

İDARİ TASARRUFLARDAKİ SAKATLIKLAR (1)

Asistan Eralp ÖZGEN

I — G İ R İ Ő

İdarî tasarruflardaki sakatlıklar, idarî kazanın esasını teşkil eden bir meseledir.

İdarî tasarruflardaki sakatlıkları lâıyıkı ile anlayıp, inceleyebilmek için herşeyden önce idarî tasarrufun mahiyeti ve unsurları üzerinde durmak gerekir. Keza ilk önc medenî hukukta doğmuş ve gelişmiş olan hukukî tasarruf nazariyesi, sonradan âmme ve idare hukuku sahalarına nakledilince, bu hukuk dallarının mahiyetlerindeki farklar sebebiyle ayrı bir hüviyete bürünmüş olmaları ve idarî tasarrufların da hukukî tasarrufların bir nev'i olmaları itibariyle, hiç olmazsa hukukî tasarrufları idare hukuku bakımından tetkik ve tahlil etmek icap edecektir.

İdarî tasarruflardaki sakatlıkların idarî davaların esasını teşkil etmesi bakımından ve bu idarî davaların, mevzuubahis sakatlıkların müeyyidesi mahiyetinde bulunmasından, idarî davaların da mevzuumuzla yakın alâkası mevcuttur.

Sakatlıkların müeyyidelerinin bir istisnası olarak ele alabileceğimiz hükümet tasarrufları da mevzuumuzla alâkalı ve fakat ayrı bir inceleme mevzuu olabilecek şümülde bir meseledir.

Bütün bunların yanında sadece sakatlık sebeplerinin ayrı bir inceleme mevzuu olabilecek genişliğe sahip oldukları düşünülürse;

(1) Türk doktrininde bir inceleme.

bahsettiğimiz bütün mevzuları geniş olarak bu araştırmada incelemenin imkânsızlığı ortaya çıkar.

Bu sebeple araştırmamızda esas olarak idarî tasarrufları sakatlayan halter üzerinde duracak ve diğerleri hakkında kısa bir malûmatla iktilâ edeceğiz.

Bütün bunlardan başka, hukuk devleti prensibinin neticesi olan idarenin hukuka bağılılığı ve bu yüzden idarenin yapabileceği tasarrufların ve bunların şartlarının kanunla belirtilmesi meselesi de münakaşalara sebep olmaktadır (2). Araştırma mevzuunu genişletip esas meseleden uzaklaşmamak için bu mesele üzerinde de durmıyacağız. Sadece bahsettiğimiz meselenin esasını teşkil eden takdir selâhiyeti probleminin yalnız tasarrufu sakatlayan kötüye kullanılma hallerinden bahsedeceğiz.

II — HUKUKİ TASARRUFLARIN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN TETKİK VE TAHLİLİ :

Hukukî tasarruf geniş mânâda, bir veya daha ziyade şahısların hukukî bir netice hasil etmek üzere iradelerini izhar etmeleridir, (3).

Anayasanın bu hususta kendisine tanıdığı selâhiyeti kullanarak vazi kanun iradesini izhar eder ve bir hukukî durum yaratır. Bu hukukî durum yeni hukuk sùjelerine yeni bir takım hukukî yetkiler bahseder ki, onlar da bu yetkilere dayanarak izhar edecekleri iradelerle yeni hukukî durumlar meydana getirebilirler. O halde, hukukî tasarrufları şu şekilde de tarif edebiliriz : «Hukukî durumlar yaratan veya mevcut hukukî durumların muayyen hukuk sùjelerine raptını mümkün kılan irade beyanları» (4).

Medenî hukukta hukukî tasarruf için aranan şartlarla, idare hukukunda arananlar birbirinden farklıdır.

(2) ONAR, Prof. S. S. : İdare Hukukunun Umumî Esasları, İst. 1952. Marifet Basımevi s. 296 - 297.

(3) WALINE : Doç. M. Özyörük'ten naklen, İdarî Kaza Ders Notları, 1957 - 58 s. 47.

ONAR, Prof. S. S. : a. g. e., s. 169.

(4) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M. : a. g. e., s. 47 - 48.

Medenî hukukta hukukî tasarrufun unsurları :

- 1) Ehil bir kimse tarafından izhar edilmiş bir irade,
- 2) Mümkün ve meşru bir mevzu,
- 3) Kanunun bazı tasarrufların muteberliği için aradığı şekil, olmak üzere üçtür. Lâtin hukukunda bunlara dördüncü bir unsur olmak üzere illet ilâve edilmektedir (5).

İdare hukuku sahasında ise durum tamamen değişik bir manzara arz etmektedir. Burada irade izhar edecek idare adamlarının sübjektif hak ve menfaatleri bahis mevzuu değildir. Bu şahısların selâhiyetleri medenî haklardan istifade mahiyetinde olmadığı gibi, selâhiyetlerini de kendi takdirlerine göre istimal edemezler. Çünkü idare hukuku sahasında selâhiyet kollektif bir ihtiyacı karşılamak ve âmme menfaatini temin etmek üzere ve ancak bu maksat uğrunda kullanılmak üzere tanınmıştır. Demek ki, idare hukukunda selâhiyet hizmet fikri ve maksadına bağlıdır (6).

Keza idare hukuku sahasındaki hukukî tasarruflar medenî hukuk tasarruflarına nazaran daha mürekkeptirler (7).

III — İDARİ TASARRUFLAR :

Âmme hukukundaki hukukî tasarrufların bir nev'ini de idarî tasarruflar teşkil eder.

A — *İdarî Tasarrufların, Âmme Hukuku Tasarrufları İçindeki Yeri :*

İdarî tasarrufların, âmme hukuku tasarrufları içindeki yerini bulmak için, herşeyden önce âmme hukuku tasarrufları tasnif etmemiz icap eder.

Ekserî müellifler (8) hukukî tasarrufları maddî, uzvî ve şeklî olmak üzere üçe ayırırlar. Sadece maddî ve şeklî olarak ikili nas-

(5) ONAR, Prof. S. S.: a. g. e., s. 171.

(6) ONAR, Prof. S. S.: a. g. e., s. 172.

(7) DUGUÏT : Prof. S. S. Onar'dan naklen, a. g. e., s. 174.

(8) Meselâ : ONAR, Prof. S. S.: a. g. e. s. 26; ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 48.

nife de rastlanmaktadır (9). Biz ekseriyet tarafından kabul edilmiş olması hasebiyle üçlü tasnifi esas alacağız.

1 — Maddî bakımdan hukukî tasarrufların tasnifi :

Maddî tasniften kastettiğimiz, tasarrufta bulunan kimsenin sıfatına bakılmaksızın, sırf tasarrufun hukukî muhtevası itibariyle vakî tasniftir (10).

Duguit'den önce hukukî tasarruflar, kaide tasarruflar ve sübjektif tasarruflar diye ikiye ayrılıyordu (11). Duguit (12) ise üçe ayırmıştır ki, bugün umumiyetle kabul edilen tasnif bu tasniftir :

- a) Kaide Tasarruf,
- b) Sübjektif Tasarruf,
- c) Şart Tasarruf.

Prof. Gaston Jèze (13) ise dörde ayırmaktadır :

- a) Yasama veya düzenleme tasarrufları,
- b) Bir taraflı veya sözleşme tasarrufları,
- c) Şart tasarruflar,
- d) Kazaî tasarruflar.

Prof. Gaston Jèze'in; Duguit'nin tasnifinden farklı olarak, hukukî tasarrufların maddî bakımdan tasnifine ithal ettiği Kazaî tasarrufları, Prof. Sıddık Sami Onar'ın tasnifinde de görmekteyiz (14).

Ancak Roger Bonnard, Louis Rolland, André de Laubadère gibi bilginler buna bir de maddî bakımdan idarî tasarruflar olarak beşinci bir kategori ilâve ediyor ve maddî bakımdan idarî tasarruf olarak vasıflandırılacak tasarrufların mevcudiyetini ileri sürüyorlar.

(9) DERBİL, Prof. S.: İdare Hukuku C. I, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1955 s. 129 - 130.

(10) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 48.

(11) DERBİL, Prof. S. den naklen a. g. e. s. 107.

(12) DERBİL, Prof. S. den naklen, a. g. e. s. 107.

(13) DERBİL, Prof. S. den naklen, a. g. e. s. 107.

(14) ONAR, Prof. S. S.: a. g. e. s. 228. Keza aynı eser bk. : Kazaî tasarrufların maddî bakımdan diğer üç tasarruftan ayrı olduğu, bu sebeple dördüncü gurup olarak ithalinin doğru olduğu hakkında s. 228 - 229.

Duguit'ye göre bir hukukî tasarrufun maddî bakımdan idarî bir tasarruf sayılabilmesi için şu şartların mevcudiyeti lâzımdır :

a) Bu hukukî tasarruf mutlaka ya bir şart tasarruf veya bir subjektif tasarruf olmalıdır.

b) Bu hukukî tasarruf, devlet veya başka kamusal topluluklar hesabına kamusal ajanlar tarafından yapılmış olmalıdır (15).

Neticede, âmme idareleri tarafından yapılan bütün hukukî tasarruflar - biraz sonra görüleceği üzere - uzvî bakımdan idarî tasarruflar diye vasıflandırılmakla beraber, âmme hizmeti yapmak için itihaz olunan idarî tasarrufları maddî bakımdan da idarî tasarruf diye vasıflandırmak yoluna gidilmiştir. Böylece idarî tasarruf kavramı maddî bakımdan âmme hizmeti mefhumuna yaklaştırılmıştır (16).

Bu tasnifin faydası şudur : Âmme idareleri tarafından yapılan hukukî tasarruflardan, âmme hizmetine ilişkin olmaları sebebi ile idare hukuku kaideleri ile düzenlenen ve dâva halinde idare mahkemeleri tarafından yargılanması gereken tasarrufların «maddî bakımdan idarî tasarruflar» diye vasıflandırılması; özel hukuk kaidelerine bağlı tutulan ve dâva halinde adalet mahkemeleri tarafından yargılanması gereken tasarruflardan ayırılmasına yararıdır.

Netice itibariyle uzvî ve maddî bakımdan idarî tasarrufları ayırmada şöyle bir kıstas koyabiliriz : İdarî dâva konusu olabilecek hukukî tasarruflar maddî bakımdan idarî tasarruflardır. Âmme idareleri tarafından yapılmakla beraber idarî dâva konusu olmayan hukukî tasarruflar ise uzvî bakımdan idarî tasarruflardır. Ancak bu kıstas kat'i mahiyette olamaz. Zira idarî dâva konusu olan maddî bakımdan idarî tasarruflar, aynı zamanda uzvî bakımdan da idarî tasarruftur, yani âmme idareleri tarafından yapılmıştır. Uzvî bakımdan idarî tasarruf, maddî bakımdan idarî tasarruftan daha geniş ve onu kapsayan bir kavramdır (17).

2 — Şekli bakımdan hukukî tasarrufların tasnifi :

Hukukî tasarrufların şekli bakımdan tasnifinden kastedilen; onların teşekkülleri için takip ve riyeti mecburî olan usulî kaidele-

(15) DERBİL, Prof. S. den naklen: a. g. e. s. 140.

(16) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 131 - 132.

(17) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 132.

rin veya doğuŖta tâbi olmaları lâzım gelen maddî Ŗeklin incelenmesidir (18).

Maddî Ŗekil bakımından :

- a) Yazılı tasarruflar,
 - b) Yazılı olmayan tasarruflar
- diye ikiye ayrılırlar.

TeŖekkülleri için takip ve riayeti mecburî usul kaideleri bakımından incelemede ise; muayyen bir tasarrufu incelemediğimizden, iradelerin izharı bakımından umumî usul kaidelerine nazaran bir tasnif yapılabilir :

- a) Tek taraflı tasarruflar,
- b) Çok taraflı tasarruflar
 - aa) Ortaklaşa tasarruflar,
 - bb) Birleşme tasarruflar (19).

3 — Uzvi bakımdan hukukî tasarrufların tasnifi :

Uzvi bakımdan sınıflamada tasarrufu yapanın sıfatına göre bir kategorilendirme mevcuttur.

Bu tasnife göre, bütün müelliflerce kabul edildiğı üzere, üç türlü hukukî tasarruf mevcuttur :

- a) TeŖriî tasarruf,
- b) Kazaî tasarruf,
- c) İdarî tasarruf.

Devletin teŖriî organlarının yaptığı tasarrufa teŖriî tasarruf, kaza organlarının yaptığı tasarrufa kazaî tasarruf ve nihayet idare organlarının yaptığı tasarrufa da idarî tasarruf diyoruz. Demek ki, uzvi bakımdan idarî tasarruf, devletin idare görevini yerine getirmek için kurulan idarî teşkilât tarafından yapılan hukukî tasarruftur.

B — İdarî Tasarruf Nedir ?

İdarî tasarruflar çeŖitli müellifler tarafından çeŖitli Ŗekillerde tarif edilmişlerdir. Yalnız bu tariflerin tetkikine geçmeden önce

(18) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 50.

(19) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 50 - 51.

şunu söyleyelim ki, araştırmamızda idarî tasarruf mefhumu ile kastedeceğimiz, uzvî bakımından idarî tasarruftur.

Bir tasarrufun idarî olabilmesi için, idarî bir otorite tarafından ittihazının şart olduğunu gördük. Ancak idarî otoritelerin ittihaz ettikleri her tasarruf «idarî» olmaz (20). O halde idarî tasarruf nedir?

Otto Mayer'e göre (21) idarî tasarruf «idareye ait, tebaa için hak olanın ne olduğunu tebaaya karşı tâyin eden, bir âmiriyet mütebesidir». Bu tarif idarî tasarrufun kullanılacağı en mahdut mefhumunun ifadesidir. Zira, bu tarif ile ortaya konulan mefhum, sadece idarenin - nizamname dahi hariç olmak şartıyla - âmiriyet ve hak vaz'ına müteallik tasarruflarını ihtiva etmektedir (22).

Adolf Merkl ise idarî tasarrufları şu şekilde tarif etmektedir: Muayyen idarî gayelerin tatmini maksadıyla yapılan ve idarenin umumî faaliyet sahası içinde ferdileştirilebilen yani başlı başına mazbut ve mütekâmil sayılan ve idarenin umumî sahasından tefrik ve ifrazı kabil bulunan her idarî iş geniş manasıyla bir idarî tasarruftur (23).

Hauriou'ya göre (24) ise idarî tasarruf «idarî bir merci tarafından icraî bir şekilde, yani cebri icrayı mucip olan bir şekilde, idar edilen ve idare olunanlara karşı hukukî bir neticenin tevliğine müteveccih bulunan bir irade beyanıdır».

Zanobini ise geniş ve dar manada idarî tasarrufu birbirinden ayırarak daha etraflı bir tarif yapmıştır: «Geniş manada idarî tasarruf, âmme idaresinin her hangi bir faaliyet tezahürünü ifade eder» (25). Ancak idarenin faaliyeti de diğer hak sahiplerinin faaliyetleri gibi sırf fiilî tasarruflarla hukukî tasarruflar olarak ikiye ayrılır. Sırf fiilî olan tasarruflar sadece idarenin hak ve selâhiyetlerinin icrasından ibarettir. Bir büronun teftişi gibi. Hukukî

(20) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 52.

(21) MERKL, Prof. A. dan naklen: Umumî İdare Hukuku Çev. B. Tahir Şaman, Titaş Basımevi, Ankara 1942 s. 238.

(22) MERKL, Prof. A.: a. g. e. s. 238.

(23) MERKL, Prof. A.: a. g. e. s. 234.

(24) ZANOBİNİ, Prof. G.: den naklen: İdare Hukuku Çev. A. Akgüç, S. Erman, C. I Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul 1945 s. 219.

(25) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e. s. 218.

tasarruflar ise idarenin ve fertlerin hukukî sahasını tebdil eder. Bu kısım tasarruflar, idarî hükmi şahısların âmme iktidarlarını izhar eder ki, tam ve dar manâda idarî tasarruflardır. Bunlar sadece idarî hükmi şahısların, vatandaşların bir şeyi yapmalarını emir veya meneden yahut da tecviz eden tasarruflara münhasır değildir. Bu çeşit tasarrufların içine, hukukî durumları tanıyan tasarruflar dahil olduğu gibi, hukuk sahasında ehemmiyeti haiz olan fiilleri tesbit, tescil veya ihbar eden tasarruflar da dahildir. O halde dar ve tam manâsı ile idarî tasarruf «bir idarî selâhiyetin icrası sırasında âmme idaresinin bir süjesi tarafından izhar edilen herhangi bir beyandır» (26).

Bu tariften anlaşılacağı üzere Zanobini bir tasarrufun idarî sayılması için üç unsurun mevcudiyetini aramaktadır :

a) Beyan : Beyan unsuru maddî faaliyeti, tasarruftan ayıran bir unsurdur. Maddî faaliyet ancak bir beyan yerine geçtiği takdirde tasarruf mahiyetini alabilir.

b) Beyanın âmme idaresinin bir süjesine ait olması : Bu unsur da, teşriî veya kazaî kuvvete mensup bulunan bir organ tarafından ısdar olunan tasarrufların, mevzuubahis idarî tasarruflardan ayırdedilmesine yarar.

c) Tasarrufun idarî bir selâhiyetin icrası sırasında yapılmış olması lüzumu : Bu husus birkaç noktadan önem arzeder. Birincisi tasarrufun hukukî netice tevlid edecek mahiyette olmasını kapsar. Tasarrufun, idarî hükmi şahısların hususî hukuk ehliyetinin bir tezahürü olmasını önliyen yine bu unsurdur. Çünkü, idarî selâhiyetlerin hepsi bir âmme selâhiyettir. Son olarak bir de, bu unsur, idarî organlar tarafından teşriî veya kazaî fonksiyonlarının icrası sırasında yapılabilen tasarrufları da idarî tasarruflardan ayırdetmeğe yarar (27).

C — *İdarî Tasarrufların Unsurları :*

İdarî tasarrufların unsurları el'an münakaşalıdır. Bonnard'a göre (28) bunlar :

(26) ZANOİNİ, Prof. G.: a. g. e. s. 219.

(27) ZANOİNİ, Prof. G.: a. g. e. s. 220 - 221.

(28) ONAR, Prof. S. S. den naklen : a. g. e. s. 174.

- a) Saik,
 - b) Ehil ve selâhiyetli bir merci tarafından izhar edilen irade,
 - c) Şekil,
 - d) Mevzu,
 - e) Maksat
- olmak üzere beştir.

Memleketimizde bu unsurlar Danıştay kanununun eski 19 ve yeni 23. maddelerinde şöyle sıralanmıştır :

- a) Selâhiyet,
- b) Şekil,
- c) Esas,
- d) Maksat.

Görüldüğü üzere Türk mevzuatı, Bonnard'ın tasnifinden bir noktada ayrılmaktadır. Bonnard'ın «saik» ve «mevzu» unsurlarını, Danıştay kanunumuz «esas» mefhumu içerisinde toplamıştır.

Ancak Türk doktrini de, «esas»ın basit bir unsur olamayacağı, bu sebeple bunun «saik» ve «mevzu» olarak ayrılması fikrindedir (29).

Danıştayca da, «tasarrufun esasında» görüldüğü söylenen sakatlık, bazan «saik»e bazan da «mevzu»a taallük eylemektedir.

Kanun vazının iradesinin de bu yolda olduğu kanaatındayız. Zira, Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin B fıkrası hakkındaki tefsir kararında B. M. M. açıkça «saik» mefhumundan bahsetmiştir (30).

İdarî tasarruflardaki sakatlıklar bölümünde bu unsurlar üzerinde uzun olarak duracağımızdan, burada daha fazla birşey söylemiyoruz.

(29) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e. s. 52 ; Sarıca, Prof. R.: İdarî Kaza C. I, Kenan Matbaası İstanbul 1949, s. 53 - 54.

(30) T. C. Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin B fıkrasının yorumlanmasına mahal olmadığına dair 1728 No. lu B. M. M. kararı, R. G. neşir tarihi : 23/5/1951 Sayı : 7815.

D — İdarî Tasarrufların Taksim ve Tasnifi :

İdarî tasarrufların taksim ve tasnifi, umumiyet itibariyle çok muhtelifdir ve bu hususta müellifler arasında bir ittifak görülmez.

1 — İdarî tasarrufların hukukî ve maddî tasnifi :

İdare sadece hukukî tasarruflarda bulunmaz bazı maddî işlemlerde de bulunabilir. Bazı bilginler, hukukî tasarruf olmamakla beraber maddî işlemleri de idarî tasarruflardan sayma taraflıdır. Bu takdirde sınıflama, «hukukî tasarruflar», «maddî işlemler» şeklinde oluyor.

Gördükleri iş bakımından hukukî olan idarî tasarruflara nizamnameler, talimatnameler, karamameler ve idarenin müşterek taraf sıfatıyla alâkadar bulunduğu her nevi mukavele misâl gösterilebilir.

Maddî işlemlere de, idarenin âmiriyet muameleleri sahasındaki maddî mahiyetteki hazırlayıcı veya düzeltici muameleleri misâl alınabilir (31).

2 — İdarî tasarrufun iki veya tek taraflı olmasına göre tasnif :

Tasarrufları tek taraflı veya çok taraflı olması bakımından «hakimiyet tasarrufları», «temsiyet tasarrufları» diye sınıflanmışlardır (32).

3 — İdarî tasarrufun irade izharı bakımından sınıflaması :

- a) Bir taraflı : Bunlar sadece idare hukuku alanında görülür.
- b) İki taraflı : Sözleşme veya şart tasarruf olabilir.
- c) Çok taraflı : Kaide tasarruf veya sübjektif tasarruf olabilir (34).

(31) MERKL, Prof. A.: a. g. e. s. 235 - 236.

(32) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 143.

ÖZKAN, Prof. M. Ş. den naklen : İdare Hukuku, Köy hocası matbaası, Ankara 1935 s. 74 : Berthélémy idarî tasarrufları icrası lâzım olan ve olmıyan diye ikiye ayırdıktan sonra icrası lâzım olan tasarrufları «hakimiyet tasarrufları» ve «temsiyet tasarrufları» diye tasnif etmektedir.

(34) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 144.

4 — İdarî tasarrufların icraî olmak bakımından sınıflaması :

Bu da üç türlü sınıflanabilir :

a) aa. — İcraî idarî tasarruflar : Fertlerin lehlerine veya aleyhlerine bir hukukî vaziyet doğuran tasarruflardır. Bir valinin âmme hizmetini işletmek maksadıyla almış olduğu kararlar gibi. Bunlar muhakkak icra edilirler. Bu kararlar ferdî veya umumî olabilir.

bb. — İcraî olmayan idarî tasarruflar : Bunların bir kısmına mütalâa denir. Hukuk müşavirlerinin mütalâası gibi.

Bu tasnifin önemi, idarî tasarruf aleyhine gerek idarî ve gerekse kazaî bir mercie başvurulabilmesindedir. Böyle bir yola tevessül ancak icraî idarî tasarruflar hakkında mümkündür (35).

b) aa. — Basit idarî tasarruflar : Meselâ, bir kimseye av tezkeresi verilmesi gibi.

bb. — Karmaşık idarî tasarruflar : Meselâ, satın alma işleminde olduğu gibi.

Bilhassa karmaşık idarî tasarruflarda, lâzım gelen safhalardan birinin bulunmaması veya bozukluğu, tasarrufu sakatlar ve dâva halinde iptaline yol açar (36).

c) aa. — Sırf icraî idarî tasarruflar : Bunlar yeni bir hukukî hüküm vazetmeksizin hukukî mevzuatı, münferit bir duruma tatbik eden tasarruflardır.

bb. — Aynı zamanda hak ihdas edici ve hak vazedici idarî tasarruflar : Bunlar ise kendi noktaî nazarlarından yüksek sayılan, vazedilmiş bir hukukî hükmü icra ederken daha dün mertebede bulunan ve fakat yine mükellefiyetler veya selâhiyetler tevlid eden diğer bir hukukî hükmü yaratan tasarruflardır. Bu çeşit tasarruflara misâl olarak, bir yandan kanunları tatbik eden ve fakat diğer yandan da mahdut bir daire için hak vazedilen nizamnameleri ele alabiliriz. Keza, talimatnameler, kararnameler ve emirnameler de bir taraftan kanun veya nizamname şeklindeki bir hukuku tatbik ederken diğer taraftan münferit haller için hak ihdas eden nev'e bir misaldir (37).

(35) ÖZKAN, Prof. M. Ş.: a. g. e. s. 71 - 73.

(36) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 144.

(37) MERKL, Prof. A.: a. g. e. s. 236 - 237.

5 — a) Asıl idarî tasarruflar : İdarenin tek taraflı olarak isdar etmiş olduğu tasarruflardır.

b) İdarî Mukaveleler : İdarenin, şahıslarla anlaşma sureti ile yapmış olduğu tasarruflardır. Meselâ, sözleşmeler gibi (38).

6 — İdarî tasarrufların kusurlu olup olmamasına göre tasnif :

- a) Sakat İdarî tasarruflar,
- b) Kusursuz İdarî tasarruflar.

İdarî tasarrufun bu şekilde tasnifi, esas itibariyle «sahih» idarî tasarruflar ile «sözde» idarî tasarrufların karıştırılmaması gayesine matuftur (39).

Mevzuumuzun esasını teşkil eden bu mesele üzerinde ileride daha geniş bir şekilde duracağız.

E. — *İdarî Tasarrufların Diğer Nev'i Âmmeye Tasarruflarından ayırıldı.*

İdarî tasarrufların ne olduğunu, unsurlarını ve türlü şekillerde tasnifini gördükten sonra, son olarak, bunların diğer nev'i âmme tasarruflarından ayrılmasını da kısaca inceleyelim.

1 — İdarî tasarrufların teşriî tasarruflardan ayırıldı :

Gerek teşriî organlar anayasalarda gösterilmiş olduğundan ve gerekse teşriî tasarrufların pek çoğu kanun adını taşıdıklarından, idarî tasarrufları kolaylıkla teşriî tasarruflardan ayırmamız mümkündür. Esasen, parlamentonun yapmış olduğu tasarruflar «kanun» adını taşımasa bile, onların parlâmento tarafından yapılmış olması, idarî tasarruflarla karıştırılmamalarını sağlar.

Ancak, her hangi hukukî bir tasarruf parlâmento tarafından değil de, parlâmento başkanı veya başkanlık meclisi tarafından yapılmışsa; meselâ, parlâmentoda çalışan bir memur işinden çıkarılmışsa, bu tasarruf bir idarî tasarruf sayılacak ve memura normal idarî tasarruflara karşı tanınan haklar tanınacak mıdır? Yoksa ida-

(38) BALKAR, Kemal Galip : Hususî mülâkat.

(39) MERKL, Prof. A.: a. g. e. s. 257.

rî tasarruf sayılmıyarak memura sözü geçen haklar tanınmıyacak mıdır ?

Bir kısım müellifler, sözü geçen tasarrufların maddî bakımdan bir idarî tasarruf olmasına rağmen, bu tasarrufların bir âmme idarecisi tarafından değil de parlâmento idarecileri tarafından yapılmış olduklarından uzvî bakımdan bir idarî tasarruf sayılmıyacağı ve netice itibariyle idarî dâva konusu olmayacağı fikrindedirler (40)

Aksi fikirde olan müelliflere göre ise, parlâmento idarecilerinin teşriî ve idarî vazifelerini birbirinden ayırmak lâzım gelir. Bunların teşriî vazifeleri, parlâmentonun umumî heyet halinde toplandığı zaman mevzuubahistir. Bunun dışında, meclis memurları muvacehesinde âmir olarak yaptıkları iş idarî bir iştir. Bu takdirde idareci sıfatı ile hareket etmektedirler. Esasen, parlâmentodaki memur da diğer devlet memurlarından farksız durumdadır. Sırf parlâmento memurları için, idarî dâva hakkı tanımlıyarak istisnâ ve haksız bir durum yaratmak doğru olmaz (42).

Danıştayımızın bu hususta iki içtihadı vardır ve birbirini tutmamaktadır. Birincisi 16/5/1947 tarihli ve esas : 36 Karar : 46 sayılı karar olup Danıştayımız bu kararında meclis başkanının tasarrufunu idarî saymamış ve haksız olarak işten çıkarıldığını iddia eden memurun davasını bu sebeple reddetmiştir (43).

Danıştay daha sonra vermiş olduğu ikinci kararında (44) ise, aynı şekilde bir tasarrufu idarî tasarruf olarak kâbul etmiş ve iptal etmiştir.

Fransız içtihatı ise, bu türlü tasarrufların idarî tasarruf olmadığı merkezindedir (45).

(40) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 132 - 133.

FEYZİOĞLU, Prof. T.: İdarî Karar ve İdarî Makam, S B O. C. II 1947, sayı : 3 - 4 s. 434.

(42) BALKAR, Kemal Galip : Hususî mülâkat.

(43) Bu hususta fazla tafsilât için bk. T. Feyzioğlu a. g. m. s. 431.

(44) Bu kararın tahminen 1954 - 55 senelerinde alınmış olduğunu Kemal Galip Balkar söyledi. Ancak gerekli aramalara rağmen kararın sureti bulunamadı.

(45) FEYZİOĞLU, Prof. T.: a. g. m. s. 434.

2 — İdarî tasarrufların kazaî tasarruflardan ayırıldı :

İlk bakışta bu tasarrufların uzvî bakımdan ayırıldı kolay görülebilirse de, bazı organlar hem bir kaza organı sıfatıyla ve hem de idarî bir organ sıfatıyla faaliyet ve tasarruflarda bulunduğundan, güçlük çıkabilir. Meselâ, il ve ilçe idare kurulları gibi.

Bu durumda olan organların tasarrufları uzvî bakımdan idarî bir tasarruf mu sayılacak, yoksa kazaî tasarruf mu sayılacaktır ?

Bu hususta bir kıstas ileri sürülmüştür : Eğer mevzu bahis organların bir tasarrufunun bozulmasını veya düzeltilmesini validen veya yetkili bakandan istemeğe imkân varsa, tasarruf idarîdir. Yok eğer tasarrufun bozulması veya düzeltilmesi ancak idarî dâvaya konu teşkil ediyorsa tasarruf kazaîdir.

Bu kıstas meseleyi halledememiştir. Zira meselâ, «lüzumu muhakeme» veya «men'i muhakeme» kararlarını ilçe kurulu vermişse bunu il idare kurulu, aksine il idare kurulu vermişse bunu da ancak Danıştayın bir idarî dairesi değiştirebilir. Bu durumda, «lüzumu muhakeme» veya «men'i muhakeme» kararları ilçe idare kurulu tarafından verilmişse bu karar kazaî bir tasarruf, yok il idare kurulu vermişse bir idarî tasarruftur mu diyeceğiz ? (46).

İdarî tasarruflar ile yargı tasarruflarının maddî bakımdan birbirinden ayrılmasında ise, H. Berthélémy ve M. Hauriou gibi bilgiler bunun mümkün olmadığını iddia etmektedirler. Onlara göre idarî tasarrufla, kazaî tasarrufun mahiyetleri aynıdır. Her ikisi de genel hukuk kurallarının, yâni kanunların, tüzüklerin uygulanması demektir.

Bu düşünce doğru değildir. Zira ne mahkemeler ve ne de idarî organlar sadece kanunları tatbik etmezler. Her ikisinin de kendi takdir selâhiyetlerine bırakılmış meselelerdeki tasarrufları, genel hukuk kurallarının tatbiki değildir (47).

İdarî tasarruflar ile kazaî tasarruflar arasındaki şu farkların mevcudiyetini müşahade edebiliriz :

a) Kazaî tasarrufta bulunmak için bir dâva açılmış olması şarttır. Zira kaza organları pasif organlardır, kendiliklerinden harekete geçemezler.

(46) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 134 - 135.

(47) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 141 - 142.

Buna mukabil idare, kendisine hiçbir müracaatta bulunulmadan idarî tasarruf ısdar edebilir. Zira idare organları aktiftir, kendiliklerinden harekete geçebilirler.

b) Kazaî tasarruflar düzeltici bir mahiyet taşırlar.

İdarî tasarruflar ise daha ziyade yapıcı karakterdedirler.

c) Kazaî tasarruf birleşik mahiyette olup, üç unsur ihtiva eder : Dâva, cevap ve karar.

İdarî tasarrufların ise böyle birleşik bir mahiyeti yoktur.

d) Kazaî tasarruf daima kanunî hakikat kuvvet ve mahiyetini haiz bir beyanı tazammun eder.

İdarî tasarruf bir beyanı bile tazammun etmiyebilir (48)

e) Kazaî tasarruf kesin hükümden istifade eder.

İdarî tasarruflar ise hiçbir zaman kesin hüküm mahiyetinde olmazlar.

IV — İDARİ TASARRUFLARDAKİ SAKATLIKLAR :

İdare hukuku sahasında hukukî tasarrufun doğurduğu hükümler bir taraftan idareye ve diğer taraftan da üçüncü şahıslara ait bir takım mükellefiyetler doğurarak, gayet geniş bir sahaya tesir etmektedirler. Bu sebeple idare, tasarrufun kendisini bağlayıcı neticeler tevlid etmesi ve üçüncü şahıslara hüküm ifade edebilmesi için birtakım şartların mevcudiyetini talep eder.

Sakat devlet tasarrufu meselesinin hususî bir hali olan sakat idarî tasarruf (50) yani, hukukî eksiklerle malûl olan tasarruf hakikatte; yukarıda izah ettiğimiz sebeple, vaz'ı esnasında riayetle mükellef bulunulan şartlardan bir veya birkaçının yokluğu veya noksan bulunuşu demektir.

Daha kısa bir tarif yapacak olursak sakat tasarruf, «muhtevası itibariyle icap eden esaslara uygun bulunmayan veya teşekkülü

(48) DERBİL, Prof. S.: a. g. e. s. 142.

Aksi fikir bk.: Zanobini, a. g. e. s. 219.

(50) MERKEL, Prof. A.: a. g. e. s. 257.

enasında gerekli usul ve şekil şartlarına riayet edilmiş olmayın» tasarruftur (51).

Riayetsizlik hukuk kaide ve prensiplerine taallük ediyorsa bu noksana «meşruiyet noksanı» denir.

Buna mukabil riayetsizlik, teknik kaidelere veya maslahata uygunluk yani iyi idare kıstaslarına taallük ediyorsa buna da «esas noksanı» denir.

«Esas noksanı» bazı hallerde tasarruftan rücu edilmesine veya tasarrufun fesholunmasına sebep olabilirse de, esas itibariyle bir malûliyet sebebi olmaz. Sakatlık daima bir meşruiyet noksanından ileri gelir. Bu ister şekil, isterse madde itibariyle olsun değişmez (52).

Görülüyor ki, tasarrufun meşruiyeti için öngörülen şartlardan birinin mevcut olmaması veya noksan bulunması tasarrufun sakatlığını mucip olmaktadır. O halde bu şartları ve doğurdukları sakatlıkları incelemek gerekir. Fakan bundan önce, sakatlığın mevcudiyet ve müessiriyetten ayırdedilmesini kısaca inceliyerek, bu mefhumların birbirine karıştırılmasının önüne geçmek gerekir.

A — *İdarî Tasarruflardaki Sakatlığın, Mevcudiyet ve Müessiriyetten Ayırdedilmesi* :

1. — Hukuken mevcudiyeti için lâzım gelen usulün nihayet bulması ile tamamiyle teşekkül etmiş olan tasarruf tekemmül etmiş bir tasarruftur.

2. — Eğer tekemmül etmiş bir tasarrufun neticelerini tevliid etmesi için herhangi bir engel mevcut değilse, bu tasarruf müessirdir. O halde tesirsizliğin sebebi yalnız, tasarrufun tekemmül etmemiş olması veya sıhhat şartlarının bulunmaması değildir. Bir tasarruf tekemmül etmiş, tamamiyle nizamaya uygun olur da, bir ecel veya şarta bağlı olup bunların gerçekleşmemesi yüzünden tesirsiz olabilir.

3. — Sakatlık ise daima, bir esas veya şekil noksanından tevliüt eder. Bu noksan kaideten tasarrufun tekemmülünden sonra

(51) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 267.

(52) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 267.

bertaraf edilebilir. Bununla beraber, sakatlık her zaman müessiriye-
te mani olmaz. Bu bakımdan sakatlığın muhtelif derecelerini tef-
rik etmek icap eder :

a) Yokluk : Esaslı bir unsurun ademi mevcudiyeti sebebi ile
tasarrufun hukuken mevcut olmaması halidir. Bu durumda ortada
sadece fiilî bir vaziyet vardır. İdarî bir tasarruf yoktur. Zira tasar-
ruf doğmamış, meydana gelmemiştir.

b) Butlan : İdare hukukundaki butlanın, hususi hukuktaki but-
lan ile ve binnetice mutlak veya nisbî butlan halleri ile hiçbir
münasebet ve alâkası yoktur. İdare hukukundaki butlan, iptal da-
vası açılmasını tazammun eden butlandır; iptal davası ile mütera-
dif bir manâ ifade eder denilebilir.

Butlanla malûl idarî tasarruf esasında bir idarî tasarruftur.
Mevcut noksan onun idarî tasarruf olmak vasfını bertaraf eylemi-
yen bir noksandır. Tasarruf hukuken doğmuş ve meydana gelmiş-
tir. Bu tasarruf, iptal sebeplerinden biri veya birkaçı ile malûl ol-
duğundan, müteakip bir idarî veya kazaî kararla fesholunabilir.
Fakat fesholununcaya kadar bütün neticelerini meydana getirmek-
te devam eder ve müessiriyet bakımından tamamiyle sahîh bir ta-
sarruf mahiyetini arzeder (53)

B — *Riayeti Mecburi Şartlar ve Sakatlıklar :*

Bu kısımda idarî tasarruflarda ,riayeti mecburî şartların neler
olduğunu ve bunlara riayetsizliğin veya bunların ademi mevcu-
diyetinin doğurduğu sakatlıkları inceliyeceğiz.

Geçen kısımlarda kısaca görmüş olduğumuz gibi, Danıştay
kanunumuza göre idarî tasarrufun dört unsuru mevcuttur. Yine
bahsetmiş olduğumuz üzere doktrin bu dört unsurdan birini ikiye
ayırarak unsur sayısını beşe çıkarmıştır. Bu unsurlar şunlardır :

1 — Selâhiyet,

2 — Saik,

3 — Mevzu,

(53) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 238 - 239.

ARTUKMAÇ, s. : Bizde İdarenin Murakabesi, Cumhuriyet Mat-
baası, İstanbul 1950., s. 371 - 372.

- 4 — Şekil,
- 5 — Maksat.

İdarî tasarruflardaki sakatlıkları da bu unsurlara göre şöyle sayabiliriz :

- 1 — Kararın mevzuata, hukukî selâhiyet cihetinden aykırılığı,
- 2 — Kararın saik bakımından aykırılığı,
- 3 — Kararın mevzu cihetinden bozukluğu,
- 4 — Kararın şekil bakımından aykırılığı,
- 5 — Kararın maksat cihetinden aksaklığı (55).

Şimdi bunları teker teker inceliyelim :

1 — Kararın mevzuata, hukukî selâhiyet cihetinden aykırılığı :

Mevzuata, hukuk kaidelerine selâhiyet bakımından aykırı olan bir idarî karar; ya yoklukla malûldür veya iptal edilmeğe mahkûmdur. Buna göre selâhiyet aykırılığını ikiye tefrik ederek inceleyeceğiz.

a) Selâhiyet cihetinden yoklukla malûl idarî kararlar :

Bunlar muhtelif şekillerde tecelli ederler :

aa) *Selâhiyet Gasbı* : Bir idarî tasarruf, âmme idaresinin organı sıfatından mahrum bulunan bir kimse tarafından, yani idare namına hiçbir suretle irade izharına ve icraî karar ittihazına selâhiyeti bulunmayan bir memur veya şahıs tarafından izhar olunmuşsa böyle bir kararı idarî karar saymak imkânsızdır. Bu karar yok hükmündedir (56). Misâl : İcarî karar ittihazına selâhiyetli olan makamlar kanunen gösterilmiştir. Meselâ, köy namına; köy derneği, köy ihtiyar kurulu ve muhtar karar ittihaz edebilir. Bunlardan gayrı bir makam, meselâ parti başkanı köy namına karar ittihaz ederse bu karar, selâhiyet gasbı dolayısıyla yok hükmündedir.

Damıtay 5. D. sinin K: 41/2266 sayılı ve 12/12/1941 tarihli kararı da selâhiyet gasbına bir misâl teşkil eder : «Bir memurun

(55) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 53.

(56) ARTUKMAÇ, S.: a. g. e., s. 376.

SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 57.

müstafi addi muamelesi, kendisini tâyine selâhiyetli makamın tasdikiyle tekemmül eder. Bu selâhiyeti haiz olmıyan telgraf muavinliğince yapılmış olan dâvacının müstafi addi hakkındaki tasarrufuna hukukî bir hüküm terettüp edemeyeceğinden ...».

Burada fiilî memurların yapmış oldukları tasarrufların durumu üzerinde de durmak gerekir.

Fiilî memurluk muhtelif şekillerde meydana gelebilir. Memur idarenin muvafakatı ile resmî bir memuriyette bulunmakla beraber, ya tâyinindeki feshi mucip olacak bir sakatlık veya memuriyete son verecek bir sebep dolayısıyla tâyinin netice tevlid etmemesi, yahut da tâyinin hiç vuku bulmaması ve şahsın tamamıyla fiilî bir şekilde memuriyete intisap eylemesi sebebiyle mevzu bahis muvafakatin nizamaya aykırı olması durumlarında, fiilî memurluk bahis mevzuu olur.

Doktrin fiilî memurlar tarafından yapılan tasarrufların sakat olamayacağını ve dolayısı ile yokluk ile malûl olmayacağını kabul etmiştir (58). Ancak bu telâkkinin hukukî esası üzerinde ittifak edilememiştir : Bir görüşe göre bu esas, fiilî memurlarla hüsnüniyetle münasebette bulunan kimselerin haklarının ihlâl edilmesinin doğru olmayacağı gibi bir hakkaniyet prensibine dayanır. Diğer bazıları bunu maslahata uygunluk esasına dayandırmışlardır. Bu görüşte olanların fikirlerine göre, fiilî memurun gayrinizamî durumu dolayısıyla tasarrufu iptal edilecek olursa bu takdirde her zaman ve her işde memurların nizamaya uygun surette tâyin edilmiş olup olmadığını araştırmak icap eder ki, bu külfet şahıslara yüklenemez (59). Son zamanlarda daha genel üçüncü bir izah tarzı ileri sürülmüştür. Bu yeni telâkki, mücerret olarak makam kavramını ele alarak, tasarrufları makam tarafından yapılmış kabul etmekte ve o makamda oturan hakikî şahsın durumu ne olursa olsun, yapılan tasarrufun makam vasıtasıyla Devlete izafe olunabileceği esasını ileri sürmektedir. Netice itibarıyla bu telâkkiye göre memur değil, makam mevcuttur ve tasarrufu bu makamın ait bulunduğu hükmi şahıs ısdar eder (60).

(58) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 269.

(59) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 269.

(60) BALKAR, Kemal Galip : Hususi Mülakat.

bb) *Fonksiyon Gasbı* : Fonksiyon gasbı, bir organın kendi fonksiyonu yani görevi sahasına girmiyen hususlarda tasarruf ittihaz ettiği hallerde ortaya çıkar (61). Eğer idare, devletin teşri veya kaza fonksiyonlarından birinin uzvuna ait olan bir işi yaparsa, idarenin bu tasarrufu fonksiyon gasbı sebebiyle yok hükmündedir.

Ancak Zanobini (62) mutlak selâhiyetsizlik dediği fonksiyon gasbını bir yokluk sebebi değil fakat butlan sebebi olarak kabul etmektedir. Zanobini, mutlak selâhiyetsizlik nazarı bakımından bir yokluk sebebi olarak kabul edilebilir fakat, bu fikir mevzu hukukta bir mesnet bulamaz; zira kanunlar, mutlak selâhiyetsizlikle sakatlanmış bulunan idarî tasarruflara karşı kanun yollarına müracaat edilebileceğini ve binaenaleyh bunların fesh olunabileceğini beyan etmiştir, diyor.

Fonksiyon gasbına bir misâl verelim : İki şahıs arasında çıkan bir ihtilâfı halletmek veya bir suçluya ceza vermek münhasıran kaza organlarının selâhiyetine dahildir. İdare bu mevzularda herhangi bir karar ittihaz ederse bu karar yoklukla malûl olur.

cc) *Selâhiyet Tecavüzü* : Selâhiyet tecavüzünün bir kısmı butlan sebebi, diğer bir kısmı ise yokluk sebebi teşkil eder. Hangilerinin yokluk ve hangilerinin de butlan sebebi olacağını ayırd için bir kıstas lâzımdır. Umumiyetle kabul olunan kıstas, tecavüzün «ağır ve bariz» oluşu kıstasıdır (63). Selâhiyet tecavüzü ağır ve bariz ise bu bir yokluk sebebi olacak, aksi halde sadece butlana sebep olacaktır. Ancak bu kıstas gayet müphemdir (64).

Ağır ve bariz selâhiyet tecavüzü şu şekilde meydana gelir : İdarenin bir organı tarafından ittihaz olunan tasarruf, idarenin kendi selâhiyeti dahilinde olmakla beraber, idarî sahada kabul olunan işbölümüne aykırı olarak alınmış, yani tasarruf idarî iş ayrılığı esasına çok ağır ve bariz surette aykırı ise; ağır ve bariz selâhiyet tecavüzü ile sakat ve bu sebeple yoklukla malûl bir tasarruftur.

Buna misâl olarak şu hadiseyi alabiliriz : Dahiliye Vekâletine bağlı bulunan bir memurun malûlen tekaüde sevki sırasında, Sağlık Vekâleti kendisine ikramiye verilemeyeceği hususunda bir karar

(61) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 82.

(62) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 272.

(63) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 59; ARTUKMAÇ, S.: a. g. e., s. 377.

(64) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 82.

ittihaz ederse, bu karar ağır ve bariz selâhiyet tecavüzü sebebiyle yok hükmünde olur. Bu şekillerdeki bir hadisede Danıştayımız da aynı karara varmıştır (65).

b) *Selâhiyet cihetinden iptali lâzım gelen idarî kararlar :*

Yukarıda görmüş olduğumuz üç halin dışındaki selâhiyet cihetinden sakatlıklar bir iptal sebebidir. Bu türlü sakatlıklara «selâhiyet tecavüzü» veya «selâhiyetsizlik» denir.

Şunu da unutmamak gerekir ki, selâhiyet tecavüzünden bahsedebilmek için ittihaz olunan kararın, idare namına irade izharına ve icraî karar ittihazına selâhiyetli bir makam tarafından ve idare fonksiyonuna dahil bir mesele hakkında ittihaz olunmuş olması lâzımdır.

Selâhiyet tecavüzü muhtelif şekillerde olabilir :

aa) Alt makam, üst makamın selâhiyetine giren bir mesele hakkında karar vermiş olabilir. Buna aşağıdan yukarıya selâhiyetsizlik denir. Meselâ, Vali ancak İçişleri Bakanının selâhiyetli olduğu bir meselede karar verirse bu durum meydana gelir.

Danıştayın 5. D. sinin K: 46/4058 sayılı ve 3/12/1946 tarihli kararında bu sebeple bir tasarrufun iptal edildiğini görüyoruz: «Üst makam tarafından tâyin edilmiş olan bir memurun mâdun makam tarafından azli hukuk esaslarına olduğu gibi kanun ve tüzük hükmüne de aykırı bulunduğundan yapılan azil işleminin selâhiyetsizlik noktasından iptaline ...».

bb) Selâhiyet tecavüzü yukarıdan aşağıya doğru da olabilir. Meselâ, İçişleri Bakanı, Valinin selâhiyetine giren bir meselede karar ittihaz etmişse durum böyledir.

Bu şekildeki tasarrufların iptal olunacağını Danıştayımız da kabul etmiştir: «3710 sayılı Belediye İstimlak Kanununa göre menafii âmme kararı vermek veya bu kararı geri almak yetkisi mahallin en büyük mülkiye âmirine verilmiş ve hadisenin ilçede cereyan etmesi itibariyle bu yetki kaymakama ait bulunmuştur. Ve yine mezkûr kanununa göre kaymakamlıkça verilen karar kesin bulunmaktadır.

(65) D. Ş. K. Mec. sayı : 7, s. 71.

Şu durum karşısında valilikçe alınan kararın kanuna aykırılığı zâhir bulunduğundan iptaline» (5. D. K: 45/1900, 14/11/1945).

cc) Mekân itibariyle selâhiyet tecavüzü de olabilir. Bu takdirde coğrafi selâhiyet tecavüz edilmiş olacağından, tasarrufun iptali mümkündür. Meselâ, bir ilin valisi, diğer il valisinin selâhiyetine giren bir meselede karar ittihaz eylerse; mevzu bahis tasarruf sakattır.

dd) Selâhiyet tecavüzünün diğer bir şekli de, zaman itibariyle selâhiyet tecavüzüdür. Selâhiyeti muayyen bir zaman ile tahdit edilmiş bulunan bir idarî organın, bu zamanın başlamasından evvel veya bitmesinden sonra ittihaz edeceği tasarruflar, zaman itibariyle selâhiyetsizlikle malûldür. (66).

Bunların dışında; bir âmme idaresinin diğer bir âmme idaresinin, bir âmme müessesesinin diğer bir âmme müessesesinin, bir idare hükmi şahsının uzuvları yekdiğerinin, merkez idaresinin bir ademi merkezîyet idaresinin ve nihayet bir ademi merkezîyet idaresinin merkezîyet idaresinin selâhiyetleri içine giren meselelerde karar ittihaz etmeleri de, selâhiyet tecavüzünün diğer şekilleridir (67).

Selâhiyet tecavüzünün tezahürünü, diğer bir cepheden, ikiye ayırarak inceliyebiliriz :

aa) İdarî makam tarafından ittihaz olunan karar bu makamın *tamamen* selâhiyeti haricinde olabilir. Bu takdirde de tasarruf bütünü ile iptal olunur.

bb) Karar *kısmen*, kendisini ittihaz eden makamın selâhiyeti haricinde olabilir. Bu takdirde karar da kısmen iptal olunur. Yani kararın sadece selâhiyet haricinde kalan kısmı bozular. Meselâ; il özel idaresi ancak muayyen bir miktara kadar istikraz yapabilir. Bu miktardan fazlasına selâhiyeti yoktur. İl genel meclisi, bu esaslar hilâfına, kanunî miktarı aşan bir istikraz yapılmasını kararlaştırırsa, il genel meclisi selâhiyetini kısmen tecavüz ettiğinden ka-

(66) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 85.

(67) Tafsilât için bk.: S. Artukmaç, a. g. e., s. 379 - 381; Prof. R. Sarıca, a. g. e., s. 62 - 64.

rar da kısmen bozular. Yani kararın kanunî kısmı aynen muhafaza aşırı kısmı iptal edilir (68).

2 — Kararın hukuka saik cihetinden aykırılığı :

Yukarıda görmüş olduğumuz üzere, Danıştay kanunumuz idarî tasarruflarda «saik» diye bir unsur aramamıştır. Ancak doktrin, kanundaki «esas» unsurunun «saik» ve «mevzu»dan mürekkep olduğunda müttefiktir. Keza, daha evvel de söylediğimiz gibi, kanun vazınının iradesinin de bu olduğu kanaatindeyiz.

«Saik»i kısaca, «idareyi, hukukî tasarrufu yapmaya sevkeden sebeptir» (69) diye tarif edebiliriz. Meselâ, Memurun kanununun 32. maddesine göre, kumar oynamak, memurun sınıfının tenzili hususundaki idarî kararın saikidir.

Saik cihetinden aykırılığın yokluk sebebi mi, yoksa iptal sebebi mi olduğu münakaşalıdır. Bir kısım müellifler saik cihetinden aykırılığın iptal sebebi olduğu kanaatindedirler (70). Diğer bazıları ise aykırılığın, ağır ve bariz olması halinde yokluk, aksi halde iptal sebebi olacağı kanaatindedirler (71).

Doktrin şu halleri de saik bakımından aykırılık saymaktadır :

a) Hadiselerin değiştirilmesi : Tasarrufun gerekçesinde, hakikatte mevcut olmayan hadiseler zikredilmiş olması veya hakikatte mevcut hadiselerin inkâr edilmesi.

b) Açık mantıksızlık : Muhtelif saikler arasında veya gerekçe ile hüküm arasında mantıkî rabitanın mevcut olmaması.

c) Tasarrufun, aynı organın evvelki bir irade beyanı ile tezat teşkil etmesi : Meselâ, bir müddet önce mühim ve nazik bazı işleri muvaffakiyetle başardığından dolayı takdir edilmiş bir memurun kısa bir müddet sonra liyakatsızlık sebebi ile işine son verilmesi hali (72) gibi.

(68) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 64.

(69) ARTUKMAÇ, S.: a. g. e., s. 391.

(70) Meselâ : Doç. Dr. Özyörük, a. g. e., s. 83; S. Artukmaç, a. g. e., s. 392; Prof. G. Zanobini, a. g. e., s. 273.

(71) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 67.

(72) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 275.

Görmüş olduğumuz saikte sakatlık halleri kasdî olabileceği gibi, gayri kasdî de olabilir. Doktrin bu sebeple, saik bakımından aykırılık hallerini genişletmiş ve hususi hukukta kabul edilmiş olmakla beraber, idarî kanunlarda nazara alınmamış sebepleri de buna ithal etmiştir. Bunlar ikrah, hata ve hiledir.

Ikrah, manevî cebir nazariyesine dayanır. Ve tasarrufu yapan kimsenin, o hadisede kendisinin objektif bir şekilde kabul etmesi gereken saikten başka bir saikin tesiri altında kalarak hareket etmesine sebep olur. Meselâ, hiyerarşik üstünlüğe istinad eden bir tehdit, haklı saiklerden inhiraf edilmesini mucip olabilir ve tasarrufu sakatlamağa yeter.

Hata, iradenin istinat ettiği hakiki unsurların yanlış bir şekilde bilinmesidir. Bu da yanlış saiklerin meydana gelmesi neticesini doğurur ve bu keyfiyet, hatanın esaslı unsurlara taallük eylemesi halinde tasarrufu sakatlar.

Eğer hata başka birinin aldatması neticesinde husule gelmişse, hile bahis mevzuu olur. Bu, hileyi yapan şahıs hakkında hususi neticeler doğurursa da, tasarrufu yapan organ bakımından hatadan bir farkı yoktur (73).

Fiilî hatanın yanında hukukî hatayı da nazara almak gerekir. Eğer hukukî hata neticesi yanlış bir saik doğmuş veya mevcut saik tasarrufun ittihazına sebep teşkil etmezken, hukukî bir hata neticesi sebep teşkil eder kanaati ile tasarruf ittihaz edilmişse, bu tasarruf sakattır, iptal edilebilir.

Kanun, bazı tasarrufların hangi saike dayanmaları icap ettiğini, saikleri tahdiden sayarak belirtmiştir. Bu yolda bir tasarrufun, gösterilen sebeplerden birine dayanmaması bozma sebebidir.

Bazı hallerde de kanun sebep göstermemiştir. Bu vaziyette kanun, idareye takdir selâhiyeti tanımış durumdadır.

Bazı müellifler (74) kanunun saiklerin neler olacağını açıkça göstermeyip, idareye takdir selâhiyeti bıraktığı hususlarda ittihaz

(73) ZANOİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 275 - 276.

(74) Meselâ S. Artukmaç, a. g. e., s. 392; Prof. G. Zanobini, a. g. e. s. 273; Kemal Galip Balkar, Hususi mülakat: «Hiçbir zaman mutlak bir takdir selâhiyetinden bahsolunamaz.»

olacak bütün tasarrufların gerekçeli olması lâzım geldiği, aksi takdirde tasarrufun iptal edilebileceğini iddia ederler.

Buna mukabil diğer bir kısım müellifler ise (75), kanunun gerekçe istediği tasarruflarda bu mülâhazanın doğru olduğu, fakat gerekçe istemediği tasarruflarda böyle bir şeyin aranmayacağını ileri sürerler. İkinci fikirde olanlar, eğer şart koşulmamış olsa bile idare kendiliğinden gerekçe gösterirse bunun doğru olması lâzım geldiğini, aksinin iptal sebebi olacağını kabul ederler.

Danıştayımız da muhtelif kararlarında, takdir selâhiyetinin haklı sebeplere dayanması içtihadında bulunarak, gerekçe aramıştır: Davacı S. S. kendisinden kıdemsiz bulunan S. E. nin Danıştay birinci sınıf murakıplığına kendisinden evvel tâyininin haksız olduğundan tasarrufun iptalini istemiştir. Savunmada ise, ehliyet bakımından üstün olduğu takdir edilen S. E. nin tâyininin kanuna uygun olduğu iddia edilmiştir. Danıştay (5. D. K: 48/1286, E: 48/373) şu karara varmıştır: «... Tarafların celp ve tetkik edilen sicil dosyalarına ve dâva evrakı münderecatına göre ehliyetle yekdiğerine tercihi mucip bir sebebin mevcudiyeti anlaşılammakta olmasına ve ehliyetle müsavat halinde ise terfide kıdemin esas ittihazı hukukî bir zaruret bulunmasına göre..... tâyin muamelesinin iptaline».

Keza, (5. D. K: 48/286, 23/2/1948) «Vekâlet emri müessesesinin hizmetin nefine olarak cereyan etmesi lâzım gelir. Bu hususun anlaşılması için de idarî lüzumun ne suretle tahakkuk ettiğinin bilinmesi icap eder. Dâva olunan valilik ileri sürdüğü idarî lüzumu tesbit ve tâyin edememiş olduğuna göre bakanlık emri işleminin bir esasa dayandığı anlaşılammadığından iptaline» karar verilmiştir.

3 — Mevzu bakımından hukuka aykırılık :

Mevzu tasarrufun hukukî muhtevasıdır (76). Meselâ, istimlâk kararının mevzuu bir gayrimenkulün, hususi bir şahsın mamelekinden çıkıp, idarenin mamelekine girmesidir.

Tasarrufun mevzuundaki sakatlık bazan bir yokluk sebebi, bazan da sadece bir iptal sebebidir. Eğer mevzu unsurundaki ay-

(75) Meselâ : Prof. R. Sarıca, a. g. e., s. 72.

(76) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 84.

kırlık ağır ve bariz bir aykırılık ise bu bir yokluk sebebidir, aksi takdirde sadece bir iptal sebebi olur.

Yokluk sebebi olacak sakatlıkların en önemlileri mevzuun imkânsızlığı ve gayrimeşruluğudur. Kabili temlik olmayan hakların devri hukukî imkânsızlığa misaldir. Gayrimeşruluğa da misâl olarak, idarî bir tasarrufun, kanun tarafından bir ceza tehdidi ile menedilmiş bulunan bir harekete müsaade vermesidir. Mevzuu böyle bir müsaade olan idarî tasarruf yoklukla malûldür (77).

Hukuka mevzu bakımından aykırılık sebebi ile yoklukla malûl olan tasarruflara Fransız tatbikatından bir misâl alalım (78).

Fransız mevzuatına göre âmme yollarının hudutları bir idarî kararlarla tesbit ve tâyin edilir. Bu kararın mevzuu; mevcut yolların genişliğinin aynen tesbit edilmesinden ibarettir. Zira bu karar inşâî bir karar olmayıp, izharî bir karardır. Bu itibarla, bu gibi bir kararlarla mevcut fiilî ve topoğrafik vaziyette bir tahavvül ve tebeddül husule getirilirse, karar yoklukla malûl olur.

Bu derece ağır olmayan mevzu bakımından aykırılıklar ise, bir iptal sebebi teşkil eder. Meselâ, Polis Zabıta ve Selâhiyet kanununun 18. maddesine göre, en büyük mülkiye âmiri fevkalâde ahvalde şüpheli kimselerin polis nezareti altına alınmasına karar verebilir. Böyle bir durumda en büyük mülkiye âmiri şüphelilerin polis nezaretine alınmasına değil de, vilâyet sınırları dışına çıkarılmasına karar verirse, mevzuun kanuna aykırılığı sebebi ile tasarruf iptal olunabilir (79).

Danıştayımızın bir kararını da misâl olarak alabiliriz : «Hemşehrilerin huzur ve emniyetini sağlamak için belediyelerin haiz oldukları selâhiyetler âmme haklarından ve âmme hürriyetlerinden olan çalışma hakkını büsbütün ortadan kaldırmağa kadar varmaz.

Ancak 1580 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesinin 10. bendinde derpiş edildiği üzere bazı nakil vasıtalarının belediyece tâyin edilecek yollardan geçmesini ve bunların bir usul ve tertip

(77) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 270.

(78) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 78.

(79) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 81.

dahilinde kullanılması icap edeceğini tâyin etmek belediyelere verilmiş vazifeler arasındadır.

Dâvacılar tarafından itiraz edilen karar eşekle taş nakliyatını tamamen yasak etmek şeklinde olduğundan 15. maddenin yukarıda sözü edilen bendine aykırıdır. Bu itibarla kararın iptaline» (6. D. K: 47/1681, 26/9/1947).

Mevzuat bazı hallerde idareye muhakkak bir karar ittihaz etmek mecburiyetini yüklemiştir. Buna aykırı hareket de mevzu bakımından aykırılık sebebi olur (80).

4 — Şekil bakımından aykırılık :

Şekil deyince, bir kararın tâbi olduğu usul, merasim ve formaliteleri kastederiz.

Şekil cihetinden aykırılık tasarrufun yokluğuna veya iptaline müncer olur. Fakat tâli derecedeki şekil sakatlıkları bir iptal sebebi olmaz. Tâli sakatlıklar, riayet edildikleri takdirde, dahi tasarrufun başka türlü ittihazına sebep olmayacak şekil şartlarına taallük eder. Bu türlü tasarrufların iptal olunmamasının faydası, idareyi aşırı bir şekil perestlikten korumasıdır (81).

a) Şekil cihetinden yoklukla malûl kararlar :

Kanun veya tüzük, bir *tasarrufun vücut bulması için* bazı şekil ve merasime riyeti şart kılar. Bunlara riayet edilmemesi halinde tasarruf yoklukla malûl olur. Bir kaç misâl verelim :

aa) Anayasamızın 52. maddesine göre tüzüklerin yazılı olması şarttır. Eğer yazılı değilse bu türlü tüzükler yok sayılır.

bb) Keza, yine anayasamızın 52. maddesine göre tüzüklerin Danıştayın tetkikinden geçmesi lâzımdır. Eğer tüzük Danıştayın tetkikinden geçmemiş ise, yoklukla malûldür.

cc) Belediye meclisi kararlarının yazılı ve imzalı olması şarttır. Eğer bunlar yazılı veya imzalı değilse yok hükmündedir.

(80) SARICA, Prof. R.: a. g. e., s. 81.

(81) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 85.

b) *Şekil cihetinden iptali gereken tasarruflar :*

Bunlar tasarrufun vücut bulması için değil de, tekemmül etmesi için öngörülmüş merasim ve formalitelere dir. Bunlara riayetsizlik tasarrufun iptalini mucip olur.

Birkaç Danıştay kararını misâl alalım :

«Mükellefin ticarî vasfının müteahhit olmasına göre bu sıfatla ruhsat tezkeresi alıp almadığının ve şubeye ihbarda bulunup bulunmadığının tetkiki ile hâsıl olacak neticeye göre karara varılması iktiza ederken yazılı olduğu üzere karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olduğundan kararın bozulmasına» (4. D. K: 47/2467 5/12/1947).

«İtiraz olunan kararın ittihazı için 1505 sayılı kanuna göre toplanan hey'ette bu kanuna tevfi kan bulundurulması icap eden müddeiumuminin bulunmadığı anlaşıl makla şekil noktasından bu kararın bozulmasına» (D. D. U. H. K: 39/48, 24/3/1939).

5 — Maksat bakımından hukuka aykırılık :

İdarî tasarrufu ittihaz eden makamın, kanunun istihdaf ettiği maksattan ayrı bir maksat ve gaye gütmesi halinde meydana çıkan sakatlığa «maksat bakımından aykırılık», «selâhiyetin yerinde kullanılmaması», «selâhiyet inhırafı» isimleri verilmektedir. Selâhiyet inhırafı, «idarî tasarrufun gayrimeşru bir maksadın istihsaline matufen ittihazı şeklinde tarif edilebilir» (82).

Bu bütün sakatlıkların içinde tesbiti en güç ve hattâ imkânsız olanıdır. Zira idareci selâhiyetini şahsî veya siyasî bir takım tesirlerle kötüye kullanmış olabilir. Bununla beraber, bazı haricî tezahürler bunun tesbitine imkân verebilir» (83).

Sadece, kanunların muhtelif âmme idarelerine takdir selâhiyeti tanımada gütmüş oldukları gayeye - şahsî veya siyasî bir menfaat neticesi olmasa bile- aykırı hareket selâhiyet inhırafını doğurur (84). Zira, mutlak bir takdir selâhiyetinden bahsolunamaz (85).

(82) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 84.

(83) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 84.

(84) ZANOİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 274.

(85) BALKAR, Kemal Galip : Hususî mülâkat.

Buna dair Danıştayın iki kararını misâl olarak alalım :

«25 liralık bir kadroda 20 liralık bir kadroya nakil ve tahvil edilmiş olan dâvacının evvelki memuriyetinde yükselme süresini doldurmuş olduğu 20 liradan 4598 sayılı kanun gereğince ehliyet ve kadrosuzluk şartı tahakkuk etmiş olduğuna göre tekrar 20 liraya yükseltmek süresi bekletmek 4598 sayılı kanunun istihdaf ettiği gaye ile telif edilemeyeceğinden gerek 20 liraya tenzil ve gerek verilen maaşın geri alınması yolundaki işlemin iptaline» (5. D. K: 47/371, 18/2/1947).

«Amme hizmetlerine tahsis edilmiş nakil vasıtalarının vergiye tâbi tutulması kanununun metin ve ruhuna uymadığından İdarei Umumiyei Vilâyât Kanununun 80. maddesine dayanılarak tesis edilen işlemin bozulmasına» (6. D. K: 46/559, 30/11/1946).

Selâhiyet inhirafına ait klâsik misâl bir Fransız içtihadıdır : Fransa'da idare bazı kibrit fabrikalarının kapanmasını emreden bir tasarrufta bulunmuştur. Bu hak ise idareye halkın sağlığını korumak gayesi ile tanınmıştır. Sonradan anlaşılır ki, idare mevzuubahis tasarrufu sırf kibrit imalinde inhisar kurmak ve bu yüzden kapanacak fabrikalara tazminat vermektan kurtulmak için yapmıştır. Fransız içtihadı bu durumda tasarrufun selâhiyet inhirafı dolayısı ile sakat olduğunu kabul etmiştir.

Tatbikatta rastlanan bir misâl de şudur : İdarenin, inzibatî cezayı müstelzim bir fiil muvacehesinde, bu fiili mahsus derecede ağır telâkki ettiği takdirde müstahdeme, hizmetten çıkarmak cezasını vermeğe hakkı vardır. Ancak idare bu selâhiyetini, lâğvetmek istediği bir memuriyeti bu suretle boş bıraktırmak ve bu lâğv dolayısıyla doğabilecek bir takım mükellefiyetlerden kaçmak için kullanırsa, tasarruf sakattır.

Çok sık görülen diğet bir misal de, tecrübe müddetinin nihayetinde müstahdemin kabiliyetlerinin hizmetin icaplarına uymadığı bahane edilerek işine son verilmesidir. Bu, tasarrufun hakiki mahiyeti, müstahdemin diğet şekilde işine son verilmesinden doğabilecek usulî ve hukukî teminatlardan mahrum kalmasından ibaretse, sakat tasarruf mevzuubahis olur (86).

(86) ZANOBİNİ, Prof. G.: a. g. e., s. 274.

C — İdarî Tasarruflardaki Sakatlıkların Müeyyideleri :

Sakatlığın derece ve müeyyidesini tesbit etmek, muhtelif menfaatlerin çarpıştığı İdare Hukuku sahasında güçlük arzettiğidir. Bu hal kanun vâzını, sakatlıkla müeyyide arasındaki nisbeti, sadece mantıkî bakımdan değil, tasarrufun tesir sahasını ve karşılık menfaatleri de nazarı itibare alarak tâyin etmek mecburiyetinde bırakmıştır (87).

İdare Hukuku sahasında, sakat tasarruflara tatbik edilecek müeyyide sadece sakatlığın ağırlığı ile değil, içtimaî ve ferdî menfaatin ehemmiyetiyle, müeyyidenin tatbiki halinde muhtelif sahalarda husule getireceği tesirle, tasarruftaki sakatlığın husule getirdiği zararlı durumun müeyyidenin tatbikinden çıkabilecek zararla mukayese edilerek tâyin edilmesi zarureti açıkça görülmektedir. Bunun için de, müeyyideyi tatbik edecek hâkime, müeyyideyi seçmek hususunda bir takdir selâhiyeti tanımak icap eder.

İdare Hukukunun hususiyeti, sakatlıkların müeyyidelerinin de kanunlarla tesbit edilerek dondurulmasını güçleştirmiş, zaman ve mekân şartlarının, içtimaî ve ferdî âmillerin nazara alınmasını ve böylece İdare Hukukunda daha yumuşak bir müeyyide nazariyesinin kurulmasını icap ettirmiştir (88).

Görmüş olduğumuz üzere mevzuatımızda iki türlü müeyyide mevcuttur : Yokluk ve butlan. Yokluk ve butlanın neler olduğunu ve hangi hallerde yokluktan hangi hallerde de butlandan bahsedileceğini yukarıda gördük. Burada bu iki mefhumun kısa bir mukayesini yapacağız (89).

1 — Yokluk ve butlan hallerinin mukayesesi :

Müelliflerce ve mahkeme içtihatlarınca kabul edilen farklar şunlardır :

a) Yokluk halinde; fiilî bir vaziyet yani haksız bir fiil veya suç bahis konusudur. Ortada idarî bir tasarruf yoktur. Binnetice idare edilenler için, böyle bir tasarrufa uymak zaruret ve mecburiyeti yoktur.

(87) ONAR, Prof. S. S.: a. g. e., s. 215.

(88) ONAR, Prof. S. S.: a. g. e., s. 216.

(89) ARTUKMAÇ, S.: a. g. e., s. 370-372.

Halbuki butlan halinde, ortada idarî bir tasarruf vardır. Şu kadar ki bu tasarruf, mevzuata aykırılığundan ötürü malûldür. Bu sebeple iptal edilebilir. Ancak bu tasarruf, iptal edilinceye kadar muteber sayılır ve idare edilenler ona uymak mecburiyetindedirler.

b) Bir tasarrufun yokluğu herkes tarafından dermeyan olunabilir. Halbuki butlanla malûl bir tasarruf için iptal davası, ancak bu tasarruftan meşrû, şahsî ve halen mevcut bir menfaati muhtel olan kimseler tarafından açılabilir.

c) Bir tasarrufun yokluğu her zaman ileri sürülebilir. Halbuki butlan iddiası muayyen bir müddet içinde dermeyan edilmelidir.

d) Yokluk iddiası; halin icabına göre adalet veya idare mahkemelerinde incelenir ve karara bağlanır. Halbuki butlan iddiası ancak idare mahkemelerinde dermeyan olunabilir ve iptal davası idare mahkemelerinde incelenerek karara bağlanır.

e) Yokluk hali, bir müracaat vaki olmasa bir iddia dermeyan edilmese dahi mahkemelerce re'sen nazarı itibara alınarak incelenebilir. Halbuki butlan re'sen incelenemez. Muhakkak bir alâkalının müracaatı lâzımdır.

2 — Müeyyidelerin Kanunî İstisnaları :

Kanun vazı bazı tasarrufları sarîh bir kanun hükmü ile mura-kabeden muaf tutmuştur. Önemli olan şu üç istisnayı görelim :

a) Nizamnameler : Nizamnameler bir idarî tasarruf olduklarından, bunlardaki sakatlıkları da idarî kazanın kontrol etmesi normaldir. Fakat Anayasamız bunun aksine sarîh bir hüküm vaz etmiş olduğundan, istisnaî olarak, nizamnameler bu kontrolün dışında kalmaktadırlar.

Anayasamızın 52. maddesinin son fıkrası : «Nizamnamelerin kavane mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli T. B. M. M. dir» diyerek bu istisnayı vazetmiştir.

b) Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesi : Bu kanunun 39. maddesinin B fıkrası da, re'sen emekliye sevk edilenlerin bu tasarruf aleyhine hiçbir kazaî mercie müracaat edemeyeceklerini hükme bağlamıştır.

c) Vekâlet emri : 6435 sayılı kanuna göre de «Umumî, mülhak veya hususî bütçeli idarelerle belediyeler ve bunlara bağlı idare,

müessese ve teşekküllerden maaş alanlar (hakim, subay, astsubay ve askeri memurlar hariç) tâyinlerindeki usule göre mensup oldukları vekâlet, idare, müessese veya teşekkül emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılabilirler.

Uzaklaştırma karar ve muamelelerinden dolayı, bu muameleyi tatbik eden idare ve şahıslar aleyhine hiçbir idarî ve adlî kaza mercisine müracaat olunamaz».

3 — Hükümet Tasarrufları :

Kazaî murakabeye tâbi olmıyan diğer bir nev'i idarî tasarruflar da, hükümet tasarruflarıdır.

Hükümet tasarrufları nazariyesinin müessisi Fransız Devlet Şurasıdır. Bu nazariyenin menşei, «Fransız Devlet Şurasının tamamiyetini koruyabilmek için hükümetlere karşı takip ettiği oyalama ve yatıştırma politikası (90)» dir.

Hükümet tasarruflarının ne olduğu hakkında muhtelif kriterleri sürülmüştür.

Bir kısım müellifler tasarrufların gayelerine bakarak memleket ve milletin yüksek menfaatlerini alâkadar eden tasarrufları kazaî murakabeden hariç tutmağı teklif etmişler ve böyle tasarrufların Hikmet - i Hükümet esasına dayandığını söylemişlerdir.

Bu usul doğru değildir. Çünkü, görüldüğü üzere bu, öteden beri idare edenlerin kanunsuz ve keyfî hareketlerini arkasına gizedikleri «Hikmet - i Hükümet» bahanesini yeniden bir hukuk prensibi halinde ikame etmiye müncer oluyor (91).

İkinci bir kriter «siyasî saik»tir. Buna göre, «siyasî saik»le ittihaz edilen her tasarruf hükümet tasarrufudur. Fakat görüldüğü üzere bu kriteri birinci kriterden ayırmaya imkân yoktur.

Üçüncü kriter ise idare ve hükümet fonksiyonlarını birbirinden ayırmaya dayanmaktadır. Bu kriteri ortaya atan müelliflerin fikirlerine göre hükümet etmek, memleketi muayyen bir gayeye erdirmek için lâzım olan hususları tesbit etmektir. Bu hususların günü gününe tatbiki ise idaredir.

(90) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M.: a. g. e., s. 40.

(91) ÖZKAN, Prof. M. Ş. : a. g. e., s. 79.

Belki zihnen hükûmet ile idare ayrılabilir. Fakat fiilîyatta idarenin yüksek organları ile hükûmetin yüksek organları birbirine karışır. Meselâ, hükûmet kelimesi Bakanlar Kurulu ile ifade edilir. Halbuki Bakanlar Kurulu aynı zamanda idarenin en büyük unsurlarından biridir (92). Görülüyor ki hükûmet ile idareyi birbirinden ayırmaya imkân yoktur. Böyle olunca da, tasarrufları da bu kriter ile hükûmet ve idare tasarrufları diye ayırmak imkânsızlaşır. Amprik metodu tatbik eden müellifler nihayet, «Hükûmet tasarrufu Devlet Şurasının bu ismi verdiği tasarruftur» (93) diyerek, hükûmet ve idare tasarruflarını birbirinden ayırmak selâhiyetini Devlet Şurasına tanımışlardır.

Danıştayımızın kararlarına göre, bugün için memleketimizdeki hükûmet tasarruflarını şöyle sıralayabiliriz (94) :

- a) Mukabele bilmisil,
- b) İskân kanunu dolayısıyla yapılan nakiller,
- c) Yabancıların tâbiyetlerinin tâyini hakkındaki kararlar.

V — NETİCE :

İncelendiği üzere idarî kazanın esasını teşkil eden idarî tasarruflardaki sakatlıklar üzerinde çok durulmuş bir meseledir. Birçok noktalarda doktrinde uyuşma olmadığı gibi, bazı hallerde de doktrin ile içtihad arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Bilhassa münakaşaya sebep olan noktalar, nelerin idarî tasarruf olduğu ve kazaî murakabenin dışında kalacak idarî tasarrufların mevcut olup olmayacağıdır.

Gördüğümüz üzere maddî bakımdan idarî tasarrufların mevcut olup olamayacağı üzerinde anlaşmazlık varsa da, bunun idarî tasarruflardaki sakatlıklar ve dolayısıyla kazaî murakabe ile fazla bir ilişiği yoktur. Uzvî bakımdan tasnifte, idare organlarının yaptığı tasarrufların idarî tasarruf olduğu hakkında doktrin ve içtihad da ittifak vardır. Fakat bilhassa üzerlerinde iki vazife bulunan or-

(92) ÖZKAN, Prof. M. Ş.: a. g. e., s. 79.

(93) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M. den naklen : a. g. e., s. 41.

(94) ÖZYÖRÜK, Doç. Dr. M. den naklen : a. g. e., s. 42.

ganların yapmış olduğu tasarruflarda; hangilerinin idarî tasarruf olduğu ve hattâ böyle organların tasarruflarının idarî olup olamayacağı münakaşalıdır.

Bu durumda organ veya şahısların üzerlerindeki vazifeleri birbirine karıştırmıyarak ayırmak ve ittihaz etmiş oldukları idarî tasarrufları idarî kazanın murakabesine tabi kılmak lâzımdır. Bu sebeple, ilk önce meclis başkanının, meclisteki bir memuru azil tasarrufunu idarî saymıyan Danıştayın daha sonra böyle bir tasarrufun idarî olduğuna dair bahsetmiş olduğumuz kararını hayırlı bir itihad değişmesi olarak kabul ediyoruz.

İdarî tasarrufların kazaî murakabe haricinde kalan istisnaları meselesinde ise; nizamnamelerin hiç olmazsa B. M. M. murakabesine tabi kılınmış olması yüzünden - bu, kazaî kontrolün kazandırdığı teminatı tam olarak temin edemese bile - istisnaî olarak kazaî murakabeden hariç kalması kabul edilebilirse de; diğer iki istisnada böyle bir yola da gidilmeden, itiraz edilemez olduğunun hükmüne bağlanması doğru görülemez. İdarenin suiniyetine karşı, bilhassa ağır bir vaziyet olan vekâlet emri ve emeklilik bahsinde, memura kazaî teminatın tanınması icabeder.

Müellifler hükümet tasarruflarının, dar tutulması taraftarındırlar. Ancak bu meselede önemli olan nokta hükümet tasarruflarının idarî tasarruflardan ayıracak sarih ve kat'i bir kıstasın ne olduğudur. İncelediğimiz üzere en iyi hal çaresi olarak kabul edilen, bu ayırmayı Danıştayın yapması; Danıştayın siyasî ihtiraslardan uzak ve bilgili kimselerden meydana gelmesi ve bu kimselerin memuriyetlerinin teminata bağlanması halinde kabul edilebilir. Aksi halde hükümetin arzusu üzerine çıkacak kararlardan bir fayda umulamaz.

Sakatlıkların sebeplerinin kanunla tek tek sayılmıyarak, umumî hudutlarının dört esas üzerinden çizilmesi ise; kanunun yapılması sırasında öngörülemeyecek halleri de kavraması bakımından lehte sayılacak bir husustur.

Son olarak bir de son zamanlarda doğan bir telâkkiden bahsedelim. Eğer, anayasaya aykırı bir kanun karşısında kalan idare bu kanuna aykırı ve fakat anayasanın ruhuna uygun bir tasarruf ittihaz ederse, bu tasarruf kanuna aykırılık bakımından sakat sayılmalı mıdır?

Kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî murakabesi zama-
nımız demokrasilerinin kabul ettiği bir husustur. Temyiz Mahkeme-
sinin aksi içtihadına rağmen bizde de doktrin bunun mümkün ol-
duğu kanaatindedir. Fakat bu murakabeyi genişleterek, her idarî
organa bu selâhiyeti tanımak, bir anarşiye müncer olur kanaatin-
deyim. Bu sebeple idarenin bu kabil tasarruflarının sakat sayılma-
sı gerekir.