

Fakat bundan da tatminkâr bir netice elde etmek imkânı olmamıştır. Zira mahfuz sahaya dahil gösterilen tâbiyet, muhaceret, iptidâî maddeler, millî müdafaa, belki dahilî işlerdendir, fakat ve aynı zamanda milletlerarası meselelerdir (11). Gümrük tarifesi ısdar eden bir parlâmentonun millî ticareti tanzim ettiği söylenemez: Bu tarife ile, kendi teb'ası ile diğer memleketler tab'ası arasındaki ticareti ve hattâ kendi ülkesindeki ecnebiler arasındaki münasebetleri, - ve binzenaleyh milletlerarası ticareti -, tanzim etmektedir (12). Fakat bu münasebetleri tanzim selâhiyeti münhasıran bir Devlete ait değildir. Bilâkis bu selâhiyet aynı muhteva ve aynı şümule diğer Devletlere de aittir. Şu halde bu münasebetlerin tanzimi hakkındaki selâhiyet münhasır selâhiyet değil, bilâkis çatışan, karşılaştıran selâhiyetlerdir.

Münhasır selâhiyet hiçbir hukukî mâna ifade etmediğine, *no man's land* -her cemiyette faaliyetlerin bütünüünün hukuka tâbi olması sebebiyle- kabul edilmeyeceğine ve nihayet mahfuz sahaya giren faaliyetlerin tâdat edilmesinin bir hal şekli veremediğine göre, Misakin 15. madde 8. paragrafında ve Birleşmiş Milletler Şartının 2. madde 7. paragrafında, bahis mevzuu edilen nedir? Prof. *Georges Scelle* bu soruya *compétence discrétionnaire* = *takdir selâhiyeti* mefhumu ile cevap verilebileceği kanaatinde bulunmaktadır.

An'anevî hukuk tekniğinin müşterek mefhumu olan (13), bütün hukuk nizamlarında mevcut bulunan takdir selâhiyetinin mahiyetini belirtebilmek için evvelâ muhterem Ord. Prof. Dr. Siddık Sami Onar'ın eserine müracaat edeceğiz; billâhere Prof. *Georges Scelle*'in takdir selâhiyeti hakkındaki görüşlerini inceliyeceğiz.

Ord. Prof. *Siddık Sami Onar* şunları yazmaktadır: "İdarenin faaliyet-

(9) » » , Précis., s. 91

(10) İbid., s. 92

(11) Georges Scelle, Précis., s. 92

(12) » » , in. RDILC., s. 370

(13) » » , Cours., s. 108



lerini tanzim eden ve muhtelif kaynaklardan çıkan hukuk kaideleri bu faaliyetlerin bütün teferruatını tanzim edemez, nihayetsiz ve çok çeşitli ihtiyaçlara, muhtelif faaliyetlerle cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye tasarrufun mevzuunu veya saikini veyahut icra zaman ve imkânını tayin hususunda bir takdir serbestisi tanınabilir. İşte kanunların idareye bırakmış oldukları bu serbest saha takdir selâhiyetinin sahasını teşkil eder. İdare bu selâhiyetine dayanarak kabil olan muhtelif hal tarzlarında birini seçer; herhangi bir kararı ittihaz edip etmemek şıklarından birini tercih eyler; kanunun sükût ettiği yerlerde kendi kanaat ve düşüncelerine göre hareket eder." (14)

"Takdir selâhiyeti vâzıkanunun.... umumî kaideler koymakla iktifa eylemek mecburiyetinde bulunmasından ileri gelir.

"Bu selâhiyetin mahiyet ve derecesini müellifler başka başka bakımlardan izah etmekle beraber hemen cümlesi bu kudretin yalnız idareye mahsus bir selâhiyet olmayıp, hukukun bünyesinden doğmuş umumî bir prensip olduğu neticesine varırlar." (15)

Muhterem müellif normativist mektebin ve *Bonnard*'ın görüşlerini de nakletmektedir. Normativist mektebe göre kaideler hiyerarşisinde "her derece arasındaki boşluk, kaideyi koyan, tasarrufu yapan uzvun takdir selâhiyetini teşkil eder." (16) *Bonnard*'a nazaran "kanun veya nizamname, idarenin bir tasarrufu yapmak veya yapmamak, hangi zamanda ve ne suretle hareket etmek, tasarrufun mevzuunu tayin eylemek hususundaki selâhiyetlerini tayin etmemiş, ona bir serbestî tanımış ise takdir selâhiyeti mevcuttur. Bu itibarla takdir selâhiyeti mahdut selâhiyetin aksidir.. Mahdut selâhiyet olan hallerde idareye ne yapması, ne suretle hareket etmesi uygun olacağı gösterilmiş olur.. Halbuki takdir selâhiyeti mevcut olan yerlerde idare hal ve maslahatın icaplarını kendisi takdir eder ve ona göre hareket eyler." (17)

Muhterem Hocamız, *Hauriou*'nun fikirlerini de naklettikten sonra şu neticeye varmaktadır: ".... takdir selâhiyeti, idarenin hukuk kaidelerine tâbiliği prensibine bir istisna teşkil etmemekte ve idareye fevkalâde bir kuvvet ve selâhiyet tanınması neticesini husule getirmemektedir. Bu selâhiyet, hukukun umumî prensiplerinin bir neticesidir; objektif kaidelerle sübjektif vaziyetler arasındaki boşluktan veya hükmi şahsiyeti haiz ve binaenaleyh bir hak sahibi olan idarenin bu kaideler karşısında

(14) Sıddık Sami Onar, op. Cit., s. 243-244

(15) İbid., s. 244

(16) İbid.,

(17) İbid., s. 246

haiz olduğu hareket serbetinden ibarettir. Bu itibarla bu selâhiyet hiçbir zaman idareyi hukuk kaidelerinin dışına çıkaramaz (18) .... Takdir selâhiyeti *tasarrufun unsuruna taallük eder*; tasarrufu ayrı bir kategoriye koyarak hukuka tâbilik prensibinin dışında bırakmaz; ihtilâf takdire bağlı bir unsurdan çıkmış olsa bile hâkim davayı esas itibariyle kabul eder. Takdir selâhiyetinin mevcut olup olmadığı ancak davanın kabulünden veya ihtilâflı hâdisenin tahlil ve tetkikinden sonra anlaşılabilir. Hâkim davayı teşrih ve hâdiseyi tahlil ettikten sonra iddianın takdir selâhiyetine taallük eden bir unsurdan çıkmış olduğunu görürse davayı reddetmek mecburiyetindedir; halbuki dava tasarrufun böyle takdire bağlı bir unsurundan çıkmayıp diğer bir unsurdan çıkmışsa meselâ tasarrufun mevzuunda takdir hakkı mevcut olmakla beraber davacı idarenin mevzu seçmek hususundaki ihtiyarına itiraz etmeyip tasarrufun maksat bakımından batıl olduğunu iddia ederse; mevzudaki takdirî selâhiyete rağmen maksat unsuruna dayanan bu davayı hâkim kabul ve rüyete mecburdur.” (19)

Şimdi izahına girişeceğimiz Prof. *Georges Scelle*'in nazariyesinin bu esaslara ne kadar uygun olduğunu göreceğiz.

*Georges Scelle*'e nazaran, mahfuz saha, hükûmetlerin selâhiyetlerinin en az bağlı en az mahdut olduğu sahadır; Devletler Hukuku istimali hakkında kaide koymaksızın bu selâhiyeti tesis etmekle iktifa eder veya çok umumî mahiyette direktifler vaz'eder. (20) Fakat bu takdirde her türlü “kategori” ortadan kalkar; zira herhangi bir mevzuda mahfuz bir saha mevcut olabilir. İdare edenler için muayyen bir takdir selâhiyetinin mevcut bulunmadığı hiçbir milletlerarası münasebet yoktur ve idare edenlere bu vasfı veren de bu takdir selâhiyetidir (21). Adalet Divanının kararları ve doktrin milletlerarası münasebetlerin her sahasında idare edenlerin muayyen bir serbestîsi (serbestî sahası), yani takdir selâhiyeti bulunduğunu kabul etmiştir. Bu vaziyet karşısında mesele, her hâdisede, hakikatte mahfuz bir meselenin bahis mevzuu olup olmadığının değil, fakat hükûmetin aldığı kararın takdir selâhiyetine taallük edip etmediği noktasının araştırılmasına müncer olmaktadır. (22)

Takdir selâhiyeti evvelâ, alınacak kararın hâl ve maslahatın icaplarına uygun olup olmadığını tesbit hususunda görülür. Takdir selâhiyeti ayrıca hukukî tasarrufun çeşitlerine ve muhtevasına taallük eder.

(18) *İbid.*, s. 249

(19) *İbid.*, s. 251

(20) *Georges Scelle*, *Précis.*, s. 92

(21) *İbid.*,

(22) *Georges Scelle*, *Précis.*, s. 92

Hattâ hukukî tasarrufun şekillerine dahi taallûk edebilir. Demek ki takdir selâhiyetinin şümulü daima selâhiyeti tanzim eden pozitif hukuk kaideleriyle tayin edilmiştir. (23) Kurucu veya organik hukuk gelişmiş olduğu nisbette selâhiyetler tanzim edilmiştir, mahduttur. Buna mukabil hukukun normatif ve bilhassa teamülî olması nisbetinde selâhiyetlerin tanzimi müphemdir ve istimallerinde de takdir payı vardır. (24) İdare edenlerle ajanları tefrik eden takdir selâhiyetidir. (25) Hiyerarşi bağları içinde bulunan ajanın selâhiyetindeki takdirî unsur yukarıdan aşağıya gidildikçe azalır. Bu takdirde artık mahdur selâhiyetten bahsedilir. Fakat tamamen takdire bağlı selâhiyet olmayacağı gibi, *minimum* bir takdir payının bırakılmadığı selâhiyet de olmaz. (26) Zira her selâhiyet bir hukuk kaidesinin mahsulüdür; bağlı olmayan selâhiyet keyfidir (*une compétence non-liée n'est que l'arbitraire*) ve binaenaleyh hukuk dışıdır. Diğert taraftan her selâhiyet muayyen bir derecede takdirîdir... Çünkü hukuk kaidesi ancak şuurlu bir iradeye hitap edebilir (27). Bu itibarla her ihtilâflı vaziyette pozitif hukukun tetkiki zaruridir.

Halbuki Misakın 15. madde 8. paragrafında (ve şartın 2. madde 7. paragrafında) derpiş olunan istisna, -kabul edildiği takdirde-, Konseyin (veya Birleşmiş Milletler organlarının) pozitif hukuku tetkik etmek ve tasarrufun takdir selâhiyetine taallûk edip etmediğini tesbit etmek imkânı kalmayacaktır. (28) Böyle bir kanaat kabul edilemez. Çünkü, evvelâ selâhiyetin *tamamen* takdirî olduğu hiçbir saha yoktur, saniyen takdir selâhiyetinin mevcut olması tasarrufun hukuka uygunluğunu kontrol imkânını ortadan kaldırmaz.

Filhakika her faaliyetin, -ve her zaman-, zımnen bağlı olduğu bir nokta mevcuttur: *m a k s a t*. Tercih edilen her selâhiyetin muayyen bir maksadı vardır (*Scelle, "tout pouvoir social a un but social"* diyor.). Muayyen bir maksat için tercih olunan selâhiyet ancak bu maksada ulaşmak için istimal edilebilir. Başka bir maksat için kullanılmışsa, hukukî tesirini kaybeder. Bu takdirde hukukî tasarruf iptale mahkumdur (29). Selâhiyet kanunî hudutları tecavüz ettiği zaman *ipso facto* ortadan kalkar. Maksat, her selâhiyetin istimalini tahdit eden bir unsurdur. Binaenaleyh her milletlerarası selâhiyet de bu bakımdan mahduttur (bağlıdır) ve kazaî mürakabenin dışında kalamaz.

(23) » » , in. RDILC., s. 379

(24) » » , Règles., s. 416

(25) Bu hususta bk.: **Siddık Samî Onar**, op. cit., s. 378-379

(26) **Georges Scelle**, in. RDILC., s. 380

(27) » » , Règles., s. 417

(28) » » , in. RDILC., s. 380

(29) *Ibid.*, s. 381

Burada bahis mevzuu olan *opportunit * kontrolü değildir. Takdir selâhiyeti *opportunit * kontrolüne tâbi değildir. Fakat maksat unsurunun tayini kanunilik, hukukî muteberlik meselesidir. Bu nokta her türlü kaz i m rakabeyi bertaraf etmek keyfiliği il n ve yapılan tasarrufu hukuk nizamından çıkarmak demektir. (30) Daha da ileri gitmek lâzımdır; hatt  maksat unsurundan başka, selâhiyeti bağlayan diğer noktalar mevcuttur: evvelâ yapılan hukukî tasarrufun tesirleri. Her hangi bir hukuk süjesi bir tasarrufa, bu tasarrufun ihtiva etmediği bir tesir doğurtamaz. Bu bakımdan takdir selâhiyetinin kullanılması tasarrufun mahiyeti (*nature*)  zerindeki ve binaenaleyh hukukî Őumul  (*port e juridique*) hakkındaki kontrole engel teşkil etmez. Bundan başka, tasarrufun sıhhati için Őekle riayet mecburiyeti varsa, takdir selâhiyeti tasarrufun bu bakımdan da kontrolünü durduramaz. Nihayet alınan kararın esas bakımından muteberliği zaviyesinden bakıldığında selâhiyetin tamamen takdirî olduğunun *a priori* kabulü son derece nadir olacaktır. Daimî Adalet Divanı, bu noktada, telifi kolay görünmeyen iki prensip koymuŗtur. Filhakika Divan, 4 No. 11 istişari mütalâasında, bir taraftan münhasır selâhiyet meseleleri mevcut olduğunu, diğer taraftan da, her hususi vaziyette, hakikaten mahfuz saha vaziyeti karŗısında bulunulup bulunulmadığının araŗtırılmak icap ettiğini s ylemiŗtir. Eğer “mahiyetleri itibariyle” (*par nature*) mahfuz saha meseleleri mevcutsa (31) tetkiki daha ileriye götürmekte fayda yoktur. Milletlerarası münasebetlerin her sahasında asgar  ölçüde de olsa bir tanzim hareketinin mevcudiyeti karinesi kabul edildiği haldedir ki, ihtil fl  vaziyetlerde, selâhiyetin takdire bağlı olup olmadığının tesbit ve tayini zarureti ortaya çıkar (32). Fakat milletlerarası münasebetlerin hiçbir sahası yoktur ki en az bir team l  hukuk kaidesi veya bir umumî hukuk prensibi h k metlerin karar selâhiyetini tahdit etmesin. (33) Binaenaleyh Şu veya bu noktada ve Şu veya bu hâdisede selâhiyetin hakikaten takdirî olup olmadığının tesbiti için daima ve dıŗtan değil fakat ihtilâfın esasına girmek suretiyle bir kontrol lâzımdır (34).

Misakın 15. madde 8. paragrafı ile Milletler Cemiyeti Konseyinin (ve Şartın 2. madde 7. paragrafı ile Birleŗmiŗ Milletler organlarının) sel hiyetlerine konan istisna, bazı tasarrufların hukuka uygunluğunun mürakabe imkânını ortadan kaldırdığı için, salim bir hukuk tekniği ile

(30) *İbid.*, s. 382

(31) Louis Cavar  de “il n’y a pas de domaine r serv  par nature” demektedir. Bk.: op. cit. T. I., s. 160

(32) Georges Scelle, in. RDILC., s. 383

(33) *İbid.*, s. 384

(34) *İbid.*, s. 385

kabili telif değildir. Bu takdirde bu istisnaya keyfilik veya hâkimiyet istisnası demek lâzımdır; zira bu iç hukuktaki *hükûmet tasarrufu* mefhumunu Devletler Hukuku nizamına nakletmekten başka birşey değildir (35).

Prof. *Georges Scelle* şu neticeye varıyor: Münhasır selâhiyet teriminin hukuk lisanında hususi bir mânası yoktur, *selâhiyetleri itibarıyla* mahfuz sahaya dahil ve her türlü kazaî mürakabenin dışında kalan hukukî faaliyet ve meselelerden bahsedilemez, *sözde* münhasır selâhiyet sahası (*le soi-disant domaine de compétence exclusive*) takdir selâhiyetinden ibarettir; bugünkü karışık durumu doğuran, milletlerarası hukuk nizamında, aslı itibarıyla milletlerarası mahiyette olan ve en vahim ihtilâfların mevzuunu teşkil eden meselelerde idare edenlerin selâhiyetlerinde çok geniş bir takdir payının kalmış olmasıdır ki bu da eski hâkimiyetler anarşisinin bir mirasından ibarettir (36).

## II. — NAZARİYE HAKKINDAKİ DÜŞÜNCEMİZ.

1) Prof. *Georges Scelle*'in münhasır selâhiyeti takdir selâhiyeti mahiyetinde gören nazariyesi de tenkitlere maruz kalmaktan kurtulamamıştır.

Bilhassa *Louis Le Fur* 1935 senesinde La Haye Devletler Hukuku Akademisinde verdiği derslerin "*Devletin Münhasır Selâhiyetine Mahfuz Saha*" başlığını taşıyan V. bölümünü (37) hemen tamamen *Georges Scelle*'in, -ve aynı kanaati paylaşan *S. Ségal*'in-, fikirlerini tenkide tahsis etmiştir.

Ana doktrinleri bakımından aralarında pek büyük ayrılık bulunan bu iki tanınmış Devletler Hukuku müellifinin münhasır selâhiyet gibi çok kaypak bir mefhum üzerinde aynı kanaate sahip olmamalarını tabii görmek lâzımdır. Bu itibarla *Louis Le Fur*'ün tenkitlerini tamamen nakletmiyeceğiz. Ancak burada, üzerinde biran durmadan geçemiyeceğimiz bir nokta mevcuttur:

Prof. *Louis Le Fur*'e göre, *Georges Scelle*, "Devlet hâkimiyetinin yerine milletlerarası camianın mutlak hâkimiyetini ikame etmek" iste-

(35) Ibid.,

(36) *Georges Scelle*, Cours., s. 108

(37) *Louis Le Fur*, Règles Générales du Droit de la Paix, Recueil des Cours, T. 54, s. 272-304

yen nazariyenin taraftarlarından biridir (38) ve 15. maddenin 8. paragrafındaki hükme de bu yüzden hücum etmektedir.

Bu kanaate iştirak edemiyor ve *Georges Scelle*'in nazariyesini tamamen başka bir istikamette görüyoruz. Bizim anlayışımıza göre Prof. *Georges Scelle*, Devletin mutlak hâkimiyetini nasıl benimsememişse "Devlet hâkimiyeti yerine milletlerarası camianın mutlak hâkimiyetini ikame" etmeyi de o derece düşünmemiştir. *Georges Scelle*'in bütün sistemine hâkim olan endişe, - eğer hâkimiyet kelimesini kullanmak lâzımsa -, *hukukun hâkimiyeti*'ni tesis etmektir.

*Georges Scelle, Principe de légalité = kanuniyet prensibi*'nin büyük müdafilerinden biridir. Hakiki bir hukuk nizamında hiçbir tasarruf *controle de légalité*'in dışında kalmaz, kalmamalıdır. İşte bunun içindir ki münhasır selâhiyet (mahfuz saha, millî selâhiyet) kelimeleri "Devletler Hukuku tekniğinden çıkarılmalıdır." (39)

Prof. *Georges Scelle*'in münhasır selâhiyet veya mahfuz saha terimleriyle ifade olunan tasarrufları takdir selâhiyeti mahiyetinde görmesi, "münhasır selâhiyet hakikatte takdir selâhiyetinden başka birşey değildir" demesi, bu kategori tasarrufları da *controle de légalité*'ye tâbi kılmak gayret ve endişesinden ileri gelmektedir. Milletlerarası camiada kanuniyet prensibini yerleştirmeye çalışmak "Devlet hâkimiyeti yerine milletlerarası camianın mutlak hâkimiyetini ikame etmek" mânasında anlaşılabilir.

2) Prof. *Georges Scelle*'in münhasır selâhiyeti takdir selâhiyeti mahiyetinde gören nazariyesi bize en mülâyim gelen nazariyedir. Bununla heraher münhasır selâhiyetin takdir selâhiyeti ile de tam bir ayniyet arzettiğini zannetmiyoruz. Bunu göstermek için yalnız bir misal vermek kâfidir:

Gerçekten, gerek Misakın 15. madde 8. paragrafında, gerekse Şartın 2. madde 7. paragrafında *matière, question ve affaire* kelimeleri kullanılmış olmak itibariyle meselenin heyeti umumiyesi, bütünü *controle de légalité*'nin dışında bırakılmış gözükmektedir. Halbuki, bilindiği gibi, takdir selâhiyeti tasarrufun unsuruna taallük eder; tasarrufu ayrı bir kategoriye koyarak hukuka tâbilik prensibinin dışında bırakmaz.

Münhasır selâhiyet (mahfuz saha, millî selâhiyet) Devletler Hukukuna Milletler Cemiyeti Misakı ile giren yeni ve *sui generis* bir mefhumdur. Bunu, umumî hukuk tekniğinde evvelden mevcut bulunan mü-

(38) *İbid.*, s. 276 ve 277

(39) *Georges Scelle, Régles.*, s. 415

esseselerle izaha çalışmak, realiteden, - az veya çok nisbette -, uzaklaşmak neticesini, zaruri olarak, tevlit edecektir.

Georges Scelle de münhasır selâhiyetin *sui generis* mahiyetini gözden kaçırmış değildir. Fakat onu "tehlikeli" (41) bulmuş ve kanuniyet prensibi namına "Devletler Hukuku tekniğinden çıkarmak" (42) teşebbüsüne girişmiştir.

Metinlere titiz bir bağlılık gösterildiği takdirde, - hattâ hudutlarını tesbit etmek, kriterini bulmak imkânı olmayan -, bazı tasarrufların hukuka tâbilik prensibinin dışında kalacağı, bu nevi tasarruflar üzerinde hiçbir kontrol imkânı kalmıyacağı tabiidir. Halbuki kusursuz bir hukuk nizamında - ki Devletler Hukukunun da böyle bir nizam olması arzulanır - *principe de légalité = kanunilik prensibi* hâkim olmalıdır.

Prof. Georges Scelle, mahfuz saha mefhumunun kanuniyet prensibi için arzettiği tehlikeyi önleyecek yolu araştırmakta ve bunu takdir selâhiyetinde bulmaktadır. Zira takdir selâhiyetinin mevcudiyeti tasarrufu hukuka tâbilik prensibinin dışında bırakmaz. "Her faaliyetin (her tasarrufun) zimnen bağlı olduğu bir nokta mevcuttur: *M a k s a t*. Tevcih edilen her selâhiyetin bir maksadı vardır... Maksat her selâhiyetin istimalini tahdit eden bir unsurdur. Binaenaleyh her milletlerarası selâhiyet de bu bakımdan mahduttur (bağlıdır) ve kazaî mürakabenin dışında kalamaz."

Görülüyor ki Prof. Georges Scelle'in bütün gayreti milletlerarası hukuk nizamında kanunilik kontrolünü hâkim kılmaya müteveccihdir. Biz de, mükemmel bir hukuk nizamında kanuniyet prensibinin mevcudiyetini şart saydığımızdan, büyük Devletler Hukuku âliminin nazariyesine iltihak ediyoruz.