

Dr. Mukbil Özyörük
Ankara Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Doçenti

İDARE HUKUKU DERSLERİ

- * Kamu Hukuku Tekniği
 - Hukuk düzeninde norm'lar sorunu. - Hukuk teorilerinin siyasal amaçları. - Norm-İrade ilişkileri.- Hukukî tasarruf ve normların oluşması.- Tasarrufların türleri.
 - * İdare kavramındaki sorunlar
 - Devlet organları ve ilişkileri. - Fonksiyonel İdare ve öteki fonksiyonların mahiyetleri.
 - * İdare Hukukunun bağımsızlığı ve özellikleri
 - * Teşkilât ilkeleri ve teşkilât
 - * Memur Hukuku
 - Genel sorunlar. - Statü.
 - * Hukuk Devleti
 - Esaslar. - Yargısal denetimin önemi. - İdarî yargıda çeşitli Yüksek Mahkemeler.- Yargı tekniği.
 - * İdarî Yargının gelişmesi
 - Fransada.- Osmanlı İmparatorluğunda idarî yargı yokluğu. - Yapısal durum. - Şimdiki Görev alanı.
 - * İdarî tasarruf ve hukukî rejimi
 - * İdarî davalar
 - "Tesbit" ve "Eda" davaları mahiyeti. - Özellikler ve şartlar.
 - * Yargı usûlü
 - Ayırıcı özellikleri. - Hükümler. - Kanun yollarının özellikleri.
 - * İlâmların infazı
 - Gereği yerine getirmede "girişim" veya "atalet". Gereğe engel olmadan doğacak türlü sorumluluklar.
-

1972-1973 * * * * * Mukbil Özyörük

(Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencileri için çoğaltılmıştır. Bütün hakları saklıdır.)

GİRİŞ

Hukuk'un çeşitli ayrımlarının arasında, en önemlisinin (Kamu hukuku - Özel hukuk) ayrımı olduğu söz götürmez. Bu ayrımın öteki bütün ayrımlardan eskiliği de, önemi hakkındaki kanıtlardan biridir.

Gerçekten ayrım, Roma hukukuna kadar iner. Roma hukuku kurallarının, Doğu Roma imparatoru Justinianus tarafından "Corpus Juris Civilis" başlığı altında ve Milâttan sonra 527-565 yılları arasında tedvin (=kodifiye=codifié) (*) edildiğini bilirsiniz. "Corpus Juris Civilis" dört bölümünden birincisini teşkil eden "Institutiones" kısmının baş tarafında, M.S. 228'de öldüğü bilinen ünlü Roma hukukçusu Ulpianus'un yazılarından alınmış şu sözler bulunmaktadır:

" Bu öğrenimin (=yâni, Hukuk öğreniminin) iki bölümü vardır: Kamu hukuku Roma devletine, Özel hukuk ise fertlerin yararlarına ilişkindir. Çünkü bazı yararlar, kamu yararları niteliğindedir; bazıları da özel yararlar'dır".

Görüyorsunuz ki, Kara Avrupası'nda (=Kontinan=Continent=Büyük Britanya hariç, Avrupa) 19 uncu yılda teşekkül eden "modern devlet" lerden, kavram ve bazı müesseseler itibarıyla çok farklı olan Roma devletinde bile, fertlerle, onların meydana getirdiği devlet (=siyasal toplum) arasında bir "menfaat farkı" ndan önemle söz edilmektedir.

Bu sorunu iyi anlamak lâzım: devlet, onu meydana getiren fertlerin menfaatleriyle çelişen ve çatışan bir kuruluş değildir. Aksine, devlet, fertlerin çeşitli yönlerdeki menfaatlerinin tümsel (=küllî) bir ifadesidir. Bu yönden de devlet, toplum yararını (ve daha hukukî bir deyimle: kamu yararını, kamusal yararı) tesis ve temsil eder; bu yararı sürdürür ve onu gerçekleştirme yollarını arar. Kamu yararının ise -bu deyim daha ilk bakışta anlamlı ve pek münis olmasına rağmen- tanımlanması kolay değildir. Kamu yararı, devleti meydana getiren ve onun vatandaşları olan fertlerin tümünün menfaatlerinin toplamı değildir. Yâni bir yarar'ın "kamu yararı" sayılabilmesi, onun, istisnasız bütün fertlerin teker teker şahsî menfaatlerine uygun olması şartına bağlanmaz. Zira fertlerin birbir yönde, türlü menfaatleri vardır ve nasıl bu menfaatler, fertler arasında, sık sık çatışma hâline girerse, bir veya bir, kısım fertlerin kişisel menfaatlerinin de, toplumun tümsel menfaatleriyle zaman zaman çatışma hâline girdiği olur. Bu durumda, Hukuk, korunacak ve korunmayacak menfaatler bakımından bazı ayrımlar yapar. Ferdin menfaati, genel olarak korunmaya lâyık ve meşrû bir menfaat ise, toplumun menfaatleriyle çatışma hâlinde, ferde bir tâviz

(*) Yazılı olmayan hukuk kurallarının herhangi bir sistemleştirilme derecesinde, herhangi bir şahıs, topluluk veya kurum tarafından yazıya dökülmesi, kodifikasyon (=tedvin) değildir. Bu "sistemleştirilip yazılma", hukuk'un müeyyidesine geçerlilik verecek ve yazılanı uygulayacak yüksek bir otorite (genellikle Devlet) tarafından yapılır. Bu, bir "tedvin" olur. "Tedvin" in lûgat anlamı "divan şekline sokma; kitap hâline getirme" demektir. Hukuk dilinde ise bu kelime, şu belirttiğimiz özel anlamda kullanılır.

verilir; onun, toplum menfaatıyla çatışan belli ve somut (fakat aslında meşrû olan) menfaati yerine, başka bir menfaat tanınır. Tıpkı "kamulaştırma" da (=istimlak) olduğu gibi. Örneğin: bir ferde ait bir taşınmaz mal'ın, onun elinden alınıp kamu'nun bir ihtiyacını gidermeğe tahsis edilmesi gerekmektedir. Fert ise, kendi özel menfaatini, bu mali elden çıkarmamakta görmektedir. Burada ferdin "korunmaya lâyık" ve "meşrû" bir menfaati söz konusudur. Bu durumda, onun, gerekiyorsa zorla elinden alınacak olan taşınmaz mal'ca ifade edilen menfaati yerine, o taşınmaz malın "değer pahası" ikame edilir; ferdin menfaati, taşınmaz mal biçimindeki somut şekilden, para biçimindeki bir başka somut şekle çevrilir.

Fakat ferdin menfaati, toplumun, kamu'nun menfaatıyla tünden çatışıyorsa, bu takdirde esasen "korunmaya lâyık" ve "meşrû" sayılmayacağından, bu menfaat, kamu menfaati karşısında ezilir.

Örneğin, bir "bencillik" içinde, fert, devletin bütün hizmetlerinden yararlandığı, yararlanma hakkını ileri sürdüğü halde, devletin bu hizmetler için harcadığı paraya "vergi" yolundan katılmaktan kaçınabilir. Onun o andaki menfaati, vergi vermemek yolunda tezahür edebilir. Bu tür bir menfaat ise, "korunmaya lâyık" ve "meşrû" bir menfaat sayılmamıştır; o halde, ezilir ve fertten zorla vergi alınır.

Gerçekten devlet dediğimiz kuruluş, fertlere zorla kabul ettirilmiş değildir. Daha, Hukuk hakkında, öğrenimimizin başlangıcında size verilen bilgilerden hatırlayacağınız gibi, insanlar, devleti kendileri isterler, kurarlar, yürütürler. İnsanlar, toplum hâlinde yaşamamaklık edemezler. Toplum yaşantısı ise, düzenlilik gerektirir; fertlerin bazı menfaatleri, toplum yaşamı ve düzeni için hepten kabul edilmiştir; meselâ hiçbir fert, başkalarıyla eşit olmamayı, toplum içinde onlardan ayrıcalıklı bir durumda bulunmayı isteyemez ve onun bu yoldan kendisi için aradığı menfaat "korunmaya lâyık" ve "meşrû" sayılmamıştır.

O halde, fertler, insanlar, bir arada yaşamak zorunluğunda olduklarına göre, bu yaşamın ahenkli (=uyumlu), eşit koşullar altında ve bütün fertlerin teker teker menfaatlerini aynı şekilde gözeterek sürbilmesi için, hareketlerinde, davranışlarında, birbirleriyle ilişkilerinde bazı kısıntılara ve yasaklara razı olmak mecburiyetindedirler. Bunun aksini düşünmek mümkün değildir. Günlük hayattan bir örnek arasak, meselâ şunu gösterebiliriz: beş on çocuk, ellerine bir top geçirerek bununla oynamak isteseler, bunun bir "oyun" yani zevk verici bir iş olabilmesi için bazı kurallar koymağa ve bunlara uymağa, uyulmasını istemeğe mecburiyet duyarlar. Bu, birkaç saatlik geçici bir oyunda bile böyledir de, ezeli ve ebedi insan toplumunun hayatında böyle olmaz mı ?

Demek ki, düzen (=ordre=nizam), insan toplumunun yaşamasını ve sürmesini mümkün kılabilirdiği ve hattâ böyle bir toplumun varlığının ilk şartı olduğu için, bunda, o toplum meydana getiren herkesin asli ve hayati bir yararı vardır. Bu nizam, kamu yararının ta kendisidir. Devlet, bu nizamı korumak ve yeni şartlara uydurarak sürdürmek için meydana getirilmiştir.

O halde, devlet, kamu yararını temsil etmektedir.

Fakat bu temsilcilik, alelâde bir temsilcilik değildir. Devlet, pasif bir kurum değildir; bir "teşebbüs" tür. O halde, kamu yararı için harekete geçecektir; topluma yararlı çeşitli hizmetler ve icabında mallar bile sunacaktır.

Bunu yaparken, herhangi bir ferdin veya bir grup ferdin, korunmaya lâyık sayılmamış, toplumun düzeninde "meşrû" addedilmemiş olan menfaatlerini, yoldan itecektir. Bunu yapabilmek için de, bir otorite (burada "emir üstünlüğü" anlamında) şarttır.

Otorite, devlete, demokratik rejimlerde, toplum tarafından verilir. Bunun verilme, yenilenme zamanları ve usülleri değişik olabilir. Fakat, otoritenin kaynağı toplumdadır.

Otoritenin kaynağının toplumda oluşu, "modern devlet" in birinci niteliğidir.

Tarih boyunca, bunun böyle olmadığını bilirsiniz. Kara Avrupası'nda Modern Devlet adı verilen müessesese, 19 uncu yüzyılda, 1789 Fransız ihtilâlinden sonra meydana çıkmıştır. Otoritenin topluma mal oluşu, gene Avrupa câmiâsında (fakat yukarıda belirttiğim gibi Kara Avrupası dışında sayılan) İngilterede, parlâmentonun kuruluşu ve kuvvetlenişiy-le 19 uncu yüzyıldan çok daha önce vuku bulmuştur.

Fakat bundan önce, otorite kimde idi ?

Ortaçağ'ın sonu İstanbulun Türkler tarafından alınması (1453)veya Amerikanın keşfi (1492) olarak gösterilmekle beraber, devletlerin nitelikleri ve siyasal toplum da denilen devletin yapısı ve işleyişi bakımından, Ortaçağ, şu tarihlerden daha da uzun sürmüştür.

Ortaçağ'ın ayrılcı vasfı, devlet otoritesinin, hükümdarın ülke üzerindeki "mülkiyet" hakkından doğusudur. Bu "feodal devlet" tipidir. Hükümdar, veraset (=miras) yolundan belirir. Taht'ın veraset suretiyle intikali hakkındaki kurallara göre, ölen veya indirilen hükümdarın yerine bir yenisi geçer; ülke onun "özel mülkü" olur; ülkedeki bütün toprak ve mülk sahipleri, ülkenin gerçek mâliki olan hükümdarın "kiracıları" dır. Bu "kiracılığın" bugünkünden farklı oluşu, müessesenin aslî mahiyetini değiştirmez. Hükümdar, hükmetme yetkisini (=otorite' sini) toplumdaki değil, ülke üzerindeki mülkiyet haklarından alır.

O halde, devlet'le hükümdar, aynı şeydir. Devlet, hükümdarın gerçek kişiliğindedir. Fransa kiralıklarından XVI ncı Louis (=Lui) nin "-Devlet, ben'im" (=L'Etat, c'est moi) demesi doğrudur.

Bunun sonucu, devletin iradesi, hükümdarın kişisel iradesidir. Gerçi hükümdar, toplumu ve toplumun yararını korur; fakat kendi çıkarıyla toplumun çıkarı çatıştığı zaman, kendi çıkarını öne alır. Zira, feodal devlet tipinde, toplum dediğimiz "insanlar bütünlüğü", hükümdarın özel mülkü olan ülke'de yaşayan insanlardan ibarettir. Bunlar, hükümdarın tebaa'ları (=uyrukları) dır. Halbuki demokratik rejimlerde tebaa (veya uyruk) denilmez; bu rejimlerde "vatandaş" vardır.

Feodal devlet tipinde, devlet, bugünkü gibi bir "tüzel kişi" de değildir.

Bilirsiniz: Hukukta kişi'lik (veya "hukuk sùje'liği; veya şahsiyet");haklara sahip olmak ve yükümler altına girmek yeteneği'dir.

Kişi'lik, kişiye özgü bir "malvarlığı'nı" (=mâmelek=patrimoine) gerektirir. Mâmeleksiz kişi olmaz.

Feodal rejimde, hükümdar, devletin ta kendisi olduğu için, devletin bugünkü tüzel kişiliğinin yerinde, hükümdarın kendi gerçek kişiliği vardır ve devletin ayrıca mâmeleki (Devletin mâmelekine Hazine denilir) bulunmaz. O halde gelirler hükümdara aittir; onun gelirleridir. Masraflar da hükümdar adına ve onun kesesinden yapılır. Memurlar devletin değil, hükümdarın hizmetkârlarıdır.

Bu devlet tipi gittikçe zayıflayarak nihayet demokratik rejimle tamamen ortadan kalkmıştır. Bu rejimde, devlet başkanının seçimle belirtilmesi (=Cumhuriyetler) veya gene bir Hanedan üyesi olarak miras yolundan devlet başkanlığını alması (=Anayasalı monarşi) Hukuk açısından önemli farklar yaratmaz. Çünkü Devlet, hükümdardan ayrılmış, kişilik (bittabi, tüzel kişilik) kazanmıştır. Hükümdarın mâmelekiyle, devletin mâmeleki ayrı ayrıdır. Hükümdarın veya devlet başkanının iradesi, o mevkîe anayasanın tanıdığı "devlet yetkileri" ni kullanmağa yarar; devletin iradesi ise, yerine göre devlet başkanının izhar edeceği iradeler de dahil, Anayasaların gösterdiği devlet organlarına belirtilir.

Görüyorsunuz ki, modern devlet, kendinden önceki feodal devletten pek çok farklı bir müessesedir. Devletin rejimini, Anayasasını, devlet adına irade izhar edecek organları, vatandaşlar, şu veya bu usûlle, belirlemiştirlerdir. O halde, devlet, haiz bulunduğu otorite'yi, feodal bir hükümdarın miras yoluyla kendi soyundan almasının aksine, o devletin "insan unsuru" nu teşkil eden toplumdaki almaktadır. Buna "Millî hâkimiyet" (=ulusal egemenlik) denilir.

Niçin "millî" hâkimiyet ?

Çünkü modern devletler, siyasî tarihte de gördüğümüz gibi, millet esasî üzerine kurulmuşlardır. Modern devletlerin insan toplumu, genelikle millet'tir.

Millet'in ise, gerek sosyolojide, gerek siyasal bilimde çeşitli tanımlamaları yapılmış, fadenmiştir.

Atatürk ise, kendi ifadesiyle "... her millete uyabilecek bir târif-i fi..." şöyle yapıyor:

" Millet: a) Zengin hâtıra mirasına sahip bulunan; b) Beraber yaşamak hususunda müşterek arzu ve muvafakatte samimî olan; c) Ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden vücuda gelen cemiyet (=toplum)..." dir.

Atatürk, bu târifini şöyle açıklıyor:

"- Bu târif tetkik olunursa, bir milleti teşkil eden insanların rabıtalardaki (=birbirleriyle bağlantılardaki) kıymet, kuvvet ve vicdan hürriyetiyle insanî hisse gösterilen riayet, kendiliğinden anlaşılır.

Filhakika, maziden müşterek zafer ve yeis mirası;

İstikbalde tahakkuk ettirilecek aynı program;

Beraber sevinmiş olmak, beraber aynı ümitleri beslemiş olmak;

Bunlar elbette bugünün medenî zihniyetinde diğer her türlü şartların fevkinde (=üstünde) mânâ ve şümûl (=kapsam) alır..." (*).

* * *

Böylece, bugünkü devletin, tarih sayfalarına gömülmüş devlet tiplerinden büyük farkları olduğu ortaya çıkıyor. O derecede ki, Anayasa hukukçuları, eski siyasal toplumlara da söz gelişi "devlet" demekle beraber, modern devletle bunlar arasındaki bu çok önemli yapı ve işleyiş farklarını belirtmeyi, çoğu kez ihmal etmezler; devlet tâbirini, gelmiş geçmiş bütün "devletler" için aynı anlamda kullanmadıklarını belirtirler.

Bu "Giriş" te, şu sancıları, özellikle ortaya koymak amacını güdüyorum:

- 1) Kamu yararı, devlet hayatının dayanağını meydana getirir.
- 2) Bu yarar, milletler için ve milletler tarafından belirlenmiştir.
- 3) Bu yararlar, ferdî yararlar çatıştığı zaman, kamu yararı daima üstün tutulur.
- 4) Kamu yararı ile, bir yerde çatışan ferdî yarar, esasında o devletçe "korunmaya lâyık" ve "meşrû" sayılıyorsa, gene kamu yararı üstün tutulmakla beraber, ferdî yarar, telâfi edilerek ortadan kaldırılır.
- 5) Esasında "korunmaya lâyık" ve "meşrû" sayılmayan ferdî yararları Devlet ve Hukuk, hiçbir şekilde tanımaz ve telâfi etmezler.
- 6) Kişilerin yararları birbiriyle çatıştığı zaman, Hukuk, bunları "eşit" önemde tutar ve toplum düzeninin korunması için, eşitlik ilkesine uygun çözümler öngörür.
- 7) Kamu yararı ile kişisel yararlar eşit önemde olmadığı için, bunların çatışması hâlinde, Hukuk, kişiler arası anlaşmazlıkların çözümlerinden farklı çözümler öngörmüştür.
- 8) Fertle ferdin ve devletle ferdin ilişkilerinde öngörülen bu farklı düzenlemeler ve çözümler, ortaya, kökene, genel kavramları, genel ilkeleri ve tekniki ile birbirinden tamamen farklı iki hukuk alanı açmıştır. Bunlar Kamu hukuku ve Özel hukuk alanlarıdır.

(Feodal devlette, mülkiyet, devlet otoritesinin -ki hükümda-

(*) Prof. Dr. A. Afetinan: M. Kemal Atatürk'ten yazdıklarım (Ankara, 1969), sf. 12-13.

rın kişisel otoritesiydi- hukukî dayanağı olabiliyordu; bunun sonucu mülkiyeti ve onun verdiği yetkileri düzenleyen kurallar -ki özel hukuk kurallarıdır- devletin yönetimine yetiyordu. Modern devlette, otoritenin dayanağı mülkiyet değil "hâkimiyet" (=egemenlik) tir. Hâkimiyet, kökenindeki tam farklılık nedeniyle, Özel hukukun yanı sıra ve onun karşısında, yepyeni bir hukuk alanı açmıştır: Kamu hukuku... O halde bu iki hukuk alanı arasındaki farklar, hukukuların teorik ve fikrî icatları değildir, modern devletin kuruluşundaki ve sürmesindeki zorunluluklara ve özelliklere dayanmaktadır).

BÖLÜM I

Özellikle Kamu Hukuku
açısından

HUKUK TEKNİĞİ

Hukuk tekniği deyimi üzerinde tam bir uyuşmanın varlığı söylenemez. Zira hukukçular, bu deyimi bazan kendi özel anlayışlarına göre de kullanmakta, kimi zaman sadece hukuk kurallarının uygulanışı anlamını bile vermektedirler. Bu yanılgılar, hukukta "teknik" ile, fizik bilimlerdeki "uygulama" nın karıştırılmasından ileri gelmektedir. Gerçi salt "teknik-téchnique" deyiminin böyle genel bir anlamı vardır; genellikle "uygulama" ya delâlet eder. Fakat Hukukta teknik, hukuk uygulamasını da kapsamakla birlikte, bilimsel açıdan, "hukuk tekniği", tüm olarak Hukukun veya Hukukta belli bir alan, kol, sorunlar veya "sorunlar topluluğu" nun araştırılmasını, bunların sistemleştirilmesini ve çözümlenmelerde uyumluluğu ifade eder. Fransanın ünlü İdare hukuku hocalarından Profesör André de Laubadère (=Löbader okunur) şöyle diyor: "-Bir hukuk kolunda yapılacak her türlü bilimsel açıklama, genellikle Hukuk Tekniği denilen temel kavramlar'ın tanımlanması üzerinde vaziyet almaya gerektirir" (*).

Hukuk'un hâlâ bir bilim niteliğine kavuşmadığını iddia edenler bulunduğu ve bunların yanısıra bazı hukuk yazarlarının hukuk terimlerini -filozofların veya edebiyatçıların yapabilecekleri gibi- kendilerine özgü, özel anlamlarda kullanma eğilimini sürdürdüklerine göre, belli kavramlar, ilkelere, kategorilere, kurumlara ve uygulamalara üzerinde "vaziyet almak" bilhassa kamu hukukunda önemlidir.

"Bilhassa kamu hukukunda önemlidir" diyorum, zira bilimsel olarak, Hukukta bir (Kamu hukuku-Özel hukuk) ayrımı bulunmadığını öne sürenler vardır. Bunların arasında en ünlülerden biri, yaşadığımız yüzyılda yeni bir hukuk teorisini ortaya atan (yeni bir hukuk ekolü kuran) Fransız hukuk bilginlerinden Léon Duguit (=Dügi) dir (1859-1928). Fransa'da Bordeaux (=Bordo) Hukuk fakültesinin uzun yıllar dekanlığını yaptığı için "Bordeaux dekanı" (=Le doyen de Bordeaux) olarak da anılan Duguit, gene ünlü Fransız sosyoloji bilgini Emile Durkheim (=Dürkhaym) (1858-1917) in sosyolojik görüşleri üzerine kurduğu Hukuk teorisinde, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını kesinlikle reddeder ve bu ayrımın sadece bilimsel araştırma, inceleme ve öğretimde kolaylık olmağa yarayabileceğini, yâni bir "program" ve pedagoji değeri taşıdığını söyler.

Fakat Duguit'nin, bizim bu kadar ısrarla benimsediğimiz ayrımı reddedişi, salt hukukî olmaktan çok, politik nedenlere dayanır. Bu tür bir gayrete, tarih boyunca ünlü hukukçuların çoğunda rastlanır.

(* André de Laubadère: *Traité élémentaire de droit administratif*.

4 ème éd. 1967, T.I. sf.15 (Lib.Gén. de Droit et de Jurispr.).

Ancak buradaki "politik neden" deyimini, herhangi bir memleketin iktidarları için girişilen mücadeleler anlamına almamak lâzımdır. Bu politik neden, böyle bir mücadelenin çok ötesinde, aşağıda değineceğimiz gibi, "Hukuk devleti" ni kurma yolunda bir mücadeledir ki, açıkça bu isim altında ve bu hedefe yöneltildiği söylenmeden, hukukî-bilimsel bir kıllakla ortaya sürülmektedir. Fakat gene belirtelim: bununla, Duguit'in bir bilgin olmadığını söylemek istemiyoruz. Sadece kamu hukuku-özel hukuk ayrımını reddedişinin salt bilimsel temele dayanmadığını söylemek istiyoruz. Yoksa Duguit, değindiğimiz gibi, büyük bir hukuk bilgini-dir.

Bizim şahsen inancımız, kamu hukuku-özel hukuk ayrımının gerçek bilimsel varlığında toplanmaktadır. Bu ayrım vardır. Bu ayrım bir gerçektir ve bundan çok önemli sonuçlar çıkmaktadır. Pozitif hukuk plânında, salt bilimsel açıdan ve bilime aykırı bir amaç güdülmeksinin bu ayrım inkâr edilemez ve bundan çıkan fevkalâde önemli hukuk sonuçlarına baş çevirilemez.

Özel hukuk, Romadan beri, yüzyıllarca işlene işlene kavramları, ilkeleri, sorunları -kısaca tekniği- belirlenmiş bir hukuk alanıdır. Modern devletin teessüsündenberi ise, gelişen alan bu değildir; kamu hukukudur. Özellikle yaşadığımız şu kuşak yıllarında, hukuk bilimine bütün katkılar, bütün yenilikler kamu hukuku yolundan gelmektedir.

Bu düşüncelerin ışığı altında, İdare hukukunu, Hukukun tümlüğü içindeki yerine oturtmak ve bu hukukun özelliklerini açıklayarak sorunlarını ve çözümlerini vüzuha kavuşturmak için, Kamu hukukunun tekniğini birinci bölüm olarak ele almak mecburiyetini duyuyoruz. Bunu yapmazsak İdare hukukunun giriş kapısı bulunamayacak ve bu hukuk kolu yeterli kadar aydınlanamayacaktır. Aydınlanamayınca da, onun sorunlarına, onun tekniği dışından çözümler getirilmeğe kalkışılması ihtimali artar.

Bunu önlemek lâzımdır.

§ 1. Hukuk düzeni

Basit ve bilinen şeylerden başlayalım. Fakat böyle dedik diye, bundan sonraki açıklamaları yer yer atlamaya "-Biliyoruz... biliyoruz" diye geçiştirmeğe kalkışmayalım. Mesele bazı şeyleri bilmekte değil, bildiklerini gerçekten kavramakta, uyumlaştırmakta, sistemleştirmektedir. Bilim, sistemli bilgidir. Bilimde "derinliği" onun muğlaklığında, anlaşılmaçlığında aramak gibi ilkel bir düşünce ve kanıya kendimizi kaptırmayalım. Bu nedenle, derslerimizde açtığımız şu "Hukuk düzeni" gibisinden "başlıklar" ı, geçen yıl, başka derslerinizde gördünüz, okudunuz ve öğrendiniz diye sakın atlamaya kalkışmayınız. Aksi halde, ne-ticede bilgilerinizi toparlayamaz ve önünüze çıkacak sorunların çözümlerini bulamazsınız.

Nedir "Hukuk Düzeni" ?

A. Sosyal dayanışmalar (=Solidarités sociales).

"Sosyal dayanışmalar" teorisi, yukarda adı geçen ünlü sosyolog Emile Durkheim (=Dürkhaym) tarafından 1891'de yayınlanan "La Division du travail social" (=Sosyal işbölümü) isimli eserle ortaya atılmıştır.

Durkheim'a göre, insan toplumları sosyal dayanışmalara istinat eder. Bu dayanışmalar iki türdür:

a) Benzerlik dayanışması (=Solidarité par similitudes):

İnsanlar, yaratıkların belli bir türü olarak, bir açıdan bakılınca birbirlerinin aynıdırlar. Hepsinin aynı nitelikte, aynı yoğunlukta, fizik, biyolojik, kültürel, entellektüel, psişik, psikolojik ihtiyaçları vardır. Hiçbiri, "bu ihtiyaçlarının değil hepsini, hattâ bir tanesini bile tek başına, kendi kişisel çabasıyla gideremez. Bunlar,

bütün insanlarda ortak ihtiyaçları olduğuna göre, insanlar, bunları ele ele vererek gidermek mecburiyetini duymuşlardır. Böylece, bir "sosyal dayanışma" meydana gelmiştir.

İnsanların, bu açıdan en büyük ihtiyaçları, birbirleriyle çatışmadan huzur içinde yaşayabilmeleridir. O halde, kişisel varlıkları korumak ve sürdürmek, insanlar arası benzerliğin en yoğun ve kaçınılmaz olduğu haldir. Huzur, sulh, sükün, asayiş, insan toplumunun temel taşıdır.

Bunun aksı, gerçekten düşünülemez. En küçük ünite olarak, dağ başındaki bir köyü ele alınız. Bu köyde yaşayanlar, herşeyden önce, bu ortak mekânda ve hayatta "huzur" buldukları için oradadırlar. Hergün durmadan birbirleriyle mücadele etseler, köy devam edebilir mi ?

Bu huzur içinde, şimdi, birbirlerinin benzeri, aynı veya tıpkısı olmaktan doğan ihtiyaçlarını gidermek için, elele vereceklerdir. Bunu da yapmak zorundadırlar. Aksi halde, huzur ve sükün sayesinde gerçi fizik olarak varlıklarına sahiptirler, fakat gene de tek başlarına yaşayormuş gibi bir duruma düşerler. Köylülerin her birinin, diğerleriyle aynı olan ihtiyaçını, diğerleriyle işbirliği yapmaksızın giderme çabasına girişmesi olacak iş değildir. Onun için, dayanışmak mecburiyetindedirler; işbirliği yapmak mecburiyetindedirler.

Bu dayanışma o derece önemlidir ki, insanlar, bu dayanışmayı bozacak hareketlere karşı en sert tepkileri gösterirler. Meselâ asayişsizlikten dolayı bir köyün barınılamaz hâle doğru gitmesi durumunda, köylü, devletten yardım alamaz veya bu yardım gecikirse, kendi kendine bir "kolluk gücü" meydana getirir; hep birlikte, asayişsizliğe karşı koyarlar ve tepkileri büyük olur.

b) İşbölümü dayanışması (=Solidarité par 'division du travail)

Bu, birbirlerine çok benzeyen, bazı bakımlardan birbirinin hattâ tıpatıp aynı olan insanlar, başka bakımlardan da birbirinden farklıdırlar. Güçleri, becerileri, görüşleri, fizik ve moral ihtiyaçları arasında farklar vardır. Birinin elinden gelen, ötekinin elinden gelmez; birinin becerdiğini, öteki beceremez. O halde, yeteneklerini, becerilerini, olanaklarını karşılıklı olarak birbirlerinin yararına sunmayı da bir ihtiyaç olarak duyarlar. Hattâ böyle fizik ve moral zorunluluklar olmasa bile, aralarında iş bölümü yapmak suretiyle, ihtiyaçlarını kendileri daha iyi karşılayabilirler. Gene bir köyü örnek alınız: tarımsal ekonomide iseler, herhalde, hepsi de aynı cins tarım ürünü için çalışmayacaklardır. Ekip biçmeleri tahıl, baklagiller ves. gibi farklı olacaktır. Kimisi de sırf zenaatta, el sanatında çalışacaktır. Gereği kadar demirci, marangoz, değirmenci ves. olacaktır. Bunlar, birbirlerinin emeklerine ve ürettikleri mallara ve hizmetlere karşılıklı olarak muhtaçtırlar.

Bu hal de, bunların arasında "işbölümü" dayanışmasını doğurur. Mal ve hizmet mübadelesine girişirler. Bu, bir dayanışmadır.

Şimdi, bu dayanışmaları, çağımızda, günümüzde, bütün dünya milletleri için düşünebilirsiniz. Her toplum, her millet, hem kendi içinde, hem dünya çapında, bu iki tür dayanışma içindedir; varlığı bu iki tür dayanışmaya bağlıdır.

B. Düzen zorunluğu

Bu dayanışmaların korunması ve sürdürülmesi, fertlerin uymağa mecbur tutulacakları bazı davranış kurallarının varlığı ve geçerliliğiyle kabilirdir. Bu kuralların din, ahlâk, saygı ve hukuk kuralları olduğunu biliyorsunuzuz. Bu kuralların zorunlularıyla, insanlar bu dayanışmaların gereklerini yerine getirirler; toplum hayatı mümkün olur.

Dinlerin mü'minler arasındaki ilişkilere müteallik kurallarıyla, ahlâk, saygı ve hukuk kurallarına "sosyal düzen" kuralları adı verilir. Sosyal hayat, yâni toplum hayatı, bu kurallara uymakla mümkün olabilecektir.

C. Hukuk kuralları

Sosyal düzen kurallarının her bir türünün de, toplumların hayatlarında ve insanların davranışlarında birer yeri vardır. Fakat bunların en kuvvetli ve geçerli olanları "Hukuk Kuralları" dır.

Zira kişi vardır; din kurallarına önem vermez. Kişi vardır; ahlâk kurallarına kulak asmaz. Kişi vardır; saygı bilmez. Ama toplum hayatında "Hukuk dinlemez kişi" düşünülemez.

Gerçekten hukuk kurallarını da, din, ahlâk ve saygı kurallarından baştan sona apayrı kurallar olarak kabul etmemeli. Hukuk kuralları arasında dinî, ahlâkî kaynaklardan gelenler pek çok olduğu gibi, Hukuk düzeni, saygı kurallarından bir kısmını da benimsemiştir. Ancak bu alanlardan gelen kurallar, Hukuk düzeni içinde, artık sadece Hukuk kuralları olarak bilinirler, böyle kabul edilirler.

Hukuk kurallarının geçerliğini, etkinliğini sağlayan nedir ? MÜEYYEDE... Hukuk kuralları ancak müeyyedeleri itibariyle öteki kurallardan ayrılır.

Hukuk kurallarının müeyyedeleri 1) maddîdir; 2) önceden bellidir; 3) Toplumdaki otorite tarafından ve zorla uygulanır.

Bu otorite, Devlet ortamında, Devlet'tir. Dernekte o derneğin yönetilmesi ve korunmasıyla görevlendirilenlere tanınan zorlama gücüdür ve bu güç de, son tahlilde, gene Devletin zorlama gücünden kuvvet alır.

O halde, Hukuk'u tanımlamak gerekirse, şöyle demelidir:

Hukuk, evvelden belirlenmiş maddî müeyyedeleri Devlet tarafından uygulanmak suretiyle geçerli kılınan sosyal düzen kurallarıdır.

D. Norm kavramı

Sosyal düzenin koruyucuları olarak, yukarda hep "kural" deyimini kullanageldik.

Aceba, hukuk, hep kural'lardan mı oluşur ?

Bu soruya cevap verebilmek için "kural"ın (=règle) ne demeye geldiğini bilmek gerekir.

a) Kural kavramı

Kural (eski deyimle, kaide) bir emir'dir. Emir ise, bunu vermeğe yetkili kılınmış bir kişinin veya kişiler topluluğunun (meselâ bir kurul'un) bir "irade beyanı" dır.

İkinci olarak, emir, "uyulması zorunlu" bir irade beyanı'dır.

Daha fazla gitmeden, bu iki husus üzerinde duralım:

Emir, bir "irade beyanıdır" diyoruz. Gerçekten emir, bizim belli bir biçimde davranmamızı sağlamak için ortaya çıkar. Emir vermeğe yetkili kaynak, bizim nasıl davranmamızı istiyorsa, bunu belirtmelidir ki, bilelim ve ona göre davranalım. Bilmezsek, sorumlu tutulabilir miyiz ?

İrade beyanları, birkaç şekilde olur. İrade söz'le, yazı ile, bir hareket'le ve ender hallerde ve yerine göre susma ile de belirtilebilir.

Bütün mesele, bizim belli bir şekilde davranmamızı isteyen kaynağın, bu isteğini, bize intikal ettirmesi, bildirmesidir.

Bir komutan, küt'asına sözle emir verir. Bir idare âmiri, yazılı bir emir tebliğ eder. Trafik polisi bir hareketle, kolunu kaldırarak bize "durma emri" verir. Bir idarî makamdan vuku bulan isteğimize karşı, bu makam ne ret, ne kabul cevabı vermeksizin üç ay hiç sesini çıkarmaz, yâni susarsa, isteğimizi reddetmiş, bize olumsuz cevap vermiş demektir.

Bütün bu haller, birer "irade beyanı" dır.

Bir de dedik ki, "emir, uyulması zorunlu" bir irade beyanıdır.

Gerçekten, uymamız istenmiyorsa, o zaman, bir emir değil, bir "temenni", bir "dilek" karşısındayız demektir. Temenniler, dilekler, istenilirse uyulan, istenilirse uyulmayan irade beyanlarıdır. Uymazsak birşey olmaz.

Emir ise, "uyulması zorunlu" bir irade beyanı olduğuna göre, uymazsak ne olacak ? Uymaya nasıl zorlanacağız ?

Hukukta, emre uyulmasının sağlanması, emir lehine bir maddî müeyyede'nin öngörülmesiyle mümkün kılınmıştır.

Müeyyede ne demek ?

Bunun arapça bir kelime olduğunu biliyorsunuz. Müeyyede (kimisi müeyyide de der) te'yit kelimesinden gelir; yardım etmek, daha doğrusu "desteklemek", "kuvvetlendirmek" demektir.

(Müeyyede karşılığı olarak "yaptırım" sözü dilimize girmek üzere-dir. Bu kökünden yanlış bir karşılıktır. Zira "yaptırmak" bir başkasını, belli bir fiile, bir harekete, bir işe zorlamak ve o fiilde, harekette, işde bulundurmaktır; yani bir eylem ifade eder. Halbuki, meselâ butlan da bir müeyyededir ve butlanda kimsenin kimseye birşey yaptırıldığı yoktur; kanuna, hukuka aykırı bir durum yaratılmışsa, bu hükümsüz sayılmakta, sonuç doğuramamaktadır; o kadar).

O halde, müeyyede, emir'in hukukî desteğidir; emre uyulmazsa, müeyyede uygulanır ve bu müeyyede, hukukta, devlet eliyle gerçekleştirilecek maddî bir tepki'dir.

Müeyyedelerin cezaî ve hukukî olmak üzere ikiye ayrıldığını bilirsiniz. Cezaî müeyyedeler, genellikle Ceza kanunlarında gösterilenlerdir. Hukukî müeyyedeler de tazminat, butlan, iptal, yokluk, eski hâlin iadesi, fesih, hükümsüzlük'tür.

Müeyyede, ya emirle birlikte belirtilir veya böyle bir emrin müeyyedesini, başka bir kaynakta (emri veren'e bu yetkiyi bahşeden kaynakta) daha önceden belirtilmiştir.

O halde, müeyyede belli'dir. Kişiden kişiye değişmez; buna eşitlik ilkesi engeldir.

Bu müeyyede, Devlet eliyle (herhalde devlet otoritesine dayanılarak) uygulanır ve mutlaka uygulanır.

Müeyyedenin kimi zaman uygulanması, kimi zaman uygulanmaması, uyulması gereken emir "keyfî" bir mahiyete sokar; eşitlik ilkesini bozar. Müeyyede, mevcut olduğu halde hiç uygulanmazsa, o zaman da emir, emir olmaktan çıkar; temenni hâline gelir.

Müeyyedenin devlet tarafından uygulanması şarttır. Kişiler, kendilerinin haklarını, Nüriyetlerini ihlâl edenlere karşı, bu türlü ihlâller için öngörülmüş olan müeyyedeleri bizzat uygulamaya kalkamazlar. Zira "Bizzat ihkak-ı hak yasaktır".

"Bizzat ihkak-ı hak..." demek, kişinin, kendi hakkını kendi gücüyle yerine getirmesi demektir. Mevrû müdafaa dışında, kişi, başkasına karşı zor kullanamaz. Bu devletin yetkisi ve en önemli görevidir. Kaldı ki, hakkı yerine getirmek için, zor kullanmadan önce, elbette ortada bir hakkın bulunup bulunmadığının bilinmesi lâzımdır. "Bizzat ihkak-ı hak" ka müsaade ederseniz, kişinin, kendisinin haklı olup olmadığına gene kendisinin karar vermesi olacağını da tanıyorsunuz demektir. Bu, düzenli bir toplumda olacak iş değildir.

Son olarak iki noktaya daha değinelim:

Her hangi bir emrin, şu yukarki şartlar içinde "kural" sayılabilmesi için:

Emrin "genel" ve "kişilik" dışı olması lâzımdır.

Yâni emir, "kimlikleriyle belli olan kişilere" yöneltilmemiş demlidir. Bir emir, ancak bu şartın varlığı hâlinde "genel" sayılır; "kişilik dışı" sayılır ve ancak genel ve kişilik dışı emirlere "kural" denilir.

Yoksa, sayıları ne kadar çok olursa olsun, eğer emir, "kimlikleriyle belli" kişilere hitap ediyorsa, yani böylelerine yöneltilmişse, böyle bir emire kural denilemez. Aşağıda tekrar ele alacağımız gibi, böylesine "özel norm" denilir.

İkinci olarak: gene, bütün bu yukarki nitelikleri taşıyan bir

emre, kuralı uyuşulması için, o emrin gereği sürekli olmalıdır.

Diğer bir anlatımla, kişiler, emre uyup gereğini yerine getirdikleri zaman artık o emre uyulması imkânı ortadan kalkıyorsa, emrin gereği "sürekli değil" dir.

Bir örnek vereyim: sigara içilmesi önceden yasaklanmamış bir mahlakta toplanan kimselerin hepsi veya bir kısmı sigara içseler ve o sırada bir yetkili gelerek "-Sigaralarınızı söndürünüz" emrini verse, bu emrin "kimlikleri bilinerek" ve hattâ kimlerin sigara içmekte olduğu bilinerek verilmemiş olması dolayısıyla "genelliği" ve "kişilik dışı" niteliği vardır; fakat buna rağmen bu bir kural değildir; çünkü sigaraları söndürmekle emrin gereği yerine getirilmiş, "emrin gereği tükenmiştir". Belki bir süre sonra veya başka bir zaman veya başka bütün zamanlarda orada sigara içilebilir. Ama şimdilik, verilen emir, yerine getirilmekle, ortadan kalkmıştır.

Kurallar ise, gerekleri bir defa yerine getirilmekle ortadan kalkmayan genel ve kişilik dışı emirlerdir. KURALLAR, ÖNGÖRÜKLERİ FİİLİ VE/VEYA HUKUKİ ŞARTLAR VE SEBEPLER NE ZAMAN GERÇEKLEŞSE, BÖYLE HER GERÇEKLEŞMEDE, GEREKLERİNE YENİDEN VE TEKRAR TEKRAR UYULMASTI İCABEDEN EMİRLERDİR.

Şimdi özetleyebiliriz:

- 1) Hukuk kuralı, genel ve kişilik-dışı bir emir'dir.
- 2) Bu emrin, maddî bir müeyyedesı vardır.
- 3) Kurala bir defa uyulmakla, onun gereği sona ermez.

b) Özel norm

Aceba Hukuk düzeni, sadece bu hukuk kurallarından mı oluşur ? Diğer bir ifadeyle: Hukuk düzeni, sadece, şu anlattığımız ve niteliklerini sayıp açıkladığımız "kurallar" dan mı ibarettir ? Bu "kural" niteliğindeki "hukukî emirler" den mi ibarettir ?

Bazı hukukçulara göre, böyledir. Onlar Hukuk düzeninin sadece kurallardan oluştuğunu kabul ederler.

Halbuki, hukukî ilişkilerimizde, biz sadece "kurallar" a mı uyarız ? "Kural" niteliğinde olmayan, fakat uymamız gereken başka türlü "hukukî emirler" yok mudur ?

Hiç şüphesiz vardır. A'nın, B'den 3 ay vâde ile 100 lira borç aldığı düşününüz. A, 3 ay sonra bu 100 lirayı B'ye iade etmeğe mecbur değil midir ?

Bu "mecburiyet" (bu yükümlülük, bu vecibe) doğrudan doğruya, Borçlar hukukundaki "Her borçlu, zamanı gelince borcunu gereği gibi yerine getirmelidir" kuralından mı doğuyor ?

Gerçi, borcu ödemek, son bir tahlilde, Borçlar hukukunun bu kuralına dayanıyor; fakat A, B ile arasında aktettiği bir Karz (=Ödünç) akdine göre borçlu olmasa, Borçlar hukukunun bu genel kuralı kendisine birşey ifade eder mi ? A, B'ye olan borcunu ödeyecekse, evvelâ, aradaki akte göre bunu yapmağa mecburdur. Ödememezse Ödünç aktini ihlâl etmiş olur ve bu ihlâl üzerine, bir ikinci ihlâl ile, Borçlar hukukunun o kuralını ihlâl etmiş olur.

A, borcunu ödemekte gecikse, B, borcun ödenmesi için ısrâr etse, "mütemerrit" duruma girmiş iken A, borcunu getirip B'ye vermek istese ve B "-Almıyorum; bağışladım" dese ne olacak ? B, A'ya borç verdiği parayı, ille de ondan geri almağa mecbur mu ? Bağışlayamaz mı ?

Görüyorsunuz ki, A'nın, Borçlar kanununda başka ifadelerle yazılmış olan bir hukuk kuralını ihlâl etmiş sayılması için, evvelâ, akti (=sözleşme'yi) ihlâl ekmesi gerekiyor.

Demek ki, sözleşmenin emri, Borçlar kanununun emrinden önce geliyor. A, sözleşmenin emrine uyarısa, hiçbir hukukî ihlâlde bulunmayış olacak. Sözleşmenin emrine uymazsa, sözleşmeyi ihlâl etmiş ola-

ve B, ısrar ederse, bu sefer A, Borçlar Kanununu da ihlâl etmiş olacak.

O halde A'nın, hukukî vecibesi, borcu, herşeyden, her hukukî emir'den önce, sözleşmedeki "hukukî emir" den doğmaktadır.

Sözleşmenin bu hukukî emri, bir "kural" değildir.

Yukarda "kural"ın ne demek olduğunu ayrıntılarıyla belirttik.

Sözleşmenin emri;

1) Genel bir emir değildir; kişilik-dışı değildir. Özel bir emirdir; kişisel'dir; A'ya yönelmiş bir emirdir. A ise, kimliği, kişiliği ile yeryüzünde beshelli tek bir insandır.

2) A, sözleşmenin emrine uyarak borcunu ödedi mi, artık o emrin gereği ve binnetice varlığı ortadan kalkar. O halde emir, burada, sürekli de değildir. A, tekrar ve başka, yeni bir sözleşme yapmadıkça, B'ye karşı hiçbir yüküm altına girmez.

İşte bu türlü hukuk emirlerine "özel norm" denilir ve 1881'de doğmuş olup "Saf Hukuk Teorisi" veya "Normativist Teori" (yahut "Viyana Okulu") denilen hukuk teorisiyle yüzyılımızın bence, Duguit'den de büyük olan ve gelmiş geçmiş hukukçular içinde, Hukuka gerçek bilimsel bir nitelik kazandırmak için en büyük eseri ortaya koymuş bulunan Avusturyalı Hans Kelsen'e göre, "Hukuk düzeni" norm'lardan oluşur.

Norm, hukuk emri demektir. Bu emir, yöneldiği kişilere belli bir davranış yükler (bir şeyi yapmak, yapmamak veya vermek gibi).

Norm'lar genel (veya soyut), özel (veya somut) olmak üzere ikiye ayrılır.

Yukarda niteliklerini ve şartlarını incelediğimiz ve "kural" dediğimiz hukuk emirleri genel norm'lardır. Gene yukarda A ve B arasındaki alacak-verecek misalinde gösterdiğimiz nitelikteki bir hukuk emri ise özel norm'dur.

Bir toplumun Hukuk düzeni ise, Kelsen'e göre, genel ve özel tüm normlardan meydana gelir. Ancak, özel normlar, genel normların somutlaştırılması, kişisel'leştirilmesi suretiyle elde edilir. O halde, özel normlar, genel normlardan doğar ve onlara dayanır.

(Tıpkı A-B arasındaki alacak-verecek örneğindeki gibi. Bu bir Ödünç aktidir; bu akit, özel normlar yaratmaktadır; Borçlar kanunundaki genel normlara dayanmakta, onlardan çıkmakta, onların "somutlaştırılmış", "kişiselleştirilmiş" biçimi olmaktadır).

Kelsen'e göre, Hukuk düzeninin kökü, bir "Temel norm" dur. Bu temel norm, Anayasayı doğurur; diğer bütün normlar, kaynaklarını, derece derece somutlaştırarak, Anayasadan ve sonra da birbirlerinden alırlar ve en sonunda tam somut (özel) bir norm hâline inerler.

Kelsen, Anayasayı doğuran "temel norm" üzerine tartışmaz. Bu temel norm'un kaynağını, niteliklerini inceleme konusu yapmaz. Zira Kelsen'e göre, Temel norm, kaynağı, nitelikleri bilim açısından saptanamayacak bir norm'dur; bilim-ötesi'dir. Temel norm ile meşgul olmak boşunadır ve "fizik-ötesi" (=metafizik) bir soruna dalmak olur ki herkes bu dalıştan ayrı bir sonuçla geri döner. Herkesin elde edeceği sonuç, bir başkasının elde edeceği sonuç gibi yanlış veya onun gibi doğrudur. Kimse, kimsenin elde ettiği sonuç için "-Yanlıştır" diyemeyecektir. O halde, bu derece kısır, verimsiz ve bilim dışı bir incelemeye girmenin anlamı, faydası ne ?

Halbuki temel norm'u bir tarafa bırakır ve Anayasayı ele alırsanız, bu elinizde, gözünüzle gördüğünüz "Hukuk kaynağı" dır; var mı, yok mu tartışması ortadan kalkmıştır; şimdi Anayasadan yürüyerek, bir toplumun tüm hukukunun -iki kişi arasındaki sözleşmede gördüğünüz hukuk emrine kadar- nasıl ürediğini, bilimsel bir şekilde, tartışma götürmez bir metotla tesbit edebilirsiniz.

§ 2. Hukuk'un kaynağı

Görürsünüz ki Hans Kelsen, Hukuka adeta geometrik kesinlikte bir anlayış ve anlatış sistemi getirmiştir.

Niçin Temel norm'u tartışmıyor, incelemiyor, bir tarafa bırakıyor ? Niçin, "-Bu metafizik bir sorundur" diyor ?

Kelsen'le birden bire karşılaşınca, onu anlamak güç olabilir. Ama "hukukçu" olarak Kelsen'i bilmelisiniz. Hukuk felsefesinde onun öğretisini ayrıca okuyacaksınız. Ancak ne var ki, Kelsen, "Normativist" teorisini, "sırf fikrî bir takım mülâhazalarla ve tartışma zevklerini tatmin için ortaya atmamıştır; bu teorisinin pratik kuvvetli bir yönü ve gözlemleri vardır. Gün geçtikçe Kelsen daha iyi anlaşılmakta, teorisi pozitif hukuka uygulanmakta ve birçok pozitif hukuk sorunlarının çözümünde olumlu neticeler vermektedir. İlerde yer yer, biz de böyle çözümleri kabul edeceğiz.

Ancak, gerek Kelsen'i anlamanıza, gerek genel hukuk kültürünüzü kuvvetlendirmeye ve şimdiye kadar parça parça öğrendiğiniz bazı bilgileri derleyip toplamanıza ve o bilgilere gerçekten sahip olmanıza imkân verecek bir sorunu burada ortaya atacağım:

Hukuk'un kaynağı nedir ?

Hukukta "kaynak" denince 3 şey akla gelir:

Birincisi, bir hukuk kuralını devletin hangi organının koyduğu. Buna "organik kaynak" denilir. Meselâ kanun'un kaynağı Yasama organı, emsal teşkil eden bir yargı kararıyla ortaya çıkan kuralın kaynağı yargı organı, bir yönetmeliğin kaynağı ise İdare'dir.

İkincisi "formel (=şekli) kaynak" tır. Meselâ bir kanun, Anayasa-ya dayanır; bir sözleşme ise dayanağını kanunda bulur.

Üçüncüsü ve en fazla lâf götüreni "Aslî (=maddî) kaynak" tır.

Şimdiye kadar karşılaştığınız Tabii Hukuk, Tarihçi Mektep, Pozitivizm, İlahî Hukuk, Sosyal Sözleşme (=İçtimai Mukavele=Contrat Social) gibi hukuk teorileri bu kaynağı belirlemeğe çalışmışlardır.

Aceba "Hukuk idesi nereden doğuyor ? Hukuk fikri, ilk ve en büyük hukuk kuralı nereden çıkıyor ?" gibi sorulardan hareket edilir... 7e şüphesiz belli bir fikrî ve felsefî değer taşımakla beraber, bu hareketten eli boş dönülür.

Şu bir kısmını saydığım "Hukuk teorileri" nden herhangi birinin yanlış veya doğru olduğunu ispatlamak mümkün müdür ? Okuyan hukukçu, bu teorilerden birini benimseyebilir, o teoriyi ortaya atanların ve destekleyenlerin izahları kendisi için inandırıcı olabilir; fakat sonuç subjektiftir ve subjektif kalmaya da mahkûmdur. Bununla, Hukuk filozoflarının ve Hukuk felsefesinin, fikri ve düşünceyi geliştirici çok önemli rolünü inkâr etmiyorum. Ama ben, bir İdare hukuku hocası olarak "pozitif" hukukçuyum ve "isbat" isterim. Halbuki, Hukukun aslî (=maddî) kaynağı hakkında ileri sürülmüş ve yüzyıllardır tekrarlanan veya geliştirilen bu saydığım teorilerden hiçbirisiyle, diğer bir teorisinin yanlış olduğunu isbat edemezsiniz. Hepsisi de ancak birbiri kadar doğru veya birbiri kadar yanlışlardır.

Bunun sonucunda, ortaya çeşitli Hukuk târifleri çıkar. Zira her teori, hukuku başka bir temele oturttuğu ve ona göre izah ettiği için, sonuçta, kendine özgü bir târifi ortaya atar. Teoriler arasındaki derin farklar neticesi, bu târifler de gelişme hâlinindedir. Bu durumda iki şey olur: birincisi, Hukukçular, hukukun mahiyeti üzerinde anlaşamadıkları için, Hukukun bir bilim olmadığı öne sürülür. İkincisi de, Hukuk öğrenmeye gelen öğrenci, hukukun târifinin yapılamadığını, birçok târifler mevcut olduğunu, bilginler'in bu hususta anlaşamadıklarını, bu zatlaşmış târiflerin "hem doğru, hem yanlış" olduğunu işittir ve bazan hayal kırıklığına uğrayarak "-Demek ki ben, bilim olmayan bir alana gelmişim; bilim öğrenmeyeceğim" gibi bir düşünceye kapılır. Hele bazı

hukukçuların, güç görünen hukuk meseleleri karşısında "Öyle de olur, böyle de olur" dediğini duymak gerçekten hüsn vericidir. Gerçi hukuk "causal" (=nedensellikli-fizik) bilimlerden değildir ama, sorunlara, hukukî anlaşmazlıklara çözüm bulma görevi bakımından, fizik bilimlerden daha yüklü, daha sorumlu bir voldedir. Fizik bilimler alanında, sorunların kesin cevabı vardır; cevaba, çözümü bulunamaması sorunlar için "faraziyeler=varcayınlar" yürütülür ama "Öyle de olur, böyle de olur" denilmez; barakılır; araştırmalara devam edilir... gerçek pozitif çözüme ulaşıncaya kadar, kesin hiçbirşey söylenmez.

Hukukçu ise, fizik bilim uzmanından daha ağır sorumluluk altındadır. Karşısına bir mesele çıkınca, onu birtek ve kesin biçimde çözmeğe mecburdur. Aksi halde, uyumsuzluk çözümlenmemiş olacağından ve çatışma hâlindeki taraflardan her ikisi de kendisini haklı bulup ona göre davranacağından toplum düzeni sarsılır. Laboratuvarında 10 yıl deney sürdüren bir fizikçi, neticede hiçbir sağlam buluşa gelemese, cihan yıkılmaz. Arkadan gelen kuşaklar, sağlam buluşu ortaya çıkarır. Fakat, Hukukçu, hukukî bir uyumsuzluğa çözüm bulamazsa veya aynı hukukî uyumsuzluğa başka başka çözümler verirse Hukuk sarsılır, Hak fikri, Adalet fikri ve duygusu çöker... sonuçta toplum, bozguna uğrar.

Benim iddiam ve görüşüm, felsefî ve spekülâtif amaçlar veya zevkler için tartışmalar bir yana, Hukuk, her uyumsuzluğa pozitif ve en elverişli çözüme varmak için gereken bulgulara ve tekniğe sahip bir ilim'dir. Bunda tereddüdünüz olmalıdır. Ancak, bu görevi yerine getirmek, diğer bilim alanlarına nisbetle daha zordur. Çünkü Hukukçunun âletleri, ışınları, laboratuvarı, röntgeni, mikroskopu, elektronik beyin'i (=computer'i) yoktur. Herşey onun bilgisinde, hukuk fikrinde, anlayışında ve hukuk görüşüsündedir. Başarılı bir fizikçinin aynı zamanda bir entellektüel (=tam aydın) olması gerekmez; ama başarılı bir hukukçu olabilmek için bir entellektüel de olmak şarttır.

Şimdi tekrar aynı noktaya dönelim ve "aslî kaynak" sorununun esasını ele alalım. Dikkatle izleyiniz:

Niçin bu kadar çok hukuk teorisi ?

Ve meselâ niçin, hiçbir pozitif ve bilimsel yönü olmayan bir Tabii Hukuk teorisi... Bir "Sosyal sözleşme" (=İçtimai mukavele= Contrat social) teorisi... Niçin bir "Tarihçi Mektep"... Niçin Batıdaki bir "İlâhî Hukuk"... Niçin bir "Pozitivizm"... ???

Bu teorileri okurken iyi kavramışsanız, herşeyin bir büyük sorun etrafında döndüğünü görürsünüz. O da şudur:

Devlet, toplumda üstün bir kudret'tir; devlet iradesinin üstünde bir irade, Devletlerarası ilişkilerde asla kabul edilmediği gibi, ülke'de, Devlet iradesine esit ikinci bir iradenin varlığına da tahammül edilemez.

Devlet, bu güçlü varlığıyla, Hukuk kuralları da koymaktadır. İster örf ve âdet şeklinde doğrudan doğruya toplumdan gelsin, ister devletçe konulmuş olsun, hukuk kurallarının müeyyedesini devlet uygular. Bu, onun görevidir ve esasen, değişim gibi, bu uygulamada devleti bir kenara itebilecek herhangi bir başka güç, devlet içinde yoktur.

Şimdi, fertler, devletçe hukuka uymaya zorlanır; fakat aceba devleti, hukuka saygılı olmağa kim zorlayabilecek ?

Burada da feodal devletle, modern devlet arasında ayırım yaparak meseleye yaklaşmak lâzımdır.

Yukarıda, feodal devletin niteliğine kısmen değindim ve Hükümdar ile Devletin, içişe geçtiğini söyledim. O halde, o devirde, mesele, Hükümdarın, Hukuka saygısının nasıl sağlanacağı meselesi idi.

Tarihte "Âdil Sultan" veya "Baba kiral" diye şan bırakan hükümdarlar olmuştur. Fakat, üzerindeki hülâmîni yürüttüğü toplumun ve o toplumu teşkil eden fertlerin en önemli, en meşrû haklarına dahi saygı göstermeyen zâlimler, sanırım ki hayli çoktur.

Bunlara karşı çâre ?

İşte "Tabii Hukuk" teorisi... İnsanların, toplum hayatına katılmazdan önce bazı temel hakları ve özgürlükleri bulunduğu, bunların "kutsal,

denklemi, kendi ayarına göre...
luma girmekle bu hak ve özgürlüklerinden vazgeçmiş sayılmayacakları görüşü...

Bunun amacı, hükümdarın bu nitelikte sayılan haklara ve özgürlüklere saygı göstermesini sağlamaktır. Yoksa, insanların "toplum öncesi" bir yaşamı ve tabiat'tan (=doğa'dan) haklar alabilecekleri, bilimsel bir izaha ve ispata konu olabilir mi ?

"Sosyal sözleşme=İçtimaî mukavele" teorisi ne diyor ?

Hükümdar aslında, bu sıfatla hiçbir hakka, hiçbir yetkiye sahip değildir. İnsanlar toplum hâlinde yaşamaya karar verdikleri zaman, toplumsal hayatın sürebilmesi için bir "düzen" e ihtiyaç bulunduğunu, "sosyal düzen kuralları" olması ve bu kuralların gerektiğinde zorla uygulanması, bu zorlamayı yapabilmek için de toplumda bir "otorite" tesisinin zarurî bulunduğu idrakine varmışlardır; bu otorite, esasında mevcut olmadığı için, toplum kurulurken, insanlar, topluma katılma sırasında tabiatın aralar haiz buldukları hak ve hürriyetlerin bir kısmından (veya bunların tamamını olduğu gibi kullanma yetkilerinin bir kısmından) vazgeçerek bu yetki paylarını, otoriteyi kullansın diye hükümdara devretmişlerdir. İşte, otorite, toplum fertlerinin, kendi tabii hak ve özgürlüklerini kullanma hususundaki tam yetkilerinden ayırıp verdikleri bu yetki paylarından meydana gelmiştir. O halde, otoritenin; fertlerin kendilerinde geriye kalmış olan hak ve özgürlük yetkilerini gereğinden fazla kısıtlamak veya ortadan kaldırmak üzere kullanılabilmesine imkân yoktur.

Bu teori ile hükümdara şu söylenmek istiyor: senin kullandığın otoriteyi, biz, kendi hak ve özgürlüklerimizi kullanmak üzere tabiatın, asli ve kâsul olarak sahip olduğumuz yetkilerden birer parça ayırıp sana vermek suretiyle tesis ettik. Sen bu suretle sana verilen otoriteyi, bizi ezmek için kullanamazsın; çünkü evvelâ, senin otoritenin asıl sahibi biziz; sonra da, biz sana bu otoriteni verirken, bunu, bizi ezmeyen şartı ile verdik. Bu hususta bir sözleşme yaptık ki bu işte "sosyal sözleşme=İçtimaî mukavele" dediğimiz şeydir.

Görüyorsunuz, hukukun ve devlet otoritesinin kaynağı hakkındaki bu "sosyal sözleşme" teorisi, gerçekten, aceba hukuk kurallarının toplumdaki kaynağı nedir endişesinden çok, zamanın müstebit hükümdarlarının Hukuka ve İnsan haklarına saygılı kılabilmek için ortaya atılmıştır. İşte bazı hukuk teorilerinde politik maksat vardır denken arlatmak istediğimiz budur. Yoksa, insanların evvelâ tabiatta tek başlarına yaşadıklarını, daha sonra bir araya gelerek, tabiat hâlinde yaşamının zararlarını görüş' klerini, bu zararları gidermek için çâre aradıklarını, bu çâreyi bir "toplum" kurmakta bulduklarını, ancak bu toplum için gereken düzen'i ve düzeni yürütecek otoriteyi tesis için bir "sözleşme" yaptıklarını ve sözleşmeyi yaptıktan sonra topluma katıldıklarını "bilimsel" açıdan izah mümkün müdür ? İnsan, biyolojik olarak, bütün yaratıkların en "sosyal" olanı, yâni "birarada yaşama" zorunluğunda bulunandır. Bırakınız "sosyal sözleşme"yi, bırakınız "sosyal dayanışmalar" ı, İnsan, doğa kanunlarına göre, herşeyden önce icgüdüsel olarak "sosyal" dir. Arılar, karıncalar ve onların derecesinde olmamakla beraber balinalar, maymunlar, bazı kuş türleri "sosyal" dir de, doğal olarak insan mı sosyal değildir ?

Demek ki, "sosyal sözleşme teorisi" bilimsel bir izah ve hattâ "bilimsel bir izah tegebüsü" bile değildir. Bu teoriyi ortaya atanlar, bunu herkesten iyi bilmektedirler ve amaçlarının bu olmadığı ortadadır. Bunlar Jean-Jacques Rousseau (=Jan-Jak Ruso) (1712-1778), John Locke (=Con Lök)(1632-1704) hem kendi devirlerinin, hem de düşünce tarihinin en itibarlı bilginlerindedir. Daha, eski Grek filozofu Aristo bile (m.ö. 384-322) "İnsân sosyal bir hayvandır" demek suretiyle, insanın toplum dışında yaşar olamayacağını görmüş ve söylemiş, ken, ondan 19 veya 20 yüzyıl sonra, bu ezeli ve ebedi gerçeği, bu tabiat kanununu herhalde "Sosyal sözleşme" teorisyenleri reddedecek değillerdir. O halde amaç ne ? Salt bilim endişesiyle "Hukukun kaynağı" nı mı araştırmak, yoksa "Otorite'yi Hukuka saygılı" mı kılmağa çalışmak?.. Hiç şüphesiz bu ikinci amaç.

Bu ikinci amaç gerçekleşti mi?

Buna "-Hayır" denemez. Bilâkis "Tabîî Hukuk", "Sosyal sözleşme" teorilerinin, insanların bugün Anayasamızda da yer alan ve aynı tarihî deyimlerle isimlendirilmiş olan "Temel hak ve özgürlükleri" nin, bunlara saygı duymayan otoritelere karşı, evvelâ tesisinde, sonra da korunmasında fevkalâde önemli rol oynadı. 1789 Fransız "İnsan ve Vatanadaş Hakları" beyannamesi, ondan önce 1776 Amerika Bağımsızlık beyannamesi, özgürlükleri, tamamen bu teorilerin izah ettikleri şekilde anlayıp açıkladılar; ilân ettiler. İnsanların, hiç kimseden, kendilerinden başka hiçbir kaynaktan almamış oldukları ve kendi nefislerinde buldukları "kutsal", "dokunulmaz", "çığırılmaz", "zaman aşımı ile kaybolmaz", "başkasına devredilemez" haklara ve özgürlüklere sahip bulduklarını bildirdiler.

Temel hak ve özgürlükler'in bu tarzdaki anlayışı 19 uncu yüzyılda modern devletler, meşrutî monarşiler, cumhuriyetler kurulurken onların Anayasalarına geçirildi. Böylece, bugünkü ifadeyle "Hukuk Devleti" ni kurma çabaları çok önemli ölçülerde meyvelerini verdi.

Ama bugün elbet bu kadarı yetmiyor ve sadece Tabîî Hukuk'tan ve ya Sosyal Sözleşmeden bahsetmek suretiyle Hukuk Devleti etkili bir şekilde gerçekleştirilmiyor. Bugünkü anayasalar, "Kuvvetler ayrımı", "Yargı bağımsızlığı", "Anayasa mahkemeleri" gibi pozitif hukuk plânında geçerli tedbirler alıyorlar; felsefe ile yetinmiyorlar.

Tabîî Hukuk ve Sosyal Sözleşme teorilerinin yanında, meselâ, hukukun kaynağını izah için ileri sürülmüş bir de İlâhî Hukuk tecri-si var. Buna göre, hukukun temel kuralları Tanrı'nın iradesinden sâdır olmuştur.

Batıdaki İlâhî Hukuk ile İslâm âlemindeki Şer'î Hukuk anlayışını da birbirine karıştırmamak gerek. Bunun nedeni şu: İncil, gerçi Hristiyanlığın kutsal kitabıdır, fakat Tanrı sözleri değildir ve böyle bir iddia yoktur. Halbuki İslâmiyette "Kur'an-ı Kerim" doğrudan doğruya Allaha ait ve ondan sâdır olan beyanları ihtiva eder. Müslümanlığın en önemli şartlarının başında, bunun böyle olduğunun kabulü gelir.

Şimdi soralım: Batıdaki bu İlâhî Hukuk teorisini ortaya atanların asıl kayguları salt bilimsel miydi? Hayır.

Papalarla imparatorlar, yeryüzüne hâkimiyet konusunda çekişiyorlardı. Hükümdarlar, papaların ancak dinsel otoriteleri olabileceğini, dünyevî otoritenin (diğer bir deyimle Devlet otoritesinin, yâni hukukî otoritenin) kendilerinde bulunduğunu öne sürüyorlardı. Bu görüşü çürütmek için, mutaassıp hristiyan hukukçular, İlâhî Hukuk teorisini öne sürdüler ve bununla, imparatorlara, "-Sen otoriteni dinden alıyorsun; dinde ise, yeryüzünün en büyük otoritesi papa'dadır; o halde papaya tâbî olmalısın" demek istediler; dediler.

Görüyorsunuz ki, bu da salt bilim dışında bir çekişmeden ibaret idi.

Sonra, gelelim özellikle 19 uncu yüzyılda kuvvetle ileri sürülen "Devletçi pozitivism"e... "-Hukuk, Devletin iradesidir; devlet ne deryse hukuk o'dur; bunun dışında Tabîî Hukuk, Sosyal sözleşme filân yoktur" diyor. Niçin? Çünkü o sıralarda henüz Avrupara mutlak monarşiler var; tüm otorite hükümdarlarda. Beri yandan Tabîî Hukuk, Sosyal sözleşme gibi teorilerle Amerikada bağımsızlık izah ediliyor, Fransa'da 1789 devrimi gerçekleştiriliyor ve bütün Avrupada "meşrutî idare" akımları başlıyor. Mutlakiyeti kaybetmek istemeyen hükümdarları, bu liberal siyasî fikir akımlarına karşı kim koruyacak ve karşı fikir ortaya koyacak?

Bir de gene 19 uncu yüzyılda Almanyada Savigny (=Savinyi) nin ileri sürdüğü "Tarihçi mektep" denilen hukuk anlayışı var. "-Hukuk her milletin tarihî gelişimi içinde, halkın ruhundan doğar" diyor. Niçin? Zira Emile Thibaut (=Tibo), o sırada henüz bir Medenî kanuna sahip bulunmayan Almanyanın, 1804 Fransız Kod Sivil (=Code Civil) inin resepsiyon yoluyla alınmasını öneriyor. Ne olur alırsa?

Milliyetçi Alman hukukçularının, Thibaut'un "resepsiyon" teklifi-
fine karşı tepkileri şundan geliyor:

Bir memlekette kodifikasyon, "Hukuk birliği" yaratır; bölge bölge
mevcut olan değişik örf ve âdet kuralları, kanun şekline sokulunca ve
bu kanun tüm ülkede geçerli kılınca, hukuk birliği de gerçekleşir.

Hukuk birliği ise, Millî birliğin temel taşlarından biridir.
Almanya ise henüz millî birliğini gerçekleştirememiştir; 1871
de bu mümkün oldu. O halde, henüz millî birlik yok iken, Fransız me-
denî kanunu alınırsa, Almanyada muhtelif siyasi otoriteler altında
yaşamakta olan fakat hepsi aynı millete mensup bulunan Alman toplumu,
Fransanın kuvvetle etkisi altına girebilir; bu ise ilerde Alman millî
birliğinin gerçekleşmesine ve ortaya, 1871'de olduğu gibi, birleşmiş
bir Alman milleti ve tek bir Alman devleti çıkmasına engel olabilir.

O halde, Thibaut'un, resepsiyon teklifinin reddini sağlamak ge-
rek... Resepsiyon teklifinin reddi, bu gerçek siyasi sebep ileri sür-
ülerek sağlanmak istenirse, gerçi Alman milleti birleşmeye eğilimli
olmakla beraber, hayli bağımsız olan ve bir birleşme hâlinde bu bağım-
sızlıkları pek çok kısıtlanacak bulunan dağıntık siyasi otoriteler,
ortadan kalkacak olan yer yer kırallıklar, resepsiyona karşı derhal
tepki göstereceklerdir; fakat bu tepki "bilimsel" değil, "siyasi" ni-
telikte olacak ve bu sebeple de Thibaut'un önerisi bilimsel bakımdan
çürütülemez, sadece siyasi bakımdan reddedilmiş kalabilecek. Halbuki
bilimsel açıdan çürütme şüphesiz çok daha kuvvetlidir ve bu işi
Savigny üzerine almış, hukukun nereden doğduğu yolunda "Tarihi Mek-
teple" (diğer ismiyle "Halk ruhu"=Volkgeist) teorisini öne sürmüştür.
Ve netekim 1871 de Fransa mağlûp edilince, millî birliğini bu zafer
tacı altında gerçekleştiren ve ortaya büyük bir imparatorluk hâlinde
çıkan galip bir Almanya, mağlûp ettiği Fransanın kanununu art-
ık alamayacağına göre, hemen Alman medenî kanununun hazırlanmasına
başlanmış, bu hazırlık 25 yılda bitirilmiş, 1896'da Alman Medenî ka-
nunu, millî niteliğiyle ortaya konulmuştur.

Görüyorsunuz ki, 19 uncu yüzyılda, Savigny'nin ortaya attığı bir
hukuk teorisini bile, sadece bilimsel bir gözlem ve izah amacı gütmek-
tedir.

Bu uzun bahsi, Hukukun kaynağı hakkında parça parça bilgilerinizi
derleyip toplamak için yazdım. Ortaya çıkan birinci sonuç şu:

İnsanları, hükümdarların, otoritenin haksız ve ezici baskıların-
dan kurtarma amacı var;
Papaları, imparatorlara üstün kılma amacı var;
Liberal siyaset akımlarına ve meşrûtiyet cereyanlarına karşı, mut-
lak monarşiyi koruma gayretleri var;
Millî birliği gerçekleştirme yoluna çıkabilecek engelleri temiz-
lemek gayretleri var...

Fakat tüm bu teoriler ve bunların yandaşları, yüzde yüz böyle
gayretler içinde olmasalar ve salt bilimsel endişeler de taşısalar
bile, bu ortaya koyduğum gayretler âşikârdır. Hukukun kaynakları prob-
lemi ve hukuktaki tüm büyük sorunlar, daima başka bilim verileriyle
ve siyasi tarihin akışı içinde ele alınıp değerlendirilmelidir. Zira
Hukuk, salt "felsefe" değildir; yaşayan bir organizma olan, durmadan
gelişen toplumun muhtaç olduğu düzendir. Yani pratik yönü pek çok
kuvvetlidir.

Yukarda sözünü ettiğimiz Duguit (=Dügi) bile "-Hukuku, hukuk-dışı
izahlardan ve kavramlardan kurtaracağım" derken, kendisi bizzat hukuk
dışı (gerçi meşrû, fakat hukuk-dışı) sâiklerle hareket etmiştir. Dev-
let dediğimiz müessesenin, hukuka saygılı olmasını sağlama yolunda,
"-Mademki devletler egemendir ve bu egemen iradenin başlıca gereği
başka hiçbir iradeye boyun eğmemektir ve böyle kabul edilince de dev-
let, kolayca kendini hukuka riayetten kurtarabilmektedir, o halde
devleti hukuka riayet ettirmenin çaresi, onun egemenliğini inkâr et-
mektedir" düşüncesiyle işe koyulmuş ve bu düşüncesini de 5 ciltlik
eserinin (başlıca ve en önemli eseri) önsözünde açıkça belirtmiştir.

Devletin Hukuka saygılı ve Hukukla bağlı olması, ezeli bir insan-
lık idealidir; Hukuk Devleti, insanlığın ideali olagelmıştır. Bunda
şüphesiz yok. Fakat, bu meşrû ve haklı, insanlara mutluluk verici amaca da,
hukukçular, ancak bilim dışı teorilerle ulaşmağa çalışmışlar, sosyo-
lojik hattâ biyolojik gerçekliklerle çelişen görüşleri sürmüşler-
dir. Hukukun, günümüzden çok daha önce tam bir bilimsel niteliğe ka-
vuşamamasının sebebi budur. Hukuku, hukuk içinde bilimselliğine kavuş-
turan ise Hans Kelsen'dir.

Kelsen, bu nedenlerle, Hukuk'u Anayasadan başlatır ve Anayasanın
nereye dayandığı sorulunca da, bir "Temel norm'a dayanır" der.

"-Temel norm nedir?" sorusuna, bilimsel iddialı cevap vermekten
kaçınır. Zira bir devletin anayasası, pek çok etkenlerin, faktörlerin
hep beraber, bir arada tâyin ettikleri, elle tutulur, gözle görülür
baş kaynaklar. Bu faktörlerin neler olduğu ve bir Anayasanın meydana
çıkmasına nasıl, ne yönden, ne derecede etkilerde buldukları izah
edilmeğe kalkışıldığı zaman, Kelsen'e göre, sağlam ve objektif bilim-
sel dayanaklar mevcut olamayacağı için, bundan ötesinde, herkes bir-
biri kadar doğru söylemekte ve herkes birbiri kadar yanılmaktadır.

O halde, Kelsenien görüşte, Hukukun asıl kaynağı, maddî kaynağı
nedir, Tabiat mı, İnsan mı, Toplum mu, Sosyal Sözleşme mi, salt dev-
let otoritesi mi, Volkgeist' mi?... diye sorunlar yoktur.

Zira insan, Ay'ı komşu kapısı yapabildiği bugünkü günde bile, bu
sorulara cevap verememektedir ve veremez... Yani "Temel Norm" u, kimse
bilememiştir ve bilemez.

* * *

Aceba, Temel Norm bilinmiyor diye, Hukuk, bir bilim olmaktan
çıkar mı ?

"Hayat" ın ne olduğu, bilimsel şekilde ve tartışma götürmez bir
düzeyde tesbit ve teşhis edildi mi ?

Ama; gene de Biyoloji diye bir bilim'in varlığını kimse reddet-
miyor.

"Elektrik" in binbir kullanılışı bilindiği halde, kendisinin ne
olduğu biliniyor mu ?

Ama bir fizik bilimi var; şimdilerde "elektronik" diye de bir
bilim var.

Bazı başka yaratıkların duydukları sesleri duyamayan, gördükleri
ışınları göremeyen, hissettikleri herşeyi hissedemeyen biz insanlar,
Varlığın bütün sırlarını çözmüş olma veya çözebilme iddiasına nasıl
kalkışabiliriz ?

"Bilim" dediğimiz ne ? Nihayet bizim olanaklarımızın sınırı için-
de ve bizim tarafımızdan değil mi?... Bunun ötesinde bir Bilim anla-
yışını ileri sürmek, İnsan'ı aşmak demektir. Hangi sorunları ne kadar
çözebilirsek çözelim, nihayet İnsan'ın çözebildiği kadar çözebileceğiz
ve her halde günün birinde Kâinat, ortasından yarılıp içinde sır ola-
rak ne var, ne yoksa güneşin altına dökülecek değil... Bunu yapabilmek
için "yaratılmas" değil, "Yaratıcı" olmak gerek... Halbuki insanlar
"yaratmadılar"... "Yaratıldılar"... Yaratılan'ın, gelişe gelişe niha-
yet, "kendisini" yaratabilmesine imkân düşünebilir misiniz ?

Buna "mümkündür" diyebilen varsa, evvelâ Uzay'ın sınırlarını gös-
tersin.

§ 3. Norm ve İrade

Norm'un bir hukukî emir olduğunu söylemiştik. Bu emir, aslında
bir irade beyanı olmakla beraber, bazan bunun harekete gelmesi ve
hukuk düzeninde ve filî hayatta değişiklik meydana getirmesi, başka
bir iradenin eklenmesine lüzum gösterir. Normların arasında, belli
filî ve/veya hukukî durumlarda bulunan kimselere doğrudan hitap ederek
onların, başka hiçbir dürtüye ihtiyaç bulunmaksızın, birşey yapma-
larını, birşey yapmalarını (kaçınmalarını) veya birşey vermelerini em-
redenler olduğu gibi, bu türlü davranışları başkalarına emretmek nu-

susunda yetki verenler de vardır. Bu ikinci tür kurallar, o halde, ancak kendilerine yetki verilenlerin, bu yetkileri kullanmaları hâlinde ve kullandıkları biçimde, hukukî sonuçlar doğuracak, hukuk düzenine bu suretle yeni normlar katılacaktır.

Kişilere doğrudan doğruya emir veren kurallara en önde gelen örnekler olarak bir Ceza kanununun kuralları gösterilebilir. Bunlar genellikle "kaçınmaları" emrettikleri gibi, bu arada, meselâ muttali olunan suçların zabıta veya adliye mercilerine ihbarı gibi, "yapma" ları da emretmektedirler. Vergi kanunları da böyledir. Bunlara karşılık meselâ borçların edasına veya mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin hukuk kuralları, araya "yetkili" kılınmış bir kimsenin (birinci halde "alacaklı"nın, ikinci halde "mâlik" in) girmesi ve kanunun genel emrini özel bir emre çevirmesiyle yürür. Tasavvur ederseniz ki, hiç kimse, başka birinden olan alacağını mutlaka istemek ve tahsil etmek mecburiyetinde olmadığı ve dilerse Borçlar kanununun "her borçlunun mutlaka borcunu ödemesi gerektiği" yolundaki kuralını işletmek mecburiyetinde bulunmadığı gibi, gene hiç kimse, mâliki bulunduğu şeyi başkaları tarafından vâki olabilecek bir tecavüzü, bir haksız müdahaleyi, onlardan haksız bir istifadeyi men etmek, men ettirmek mecburiyetinde de değildir. A'nın tarlasını B, haksız yere ekip biçtiği halde, A, buna musamaha edebilir. Ama, musamaha etmediği zaman, hukukun, "herkesin, bir başkasının mülkiyet haklarına saygı göstermesi gerektiği" yolundaki emri, A'nın, bu emre dayanarak B'den bu saygıyı göstermesini istediği takdirde, B'ye yönelmiş ve onun tarafından riayeti gereken bir emir hâline dönüşür.

O halde, hukuk kurallarındaki emirlerden bazıları, bu emirler "harekete getirilmedikçe" adeta "durgun" (=dormant) haldedir.

Bu durgun emirleri kim harekete getirebilir ?

Her hukuk kuralı, ihtiva ettiği hukuk emrini harekete getirecek varlıkları tâyin ve tesbit etmiştir.

Bu tâyin ve tesbit, ortaya bir "hukukî iktidar" (=pouvoir de droit) (dilerseniz "hukukî güç" de diyebilirsiniz) ve bu "hukukî iktidar" kullanacak varlığı koyar.

Bahsettiğimiz bu "hukukî iktidar" a, Özel hukukta "sübjektif hak", kamu hukukunda ise "devlet yetkisi" veya (daha genel bir deyimle ve kısaca) yetki denilir.

✓ "Yetki" kelimesi, burada, Kamu hukukuna has bir "deyim" (=terim) dir. Bir kimseye hukukun tanıdığı bir "yetenek" tir. Ancak bu "hukukî yeteneğin" mahiyeti, Kamu hukukunda, Özel hukuktakine göre tamamen değişiktir. Bir alacaklının, vâdesi gelen alacağını borçlusundan istemesi, bir "sübjektif hak"ın kullanılması olduğu halde, bir kamu görevlisinin, görevini yerine getirmek için bir karar alması, herhangi bir sübjektif hakkın kullanılması olmayıp, bir "devlet yetkisi"nin kullanılmasıdır. Hukuk kuralının tanıdığı yetenek, açığa bir sübjektif hak mıdır, yoksa bir devlet yetkisi midir? Bunu ayırdığımız zaman, Kamu hukuku ile Özel hukukun alanlarını da ayırmış oluruz.

Eskiden, bu ayrımı, Kamu hukukunda "salâhiyet" ve Özel hukukta, gene, "hak" deyimlerini kullanarak yaparlardı, fakat Kamu hukukumuzun bu kadar gelişmemiş olduğu geçmiş yıllarda, böyle bir terim ayrılığı ile belirtmek istenen hukukî özellikler, çoğu kere birbirine karıştırılırdı. Meselâ bir mülk sahibinin mülkü üzerindeki hukukî iktidarına "hak" denilir; fakat bir vali'nin, bir-bakan'ın kullandığı hukukî iktidara "hak" değil, "yetki" (=salâhiyet) denilir. Gene meselâ, yukarıda feodal devlet ile modern devlet konularındaki açıklamalarımızı kıyaslı olarak düşünürseniz, feodal devlette, devlet başkanının bu sıfatla kullandığı hukukî iktidatların birer "hak" olduğunu, modern devlette ise bu hakların "yetkile" re dönüşmüş bulunduğunu anlarsınız ✓.

Şu halde, hukuk kurallarının iktiva ettikleri emirler arasından, yönelmesi gereken kimselere doğrudan doğruya yönelmemiş ve durgun halde bul anların yöneltilmesi, bu hukukî iktidar'ın (yeteneğin) kullanılmasına bağlıdır. Özel hukukta sübjektif hak, kamu hukukunda ise yetki kullanılmak suretiyle, hukuk kuralının emri yönelecektir; maddî ve/veya hukukî koşullara göre, belirli muhataplarını bulacaktır.

Bu "hukukî iktidar"ın kullanılması, bunu kullanacak kişinin bir "irade belirtmesi" ile mümkün olabilir. İrade belirtmediği sürece, biz bir sübjektif hakkın veya bir devlet yetkisinin kullanılmasında olup olmadığını, kullanılmış bulunup bulunmadığını anlayamayız ve bundan ötürü de bir yüküm altına giremeyiz; yerine göre -ki böyle bir kullanış her zaman mutlaka yüküm doğurmayacaktır- biz de bir yetkiye veya sübjektif hakka sahip olmaktan bulunduğumuzu anlayamayız. Meselâ herkes bir bağışta bulunabilir. Kendisine bağışta bulunan kimse, bağışlanan şey üzerinde sübjektif haklara sahip olur. Fakat bundan önce de, elbet, bağışta bulunma hususunda "hukukî iktidar" ı olan kimsenin "bağışta bulunması" yâni bağış iradesini açıklaması lâzımdır.

Gene meselâ bir idare âmiri, diyelim ki bir vali, il içinde yaşayanların belli herhâangi bir şekilde davranmalarını yasaklamak hususunda bir "hukukî iktidar" a (=bir "devlet yetkisi" ne) sahip tir ve kanun ona bu yetkiyi hangi zamanda ve hangi maddî ve/veya hukukî koşullar karşısında kullanabileceğini kendisinin tâyin edebilmesi olanağını tanımıştır; şimdi vali, böyle bir yetki'yi kullandığını açıklamalıdır ki, koyduğu yasak da, bizler için bir yüküm teşkil edebilsin.

O halde İrade'nin, Hukukta çok önemli bir yeri vardır. Ancak geçerli bir şekilde ve belli kimselere tanınmış olan "hukukî iktidarların kullanılmasını gösteren irade'lerle, ister özel, ister genel norm'lar meydana gelir ve hukuk düzeninde bir yenilik (=bir katkı), yahut mevcut bir norm'da bir değişiklik yaratır veya mevcut bir norm'u ortadan kaldırır, Hukuk düzeninden çıkarır.

§ 4. Hukukî tasarruf

İşte, "hukukî tasarruf" denilen şey budur. Dolaysız bir açıdan bakılırsa, hukukî tasarruf "Hukuk düzenine yeni bir norm katan, bu düzendeki mevcut bir normu değiştiren veya ortadan kaldıran bir irade beyanı" olarak tanımlanır.

Fakat bütün şu yukarıki açıklamaların ışığı altında, kabul edersiniz ki, Hukuk düzeninde böyle bir neticenin meydana geldiğini tesbit etmek için, bazı tahliller lâzımdır:

A) Evvelâ, kişiye, "tasarruf" niteliğinde olan (yâni Hukuk düzeninde bir değişikliği mümkün kılabilen nitelikte olan) bir irade izharına imkân veren sahil ve muteber (=sıhhatli ve geçerli) bir normun mevcudiyeti şarttır. Eğer bizatihi norm, sağlıklı ve geçerli bir varlığa sahip olarak mevcut değilse, buna dayanan herhangi bir irade'nin, beyan edildiği zaman, herhangi bir "hukukî sonuç" doğurabileceği elbet düşünülemez.

Meselâ, Anayasaya aykırı bir kanun hükmünün var olduğunu düşününüz. Böyle bir hüküm ortaya konulmaması, konulmuşsa Anayasa mahkemesince iptali gerekir. Fakat devlet hayatının çok karmaşık olan akışı içinde, istenerek veya bilinmeyerek böylesine bir norm doğmuş olabilir. Anayasaya aykırı bir kanunu yapmış olanlara, mutlaka "sui niyet" izafe edilmek yanlıştır. Bazan, kanun yapıcı, çeşitli hukukî münakaşalar karşısında belli bir görüşü seçer; ama bu görüşün, Anayasaya aykırılığı ilerde tecelli ederse, Anayasaya uygun görüşün hangisi olduğu da bu vesileyle belireceğinden, Anayasaya uygun görüşe göre, evvelce yaptığı aykırı kanunu düzeltir. Zaten Anayasa mahkemesinin görevi (=fonksiyonu) da bu değil midir?

Anayasaya aykırı bir kanun normuna dayanarak izhar edilen iradenin de, neticede, o Anayasa tarafından tertiplenmiş ve ortaya

konulmuş olan Hukuk Düzeni'ne aykırı düşeceği ve bundan oturu da o düzeni etkileyemeyeceği, onda herhangi bir değişikliği yaratamayacağı aşikârdır. Anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği dolayısıyla doğabilecek sonuçları şimdilik tartışma dışında tutuyorum.

O halde, birinci şart, hukukî tasarruf için, "dayanılacak norm" un sâhhati'dir.

Bu şartı, şöyle de ifade edebiliriz: Bir hukukî tasarruf, özel hukukta bir sùbjektif hak'kın ve kamu hukukunda da bir devlet yetkisinin kullanılmasına doğabileceğine göre, bu "hukukî iktidar", hak sahibi sayılan veya yetkili kılınmış olan kişiye, "sahih ve muteber" bir surette tanınmalıdır.

Bu dediğimizi, özel hukuktan basit bir misalle de açıklayabiliriz: Borçlar hukukuna göre bätal nitelikteki bir sözleşmeye dayanılarak, taraflardan birinin, öteki taraftan bir ifa veya edâ istemesi mümkün müdür ? Şüphesiz hayır. Zira böyle bir istem, sahih ve muteber bir dayanaktan yoksundur.

B) İkinci şart, sahih ve muteber olan bir norm'un bahsettiği "hukukî iktidar" ı (=pouvoir de droit) kullanacak kişinin tâyinindedir.

Buna, özel hukukta "hakları kullanma ehliyeti" veya "fiil ehliyeti", kamu hukukunda gene "yetkili kılınmış olma" denilir. Yâni:

Norm, sahih ve muteber olarak mevcuttur; sùbjektif hak veya bir devlet yetkisi bahsetmektedir; ama kime ?

Özel hukukta bu kim'liğin tâyini iki aşamadan geçer: birincisi, "hakları kullanma ehliyeti'nin varlığıdır ki, bildiğiniz üzere rüşd, fârik ve mümeyyiz olma ve kısıtlı olmama gibi şartlara bağlanmıştır. İkinci aşama ile, norm'daki sùbjektif hakkı bir başkasına karşı kullanacak olan kişi ile, bu "başkası" arasında bir "hukukî bağlantı'nın var olmuş bulunmasıdır. Meselâ size sorayım: Borçlar kanununda, "borç kaynakları" olarak gösterilenler nelerdir ? "Akit" (yâni sözleşme), "Haksız fiil" ve "Sebepsiz İktisap" (Sebepsiz zenginleşme de derler ki isabetli ve mûnis bir terim değildir bence)...

Demek ki, Borçlar hukuku çerçevesi içinde, bir kimsenin, bir başkasından bir ifa veya eda isteyebilmesi için, onunla arasında, ya haksız fiilden, ya sebepsiz iktisaptan veya akit'ten doğmuş bir hukukî bağlantı'nın (=hukukî ittisal=rapport juridique) kurulmuş olması lâzım.

Ama genel olarak, bütün özel hukuktaki hukukî bağlantılar bunlardan doğmakla kalmaz. Doğrudan doğruya kanun'dan doğan bağlantılar da vardır. Meselâ, nafaka borcu...

Fakat genel hukuk tekniğinde, bu hukukî ittisalın kaynağı üç tür - lü olmak üzere gösterilir:

Hukukî olaylar, hukukî fiiller ve hukukî tasarruflar...

Hukukî olaylar, "insan elinden çıkmayan, fakat hukukî sonuç doğuran" (yâni hukukî bir bağlantı kuran) olaylar (=hâdiseler) olarak bir tanıma bağlanır. Örneğin bir doğum, hukukî olay sayılır. "Ama, doğuran insandır ya" diyeceksiniz. Elbette. Fakat karşılıklı cinsler arasındaki her birleşmenin doğumla sonuçlandığı da elbet söylenemez. Bunun için "doğum" bir insan fiili sayılmamıştır. Sayılsa bile, başka "hukukî olay" lar da vardır. Meselâ ölüm... meselâ depresyon... Meselâ bazı tür yangınlar... Bunlar, kişiler arasında bir hukukî bağlantı meydana getirir; birini alacaklı, ötekini borçlu kılar.

Hukukî fiiller ise, sonucunu arzu etsin etmesin, insan elinden çıkan ve böyle bir sonuçla dolaysız bağlantılı olan fiiller olarak kabul edilmiştir. Haksız fiil gibi... Bir başkasına, hiçbir hukukî ve meşrû sebebe dayanmayarak zarar veren kimse "borçlu" duruma düşer ve onun "borçlu" duruma düşmesi de, tabiatıyla bir başkasına (kendine zarar verileni) "alacaklı" duruma sokmuştur ve alacaklının eda veya ifa isteklerinin muhatabı kılmıştır.

Hukukî tasarruflar ise, şimdi incelemekte olduğumuz konudur.

Demek ki, sadece ortada, sahih ve muteber bir norm'un bulunması yetmez; başka unsurların da katılmasıyla, bu norm'un ihtiva ettiği

"hukukî aktüel" a sahip olabilmeliyiz. Bir takım hukukî ve/veya fiilî faktörler bir araya gelince, kişi bu imkânı kazanır. A, B'nin oğlu değilse, B öldüğü zaman "evlât" sıfatıyla mirasçılık iddia edebilir mi ? A'nın B lehine bir vasiyeti yoksa, terekeden herhangi bir pay isteyebilir mi ?

Demek ki, özel hukukta "sübjektif hak"ın, kamu hukukunda "yetki"nin, kime ait olduğunun tesbiti, kimin "hak sahibi", kimin "yetki" sahibi olduğunun bilinmesi ve kişinin böyle bir durumda olması ikinci ve pek önemli bir şarttır.

Gelelim ikinci aşama'ya: Sübjektif hakkı veya devlet yetkisini veren norm, sahih ve muteber olarak mevcut; hak veya yetki sahibinin de bu sıfatı tartışmasız olarak belli... Ama, bu kadarı, onun ortaya koyacağı, belirteceği bir iradenin, bir hukukî tasarruf sayılmasına yeter mi ?

Bu ikinci aşamada da esasa ve şekle ilişkin gerekler görmüyor muyuz ?

A, alacağını bir başkasına "temlik" ediyorsa, bunu yazılı olarak yapması gerekir (B.K.mad.163). Sözle alacak temlik edilmiş olmaz.

Hakkını veya yetkisini kullanan kişinin, iradesinin de her türlü "fesat" tan âri olması, yani her türlü bozukluktan uzak ve arınmış bulunması lâzım değil mi ?

Bir kimse hatâya düşerek, veya tehdit altında veya yanıltılarak (hile ile) hakkını veya yetkisini kullanma hususundaki iradesini, şekillere tamamen uygun biçimde yapsa bile, bu muteber midir ? Buna Borçlar hukukunda "nisbî butlan sebebi" olarak bakmazlar mı ?

Kamu hukukunda da, bir devlet yetkilisi tehdit ve zorlama (=ikrah) altında bir karar verse veya hileye düşürülerek kendisine bir iş yaptırılrsa, elinden bir karar alınsa, bunun mutlaka bir hukukî değeri olacak mıdır ?

Özel hukukta, böyle duruma sokularak irade beyan edene, bir imkân tanımaşlar; dilerse bir yıl içinde (B.K.mad.31) iradesinin bozulduğuna kendisi öne sürerek, böyle bir iradenin hukuk düzeninde yaratığı değişikliği ortadan kaldıracabiliyor. Kamu hukukunda, üstelik kamu görevlisinin kullandığı "yetki" kendisine de ait bulunmadığına ve ancak "kamu yararı" için kullanılabilmesine göre, bu hususta daha sert kuralların varlığı kabul edilmeden olabilir mi ?

Özetle, sahih ve muteber bir hukukî tasarrufun var olabilmesi için, böyle bir tasarrufta bulunabilmek için kullanılacak sübjektif hakkı veya devlet yetkisini veren normun sahih ve muteber surette var olması; bu hakkı veya yetkiyi kullanan kişinin, hem hak veya yetki kullanmaya ehil bulunması, hem de bu belli hak veya yetki için "iktidar" sahibi kılınmış olması, sonra da hukukun öngördüğü başka esas şartlara ve bu iktidarın kullanılmasında öngörülmüş şekillere uygun surette ve her türlü bozukluktan uzak bir iradeyi açığa koyması (=ızhar etmesi, beyan etmesi) gerekir. Ancak bu suretledir ki, yeni bir norm doğar ve hukuk düzenine katılır veya daha önce katılmış bir normu değiştirir yahut ortadan kaldırır.

§ 5. Norm'ların oluşması

Şüphesiz Hukuk düzeninde mevcut olan ve sayısını kimsenin bilmesine imkân bulunmayan bütün normlar, aynı hukukî geçerlik derecesinde değildir.

Bu, normların birbiriyle çatışması hâlinde, yani birbirine zıt hukuk emirlerinin veya gereklerinin ortaya çıkması hâlinde, bu çatışmayı gidermek için aranan çözümün, zorunlu ve kaçınılmaz bir sonucudur. Hukuk düzenindeki bütün normları eş değerde sayabilir misiniz ? Sayarsanız, birbirinin zıddı olan emirlerle, gereklerle karşılaşırınız... Kişi ne yapacağını şaşırır. O halde, normları bir sıraya koymak, "geçerlik" derecelerine göre basamaklandırmak, bunların arasında bir basamaklanma (=iyerarşi-hiërarchie=eski tâ-

birle "silsile-i meratip" yani mertebeler (basamaklar) silsilesi (sirası) tesbit etmek şarttır. Aksi halde, normlar çatışır; yani hukuk emirleri, hukuk gerekleri çatışır; neyi yapmak, neyi yapmamak gerektiği bilinemez; böylece insanlar da belli bir düzen'e giremezler; toplum hayatı cehenneme döner; uyumluluk, sükûn, huzur kaybolur. Halbuki Hukuk düzeni'nin fonksiyonu, böyle bir kargaşalığı değil, bir ahengi, bir uyumluluğu sağlamaktır.

Hukukta, hiçbir norm'un bir başka norm'la çatışmasına ve her iki normun da, böyle bir çatışma hâli içinde, karşılıklı geçerli olmalarına müsaade edilemez. Çatışan normlar doğabilir. Gerçi bunların doğmasını önlemek için Hukuk, önceden tedbirler almıştır; fakat buna rağmen, gene de doğabilir. Böyle olursa, Hukuka da, derhal bu normlardan birini ortadan kaldırmak veya yok saymak düşer.

Çatışan iki norm'dan birini ortadan kaldırmak veya yok saymak için, kabul edersiniz ki, bunlardan hangisinin ötekisinden önce geleceğini, diğer bir deyimle, hangisinin üstün tutulacağını evvelden tâyin etmek lâzımdır. Böylece, bir ölçü tesis edilmiş olur. Denir ki, a normu, ancak A'ya uygunluk içinde doğabilir veya mevcut olabilir.

O halde, normlar arasında bir "basamaklanma" yapılması zorunludur. Normlar, bu basamaklanma'ya göre doğacaklardır.

Burada, Hukukun en önemli bir bahsine gelmiş bulunuyoruz.

Bu basamaklanmayı kim tesbit eder ? ve bu, normların hangi niteliklerine veya özelliklerine bakılarak yapılan bir basamaklanma'dır ?

Yukarda, çeşitli hukuk teorilerini, hukukun kaynağı hakkındaki görüşleri, özleri itibariyle çok kısaca olarak ve kuş bakışı gözden geçirmiştik.

Hukukun kaynağını aramak, şimdi bulunduğumuz aç'dan bakılınca, bütün hukuk normlarının, kendi içlerinde sıralanmakla beraber, tüm-sel olarak (yani topyekûn bir halde) uymaları gereken asıl norm'u (Kelsen'in deyişiyle "temel norm"u) bulmak çabasıdır.

O halde; derhal, gene aynı soruna dönmüş bulunuyoruz: temel norm nedir ? Hangisidir ?

"Sosyal sözleşme" (=Contrat social) midir ? "Tabii haklar ve özgürlükler" midir ? Tanrısal iradeler midir ? Devletteki en yüksek güç'ün iradesi midir ? Tarihçi Mektebin iddiası gibi "toplumsal ruh" veya "Halk ruhu (=Volkgeist)" mudur ?

Yoksa, Kelsen'in söylediği gibi, pozitif bir şekilde ispatlanması mümkün olmayan herhangi birşey olmayıp, pozitif olarak elde bulunan Anayasa midir ?

Yâni, işe nereden başlamalı ? Varlığını pozitif şekilde ispatlayamadığımız "şey"lerden mi, yoksa herkesin elle tuttuğu, gözle gördüğü bir "şey"den mi ? Kelsen'in kabul ettiği gibi "Anayasa" dan mı ?

Hiç kuşkusuz, Anayasadan...

İdare hukuku, bir "pozitif hukuk" dalıdır. Bu hukuk, belli somut hukukî anlaşmazlıklara, belli somut hukukî çözümler vermekle, devlet hayatının en büyük bir bölümünü "düzenlemek" le görevlidir. O halde, bizim hareket noktamızın da "pozitif" olması şarttır.

Bunun üzerine de, şöyle dememiz gerekir:

Bir devlette, hiçbir hukuk normu, Anayasaya aykırı olamaz.

Ve ilâve ederiz:

Bir Devletin hukuk düzeninin kaynağı ve temelleri, o devletin anayasasındadır. Bu düzende her çeşit normun sırasını Anayasa tesbit eder.

Ancak burada, kısaca bir ön-sorun'a da değinmeliyiz: Anayasanın kendi içindeki normlar ?... Onların hepsi de eş değerde midir ? Bunların arasında bir sıralanma yok mudur ?

Ve bir de şu : Anayasalar, Anayasada yazmadıkları normlar kabul

etmemişler midir ? Kabul edemezler mi ? Ederlerse, bunların yerleri neresidir ?

Diğer bir deyişle, Anayasa'nın da üstünde bazı "pozitif hukuk" normları var mıdır ? Varsa, bunların varlığını nereden bileceğiz ve bunlar hangileridir ?

Evvelâ bu ikinci sorundan başlayalım:

Normların kaynağının Anayasa olduğunu söylemiştik. Fakat Anayasalar, gene kendi metinlerinde, kendilerinin de dayanmakta oldukları bazı daha üstün normların bulunduğunu beyan edebilmektedirler. O halde, daha üstün bir kaynağın -fakat pozitif olarak- varlığı Anayasada kabul ediliyor, demektir.

Bizim Anayasamız da, kendisinin dayanak olarak aldığı bazı pozitif kaynaklardan bahsetmektedir. Bu kaynaklar arasında herhangi bir sıralama yapmaksızın, bunlardan misaller verelim:

Anayasamızın 2 nci maddesinde ne yazıyor ?

"Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devletidir".

Demek ki, devletimizin bir "hukuk devleti" olması, bu hukuk devletinin (*) millîliği, demokratikliği, lâikliği ve sosyalliği, "İnsan haklarına" ve Anayasamızın "Başlangıç" kısmında belirtilen "Temel ilkelere" dayanmaktadır.

"İnsan hakları" nedir ve hangileridir ?

Buradaki "İnsan hakları", herhangi bir filozofun veya siyasal bilimcinin belirttiği ve sıraladığı İnsan hakları değildir. Buradaki İnsan hakları, pozitif hukuk belgelerine geçmiş ve devletimizce, pozitif hukuk kuralı olarak benimsemiştir. Bunların birincisi ve en önemli olanı 10 Aralık 1948'de, bizim de üyesi olduğumuz ve altına devletçe imzamız koyduğumuz "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" dir.

Diğeri, 4 Kasım 1950'de Roma'da kabul edilen ve bizim de arkadan 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanunla kabul ve tasdik ederek iç hukukumuza aktardığımız "İnsan haklarına ve ana hürriyetlerini koruma Avrupa sözleşmesi" dir. Burada da insan hakları yazılıdır.

Bu her iki metin, pozitif hukukumuzun yazılı kaynakları arasında yer alır ve İnsan haklarını sayar. Bu hakların neler olduğu hususunda, hiç şüphesiz tarih boyunca, özellikle Tabii Hukuk teorisi tarafından ileri sürülmüş iddialardan geniş ölçüde yararlanılmış, bu görüşlerin hemen hepsine yer verilmiştir. Ancak şuna dikkat etmeli: Tabii hukuk nazariyecileri, bu görüşleri kendi fikirleri olarak öne sürmüşlerdir. Biz ve gerek Birleşmiş Milletler teşkilâtının, gerek Avrupa Konseyinin diğer üyeleri olan devletler, bu İnsan haklarını, Tabii hukuk nazariyecileri böyle dedi diye almıyoruz. Bunları, aradan geçen bunca yüzyıl ve birçok özgürlük denemelerinden sonra, "-Bu haklar tanınırsa insanlar özgür sayılabilir; insan haysiyetine saygılı olunur" diye alıyoruz ve bunları şu yukarıki beyannamelere, sözleşmelere devlet olarak katılmak suretiyle "pozitif" hukukumuzun kaynakları olarak tesbit ediyoruz. Hattâ bununla da kalmayarak, bunları devletimizin dayanakları diye ilân ediyoruz. O halde, bunlar, Anayasamıza kaynak oluyorlar.

Anayasamızın 2 inci maddesinde zikredilen diğer anayasa kaynağı da, "Başlangıç" da belirtilen "Temel ilkeler" oluyor.

Bunların hangileri olduğunu anlamak için, Anayasamızın "Başlangıç" metnini okumalıyız.

Burada bizim tesbit edebildiğimiz "temel ilkeler" şunlardır:

(*) Devlet kelimesini, bir cümlede içinde "D" ile ve büyük harfle yazanlar olduğu gibi Anayasamızda da böyle bir yazımın örnekleri görülmektedir. Bizde, satırbaşı olmayan yerde devlet'i, büyük harfle yazmağa sebep yoktur; çünkü devlet kelimesi, bugünkü dilimizde, herhangi başka bir anlama gelmez. Fransızcada ise (état) hâl, Etat devlet demek olduğundan, böyle bir yazım zorunlu görülmüştür.

1. Türk milliyetçiliği.

Anayasanın Başlangıç kısmı, bu anayasanın ortaya konulmasında, 27 Mayıs 1960 devrimini yapan Türk Milletinin "... Türk milliyetçiliğinden hız ve ilham..." aldığını açıkça söylemektedir.

Bunun ardından şu temel ilkeler gelmektedir:

2. Yurtta sulh, cihanda sulh ilkesi;
3. Millî mücadele ruhu;
4. Millet egemenliği;
5. Atatürk devrimleri;
6. Millî dayanışma;
7. Sosyal adalet;
8. Demokratik hukuk devleti.

Burada Atatürk devrimlerini 5 inci sırada zikredişim, "Başlangıç" metnindeki ifade sırası sebebiyledir. Orada da, bu, Atatürk devrimlerine 5 inci derecede önem vermekten değil, ifade tarzından dolayı böyle gelmiştir.

Bu temel ilkelere Sosyal adalet ve demokratik hukuk devleti hakkındakiler, Anayasanın bunlarla ilgili hükümlerinde târif edilmeseler bile, bütün unsurlarıyla ortaya konulmuşlardır. Anlaşılmalrı kolaydır.

"Millî dayanışma" özellikle 11 inci maddede ifadesini bulmuştur. Millet egemenliği ise 4 üncü maddede belirlenmiştir.

Geriyeye "Türk milliyetçiliği", "Millî Mücadele Ruhu", "Yurtta sulh, Cihanda sulh" ilkeleri ve "Atatürk Devrimleri" kalıyor.

Bunlar nelerdir ? ve nerede yazıldılar ?

Bu dört ilkenin ilk üçü, dördüncüsünün içinde yatar. O halde, Atatürkçülük iyi kavranırsa, Türk Milliyetçiliğinin ne olduğu, Millî Mücadele Ruhu'nun ne anlama geldiği, Yurtta sulh ve Cihanda sulh'un neyi kastedtiği Atatürk'ün fikir, devlet yapısı, toplum yaşantımızda gerçekleştirdiği devrimlerle ortaya çıkar.

Atatürkçülüğü tam anlamında ve gereği gibi kavramanın başlıca yolu ise, doğrudan doğruya Atatürk'e başvurmak ve onun ağzından çıkanları, onun kaleminden yazılanları dikkatle okuyarak öğrenmektir. Bu hususta "Büyük Nutuk" ve resmî yayınlar arasında yer alan "Söylev ve Demeçler" le, kendisinin en yakınlarına dikte ettiği veya gerçekliğinden şüphe olunmasana imkân bulunmayacak surette kendisinden naklolunan fikirler başlıca kaynakları teşkil eder.

Büyük Atatürk'ün, yukarıda 4 üncü sayfada naklettiğim "Millet" tanımlaması, atıfta bulunduğum kitapta, onun kendi elyazısıyla mevcuttur. Bu türlü kaynakları her gencimiz araştırmalı, görmeli, okumalı fikirlerini büyük açıklıkla anlatmış olan Atatürk'ün kendisinden Atatürkçülüğün ne olduğunu öğrenmelidir. Zira, birer hukuk öğrencisi olarak da görüyorsunuz ki, Atatürkçülük, Türk milleti için sadece bir bağımsızlık, millî haysiyet, millî dayanışma ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma yolu olmakla kalmıyor; aynı zamanda, Türk hukukunun en üst normlarını ifade ediyor ve pozitif hukukumuz bakımından kaynak değeri taşıyor.

Anayasanızın tahlilinden çıkan sonuç budur.

Diğer problemimiz, Anayasanın kendi metninde yazılı normlar arasında bir basamaklanma'dan bahsetmenin mümkün olup olamayacağı idi.

Hiç şüphesiz, Anayasanızın kendi içinde de, bazı normlar, diğerlerinden üstün değer ve geçerlidir. Zira Anayasalarda, usulî hükümler de vardır.

Örnek verelim: 155 inci maddeye göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az birinin teklifi ve Meclislerin (Millî Meclisi ile Cumhuriyet Senatosu) ayrı ayrı üye tam sayılarının üçte ikisinin kabulü ile Anayasanın değiştirilmesi mümkündür.

Ancak, "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" (mad.9).

O halde, Anayasanın kendi içinde, en azından bir norm vardır ki, bunu değiştirmeye -bu Anayasa yürürlükte iken- kimse muktedir değildir. Hatta, yepyeni bir Anayasa -meselâ şimdiki 1961 Anayasası gibi- yapılırsa bile, devletin şeklinin Cumhuriyetten başka bir şekil olabi-

leceği o yeni Anayasada da kabul edilemez. .Punu yapabilecek güç yoktur.

Demek ki, Anayasamızın bu 9 uncu maddesindeki norm, diğer herhangi bir norm gibi değildir; onlardan üst bir geçerlik derecesindedir.

Hakkında böyle "değiştirilmezlik" hükmü bulunmamakla beraber, değiştirilmesinin niçin mümkün olmadığı izaha muhtaç bulunmayan başka Anayasa hükümleri de vardır. Meselâ, 2 nci maddedeki "Türkiye devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür" normu... Resmî dil'in Türkçe olduğu hakkındaki norm. Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait bulunduğu hakkındaki norm. Hiç kimsenin, kaynağını Anayasadan almayan bir "devlet yetkisi" kullanamayacağı hakkındaki norm...

Görülüyor ki, normlar arasında bir "değişebilirlik-değişemezlik" ayrımı, aynı zamanda bir kuvvet ve geçerlik ayrımıdır.

Böylece, hukuk düzenindeki normlar, en yukarı basamakta, bu düzenin en genel, en tümsel esaslarını teşkil etmekte, hareket noktalarını, aslı kaynaklarını vücutte getirmekte ve diğer normlar, derece derece, bunların uygulanmaları, açıklanmaları, her derecede biraz daha "az genel" hâle gelmesi, daha somutlaşması suretiyle, tam birer somut varlık olan bizlere, bizlerin tam bir somutluk içindeki ilişkilerimize kadar inmektedir.

Anayasa, tümlüğü ile, -kendi metninde ifade ettiği gibi- kendi metninde neler olduğu sıralanmamış, açıkça yazılmamış, tanımlanmamış bazı üstün normlara dayanmakta, sonra Anayasanın metninde yer alan normlar arasında bir derece ve kuvvet farkı da görülmektedir.

Bundan sonra "Kanun" lar gelmektedir.

Anayasanın 8 inci maddesine göre, "kanunlar, Anayasaya aykırı olamaz".

Kanun koymak, değiştirmek veya kaldırmak Türkiye Büyük Millet Meclisinin (T.B.M.M.) yetkilerindedir.

Bundan sonra "Kanun hükmünde kararname" gelmektedir.

T.B.M.M. bir kanun kabul ederek, bu kanun ile, Bakanlar kuruluna, "Kanun hükmünde kararname" çıkarmak yetkisini verebilir (mad.64). Böyle bir yetkiyi veren kanuna "Yetki kanunu" denilir.

Bir "yetki kanunu" nda:

- 1) Çıkarılacak kararnamenin amacı;
- 2) " " kapsamlı;
- 3) " " ilkeleri;
- 4) Böyle bir kararnameyi çıkarma yetkisinin içinde kullanılabilceği süre;
- 5) Kararnamenin yürürlükten kaldıracağı veya değiştireceği kanun hükümlerinin hangileri olacağını belirtmesi, lâzımdır.

Kanun hükmündeki kararnamelerde ise, bunların, hangi yetki kanununa dayanılarak çıkarıldığı belirtilmek lâzımdır.

Bu kararnameler, yayımlandıkları gün T.B.M.M.ne sunulur. Sunulmazsa derhal yürürlükten kalkar.

T.B.M.M. kanun geçerliğindeki hukuk kuralları koyma hususunda asıl yetkili organ olduğu için, yayımlandıkları gün kendisine sunulan "kanun hükmünde kararnameleri", kanunların görüşülmesi için konulmuş kurallar uyarınca ve diğer kanun tasarı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşüp karara bağlar. Reddederse, kararname ortadan kalkar. Değiştirirse, değişik şekilde kabul edilmiş olur.

Ancak, siyasi haklar ve ödevler ve temel hak ve özgürlükler, böyle kararnamelerle düzenlenemez; bunlar için mutlaka kanun lâzımdır.

Bu kararnameler "kanun hükmünde" oldukları için, bunların, yetki kanunlarına, yetki kanunlarının Anayasaya ve bu kararnamelerin doğrudan doğruya Anayasaya uygun olup olmadığı, kanunların denetimindeki usullerle, Anayasa mahkemesince denetlenebilir.

Kanunlardan sonra gelecek hukuk kurallarına bakımından bazı özellikleri göz önünde tutmak gerekir.

Kanun ve "Kanun hükmünde kararname" basamaklarından sonra normların üreği, özel hukuk ve kamu hukuku bakımından özellikler gösterir. Bunu şöyle açıklayalım:

Gerçek kişiler her bir toplumda "özgür" kölelere sahip sayılmırlardır. Eskiden olduğu gibi bir özgür ve köle ayrımı yoktur.

✓ Köleler, bildiğiniz gibi, "hak sahibi=hukuk süje'si" değil, "hak mevzuu=hukuk obje'si" sayılırlardı. Köle, mülkiyet hakkının konusunu teşkil eden bir mal idi; tapkı herhangi bir evcil hayvan gibi. Köle (veya esir) bizzat hak sahibi olmadığından dolayı, onun -ama bir insan olarak- mevcut bulunan ve izhar edebileceği idare'nin de hiçbir hukukî netice doğurabilmesine, yani bir norm doğurabilmesine imkân yoktu. Çünkü, diğer bir ifadeyle, böyle bir irade beyanının, harekete getirebileceği herhangi bir hukuk emri bulunmamaktaydı.

Gerçek kişilerin --ki kölelik olmadığına göre, bugün bütün insanlar birer gerçek kişi'dirler-- vaktiyle Tabii hukuk nazariyecilerinin iddia ettikleri gibi (fakat tamamen o mahiyette olmayarak) sahip oldukları "temel haklar" (yani özgürlükler-hürriyetler) vardır.

Bu hürriyetler şunu gerektirir: İnsan, yasaklanmamış olan herşeyi yapabilir ve bu yapılabilmekten, belli kategori hukuk normları doğar.

İnsanlar, özgürlükleri gereği olarak "eşit" kabul edildiklerinden, bunlardan herhangi birinin kişisel iradesi, bir başkasının hukukî bir yüküm altına sokamaz. Fakat aynı insanlar, bu özgürlüklerini kullanırken ahlâka, kanuna, âdâba aykırı hareket etmemek şartıyla ve ancak karşılıklı iradeleriyle birbirlerini yekdiğerinin sağlayacağı bir menfaat mukabili, yüküm altına koyabilirler.

Borçlar hukuku derslerinde edindiğiniz temel bilgiler, bu açıklamamızı anlamanıza yeter: kişilerin yapabilecekleri akitler, sadece borçlar kanununda yazılı olanlardan mı ibarettir? ve bu akitler yapılırken ancak Borçlar kanununda gösterilen tip'ler uyarınca mı yapılabilir?

Süphesiz hayır. Borçlar kanunu, mümkün ve muhtemel akit tiplerini göstermiş ve kişiler bunlardan herhangi birini yapmak iradesini izhar ettikleri halde yaptıkları akti, bütün hukukî gerek ve hükümleriyle tamamlayamamışlarsa, Borçlar kanunu bu eksikleri doldurur. Ancak gene tekrar edelim: kanuna, ahlâka, âdâba aykırı olmak kaydıyla iki kişi, her istedikleri konuda ve biçimde akit yapabilirler ve bu akit mutebel olur; yani bağlayıcı olur; bu demektir ki, bu akitte, taraflardan birinin üzerine aldığı yüküm, hukuk açısından yerine getirilmesi gerekli bir yüküm -teknik deyimle bir "vecibe" dir-; yani bir norm doğmuştur...

Gene, Ceza hukuku açısından konuşalım: Kanunsuz suç olabilir mi? Yani bir kanun, belli bir davranışa yasaklanmamışsa ve cezalı bir müeyyedeyle bağlanmamışsa, bu davranış suç sayılabilir mi? Hayır.

O halde, görüyorsunuz ki, insanlar için özgürlük asıl'dır; özgürlüklerin kaldırılması veya sınırlandırılması istisna'dır.

Özgürlüğünü kullanarak bir hukuk normu yaratılabildiğine göre, demek ki insanlar için ehlîyet de asıl'dır; ehlîyetsizlik istisna'dır.

Hukuk düzeni, toplundan topluma, insanlar için düşünülebiyecek her türlü özgürlüğü, arada hiçbir fark olmaksızın aynı kabul etmiş ve benimsenmiş bulunmayabilir. Uygar demokratik toplumlarda gerçi böyle hürriyet farkları yoktur; fakat olduğunu da kabul etsek, sonuç, hukuk tekniğinde değişmez.

Hukuk Düzeni, daha kökeninde, yani Anayasada ve Anayasanın dahi kendisine kaynak olarak kabul ve zikrettiği üst-kurullarda belli hürriyetleri kabul ettikten sonra: a/ bu hürriyetlerin kullanılmasını kişiler arası ilişkiler bakımından düzenler ki, bundan Özel Hukuk doğar; b/ bu hürriyetlerin topluma karşı kullanılmasını düzenler ki bundan da Kamu hukukunun bir kısmı meydana gelir ve bu alan, Kamu hukuku içine girer. Bu alanda (siyasî haklar, kamu hakları alanında)

yapılan düzenlemeler iki türlü emir ihtiva ediyor denebilir: birinci tür emirler, kişilere bu haklarını nasıl kullanacaklarını gösterir; ikinci tür emirler, devlet otoritesine ve kamu görevlilerine, kişilerin bu haklarını kullanmaları için ve kullanmaları sırasında nasıl davranacaklarını bildirir.

Şimdi, Anayasamızın 11 inci maddesine göre, hürriyetler, o maddede ve diğer maddelerde gösterilen bazı sebep ve amaçlarla ancak kanunla sınırlanabileceğine göre, özel hukukta, kanunların (meselâ Medenî kanun, Borçlar kanunu ves...) yaptıkları bu sınırlamalardan sonra ve bu belirtilmiş alan içinde, artık kişiler, özgürlüklerini diledikleri gibi kullanırlar. Bunların bu kullanışlarının hukuka uygun olup olmadıkları mahkemelerce incelenir ve tesbit edilir.

Kamu hukuku alanında ise, kişilerin hürriyetlerini kullanmalarında kamu görevlilerine de düşen işler bulunduğuna göre, devletin bu alandaki makamları, bu işleri, kanunların altında hukuk kurallarıyla düzenlemek durumunda ve görevindedirler.

Görüyorsunuz (ve gözden kaçırılmamalıdır) ki, bu ikinci tür düzenleme, kişinin kişi ile münasebeti sahasında değildir.

O'halde, özel hukuk alanında, hukuk normlarının sıralanışında ve üremesinde, Kanun'dan sonra Akit (=sözleşme) gelecektir.

Kamu hukuku alanında ise Kanundan sonra Tüzükler gelir.

Tüzükler, Anayasanın 107 nci maddesine göre: a/ Bakanlar Kurulunca hazırlanır; b/ Kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek için hazırlanır; c/ Hazırlanmış olan tüzük tasarısı, Anayasa, Kanunlar ve diğer tüzüklerle ilişkileri ve kendisinden yukarıdaki normlarla çelişkilerinin bulunup bulunmadığı anlaşılacak üzere Danıştay'ın (idari kısmının) incelemesinden geçirilir (=bu incelemenin sonucu, tüzüğü çıkarıp çıkarmamak hususunda Bakanlar kurulunu bağlayıcı değildir; aydınlatıcıdır); d/ böylece incelemeden geçen tüzük tasarısı, Cumhurbaşkanının da imzalayacağı (yani katılacağı) bir Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilir ve e/ Resmî Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe konulur.

└ Burada "Kanunların uygulanmasını göstermek" ile "kanunların emrettiği işleri belirtmek" arasındaki görev ve mahiyet farkına temas etmek isterim.

Bir kere, herşeyden önce şu bilinmelidir ki, tüzükler, "kanun boşluklarını doldurmak" için yapılmaz. Kanun boşlukları yorum ile doldurulur. Tüzüklerin yapılmasında Anayasanın zikrettiği bu iki amaç, "boşluk doldurma" değildir. a/ Kanunlar, Hükümete (burada -idare) belli görevler yüklerler. Bu görevlerin bütün ayrıntıları, kanunlarda gösterilmez. Bakanlar Kurulu, bu görevleri nasıl yerine getireceğini, idare teşkilâtının yapısı ve türlü hukukî ve maddî, malî, beşerî imkânlarıyla, düzenler. b/ Kanunlar bu ikinci hale misal olarak, idareye, topyekun bir görev verirler ve bu görevin yerine getirilmesinde hiçbir yön göstermez, hiçbir ayrıntılı düzenleme yapmazlar; o zaman Bakanlar Kurulu (=Hükümet) tamamen soyut biçimde aldığı bu görevi, daha alt görevler hâline de sokar ve tümünü birden düzenler.

Ve şunu da ilâve edeyim ki: Tamamen soyut bir biçimde de olsa, kanunla asgarî bir düzenleme yapılmamış ve idareye görev verilmiş bir alanda -yani bir kanuna dayanmaksızın- doğrudan doğruya tüzükle düzenleme yapılamaz. 107'nci madde, her tüzüğün bir kanuna dayanması gereğini açıkça ifade ettiği gibi, Anayasanın 6 ncı maddesi de esasen Yürütme görevinin "kanunlar çerçevesinde" yerine getirileceğini yazmaktadır. 7.

Tüzüklerden sonra Yönetmelik'ler (=Talimatname) gelir.

Yönetmelikler, tüzüklerden bir alt derecedeki norm kategorisini teşkil ederler.

Anayasanın 113 üncü maddesine göre, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarındaki kanunların ve tüzüklerin uygulan-

masını sağlamak üzere yönetmelikler çıkarılırlar. Bunların da Resmî Gazetede yayınlanması şarttır.

Çeşitli basamaklardaki normlar, bir yukarı basamaktakilere aykırı olamayacağı için, nasıl kanunlar Anayasaya, tüzükler kanunlara ve Anayasaya aykırı olamazsa, Yönetmelikler de tüzüklere, kanunlara ve Anayasaya aykırı olamaz. Bu hususu Anayasa da (mad.115) ayrıca belirtir.

Yönetmeliklerin altında da çeşitli idarî emirler (=normlar) gelir. Bunlar Genelgele (=tamim) ler, Yönerge (=talimat) ler veya kanunların, yahut tüzüklerin başka isimler verdiği idarî emirlerdir. Ancak genelgelerle yönergeler arasında bir basamak farkı vardır. Genelgele (adından da anlaşıldığı gibi) yönergeden daha genel bir normdur.

Şimdi, bu suretle, Normların yukardan aşağıya sıralanışlarının tablosunu çizdikten sonra, bu sıralanmada, bizzatîhi normların mahiyetleri ve bunları ortaya koyanlar bakımından özellikler nelerdir, bunu inceleyelim:

Genellikle, normların yukardan aşağıya doğru inışı bir "somutlaşma" (müşahhaslaşma) ifade eder. Bu oluşma, sökülmiş bir ağacın başaşağı tutuluşu ile resimlendirilebilir. Bir gövdeden (Anayasadan) dallar ve onların herbirinden de daha alt-dallar ayrılır.

Gerçekten Anayasa plânındaki normlar, hukuk kaynağı olarak sayılı ve azamî soyutluk derecesindedir. Bunun nedenini anlamak kolaydır; kaynak tek bir bütünlük ifade eder; devlette, fertlerin gerek birbirleriyle, gerek devletle ilişkileri bu kaynaktan başlayan bir düzenlenmeye tabidir. Gene benzetme câizse, Anayasal normlar tüm toplumu ve onun yaşantısındaki ayrıntıları en yüksek seviyeden aydınlatan bir ışık kaynağını andırırlar. Bu aydınlatmanın, aydınlatılacak olan alanı tamamen kapsayabilmesi için, ışığın belli bir yükseklikten aşağıya inmesi lâzımdır. Aksi halde, indikçe, aydınlanan alan gerçi daha kuvvetli aydınlanmış olur, fakat daralır. Kanunlar, anayasal ışığın genel olarak aydınlattığı alan içinde daha dar alanları daha kuvvetle aydınlatırlar... Normlar, böyle birer ışık kaynağı telâkki edilirse, daha alt basamakta olanlar daha dar bir alanı daha kuvvetle aydınlatıyor gibidirler ve nihayet indirile indirile, bu ışık kaynağı, aydınlatması istenen satha yapışır ve ancak kendisi kadar, kendi maddî varlığı kadar, yâni çok dar bir parçayı, ama en fazla kuvvetle aydınlatmış olur.

Norm'lar, derece derece somutluk plânına indikçe, şu yaptığımız resimlemeyi (=tersim'i) düşününüz. Anayasa normları en soyut olanlardır; kanunlar daha az soyut'turlar (bittabi Kanun Hükmünde Kararnameler de aynı düzeyde).

Daha "az soyut" olma, biraz "somutlaşma" demektir. Normlar, neticede "Özel norm" a (ki yukarda açıklamıştık) dönüştükleri seviyeye (veya basamak deyiniz) ininceye kadar giderek "daha az somutlaşmakta", ve bunun sonucu "daha çok somutlaşmakta" dırlar. Özel norm yapısına dönüştükleri noktada ise normlarda hiçbir soyutluk kalmamakta, tam anlamıyla "somut" olmaktadırlar. Bu bakımdan A ile B arasındaki hukuk anlaşmazlığını çözümlleyen bir mahkeme kararı tam somut bir norm'dur; özel bir norm olarak ortaya çıkar. $\sqrt{}$ A ile B arasındaki uyumsuzluğu çözen ve kesin sonuçta bağlayan bir mahkeme kararı bir "kural" değil, bir özel "emir" olarak, bir özel "gözlem" olarak hukuk düzenine gelip katılır; tam somut bir varlık olan A kişisi ile B kişisi arasındaki tam somut bir uyumsuzluk olan C uyumsuzluğu'nun tam somut bir çözümüdür $\sqrt{}$.

Demek ki, diğer bir ifadeyle, hukuk kuralları, belli bir uygulama'da "özel emir"e dönüşürler. Kural, kural olarak (genel norm olarak) varlığına sürdürür, fakat onun müşahhas (=somut) bir ilişkiye veya duruma uygulanması, ortaya müşahhas (=somut) bir hukuk emri çıkarır.

Böyle bir uygulama noktasına gelinceye kadar, genel normların basamak basamak inerek bu noktaya en yakın olabilecek norm hâlini almaları, onlardaki soyutluğu (=mücerretliği) azaltır, binnetice

onlara giderek artan bir somutluk (=müshahas"lık) verir; fakat bu "tam bir müshahaslık" olamaz; olduğu anda, genel norm, özel norm'a (diğer bir deyimle "kural", "özel emir"e) dönüşmüş olur.

Genel görünüm, normların sıralanmasında böyledir. Ancak bunu mutlak bir zorunluluk olarak anlamamalı ve istisnaları bulunabileceğini düşünmelidir.

Meselâ, Anayasadaki bütün normlar, hiçbir istisna olmaksızın, "norm iyerarşisi" nde daha alt sıradaki normlardan mutlaka daha soyut olmayabilirler. Bir kimsenin milletvekili seçildiğini düşünelim. Anayasanın 77 nci maddesine göre, milletvekili seçilmiş (veya senato üyesi seçilmiş) bir kimsenin, bu görevine başlaması, 77 nci maddede metni gösterilmiş olan andı içmesine bağlıdır. And içmeden göreve başlanamaz ve milletvekili seçilen kimse belli bir süre görev yapmazsa bu sıfatı kalker. O halde and içmelidir ki görev yapmama durumuna düşmesin. Bu andın ne olduğu ve nasıl içileceği Anayasada yazılıdır. Bu, takdir edersiniz ki, mümkün olduğu kadar "somutlaştırılmış" bir norm'dur; bunu, daha ziyade somutlaştırmaya hem fikrî veya hukukî imkân yoktur; hem de bu normun uygulanabilmesini sağlamak bakımından hacet yoktur.

Görüyorsunuz ki, bazan, mümkün olabildiği kadar somutlaştırılabilmiş — diğer bir ifadeyle en az soyutlukta — bir genel norm (=bir "kural") bazı zorunluluklar nedeniyle, Anayasa gibi en yoğun bir "soyutluk düzeyi" nde yer alabilmektedir.

Buna karşılık Eşitlik ilkesinden bahsedelim:

Anayasanın 12 nci maddesi, herkesin, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımına gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu söylüyor.

Aslında, "eşitlik" insanlarda varlığından şüphe edilemeyecek olan bir "hukuk inancı" nın en kuvvetli birkaç gereğinden biridir. İnsanlar Adalet, Özgürlük, Eşitlik gibi duygulara ezeldenberi sahiptirler. Ancak tarihin çeşitli çağlarında, çeşitli toplumların anlayışlarında, göreneklerinde, âdetlerinde "eşitlik" başka başka yorumlanmış olabilir; fakat bu duygu, sosyal münasebetlerin böyle bir esasa dayanması gerektiği duygusu, hiçbir zaman yok olmamıştır. Feodal bir toplumda bir köylü bir asilzâde ile eşitlik iddiasında bulunmamış olabilir; bu onun aklına gelmemiş olabilir; fakat köylü köylü ile, asilzâdeler de birbirleriyle eşit tutulma iddiasının peşini hiç bırakmamışlardır. Tarihte, insan unsuru bakımından millet'e değil de ümmet'e dayanan devletler olmuştur; yâni devlet dini vardır ve o dine mensup olmayanlar, o dine mensup olanlarla eşitlik iddiasında bulunamayabilirler. Fakat öyle bir siyasal toplumda da, devlet dininin dışındaki dinlerin mensupları, kendilerine eşitlikle muamele edilmesini isterler.

O halde Eşitlik öyle bir ilkedir ki, Anayasada yazmasa bile her hukuk düzeninde, kaideten geçerli'dir. Fakat Anayasada açıkça yer aldığı zaman, devlet hukuk düzeninin en başta gelen, en tümsel (=küllî) prensiplerinden biri olur.

Ancak, tam bir somutluk hâlindeki bir hukukî münasebette veya uyumsuzlukta, bu eşitlik nasıl sağlanır? Yâni nasıl "somutlaştırılır"? Soyut bir eşitlikten somut bir eşitliğe derhal ve arada başka basamaklar olmadan inmek kolay mıdır? Hattâ mümkün olabilir mi? Bu, bir merdivenin üstünden en alttaki basamağa atlamak gibi birşeydir ki, böyle yapılabiliyorsa, merdivene hacet yok demektir. Belli-bütün kimliği ile belli-tam bir "kişisel" yâni "somutluk" olan sizinle, aynı şekilde ve tam bir kişisel, somutluk olan sınıf arkadaşınız B arasında, hukuk fakültesinin belli bir sınıfında, belli bir dersten yapılan sınavda, belli bir soruya verdiğiniz belli cevapların hak edeceği not bakımından eşitlik nasıl sağlanır? Doğrudan doğruya Anayasadaki ilkeye başvurarak mı? Yoksa Anayasa plânından, basamak basamak, size uygulanan Yönetmelik plânına kadar indirilmiş bir "eşitlik normu" na ihtiyaç yok mudur? Meselâ, aynı sınavda, içinizden birine 1 saat, ötekine 2 saat cevap verme süresi tanınabilir mi? Birinize iki soru, bir başkasına üç soru sorulabilir mi? Aynı sorular için, sizlere değişik not baremleri tatbik edilebilir mi?

Anayasadaki eşitlik ilkesi, sizin öğrenim ve imtihanlarınızda size uygulanabilmek için çeşitli basamaklardan ve her basamakta daha az soyut, biraz daha somut hâle getirilerek indirilmiş ve size, bir sınavda uygulanabilecek en yakın genel norm hâline sokulmuştur. Durumunuza en çok yaklaşılmış bulunan (yani soyutluk özünü gene de kaybetmeden, somutluğu azaltılıla azaltılıla size birtek hukukî tasarruf ile, hocanızın not verme tasarrufu ile uygulanabilir hâle getirilmiş olan) bir genel norm hüviyetine sokulmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi öğrencilerinin sınavlarda eşit tutulmaları hakkındaki bu genel norm (=kural), Veteriner fakültesi öğrencileri için başka tür- lü olabilir; oradaki öğrenim şartlarının değişikliği, oradaki eşit- liğin başka normlarla sağlanmasına yol açmış olabilir. O norm, Vete- riner öğrencisi için size uygulanmaz; bununla, sizden eşitlik esirgen- miş olmaz ve bir fakültenin öğrencileri, bütün bir üniversitenin öğ- rencileri, bütün üniversitelerin öğrencileri, öğrenim haklarını kul- lanan herkes... ve böyle, soyutlaya soyutlaya Türkiye devletinin ül- kesinde yaşamakta olan insanlar arasındaki eşitlik, Anayasadaki norm'a kadar gelir ve o norm ile sağlanır.

Bir normun herhangi bir hukukî ilişkiyi düzenleyebilmesi (ki, di- ğer bir açıdan bakılırsa, düzenleme, iki hukuk süjesi arasında çıkan bir uyumsuzluğun çözümünü de demektir). onun, o ilişkinin somutluğuna alabildiğine yaklaşmış olmasına gerektirir. Aksi halde, bu düzenleme çok güç olacak ve maksada elverişsiz sonuçlar da verebilecektir. Çok güç olacaktır; zira norm ne kadar çok soyut olursa, onu, tam bir so- mutluk ifade eden belli bir hukukî ilişkiye uygulayabilmek, o derece güç fikrî ameliyelere ihtiyaç gösterir. Uygulayıcı (yargıç veya idareci) o hayli soyut olan normu yorumlayarak, kıyaslamalar, tünden- gelim'ler (=deductions) yaparak tam somut bir çözüm bulmak ve bu çö- züm de, Hukukun tümlüğüne uygun olmak, hukuk düzeni içindeki yerine "uyumlu" (=ahenkli) bir biçimde oturmak lâzımdır. Meselâ "Adalet" normundan hareketle, arada daha az soyut ve basamaklaşmış başka norm- lar bulunmaksızın, somut hukukî çatışmalarda "âdilâne" çözümlere var- mak belki imkânsız değilse de, pek zor fikrî operasyonları gerekti- rir; bunlarda, bizatihî fikrî operasyonların usulî güçlükleri (=pro- cédé-yöntem güçlükleri) bir tarafa, bir de belli bir zaman ve mekân- da, hukuk düzenine ahenkli bir intibakı mümkün kılacak ve salt hukukî nitelikte olmayan meselâ siyasal, meselâ kültürel, ekonomik, sosy- al çeşitli faktörleri gözden kaçırmamak icabeder. O halde, belirt- meğe çalıştığımız gibi, soyut normu, somut çözüm hâline getirmek için fikrî usulleri, operasyonları bilmek yetmez; bütün uygulayıcıların, bu operasyonlarda gözden kaçırmamaları ve hesaba katmaları zorunlu olan saydığımız öteki faktörlerin de hangileri olduğuna anlamaları, bu faktörlerin mahiyetlerinde, çözüme etkilerinin derecelerinde mutabakat hâlinde bulunmaları, objektif nitelendirmelerde ve değer- lendirmelerde birleşmeleri lâzımdır. Aksi halde, çok soyut olan norm- dan hareketle "tam-somut" olan çözümlerde birlik, tıpkılık sağlamak imkânsızlaşır; Hukuk birliği sarsılır; farklı çözümlerin ortaya çık- ması, kargaşalık doğurur.

Halbuki çok soyut norm, gittikçe daha az soyut nitelikteki alt basamak normlarıyla, somut hukuk ilişkisine ne kadar yaklaşılmış bulunursa, uygulayıcının işi o kadar basitleşir ve tam somut ilişki- ye (veya uyumsuzluğa) aktarılacak, böyle, mümkün olduğu kadar somut- laştırılabilmiş normlardan, artık adamakıllı basitleşmiş ve kolay- laşmış bir fikrî operasyonla tam somut çözüm çıkar; uygulayıcılar arasında mutabakatsızlıklar en az ihtimale indirilmiş olur.

Meselâ: devlet görevlilerine, vatandaşlara, her alanda ve her işde âdilâne davranmaları gerektiğini emretmek, Anayasa veya kanun kurallarının âdilâne uygulamalarını onlardan istemek, vatandaşların her- hangi hüsusta devletten istekleri olduğu zaman, bu isteklerinin âdilâne çözümlere kavuşturulmasına sağlamağa yeterli midir? Yoksa, belli kategori taleplerin âdilâne karşılıklara nasıl bağlanabileceği devlet görevlilerine kanunlardan daha az soyut olan tüzükler, onlar-

dan daha az soyut olan yönetmelikler, yönetmeliklerden de daha az soyut olan "genelge"lerle gösterilmeli midir? Şüphesiz, böyle yapılmalıdır. Ve ancak böyle yapıldığı takdirde, kurallı uygulayacak olan uygulama görevlisi, basitleşmiş bir fikrî ameliye ile ve zaten giderek hayli somutlaştırılmış olan ve artık sonunda, tam-somut bir hukukî duruma veya ilişkiye en yakın uygulama noktasına getirilmiş bulunan kural'ı (=genel norm'u), bu arada, isabetli bir çözüm için daha hangi faktörlerin de nazara alınması gerektiğini araştırmak zorunda kalmadan (zira bu faktörleri, kuralları somutlaya somutlaya alt basamaklara indirenler yapmışlardır) kolayca uygulayabilir; kolayca çözümlenebilir ve hukuk düzeni içinde, bütün bu çözümler de, azamî bir uyumlulukla yer alır.

Böylece hukuk birliğinin sağlanmasına azamî şekilde yaklaşılmış olunur. Hukuk birliği ise, sık sık belirttiğimiz gibi, devletin temelleri arasındadır.

O halde, "-Hukuk kurallarının uygulama sırası nedir?" sorusuna verilecek cevap, kaideten, "tam-somutluğa en yaklaşmış olan, yâni en az soyut olan kuraldır" cevabı olmalıdır. Binnetice, uygulayıcı, genelge dururken yönetmeliği, yönetmelik dururken onu atlayıp tüzüğü, tüzük dururken kanunu, kanun dururken Anayasayı uygulamaz.

[Altını çizdiğimiz bu ilkeyi, gördüğünüz gibi, "kaideten" şartına bağladık ve üstelik, son kelime olarak "uygulayamaz" da demeyip, "uygulamaz" dedik. Siz, bu iki noktayı hemen şimdi gözönünde tutamayınız ve ilkeyi, sanki "mutlakmış gibi" kabul ediniz. Bu iki ihtirazî kayd'a (=çekişme'ye) ilerde değineceğiz.]

* * *

Uygulama sırasının böyle olması, sadece bir "soyutluk-somutluk" meselesi midir?

Yâni, diğer bir ifadeyle, bir genel norm, ne kadar somutlaşırsa, uygulama geçerliğini de o kadar mı kazanır? Daha değişik bir biçimde, şöyle de sorabiliriz; bir genel norm'un uygulanma önceliği, her zaman, onun, öteki genel normlardan daha az soyut (yâni daha çok somut) olmasının mı sonucudur?

Hayır. Normlar, birbirine dayanarak üremek suretiyle hiç şüphesiz "soyutluk"tan "somutluğa" doğru bir yön takip ederler. Fakat "geçerlik" meselesinde, her zaman için "somut norm, soyut norm'dan önce uygulanır" demeye de imkân yoktur. Yâni, normlar iyerarşisi, salt bir soyutluk-somutluk münasebetiyle taayyün ediyor (=belirleniyor) denemez.

Normlardaki iyerarşinin asıl dayanağı bunları ortaya koyanların (yetki) dereceleridir.

Pozitif hukuk, Anayasal ve kanunî normları (kanun hükmünde karar-namelere de dahil) Yasama Organının yetki alanı içinde görmüştür.

Kanunların daha altındaki bir basamakta yer alan tüzüklerin, neden dolayı kanunlara aykırı olamayacakları, Anayasanın 107 nci maddesinde bu hususta açık-seçik bir hüküm bulunmasa bile gene anlaşılabilir. Zira: a/ Tüzük, Yürütme organının koyduğu bir norm'dur; Yürütme organı ise, görevini "kanunlar çerçevesinde" yerine getirir (Anayasa madde 6); kendisi, görevini ve yetkilerini kanundan alan bir organ (=bir kuruluşun) norm koyması gerektiği zaman da, kanun düzeyini aşabileceği elbette düşünülemez; b/ Yürütme organı, sürekli olarak Yasama organının denetimi altındadır; Yasama organından güven alamayan bir hükümet, görev başında kalamaz; bu güveni bir defa aldıktan sonra kaybeden de, görevden çekilme zorluğundadır.

O halde, Yasama organının bu büyük yetkilerinin, Yasama ile Yürütme arasında da, organik olarak (=yapısal yönden) bir derecelenme tesis etmekte olduğu söylenebilir. Bunun sonucu, bunların koydukları normlar arasında da bir derecelenmeye varır.

Yönetmelikleri ise bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri yapabilirler. Bir bakanlığın, tek başına, Yürütme organına nisbetle, organik, (yâni yapısal bakımdan) daha alt bir basamağı teşkil edeceğinin, bir

kamu tüzel kişisinin de, -ilerle, inceleyeceğimiz "idarî vesayet" ilişkisi dolayısıyla- devletin, yürütme işleri alanında, bir bakanlıktan daha alt bir basamakta bulunacağıının kabulü gerekir. O halde, bir yönetmeliğin, bir tüzüğe veya kanuna aykırı olamayacağıının da kabulü tabiidir. Anayasada (mad.113) bu hususta açık bir hüküm bulunmasa bile bu böyle olurdu.

Ancak, Bakanlar Kurulunun topluca yapacakları yönetmelikler için ne demeli ?

Yönetmelikleri bir bakanlık yapabileceği gibi, birkaç bakanlık birlikte ve hattâ bakanlar kurulu topluca da yapabilir.

Bu takdirde, Bakanlar Kuruluna yapılan bir yönetmelik, gene aynı kurulun yaptığı bir tüzüğe aykırı olursa ne dileceğiz ? "-Tüzüğü de, yönetmeliği de yapan mademki Bakanlar Kuruludur ve mademki Bakanlar Kurulu isteseydi şimdi yönetmeliğe koyduğu ve kendi yaptığı bir tüzüğe aykırı olan bu hükmü, yönetmeliğe koyacağına tüzüğe koyar ve ona "sakat bir yönetmelik hükmü" denebilirdiği halde, şâyet tüzüğe konulursa, hiç de sakat olmayacak bir tüzük hükmü ortaya çıkabilirdi, o halde neticeyi "hukukî" olarak kabul etmek ve Bakanlar Kurulu tüzüğü kendi yaptığına göre, buna aykırı bir yönetmelik yaparsa ses çıkarmamak gerekir" mi denecek ?

Diğer bir ifadeyle, Bakanlar Kurulu için "- İsteseydi, bu hükmü bir yönetmeliğe koyacağına Tüzüğe koyardı ve o zaman da ortada "tüzüğe aykırı bir yönetmelik hükmü"nden söz edilemezdi; azını yapan fazlasına da yapabildiğine göre, -yönetmelik yapan diğer mercilere karşı bir istisna teşkil ederek- Bakanlar kurulu, kendi yaptığı bir tüzüğe gene kendi yaptığı bir yönetmelikte aykırı hüküm koyabilir" denebilir mi ?

Denemez. Neden denemeyeceğini, evvelâ iki misal ile göstereyim ve sonra hukukî izahına geçeyim:

1/ Anayasada değişiklik yapmak Yasama organının yetkisi içindedir. Ancak biliyorsunuz böyle bir değişiklik T.B.M.M. üye tam sayısının üçte biri tarafından teklif edilmek ve her iki meclis (Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu) tarafından ve kendi üye tamsayılarının üçte ikisi tarafından kabul olunmak lâzamdır.

Kanunlar için ise hem Bakanlar kurulu, hem de Yasama organının herhangi bir üyesi öneride bulunabilir. Meclisler, kendi üyelerinin çoğunluğu ile toplanır ve mevcudun çoğunluğu ile de bir kanunu kabul eder.

Yukarıki büyük çoğunluklar söz konusu olmamakla beraber, yasama organı, herhangi bir kanunu, tıpkı Anayasa değiştirilirmişçesine üçte bir çoğunlukla teklif edilip de üçte iki çoğunlukla kabul etse, "-Bu kadar çoğunlukla istense Anayasa bile değiştirilebilirdi, o halde böyle çoğunluklarla yapılan kanunlarda Anayasaya aykırı hükümler bulunabilir" denir mi ?

2/ Meclislerin içtüzük'leri de aynı şekilde yapılır ve bunlar da Anayasaya aykırı olamaz. Meclisler, bir mecburiyet olmadığı halde büyük bir katılma, Anayasa için gerekli olan katılma ile bir içtüzük yapsalar, buna, Anayasaya aykırı hükümler koyabilirler mi ?

Her iki soruya da "-Hayır !" cevabını vermek mecburiyetindeyiz. Zira, bu sefer, aynı organ'dan çıkmakla beraber, pozitif hukukumuz, çeşitli türlerle normlar öngörmüş ve bu normların, bazı türlerinin, diğer bazı türlerine aykırı olamayacakları esasını koymuştur. O halde, normlar arasında bir çatışma hâlinde, şu verdiğimiz son misallerde olduğu gibi, o aynı organın aslı yetkisine bakmayacağız; fakat bu yetkiyi kullanmada tercih ettiği usûle bakacağız. Yasama organı, hukuk düzenine, "kanun yapma usûlü ile ve kanun adı altında" bir norm katıyorsa, -Aynı organ, gerekli gördüğünde Anayasayı dahi değiştirebilir olmasına rağmen- bu kanun normunu Anayasaya aykırı olarak koyamayacaktır.

Bakanlar Kurulu da, hem tüzük, hem de yönetmelik yapma yetkili iken, hukuk düzenine, bir yönetmelik normu katıyorsa, bu norm, gene bizzat onun tarafından yapılmış bir tüzüğe aykırı olamayacaktır.

O halde, netice olarak diyebiliriz ki:

Normların, bir yukarı basamaktan bir alt basamağa inerken somutlaşmaları, tabii bir haldir; zira, zaten onları bu basamaklardan indirmek, en alttaki "tam somut" bir hukukî duruma veya münasebete en yakın düzenleyici mesafeye getirebilmek içindir. Bu nedenle, uygulamada mâkul olan, gerekli olan, somutluğa en yakın normu uygulamaktır.

Fakat, aslında bir normun, bir diğer normdan daha somut veya daha soyut oluşuna bakılarak bunların hangisinin daha üst basamakta olduğu, salt böyle bir bakışla tesbit edilemez. Pozitif hukuk'un bunlara verdiği geçerlik sırası göz önünde tutulmalıdır.

Normlar, geçerliklerini böylece, pozitif hukukun kâdilerine verdiği bir sıralamadan almaktadırlar. Bu sıralamayı pozitif hukuk hangi esaslara göre yapıyor ?

Şöyle diyebiliriz: Yasamanın Yürütmeye üstünlüğü, Yürütmenin İdareye üstünlüğü esasını göz önünde tutuyor.

Aynı bir organ, iki türlü norm yapabiliyorsa, bunlardan hangisinin ötekisine etkili olacağını, o organ, dillediği gibi tayin edemez; pozitif hukuk, böyle çift bir yetki kullanılışında, usuller koymuştur; aynı organın iki normu arasındaki basamak farkını bu usûl farkları tesis eder.

Yargısal normlara gelince, bunların Yasama, Yürütme ve İdareyi bağladıkları Anayasanın 132 nci maddesinde ifade edilmiştir. Ancak, Anayasaya, Kanuna ve Hukuka aykırı mahkeme kararı olamaz.

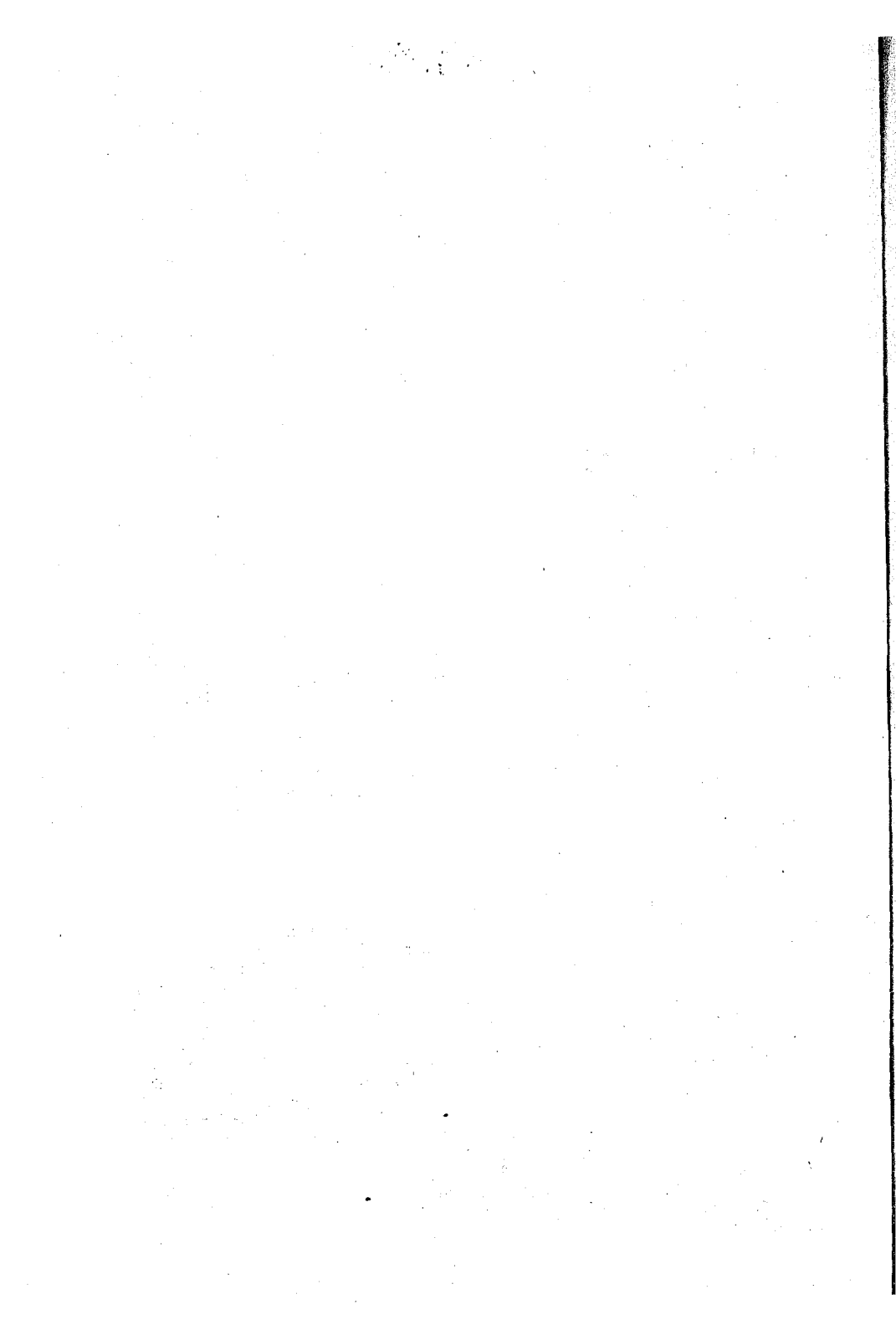
Anayasanın 132 nci maddesinde "Hukuk" üçüncü olarak sayıldı diye, Anayasayı ve Kanunu, "Hukuk"tan üstün sanmamak lâzımdır. "Hukuk" burada, bir devletin hukuk düzenindeki tüm normlar arasındaki bir uyumu (=ahengi ve doğurganlığı) ifade eder. Hukukun öngördüğü, doğuş ve geçerlik şartlarını belirlediği ve bunlara göre sahih ve muteber surette Hukuk düzenine katılmış ve o düzeni oluşturmuş olan tüm normlar, Yargı organı için bağlayıcıdır.

İdarî yargının "sahih ve muteber" bir idarî kararı nazara alması, bir adliye mahkemesinin, iki kişi arasındaki "sahih ve muteber" bir sözleşmeyi göz önünde tutmaması söz konusu edilemez. Yargı'nın büyük gücü, gerektiğinde, bütün bu normların "sahih ve muteber" bir surette meydana çıkmış olup olmadıklarını, başka hiç kimsenin, aksini iddia edemeyeceği bir biçimde tesbit edebilmesindedir. Böyle bir tesbit işinde, bütün yetki, Yargı'da toplanmıştır. Devletin diğer organlarının, yetkilerini geçerli biçimlerde kullanmış olup olmadıkları, türleri değişik Yargı mercilerinde tartışılabilir; fakat Yargı'nın bu tartışma sonucu verdiği kesin hükmü, devlet içinde tartışıp bozabilecek başka bir organ ve merci yoktur. Yargı, kendi kendini denetler.

Ş 6. "Müessese" ler ve Kategori'ler

Hukuk düzenindeki "genel normlar" (=hukuk kuralları) bu düzen içinde rastgele yer alan ve birbirleriyle bağlantısız olabilen unsurlar değildir. Hukuk düzeni, kısım kısım düzenlemelerle oluşur ve toplum hayatının bütün gereklerini karşılayıcı bir bütünlüğe, genel normlar arasında azamî bir uyumluluk sağlaya sağlaya gelişerek ulaşır.

Bu gelişme hiç durmaz; bu düzen, mütemadî bir oluşma, mükemmelleşme çabası içindedir ve bir toplum, nasıl "yaşayan" bir varlık ise, onun Hukuk Düzeni de, o yaşam ile uyumlu bir "hayatîyet" taşır. Bundan ötürü de, "yazılan kurallar", Toplum-Hukuk ilişkisi içinde sürekli olması gereken bir "değişme" den veya canlı bir "yorum" dan mahrum tutulurlarsa, canlılıklarına derece derece yitirir ve yerlerini yazılı olmayan kurallara bîrekme zorunluğuna girerler. Bundan dolayı, içinde bulunduğumuz "yazılı hukuk" devrinde, kanun koyucuların çok uyanık olmaları ve toplumsal hayatın yeni gereklerini çok yakından izlemeleri, karşılamaları lâzımdır. Bu nedenle, kanunların sık sık değişmeleri, aslında tenkit edilecek bir davranış olmamak lâzımdır. Yeter ki bu değişmeler, bir gelişme yönünde ve o gelişmenin hukukî ortamını sağlamak amacıyla olsun...



Eğer yazılı kurallar değişmiyorsa; o zaman uygulayıcılar büyük bir görev altına girerler ve bu yazılı kuralları, hayatımızı geliştirici bir yönde anlamak durumunda kalırlar. Burada Hukuk ile Kanun arasındaki açıklığı kapatmak gayreti vardır. Örneğin kim iddia edebilir ki, bugünkü Fransız Medenî hukuku, 1804 tarihli Kod Napolyon'da (=Code Napoléon) yazılı candır. Bunu iddia etmek için, aradan geçmiş 169 yıl içinde, Fransız toplumunun hep aynı kaldığını söylemek gerekir.

Hukuk düzenine parça parça katılan genel normlar (=kurallar), kendi aralarında "uyumlu düzen birimleri" teşkil ederler. Bunlara, kelimeyi bittabi tamamen özel bir terim anlamında kullanılarak, m ü e s s e s e (=institution-kurum) denilir.

Aile, bir müessesedir; miras, mülkiyet, şahsiyet, vesayet, devlet...vs. birer "müesseses" dir (*).

O halde, "müesseses" (genel normlar tasnifi açısından bakılınca), Hukuk düzeninde, tanzimî mahiyette birer bütün teşkil eden, kapsamları, muhtevaları (=içerik'leri), sınırları hayli belirginleşmiş "düzen parçaları" nı, "düzen birimleri" ni ifade eder.

Müesseses'ler, kendi içlerinde ayrıca alt-birimlere ayrılabilirlerse, bunlara da "Kategori" (=catégorie) denilir.

Aile bir müessesedir; karı-kocadan meydana gelen "evlilik birliği", çocukları, karı-kocanın ana ve babalarını da kapsayan "normal aile", beraberce üretimde bulunmak için katılan kan ve kayın hısmalarını da kapsayan geniş "ekonomik aile", aile müessesesi içinde "kategori" lerdir.

Devlet bir müessesedir; "tekçi devlet", "toplu devlet" kategorileridir.

Akit bir müessesedir; çeşitli tipteki akitler "akit kategorileri" dir.

Ancak, Hukuk düzeninde neler birer müesseses, neler bu müesseselerin içinde birer kategoridir diye kesin tanımlamalar ve sınıflamalar da yapılamaz. Tutulan ölçü "Birimsel (=unitaire)" bir oluşma'dır; muhtelif genel normlar, derli toplu bir "birim" teşkil edebiliyorlarsa, müesseses veya bir müesseses'nin kategorileri olacaktırlar. Müesseses veya kategori olabilmek de, bu "oluşmuş birimler" arasındaki genelleşebilme veya özelleşebilme imkânlarına bağlıdır. Diğer bir deyimle, birbirlerine karışmadan gruplaşabilme veya bölünebilme olanaklarına bağlıdır. Kişiliği bir "müesseses" sayarsanız (ki elverişlidir) gerçek kişiliği, tüzel kişiliği, kişiliğin kategorileri olarak kabul edebilirsiniz; fakat meselâ tüzel kişilik de kendi içinde hayli müstakim sayılabilecek tanzim ünitelerine ayrılabilmesine göre, tüzel kişiliği bir müesseses olarak kabul edip, bunun içindeki "şahıs toplulukları" nı ve "mal toplulukları" nı birer kategori sayabilirsiniz.

Hukuk düzeninde yer alan genel normları, aralarındaki uyumluluğa, aynı bir hukukî durum veya münasebeti düzenleyişlerine, belli ölçüde bir birim teşkil edişlerine, bu birimlerin tarihî gelişmelerindeki özelliklere bakarak en küçük birimi kategori diye isimlendirerek müesseseseler hâlinde sınıflamak ve belli bir seviyeden yukarda, bu sefer müessesesleri birer kategori gibi alarak daha geniş birer birim tesbit edip onlara müesseses niteliği tanımak, hukukî tahlillerde, araştırmalarda, kıyaslamalarda, asıl olan ile istisnâ olanı ayırmada, bilimsel bir yöntem olur.

Bu, araştırmacının, tahlil edicinin, toparlayıcının kendi bilimsel maksadına uygun olarak gene kendisi tarafından tesbit edilir.

Ancak, gene bilimsel yönden, hiç inkâr kabul edemeyecek olan bir gerçeklik vardır ki, genel normlar (=hukuk kuralları) rastgele doğup

(* Burada "müesseses" yerine "kurum" terimini kullanmayışımızın sebebi, bunun henüz, izah etmekte olduğum anlamdaki Müesseses'yi anlatma yolunda umumî bir kabul'e kavuşmamış olmasındandır. Hukuk dilimizde "kurum", henüz kişilerden oluşan düzenli topluluklar veya idare teşkilâtındaki "birim"ler anlamında kullanılıyor; henüz "aile kurumu", "miras kurumu" ves. denilmiyor.

Hukuk Düzenine katılan varlıklar, birbirlerinden habersiz, birbirleriyle ilişkisiz, herbiri ayrı ayrı amaçlara yönelik "hukuk emirleri" (hukuk gerekleri) değildirler; bunlar, yaşantısını düzenlemekte oldukları bir toplumun fertleri gibi, ferdîlik'ten toplumsallığa doğru, derece derece genişleyen ve sonunda "bütünlüğü" meydana getiren, herbiri değişik basamaklarda tekbaşına küçük, fakat sıralanan basamaklar arasında birbirleriyle birleşerek daha büyük birimler teşkil eden unsurlardır. İdare hukukuna ve onun ayrıntılarına henüz girmedikimiz bu noktada, meselâ Medenî Hukuku alınız; bunun nisbî bir bütün (bir birim) olduğunu kabul edersiniz. Bu nisbî bütünün içinde de, "nisbî alt-bütün"ler vardır; böylece ine ine, nihayet, bölünemeyecek olan bir "hukukî tanzim birimi" ne kadar geleceksiniz; bu, onun hakkındaki değer hükmü ne olursa olsun, kendi içinde "uyumlu, her unsuru varlığın tamamı için zarurî ve vazgeçilmez, kendi içindeki unsurları birbiriyle gelişmeyip bil'âkis birbirini tamamlayan" belli bir birim (ünite=unité), bir bütün (=entité) dir. Buna rahatça "kategori" diyebilirsiniz; kategorileri birleştirebiliyorsanız, bir müessese doğar; müesseseler birleşebiliyorsa, o zaman birleştirilen bu müesseselere "kategori" ve onların birleşmelerine "müessese" diyebilirsiniz.

Bu "birimleri tesbit etme", "birimleri belirtme", "birimlerin aralarındaki uyumluluğa ve tamamlayıcılığa bakarak onları bütünleştirip yeni bir birim meydana getirme", hukukî tahlillerde yanılma payını azaltır, ayrıntılı araştırmayı kolaylaştırır; hukuktaki uyumlulukların kendilerini belirtebilmelerine yarar ve herhangi bir "düzen birimi" içinde eksik olabilecek unsurları gösterir; bu eksikliklerin tamamlanmasını sağlar... Kısaca, somut hukukî sorunların çözümlenmesinde, geçerli olması gereken hükümlerin, varılması gereken neticelelerin neler olması lâzım geldiği, böylece ortaya çıkar.

Hukuk bilginlerinin, Hukuk düzeninde böyle "müessese" ve "kategori" bölünmelerini, sınıflamaları yapmalarının faydaları inkâr kabul etmez. Bazıları, bu operasyonu, hukuku kalıplaştırıcı olmakla nitelendirirler. Bizce hayır. Bu operasyon, hukukta kavram'ların teşekkülünü mümkün kılar.

Kavramlar, en küçük düzen birimleri hâlinde tesbit edilebilen kategoriler'dir. Bunların pozitif olan muhtevaları sayesinde tüm hukuk yapısını sağlam bilimsel temellere oturtabilmek mümkün olacaktır.

§ 7. Hukukî tasarrufların tasnifi

Yukarda mahiyetlerini belirtmiş olduğumuz hukukî tasarruflar, kısaca, Hukuk Düzeninde değişiklik yapan irade beyanlarıdır. Daha kısa olarak bir hukukî tasarruf, "hukukî sonuçlar doğuran bir irade beyanı" olarak da tanımlanabilir.

↳ Böyle bir tanımlaya karşı çıkanlar "-Kişi, bir irade beyanıyla bir suç işleyebilir; bu suçta bir hukukî tasarruf mu diyeceğiz?" sorusunu sormaktadırlar. Böyle bir soru saçmadır. Zira yukarda da belirttiğimiz gibi, hukukî tasarrufu ifade ve teşkil eden irade beyanı, bir "hak" kı veya "devlet yetkisi" ni, yâni bir "hukukî iktidarı" harekete getirmelidir ki, hukuk düzeninde sahîh ve muteber bir değişiklik olabilsin. Suç işlemek -diğer bir bakımdan, hukuku "ihlâl etmek"-suretiyle, herhangi bir hukukî iktidar kullanılmış olmaz; hukuku ihlâl etmek diye bir hak veya yetki yoktur. Bu nedenle de, hukuku ihlâl yolundan hukuk düzeninde bir hukukî netice elde edilmez. Bir suçun işlenmesi, ancak yargı merciine bir hukukî tasarrufta bulunma yolunu açar; yoksa bîzatihî bir hukukî tasarruf değildir. /.

Hukukî tasarruflar, bunların itti hazında dayanan hukukî iktidar'ın (=pouvoir de droit) bir sübjektif hak veya bir devlet yetkisi oluşuna göre "Özel hukuk tasarrufları" veya "kamu hukuku (yahut "kamusal") tasarruflar" (=actes étatiques=devlet tasarrufları) olmak üzere ikiye ayrıldıkları gibi, bir ferdin hukukî durumuna taallük etmek üzere, "ferdî tasarruflar" veya gayri muayyen kişilerin hukukî durumlarına

taallük etmek üzere "genel tasarruflar" olarak da sınıflanabilirler.

Hukukî tasarrufların sınıflanmalarında, Hukuk ilmine yenilik kazandıran bir buluşu, ünlü Fransız Hukuk bilgini Léon Duguit (=Dügi) ortaya koymuştur.

Duguit'ye göre, tasarrufları a/ maddî (=matériel), b/ organik (=organique) veya "uzvî" ve c/ şekli (=formel=biçimsel) olarak üç açıdan sınıflamak mümkündür.

A.- Maddî (=matériel) tasnifte, esas, tasarrufun hukuk düzeninde meydana getirdiği neticenin hukukî cevheri, hukukî niteliğidir.

Bu bakımdan tasarruflar üçe ayrılabilir:

1. Kural-tasarruflar : Bunlar, hukuk düzenine bir "genel norm" yâni bir kural (=kaide) katan, mevcut bir kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran tasarruflardır. Anayasalar, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, genelgelerdir. Benzer tipler de olabilir.

Kural-tasarruflar'ın hukuk düzeninde yarattıkları hukukî durumlar (=situations juridiques) şu nitelikleri taşır:

a/ bunlar, "genel, objektif, kişilik-dışı (=gayri-şahsî) hukukî durumlardır.

Bu türlü hukukî durumlar, belli kişiler için ihdas edilmemiştir; bu hukukî durumlara girecek herkes içindir; kişiler arasında yapılmış bir ayrım yoktur.

b/ Bu durumlara giren kişiler, bu durumlarda buldukları sürece, genel, objektif, kişilik-dışı yetkilere sahip olurlar. Bu yetkiler:

aa- Bu hukukî durumlardaki kişilerin kimlikleri ne olursa olsun, hepsi için bir'dir; aynı'dır; kişiden kişiye değişmez.

bb- Bu yetkilerden feragat etmek, bunları kısmen veya tamamen terketmek mümkün değildir.

cc- Bu yetkiler, bunları ihdas eden aynı usûllerle değişebilir.

Meselâ, herhangi bir kamu görevi, böylece, bir kural tasarrufla tesis edilmiş genel, objektif, kişilik-dışı bir hukukî durum'dur.

Örneğin, "vali'lik", böyle bir hukukî durumdur. Bu duruma sokulmuş (girmiş) kişiye vali denir. Vali'lik denilen bu genel, objektif ve kişilik-dışı durum, niteliklerinden de belli olduğu gibi, her vali için aynıdır; bir validen ötekine değişmez. Bir vali, vali'lik yetkilerinin herhangi birinden kısmen veya tamamen feragat edemez.

Valilik, kural-tasarruflarla (=bizde kanunlarla) tesis edilmiş bir hukukî durum olduğu için, bizzat bu hukukî durum ve bu durumdan doğan hukukî yetkiler, aynı tür kural tasarruflarla değişebilir; ortadan kaldırılabilir, yenileri ilâve edilebilir. Bir kimsenin vali olduğu sırada, valilik denilen hukukî durumun valilere tanıdığı belli bir yetki, o kimse için bir "müktesep hak" sayılamaz. Bir valinin, falan kanunun valiler için tanıdığı falan yetkiyi, müktesep hak olarak edinebilmesi mümkün değildir.

Aynı suretle, kişi, böyle bir hukukî durumdan çıktığı zaman, o durumda iken kullanabileceği yetkilerin hepsi düşer.

Özel hukukta da böyle hukukî durumlara örnekler verilebilir. Meselâ "koca" lık. Erkek, evlenmekle kocalık sıfatını kazanır ve Medenî kanunun (ki kanun olarak "kural-tasarruf" türlerinden biridir) tanzim etmiş olduğu "kocalık" denilen "genel, objektif, kişilik-dışı" hukukî duruma girmiş olur. Evlilikte kanunun öngördüğü kocalık yetkileri, kocalar arasında değişmez; Ahmet evlendiği zaman başka, Mehmet evlendiği zaman başka değildir. Evlenip koca olan erkekler, kocalara ait yetkilerinden istemediklerini kullanmayabilirler; fakat bunlardan kısmen veya tamamen feragat edemezler; böyle feragatler bâtildir.

Medenî kanun günün gününe değişebilir ve kocaların şu veya bu yetkilerini de değiştirebilir.

Bu gibi hukukî durumlara verilen ve pek sık kullanılan bir isim de STATU'dür (=statut). Statü, kelime anlamında "hâl" demekle beraber,

bugün, Hukukta, şu anlatmakta olduğumuz nitelikteki "hukukî durum" u ifade eder.

Buna "kanunî durum", "nizamî durum", "statüter=statutaire" durum da denilir ve asal, daha çok bu statü deyimi kullanılır.

Statüter durumların en çok rastlandığı alan, Kamu hukuku'dur.

2. Şart-tasarruf'lar (=actes-conditions)

Bir kimsenin statüter bir duruma girebilmesi için ya kendisinin veya bir başka yetkili'nin bu hususta bir irade beyan etmesi, yani bir hukukî tasarruf ittihaz eylemesi lâzımdır. Bu gibi, "kişileri, genel, objektif, kişilik-dışı hukukî durumlara (=statü'lere) sokan tasarruflara şart-tasarruf denilir".

Herhangi bir kamu görevi, bir statü hâlinde, önceden, kural tasarruflarla düzenlenmiş (=tanzim edilmiş) tir. Bir kimseye bu görevin verilmesi, aslında, hukukî açıdan, o kimsenin, kamu görevi her hangisiyse, onun statüsüne sokulmasıdır.

Bunun için, bir tasarrufa ihtiyaç bulunduğu âşikârdır. Öyle bir hukukî tasarruf ki, hukuk düzeninde, o kimsenin, o statüye girmesi sonucunu doğursun. Meselâ bir tâyin (=atama) veya bir seçim.

Bu tasarrufa "şart-tasarruf" denilir.(*).

3. Sübjektif tasarruf (=acte subjectif)

Bunlar, statü'lerin tamamen aksi olan hukukî durumları yaratan tasarruflardır. Bunların yarattığı hukukî durumlar "özel, sübjektif ve kişisel" dir.

Bu nitelikleri itibariyle de, bu "özel, sübjektif ve kişisel" hukukî durumlardan doğan yetkiler:

- a/ Kişiden kişiye değişir;
- b/ bunlardan kısmen, tamamen feragat mümkündür;
- c/ Tek taraflı iradelerle değişmezler.

Sübjektif tasarrufların takip örneği akitlerdir. Biliyorsunuz, akitler, özel norm'lar koyar. Akitlerin yarattıkları hukukî durumlar, yani akdî hukukî durumlar, aktî yapanların diledikleri şekil ve muhtevada tanzim olunabilir. O halde, âkitlerden âkitlere değişir demektir.

Gene bir âkit, yaptığı aktin kendisine bahsettiği bir yetkiden daima feragat edebilir. Çünkü bu yetkiler, onun zâtına mahsustur ve o, bir temsil yetkisi vermedikçe, yahut kanunî bir temsil zarureti doğmadıkça, bir başkası tarafından kullanılamaz.

Sonra, yapılmış bir akit, iki tarafın karşılıklı rızası olmadan, sadece âkitlerden birince değiştirilemez. O halde, akitten doğan yetkiler, iktisap edilebilir cinstendir.

Şimdi bu açıklamalarımızı örnekle geliştirelim:

Yepyeni bir fakültenin kurulduğunu düşününüz. Bu fakülteye öğrenci almadan yapılacak işlerden biri de öğrencilerin kimlerden, nasıl alacağını, kaç yıl ve neler okuyacaklarını, ne zaman, hangi sınavlara gireceklerini, bunların nasıl yapacağını, hangi koşullarla diploma verileceğini bütün ayrıntılarıyla düzenlemektir. Bu iş, tabii ki, bir yönetmelikle yapılır. Yönetmelik genel norm koyan tasarruflardandır; yani kural-tasarruf'tur.

Böylece, o fakültede öğrencilerin tâbî olacakları hükümler belirlenmiş, henüz hiçbir öğrenci alınmasa bile o fakültenin öğrenciliği bir hukukî düzenleme ile, tek taraflı olarak meydana getirilmiş bir statü hâlinde ortaya konulmuştur.

(*). Buradaki "şart" kelimesi, Fransızca "condition" un karşılığı olarak bundan yıllarca önce Türkçede kullanılmış ve buna alışılmıştır. Aslında, burada herhangi bir "şart koşma" hâli söz konusu değildir. Zira Fransızca "condition" her zaman bizdeki "şart" anlamına gelmez; "durum" da demektir. O halde, biraz uzunca olmakla beraber, buna "Durum-tasarruf" veya "Durum yaratan tasarruf" denilse ve böyle yerleşse çok daha iyi olurdu.

Yapılacak iş, artık öğrenci almak, yani istekli kimseleri bu fakültenin "öğrenciliği" durumuna sokmaktır. Bunun için de, belli niteliklerde olanları kaydetmek gerekir. Kayıt işlemi sonucunda, kişiler, öğrenci olur; diğer bir deyimle "öğrencilik statüsü" ne girerler. Bu işlem yapılmazsa, bir tarafta statü, bir tarafta bu statüye girmek isteyenler vardır; fakat henüz "öğrenci" sıfatını almış kimse yoktur.

O halde, kayıt işlemi, kişiyi, öğrenci durumuna sokmakla, bir "şart-tasarruf" teşkil etmektedir. Öğrenci adayı, bununla, öğrenci olmaktadır.

Bizatihi statü'ye gelince: Bu, yönetmelikle, tek taraflı olarak düzenlenmiş, genel normlardan (=kurallardan) meydana gelen "genel, objektif ve kişilik-dışı" bir hukukî durumdur; öğrencilik'tir.

Bütün öğrenciler, kendi belli kişilikleri, kimlikleri için değil, soyut bir öğrenci için hazırlanmış "genel ve objektif" bir hukukî durumdadırlar. Burada öğrenciler için tanınmış hukukî yollar ve imkânların, kimlikleri belli öğrencilerin bu kimlikleriyle, kişilikleriyle hiçbir bağlantısı yoktur; Ahmet gelir, Mehmet mezun olur; fakat "öğrenci" değişmez. Bu haklar, hukukî yollar, yükümler genelidir. Bunlardan feragat mümkün değildir. Meselâ bir öğrenci "-Başarı-ğam taktirde dahi bana diploma verilmesini istemeyeceğim" diye bir taahhütte bulursa, bunun değeri yoktur. İsterse gene de diplomasını alır.

Ancak, şimdi, tatbikatta pek alışılmamış ama hukuken mümkün olan bir sonucu daha ortaya koyayım: bu öğrencilik statüsünü tanzim eden kurallar, öğrencilerle idare arasında akit güretiliyle ortaya çıkmış normlar olmadığı için, idare, bunları her zaman, tek taraflı olarak, ve hasıl koymuşsa öyle, değiştirebilir. Meselâ 4 yıllık bir öğrenimin yarısı yerinde bunu 6 yıla çıkarabilir ve öğrencilerin rızasına alması mecbur değildir. "-Mecburdur" diyenlere sorayım; 4 yılı 3 yıla indirirse ses çıkarır mısınız? Dışardan birinin itiraz hakkı olsa da itiraz etse, ona ne cevap verirsiniz; "-Fakülte öyle istedi, öyle yaptı" dersiniz. Altı yıla çıkınca da idarenin karşısına geçip "-Anlaşmamız böyle değildi" diyebilir misiniz? Arada bir "anlaşma", "sözleşme", "akit" var mı?

"-Ben, dört senenin altı seneye çıkacağını bilsem gelmezdim" dersiniz belki. Ancak bu, meşrû bir beyandır. Doğrudur. Salt hukuk yönünden değil, fakat insaftan (idare'nin de elbet insafı vardır) doğan bir mülâhaza ile, eski öğrencilere bu yeni durum uygulanmayabilir. Fakat mutlak bir gerek bulunup da yeni durum istisnasız herkese uygulanırsa, bunu salt hukukî mahiyette iddialarla reddedebilmeğe imkân yoktur.

İlerde göreceğimiz gibi, memurların maaşı, işçilerin ücretine benzemez. Gerçi işçi ücretleri de giderek, mahiyetleri itibariyle memur maaşına hayli yaklaşıp gibidir; ama gene de arada tam bir mahiyet birliği yoktur. Şöyle:

Memurun maaşı, ona verilen bir geçim parasıdır. Aktî bir yüküm değildir. Memurla idare arasında akit yoktur. Devlet, memurun maaşını yükseltirse, ne âlâ. Ya indirirse? Neyi ihlâl etmiş olur ki? Hiçbir şeyi... Sadece memur statüsünde bir değişiklik oldu demektir. Bu statü, Devlet tarafından "tek-taraflı (=unilatéral)" yoldan düzenlenmiş bulunduğu göre, gene, bunun tek-taraflı değişmesi normaldir; hattâ, bu statü hangi yönde olursa olsun şâyet değişmek gerekiyorsa, bu değişiklik, hukuken ancak "tek-taraflı" olarak yapılabilir. Memura sorulsa da, memur istese de, istemese ve itiraz etse de, gene tek-taraflı...

Buna karşılık, kural tasarruflarla (=genel normlarla) kimlikle-riyle muayyen kişiler arasında sübjektif hukuk münasebetleri kurmak, kaldırmak, değiştirmek mümkün değildir. Bir kanun çıkarıp, kimliğiyle belli A'ya, kimliğiyle B'ye borçlu kılmak, veya böyle bir borcu kaldırmak, değiştirmek, mümkün olamaz.

B.- Organik tasnif

Hukukî tasarrufları, ikinci olarak ORGANİK (=organique=uzvî) açıdan sınıflamak mümkündür. Burada esas alınan organlar (=uzuvlar) devlet organlarıdır.

Bilindiği gibi devlet "Belli bir ülkede yerleşmiş bir toplumun meydana getirdiği egemen tüzel kişi" olarak tanımlanır.

"Kuvvetler ayrımı" denilen ve daha aşağıda İdare'nin gerek yapı, gerek görev bakımından yerini belirleyebilmek için daha etraflıca ele alacağımız bir devlet görüşü vardır ki, bugün, modern devletin yapı ve faaliyetine hayli uygundur. Modern devletler, azçok modalitelerle bu görüşe uygun biçimlenmişlerdir.

Bilirsiniz, devletin tümüğü belli başlı üç organdan oluşur. Bunlar Yasama, Yürütme ve Yargı organlarıdır.

Devlet tasarruflarına uygulanan bu "organik tasnif", bu tür tasarrufları, bu organlardan çıkışlarına göre sınıflamaktan ibaretir. Yasama organının bütün tasarrufları "yasama tasarrufu", Yürütme'nin idarî tasarruf, yargı'ninkiler de "yargısal tasarruf" sayılır.

Halbuki aşağıda göreceğimiz gibi, bu tasnif, muayyen ölçüde bir gerçeği ifade etmekle barebar, her zaman için doğru değildir. Zira, göreceğimiz gibi, Yasama organından çıkan bütün tasarrufları yasama tasarrufu ve diğerlerinden çıkanları da onların adlarıyla nitelendirmek, bu tasarrufların maddî-hukukî mahiyetlerine zaman zaman ters düşmekte, uymamaktadır. Ancak, böyle maddî-hukukî mahiyetleri göz önünde tutmak gerekmeyen haller de olabilir. O zaman, tasarrufların maddî-hukukî mahiyetlerini bir tarafa bırakarak, organik bir ayrıma gitmek, bazı hukukî çözümler için elverişli olabilir.

Sınıflama'lar, vabiat kanunlarının icabı değildir hiç şüphesiz. Sınıflamalar, hukukî çözümleri bulmak için, hukukçuların uyguladığı tırer yöntemdir.

C. Şekilî tasnif

Şekil deyimini, hukukçular, aslında hiçbir hukukî zorunluluk olmamakla beraber, çoğu zaman hem tasarrufun hukuk âlemine (yani hukuk düzenine) intikalindeki kılığı, hem de onun ittihazında izlenmiş olan usûl (=procédure) anlamına kullanırlar.

Böyle bir kullanış yaygındır; bu nedenle biz de, şimdilik, geçici olarak burada buna değiniyoruz.

Fakat bu kullanış -yani "şekil" (=forme=biçim) deyimini, aynı zamanda "usûl (=procédure)" yani tasarrufun ittihazında uygulanan yollar anlamına kullanmak bilimsel olmamaktadır. Şekil başka, usûl başka şeylerdir.

Şekilî bakımdan, bir tasarruf a/ yazılı, b/ sözlü, c/filî (=bir hareket, bir işaret) hâlinde olabileceği gibi, sükût'un (=susma'nın) da, yerine göre bir tasarruf addedilmesi mümkündür. Zira, bazı hallerde, kişiler susmakla da (ister özel hukukî münasebette, ister devlet faaliyetinde) hukukî sonuçlar doğuracak nitelikte bir irade beyanında bulunmuş olabilirler. Meselâ İdare makamlarının, bir şahsın bir isteği karşısında üç ay susmaları, hiçbir şey yapmamaları, o isteğin reddi anlamına gelir ve açık-seçik bir ret kararının sonuçlarını doğurur; böylesine bir ret kararının hukukîliği, tıpkı yazılı bir ret kararınınki gibi, idarî yargıya başvurularak denetlettirilebilir.

Usûl yönünden ise, bir tasarruf a/basit, b/karma (=mürekkep=complexe) olabilir. Tasarruf, bir tek iradenin ızharı ile tekemmül ediyor (=oluşuyor), yani Hukuk düzenine bir normun katılması için bir tek iradenin ızharı yeterli oluyorsa, o zaman basit bir tasarruf (=acte simple) söz konusudur.

Buna karşılık, bir tasarrufun meydana çıkışı, birden çok iradenin birbirine eklenmesi ve birbirini tamamlaması suretiyle oluyorsa, o zaman karma (=complexe) bir tasarruf vardır. Böyle karma tasarruflara "usûllü tasarruflar=opérations à procédure" de denildiği vâkidir.

Bu iradelerin ızharı tarzı bakımından başka bir tasnif de yapılır:

a/ Kollektif tasarruflar (=actes collectifs) birçok kimselerin birlikte, fakat tek taraflı bir tasarruf itti haz etmeleridir. Meselâ bir Kurul kararı... Gerçi birçok iradeler birbirine eklenmektedir, fakat aynı anda eklenmektedir; tasarrufun itti hazına, izhar edecekleri iradelerle katılacak kişiler bir sıraya girmemekte ve iradelerini izhar için bir evvelki iradenin izhar edilmiş olup olmadığına bakmamaktadırlar. Fizik bakımdan bir kurulun üyelerinin elbette irade izhar etmeleri için arka arkaya söz almaları veya oy kullanmaları gerekir; fakat bu üyeler, iradelerini bildirmek için, fizik olarak kendilerinden önce sırada bulunanların iradelerinin izhar edilmiş olması şartını ve yönünü aramazlar. Böyle bir sıralanma, hukukî değil, fi-ziksel bir bağlantıdan ibarettir. / Halbuki yukarıda değindiğimiz Karma tasarruflardaki iradeler bağlantısı, hukukîdir; bir irade izhar edilmiş olmadıkça bir ikincisi izhar edilmeyebileceği gibi, bazan bir evvelki iradenin meselâ "olumsuz" sonuçla izharı, arkadan gelip buna eklenerek diğer iradenin izharına önler; onun izharına mâni olabilir.

Kollektif tasarruflarda, birden fazla irade, hukuken aynı anda izhar edildiği gibi, bir tek hukukî neticenin doğması amacına yöneliktir. Diğer bir deyimle, kollektif tasarruflar "tek taraflı" tasarruflardandır.

b/ Birleşme tasarruflar (actes-union) burada, izhar olunan iradeler karşılıklıdır; fakat bu suretle hukuk düzenine katılacak olan tasarruf "tek taraflı" olmaktadır. Iradeler birleşmekte, ancak bu birleşmeden, tek taraflı olarak bir hukukî sonuç doğmaktadır. Bunun tipik bir örneği, bir kimsenin, bir derneğe üye oluşudur. Üye olacak kimse, şüphesiz bu yolda bir irade izhar etmelidir. Bu kimseyi üye olarak kabul edecek olanlar da bir kollektif irade izhar ederler. Böylece irade izharları karşılıklı bir biçim alır; fakat bu iradelerle amaçlanan sonuç, karşılıklı olarak -meselâ akitlerdeki gibi- bir takım hakların ve borçların doğması değildir; bil'âkis, üye olmak isteyen kişinin, o derneğin "üyelik" statüsüne sokulmasıdır.

Gözden kaçırmamak gereken husus, Birleşme-tasarrufların da, tek taraflı olduklarıdır.

c/ Nihayet, akitler gelir. Akitlerde karşılıklı irade izhar edilir ve bunların izharından doğacak hukukî bağlantı tek olduğu halde, hukukî neticeler müteaddittir ve karşılıklıdır; akdin in'ikadı ile her iki taraf için de bazı haklar ve yükümler doğar; ancak bir tarafın hakları, öteki taraf için yükümlüdür; öteki tarafın hakları da, beriki tarafın yükümlerini teşkil eder. Görüyorsunuz ki, hukukî neticeler değişik ve karşılıklıdır.

Bu tasniflerden ne gibi önemli sonuçlar çıkacağını daha ilerki derslerimizde göreceksiniz.

Hukuk Tekniğine ilişkin açıklamalarımıza burada son veriyoruz. Bu, Hukuk tekniği konusunda bütün söyleyeceklerimizin bittiği anlamına alınmalıdır. Biten, önemli sorunlardır. Bundan sonra, yer yer bu açıklamalarımıza döneceğiz ve gene, gerektiğince bunlara yenilerini ekleyeceğiz.

BÖLÜM II

İDARE KAVRAMI

İdare terimi, bir yandan devletin belli bir tür organlarını, diğer yandan da genel devletin belli bir tür faaliyetini ifade eder. Ne İdare'nin istisnasız her faaliyeti "idarî" dir, ne de "idarî faaliyet" sadece İdare'ye mahsustur. İdare hukuku ise, hem organ, hem faaliyet olarak İdare'nin hukuku olduğuna göre, bu hukukun incelenmesine girişebilmek için önce İdare'nin ne olduğunun, organ ve faaliyet halinde, tesbiti şarttır. İdare'yi bilmeden, onun hukukunu öğrenmenin mümkün olamayacağı muhakkaktır.

İdare ise, her iki açıdan da tesbiti kolay olmayan, hayli derinliğine tahlilleri gerektiren sorunlar doğurur.

İdare kavramına en iyi yaklaşım, klâsik öğretilerde "Kuvvetler ayrımı" denilen teori ve uygulama yolundandır.

§ 1. "Kuvvetler" Ayrımı teorisi

Bu teori 1689-1755 yılları arasında yaşamış olan ünlü bir Fransız sosyal ve siyasal bilimcisi Montesquieu'nun (=Monteskiyö) "Kanunların Ruhunu" (=De l'Esprit des Lois) diye anılan eserinin (1748) XI inci Kitabının VI ncı Bölümüne izafe edilir. Bu, yepyeni bir görüş değildir. Devlet fonksiyonları hakkındaki araştırmalar çok daha eskidir ve grek filozofu Aristo'ya kadar iner. Montesquieu'nun yaptığı, kendisinin İngiltere esas teşkilâtı üzerindeki gözlemleriyle birlikte, devletin organları ve fonksiyonları sorununu sistemleştirmek olmuştur.

Montesquieu, Avrupanın bir çok memleketlerini dolaşmış, bu arada bir süre de İngilterenin siyasi yapısını ve devletin işleyiş ilkelerini incelemiştir. İngilterede "Anayasa" adını taşıyan bir kanun mevcut olmadığını bilirsiniz. Fakat bu, tabiatıyla, İngilterede bir "anayasa" yani "esas kuruluş" (=Constitution) bulunmadığı demek değildir. Esas kuruluşu olmayan devlet düşünülemez.

Montesquieu'nün kullandığı terimlerle "-Siyasî hürriyet, kişinin kendi emniyetine inanç duyması demektir" ve bir devletin idaresi o şekilde olmalıdır ki, hiç kimse, bir başkasından korkmamalıdır.

Kitabının, "İngilterenin esas teşkilâtı = De la constitution d'Angleterre". başlığını taşıyan söz konusu bölümünde, Montesquieu, her devlette üç türlü "pouvoir" olduğunu söyleyerek izaha başlar.

Dilimize bu "pouvoir-puvar" deyiminin "kuvvet" diye çevrilmesi ve teorisinde "Kuvvetler ayrımı" olarak adlandırılması yanlış olmuştur. "Pouvoir" kuvvet (=force) demek değildir; kudret (=puissance) de değildir; fakat iktidar demektir; hukuksal bir gücü, hukukî bir yeteneği ifade eder.

Şimdi biz, teorisinin ilk tercümelelerinde kullanılan bu "kuvvet" kelimesi yerine "iktidar" kelimesini koyarak nakledersek daha isabetli bir iş, daha iyi anlaşılabilen bir fikir olur.

Demek ki, her devlette üç iktidar varmış. Montesquieu, bunları aynen şöyle tanımlıyor: "Yasama iktidarı, devletler hukukuna giren işleri görme iktidarı ve medenî hukuka giren işleri görme iktidarı".

Sonra izah ediyor: "Birinci iktidar ile hükümdar (veya Yüksek Memur) muayyen bir süre için veya sürekli olacak kanunlar yapar veya yapılmış kanunları düzeltir ya da kaldırır. İkinci iktidar ile harp veya sulh yapar, elçiler gönderir veya kabul eder, asayiş sağlar,

istilâları önler. Üçüncü iktidarla suçları cezalandırır veya uyumsuzlukları çözer. Bu sonuncusuna "hüküm verme (=yargılama)" iktidarı ve ötekine de sadece Devletin yürütme iktidarı diyeceğiz".

Teorinin orijinal izahının, bizim bugün kullandığımız deyimlerden nasıl başka deyimler kullandığını ve özellikle bizim şimdi Yürütme Yetkisi dediğimiz şeyin o zaman nasıl anlaşıldığına görüyorsunuz.

Montesquieu'ye göre, Yasama ile Yürütme aynı kişiye veya kurulda birleşirse, hürriyet kalmaz. Gene aynı suretle, Yargı iktidarı da Yürütme'den ve Yasama'dan ayrılmamışsa, hürriyet yoktur.... Aynı insan bu üç iktidarı birden elinde tutarsa, herşey kaybolur (=... tout serait perdu...)

Buraya kadarki kısımda özellikle bizim bugün "Yürütme" dediğimiz için o zamanki anlaşılışına dikkatinizi çekmek isterim. Yürütme, iç ve dış güvenliği kapsamakta ve devletler arası ilişkileri sürdürmeğe yönelmiş bulunmaktadır. Bugün de iç ve dış güvenlik, Yürütme için en büyük hizmetlerin başında gelir; fakat o zamanlar mevcut olmayan ve akla gelemeyen binlerce başka kamu hizmeti, bu alana girmiştir.

Montesquieu'ye ve onu şerhedenlere göre, bu üç iktidar, ayrı ayrı ellerde bulunmalıdır. Yasama işini görecekt olanları halk seçmelidir. Yürütme bir hükümdarın (=monarque) elinde bulunmalıdır; çünkü bu iş kalabalıkla görülemez. Eğer bir hükümdar bulunmaz da, yürütme işleri, Yasamadan seçilip alınacak kimselere verilirse, Montesquieu'ye göre gene hürriyet kalmaz; zira iki iktidar bu suretle birleşmiş olur. Yargı ise mutlaka bağımsız olmalıdır.

Montesquieu'nün daha uzun süren açıklamaları pek ilginçtir; fakat biz bunları bir yana bırakıp teorinin, daha sonraki tarihlerde yapılmış yorumlamaları ve uygulamalarıyla, modern anlayışına geçelim:

Evvelâ, bu teoriye "Kuvvetler ayrımı" demiyelim. Bu deyim, genel alışkanlık uyarınca, biz de gerçik kısaca kullanıp geçebiliriz; fakat deyim, bilimsel değildir.

Montesquieu ne söylemiş ve nasıl söylemiş olursa olsun, bugünkü bilim öyle tesbit etmiştir ki, her devlette üç büyük fonksiyon (=görev) vardır: Yasama, Yürütme (=İdare) ve Yargı.

Her bir fonksiyonu icra edebilmek için, o icraya, yâni o fonksiyonun icrasıyla meydana gelmesi beklenen hukukî neticeleri meydana getirmeye elverişli üç ayrı türde "hukukî güç", diğer ve asıl yerinde olan terimle "hukukî iktidar'a" ihtiyaç vardır.

Ve daha sonra da, mahiyet ve amaçları itibariyle ayrı ayrı olan bu üç hukukî iktidarı kullanacak üç ayrı organ'a veya organlar grubuna ihtiyaç vardır.

O halde, görüyorsunuz ki, ortada "Kuvvetler ayrımı" deyip geçirilecek kadar basit bir mesele yoktur. Üç ayrı fonksiyon, üç ayrı yetki (=iktidar) ve üç ayrı organ.

Ve Montesquieu'nün, asıl ayırmayı amaçladığı şey, organlar ve fonksiyonlar değil, fakat "pouvoir" kelimesiyle ifade ettiği iktidar'lardır.

Çünkü her bir hukukî iktidar, ancak belli bir devlet görevinin (=fonksiyonunun) ifasına elverişlidir; böyle belli bir fonksiyonun ifasından beklenen hukukî sonuçları doğurmağa elverişlidir. İktidarlardan birden ziyadesinin aynı elde toplanması, görevlerin de birbirine karışması sonucunu doğurur ve böyle bir karışma, ortaya, zaptedilmesi güç bir kuvvet çıkarır; bu kuvveti, Hukuka riayet ettirebilme olanağı kalmaz ve fertler, devlet hayatı içinde ezilir gider. Halbuki devlet, fertlerin iyilikleri, yararları için kurulmuş bir müessesedir.

Görüyorsunuz ki, mesele, daha başlangıçta, hukukun târifleri, hukuk kaynaklarının izahı bahsinde ele aldığımız gibi, bizim şimdi burada meşgul olduğumuz Hukuk tekniği açısından ve amacını da aşarak, daha üst plânda bir "Hukuka saygılı devlet" sorunu olmaktadır.

Güçsüz devlet, düşünülemez. Devlet güçlü olmalıdır. Fakat bu güç, fertleri ezmek için değil, bil'âkis onları mutlu etmek içindir. Fertleri mutlu edebilecek bir güç ise, her fertler için, hem kendisi için konulmuş hukuk kurallarına riayet edecek olan güç'tür.

Bu nedenle Montesquieu, konuyu, hürriyet-istibdat çatışması açısından ele alıyor. Ondan sonra aynı konuyu ele alanlar da, demokratik bütün anayasalar da, hep aynı açıdan hareket etmişlerdir.

İdare hukuku plânında ise, bizim şu andaki meselemiz, "Kuvvetler ayrımının yüksek amacı" değil, bunun nasıl işleyebileceği, nasıl işlediği ve bu arada İdare'nin, organ veya fonksiyon olarak nerede bulunduğu.

İdeal bir Kuvvetler ayrımı olur mu ? Olabilmiş mi ?

Yâni, devletin her üç ana-görevi ayrı ayrı organlara yükletilmiş ve her bir görevin mahiyet ve amacına uygun olan hukuki iktidar da yalnız o görevi yüklenenlere ait kılınmış...

Başka bir açıdan şu: organlar, yapısal bakımdan birbirlerinden ayrı... Hiçbir organ, öteki herhangi bir organı doğuruyor ve hiçbir organ, bir başka organla içiçe geçmiyor... Bunların müstakil görevleri, birbirinden su sızmaz bölmelerle ayrılmış... Belli bir görev için, bu organlardan birine verilmiş belli bir yetki (=hukuki iktidar) kat'iyen başka bir yetki ile karışmıyor ve başka bir yetkinin kullanılması hâlinde hukuk düzeninde meydana gelebilecek sonuçları hiçbirini meydana getirmeye mahiyeti ve kullanma usulü itibarıyla elverişli bulunmuyor...

Bu, teorisyenlerin öngördükleri ideal şekildir; ideal bir "kuvvetler ayrımı" dır. Ama bu mümkün müdür ? veya mümkün olsa bile, bu en ideal şekli ile "elverişli", yâni devlet ve topluma yararlı mıdır ?

Çünkü "uygulamalı hukuk" ta, bir de "yararlılık" sorunu vardır. Mükemmel bir "fikrî inşâ", tam bir uygulamaya elverişli olsa bile, bunda bir de "yararlılık" yönü araştırılmak gerekir.

Evvvelâ, hemen belirtelim ki, ideal bir Kuvvetler ayrımı uygulamada mümkün olmadığı gibi, yararlı da değildir.

Devlet, hareket demektir. Uzunca bir cisim, dengeli üç noktadan üç eşit kuvvetle çekerseniz, hareket olmaz, atâlet (=sürederum) olur; cisim, hiçbir yöne kımıldamaz.

Netekim, gerçek hayatta da; bu teorinin, ideal şekliyle uygulandığı bir tek devlet yoktur.

Evvvelâ Montesquieu'nun "-Bunu orada gördüm" dediği İngilterede bu anlamda bir kuvvetler ayrımı yoktur. Bütün devlet gücünün aslı kaynağı hükümdardır; kullanma'da bu güç, İngiltere tarihindeki demokratik gelişmelerle hükümdardan ayrılmış ve belli organlara intikal etmiştir. Fakat, Montesquieu'nün gözlemlerinden yıllarca sonra, bu devlet gücünü, topluluğu ile tekrar eline alan tek tük hükümdarlar da çıkmamış değildir.

İkincisi, genellikle Yargı tam bir bağımsızlık hâlinde tutulabilir, fakat Yasama ile Yürütmeyigerek görev, gerek yetki ve yapısal ayrılık bakımından ayrı ayrı bölümlere oturtabilmek mümkün olamamıştır.

Evet, özellikle Yasama-Yürütme ilişkilerinde bu böyledir.

Şimdi T.C. Anayasası esaslarına göre, bu teoriyi ve uygulamalarını inceleyelim.

§ 2. Bizde organlar ayrımı ve yapısal İdare kavramı

Sorunu kolaylaştırabilmek için görev ve yetkilerden önce, daha basit bir ayrımla olan "Organlar ayrımı" nı ele alalım:

Anayasamız "Cumhuriyetin (*) temel kuruluşu" adını verdiği üçüncü bölümünde, bu ayrımı gösteriyor.

(*) "Cumhuriyet" terimi burada rejim değil, "Devlet" anlamındadır.

Cumhuriyetin temel kuruluşu üç organa dayanmakta, daha doğrusu bölünmektedir:

YASAMA ORGANI, Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. T.B.M.M., a/ Millet Meclisi, b/ Cumhuriyet senatosu'ndan meydana gelir.

Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak T.B.M.M.ne ait bir görevdir.

Yasama, budur. Fakat T.B.M.M.nin görevi bu işlerle bitmemektedir. Aşağıda göreceğimiz gibi, yasama (diğer bir ifadeyle Hukuk kuralı koyma) dan da başka ve hukuk kuralı koymakla ilişkisi bulunmayan görevleri vardır.

Fakat bu organın yapısı ve sınırları Anayasada gayet net olarak çizilmiştir.

T.B.M.M. seçim kanunlarına göre Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu üyeliklerine seçilenlerle Cumhurbaşkanına verilmiş yetki kullanılarak Cumhuriyet Senatosu üyeliğine atanan 15 senatörden, "tabii üye" olma yetkisini kullanıp Senatoya katılan eski cumhurbaşkanlarından ve "Kurucu Meclis Teşkili" hakkındaki 13 Aralık 1960 tarih ve 157 sayılı kanunun altında adları bulunan ve herhangi bir nedenle ayrılmamış olan 18 tabii senatörden (Eski "Millî Birlik Komitesi" üyeleri) meydana gelir.

Fakat hiç şüphesiz, Yasama organı, başka hiçbir destek ve servis olmaksızın sadece iki heyet hâlinde vazife göremez. Yardımcı hizmetler de lâzımdır. Yasama organı, bu hizmetler teşkilâtını da içine alır.

YARGI ORGANI. Aslında bu, bir tek organ değil, bir organlar grubudur. Gerçi yasama organı da iki meclisten meydana gelir, fakat salt yasama faaliyetinde, bu meclisler kendi başlarına çalışmayıp birbirlerinin faaliyetini tamamlarlar ve neticede -salt yasama işlerinde- ortaya çıkan yasama tasarrufu, yukarıda gördüğümüz gibi, iki kolektif tasarruftan oluşan bir karma tasarruftur.

Yargı bahsinde ise verilmesi gerekli izahat vardır:

Türk hukuku, evvelâ kamu hukuku ve özel hukuk olarak bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Özel hukuk ile Kamu hukuku alanında bulunan Ceza hukukunun uygulanması "Adalet mahkemelerine" verilmiştir. Kısa ca "Adliye" terimi, esas itibarıyla Adalet mahkemelerini ifade eder. Özel kişilerle (ve hattâ kamu tüzel kişileriyle) Devlet arasındaki ihtilâflara gelinece:

Bu tür ihtilâflar, başkaca yargı yeri gösterilmemişse bizde idarî yargı'yı meydana getiren Danıştay'a aittir. Askeri kişilerle askerî idare mercileri arasındaki ihtilâflar "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi" nin görevi içindedir.

Askeri kişilerin ve belli koşullarda asker sayılan kişilerin ceza yargılamaları Askerî mahkemelere aittir.

Genel ve katma bütçelerin hesap sorumlularının malî işlemleri dolayısıyla hukukî mesuliyetleri bakımından yargılanmaları Sayıştay'ın görevidir.

Seçimlere ilişkin şikâyetler üzerine kesin kararların ittihazi, Yüksek Seçim Kurulu'na aittir.

Hâkimlerin özlük işleri hakkında kesin kararları Yüksek Hâkimler Kurulu ittihaz eder.

Adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarının kesin olarak çözümü Uyuşmazlık Mahkemesine aittir.

Kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya aykırılığı hakkındaki iddiaları Anayasa mahkemesi kesin karara bağlar; ayrıca, ayrıca Cumhurbaşkanından başlayarak bazı yüksek devlet görevlilerinin görevleriyle ilgili suçları dolayısıyla yargılanmaları Anayasa Mahkemesinde "Yüce Diyan" sıfatıyla yapılır.

Görülüyor ki, hukukumuza göre, hukuk ihtilâflarını 9 kısma ayırmak gerekir. Bunlar 9 tür mahkemede çözümlenir. Bu mahkemelerden bazıları (meselâ Danıştay) hem birinci, hem sonuncu derece

mahkemesidir; bazı mahkemeler ise sadece birinci derece mahkemesidir ve bunların kararları aleyhine bir "yüksek mahkeme" ye başvurulur. Meselâ adliye mahkemeleri kararları aleyhine Yargıtay'a, askerî mahkeme kararları aleyhine Askerî Yargıtay'a gidilir. Bizatihi kendileri hem birinci, hem sonuncu derece mahkemesi olan yargı mercilerini de "yüksek mahkeme" saymak gereklidir. Zira yüksek mahkeme, kararları aleyhine başvurulabilecek bir üst yargı merci bulunmayan mahkeme demektir.

Hukukî ihtilâfların böylece bölünmeleri üzerine Türkiye'de 9 yüksek mahkemenin varlığı söz götürmez.

Bu mahkemelerin tümlüğü, Anayasamızdaki "Yargı Organı" nı teşkil eder.

Bu, bellidir.

Ancak devlet teşkilâtımızda, hukukî ihtilâflar çözümleyen başka kuruluşlar, heyetler de bulunmaktadır. Bunlar da birer mahkeme midir ?

Yargı organı mahkemelerden ve onların destek hizmetlerini gören kuruluşlardan oluştuğuna göre, ne zaman bir kuruluşun, bir heyetin mahkeme sayılacağını, ne zaman sayılmayacağını bilmek zorunludur.

Evvelâ, bir merciin herhangi bir kararı aleyhine, herhangi de-recedeki bir mahkemeye gidilemiyorsa, o merciin, başka görevleri de olsa, onun bir "mahkeme" (hattâ "yüksek mahkeme" yâni üst bir yargı merci) olduğunu kabul etmek mecburiyetindeyiz. Örneğin, Sayıştay ve Yüksek Seçim Kurulu, Anayasamız tarafından Yüksek Mahkemeler bölümünde zikredilmemiş oldukları halde, "kesin hükümler" vermelerinden dolayı, "Yargı" kavramı muvacehesinde onları birer yüksek mahkeme say-mağa mecburuz.

Bir de bazı kanunlarımızın, hukukî anlaşmazlık çözmekle görevlendirdikleri heyetler vardır ki (meselâ İl idare kurulu, Vergi İti-raz komisyonları, Vergi teyiz komisyonları) bunların birer "mahkeme" sayılıp sayılmayacakları - Anayasa mahkememizin içtihadına göre-burada ihtilâfın çözümüne katılan kişilerin Anayasamızın 133 ve 134 üncü maddelerinde "hâkim" ler için öngördüğü niteliklere sahip ve "hâkim statüsü" nde bulunup bulunmadıklarına bakmakla mümkün olabi-lecektir. İhtilâf çözen kamu görevlileri, Anayasanın bu hükümlerine göre, hâkim niteliklerine sahip ve hâkimlik statüsünde değillerse, onlardan kurulacak veya onların da katılacakları heyetler birer mah-keme addolunamaz ve binnetice yargı organı içinde mütalâa edilemez.

Şu halde, T.B.M.M. kadar net olmamakla beraber, Yargı organı da Anayasamızda -ve Anayasa mahkememizin kararları yardımıyla- hayli netlikle belirlenebilmekte, yapısı ve sınırları gösterilebilmektedir.

YÜRÜTME ORGANI, Anayasamızın 95 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş-tir.

Buradaki hükümlere göre, organ olarak Yürütme: a/ Cumhurbaşkanı, b/ Bakanlar Kurulu ve c/ İdare'den meydana gelir.

Cumhurbaşkanı bellidir. Bu, T.B.M.M. tarafından şeklen "kollektif", maddî bakımdan "şart-tasarıf" niteliğindeki bir kararla (se-çimle) Anayasamızın "Cumhurbaşkanlığı" olarak düzenlediği statü'ye sokulan kişidir (*).

Bakanlar kurulu, Hükümet'tir. Başbakan ve bakanlardan oluşur. O halde bu organ da bellidir. Başbakan ve bakanlar, Anayasanın 102 nci maddesine göre, Cumhurbaşkanı tarafından ittihaz edilen bir şart-tasarıfıla "başbakanlık" ve "bakanlık" denilen statü'lere so-kulan kişilerdir. Bakanlar Kurulunun Millet Meclisinden "güven oyu" alması (Senatoda güven oyu na hacet yoktur) bu statülere girmenin de-ğil, fakat girilmiş olan statülerde devamın şartıdır.

(*) Anayasamızın 97 nci maddesine göre Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve Milleti temsil eder.

Bundan dolayıdır ki, Cumhurbaşkanına "Devlet Başkanı" da denilir. Kendisinin, kanunların yayınlanması gibi "Yasama" ile, özel af gibi "Yargı" ile ilişkili (fakat yasama ve yargı mahiyetinde olmayan) görev-leri de vardır.

İDAREYE gelince: Organik bakımdan İdare'nin doruklarını belirlemek kolaydır; fakat, gene organik bakımdan, İdarenin toplumdaki ekonomik faaliyetler kesiminde, nerelere kadar uzandığını tesbit etmek büyük güçlükler gösterir. Esasen bu güçlükler nedeniyledir ki, sanki tamamen net ve belirginmiş gibi İDARE deyip geçemiyoruz ve derin açıklamalarda bulunmak zorunda kalıyoruz.

Şimdi, burada ele aldığımız YAPISAL (=organik) yönüyle, diyelim ki, Anayasadaki ayrıma uyarak, İdare, Yürütme organının üçüncü parçasıdır... Fakat acaba, Anayasamızın hükümet içinde mütalâa ettiği bakanların, İdarede yerleri yok mu ?

Bil'âkis... Bakanlar, en yüksek idarî âmirlerdir.

İlerde tekrar ve ayrıntılı olarak değineceğimiz gibi, her bakan, devletteki "merkezî idare" teşkilâtında, belli bir kamu hizmetini veya belli bir grup kamu hizmetini, o hizmetin "en yüksek âmiri" olarak yürütür.

Göreceğimiz gibi, devlet, bazı önemli kamu hizmetlerini bizzat kendi üzerine alır ve bunları "merkezî idare" denilen teşkilâtle çevirir. Bu tür kamu hizmetlerine "millî" veya "merkezî" kamu hizmetleri denilir. Bunların en önemlileri "bakanlık" lar şeklinde tertiplenen teşekküllerle verilir; daha az önemli veya teknik olanları, bakanlıklara bağlı teşekküllerce üstelenilir (bunların mahiyetlerini inceleyeceğiz).

Bakanlar, bakanlığın, yâni muayyen millî kamu hizmetlerinin en yüksek âmiriyet mevkilerini işgal ederler.

Demek ki, en azından, Anayasanın yaptığı (Bakanlar Kurulu - İdare) ayrımı burada içiçe geçmekte, İdarenin dorukları, hükümetin içinde yer almaktadır.

Başbakana gelince: acaba, onun, "yapısal" bakımdan İdare ile bir ilişkisi (organik bir ilişkisi) yok mudur ?

Doğrudan doğruya başbakanlığa bağlanmış ve başbakan tarafından yönetilen kamu hizmetleri bulunduğu gibi, bakanlar kurulu kararları aleyhine açılan davalarda, Danıştay kanununa göre "davalı" durumunda gösterilmek itibarıyla, başbakanın da İdare teşkilâtında bir âmiriyet mevkisini işgal etmekte bulunduğu inkâr edilemez.

Demek ki, Anayasamızın, şekil yönünden İdareden ayrı ele aldığı Bakanlar Kurulu (=Hükümet), yapısal açıdan İdarenin en yüksek kumanda mevkilerini kapsamaktadır.

Cumhurbaşkanının da, yapısal bakımdan İdareye dahil olduğu kabul edilmemekle beraber, kendisinin, gerekli gördüğü zamanlarda Bakanlar Kuruluna başkanlık edebileceğini (Anayasa mad.97/2) unutmamak lâzımdır.

O halde, en azından, Bakanlar Kurulunu, yapısal İdare kavramına dahil saymak yanlış olmaz.

Bu düzeyden aşağılara doğru inildikçe, karşılaşılan manzara, daha ilgi çekicidir.

Devlet, bazı kamu hizmetlerini, merkezî idarenin "idarî vesayet" dediğimiz denetimi altında tutmakla beraber, müstakil hukukî varlıklar ifade eden "kamu tüzel kişileri" ne yükler. Kamu tüzel kişileri içinde, devletin ekonomik hayata birer müdahalesini yürütenler de vardır. Zira devletin klâsik kamu hizmetlerinin yanı sıra, özellikle birinci cihan savaşından sonra belirginleşmiş olan ve a/ticarî, b/endüstriyel (=sınai) mahiyette bulunan "ekonomik kamu hizmetleri" de vardır.

Devletler, karma-ekonomi sistemlerinde, ekonomik faaliyete giriştikleri zaman, bu alanda, ekonomik gereklere uyacak, ekonomik kanunların icaplarına kolayca intibak edebilecek tipte kuruluşlar meydana getirirler ve hattâ "Anonim şirket" niteliği gösteren ve bu ismi taşıyan teşekküller kurarlar. Bu tipler, özel kişiler tarafından kurulan ve tamamen "Özel hukuk tüzel kişisi" mahiyet ve hüviyetinde bulunan kuruluşlara o derece yaklaşır ki, hangi noktada İdare'den özel sektöre geçilmekte olduğu çoğu zaman farkedilmez.

İşte, devletin ekonomik faaliyetlerinin bu kesiminde, "-Şu kuruluş İdare'dir", "-Şu kuruluşta Devletin bir rabıtası bulunmakla beraber İdare değildir" demek imkânsız olur ve bu anda yapısal kıstaslara ve sınırlara artık güvenilemez.

Demek ki, Devletin Yasama organı en net, Yargı organı ondan daha az olmakla beraber gene de yeteri kadar net belirlenebildiği halde, İdare organını bünyesinin bütün noktalarında ve kesimlerinde aynı netlikle belirlemek mümkün değildir.

Fakat sınır-alanları'nda görülen bu girift hâle bakarak, İdarenin yapısal kavramını bir yana bırakacak değiliz. Bu kavram bize çok lazımdır.

Ancak, bu kavramı "olumlu" ve "dolaysız" bir biçimde de ortaya koyamadığımızı göre, devletin öteki organlarının belirgin hüviyetlerinden yararlanmak mümkündür. Böylece:

Yapısal anlamda İdare, Yasama ve Yargı dışındaki tüm devlet kuruluşlarıdır demek, en az hatâ payı taşıyan bir tanımlama olur.

§ 3. Görevsel İdare

Devlet organları arasındaki ayrıma ve sınırlara yukarıda işaret ettik. O izahlarımız arasında bir nokta üzerinde önemle durmak gerekir: Organların arasında su geçmez bölmeler çökmeye imkân yok. T.B.M.M. dâşından bakan alınabilmesi 1961 Anayasasıyla imkân dahiline sokulmuş olmakla beraber başbakanın parlâmentodan gelmesi mecburîdir. Bütün bir bakanlar kurulunun da tabrikatta parlâmento dışından derlenmesi mümkün olamayacaktır. O halde Yasama-Yürütme arasında belli bir ölçüde tedahül (=birbirine dahil olma=ıçiçe geçme) muhakkaktır.

Ancak Anayasamız, organik olarak Yargı'yı diğerlerinden ayırmakta titiz davranmıştır. **Fakat**, mahkeme hüviyetinde bulunmamakla beraber yargısal tasarruf itti haz eden kuruluşların varlığı da söz götürmez. Bunlar, 1961 Anayasasının gereklerine henüz uydurulmamış eski teşekküller olmakla beraber, mevcuttur.

Görülüyor ki, yapılabilmesi en kolay olan organik sınırlama bile tamamen gerçekleşmiş değildir.

Aceba, bu organların görevleri ve bu görevleri yürütebilme hususunda sahip bulunmaları zorunlu olan "hukukî iktidarıları" nasıl ve ne derecede ayrılabilmiştir ?

Şimdi bu konuları ele alacak ve bundan "faaliyet hâlindeki İdare" yi (=görevsel İdare) çıkarmağa çalışacağız.

Yasama, Yürütme ve Yargı, bir devletin "hukukî fonksiyonları" dır. Hukukî fonksiyonlar, hukukî yetkilerle (=genel deyimile, hukukî iktidarlar'la) ifa edilebilir. Zira, bir hukukî fonksiyonun ifası demek, bu fonksiyondan doğması beklenen "hukukî neticelerin" elde edilmesi demektir. Bu neticeler, belli hukukî tasarruflarla elde edilebilir. Bu hukukî tasarrufların itti hazı, binnetice, fonksiyonun ifası demek olacaktır. Örneğin yargı fonksiyonu, yargısal tasarruflar itti hazı ile ifa olunabilir. Bunu yapabilmek için de, tasarruflar itti hazı ve bu suretle yargı fonksiyonunu ifa etmesini istediğimiz organın, yargı yetkisiyle donatılmak icabedeceği tabiidir.

O halde, şimdi, Görevsel İdare (=fonksiyonel İdare) yi tesbit edebilmek için türlü devlet tasarruflarının tahliline girişmek gerekecektir. Bunun sonucunda, artık İdare organının hangisi olduğunu araştıracağız değiliz tabii. Bakacağımız husus, bu muhtelif devlet tasarruflarından hangisinin veya hangilerinin İdare hukuku alanına girdikleri, İdare hukukunca tanzim edildikleri olacaktır. Bu tür tasarrufları itti haz edebilenler ise, organik bakımdan Devlet müessesesinde nasıl bir yer işgal ederlerse etsinler, o muayyen idari tasarrufu itti haz etmeleri hâlinde "idari bir görev" yapmış, idari bir faaliyette bulunmuş olacaklarından, böylece, artık "teşkilât olarak İdare" değil, bir "idari faaliyet" karşısında kalacağız.

Bu idarî faaliyete, İdare hukuku uygulanacaktır.

Şimdi, devlet fonksiyonlarını ve bunları ifa için gereken devlet yetkilerinin kullanılışı suretiyle ittihaz edilecek tasarrufların mahiyetlerini gözden geçirelim:

A.- Yasama fonksiyonu

Yasama fonksiyonunun T.B.M.M.ne ait bulunduğu, bu fonksiyonun ifasını mümkün kılabilen "yasama yetkisi" nin Anayasamızın 5 inci maddesinde T.B.M.M.ne tahsis edilmesinden anlamaktayız.

Ancak, Yasama kavramı üzerinde durmak zorunluğunu da duymaktayız.

Yasama nedir ? Eger bu, "genel normlar" koymak ise o zaman, Türk kamu hukukunda, her türlü genel normun sadece TBMM tarafından konulmayacağını da görüyoruz. Nettekim Anayasamızın değişik 64 üncü maddesi, TBMM'nin, bir kanunla, Bakanlar Kuruluna "Kanun hükmünde kararname" çıkarmak yetkisi verebileceğini söylemektedir. Bu kararnamelerin kural-tasarruf niteliğinde oldukları, yani "genel norm" koydukları ortadadır. Ayrıca Bakanlar Kurulunun tüzükler ve yönetmelikler yapma yetkisine sahip bulunduğu yukarıda işaret etmiştik (sf. 27). Bakanlar Kurulundan başka, münferit bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri de yönetmelikler yapabilmektedirler.

O halde, Anayasamızın TBMM'ne mahsus bir yetki olarak gösterdiği "Yasama yetkisi", devlet hukuku alanında herhangi bir mahiyette genel norm (kural-tasarruf) ittihaz yetkisi değildir. Ya nedir ?

Bunun cevabını Anayasadan çıkarmak mecburiyetindeyiz:

1/ TBMM Anayasa değişikliği yapabilir; yani Anayasa düzeyinde ve geçerlikte genel normlar koyabilir. Bu, TBMM'ne özgü bir yetkidir.

2/ TBMM, kanun koyar, değiştirir veya kaldırır. Yani kısaca "kanun" geçerliliği düzeyinde genel normlar koyar. Yukarıda 25 inci sayfada ele aldığımız "Kanun hükmündeki kararnama" lerin yapılabilmesi için TBMM bir "yetki kanunu" kabul ederse, buna dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bu tür kararnameler, yayınlandıkları gün TBMM'nin benimsemesine sunulacak, bunlar "öncelik ve ivedilikle" görüşülecek, ya uygun bulunacak veya değiştirilecek, yahut reddedilecektir. Ancak şu var ki, TBMM tâtilde ise, bu kararnameler aynen bir kanun geçerliliğiyle yürürlükte bulunacak, toplantı hâlinde ise de, bunlar, görüşülüp haklarında TBMM'nce bir karar alınıncaya kadar geçerliklerini sürdürecektir.

3/ TBMM, genel bütçe ve katma bütçe kanunlarını kabul eder; para basılmasına karar vermek onun yetkisidir; genel ve özel af ilânına yetkilidir; ölüm cezalarını o onaylar.

TBMM'nin bunlardan başka da, Anayasamızın çeşitli maddelerinde öngörölmüş yetkileri vardır.

Bütün bu yetkiler tahlil edildiği zaman TBMM'nin 1/Anayasa, 2/kanun, 3/İçtüzük yaptığı, ancak bütün kanunların da birer kural-tasarruf niteliğinde olmadığı, yani yukarıda "kural" kavramını incelerken gördüğümüz gibi "genel norm" ihtiva etmediği aşikârdır. Bir bütçe kanunu, aslında, belli devlet gelirlerinin ne suretle sarfedileceğini gösteren bir izin belgesidir. Para basılması hakkındaki kanun, ölüm cezasının onaylanması, bir yıllık bütçenin uygulanmasından sonra Sayıştay tarafından sunulan rapora göre "kesin hesapların" kapatılması, maddî mahiyetleri itibarıyla "kural-tasarruf" değildir.

O halde, evvelâ "Yasama" denilen faaliyetin, Anayasamıza göre, genel norm koyma ve kural-tasarruf ittihaz etme şeklinde anlaşılmalıyıp "Kanun koyma" (yani kural-tasarrufların ancak belli bir türünü koyma) şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret etmeliyiz.

İkincisi de, tüm "kanun" ların, birer kural-tasarruf olması gerekmektedir, böyle olmayabileceğini kabul etmeliyiz.

O halde kanun nedir ?

Bu durumda, kanunu, şu izahlarımıza göre, "genel normlar koyan bir tasarruf" veya diğer bir izahla "kural-tasarruf" olarak tanımlamayacağımıza göre, onu şekilî (=formel) ve usulî bir açıdan tanım-

layacak, fakat organik unsuru da ihmal etmeyeceğiz:

"Kanun, Anayasa ve İçtüzüklerin öngördüğü usuller izlenerek, TBMM tarafından bu isim altında izhar olunan irade'dir".

Niçin "bu isim altında", yâni "kanun ismi altında" kaydını ilâ-ve ediyoruz ? Sebebi basit: TBMM'nin, adına "kanun" demediği, "karar" demekle yetindiği öyle bir takım irade beyanları (=tasarrufları) vardır ki, genel norm ihtiva etmekte, kural-tasarıf niteliğinde bulunmakta, fakat "kanun ismi" verilmediğinden ötürü "kanun" sayılamamaktadırlar. Meselâ, TBMM'nin her cumhurbaşkanı seçiminin 101 pâre (=parça, defa) top atımıyla selâmlanacağı hakkında bir "karar" ı vardır ki, genel norm ihtiva ettiği halde, öyle uygun görülmüş, kanun denilmemiş, "karar" denilmekle yetinilmiş. Beride, meselâ bir kimseye vatana ettiği olağanüstü hizmetten dolayı "vatan hizmeti maaşı" verilmesini öngören bir irade beyanı vardı ki, bu, "kanun" adını taşımakla beraber bir genel norm niteliğinde değildir; Maliye bakanına TBMM'nin verdiği bir emir, bir özel norm niteliğindedir.

O halde, pozitif kamu hukukumuzda, kanun, bazı kitaplarda tanımlanan mahiyetteki bir tasarıf olmamaktadır. Yâni, hep kanun, mutlaka bir genel norm ihtiva etmemektedir.

Demek ki, Anayasanın "Yasama yetkisi TBMM'nindir" hükmünü koyan 5 inci maddesi karşısında, buradaki yetki'nin "kanun koyma yetkisi" olarak anlaşılması icabediyor. Bunu "hukuk kuralı koyma yetkisi" diye anlamak, gayri hukukî oluyor.

Madem ki Yasama yetkisi budur, buna "idari bir yetki" deye bilmek mümkün olmaz. Bu nedenle de bu yetkinin kullanılışı, İdare hukuku kurallarına tâbi kılınamaz.

Fakat, TBMM'nin, böylece tanımladığımız "yasama yetkisi" nin dışında kullandığı yetkiler hakkında ne diyeceğiz ?

Meselâ Millet Meclisinin veya Cumhuriyet Senatosunun "yasama" mahiyetinde olmayan faaliyetleri ve bunları kullanırken ittihaz ettikleri tasarruflar ?

Bunlar, yasama faaliyetinin "tamamlayıcısı" niteliğinde faaliyetler hâlinde cereyan edebilir ve yasama faaliyetine ilişkin ve İdare hukuku dışında kalan diğer kamu hukuku kurallarınca düzenlenir. Meclisler komisyonlarının ve genel kurullarının türlü faaliyetleri, bu mahiyette kabul edilmiştir.

Ancak TBMM'nin bu faaliyetini destekleyici mahiyette olmakla beraber "Yasama" işiyle ilişkili sayılmayan faaliyetler de vardır. Örneğin Meclislerin muhtelif idari memurları vardır. Bunların tayinleri, terfileri, emeklilikleri, başka surette görevden veya statüden alınmaları söz konusudur. Bu faaliyetler ve bunların ifası için ittihaz gereken tasarrufların mahiyeti nedir ?

Bunlar "idari faaliyetler" ve "idari tasarruflar" sayılmışlardır. Danıştay, C. Senatosu genel sekreterinin (ki destek hizmetlerindeki en yüksek memurdu) emekliliği hakkında Senato başkanlığınca verilen bir karar aleyhine açılan bir iptal davasını kabul etmiş ve emeklilik kararını iptal eylemiştir. Danıştaya göre, Senato genel sekreterinin emekliliği hakkındaki karar, yasama faaliyetiyle herhangi bir şekilde ilişkili sayılmayacak "idari" bir karardır. Gerçi bu kararı ittihaz eden Senato başkanıdır ve başkanlık Yasama organına dahil bir merci'dir, fakat başkanlığın buradaki kararı, yasama yetkisiyle ittihaz edilmemiştir, yasama fonksiyonuyla ilişkili bulunmamaktadır. İdari bir fonksiyon ifa edilmiş, bunu ifa için kullanılan yetki de bittabi idari mahiyette bulunmuş, idari yetkinin kullanılışı sonucu ortaya çıkan tasarıf "idari tasarıf" sayılmıştır.

O halde, sonuç olarak şu söylenebilir: Yasama organı topluluğu içinde, ittihaz edilen her tasarıf, mutlaka bir yasama tasarrufu olmayabilir. Fazan bir idari tasarıf da olabilir. Demek ki, bu organın -ne ölçüde ve hangi konuda olursa olsun- idari fonksiyonu bulunabilmektedir. Burada, "organ" olarak İdare karşısında değiliz; "fonksiyon olarak idare" yâni "görevsel idare" karşısındayız.

B.- Yargı fonksiyonu

Devlet kavramının delâlet ettiği bir uygunluk derecesine ulaşmış olsun olmasın, her toplumda yargı işi, Hukuk düzeninin ihlâlîni önleme demek olan asayiş (=huzurun sağlanması) ile başta gelir. Düzensiz toplum hayatı olamayacağına ve bir toplumun varlığı herşeyden önce, onun dağılmasını sonuçlayacak hukuk ihlâllerine yer vermemeğe bağlı bulunduğuna göre, bir ihlâlîn vâkı olup olmadığının tesbiti işi, o ihlâlî, hattâ önlemekten de önemlidir. Zira, bir hareketi önlerken, bunun bir hukuk ihlâlî teşkil etmekte olup olmadığı her zaman tam bir kesinlikle bilinmeyebilir. O halde, zaman zaman, hukukun ihlâlî önleniyor sanılarak bizzat hukuku ihlâl etmek de mümkündür. Fakat hayatî olan iş, hukuku müeyyedelerini uygulayarak ayakta tutmaktır. Yeteri kadar ve daima geçer olması sağlanamayan bir kural, hukuk kuralı olamaz; hukuksuz da toplum olamaz.

Bir davranış, hukuku ihlâl etti mi, etmedi mi ? Daha bu soru ortaya konulurken bile görülüyor ki, iki yönlü iddiada bulunabilmek mümkündür. Fakat, aslında, soruyu cevapsız bırakmak mümkün değildir. Bu cevap bulunacak ve artık kimsenin, aksini iddia ve ispata girişemeyeceği kesin bir cevap olacak, tâbir câizse, "son söz" olacaktır.

Bir kanun, devletin "son sözü" demek değildir; yürürlükte olacağı bir süre vardır; o sürece son söz sayılabilir; fakat yürürlükten kalktığı veya değiştirildiği zaman "son söz" olma vasfını derhal kaybeder. Kanun koyucu, kanunları yaptığı gibi, değiştirebilir ve kaldırabilir de. Kanunların belli ömürleri vardır.

Devletin diğer kararları da böyledir. Fakat, yargı bunlardan, bu bakımdan tamamen ayrılır. Yargının son sözü, ebedîleşir. Örneğin bir davranış, bir hukuk ihlâlî teşkil etmiş ve yargı da, bunu böylece tesbit etmiştir. İlerde aynı davranış, kuralların değişmesiyle, artık bir hukuk ihlâlî olmaktan çıkabilir; fakat yargının vaktiyle tesbit ettiği bir ihlâl, böylece hukuka uygun bir hareket mahiyetini kazanmaz. Böyle bir ihlâl, henüz müeyyede uygulanmamışsa, artık böyle bir uygulamayı doğurmayabilecektir; müeyyedenin uygulanması sürüyorsa, bu uygulama durabilecektir; fakat geçmişteki bir belli zamanda, o zamanın yürürlükteki kurallarının ihlâl edilmiş olduğu vakasını, hukuk düzeninden silmeğe imkân yoktur. O, geçmişte kalmıştır; fakat bir ihlâl olarak kalmıştır. Salt bir ihlâl keyfiyetinin tesbiti ile, buna bir takım müeyyedelerin uygulanması veya uygulanmaması hâdisesini, böylece birbirinden ayırd etmek gerekir.

Yargı fonksiyonu, insanlar tarafından yerine getirildiğine göre, insanlara mahsus olan "hatâ", bu fonksiyonun ifasında da pek âlâ vukua gelebilir; ve gelir. "Adlî hatâ" denilen şey de esasen bundan ibarettir. Yargı, bu derece hayatî bir fonksiyon olduğuna ve bu fonksiyonun ifasıyla varılan "hukuka aykırılık" veya "hukuka uygunluk" hükmü de bu derece değişmez bir nitelik taşıdığına göre, yargıdaki hatâ ihtimalini azaltarak neticede onu imkânsız kılmaya yönelik tedbirler de pek büyük önem taşır. Bu tedbirler, gerek yargıda izlenecek usul, gerek bu usulü izleyecek olan kişilerin yetenekleri bakımından ikiye ayrılır. Ve hukuk bilginiz arttıkça göreceğiniz gibi, devletin hiçbir faaliyeti, yargısal faaliyet kadar titiz ve ayrıntılı düzenlenmemiş ve kamu görevlilerinin hiç bir kategorisinde yargıçlar kadar seçkin nitelikler aranmamış ve bu nitelikleri ideal bir şekilde kullanarak bu usulü ideal bir tutumla izleyebilmek için yargıçlara tanınan statü, hiçbir kamu görevlisine tanınmamıştır.

Tüm insanlık ve hukukçular da, asırlardanberidir bu konuda gösterdikleri hassasiyeti devlet hayatının başka hiçbir kesiminde bu derece yüksekliğe ulaştırmak zorunluluğunu görememişlerdir. Gerçekten yetersiz ve bozuk bir hukuk, düzeltilebilir, tamamlanabilir; zararlı bir durumdan, yararlı bir duruma sokulabilir. Kurallar değişir ve zararlı kurallar artık toplum yaşantısını kötü durumlara sokamaz olur.

Fakat bozuk bir yargı, uygulanan veya uygulanacak müeyyedeler bakımından topluma zararlı bir halden çıkarılrsa bile, dediğim gibi, hukukun ihlâl edilmiş olup olmadığı yolundaki "yargısal gözlemler" silinmeyeceğinden, manevî zararlarını sürdürüp gider.

Bu mülâhazalar, tarih boyunca bütün insanlığın ve hukukçuluğun derdi olmuştur. Yasama ve yürütmeyi, organ ve fonksiyon olarak ayırmayan, bir tutan anayasalar vardır. Gene de hürriyetler sürer. Fakat yargı, gerek yapısal gerek fonksiyonel bakımlardan, diğer iki fonksiyondan tam anlamıyla ayrı tutulamazsa, zaman, kişilerin özgürlüklerinden söz edebilmek olanağı azalarak nihayet tamamen ortadan kalkar. Montesquieu "Yargı iktidarı, yasama ve yürütme iktidarlarından ayrılmamışsa hiçbir hürriyet yoktur"-der (De l'Esprit des Lois, Livre onzième, Chap.VI,§5).

Yargı usûllerini ideal biçimine sokmakla uğraşan insanlık, bu biçimleri bulmuştur. Gerek hukuk yargılamasında, gerek ceza yargılamasında, mutlaka var olması ve uygulanması gereken ilkeleri göreceğiniz gibi, biz de bunların bir kısmına yer yer değineceğiz; çünkü bizde de " idarî yargı" vardır.

Yargıçlara gelince: mükemmel bir statünün ne gibi hükümleri ve özellikleri taşıması icabettiği de, evrensel görüşlerle ortaya konulmuştur. Anayasamızın 132 ve 133 üncü maddeleri bu ilkelerin en başta gelenlerini zikretmektedir: Hâkimin âmiri olamaz; hâkimler hiç kimseden emir alamaz; "Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler". Hâkimler azlolunamaz; kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan (65 yaş) önce emekli edilemez; bir mahkeme kaldırılrsa veya bir hâkimin kadrosu lâğvedilse bile, hâkimler, aylıklarından yoksun bırakılamaz. Hâkimler, kanunda belirtilenden başka genel veya özel hiçbir görev kabul edemez. Bizde ayrıca, adliye hâkimlerinin bütün özlük işleri, gene hâkimlerden (Yargıtay hâkimlerinden) kurulu bir Yüksek Hâkimler Kurulu'na verilmiştir.

Bu kadar hayatî olan, "kutsal" sayılan bir görevi yapan hâkimlere, bütün bu bağımsızlıklarına ve teminatlarına karşılık, ne derece ağır ve insan-üstü sorumlulukların düştüğü âşikârdır. Mecelle, dinsel bir kural olmasının yanı sıra, evrensel bir kural da olan 1792 nci maddesinde aynen şöyle söylerdi: " Hâkim, hakîm (=bilgin), fehîm (=akıllı, anlayışlı), müstakiym (=dürüst) ve emîyn (=güvenilir), mekiyn (=vakarlı=temkinli), metiyn (=dayanıklı) olmalıdır".

Fonksiyonun mahiyeti hakkındaki bu kısa açıklamadan sonra, bunun nasıl bir tasarrufla ifa edildiğini görelim:

Yargısal bir tasarrufun ittihaz edilebilmesi için evvelâ ortada, "hukuk düzeninin ihlâli" iddiasının bulunması şarttır. "İhlâl (=çığneme)" iddiası olmaksızın bir hakkın varlığı veya yokluğu üzerindeki çekişmeler, her türlü durumda bir yargı tasarrufunun ittihazına yol açabilecek birer dürtü (=tahrik) olamazlar. İhlâl iddiası, gerçi bizatîhî kesin bir gözlem değildir ve aslında böyle bir iddia karşısında bu gözlemi yapabilecek olan da yargı fonksiyonunu ifa ile görevlendirilmiş kişi (=yargıç) dir; ancak iddia, mâkul (=akla yakın) ve ciddi olmalıdır; iddia, bunu ileri sürecektir olanlar için, çekişme sonucunda ciddiyetle ulaşılmış bir kanı (=kanaat) olmalıdır.

Böyle bir iddia üzerine, gerçekten bir ihlâl'in vuku bulup bulmadığının tesbiti safhası gelir. Bu tesbit, bir gözlem (=constatation) dir.

Bazı hukukçular, işi burâda keserek, "ihlâl iddiası" ile "gözlem" i yeterli unsur saymışlardır.

Fakat yetmez. Zira, evvelâ, böyle bir iddia karşısında, gerçekten bir ihlâl'in vuku bulup bulmadığına dair olan araştırma sonunda yapılacak tesbitin mantikî bir sonucu da bulunmalıdır. Fikrî ameliye, gözlem'le kapanamaz. Netice ne olacak ? Gerçekten ihlâl vuku bulmuşsa, hukuk düzeni sarsılmış demektir; bu düzenin yeniden tesisi ve sarsılmamış gibi bir hâle getirilmesi gereklidir ki, bu da, gözlem'in

ardından, ne türlü bir müeyyedenin uygulanacağını belirtmesiyle mümkündür. Bu belirtme "hüküm" (=judgment) dır.

Lâkin, aceba 1/ ihlâl iddiası, 2/ gözlem, 3/ hüküm, bir yargısal tasarrufu, diğer bütün devlet tasarruflarından ayırt etmeğe yeter mi ?

Yetmeyeceği kanısındayım. Örneğin, arsanızın üzerine bir yapı yapmak için "ruhsat" (=izin) almak üzere başvursanız; bu izni size verebilecek mevkiideki kamu görevlisi, üstelik de pek açık-seçik olan bir takım hukuk kurallarını tanımazlıktan, görmezlikten gelecek bu izni size vermese, siz haklı olarak bu görevlinin Hukuku ihlâl etmekte olduğu kanısına ulaşırsanız, onun âmirine başvurarak bu ihlâli bildirseniz, âmir durumu incelese, istediğiniz iznin Hukuka aykırı bir şekilde reddedilmiş olduğu gözlemine ulaşsa ve bunun sonucunda da, inşaat ruhsatını o size verse veya verilmesini sağlayıcı kesin emir gönderse, yapılan bu işin, yargısal bir fonksiyon ifası demek olduğunu ve sonunda İdareden kopardığınız ruhsatın da bir "hüküm" mahiyetinde bulunduğunu söyleyebilir misiniz ?

İzin isteğinizi başlangıçta reddeden görevli, Hukuk kurallarını sizin kadar isabetli bir şekilde yorumlamamış veya inşaatınızın özelliklerini yeteri kadar anlayamamış da olabilir. Bu nedenle, isteğinizi ret konusunda o da samimi olabilir; siz de isteğinizde direnmekte pek samimî olabilirsiniz. Başvurduğunuz görevli, Hukuku ihlâl etmekte olduğunu, yâni Hukuken size vermekle yükümlü bulunduğu izni vermemek suretiyle Hukuku çiğnediğini de bilemeyebilir. Onun âmirine gittiğiniz zaman, âmir, böyle bir ihlâlin vâkî olup olmadığını incelemekte ve ihlâlin vâkî olduğu yolunda bir "hukukî gözlem" de bulduktan sonra, bunun mantıkî sonucu olarak size, ruhsatı vermektedir. Bir yargısal tasarruf karşısında mıyız ?

Aksini düşünelim: Hukuku ihlâl eder şekilde bir inşaat ruhsatını koparmağa muvaffak oldunuz; size ruhsatı veren kamu görevlisinin işlemlerini denetlemekle yükümlü ve yetkili olan âmir, bunun farkına varı ve sizi çağırarak, verilen ruhsatı yok sayacağını bildirdi; hukukî bir çekişme başladı; karşınızdaki âmir, bu çekişmeyi daha üst bir âmire ulaştırdı; o bir tesbit yaptı; Hukukun ihlâl edilmiş olduğunu gördü ve bu ihlâlin müeyyedesini olarak da, almış olduğunuz ruhsatı iptal etti... Bir yargı tasarrufu karşısında mıyız ?

Bu soruya "-Evet" diyebilen varsa, ben söyleyeyim ki, bu üst âmirin, elinizdeki ruhsatın iptali hakkındaki kararı üzerine, siz, mahkemeye (=burada Danıştaya) gidebilirsiniz. Bir dava açarsınız.

Demek ki, iş bitmemiş ve son söz söylenmemiş. Halbuki daha başta anlattığım gibi, yargı'nın amacı ve görevi, bir ihlâlin vuku bulup bulmadığı hakkında son söz'ü söyleyebilmektir.

O halde, 1/ iddia, 2/ gözlem, 3/ hüküm yetmiyor. Buna bir unsur daha eklemeliyiz: "Kesin hüküm (=muhkem kaziiye=chose jugée)"...

Kesin hüküm veya eski deyimle "muhkem kaziiye", aksinin, değil ispatına, fakat iddia edilebilmesine bile Hukuken cevaz bulunmayan irade beyanı (=tasarruf) demektir.

O halde, üçüncü unsur olarak zikrettiğimiz "hüküm", bir "kesin hüküm" olmalıdır; yâni, bunun aksini değil ispat, fakat iddia edebilmenize bile Hukuk müsaade etmemelidir.

Halbuki şu yukarda verdiğim "inşaat ruhsatı" hikâyesinde, mahkemeye gidebiliyorsunuz. Nâçin ? Üst âmirin verdiği kararın Hukuku ihlâl ettiğini iddia ederek, bunun böylece tesbiti sağlamak ve Hukuka uygun bir çözümü almak için...

O halde, dördüncü unsur, kendiliğinden ekleniyor: Hukukun ihlâli iddiası üzerine başlayan gözlem sonucu, varılacak hüküm, bir "kesin hüküm" olabilmelidir.

└ Bir mahkemenin her baktığı dava sonunda verdiği hüküm, "kesin hüküm" niteliğinden olmayabilir; tenyiz müracaatı ile, bu hüküm, daha üst bir mahkemede incelettirilebilir. Fakat vaktinde müracaat edilmezse, hüküm kesinleşir; müracaat edilip de onanır-

sa kesinleşir; bozulur ve tekrar bir hüküm tesis edilerek o hüküm onanırsa, kesinleşir. İlerdeki derslerde göreceğiniz "yargılanmanın yenilenmesi" veya "kararın düzeltilmesi" gibi başvurmalar, "kesin hüküm" kavramını sarımsı nitelikte değildir; bunlar, adli hatâlara karşı, kanunun istisnaî olarak tanıdığı, olağanüstü kanun yolları'dır. 7.

Bu "yargısal tasarruf" kavramı, Hukukta, bütün tasarruflar içinde, en çok tartışılan, tartışılmasının arkası alınmayan bir tasarruf türüdür. Normativist hukuk teorisini (sf.111 ve 17) İdare hukukuna uygulayanlar arasında önemli bir yer tutan Paris Hukuk fakültesi profesörlerinden Charles Eisenmann (=Ayzeman) bu saydığımız unsurları da yeterli bulmaz. Zira, bir irade beyanının hangi koşullar içinde "kesin hüküm" niteliği kazanacağına tesbiti kolay olmadığı gibi, idarî nitelikteki kararlar arasında da "kesin hüküm" niteliğine ulaşabilenler olduğunu söyler. Örneğin, bir idarî karar aleyhine, kanunî süre içinde idare mahkemesine başvurulmazsa, bir daha bu idarî karara bozdurmak hususunda ferdin başvurabileceği bir yol bulunamayacağını söyler. Bu, İdarenin karşısındaki kişi açısından bakılınca doğrudur. Fakat gene de arada pek önemli ve yargısal tasarruftan başka hiçbir tasarruf türünde rastlanmayan bir fark vardır ki o da, "kesin hükmün, onu ittihaz eden mercii de bağlaması" dır.

Bu çok önemli noktaya dikkat ediniz: Bir idarî karar aleyhine süresi içinde dava açılmazsa, gerçi o karar, fert bakımından kesin hüküm gibi bir "i'tiraz kabul etmez" (=inattaquable) nitelik kazanır; fakat salt bu nitelik, aynı İdareyi, kendi kararını değiştirmek veya ortadan kaldırmaktan alıkoymaz. Ferdin artık aksini iddia veya ispat edemeyeceği ve zamanında idarî mahkemeye götürülmemiş olan ve kesin bir bağlayıcılık kazanan idarî karar, bizzat onu ittihaz eden idareyi de aynı şekilde bağlamaz; İdare, bu kararını Hukuka aykırı bulur veya onun "isabetsiz"liğine kanaat getirirse, onu kaldırabilir; değiştirebilir.

Kesin hüküm ise, onu ittihaz eden mercii de bağlayan bir irade beyanıdır. Hatta bu "bağlayıcılık", henüz kesinliğe ulaşmamış mahkeme hükümlerinde de vardır.

Söyle ki, bir mahkeme, bir dava sonunda, bir hükme ulaştıktan ve bunu tesbit ettikten sonra, ona bir daha kendisi de elsiyemez. Buna "kesin hükmün dokunulmazlığı" veya "kesin hükmün tamamıyeti" (=intégrité du jugement) denilir.

Yanlış verilmiş bir karar dahi olsa, taraflar bunu kabul ederlerse, hâkim en açık-seçik bir yanlışlık karşısında bile, artık buna elini süremez. Tekrar dokunabilmesi ve kararını düzeltilmesi için, tarafların fevkalâde kanun yollarına başvurmaları lâzımdır ki, bu durumda bile, hâkimin, kendi kararı üzerine dönüp düzeltme yapmak hususunda tam bir serbestliği gene yoktur. Bu kanun yollarının ayrıntılarını ve açabileceği imkânları ilerde göreceksiniz.

Kesin hükmün bu mahiyetini unutmayınız.

C.- İdarî fonksiyon

Evvelâ, Yasama ve Yargı fonksiyonlarından sonra, üçüncü ve son olarak ele aldığımız devlet fonksiyonuna, niçin "Yürütme fonksiyonu" demeyip, "İdare fonksiyonu" dediğimi açıklayalım: fonksiyonel anlamda, Yürütme, İdare'den ibarettir. İdarî faaliyetten ayrı, müstakil bir Yürütme faaliyeti yoktur ve "Yürütme" denilen görev, idarî tasarruflarla ifa edilir. Sebep budur. "İdarî tasarruf" tan ayrı bir "Yürütme tasarrufu" türü bulunmamaktadır.

Konunun esasına gelince:

Yasama'nın bir faaliyet, bir görev olarak mahiyetini inceledik ve bunun sonucunda, "Yasama fonksiyonu, yasama tasarruflarıyla ifa edilebilen fonksiyondur" dedik. Yasama tasarruflarının türlerini de gösterdik.

Yargı fonksiyonu için de benzeri bir sonuca vardık. Yargısal fonksiyon, yargısal tasarruflarla ifa edilebilen fonksiyondur dedik. Yargısal tasarrufun unsurlarını saydık; tartıştık.

Bundan ötesinde, bir kısım hukukçular (pek azı), İdare fonksiyonunu, diğerleri gibi direkt (=dolaysız) yoldan tanımlama teşebbüsüne girişmişlerdir. Bu husustaki tartışmalar, lisans seviyesinin üstünde kalır. Fakat şüphesiz bunlara, kısaca da olsa değinmekte fayda vardır.

Evvelâ, bir kelime çabukluğu yapılarak İdare (veya Yürütme), kanunları uygulamaktır diyenler vardır.

Buna cevaben: Hâkimler ne yapıyor? Onlar kanunları uygulamıyor mu? diye sorulduğunda, "-Hayır, onlar gözlem yapıp sonucu bildiriyorlar, kanunları uygulayan İcra daireleridir, Kolluk kuvvetleridir, yâni İdaredir" denildiği de görülmektedir.

Burada, "uygulama" ne demektir? sorunu ortaya çıkar.

Bir kanunu uygulamak, mutlaka ondan fiilî (=maddeler âleminde, fizik âlemde) bir sonuç almak değildir. Salt hukukî olan uygulamalar da vardır. Meselâ, bir kanun, kendi uygulanışını düzenlemek için İdareye bir tüzük yapıp yürürlüğe koymayı emredebilir. Tüzük yapmak, kanunun bir emrini uygulamaktır, fakat salt tüzük yapmaktan fizik âlemde, maddî âlemde hiçbir sonuç elde edilmiş olmaz.

Hâkimler, hükümlerini mevcut ve belli hukuk kurallarına göre verdiklerine nazaran, bu hükümlerle ortaya çıkan hukukî durumlar, birer uygulama sayılmayabilir mi? Karşılıklı hak iddia eden kişilerden birinin haklı, ötekini yükümlü olduğunu belirtmek, bir Hukuk uygulaması yapmaksızın nasıl mümkündür? Hâkim, böyle bir belirtmeyi havadan yapıyor ki; hukuk düzenine girmiş genel ve/veya özel normlarla dayanarak yapıyor; o halde, bu normları, eldeki anlaşmazlığa uygulamak suretiyle, bu normlardan bir sonuç çıkarıyor.

Hele, her mahkeme kararının, icra yetkilileri veya kolluk kuvvetlerince uygulanabilecek bir hükmü olmak şart mıdır? Meselâ, hâkim bir kâzâi rüde hükmetse, bunun İdarece uygulanacak hangi tarafı vardır? Uygulanacak bir sonucu yok diye, ortada bir mahkeme kararının bulunmadığını mı söyleyeceğiz?

Veya hâkim, maddelerine dayanılarak hak iddia edilen bir sözleşmenin butlanına hükmetse, bunun maddî âlemde ne gibi bir uygulaması olur? Belki, verilen geri alınır, deneyecektir. Fakat ya henüz hiçbir şey verilmemişse?... Ama beri taraftan, hâkimin böyle bir butlan hükmünü, tamamen kendi kafasından mı çıkardığı söylenecek? Bu hükmü vermek için Borçlar kanununu uygulamadı mı?

Ya parlamento ne yapar? Hiç kendi yaptığı kanunları gene, sırf hukuk âleminde sonuçlarını vermek üzere kendisi uygulamaz mı?

"Uygulama", aslında, normların verdikleri yetkileri kullanma demektir. Bu yetkiler, gene başka normların doğması gibi, maddî hiç bir tezahürü bulunmayan hukukî sonuçlara ulaşabilirler. Hattâ bu açıdan bakılınca, devletin tüm fonksiyonları hep uygulamadır, yâni kelime anlamıyla "yürütme"... Hukukî yürütme, fizik yürütme...

O halde, üç fonksiyon arasında, özel olarak "Yürütme" diye zikredilenin işi nedir?

Bu, Yasamaktan ve yargılamaktan başka, devletin, topluma karşı üstelendiği diğer bütün hizmetleri görmektedir ve bu fonksiyon idari tasarruflarla yerine getirilebilir.

Diğer bir ifadeyle, kamu hukukunda, devletin yasama ve yargı tasarrufları dışındaki bütün tasarrufları aynı ve bir tek hukukî tür'dedir. Bunlara idarî tasarruf denilir. Bir dördüncü tür (şimdilik) yoktur.

Bu durumda "faaliyet hâlindeki İdare" (=görevsel İdare'den maksat, idarî mahiyette tasarruflarla ifa edilen bir fonksiyon olmaktadır.

Bu durumda, faaliyet anlamındaki İdare (=görevsel İdare), ister istemez, yapısal (=organik) İdareden daha geniş kapsamlı olmaktadır. Zira, yukarıda ayrıntılarıyla anlattığımız gibi, Yasama organı sadece "kanun" yapmamakta, böylece Yasama tasarrufu niteliğinde bulunmayan tasarruflarla da bazı faaliyetler icra etmektedir. Bunlar arasında, Yasama organının "yargısal mahiyette" tasarruflarına rastlamadığımızı göre, demek ki, Yasama organının yasama tasarrufu niteliğinde olmayan tasarrufları, "idari tasarruflardır"; böyle olunca da, bu tasarruflar vasıtasıyla Yasama organının icra ettiği bazı faaliyetler de "idari" faaliyetler niteliğini göstermektedir.

Yargı organları da, hepsi yargısal nitelikte tasarruflar ittihaz etmiyorlar. Yargı organlarının "çekişmesiz yargı = nizâsız kazâ" denilen cinsten görev ve faaliyetleri de vardır. Bunlar birer "kanun yapma" olmadığına ve olamayacağına göre, demek ki idari tasarruflarla icrası gereken, mahkemelerde icra edilmekle beraber "idari" nitelikte olan faaliyetlerdir. Gerçekten, nizâsız kazâ, mahkemelerin, bir ihtilâl mevcut olmaksızın, gördükleri işlerdir. Meselâ boşanmış olan bir karı-kocanın, tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri hâlinde, hâkimin "iddet müddeti" ni kısaltmak veya evvelce verdiği evlenme sağlığını kaldırmak yahut kısaltmak hususundaki kararı (MK.mad.95, 96) "ihtilâl" yani hukukun ihlâl edildiği yolunda bir iddia ve çekişme unsuru mevcut olmaksızın, mahkemeye ittihaz edilen bir tasarruftur ve bu unsur mevcut olmayınca da, ortada bir yargısal tasarruf olmaz. Gene meselâ Medenî k.nun 274 üncü maddesine göre, hâkim, bazı sebeplerle ve ortada bir ihtilâl, bir dava olmasa da, ana veya babayı, çocuk üzerindeki velâyet hakkından mahrum edebilir. 272 nci maddeye göre, ana ve baba, vazifelerini ifa etmedikleri takdirde hâkim, çocuğun himayesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Burada kimseyle kimse arasında bir ihtilâl da yoktur. Verilen sonuç (=hüküm) da bir mahkemeye teşkil edebilmek niteliğinden yoksundur. Mahkemenin bu gibi tasarrufları "idari" niteliktedir.

Ama gerek Yasama organının "kanun yapma" veya kanun yapmaya yönelik olmayan faaliyet ve tasarrufları, gerek mahkemelerin yukarıda örneklerini verdiğimiz faaliyet ve tasarrufları, "idari" olup da bunların hepsi İdare hukukuna tâbi, İdare mahkemelerinin denetimi altında bulunamayabilir. Fakat mahiyetleri idaridir. Sonra bir de, mahkemelerin bazı faaliyetleri dolayısıyla fertlere verilen zararlardan, devlet, idare hukuku kurallarına göre, idare mahkemeleri tarafından sorumlu tutulur. Meselâ mahkemeler tarafından emanete alınmış para ve sair değerlerin kaybı, zimmete geçirilmesi gibi hallerde, icabeden tazminat, idare hukukundaki sorumluluk hükümleri uyarınca ve idare mahkemeleri önünde devletten istenir.

Bütün bunlara karşılık, organik İdarenin, fonksiyonel bakımdan Yasama veya Yargı niteliğinde faaliyetleri ve yasama veya yargı tasarrufları yoktur.

Görülüyor ki, görevsel idare, organik idareden daha geniş bir kavramdır ve İdare hukuku, organik (=yapısal) İdareyi düzenlediği gibi, görevsel idare dediğimiz ve devlet organlarından hangileri tarafından yürütülürse yürütülsün maddî bakımdan "idari" olan faaliyeti de tanzim eder (kanunî istisnalar hariç).

D. Kesim'in sonuçları

Görüyorsunuz ki "Kuvvetler ayrımı" denilen ve aslında "İktidarlar ayrımı" olarak anılması gereken teori, sert ve şaşmaz bir uygulamaya ulaşmamakta, böyle bir uygulamadan devlet hayatı için gerçek yararlar da pek çıkmamaktadır.

Evvelâ, organlardan bazıları belli ölçüde içiçe geçebilmektedir (=tedahül edebilmektedir). Yargı organını mutlak surette diğerlerinden ayırmak, kesin bir zaruret olarak kendisini her demokratik ve

hürriyetçi rejimde kabul ettirmekte ve yargı iktidarının sadece bu organa mahsus kılınması, Hukuk devletinin kaçınılmaz bir şartı olmaktadır. Bu organın, tamamen yargısal olmayan işlerle görevlendirilmesi mümkün bulunmakla beraber, bunun da, organa, hüviyet ve mahiyetini ikili bir görünüm altına sokacak kadar geniş bir ölçüye varmaması icabeder.

Yargı organının, tamamen yargısal olmayan ve binnetice yargı iktidarının kullanılmasını gerektirmeyen görevleri (fonksiyonları) bulunmaktadır. Bunlar, idari bir mahiyet ifade eder.

Yasama işi, Anayasamızda genel olarak "Kural (=genel norm) koyma" işi olarak tanımlanmıştır. Yasama fonksiyonu, teknik ve Anayasamızın kabul ettiği anlamda "kanun" adıyla ve kanun geçerliği derecesinde kural koyma demektir. Yasama tasarrufu da, bu fonksiyonun ifasını mümkün kılacak tasarruf türü olarak anlaşılmalıdır. Kanun koyma anlamında "yasama" ve buna matuf olan "yasama fonksiyonu" ve "yasama iktidarı" TBMM'nindir. Burada, "Kanun hükmündeki kararname" usulü ile, Yürütme organına bir iştirak sağlandığını kabul etmek de lâzımdır. Ancak, Yasama organının salt yasama niteliğinde olmayan faaliyetleri bulunduğu ve binnetice bu faaliyetlere uygun "hukukî iktidara" sahip olduğuna da yukarıda işaret ettik. Bu suretle Yasama organı, idari fonksiyon alanına girebilmekte ve idari nitelikte tasarruf ittihaz etmektedir.

Yürütme diye bir organın varlığına rağmen, bunun tasarruflarının "maddî anlamda" tahlili, bize, bunların tümünün idari nitelikte bulunduğu sonucunu vermektedir. Yürütmenin yargısal tasarrufu olmadığı gibi, yasama tasarruflarına iştiraki de "Kanun kuvvetinde kararname" sınırları içinde kalmaktadır.

Görülüyor ki, Yürütme ile Yasama organları arasında, mevcudiyetine işaret ettiğimiz organik (=yapısal) tedahül, Yasama ve Yargı organlarının kısmen, idari nitelikte tasarruf da ittihaz edebilmeleri, mümkündür; teorideki sertliğe uymasa da, devlet hayatı için yararlı görülmüş, sakınca göstermemiştir.

Neticede, karşılaştığımız bulgular da şunlardır: Yargı ve Yasama organları, idari görev alanlarına girebilmekte ve idari nitelikte tasarruf ittihaz etmektedirler. Demek ki belirli ölçülerde, idari iktidara sahiptirler. O halde, devlet hayatında, idari nitelikteki faaliyet, diğer iki faaliyetten daha geniştir. İdareye gelince, onun, yasamaya (Kanun hükmündeki kararname alanı dışında) önemli hiçbir müdahalesi yoktur; Yargısal görevi ve iktidarı da bulunmamaktadır. O, kendi alanı içinde kalıyor. O halde, faaliyet hâlindeki idare, yapısal idareden daha yaygın, daha geniştir.

Bundan ötesinde, vuku bulabilecek daktilo hatâları gibi maddî hatâların dışında, görevsel (=fonksiyonel=faaliyet mahiyetindeki) idareyi kastederken, kelimeyi küçük harfle (i) olarak yazacağız. Yapısal (=organik) idareyi kastederken de, büyük harfle (İ) olarak yazacağız.

Ayrıca bir hususu önemle göz önünde tutunuz: Yapı olarak da, faaliyet olarak da Yürütme'yi incelediğimiz zaman, bunun İdareden ibaret olduğunu gördük.

E. Anayasamızdaki "Görev" ve "Yetki" kavramları ve İdarenin yasamızdaki yeri, önemi.

Anayasamıza baktığımız zaman, bizim "hukukî iktidar" kavramından hareketle kullandığımız "yasama iktidarı", "idari iktidar", "yargı iktidarı" gibi terimleri bulamazsınız. Biliyorsunuz, biz "hukukî iktidar" terimini, Hukuk kuralının (genel olarak normların) kişilere verdiği "hukukî güç", "hukukî imkân", kişilere açtığı "Hukuk yolu" olarak kullanageldik. Bu hukukî iktidar dediğimiz şeye, özel hukukta "sübjektif hak", kamu hukukunda ise "devlet yetkisi" denildiği hatırlatırım. Bunu daha başlangıçta belirtmiştim.

kanun, hattâ Hukuk Devleti ilkesinin, İdareden beklediği, yerine getirilmesini istediği bir vazifedir. Konulacak normların soyutluk ve genellik dereceleri itibarıyla, bu vazifenin sınırları tam olarak tesbit edilemese bile, böyle "müstakil" bir düzenleme alanının varlığı, devlet hayatının zaruretleri sebebiyle, söz götürmez.

İdare, aslı olarak bir "düzenleme yetkisi" ne sahiptir. Kanun koyucunun, bu yetkinin kullanma alanına girememesi lazımdır.

BÖLÜM IV

İ D A R İ T E Ş K İ L Â T

Yapısal İdare'yi tahlil etmiş ve tanımlamıştık (Sf.42 ve devamı). Şimdi bu bölümde, İdarenin tertiplenmesindeki sistemleri ve bunun ardından da devletimizin idarî teşkilâtını inceleyeceğiz.

Ş 1. İdare sistemleri

Yasama ve yargı dışındaki kamu hizmetlerini yürüten İdare, tarih boyunca iki ana sistemə sahip olagelmıştır: Merkezden yönetim (=merkeziyet) ve Yerinden yönetim (=adem-i merkeziyet). Ancak hemen işaret edelim ki, "yerinden yönetim", merkezden yönetime göre çok daha sonraları hukukilik ve resmîlik kazanmış, ondan önce, daha ziyade sosyolojik bir gerçeklik olarak mevcut bulunmuştur.

A) Merkezden yönetim (=merkeziyet=centralisation).

Anayasamız 112 nci maddesinde İdarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağını söyler.

Merkezden yönetim, siyasal otoritenin ilk kabul ettiği, fakat hiç bir zaman da "Yetki genişliği" ne (=déconcentration=tevsi-i mezuniyet) gitmeden uygulayamadığı sistemdir. Kısacası, merkezden yönetim, vatandaşlara sunulacak kamu hizmetlerinin, devlet merkezinden (=merkezî idareden) ve tek elden yürütülmesidir. Bu tür kamu hizmetlerine "merkezî hizmetler", "millî kamu hizmetleri" de denir. Bu hizmetler ülkenin her yanına merkezî idare tarafından götürülür.

Bir hizmeti "yönetmek", o hizmetin ifası için Hukukun verdiği yetkiyi kullanarak hukukî ve/veya fillî sonuçlar almak demektir. O halde, burada "merkezî" olan şey, yetki'nin, devlet merkezindeki idare tarafından kullanılmasıdır. Yetki, hukukî tasarruflar ittihaz etmek, hukukî fiillerde bulunmak suretiyle kullanılabilmesine göre, merkezden yönetimde bütün kararlar devlet tüzel kişiliği adına alınıyor demektir. Hizmetlerin yürütülmesi merkezî idare tarafından üstlenildiğine göre, bu hizmetlerin gelir ve giderleri merkezî bütçede toplanmaktadır. Aynı suretle, bu hizmetleri gören kamu görevlileri, merkezî idareye mensuplardır; merkezî idare iyerarşilerinde (=hiérarchie) basamaklanmışlardır.

Gerçekten, merkezî idare, üstlendiği merkezî kamu hizmetlerini tek tek veya gruplar hâlinde tertiplemiştir. Bu tertiplenmeler "bakanlık" ları meydana getirir. Her bakanlığın memurları, bir bütün hâlinde ve kendi aralarında bir iyerarşi'ye dahildirler. İyerarşilerin bir iç, bir de dış görünüşü vardır. Merkezî idarenin iç çalışmalarında ve servislerinde emir verme-emir alma ilişkileri çok gelişkindir. Fakat dış görünüş itibarıyla İdareyi üçüncü şahıslara (=idare edilenlere) karşı temsil yetkisi mahdut basamaklarda bulunur. Bunlar "âmiriyet (=âmirlik) mevkileri (=mercileri)", "otorite", "âmir makam" veya kısaca "merci" denilen ve İdare adına karar salâhiyetini (=idarî tasarruf ittihazi yetkisini) hâiz bulunan görev yerleridir.

Âmirlikler, ilerde Memur hukuku bağışında da göreceğimiz gibi, maaş yüksekliği veya memuriyette kıdem (=eskilik) ile belirlenmez. Hangi görevlerin "Âmirlik" olduğunu, kuruluşa ve yetkinin dağıtımına ilişkin hukuk kuralları tâyin eder.

Böylece Bakanlıklar, aynı ayrı iyerarşilere sahip olmakla beraber, bakanlıkların tüzel kişilikleri yoktur. Tüzel kişi, tek'tir; devlet'tir. Çeşitli iyerarşilerdeki değişik âmiriyet makamları, kararları kendi adlarına almakla beraber, temsil edilmekte olan, devletin bu tek tüzel kişiliğidir. Kullanılan yetki, "merkezî idare" nin, yâni -İdarî teşkilât açısından "devlet"-in- yetkisidir.

Merkezî idarenin başkent dışında, ülkeye yayılmış teşkilâtına "tağra teşkilâtı" denilir. Tağra teşkilâtının daha genel adı "Mülkî teşkilât" tir. Bu teşkilâtta görev alan âmirler ve memurlar da "merkezî idare personeli" dir; merkezî idare iyerarşisine dahildirler. Gördükleri hizmet, merkezî bir kamu hizmetidir; kullandıkları yetkiler, merkezî idare yetkileridir.

Merkeziyet, yoğun veya hafif bir biçimde, bütün devletlerin idare teşkilâtında yürürlükte olan bir sistemdir. İdarî fonksiyonun en önemli kısmının devletin Yürütme organının yönetiminde Merkezde toplanması, bütün siyasal toplumlarda (yâni devletlerde) uygulanmadan olamayacak bir tarz, bir özelliktir. Otoritenin en güçlüsü, daima merkezde toplanır. Bu, devletin birliği ve güçlülüğü için, kaçınılmayacak olan bir gerektir.

Ancak ülkenin genişliği ve özellikle eski devirlerde haberleşme ve ulaştırmadaki güçlük, merkeziyetin salt ve katıksız bir biçimde kullanılmasına da imkân vermemiştir. Bu nedenle, merkezî idarenin tağradaki âmirlerine belli faaliyet konularında, belli sınırlar içinde, merkezî idareden aldıkları yetkiyi kullanarak müstakillen karar verebilmeye, tasarruf ittihaz edebilme salâhiyeti tanınmıştır. Buna "Yetki Genişliği" (=tevsî-i mezuniyet-déconcentration) denilir. Bugünkü günde, haberleşmenin ve ulaştırmanın pek çok kolaylaşmış olmasına rağmen, bu sefer de devlete yüklenen idarî hizmetlerin nicelik ve nitelik itibarıyla gösterdiği yoğunluk, verimli ve etkin idare mülâhazalarıyla, Yetki genişliği sisteminin gene de sürdürülmesini zorunlu kalmaktadır.

Merkeziyet sisteminin, çeşitli faydaları vardır:

1/ Devlet otoritesi, bu sistem sayesinde güçlenir; etkin bir geçerlilik kazanır. Aslında, gerçekten bir devletin teşekkülü ve müessesleşmesi, ancak merkeziyet sistemini uygulamadaki başarıyla mümkündür. Bu suretledir ki ülke bir tek otorite altında toplanır; toplumun, çeşitli kaynaklardan doğan güçleri birleştirilebilir ve tüm toplumun yararına kullanılabilme olanağını kazanır. Kısacası "Birlikten kuvvet doğar" özdeyişinin (=vecizesi'nin) en mükemmel örneği merkeziyette görülür. Tarihteki çeşitli misalleri bir yana bırakarak, Atatürkün önderliğini ettiği Millî Mücadele'yi göstermek yeter. Her gücü ile çökmüş olan Osmanlı imparatorluğunun istilâcı düşmanlarına karşı, milletimizin, ülkenin çeşitli kesimlerinde, bölgelerinde yer yer göstereceği direnme, bir sistem olarak başarı sağlayabilir miydi ? "Kuvay-ı Milliye", gerçekten millî bilincin ve ruhun oluşmasında şüphesiz en önemli etkeni teşkil etmiştir; fakat gerek askerî, gerek idarî yünden, bir güç birliğini sağlayabilmekten uzaktı. O halde, tüm ülke üzerinde, milletimizin yer yer çıkarabileceği güçlülükleri birleştirmekten başka, yâni yeni kurulmasına girişilen devletin kuvvetli bir merkeziyet esasına dayandırılmasından başka yol yoktu ve olamazdı. Bu nedenle ki, Millî Kurtuluş savaşımız, vatandaşlarımızın yer yer mukavemetleriyle başladığı halde (ki bu da bir zaruretten ileri gelmiştir), kesin zaferlerimizin kazanılması, ancak kuvvetli bir merkeziyetin tesisıyla mümkün olabilmıştır. O halde görüyorsanız, merkeziyet, her devletin temelinde yatan "hayatiyet şartı" dır. Bu nedenle çok eski, fakat canlılığını daima sürdüren bir siyasal, millî ve idarî gerçekliktir.

2/ Teknik bakımdan merkeziyet, bir bakıma, merkezî kamu hizmetlerinin yurt düzeyinde yürütülmesinde bir yeknasaklık da sağlar. İdeal

demektedir.

Aynı Anayasa maddesinin 1 inç fıkрасında ise "İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır" ifadesi yer almaktadır.

Aşağıda göreceğimiz gibi, "yerinden yönetim" (eski ve daha isabetli bir deyimle "adem-i merkeziyet"), kamu tüzel kişilerini çoğaltan bir usüldür. İdare hukukunda "İdare" deyimli, gerek merkezi idare, gerek bir kamu tüzel kişisi için kullanıldığına göre, yerinden yönetim usûlü tatbik edildiği zaman, bir memlekette "İdare"ler" çoğalır. O halde "bütünlük" kaybolmaz mı? "Bütünlük" ancak merkeziyet sistemine münhasır değil midir?

Anayasamızın, Gerekçe'de de açık-seçik ifade edilememiş olmasına rağmen, "İdarenin bütünlüğü"nden kasdı, ancak İdare hukukunun tekliği mânâsına alınabilir. Yani İdare hukukunun kuralları, bir İdareden ötekine değişiklik göstermemeli, İdare hukuku önünde, bütün idarî teşekkül ve faaliyetler aynı ilke ve kurallara tâbî olmalıdır. Bu, kanaatimize göre, Anayasamızın, herkesin, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düğünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağını belirten 12 nci maddesinin, benzetilebilme ve uygulanabilme olanakları dahilinde, bu sefer de "Kamu tüzel kişilerine" yöneltilebilmesi içindir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, belli idarî kuruluş tipleri arasında, zorunlu olanlardan öteye farkların yaratılmaması, bunların personelinin ayrı ve birbirinden farklı, imtiyazlı statülere tâbî tutulmaması amacını güttüğü gibi, aynı İdare tip ve kategorileri arasında da sair yönlerden ayrılıklar gözetilmemesi amacına yönelik olmalıdır. Örneğin belediye, il özel idareleri, köy idareleri gibi İdare tipleri arasında, tıpkı fertler arasında olduğu gibi eşitlik ilkesi geçerli kılınmalıdır. Aksi halde, bu İdareler arasında yaratılabilecek imtiyazlılıklar, bunların kamu hizmeti arzettikleri vatandaşlar arasında imtiyazlılıklar doğurabilecektir.

O halde, Anayasamız, Devletimizin, gerek merkezi, gerek bölgesel veya kentsel idareler arasında, vatandaşla hizmet arzı, vatandaşla külfet yüklenme yönlerinden, idarî ve yargısal denet ve bunların tâbî davacıları Hukuk bakımından eşitlik sağlamasına emretmektedir.

Bir de İdare'nin "kanunîliği" ilkesi var.

Bundan maksat nedir?

Anayasamızın aynı 112 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, İdarenin "kanunla düzenleneceği" hükmünü görüyoruz. Bunu takip eden fıkrada da Kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabileceği yazılıdır (f.3).

Burada zikrettiğimiz birinci hüküm, İdarenin kuruluşunda ve ter-tiplenmesinde, yetkinin Yasama organında olduğunu göstermektedir. Bu, "tekçi devlet" in bâriz bir vasfıdır. İkinci hüküm de bunu tamamlamaktadır. Gerçekten, devletlerin tarihinde, köy idaresi, belediye idaresi gibi kuruluşlar, hattâ devletten de eski müesseseler olmalarına rağmen, Anayasamızın bunların kuruluşlarını ve düzenlemelerini "kanun" alanına alması ve kanun şartına bağlaması, devlet yetkisinin kaynağındaki "teklifi" ifade bakımından önemlidir. Tarihî gelişim itibarıyla, muhtelif yerlerde bir arada yaşayan insanlar, devletten önce dahi "kamu gücü" ne sahip idareler kurmuş olsalar bile, bugünkü günde bütün bu idareler, ancak bir kanun dolayısıyla mevcudiyetlerini muhafaza edebilmekte ve varlıklarını, kendi tarihsel kökenlerinden değil, kanundan, yani devletten almaktadırlar. O halde hiçbir İdare, Anayasamıza göre, kendiliğinden mevcut değildir. Bu nedenle de, hiçbir İdare, kendisinden doğan bir takım zatî kamu yetkilerine sahip bulunduğu görüşünde olamaz. Bu, ilerde "adem-i merkeziyet" ilkesi dolayısıyla da değineceğimiz gibi, kamu tüzel kişilerinin müteaddit olabilmelerine rağmen, Devletin teklifiğinin ifadesidir ve federalizmin zıddıdır.

Ancak burada, bir hususa, "İdarenin düzenleme yetkisi" ne de temas etmek mecburiyetindeyiz.

Görüyoruz ki İdare, varlığını kanundan alıyor. Bu, onun, bittabi "yetkilerini" de kanundan aldığını ifade eder. Varlığı aslî olmayan bir kuruluşun, gücü de aslî olamaz.

Bununla beraber, kanun çerçevesi içinde, İdareye ait olması şart bulunan yetkiler var mıdır ? Diğer bir deyimle, İdare, yetkilerini kanundan almakla beraber, kanunun müdahale etmemesi ve düzenlemesini İdareye bırakması gereken konular, davranışlar mevcut mudur ?

Meseleyi şöylece vaz edebiliriz:

Anayasaları ele alalım. Bunlar, bir Yasama organını öngörmekte ve ona kanun yapma yetkisini vermektedirler. Yasama organı da varlığını ve binnetice kanun yapma yetkisini Anayasadan almaktadır. Fakat Anayasalar, temel ilkeleri koyduktan, alanları ve sınırlarını belirttikten sonra, "kanun" denilen daha alt basamaktaki hukuk normunu koyma yetkisini Yasama organına bırakıyorlar. Basamak farkını göstermek için de, Anayasaya aykırı kanun yapılamayacağını belirtmekle yetiniyorlar.

Anayasa koyucusu bir "kurucu iktidar" dır. Devleti o kurar. Yasama organı ise, aslında bir "kurulmuş iktidar" dır. Ama görüyoruz ki, Kurucu İktidar, kendi kendisine sınırsız bir yetki ayırmıyor; kurulmuş iktidara da, aslî bir yetki alanı tesbit ediyor (hattâ belli özel usûller, nisaplar içinde Anayasayı tâdil yetkisini bile veriyor). Kurucu iktidar, koyduğu normlarda, belli bir genellik ve soyutluk derecesinden inmemeyi tercih ediyor. Kurucu iktidarın koyduğu bu muayyen genellik ve soyutluk sınırı içindeki normlardan bir aşağıda, daha az genel, daha az soyut normlar koyma işini Yasama organına bırakıyor. Yani Yasama organına "özgü" bir düzenleme alanı tanıyor. Bu alanı da yalnız bir üst sınır (Anayasaya aykırı olmama sınırı) ile sınırlandırıyor.

Aceba Yasama organının, kanun koymadaki yetkisininin, bir alt sınırı yok mu ? Yukarıda, derslerimizin başında, "kanun"un şekli ve organik bir tanımlamasını yaptık. Genellik, özellik, soyutluk, somutluk şartları üzerinde durmadık (Bk. sf.47). Bununla beraber, maddî anlamda, kanunun, gene de bir soyutluk ve genellik sınırı yok mudur ? Kanun koyucu istese, meselâ Ankara Hukuk fakültesinin öğretim ve imtihan yönetmeliğini eline alarak bunu bir "kanun" hâlinde ve kendi tasarrufu olarak çıkarabilir mi ?

Kurucu İktidarlar, kurdukları iktidarlara muayyen bir düzenleme alanı ayırdıklarına ve bu alana girmekten kaçındıklarına göre, kurulmuş iktidarların da kendi kuracakları daha alt iktidarlar için, böylece girmekten, müdahale etmekten kaçınmaları gereken bir düzenleme alanı tanımları gerekmez mi ? Böyle bir alan, "Kuvvetler ayrımı" denilen ve yukarıda uzun uzadıya tahlilini yaptığımız siyasal ve hukukî bir determinizm'in (=muayyeniyet'in) sonucu olmak gerekmez mi ?

Anayasamızın lâfzî bir yorumu yapıldığı zaman, gerçekten kanun koyucunun yetkisininin bir alt sınırı olmadığı görülür. Hattâ Anayasamızın Gerekeşi de bunu açıkça ifade eder. Gene az önce tahlilini yaptığımız gibi, İdare, kökeni kendinde olan, varlığını ve kaynağını kendi nefsinde bulan bir aslî yetkiye sahip değildir. Anayasa, Yürütme'nin "kanunlar çerçevesinde bir görevi olduğunu" söyler (mad. 6); "İdarenin görevlerinin kanunla düzenlendiğini" ifade eder (mad.112). Fakat beri yanda, devletin bu tek müteşebbis organınının aslen bazı yetkilerininin bulunduğunu kabul etmemek, Siyasal Bilim verilerine uyar mı ?

Bu, Devlet hukukunun önemli bir sorunudur. Yukarıda, bu sorunu gene ele almış ve İdarenin (Yürütme'nin) teşebbüs sahibi olmasının bir takım sonuçları olmak gerektiğini göstermiştik. Kabul etmek gerekir ki, Anayasamızın, Yürütme'ye karşı takandığı bu kısıtlayıcı tavır, özellikle 1954-1960 arasında geçirilmiş olan ve Yürütmenin, aşırı denebilecek bir kuvvetle tezahür ettiği tecrübelere karşı bir "tepki" dir.

Adem-i merkezîyet idarelerinin değil, fakat "merkezî İdare"nin, aslî bazı yetkileri olduğu muhakkaktır. İdare, kanundan aldığı görevi kendisi düzenler; kanundan aldığı yetkileri nasıl kullanacağını, esasa ve şekle ilişkin şartları belirterek kendisi tanzim eder. Bunu tüzükler, yönetmelikler ve diğer düzenleyici tasarruflarla yapar. Bu, İdare Huku-

etmek sadece güç değil, üstelik imkânsızdır da. İdare hukukunu, Medenî hukuk gibi tedvine kalkışsanız, pek muhtemeldir ki, elinizdeki "İdarî Kanun" u daha bitirdiğiniz gün, yeniden kaleme almak zorunda kalırsınız. Bu, " Porth köprüsünü boyamağa " (*) benzer.

Böylece, tedvin edilmesi yolunda yapılan bir iki deneme başarılı sonuç vermeden ve bunun üzerine de, tedvin edilmesinde hem fayda, hem de imkân görülmeden İdare hukuku, yargısal içtihatlarla dayanır. Diğer bir deyimle "içtihadî" (=jurisprudential) bir hukuktur. Gerçekten bu hukukun kuralları yüksek idare mahkemesinin (=Danıştay'ın) içtihatlarıyla oluşmuştur.

Bu içtihadî vasfı dolayısıyla İdare hukuku, devletin idarî faaliyetinin yepyeni teşahürlerine de kolayca intibak edebilme imkânına sahiptir. Aynı hâlin bir sonucu olarak, idare yargıcaı, uyguladığı kuralı, adliye yargıcaı gibi kanunlardan almayıp kendisi koyduğuna göre, adliye yargıcından çok daha geniş bir hüküm ve içtihat serbestliğine sahiptir. Gerçekten, özel hukuk ihtilâflarını çözümleyen adliye yargıcının Medenî kanununun 1 inci maddesinde gösterilen içtihat serbestliğine bakarsanız, aradaki farkın önemini kolayca anlarsınız. Medenî kanunun 1 inci maddesi "Kanunun üstünlüğü" hususunda 1789 devriminin tesis ettiği ilkenin tam bir ifadesidir. Bildiğiniz gibi, Fransız devrimi, hükümdarın iradesi yerine millî iradeyi ikame etmiş ve Jean-Jacques Pousseau'nun (=Jan-Jak Ruso) deyişiyle de, kanun, "millî iradenin ifadesi" (=l'expression de la volonté générale) olarak tanımlanmıştır (1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, mad. VI). Bu nedenle, kanunun, "lafızıyla veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde" mer'iyeti belirtilmiş ve ancak bundan sonradır ki örf ve âdetin geleceği ve hâkimin, ancak örf ve âdet kuralı bulunmadığı zaman, kendi içtihadıyla bir hukuk kuralı tesis edebileceği kabul olunmuştur. Özel hukukta yargı içtihatlarının değeri ise, hâkimin, kendi tesis edeceği kuralın tesisinde bunlardan "yararlanması" olarak belirtilmiştir.

İdare hukukunda maddî hukuk kurallarının tedvin edildiği bir kanun mevcut olmadığı için, yazılı esaslar Anayasa ve onun atıfta bulunduğu ilkelerdir. O halde, yukarıda "idarî mahiyettedir" diye zikrettiğimiz teşkilât, tahsisat, yetki, memur hukuku gibi konulardaki kanunların hükümleri dışında, idare hâkimî, kendi tesis ettiği içtihatlarla hükmeder. O halde bunlar, İdare hukukunda kanun geçerliğinde ilkelerdir.

Bundan da öteye, adliye hâkimi, çözümleneceği bir ihtilâfta, kanundan daha alt geçerlilik derecelerinde bulunan tüzükler ve yönetmelikleri uygulamak durumunda kalsa, bu idarî düzenlemelerin hukukî sıhhatini tartışma konusu yapamazken ve bunların hukukî sıhhati adliye önündeki bir davada bir "mes'ele-i müstehire" (=erteletici sorun) teşkil ederken, İdare hâkimi, kanaatimizce re'sen bunların sıhhatini tartmak ve sahih ve muteber iseler ondan sonra bu düzenlemelerin normlarına uymak durumundadır. Zira bir tüzüğün, bir yönetmeliğin de hukukî sıhhatinin ölçüleri, idare mahkemelerinin "içtihatlarıyla" tesbit edilmiştir.

Görülüyor ki, "İdare hukukunda içtihat", kanun boşluğu doldurmak için değildir; tedvin edilmemiş olan İdare hukukunun, kanun geçerliğindeki kurallarının yaratılmasıdır. Binnetice, normlar iyerarşisinde, yargısal içtihat, İdare hukukunda, Anayasadan sonra geliyor.

Diğer bir açıdan bakılırsa, görülen manzara şudur: Adliye yargıcının içtihadı, genellikle (pek istisnâî hallerin dışında) bir yorum ürünüdür. İdare yargıcının içtihadı ise, kanun geçerliğindeki kural'dır.

İdare hukukunda Örf ve âdet'in (yâni "hukukî teâmül" ün) yerine ve önemine gelince:

(*) Dünyanın en uzun köprüleri arasında yer alan ve İskoçyada bulunan bir köprü. "Porth köprüsünü boyamak" bir İngiliz deyimidir ve daha bitir bitmez yeniden başlamak gereken işler için kullanılır.

Burada da özel hukukla kamu hukuku arasında bir karşılaştırma, bizim için yararlı sonuçlar ortaya koyar.

Bilirsiniz ki Özel hukuk tedvin edilmeden önce, geniş ölçüde örf ve âdet dayanıyordu. Özel hukuk kuralları, toplumların asırlar süren yaşıntıları boyunca ağır ağır ve gittikçe artan bir kuvvetle yerleşerek teşekkül etmişlerdir. Bir örf ve âdet kuralında aranan niteliklere—veya başka bir deyimle, belli bir beşerî davranışın örf ve âdet vasfında bir hukuk kuralı sayılabilmesi için aranan niteliklere — bakınız. Bunların içinde "opinio necessitatis" denilen ve bir davranışın hukukî değere ulaştığı yolunda halkta ve yargıçlarda yerleşmiş, inanc hâline gelmiş bir anlayışın teşekkülü şüphesiz uzun zamana bağlıdır. Örf ve âdet kuralının "eskiliği" de esasen böyle bir inancın teessüsü için geçmesi gereken uzun süre'den doğan bir tâlî şarttır. Mecelle, "Kadim (=eski) ol'dur ki, kademini (=eskiliğini, eskilik derecesini) bilir kimesne (=kimse) olmaya" der. Demek ki, büyük kısmı örf ve âdetten oluşan özel hukuk, yüzyıllar boyu, sâkin bir akış içinde, sarsıntısız gelişmiştir.

Kamu hukuku için aynı şey söylenemez. Bu alanda yeryüzünün belki en sâkin gelişmesi İngilterede olmuş ve bunun sonucu orada Anayasa kurallarının da tedvinine ihtiyaç duyulmamış, örf ve âdetten (=conventions and prerogatives) mürekkep bir Anayasa, parlâmentonun resmen kuruluş tarihi kabul edilen 1285'ten bu yana (Cromwell diktatörlüğünde birkaç yıl yürürlükte kalan "Instrument of Government" isimli yazılı bir Anayasa (1653) hariç) İngiliz devlet ve siyaset hayatının esaslarını, kurallarını tam bir geçerlikle ifade edegelmiştir. Buna karşılık, en az 18 inci yüzyıl başından bu yana birçok memleketler anayasal çalkantılar geçirmişler ve bu sebeple, siyasal otoritelerin koymak ihtiyacını duydukları yazılı bir hukuk hâkim olmuştur. Bu çeşitli çalkantılar, azçok devrimsel nitelikler göstermiştir; yâni bunlar, kimisi mahdud ve daha çoğu geniş ölçüde "yeni hukuk" zorunluluğu doğurmuş ve böylece de bittabi kamu hukuku alanında örf ve âdet, siyasal otoritenin sertliği ve etkinliği karşısında, özel hukukta sürdürdüğü önceliğini koruyamamıştır.

Meseleyi bu siyasal gerçekliklerin ışığında ele almak lâzımdır. Kamu hukuku, anayasal hareketler biçiminde hep emredici olmuş, daima belli ölçülerde "köklü" değişiklikler ifade etmiştir. Bu hal, elbet, örf ve âdet kurallarının teşekkül edebilmek için muhtaç olduğu "istikrar" ın yokluğunu ifade eder.

Bu nedenle İdare hukukunda da örf ve âdet, hepten önemden düşmüştür. İdare hukukunda örf ve âdetin yerini de yargısal içtihat almıştır. İdarenin faaliyetinde hiç şüphesiz bazı "teâmüller" mevcuttur. Fakat bunlar, aslî birer güce sahip değildirler. Kanunî düzenlemelerin, idarî düzenlemelerin ve yargısal içtihatların müdahale etmemiş olduğu alanlardadırlar ve her zaman böyle bir müdahale onların varlığına derhal son verebilir. Bu şartlar içinde, idare hukukundaki teâmül'ler (üstelik idarî tasarruflar toplumun değil, devletin elinde çıktığı için) kamu görevlilerinin benimsedikleri bir takım "usûlî" mahiyette kaidelerden ibaret kalabilmiştir.

Bu sebeple denilebilir ki, İdare hukukunda, örf ve âdetin hemen hemen yeri yoktur.

§ 4. İdarenin kanunîliği ve düzenleme yetkisi

Anayasamızın 112 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir".

Anayasamızın bu hükmünde "İdarenin bütünlüğü" nün ne anlama geldiği Gerekçe'de yeteri kadar açıklanmamıştır. Hatta hiç açıklanmamıştır. Gerekçe "... millî iradeye dayanan parlâmenter rejim anlayışının ve Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu ilkesinin tabii bir neticesi olarak, idare fonksiyonunun farklı unsurlarını teşkil eden görevlerin ve bu görevleri yerine getirmek için kurulan teşkilâtın bütünlüğü... belirtmek faydalı sayılmıştır"

BÖLÜM III

İ D A R E H U K U K U

(Mahiyeti - İlişkileri - Sorunları - Özellikleri)

§ 1. İDARE HUKUKU, KAMU HUKUKUNUN BİR KOLUDUR

Bu bölüme kadarki izahlarımızın, bizi şöyle bir tanımlaya yapmağa yöneltmiş olduğu kanısındayız:

İdare hukuku, idarî fonksiyonun hukukudur.

Bu tanımlama ile, İdare hukukunu, İdare organının yapısal sınırları dışına taşıyoruz. Gerçek budur. İdare hukuku, organik İdare'nin hukuku olmaktan ibaret değildir ve diğer devlet organlarının kendilerine özgü olmayan, idarî nitelikte bulunan faaliyetlerini de düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sınırlarını kesinlikte çizmek pek mümkün görülemez, yani bu hususta kıstas tesisi mümkün olamamakla beraber, en genel ve ihtiyatlı bir ifade tarzıyla, Yasama ve Yargı organlarının tümsel varlıklarına dahil bazı âmiriyet makamlarının bir takım tasarruflarının İdare hukukunca düzenlenmekte olduğu bir vakiâdir. Gene bu tanımlama, İdarî fonksiyonun ifası üzerindeki yargısal denetimi kapsamadığı izlenimizi uyandırmamalıdır; zira bir fonksiyonun, Hukuka uygun surette ifa edilmekte olup olmadığının ancak o fonksiyonu düzenleyen hukukun kurallarıyla yapılacak bir karşılaştırmadan anlaşılacağı ve binnetice bu karşılaştırmada izlenecek usûlün ve esasların da aynı fonksiyonun hukuku dışında mütalâa edilemeyeceği muhakkaktır. Geriye belki böyle bir hukuka uygunluk denetimini yapan organın kendi yapısal varlığının incelenmesi, düzenlenmesi kalır ki, bu konu, İdare hukuku açısından, diğer hukuk kollarına nisbetle köklü bir farklılık, bir özellik gösterir. Zira, idarî yargı organı, kendinden önce veya kendisinin kaynaklık etmediği bir hukuku uygular değil. Bu organ, idare hukukunun "organik" kaynaklarından başlıcasını teşkil etmektedir. İdare hukukunun "içtihadî" vasfı gözden kaçırılmazsa -ki kaçırılmaz- İdarî yargı organının yargısal faaliyetinin "İdarî fonksiyonun hukukunun teşekkülündeki başlıca kaynak olma vasfı" onu, bu hukukun çerçevesi içine çekip alır. Devletin yargısal fonksiyonunun ifasında, adliye mahkemeleriyle idare mahkemelerinin yeri, idare hukukunun yargısal kaynağı bakımından, pek çok farklıdır. İdarî fonksiyonun hukukunu, yani İdare hukukunu, idarî yargı yaratmıştır ve geliştirmiştir. Bu yüzden, idarî yargı organını bu fonksiyonun hukuku dışında mütalâa etmek, İdare hukuku ile onun ana kaynağı arasındaki bağlantıyı kesmek olur ki, "kural" ile "kaynak" arasındaki bağlantı kesilerek, hiçbir hukuku kolunu gereğince incelemek mümkün değildir.

Bu görüşün ışığı altında, İdare hukukunu, kısaca, İdarî fonksiyonun hukuku olarak tanımlamakta isabetsizlik bulunduğu kanısında değiliz.

Bir devlet fonksiyonunun hukukunu incelerken, bu fonksiyonu ifa yükümü altında bulunan devlet organlarını incelemek (fonksiyonun fâilini incelemek) kuşkusuz, bu incelemenin ayrılmaz bir bölümüdür.

Ve asıl sorun da, hiç şüphesiz, idarî fonksiyonun tâbî olduğu "hukukî rejim" dir. Bu fonksiyon da, devletin diğer fonksiyonları gibi, özel nitelikte bir hukukî tasarrufla (idarî tasarrufla) ifa edilebilmesine göre, bu tasarrufun hukukî rejimi, türlü tezahürleriyle, İdare hukuku kurallarının madde-hukukî muhtevasını meydana getirir.

İdare hukukunun, kabul ettiğimiz bu tanımlamasından sonra, bu hukuk ile Kamu hukuku arasındaki ilişkiyi ve bunun Kamu hukukundaki ye-

rini ele alalım:

Kamu hukuku, devlet yetkisinin kullanılmasını düzenleyen hukuktur. Devlet yetkisi, tek taraflı irade izahıyla yüküm yükleyebilen bir yetkidir. Özel hukukta ise, tek taraflı hukukî tasarrufların örnekleri bulunmakla beraber, tek taraflı iradeyle (yâni karşıdakinin önceden veya sonradan rızasının eklenmesi gerekli olmaksızın) yüküm yükleyebilmek yoktur.

Kamu hukukunun ağırlık merkezi bu olmakla, bu tek taraflı iradeyi izhara hukuk düzeni tarafından yetkili kılınmış irade sahiplerinin varlıklarının düzenlenmesi de, mantikî olarak, kamu hukukunun konuları arasına girmektedir.

Devletlerin veya devletlerarası tüzel kişilerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen ve "Devletler Umumî Hukuku" adı verilen bir hukuk kolunun varlığını bilirsiniz. Bu, bazı yazarlarca "dış kamu hukuku" olarak da isimlendirilir. Böyle bir dış-ıç bölünmesi kabul edilirse, o zaman İdare hukukunun iç kamu hukuku içindeki yerinin tesbiti sorunu da ortaya çıkar.

İç kamu hukuku (ki biz sadece bu alan dahilinde kaldığımızı ve kalacağımıza göre) devletin üç ana fonksiyonunun tanzimi ile meşgul olur.

Yasama fonksiyonunun tanzimi Anayasa hukuku tarafından üstelenmiş temel sorunlardan biridir. Anayasa hukuku devletin yapısını, bu yapıya siyasal niteliğini veren "rejimi", düzenledikten sonra yasama organını ve onun faaliyetini ele alır. Yürütme ve Yargı ile olan ilişkileri, devletin yapısındaki ve işleyişindeki temel ilkeler bakımındandır. Yargı organı ve onun faaliyeti, kâidetên "Usûl hukuku" denilen bir hukukî düzenleme alanının sorunlarıdır. Ancak hukuk kolları arasında kabul edilen görev taksimi sonucu, bu alanda da müteaddit alt kollar meydana gelmiştir.

İdare hukuku Anayasamızın "Yürütme" organı adını verdiği ve bunun bir parçası olarak da "İdare"yi gösterdiği, ancak gerek organik, gerek fonksiyonel bakımdan "Yürütme"nin tamamını kapsama içine almış olduğunu, yukarıda uzun boylu izah ettiğimiz hukuk koludur.

Anayasa hukuku ile İdare hukuku arasındaki sınır, aslında, Yasama ile Yürütme'nin, faaliyet olarak çizilebilecek sınırı olmaktadır.

İdare hukuku ile Kamu İdaresi denilen bilim dalını ayırmak icabeder. Terim benzerlikleri, zaman zaman, bu iki bilim dalı arasında bir "tıpkılığın" (=aynîyetin) varlığı gibi bir zehab (=yersiz kanı) doğurabilmektedir.

Kamu İdaresi (veya "Kamu Yönetimi = Public Administration) bilimi, devletin idarî faaliyetini "faydacılık" açısından inceler. İdarenin faaliyeti ne suretle tertiplenmeli ki en verimli biçimde yürütülebilirsin? "Kamu İdaresi" (=Âdeme İdaresi) biliminin sorunu budur. Bu, çok daha geniş kapsamlı bir problemin, İdare'nin faaliyetine tatbikinden doğmuştur. Asıl büyük sorun: İnsan faaliyetindeki verimlilik, ekonomik teşebbüsteki kârlılık sorunudur. Batı âleminde, bu alanda hayli araştırmalar yapıldığı halde, Amerika Birleşik Devletleri, kısa süre sonra, özel teşebbüs kesiminde verimliliğin ekonomik kanunlarını daha isabetle bulmuş ve Birleşik Devletlerde, İdarelerce üstelenen kamu hizmetlerinin nicelik ve nitelik bakımlarından giderek artması karşısında, özel sektörde edinilen verimlilik bilgileri, Kamu sektörüne aktarılmaya başlanmıştır.

Bir açıdan bakılırsa, kamu hizmetlerinin, devletlere kâr ve kazanç sağlamak için yürütülen faaliyetlerden olmadığı ve bunlar kâr da getirirse, zararlar da işletilse, devamlarının zorunlu bulunduğu ilkesi karşısında, özel sektörün "kâr" esasına dayanan usûllerinden yararlanmağa kalkmanın yeri olmadığı düşünülebilir. Ancak diğer taraftan, kamu hizmetlerinde "rasyonel" bir düzenleme ve yönetim biçiminde de, gerek sarfölen paranın milletten çıktığı, gerek verimsiz biçimde yü-

hizmetin zararına da milletin çekeceği gerçeği karşısında, kârlılık değil ama "verimlilik" yollarının araştırılması salt bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. İdarî teşkilâtın çeşitli birimlerinde, yöneticilerin, daha iyi ve verimli hizmet görmek hususundaki gayretlerinin "ödeneksizlik" yüzünden olumlu sonuçlara ulaştırılmadığı yolundaki şikâyetler yaygındır. Giderlerin gelirlerden çok olduğundan, parasızlıktan şikâyet edilir. Fakat bir hizmetteki verimliliğin sadece daha fazla masrafla sağlanamayacağını düşünenler haklıdır. Para, bir kamu hizmetinin icrasındaki vasıtalarından sadece biridir. Verimlilikte asıl unsurlar, teşkilâtın hizmet yapısına tam bir uygunluğu, kullanılacak görevlilerin, yapacakları işe göre yetenekleri, görev zamanının ziyan edilmemesi, görevliler arasında iş bölümü ve işbirliği, her görevlinin, görevine düşen sorumluluğun tamamını müstakillen yüklenmesi, metotlara tam bir riayet, verilen emirlerin izlenmesi ve sonucun emri verene bildirilmesi, görevi yapmada özen gösterilmesi, formalitelerin alabildiğine basitleştirilerek birer tembellek ve sorumsuzluk bahanesi olmaktan çıkarılması, hizmetin ifasında teknolojenin azamî yararlanma, değişen hizmet koşullarına personelin ayak uydurmasını sağlama yolunda sürekli bir hizmet içi eğitim, bir kamu hizmetinin görülebilmesi için verilecek tahsisattan da belki daha önemlidir. Devlet kâr güden bir kuruluş olmadığından, bu verimlilik unsurları çoğu memleketlerde bir ölçüye kadar bilirdi bile, önemleri tamamen kavranılmamış ve bazı memleketlerde de, devlet hizmeti adetâ bir "sosyal yardım" niteliğine bürünmüştür. Memur, devlete ne vermesi gerektiğini değil, ne zaman, ne miktar para almak gerektiğini düşünür olabilmektedir. Özel teşebbüste kârlılık metotlarının en çok geliştiği ülkelerden biri Amerika Birleşik Devletleri olduğu için, orada, kamu hizmetlerinin verimliliğini sağlama yolunda, bu kârlılık metotlarından devlet kavramı ile uyuşabilir olanların en geniş ölçüde idarî teşkilâta tatbiki, "Kamu yönetimi" (=Ämme idaresi) biliminin adamakıllı gelişmesini de mümkün kılmıştır. Bugün artık, idarî teşkilât ve faaliyet alanında Kamu Yönetimi biliminin verilerinden istifadeye çalışmayan memleket pek azdır.

İdare hukuku, bu bilimin verilerinden yararlanır; fakat İdare hukukunun amaçları arasında, aynı veya benzer verileri araştırmak yoktur. Kamu Yönetimi biliminin bulguları, İdare hukuku tarafından, hukuki düzenleme konusu edilir.

§ 2. İDARE HUKUKUNUN DOĞUŞU VE GELİŞMESİ

İdare hukukunun doğuşu, genel olarak Kamu hukuku-Özel hukuk ayrımının gelişmesi içinde bir hâdisedir. Kamu hukuku-Özel hukuk ayrımından, derslerimizin başında da belirttiğimiz gibi, Roma hukuk öğretisinde dahi bahsedilmekle beraber, Ortaçağda devlet ve hükümdar'ın varlıklarının hukukî ayrıntı göstermeleri yüzünden bu ayrım kaybolmuş ve İslâm hukuku, Anglo-sakson hukukunda ise yakın zamanlara kadar esasen teşekkül etmemiştir. Romadaki ayrım ise, bugünkü Kamu hukuku anlayışına köken sayılacak bir anlayıştan doğmamıştır. Aslında, Hukukun bu büyük ve gerçek ayrımı "millî irade" kavramı ile başlar ve devlet tüzel kişiliğinin ve "devlet yetkisi"nin teessüsü ve kuvvetlenmesiyle gelişir.

Gerçekten önceleri, Hukuk tek'ti. Fertlerin birbirleriyle ilişkilerini düzenliyor ve gerçi İdare edenler için bazı üstün yetkiler öngörüyordu, fakat bu üstün yetkilerde, aynı bir hukukî bütünlük içinde yer buluyordu. Şüphesiz yöneticiler, fertlerin birbirlerine karşı sahip oldukları yetkilerden daha büyük, daha etkin yetkilere sahip idiler. Fakat bu yetkilerin kaynağı, hükümdarın şahsında toplanıyordu. Hükümdar, mâlik idi. Bu üstün yetkiler onun mülkiyet hakkından doğuyordu. Yalnızcağınsona erişiyse, hükümdarın miras yolundan edindiği yetkiler ve hükümdar iradesi, devletin beşerî unsurunu teşkil eden halka intikal etti; buna, o devrin siyasal filozoflarınınca "millî irade"

denildi. Millî irade, tezahürüyle devlete vücut veriyor ve devleti yönetecek olanlara, gerek kendilerinin, gerek vatandaşların, birer fert olarak haiz bulunmadıkları ve ancak devleti yönetme süresince ve ancak bu yönetim için kullanılacak özel nitelikte "hukukî iktidar" lar tanıyordu. Bu hukukî iktidarlar, hükümdarların "hanedan hakları" mahiyetindeki iktidarları değildir. Devlet'in Hükümdardağ ayrılığı evvelâ, millî mâmelekin (=Hazine'nin= fisc) teşekkülüyle olmuş, bundan sonraki aşamada Hazine (=fisc) Devletin mâmeleki hâlini almıştır. Devletin tüzel kişiliği kabul edilmiş, millî irade'nin kaynaklık ettiği "egemenlik-hâkimiyet" kavramı doğmuştur. Egemenlik, esas anlamında, millî iradenin "üstünlük vasfı"dır. Pek çok Anayasalarda ifade edildiği gibi "egemen" nitelikteki iradesini, millet ancak fasılalarla kullanır; sürekli kullanmaz. Bu iradenin sürekli olarak kullanılması "yetkili" organlara bırakılmıştır. Bu bir vekâlet'tir.

Teoride, Hukuku, millî irade yaratır; hürriyetleri ve sınırlarını millî irade tanıır ve tesbit eder. Fertler, aynı özgürlüklere sahip ve aynı sınırlamalara tâbidirler. Eşittirler. Eşitlik, menfaatlerde ve Hukukun bu menfaatlere tanıyacağı himayede tıpkılığı ifade eder. Menfaat ve onun himayesi eşit olunca, bu menfaatleri savunacak ve himayeyi isteyecek iradelerin de eşit etkinliği gereklidir. Fertlerin hükümdara tâbî varlıklar olmaktan çıkıp devlet denilen tüzel kişiliği vücutte getirmeleri ve onun beşerî unsurlarını teşkil etmeleri, bu tüzel kişiliğe millî (=toplumsal) menfaatin korunması ve sürdürülmesi görevini yüklemiştir. Millî veya toplumsal menfaat, çatışan ferdî menfaatleri de kapsadığı için, ferdî menfaatlerin üstündedir; böyle bir menfaatin korunması ve sürdürülmesi ise, teker teker ferdî menfaatlerin korunmaları ve sürdürülmelerinden daha kudretli bir iradenin varlığını zorunlu kılar.

Bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz mesele, Devletin (=modern devletin) teşekkülü değildir. Meselemiz devlete ve fertlere ilişkin hukuk'ların kavramları ve teknikleriyle ayrılmıştır. Devlet, bir kamu hukuku kişisi olarak doğmakta ve yaşamaktadır. Onun doğuşunu, varlığını, yapısını, işleyişini düzenleyen hukuk kuralları, devletin yüksek görevleri nedeniyle, fertlerin durumlarını ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallardan tamamen ayrılmış vaziyettedir. Bu ayrım, devlet teorilerinde, çeşitli görüşlerle nasıl izah edilirse edilsin, netice değişmemekte, devlet için yapısal ve görevsel alanlarda, özel hukuktan farklı amaçlar güden, farklı kaynaklardan gelen ve sonuçlarını doğuruşları farklı tekniğe tâbî bulunan özgü normlar bulunmaktadır.

Bu arada devletin, kamusal yarara yatkın ve elverişli, hattâ mâha münasip bulunduğu hallerde, devlet fonksiyonlarından biri olan idare için "özel hukuk ilişkileri kurabilme" olanağını tanıdığı da görülmektedir. Ancak bu hal, giderek ne derece yaygınlık kazanmış olursa olsun, bugünkü günde gene de istisnâ sayılmağa mecburdur. Ve hep istisnâ kalacaktır.

İdarenin, yapı ve fonksiyon olarak inkişafı, yasama ve yargı dışındayken, devletin gittikçe artan bir şekilde üstelenmeğe başladığı kamu hizmetleriyle orantılıdır. Bu hizmetlerin arttığı memleketlerde İdare hukuku sür'atle gelişmiş, bunun aksine, toplumsal ihtiyaçların özel teşebbüslerle karşılanmasının mümkün buldukları memleketlerde ise bu gelişme kısır kalmıştır. Fakat herşeye rağmen iki cihan savaşının, toplumları özel ekonomik güç bakımlarından zayıflatması o kadar yaygın bir olay olmuştur ki, devletin müdahaleciliğini erteleyegelen ülkelerde dahi şimdi, kamu hizmetlerinde bir artış inkâr edilememektedir. Bu artık İdare teşkilâtını geliştirmekte, bu teşkilâtın gelişmesi, idarî faaliyetin özel hukuktan farklı bir hukuka uygun cereyanını zorunlu kılmakta, iç hukukta Kamu hukuku - Özel hukuk ayrımı giderek kesinlik kazanmaktadır.

Bu itibarla, İdare hukuku, genç bir hukuk dalı sayılır. Esasen, hukukun bugünkü anlamda, gerçekçi ve bilimsel açıdan ikiye ayrılışı dahi, hukuk tarihi tümlüğü içinde ele alınırsa, yeni bir hâdise addolunmak icabeder.

İdare hukukunun tarihi, indirilse indirilse, nihayet 1789'a, yani 180 yıllı indirilebilir. O halde kara Avrupasında o tarihten öncesi için, feodal devlet yönetimi süresince bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımından bahsetmek bilimsel olmaz. Bir tek Hukuk mevcuttu. 1789'dan sonra devlete ve onun faaliyetlerine özgü bir iç hukukun inkişafı, bu ayrımın ortaya çıkmasına ve iki hukukun alanlarının tartışılmasına imkân verebilmiştir.

İdare hukukunun doğuşundaki tarihsel ve feodaliteden bugünkü toplum düzenine geçişin yarattığı faktörler, İdarî yargı derslerinde ayrıntılarıyla görülecektir.

Ancak bugün için kesinlikle gözönünde tutulması bilimsel bir mecburiyet olan hukuk gerçeklikleri vardır:

İdarenin haiz bulunduğu "hukukî iktidar", fertlerin "düzenlenmiş hürriyetleri" olan "sübjektif hak" tan apayrı bir kaynağa, mahiyete ve düzenlemeye tâbidir. Buna "kamu kudreti (=puissance publique) de denilmektedir. Bu eski bir deyimdir. Anayasamızın kullandığı "Devlet yetkisi" tercih edilmelidir. İsabetli ve güzeldir. Anayasaya göre (mad.4.f.3)"Hiç kimese, kaynağını Anayasadan (ve kanunlardan diye ilâve edelim) almayan bir devlet yetkisi kullanamaz".

Bu "kimse" kelimesinden gerçek kişileri anlamakla yetinmek olmaz. Buradaki "kimse" deyimî, Hukuk düzenimizde herhangi bir "hukukî iktidar" ile donatılmış tüm varlıkları kapsar. İdare "devlet yetkisi" ile hukukî faaliyette bulunur. İdare bir gerçek kişi veya özel kişi olmadığı için, Anayasamızda geçen özgürlüklere ve binnetice sübjektif haklara sahip değildir. İdarenin hukukî iktidar'ı, devlet yetkisidir.

Demek ki İdare, "devlet yetkisi süjesi" olarak doğmuştur. Onun "hukuk süjeliği" mahiyeten böyle bir hukuk süjeliğidir. Nasıl Hukuk düzeninden almadığı takdirde hiç kimese bir "devlet yetkisi" kullanamazsa, İdare de (devletin öteki organları da) Hukuk düzeni açık-seçik surette kendilerine vermedikçe, aslen, hiçbir sübjektif hatta sahip olamazlar; Özel hukuk süjeliği sıfatını kazanamazlar.

İdare hukuku, doğduğu günden bu yana duraksız, sürekli bir gelişme göstermiştir. Devlet hizmetleri (faaliyetleri) arasında en önemli ve en yaygın alanı idarî faaliyet kapsadığı için, artan bu gelişme içinde, İdare hukuku, tek başına, devletin "iç hukuku" olma hüviyetini kazanmaktadır.

Bizatihi İdare hukukunun bu doğuşu ve süratli, sürekli gelişmesi, İdare hukuku ile Özel hukuk arasındaki ilişkiyi izaha yeter. Düşünmelidir ki Hukukun tek olduğu (ve bittabi o zaman, Kamu hukuku karşılığı olarak "Özel hukuk" diye anılmadığı) bir zamanda, bundan İdare hukuku adıyla bir dal ayrılıyor ve bir süre sonra kökeni, ilkeleri, kavramları, müesseseleri ve tekniğiyle kendine özgü bir varlık ifade etmeğe başlıyor; bu bir "bağımsızlık" hareketidir ve bu hareketi doğuran faktörler, kesin zaruretler ifade etmektedir. Diğer bir yönden bakılınca, Özel hukuk denilen hukuk, artık devletin belli organlarını ve faaliyetlerini düzenlemek için imkânsızlık içine düşmüş bulunuyor demektir. Bunun sonucunda da Özel hukukun uzanamadığı bir boşlukta, ondan ayrı bir "düzenleme" işi başlıyor. Eğer bu düzenleme Özel hukukla yapılabilsaydı, özel hukuk bu alana da -daha birçok alanlara yayıldığı gibiyayılır, bu alanı da kendi düzenleme alanı içine alırdı. Böyle oluyor. Feodal devletin ortadan kalkışıyla, modern devletin hayatında, Özel hukuka veda etmek, onu gerçek kişilerin hukuku olarak kendi yönünde bırakmak gerekiyor ve yepyeni bir "devlet alanı" ve bu alan içinde yepyeni bir "idarî kesim" baştan bir düzenlemeye açılmış bulunuyor.

Salt bu olay, İdare hukuku alanındaki düzenlemenin orijinal'liğini anlatmağa yeterlidir. İdare hukukunda yer alan her norm, yapı itibarıyla elbet gene bir "hukuk kormu" dur; fakat bu normun doğuşu (onu oluşturan sebepler), amacı (yaratmaya yöneldiği hukukî durum ve ilişkiler), ihtiva ettiği emrin mahiyeti ve kökeni, harekete gelip sonuçlarını doğurtacak tekniği tamamen değişiktir.

İdare hukuku, kendi normlarıyla kendi düzenleme alanını doldurmağa başlamıştır; oluşum, boşluktaki her teessüs gibi, kendisine özgü olmuştur. O halde, henüz bu oluşum tamamlanmamışsa, eksiklikleri Özel hukukun normları ile doldurmak, yani İdare hukukunda bir düzenleme boşluğu ile karşılaşıldığı zaman, bu alana Özel hukuktan norm aktarmak, İdare hukukunun doğuş ve oluşum sebeplerine aykırı bir tutum olur.

Diğer bir deyimle, devletin idarî fonksiyonunun ifası, özel hukuk normları ve tekniği ile mümkün olabilseydi, İdare hukuku doğar mıydı ? Zira İdare hukuku, başlangıçta "tüm bir boşluk" tu ve her halde böyle yepyeni bir "düzenleme alanı" nın açılması da -hiçbir bilimde yer bulabilmesi mümkün olabilen- beşerî kaprislerin eseri değildir.

Binnetice, İdare hukukunun Özel hukuk kökenli olduğu yolunda bazı hukukçuların ileri sürdükleri veya iymâ ettikleri görüşler gayri ciddi ve gayri ilmî olduğu gibi, İdare hukukunda bir boşlukla karşılandığı zaman, bu boşluğun özel hukuktan nakledilecek bir normla doldurulması gerektiği veya doldurulabileceği yolundaki görüş de, hangi bilimsel etiketli kaynaktan çıkarsa çıksın, "câhilâne" dir.

Bununla beraber, acaba İdare hukuku ile özel hukuktaki kurallar mutlak ve hep birbirinden ayrı normlar mıdır ? İdare hukukunun tüm ilkeleri, özel hukukun ilkeleriyle hiçbir benzerlik, ilişki, tıpkılık göstermemekte midir ? Şüphesiz hayır... Fakat, daha eski olduğu için bizim, Özel hukukta rastladığımız ve tarihsel hukuk oluşumu içinde belirginleşmiş bir norma, bir hukuk ilkesine İdare hukukunda da rastlayışımız -ki zaman zaman vâkidir- , o norm veya ilkenin salt Özel hukuka aidiyetinden ötürü değildir; aksine evrensel Hukukun bir malı, bir ürünü olmasındandır.

Meselâ İdarî bir sözleşmede "ahde vefa (=pacta sunt servanda)" ilkesi yer almaz mı ? İdarî sözleşmelerde de "ahde vefa" vardır diye, bu sıfatı verdiğimiz sözleşmelerin özel hukuktakilere farkı olmadığını, tüm kaynakları ve hükümleriyle özel hukuka tâbî bulduklarını mı söyleyeceğiz ? "Pacta sunt servanda", özel hukukun değil, evrensel hukukun ilkelerindedir. Evrensel hukuk ise, hem kamu hukukunun, hem özel hukukun ortak değerlerini taşır, hattâ millî veya mahallî bir mahiyeti de yaktur; insanlığın ortak malıdır. Eskimolar da "ahde vefa" nın ne olduğunu bilirler. Ama genâ de ilâve etmekten kendimizi almıyoruz: "ahde vefa" idare hukukunda nisbîdir; özel hukuktaki gibi mutlak değildir; zira İdarenin, bir kamu hizmetinin ifası için aktettiği bir sözleşmeyi, o kamu hizmetinin değişen şartlarına uydurmak için, tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi mevcuttur ve böyle bir yetki asıl özel hukukta yoktur.

İdare hukuku, kendi normlarını ve düzenlemelerini, kendi tekniğini kendisi yaratmış ve yaratmakta devam etmektedir. Bu, onun, doğuş nedenidir. Özel hukuk, idarî faaliyetini düzenlemeye yetseydi, insanlar, bu kadar yorucu yepyeni bir çabaya girişmezlerdi. O halde, İdare hukukunun, özel hukuktan tamamen ayrı ve bağımsız, kendi başına varlık ifade eden bir hukuk olduğu, bundaki hiç bir boşluğun "evrensel" nitelik taşımayarak sadece özel hukuka özgü herhangi bir norm ile doldurulamayacağını kabul edeceğiz; bunu böyle bileceğiz.

Eski şer'î hukukumuz nasıl "millî" değilse ve onun yerini alan şimdiki özel hukukumuz da, nasıl büyük ağırlığı ile gene millî değilse, İdare hukukumuz da kökeninde millî değildir. Aslında bir hukukun "millîleşmesi", zamanın akışı içinde millî toplumun özelliklerine yavaş yavaş intibakı ile meydana gelir. Medenî hukukun alınışından bu yana, onun muhtelif hükümlerinde bir "millîleşme" nin vuku bulmuş ol-

duğu muhakkaktır. Az veya çok, millî bir adaptasyon vâkî olur. Bu nedenle, meselâ "Türk Medenî hukuku" denildiği zaman, yabancı kökenli, fakat aradan geçen 47 yıllık süre içinde İsviçre Medenî kanunu ile getirilen hukukun "millî adaptasyon" sonucu aldığı anlam, kazandığı özellikler kastedilir.

Gerçi İdare hukukumuz, bir yabancı kanunla getirilmemiştir; zira esasen "kanunlaştırılmış" (=bedvin edilmiş) bir hukuk değildir. Fakat kökeni itibariyle, millî değildir. Nasıl, yazılı bir Anayasaya sahip olmadığı halde İngiltere, bütün dünyaya, ağırlığı itibariyle İngiliz menşeli birer Anayasa hediye etmişse, İdare hukuku da, kara Avrupası memleketlerine esas itibariyle Fransa tarafından hediye edilmiştir. Biz de, 1868 de, İdare hukukumuzun ilk müesseselerini Fransadan aldık. Gerçi Cumhuriyet devrine kadar, aldığımız bu hukuku pek kullanamadık. Fakat İdare hukukumuzun kökeni Fransızdır. Bununla beraber, 1926'dan bu yana memleketimizde salt bir Fransız idare hukukunu uyguluyor değiliz. Yazılı yoldan gelmediği için, İdare hukukumuzun millî adaptasyonu daha kolay olmuş ve ortaya bir Türk İdare hukuku, adapte edilmiş diğer hukuklarımızdan daha belirgin bir millî hüviyetle çıkmıştır.

Ancak bu millî adaptasyon, kökenle bağları koparma sonucunu doğurmaz; doğurmamalıdır. Dünyanın gittikçe küçülmesi milletlerarası benzeyişleri, hayat tarzlarındaki benzerlikleri, kültürel ve bilimsel mübadeleleri yoğunlaştırdığına göre, "mukayeseli hukuk" çalışmalarının önemi de günden güne artmaktadır. Bu nedenle İdare hukukumuzdaki çesitli çözümlerde sık sık Mukayeseli hukuka başvurmak ihtiyacını duy- maktadıız.

Devlet hayatımızın gelişmesi içinde, dış bir kaynaktan alınan İdare hukuku, hattâ başlangıçta gerçek bir ihtiyacın bile ifadesi mahiyetinde bulunmuyordu. 1839 Tanzimat fermanının tarihidir. Tanzimat ise, Osmanlı câmîâsının, artık iyiden iyiye ve her bakımdan geri kalmakta olduğu Batı uygarlığının yolunu tutmak için giriştiği bir ıslahat (=reform) teşebbüsüdür. Böyle ciddi ve çok yönlü bir atılım ihtiyacı, Osmanlı devlet adamlarından bazılarından uzun süredir işaret etmekte ol- ukları bir zorunluluktadır. Batının güçlü devletlerinin, üzerinde pazarlıklara giriştikleri bir memleket hâlindeydi. Kendimizi yenilemek, silkinip kalkınarak sür'atle batılaşma yolunu tutmak bir mecburiyet olarak kabul ediliyordu. Tanzimat, bunun için yapıldı ve Batıdan ne kadar müessese, sistem ve usûl bulunup alınsa, bu iş de o kadar gerçekleştiremeye olanağına kavuşulur zannedildi. Halbuki en önemli unsur ihmal ediliyor, onu yaratmak, geliştirmek ve kullanmak bir türlü bilinmiyordu: Uygur, aydın İnsan...

Bunu bulamadığımız, bunu yetiştirip kazanamadığımız için, bunun hattâ önemini anlayamadığımız için 1839'dan sonra, Batıdan ve o sıralarda batı kültürünün en etkin temsilcisi durumunda olan Fransadan ne bulursak ithal etme yoluna gittik. Bu arada 1867'de, daha Osmanlı devletinin maliyesinde gerçek hiçbir reformu yapamamış, devletin gelirlerine sahip olamamış, giderlerini bir düzene koyamamışken Sayıştay'ı aldık. 1868'de, şer'îye mahkemelerine el süremeden onların yanı sıra Nizamiye mahkemelerini kurduk. Gene 1868'de, hattâ ne iş yaradığını bilemeden Şûrâ-yı Devlet'i (=Danıştay) aldık. Ve biz bu Danıştay'ı, tam 58 sene kullanamadık.

Danıştay'ı alırken, bunu "Devletle fertler arasında çıkacak bütün anlaşmazlıkları çözmekle" görevlendirdik. Mutlak bir monarşide bu türlü anlaşmazlıklara uygulanacak ve genel hukuktan ayrı bir hukuk mu vardı da, bu hukuku uygulayacak bir özel mahkemeye ihtiyaç duydu? Yoksa o anda mevcut olmayan böyle bir hukukun çok yakın gelecekte teessüsüne yol açacak bir idarî faaliyet, bir devlet faaliyeti mi mevcuttu? Netekim 10 yıl sonra Danıştayın bütün yargısal yetkileri kaldırıldı ve tek yargı düzenini teşkil etmekte olan Adliye mahkemelerine verildi. Bundan bir rahatsızlık, devlet hayatında bir aksama duyuldu mu? Gene hayır. 46 yıl, Danıştayın yargısal hiçbir fonksiyon ifa etmemesi bir rahatsızlık doğurmadı.

Bizde İdare hukukunun doğuşu Cumhuriyetle başlar. 1924 Anayasası, Danıştay'ı bir yüksek idare mahkemesi olarak tesis etmiş, iki yıl sonra kuruluşu tamamlanan bu yargı mercii faaliyete geçmiş ve o gündenberi de Danıştayın yargısal fonksiyonu gittikçe ağırlaşarak devlet hayatındaki yerine iyice oturmuştur. Bunun nedeni, İdare hukukumuzun, ancak Cumhuriyet devrinde gelişme olanağı bulması, daha doğrusu, ancak bu devirde doğmak ve gelişmek mecburiyetinde kalmış olmasıdır.

Gerçekten, İdare hukukunu doğuran ve geliştiren etken devletin idarî fonksiyonunun önem ve özellik kazanmasıdır. Bu fonksiyonun gerekliliği zamanında anlaşılıysaydı Türkiye, çağdaş uygarlığa ulaşma yolunda Cumhuriyetten önce de hayli uzun ve dönülmez, kaybedilmez bir mesafe katetmiş olurdu. Tanzimatçılar bunu anlamadılar. Modern bir İdareyi ortaya koymadan ve binnetice onun kendine özgü hukukunun doğacağı zemini yaratmadan, sanki böyle bir hukuk varmış da, onu uygulamak, geliştirmekle görevli bir mahkemeye ihtiyaç hissedilmiş gibi Danıştay'ı ithal yolundan aldılar ve pek kısa süre sonra bu müesseseyi, bir nevi modernleştirilmiş "Kubbe alta" gibi, bir danışma kurulu kılıfına soktular. Böyle de yapmasalar geriye, onu lâğvetmekden başka bir şey kalmıyordu.

Gerçekten, Osmanlı Şûrâ-yı Devlet'i (=Danıştay) hiçbir yönüyle ciddi ve bilimsel bir incelemeye hak kazandırır bir değer gösterememiştir; gösteremezdi de. Hattâ biraz mizahî bir açıdan bile ele alınabilir. Diğer devlet memurlarının aylıkları üç ayda bir zor çıkarken, burası, maaşların muntazam ödendiği ve önemli bir varidat ifade ettiği yüksek bir danışma -kendisine ikraz ve imtiyaz anlaşmalarından başka hususlarda birşey danışılmayan bir danışma- kurulu. Okur-yazar takımından olup, yabancı dil bilen, kendi hâline bırakılırsa meşrutiyetçilik akımlarına kendisini kaptıracak ve belki de Avrupaya kaçacak olan beyzadelerle, 23-25 yaşındaki damat ve mahdumlara müsasip memuriyetler arasında, başta Şûrâ-yı Devlet üyelikleri gelirdi. Dereceleri ilerlemiş, devlet tecrübeleri kazanmış, akıllı eren, fakat çenesini tutmayıp saltanatı tenkit heveslerine kapılan bazı yüksek memurlar için de, Osmanlı Şûrâ-yı Devleti, "susturucu" bir tatmin kapısıydı.

"Ancak Cumhuriyet devrindedir ki Danıştay gerçek fonksiyonuna kavuştu. Bu iki yoldan oldu: birincisi, Danıştayın bir yargı mercii olarak 1924 Anayasasında yerini alması; ikincisi yeni Cumhuriyet'in idarî faaliyetinin nitelik ve nicelik itibariyle bir idare hukukunun inkişafına elverişli olmasıdır. Buna bir üçüncü faktör olarak Türk hukukunun lâikleştirilmesi de gösterilmelidir.

Gerçekten şer'î hukuktan lâik bir hukuk sistemine geçme yolunda verilmiş karar, hattâ 1924 Anayasasından da eskidir. Atatürk, Hukuk Devrimi hakkındaki kararlarını, daha millî mücadele sırasında vermiş bulunuyordu. İdare hayatında ise lâik bir hukuka olan zorunluluk daha da kesindi; zira şer'î hukukumuzda, modern bir devletin organlarını ve bunların faaliyetlerini düzenleyecek kurallar yer almamıştı. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti, ihmal edilmiş, bakımsız ve harap bir yurt teslim almaktaydı. İdareye düşen görevler en azimli yurtseverleri bile kâbuslar içinde kıvrandıracak kadar çoktu. Osmanlı imparatorluğunun bütün hayatını, en parlak devirler de dahil olmak üzere, göz önüne getiriniz. Bu muazzam imparatorluk içinde en fazla ihmal edilmiş, kendi hâline bırakılmış ülke, maalesef imparatorluğun hâkim unsuru olan biz Türklerin yaşadığımız, bugünkü anayurdumuz olarak kalmıştır. İmparatorluğun Türk olmayan unsurlarının yaşadıkları eyâletlere, vilâyetlere Anadolumuzdan fazla masraf edilmiş, oraları Anadolumuzdan fazla imar görmüşlerdir. Bunu, bugün Anadolumuzdaki eserlerin tarihçelerini araştırdığınız zaman da görebilirsiniz.

Yukarıda, İdare hukukunu idarî faaliyetin hukuku olarak tanımladığımızı gördünüz. İdarî faaliyet, salt yasama ve salt yargı dışında kalan devlet faaliyeti idi. Bu faaliyet ancak Cumhuriyet devrinde, Türk toplumunun asırlardır muhtaç bulunduğu devlet hizmetlerini gereği gibi yerine getirme yönüne yönelmiştir.

İdare hukukunun gelişme koşullarının neler olduğunu Mukayeseli Hukuk bize göstermektedir. Profesör Roger Bonnard (=Roje Bonar), bu hukuk kolunun gelişmesini, devletin, sosyal ve ekonomik hayatına müdahalesine ve bu müdahalenin şekillerine bağlamıştır. Devlet, ya hiç müdahale etmeyebilir; veya sadece, hukukî yoldan düzenleme ile yetinebilir; yahut toplumun ihtiyacı olan bazı hizmetleri üstlenir; ya da daha ileri giderek, bu tür hizmetler alanında tekel'ler yaratır.

Cumhuriyet idaresi son üç türlü müdahaleyi, hizmetlerin ve ihtiyaçların niteliklerine göre, yer yer gerçekleştirmiştir. Evvelâ prensip olarak, vatandaşın sunulan bütün hizmetler düzenlenmiştir; sonra İdare, kendisi için alabildiğine hizmet alanları açmış ve faaliyete geçmiştir; daha sonra, başta ulaştırma ve haberleşme alanları olmak üzere çeşitli ve vatandaşın çok muhtaç olduğu hizmetlerde tekel tesis etmiştir. Zaman zaman bazı hizmetlerin tekel'den çıkarıldığı olduğu gibi, bazı yenilerinin de tekel'e alındığı görülmüştür. Bu tür kararlarda, tâyin edici faktör toplumsal ihtiyaçları karşılama devletinin malî, maddî, hukukî gücüne duyulan ihtiyaçların derecesi olmuştur.

Batı ülkelerinde de durum aynıdır. Müdahalecilikten en ziyade kaçınan İngilterede bile, başlangıçta İdarenin faaliyetine duyulan muhalefet azalmış, İdarî hizmetlerin sayısı evvelâ birinci cihan savaşının tahribatıyla artmış, ikinci cihan savaşının daha tahripkâr oluşu sonucunda, daha da yükselmiştir. Bugün İngilterede gelişme hâlinde bir "idarî yargı" ya ve ondan daha da gelişmiş bir İdare hukukunun varlığına şahit olmaktadır. Fransada ise, İdarenin bir müteşebbis olarak toplumun ekonomik ve sosyal hayatına girişi, çok daha geniş ölçüde olmuştur. İdare, ne kadar yoğun bir faaliyete geçerse, idare hukuku o oranda gelişmeye başlar. İdarenin bu faaliyeti, toplum yararı gibi üstün bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik bulunmak ve bu gerçekleştirme de "üstün bir hukuk gücünü" icabettirmekle, ortaya, gerçek kişilerin sahibi bulunabilecekleri hukukî yetkilerden başka nitelikte yetkilerin kullanılmasından doğan hukukî tasarruflar çıkar; bunların, özel hukukun kural, ilke, kavram ve tekniğine göre ittihazı, Hukuka riayet edilip edilmediğinin özel hukukun usûl ve ölçüleriyle saptanması yetersizlik gösterir. İdare hukukunun doğuşundaki asıl faktörler bunlardır.

Kısacası, İdarenin kullandığı "hukukî iktidar" başkadır ve bu başkalık, fert-İdare münasebetlerine ve İdarenin gerek iç yapısında, gerek dış faaliyetlerinde yeni bir Hukukun şekkölünü zorunlu kılar. Bu, İdare hukuku'dur.

§ 3. İdare hukukunun nitelikleri ve kaynakları

Evvelâ yukarıda uzun boylu izah ettiğim gibi, İdare hukuku müstakil (=autonome) bir hukuk koludur. Devlet fonksiyonları içinde en geniş olanının idarî fonksiyon olması ve diğer taraftan da İdarenin, organik bakımdan Yürütmeyi tamamen kapsamaması ve "müteşebbis"lik vasfı dolayısıyla, Hukukumuzun iki büyük alanından birini, yani Özel hukuka karşı Kamu hukukunun tamamını kapsadığını iddia etmek bir abartma (=mübalağa) sayılmaz. Usûl hukuklarının fertlere tanıdağı özel ve son derece ayrıntılı teminat sistemi bir tarafa bırakılırsa, kavramları, ilkeleri ve tekniği itibarıyla İdare hukuku, tüm Kamu hukukuna hâkimdir.

İkincisi, İdare hukuku genç bir hukuk kolu olmasına rağmen, kısa mazisi içinde hayli gelişmiştir. İlkel bir hukuk değildir; sağlam, uyumlu düzenlemeleri ve çözümleri vardır. Diğer bir deyimle onun "müstakil" (=autonome) olma vasfı, hak edilmiş bir vasıftır.

Üçüncüsü: İdare hukuku müdevven (=kodifiye-codifié-tedvin edilmiş) bir hukuk değildir. Cumhuriyet devrinin kanun sayısı, bu satırların yazıldığı günlerde 9560'a ulaşmıştır. Fakat bittabi bunların hepsi de yürürlükte değildir. Bir kısmı, bütçe kanunları gibi, belirli ömürleri olan kanunlardır; bir kısmı, daha evvelkilerin değiştirilmesi hakkındadır; bir kısmı açık veya zımnî (=üstü kapalı) surette ilga edilmiştir. Fakat geriyeye, hâlen yürürlükte 1.000 kadar kanun kalır. Baktığı-

mız zaman bu kanunların içinde "ana kanun" (meselâ Medenî kanun, Borçlar kanunu, Ticaret kanunu, Anayasa, Vatandaşlık kanunu ve... gibileri) olanların nihayet 40-50 kadar olduğunu görürüz. O halde geriye kalanlar ne kanundur? Bunlar "idarî" kanunlardır; fakat dikkat ediniz: İdare hukukunun kurallarını ihtiva eden kanunlar değildirler. Medenî kanun, Ceza kanunu gibi, bu hukuk alanlarındaki maddî hukuk kurallarını ihtiva etmezler. Bunlar, idare birimlerinin kuruluşları, gelirleri, kamu görevlileri, idarî yetkiler hakkında çıkarılmış kanunlardır. Yoksa İdare hukukunun kodifiye edilmiş hükümlerini ihtiva etmezler.

Gerçekten İdare hukuku tedvin (=kodifiye) edilmemiş bir hukuk koludur. Niçin? İdare hukukunun tedvinini mümkün değil mi?

İdare hukukunun kodifikasyonu alanında bazı deneylere girişilmiş ve başarılı olunmamıştır. Bunun sebebini hukukçuların aczinde görmeğe kalkışmamalıdır. Sebep İdare hukukunun sürekli gelişme hâlinde olmasıdır. Buna bir de, İdare hukukundaki kanunîyet (=hukuka uygunluk) denetiminin ihtiva ettiği "siyasî unsur" u ilâve etmek gerekir. İdarenin faaliyeti, asırlardır süregelen "ferdî münasebetler" (özel hukuk ilişkileri) gibi kalıplaşmış ve yerleşmiş değildir. Bu faaliyet sürekli olarak gelişmekte, bu faaliyete mahiyetini ve yönünü vermekte siyasî sâikler de rol oynamaktadır. Siyasette, belli bir zamanda ve belli şartlar içinde, topluma azamî mutluluğu vermek, nihâî gayeyi teşkil eder. O halde, devletin faaliyeti sadece Hukuka uygun olmakla amacına ulaşamaz; bu, aynı zamanda icâb-ı hâl'e de uygun olmalı, Türkçe bir deyimle "yerinde" olmalıdır. İdare hem Hukuka uygun hareket edecek, hem de "isabetle" hareket edecektir. Gerçi, genel olarak Hukuk (burada İdare hukuku), bir davranışın sadece kendisine uygunluğunu arar; onun "yerindeliği" (isâbet derecesi; icâb-ı hâl'e uygunluğu) ile ilgilenmez; fakat bazan da, icâb-ı hâl'e uygunluk, bu hususta yerleşen değer yargıları aracılığıyla, az çok "hukukî" bir önem ve nitelik dahi kazanır. İdarî faaliyetin, hayatiyeti hâiz bir organizma olarak devamlı yaşamakta, gelişmekte, değişmekte olan toplumun hergün, kendisi gibi değişebilen, gelişen ihtiyaçlarını karşılama amacını gütmesi, bu faaliyetin evelden hepsi de tesbit edilmiş kurallara tam bir uygunluk içinde cereyanına elvermez. Özel hukukta amaç "zararlı" yı önlemektir; "faydalı" yı fertler kendileri bulurlar. Devlet hukukunda ise amaç "faydalı" yı sağlamaktır; ve bu "faydalı", her hâl ve durumda sadece "zararlı" nın önlenmesiyle sağlanmaz. İdareyi "zararlı" olabilecek davranışlardan men edebilirsiniz; ama maksat, İdarenin "zararlı olmamasından ibaret" değildir. Zararlı olmamak için hiçbir harekette bulunmayan, kıpırdamayan bir İdare makbul müdür?

Hayır. Toplum, İdareden, yalnız "zararlı" olmamasını istemez; onun "hareketli" ve "faydalı" olmasını da ister. Bugünün Devleti, eski müstebit İdareler gibi, kendisine "gölge etme, yeter" denen devlet değildir; bugünün devletinden bizler "faaliyet" ve "hizmet" bekleriz. Hattâ her gün daha çok, daha fazla hizmet bekleriz. Devletin müdahaleciliği, hükmedenlerin, idare edenlerin, eskiden olduğu gibi "tahakküm" arzularından, kaptislerinden değil, toplumların onları böyle müdahalelere davet etmesinden, onları böyle müdahalelerle görevli kılmalarından dolaylıdır. Kamusal yararların gerçekleştirilmesinde gerçi "gönüllü faaliyetler" in faydası bugün de inkâr edilemez. Fakat Alman şâiri ve düşünür'ü Goethe'nin dediği gibi "-Herkes evinin önünü süpürsün! Sokaklar temiz olur..." vecizesinin devri çoktan geçmiştir. Bugün yaşasaydı, Goethe'ye "-Peki ama, karayollarına kim süpürecek?" diye takılmak mümkün olurdu. "- Evlerimizin önünü süpürdüğümüz zaman birikecek çöpleri kim toplayacak?" diye de sorulabilirdi. Bugünün devleti "Refah devleti=Welfare State) olmak mecburiyetindedir. Hemen hemen bütün işi âsâyişi korumaktan ve yurdu savunmaktan ibaret olan devletle bugünün devleti arasında faaliyet bakımından muazzam fark vardır ve bu faaliyet durmadan artmakta, herkes devletten daha çok istemekte ve bu yüzden de devletin hukuku durmadan gelişmektedir. Yaklaşık ikiyüz yıldır, Hukuk hep Kamu hukuku alanında gelişmekte, Hukuktaki bütün yenilikler Kamu hukuku alanında doğmaktadır. Onun için, bu Hukuku tedvin

olarak, merkezi idare, merkezi hizmetlerden vatandaşları yararlandır-
makta ayrıcalıklar gözetmez; gözetemez. Eski devirlerde olduğu gibi,
yurdun çeşitli idarî bölümlerinde, merkezi hizmetlerin görülmesi, o
bölümlerin merkezi bütçeye katkılarıyla orantılı tutulmaz. Devletimi-
zin bütçesinde uygulanan "adem-i tahsis" (yani bir idarî birim bölge-
sinden veya bir muayyen kamu hizmetinden sağlanan muayyen geliri, ol-
duğu gibi o bölgeye veya hizmete aynen tahsis etmemek, halkın ihtiyacı-
na göre ödenekleri gelir kaynaklarından ayrı olarak mütalâa etmek ve
vermek) prensibi, merkeziyette yoktur. Eskiden bazı hatalı uygulamalar
olmuş bulunsa bile, özellikle 1961 Anayasasının emrettiği "plânlı kal-
kınma" ilkesinin uygulanmasında merkeziyetin bu sözkonusu yararı göz-
den kaçırılmaz. Kalkınma plânlarımızın ayrıntılarını bilmeseniz bile,
ekonomik yönden diğerlerine oranla daha az gelişmiş durumda bulunan
bölgelerimize ayrılan yatırım ödeneklerinin, o bölgelerin devlet gelir-
lerine katkılarının çok üstünde olduğunu farketmektesiniz. En basit bir
örnekle, köy yollarına sarfedilen paranın, o yolların ulaşacağı köylerin
gelirlerine bağlı olmadığını görürsünüz. Bu en canlı örnektir.

Merkeziyetin bu ve daha başka tâlî faydalarına karşılık şüphesiz
sakıncaları, aksaklıkları da vardır:

1/ Tarihte bu aksaklıkların başında, haberleşme ve ulaştırma güç-
lükleri gelirdi. Bu suretle, sür'atle alınması icabeden kararlar, za-
manında alınmadığı için hizmetler aksardı. Aksayan hizmetlerin, ya-
rarlılıklarından kaybedeceği muhakkaktır. Bunu önlemek için "yetki ge-
nişliği" usulüne başvurulurdu. Fakat hiçbir zaman, yetki genişliği,
merkezi idarenin taşra teşkilâtındaki âmirlere tam bir yetki devri an-
lamına geleceği ve tam yetkinin kullanılması icabeden ve gecikmesinde
mazarrat olan hallerde, aksaklıkların gene de önü alınmazdı.

2/ Devletin gittikçe yoğunlaşan idarî fonksiyonlarında, Merkezi
idarenin kendi nefsinde muhafaza ettiği yetki, merkezi idareden karar
veya talimat istenmesini gerektiren hususlarda, beklenen verimi vere-
mez, merkezde bir tıkanıklık, kırtasiyecilik ve bunun sonucunda zararlı
gelişmeler söz konusu olurdu. Bu mahzur, hâlâ ortadan kalkmış değildir.
Ne kadar yetki genişliği verilirse verilsin, merkezi idaredeki teknik
kolaylıkları ve uzmanlıkları, ânında, taşra teşkilâtının istifadesine
sunabilmek gene de imkânsızdır.

3/ Merkeze ait yetkilerin kullanılmasıyla ittihaz edilecek tasar-
ruflar veya taşra teşkilâtına yöneltilecek emirler, işlerin yoğunluğu
dolayısıyla, çoğu kez, merkezde görev yapan ve taşra teşkilâtındaki
âmirlerden daha teorübesiz, daha yeni, daha küçük dereceli memurlar
tarafından tarafından hazırlanır. Merkezi idarenin yüksek âmirleri,
işlerin çokluğunun yarattığı bunalım yüzünden, ekseriye, bu tür memur-
larca hazırlanan karar veya emirleri, uzun boylu incelemeğe ve isabet-
tini takdir ve tesbite zaman da bulamaz ve bunları olduğu gibi kabul
ederler. O halde, merkezden gelecek karar veya emirdeki isabet payı da
o derecede azalır. Bu hâl, taşradaki yüksek âmirleri, sık sık bu gibi
karar ve emirleri alınca, merkezdeki en yüksek iyerarşik âmirle, ya
karşı karşıya veya bir haberleşme aracından yararlanarak bizzat temas
ve müzakere mecburiyetinde bırakır. Bu tür temaslar, önemli olan konu-
larda zorunlu hâle gelince ve önemli konular ise sür'at isteyen iş-
lerden bulununca, hizmetlerde aksamalar olmamasını sağlayabilmek çok
zorlaşır.

4/ Merkeziyetin, yetki genişliği verilerek giderilmek istenen
tıkanıklığına rağmen, taşra âmirleri arasında, sorumluluktan kurtulmak
için, yetki dahilindeki kararlarda bile, merkezden sormak ve mütalâa,
tavsiye, hattâ emir istemek temayülleri ve alışkanlıkları da yok de-
ğildir. O halde, dikkat ve titizlik gösterilmezse, merkeziyetin, alt dere-
ce âmirlerinin sorumsuzluğu körüklemesi, sorumluluk duygusunu zayıflat-
ması olağandır. Bu tür sorumsuzluğu körüklemekte, merkezdeki bazı yük-
sek âmirlerde, beşeri bir zâaf olarak "hükmetme hırsı"nın tezahürleri
de büyük rol oynar. "-Her iş benden sorulsun; herkes bana tâbi olsun;
ben ne dersem o olsun" yönündeki eğilimler, iyi idarecilerin değil,
kötü idarecilerin tuttukları yollardır. İyi idareci, kendi teşkilâtında

en iyi görev ve yetki ayırımını ve koordinasyonu sağlayan, emri altın-
dakileri yaptıkları işlerin tam sorumluluğunu üstelenerek çalıştırma-
sını bilen âmirdir. Her kararın verilmesini kendi nefsinde toplamak,
ancak kişisel "hükmetme" hırslarını veya eğilimlerini tatmine yarar;
fakat bir taraftan işleri boğuntuya mahkûm ederken, öte taraftan da
sorumluluk duygusu taşıyan yeni idarecilerin yetişmesini önler; üste-
lik, tahakküm duygularını tatmin yolunda kendi gururunu kendisi okşa-
yan âmir de aslında, ayrıntılarıyla uğraşmaktan başını alamaz ve yüksek
veviyede karar verebilme imkânını bulamaz; bu yeteneğini kaybeder.

Merkeziyetin bence en başta gelen mahzurlarından biri, belki bi-
rircisi budur. Âmiriyet derecesi yükseldikçe, görüş ufku genişlemeli,
âmir ancak kendi seviyesine mahsus kararlarla uğraşmalıdır. Ancak bu
sayede, emri altındaki teşkilâtı en iyi çalıştırabilme olanacağını bulur.
Mükemmel bir idare âmiri, çok çalışkan değil, emrindikleri kendi sorum-
luluklarıyla başbaşa bırakarak çok ve verimli çalıştırmayı bilen âmir-
dir.

B) Yetki Genişliği

Yukarda yer yer bu sisteme bazı zorunluluklar sonucu değinmek mec-
buriyetinde kalmıştık. Anayasamız, Merkezden Yönetim gibi, Yetki Ge-
nişliğini de bir hükmüne konu yapmıştır. 115 inci maddede, Merkezi
idarenin taşra teşkilâtının "il (=vilâyet)" lere ayrılacağı ve illerde
yetki genişliği ilkesinin uygulanacağı ifade olunmuştur. Bu uygulama-
nın ayrıntılarını İl idaresini incelerken göreceğiz. Burada söz konusu
edeceğimiz husus, sistemin kendisidir.

Merkeziyet ne kadar eski ise, yetki genişliği de o kadar eskidir.
Fakat önceleri bu usul, -feodal devlet tipi hariç- haberleşme ve ulaştır-
ma güçlüklerinden doğuyordu. Eski büyük imparatorlukları, hattâ
vasat çeptekileri alınız. Her zaman söylediğimiz gibi, kamu hizmetleri
bugünkü nicelik ve niteliklerinde değildi. Fakat gene de ülkenin idare
edilmesi elbet gerekirdi. Sınır boylarına, hattâ iç eyâletlere, vilâ-
yetlere gönderilen valiler, beylerbeyleri, serhat beyleri ve diğer
değişik ünvanlar taşıyan görevliler, görev yerlerine haftalarca süren
yolculuklardan sonra varırlar ve bir daha ya azledildikleri, veya
başka bir göreve tâyin olundukları zaman buralardan ayrılabilirlerdi.
O halde, devletin üstelendiği hizmetleri, kendi görev bölgelerinde,
kendi alacakları kararlarla çevirmek zorunluğu vardı. Onun için, bun-
lara, görevlerinin derecelerine ve ünvanlarına göre, hükümdar adına
karar verebilmek yetkileri verilir; gerekenler daha geniş yetkilerle
de donatılırlardı. İçlerinde "siyaseten katil" (*) yetkisiyle dahi
donatılanlar bulunurdu. Gene yukarda söylediğimiz gibi, zamanla haber-
leşme ve ulaştırma kolaylıklarının artmasına rağmen, bu sefer de kamu
hizmetlerinin çoğalmasa ve yoğunlaşması, yetki genişliğini gene de
zorunlu kılmıştır.

Bu sistemin başlıca özellikleri, kullanılan yetkinin aslında mer-
kezi idareye ait olması; millî bir kamu hizmetinin icrasında kullanılması,
merkezi idareye dahil bir âmir tarafından kullanılması, hiz-
met giderlerinin merkezi idare bütçesinden karşılanması, hizmet gelir-
lerinin de merkezi bütçe gelirleri arasında bulunması, hizmete tahsis
edilen menkul ve gayrimenkul malların da ya merkezi idarenin mülkiyeti-
nde (yani "Hazine malları" arasında) veya merkezi idarenin hüküm ve
tasarrufunda bulunmasıdır. Taşra âmirlerinin, aslında merkezi idareye
ait olan yetkileri ya kanunlarla düzenlenmiş veya kanunun açık izniyle
merkezi idare tarafından hizmet-içi kararlarla verilmiştir.

Bu sistemin tarihsel faydaları, yukarda yer yer belirtilmiştir.

(*) "katil" kelimesi kısa hâcelerle telâffuz edilir: "katl" gibi. Aslı
da, netekim "katl" dir. Siyaseten katil, bir kimsenin, idarî bir karar-
la hayatının izalesidir. Buradaki idarî kararı, bugünkü anlamda bir
idarî tasarruf mahiyetinde saymamalısınız. Bu, en yoğun istibdat idare-
lerinde, aslen hükümdara ait bir yetki idi. Siyaseten Katil adı altında
Fakültemiz öğretim üyelerinden sayın Doç.Dr. Ahmet Mumcu'nun yayınladı-
ğı bir tez mevcuttur.

Bugün için de geçerli olan başlıca faydası, merkezî idareye mensup âmirin, hizmetin görülmekte olduğu mahalde, mahallî şartları ve zorunlulukları bizzat görüp takdir ederek gereken kararları alabilmesindedir. Kararlarda sür'at faktörünün bulunduğu muhakkaktır. İsbet faktörü de hiç şüphesiz yüksektir.

Bu sisteme mahzur olarak 1/Taşra idarecileri arasındaki yetenek farklarının, aynı bir millî kamu hizmetinden, muhtelif bölgelerdeki vatandaşların eşit olmayan bir verimlilikle istifadeleri, hattâ bazan hiç istifade edememeleri; 2/Taşra âmirlerinin "başına buyruk" luğa temayülleri gösterilir.

Birinci mahzur, eski devirlerdeki gibi olmamakla beraber gene de azçok mevcuttur. Eski devirlerde binlerce vali gelip geçtiği halde, bunların arasında pek ün salanlar ve hâlâ anılanların bulunduğu bir gerçektir. Ancak iki faktör, bu mahzuru bugün azaltmaktadır: 1/ Bölgesel ve kentsel idareler kuvvetlenmiştir. Özellikle kentsel idarelerin (bu arada belediyelerin) eskiden tamamen merkeze ait olan hizmetlerin büyük bir kısmını üstelenmeleri, günümüzde, merkezî idarenin taşradaki âmirlerinin, eskisi kadar şöhret sağlayacak büyük ve unutulmaz eserler bırakmalarına fırsat vermemektedir. 2/ Plânlı kalkınma devrinde, millî kamu hizmetleri, ülkenin çeşitli birimlerinde rastgele görülmekte, taşra idarecilerine şahsî teşebbüs yerine plânı uygulama yükümü düşmektedir. Günümüzde bir valinin rastgele bir yol, bir hastahane veya başka bir tesis işine kendi karar ve teşebbüsüyle girişmesi artık söz konusu değildir.

Bununla beraber, şu değişik şartlara rağmen, taşra idarecilerinin şahsiyetlerinin önemi elbet inkâr olunamaz. Bunlar, Kalkınma plânlarına bağlanmış işlerde plân hedeflerine ulaşmada ve plân dışı işlerde de gönüllü teşebbüsleri harekete getirmede, halka şevk ve ilham kaynağı olabilirler; netekim, olanlar da vardır. Eğer bu yüzden, bir idarî birim içindeki vatandaşlar daha mutlu olabiliyorlarsa, bunu da aslında, eski idare hukuku kitaplarında yazıldığı gibi "yerinden yönetim" sisteminin bir mahzuru saymamak gerekir; aksi halde, bir valinin, bir kaymakamın hizmet aşkı ve kabiliyeti taşınması ve elindeki imkânların üstünde başarılar sağlaması, bir "kusur" sayılmak icabedecektir. Bu ise, bir kusur değil, tüm idarecilere kazandırılması gereken meziyetlerdir.

Yetki genişliğinin, idareciye "başına buyrukluğa temayülü" vermesi de, çağı geçmiş bir mahzurdur. Eskiden bu doğru idi. Hattâ Kavalalı Mehmet Ali paşa gibi, gönderildiği vilâyette, bir fırsatını bulup bağımsızlığını ilân edenlere bile rastlanmamış değildir. Ama, o zamanın yetki genişliği bugünkü ölçülerin çok üstünde ve haberleşme ve ulaştırmadaki güçlükler de merkezden yürütülecek bir denetimi pek zor kılmaktaydı. Kavalalı Mehmet Ali paşa bugün yaşasa ve bu işi tekrarlamaya kalksa, 15 dakika sonra jet uçaklarını tepesinde görürdü.

Üstelik sadece ferdî haberleşmeler değil, kitle haberleşme araçları da (başta Basın) taşradaki kamu oyunu durmadan merkeze yansıtır. Üstelik, merkezdeki "en yüksek iyerarşik âmir" durumunda olan bakan, birkaç dakika içinde, istediği taşra âmiriyle temasını kurar ve onun, hattâ elini yıkamak için odasından çıkışından bile haberdar olabilir.

C) Yerinden yönetim (=adem-i merkezîyet-décentralisation)

Yetki genişliği, merkezden yönetimin, eski devirlerde çeşitli zorunluluklarla, bugün de yukarıda değindiğimiz faydalarla bir uygulama modalite'si (=biçimi) olduğu halde, yerinden yönetim tarihî ve sosyolojik bir gerçekliğin ifadesi olup zamanla idarî bir sistem hâline dönüşmüştür.

Evvêlâ deyim üzerinde duralım ve sonra bu sistemi tarihî yeriyile ele alalım:

Anayasamız "Yerinden yönetim" deyimini kullanıyor (mad.112). Fakat "yer" coğrafî bir kavramdır; bir mekân ifade eder. Bu itibarla kamu tüzel kişiliği niteliğindeki bölge ve kent idarelerini anlatmağa elverişlidir. Ancak bu sistemin, bir de "hizmet" bakımından tatbikatı

söz konusudur; bu faaliyet muayyen bir bölge veya kent için olabileceği gibi, bundan da yaygın olarak bütün ülke içindir ve tipik şekli de budur. Böyle olunca, "yerinden yönetim" deyimini uygun düşmemektedir. Fransız hukukunda, birinci şekli anlatmak için "décentralisation locale (veya "régionale") ikinci şekil için de "décentralisation par services" deyimleri kullanılır. Bizde, Anayasamızdaki deyimine sadık kalırsa, birincisine "yersel yerinden yönetim", ikincisine "hizmet yerinden yönetimi" demek gerekecektir. Birinci deyim uygun düşebilir; fakat ikincisi hiç uygun düşmüyor. Çünkü oradaki sistem "hizmetin yerinden yönetilmesi" değil, "hizmetin hizmet merkezinden yönetilmesi" dir. Hizmetin yönetildiği yer ile, onun vatandaşla bilfiil arzedildiği yer, başka başkadır.

Bunun için, birbirinden çok farklı olan bu iki ayrı usûlü karıştırmamak amacıyla ben evvelâ, yerinden yönetim yerine, eski "adem-i merkezîyet" deyimini kullanmayı tercih ettiğim gibi, bölgesel veya kentsel adem-i merkezîyet için "mahallî adem-i merkezîyet", diğeri için de "hizmet adem-i merkezîyeti" demeyi uygun buluyorum. Bu tarz, eski ye kaçıyor, ama benim, bu konuları rahat öğretebilmeyi kolaylaştırıyor. Üstelik "yerinden yönetim" deyiminin "adem-i merkezîyet" deyimiyile karşılanamamış olduğuna da işaret etmek isterim. "A" harfinin kısa telâffuzu ile, bildiğiniz gibi "adem", yokluk demektir. Adem-i merkezîyet de, o halde "merkezîyet yokluğu" demek olmaktadır ki, müessesenin mahiyetine daha uygun düşmektedir.

Şimdi, adem-i merkezîyet'in bu iki türüsünü sırayla inceleyelim:

1) Mahallî adem-i merkezîyet: Adem-i merkezîyetin en eski tipi budur. Bu bir sosyolojik tip olarak başlamıştır. Küçük toplumların yönetiminde ortaya çıkmıştır. Özellikle büyük yerleşme yerleri dışında yaşayan insanlar, başta güvenlik olmak üzere, bir arada yaşama olayının doğurduğu müşterek ihtiyaçlarını, kendileri tertiplenerek gidermek yolunu, hatırlanmayacak kadar eski tarihlerden beri tutmuşlardır. Ortaçağ sonlarına doğru, merkezî otoritelerin zayıflaması sonucu, bu mahallî hizmet tertiplenmeleri giderek kuvvetlenmiş, büyük kentler de daha resmî kılığa bürünen heyetlerle kendi kendilerini idare eder hâle gelmişlerdir. Batıda, özellikle ekonomik önem taşıyan bazı büyük kentlere, hükümdar fermanlarıyla "kendi kendilerini idare" hakkı verilmiştir. Modern devletler, bölge ve kent idaresi türlerini kabul etmişlerdir. Bizde de, eşraf ve âyan'ların yönettikleri şehir ve kasabalar, 19 uncu yüzyıl sonlarına doğru resmî idarî kuruluşlar hâlini almışlardır.

Gerçekten, mekân itibariyle bir arada yaşayan insanların, bu türlü bütün yerleşme'lerde hep aynı olan bir takım genel ihtiyaçları ortaya çıkar ki, bunların merkezî idareler tarafından yürütülecek hizmetlerle karşılanması hem çok zor, hem de gereksiz ve ekseriya isabetsizdir. Gerçi bu ihtiyaçlardan bazıları pek büyük önem taşıyor ve bunların, tüm ülkeyi kapsayan bir ölçüde ve "yeknasak" olarak giderilmesi merkezî otorite için "kuvvetlendirici" ve devlet birliğini sağlayıcı birer faktör de teşkil eder. O zaman, arada bir fark olmasızın, her yerleşme yerinde görülmeye gerekli bu tür hizmetler merkezî idarece üstelenilir. Derslerimizin başlarında, devlette "Hukuk birliği" nin önemine işaret etmiştik. Bu gerçi tümünden merkezî bir iştir; fakat adaletin dağıtılması, asrîşinin korunması, sağlığın korunması, eğitim, gibi hizmetler de, zamanla "birliği sağlayıcı ve otoriteyi kuvvetlendirici faktörler" olarak bazan kısmen, bazan tamamen millî kamu hizmetleri statüsüne sokulmuştur.

Hangi toplumsal ihtiyaçların mahallî, hangilerinin millî-kamu hizmetleriyle giderileceği yolunda bütün memleketler için bazı kastaslar vermek mümkün olmadığı gibi, bir tek memlekette de, bu sorunu, uzunca bir süreyi kapsayabilecek şekilde cevaplandırmak mümkün değildir. Bunun cevabı devletin tipine, merkezî otoritenin güçlendirilmesi yolunda duyulacak ihtiyaçlara, kentlerin veya bölgelerin ekonomik güçle-

rıne, hizmetlerin teknik mahiyetlerinin ağırlık taşıyıp taşınamasına ve buna benzeyen faktörlere göre değişir. Bazan aynı bir hizmetin, mahallî ve millî olarak yürütüldüğü de görülmüştür. Hatta bu "işbölümü", devletlerin en eski, en klâsik kamu hizmetlerinde bile ve bugün dahi görülür. Adalet işlerinin halk tarafından seçilmiş bölge veya kent yargıçıları ve merkezî yargı organları tarafından bir "işbölümü" ve "işbirliği" ile yürütüldüğü memleketler vardır. Asayişin de mahallî idarelerce kurulan ve yürütülen kolluk faaliyetleri ve merkezî kolluk teşkilâtı tarafından yürütüldüğü bazı memleketlerde görülmektedir. Değişen şartlar, bazan, ötedenberi mahallî mahiyette olan bir hizmetin millî (=merkezî) bir kamu hizmeti hâline sokulmasını gerektirebildiği gibi, bunun tersi de olabilir. Bizde, mahallî idarelerin güçsüzlükleri hizmetlerin millîleştirilmesi yolunda bir temayül ve mecburiyet yaratmıştır.

Mahallî ademi merkezîyet'in uygulanmasıyla ortaya, mahallî kamu hizmetlerini görececek bir "kamu tüzel kişisi" çıkar. Bunları kentsel ve bölgesel olarak ikiye ayırmak lâzımdır. Bizim İl özel idarelerimiz, birer mülkî idare birimini olarak sınırları tesbit edilmiş bulunan İl'de, bölgesel nitelikte sayılmış olan bazı hizmetleri yürütür. Kentsel idareler ise, belediye ve köy idareleridir.

Bu idareler birer kamu tüzel kişisi olduklarına göre, kendilerine özgü bir irade'ye (kişilik kavramı icabı) sahip olacaklardır. Bu idarelerin kurucusu, hizmet gördükleri yerlerin seçmenleridir. Hiç değilse, en önemli karar organları bu seçmenler tarafından belirtilir (Anayasa, mad. 116/1).

Kişilik, malvarlığını da gerektirir. Bu idarelerin, devletinkinden ayrı malvarlıkları, binnetice ayrı gelirleri ve giderleri vardır.

İdarelerin personeli, kaideten, yalnız o idareye mensuplardır. Bu personel, merkezî idaredeki hizmet gruplarında mevcut iyerarşiden ayrı, müstakil bir iyerarşi vücade getirir.

Kamu tüzel kişiliği, tüzel kişinin "devlet yetkisine" (=kamu kudretine) sahip olmasını zorunlu kılar. Ancak burada "idarî adem-i merkezîyet" ile "federalizm" de denilen "siyasî adem-i merkezîyet"i birbirinden ayırmak zorunludur.

İdarî adem-i merkezîyette sahip bulunulan devlet yetkisinin kaynağı kamu tüzel kişinin kendisinde değildir. Bir İl özel idaresi, bir belediye veya köy idaresi, devlet yetkisini kendisi tesis etmez, kendi varlığından almaz; kanundan alır. Kanun, yukarıda da belirlendiği gibi, devletin Yasama organının bir tasarrufudur ve ister adem-i merkezîyet idarelerine taallük etsin, ister etmesin, kanun'un yapılmasına bu tür idareler katılmazlar. Tekçi devletlerde, örneğin bizde, Yasama organı, iki ayrı Meclisten (Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu) oluşsa bile, bu meclislerden herhangi biri, federal bir devlette olduğu gibi adem-i merkezîyet idarelerinin temsiline ayrılmamıştır. Meclislerin her ikisini de, -seçim usullerinde bazı değişiklikler bulunsa bile- seçmen vatandaşlar, adem-i merkezîyet'e ilişkin hiçbir özellik ve nitelik söz konusu olmaksızın seçerler. Tekçi devletlerde, adem-i merkezîyet idarelerinin yasama veya yargı gibi yetkileri -sınırlı bir türde olsa bile- yoktur. Bunlar ancak bir takım idarî yetkilerle donatılmışlardır ve gerek kendi iç düzenlerine, gerek gördükleri hizmetlerin ifa tarzına ilişkin olarak koyacakları kurallar, "yasama" değil, "idarî düzenleme" mahiyetindedir.

Buna karşılık, siyasî adem-i merkezîyette (yani federalizm'de), bu siyasî adem-i merkezîyet idareleri (ki Federal devletin kurucu üyeleridir; kimi zaman kendileri de "devlet", kimi zaman "eyalet" kimi yerde de, örneğin İsviçre'de olduğu gibi, "kanton" adını taşırlar), kamu tüzel kişiliklerini ve haiz buldukları devlet yetkilerini kendi varlıklarından (kendi nefislerinden) alırlar. Federal devletle bunların arasındaki görev ve yetki ayrımı, kanunlarda değil Anayasalarda gösterilmiştir; zira federal devlet anayasası, tekçi bir devletin anayasası gibi "tek taraflı bir kural tasarrufu" mahiyetinde olmayıp, menşinde, çok taraflı bir "sözleşme" mahiyetindedir. O halde, siyasî

adem-i merkeziyette, federal devletin egemenliği, kaynağını, üye devletlerin bireysel egemenliklerinde bulur. Üye devletler, federal anayasa ile, kendi aslı egemenliklerini Federal devlet lehine kısıtlamışlardır. Bu nedenle de, federal devletle üye devletler arasında bir yetki uyumsuzluğu çıktığı zaman, yorum'un üye devletler lehine yapılması gerekir. Zira federal devletin yetkileri, üye devletlerinki gibi "aslı" değil, "tadadı" (=sayılmış) tır.

İdarî adem-i merkeziyette ise, federalizme mahsus olan bu hukukî durum ve ilişkilerin hiçbirisi söz konusu değildir. Özellikle mahallî adem-i merkeziyet idarelerinin tarihçeleri ne kadar eskilere uzanırsa uzansın, tekçi devlet, varlığını ve egemenliğini bu tür idarelerden değil, fakat doğrudan doğruya milletten almıştır. Bu tür idareler de, binnetice "kamusal kişiliklerini" ve haiz buldukları "devlet yetkisini" (=kamu kudretini) doğrudan doğruya Devlet'ten almaktadırlar. Merkezi idare ile mahallî idareler arasında bir yetki ihtilâfı doğsa, burada, yorumun merkezi idare lehine yapılması gerekecektir. Zira merkezi idare, tekçi Devletin bir organıdır ve tekçi devletin kaynağı da mahallî idareler değildir.

Bu iki tür adem-i merkeziyet (biri "idarî", diğeri "siyasi") üzerinde yaptığımız karşılaştırma, Osmanlı İmparatorluğunun son yıllarında kurulmuş olan (1913) birer bölge idaresi şeklindeki İl özel idarelerimiz üzerinde, ilerde göreceğimiz, kuvvetli merkezi idare kontrolünün sebeplerini açıklar. Zira, İkinci meşrutiyeti (1908) müteakip bizde "adem-i merkeziyetçilik" sloganıyla, öncülüğünü Préns Sabahaddin (1877-1948) adındaki bir hanedan mensubunun (*) yaptığı akım, Osmanlı imparatorluğunu tekçi bir devlet olmaktan çıkarıp bir federal devlet biçimine sokmak yolunu tutmuştur. Sonradan, Birinci cihan savaşı neticesi, imparatorluğun, Türk unsurunun azınlıkta olduğu bazı vilâyetlerinden yeni yeni devletler çıkmıştır; fakat o tarihteki "adem-i merkeziyetçilik" akımı, Türklerin öz yurdu olan Anadolumuz için de, bölünmeyi körükleyici bir hal almıştı. Bu nedendir ki, devlet, 1913 te tesis ettiği "idarî adem-i merkeziyet" in bu "idarî" vasfının, "siyasi" liğe dönüşmesini önlemek için azami titizliği göstermek mecburiyetini haklı olarak duymuştur.

Mahallî ademi merkeziyetin bir takım yararları, buna karşılık özellikle bizde gün geçtikçe ağırlığı artan bazı sakıncaları da vardır:

1/ Mahallî adem-i merkeziyet, demokrasiye uygun bir "kamu hizmetleri tertibi" olarak görülür. Demokrasi, halkın kendi kendisini idare etmesi esasına dayandığına göre, bu idare tarzının, evvelâ en küçük yerleşme birimlerinden başlaması, demokratik rejime yakınlığı geliştirici sayılır. Halk, evvelâ, bir mekânda, bir arada yerleşip yaşamının derhal olduğu bazı zaruri müşterek ihtiyaçların nasıl karşılanacağını görmeli, öğrenmeli, bir takım idarî hizmetleri kendisi kurup çevirerek, ülke çapında devlete düşen hizmetlerin daha üstün olan önemini ve bunları yürütmekteki güçlüğü, karşılaşılan problemleri anlamalı ve böylece, millî idareye iştirak için mahallî bir eğitimden geçip hazırlanmalıdır. Bu düşünceler ve tecrübelerle ki, İngilizler, adem-i merkeziyet idarelerini, devlet adamı yetiştiren bir nevi hayat okulu sayarlar. Gerçekten de, Batı Avrupa ülkelerinde, büyük devlet adamlarının pek çoğu, mahallî idare yöneticiliklerinden gelmişlerdir. Örneğin, Batı Almanya başbakanı Willy Brandt'ı alınız; başbakan olmadan evvel, Berlin belediye başkanıydı. Yüzyılımızın ilk çeyreğinde, Fransa'da birçok defalar başbakanlık yapmış olan Edouard Herriot (1872-1957) tam elli yıl, Lyon gibi en büyük kentlerden birinin belediye başkanlığını yapmış, milletvekiliğinde de, kendisinden "Parlâmentonun ağır topu" olarak söz edil-

(*) Sultan Abdülmecid'in kızı Seniha sultanın oğlu.

miştir. Bu örnekleri çoğaltmak kolaydır.

2/ Mahallî adem-i merkeziyet idarelerinin, mahallî nitelikteki kamu hizmetlerini yürütmekte, sür'at ve isabet yönünden, merkezî idareden daha başarılı oldukları da, uzun süre, idare hukuku yazarlarının ortak gözlemini teşkil etmiştir.

Mahzurlara gelince, bunların başında, şu hemen yukarda ele aldığımız ikinci fayda'nın karşılığı üzerinde duralım:

1/Mahallî adem-i merkeziyet idarelerinin, kendilerinden beklenen şu ikinci faydayı gerçekleştirebilmeleri, iyi bir "kamu yönetimi" nâ-aranan şartların varlıklarına sürdürmelerine bağlıdır. Gerçekten, böyle bir idarenin başarılı olabilmesi rasyonel bir tertiplemeye, titiz ve dikkatli bir malî düzene, hizmetlerin gün geçtikçe artan teknik niteliklerini yeterince karşılayacak bir "uzmanlığı" sürekli biçimde geliştirmelerine bağlıdır. Bugün bizim tüm mahallî idarelerimiz "gelir azlığından" şikâyetçidirler. Bu şikâyet belki tamamen, belki bir dereceye kadar yerindedir. Fakat acaba "bol gelir" bu idarelerin tam anlamıyla verimli olmalarını sağlayacak tek faktör müdür ? Yoksa bütün öteki faktörlerin başında gelir mi ?

Mahallî idarelerimiz, kanunların kendilerine tahsis ettiği gelirleri, yeterince tahsil edebiliyorlar mı ? Ekonomik olmağa gereği kadar titizlik gösterebiliyorlar mı ? Kuruluşları (=teşkilâtları) rasyonel midir ? Personel "kaliteli" midir ? Personel politikaları var mıdır ve varsa titizlikle uygulanabilmekte midir ? İç idarî bağlantılar, iş bölümleri, iş ayrımları, koordinasyon, denetim ne haldedir ? Kasacası, gelir yetersizliği hariç, bu idarelerin verimli olmalarını mümkün kılacak diğer faktörler üzerinde düşünceler, çalışmalar, projeler ve teşebbüsler ne durumdadır ?

Bu sorunların çözümünü sadece merkezî idareden beklemek, gözlemlerin, tedbir ve teşebbüslerin merkezî idareden gelmesini istemek, iyi vazife görmek değildir. Mahallî idarelerin başarısında, yöneticilerin vasıfları üzerinde de durmak gerekmez mi ? Nasıl oluyor da belediyelerimizin hemen hepsi, bütün sorunlarının çözümünü gelirlerinin arttırılmasında ararken, Batı Anadolu'daki büyük kentlerimizden birinin belediyesi, diğerleriyle kıyas kabul etmez başarıları sağlarken ve Güney Anadolu'muzun hemen hemen aynı gelirlerle sahip bir başka belediyesi, kentin en büyük caddelerinin temizliğini sağlayamamaktadır ?

2/ İkinci bir mahzur olarak, mahallî idarelerin birer "demokrasi mektebi" sayılmalarına rağmen, partizanca çekişmelerin bu idarelerde yarattığı aksaklıkları göstermekte idare hukuku yazarları hemen hemen birleşmişlerdir. Bu ikinci mahzur, belli bir süre için seçilen mahallî idare organlarının, genellikle, başarılmasa bu süreyi aşacak ve iyi sonuçlarını bu süreden sonraki bir devrede verebilecek esaslı ve halkın uzun vadedeki ihtiyaçları için "elzem" büyük yatırımlardan kaçınmaları, bunlara karşı isteksiz davranarak, kısa vâdeli, göze görünür işlerle uğraşmaları olarak gösterilmektedir.

Gerçekten bizde, bu hâli gören merkezî idare, mahallî idarelerimizin teknik ve malî güçsüzlüklerini göz önünde tutarak, özellikle kentlerimizin alt yapı (=infra-structure) tesisleri için merkezde çeşitli tedbirlere başvururken, bir kısım mahallî hizmetleri de merkezî hizmetler hâline getirmek zorunluğunu duymuştur. Devlet, 1945 yılında, evvelâ Belediyeler bankası adını taşıyan, sonra İller Bankası adı verilen ve İl özel idareleriyle, belediyeler ve köy idarelerinin ortak edildiği bir müessese kurmuş, bu kuruluşu zikredilen mahallî idarelere malî ve teknik yardımlarda bulunmak görevleriyle donatmıştır. Bundan sonra da, gene merkezî idare teşkilâtı içinde, mahallî idarelere çeşitli yardımlarda ve rehberliklerde bulunmakla görevli bölümler teşkil edilmiş, meselâ bu arada Y.S.E. (Yol, Su ve Elektrik İşleri Genel Müdürlüğü gibi, köylerin yol, içme suyu ve elektrifikasyonu gibi alt-yapı işlerini gerçekleştirmek üzere Köy İşleri bakanlığına bağlı büyük bir teşekkül küda getirilmiştir.

Görülüyor ki, adem-i merkeziyet idarelerinin, çeşitli nedenlerle

guçsuz hâllere düşmeleri karşısında Merkezî idare, bittabi seyirci kalmamakta, bir taraftan bu idareler iş görebilsinler diye onları desteklerken, öte taraftan da en önemli mahallî hizmetleri kendi üzerine almak mecburiyetine düşmektedir. Böylece de mahallî idarelerimiz, bizzat birer "müteşebbis" olma durumundan uzaklaşınca, adem-i merkezîyet sistemi ve fikri zayıflamakta, anlamını kısmen olsun yitirmektedir. O halde, mahallî adem-i merkezîyet kuruluşlarımızın, kökten bir incelemeye tâbî tutulmaları ve etkin çalışabilir duruma gelmeleri için esaslı bir reform görmeleri zorunlu oluyor.

2. Hizmet adem-i merkezîyeti

Günümüzde devlete düşen kamu hizmetlerinin çok çeşitlendiğini ve yoğunlaştığını hep tekrarlamaktayız. Eskiden, merkezî idare, bir bütün hâlinde, bütün merkezî kamu hizmetlerini çevirebilecek teknik ihtisasa sahip olabiliyordu. Çünkü teknoloji, işletmecilik bu derece gelişmediği gibi, devletin ekonomik hayata (endüstri ve ticarete) müdahalesi de bugünkü kadar yaygın değildi; hattâ hiç yoktu. Fakat artık durum, eskisi gibi değildir. Bugün, eski klâsik kamu hizmetleri dışında, devletin yüklendiği bütün yeni hizmetler, birer "işletme" mahiyetinde bulunmakta, özel ve teknik ihtisas ve usûllerle çevrilmeye ihtiyacını göstermektedir. Merkezî idare ise, bir bütün hâlinde, bütün bu değişik uzmanlıkları ve usûlleri sinesinde toplayamamakta, barındıramamaktadır. Bu sebeple, merkezî idarede, mahal veya mekân itibariyle değil, fakat "hizmet" itibariyle, bir adem-i merkezîyetin tatbiki zorunlu olmaktadır.

Bu gelişimi daha iyi anlayabilmek için biraz eskiye dönelim:

Osmanlı imparatorluğunun son 50-60 yılı içinde, memleketimizde de, demiryolu, elektrik, liman işletmeciliği, havagazi, şehir suyu, şehir içi ulaştırma, telefon gibi konularda halkın ihtiyaçlarının karşılamaşu zaruret hâlinde alınca, bu tesislerin meydana getirilmesi düşünöldü. Fakat ne yerli özel sermayenin, ne de devletin malî gücünün bu gibi işlere yetmediği ve üstelik bu alanlarda yerli hiçbir teknik bilginin ve ihtisasın da bulunmadığı âşikârdı. Bunun yanı sıra, Batılı müteşebbisler de, bu konularda tesisler kurmak ve işletmek için devletten müsaade almak hususunda uğraşıyorlardı. Bu hizmetlerin meydana getirilmesinin ve işletilmesinin ne derece kârlı olacağı da biliniyordu. Osmanlı imparatorluğu, bizzat müteşebbis olmanın yollarını arayacak ve bu işleri kendisi gerçekleştirme çârelerini bulacak yerde, "imtiyaz" (=concession) denilen sözleşmelerle çeşitli yabancı müteşebbislere bu hizmetleri, bütün tesisleriyle kurmak ve işletmek haklarını Sultan Aziz devrinden başlayarak arda ardına vermeğe girişti. İstanbullu Avrupaya bağlayan demiryolu bir Avusturyalı müteşebbise, İzmirden Anadolu içine uzanan demiryolları başka yabancılara, daha sonra, İstanbuldan Basra Körfezine kadar gitmesi tasarlanan demiryolu (Anadolu-Bağdat hattı) birçok entrikalar sonucu Almanlara verildi. İstanbullu suyunu bir yabancı şirket, tramvaylarını bir başkası, elektrikliğini, telefonunu daha başkaları aldılar. Muhtelif yerlerde meydana getirilen havagazi tesislerinden bir ikisi Türkler tarafından alındı, ötekiler gene yabancılara gitti. Cumhuriyetin ilanından 10-12 yıl sonra memleketimizde böyle ne kadar imtiyaz sözleşmesi (*) varsa feshedilmeye ve kurulmuş tesis ve hizmetler devlete mal olunmağa (=devletleştirilmeğe) başlandı. Özellikle, Atatürk'ün büyük güven duyduğu yakın mücadele arkadaşı Ali Çetinkaya'nın Bayındırlık bakanlığı zamanında bu iş tamamlandı. Bu, karşımızdaki müesseselerin malî ve siyasî bakımdan ne derece sağlam güçlere dayandığı düşünöülürse, o kadar gurur duyulacak bir millî başarı olmuştur.

Merkezî idaremiz bütün bu teknik işletmeleri devraldı. Fakat bunları, merkezî idarenin umumî mahiyetteki faaliyetleri arasında katarak sürdürmek, teknik bakımdan mahzurlu göröldüğü için, "hizmet adem-i mer-

(*) Buradaki "imtiyaz" deyiminin özel bir anlamı vardır. "imtiyaz sözleşmesi, gereken menkul ve gayrimenkul malları sağlayarak özel bir kuruluşun bir kamu hizmetini, idarenin yerine geçerek işletmesi konusunda atedilen, genellikle uzun vâdeli bir sözleşmedir.

keziyeti" tabbikatına geçildi. Zağınla devletimizin yepyeni ekonomik teşebbüslere geçmesi, bizde, Hizmet adem-i merkeziyeti tabbikatını genişletti. 1938 yılında Devlet İktisadî Teşekkülleri hakkındaki 3460 sayılı kanun çıkarıldı. 1964 yılında 440 sayılı kanunla bu teşekküller, yeni Anayasamızın getirdiği ilkeler içinde yeniden tertiplendi.

Görüşünüz gibi, teknik nitelikleri ve uzmanlık isteyen özelliklerle itibariyle demek ki, bazı kamu hizmetlerini, genel idare faaliyeti içinde yürütmek mümkün olamıyor. Bu durumda, bir hizmeti, onu yürütmek için gerekli mallarla birlikte bir "tüzel kişilik" hâline getiriyorsunuz. Bu, başlı başına bir idarî birim teşkil ediyor. Hizmet personeli, kuruluş içinde, o kuruluşa özgü bir iyerarşi teşkil ediyor. Tüzel kişinin her "Kişi" gibi- kendi mâmeleki, kendi gelir ve giderleri oluyor ve belli bir bağımsızlık derecesi içinde hizmeti kendi başına yürütüyor.

Burada, mahallî adem-i merkeziyetten farklı olan haller şunlardır:

1/ Hizmet, kişileştirilmiştir. Halbuki mahallî adem-i merkeziyet idareleri, kendileri birer tüzel kişi olarak, muhtelif hizmetleri görürler.

2/ Hizmet adem-i merkeziyeti müesseselerinin organları, seçmen vatandaşların iradeleriyle teşekkül etmez; bu hizmet millî veya mahallî oluşuna göre, ya merkezi idare veya mahallî bir adem-i merkeziyet idaresi tarafından tayin ve tesis edilir. Zira, nasıl merkezi idare, kendi üzerindeki bir hizmeti, bir kamu tüzel kişiliği hâline sokabiliyorsa, bir mahallî idare de, kendisine ait bir hizmeti aynı bir statüye sokabilir. Birinci halde ortaya çıkan kurumlara "Millî kamu kurumları" (=Millî âmme müesseseleri), ikinci halde "Mahallî kamu kurumları" (=Mahallî âmme müesseseleri) denilir.

3/ Mahallî adem-i merkeziyet idareleri birer "şahıs topluluğu", Hizmet adem-i merkeziyeti idareleri ise birer "mal topluluğu" yapısındadırlar.

§ 2. KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ

Yerinden yönetim (=adem-i merkeziyet) usûlünün tabbiki, devlet içinde, devletin yanısıra, böyle bir tabbikatın genişliği ölçüsünde "kamu tüzel kişileri" nin doğmasına ve çoğalmasına yol açar. Bu kamu tüzel kişileri, şüphesiz devlet içinde birer devlet olmamakla beraber (Bk. sf. 78) devletin tümülüğü içersinde, birer kamu hukuku şüjesidirler. Yerinden Yönetimin, devletçe kabul edilmiş ölçüleri içinde, sanki devlet de, kendileri gibi ve kendilerinin derecesinde bir tüzel kişi imiş gibi, onunla kamu hukuku ilişkilerine girer, sözleşmeler yapabilir, diğer hukukî münasebetleri kurabilir, devlete karşı kamu hukuku ve varsa, özel hukuk— alanlarında davacı, davalı olabilirler. Devletin yanı sıra, bunlar da, kanunların kendilerine verdiği "devlet yetkilerini", gereken her yerde devlete karşı da kullanabilirler. Meselâ bir belediye idaresi, kendisine ayrılmış düzenleme alanı içinde, kendi düzenleyici kural-tasarruflarını ısdar ettiği zaman, buna her vatandaş gibi, diğer kamu tüzel kişileri ve bizzat devlet, riayete mecburdurlar.

Demek ki, iç kamu hukuku ve özellikle idarî faaliyetler alanında, haddi zatında egemenliğin tek kullanıcısı olan devlet ile, devletin kanunları sonucu ortaya çıkan ve kendilerine "kamu kudreti" (=devlet yetkisi) tanınmış bulunan bu tüzel kişiler arasında fark yoktur:

Evelâ, terim olarak, biz bunların hepsine de "İdare" deriz. Gerçekten, organik ve fonksiyonel anlamda, Devletin merkezi idarî teşkilâtı da bir "İdare" dir, bir belediye, bir köy, bir İl Özel İdaresi, bir Devlet İktisadî Teşekkülü de "İdare" dir.

Bu, bizi, burada, "Kamu tüzel kişiliği" nin mahiyetini incelemeye sevkeder.

Bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişisi olup olmadığını belirtecek kıstaslar nelerdir ?

Evvelâ bu hususta Anayasamızın koyduğu hükmü inceleyelim:

"Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur". (mad.112/3).

Bu fıkradaki ikinci kuruluş türünden, "kanunun açıkça verdiği yetkiye" dayanılması hâlinde bahsedelim:

Bütün tüzel kişiler böyle kuruluyor mu ? Bir şirket, bir dernek, özel kişiler tarafından "kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" kuruluyor.

Fakat Anayasamızın buradaki kasdı, "kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurma"nın, her halde özel kişiler tarafından yapılmaması hâlidir. O halde bu hükümden şunu anlayalım: Kanun, nasıl bir "devlet tasarrufu" ise, "kanunun açıkça verdiği yetki" de, bir "devlet yetkisi" mahiyetinde olmalı (yani kişilere verilmiş bir "subjektif hak" niteliğinde olmamalı) ve tüzel kişi, böyle bir "devlet yetkisi"nin kullanılmasını ifade eden bir "idari tasarruf" la tesis edilmelidir.

Demek ki, ilk kastas, "tüzel kişiyi kurma tasarrufunun" ister Yasama organından çıkan, ister devletin başka bir organı tarafından itihaz edilen bir "kamu hukuku tasarrufu" olmasıdır.

Ancak bu yeter mi ?

Bir tüzel kişi, bir "kamu hukuku tasarrufu" (yani bir devlet yetkisinin -ister yasamasal, ister idarî olsun- kullanılması suretiyle itihaz edilmiş bir tasarruf, diğer bir deyimle bir "devlet tasarrufu") ile kuruluyorsa, tüzel kişinin kurulması örneğin Ticaret kanunu, Dernekler kanunu, Siyasî partiler kanunu, Sendikalar kanunu gibi, Mendenî kanunun "vakıflar" hakkındaki hükümleri gibi, bir "özgürlüğün" kullanılmasını düzenlemiş olan ve herkese tanınan bir "subjektif hak" ın kullanılmasıyla kuruluyorsa, ona "kamu tüzel kişisi" demeye imkân bulunamayacaktır. O zaman, kurulan bir tüzel kişi, bir "özel hukuk tüzel kişisi" olacaktır.

Fakat, devlet (İdare), bir özel hukuk tüzel kişisinin kurulmasına katılamaz mı ? Meselâ bir şirketi, özel kişilerle birlikte kuramaz mı ? Bu takdirde, özel tüzel kişinin kurulmasında bir devlet tasarrufunun da bir unsur olarak katkıda bulunduğunu görüyoruz. Ancak ne var ki, burada, böyle bir halde, özel tüzel kişinin kuruluş tasarrufu bizzat bir "devlet tasarrufu" değildir. Bir şirket (=çrtaklık) "Ana sözleşme" adı verilen, mahiyeti Ticaret kanununca belirtilmiş bir sözleşme ile kurulur. O halde devletin yaptığı şey, bu sözleşmeye taraf olmaktan ibarettir. Bu da, sözleşmeyi bir "idarî sözleşme" (=idarî tasarruf türü) yapmağa yetmez. Devletin, özel bir tüzel kişiye katılma yolunda itihaz edeceği kendi kararı idarî'dir; fakat katıldığı zaman, tüzel kişinin kuruluşu hakkındaki tasarruf, idarî olmaz (*).

Hattâ bazan, devletin de katılacağı bir özel tüzel kişi (=şirket), faaliyet mevzuu itibarıyla, Ticaret kanununun genellikle şirketlerin kuruluşları, sermaye konulması, ehliyetleri gibi konulardaki hükümlerine istisna teşkil edecek kanun hükümlerinin varlığını gerektirebilir ve bu sebeple, özel bir kanun dahi çıkarılabilir (Örneğin Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi gibi). Ticaret kanununun 270 inci maddesine göre, hususî kanunlarla kurulan şirketler dahi, bu hususî kanunda aksine hüküm olmadıkça, Ticaret kanunu hükümlerine tâbidirler. Bunun neticesi, bu gibi şirketlerin de birer özel hukuk tüzel kişisi sayılmasıdır.

Demek ki:

1/ Bir tüzel kişinin (ki bu bahiste söz konusu ettiğimiz, aşağıda dip notu'nda da söylediğimiz gibi, tabii, şirketlerdir) kurulması yolunda özel bir kanunun çıkarılması, o tüzel kişiyi mutlaka bir kamu tüzel kişisi yapmaz. Zira, özel kanunun amacı ve konusu, Ticaret kanununun,

(*). Devletin katılacağı tüzel kişiler, tabiiyle ancak şirketler olabilir; devlet, sendikalara, derneklere ve benzerlerine bittabi katılmaz.

genel olarak herhangi bir tip şirket için öngördüğü hükümlere, yeni kurulacak şirketin bazı özellikleri dolayısıyla istisnalar getirmek olabilir. Bu da, şirketin aslı mahiyeti olacak olan "özel hukuk tüzel kişiliği" sıfatını değiştirmez. Meğer ki özel kanunda aksi söylensin.

2/ Her özel hukuk tüzel kişisi de, Anayasanın 112 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında belirttiği gibi, "... kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur". O halde, salt bu hâl, her türlü tüzel kişi hakkında geçerli olduğuna göre, bir tüzel kişinin, özel hukuk tüzel kişisi mi, yoksa kamu tüzel kişisi mi olduğunu ayırd etmeğe yetmez.

O halde, başka kıstaslara da ihtiyaç vardır. Aceba bunlar neler olabilir ?

1/ Tüzel kişi, devlet yetkileriyle donatılmış olursa, bu durumda, bir kamu tüzel kişisi karşısında bulunduğumuzu söyleyebiliriz.

2/ Tüzel kişinin faaliyeti veya faaliyetlerinden bir kısmı, kendisine "kanunî bir tekel" şeklinde tahsis edilmişse, gene bir kamu tüzel kişisi karşısında bulunduğumuz kanaatimdeyim. Zira, Anayasamıza göre herkes (bütün özel kişiler) eşittir; o halde, bunların kuracakları tüzel kişiler de, aynı eşitlik ilkesine tâbidirler. Halbuki kanunî bir tekel, bu eşitliği bozar. Eşitsizlik ise ancak devletle özel kişiler arasında söz konusu olur. Özel kişiler, genel olarak devlete (özel olarak İdareye) karşı eşitlik iddiasında bulunamazlar. Bunun sebeplerini biliyorsunuz.

Bir kanunun, bir tüzel kişiye tekel niteliğinde bir hizmet vermesi, bunun ardından, zorunlu olarak bazı devlet yetkilerini, hiç değilse, "eşitsizliği" getirecektir. Demek ki, statü farkı vardır. Demek ki, tâbi olunun Hukuk değişiyor.

3/ Tüzel kişinin malları, devlet malıyla aynı kanunî himaye rejimine tâbi kılınmış olabilir. Bilirsiniz, devlet malları, özel kişilerden mallarından daha üstün bir himaye görürler.

4/ Tüzel kişinin gelirleri de devlet gelirlerine tanınan bir himayeye dahil edilmiş olabilir. Bunların tahsili, devlet gelirlerinin tahsili hakkındaki "Tahsil-i Emval kanunu" ndaki usûlün getirdikleri üstünlüklerden yararlandırılmış olabilir.

5/ Tüzel kişinin personeli, Ceza kanunu tatbikatında devlet memurları telâkkî edilmiş olabilir. Yâni görevleriyle ilgili olarak işleyecekleri suçlardan dolayı, daha ağır müeyyedelere tâbi tutulmuş olabilirler.

Baştan 1 ve 2 nci sırada saydığımız özelliklerden herhangi biri, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi sayılmasına yeterlidir.

3, 4 ve 5 inci sırada saydığımız haller ise bazan tek başlarına, bazan ikisi veya üçü bir arada aranan şartlardır. Tüzel kişinin mahiyeti, bazı kanunların hükümlerine göre "özel hukuk tüzel kişisi" olarak tasrih edilmiş (yâni özel hukuk tüzel kişiliği kategorisinde oldukları açıkça belirlenmemiş) ise, o zaman, son üç şarttan herhangi bir tanesinin varlığı dahi, tüzel kişinin, bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğunun belirlemeğe yetebilir.

Genel bir deyimle Devlet tarafından kurulan, yukardaki nitelikleri haiz olan, fakat üçüncü şahıslarla ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tâbi bulunacakları özel kanunlarda belirtilen tüzel kişilerin, sırf bu "üçüncü şahıslarla münasebetlerinin özel hukuk hükümlerine tâbi olması" nedeniyle, özel hukuk tüzel kişisi sayılacakları yolundaki iddia (ki bu tip devlet teşebbüsleri ilk kuruldukları sıralarda pek geçerli sayılıyordu) şimdi çöçerli değildir. Zira teorik tartışmalar bir yana, bizzat bazı kanun hükümleri, üçüncü şahıslarla münasebetlerini özel hukuk rejimine tâbi kıldıkları bazı tüzel kişilerin birer "Kamu tüzel kişisi" olduklarını açıkça belirtmektedirler. Türk Standardları Enstitüsü bunun örneklerinden biridir.

Bu çetin konuyu özetlemek gerekirse, kuruluşta teşebbüsün devlet tarafından gelip gelmediğine, bu kuruluş için özel hukuk tüzel kişiliği hakkındaki kanunlara basit istisnalar ihdas edilmeyip behemhahal bir özel kanuna ihtiyaç duyulmuş bulunup bulunmadığına, tüzel kişinin

devlet yetkileriyle donatılıp donatılmadığına, mallarının, gelirlerinin, memurlarının özel hukuk tüzel kişilerinin malları, gelirleri ve memurlarından her ne suretle olursa olsun farklı bir hukukî rejime tâbî tutulup tutulmadıklarına, kendilerin tekel hâlinde bir faaliyetleri olup olmadığına bakmak, bu yönleri araştırmak icabedecektir. Bütün bu hususiyetlerin hepsini de bir arada bulmak mümkün olmayabilir. O zaman hukukî ağırlığın kamu hukuku alanında mı, yoksa özel hukuk alanında mı olduğunu, bu iki hukukun kavramları, ilkeleri, tekniği üzerindeki bilgi zenginliği ile tartmak gerekecektir. Yoksa sırf üçüncü şahıslarla ilişkilerin özel hukuka tâbî kılınmış olması, memurlarla Kuruluş arasındaki hukukî ilişkinin özel hukuka girmesi gibi görünürlük'ler, hukukî teşhisi yapmağa yetmeyecektir.

§ 3. İDARİ DENETİM

İdarî adem-i merkeziyetin siyâsî adem-i merkeziyetten farklarını yukarıda belirttik. Bu uygulama sonucu ortaya devletler değil, tekçi bir devlet içinde "kamu tüzel kişileri" (muhtelif tiplerde "İdare"ler) çıkar. Bunlara, varlıklarını devlet vermektedir; yetkilerini devlet vermektedir; hizmetlerini devlet tâyin etmektedir; bu hukukî rejimlerini, üstünlüklerini, himayelerini bunlar devletten almaktadırlar. Bunların görecekleri kamu hizmetleri ve bu hizmetleri görmekle gerçekleştirecekleri "kamu yararları" vardır.

Kamu yararlarının en üstün ve en yetkili görevlisi ve koruyucusu ise devlettir. O halde, bütün bu tüzel kişilerin (=İdare'lerin) Devletin denetimi altında olmaları doğaldır; zorunludur. Devlet adına bu denetimi Merkezî İdare yapar. Merkezî İdare, bizzat tüzel kişiliğe sahip değildir. Merkezî İdare, devlet tüzel kişiliğini, devletin idarî fonksiyonu alanında temsil eder.

Burada söz konusu edeceğimiz devlet denetimi, "idarî" nitelikte olan denetimdir. Ayrıca gerek merkezî idare, gerek adem-i merkeziyet idareleri yargısal denetime tâbidirler. Yargısal denetimin özel ve ayrıntılı bir tekniği vardır. Bunu "İdarî Yargı" derslerinde göreceksiniz.

Burada yalnız şu kadarını şimdiden belirtmeyi yararlı görüyorum: idarî denetim, idare tarafından ve idarî tasarruflarla ifa edilir. Bunun sonucunda, bizzat idarî denetime ilişkin tasarruflar da, birer idarî tasarruf olmak hasebiyle yargısal denetime tâbidirler. Zira yukarıda, derslerimizin başlarında, yargısal tasarruf konusunda yaptığım açıklamalarda belirttiğim gibi, Hukukun "son sözünü mahkeme söyler". O halde, idarî denetim, "muhkem kaziye" (=kesin hüküm) le sonuçlanamamaktadır.

Merkezî idarenin, yerinden yönetim idareleri üzerindeki idarî denetimi iki amaca ayrı ayrı veya aynı zamanda yönelik bulunabilir. Bunlardan birincisi "Hukuka uygunluk", ikincisi "Yerinde'lik" (=İc-b-i hâl'e uygunluk) denetimidir. Hukuka uygunluk denetimi (ki eski ve alışılmış bir deyimle, buna "Kanunîyet denetimi" denilir; biz de yer yer bu deyim kullanacağız) az yukarıda belirttiğim gibi, yargı organlarıncı yapılmadığı için, kesin hükümle sonuçlanamaz; kendisi de yargısal denetime tâbî olan bir denetimdir.

Yerindelik denetimi ise, idarî vasfı ağır basan bir denetim türüdür. Yargı organları, idarenin faaliyetinde "yerindelik" yönünü kaideten aramazlar; aramaları onların fonksiyonuna girmez. Ancak bazı şartlarda, idarî bir faaliyetin kanunîliği de onun yerindeliğiyle mümkün ve kaim olabilir; bu gibi hallerde, yargı organları, dolaylı yoldan bir "yerindelik denetimi" yapmak mecburiyetinde kalırlar.

Kanunîyet denetiminde, İdarenin işlem ve eylemlerinin (=tasarruf ve fiillerinin) Hukuka uygunluğu aranır. Anayasamızın 114 üncü maddesi "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" der. Bu suretle İdarenin Hukuka uygun hareket etme mecburiyetine verilen önem belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, bir "Hukuk Devleti"

dir. O halde idareden de beklenen, neşeyden önce hukuka uygun hareket etmedir.

Ancak İdarenin sadece Hukuka uygun hareket etmesiyle mesele halledilmiş olmaz. İdare, Mahkeme değildir. Hâkimden beklenen yalnız, "Hukukun söz sözünü" söylemektir. İdareden ise, "Hukuka uygun olarak işabetli, yerinde hareket" beklenir. Bu ikinci yüküm "İyi İdare" demektir. İdarecinin, yetkisini Hukuka uygun kullanması, fakat zamanında, yerinde, en iyi sonuçları alacak, kamu hizmetini en iyi şekilde yürütmüş ve kamu yararını en geniş ölçüde gerçekleştirmiş sayılacak biçimde kullanması aranır.

İdarecinin, yetkisini, Hukuka uygun surette kullanıp kullanmadığını, dediğim gibi, neticede yargı organı (İdarî yargı mercii) kesin ve reddedilemez bir kuvvetle belirtebilir. Fakat sonuç ?

Sonuç, sadece bu yetkiyi Hukuka uygun kullanmak olamayacaktır. Aynı zamanda, izaha çalıştığım gibi, hizmeti en mükemmel şekilde görmek, kamu yararını en iyi bir biçimde gerçekleştirmek olacaktir. Bunun böyle olup olmadığını ise hâkim kaideten bilmez, bilemez; araştıramaz.

Biz bu bahiste, Merkezî İdarenin, kamu tüzel kişileri üzerindeki denet türlerinden ve bu denetlerin muhtevalarından, hükümlerinden bahsedeceğiz.

Bir İdarenin, bid de kendi içinde işleyen bir denet usûlü vardır ki iki şekilde görünür: İyeraşik denet ve İsti'taf. Buna "İdarenin iç idarî denetimi" diyoruz. Merkezî idare tarafından yapılan da "İdarenin dış idarî denetimi" diyoruz.

Niçin "dış" ?

Zira Merkezî İdare, kamu tüzel kişisinin yapısı dışındaki bir kuruluştur. Sebep bu.

Merkezî idarenin bu idarî denetimi üç usûlde olabilir: 1/İdarî vesayet; 2/ İkili görev; 3/ Sübvansiyon.

1. İdarî Vesayet (=Tutelle administrative)

Burada "vesayet" deyiminin kullanılmış olmasına bakarak, bu müesseseyi Medenî hukuktaki vesayet ile karıştırmamak, yakın görmemek, aralarında hüküm alış-verişi bulunduğu gibi bir düşünceye kapılmamak lâzımdır. Buradaki vesayet, Medenî hukuktaki vesayetten tamamen ayrıdır.

Medenî vesayet, hacir altındaki kişinin hak ve menfaatlerini korumak içindir. Mahcur ya tümden irade yoksundur; yahut iradesi geçici bir süre veya kısmen sakatlanmıştır; veya cezaî bir müeyyede olarak hukukî muamelelerde bulunabilmekten men edilmiştir. Bütün bu hallerde, irade kullanılmayınca, hakları kullanabilme olanağı ortadan kalkar (Bk. yukarda sf. 17-21). O zaman, kişinin haklarını kullanmak üzere, haricî bir iradeye ihtiyaç hasıl olur; vasî tayin edilir; vasî, vesayet altına alınanın şahsa bağla olmayan haklarını kullanır; onun adına irade izhar eder. Fakat görüyorsunuz ki, tam bir "ikame" vardır. Yâni, vasî'nin iradesi, mahcurun iradesinin yerine tam olarak geçmiştir; onun bütün muamelelerine şâmilidir; onun tasvibine, tasdikine de muhtaç değildir. Böylece mahcurun hakları kullanılır; menfaatleri korunur. Vasî'yi, mahkeme denetler.

İdarî vesayette ise amaç, merkezî idare tarafından kamu tüzel kişisinin korunması değildir. Kamu tüzel kişisinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti, gerçekleştireceği kamu yararı korunur; yâni kamu tüzel kişisine karşı toplum ve fertler korunur.

İdarî vesayette ikame yoktur. Kamu tüzel kişisi iradesini kullanmakta devam eder. Ancak bu kullanışla ittihaç edilen hukukî tasarruflar yürürlük gücünü (Hukuk düzeninde sonuç doğurma olgunluğunu) vesayet makamının, kamu tüzel kişisinin iradesine gelip eklenecek iradesinden (veya vesayet makamının "engel olmama" yolundaki irade beyanından) alırlar. Vesayet makamı, kamu tüzel kişisinin bir tasarrufunu iptal ettiği (ortadan kaldırdığı) zaman, yerine kendi tasarrufunu (yâni iradesini) ikame edemez.

Üstelik, idarî vesayet, kamu tüzel kişisinin tüm tasarruflarına

esasen icraî nitelikte olduğunu, önama kararının, bu tasarruflara icraîlik vasfı getirmediğini, Fransız doktrininden naklen söyler. Danıştayımız da, rahmetli profesörün bu görüşünden esinlenerek aynı esası ifade eden bazı kararlar vermiştir. Biz, bu görüşe katılamıyoruz. Bunun sebebi, görüşe katıldığımız takdirde, onama kararının mahiyetinin ne olduğu yolunda tatmin edici bir izah bulamayışımızdır. Bize göre, onamaya bağlı tasarruflar, icraîlik vasfından yoksundur. Onama kararı, bu icraîlik vasfını getirir, ekler. Onamaya tâbî olmadığı halde, itiraz üzerine durdurulabilen kararlardan ise, bu durdurma ile, icraîlik vasfı kaldırılmaktadır. Onamaya tâbî olmayan kararlar icraîdir. Fakat onamaya tâbî olanların icraîliği izah edilemiyor.

Vesayet makamının olumsuz şekilde tecelli eden kararlarına karşı, yerinden yönetim idarelerinin ne gibi itirazları olabileceğini de incelemek gerekir.

Yerinden yönetim idareleri, isti'taf (=recours grâcieux) yoluna baş vurabilirler. İsti'taf, kararından memnun olunmayan idarî merci kendisine başvurarak, olumsuz kararın düzeltilmesini istemektir. Vesayet makamı, açık bir kanunsuzluk görürse, kararını pek muhtemelen düzeltir. Fakat "yerindelik denetimi" yapmışsa, kararını düzeltmesi pek kolay değildir. Bunun nedenini takdir edersiniz. Vesayet makamı, daima, tüm olarak idare içinde, daha yüksek bir makamdır. Bu hâliyle, kendisinin daha isabetli kararlar vermesi hem mümkündür, hem de genel inanç, hemen daima bu yöndedir. Vesayet makamı, idarî organın doruğuna daha yakın -ve bazan tam dorukta- olmak itibarıyla, genel tutumu ve gidişi daha iyi bilir. O halde "yerinde"liği daha iyi takdir edebilecek bir mevkiye bulunmaktadır. Buna bir de, genellikle mevcut olan daha uzun bir geçmiş tecrübe devresi eklenirse, isti'taftan neden sonuç alınmanın zor olacağı anlaşılır.

Yerinden yönetim idaresinin, isti'taftan başka, bir de "iyerarşik başvurma" imkânı vardır. Vesayet makamının da âmiri niteliğinde bir makam varsa (meselâ, vesayet makamı vali ise, onun üzerinde, bakan, iyerarşik âmirdir) ona başvurulur ve vesayet makamının vesayet tasarrufunun olumlu biçime çevirilmesi istenebilir. "İyerarşik başvurma"nın usulünü ve hükümlerini ilerde göreceğiz. Ancak burada şu kadarını belirtelim ki, genellikle, iyerarşik âmirin, doğrudan doğruya ve bizzat yapabileceği birşey olmayabilir. Bu takdirde, iyerarşik âmir, kendisinin altında bir âmiriyet mercii olan vesayet makamına, vesayet tasarrufunun ne yolda düzeltilebileceği hakkında emir verir. Bu emre uyulması, zorunludur.

Bundan başka üçüncü bir yol, isti'taf veya iyerarşik başvurmaya gidilmeksizin de kullanılabilir bir yoldur. Bu, vesayet makamının olumsuz kararı aleyhine, idarî yargı merciiinde iptal davası açmaktır. Genel idarede, bir alt derece âmir, üst derece âmirin emri aleyhine yargı yoluna başvuramaz. Fakat burada Merkezî idare ile bir yerinden yönetim idaresi karşı karşıya geldiği ve merkezî idare ile yerinden yönetim idaresi ayrı ayrı tüzel kişilik iradelerini izhar ettikleri için, yargı yolu açıktır. Aradaki ilişki bir âmiriyet ilişkisi olmayıp, yukardan beri izah edeceğimiz gibi, bir idarî vesayet ilişkisidir.

2. İkili görev (=dédoublement fonctionnel) usulü

Merkezî idarenin, yerinden yönetim idarelerini denetlemede kullanabileceği bir usul de, merkezî idarenin bir görevlisini, yerinden yönetim idaresinin en yüksek âmiriyet mevkiine getirmek ve onu her iki idarede de görevli ve yetkili kılmaktır. Bu usul, 1961 Anayasasından önce geniş ölçüde kullanılırdı. Şimdi ise kanunlar, bunun geniş bir tatbikatına müsait değildir. Ancak en bâriz ve kapsayıcı bir örneğini İl Özel İdaresinde görmekteyiz. İl özel idaresi, İl sınırları içinde teşkil edilen, bölgesel nitelikte bir yerinden yönetim idaresidir. Bu idarenin en yüksek âmiri Validir. Vali, aynı zamanda, merkezî idare iyerarşisine dahildir ve onun İl'deki en yüksek âmiridir. De-

mek ki vali, hem il genel idaresinin, hem il özel idaresinin âmiri bulunmaktadı. İl özel idaresinin âmiri olarak kimseden emir almaz; fakat il genel idaresinin başı olarak merkezî idarenin emrindedir. O halde merkezî idareden alacağı emirleri uygulayacaktır. Bu emirler arasında, il özel idaresine ilişkin olanları da bulunabilir. Vali, bunları da yerine getirecektir.

O halde, il özel idaresi üzerinde, merkezî idarenin "idarî vesayet" inden başka, bir de böylece, ikili görev usûlüyle ikinci bir denetimi daha yürütmektedir.

3. Sübvansiyon (=subvention) usûlü

Bu, malî yoldan yerinden yönetim idarelerinin denetimidir. İngilterede eski, fakat Kara Avrupasında da uygulanmakta olan bir usûldür. İngilizler buna " Grants-in-aid " derler.

Merkezî idare, hemen her memlekette yerinden yönetim idarelerine malî yardımlarda bulunur. Bazan, bu malî yardımlar, yerinden yönetim idareleri için "fazladan" veya "cabadan" bir gelir değildir; çünkü aslında yerinden yönetim idarelerine doğrudan doğruya gitmesi gereken gelirler, evvelâ Merkezî idareye çevirilmiş olabilir. Böylece de merkezî idare, yerinden yönetim idareleri üzerinde malî bir hâkimiyet tesis eder.

Kaldı ki zamanımızda, yerinden yönetim idareleri esasen malî sıkıntı içinde oldukları gibi, diğer taraftan bu tür gelirlerin merkezî idarede toplanıp oradan yerinden yönetim idarelerine tahsisinde, gelirlerin israf edilmemesi ve yerinde kullanılması açısından da fayda mülâhaza edilebilir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, yerinden yönetim idarelerinde, idarecilik ve teknik uzmanlık noksanı, malî imkânların israfı şeklinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Merkezî idare ise, yapacağı malî yardımları, genellikle proje gerçekleştirilmesi için yaparsa, sübvansiyon usûlü büyük faydalar da sağlamağa elverişlidir.

Bizde bu usûl, tatbik edilmektedir. Gerek İl özel idarelerinin, gerek belediyelerin, her yıl, biri âdî (=olağan), diğeri fevkalâde (=olağanüstü) olmak üzere iki bütçe yapmaları, kanunlarda öngörülmüştür. Âdî bütçelerin gelirleri, bu idarelerin kendi tahsil ettikleri gelirlerdir; giderler de, umumiyetle cârî giderlerdir; yatırımlara yer kalmaz. Fevkalâde bütçelerin gelirleri ise, merkezî idarenin malî yardımlarıdır; giderleri de yatırımlardır.

Merkezî idarenin, hangi yerinden yönetim idaresine ne miktar yardım yapacağı kanunlarda belirtilmiş değildir; esasen yardım için bir mecburiyet olmadığı gibi, muayyen bir miktar için de mecburiyet yoktur. O halde, merkezî idarenin rehberliğini, direktiflerini kabul etmeyen yerinden yönetim idareleri, bu mali yardımlardan da mahrum kalırlar ve neticede başarısız düşerler.

Ancak Anayasamız, geçmiş tecrübe ve tatbikatta, bu usûlün, belli yerinden yönetim idarecilerini politik bağlantılar sebebiyle halkın gözünde başarılı kılmak için kullanılması misalleri karşısında, 116 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasının sonuna şu hükmü eklemek ihtiyacını duymuştur:

" Bu idarelere (yâni mahallî idarelere), görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır ".

Bundan maksat, açıkladığım gibi, yerinden yönetim idarelerini — her hâlde büyük ve önemli yatırımlar dışında— merkezî idareye muhtaç kılmamaktır. Ancak, Anayasamızın bu hükmünün öngördüğü amacın henüz gerçekleştirildiği de söylenemez.

§ 4. MERKEZİ İDARE TEŞKİLÂTI

Merkezî İdare teşkilâtını A) Merkez teşkilâtı ve B) Taşra teşkilâtı (=Mülkî teşkilât) olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Zira millî (veya merkezî) dediğimiz kamu hizmetlerini görmek üzere, devlet merkezinde belli bir yapı meydana getirilmiş, fakat bu tür hizmetler

bütün ülkeye sunulacağı için, başkent dışında da "taşra teşkilâtı" kurulmuştur.

A) Merkez teşkilâtı

Merkez teşkilâtının doruğunu Hükümet teşkil ettiği ve "Yürütme" organı adı verilen bu kurul, gerek Cumhurbaşkanı tarafından tayin bulunduğu, gerek icabında Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi, onun bütün tasarruflarına -sorumluluğu olmasa da- katılması (zira bakanlar kurulunun cumhurbaşkanınca imzalanmayan hiçbir kararı yoktur) ve ayrıca Cumhurbaşkanına bazı idarî görevler de verildiği için, Merkez teşkilâtının incelenmesine, Cumhurbaşkanlığı makamı ile başlamak yerinde olacaktır.

1/ Cumhurbaşkanlığı: Anayasamızın 97 nci maddesinin târifine göre, Cumhurbaşkanı "Devletin başidir. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Milleti temsil eder".

Devletin başı (=Devlet başkanlığı) sıfatı dolayısıyla, TBMM'nce kabul edilen kanunların yayınlanması, Cumhurbaşkanına verilmiş bir görevdir. Kanun, TBMM'nden çıktığı zaman, "tamam" olmuş bir yasama tasarrufu mahiyetinde bulunduğu ve gerçekten Cumhurbaşkanınca "tasdik" edilmeyip sadece yayınlanarak üçüncü şahıslara karşı dermeyer olunabilir hâle getirildiğine göre, bu, tamamen idarî nitelikte bir görevdir. Bilindiği gibi Cumhurbaşkanı, Yasama organının bir üyesi değildir; Yasama organına mensup bulunmamaktadır. Bizde kanunların tekemmülü cumhurbaşkanının tasdikı gibi bir şarta da tâlik edilmemiştir.

Cumhurbaşkanının başka müteaddit idarî görevleri de vardır. Gerekli gördükçe Bakanlar Kuruluna başkanlık eder. Türkiye Cumhuriyetinin temsilî cumhurbaşkanına ait bulunduğu için yabancı devletlere elçilerin gönderilmesi, yabancı devlet temsilcilerinin kabulü, milletlerarası bir kısım andlaşmaların onaylanması ve yayınlanması onun görevi içinde sayılmıştır (Anayasa, mad. 97). Anayasanın gene aynı maddesine dayanarak Cumhurbaşkanının, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleriyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilme veya kaldırma yetkisi de, bu cezalara ilişkin olarak mahkemelerden çıkmış ve kesinleşmiş bulunan yargı kararlarının mahiyetine değil, devletin idarî otoriteleri tarafından "uygulanması" hususuna taallük eden bir yetki olduğundan yargısal değil, "idarî" niteliktedir. Çünkü yargı kararlarının fillî sonuçlarının elde edilmesi, uygulanması, idarî işlerdendir.

Kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere Bakanlar Kurulunca hazırlanan tüzüklerin yayınlanması ve yürürlüğe konması da Cumhurbaşkanına ait idarî bir görevdir (Anayasa, mad. 107).

Bunlardan başka, çeşitli kanunlar, bazı yüksek memurların atanmasını da Cumhurbaşkanının görev ve yetkisi içinde saymışlardır.

Cumhurbaşkanının bütün kararları (Başbakanın ve bakanların atanmalarına ve boşalan bakanlıklara vekâlete ilişkin olanlar hariç) Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır. Genel bir ilke olarak da Cumhurbaşkanı, işlemlerinden sorumlu tutulamaz (Anayasa, mad.98). Bu, geleksel bir sorumsuzluk ilkesidir. Kaynağı, İngiliz anayasa hukukundaki "Kral yanılmaz" (=The King can do no wrong) kuralıdır. Ancak, bu ilke sebebiyle Cumhurbaşkanının, oluşmasına katıldığı tasarruflardan dolayı kimseye de herhangi bir sorumluluğun düşmeyeceği sanılmamalıdır. Sorumluluk, kararı öneren ve imzalayan bakanlarla başbakana aittir.

Cumhurbaşkanının, oluşmasına (=tekemmülüne) katıldığı kararlar şekil olarak iki türlüdür: 1/ Bakanlar Kurulu kararları -ki bunlara "Kararname" de denilir-; bunları, ilk olarak işin sahibi bakan, sırasıyla diğer bakanlar, başbakan ve en son Cumhurbaşkanı imzalar. 2/Müşterek karar -ki buna "Üçlü karar" da denilir-; kanunlarda öyle öngörül-
düğü için, sadece işin sahibi bakanın, başbakanın ve Cumhurbaşkanının imzalarını taşır.

Hiçbir teşkilâta, organlar kurulmadan fonksiyonların ifası mümkün olamayacağına göre, Cumhurbaşkanının da, şüphesiz en önemli ve en

başta gelen görevi, Hükümetin belirlenmesidir. Netekim TBMM'nin de, diğer bütün faaliyetlerinden daha önemli olan işi, aynı sebeple, Cumhurbaşkanlığı seçimidir. Anayasamız, nasıl Yasama Organına vekâlet gibi bir müesseseyi kabul etmemişse, Cumhurbaşkanına vekâleti de pek istisnâî ve zorunlu haller için öngörmüş ve netekim bu makam kat'iyen boş kalmamasın düşüncesiyledir ki, mevcut bir Cumhurbaşkanının süresinin dolmasından 15 gün önce yeni Cumhurbaşkanını seçileceğini belirtmiştir. Anayasa, Cumhurbaşkanlığı seçimi hususundaki bütün güçlüklerin azamî 15 gün içinde giderilmesini, bu seçime katılacak olanlara bir görev olarak vermiştir. Daima tekrarladığımız gibi, devlet yetkilerinin subjektif haklardan ayrıldığına gösteren örneklerden biri de buradadır. Cumhurbaşkanlığı seçimi yetkisi bir subjektif hak olmadığı için, bir görevdir; aynı zamanda bir yükümdür ve bu görevin, Anayasada öngörülen süre içinde yerine getirilmesi lâzımdır. Vekâlet hallerinin azamî derecede kısa sürmesi, Anayasanın ilkeleri icabıdır.

Hükümetin tesisi için, Cumhurbaşkanının yapacağı ilk iş, bir başbakan tayin etmektir. Bakanlar ise, başbakan tarafından önerilecek ve gene Cumhurbaşkanlığı tarafından tayin edileceklerdir.

Anayasamızın 99 uncu maddesinde zikredilen "vatan hainliği" dışında, Cumhurbaşkanının, göreviyle ilgili işlerden dolayı sorumsuz kabul edilmesine bakarak, bu makamı "sembolik" bir nitelikte saymak, sadece "temsil" yetkileriyle donatılmış addetmek yanlıştır. Sükun içinde sürüp gitmekte olan bir devlet hayatında, Cumhurbaşkanına "sembolik" olmaktan öteye bir iş ve sıfat düşmüyormuş gibi görünebilir. Netekim aynı görüntü İngiliz hükümdarları hakkında da söylenir. Bu hükümdarların hiçbir önemli görevi yokmuş farzedilir. Durum hiç de böyle değildir. İngiliz anayasa hukukunun ilkeleri incelenirse, hükümdarların, bir kısmı belki asırlardır kullanılmamış olmakla beraber ne derece köklü, önemli ve tümsel yetkilere sahip oldukları görülür. Gene belki asırlardır pratik hiçbir kullanma sebebi doğmamış ve belki gelecekte gene hiç doğmayacak olmasına rağmen, size bir tek örnek (pek çok örnekten, ilkedan bir tanesi) versem yeter sanırım: İngiltere donanması, hükümdarın şahsî mülkiyetindedir. Her gemi, hükümdarın malı'dır.

Her memlekette devlet başkanlarının görevlerinin ne kadar önemli olduğu, ne büyük ve asli yetkiler ihtiva ettiği ancak, zorunluluklar çıktığı zaman görülür, anlaşılır. Hiçbir Anayasada devlet başkanının bütün yetkileri ayrıntılarıyla teker teker sayılmış kabul edilemez; bütün bu yetkiler, icap ettiği zaman "Devlet başkanlığı" kavramından çıkar.

Yukarıda Cumhurbaşkanının en önemli görevinin Hükümeti belirleme olduğunu söylemiştim. Çalkantısız zamanlarda, bu da basit bir iş gibidir. Her ne kadar Hükümeti tayin etmek Cumhurbaşkanının görevine giriyorsa da, tayin edilmiş bir hükümetin işe devam edebilmesi, baştan sona kadar, Yasama organının güven göstermesine bağlıdır (*). O halde sükunet zamanlarında ve parlâmentoda geniş çoğunluğa sahip bir parti varsa, hükümetin belirlenmesi zor olmaz. Ancak, gene öyle şartlar bulunabilir ki, kurulacak bir hükümete güven sağlanması pek güçleşir. Bu gibi durumlarda, Cumhurbaşkanları, tayin edecekleri başbakanın şahsına parlâmentonun güven gösterip göstermeyeceğini araştıracakları gibi, başbakanın teklif edeceği bakanlara da güven gösterilip gösterilmeyeceğini ayrıca araştırmak zorunluğunda kalırlar. Parlâmento içi siyasal çekişmeleri gidererek, çoğunluğun kabul edeceği ve rahatlıkla çalışabilecek bir hükümeti tesbit ve tayin etmek, kimden ne kadar yardım görecektir olursa olsun, neticede Cumhurbaşkanına düşen pek güç ve en azından ağır manevî sorumluluklar getiren bir iştir.

(*). Güven, Hükümetin göreve başlamasında olduğu gibi, görev sırasında da söz konusu olabilir. Hükümet, bir gensoru (Anayasa, mad.89) dolayısıyla "güvensizlik oyu" verilerek düşürülebileceği gibi, Başbakanın, Bakanlar Kurulunda "Brüstükten sonra istediği güven oyunun" (mad.104) verilmemesiyle de düşer. 18 aylık bir süre içinde, güvensizlikle Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa gene bir güvensizlik oyu verilmişse, Cumhurbaşkanlığı, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir (mad. 108).

Beri yandan, Anayasanın, gerçekli gördüğü zaman Bakanlar Kuruluna başkanlık etme yetkisini Cumhurbaşkanına vermesi (Mad.97/2), bilfiil hükümet içinde icrası icabedebilecek ağır vazifelerin ve binnetice bu vazifelerin ağırlığıyla mütenasip mesuliyetlerin mevcudiyetine delâlet eder. Zira, Bakanlar kurulunun başkanı başbakandır (Mad.105). Cumhurbaşkanının ise 97 nci maddedeki yetkisini kullanarak bu başkanlığı vevleki bir tek toplantı için üzerine alması, her halde, bizzat kendisinin görmesi mecburiyeti bulunan pek önemli işlerin varlığı sebebine dayanır. Devlet hayatında, bu kadar önemli hangi hâdiselerin vuku bulabileceğini ve Cumhurbaşkanının bu yetkisini ne zaman kullanacağını evvelden tesbite elbet imkân yoktur. Ancak söz konusu yetkisini kullandığı zaman, Cumhurbaşkanının aktif olarak hükümetin ve İdarenin başına geçtiği kabul edilmelidir.

Cumhurbaşkanı, görevlerini yerine getirebilmek için elbet kendisine bağlı bir teşkilâta sahip olmak mecburiyetindedir. Bu nedenle Cumhurbaşkanına resmî ve özel işlerinde yardımcı olmak üzere 16 Mayıs 1933 tarih ve 2180 sayılı kanunla bir "Riyaseticumhur Dairesi" kurulmuştur. Bu daire Cumhurbaşkanlığı "Genel Sekreterliği", "Başyaverliği", "Özel Kalem Müdürlüğü", "Yazı işleri Müdürlüğü", "Daire Müdürlüğü" birimlerinden meydana gelir.

Genel Sekreter, Cumhurbaşkanlığı Dairesinin sorumlu yâmiridir. Cumhurbaşkanının TBMM, Bakanlar Kurulu, resmî daireler ve yabancı memleketlerin elçilikleriyle ilişkilerini ve yazışmalarını yürütür; Cumhurbaşkanının hazır bulunamayacağı törenlerde, onun emriyle, onu temsil eder. Genel Sekreter doğrudan doğruya Cumhurbaşkanının emrindedir. TBMM Meclis başkanı, Senato başkanı, başbakan ve bakanlardan başka resmî daireler veya özel kişiler Cumhurbaşkanına ancak Genel Sekreter aracılığıyla başvurabilirler.

Özel Kalem Müdürü, Cumhurbaşkanının gizli ve özel yazışmalarını yürütür; bu nitelikteki emirlerini yerine getirir.

Başyaver ve dört yaver Genel Sekretere bağlı olmakla beraber, daimî olarak Cumhurbaşkanının yanında bulunur ve onun emirlerini yerine getirirler.

2/ Başbakanlık: 1961 Anayasasına göre TBMM dışından bakan atanması mümkün olmakla beraber, başbakanın TBMM üyelerinden olması şarttır. Başbakanı, Cumhurbaşkanını atar. Atanan başbakan, bakanlar kurulu listesini hazırlayarak Cumhurbaşkanının onayına sunar. Bu onayın alınmasıyla Hükümet kurulmuş olur.

Anayasa derslerinden bileceğiniz gibi, gerek şahsen başbakanın, gerek ortak bir kararla Bakanlar Kurulunun istifası üzerine Hükümet düşmüş olur. Ancak bir devletin hükümeteşiz kalması düşünülemediğinden, Cumhurbaşkanları daima, başbakanlardan, yeni hükümet kuruluncaya kadar göreve devam etmelerini isterler. İngiliz hukukunda bu durumdaki bir hükümete "Caretaker Government", yâni "günlük işlere bakan hükümet" denilir. Kara Avrupasında da bu böyledir. Yeni hükümetin göreve başlamasına kadar, istifa etmiş hükümetler ancak "günlük işler" (=cârî işler-affaires courantes-umûr-u câriye) ile meşgul olurlar. Günlük işlerin neler olduğu, kanunlarda tâyin edilmemiştir tabii. Fakat her halde, yeni kurulacak hükümeti "bağlayıcı" nitelikteki faaliyetlerden, kararlardan, tâyinlerden, girişimlerden kaçınılması lâzımdır. Demek ki, çekilmiş hükümetlerin yetkileri sınırlıdır. Bizde emsal gösterilememekle beraber, Batıda, yetkilerinin sınırlanmasına rağmen, normal zamanlardaki gibi, görev başında bulunuyormuşçasına alınmış hükümet kararlardan Danıştaylarca iptal edilenleri vardır. Örneğin, çekilmiş bir hükümet, bir anlaşma imza edemez, bir kanun tasarısı sunamaz, bir tüzük çıkaramaz, önemli sayılabilecek bir ihale kararı veremez, yüksek dereceli memurlar tâyin, nakil ve emekli edemez. Ancak gecikmesinde büyük sakıncalar olabileceği zaman ve Cumhurbaşkanının uygun bulmasıyla bu sınırlılık aşılabilir. Yetkilerin sınırlanması tabii ki her bir bakan için de aynen geçerlidir.

Yeni bir başbakanın tâyini ve fakat eski hükümetin de göreve de-

vamı sırasında, iki başbakanın varlığı söz götürmez. Ancak yeni başbakan, Bakanlar kurulu listesi onaylanıp kesinleşmedikçe işe başlayamayacağından, başbakanlığa ilişkin yetkilerden hiçbirini kullanamaz.

Bir hükümetin (=Bakanlar kurulunun) teessüsünü müteakip en geç bir hafta içinde programını TBMM'ne sunması ve güven oyu alması, başlanan göreve devam edebilmek için zorunludur. Güven oyu yalnız Millet Meclisinden alınır (Anayasa, mad.103/2). Bununla beraber, program, bizzat başbakan veya bir bakan tarafından C. Senatosunda da okunur.

M.Meclisinin hükümete sürekli güven göstermesi lâzımdır. İster bir gensoru sebebiyle, ister bakanlar kurulunda alınan karar üzerine istenen güven oyu karşısında bu güvenin verilmemesi veya yeni bir hükümete güven oyunun esirgenmesi 18 ay içinde 3 defa vâki olursa (yani hükümetlere üç defa güven oyu verilmezse) başbakan, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini Cumhurbaşkanından isteyebilir ve o da, buna karar verebilir.

Başbakanının görevleri ve sorumlulukları Anayasada pek kısa biçimde belirtilmiştir. 105 inci maddede göre başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak "Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir".

Bu hüküm, başbakana, bakanlıklar arasında, Millet Meclisinin güven oyu verdiği hükümet programının uygulanmasında sadece bir "koordinatörlük" (=genel uyumculuk-nâzım'lık) görevi veriyor. Buna karşılık da, başbakanın, bakanlara emir verme yetkisinin bulunmadığı, onların "âmiri" durumunda olmadığı Anayasadaki ilkelerden çıkarılmaktadır.

Zira aynı 105 inci madde, hükümet işlerinden dolayı Bakanlar kurulunun topluca sorumlu olduğunu söylemektedir. Ayrıca her bakan, kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulmuştur. Fakat bu sorumlulukların siyasî müeyyidesi nedir ? Bu, olsa olsa, bir başbakanın istifa etmek suretiyle, birlikte çalışmak istemediği bakanları görevden uzaklaştırma imkânını bulmasıdır. Ancak yeni hükümetin gene kendisi tarafından kurulması hâlinde bu istifa, onun arzu ettiği neticeyi yaratır; yoksa, kendisi de görevini kaybetmiş olur.

Aslında koalisyon hâlinde olmayan ve bir tek parti tarafından kurulan hükümetlerde, genellikle, başbakan aynı zamanda o partinin ya genel başkanıdır veya -ender rastlanan hallerde- genel başkan ve merkez organları tarafından desteklenen bir "parti ileri geleni" dir ki, bakanlar üzerindeki nüfuzu, parti disipliniyle gerçekleşir.

Bütün bu yollardan, bakanların, başbakanın istekleri dairesinde hareket etmeleri sağlanamazsa, siyasî teâmüller uyarınca, başbakanına veya bakanlar kurulunun çoğunluğuna ayak uyduramayan bir veya birkaç bakanın yapacakları iş, bizzat istifa ederek hükümetten çekilmeleridir. Hükümette, bir bakanın, Bakanlar kurulu kararına muhalif kalması yoktur.

Tatbikatta, başbakan, bütün hükümetin yükünü taşır; birinci derecede sorumlu olarak o hesap verir. Binnetice sorumluluğun gerektirdiği "emir verme" yetkisine de sahip bulunması lâzımdır. Netekim kanunlarımızda bu hususa delâlet eden bazı hükümlere rastlanır. Meselâ 521 sayılı Danıştay k.nun 44 üncü maddesinin B bendine göre, Bakanlar kurulu kararları aleyhine açılacak davalarda husumet (=davalılık) başbakanlığa yöneltilir. Demek ki, başbakanlık idarî bir mercidir. Bu hüküm sadece bir "temsil" münasebeti çerçevesinde addedebilmek de mümkün değildir. Zira, karar iptal edildiği zaman, iptal hükmünün gereklerini yerine getirmek, davalıya, yani başbakanlığa düşecektir. Ancak, yüzde doksan halde, dava konusu tasarrufun asıl sahibi, bakanlıklardan biri veya birkaçıdır ve bunlar da, dediğimiz gibi, tasarruf bakanlar kurulu kararı şeklinde ortaya çıktığı için, davada taraf olmamışlardır; davalı mevkiinde değildirler. Danıştaydan çıkan iptal kararının infazı hususunda isteksiz davranmaları hâlinde, infazın gerekliliği ve infaz şekli hakkında başbakanın, asıl bakanlara emir veremeyeceğini kabul etmek imkânsızdır. Zira bu takdirde, karar, infaz edilemeyen bir duruma girebilir ki, Anayasanın 132 nci maddesi buna müsaade etmez.

o hâlde başbakan, davalı olarak gözüktüğü ve sonucunda iptal hükmü sâdir olan bir idarî dava neticesinde, bu hükmün infazı ve infazın şekil ve usulü hakkında kesinlikle emir vermeğe, Anayasanın 132 nci maddesi yolundan yetkili bulunmaktadır. Kanaatim budur. Bunun aksi düşünülürse, bir kamu görevlisinin (ki başbakanın bir kamu görevlisi olduğu söz götürmez) yetkisine girmeyen ve icabında infazını sağlayamayacağı bir hükümle sonuçlanabilecek bir davada "davalı" mevkiine konulabilmesi gibi garip bir hukukî sonuç ortaya çıkar.

Kaldı ki tatbikatta, başbakanlık, aynı zamanda bir "hizmet bakanlığı" olarak da gözükmektedir. Sadece Anayasadaki hükümle yetinilirse, başbakanın hiçbir kamu hizmetini bizzat yürütmemesi lâzımdır; çünkü o, sadece koordinatör'dür. Halbuki gerçeklikte ve Anayasa-altı hukukî plânda, hiçbir bakanlığa bağlanmayan ve başbakanlıkta toplanan kamu hizmetleri de vardır. Bunlar: Kamu iktisadî teşebbüslerini denetleyen "Yüksek Denetleme Kurulu", "Devlet İstatistik Enstitüsü", "Devlet Personel Dairesi", "Devlet Planlama teşkilâtı", "Diyanet İşleri Başkanlığı", "Basın-Yayın Genel Müdürlüğü", "Vakıflar Genel Müdürlüğü", "Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü" ve daha birkaç hizmettir.

Başbakanın, kendi makamına düşen işleri çevirebilmek için bir teşkilâta ihtiyacı vardır. Bu teşkilâtın, bugünkü dayanağı 9 Mart 1954 tarih ve 6330 sayılı kanundur. Buna göre bir "Başbakanlık Müsteşarı"nın başkanlığında 1/Özel Kalem Müdürlüğü, 2/Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi (Kanun tasarıları, Bakanlar Kurulu kararları ve Müstere kararlar üzerinde çalışır), 3/Neşriyat ve Müdevvenat (Devlet tasarruflarının yayın işleri) Müdürlüğü gibi kısımlardan meydana gelir. Ayrıca "Uzman Danışmanlar" da vardır. Bundan başka, Başbakanın emri altında olmakla beraber gerek Hükûmete, gerek Yasama organına karşı Başbakan tarafından temsil edilen, Hükûmet ve Yasama organı ile ilişkileri Başbakanca sağlanan müstakil kuruluşlar da bulunur: Genelkurmay başkanlığı, Danıştay başkanlığı gibi.

3/Bakanlıklar: Bakanlıkların sayısı ve konuları Anayasada belirtilmemiştir. Belirtilmeleri de gerekmezdi.

Bakanlıklar, merkezî idarenin üstelendiği bir büyük kamu hizmeti veya birbirlerine çok sıkı bağlantısı olan bir grup kamu hizmetleri itibarıyla kurulur. Böyelerinin yanı sıra, belli kamu hizmetleriyle ancak başbakanın göreceği lüzum üzerine görevlendirilecek "Devlet Bakanlıkları" da bulunabilir. Birinci tip bakanlıklara "Hizmet bakanlıkları" denilir. İkinci tipe bizde, söylediğimiz gibi "Devlet Bakanlığı" denilmektedir. Başka memleketlerde "Koltuksuz Bakan" (=Ministre sans fauteuil) (Sandalyesiz bakan) veya "Ministre sans porte-feuille" (Çantasız bakan) da denilir. Bu tâbirlerle anlatılmak istenen şey, bu tip bakanların belli kamu hizmetlerinin olmadığıdır. Bunlar, Hükûmete katılmaları gerekli görülen ve biraz da Bakanlar Kurulu içi müşavir niteliğinde olan kimselerdir. Bizde "Bakanlıkların kuruluşu hakkındaki" 13 Eylül 1946 tarih ve 4951 sayılı kanuna göre, Devlet bakanlarından bir veya birkaçına "Başbakan yardımcısı" görevi ve ünvanı da verilebilir.

Anayasanın 106 nci maddesine göre "Bakanlıklar, kanunun koyduğu esaslara göre kurulur". Bu sözkonusu kanun hemen şu yukarda zikrettiğim 4951 sayılı kanundur. Buna nazaran "Devlet daireleri, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onamasıyla, bakanlıklara ayrılır" (mad.1). Bakanlıkların kaldırılması veya birleştirmesinde de aynı usul izlenir.

Ancak bakanlıkların büyük çoğunluğu "hizmet bakanlığı" olacağına ve böyle olmasa bile, Devlet bakanlıklarında dahi bazı görevlilere (=memuriyet kadrolarına), yetkilere ve ödeneklere ihtiyaç duyulacağına göre, bir bakanlığın yukarıda görülen usul ile kurulması yetmez. Bunun ardından, o bakanlığın hizmetini yürütebilmesi için kadrolar, yetkililer, ödenek alınması gerekir ki, bunlar da ancak "kanun" ile mümkün olabilir. O halde, neticede, Yasama organının, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi gibi konularda "dolaylı" gözükmekle beraber tamamen etkin bir denetimi vardır. Yasama organı, başka görüşe sahip

olur da, bu hukukî ve malî imkânları vermezse, bakanlık faaliyetinde bulunamayacaktır.

Bu sebeplerle ve Anayasanın 112 inci maddesinde (f.2) İdarenin "kanunla düzenleneceği" yolundaki hüküm dolayısıyla, her bakanlığın bir "Teşkilât kanunu" bulunması esastır. Fakat bazan bir süre, sadece memuriyet kadroları ve ödenekler veren kanunlarla yetinildiği ve bakanlığın görev alanının açıkça çizilmeyip 4951 sayılı kanuna dayanılarak ittihaz edilecek idarî kararlara bırakıldığı vâkîdir.

Bakanlıklar teşkilâtının, kendi içinde A) Esas birimler, B) Danışma birimleri, C) Yardımcı birimler diye üçe ayrıldığını görmekteyiz (*).

Esas birimler, bakanlığa verilen kamu hizmetini doğrudan doğruya yürütecek olan bölümlerdir. Örneğin Millî Eğitim Bakanlığını alalım: Esas birimler: a/ İlköğretim genel müdürlüğü, b/Ortaöğretim genel müdürlüğü, c/Yüksek öğretim genel müdürlüğü... gibi "genel müdürlük" veya "müdürlük" adı altında tertiplenmiş hizmet kısımlarıdır.

Danışma birimleri: a/ Millî Eğitim Şurası, b/Talim ve Terbiye Dairesi, c/ Teftiş Kurulu, d/ Hukuk Müşavirliği... gibi doğruca bakana bağlı ve esas birimlerin faaliyetlerine yardım edici, bakanın karar almasına ışık tutucu ve kendiliğinden aktif olmayan kısımlardır.

Yardımcı birimler: a/Özlük işleri genel müdürlüğü, b/Sağlık işleri genel müdürlüğü, c/Muhasebe müdürlüğü, d/Levazım müdürlüğü, e/Genel evrak müdürlüğü... gibi gerek esas birimlerin, gerek danışma birimlerinin çalışmalarına mümkün kılan ikinci derece hizmetleri çeviren kısımlardır.

Bu üçlü ayırım, bütün bakanlıklara ve katma bütçeli genel müdürlüklere ve diğer kamu tüzel kişilerine uygulanabilir.

Gerçekten, asıl hizmet, kendi içinde bir bölümlenmeye tâbî tutulur. Bu bölümlerin çalışmalarıyla hizmet bakan tarafından yürütülür. Danışma birimleri, hizmetin mayihetine göre ortaya çıkacak teknik ve bilimsel sorunlarda ve hizmetin bakan adına denetlenmesinde görüşleri, teklifleri sorulacak kısımlardır. Esas birimlerin karar hazırlamalarında, Danışma birimlerinin rolü çok önemlidir.

Bir de, hizmeti yürütmek için personele olan ihtiyacı, mal, ikinci derecede hizmet, para, yazışma ihtiyaçları göz önünde tutulursa, "yardımcı birimler" e duyulabilecek ihtiyaç anlaşılır. Örneğin "Özlük işleri" müdürlükleri veya yerine göre genel müdürlükleri, personelin tayinleri, yükseltilmeleri, disiplinleri, tüm hususlarda sicillerinin tutulması, nakilleri, yeni görevlere gönderilmeleri gibi kararları hazırlarlar.

Bakanların görevleri, başında buldukları hizmetin mahiyetine göre değişirse de, yetkileri aynıdır:

Her bakan, kendi hizmet alanında, devlet tüzel kişiliğini temsil eder. (Bakanlıkların devletten ayrı tüzel kişilikleri olmadığını söylemiştim).

Bakanlık personeli, o bakanlığa özgü bir "iyerarşi" (derecelenme) meydana getirirler. Bu iyerarşinin başında bakan bulunur. "En yüksek iyerarşik âmir" bakandır. Bu itibarla, bakan, bakanlığındaki bütün personele, derece derece emirler verir; onların kararlarını hukuka uygunluk ve "yerindelik" yönlerinden düzeltebilir; kaldirebilir. Alt kademe âmirleri, yetkilerini doğrudan doğruya kanundan değil de bakanın alıyorsa, bakan, onlar adına da karar verir. Kanunlardan alıyorsa, o zaman, ne suretle karar ittihaz etmeleri gerektiği yolunda bakanın emirlerine tâbidirler. Bakan, kendi iyerarşisindeki en yüksek disiplin âmiridir. Ayrıca bakanlık bütçesinin " İtâ âmiri " dir; yâni ödemeler, onun emriyle yapılabilir.

Başında bulunduğu hizmet ile Hükümet ve yasama organı arasında

(*) Türkiye ve Ortadoğu Âme İdaresi Enstitüsü tarafından yayınlanmakta olan "T.C. Devlet Teşkilâtı Rehberi" nde bu tasnif uygulanıyor. Bilimsel bir tasniftir.

Yasama organının tarafından kurulur. Bu hizmetin Bakanlar kurulunda ve Yasama organında temsilcisi bakan'dır.

Bakanın, yasama organına karşı siyasî sorumluluğu vardır. Yasama organı, dilerse, "gensoru" yolundan (Anayasa, mad.89/son) bir bakanı hükümeti düşürmeksizin düşürebilir.

Bakanların görevlerinden dolayı cezaî sorumlulukları "Neclis so-
rusturması" (Anayasa, mad.90) yolundan tesbit edilir ve yargılanması gereken bakan, "Yüce Divan" sıfatıyla onu yargılayacak olan Anayasa mahkemesine sevkedilebilir.

Bakanların, bütçe sarfından dolayı malî sorumlulukları, Sayıştay-
ca karara bağlanır.

B) Taşra Teşkilâtı

Anayasanın 115 inci maddesine göre "Türkiye, merkezî idare kuru-
luşu bakımından, coğrafya durumuna, iktisadî şartlara ve kamu hizmet-
lerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ay-
rılır".

1924 Anayasasınının 89 uncu maddesinde ise şöyle bir hüküm vardı:
" Türkiye, coğrafî vaziyet ve iktisadî münasebet noktaî nazarından
vilâyetlere, vilâyetler kazalara, kazalar nahiyelere mümkasemdir ve
nahiyeler de kasaba ve köylerden tereküb eder".

Bu iki hüküm arasında ilk bakışta göze çarpan farklar şunlardır:
a/ İllerin belirlenmesinde, yeni Anayasamız "kamu hizmetlerinin
gerekleri" unsurunu da getirmiştir.

b/ İllerin kendi içlerinde nasıl bölünecekleri hakkında, yeni
Anayasamızda hüküm bulunmayıp bu husus, kanun koyucuya bırakılmıştır.

Fakat, göze hemen çarpan bu iki farktan da mühim olanı, yeni Ana-
yasamızın, illeri, "merkezî idare" nin tüm hâlinde yurt düzeyine ya-
yılışındaki birimler olarak belirlemesidir.

Gerçekten, tarihçe itibariyle, iller ve bunların içindeki alt
bölümler, İçişleri bakanlığının ülkedeki teşkilâtı olarak ortaya çık-
mıştır. Her zaman söylediğim gibi, başlangıçta, sivil hizmet olarak,
devlete düşen en büyük kamu hizmeti "asayiş" in sağlanması idi. Bun-
dan sonra, devlet yeni yeni kamu hizmetleri üstelendikçe, İçişleri
bakanlığının teşkilâtı esas alınarak bir teşkilâtlanmaya gidilmiştir.

Şimdi ise, Anayasamız, "merkezî idarenin" tüm olarak yurt düze-
yindeki yayılışını göstermektedir. 1961'den önce esasen tegekkül etmiş
olan bir tertiplenme, 1961 Anayasası ile, anayasal norm plânında be-
lirlenmektedir.

Gene 1961 Anayasası, illerin -değindiğimiz gibi- kendi içlerinde-
ki bölümlenmelerini bizzat tesbitten kaçınmıştır. Bu hususta yasama or-
ganının, bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunmaksızın, günün icap-
larına göre karar alabilmesini mümkün kılmıştır.

Yasama organı, 1961'den önceki bölümlenmeyi değiştirmek için şim-
diye kadar bir gerek duymamıştır. Onun için, "mülki idare" de dediğimiz
bu yurt taksimatı biçimi, hâlen il-ilçe-bucak esası üzerinden devam
etmekte ve kaideten merkezî kamu hizmetlerinin yurt düzeyine yayılmak-
taki tertiplenmesini göstermektedir.

1. İL İDARESİ

Merkezî idarenin, yurt düzeyindeki en büyük birimi olan İl, Anaya-
samızın da açıkça ifade ettiği gibi, ülkenin herhangi bir biçimde ya-
pılabilecek bir idarî bölünmesi değildir; bazı önemli (ve anayasal de-
ğerdeki) tâyin edici faktörlerin göz önünde tutulması lâzımdır. Bunlar:
a/ Coğrafya durumu, b/İktisadî şartlar, c/Kamu hizmetlerinin gerek-
leri'dir.

Daha önceki tahsiliniz sırasında gördüğünüz gibi, her memleketin
bir "tabii coğrafyası" vardır. Bunda, ülke, yer yapısı itibariyle kı-
sımlara ayrılır. Sıra dağlar, akarsular, sahiller, göller, tabii coğ-
rafyanın ortaya koyduğu tabii bölümlenmelerdeki faktörler arasındadır.

Doğada kendi halleriyle meselâ sıra dağlar "ayırıcı" dır; göller, büyük akarsular da böyledir. Uygarlık ilerledikçe, bayındırlık hareketleri ve eserleri arttıkça, bir zamanlar için "ayırıcı" olan bu unsurlar, aksine "birleştirici" de olabilmektedirler. Ulaştırılmaya elverişli nehirler, insanları kendi boylarına toplamışlardır. Göller, bir zamanlar ayırıcı iken, ulaştırmanın gelişmesiyle birleştirici olurlar. Dağlar, geçilir hâle getirilince, birer tabii duvar olmaktan çıkarlar.

İller, merkezî kamu hizmetlerinin yurt düzeyindeki ilk büyük ter-
tiplemeleri olduğuna göre, bir ilin merkezinin ve sınırlarının tayi-
ninde "ulaşabilmek" en önemli faktörü teşkil eder. Zaten bu faktör,
ekonomik gelişme şartlarına da genellikle tayin edicidir. Ancak, yurt-
ta, özellikle "tarım" in en büyük üretim faaliyetini teşkil ettiği
memleketimizde, tabiatın tesbit ettiği tarımsal bölgeleri de göz önün-
de tutmak şarttır. Sonra da, doğa'nın, ekonominin belirlediği bölgeler-
de oturan, yaşayan vatandaşların belli kamu hizmetlerine ihtiyaçları
arasında farklar da bulunabilir. O halde il, rastgele kurulmaz. Bir
"yerleşme birimi", bir kent, orasını il yapmakla mutlaka bir önem ka-
zanacak ve çeşitli yönlerden gelişecek değildir. Bugün hepimiz bili-
riz ki, eskiden önemli görülüp il merkezi yapılmış olan bazı kentleri-
miz, zamanla kendilerine bağlı herhangi bir ilçe'nin ekonomik etkisi
altına girebilmektedirler. Eskiden bulunmayan bir karayolunun yapıl-
ması, bir tünelin açılması, bir köprünün kurulması, ayrı ayrı illeri
ekonomik bakımdan bir bütün hâline sür'atle getirebilmektedir.

İllerin, aynı zamanda, yukarıda bahsettiğimiz ve aşağıda ayrıntılı
olarak ele alacağımız gibi birer Tüzel kişi niteliğinde bulunduğu da
nazara alınarak, sıhhatli, verimli idari hizmet merkezleri ve sahaları
olabilmeleri için, Anayasanın zikrettiği faktörlerin bilimsel bir ob-
jektiflikle gözden kaçırılmaması lâzımdır. Aksi halde "verimsiz" bir
teşkilât ortaya çıkar; faydasından çok bir külfet teşkil eder.

İl idareesi, bu husustaki bir kanunla düzenlenmiştir (10/6/1949.
no. 5442).

İl idareesi kanunu, şüphesiz tahmin edersiniz, bu alandaki ilk kan-
nun değildir. İl teşkilâtı memleketimizde çok eskidir. 5442 sayılı kan-
nun, gördüğü bazı değişikliklerle, bugünkü il idaresinin yapısına
tesbit etmektedir.

Anayasanın yukarıda zikrettiğimiz esasları göz önünde bulundurularak
ve gene Anayasada gösterilen "yetki genişliği" usulüyle idare edilmek
üzere, bir il, kanunla kurulur. Bununla, her ilin ayrı ayrı kanunu ola-
cağını zannetmemek lazımdır. İl "statüsü" nü 5442 sayılı kanun tesbit
etmiştir. Yürüden bir bölgesinin bir "il" olarak bu "il statüsüne" sokul-
ması söz konusudur ki, burada, ilin kurulması hakkındaki kanun, o halde,
esas itibarıyla bir "şart-tasarruf" mahiyetindedir.

İli kuran kanun, bunun sınırlarını ve il merkezini de gösterir.
Kaideten illere, merkez yapılan kentin veya köyün adı verilir. Ancak
il bölgesinin coğrafi veya tarihî bir "şan" ı varsa, o da isim olarak
verilebilir. Meselâ, merkezi Antakya olan ilin adı Hatay, merkezi İzmit
olan ilin adı Kocaeli, merkezi Adapazarı olan ilin adı Sakarya, merkezi
Çölemerik olan ilin adı Hakkâri'dir.

İl genel idareesini üç kısımda incelemek mümkündür: 1/ Vali, 2/İl
idare şubeleri, 3/İl idare kurulu.

VALİ

Daha evvelce de belirttiğimiz gibi vali hem il genel idaresinin,
hem de il özel idaresinin başıdır. Fakat burada onun birinci sıfatı
üzerinde duracağız.

Valiler, İçişleri bakanlığının önermesi, Bakanlar kurulunun kararı
ve Cumhurbaşkanının onamasıyla tayin olunurlar. Devlet Memurları kanunu-
na göre (mad. 59) Valilik "istisnaî" denilen memuriyetlerdendir. Bu iti-
barla, memuriyete kabul için gerekli genel şartlardan öteye başka şart
aranmaz.

bakanın mümessili ve bunların idarî ve siyasî yürütme vasıtasıdır (K.n.5442, mad. 9).

Görülüyor ki vali, sadece idarî değil, siyasî sıfatı ve görevleri de olan bir âmirdir.

İl genel idaresinin başı olarak vali, merkezî idarenin ildeki tek muhatabıdır. Yazışmalar onun vasıtasıyla olur. İldeki merkezî idare kuruluşlarına valinin emir ve talimatı altındadır. Vali bu kuruluşlardaki bütün görevlilere, asıl vazifelerine hâlel gelmemek şartıyla, genel veya mahallî başka hizmetler de verebilir.

Hükümetin ve her bakanın temsilcisi olarak bu kaynaklardan aldığı emirlerin yerine getirilebilmesi için gereken bütün tedbirleri almağa vali yetkilidir. Bu hususta genel emirler de çıkarabilir. Ayrıca Bakanlar kurulunun veya belli bakanlıkların yürütmekle görevli oldukları kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer hukuk kurallarının ilde yürütülmesi valinin görevleri arasındadır.

Vali tüm kolluk kuvvetlerinin başıdır. Gerektiğinde, âsâyiş için askerî kuvvetlerden de yardım ister.

Vali, ildeki devlet mallarını korur; bunların en iyi biçimde kullanılmalrı için karar alır; devlet gelirlerinin tahakkuk ve tahsilini gözler; resmî törenlerde devleti temsil eder. İl çapında aktedilecek sözleşmeleri akteder ve il idaresini mahkemelerde temsil yetkisine sahiptir.

Ancak ildeki askerî ve adlî teşkilât valinin emri altında bulunmamaktadır. Bununla beraber Cumhuriyet savcılılarıyla temas hâlinindedir; gerek açılacak davalar, gerek infaz işleri konusunda Savcıdan bilgi isteyebilir ve gereğinde Adalet bakanlığıyla temas eder.

İL İDARE ŞUBE BAŞKANLARI

Bunlar, merkezî idarenin il basamağında görev yapan hizmet âmirleridir ve valinin emri altındadırlar. Görevlerinden dolayı valiye karşı sorumludurlar. Valiler, bunlara, hesaplara ve teknik işlere ait yazışmalarda kendisi adına imza koyma yetkisi verebilir.

İl idare şubeleri, çeşitli bakanlıkların ve katma bütçeli genel müdürlüklerin, taşra teşkilâtına göre değişir. Meselâ Diyanet işleri başkanlığının taşra teşkilâtı Müftülükler, Basın Yayın Genel Müdürlüğünün taşra teşkilâtı "İl temsilcilikleri" (ancak birkaç ilde), Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün kiler "Kadastro müdürlükleri", "Tapulama Müdürlükleri", "Tapu Sicil Muhafızlıkları", Vakıflar Genel Müdürlüğünün kiler birkaç ili kapsar biçimde "Vakıflar Bölge Müdürlükleri" ve genellikle de Bakanlıkların taşra teşkilâtı, bakanlık ismini taşıyan "Müdürlükler" dir. Bayındırlık bakanlığının her ilde bir "Bayındırlık Müdürlüğü", İçişleri bakanlığının "Emniyet Müdürlüğü" ve "İl Jandarma Alay Komutanlığı", İmar-İskân bakanlığının "İl İmar Müdürlüğü", Köy işleri bakanlığının "İl YSE (Yol-Su-Elektrik) Müdürlüğü" ve "Toprak ve İskân Müdürlüğü", Maliye bakanlığının "Defterdarlıkları", Millî Eğitim Bakanlığının "Millî Eğitim Müdürlükleri", vb... bulunur.

İL İDARE KURULU

Valinin başkanlığında 1) Hukuk işleri müdürü, 2) Defterdar, 3) Millî Eğitim Müdürü, 4) Bayındırlık müdürü, 5) Sağlık ve Sosyal Yardım Müdürü, 6) Tarım Müdürü, 7) Veteriner Müdüründen kurulur. Valinin uygun görmesiyle vali muavini de başkanlık edebilir.

İldeki bu kuruluş, Fransada VIII inci sene idarî reformundan örnek alınmıştır. VIII inci sene, 1799'dur. Fransada bu heyetleri, valilerin yanında ve valilerin başkanlığında Napoléon Bonaparte kurdurmuştu. Biz bunları Cumhuriyetten önce aldık. Bu heyetler 1/İdarî, 2/Danışma ve 3/ Yargısal olmak üzere görev yaparlar. Danışma görevleri, valinin isteğine bağlıdır. İdarî görevleri ise Askerlik işlerine müteallik olanlar gibi, çeşitli kanunlarda, dağılık olarak gösterilmiştir.

Yargısal görevlerine gelince: 1961 Anayasası hükümleri ışığında,

Anayasa mahkememizin kararlarına göre, bunları birer idarî mahkeme saymak mümkün değildir. Halbuki 1961'den önce "mahkeme" de sayılıyorlardı.

Anayasa mahkememizin bu heyetleri mahkeme saymaması yolundaki kararlarının gerekçesi Anayasanın "Mahkemelerin bağımsızlığı" ndan bahseden 132 nci ve "Hâkimlik teminatı" ndan bahseden 133 üncü maddelerine aykırılıklardan doğmaktadır. Görüldüğü üzere bu heyetler, Anayasanın tanımladığı hâkimlik statüsünde bulunan kimselerden değil, tamamen bu statüye ters düşen idarî personelden kurulmaktadır. Binnetice bunlar birer mahkeme sayılamazlar. Bununla beraber, İl İdaresi kanunu 1961'den önceki şekliyle aynen devam ettiği ve Danıştay kanununda da başkaca bir hüküm olmadığı için, İl İdare kurulları yargısal tasarruflar ittihaz edebilmektedirler. Bunları idarî Yargı derslerinde göreceksiniz.

2. İLÇE İDARESİ

İller, ilçelere bölünürler. İlçe idaresi, "küçültülmüş" bir il idaresi gibidir ve ona paraleldir. Ancak ilçe idaresinde kaymakamın durumu valininkinden farklıdır. Evvelâ, kaymakam bir meslek memurudur ve kaymakamlık, valilik gibi, istisnai memuriyet'lerden değildir.

Kaymakamlar, İçişleri bakanlığı "Müdürler Kurulu" nun önermesi üzerine, bakanın uygun bulması, Başbakanın ve Cumhurbaşkanı'nın onaylamaları ile tayin edilir. Kaymakam olabilmek için Hukuk veya Siyasal Bilgiler Fakültesini bitirmiş, 29 yaşını geçmemiş, kaymakamlık staj ve kursunu yapmış olmak lâzımdır.

Kaymakam ilçe idaresinin başı ve ilçede Hükümetin temsilcisidir. Fakat, kaymakamla Devlet temsilciliği sıfatı yoktur. Kaymakamlar kaideten valileriyle yazışırılar. Ancak olağanüstü hallerde İçişleri bakanlığı ve diğer merkezî kuruluşlarla yazışabilirler.

İlçe idaresindeki merkezî idare servislerine "İlçe idare şubeleri" denilir. Bunların başında bulunanların genel sıfatı "İlçe idare şube başkanlığı" dır. En önemli merkezî hizmetler, ilçelere kadar uzanır. Fakat bazı hizmetler il kademesinden aşağı gitmeyebilir. İlçe idare şube başkanları Tahrirat kâtibi, Mal müdürü, Hükümet tabibi, Veteriner Hekim, Tarım Mühendisi, İlköğretim müdürü, Emniyet âmiri, Jandarma komutanı, Nüfus memuru, Tapu sicil muhafızıdır.

İlçelerde birer İlçe İdare kurulu vardır. Kaymakamın başkanlığında, Tahrirat Kâtibi, Millî Eğitim memuru (=İlköğretim müdürü), Mal müdürü, Hükümet tabibi, Tarım mühendisi ve Veteriner Hekim'den kurulur. Bunun da görevleri, İl İdare kurulununki gibidir. Mahdut yargısal görevi vardır. Fakat aynı sebeplerden dolayı mahkeme sayılmaz.

3. BUCAK İDARESİ

Merkezî idarenin taşradaki üçüncü kademesini bucaklar teşkil eder. Bucak müdürü, bucakta Hükümetin en büyük memuru ve temsilcisidir. Bucak müdürü olabilmek için 30 yaşını bitirmemiş, lise öğrenimi görmüş, bucak müdürlüğü meslek kursunu bitirmiş olmak lâzımdır.

Bucak müdürlüğünün görev ve yetkileri kaymakamındaki paraleldir. İl ve ilçeler kanunla kurulduğu halde, bucaklar İçişleri bakanının önermesi, başbakanın ve Cumhurbaşkanı'nın uygun bulmalarıyla kurulur.

Bucak müdürleri İçişleri bakanlığı tarafından "Valilikler emrine" tâyin olunurlar; bunları bucaklara valiler gönderir.

Merkezî idarenin birçok hizmetleri bucağa maaalesef ulaşmaz. Bucakların kuvvetlendirilmesine çaba gösterilmişse de, başarılı olunamamıştır. Bucak teşkilâtı, bucak bölgesi içindeki köyler (ve varsa belediyelerle) kaymakamlıklar ve valilikler arasında bir bağlantı teşkil etmektedir. Bunu sağlamak için de bucaklarda "Bucak Meclisleri" ve "Bucak komisyonları" teşkil olunmuştur. Bucak meclisleri, bucağa bağlı belediye meclislerinin ve köy ihtiyar heyetlerinin kendi aralarından veya dışardan seçecekleri birer üye ile, bucakta bulunan doktor veya sağlık memuru, veteriner hekim, tarım öğretmeni ve başöğretmen meydana gelir. Bunların yapacakları işler özel kanunlarda gösterilmiştir. Yılda bir defa toplanırlar. Bucak meclisinin toplanmadığı zamanlarda onun yerine görev yapmak için dört kişilik bir bucak komisyonunu, Meclis kendi arasından seçer.

§ 5. YERİNDEN YÖNETİM İDARELERİ

Yukarda (sf. 76 ve devamı) "Yerinden yönetim" den bahsederken, bu idarelerin mahiyetlerini açıklamıştık. Şimdi burada, yerinden yönetim usûlüne göre kurulmuş idarelerimizi görelim.

A) İL ÖZEL İDARESİ

İl özel idareleri, evvelce de belirttiğimiz gibi 1913 yılında çıkarılan bir kanunla kurulmuştur. "İdare-i Umumiye-i Vilâyet kanun-u muvakkati" (=Vilâyetlerin genel idaresi hakkında geçici kanun) adını taşıyan bu metin illerin hem genel, hem de özel idarelerini düzenlemektedir. Sonradan il genel idaresine ilişkin kısım (1-74 üncü maddeler) 5 Mayıs 1929 tarih ve 1426 sayılı "Vilâyet İdaresi Kanunu" ile kaldırılmış, ancak İl özel idaresine ilişkin kısım "muvakkat" olmasına rağmen bugüne kadar yürürlükte kalmıştır. Saltanat devrinden kalma bu kanunun "geçici" liği 1876 Anayasasınının 36 ncı maddesine dayanır. Bu maddeye göre parlâmento toplantı hâlinde değilken, zorunlu görülen hallerde Anayasaya aykırı olmamak şartıyla kanunlar Bakanlar kurulu tarafından yapılır, Padişahın onamına sunulur ve "Meclis-i Umumi" nin toplanması üzerine bu hususta verilecek karara kadar yürürlükte kalırdı. Bu sırada da kanun "geçici" sayılırdı. "Meclis-i Umumi" bu kanun üzerinde herhangi bir karar veremediği için, "geçici" olan kanun, şimdi tam 60 yaşına girmiştir.

Memleketimizin hayatında 1913'ten bugüne, nereden nereye geldiği, şu 60 yıl içinde nelerin olup bittiği, bütün dünyanın ve özellikle memleketimizin ne türlü köklü değişiklikler geçirdiği düşünülürse, İl özel idarelerinin bugünkü yaşantımıza, ihtiyaçlarımıza uygunluk derecesi kendiliğinden ortaya çıkar. Gerçekten bu idareler, Türkiye'nin idarî hayatında bir reform yapılacaksa, en evvel öne alınmaları gereken kuruluşlardır.

İl özel idareleri, genel idarenin sınırları içinde teşkil edilen birer bölge tüzel kişiliğidir. O halde, her ilde mevcut olan bu idareler, il genel idareleri gibi, birbirleriyle sınırdas'tırlar.

İl özel idaresini, 1913 tarihli kanun şöyle târif eder: "Vilâyet, emval-i menkule ve gayrimenkuleye (=taşınır ve taşınmaz mallara) mu-tasarıf (=tasarruf eden) ve işbu kanun ile muayyen ve mahdud (=sınırlı) vezaif-i hususiye ile (=özel görevlerle) mükellef (=yükümlü) bir şahs-ı manevî'dir (=tüzel kişidir) ".

İl özel idaresinin üç organı vardır: İl Genel Meclisi, İl daimî Encümeni ve Vali.

İl genel meclisi, her ilçe birer seçim bölgesi olmak üzere ve ilçe nüfus sayısına orantılı olarak seçilir. Seçimler, genel seçimler hakkındaki kanunda gösterilen usulle yapılır. Seçilmek için aranan şartlar bilinen genel şartlardır ve 25 yaşını tamamlamış olmak gerekir. Ayrıca İl özel idaresiyle sözleşme yapmış veya yapanların ortağı veya kefilisi olmaması bulunmak gerekir. İl genel meclisi üyeliği, memurluk, parlâmento üyelikleri, belediye meclisi üyeliği veya belediye başkanlığı ile bağdaşmaz.

Seçim 4 yıl içindir. Yılda bir defa, Aralık ayının ilk yarısında toplantı yapılır. Toplantı süresi 40 gün olarak sınırlanmıştır. İşler bitmezse, Vali, İçişleri bakanlığına bildirerek ancak 15 gün süre uzatımında bulunabilir. Hükümetin, valinin isteğiyle de olağanüstü toplantı yapılabilir. Meclis üyelerinin 2/3'ü ister ve İçişleri bakanlığı izin verirse, gene toplantı yapılabilir. Meclisin başkanı validir. O olmazsa, ilk toplantıda seçilmiş olan başkan vekili başkanlık eder. Meclisin usûlsüz toplanması veya yasaklandığı konularda görüşme yapması hâlinde, İçişleri bakanlığının başvurması üzerine Danıştayca (idarî bölüm) alınacak bir idarî kararla feshedilir. Genel Meclisin görevleri, il özel idaresinin bütçesini yapmak, kesin hesaplarını onamak, malları idare etmek, tahsis (=kullanılma) kararları almak, iş programları ve diğer kanunî görevler hakkında karar vermektir.

İl genel meclisi, her yıllık toplantısında kendi üyeleri arasında 4 kişilik bir Daimî Encümen seçer. Bu kurul, Genel Meclisin hemen bütün görevlerini onun yokluğunda yapar. Bunun da başkanı validir. Vali, gerekli gördükçe encümeni toplantıya çağırır.

Evvelce de belirttiğimiz gibi Vali, İl Özel İdaresi üzerinde hem idarî vesayet denetimi yapar, hem "İkili görev" le bu idarenin başıdır; kurullara başkanlık eder; kararları o uygular; İdareyi o temsil eder. İl genel meclisine karşı valinin gerçi bir sorumluluğu da vardır ve normal yıllık toplantıda faaliyet raporunu okur. Fakat genel meclis, faaliyetini tatminkâr bulmazsa Vali'yi başkanlıktan uzaklaştırılmaz; ancak durumu İçişleri bakanlığına bildirir ve bakanlık, gerekli görürse valiyi değiştirir.

Bugün İl özel idarelerinin tamamen ellerinde kalmış ve kendileri tarafından, kendi gelirleriyle görülen hizmetleri hemen hemen yok gibidir. Bu idarelerin teknik ve malî yetersizlikleri azamî noktasına çıkmış ve üzerlerindeki hizmetlerin hemen hepsi Merkezî idare tarafından üstelenilmiştir. Bu idarelerin kendilerine özgü memurları da, "Özel Muhasebe" (=Muhasebe-i Hususiye) denilen teşkilât birimi içinde toplanmış haldedir. Bu idarelerin hâlâ yürüttükleri mahdud faaliyet, il genel idaresinin memurlarınca ifa edilmektedir. İl özel idarelerinin gelir kaynakları da hayli dardır. Ana gelir kaynağı, bugün için Emlâk vergisinden bu idarelere ayrılan, belediye sınırları dışında yüzde 70 ve belediye sınırları içinde de yüzde 30 paylardan ibarettir. 1913 tarihli kanunla gösterilen gelir kaynakları, başka kanunlarla çoktan yürür olmaktan çıkmıştır.

B) BELEDİYE İDARESİ

İl özel idaresinden daha yenidir. Gerçi bizde belediyelerin tarihçesi il özel idaresinin evveline gider; yeni olan, Belediye idarelerimizin bugünkü kanunudur. 43 üncü yılına girmiştir. Belediyelerimiz son olarak Cumhuriyet devrinde ve 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı kanunla düzenlenmişlerdir. O tarihlerde, memleketimizin nüfusu 14 milyon civarında idi. İstanbul 700.000 kadar, Ankara 100.000 raddelerindeydi. Belediye idarelerinin 2.000 nüfusu bulan yerlerde bile kurulabileceği düşünülürse, bugün 3 milyona yaklaşan şehirlerimizle 2 bin nüfuslu yerleşme birimlerini aynı kanunla, aynı tip belediye idaresiyle yönetmekte olduğumuz ortaya çıkar. Üstelik memleketimizin bir yanında öte yanına ve içinde yer yer ekonomik güçlülükler arasında ne derece farklar bulunduğu da hesaba katılırsa, belediye idarelerimizin yeni bir düzenlemeye olan muazzam ihtiyaçları kabul edilir. Memleketin diğer kısımlarıyla nisbetsiz bir büyüme gösteren bütün büyük şehirlerin idaresi, dünyada normal kent idarelerinden başka, farklı usullere bağlanmıştır. Londra, Paris, Tokyo, hattâ Atina, diğer belediyelerden özel kanunlarla yönetilirler. Tek bir tip teşkilâtın, nüfusa göre büyütülüp küçültülmesi muayyen ölçülerin dışında, muayyen orantıların dışında mümkün değildir. Şehir ulaştırmasını kolaylaştırmak için nasıl 500 kişilik otobüsler yapılamazsa, trafiği ferahlatmak için caddelerin eni 200 metreye çıkarılamazsa, bu da öyledir. Bireysel veya toplumsal hayatımızın bazı ölçüleri, insan denilen yaratığın fizik ve biyolojik ölçülerine belli bir orantıyı muhafaza etmek mecburiyetindedir. Bunu aşmak gerekince, tipler değiştirilir. 3 milyonluk kentlerle 2500 nüfuslu yerler aynı tip idare ile yönetilemez; aynı gelir kaynaklarına, aynı organizasyon metotlarına bağlanamaz. Belediye idarelerimizi mutlaka yenilemek mecburiyetindeyiz.

Belediye idaresi 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı kanunun 1 inci maddesinde "belde'nin ve belde sâkinlerinin mahallî mahiyette müşterek ve medenî ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef hükmi bir şahsiyet" olarak târif edilmiştir.

Belde arapça bir kelime olup şehir, kasaba gibi, nisbeten kalabalık sayılacak bir toplum yerleşmesi anlamına gelir. Yukarıki târifeye göre de, belediye, belde'nin ve beldeye yerleşip oturanların (=sâkinlerin) salt bu bir arada yerleşmekten doğan ihtiyaçlarını gidermek, düzenlemek, çâresine bakmak görevinde olan bir tüzel kişidir.

Bir yerde belediye idaresinin kurulabilmesi için yerleşmiş nüfusun 2.000'den yukarı olması lâzımdır. Ayrıca, il ve ilçe merkezi yapılan yerlerin nüfusu 2.000'den az da olsa, orada belediye kurulur. Belediyenin merkezi yapılacak yere mesafeleri 500 metre içinde bulunan köyler veya köy kısımları da birleşerek belediye kurabilirler. Bu durumda bir plebisit (halk oylaması) yapılır. Belediyeyi isteyip istemediklerini sorulur. Valiler de, kendiliklerinden, belediye kurulması teşebbüsüne geçebilirler. Yoklamanın sonucunda, mesele, il genel meclisinde incelenir, kurulacak belediyenin muhtemel gelirlerinin, hizmetleri karşılamaaya elverişli olup olmayacağı karara bağlanır. Bu karar İçişleri bakanlığına gönderilir; oradan Danıştayda idarî incelemeye tâbi tutulur ve sonunda uygun bulunuyorsa, Cumhurbaşkanının onamıyla belediye teşkil edilir. Bir belediyeden ayrılıp yeni belediye kurmada veya başka belediyeye katılmada da aynı işlem yapılır.

Belediye'nin 1/ Belediye Meclisi, 2/Belediye Encümeni, 3/Belediye başkanı olarak üç organı ve hizmet görecektir idarî teşkilâta vardır.

1. BELEDİYE MECLİSİ

Belediye meclisi 4 yıl için, belde nüfusuna orantılı olarak ve nisbî temsil esasına göre seçilir. Belediye başkanının seçiminde ise çoğunluk usulü uygulanır.

Belediye meclisi azalığına seçilebilmek için, genel şartlardan başka 25 yaşını bitirmiş ve enaz 6 aydanberi o belde oturur olmak aranır. Başkan olmak için bu oturma şartı yoktur; fakat diğer şartlara ilâveten evvelce başkanlıktan düşmemiş olmak şartı aranır.

Devlet memuriyeti, parlâmento veya il genel meclis üyeliği, köy muhtarlığı belediye meclisi üyeliğiyle birleşemez. Ayrıca, kanunun 27 nci maddesinde gösterilen kan ve sıhrî hısnmalar da câiz değildir. Meselâ baba oğul, karı koca bir mecliste birleşemez.

Belediye Meclisi Ekim, Şubat ve Haziran aylarında, yılda üç defa alâlede toplanır. Bütçe toplantısı 30, diğerleri 15 gündür. Uzatılabilir. Fevkalâde toplantılar da, üyelerin 1/3'ünün istemesi, Başkanın çağırması veya valinin çağırması üzerine yapılır. Görüşmeler, kaideten herkese açıktır.

Belediye meclisine, belediye başkanı başkanlık eder. Senelik raporunu okurken, meclis kendisinin seçeceği bir başkan vekilinin başkanlığında toplanır.

Belediye meclisinin her üyesi, başkandan soru sorabilir. Tam sayı çoğunluğu kabul ederse gensoru da gündeme alınabilir. Gensoruya cevaplar 2/3 tarafından tatminkâr bulunmazsa, yıllık raporun tatminkâr bulunmayışı gibi, başkanın düşürülmesi için verilen karar, mahallin en büyük mülkiye âmirinin eliyle Danıştaya gönderilir ve Danıştay da yetersizlik kararı verirse, başkan düşer.

Belediye meclisinin pek çok ve çeşitli görevleri vardır. Bütçe ve kesih hesap, ödünç alıp verme, bazı kira sözleşmeleri, gayrimenkullerin hizmetlere tahsisi, belediye yönetmeliklerinin kabulü, bazı önemli iş programları, Meclisin kararıyla kesinleşir.

Bu kararlardan bir kısmı, vesayet makamı sıfatıyla, mahallin en büyük mülkiye âmirinin tasdikine tâbidir.

Belediye meclisi toplantı zamanları dışında toplanırsa, özel yerinden başka yerde toplanırsa, görevlerini yapmaktan kaçınırsa, siyasi konuları görüşürse Danıştay kararı ile fesholunur.

2. BELEDİYE ENCÜMENİ

Bu encümen, belediye reisinin başkanlığında, belediye daire baş âmirlerinden ve bunların yarısının geçmemek üzere belediye meclisince kendi içinden seçilecek üyeden kurulur. Daire baş âmirleri Yazı işleri, Hesap işleri, Sağlık işleri, Veteriner, Fen işleri, Teftiş heyeti müdürleridir. Encümenin görevleri aylık hesapları incelemek, kamulaştırma kararı vermek, bütçe içinde bazı aktarmalar yapmak, narh koymak, bazı sözleşmeler hakkında karar vermek, belediye cezaları takdir etmek gibi işlerdir.

3. BELEDİYE BAŞKANI

Belediye başkanları eskiden belediye meclisi tarafından seçilirlerdi. 1963 tenberi tek dereceli olarak, doğruca seçmenler tarafından, çoğunluk usûlüyle seçilmektedirler.

Anayasamız 116 ncı maddesinde mahallî idarelerin ve bu arada belediyelerin "genel karar organlarının" halk tarafından seçilmesi şartını koymuştur. Belediye başkanları ise belediye idarelerinin en büyük âmirleri ve belediyenin temsilcisidirler; "genel karar organı" değildirler. Bu itibarla mutlaka seçilmeleri de gerekmez. Kanununun 94 üncü maddesi, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği belediyelerden, il merkezi olanlarının başkanlarının İçişleri bakanı, diğerlerinde valiler tarafından tâyin edilmelerine ve görevden çıkarılmalarına müsaade etmektedir. Ankara belediye reisliğine yapılacak bir tâyin için Cumhurbaşkanı'nın da imzası lâzımdır.

Belediyedeki idarî teşkilâtın en büyük âmiri olarak başkan, meclis ve encümen kararlarını icra eder, belediye zabıtasının görevine nazaret eder; mümessil olarak da belediye mallarının idaresi, gelirlerin gözetilmesi, mahkeme ve dairelerde belediyenin temsili ona aittir.

Belediye meclisi, başkanı yeterli görmezse, yukarda değindiğimiz gibi, başkan düşürülebilir.

BELEDİYELERİN VAZİFELERİ

Kanun, 15 inci maddesinde76 fıkra hâlinde belediyelerin görevlerini saymıştır. Ayrıca müteaddit kanunlar da belediyelere bir çok vazifeler vermişlerdir. Belediye, herşeyi yapan, birbiriyle ilişkisiz fakat hepsi de belde sâkinlerinin ihtiyaçlarını karşılayıcı her türlü hizmeti gören tipik bir "genel yetkili idare" örneğidir. Mezbaaha kurup işletmekten tutunuz da açık arttırmalı satışlara, başı boş hayvanları yakalayıp muhafazaya almaktan ücretli helâ yaptırmaya, tiyatro işletmekten çamaşırhane kurmaya kadar, bir kent halkının ihtiyacı olabilecek ne türlü hizmet düşünebilirseniz, hepsinin belediyelerin görevi içine girdiğini kabul edebilirsiniz. Onun için en iyisi merkezi idarenin yürütmekte olduğu ve bakanlıklar, katma bütçeli genel müdürlükler eliyle görülen hizmetleri düşünüp bunların dışındaki hemen her işi belediyelere verilmiş hizmet olarak kabul etmektir.

Kanun, ayrıca bu vazifelerin en önemlilerini bütün belediyeler için mecburî kıldıktan sonra, belediyelerin yıllık gelirlerini, zamanın parasıyla 50.000 liradan, 200.000 liradan ve 500.000 liradan fazla olarak üç kategoriye ayırmış, ona göre de ağırlaşan, artan vazifeler yüklemiştir. Bir kısım vazifeler de, bütün belediyeler için ihtiyarî kabul edilmiştir. Ayrıca kanununun 19 uncu maddesi, yapılması ancak belediyelerin hakkı olan ve başka idareler veya özel kişilerce yapılmayacak işlerden bahseder. Bunlar tipik mahallî hizmetlerdir.

Belediyeler, bu vazifeleri görmek için daireler kurarlar. Vazifelerin bazılarının kendilerinden ayırıp, fakat kendilerinin denetimi altında "işletmeler" hâline sokabilirler. Bu gibi işletmelerin birer tüzel kişi olduğu çoğu zaman bunların kuruluş belgelerinde belirtilirse de, belediye içinde tam bir hizmet adem-i merkezîyetinin uygulanmakta olduğu söylenemez; tüzel kişilik, daha çok, hizmetlerin üçüncü şahıslara karşı temsili için zikredilen bir etiket olarak kalır.

Belediye, kendisine özgü zorlayıcı kuvveti olan idarelerden biridir. İlerde görüleceği gibi, idarî merciler, kendi idarî kararlarının filî sonuçlarını almak için bizzat kuvvet kullanamazlar; devletin zorlayıcı kuvveti (zabıtası) vardır; ona başvururlar. Fakat belediyeler (ve bir ölçüde köyler) özel bir kolluk kuvvetine sahiptirler. Belediyenin kendi yasaklarını yürütücü, emirlerini ifa edici zabıtası vardır; derece derece âmirleriyle başkana bağlıdır. Belediye zabıtasına karşı gelenler, devlet zabıtasına karşı koyanlar gibi ceza görürler. Belediyelerin bu kolluk işini yeterince yürütememeleri hâlinde, belediye zabıtası, devlet zabıtasına da devredilebilir.

C) KÖY İDARESİ

Köy idaresini 18 Mart 1340 (=31 Mart 1924) tarih ve 442 sayılı Köy kanunu düzenler. Köy çok eski bir sosyolojik grupman türüdür ve her halde bütün toplum türlerinden önce doğmuştur; adeta büyük bir ailedir; aslı da aileye dayanır.

Köy, asâyiği, yolu, içme suyu, sağlık hizmetleri, adalet hizmetleri, eğitimi, fennî tarımı, hayvancılığı, ormancılığı ve bunlar gibi başta gelen türlü hizmet ihtiyaçlarıyla memleketimizde başlı başına bir problemdir. Türkiye nüfusunun yüzde 66'sı 1965 yılında köylerde yaşamakta idi. Gene aynı yıl rakamlarına göre memleketimizde 35.638 köy idaresi vardı. Köylerin ortalama yüzölçümleri 218 km² tutmakta ve gene 1965 te köylerde ortalama nüfus 578'i bulmaktadır. 150'den çok ve 1.000'den az nüfusu olan köy sayısı ise 1965'te 29.033'tür. Buralarda 13 milyondan fazla insan yaşamaktadır.

Köy'ün, hayatımızda ifade ettiği önem ve bir türlü çözüme bağlanamamış sorunları yüzünden 1963 yılında bir "Köy işleri bakanlığı" kurulması zaruret hâlini almıştır. Osmanlı imparatorluğunda, zaman zaman dayanılmaz hâle gelen asâyişsizlik, musallat olan âşâr mütezimleri gibi nedenlerle köylerimizin bir kısmı dağların ardına kaçmış, bir kısmı ormanların içine girip kaybolmuş ve Cumhuriyet devrinde, köye hizmet götürülebilmek muazzam güçlükler göstermiştir.

Köy kanunu, üzerindeki tarihten de anlaşılacağı gibi, Cumhuriyet devrinin ilk kanunlarından biridir; son derece açık-seçik bir dille ve öz Türkçe ile yazılmağa çalışılmıştır. Bu kanun okunduğu zaman, şimdi bazılarının "uydurma" dedikleri kelimelerin nice zamandanberi köylümüzün dilinde olduğu ve köylü tarafından kolay anlaşılın diye kanunun bu kelimeler kullanılarak yazıldığı görülür. Kanun, 1924 yılında, hudut yerine sınır, gayrimenkul yerine "bir yerden diğer yere götürülemeyen mal" gibi deyimleri kullanmakta ve gene, kendi hükümleri anlaşılabilirsin diye kendi kullandığı bazı kanun tâbirlerini parantez içinde izah etmektedir.

Kanun, köyü, kasabayı ve şehiri târif etmekle başlar. Nüfusu iki binden az olan yerlere köy denilir; iki bin ile yirmi bin arası kasaba, yirmi binden yukarıda da şehir'dir. Fakat 150'den az nüfusu olan yerlerde de köy idaresi kurulmaz.

Köy "Cami, mektep, otlak, yaylak, bataklık gibi orta malları bulunan ve toplu veya dağınık evlerde oturan insanlar ve bunların bağ, bahçe ve tarlalarından" meydana gelir. Kanun, ayrıca, köyün tüzel kişiliğini belirtmektedir (mad.7).

Köy idaresininin 1/Köy derneği, 2/İhtiyar heyeti ve 3/Muhtar olmak üzere organları kanunda belirtilmiştir.

1. Köy derneği

Bu "derneğin" Medenî hukukta bilinen derneklerle hiçbir ilişkisi veya benzerliği yoktur. Bu deyim, halkımızın öz türkçemizde zaman zaman muayyen bir hususu kutlamak veya bir işi yapmak için kullandığı "dügün dernek" tâbirinde geçen anlamına yakın bir anlamda kullanılır ve Hukukumuzda "dolaysız demokrasi" (=démocratie directe) konusundaki tek örnektir. Burada, köy seçmenleri, her zaman seçim yapmazlar, doğrudan doğruya "idari" nitelikte kararlar da alırlar. Köyün mecburî olmayan görevlerini mecburî görevler arasına katmak (mad.12), Kaymakamın, köylünün yararına görmeyerek bozduğu köy muhtarının kararları üzerine (İdari ve sayette ikame olmadığı için; kaymakam tarafından verilemeyecek olan) yeni kararı vermek (40. mad.), köy imamının müftü tarafından tâyin edilmesi için öneride bulunmak (mad.83) gibi kararlar da alırlar. Köy küçük bir topluluk olduğu için, seçmenlerin teşkil ettiği köy derneği denilen kurul, köy idaresine ilişkin idari kararlar da alabilmektedir.

Köy muhtarını ve İhtiyar meclisini, seçmen statüsünde bulunan kadın ve erkek köylüler, kendi aralarından seçerler.

2. İhtiyar Heyeti

Köy derneği tarafından seçilir. Nüfusu binden az köylerde 8, binden çok olanlarda 12 kişi seçilir. Köy imamı ve öğretmen, bu heyetin tabii üyeleridir. Birden çok olurlarsa, hangilerinin katılacağını kaymakam tesbit eder. Seçilmek için genel şartlardan başka 25 yaşını tamamlamış olmak, köyden veya altı aydanberi köyde oturup köy nüfusuna kayıtlı olmak şartı aranır. Diğer kamu görevleriyle bağdaşmaz. Köy işlerinin müteahhidi, müteahhidin ortağı veya kefilî de olmamak gerekir. Yakın kan veya yakın hısımlığı da, iki kişinin birden seçilmesine engeldir.

İhtiyar heyeti haftada bir defa toplanır. Yapılacak köy işlerini sıraya koyar. Kamulaştırma gerekiyorsa, buna karar verir. Salma ve imece hakkında karar alır.

Hukukî çekişmeleri olanları uzlaştırmaya çalışır. Salmadan kaçanlara para cezası hükmeder.

3. Muhtar

İhtiyar heyetine seçilmek için gereken şartlar aranarak Köy derneği tarafından seçilir. İhtiyar heyetine başkanlık eder. Kendisine, köy işlerinin yanı sıra, devlet kamu hizmetleriyle ilgili görevler de yükletilmiştir. Devletin mevzuatına köy halkına duyurur ve anlatır. Aşâyışı korur; salgın hastalıkları haber verir; aşılammaları sağlar; köye mahsus özel bir ahvalî şahsiye defteri tutar ve nüfus memuruna bilgi verir; vergi tahsilâtına yardım eder; askere alınma işlerinde yardımcı olur; zanlı ve suçluları yakalar. Köye ait işlerde de İhtiyar Heyeti ve Köy derneği kararlarını yerine getirir; köy gelir ve giderlerinin hesabına tutar. Köy mallarını korur.

Köy idaresinin imam, kâtip, korucu gibi görevlileri vardır. Burada da köyün kendi zabıtasına görmekteyiz. Köy, özel kolluk kuvveti ve yetkileri olan bir tüzel kişidir. Muhtar ve köy görevlileri, devlet görevlileri statüsündedirler; bunların işledikleri suçlar ve bunlara karşı suçlar, memurlar hakkındaki himaye ve tecziye hükümlerine tâbidir.

Köy işlerini kanun, mecburî olan ve olmayan diye ikiye ayırmıştır. Toplumsal yaşantı için dirlik, güvenlik ve sağlık yönlerinden başta gelen ihtiyaçların giderilmesi mecburî hizmetler arasındadır. Ondan sonra, köyde zenaatkâr yetiştirmekten köy sporlarını teşviğe kadar da ihtiyarî görevler vardır.

Köyün çeşitli gelirlerini kanun saymaktadır (mad.17). Fakat aynı zamanda realist bir düşünceyle, birçok köy işlerinin elbirliğiyle yapılabilceği de düşünülmüş ve "imece" denilen mecburî iş mükellefiyeti kabul edilmiştir. Köylünün üretimle meşgul olmadığı boş zamanlarda köy öşleri imece yolundan görülür. Ayrıca, ev başına alınan bir de "salma" vardır. Köyün aylıklı görevlileri varsa bunların aylıklarını ödemek ve bir de mecburî işlerin giderlerini karşılamak için, normal gelirler yetmezse "salma" salınır ve aile başına, İhtiyar heyetince tesbit edilecek bir para alınır.

Köyün en önemli sorunu, köy sınırlarının tesbiti ve özellikle otlak ve mer'aların korunmasıdır. Bu yüzden köyler arasında çatışma eksik olmaz. Sınırlar hakkında ilçe idare kurulları karar verir. Bu kararlar aleyhine idarî yargı yolları açıktır.

BÖLÜM V

MEMUR HUKUKU

§ 1. GENEL

İnsan unsurunun İdaredeki yerini uzun boylu izaha hacet yoktur. Yetkileri kullanarak kararları verecek, hukukî ve maddî faaliyetlerde bulunacak, kamu hizmetlerini çeşitli kademelerde değişik katkılarla yürütecek ve kamu yararını gerçekleştirecek olanlar şüphesiz insanlardır. O halde, bir İdarenin mükemmeliyeti, sadece onun tertiplenmesindeki gerçekçilik ve rasyonalizm, gelirlerindeki bolluk ve bunları kullanmadaki "yerindelik", yetkilerin yeterli olarak verilmesi ve etkin sonuçlar alınabilmek hususunda mâkul biçimde dağıtılmasıyla sağlanabilir olmaktan uzaktır. Bunlar, gerekli, fakat kendi başına "yetermez" unsurlardır. İdareyi kim harekete getirecek, kim yürütecek, bütün bu imkânları kullanarak kamu yararlarını kim gerçekleştirecek? Belki diğer bütün hizmet şart ve unsurlarından da önemli olan bu soruların cevabıdır. Ne kadar insan kullanılacaksınız, bunlarda hangi eğitimleri, hangi teorîleri arayacaksınız? Bunların, kendilerine verilen görevleri, yeteneklerinin bütün sınırlarına kadar, güçlerinin tamamını kullanarak görmelerini nasıl sağlayacaksınız? Bunların, İdare hizmetlerinde çalıştıkları süre içinde, daha önemli görevler, daha büyük sorumluluklar için yetişmelerini nasıl mümkün ve kolay kılabileceksiniz?

Her insan gibi, kamu hizmeti görevlilerinin de, yararlarına güvenle bakabilmeleri zorunlu ve bunu sağlamak şarttır; ancak bu güveni onlara verir, onları "gelecek günlerin" endişelerinden zihinlerini kurtararak fikrî yeteneklerinin tamamını işlerine tahsis etmelerini sağlarken, kamu görevliliğini de bir nevi "sosyal yardım" hâlini almaktan nasıl kurtaracaksınız? Diğer bir deyimle, bir memuriyet kaparak geleceğini güven altına alıp "-Üst tarafı olsa da olur, olmasa da olur" düşüncesiyle davranılmasının, devlet hizmetini daha çok bir garanti sayma eğiliminin önüne nasıl geçeceksiniz?

Burada şu üç beş satırla açıkladığım sorunlar, bütün memleketlerde İdareleri yıllar yılı düşündürmüş, uğraştırmış meselelerdir. Devlet, güvenliğin her türlüünün kapısı ve kaynağıdır; onun bu niteliği, dikkat edilmezse, kısa zamanda, kamu görevlerini "hizmet yapılacak birer yer" olmaktan çıkarmağa ve ömür boyu gelir getiren, iş görülse de olacak, görülme de olacak bir kaynak hâline sokma eğilimlerini doğurur. Bizatihî devlet görevi, bir "yetimhane" veya "baba mirası" yahut "emekli sandığı" değildir. Devlet, görevlisine çeşitli menfaatler temin ederken, ondan "iş" isteyecektir. Bu "iş" in lâalettâyin bir faaliyet, bir "çabalama" olmaması gerekir. O halde "verimlilik" esastır.

İdare, insan çalıştırma konusunda "verimlilik" esasına dayanan rasyonel ve gerçekçi tertip ve usuller izleyecek, çalıştıracağı insandan da tam verim isteyecektir.

Memur sorunu, her memlekette vardır. "Verimlilik" İdare hukukunun doğrudan doğruya incelediği bir mesele değildir. Bunu "Kamu yönetimi" bilimi araştırır; çözümleri, o önerir. İdare hukukuna, bu çözümlerin "hukukî rejimini" devletin genel hukuku içinde tâyin ve tesbit etmek düşer. Fakat bir İdare hukukusunun, uğraş alanını meydana getiren hukuk kuralları, hukukî müesseseler, ilişkiler, çatışmaların muhtevasını teşkil eden "yönetim" sorunlarıyla ilgilenmemesi elbet düşünülemez. Hukuk, "verimliliği" boğmamalı, "verimlilik" Hukukun gereklerini bir tarafa itmemelidir.

§ 2. GELİŞİM VE TARİHSEL ÇÖZÜMLER

Eski devlet tipi hakkında yaptığımız açıklamaları hatırlayınız. Bugünkü devlet yapısına, görevler, organlar, yetkiler ayrımlarını göremediğiniz o tür siyasal toplumlarda, bugünkü kamu görevlileri de, hükümdarın şahsî görevlileri idiler. Hükümdar, kendisine düştüğü kanısında olduğu veya bizzat üzerine almak mecburiyetini duyduğu işleri, kendi kişisel gücüyle yürütemediği için hizmetkârlar, kâtipler, kolcular kullanırdı. Bunlara çeşitli görevler verir, gereken kararları alarak uygulamalarını emreder veya kendisine önerilerde bulunmalarını isteyecek kararı kendi verir, uygulamayı bunlardan isterdi. Karar veren görevlilerle, veya salt uygulama yapan görevlilerle hükümdar arasında bugünkü anlamda vekâlet veya hizmet münasebetleri bulunurdu. Bunlar, bazan hükümdardan muayyen ücretler alırlar, bazan da gelirlerini, kendilerine tahsis edilmiş feodal kaynaklardan veya doğruca halktan sağlardı.

Devlet hayatı ve hizmetleri geliştikçe, bu "görevliler" kitlesi de tabiatıyla genişlemeye ve hükümdarın hizmetinde muayyen "görev mevki-leri" belirmeğe başladı. Görevliler kitlesinin genişlemesi, işlerin zorunlu gereği olarak, hükümdarın yanından ülke düzeyine doğru oluyordu. Bu suretle de, hükümdarın çeşitli konulardaki kâtipleri, o konularda hizmetlerine ihtiyaç duyulan ve artan görevlilerin âmirleri hâline geliyorlardı. Gerek Batıda, gerek bizde, merkezi idare böyle teşekkül etmiştir. Kâtipler çoğalınca, hükümdarla bunların arasında bir nevi "başkâtibe" ihtiyaç hasıl olmuş ve hükümetin nüvesi böyle kurulmuştu. Sadrîâzâm, hükümdarın hem başkâtibi, hem vekili, hem müşaviridir. Kâtipler, o zamanlara göre, bugünün bakan'larının karşılıklarıdır. Ancak, hükümdara bu kadar yakın olan görevlilere, bittabi hükümdarın şânına lâyük rütbeler ve ünvanlar verilmiştir.

Bizde ve Batıdaki gibi Anglo-saksonlarda da gelişme, aynı olmuştur. Hükümdarın sekreterleri vardı. Uzun süre bu sekreterlerini doğrudan doğruya kendi kullanmış, fakat hiç İngilizce bilmeyen, Alman Haxov-ra prensi Georg, Birinci George olarak 1714 te İngiltere tahtına geçince, sekreterlerini kullanmamış, içlerinden almanca bilen birisini kendisiyle sekreterleri arasında sözcü yaparak, sekreterlerin, bitişikteki küçük odada (=cabinet) toplanıp görüşmelerini, sonra sözcünün gelip sonuçları kendisine bildirmesini, kendisinden talimat almasını emretmiş ve İngiliz tarihinde, Bakanlar Kurulu bu şekilde ortaya çıkmıştır.

Teessüs eden merkezî idarenin başındaki en yüksek görevliler hükümdarın kâtipleri, yani özel hizmetlerine bakan görevlileri olunca, yavaş yavaş beliren memur kitlesi de bu özel hizmetlilerden oluşmuştur. Ancak sayı arttikça ve bunların, belli bir kademedden aşağıda hükümdarın şahsıyla ilişkileri kesilip sadece halka muhatap olmalarıyla, maaşları, ücretleri de artık Hükümdardan, yavaş yavaş teessüs eden Hazine'ye nakledilmiştir. Bizde de durum böyle gelişmiştir.

Modern devletin teessüsü ile, bu kamu görevlileriyle devlet tüzel kişiliği arasındaki hukukî münasebetin mahiyetinin tâyini de gerekmiştir. Bu münasebeti açıklayan ilk nazariye, alâlade bir özel hukuk akti olarak "Hizmet Sözleşmesi" dir.

Ancak, tarafların tamamen eşit oldukları, haklarda, yükümlerde ve hakların muhtevasını teşkil eden menfaatlerde eşit buldukları bu türlü sözleşmeler, kamu hizmetinin ifasına yeterli olmamaktadır. Kamu hizmeti, bu sözleşmelerin konusunu teşkil eder. Yani, kamu görevlisi, böyle bir sözleşmeyle "kamu hizmeti" görme yükümü altına girer. Bu yüküm, aslında devlete değil, topluma karşıdır. Hizmet devlete değil, topluma arz edilir; veya münferit görevlilerin katkıları sonucunda, ortaya, topluma arz edilen bir hizmet çıkar. Bu hizmetin amacı, toplumun bir yararını sağlamaktır. O halde, adî hizmet aktinde, bir yandan korunan ve gerçekleştirilmesine çalışılan "toplum yararı" dir. Hizmet sözleşmesinin öte tarafını ise, kamu görevlisi olan fert ve onun yararı teş-

kil eder. Sözleşmenin idare tarafından ihlâli hâlinde, zedelenecek olan yarar, kamu görevlisinin kişisel yararını olduğu halde, aynı sözleşmenin bu kere kamu görevlisi tarafından ihlâli hâlinde zedelenecek olan yarar "toplum yararı" dır. Bu iki yarar, birbirine eşit değildir. O halde, bu iki yararı gerçekleştirmek için, karşılıklı âkidlere düşen yükümler de birbirine eşit olamaz. Kamu görevlisinin yükümü daha ağırdır. O halde, kamu görevlisinin menfaati daha hafiftir.

Böyle bir hak, yüküm ve menfaat farklılığı, bu türlü farklılıkları kabul etmeyen ve hukukî ilişkinin tümünü "eşitlik" esasına dayandıran bir özel hukuk sözleşmesiyle sağlayabilmek elbette mümkün olamaz. Bu, âdî hizmet sözleşmesi teorisine yöneltilbilecek ilk tenkitler.

İkinci tenkit ve ret, şu mülâhazaya dayanır:

Kamu hizmeti, kamu ihtiyacını gidermek içindir; başkaca bir sebebi ve amacı yoktur. Kamu ihtiyacı ise, kimi zaman durgun, kimi zaman çok değişkendir; bugünden yarına nasıl tecelli edeceği bilinemez. Bir kolluk görevlisini düşününüz. Genel dirliği ve düzenliği bozan ve sürmeğe başlayan bir olay karşısında, kendisiyle idare arasında mün'akit bir özel hukuk hizmet sözleşmesi olsa, bu sözleşmenin normal zamanlar için öngörülmüş hükümleri gereğince, belli bir saatten sonra kolluk hizmetini bırakıp evine çekilebilir mi ?

"-Sözleşmeye, bu gibi hallerde hizmeti bırakamayacağına dair hükümler konulsun" diyeceksiniz. Ya filî bir asayişsizlik hâli henüz olmaz da, asayişsizlik tehlikesi veya sadece ihtimali bulunursa ? Göreve farsıla verilip verilemeyeceğini kim takdir edecek ? Yâni sözleşme hükümleri böyle hallerde nasıl uygulanacak ?

Buna karşı da, "-Sözleşmenin gereklerini daima idare takdir etsin; sözleşmenin bütün yorumlarını o yapsın" dersiniz, o zaman, hususî hukukta, aslı unsurları yok olan veya yok sayılabilecek derecede "gayrimuayyen" bulunan bir akit yapmış olma durumuna girmez misiniz ? Böyle akitler şahhatli ve muteber olur mu ?

Kamu ihtiyacını evvelden "değişmez" bir şekilde tesbit mümkün olamayacağına göre, bu ihtiyacı gidermek için yürütülen kamu hizmetinin de kapsamını ve daha birçok esaslı unsurlarını evvelden tesbite imkân bulunamaz demektir. Bu takdirde de, ya idareye, sözleşmeyi, ortaya yepyeni haklar ve yükümler çıkaracak ve adetâ yeni bir sözleşmenin mevcudiyetine delâlet edecek şekilde yorumlamak ve uygulamak, yahut da istediği anda, sözleşmeyi dilediği şekilde tek taraflı değiştirmek imkânını vereceksiniz.

Bu mümkün müdür ? Sözleşme (=akit), karşılıklı iki iradenin birleşmesinden doğan bir hukukî bağlantıdır. Karşılıklı "iki irade" ile taayyün eden bu bağlantının, idarenin tek iradesiyle değiştirilmesi, özel hukuk ilkelerine şâir mi ?

İşte bu sayılan sebeplerden dolayıdır ki kamu görevlerinin büyük çoğunluğunun alâlede ve özel hukuka giren hizmet sözleşmeleriyle yürütülmesine imkân görülemediği ve bu nedenle, ikinci bir teori olarak, "İdarî hizmet sözleşmesi" görüşü ve önerisi ileri sürülmüştür.

"İdarî" denilen sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmelerinden en önemli farkı, kaideten gene iki taraflı irade ile in'ikad etmelerine rağmen, yükümlerinin tek taraflı olarak değiştirilebilmesidir.

Evvelâ, kaideten iki taraflı irade ile in'ikad ederler, dedim. "Kaideten" şartını kullanmanın nedeni, idarenin, aktedeceği bir kamu hukuku sözleşmesini (=idarî sözleşmeyi) hemen daima, evvelden müzakereye razı olamamasıdır. Yâni, idare sözleşmeyi hazırlar ama, karşı âkitle, göğü zaman o sözleşmenin hükümlerini tartışmaz. Karşı âkit ya kabul eder, ya reddeder. Tartışmanın sebebi şudur: İdarî sözleşme, karşı âkidin, kamu hizmetinin ifasına bizzat katılmasını öngörür ve bu amaçla hazırlanır. Kamu hizmetinin ne suretle ifası gerekeceğini ise idare bilir. Zira kamu yararına gerçekleştirmekle asıl yükümlü olan idaredir. O halde, idarenin, karşı taraf kamu hizmetinin ifasını nasıl yüklenirse bu hizmetin tatminkâr olacağı hususunda tesbiti idarenin mes'uliyeti içinde bulunan

şartları, diğer âkitle tartışmaya, müzakereye girişmesi kadar anlamsız bir iş olamaz. Belki bazı konular (meselâ taahhüt işleri) böyle bir müzakereyi bir dereceye kaldırabilir (hattâ orada bile, İdare, bir inşaatı ihaleye çıkardığı zaman, en ucuz fiati teklif edene bu işi verir-ken, bu ucuz fiati nasıl bir hesap sonucunda bulduğunu da sorar ve bu hesap tatminkâr bir şekilde İdareye gösterilemezse, İdare "-Ucuzu budur" diyerek mutlaka sözleşmeyi yapmaz. Zira bol keseden atılan bir ucuz fiatle mukavele yapma sonucu, kamu hizmeti görülemeyecek duruma düşebilir), fakat çoğu idarî hizmet sözleşmelerinin evvelden İdare tarafından hazırlanmış olan "şartnameleri" tartışma kaldırmaz. Çünkü, bunları tartışmak demek, özel kişiye, bir kamu hizmetinin nasıl yürütüleceğinin tesbiti hususunda imkân vermek demektir ki, böyle bir tesbit, münhasıran İdareye aittir. Zira devlete ve topluma karşı hizmetin düzenleyicisi ve sorumlusu o'dur.

O halde, yukarıda, bir idarî sözleşmenin "kaideten" iki taraflı irade ile meydana geldiği yolundaki izahımı anlayınız. Kaideten iki irade varsa da, aslında, İdarenin karşısına çıkan kişi, İdarenin iradesine katılmaktadır. Maamafih biz gene, kaideten iki irade diyelim.

Ancak, bunun ardından asıl mühim olan fark geliyor: İdarî bir sözleşmeyi, İdare, tek taraflı olarak değiştirebilir. Böylece de, karşı âkide, sözleşmeye dayanarak, fakat tek taraflı yüküm yükleyebilir.

Bu yükümün karşılığında diğer âkidin yeni hakları doğmaz mı ? Şüphesiz doğar. Fakat sözleşmeyi fesih hakkı doğmaz. Mesele burada.

Özel hukukta siz bir akit yaparsınız, karşı taraf, bu akti, tek taraflı olarak değiştirmek yetkisini size genellikle tanımaz. Tanırsa da, bunu adetâ yepyeni bir akit yapıyor muşçasına hükümlere bağlar. Yâni, o tek taraflı değiştirme yetkisini kullanırken, yeniden pazarlığa girişirsiniz veya pazarlık istemezseniz, size, o tek taraflı değiştirme yetkisi mukabilinde öyle yükümler yükler ki, mevcut akti tek taraflı değiştiremektense, icabettiği zaman yepyeni ikinci bir akit yapmağa siz razı olursunuz.

İdare ise, böyle, kendi kesesinden yiyen bir özel kişi gibi, cömert davranamaz. Sizin yükümlünüzü tek taraflı ağırlaştırma yetkisini, yapacağınız akit hükümleri arasında sizden ister ve karşılığında da, normalin üzerinde hiçbir külfet yüklenmeğe yanaşmaz.

Denmiştir ki, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde, İdare, âdî hizmet akitleri yerine "idarî hizmet sözleşmeleri" yaparsa, bu, maksada elverişli olur.

Mümkündür. Bunlar uzun süreli sözleşmeler olabilirse, İdare, hizmetin nasıl görüleceğini bütün ayrıntılarıyla tek taraflı olarak evvelden "şartnameler" le tesbit ederse ve bu hususta sizinle müzakereye girişmeden sözleşme yaparsa, İdare ile kamu görevlisi arasındaki münasebetin akdî olmasında mahzur kalmaz.

Ancak, Hukukun câiz ve elverişli gördüğü böyle bir çözümü, bu sefer İdare'ler istememişlerdir. Seb'î şu:

Sözleşme yapmak demek, ne de olsa "müzakere" etmek demektir. Kamu görevini alacak olan kişi, hizmetin şartnamesini olduğu gibi kabul etse bile ve bu sözleşmeler mümkün olduğu kadar uzun süreli tutulsa da, nihayet süre sona erecek, sözleşmenin yenilenmesi gerekecektir. Bu takdirde de, kamu görevlisi, İdare ile bu sefer, en azından bir "ücret" pazarlığına oturacaktır. İdare, ücret pazarlığı yapamaz. Zira kamu hizmetleri, tüm devlet faaliyettir. Burada ücretin karşılıklı pazarlığı ve tesbiti, ekonomik haysa üzerinde pek büyük etkiler doğurur. Pazarlıkta anlaşamama hâlinde, kamu hizmetleri görülemez hâle gelir ve çöker. Kamu hizmetlerinin çökmesi, devletin çökmesi demektir. Onun için İdareler, kamu görevlisini kendileri arasında hiçbir şekilde "sözleşmeli" bir duruma birçok merkezlere (Anglo-saksonlar, Kara Avrupasında Belçika, İsviçre hariç) kabul etmezler. Üstelik "sözleşmeli" bir durumun kabulü, bunun ardından genel iş sektöründe olduğu gibi "toplu sözleşme"yi ve greve getirebilir diye düşünülmüştür.

Bu nedenle, memur-İdare münasebetlerinde "Kanunî (=statüter) durum" teorisine tatbikatına yol açmıştır.

Kanunî (=statüter) durumun, yâni kural tasarruflarla düzenlenmiş "Genel, objektif, kişilik-dışı" hukukî durumun mahiyetini evvelce ayrıntılı olarak anlatmıştım (sf.35 ve dev.). Pek iyi bilmiyor veya hatırlayamıyorsanız dönüp bir daha okuyunuz ve öğrenmeden geçmeyiniz.

Bugün, kamu görevinde, bizde hâkim olan uygulama "Kanunî durum" da denilen "Statüter durum" uygulamasıdır. O halde, kanunun özel olarak müsaade etmediği ve böyle bir müsaadeye dayanılarak açıkça akdî bağlantının tesis olunmadığı her kamu görevinde, "Statüter durum" var demektir.

§ 3. KANUNLAR VE PERSONEL REFORMU

Devlet memuriyetinin derli toplu bir hâle konulması Cumhuriyet idaresinde mümkün olabilmıştır. Saltanat devrinde çeşitli kamu görevlerinde bir düzenlilik yoktu.

1876 (=1293) Anayasası, Memur Hukukuna el atmamış değildi. Bu Anayasanın 39-41 inci maddelerinde Memur hukukunun esasları düzenleniyordu. 39 uncu madde, kanunî durum teorisinin kabul olunduğunu ifade etmektedir. Bu maddeye göre:

" Bircümle memurîn, nizâmen (=yâni tek taraflı olarak) tâyin olunacak şerait (=şartlar) üzere ehil ve müstahak oldukları memuriyetlere intihap olunacaktır ve bu veçh (=suret) ile intihap olunan memurlar, kanunen mucib-i azl (=azledilmelerini gerektiren) hareketi tahakkuk etmedikçe veya kendüsü istifa eylemedikçe veyahut devletçe bir sebeb-i zarurî (=zorunlu neden) görülmedikçe azl ve tebdil olunamaz (=değiştirilemez) ve hüsn-ü hareket (=iyi davranış) ve istikamet (=doğruluk) ashabından (=sahiplerinden) olanlar ve devletçe bir sebeb-i zarurî'ye mebnî (=dayanılarak) infisal edenler (=yerinden uzaklaştırılanlar) nizam-ı mahsus'unda (=özel nizamında) tâyin olunacağı veçh ile terakkiyata (=ilerlemeye) ve tekaüt (=emeklilik) ve mâzûliyet (=azl edilmiş olma) maaşlarına nâzil olacaklardır (=ereceklerdir) ".

Sizlere biraz ağır gelebilecek bir Osmanlıca. Fakat anlamamanız ihtimali olan bütün kelime ve deyimlerin karşılıklarını koydum. Dikkitle okursanız: 1/Memuriyet statüsünün tek taraflı olarak düzenlenmesinin; 2/tâyinlerde bu statüye göre ehliyet ve liyakat aranacağını; 3/ Memuriyetten çıkarılmayı gerektiren bir hâl olmadıkça veya memur istifa etmedikçe veya başkaca bir zaruret görülmedikçe memuriyetten uzaklaştırılmayacağını ve işinden alınıp başka bir işe verilemeyeceğini; 4/ İyi halleri görülenlerin ve doğruluk yolunda olanların ve zorunlu bir sebeple uzaklaştırılanların özel k-nununda belirtileceği üzere ilerlemeye (yâni sonradan daha yüksek bir memuriyete) veya emeklilik yahut azledilmişlik maaşları alacaklarının kabul edildiğini göreceksiniz.

Bunlar küçümsenecek ilkeler değildir. Bugünkü hukukta da ilkeler bunlardır. Ancak 1876 Anayasasının bu ilkeleri gerçek bir uygulama göstermemiştir. Memuriyet statüleri, dağınık bir şekilde tertiplenmiş, riayet olunmamış, hele memurlar arasında eşitlik sağlanmamıştır.

İkinci meşrutiyetten sonra da durum, toparlanamamıştır.

Cumhuriyetin ilk kanunları arasında 788 numara ile "Memurîn Kanunu" (18 Mart 1926) yer alır. Bununla sadece memur hukukunun bir kısmı düzenlenmiş, maaş işi bir yıl sonraki 1108 sayılı "Maaş kanunu" ile ele alınmıştır. Bunda maaş miktarları değil, usûl ve maaş işlemlerine ait esaslar tesbit edilmiştir. Daha sonra, memurların maaşlarını çeşitli hizmet alanlarında ayrı ayrı tesbit eden kanunlar birleştirilmiş, maaşlarda eşitlik sağlanması amacıyla "Devlet memurları aylıklarının tevhid (=birleştirilmesi) ve teadülü (=denkleştirilmesi) " hakkındaki 3656 sayılı (30 Haziran 1939) kanun çıkarılmıştır. Böylece memur statüsü, maaş hükümleri, maaş miktarları ve terfiler ayrı ayrı kanunların konusu olmuştur.

1961 Anayasası 117-118 inci maddelerinde memur hukukunun temel kurallarını koymuştur.

Diğer taraftan , ikinci cihan savaşının bitiminden beri, memur hukukunun yeniden düzenlenmesi ve genel bir personel reformunun ya-

pılması istekleri de hayli destek kazanmış bulunuyordu. Çeşitli projeler hazırlanmış, fakat hiçbiri, kanunlaşma yolunda önemli sayılabilecek bir aşamaya ulaşamamıştı.

Harbin getirdiği sıkıntılarla, memur maaşları satın alma gücünden pek çok kaybetmiş, memurlar büyük sıkıntılar içine düşmüşlerdi. Bu yüzden zaman zaman, maaşlara zam yapan, ikramiyeler öngören kanunlar çıkarılmış ve özellikle devletin memur bulmakta güçlük çektiği alanlarda, genel düzenleme dışında özel düzenlemelere girişilmiş, gerek maaş tatarları, gerek çalışma şartları bakımından "eşitler arasında eşitlik" adamakıllı sarsılmıştı. Çeşitli çevrelerden arda ardına "personel reformları" öneriliyor, fakat bu reformları önerenlerin büyük çoğunluğu, aslında memur maaşlarının tatminkâr bir şekil artmasını, doyurucu bir düzeye ulaşmasını istemekte olduklarının kendileri de farkına varıyorlar ve "personel reformu" nu sadece maaş artışı açısından görüyorlardı.

Halbuki İdarede üç şeye büyük ihtiyaç vardı:

- 1/ Kamu personelinin, teşkilât olarak yeniden tertiplenmesi;
- 2/ Personel statüsünün yeniden düzenlenmesi;
- 3/ Maaş konusunun yeniden ele alınması.

Maaş konusu, kişiler bakımından en acele edilmesi lâzımgelen konu idi. Bunda şüphe yok. Yaşayabilelim ki çalışalım. Fakat bu konu, ötekilerden tamamen ayrıdır. Devletin gücü yetiyorsa, maaşlara yüzde bin de zam yapabilir. Bu mümkün olsa şikâyetler duracak mıdır ?

Eminim ki ilk aşamada çoğu şikâyetler derhal duracaktı. Fakat devletin ve İdarenin (bir kelimeyle toplumun) yararı bakımından sür'atle hâli gereken ve maaş meselesini dolaylı olarak, lâkin kesin şekilde etkileyen diğer iki konu da vardı: Personel statüsü, 1926 tarihli Memurîn kanunundan bu yana, gözden geçirilmek gerekmiyor muydu ? Bir kelime ile "memuriyet" beklenen düzen içinde miydi ?

Bundan da önemli üçüncü sorun, idarî teşkilât reformu idi.

Bugün, personel kanunu denilen "Devlet memurları kanununun" çıkarılmasından ve memur maaşlarının eskisine nisbetle kat'iyen inkâr kabul edemez bir şekilde artmış olmasına rağmen, kamu hizmetlerinde verim artmış mıdır ? Fiat artışlarının memur maaşlarının büyük bir kısmını alıp götürdüğü doğrudur, ancak bu fiat artışlarının da, büyük bir ölçüde, memur maaşlarındaki artıştan ileri geldiğini söyleyenler aceba tümden haksız mıdır ? Şahsen bir memur olarak, memur maaşlarının artmasına kişisel düşüncelerimle karşı koyamam. Fakat memurları terfi (=ferahlandırmak) sadece onların maaşlarını hep birden arttırmakla olmuyor. İdarî teşkilâtımız bir memur enflasyonu içindedir. Gerektiğinden çok fazla memur çalıştırıyoruz. Memuriyete alırken "yetişkinlik" üzerinde kat'iyen gereği kadar durmuyoruz. Memurlarımızı çalıştırırken, eşit görev verme, eşit verim isteme hususunda ise daha da az duruyoruz. Hiç şüphe yoktur ki, yetişkin ve kalifiye bir memura gördürebileceğimiz bir işi, bu vasıflardan yoksun üç memura gördürüyoruz. Böylece, hizmetin kalitesi düşmekle kalmıyor, üstelik memur çokluğu yüzünden işler de memurlar arasında savsaklanıyor. Bir daireye girdiğiniz zaman, 10 memurdan kaç tanesini ciddi ve yoğun bir çalışma içinde görebiliyorsunuz ? Ötekiler neyle meşgul ? Bir büroda, beş daktilonun, makine başında yazı yazdıklarını görüyorsunuz, fakat içlerinde on parmağını da kullanabilen var mı ? On parmağını kullanan bir daktilo, rahatça beş daktilonun işini yapabilir ve ona, bir tanesini tasarruf ederek dört daktilonun maaş toplamını öderseniz, hem geçim sorununu, hem verim sorununu çözmüş olursunuz.

Personel meselesi, çok yönlü ve pek çetin bir meseledir ve her memlekette, bizdeki gibi, daima çözüm bekler durur; ne kadar çözensiz bir türlü çözülmez. Northcote Parkinson isimli bir İngilizin "Parkinson Law" (=Parkinson kanunu) isimli kitabından ve bir iki fikrinden burada kısaca bahsetmek isterim. Northcote Parkinson, İdarede, adeta bir fiziksel kanun gibi kendi kendine geçerli bir kanun bulduğundan bahseder ve buna kendi adını vermiştir. Bu, idarede "üreme kanunu"dur.

Parkinson'a göre, idare, kendi başına bırakıldığı zaman "ürer". Özetle diyor ki: bir iş doğsun, siz bu işe bir memur tâyin ediniz;

...nınsatta bu memur size gelerek işinin başından aştığını ve bir yardımcıya ihtiyacı olduğunu kesinlikle söyleyecektir; yardımcı ise hiçbir zaman "tek" kişi olamaz, zira o takdirde âmirle yardımcısı arasında işbölümü çok güçleşir ve âmir bütün işini yardımcısına yükler; bu sefer, yardımcıya da bir yardımcı gerekeceğinden, işin başında, bir yardımcı isteyene iki yardımcı verilir; ilk memur, işini bu iki yardımcısına bölüştürür ve kendisi âmir olur; kıza süre sonra, her iki memur, aynı şekilde yardımcıları isterler ve ikişerden dört memur daha alınır; bu suretle, idare, durmadan ürür".

Parkinson'un verdiği bir örnek çok ilginçtir: Birinci cihan savaşı sonunda İngiltere donanması elden geçirilmiş; gemilerin üçte biri hurdaya, üçte biri yedeğe çekilmiş; yalnız üçte biri faal kalmış. Bu nedenle de, donanma mevcudu üçte bire inmiş. Fakat harp sırasında, karada hizmet gören donanma levazım teşkilâtındaki memur sayısı üç misline çıkmış.

İtiraf etmek gerekir ki, hizmette insan kullanmayı ve verim almamayı ciddi surette, titizlikle uygulayacak esaslar tesbit edilmeden ve idarede "üreme" hâdisesinin önüne geçmeden hiçbir personel reformu gerçek amacını bulamaz. Onun için ilk şart, hizmetleri günün ihtiyaçlarına göre yeniden kurmak; hizmetin kamu yararına en uygun şekilde sürdürülebilmesi için teşkilât ve personel politikasında elâstikiyeti mutlaka elde tutmak; ikinci şart sağlanabileceği en yüksek kalitede memuru bulup alarak, boş oturacak veya verim vermeyecek olanların maaşlarını ona vermektir.

"-Ama bu sefer berikiler ne yapsın ? Hasıl geçinsin ?" denirse, buna verilecek cevap, faal idare'nin, bir sosyal yardım teşkilâtı olmadığıdır. Vatandaşları toptan feraha kavuşturmak başka bir mesele, bunlara birer küçük memuriyet ve geçinemeyecekleri kadar az birer maaş vermek daha başka bir meseledir. Sosyal yardıma herkes taraftardır; fakat verimsiz memuriyetler bunun yolu değildir.

Bütün bu problemlerin üstüste yığılması sonucu, daha 1961 Anayasası üzerindeki hazırlıklar bile sona ermeden, Millî Birlik İdaresi, 13 Aralık 1960 tarih ve 160 sayılı kanunla "Devlet Personel Dairesi" ni kurmuştur.

Kanunun 5 inci maddesi, bu Dairenin görevlerini şöyle saymaktadır:

- a) Önceden tâyin edeceği esaslara ve ölçülere göre, memuriyet ve hizmetlerin gruplandırılması suretiyle kurumların aynı mahiyet ve vüs'atteki işleri için müsavi ve muadil ücret prensibini tahakkuk ettirmek;
- b) Memur, hizmetli ve kadro ünvanlarını standart hâle getirmek;
- c) Kurumlara personel alınmasına ve personelin terfii (=yükselmesi) için lüzumlu ehliyet şartının belirtilmesine müteallik umumî esasları tesbit etmek;
- d) Çalışma metotlarının rasyonel bir hâle getirilmesi için tatbiki gereken usûl ve esasları tâyin etmek;
- e) Memleketin iktisadî, sosyal ve malî durumunu takip ederek maaş ve ücretlerde ve diğer özlük haklarında yapılması icabeden tâdilleri hazırlamak;
- f) Kurumların memur ve hizmetli kadrolarının hizmet icaplarına uygun olarak bir seviyede tutulması için gerekli revizyonları yapmak; ihtiyaçtan fazla olduğu tesbit edilecek kadrolardaki memur ve hizmetlilerin münhallere yerleştirme usûl ve esaslarını...; dairelerince açıkta bırakılacak personelle ilgili muameleleri tesbit etmek;
- g)

Daha devam eden görevler listesindé bizce en önemlileri sırayla f, d, c ve a'dır. Ve gene kanaatimizce en önemli iş, bunların dışında kalmıştır ki, o da "Merkezî idareden başlamak üzere her kamu hizmetinin: a) Yurdun nerelerinde, b) nasıl bir teşkilâtla, c) hangi yoğunluk derecesinde, d) hangi vasıflarda ve hizmet bağlantılarında kaç memurla ve e) ne gibi usûller, araçlar, gereçlerle görüleceğini inceleyerek her bir hizmet için yeniden idarî teşkilâtı kurmak" olmalıydı.

Bunun ne kadar uzun vâdeli bir iş olacağını biliyoruz, fakat memleketimizin böyle bir işe -kaç yılda tamamlanırsa tamamlansın- kesinlikle ihtiyacı bulunduğu muhakkaktır.

§ 4. MEMURİYET STATÜSÜ

A) KAMU GÖREVLİLERİ VE MEMURLAR

Memurlar, kamu görevlileri içinde belli bir sektörü meydana getirirler. Her kamu görevlisi, memur değildir. Kamu görevlilerini kapsayan bir tanımlamayı T. Ceza k.nun 279 uncu maddesinde görmekteyiz. Bu maddeye göre:

1/ Devamlı veya muvakkat surette, teşriî, idarî veya adlî bir âmmé vazifesi gören devlet veya diğer her türlü âmmé müesseseleri memur ve müstahdemleri (=hizmetlileri);

2/ Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî olarak teşriî, idarî veya adlî bir âmmé vazifesi gören diğer kimseler,

Ceza kanunu tatbikatında memur sayılır.

Gerçekten, Ceza kanunu burada İdare hukuku bakımından "memur"u değil, genellikle "kamu görevlisi" ni tanımlamaktadır.

Anayasamız 117 nci maddesinde, memur'u dolaylı bir yoldan tanımlamakta ve meâlen, memurun "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmele yükümlü bulunduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yapan kişiler" olarak târif etmektedir.

657 Sayılı Devlet memurları kanunu da "Devlet memurunu" şöyle târif ediyor: (mad.4,A):

" Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlere devamlı vazife görmek üzere atanan, genel ve katma bütçelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan ve kanunlarla kurulan fonlardan, kefalet sandıklarından, beden terbiyesi bölge müdürlükleri bütçelerinden aylık alan kişilerdir".

Görüldüğü ki, Ceza kanununun "memur" tanımı ile, Anayasanın ve Devlet Memurları k.nun "memur" tanımı arasında çok fark vardır:

1/ Görev farkı: Ceza k. tatbikatında yasama ve yargı görevleri de göz önünde tutulmuştur. Anayasada ise "genel idare esaslarına göre" yürütülen hizmetlerden bahsedilmek suretiyle görev, idare içinde ele alınmaktadır. Devlet Memurları k.nda ise kapsamı geniş tutma eğilimi bellidir ve Anayasadaki sınırlamaya aykırıdır.

2/ Görevin niteliklerinde fark: Ceza kanunu süreli veya süresiz olmasına bakmamaktadır. Her iki türüsü de olabilir. Anayasa aslî ve sürekli görev aramaktadır. Devlet memurları kanunu da, memurluk için görevin aslî ve sürekli olmasını şart koşuyor.

Ceza kanunu, görevin mecburî veya ihtiyarî, ücretli veya ücretsiz olması bakımından fark gözetmiyor.

Anayasa "genel idare esaslarına göre yürütülen hizmet" demekle, "mecburîliği" hariç tutuyor. Ücret unsuruna yer vermiyor.

Devlet Memurları k.nu ise "aylık" unsurunu öngörüyor.

Gerçekten Ceza k.nundaki kapsam, son derece geniştir ve belirttiğimiz gibi, asıl amaç memur'u tanımlamak değil, tüm kamu görevlilerini tanımlamaktır; zira Ceza kanununda gerek kamu görevlilerine karşı, gerek kamu görevlileri tarafından işlenen bazı suçlar, bu sınıfta haiz olmayanlara karşı veya haiz olanlar tarafından işlenen suçlardan daha ağır cezalarla müeyyedelendirilmiştir.

Ceza kanunu kapsamına A) Fahrî ajanlar ve B) Mükellefler de girer. Fahrî ajanlar, genellikle seçim yoluyla gelip belli bir süre için yasama veya idare organlarında aylıksız ve ücretsiz görev yapanlardır ki Yasama meclisi üyeleri, belediye ve il genel meclisleri üyeleri bu kategoriye girerler. Bunlar aylık veya ücret değil, olsa olsa "ödenek", "yolluk" veya toplantı başına verilen bir para olan "Huzur hakkı"

alırlar.

Mükellefler ise, isteklerine bakılmaksızın kamu görevine alınanlardır. Askerlik mükellefleri gibi. Bunlara para verildiği olur; yedek subaylar aylık alırlar. Erlere ise belli bir harçlık verilir; bu bir ücret, maaş, aylık, ödenek değildir.

Devlet memurları kanunu ise, memurluğu, devletin tüm kamu hizmetlerine teşkil eden bir ifade kullanmak ve Anayasanın "genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetleri" kıstasına aşmakla, belirttiğimiz gibi Anayasayı bu konuda adetâ "genişletmekte" dir. Bir kanun, bunu yapamaz.

Bu nedenle biz, Anayasadaki tanımlamaya sadık kalacağız ve Memurları "İdari kamu hizmetlerinin yürütülmesine aslı ve sürekli görevlerle katılan ve aylık alan kamu görevlileri" olarak tanımlayacağız.

Devlet memurları kanunu (=bundan sonra kısaca DMK diye zikredeceğiz) üç türlü istikdam (=hizmet gördürme) şekli daha kabul etmektedir:

a/ Sözleşmeli personel: Özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığına ihtiyaç gösteren geçici işlerde ve zarurî hallere münhasır olmak üzere kullanılabilir. Bu sözleşme "idari" nitelikte bir hizmet sözleşmesidir.

b/ Geçici personel: Bir yıldan az süreli işlerde veya mevsimlik hizmetlerde sözleşme ile çalıştırılan, fakat İş kanununa göre de işçi sayılmayan görevlilerdir.

c/ İşçiler: İş kanununa, Sendikalar kanununa ve Sosyal sigortalara tâbî, o kanunlara göre işçi sayılanlardır.

DMK, memurlar/ve şu üç şekil/dışında kimse/çalıştırılmayacağını belirtmektedir.

"Memurlar" ile şu yukarki üç türlü personel arasındaki farkları görelim:

a/ Memurlar, İdare ile "sözleşmeli" değildir. Diğerleri hep sözleşmeli'dirler.

b/ Memurlar aslı ve sürekli işlerde çalıştırılırlar; diğerlerinin işleri bu nitelikte değildir.

c/ Memurlar "devamlı vazife görmek üzere" atanmışlardır. Diğerleri, sözleşmeli olduklarına ve sözleşmelerin de daima bir süresi bulunduğuna göre, memuriyetteki devamlılık, diğerlerinde yoktur.

d/ Memurlar aylık (veya maaş) alacaklardır. Diğerlerinin ise alacakları aklı niteliktedir; bir "ücret" tir.

B) MEMUR SINIFLARI

Memurlar 8 sınıfta toplanmışlardır. Sınıflar, kamu hizmetlerine katılma şeklini ve meslekleri gösterir: (DMK.32 v.d.)

1. Genel İdare Hizmetleri sınıfı: DMK'nun uygulandığı kurumlarda yönetim, icra, büro ve benzeri hizmetleri gören ve diğer sınıflara girmeyen memurlardan oluşur.

2. Teknik Hizmetler sınıfı: Yüksek mühendis, mühendis, yüksek mimar, mimar, jeolog, kimyager ve teknik okullar mezunlarından olup kendi uzmanlıkları içinde veya dışında (öğretmenlik hariç) çalışanları kapsar.

3. Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri sınıfı: Sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim göyerek yetişenlerle bunlara yardımcı olanları kapsar.

4. Eğitim ve Öğretim Hizmetleri sınıfı: Bu hizmetlerde görevlendirilen öğretmenleri kapsar.

5. Avukatlık Hizmetleri sınıfı: Avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine sahip olanları kapsar.

6. Din Hizmetleri sınıfı: Özel kanunlarına göre çeşitli derecelerde dini eğitim görmüş ve dini görev yapan memurları kapsar.

7. Emniyet Hizmetleri sınıfı: Özel kanunlarına göre polis, komiser muavini, komiser, başkomiser, emniyet müfettişi, polis müfettişi, emniyet âmiri ve emniyet müdürü sıfatlarını kazanmış olanları kapsar.

8. Yardımcı Hizmetler sınıfı: Her türlü yazı ve dosya dağıtmak ve toplamak, müracaat sahiplerini karşılamak ve yol göstermek, hizmet yerlerini temiz tutmak, aydınlatmak, ısıtmak... gibi işleri yapmak, ana mahiyetteki hizmetlerde çalışanlara yardımcı olmak gibi işlerde çalıştırılanları kapsar.

C) MEMURLUĞA GİRİŞ

Memurluğa alınacak olanlarda genel ve özel olmak üzere iki türlü şart aranır.

Genel şartlar:

1/Türk vatandaşı olmak;

2/18 yaşını bitirmiş olmak (Bir meslek veya sanat okulunu bitirenler enaz 15 yaşını doldurmuş olmak ve kazaî rüşt kararı almak şartıyla kabul edilebilirler).

3/Ortaokulu bitirmiş olmak (Böyleleri bulunamazsa ilk okul mezunları da alınabilir).

4/Kamu haklarından mahrum bulunmamak.

5/Ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis yahut affa uğramış olsalar bile zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inanca kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı bir suçtan dolayı hapis cezasına hükümlü bulunmamak.

6/Askerlikle ilgisi bulunmamak (meselâ çürük); askerlik çağına gelmemiş; eylemlî askerliğini yapmış veya ertelenmiş olmak.

7)Görevini devamlı yapmasına engel olabilecek vücut veya akıl hastalığı veya böyle sakatlıkları olmamak.

Özel şartlara gelince: Kabul edileceği sınıf için gereken öğrenimi görmüş olmak ve ayrıca "Görev ve çalışma yönetmeliklerinde" belirtilecek diğer şartları (meselâ yabancı dil bilmek gibi) taşımak lâzımdır.

DMK, ilk defa göreve alınacaklar arasında bir yarışma sınavı öngörmektedir. Kurumlar, ayrıca özel yarışma ve yeterlik sınavları düzenleyebilirler.

Şartları haiz olup sınavı kazananlar "Memur adayı" olarak tâyin edilirler. Adaylık 6 aydan az, 2 yıldan çok süremez. Bu, bir deneme devresidir. İşe yaramayacak oldukları anlaşılanların, kurumlarındaki "değerlendirme kurulları"nın önerisi üzerine, atamaya yetkili âmir tarafından işine son verilir.

Adaylık süresi sonunda da bir sınav yapılır veya aday bir "değerlendirme" den geçirilir. Bunda başarılı olamayanların ilişkisi kesilir.

İSTİSNAİ MEMURLUKLAR'a gelince: DMK, ötedenberi, devlet hizmetlerindeki bazı özellikler göz önünde tutularak "istisnai memuriyet" niteliğinde kabul edilmiş bir takım memuriyetleri, biraz da genişleterek muhafaza eylemiştir (DMK, 59).

Bunlar: Cumhurbaşkanlığı dairesi ile Cumhuriyet Senatosu, Millet Meclisi memurlukları, Başbakanlık ve bakanlık özel kalem müdürlükleri, Basın ve Halkla İlişkiler müşavirlikleri, valilikler, elçilik, büyükelçilik, dâimî temsilcilikler, Din İşleri Yüksek Kurulu üyelikleri, Millî İstihbarat Teşkilâtı memurlukları, Dışişleri bakanlığı hukuk müşavirlikleri ve Devlet Konservatuarında görevlendirilecek uluslararası üstün yeteneklere sahip kişilere verilecek işlerdir.

Fakat bu türlü kadrolara atanmak, kazanılmış hak sayılmaz. Memuriyet kademi bakımından ilk memurluğa giriş gibidir.

KADRO VE ATANMA : Kadrosuz memur atanamaz. Kadro, bir görevin ih-dası demektir.

Hangi sınıfta, ne kadar ve ne derecelerde memura ihtiyaç bulunduğu ancak ihdas edilen kadrolarla belli olur. Kadrolar, her yıl Bütçe kanunu ile gösterilir.

O halde, bir memura ihtiyaç olmadıkça, kadro ihdas edilememesi ge-rekeceğine göre, bir kadro bulunduğca da, oraya bir atama yapılması düşünülemez. Zira aksi halde, kamu hizmeti, yeteri kadar elemena sahip kalmıyor demektir ki, bu, hizmetin verimini şüphesiz sarsacaktır. Bin-netice, bir kadroya tâyin, evvelce kadronun ihdası sebepleri ortadan kalktığı için gerekmiyorsa, iyi idarecilik, o kadronun da kaldırılmasına icabettirir.

Atamalar bakımından memurları ayrıca gruplandırmak mümkündür. Atamalar, genellikle: a/ Yasama organı tarafından, b/ Bakanlar Ku-rulu (ve tabii Cumhurbaşkanının imzasıyla) tarafından, c/ Müşterek kar-rarla (İlgili bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanı), d/ Bakan veya vali veya Genel Müdür tarafından yahut kurumların en yüksek âmirleri tarafından, e/ Kaymakam ve eşiti olan merciler tarafından yapılanlar olmak üzere gruplandırılabilir.

Atama (=tâyin) kararı bir şart-tasarıftur (Bk. sf. 36). Atanan kişi, bu tasarıfta "genel, objektif ve kişilik-dışı" bir hukukî du-ruma, yâni "statü" ye sokulmuş olur.

D) KARIYER (=carrière=meslek)

DMK 3 üncü maddesinde, "Kariyer" i dolaylı bir biçimde tanımlı-yor. Buna göre, kariyer "Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetişme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânı sağlamaktır".

Bu hükümle ifade edilmek istenen asıl husus, bizde, devlet memu-riyetinin bir "meslek" olduğu, yâni "profesyonel memuriyet" sayıldığı ve bu esas üzerine düzenlendiğidir.

Bu hüküm karşısında, aceba devlet memuriyetinin "kariyer" telâkki edilmediği memleketler ve haller var mıdır ? sorusu akla gelir.

Gerçekten bazı memleketlerde (özellikle anglo-amerikan ülkelerinde) başlangıçta, devlet memuriyetinin bir meslek olmakla ilişkisi yoktu. Şimdi ise, kısmen bu hâl devam etmektedir.

Devlet memuriyeti bir meslek (profesyonel memurluk) olmadığı zaman, tamamen Hükümete bağlanır ve siyasî iktidara sahip olan siyasî parti-nin hizmeti gibi bir hâl alır. Bu sebeple de, iktidar değişikliklerinde, bilhassa kilit noktalarında ve kendi çalıştığı kuruma nisbetle yüksek mevkilerde bulunan tüm memurlar görevlerinden uzaklaştırılır, yâni memuriyet statüsünden çıkarılır ve bunlardan boşalan yerlere, tıpkı, "İs-tisnâ memuriyetler" de olduğu gibi, yeniden atamalar yapılır. Bu se-beple de, kimse, memuriyette "kazanılmış hak" sahibi sayılmaz ve olamaz.

Bizdeki gibi, memuriyetin bir "kariyer" yâni meslek olarak kabul edildiği memleketlerde ise, iktidardaki siyasal parti veya görüş, içte ve dışta izlenen yeni politikalar her ne olursa olsun, memur, memuri-yetinde kalır ve onun yükselmesi, emekliliği, memuriyetten uzaklaştırılması, "siyasî" niteliği olmayan, objektif esaslara bağlanmıştır. Bu-nun ilk sonucu, memurun siyasetle meşgul olabilmesinin, siyasî parti-lere girebilmesinin yasaklanması ve görevini ifade her yönden ve titizlikle tarafsızlığını muhafaza etmek yükümü altına sokulmasıdır. Ancak, gene de, her memlekette bazı yüksek veya özel memuriyetler bulunur ki, oralarda, belli bir siyasî görüşün kuvvetli veya hafif, fakat mutlaka belli bir "ektinliği" altında hizmet yapılması, bir zaruret ifade eder. Örneğin, bir devlet, diğerine karşı sürdürdüğü politikada bir değişiklik yaptığı veya bir değişiklik yapmak istediğini üstü kapalı biçimde açık-lamak istediği zaman, henüz süresini doldurmamış olan elçisini değişt-irir ve o memleketin daha fazla sempati ile karşılayabileceğini unduğu

bir başkasını gönderir. Netekim, daha köklü politika değişikliklerinde, evvelce sürdürülen politikaya angaje olmuş Dışişleri bakanlarını da değiştirmek âdettir.

Şimdi, bizdeki "istisnaî memuriyetler" e bakınız. Göreceksiniz ki, bunlar az çok "politik" bir renk taşır. Bu memuriyetlerde kariyer'den gelme memurlar da bulunur ve hattâ bazan çoğunluğu da teşkil edebilirler. Fakat devlet, bu memuriyetlerin "politik" etkinlikleri olabileceğini düşünerek, bu tür "istisnaî" likleri yaratmış ve bittabi bunun hemen ardından da, bizde devlet memurluğu esas itibarıyla bir "meslek" olarak düzenlendiği için, istisnaî memuriyetlerin kazanılması hak bahsetmeyeceğini belirtmiştir. Böyle gayet dar bir kadro ve ölçü içinde de olsa, her memlekette, bir takım istisnaî memuriyetlere ihtiyaç vardır.

Fakat, bu istisnaîliğin çok genişletildiğini düşününüz. O takdirde bir iktidar partisi değişikliğinde veya bir hükümet değişikliğinde, bütün yüksek memurlar, memuriyetlerini kaybedebileceklerdir. Peki, bunların yerine kimler gelecek ?

Bu usûlün (ki Amerikada buna "spoils system" denilir ve bizde "ganimet usûlü" diye tercüme edildiği vâkidir) uygulandığı ülkelerde, siyasal partilerin, birer "yüksek memuriyet kadrosu" olur. Parti iktidarda değil iken, bunlar özel sektörde kendi işlerini görürler. İktidara gelince, kendilerine, meslek, tecrübe ve ehliyetlerine uygun görevler verilir.

Bittabî bu usûlü uygulamanın, pratikte pek büyük güçlükleri ve mahzurları olduğu âşikârdır. Zira, evvelâ profesyonel yüksek memur yetişmez; devlet memuriyeti "müesseseseleşemez". İkincisi, iktidardan çekilen partinin, bu yüksek memurlar kadrosunu, tekrar iktidara gelinceye kadar muhafaza edebilmesi pek zor bir iştir. Bunların özel sektörde kendi iş sahaları mevcut bulunsa da, devlet tecrübesini az çok kaybederler. Eğer iş sahaları yoksa, partinin bunları beslemesi lazımdır. Ve bir de, bir siyasî partiye ne kadar bağlı olursa olsun, büyük özel işletmelerin başında bulunan veya bu tür işletmelere sahip olanlar, yüksek kazançlarını bırakıp, devlet memuriyetine gelmek istemeye-bileceklerdir.

Anglo-amerikan ülkelerinde (İngiltere, Amerika ve aynı idare sistemlerine ve siyasal kültürlere sahip ötekilerinde) bu usûl vaktiyle adamakıllı geniş ölçüde uygulanırdı. Yavaş yavaş bu uygulama, şu saydığımız sebeplerle daraltılmış ve ancak en yüksek yönetim mevkilerine inhisar ettirilmiştir.

Bu sistemin lehinde söyleyenlerin dayandıkları esas fikir şudur: memurlar, özellikle yüksek yöneticiler, bir siyasî partiye mensup oldukları zaman, o parti iktidara gelip de uygulayacağı politikalar Yasama organından "güven" alınca, yâni memleketin o yeni politika ile yönetilmesi istenince, daha canla başla çalışır, o politikanın başarısı için ellerinden geleni yapar, ödevlerinin gerektirdiğinden fazla fedakârlıklar gösterirler.

Bu fikir, doğruluk payı taşıyabilir. Ancak, işin diğer bir yüzü daha var. Böyle olunca, bu memurlar, vatandaşlar arasında politik ayrımlar yapmağa kalkmazlar mı ? Hizmet gördükleri bölgeler arasında ayrımlara girişmezler mi ? Politik yatırımlara kalkışmazlar mı ? Ve böylece, vatandaşın, vergi ödediği devletten eşit hizmet alması imkânı ortadan kalkmaz mı ?

İşte bu mahzurlar, yukarda zikredilen "fayda" dan üstün geldiği içindir ki, evvelce bu sistemi geniş şekilde uygulayan memleketler bile, uygulamayı daraltmışlar ve daha da daraltmaktadırlar. Bunun sonucundadır ki, devlet memuriyeti, teknik bir hizmet, bir meslek, bir "kariyer" hâlini alabilir. Bugün devletin bütün hizmetlerinde "teknik" vasıf gâlip geldiğine göre, memuriyetin profesyonel hâle sokulması da kesin bir zorunluluk olarak kendisini kabul ettirmiştir. Bunu, bu şekilde anlayan ve kabul eden memleketlerde de, bizdeki gibi, memurların çeşitli özgürlükleri daraltılmış ve siyasetten uzaklaştırılmalarına çalışılmıştır. Hükümet "siyasî" dir; fakat "idare" tarafsız olacaktır; Hükümetin programı içinde, siyasetle değil, teknikle çalışacaktır.

E) MEMURLARIN ÖDEVLERİ, SORUMLULUKLARI, YASAKLAR

* Devlet memurları, T.C. Anayasasına sadakatle bağlı kalmak ve T.C. kanunlarını sadakatle uygulamak zorundadırlar (DMK 6).

* Devlet memurları, siyasî partilere üye olamazlar; herhangi bir siyasî parti veya kişinin yararını veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç ve mezhep ayrımı yapamazlar (DMK 7).

* Devlet memurları, resmî sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene lâyık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar (DMK 8); resmî bir sıfatla yabancı memleketlerde bulunurlar, devlet itibarını veya haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunamazlar (DMK 9).

* Devlet memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına, radyo, televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Ancak bakanlar ve illerde valiler veya bunların yetkili kılacağı memurlar böyle bilgi ve demeçleri verebilirler (DMK 15).

* Devlet memurları, görevleri sona erdiği zaman, ellerinde bulunan, görevle ilgili resmî belgeleri, araç ve gereçleri iade etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk memurların mirasçılarında da şâmilirdir (DMK 16).

* Devlet memurları, diledikleri zaman, memurluktan çekilebilirler; fakat kamu hizmetlerini aksatacak şekilde "birlikte" çekilemezler; greve karışamazlar; grev tertiplemezler, grev teşebbüsünde bulunamaz ve grev yapamaz, bu yollarda telkinlerde bulunamazlar (DMK 20, 26, 27).

* Devlet memurları, T. Ticaret k.na göre "tâcir" veya "esnaf" sayılmalarını gerektirecek ticarî faaliyetlerde bulunamazlar; ticarî müessis, ticarî vekil, kollektif şirket ortağı, komandit şirkette komandite ortak (şirket borçlarından dolayı sorumlulukları sınırsız ortak) olamazlar; üyesi oldukları yapı veya tüketim kooperatiflerinde yönetim ve denetim görevi alabilirlerse de memurluk edemezler; eşleri veya reşit olmayan çocukları veya mahcur çocukları böyle ticaret yapıyorsa, bu durumu 15 gün içinde kurumlarına bildirirler (DMK 28).

* Devlet memurları, dolaylı veya dolaysız hediye alamaz, isteyemez, iş sahiplerinden borç para alamazlar; denetimleri veya kurumlarının ilgili bulunduğu teşebbüslerden ne suretle olursa olsun menfaat sağlayamazlar (DMK 29, 30).

* Devlet memurları, kamu hizmetleriyle ilgili gizli bilgileri, görevlerinden ayrılmış olsalar bile, yetkili bakanın veya valinin veya bunların yetkili kıldıkları kişilerin izinleri olmadıkça açıklayamazlar. (DMK 31).

Ceza kanununun ve diğer kanunların koyduğu yasakları ayrıca göz önünde tutmak gerekir. "Vatandaşa kötü muamele" ves. gibi.

F) ÂMİRE İTAAT VE "KANUNSUZ EMİR"

Memurlar, görevlerinin doğru ve iyi yürütülmesinden dolayı âmirlerine karşı sorumludurlar (DMK 10).

Burada "âmir" deyimini, İdarenin üçüncü şahıslarla ilişkileri, İdarenin temsili ve idarî tasarruf itti haz etme yetkileri bakımından anlamamak lâzımdır.

Buradaki âmiriyet "hizmet içi" âmiriyettir ki, bazan genel anlamdaki âmiriyete te kabül eder, bazan da -çoğu zaman- etmeyebilir.

Yukarda 72 nci sayfada âmirlik ve iyerarşi izah edilmiştir. Memurlar, karar itti hazı hususundaki yetkileri bakımından, kendi içlerinde (âmir-memur) diye bir ayrıma tâbidirler. Bu anlamda, bakan, vali, kaymakam, bucak müdürü âmir'dirler. Merkezî idare dışında, âmiriyet mevkileri, ayrı ayrı tâyin ve tesbit edilmiştir. Böylece tüm memurlar, bir iyerarşi teşkil ederler.

Ancak İdarenin bir de kendi iç faaliyeti bakımından tesbit edilmiş bir iyerarşisi vardır ki, bu, daha ziyade, memurların, birbirlerinin çalışmalarını, kanun ve nizamla uygun olması gereken hareketleri-

ni denetleme bakımından önem taşır. Örneğin bir "büro şefi", genellikle bir "âmir makam" değildir; yani İdare adına ve üçüncü şahıslarla ilişkiler bakımından karar almağa, İdareyi temsile, İdareyi ilzama yetkili değildir. Bununla beraber, onun bürosunda çalışan müteaddit memurlar olabilir; bu memurların çalışması, verimi, çeşitli işleri görmeleri şeflerinin sorumluluğu altında cereyan eder.

İdare adına karar verme, tasarruf ittihaz etme yetkilerine sahip olanların âmirlikledi şüphesiz söz götürmez; fakat idarenin bir de "iç düzen" i vardır; bu iç düzende, asıl âmiriyet makamları arasında, gene bir "iç düzenleme" sonucu ara-âmirlikler tesis edilmiş olabilir; bunlar, İdareyi asıl âmirler gibi temsil ve ilzam etme yetkilerine sahip olmayabilirler; üçüncü şahıslara karşı idarî tasarruflar ittihaz edemezler; yetkileri İdarenin iç düzenine, çalışmasına yönelik ve bununla sınırlıdır. Ancak bunlar da iç rüzende emirler verirler.

Şimdi, herhangi bir suretle "emir verme" yetkisine sahip bulunan görevlilerin verdikleri emirleri yerine getirmek hususunda, emri alanlara düğen yükümün mahiyeti ve sınırları var mıdır ? Varsa nelerdir ? Âmirler, gerek iç düzende, gerek İdarenin üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinde ve dış faaliyetinde hukuka aykırı emir verirlerse, memurların itaat yükümü, bu tür emirlerin de yerine getirilmesini gerektirir mi ?

1876 Anayasasından beri, memurları, kanunsuz (=Hukuka aykırı) emirlerin ifasından ve binnetice sorumlu duruma düşmekten kurtarıcı anayasa hükümleri konulagelmiştir. 1924 Anayasasında da bu yolda teminat verdi.

1961 Anayasasınının 125 inci maddesi aynen şunu demektedir:

"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emri yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz".

Ve aynı Anayasa maddesi devam ediyor:

"Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse, sorumluluktan kurtulamaz.

Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır".

[- Askerî hizmetlerde emre ilişkin hükümler taşıyan kanun, 4 Ocak 1961 tarih ve 211 sayılı "Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet kanunu" dur. Bu kanunda konumuzla ilgili esaslar şöyledir:

" Emir, hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazıyla ve sair suretle ifadesidir " (mad.8).

" Disiplin, kanunlara, nizamlara ve âmirlere mutlak bir itaat ... tir.

Askerliğin temeli disiplindir" (mad.13).

" Ast... âmirlerine mutlak surette itaate... mecburdur.

" Ast... aldığı emri yaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir" (mad.14).

" Emirler ast tarafından değiştirilemez..." (mad.20).

Askerî hizmetteki bu mutlak itaat yükümü, ast'ların (yani "emir ahlânlar" ın) aldıkları emirleri, her ne mahiyette olursa olsun tartışma olanağını, âmiri hattâ ikaz olanağını kaldırmaktadır. Zira, askerî hizmet, mahiyeti icabı, bu türlü tartışma -ve tartışma kapısı açabilecek olan ikaz'lara- kesinlikle elverişli değildir. Yukarıya naklettiğimiz gibi, "mutlak itaat" dışında, askerî hizmet düşünülemez.

Genel Kolluğa gelince: Polis Vazife ve Salâhiyet k.nun (4/7/1934, no. 2559) 2 nci maddesinin B bendinde, Anayasadaki esaslar tek-

...anlamakta, ancak müteaddıt istisnalar 15 fıkra halinde sayıldıktan sonra, yetkili âmirler tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği, bu gibi hallerde yazılı emir istenemeyeceği, sorumluluğun da emri veren âmire ait olacağı belirtilmektedir.

Şimdi, meseleyi iki açıdan ele almak lâzımdır:

1/ Anayasanın 125 inci maddesinin son fıkrasında değinilen ve yukarıya naklettiğimiz kanunî istisnalar dışında "suç teşkil eden emir" hiçbir suretle yerine getirilemez.

O halde, mesele suç'un ne demek olduğundadır. Suç, cezaî müeyyedelere bağlanmış olan, hukuk ihlâlidir. Bilirsiniz ki, hukuk düzeninin her ihlâli, müeyyedelerle karşılandığı halde, suç teşkil etmez. Bir ihlâlin suç sayılabilmesi için, o ihlâl vukuunda, Hukukun öngördüğü müeyyedenin "cezaî" mahiyette olması lâzımdır. Cezaî müeyyedeler ise, Ceza kanununda sayılmış olanlardır.

2/ Bu durumda, inc'leyeceğimiz konu, memura verilen emrin, cezaî olmayan müeyyedeleri hakete getirebilecek bir "Hukuk ihlâli" ni yaratır nitelikte bir emir olması hâlidir.

Burada da, mesele, Anayasadaki hüküm dikkatle incelendiği zaman, halledilmiş gibi gözükür. Ancak iş, o kadar basit değildir. Zira bir taraftan "iyerarşi" ve -ister iç, ister esas- âmiriyet müessesesi, verilen emrin yapılmasını gerektirir. İyerarşi ve âmiriyet varsa, amirin verdiği emir, yerine getirilecektir.

Diğer taraftan, verilen emrin "kanunsuz" (yâni Hukuka aykırı) olması hâli söz konusudur.

Kanunsuz (yâni Hukuka aykırı) emre itaat olunmayacağı, yazılı emir isteneceği Anayasada belirtiliyor. DMK'nun 11 inci maddesi de, aynı esası -fakat aşağıda değineceğimiz farklarla- tekrarlıyor. Memurun, âmirinden aldığı emri Hukuka aykırı görmesi hâlinde bu durumu âmirine bildireceğini, âmiri ısrar ederse, ondan yazılı emir isteyeceğini, yazılı emir verilirse gereğini yapacağını, sorumluluğun emri verene ait olacağını söylüyor.

Demek ki, memura, belli bir ölçü içinde, âmirinden aldığı emrin hukuka uygunluğunu inceleme ve bu hususta kanaat ifade etme ve bu kanaat olumsuz ise, yazılı emir alana kadar emri icra etmeme yetkisi de tanınmıştır.

Memur, aldığı emrin, Hukuka aykırılığını hangi kıstaslara göre ölçecek ?

Anayasa, bu kıstasları şöyle sıralıyor: "... yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa..." (mad.125/1).

DMK ise tersine bir sıra izliyor: "... Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik..."

Anayasaya göre, memur, aldığı emrin Hukuka uygunluğunu evvelâ -elde bir yönetmeliğe varsa- yönetmelik hükümlerine bakarak, yönetmelik yok da tüzük varsa on bakarak, o dahi yoksa kanuna ve kanun da yoksa Anayasaya bakarak ölçecektir.

Anayasanın bu hükmündeki sırayı şöyle anlayamayız: "-Memur, aldığı emrin yönetmeliğe uygun olup olmadığına bakacak, fakat emir yönetmeliğe uygun olduğu halde tüzüğe aykırı ise, veya emir tüzüğe uygun olduğu halde kanuna aykırı ise, yahut emir kanuna uygun olduğu halde Anayasaya aykırı ise yerine getirmeyecektir" diyemeyiz.

Zira bunu dediğimiz anda, kendisine verilen emir dolayısıyla, bir memurun, elindeki yönetmeliğin tüzüğe, tüzüğün kanuna, kanunun Anayasaya uygun olup olmadıklarını tartışması, incelemesi ve bu incelemesinin sonucuna göre emri ifa edip etmemek hususunda bir karara varması gerekecektir.

Memur, bunu yapmağa mezun mudur ?

Diğer bir ifadeyle memur, derece derece hukuk normlarının birbirine uygunluğunu denetlemeğe mezun mudur ?

Bizce, kesin olarak hayır ! Zira, bu normların birbirlerine uygunluğunun devletin hangi organ ve mercileri tarafından incelenebilecekleri

bizzat Anayasada ve kanunlarda gösterilmiştir. Yönetmeliklerin tüzüklere, yönetmeliklerin ve tüzüklerin kanunlara aykırı olup olmadığını denetlemekle görevli ve yetkili organ Danıştay, kanunların Anayasaya uygun olup olmadıklarını denetleme yetkili organ da Anayasa mahkemesidir.

Fakat beri yandan bir de Anayasanın 8 inci maddesinin 2 nci fıkrası var. Bu fıkrada şöyle deniyor:

"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarındır".

Bu hükmü bakarak, şimdi incelemekte olduğumuz konu içinde "Madem ki Anayasa hükümleri idare makamlarını ve kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarındır, o halde memur, aldığı bir emrin, tüm hukuk normlarına ve en nihayet Anayasaya da aykırı olup olmadığını inceleyebilmelidir" diyebilir miyiz ?

Bence, diyemeyiz. Sebebi şudur:

1961 Anayasasının çeşitli hükümlerini incelerken, bu Anayasanın bâzî bir niteliğini hiç unutmamak gerekir: bu Anayasa, 1950-1960 arasında "Hukuk dışına çıkan" bazı tutum ve uygulamalara karşı tepkiler (=reaksiyonlar) taşımaktadır (*); aynı veya benzer tutum ve davranışlar tekrarör etmesin diye "tedbirler" ihtiva etmektedir. Anayasamızın bu hükmü, Anayasaya "fâhiş" aykırılıklar hâlinde işleyebilecek bir hükümdür. Derslerimizin başında "normlar iyerarşisi" ni etraflıca gördük. Uygulamada ve "uyuma" da, norm iyerarşisinde alt basamaktan yukarıya çıkılır; ancak normların üremesinde tersine bir yön geçerlidir ve normlar yukardan aşağıya ürer.

O halde üreyen normların "üreme prosesüs'ünü" (=üreme oluşumunu) her üreme basamağında inceleyecek ve Hukuka uygunluğu veya aykırılığı muhkem kazıye ile ifade edecek yargı mercilerini Anayasadaki bizzat kendisi kurmuş ve görevlendirmiş iken, bir memurun (Anayasadaki ifadeyle bir "idare makama" veya bir "kişi" sıfatıyla) norm üreyişini denetlemeye kalkışması -ilerde göreceğiniz gibi- "fonksiyon gasbı" demektir ve "yokluk" doğurur. Fakat, beri yandan herhalde Anayasadaki bu 8 inci madde (f.2) hükmünün de bir anlamı olmak lazımdır. O halde bu anlam nedir ?

İşte burada, Anayasamızın yer yer, geçmiş bazı kötü tabikata tepkiler (=reaksiyonlar) taşıdığını düşünerek, şöyle diyeceğiz: "Ancak Anayasaya karşı fâhiş aykırılık hallerindedir ki, idare makamları ve kişiler, kendilerini sadece Anayasa ile bağlı saymaya mezdurlar; aksi halde, norm denetimi yapamazlar".

Fâhiş aykırılık hâli ne olabilir ? Somut misaller aramağa hacet yok. Fakat en basit bir hukuk mantığı ile şöyle diyebiliriz: azçok akli erebilen ve sosyo-politik asgarî bir kültürü olan herkesin, Anayasaya apaçık bir şekilde göreceği bir aykırılık... Yâni Anayasanın ak dediğine kara, kara dediğine ak denilen bir hâl..."

Bu nedenle, "kanunsuz emir" konusunda Anayasanın 125 inci maddesinde normlar arasında zikredilen sıra bilimseldir; DMK'ndaki Anayasadan başlatılan sıra ise bilimsellikten yoksundur ve bu hususta DMK, Anayasaya, musamaha edilmemek gereken bir aykırılık taşımaktadır.

Şimdi tekrar asıl meselemize dönelim: Memur, aldığı emrin hukuka aykırı olduğu kanısına varırsa, onu icra etmeyip yazılı emir isteyecek...

Ekseri hallerde emirler zaten yazılı verilir. Çoğu zaman da, sözlü

(* Anayasanın 1950-1960 arası tabikâtına karşı tepkilerden doğan bu tedbirlerine "reaksiyon" lar denilmektedir; doğrudur; "1961 Anayasası kısmen bir reaksiyon Anayasasıdır" şeklinde bir ifade, kullanılan dil bakımından yerindedir. Fakat maalesef, bazı yazı ve beyanlarda, bu Fransızca "réaction" kelimesinden üreme olarak, "1961 Anayasası reaksiyoner bir anayasadır" denildiğine de şahit oluyoruz ki bu fecî bir yanlışlıktır. Zira Fransızca'da "réaction" tepki demek ise de, "réactionnaire" mürteci demektir ki, 1961 Anayasasının mürteci olmadığını herkes bilir.

bazan pek güçleşebileceği ve hattâ imkânsız olabileceği haller de bulunabilir. O zaman ne olacak ?

Bilmem, meseleyi derinliğine görebiliyor musunuz ? Memura, aldığı emirlerin "kanunluluğunu" denetleme hususunda bir yetki veriliyor gibidir ve memur, bittabi böyle bir denetlemeyi kendi olanak ve yeteneklerine göre yapabilir.

Halbuki İdare hukukunun, "İyerarşik bağlantı" konusundaki temel ilkelerinden biri, memurun yapacağı görevi âmirinin kendisine emrettiği yolda yapması ve uygulayacağı mevzuat hükümlerini âmirinin bu hükümleri anladığı biçimde uygulamasıdır.

788 sayılı eski "Memurin kanunu", memurların, şu söylediğimiz İdare hukuku ilkesi dolayısıyla, içtihadî hareketlerine kaideten cevaz vermezdi. O kanuna göre "Kanun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında emr-i mahsus bulunmayan mesailde (=meselelerde) memurların içtihadî hareketleri câiz" idi (mad.39).

Özellikle, "konusu suç teşkil eder sanılan" emurlerin verilmesi hâlinde, mesele daha da vehamet kesbeder. Burada, memur, iyice "içtihadî" hareket imkânına yaklaşıyor. Memur, aldığı emrin suç olabileceğini düşünecek, herhangi bir sorumluluğa uğramaktansa, aldığı emir için "Bu suçtur" deyip geçmeyi tercih edecek ve bu takdirde DMK mad.11, fkr 4'e göre, âmir, aynı emrin suç sayılmayacağı kanısını taşıyacak başka bir memur bulup emri ona infaz ettirecek ve şâyet elinin altındaki bütün memurlar "Kanaatimizce bu emrin ifası bir suç teşkil edecektir" derlerse, bizzat kendisi yapacaktır.

Düşüncemize göre DMK, Anayasanın 125 nci maddesini fazla genişletmiş ve "iyerarşik itaati" zedeleyici bir vüs'ate ulaştırmıştır. Memura bu derece "içtihat" serbestisi verilemez. Zira, her zaman tekrarladığımız gibi, kamu hukukunda yetki-yüküm=sorumluluk'tur. Karşılığında belli bir "sorumluluk" bulunmayan hiçbir kamu görevi yoktur. O halde, sorumluluktan ve binnetice görevden kaçma fırsatı, asgarîye indirilmelidir. Âmirin, verdiği emirden dolayı sorumluluğunu memura bulaştırmamanın her zaman yolu vardır; fakat memurun, aldığı emirleri "-Benim kanaatime göre..." diyerek çevirmesi, iyerarşik âmiriyeti tahribe elverişlidir ve çok sıkı şartlara inhisar ettirilmelidir. Aksi halde İdare, yürümez. İdare yürümeyince de kamu hizmeti durur, kamu yararı gerçekleşemez. Kamu yararının da büyük bir özelliği vardır: kamu yararı, gerçekleşmediği anda, derhal "kamu zararı" na dönüşür... Fertlerin yararları gerçekleşmezse, bu yararları gerçekleştirememek her zaman ve her durumda, mutlaka fert için bir zarar demek değildir. Ama kamu yararı, onu gerçekleştirmek için muazzam bir idarî teşkilât bulduğuna ve fertler bu teşkilâtı kurup yaşatmak için ağır fedakârlıklara katlandığına göre, yarar gerçekleşmezse, fertlerin İdareyi sürdürmekte taşıdıkları külfetler itibariyle, derhal zarar'a dönüşür. Yarar'ı gerçekleştiremeyen İdarenin anlamı kalmaz.

Bu nedenle, iki hususu belirtmek isterim:

1/ Memura, âmirinin emirlerine uymak uymamak hususunda DMK'nun öngördüğü kadar geniş bir "içtihadî hareket yetkisi", fazladır. Memurları, keyfî emirlere karşı korumak şart olmakla beraber, iyerarşik itaati de zedelememek lâzımdır.

2/ İçtihadî hareketiyle (suç söz konusu olmayan ahvalde, şartlar elvermediği haldе mutlaka yazılı emir isteyen veya bir emri "suç teşkil edebilir" düşüncesiyle (ve bu düşüncesini haklı gösterecek emare'ler yok iken, mâkul olarak böyle düşünülemez iken) ifadeni kaçınarak görevini savsaklayan memur, hareketiyle orantılı ceza görmelidir.

DMK 125 inci maddesi, "Kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun olarak verilen emirleri yerine getirmeyen memur" için "Kısa süreli durdurma" cezası öngörmektedir. Bu ceza, memurun, bulunduğu "kademe" de (maaş kademesinde) ilerlemesinin 4 ay için durdurulmasıdır.

Olayın ağırlığına göre bir ceza tâyininde takdir yetkisi vermek daha isabetli olurdu.

G) MEMURUN KİŞİSEL SORUMLULUĞU

DMK'nun 13 üncü maddesinde söz konusu edilen bu sorumlulukta kullanılan "memur" deyimini, âmirleri ve memurları beraberce kapsar.

Bu maddeye göre "Kişiler, kamu hukukuna tâbî görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhinde değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".

Bu hükmün anlamını ortaya koyabilmek için gene "devlet yetkisi" kavramına baş vurmak gerekecektir.

Gerçekten memur, görevi sırasında veya görevi dolayısıyla, kişilere zararlar verebilir. Bu zarar, görev sınırı içinde kaldığı sürece, memurun kendisine bağlanamaz. Memurun görev sınırı içinde kalması ise, kendisine kanunun verdiği (veya kaynağını kanundan alan) yetkilerini, hukuksa aykırı olduğunu bilmeden veya apaçık bir şekilde hukuka aykırı düşmeden kullanması hâlidir.

Birinci hâl, memurun kişisel ve subjektif hiçbir niyet, maksat tasımadan hareket etmesi, fakat bu arada da üçüncü bir şahsa zarar vermesidir.

İkinci hâl, memurun, nasıl ifa edilmesi gerektiğini bildiği bir yetkiyi, sakat olmakla beraber, Hukuka tamamen aykırı bir biçimde kullanması hâlidir. Yani özel bir kötü maksadı olmamakla beraber, yetkisini gene de az çok bir riayet göstermesine rağmen sakat biçimde kullanması, fakat hiç de bu kullanışın tümden hukuk dışına çıkmaması hâlidir.

Aşağıdaki açıklamalarla ne demek istediğimi daha iyi anlayacaksınız.

1/ Memur, kendisine verilen yetkinin anlam ve kapsamı içine hiçbir şekilde girmeyecek bir biçimde davranabilir. Meselâ bir vatandaş döver diyelim. Böyle bir fiili, memurun "göreviyle ilgili" saymağa imkân yoktur. Çünkü onun kullandığı devlet yetkisidir ve bu yetki içinde vatandaşın kötü muamele etmek yoktur.

2/ Memurlar (âmirler de dahil) görevlerini yaparken, kanunların, nizamların emirlerine, gereklerine bittabi uymak zorundadırlar. Hukuk, devlet yetkisinin kullanılmasını sebep, konu, maksat, yetki dayanağı ve şekil yönlerinden ayrıntıyla göstermiştir. Bununla beraber, İdarî yargı derslerinde göreceğiniz gibi, idarî tasarruflar bazı unsurları itibariyle "sakat" olabilir. Bu sakatlık idarî veya yargısal denetimlerle giderilir; sakat tasarruf ya iptal edilir veya geri alınarak sıhhatli bir hâle sokulur; yahut da düzeltilerek sıhate kavuşturulur. Ancak bazı hallerde, bu sakatlık o derece ağır olabilir ki, tasarrufun "mevcudiyetinden" bahse imkân kalmaz. "Sakatlık" sıhatsızlık demektir; bir şey mevcut olabilmelidir ki onun sağlıklı veya sakat olduğundan bahsedilebilsin; "yok" olan bir nesne'nin vasfı olur mu? Tıpkı bu doğmamış bir insanın vasıflarından bahsetmeğe benzer.

Memurlar, tasarruflar ittihaz ederken, bunların hiç değilse yokluğundan söz edilecek derecede ağır bozuklukların olmamasına gayret etmekle yükümlüdürler. Görevini yaparken, alacağı veya aldığını söylediği bir kararı, onu "yok" saydıracak kadar ağır sakatlıklarla ittihaz eden memurun görevi içinde kaldığı elbet söylenemez; hele böyle bir kararı, yani "hukuken keelenmekün" bir kararı icra etmeyi düşününüz. Bunu, "görev" içinde mütalâa edebilmek mümkün değildir.

İdare hukukunda, memurun, "İdareye atıf ve izafesi mümkün olmayan" kararlarına ve hareketlerine, görev vasfı vermek kabil değildir. O halde bu kararlar, bu fiiller, "memurun üzerinde" kalır. Böylece, memurun görevi ile hiçbir türlü bağlantısı olamayacak kararlardan ve fiillerden dolayı bir üçüncü şahıs zarar görürse, bunu İdareden değil, memurun kendisinden sorması, zararının giderilmesini ondan istemesi icabeder.

Bu türlü sorumluluk hallerine, İdare hukukunda "şahsî kusur" halleri denilir.

Bir kimse zarar görecekse, bunu memurun şahsî kusuru ile değil, İdareye bağlanabilen (=İdareye kâbil-i atif ve izâfe) bir fiil veya kararlar görmeyi tercih etmelidir. Zira memurdan tazminat almak kolay olmaz. Malî güçlüklerle karşılaşılır. Halbuki İdare elbette güçlüdür; zarar vermişse bunu telâfiye de muktedirdir.

Bu nedenle, yargısal içtihatlar, giderek "şahsî kusur" hallerini daraltmayı, "İdari kusur" hallerini genişletmeyi, fertleri korumak bakımından tercih etmişlerdir. İdare sorumlu tutulur; fakat memur, kendi üzerinden atamayacağı bir kusurla İdareyi böylece üçüncü bir şahsa karşı sorumlu hâle sokmuşsa, İdare de döner, memura rücu eder, üçüncü şahsa ödediği tazminatın tamamını veya bir kısmını (memurun kusuru derecesinde) ondan ister.

Bu eğilim, DMK.nun şu zikrettiğimiz 13 üncü maddesine yansımış görünüyor. Bu hüküm, memurun şahsî kusur alanını daraltıyor, buna karşılık İdarenin sorumluluk alanını genişletiyor ve üçüncü şahısları korumayı amaçlıyor.

Ancak, bu hüküm karşısında, memurun şahsen sorumlu tutulacağı hal-ler tamamen ortadan kalkıyor mu ?

Hayır. Daralıyor, fakat tamamen ortadan kalkmıyor. Örneğin, bir vatandaş döven bir memurun durumunu ele alalım. Bunda İdarenin hiçbir kusuru söz konusu edilemez. Böyle bir fiili kimse memurun sorumluluğundan çıkarıp İdarenin sorumluluğuna sokamaz.

O halde memur, İdareye atif ve izâfesi mümkün olmayan kararları veya fiilleriyle üçüncü şahıslara zarar vermişse, DMK.nun 13 üncü maddesinin himayesine giremez.

Gene memur, herhangi başka bir sebeple İdarenin üçüncü şahsa karşı sorumlu tutulmasına (hizmetin ve yetki kullanmanın zaruretlerinden doğamayacak hallerle) sebebiyet vermişse, İdare, kendisine rücu eder.

H) ÇALIŞMA ŞARTLARI

DMK. memurların haftalık çalışma sürelerini 39 saat olarak tesbit etmiştir. Pazar günleri ~~kaideten~~ tâtil olmak üzere bu süreyi haftanın günlerine bölme Bakanlar Kurulu yetkilidir. Özel şartlara göre, günlük çalışma saatlerinin başlangıcını, bitimini, öğle tâtilini illerde valiler tesbit edebilirler. Tabiatıyla Ulusal Bayram ve Genel Tatiller hakkındaki 27 Mayıs 1935 tarih ve 2739 sayılı kanun hükümleri saklıdır. Bu kanuna göre "Ulusal bayram" yalnız 29 Ekim günüdür. Bayram 28 Ekim öğleden sonra başlar 30 Ekim gününü de kapsar. Öteki Genel tatiller şunlardır: 1/Zafer bayramı: 30 Ağustos. 2/Ulusal Egemenlik bayramı: 22 Nisan öğleden sonra ve 23 Nisan. 3/Bahar bayramı: 1 Mayıs. 4/Şeker bayramı: 3 gün. 5/Kurban bayramı: 4 gün. 6/Yılbaşı günü: 31 Aralık öğleden sonra ve 1 Ocak günü. 7/Gençlik ve Spor bayramı: 19 Mayıs. 8/Hürriyet ve Anayasa bayramı: 26 Mayıs öğleden sonra ve 27 Mayıs günü.

Bu tâtil günlerinin sonuncusu Cuma'ya gelirse, Cumartesi günü de tâtil yapılır.

Resmî daireler, Hafta tatili kanununa göre, senede 15 defa pazar günleri tâtil yapmayabilirler. Pazar tâtilini erteleyip çalışabilirler.

Memurların izinleri değişik ve süreleri de başka başkadır.

Yıllık izin, 1 yıldan önce verilmez. 1-10 yıl içinde 20 gün, on yıldan fazla çalışmış olanlara 30 gündür. Zorunlu hallerde bu sürelere gidış-dönüş için en çok ikişer gün eklenebilir. Yıllık izinlerin ancak ikisi bir arada verilebilir; üçüncüsü düşer. Memurlar izinlerini, Âmîrlerin uygun görecekları zamanlarda kullanabilirler.

Mazeret izni, hâmile kadın memura doğumdan önce 3, doğumdan sonra 6 haftadır. Baba olan memura en fazla 3 gün izin verilir. Memurların veya çocuklarının evlenmeleri hâlinde üçer gün, ana, baba, eş, kardeş, çocuğun ölümü hâlinde gene üçer gün izin verilir. Bundan başka özürlü hâlinde yılda ençok 10, bu da yetmezse ikinci bir 10 gün mazeret izni verilebilir. İkinci 10 gün, yıllık izinden düşülür.

her kurumun bütçesinde, o kurum için hangi sınıflarda kaç tane ve ne kadarlık kadrolar bulunduğu her yıl bütçe kanununda gösterilir. Memur yeni tayin ediliyorsa, kanunen tayin edileceği kadro derecesinin ilk kademe aylığı kendisine verilir. Kademe yükselmeleri, her yıl ve yükselmeye hak kazanan memurlar için toplu olarak yapılır. Üst derece kadrosu olmazsa, memur kendi derecesinin son kademesinde kalır.

Yükselmelerde esas, kıdem ve yeterliliklerdir.

Memur hangi kademe de bulunuyorsa, onun aylığı, bütçe kanununda kabul edilen katsayı ile çarpılarak ödenir. Bugünkü tarihte bu katsayı 7 olarak tesbit edilmiştir. Bütçe kanunları birer yıl için yapıldığına göre, kat sayıyı her yıl değiştirmek imkânı vardır.

DMK kâideten bir memura ikinci bir görev verilmesini kabul etmemektedir. Ancak istisnai hallerde buna cevaz vardır; meselâ öğretmenlik gibi.

Memurların kadrolarının kaldırılmaları hâlinde dahi aylıkları ve diğer hakları devam eder. Ancak bunlar kendi kurumlarında veya başka kurumlarda kendi sınıfları içinde eşit görevlere atanırlar.

DMK çıktığı tarihte devlet memuriyetinde bulunanların yeni derece ve kademelere intibakları büyük çekişmeler doğurmuş ve yeni bir kanun olmasına rağmen DMK hayli esaslı değişikliklere uğramış, bundan başka, kanun hükmünde kararnamelemlerle pek çok maddeleri yeniden değiştirilmiştir. İntibat işlemlerinde iddia edilen haksızlıklar ve hatalar dolayısıyla memurlardan binlerce idarî davalar açmış vaziyettedirler.

Devlet memurlarının aylıkları her ay peşin ödenir. Emekliye ayrılma veya ölüm hâlinde, işlememiş olan kısım geri alınmaz. Kademe veya dereceleri yükselen memurlar, yükselme tarihinden sonraki aybaşıda yeni aylıklarına alınırlar.

Aylıklarından başka, memurların yurt içinde veya dışında geçici olarak görevlendirilmeleri hâlinde kendilerine yol masrafları, yolluk ödenir. "Mahrumiyet yerleri" denilen yerlerde çalışan memurlara ayrıca bir ödenek öngörülmüştür. Ayrıca, hizmetlerin hususiyetlerine göre "İş güclüğü zammı", "İş riski zammı", "Eleman temininde güçlük zammı" gibi ilâve ödenekler vardır. Bunların ayrıntılarına girmiyorum.

1) DİSİPLİN HÜKÜMLERİ

Memurluklarının görevlerini gereği gibi yerine getirmeyenlere, yasaklara uymayanlara işledikleri disiplin suçlarının ağırlığına göre DMK.nun öngördüğü cezalar verilir.

Cezalar: 1/Uyarma, 2/Kınama, 3/Kısa süreli durdurma, 4/Uzun süreli durdurma, 5/Geçici olarak görevden çıkarma, 6/Devlet memurluğundan çıkarmadır.

1/ Uyarma, memura, görevinde daha dikkatli davranması gerektiğinin yazıyla bildirilmesidir.

2/ Kınama, Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığını yazıyla bildirmektir.

3/ Kısa süreli durdurma, memurun, bulunduğu kademe ilerlemesinin dört ay için durdurulmasıdır.

4/ Uzun süreli durdurma, aynı kademe ilerlemesinin, 12, 16 veya 20 ay durdurulmasıdır.

5/ Geçici olarak görevden çıkarma, memuru, kadrosu saklı kalmak şartıyla bir aydan altı aya kadar aylıksız olarak geçici süre görevden çıkarmaktır.

6/ Devlet memurluğundan çıkarma, bir daha devlet memurluğuna atanmama üzere memurluktan çıkarmaktır.

Hangi disiplin suçları için bu cezaların hangilerinin verilebileceği teker teker sayılmıştır.

Disiplin ve soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere, memurun mensup olduğu kurum merkezinde bir "Yüksek Disiplin Kurulu" ile her ilde, bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve kuruh merkezinde birer disiplin kurulu bulunur. Bunların kuruluşu, uygulayacakları usul, üyelerinin görev süresi tüzükle belirtilir.

Disiplin cezaları, kaideten, atamaya yetkili olanlar tarafından verilir. Bununla beraber, uyarma ve kınama cezaları, memurların terfilerinde nazara alınan sicil raporlarını vermeğe yetkili âmir (Sicil âmiri) tarafından verilebilir. Sicil âmirlerinin kimler olduklarını yönetmelikler belirtir.

Uyarma ve kınamadan yukarı cezaların verilebilmesi için Disiplin kurullarının ve devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesi için de Yüksek Disiplin kurulunun kararı alınması şarttır.

Bu kararlar alındıktan sonra, ceza, tâyin Bakanlar Kurulunca yapılmışsa Bakanlar kurulu, Müşterek kararla yapılmışsa ilgili bakan ve diğer memurlarda atama âmirince verilir.

Anayasanın 118 inci maddesine göre, memurlar hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında, isnad olunan suçun ilgiliye yazıyla bildirilmesi, isnadın açık olması, yazılı savunma istenmesi ve savunma için de belli bir süre tanınması şarttır. Bu esaslar uyarınca verilecek disiplin cezalarına karşı yargı yolu açıktır.

Âmirler yaptıkları soruşturmaların üzerine uyarma ve kınamadan yukarı ceza verilmesini gerekli bulurlarsa, dosyayı disiplin kuruluna havale ederler. En ağır disiplin cezası için ise, Yüksek Disiplin kurulunun kararı lâzımdır.

Gerek soruşturmayı yapan âmir, gerek disiplin kurulu, memura 7 günden az olmamak üzere bir savunma süresi tanımak mecburiyetindedir.

Yüksek disiplin kurulu, memur hakkında her türlü araştırmayı yapmaya, bilgi ve belge toplamaya, yeminli tanık, bilirkişi dinlemeye, keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Memur da aynı imkânlara sahiptir. 3,4 ve 5 inci sıralarda gösterilen cezalar konusunda, âmir ile Disiplin Kurulu aynı kararda olmazlarsa, karar Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilir.

Sicil âmirleri tarafından verilen cezalara karşı bir üst sicil âmirine ve o yoksa, tâyini yapan âmire itiraz edilir. Disiplin cezası vermeğe yetkili âmirin bu itiraz üzerine vereceği **ret kararına**, disiplin kurulu kararı üzerine onun verdiği cezaya veya Yüksek disiplin kurulu kararına karşı, Danıştaya başvurulabilir. Sicil âmirlerinin ceza vermelerine karşı itiraz süresi onar gün, tâyin mercisinin ceza vermesi hâlinde Danıştaya başvurma süresi 90 gündür.

Aynı bir suçtan dolayı, memur hakkında umumî hükümlere göre ceza kovuşturmasının yapılması, disiplin kovuşturmasını engellemez.

Devlet memuriyetine bir daha alınmamak üzere çıkarılmış memurlardan daha hafif ceza almış olanlar, uyarma ve kınama cezalarında 3 sene, diğer cezalarda 5 sene sonra, atamaya yetkili âmire başvurarak, esasen sicillerine geçirilmiş olan bu cezaların sicilden silinmesini isteyebilirler. Âmir, bu süre içindeki iyi davranışları sebebiyle, memurun isteğini yerinde bulursa, disiplin kurulunun da mütalâasını aldıktan sonra, cezayı sildirebilir.

M) HİZMETTEN VE STATÜDEN ÇIKMA

Bir memur, memurluk statüsünden ayrılmadığı halde, hizmetten ayrılabilir. Bunun muhtelif şekilleri vardır.

1/ İzinlilik hâli, her şekliyle memurun hizmetten uzak durması demektir. Memur hizmet görmez ve bittabi sıfat ve görevinin gerektirdiği yetkileri de iznilik bulunduğu süre içinde kullanamaz.

Memurların izine başlamaları ve izinden dönerek göreve başlamaları daima bir yazı ile tesbit edilir ve bu suretle belgelenmiş olur. Görev yapmayan memurun yetki kullanması söz konusu olamayacağı için, özlük kayıtları bakımından izne başlanması ve iznin bitip göreve dönüşmesi ne kadar önemliyse, o memurun ittihaz edeceği kararların sıhhati bakımından da o kadar önemlidir. İzinde bulunan bir memurun izin esnasında karar ittihazi "Zamanda yetkisizlik" (=incompétence ratione temporis) nedeniyle sakat ve iptali gerekli bir işlemdir.

rukarda (sf. 124-125) memurların çeşitli izinlerini görmüştük. Burada bazı istisnai izinlilik hallerini de, statüden çıkmadan hizmetten ayrılma halleri olarak görelim:

a/ Yabancı bir Devlet veya teşekkülde hizmet alma: Yabancı memleketlerde veya uluslararası kuruluşlarda (Birleşmiş Milletler teşkilâtı, ona bağlı teşekküller, Avrupa konseyi teşkilâtı vb. gibi), kurumlarının muvafakatiyle görev alacak devlet memurlarına, ilgili bakanlığın teklifiyle Bakanlar kurulu tarafından 5 yıla kadar maaşsız izin verilebilir ve bu süre, gerektiğinde ikinci defa, gene bir beş yıl için uzatılabilir. Bu gibi memurlar hizmetten ayrılmış, fakat statüde kalmış olurlar. Kadro ile ilişkileri devam eder; emeklilik hakları -emekli keseneklerini ödemeleri suretiyle- sürer; dönüşlerinde tekrar vazifeye başlarlar. DMK 77.

b/ Aslı memur olarak atanmışların mesleklerine ait bilgilerini genişletebilmeleri için yabancı memleketlere gitmelerine müsaade edilebilir. Memurlar bu hususta ya kendi kurumlarına gönderilirler ve maaşları gittikleri yerde muayyen ölçüde arttırılarak ödenir, veya dış burslarla gitmiş olurlar. Bu türlü izin süresi 2 yıldır.

2/ Silâh altına alınma: Askerlik mükellefiyetini ifa için silâh altına alınanların kurumlarıyla ilişkileri kesildiği halde, bu görevi yaparak terhis edilip ihtiyata alınanlar, ister hazarda (=sulhda) ister seferde silâh altına alınsınlar, izinli sayılırlar.

3/ Kadroları kaldırılan memurlardan yukarda bahsetmiştik. Bunlar, yeniden memuriyete atanıncaya kadar hizmetle ilişkisizdirler.

4/ Görevden uzaklaştırılma: Hukuken bir memurun görev yapmasına bir engel yok iken ona görev yaptırılmaması mümkündür. Geçmiş tatbikatta "mecburi izin" den bahsedilen ve memurun, âmiri tarafından görevden alınmasını ifade eden haller görülmüştür. Memur hakkında disiplin veya genel ceza hükümleri bakımından kovuşturma ve soruşturmayı gerektiren bir durum olmadıkça ve kendisine şimdiki kadar sayılan herhangi bir nedenle "kağanî" bir izin verilmedikçe, bir âmirin, "takdire" memuruna görev yaptırılmaması düşünülemez. Böyle bir müessese eski mevzuatımızda mevcut bulunmadığı gibi, şimdiki de yoktur. Zira, memuriyet, görev yapmak içindir ve hiçbir âmirin, görev yaptırmadan bir memura maaş ödenmesine yol açacak bir işlemlerde bulunmağa yetkisi yoktur.

O halde, sayılan diğer haller dışında, burada ele aldığımız "görevden uzaklaştırma" ancak bir soruşturma veya kovuşturma sırasında veya böyle bir işleme başvurulacak olması sebebiyle, memurun görev başında kalmasında (yani yetkilerini kullanmasında) sakınca görülen hallerde mümkündür (DMK 137 vd.).

Bu bir ihtiyatî tedbir'dir. Atamaya yetkili âmirler, bakanlık veya genel müdürlük müfettişleri, illerde valiler, ilçelerde kaymakamlar bu tedbiri alabilirler. Görevden uzaklaştırılan memurlar hakkında 10 iş günü içinde soruşturmaya başlanması lâzımdır. Memurun hakkında yalnız cezaî bir kovuşturma varsa ve bir disiplin kovuşturması söz konusu değilse veya Memurun muhakematına göre bir soruşturma gerekmiyorsa, sadece görevden uzaklaştırma ile yetinilebilir.

Soruşturma veya yargılama sonucunda, memurluktan çıkarılmayanlar, yargılanan men'ine (yani yargılanmalarına gerek olmadığına) veya yargılanıp da beraatlerine karar verilenler, haklarındaki kovuşturma hükmü verilmezden önce genel af ile kaldırılanlar, memurluğa engel olmayacak bir cezaya uğrayıp cezaları ertelenenler yeniden göreve başlatılırlar. (DMK 143).

Görevden uzaklaştırma, bir disiplin kovuşturması nedeniyle olduğu takdirde, en çok üç ay sürebilir. Bir ceza kovuşturması nedeniyle ise, memurun durumu her iki ayda bir defa tekrar incelenir ve göreve başlatılmasında bir sakınca olup olmadığına karar verilir (DMK 145). Memurun, soruşturmaya konu olan fiilleri, hizmetine devamına engel olacak nitelikte değilse, daima göreve başlatılabilir. (DMK 144).

Görevden uzaklaştırılan veya göreviyle ilgili olsun olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya göz altına alınan memurların maaşları yarım olarak ödenir. Eğer neticede, memuriyetten çıkarılmalarını gerektirecek bir durum hasıl olmazsa, kesilen yarım maaşları iade edilir (DMK 141).

Memur bir disiplin soruşturmasının zorunlu olması nedeniyle görevden uzaklaştırıldığı halde, hakkında 10 gün içinde soruşturmaya bağlanmayan ve bunu usûlü dairesinde yürütmeyen veya genel olarak keyfî bir nedenle memuru görevden uzaklaştıran, garez veya kin ile hareket ettiği neticede anlaşılan âmirler hukukî, malî ve cezaî sorumluluğa uğrarlar. Yâni âmir, görevi kötüye kullanmaktan, kanunsuz yere idarenin memur tarafından açılacak bir dava sonunda tazminata mahkûm edilmesinden dolayı mesul tutulabileceği gibi, memur doğruca âmiri aleyhine de bir hukuk davası ikame edebilecektir.

Statüden çıkma'ya gelince, buna sebep olacak halleri şöyle sıralamak mümkündür:

1/ Çekilme (=istifa): bu, sarîh (=açık) veya zammî (=üstü kapalı) bir şekilde olabilir.

Sarîh olarak çekilme, memurun bu yolda bir başvurusuyla gerçekleşir.

Kimse, zorla devlet memuriyetine alınmaz. Memuriyete girmek, yukarıda, çeşitli kısımlarda yer yer değinildiği gibi, bir akit yapma değildir. Bir kimsenin memuriyete girmek için vâkî müracaatı bir "İcap" veya "icaba dâvet" niteliğinde olmadığı gibi, idarenin yaptığı tâyin işlemi de bir "kabul" mahiyetinde addedilemez. Tâyin bir şart-tasarıftır. Memurun, memuriyete girmek için başvurusu ise, idareyi, böyle bir tasarıftan ittihazına yönelen bir "dürtü (=tahrik)" den ibarettir.

Memuriyet, bir "mükellefiyet" olmadığından, memur, her zaman, gene bir dürtü'de bulunarak (=istifa ederek) memuriyetten kendi isteği üzerine çıkarılmayı isteyebilir. Kanunen bu âstek kabul edilmelidir.

Ancak, memur, çekilme isteğini bildirmekle, idare ile ilişkisini tek taraflı kesmiş sayılmaz. Onun, memuriyetle ilişkisini, tıpkı memuriyete alınışı gibi, tek taraflı olan açık veya zammî bir kararla kesecek olan idaredir. İdare, memura, vâkî isteği üzerine, statüden çıkarıldığını bildirirse, mesele kalmaz. Bildirmezse, memur a) yerine atanan yeni memurun gelmesine kadar, veya b) görevi görmek için bir "vekil memur"un gelmesine kadar bekler. Bu memurların gelmesi, onun çekilme isteğinin kabul edildiğini gösterir. Esasen bu memurlar, görevi devralmak için geldikleri zaman, memurun çekilmesine müsaade verildiği yolundaki idarî kararı da getirmiş olurlar. Eğer yeni memur veya vekil memur gelmezse, çekilme istemiş olan memur, 30 gün sonra işinden ayrılır. 30 gün içinde idarenin yeni memuru veya vekil memuru göndermemesi de, memurun çekilme isteği üzerine, onun statüden çıkarıldığının diğer bir "zammî boyanı" sayılır.

Olağanüstü mazereti olanlar için, 30 gün bekleme şartı yoktur.

Savaş hâli ve diğer olağanüstü hallerde veya genel hayatı etkileyen âfetlerde (su baskını, deprem vb. gibi) çekilmek istemiş olan memur, asâleten veya vekâleten yerine bir başkasının gelmesine kadar beklemeye mecburdur. Görevi bırakıp gidemez.

Gerek normal zamanlarda 30 gün beklemeden, gerek olağanüstü hallerde yerine gelecek memuru beklemeden görevini bırakıp gidenler disiplin cezası görürler. Olağanüstü haller veya savaş hâlinde, yeni gelecek olanı beklemeden görevi terkedenlere "Devlet memurluğundan çıkarılma" cezası verilir (DMK 125, E, c). Normal zamanlar için de, görevi bırakmasına daha kaç gün kalmış ise, o kadar görevi başına özürsüz gelmemenin cezasını görmesi lâzımdır.

"Bu cezaların sonucu ne olabilir ki ? Memur zaten ayrıldı gitti" denebilir. Fakat o şahsın günün birinde tekrar memurluğa tâlip olması da mümkündür. Bu takdirde, "Devlet memuriyetinden çıkarılmış" olanlar bir daha böyle bir memuriyete alınmazlar. Diğer hallerde ise, 1 yıla kadar (yerine göre 3 ay veya 6 ay veya 1 yıl) bir süre geçmedikçe tekrar görevle alınmazlar (DMK 97).

2/ Muvazzaf askerlik görevi için silâh altına alınanların (yâni ilk askerliğini yapmağa gidenlerin) memuriyetle ilişkileri kesilir. Fakat bunlar, dönüşlerinde, DMK hükümlerine göre yeniden memuriyete alınır.

4/ Olumsuz sicil nedeniyle çıkarılma (DMK 120). İki defa üstüste olumsuz sicil alan memurlar, buldukları memurluktan veya devlet memurluğundan çıkarılabilirler.

5/ Şartlarda eksiklik: Memurluğa alınmada aranan şartlardan birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya bu şartlardan birinin sonradan kaybedilmesi (Bk. sf. 115, C ve DMK 98, b).

6/ Bağdaşmazlık: Memurlukla bağdaşmayan bir görevin kabulü; meselâ parlamento üyeliğine, belediye meclisine, il genel meclisine seçilmek ve bu görevleri kabul etmek.

7/ Emeklilik. İstek, yaş sınırına ulaşmak, malûllük (=sakatlık) veya sicil sebepleriyle emekli olmak.

DMK, 98 inci maddede, "ölüm" ü de memurluğu sona erdiren haller arasında saymaktadır. Bence bu, özellikle bir kanunda yer verilmesi icap edecek bir hâl değildir. Kanuna böyle bir hüküm konulmamış olsa, memurun ölümü hâlinde, memuriyetinin devam edip etmediği yolunda bir tereddüt esasen söz konusu olabilir miydi ki ?

N) EMEKLİLİK

Emeklilik, bir sosyal güvenlik müessesesidir. Sosyal güvenlik ise; bildiğiniz gibi, insanların, "gelecek günlerine" güvenle bakabilmesi ve çalışamayacak duruma girdikleri zaman yoksulluğa düşmemeleri demektir.

Gelecek günlere güvenle bakabilmenin ne kadar önemli olduğu genç yaşlarda belki gereği gibi idrak edilemez. İnsan henüz yetişme yaşlarında iken veya yetişkinliğinin ilk aşamalarında, gücü, kuvveti, takati, çalışma olanakları, sağlığı hiç zedelenmeyecek, hiç azalmayacak sanır. Fakat daha sonraki yıllarda, yavaş yavaş bir "gelecek" endişesini hissetmeye başlar.

Geleceğe güvenle bakabilmek kadar, ileri yağıdaki insana, güç, inanç, sabır, umut, enerji ve mutluluk verebilen başka bir sebep yoktur. Bunun aksi de, yani geleceğine güven içinde bakamamak da, insanların yeis'e, umutsuzluklara düşüren, onların kolunu kanadını kıran sebeplerin en başında gelir. Böyle durumdaki bir insan, gittikçe bencilleşir; bencillik arttıkça da, etrafına güpheyle bakar, itimsiz, hırçın, meys olur; kimseyi sevmez olur. Bu hem fert, hem toplum için kötüdür.

Bu nedenle devletler, sosyal güvenliğe önem vermek ihtiyacını duymuşlar, kendi hizmetlileri için de bir takım teşebbüslere geçmişlerdir. Emeklilik fikri ve müessesesi, bu düşünce ile vücut bulmuş, zamanla ve devletlerin güçleri oranında geliştirilmiştir.

Gerçekten insanlar, kendilerine iş olarak seçtikleri faaliyet alanlarının niteliklerine ve özel şartlarına göre, birbirlerinden farklı olarak yıpranırlar. Artık fizik güçleri azalır ve hizmetlerinde verimli olamamağa başlarlar.

Kamu hizmetleri, mahiyetleri ve amaçları gereği, verimsizliğe mütehammil değildir. Bu tür hizmetler, toplum yararını gerçekleştirmek içindir. O halde, artık verimli olamayan personelin hizmetten alınmaları bir zorunluluktur. Fakat, dediğimiz gibi, hem sosyal güvenlik mülâhazaları, hem de vicdan gerekleri, bu tür hizmetlilerin yoksulluğa bırakılmamalarını icabettirir. Bu düşüncelerle düzenlenen "Emeklilik", statüter bir hukukî durumdur. Kişi emekli olduğu zaman, memurluk statüsünden çıkar, fakat ikinci bir statü olan "emekliliğe" geçer. O halde bir memurun emekli edilmesiyle, diğer şekillerden herhangi biriyle memurluktan ayrılmasında, hukukî açıdan çok önemli bir fark vardır. Diğer şekillerde, memur, memuriyet statüsünden çıkar, fakat yeni bir statüye girmez. Burada ise, emeklilik statüsüne geçer. Emekli olan kişinin ve onun ölümü hâlinde kanunen belirtilen yakınlarının, "emeklilik statüsünden doğan"

genel, objektif ve kişilik-dışı yetkileri vardır. Bu yetkilerini kullandıkları zaman devlet, bunlara karşı bazı yükümler altına girer.

Devlet memurlarının, hangi yaşta emekli edilmeleri gerekir ?

İnsanlar birbirlerinden farklı biyolojik ve fizyolojik özelliklere sahip oldukları için, verimlerini kaybetmeleri de şüphesiz, birbirlerinden farklı yaşlarda vuku bulacaktır. Sonra, verimsiz hâle düşmenin, yapılan işin mahiyetinden gelen sebepleri de vardır. Bedenî gücün ağır bastığı, daha fazla gerekli olduğu işlerde, yapırna şüphesiz çabuk olur.

Memurlar arasında, sübjektif ölçülerin kullanılmasına ihtiyaç kalmaması ve genel bir eşitliğin sağlanması için, kanunlar, esas itibarıyla 65 yaşın bitirilmesini, emeklilik statüsüne geçirilmek için ölçü olarak kabul etmişlerdir.

Fakat, bundan daha yukarı yaşta dahi görülmeye devam edilebilecek hizmetlerin bulunduğu, beri yandan bundan daha erken de insanların güçsüzlüğüne yol açan hizmetler mevcut olduğu için, bu genel esasa karşı bir takım istisnai ölçüler de konulmuştur.

Sayıştay, Danıştay, Yargıtay başkan ve üyeleriyle Sayıştay Savcısı, Danıştay Baş Kanunsözcüsü ve Cumhuriyet Başsavcısının emeklilikleri, birer yıllık sürelerle 68 yaş sonuna kadar uzatılabilir.

Üniversite profesörleri 65-70 yaş arasında, vazifelerini yapabilecek bir durumda olmadıkları üniversite senatolarınca belirtilinceye kadar hizmet yapar ve 70 yaşını doldurunca emekli edilirler.

Diyanet İşleri başkanı, yardımcıları, İnceleme Kurulu başkan ve üyeleri, müfütler, vâizler, ders-i âm'lar, görevlerini yapamayacakları tesbit edilinceye kadar hizmet görebilirler.

Buna karşılık örneğin polis memurları 52, başkomiser, komiser ve komiser yardımcıları 56, emniyet müdürleri ve müfettişleri 60 yaşını dolduruncaya kadar görevde kalabilirler.

Böylece belli bir yaş doldurulunca memurun emekli edilmesine, "yaş haddi dolayısıyla emeklilik" veya "mecburî emeklilik" denilir. Fakat başka meclurî emeklilik sebebi sayılan haller de vardır.

Her ne sebep ve suretle olursa olsun, vücutlarında meydana gelen ârizalar veya uğradıkları tedavisi imkânsız hastalıklar yüzünden görevini yapamayacak olanlar da mecburen emekli edilirler. Bu, "malûlen (yani sakat olarak) emeklilik" hâlidir.

Malûl'lük, kamu hizmeti yüzünden olursa "Vazife malûllüğü", içki ve keyif verici (yani "mükeyyifât") maddeler kullanmak, kanun nizam dışı hareket, yasak fiiller yapmak, intihara teşebbüs, menfaat peşinde koşmak hallerinden ileri gelmişse "Âdî malûllük" sayılır.

Bizde emekliliği düzenleyen 8 Haziran 1949 tarih ve 5434 sayılı "Emekli Sandığı kanunu" nun şu iki malûllük için tesbit ettiği haller ve sebeplerin tatminkâr olduğu kesinlikle söylenemez. Örneğin, fevkalâde hallerde, kanunların normal zamanları düşünerek yasak saydıkları fiilleri yapan, fakat bu suretle açık bir şekilde kamuya hizmet etmiş, yararlı olmuş bulunan kişilerin durumu düşünülmemiştir. İnsanî bir dürütle, meselâ bir kazaya uğramakta olan bir kimseyi kurtarmak için kendi canını ortaya atarak sakat kalan bir memur da "Âdî malûl" sayılacaktır. Böyle bir fedakârlık, memurun çalıştığı kurum yararına yapılmış sayılamaz; fakat "İnsanlık yararına" yapılmıştır ve iyi bir memur olabilmek için, her türlü nitelikten önce iyi bir insan (kasaca İNSAN) olmak gerektiği muhakkaktır. İyi insan olmayanlar, iyi hiçbirsey olamazlar; hiçbirseyin iyisini olamazlar. İnsanlığı korumak ise, belli bir kişiyi değil; tüm toplumu, milleti, devleti korumak demektir ve kuşkusuz takdir edilmek gereken bir hâldir.

1/ Bu saydığımız "yaş hadleri" ve "malûllük halleri" Mecburî emeklilik sebepleridir.

2/ SİMDİ RE'SEN EMEKLİLİK hallerini görelim:

Mecburî emeklilik hallerinde, İdarenin, memuru emekli edip etmemek hususunda bir "takdir yetkisi" bulunmadığı halde, "Re'sen" emeklilik,

İdarenin takdirine dayanır. Ancak, gelecek yılki derslerinizde göreceği-
niz gibi, "takdir yetkisi" hiçbir zaman keyfî hareket edebilme yetkisi
değildir. Zira takdir yetkisiyle ittihaz edilen bir tasarrufta da gene
"devlet yetkisi" kullanılmaktadır. Bu yetkiyi kullanırken muayyen "tak-
diri unsur" ların göz önünde tutulacak ve yetkinin bu unsurlara göre
kullanılacak olması, "devlet yetkisi" nin mahiyetini hiç şüphesiz de-
ğiştirmez. Devlet yetkisi ise bir "sübjektif hak" olmadığı için, kişi,
bunu, tamamen kendi sübjektif dürtüleri ve düşünceleriyle, kendi kişi-
sel mütalâa ve mülâhazalarıyla kullanamaz. O halde, takdir yetkisi kul-
lanılırken de, riayeti gerekli "hukukî" şartlar ve şekiller vardır.

a) İdare, "ahlâk ve yetersizlik" nedenleriyle ve aldığı olumsuz
sicillere dayanarak bir memuru her zaman emekli edebilir (39 f). Mem-
mur, emeklilik hakkı kazanmışsa emekli statüsüne geçer. Fakat henüz bu
hakkı kazanmamışsa, emeklilik statüsüne geçirilemeyeceğinden kendisine
şahsen ödediği emekli keseneği ile kurum tarafından ödenen emekli ke-
seneği karşılıklarının yüzde 4 mürekkep faiziyle iadesi suretiyle "top-
tan ödeme" yapılıır. Olumsuz sicilden dolayı emekli edileceklerin emek-
lilik hakkı, 25 yıl fiilî hizmetleri geçmişse doğar ve toptan ödeme ya-
pılmadan, ikramiye verilip maaş bağlanarak emekli edilirler.

b) İdare, 30 hizmet yılını doldurmuş olan bir memurunu da "lüzum
gördüğünde" re'sen emekli edebilir. (39 b).

c) Aynı suretle, hizmet süreleri ne kadar olursa olsun, 60 yaşını
doldurmuş olanlar da İdarece re'sen emekli edilebilir (40).

Bu iki hükmün uygulanması, 1954-1960 arası dönemde, siyasal parti-
ler arasında büyük çekişmelere de yol açmıştı. Zira, her iki türlü
"Re'sen" emeklilikte, emekli edilenlerin Danıştaya başvurarak haksız
yere emekli edildiklerini, İdare'nin takdir yetkisini keyfî surette
ve siyasal sâiklerle kullanmış olduğunu iddia ve ispat edebilmelerini
önlemek için, kanuna, bunların, haklarında ittihaz edilen emeklilik ta-
sarrufları dolayısıyla yargı yerlerine başvuramayacakları hükmü ko-
nulmuştu. Bu sebeple ilgililer, takdir hakkının Hukuka aykırı surette
kullanıldığı ve binnetice emeklilik kararının iptali gerektiği yolunda
dava açamıyorlardı.

Sonradan 1961 Anayasasınının 114 üncü maddesi (f.1) "İdarenin hiçbir
eylem ve işlemleri, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimini dışında bı-
rakılamaz" hükmünü getirdiği ve bu hüküm karşısında, idarî bir işlem
olan emeklilik işlemine karşı Danıştaya başvurulmasını yasaklayan ka-
nun hükmü de Anayasaya aykırı düştüğünden, Anayasa mahkemesi, yargı
yolunu kapatan hükmü 1963 yılında iptal etti.

Bu suretle her iki halde de, bütün idarî tasarruflar hakkında ol-
duğu gibi Danıştaya başvurulabilir ve takdir yetkisinin Hukuka aykırı
surette kullanıldığı öne sürülerek, emeklilik kararının iptali istene-
bilir.

Takdir yetkisininin Hukuka uygun veya aykırı kullanılma hallerini
ilerde göreceksiniz.

d) 65 yaşını doldurdukları halde, yukarıda zikrettiğim gibi, mutla-
ka emekli edilmeleri gerekmeyen hizmetlerde bulunanlar da, 65 yaşla-
rını doldurunca re'sen ve takdire emekli edilebilirler. Tabii bu husus-
taki karar da yargısal denetime tâbidir. Dava yolu, ilgililere açıktır.

İSTEK ÜZERİNE EMEKİLİK hallerine gelince: Emeklilik hakkı, değişik hiz-
metlerde değişik yaş ve hizmet süresi faktörlerine göre kazanılır.

Emekli Sandığı k.nun 39 uncu maddesine göre:

a) Cumhurbaşkanlığında bulunanlar, bu hizmetten ayrılışlarında ist-
ekleri üzerine;

b) Fiilî hizmet süreleri 30 yılı doldurmuş olanlarla,

c) 60 yaşını dolduranlar (20 yıl hizmet etmiş olmakla),
gene istekleri üzerine emekli edilirler.

DUL VE YETİM AYLIĞI HAKLARI da kanunda düzenlenmiştir. Emekli sandığına
tabi memurlardan fiilî hizmet müddetleri 15 yıl veya daha fazla iken ölen-

lerin; emekli aylığı almakta iken ölenlerin dul ve yetimlerine aylık bağlanır.

Kanun. dul ve yetimleri şöyle sıralıyor: a/Karı, b/Koca, c/Çocuklar, ç/Ana, d/Baba.

Dul karı veya koca için emekli aylığının yüzde 50'si, diğerlerinin her biri için yüzde 25'i, dul veya yetim aylığını teşkil eder. Çocuklar deyiminden: a/nesebi sahih, b/nesebi tashih edilmiş, c/evlât edilmiş, d/anadan aylığa hak kazanma hâlinde nesebi sahih olmayanlar, e/tanınımış olanlar, f/babalık davasıyla hükmen tanınımış olanlar anlaşırlar.

Çocuklara bağlanacak aylık, öğrenime devam ettikleri sürece 25 yaşına kadardır. Çalışamayacak durumda olan erkek çocuklarla, kız çocuklardan bekâr olanlara veya evlendikten sonra ayrılanlara aylık verilir.

§ 5. MEMURLARIN YARGILANMALARI (=Memurin Muhakematı)

Memurların vazifeleri sırasında veya vazifelerinden dolayı işledikleri suçlar nedeniyle yargılanmaları özel bir soruşturma usûlüne tâbi tutulmuştur. 17 Şubat 1913 (eski rûmî tarihle 4 Şubat 1329) tarihli "Memurin muhakematı hakkında kanun-u muvakkat" e göre, "Memurin'in vazife-i memuriyetlerinden münbais (=doğan) veya vazife-i memuriyetlerinin ifası sırasında hâdis olan (=meydana gelen) cürümlerinden dolayı icrâ-yı muhakemeleri (=yargılanmalarının yapılması) şerâit-i âtiye (=aşağıda gelecek şartlar) dairesinde mehakim-i adliyye (=adliye mahkemelerine) aittir" (mad.1).

Ancak, 1930 yılına kadar, memurların vazifeleriyle ilgili olarak veya vazifelerini ifa sırasında işledikleri bütün suçların kovuşturulması bu kanuna tâbi iken, "irtikâp, rüşvet, ihtilâs, zimmet, kaçaklık, devletin arttırma ve eksiltmelerine ve sair alım ve satımlarına fesat karıştırmak, Dışişlerine ait gizli evrakın ve şifrelerin açıklanmasına sebebiyet vermek" suçları 1913 tarihli kanunun getirdiği usûlden çıkarılmış, 15 Mayıs 1930 tarih ve 1609 sayılı kanunla daha basit bir usûle bağlanmıştır.

1913 tarihli kanundaki usûlün anahatlarını buraya nakletmeden önce, bu kanunun kapsamına dikkatinizi çekmek isterim. Memurların bu kanunla özel bir soruşturmaya bağlanan suçları "memurluk görevinden doğan" veya "memurluk görevinin yapılması sırasında" vuku bulan suçlardır.

Her iki hal de, bir kimsenin, memur olmasa da işleyebileceği veya memurların bu sıfatları için içine karışmaksızın işleyebilecekleri suçları kapsamaz.

Dikkatle okursanız her iki halde de, devlet yetkisinin kullanılması veya devlet yetkisinin kullanılmasıyla ilişkili bir davranış söz konusudur. O halde bir memurun sokakta bir adam dövmesiyle, görev yaptığı yerde bir adam dövmesi arasında fark yoktur. İkisinin de zira, görevle ilişiği yoktur.

(Kanun kapsamına hangi suçların girdiği konusunda net kıstaslar, belli suçlar dolayısıyla yargı mercilerinin verdikleri kararlarda görülebilir. Aynı şekilde, bu kanunda geçen "memur" deyiminin kapsamı da yargı içtihatlarıyla çizilmiştir. Bu iki sorun, aslında Ceza hukukunu ilgilendirmektedir).

Ceza yargılamaları, bazan iki, bazan da üç "soruşturma" safhasından geçer. Ceza muhakemeleri usûlü kanunu, değişik suçlara göre bu soruşturmaların sayısını belirtmiştir.

Birinci soruşturma "Hazırlık" soruşturmasıdır. Bu, savcılar tarafından yapılır. Savcı, yaptığı soruşturma neticesinde bir suçun işlendiği kanısına varırsa ve suçlu doğruca mahkemeye verilebilecekse bir "iddiana-me" ile görevli mahkemeye sevkeder. Savcı, ortada kovuşturmayı gerektirecek bir suç görmezse, "takipsizlik" kararı vererek, soruşturmayı kapatır.

Bazı ağır suçlar için öngörülmüş olan ikinci soruşturma "İlk soruşturma" adını taşır. Bunu "sorgu yargıçları" yaparlar. İlk soruşturma yapılmak gerekiyorsa, o zaman savcı, suçluyu bir "talepname" ile sorgu

yargıcına gönderir. Yapacağı bu "İlk soruşturma" neticesinde, sorgu yargıcı, sanığın yargılanmasını gerekli görürse bir "lüzum-u muhakeme" kararı verir ve suçluyu görevli mahkemeye gönderir. Aksi halde bir "men-i muhakeme" kararı verir ve soruşturma kapanır.

Suçlunun mahkemede yargılanmasının teknik adı "Son soruşturma" dır. Çünkü mahkeme de, bir soruşturma yapacaktır; suçun var olup olmadığını araştıracaktır.

Bu soruşturma usûllerini, sonuçta verilen kararları, itirazları, bütün ayrıntılarıyla Ceza Yargılaması derslerinizde göreceksiniz.

Memurun muhakematı kanunu (1609 sayılı kanunda zikredilen suçlar bittabi hariç) işte bu Hazırlık ve İlk soruşturma safhalarını "İdarî bir soruşturma" hâline çevirmiştir.

Bu kanun kapsamına giren bir suç haber alan âmir (savcı haber almışsa, âmire bildirir), sanık memurun derecesinde veya ondan üstün derecede bir "tahkikçi" tâyin eder. Bu, diğer bir memurdur. Tahkikçi, kanunun gösterdiği yetkileri de kullanarak soruşturma yapar, yaptırır ve bir rapor (=fezleke denilir) hazırlayıp âmire verir.

Âmir bu raporu, sanık, ilçe memurlarından ise İlçe idare kuruluna, İl memurlarından ise İl İdare kuruluna, bakanlık merkezi idaresindeyse bakanlık disiplin kuruluna ve bazı yüksek memurlar için Danıştay'a (idarî bölüm) gönderir. Bu aşamada, memurun yargılanmasına gerek olup olmadığı karara bağlanır. Yargılanmasını gerekli kılacak sebepler varsa, görevli Ceza mahkemesine iş tevdi edilir. Bundan ötesinde, genel hükümler yürür.

1609 sayılı kanuna giren suçlar hakkında ise Savcı, soruşturma izni ister. Bu izin isteği uygun karşılır. Umumi hükümlere göre yargılama yapılır.

(Birinci kısmın sonu)

İkinci Kısım

[Bu kısım hakkında açıklama: 1) Fakültemiz Lisans Öğretim ve imtihan yönetmeliğine göre, bir ders, birden fazla sınıfta okutulduğu takdirde, üst sınıflardaki öğrenciler, alt sınıflarda okutulmuş olan koulardan sorumlu olmakta devam ederler. 2) İşbu ders notlarının baş tarafındaki ilk üç "Bölüm" (1-71 inci sayfalar) İdare Hukuku'nun temel giriş bahislerini teşkil ettiği için, Fakültemizin hem II inci, hem III üncü sınıf programına esasen dahil olduktan başka, 1972-1973 ders yılından önce, "İdari yargı dersleri" ne giriş olmak üzere okutulagelen birçok sorun da, metot mülâhazasıyle bu ders notlarının baştarafına alınmış bulunmaktadır. O halde bu "İkinci Kısım" 1972-1973 ders yılında, Üçüncü sınıfta okutulan bahislerin büyük kısmını ihtiva etmekle beraber, tamamını kapsamamaktadır. Öğrencilerimin dikkatini çekerim. 3) Bu "İkinci Kısım"da ele alınacak bazı bahislerde, yer yer Birinci Kısım'a atıflarda bulunulmakla yetinilecektir.]

İ D A R İ Y A R G I

Bölüm I

HUKUK DEVLETİ

§ 1. KAVRAM

Anayasamız 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin bir... "Hukuk Devleti" olduğunu söyler.

Gerçekten, devlet, bir müessese olarak bugün salt bir otorite kaynağı olmaktan çıkmıştır. Devletin sadece dirlik ve düzenliği sağlamakla yükümlü tutulduğu devirler geride kalmış, devlet, kendisinden hergün, daha çok istenen, daha çok beklenen bir "imkânlar ve hizmetler kaynağı" hâlini almıştır. Derslerimizin birinci kısmında da belirttiğimiz gibi, devletin artan sosyal ve ekonomik fonksiyonları, kamu hukukunu geliştiren ve "Özel hukuku kamulaştırıcı" (yani gittikçe kamu hukukunun alanı içine çekici) bir 'nicelik ve niteliğe kavuşmuştur. Bu yanı, yani devletin gittikçe bir "refah devleti" alması, Hukuku doğrudan ilgilendiren bir sorun değildir. Belki fazla pozitivist olmakla itham edilebileceğiz. Fakat, konumuzun İdare Hukuku ve bu hukukun problemleri olduğunu gözden kaçıramayız. Yeryüzünün gittikçe daralması ve toplumların devletlerle kaynaşması hâdisesi, bizi dolaylı olarak ilgilendirir. Bizi asıl ilgilendiren "Hukuka saygılı İdare" sorunudur ve bu sorunun giriş yolu "Hukuk Devleti" kavram ve prensiplerinden geçer.

"Hukuk Devleti" veya "Hukuka bağlı Devlet" yukarda sf. 13 ve devamında, hızlı bir gözgeçirme ile anahatlarını çizmeğe çalıştığımız "İnsanların, içinde yaşamadan edemeyecekleri toplumdaki siyasî (=yönetici) otoritenin de gene insanlar gibi toplumun hukuku ile bağlı kılınması yolundaki fikrî çabalarının", çeşitli faktörlerle gelişen Kamu hukuku tekniğinde, pozitif bir mekanizmaya ulaşmış şekli olmaktadır. Bugün artık kanaatimizce Devletin üstün otoritesinin Hukuka riayetinin sağlanması için yapılacak şey, bir takım nazariyeler icat etmek değil, bu pozitif hukuk mekanizmasını kurmaktır. Bunun da ilk şartı Organlar, Fonksiyonlar ve Hukukî İktidarlar ayrımını, devletten beklenen faaliyet ve

hizmetlerle uyumlu bir biçimde tesis etmek ve özellikle yargı denetimini devletin tüm organlarına teşmil eylemektir.

Aceba salt böyle bir denetimle "Hukuk Devleti" gerçekleşir mi ? Yoksa başka şartları da var mıdır ? Diğer bir deyimle, Hukuka riayeti kesin, kapsamlı ve otoritesi tartışılmaz bağımsız bir yargının denetimiyle izlenecek olan Devletin uyacağı bu Hukukun bazı nitelikleri haiz olması şart değil midir ?

Fakültemizde İdare hukukunu kendisinden okuduğumuz ve ondan sonraki meslek hayatımızda, yakın iş birliği içinde kendisinden pekçok yönde feyz aldığımız seçkin hocamız rahmetli Prof. Tahsin Balta, böyle bir yargısal denetim gereğiyle yetinmemekte, devletin uyacağı Hukukta da bazı nitelikler aramaktadır. Ona göre: a/ Hürriyetlerin ve koruyucu temel hakların güvene bağlanması, b/ Kanunların "genelliği" nin sağlanıp korunması, c/ Kazanılmış haklar'a saygı gösterilmesi, d/ İdarenin Hukuka bağlı kılınması, e/ Bu bağlılığın yargısal denetimle gözlenmesi, f/ Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmaları ve g/ Haksız olarak verdiği zararların dolaylı Devletin malî sorumluluğunun tesisi şarttır. (İd.Huk.I,1972,sf.106 vd). Bu temennilere, Anayasa Mahkememizin Hukuk Devleti anlayışını ifade eden şu beyanlarını da eklemek mümkündür (K.n. 63/243. 11/10/1963. Kararlar Derg. 1, sf.348):

" Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde Hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, kanun koyucu organ da dahil olmak üzere devletin bütün organları üstünde Hukukun mutlak bir hâkimiyeti hâiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve Hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira Hukukun da üstünde, kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşrû olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur.

" Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun, Hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını Hukuk Devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir. "

Anayasa mahkememiz diğer bir kararında da " Demokratik Hukuk Devleti ilkesi, Hukuka bağlı, istikrarlı ve gerçekçi bir hürriyet rejimini ifade eder" demektedir (K.63-83. 8/4/1963. Anayasa M.Kar.Derg.I,165. Aynı sayı, sf.173, 179).

Görüldüğü ki, bir Devletin, Hukuk devleti olabilmesi için yalnız Hukuka riayeti yetmemekte, riayet edeceği Hukukta da bazı özellikler aranmaktadır. Bu özellikler "Demokratik Hukuk Devleti" nin özellikleridir.

Şimdi, böyle "demokratik bir hukuk" veri'sinden sonra gerekli olan nedir ?

Burada aranan, yukarda da belirttiğimiz gibi "Devletin bütün faaliyetlerinde Hukukun hâkim olması" (*), "... bütün faaliyetlerin Hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak mekanizmalar, yargı organlarıdır... (Anayasa)... bütün devlet faaliyetlerini, kaideler iyerarşisi içinde kazaî murakabeye tâbî tutmuş..." tur. Bu arada "... Yasama organının faaliyetleri... Anayasa mahkemesinin kazaî denetimi altındadır" (**).

Tüm devlet faaliyetlerinin yargısal denetime tâbî tutulmasından başka, Hukuk Devletinin sağlanmasını mümkün kılacak bir yolun bulunmadığına, yüzyılımızın bütün Hukuk bilginleri müttefiktirler.

(* Anayasa mahk. K.65/40. 26/9/1965. Resmî Gaz. 25/7/1967, sf.3, sütun 2.

(**) Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporundan. Kâzım Öztürk:T.C. Anayasası, C.I, sf. 605.

Unlü Léon Duguit (=Dügi) şöyle diyor "-Yaşlandııkça daha kuvvetle inanıyorum ki bir toplumda en büyük gücü ellerinde tutanların faaliyetlerine konulacak hukukî sınırlamanın sağlam dayanağını pozitif bir biçimde tesis edemedikleri sürece, bütün hukukî spekülasyonlar boşunadır" (Traité, 3.éd.I,65).

Devletin, Hukuku koyan olduğunu, binnetice onu, kendi koyduğu Hukuka uymaya zorlamanın mümkün olamayacağını, fakat Devletin bizzat ve kendi kendine, kendi isteğiyle, kendisini sınırlayarak ve frenleyerek Hukuka riayet edeceğini (=Auto-limitation teorisi) söyleyen Alman Hukukçularına da şu cevabı veriyor "... bu sınırlama, ne kadar bilgince deyimlerle ifade edilirse edilsin, basit bir şaka'dan öteye geçmez; zira bir kimsenin kendi kendisi için bir yüküm koyması ve sonra da, istediği zaman, istediği gibi bundan kendisini kurtaramaması, "yüküm" sayılmaz" (Aynı, sf.652).

Gerçekten oto-limitasyon (=Kendi kendini sınırlama) teorisinin katıyen teminatlı bir sonuç vermediği bilinir. O halde, "yargı denetiminden" başka çıkar yol yoktur.

Ancak bu yargısal denetimin kurulmasında ve işletilmesinde, bazı esasların yeni bir görüşle anlaşılması icabeder:

Evvelâ "Devlet" in hukuka riayeti meselesini "devlet organlarının hukuka riayeti" olarak anlamalıdır. Bunu yapabilmek için de ilkin, "Kuvvetler ayrımı" denilen ve bizim hayli tahliline çalışmış olduğumuz (sf.40 ve dev.) teori, devletin yapısında ve faaliyetinde yer almalıdır.

Sonra bu organlar arasında bir üstünlük-tâbî'lik münasebeti değil, devleti kurma ve yürütme bakımından bir "işbölümü" söz konusu olduğu kabul edilmelidir. 1961 Anayasasının "Yürütme" ye karşı ne kadar tedbirli olduğunu anlatmışım (sf. 55 ve dev.). Yürütme (=İdare) nin, kanunlar çerçevesinde görev yapacağını, yetkilerinin ise Yasama ve Yargı gibi aslı olmayıp "müstak-dérivé" olduğunun Anayasada ve Gerekçe-de belirtilmesine bir itirazımız bulunmadığını söyleyebilelim; fakat siyasal toplumda (=bütün tipleriyle ve tekâmülüyle devlet'te) Yürütme'nin Yasamadan daha eski olduğunu, inisiyatif (=teşebbüs) sahibi tek organ bulunduğunu ve diğer önemli niteliklerini gözden uzak tutmayalım. Yargı ile Yasama kıyaslanınca da, yargı fonksiyonunun, Yasamadan daha eski olduğunu, Hukukun kendi kendine teşekkül edebilmesine rağmen, her toplumda ve her çağda Yargı'nın mutlaka ferdî faaliyetleri gerektirmiş bulunduğunu inkâr etmeyelim. Yargı, toplumların gelişmesinde, aile'den başlar. Toplum düzeninin korunması ise, ihlâllerin izalesinden ziyade, önlenmesiyle mümkün olur. Bir tek "âsâyiş" (=dirlik, düzenlik) ve toplumu dış saldırıdan koruma bile İdarenin "âsâyici" (=préventif) fonksiyonuyla, "önceliği" ni tesbite yeterlidir.

O halde, hiç değilse, modern devlette, bu üç fonksiyon arasında, en azından, her birinin ayrı ayrı elzem olduğunu, demokratik hukuk rejiminde organik doğurganlığın (=diğer organlara doğurma gücünün) Yasamaya verilmiş bulunmasına bakarak, bu organik doğurganlıktan bir altlık-üstlük ilişkisi çıkarmamanın, böyle bir ilişki yerine "işbölümü" ilişkilerini kabul etmenin gerekli bulunduğunu kabul etmelidir (*).

Böyle bir işbölümü esasından gidildiği takdirde, devlet organlarının karşılıklı etkileri de kaloyca anlaşılır ve tüm bu organların, nihayet, Anayasa mahkememizce de belirtildiği gibi, yazılı Hukukun da üstünde varlığı kabul edilen yazısız ama daha etkin Hukuk ilkelerine riayetleri gerektiği kolay kabul edilir. "Temel norm" kavramı (sf. 22 vd) bu anla-

(* Özellikle Anayasa Mahkemelerinin kurulmak istendiği veya Anayasaya aykırı kanunları "ihmal" değil fakat açıkça "iptal" yetkisinin bir yüksek mahkemeye verilmek arzulandığı hemen her memlekette, kısa bir süre, "Kanun millî iradenin ifade ve beyanıdır; mahkemeler kanunlarla kurulmakta ve kanunlarla görevlendirilmektedirler; mahkemenin, kendisini yaratan kanunları yapan organın öteki iradelerini iptale yetkili kılınabileceği nasıl kabul edilebilir ki..." yolunda itirazlar işitilmemiş değildir. Üstelik Yasama organının Anayasa yapma veya yapılmış Anayasayı tâdil etme yetkilerinin bulunduğu memleketlerde bu itirazlar daha da uzun sürmüştür.

§ 2. YARGISAL DENETİMDE İLKELER

Yargı, Hukuk devletini gerçekleştirebilmek için Yasamayı ve İdareyi denetleyecektir. Fakat Yargı'yı kim denetleyecek ?

Anayasa mahkememiz bu soruyu bir kararında kısaca şöyle cevaplandırıyor "Anayasamız, Hukuk devleti ilkesini benimsemiş olması dolayısıyla yasama işlemlerini ve idare işlemlerini yargı denetimine ve yine alt mahkemelerin kararlarını da, kural olarak, yüksek mahkemelerin denetimine bağlı tutmuş ise de, yüksek mahkeme kararları için başka bir denetim yeri öngörmüş değildir" (K.69/34. 12/6/1969. Res.Gaz.29/1/1970).

Verilmiş kararlar bakımından bu gerçekten böyledir. Hattâ Anayasa, 132 nci maddesinde Yasama organının da, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirtmiştir.

Fakat yargı organı üzerindeki denetim, kararların itti hazından sonra bu kararlar üzerinde bir denetim şeklinde tecelli etmesi de, gerek bu organın kuruluşu, gerek izleyeceği usul, gerek yargı görevlilerinin statüleri, yargı organının denetlenmesine hacet bırakmayacağı düşünülen en gelişkin biçimde düzenlenmiştir. Kısaca Yargı, organ olarak oluşumu ve faaliyeti itibarıyla öyle esaslara bağlanmıştır ki, buna rağmen olabilecek Hukuk aykırılıklarına "katlanmaktan" başka çâre kalmamaktadır. Bu aykırılıkların katlanılmaz bir hâl alması ise, bir Anayasal sorun olarak ortaya çıkar ve devletin hayatıyeti söz konusu olur. Devlet hayatında Hukuku en iyi bilen, neyin hak ve neyin bâtıl olduğunu en iyi ayırma mevkiinde bulunan mahkemedir; mahkemenin bu ayırma yapmaması -onun üzerinde bir denetimin bulunmaması nedeniyle- devletin diğer organlarının hukuku ihlâllerine hiç benzemez; bu, doğruca, Devlet gemisinin dengesini bozar.

Gerçekten, evvelce de belirttiğimiz gibi (sf. 49) devlet içinde, birisi, Hukukun son sözünü söyleyecektir ve bu otorite, bir yerde, doruğuna ulaşacaktır. Bunun, başka türlü olabildiği bir devlet düzeni düşünemeyeğe imkân yoktur.

İşte bu nedenledir ki, Hukuk, denetimsiz bıraktığı Yargı organı için başka organlardan çok daha gelişmiş tedbirler almak lüzumunu hissetmiştir:

1/ Yargısal usuller, hiçbir devlet tasarrufu için öngörülmedik bir ayrıntıda düzenlenmiştir.

2/ Hâkimler hiçbir iyerarşiye tâbî değildirler; bu suretle de kim-seden emir, talimat almazlar.

3/ Hâkimler, azlolunamazlar. Kendileri istemedikçe emekli edilemezler. Mahkeme veya kadro kaldırılrsa da, aylıklarından yoksun bırakılamazlar.

4/ Hâkimler, kanunda belirtilenlerden başka genel ve özel hiçbir görev alamazlar.

5/ Denet mahkemelerinde (=yüksek mahkemelerde) kararlar, kurul hâlinde verilir.

Bu esaslar içinde -ayrıntılılarına girmemiz gerekmeyen- düzenlemelerle, Yargı organının başkaca tesisi mümkün olamayacak bulunan "denetlenmesi" yerine, böyle bir denet ihtiyacını gerektirmeyebilecek bütün tedbirler düşünülmüştür. İnsan aklı, Yargı'nın Hukuka uygunluğunu sağlama yolunda bundan öteye tedbir bulamamıştır.

Diğer organların denetimine gelince:

Yasama'nın Hukuka riayeti Anayasa mahkemesinin denetimine tâbî tutulmuştur. Bu denet kanunlar, içtüzükler, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması konularındaki yasama tasarruflarının Anayasaya uygunluğunu denetleyecektir. Diğer görevleri üzerinde durmuyorum; çünkü onlar, Yasama organının denetlenmesiyle ilgili değildir.

Yürütmenin hukuka riayetinin denetimi "kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda" Danıştaya verilmiştir (Anayasa, mād. 140).

Bu madde hükmüyle kasdedilen şey, Anayasa gerekçesinde ifade edildiği gibi, sadece ilk derece idare mahkemelerinin kuruluşunu mümkün kılmaktan ibaret değildir. Yukarıya aldığımız hükümde "kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konular" ibaresinde geçen "başka idarî yargı mercii" deyimi, münhasıran, birinci derecedeki idare mahkemelerini (ki henüz kurulmamışlardır) kasdetmiş olamaz. Zira özel hukuk ihtilâflarını halledecek olan "Adliye mahkemeleri" ne karşılık, Anayasamızca gerek 1961 deki hükümleri, gerek 1971'de 1488 sayılı kanunla yapılan tâdili müteakip mevcut hükümlerle tesis edilmiş bulunan ve kamu hukukundan doğacak ihtilâfları halletmekle yükümlü başka yargı düzenleri (=yargı yolları = ordre juridictionnel) de vardır:

1/ Seçimlerden doğacak ihtilâfların çözümü, doruğunu Yüksek Seçim Kurulunun teşkil ettiği özel bir seçim yargısı'na bırakılmıştır.

Anayasanın 75 inci maddesine göre Seçimler, "yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılırlar" (mad. 75). "Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi, Yüksek Seçim Kuruludur" (aynı).

26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı "Seçimlerin genel hükümleri ve seçmen kütükleri" hakkındaki kanuna göre, seçimler aşağıdan yukarıya doğru Sandık Kurulları, İlçe Seçim Kurulları, İl Seçim Kurulları ve Yüksek Seçim Kurulunca yürütülür. Sandık Kurullarında yargıç yoktur. Fakat bunlar, oy verme işleri hakkında ileri sürülecek itirazları incelemek ve bur karara bağlamak yetkisine sahiptirler (K.no.298/71,3). Bu kararlardan itiraza uğrayanları derhal ilçe seçim kurullarına gönderirler (f.4).

İlçe seçim kurulu, ilçenin en yüksek dereceli yargıcının başkanlığında altı üyeden kurulur. Seçimlerin yürütülmesine ilişkin çeşitli idarî görevlerinin yanı sıra "Sandık kurullarının teşekküllerine, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılan itirazları inceleyerek karara bağlamak" vardır (mad. 18, 20/4).

İl Seçim Kurulu ise tamamen yargıçlardan teşekkül eder. İl merkezindeki en yüksek dereceli üç yargıçtan kurulur. Siyasî partiler, bu kurulda birer temsilci bulundurulur, fakat bu temsilciler oy kullanamazlar. Bu kurulun da daha çoğu idarî olan görevlerinin yanında "İlçe seçim kurullarının teşekkülüne, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılan itirazları inceleyerek derhal karara bağlamak" gibi, yargısal olduğu söz götürmez görevleri vardır. (mad.15, 16, 17).

Yüksek Seçim Kuruluna gelince, bu da tamamen Yüksek yargıçlardan teşekkül eder. Altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca, kendi üyeleri arasından gizli oyla seçilen onbir yüksek yargıç, bir başkan ve bir de başkan vekili seçerler. Bunların arasından ikişer yedek üye ayrılırlar. Bunlar ad çekme ile belirlenir.

Yüksek Seçim Kurulu, böylece bir başkan ve 6 üyeden kurulur.

Seçimlerin yürütülmesine ilişkin çeşitli idarî işlerin yanı sıra, Anayasanın 75 inci maddesinde ifade edildiği gibi, alt kurulların teşekkülleri dahil olmak üzere, seçimle ilgili bütün itirazları ve işlemleri inceleyerek kesin karara bağlamak Yüksek Seçim Kurulunun görev ve yetkisi içindedir.

Bu kararlar aleyhine başvurulabilecek bir başka merci yoktur. Bu kararlar "kesin hüküm" (=muhkem kazıye) teşkil ederler.

Daha önce milletvekillerinin seçim tutanaklarının kabul veya reddi konusunda kesin karara bağlanması TEMM'ne ait olan yetki ve seçimlere ilişkin sair ihtilâfların Danıştayda halli, bu suretle müstakil bir yargı düzeni ile Yüksek Seçim Kurulunun denetimine ve nihâî kararına bağlanmıştır.

Seçim yargısının da bir "idari yargı" olduğu söz götürmez. Seçimleri yürütmek ve neticelendirmek, devletin hiç kuşkusuz, idari faaliyetleri arasındadır. Tahaddüs eden ve kesin hükme bağlanan ihtilâflar; böyle bir idari faaliyetten doğmaktadır.

2/ Genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleriyle mallarını, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek Sayıştay'a verilmiş bir görevdir (Anayasa, mad.127).

Sayıştay, bu denetlemesi esnasında, işlemlerini gözden geçirdiği sorumluların malî sorumlulukları hususunda "kesin hüküm" tesisine yetkili kılınmıştır.

Sayıştay, idari olan işlemlerinin yanısıra, yargısal yetkilerle de donatılmış bulunuyor. Sayıştay başkan ve üyeleri, yüksek hâkimlerinkilerle aynı teminatlarla sahip bulunmaktadırlar. Sayıştayın yargısal görevini yerine getirebilmesi için bir "Savcılık" bölümü de vardır. Devlet dairelerindeki Gelir saymanları, Gider saymanları ve mal saymanları, sorumlu görüldükleri takdirde Sayıştay tarafından yargılanarak tazminata mahkûm edilebilirler.

Sayıştayca nihaî derecede verilecek bu gibi malî mahkûmiyet kararları aleyhine Danıştaya başvurulup vurulamayacağı 1961 Anayasasından önce, zaman zaman tereddüt edilen bir konu olmuştur. Danıştaydan bu hususta çıkan çelişik kararlar karşısında İçtihadın Birleştirilmesine gidilmiş ve 1939 yılında ittihaz edilen "İçtihadı Birleştirme" kararıyla (K.39/98. 28/4/1939.-Danıştay Kar.Derg.25/23) Sayıştay Genel Kurulu kararlarına karşı Danıştaya başvurulamayacağı ilkesi kabul olunmuştur. Fakat ondan sonra, Danıştayda, içtihadın tekrar değiştiğini görmekteyiz (Örnek:Dava D.U.H. K:55/107. Kar.Derg.72/20). 1961 Anayasasından sonra da Danıştay, Sayıştay kararlarına karşı açılan davaları, Sayıştayın varlığına, görev ve yetkilerine ilişkin Anayasa hükmünün (127 nci madde) Anayasanın "Yürütme" bölümünde yer alması, "Yargı" bölümünde Sayıştaydan bahsedilmemiş olması, 127 nci maddenin Kurucu Meclisteki müzakereleri sırasında vâkî beyanların da Sayıştayın bir mahkeme sayılmadığını ifade etmesi, Sayıştayın yargı organları bölümüne ithali hususunda verilen bir önergenin reddedilmesi neticesinde Anayasa yapıcısının Sayıştayı bir yüksek mahkeme kabul etmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle, Sayıştay işlemlerinin idari nitelikte olduğuna ve binnetice Danıştayın denetimine tâbî bulunacağına karar vermiştir (3.D. K.62/1810, 27/3/1962. Akural-Ziyân, sf.25). Ancak, bundan sonra Anayasa mahkemesi, 21 Şubat 1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay kanununun 45 inci maddesinin son fıkrasındaki "Sayıştayca verilen ilâmlar aleyhine Danıştaya başvurulamaz" hükmünün iptali için Danıştay başkanlığı tarafından açılan davayı, Anayasanın 127 nci maddesinde Sayıştayın "kesin hüküm" verme yetkisi bulunduğunun belirtilmesi ve "kesin hüküm" lere karşı da başkaca idari veya yargısal herhangi bir mercie başvurmamanın mümkün olamayacağı gerekçesiyle ve mezkûr maddé fıkrasının Anayasa ya aykırı olmadığı hükmüyle sonuçlandırmıştır. (Anayasa mahk.K.69/6, 16/1/1969.- R.G. 17/4/1970).

O halde, Sayıştay da bir yüksek İdare mahkemesi olmaktadır.

3/ 1961 Anayasası yargıçların teminatını, öngördüğü bütün anlam ve kapsamlıya gerçekleştirmek üzere, yargıçların özlük işleri (atanmaları, terfileri, nakilleri, tecziyeleri, maaş ve ödeneklerinin tesbiti gibi konularda) karar verme yetkisini Adalet bakanlığından almış ve bir Yüksek Hâkimler Kurulu tesis ederek buna vermiştir. Yüksek Hâkimler Kurulunun başkanı, bölüm başkanları ve üyeleri 1971 yılına kadar, daha geniş bir hâkimler çevresince seçilmekteydi. 1971 yılında 1488 sayılı kanunla Anayasada yapılan değişiklik sırasında bu kuruluşun seçimi de değiştirilmiş ve Yüksek Hâkimler Kurulu başkanlıkları ve üyelikleri, Yargıtay Genel Kurulunda kendi içinden seçileceklere inhisar ettirilmiştir.

1961-1971 Arasında, Yüksek Hâkimler Kurulunun bu özlük işlerine ait kararları aleyhine Danıştaya başvurulabiliyordu. 1971 değişikliklerinde, bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamayacağı açıkça Anayasa

hukmü haline getirilmiştir. Özlük işlerine ilişkin kararların, maddî mahiyetleri itibarıyla idari nitelikte bulunduğu muhakkaktır. Ancak, Anayasanın değişen hükmü karşısında, bunlar, hukuk tekniği bakımından birer muhkem kazıye hâlini almaktadır. Yani, bir ihtilâf üzerine yapılan gözlem sonucunda ittihaz edilmiş kararlardan olmasalar da, "Hukukun son sözü" niteliğini almaktadırlar. Gerçi yargı yolu Anayasa ile kapatılmış, Yüksek Hâkimler Kurulu Anayasadaki yüksek mahkemeler arasında zikredilmeyerek görevinin "özlük işlerine" inhisar etmekte bulunduğu belirtilmiş, kararlarını ittihaz da herhangi suretle bir "usul-ü muhakeme" söz konusu olmamış ve bu kuruluşun ancak hâkim teminatını gerçekleştirecek bir tedbir olarak Anayasada yer aldığı ve binnetice "idari" mahiyette görev ifa eylemekte olduğu kimsenin itirazına uğramamıştır, ancak, "son söz" söyleyebileceği de belirtilmiştir. İdari bir faaliyetin icrasına ilişkin tasarrufların aslında idari sayılmaları lâzımdır. Bu takdirde, yargıçların özlük işlerinin yürütülmesi konusundaki bu idari faaliyet, yargısal denetimsiz kalmakta, veya böyle bir denetime hacet bulunmadığı kanısı hâkim geliyorsa, o zaman da, Yüksek Hâkimler Kurulu, bizzat bir yüksek mahkeme olmaktadır.

İdare'nin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu açık olduğu hususundaki daha tümel mahiyetteki ilkeye (mad.114/1) bir istisnanın tesis edildiği fikrini kabul etmektense, biz, bizzat Yüksek Hâkimler Kurulunu bir yüksek mahkeme olarak kabul etmeyi ehven buluyoruz,

4/ Askerî Yargıtay, 1961 Anayasasından önce de bir yüksek mahkeme idi. Zira, askerî ceza işleri (bir ara da asker kişilerin özlük işleri) birer dava olarak birinci derece askerî mahkemelerde görülmekte ve temyizen Askerî Yargıtaya intikal ederek, bu yüksek mahkemenin aynen sivil Yargıtayın fonksiyonuna paralel olan fonksiyonu ile, kesin hükme bağlanmaktaydı.

1961 Anayasası, 1924 Anayasasında yer almamış, fakat kanun hasebiyle mevcut bulunmuş olan Askerî Yargıtay'ı "Yüksek Mahkemeler" arasında saymış (mad.141) ve ona Anayasal bir müessese niteliğini vermiştir.

1971 yılında Anayasada yapılan değişiklikler sırasında, asker kişileriyle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimini yerine getirmek üzere bir "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi" tesis edilmiş (mad. 140/6) bulunmaktadır.

Anayasanın bu hükmüne dayanılarak 4/7/1972 tarihinde 1602 sayılı "Askerî Yüksek İdare mahkemesi kanunu" kabul olunmuştur.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşunda, Danıştay ile paralellik muhafaza edilmiştir. Arada mevcut olan farklar, esasa müessir değildir.

Kanun bu Yüksek mahkemenin "bağımsız" olduğunu teyid etmekte, mahkeme başkanı, ikinci başkanı, baş kanunsözcüsü, daire başkanları ve üyelerinin Anayasada yüksek hâkimlere sağlanmış olan teminat altında hizmet göreceklarini belirtmektedir (mad.1, 4).

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi bir başkan ve yedi üyeden kurulan üç daire ile Daireler Kurulu, Başkanlar Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ve Genel Kuruldan, Genel Sekreterlik ve Baş Kanunsözcülüğünden mürekkeptir.

Bu mahkemenin üyeleri a/General, amiral ve albay rütbesindeki subaylarla b/En az albay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkimler arasından seçilirler.

Askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, Genel Kurulun göstereceği üç aday arasından; hâkim sınıfından olmayan üyeleri de Genelkurmay başkanlığında gösterilecek üç aday arasından Cumhurbaşkanı seçer ve Millî Savunma Bakanı ve Başbakanın da imzalayacağı kararnamelerle tâyin eder.

Her dairede üye çoğunluğunun askerî hâkimlerden olması şarttır. İkinci başkan ile Baş kanunsözcüsünün de askerî hâkim olması lâzımdır. Dairelerin başkanlığını ise, üyelerin en kıdemlisi yapar.

Askerî hâkim olmayan üyelerin görev süresi üç yıldır. Baş kanunsözcüsü başyardımcılığına ve kanun sözcülüklerine askerî hâkimler tâyin

edilir.

Daireler Kurulu, her dairenin başkan ve üyeleri arasından en kıdemli ikişer askeri hâkim ile en kıdemli ve hâkim sınıfından olmayan birer üyeden kurulur.

Genel Kurul mahkeme başkanı, ikinci başkanı, Baş kanunsözcüsü, daire başkanları ve üyelerin tamamından teşekkül eder.

Başkanlar Kurulu, başkan, ikinci başkan ve daire başkanlarından oluşur.

Yüksek Disiplin Kurulu ise genel kurul ile -üyeler hariç- aynı kompozisyondadır.

Yargı fonksiyonu bakımından Genel Kurul, sadece içtihatları birleştirir veya birleştirilmiş içtihatları değiştirir. Somut davalara bakmaz.

Yüksek Disiplin Kurulu ile Başkanlar Kurulunun da yargısal görevleri yoktur.

Davalar, daireler arasında bölüştürülmüştür. Daireler Kurulu da, yargısal yetkilerle donatılmış olup, Danıştaydaki gibi, münferit dairelerin kararları üzerinde denet makamı değildir; ancak bunlar arasında çıkan görev ve yetki uyumsuzluklarına bakar. Bunun haricinde birden fazla dairenin aynı zamanda görevine giren davalar, Bakanlar Kurulu kararları aleyhine açılan davalar, Danıştaydan alınmış mütalâalar üzerine tesis edilen işlemler ve bunlara göre yapılmış eylemler dolayısıyla açılan davalar, Mahkeme başkanı veya baş kanun sözcüsünün, prensibe taallük eden hususlarda bu Kurulca görülmesini istediği işler Daireler Kurulunca görülüp karara bağlanır.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üç dava türü kabul etmiştir: iptal, tam yargı ve Yorum (=Tesbit) davaları. Ancak, Danıştaydan alınacak mütalâalar üzerine tesis edilen eylem veya işlemler dolayısıyla açılacak davalara da bu mahkemede (daireler Kurulunca) bakılacağı belirtildiğine göre, bu yoldan, idarî sözleşmelerle ilgili tam yargı davalarının da bu mahkemeye intikalleri mümkündür.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin daireleri ile Daireler Kurulunca verilen kararları kesin olup, kesin hükmün bütün sonuçlarını hasıl eder. İdare, Anayasanın 132 nci maddesi gereğince, bu hükümlerin gereklerine göre işlem veya eylem tesis etmeğe mecburdur. Bu mecburiyete uymayan İdare aleyhine, gene bu mahkemede tam yargı davası açılabilir.

Bu mahkemede de dava açma süresi, ayrıca hüküm bulunmayan hallerde 90 gündür.

5/ Nihayet, İdarenin denetiminde görevli yargı yolunu tayin ve hüküm uyumsuzluklarını gidermek bakımından Uyuşmazlık Mahkemesinin fonksiyonuna da değinmek gerekir. İlerde daha ayrıntılı olarak ele alacağımız bu mahkeme, Danıştayın 1927'de faaliyete geçmiş olmasına rağmen ancak 1945'te kurulabilmiş, bu arada 18 yıl, bu mahkemenin yapacak olduğu göreve ihtiyaç duyulmuştur. Gerçekten adliye mahkemeleriyle idare yargısı arasında görev ayrımını belirten ilkeler, ancak kanunla tesbit edilebileceğine göre, belli bir soyutluk düzeyinde kalmaya mecburdurlar. Kaldı ki bu düzeye fazla bağlanılmadan, şekli bir kanun kavramı kabul edilerek olabildiği kadar somut ihtilâflara yaklaşılmaya çalışılrsa da, gene bir kuralın tahammül edebileceği azamî somutlukla dahi çizilmesi mümkün olmayan sınırlar parçaları kalabilecek ve mutlaka, somut, belli ihtilâflarda yargı görevinin ferden tayini gerekecektir. Bundan başka, esasına hükmedilmesi gereken ihtilâflar da olabilecektir. O halde Uyuşmazlık mahkemesi, birden ziyade yargı yolunun bulunduğu her memlekette lüzumlu bir kuruluştur. Ancak bu suretledir ki İdarenin herhangi bir ihtilâfta denetimsiz kalmaması ve denetildiği zaman da, ona uygulanması gereken Hukukun hangisi olacağının tesbiti imkân dahilinde girer.

Ancak bu suretle, yani sadece yargısal denet organlarının tesisleriyle İdarenin hukuka tam bir riayeti sağlanabilir mi? Bütün hukukçular birleşirler ki, bu kadarı "gerekli" fakat "yeter" değildir.

Sadece denet organlarının kuruluşu yetmez, bundan başka denetin tam bir yaygınlığının olması ve ayrıca derinlik kazanması lâzımdır.

Denetin yaygınlığından maksat, İdarenin bir kısım eylem veya işlemlerinin denet dışında tutulmamasıdır.

Bu önemli bir sorundur. Zira idarî yargı bulunan birçok memleketlerde, zaman zaman bu denetin iki yoldan kısıldığı görülmüştür:

1/ Birincisi, kanunla, bu denetimi sınırlamak ve bazı tasarrufları denet dışında tutarak, bunların aleyhine açılacak davaların görülmeceğini kanunla belirtmektir. Memleketimizde bu tabiiyet vâki olmuştur. Emekli Sandığı kanununun 39 uncu maddesinin "Re'sen emekliliği" (Bk. sf.131) öngören hükmüne, bu türlü emeklilik kararları aleyhine yargı yoluna başvurulmayacağı hükmü 1954'te ilâve edilmişti.

Diğer bir örnek olarak 1954 yılında çıkarılan "Bağlı buldukları teşkilât emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılacaklar hakkında" ki 6435 sayılı kanunu gösterebiliriz. Bu kanuna göre hâkim, subay, astsubay ve askerî memurlar dışında, umumî, mülhak ve hususî bütçeli idarelerle belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlardaki memurlar, tayinlerindeki usûle göre bağlı oldukları bakanlık veya kuruluş "emrine alınarak" hizmetten uzak tutulabilirler ve altı ay içinde kendilerine yeni bir görev verilmeyen veya verileni reddedenler memuriyet statüsünden de uzaklaştırılırlar, emeklilik hakkına kazanmış bulunurlarsa emekli edilirler, bulunmamış olurlarsa kendilerine "toptan ödeme yapılarak ilişkileri tamamen kesilirdi. Bu altı aylık süre içinde de, 15 yıldan az hizmeti olanlara 1/4, 15-20 yıl hizmeti olanlara 1/3, daha fazla hizmeti olanlara da yarım maaş ödenirdi.

Bu kanunun 3 üncü maddesi, bu nevi karar ve muamelelerden dolayı gerek İdare, gerek şahıslar aleyhine "hiçbir idarî ve adli kaza mercisine müracaat olunamaz" hükmünü koymaktaydı.

Gerek re'sen emeklilik, gerek Bakanlık veya kurum emrine alma, bir disiplin cezası değildir. O halde memurun herhangi bir disiplin suçu söz konusu olmamaktadır. Fakat niçin, bu türlü tasarruflar üzerinde yargısal denetim yolu kapatılmıştır ?

Bunun sebebi, İdarenin tasarrufunun, Hukuka uygun olup olmadığının tesbitini önlemekten başka hiçbirşey değildir. Yani, İdareyi, bu iki tasarruf konusunda, Hukuka riayet yükümünden kurtarmaktır. Niçin ? Çünkü İdare, Hukuka aykırı bir tasarruf da ittihaz edebilecektir; ve mesele, bu türlü bir tasarrufu iptalden kurtarmaktır.

Netekim, gerek Emekli Sandığı kanununun mezkûr hükmünün, gerek incelediğimiz şu son hükümlerin tamamen siyasî sebeplerle kullanıldığı görülmüş, fakat birşey yapılamamıştır.

1961 Anayasasının 114 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının, tamamen, şu iki türlü uygulamaya karşı duyulan tepkiden doğduğunu söylemek yanlış olmaz. 114 üncü maddenin 1 inci fıkrası: "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" demektedir.

1971 yılında 1488 sayılı kanunla Anayasada değişiklikler yapılırken, bu hüküm "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" ifadesiyle değiştirilmiş, ancak bu değişiklikle yargı yolunun "hiçbir sebep ve suretle kısıtlanması" nın düşünülemez olduğu da, 1971 değişikliğinin "Gerekçesinde" açıkça beyan olunmuştur.

O halde, Anayasamız, 1961 yılındanberi, Yasama organına, İdarenin yargısal denetimini, bir kanun çıkararak kısıtlamak, bu denetimin kapsamını daraltmak olanağını tanımamaktadır.

Netekim Emekli Sandığı kanunundaki, re'sen emeklilik tasarrufuna karşı yargı yolunu kapayan hüküm Anayasa mahkemesinin 30/1/1963 tarihli kararıyla iptal edilmiş, aynı şekilde 6435 sayılı kanunun 3 üncü maddesi de 14/XI/1962 tarihli kararla iptal olunmuştur.

2/ Anayasanın 114 üncü maddesinde bizzat Danıştay'a da hitap eden bir emir vardır. Bu emir, Danıştayın, açılmış hiçbir davayı, tasarrufun bir "hükümet tasarrufu" olduğu mülâhazasıyla bidayeten reddedemiyeceği yolundadır.

Evvelâ "hükümet tasarrufu" nun ne olduğunu görelim.

Hükümet tasarrufu, hükümet (yâni Bakanlar kurulu) tarafından ittihaz edilmiş herhangi bir tasarruf veya her türlü tasarruf demek değildir. Hükümet tasarrufu, Danıştayın, aşağıda anlatacağımız bazı nedenlerle, aleyhine idarî yargıda dava açılmayacağını kabul ettiği türden bir tasarruftur. Bittabi böyle bir tasarruf dolayısıyla adli yargı mercilerinin de bir dava açılmaz; zira ortada bir özel hukuk sorunu yoktur. O halde, dava mahkemesiz kalır; davacı için başvurulabilecek bir yargı mercii söz konusu olamaz.

Hükümet tasarruflarının bir tanımı yoktur; ancak misalleri gösterilebilir. Bu teorinin mucidi de, İdare hukukunun vatani olan Fransadaki Danıştay (=Conseil d'Etat) dır.

Fransız Danıştayı, kuruluşunu müteakip ve bittabi henüz kuvvet kazanmamış, hattâ yargısal kararlarını birer 'mütalâa' şeklinde Hükümet sunan bir heyet olarak, daha başlangıçta, kuvvetli hükümetlerle çatışmaya girmekten kaçındığı için "siyasî sâik" (=mobile politique) ile ittihaz edilmiş olan kararlar aleyhine şikâyet ve dava yoluna başvurulamayacağı ilkesini benimsemişti.

Siyasî sâik (=siyasal dürtü) târifi kolay olmayan, belirsiz bir kavramdır. Hissedilir, fakat açık seçik biçimde, net olarak tesbit edilemez. Bu, memleketin yüksek sevk ve idaresinde bir mülâhazadır; siyasal sâikle müttehas bir tasarrufta amaç bir hukukî neticinen değil, bir siyasî, yâni yüksek yönetim neticesinin istihsalidir. Aşağı yukarı, buna yakın bir anlamda "hikmet-i hükümet" deymi de kullanılır. Bununla, bir takım kamu hizmetlerini, bunlar ne derece önemli olurlarsa olsunlar, günlük biçimde çevirmenin üstünde, devlet yönetimine içerde veya dışarda bir yön verme'de, en yüksek seviyedeki yöneticilerin göz önünde tuttukları bazı düşünceler, açıklanması yararlı olmayacak bazı sebepler kastedilir.

Bu gibi sebep ve sâiklerin, ittihazında âmîl olduğu görülen tasarruflara karşı, Fransız Danıştayı dava kabul etmeği, bir yandan bu yüksek sevki idareye karışmamak, bir yandan da henüz kendisini kuvvetle kabul ettirememiş bir müessese durumunda bulunduğu bir zamanda, ötedenberi kuvvetli olarak süregelen ve yargısal bir denetime henüz pek alışmamış ve binnetice tahammül gösteremeyebilecek olan hükümetlerle çatışmaya girişmemek için, uygun bulmamıştır. Bu nedenlerle, kendi yargısal denetim alanını 1822 yılındaki Lâfite (=Lâfit) kararıyla bizzat sınırlamış, "aleyhine dava açılması mümkün olmayan bir takım "siyasî tasarruflar" bulunduğunu" ileri sürmüş, bu tür tasarruflara "hükümet tasarrufu" denilmesi o zaman ortaya çıkmıştır.

Ancak hangi tasarrufların bu sözü edilen mahiyette olduğunu târif ve tâyinde müşkülât görülünce, ortaya bir "hükümet etme - idare etme" kıstası sürülmüştür. Buna göre, "hükümet etme", politik yönleri çizme ve idare etme de, kamu hizmetlerini günü gününe çevirmez. Halbuki daha evvel gördüğümüz üzere, böyle iki ayrı fonksiyon yoktur; her iki iş, birbirinden ayrılmaz, aynı organ tarafından (ki hükümetin de idareye ne suretle dahil olduğunu yukarıda anlatmıştık) ve aynı bir "hukukî iktidar" kullanılarak yerine getirilir ki onun sonucunda da "idarî" tasarruflar doğar.

Kısacası, Fransız Danıştayı, hükümetleri, belli konularda denetsiz bırakmayı "icab-ı hâl" e (=yerinde'liğe) daha uygun bulmuştur. Bu denetsizliği de, denetlemek istemediği tasarruflara "hükümet tasarrufu" adını ve niteliğini tanımla belirlemiştir. Ancak zamanla, hükümetin de dahil tutulduğu "geniş idare" üzerinde yargısal denetime alışıldıkça, hükümet tasarruflarının da sayısı azaltılmış ve eskiden denet alanı dışında bırakılanlar, yavaş yavaş Danıştayın görevi içine alınmıştır.

Meselâ, Cumhurbaşkanının "özel af" yetkisini kullanışı, 1947'ye kadar bir "hükümet tasarrufu" sayıldığı halde; o yıl Gambert kararıyla Danıştayın yargısal denetim alanı içinde sayılmıştır. Hâlen Fransada "hükümet tasarrufu" sayılan tasarruflar şunlardır: a/Parlamento ile hükümet arasındaki ilişkilere, b/Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanışına, c/Hükümetin yabancı devletler veya Uluslararası tüzel kişilerle ilişkilerine müteallik tasarruflar.

T.C. Danıştay da bir takım "hükümet tasarrufları" nın mevcudiyetini kabul etmişti. Bunları şöyle sıralamak mümkündür: a/ Hükümetin diğer devletlerle ilişkilerinde ittihaz ettiği "mukabele bilmişil", yâni Devletler hukuku kurallarına göre, başka bir devletin bize tatbik ettiği bir muameleyi aynı kendisine tatbik etme kararları. Örnek: 1935 yılında Romanya hükümetinin, Romanyadaki bazı Türk alacaklarını bloke etmesine karşı, Türkiyenin de Romen alacaklarının harice transferini men etme kararı. b/Güvenlik mülâhazalarıyla bazı kimselerin Türkiyenin bir yerinden başka bir yerine nakli ve orada iskân edilmeleri yetkisini Hükümete veren İskân mevzuatının tatbikine ilişkin kararlar. c/ Yabancıların hangi yabancı devletin tâbiyetinde kabul edilmesi yolunda ittihaz edilen kararlar.

Gördüğümüz gibi, aslında bu tür tasarrufların Danıştayın yargısal denetimine girmesini men eden kanun hükümleri bulunmamaktadır. Ancak, bir noktadan öteye, bizzat yüksek mahkeme, "idari takdirlerin dışında" kalan bazı tasarrufların mevcudiyetini kabul etmekte ve bunlara karşı açılan bir davayı, bîdayeten, yâni işin esasına girmeksizin, "görev" yönünde reddetmekte, bu tür tasarrufların yargısal denetime tâbi tutulacak "idari" tasarruflardan olmadığını, -halbuki kendi görevinin "idari tasarrufların denetimi" olduğunu ileri sürerek davayı iptidaen kabul etmemekteydi.

Anayasamızın 114 üncü maddesi İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu açık tutmak ve Bakanlar kurulu da İdare'den (gerek yapısal, gerek fonksiyonel bakımdan) sayılmakla hükümet tasarrufları kategorisi, memleketimizde 1961'de ortadan kalkmış olmaktadır. Ancak, Danıştay, açılan davaları bu sefer bîdayeten değil, fakat Hükümetin takdir yetkisini kanunî bir şekilde kullandığını kabul ederek, esastan elbet reddedebilir. Bu husus, Danıştayın, takdir yetkisinin varlığını ve kullanılmasını tesbit için tesis edeceği ölçülere bağlı kalır.

Denetimin derinliğinden maksat, yargı organının, görmekte olduğu bir davada re'sen tahkik yönünden hâim bulunacağı salâhiyet derecesidir.

Bildiğiniz gibi mahkemeler iki türlü "tahkik" imkânıyla donatılabilirler. Birincisi: tarafların iddiaları ve delilleriyle ve defi'leriyle bağlı, bunlarla sınırlı bir tahkik tarzıdır ki hukuk mahkemelerinin yargılama usûlü, bu esaslara göre kurulmuştur. Mahkeme, kendisine sunulan delillerden başkasına kendiliğinden el atamayacağı gibi, defi ve itirazların çürütülmesi de taraflara bırakılmıştır. Davacı, dilerse davasını takip de etmeyebilir. Hukuk mahkemeleri "ultra petita" (=talebin üstünde, talebi aşan) hükümler de veremezler. Bir kimse 100 liralık bir alacak iddiasında ise, 101 liraya hükmedilemez.

Çeza mahkemeleri ise bunun aksine, inquisitorial (=re'sen tahkik-enkizitoryâl) bir tahkik usûlüne sahiptirler ve hem ultra petita, hem extra petita (=talepten başka bir şeye) hükmedebilirler.

İdarî yargıda, tahkik usûlü ve yetkileri, bu iki tür'ün arasında sayılabilir. İptal davalarında idarî yargı organları, bir ceza mahkemesi gibi hareket ederler. Tarafların iddia, defi, itiraz ve delilleriyle bağlı değildirler. Her türlü inceleme ve araştırmaya re'sen karar verebilir, dava ile ilgili her türlü resmî bilgi ve belgeleri isteyebilirler. Ultra petita hükmedebilmek imkânları vardır. Meselâ davacı bir tasarrufun iptalini talep ettiği halde, Danıştay, onun "yokluğuna" da hüküm verebilir. Tasarrufun iptalini isterken, davacının, o tasarrufu "mevcut" fakat sakat kabul ettiği ortadadır. Danıştay ise, tasarrufun mevcut bile olmadığına hüküm verebilir.

Danıştayda, bir davanın dâvaçı tarafından takibi gereği de yoktur. Davayı açmak kâfîdir. Davalının verdiği cevapları cevaplandırmak veya duruşma yapılacaksa duruşmada hazır bulunmak mecburî değildir. Açılan dava, Danıştayın "re'sen tahkik" usûlüne sahip olması nedeniyle yürür ve sonuçlanır.

Bu usûl, İdarenin yargısal denetimine derinlik vermekte ve Hukuka bağlı İdare, en geniş ölçüde gerçekleşebilme imkânını kazanmaktadır.

Ancak son olarak, buna bir hususu daha eklemek gerekir ki, bu da, idarî yargı organının, yargısal denetiminde geliştireceği "teknik"tir. Bu geliştirmenin zamana bağlı bir mesele olduğu muhakkaktır; fakat, yargılama tekniğinde, bizden eski ve bu sebeple daha tecrübeli ülkelerin tecrübelerinden yararlanmak zorunludur.

Örneğin, Fransada İdarî yargının kuruluşundan uzun bir süre sonra dahi, bir idarî tasarruf, Hukuka uygunluğunun veya aykırılığının saptanması bakımından "tümlüğü" içinde ele alınıyor ve idarî tasarruflardaki bütün sakatlıklar bir "yetki aşımı" (excès de pouvoir) kategorisi içinde mütalâa olunuyordu. Tıpkı bir adamın rahatsızlığının hangi uzvunda veya vücudunun hangi fonksiyonunda olduğu araştırılmaksızın ve tesbit edilmeksizin, sadece "hastadır" şeklinde bir hükmeye varılması gibi. Halbuki hep biliriz, bir kimse hasta ise, onun belli bir hastalığı veya belli birkaç hastalığı vardır. Bunların hangi uzuvlarda ve hangi fonksiyonlarda olduğu bilinmeden, toptan bir hastalık teşhisi hiçbir şeye yaramaz. Buna benzer bir biçimde, başlangıçta da bir idarî tasarrufun "Hukuka aykırı" olduğu hükmü, bir "genellik" içinde veriliyordu; İdare "yetkisini aşmıştır" deniyordu.

Bu, aynı şekilde bir genel ifadeyle doğru bir sözdür; ama, benzetmede belirttiğimiz gibi "-Bu adam hastadır" teşhisi gibi geneldir.

Gerçekten İdare, yetkisini hukuka uygun surette kullanmağa mecburdur; binnettekî, İdarenin, "Hukuka aykırı tasarruf ittihaz etme" yetkisi elbet yoktur. Fakat ittihaz edilen ve yetki aşımı nedeniyle sakat sayılan bir idarî tasarrufun spesifik (=özel) sakatlığı neresindedir. Bir insanın vücudunda nasıl çeşitli organlar ve fonksiyonlar varsa, aceba bir idarî tasarrufun içinde de, bunlara benzer "unsurlar" yok mudur ?

İşte, idarî tasarrufları oluşturan bu çeşitli unsurların ortaya çıkarılması ve tasarrufa âriz olan sakatlıkların, bu unsurlardan hangisine âriz olduğunun tesbiti yolundan ortaya konulması, idarî "yargı tekniğinde" bir büyük aşama olmuştur.

Böylece, bütün sakatlıklar "tümsel bir yetkisizlik" olarak ifade edilmekten kurtulmuş, idarî tasarrufun unsurlarına aidiyetleri tesbit edilebilmiştir. Ve bu arada "yetki" nin de, idarî tasarrufun unsurlarından sadece bir tanesi olduğu anlaşılmıştır.

Bundan daha ileri olan ikinci bir aşama, herbir unsurdaki sakatlığın "araştırılmasında" geliştirilen tekniktir. Örneğin, sakatlık, idarî tasarrufun "sebebi" unsurundadır, denilmekle de yetinilememiş, sebebin tahliline girildiği zaman, bunun en azından "filî sebep" ve "hukukî sebep" olmak üzere ikiye ayrılabilceği görülmüştür. Ve meselâ filî sebepte de, vâkıaların yokluğu veya var oldukları takdirde de "tamam" olmadıkları gibi sakatlıklar bulunabileceği tesbit edilmiştir.

Bu, hâlen ulaşılmış olan azamî teknik aşamasıdır. Bu aşamada, idarî tasarrufun unsurları ilk keşfedildiği zaman bu unsurların bazılarında verilen aşırı önem düşmüş, tasarrufun sıhhatine daha fazla etkin olan unsurlar ve daha az etkin unsurlar gibi bir ayrım da gidilebilmiştir.

Bu yargı tekniğini geliştirecek olanlar yalnız İdare hukuku teorisyenleri olamazlar. Fransada bu geliştirmeyi idarî yargının kendisi yapmıştır. Biz henüz bu ikinci aşamayı tamamiyle gerçekleştirmiş bulunmuyoruz. Bunun nedenlerini, ilerde unsurların tahlillerine giriştiğimiz zaman göreceğiz.

Görüyorsunuz ki "Hukuk Devleti", güzel bir söz, güzel bir slogan-
dır; fakat Hukukçu, Politikacı olmadığı için, Hukuk Devleti, Hukukçunun
çalışma alanında, yuvarlak bir vecizeden ibaret değildir. Bu bir teknik
sorundur. Teknik bilgi, teknik tahlil ve pozitif sonuç ister. Bu bilgi,
bazılarının tüm Hukuk hakkında sandıkları ve söyledikleri gibi alâde
bir "mantık" tan ibaret olmadığı gibi, teknik tahlil de bir "mantık yü-
rütme" den ibaret değildir. Nihayet Hukuk, "-Öyle de olur, böylede
olur" şeklinde çözümlerle işlemez. Biz, pozitif Devlet hukuku alanın-
dayız; İdare hukuku, pozitif bir hukuk koludur; bu hukukun veri'leri,
incelemeleri başka bilim kollarının yardımlarıyla zenginleşir, besle-
nir; fakat çözümleri "pozitif" ve azamî kesinliğe ulaşmış çözümler ol-
mak zorundadır. Fert ve Devlet, birbirleriyle ilişkilerinden doğacak
ihtilâflarına "pozitif çözüm" isterler; Devlet, kendisinden Hukuka ri-
ayet bekleyen bilim adamlarından, hukuka riayetin yolunu aydınlatmalarını
bekler.

Bu, bizim görevimizdir. İdare hukuku, uluslararası plânda, bu gö-
revi gereği gibi yapabilmemize imkân verecek ölçüde gelişmiştir. Bu
gelişmelerden, mukayeseli hukuk vasıtasıyla yararlanmak zorundayız ve
neticede de, ortaya, mümkün merteye pozitif çözümler koymak mecburiye-
tindeyiz.

Sizlerden de beklediğim, spesifik idare hukuku bilgilerine ve bu
hukukun tekniğine önem vermeniz ve bunları kavramanızdır. Aksi halde,
bu hukukun somut problemlerini çözemeyiz, ancak bir takım "mütalâat"
serdedersiniz ki, "beyanı mütalâa etmek" için kimse sizi arayacak de-
ğildir.

BÖLÜM II

İDARİ YARGININ GELİŞMESİ

§ 1. FRANSA'DA

İdarî yargının ve İdare hukukunun doğum yeri Fransadır. Diğer bazı
memleketlerde de idarî ihtilâflarda bazı özel usullerinin uygulan-
dığı görülmekle beraber, bir taraftan bu usulleri uygulayanlarla
özel kişiler arasındaki ihtilâflara bakanlar ya aynı mahkemeler grubun-
da toplanmakta veya İdare ile kişiler arasındaki mahdud birkaç türlü
ihtilâf (özellikle vergi ihtilâfları) muayyen yargısal yetkiler sahibi
heyetlere verilmektedir. Diğer memleketlerde İdarî faaliyetin denetlen-
mesi hususunda uygulanan usullerin hiç biri Fransadaki gibi bilâhare
müstakil bir "idarî yargı" teşkil edecek surette gelişmemiştir. Fransız-
ların geliştirdiği sistem ise İtalya, İspanya, Portekiz, Yunanistan,
Türkiye, Mısır, Lübnan, Danimarka, Almanya, Hollanda gibi ülkelerin
kimisini hayli geniş ölçüde etkilemiş ve onlarca benimsenmiş, kimisi
de sistemi aynen benimsemekle beraber, bundan geniş ölçüde ilham al-
mışlardır. Ancak Anglo-amerikan âlemi ve İslâm memleketlerinin çoğu
kendilerine özgü sistemler vücuda getirmişlerdir.

Bu bakımdan, idarî yargının Fransadaki gelişimini incelemek, mües-
seseyi kökeninde anlamak bakımından zordur. Sonra biz Türkler için,
böyle bir inceleme başka açılardan da önem taşır. Aşağıda göreceğimiz
gibi, Batılılaşma yolunda resmî ve ciddî ilk adım atılmış olduğu 1839
(Tanzimat-ı Hayriye) yılından sonra, biz, Fransayı, Batı ileriliğinin
örneği olarak kabul etmişizdir. Tanzimat devrinin pek çok reform hare-
ketine Fransa örnek olmuş, bazı yeni müesseseler Fransadan aynen alın-
mıştır. O halde, Fransadan aldığımız sadece idarî yargı da değildir.

Bu itibarla Fransadaki gelişimi gözden geçirmek lazım oluyor.

Fransızların kendilerine gelince, 1789'dan sonraki gelişim hakkında yapılan gözlemlerinde ittifak vardır. Fakat 1789'dan önceki birbirlerini tamamen reddeden idare hukukçuları da bulunmaktadır. Meselâ iki ünlü idare hukuku profesörü Paul Duez ve Guy Debeyre, birlikte yayınladıkları "Traité de Droit administratif" te (1952, sf. 235) adli-idarî yargı ayırımının 1789'dan sonra başladığını söylemelerine rağmen, diğer bir profesör, Francis-Paul Bénéoit (Le Droit administratif français, 1968, sf. 273) bu ayırımı 1641 yılına kadar indirmektedir. 7.

Bu nedenle 1789 öncesine daha kısa bakalım:

Fransada merkezî iktidarın derebeylerine karşı kuvvetlenişine paralel olarak ülke düzeyinde merkezî idarece tâyin edilen yargıçlar ve idareciler, mahallî derebeylerinin o tarihlere kadar haiz buldukları yetkilerin bir kısmını yavaş yavaş kendi üzerlerine almakta, böylece idare ile Yargı -o günkü anlam ve kavramlarıyla- teşekkül etmeğe başlamaktadırlar. Yargıçlar özel kişiler arasındaki hukuk uygulamalarını ve ceza davalarını hallederken, çeşitli isimlerle görev alan idareciler de, merkezî kamu hizmetleri anlayışını getirmektedirler. Fakat bunların yanı sıra, her eyalette, soyluların temsilcilerinin meydana gelen ve çok geniş fakat feodal anlamında bir "yerinden yönetim" uygulamasını sürdüren meclisler vardır ki, bunlara, sonradan birçok milletlerin diline parlâmento olarak geçen ve Yasama organını ifade etmeğe başlayan bir isim verilmekte, "Parlement" denilmektedir. Bu "parlement" (=parlôman) lar kendi eyaletlerinde, Kral fermanlarıyla çelişmek üzere hattâ yasama tasarrufları ittiha edebilmekte, kral yargıçlarının gördükleri davalara, bir temyiz mercii gibi bakabilmekte, kendilerinden şikâyetçi oldukları veya aleyhlerinde şikâyet bulunan kral memurlarını huzurlarına çağırarak hesap sormaktadırlar. Merkezî idarede, hükümdar, bu parlamentoların yetkilerini ellerinden alarak, kendi merkezî otoritesini derebeylerine karşı kuvvetlendirmeye çalışmakta, yargıçların kararlarına karşı ancak kendisine başvurulabileceğine dair fermanlar çıkarırken, idarede şikâyeti olanların da mahallî yüksek memurlara ve bunun sonucunda da gene kendisine başvurmalarını emretmektedir. Fükümdar, kendisine vuku bulan müracaatları, hayli eski tarihlerdenberi sürüp gelen bir müesseseye olan "Kral Konseyi"nde (=Conseil du Roi) incelemektedir. İdarî konulardaki ihtilâfların halli için, zamanla, bu Konseyde bir "Maliye ve Sevki İdare" şubesi teşekkül etmiştir. Parlôman'lar, eski yetkilerini muhafaza için mücadele etmekte ve XIV üncü Louis'nin 10 yaşında tahta çıkmasıyla açılan, fakat kralın küçüklüğü dolayısıyla başlangıçta birden zayıf düşen saltanat süresinde (1643-1715) tekrar kuvvet kazanmaktadırlar. XIV üncü Louis, büyüünce bunlara karşı baskısını kuvvetlendirmekte, fakat onun ölümünden ve monarşinin giderek zayıflamasından sonra parlômanlar eski kuvvetlerini gene kazanmaktadırlar. Bilhassa kral yargıçlarının kararları üzerindeki denetimlerinde ısrar etmekte ve bunu sürdürmektedirler.

Fransız devriminin vuku bulduğu 1789'da, yargıçlar ve idareciler parlômanların hâkimiyetinde gözükmemektedirler.

1789 devrimcileri, ülkedeki reaksiyonları bastırmak ve merkezî otoritelerini kurmak için, esasen 4 Ağustos 1789'da feodaliteyi ilga ettikten ve parlômanları dağıttıktan bir yıl sonra hâkimlerin ancak özel kişiler arasındaki ihtilâflara bakabileceklerini, idarecilere merkezî otoriteden başka kimsenin karşılamayacağını, mahkemelerin idareciler hakkında şikâyet kabul edemeyeceklerini, ceza müeyyesiyle bildiren bir kanun kabul etmektedirler. Adalet teşkilâtı hakkındaki bu kanunda, adli mercilerle idarî mercilerin kesinlikle birbirinden ayrıldığı ve adli mercilerin idarî faaliyete ve idarecilere müdahale edemeyecekleri, idarî kararların kanuniyetini denetleyemeyecekleri ve hattâ bir dava sırasında, bir idarî kararın kanuniyeti veya yorumu söz konusu olsa, bu hususu idarecilerden soracakları ve alacakları cevapla bağlı kılacakları ifade edilmektedir.

1789 Devriminin yarattığı kargaşa havası sona ermekte iken, devrim takvimine göre VIII inci sene (1799) da Birinci Konsül olan Napoleon Bonapart büyük bir idarî reform gerçekleştirdi. Bu reformda kabul edilen müesseseler ana hatları itibarıyla hâlâ Fransada geçerli olduğu gibi, bizde de, bir adaptasyon yolundan el'an geçerlidir. Mülkî teşkilâtımız büyük ölçüde bu reformu adapte etmiştir.

Bu durumda iki başvurma usûlü gelişmektedir:

Birinci usûl "isti'taf" (=recours grâcieux) tır (sf.88). Bu usûl, hatırlanacağı gibi, idarî bir karardan dolayı haksızlığa uğradığını iddia eden bir kimsenin, o kararı vermiş olan mercie başvurarak kararın geri alınmasını veya kaldırılmasını, yahut düzeltilmesini istemesidir.

Bu usûl hâlen bizde de tatbikatı olan ve açılacak bir idarî davanın süresini etkileyen bir yoldur (Danıştay K. mad.70). Fakat, verimliliği vaktiyle de anlattığımız gibi, söz götürür.

Netekim Fransada da, fertler, İdareye karşı mahkemesiz kaldıkları zaman, kendiliğinden ortaya çıkan bu usûlün verimsizliği karşısında bir süre sonra, devlet merkezindeki iyerarşik âmirlere, yani bakanlara başvurabilme imkânı kabul edilmiştir. Bakanlar gerek merkezdeki dairelerinden, gerek taşradaki memur veya temsilcilerinden çıkan kararlara karşı yapılacak müracaatları kabul etmeğe başlamışlardır.

Bu da, "yargıç-bakan" (=ministre-juge) müessesesini doğurmuştur. Şikâyetleri, bakan, tıpkı bir yargıç imiş gibi, kesin ve nihâl hükmeye bağlamakta ve başvurulabilecek başka yer kalmamaktadır. Kısa süre sonra, şikâyetlerin, iyerarşik kademelerden geçerek yalnız bakanlara intikal ettirilmesi, sadece bakanların, fertlerin şikâyetleri hakkında kesin karar vermeleri, bir usûl olarak yerleşmiş, en küçük idarî âmirden en yüksek iyerarşik âmir olan bakana kadar, kesin hükümle ihtilâf halletme yetkisi kalkmış, bütün yetki bakanlarda toplanmıştır.

Bazı eserlerde bu usûle "administrateur-juge" (=yargıç idareci) de denildiği için, bizde de bunu "idareci-hâkim", "idareci-yargıç" gibi deyimlerle anlatan eski idare hukuku kitapları vardır.

1789 Devriminin yarattığı kargaşa havası sona ermekte iken, devrim takvimine göre VIII inci sene (1799) da Birinci Konsül olan Napoleon Bonapart büyük bir idarî reform gerçekleştirdi. Bu reformda kabul edilen müesseseler ana hatları itibarıyla hâlâ Fransada geçerli olduğu gibi, bizde de, bir adaptasyon yolundan el'an geçerlidir. Mülkî teşkilâtımız büyük ölçüde bu reformu adapte etmiştir.

Napoleon'un bu reformu ile, Fransa mülkî taksimat bakımından illere (=départements) bölünmüş, bu illerin başına birer vali (=préfet) tâyin edilmiş, valilerin emrindeki daire başkanlarından bir konsey (=Conseil de Préfecture) kurulmuş (=bizdeki İl İdare Kurulu) ve aynı teşkilât "sous-préfecture" lerde (=ilçelerde) dapa küçük çapta tekrarlanmıştır.

İl konseyleri (=İl İdare Kurulları) idarî, istişarî ve yargısal görevi olan kuruluşlardır. İl teşkilâtının faaliyetinden doğan, fakat hukukî bakımdan karmaşık ve güç sorunlar teşkil etmeyen fert-İdare ihtilâflarının, birer "dava" niteliğiyle İl konseyleri tarafından görülüp çözümlenmesi kabul edilmiştir. Aynı VIII inci yılda, hükümet merkezinde de, eski "Kıral Konseyi" ne benzer ve "Devlet Konseyi" (=Conseil d'Etat) — ki, bizde de Danıştay'ın eski adı olan "Şûrâ-yı Devlet" aynen "Devlet Konseyi" demektir — kurulmuştur. Bunun, henüz yargısal yetkileri yoktur. Bir danışma kuruludur; aynı zamanda bazı idarî görevlerle de donatılmıştır.

İdarî davaların İl Konseylerinin görev düzeyini aşanları, gene Yargıç-Bakan usûlü dolayısıyla merkezî idarede bakanlara intikal ettirilmeğe devam olunmaktadır.

Ancak gerek İl Konseylerinden çıkan kararlar, gerek Yargıç-Bakan'ların kararları aleyhine Devlet Konseyi'ne (ki artık aşağıda "Danıştay" diyeceğiz) başvurulabilmektedir.

Fakat her iki türlü başvurmada da Danıştayın verdiği kararlar, yargısal nitelikte olmayıp, inceledikleri hususlar hakkında, devlet başkanına sunulan birer rapor (=mütalâa) niteliğinde bulunmaktadır. Devlet başkanı, o zamanki Anayasal hükümlere göre Genel İdare'nin en yüksek âmiri ve ka-

Devlet başkanının en yüksek yetkinin sahibi bulunduğu için, kendisine Danıştay tarafından sunulan bu raporları incelemekte ve bu raporlar gereğinin yerine getirilmesini, yetkili ve sorumlu idarecilere emretmektedir. Görüyorsunuz ki, sorumlu idare amirleri, doğrudan doğruya Danıştayın kararlarını (=raporlardaki tavsiyelerini) değil, fakat Devlet başkanının emrini yerine getirmektedirler.

Bir taraftan Devlet başkanının pek çok olan işinin, Danıştayca kendisine sunulan raporları teker teker incelemeye engel olması, öteden yeni kurulan bu müessesenin, eski monarşi ile ilişkisi bulunmayan bir heyet teşkil etmesi ve devrin güvenilir, itibarlı hukukçularından meydana gelmesiyle, Danıştaydan çıkan raporlar, otomatik surette "gereği yapılmak üzere" imzalanır olmuştur. Bu durumda, Danıştay, hukukun değilse bile, bilfiil bir yüksek yargı mercii hâlini almıştır. Gerçekten, Danıştayın 1849-1852 yılları arasında kazandığı bağımsız yargı yetkisi dönemi dışında, bu suretle "istişarî" olarak davaları çözemediği dönem içinde, devlet başkanlarının ancak 2 veya 3 mütalâayı (=raporu) değiştirerek uygulattırdıkları kaydedilmektedir ki, bu değişiklikler de hep davacı kişiler lehine olmuştur.

Böyle yarı-yargısız denebilecek olan bu çalışma şekline "tutuk-adalet" usulü (=justice-retenue) adı verilmiştir.

Tutuk-adaletli bir Danıştayın ilk süresi 3 Mart 1849'da sona ermek ve Danıştay bu tarihte "murahas adalet'e sahip" (*) (=justice-délégué) bağımsız bir yüksek mahkeme olmaktadır.

Ancak bu uzun sürmez. Yürütme'yi yargı yolundan denetlenmeye alıştırmak hiçbir memlekette kolay olmamıştır. Bu nedenle, cumhurbaşkanı olduğu zaman, Danıştayı bağımsız bir yargı mercii yapan Üçüncü Napolyon, imparator olunca, tekrar tutuk-adalet usulünü tesis etmiş ve bu usul, Üçüncü Napolyon'un 1870-71 harbinde Prusyalılara yenilip düşürülmesi ve Üçüncü Cumhuriyetin kurulmasına kadar devam etmiştir. 24 Mayıs 1872'de Danıştay bu sefer "Fransız Ulusu adına" hüküm veren ve tam anlamında bağımsız bir yüksek mahkeme olmuş ve hep böyle kalmıştır.

Fransız Danıştayının iç yapısı, kuruluşundan bu yana bazı değişikliklere uğramıştır.

Bugün, bu yapı, anahatlarıyla şöyledir:

Danıştay, doğuşundaki fonksiyonlarını muhafaza etmekte ve faaliyeti, yargısal ve idarî olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. İdarî faaliyet, "danışma" (=istişarî) faaliyeti de kapsamaktadır.

Bazı tür tasarrufları ittihaiz etmeden önce, hükümet, Danıştayın mütalâasını almak mecburiyetindedir. Fakat bu mütalâalar hükümet için "bağlayıcı" nitelikte değildir. Bu yoldan verilen mütalâalar, kamu oyunca kaideten mahremdir.

Bizdekinden farklı olarak, Fransız Danıştayı, alınmasını gerekli gördüğü idarî tedbirler, yapılmasını lüzumlu bulduğu ıslahat üzerinde hükümeti ikaz edebilir.

Yargısal fonksiyonu itibarıyla, ilk derece idare mahkemelerinin kuruluşundanberi, Danıştayın yargı yetkisi, pek önemli sayılan bazı idarî tasarrufların ve fill erin denetimine inhisar ettirilmiştir. Bunların dışında, ilk derece mahkemelerinin kararları aleyhine yapılan müracaatları kabul eder ve bu mahkemeleri, iyerarşik âmiriyet yetkileriyle de denetler. Kanunların açıkça başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı davalarda, Danıştay birinci ve sonuncu derece idarî mahkemedir.

(*) "Terhis" arapça "izin verme" demektir; "Yetki verme" anlamına da gelir. "Murahas", kendisine yetki verilmiş olan kişidir. Fakat yetkinin bir aslî sahibi vardır; bu aslî sahip, bir kimseye, kendi yetkisinden bir kısmını -belki tamamını- devretmekte, fakat yetkinin asıl sahibi olma sıfatını kaybetmemektedir. Burada da geçen asıl olay, devlet başkanının, haiz bulunduğu "yargı yetkisini" Danıştaya devretmesidir. "Murahas adalet" in asıl anlamı budur. Bizde böyle bir biçim olmadığı için, "bağımsız yargı" dedim.

Bu idarî ve yargısal görevleri ifâ için, Danıştayda ayrı kuruluşlar vücade getirilmiştir. Fakat bunlar, bizdeki kadar birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmamışlardır. 1963'ten sonra idarî ve kazâî bölümler arasında daha sıkı bir ilişki kurulmuş ve idarî bölümler tarafından verilen mütalâalar üzerine İdarece tesis edilen işlemlerin, yargısal bölümler tarafından iptali daha ender görülen bir hal olmuştur.

İdarî bölüm Maliye, İçişleri, Bayındırlık ve Sosyal Yardım dairelerinden oluşur. Her daire bir başkan ve altı üyeden oluşur. Üyelerden birinin yargısal bölüme de mensubiyeti şarttır. Mütalâalar dairelerce ve önemli meselelerde Daireler Kurulunca (=séctions réunies) verilir.

Genel Kurul, idarî ve istişarî bir kuruluştur ve hem idarî, hem yargısal bölümler üyelerinden oluşur.

Mesele, daha da önemli görülürse, daha üst bir heyet olan ve bütün bölümlerdeki tüm üyelerin katıldıkları bir Büyük Kurul'da (l'Assemblée plénière) görüşülüp karara bağlanır.

Yargı bölümü 9 daireye ve bir de, bizdeki Dava Daireleri Kuruluna karşılık olarak gözüken Yargısal Kurul'a (=l'Assemblée du contentieux) ayrılmıştır.

Bizdekinden köklü olarak ayrılan bir sistemle, Fransız Danıştayının tabii başkanı Başbakan ve onun yokluğunda da Adalet bakanıdır. Fakat bunlar, ancak "törenli oturum"larda başkanlık edebilirler. Yâni, başkanlıkları "sembolik" niteliktedir. Aslında, filî başkan, "başkan-vekil" (=vice-président) dir.

Danıştayın "aslı üyeleri" (=Conseillers d'Etat en service ordinaire) ve "olağanüstü üyeleri" (=Conseillers d'Etat en service extraordinaires) vardır. Aslı üyelerin üçte ikisi Danıştay başyardımcıları arasından tâyin edilir; üçte birini de hükümet tâyin eder. 40 yaşını bitirmeden aslı üye olunmaz. Olağanüstü üyeler Hükümet tarafından ve 4 yıl için tâyin edilirler; bunun sonunda iki yıl geçmeden tekrar tâyin edilemezler.

Olağanüstü üyeler, eskiden sadece yüksek devlet memurları arasından seçilirlerdi. Şimdi "millî hayatın çeşitli bölümlerinde seçkin hizmetleri geçmiş" olanlar da tâyin edilebilirler.

Bu sıfattaki üyeler, yargı görevi yapan kurullarda, dairelerde yer alamayacakları gibi, idarî dairelere de ancak özel çağrı üzerine katılabilirler. İdarî daireler kurulunda, bunların, memleket işleri ve devlet yönetimi tecrübelerinden yararlanılır.

Üyelerden sonra, yardımcıları ve baş yardımcıları vardır. Kanun sözcülüklerini de bunlar yaparlar. En az dört yıl Danıştayda hizmet etmiş olanlar, dönüş hakları saklı kalmak üzere, faal idarede çeşitli idarî görevler, yöneticilikler alabilirler. Aynı şekilde, Danıştay hizmetinden ayrılmadan da, faal idaredeki bazı kurullara katılabilirler.

İdare ile onu denetleyecek olan Danıştay arasındaki bu organik ilişkiler, Danıştayın idarî işlerdeki bazı "zaruretleri" daha iyi kavramalarına yardım edeceği düşüncesiyle tesis edilmiştir.

Danıştaya "yardımcı" olarak sınavla girilir. Bunun için de Hukuk mezunu olmak yetmez. Buna ilâveten de "Ulusal İdare Okulu" (=Ecole Nationale d'Administration) mezunu olmak lâzımdır. Epey bir süredir, Fransa da Üniversite öğrenimi temel öğrenim sayılmakta ve çeşitli memuriyetler için özel meslek eğitimi veren "okul" lardan da diploma almış olmak gerekmektedir.

Fransada, ilk derece idare mahkemeleri de bulunmaktadır. Bunlar, il idare kurullarının yeniden tertiplenmeleriyle 1953 yılında teşkil edilmişlerdir. Bölge esaslı üzerinden kurulmuşlardır. Fransa, bu ilk derece idare mahkemelerinin görev alanları bakımından 20 bölgeye ayrılmıştır. Her bölge mahkemesinin bir başkan ve dört üyesi vardır. Üyeler, yukarda söylediğimiz gibi, aynı zamanda Ulusal İdare Okulu mezunu olacaktardır.

Bu ilk derece idare mahkemelerinin de idarî, istişarî ve yargısal görevleri mevcuttur. Valilerin istedikleri mütalâaları bunlar verir.

Yargısal görevleri, kanunların kendilerine ayırdığı alandadır. Bunların kararları aleyhine Danıştaya başvurulur.

Fransız Danıştayının kompozisyonunda görülen faal idare bağlantıları ve bu Danıştayın bizim Anayasamızda ve Danıştay kanunumuzda tesbit edilen mayyen esaslardan mahrumiyeti, bu müessesenin bağımsızlık derecesi hususunda şüpheler uyandırmamalıdır.

Biliyorsunuz ki, İngilterede gerçi yazılı bir anayasa yoktur; fakat Kara Avrupasında da hemen bütün memleketler, anayasalı rejimlerine geçişte, İngilterede o yazılı olmayan anayasanın kuvvetli etkisi altında kalmışlar ve bir çok müesseseleri, kuvvetli ifadelerle yazarak kendi anayasalarını yapmışlardır. Şimdi, nasıl o Kara Avrupa devletlerinin Anayasalarındaki kuvvetli teminatlar belirten hükümlere bakarak, bu tür hükümlerin İngilterede bulunmadığı söylenemezse, konumuz itibarıyla de mesele aynıdır. Fransız Danıştay 1799'danberi durmadan gelişmek suretiyle kendi varlığını ve forksiyonlarını o kadar kuvvetle devlete ve topluma kabul ettirmiştir ki, hâlen 174 yaşındaki bu yargı kuruluşunun muhtaç bulunduğu bütün teminatlar, yoruma elverişli olmayan, anlamları ve kapsamları çoktan belirginleşmiş hukuk gelenekleri hâlinde yerleşmiştir. Bu gelenekler, Anayasalar ve Kanunlar kadar kuvvetlidir.

§ 2. Memleketimizde Danıştay

1839 Tanzimat hareketi, Osmanlı imparatorluğunu batılılaştırmak hususunda atılmış, hiç şüphesiz samimi bir adım idi. Ancak 1839'dan da önce başlayan batılılaşma teklifleri, niçin 1839'tan sonra da ve hattâ Cumhuriyet devrine kadar, beklenen bir yenileşme düzeyini getiremedi ? Bunun pekçok sebepleri vardır. 550 yıllık bir imparatorluğu bir kuşağın hayatı içinde değiştirevermek hiç şüphesiz kolay bir iş değildir. Ama bu yönde büyük gayretler sarfedildiği muhakkaktır. Bu gayretler, biçimden başlayarak köke inmeğe çalışmış, Batıdan ne alına-bilirse kazanç sayılacağı düşünölmüştür. Ancak bu dahi birdenbire yapılamamış, Tanzimattan sonra da 25-30 yılın geçmesi gerekmiştir. Büyük müesseseler bakımından ilk girişim 1867'de Sayıştay'ın benimsenmesi olmuştur. 1868 de bugünkü Yargıtayımızın ilk şekli olan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurularak, batı hukuku peyderpey yurda girmeğe ve batı ile hukuk birliği, hiç değilse benzerliği tesisine çalışılmıştır. Aynı yıl, batılı zihniyeti anlatmak ve yaymak için eğitim alanında yeniliklere girişilmiş ve bütün öğretimini fransızca yapmak üzere bir Mekteb-i Sultani (=Galatasaray lisesi) tesis edilmiştir. Bundan önce de, 1858'de mülki idareye memur yetiştirmek üzere Mekteb-i Mülkiye (=Siyasal Bilgiler Fakültesi) açılmıştı. 1847 de açılan Dârülmuallimîn (=Erkek öğretmen okulu) e 1877'de Dârülmuallimat (=Kız öğretmen okulu) eklendi. 1869 da Dârülfünûn (=Fen'ler evi=Üniversite) açıldı.

Bu yenileşme ve adaptasyon arasında, Türkiyeye getirilen bir müesese de Şûrâ-yı Devlet (=Danıştay) tir (1868).

Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşuna ilişkin nizamnâmede (ki o devirde "kanun" geçerliğindedir) bu teşekkülün idarî ve istişarî vazifeleri olacağı bildirildikten sonra İdare ile fertler arasındaki tüm davalara burada bakılacağı belirtiliyordu.

İdare ile fertler arasındaki davaların genel yargı yerleri dururken yeni kurulan bu yüksek mahkemede görülmesinin sebebi neydi ? Bu türlü davalarda uygulanacak özel nitelikte bir takım hükümler ve meselâ bir İdare hukuku mu vardı da, bunu o zamanlar Nizamiye (=şimdiki anlamıyla Adliye) mahkemeleriyle Şer'îye (şer'î hukuka göre hükmeden) mahkemeleri uygulayamadıkları veya uygulamadıkları için mi bir İdare mahkemesine ihtiyaç görülüyordu ? Yoksa devlet, o zamanlara kadar bilinmeyen bir takım kamu hizmetlerini mi yüklenmişti de bu hizmetlerin yeni kurulan bu mahkeme ile uygulanacak yeni bir hukukî rejime mi ihtiyaçları vardı ?

Bu soruların hiçbirine olumlu cevap verilemez. Daha şer'î hukuk bile bütün geçerliğiyle yürürlükteydi. Yeni yeni çıkarılan ve kısmen

Batidan alınan birkaç parça kanun hariç, nizamiye mahkemeleri de şer'î hukuku uygulamakta idiler.

Tek mâkul cevap belki şu olabilir: Şûrâ-yı Devlet, özellikle mütâlâalar vererek, önemli bir takımı idarî meselelerde, ıslahatta, incelemeler yapıp önerilerde bulunarak batılı bir yönetim tipine dönülmesi yolunda hizmetler edecekti. Bu arada bu batılı yönetim biçiminde, fert ve idare münasebetlerine de yeni bir yön, bir anlam vermeğe çalışabilirdi. İdare teşkilâtına ve faaliyetine verilecek bu yeni kıllık ve biçimde, şer'î hukukun yerine yeni ve batılı bir hukuk anlayışını getirebilirdi.

Ama nasıl ? Henüz Anayasa yok. İlk Anayasanın yapılip yürürlüğe konulması, ancak Sultan Aziz'in hal'ini müteakip, hattâ 3 aylık bir saltanattan sonra aklî dengesini iyice kaybettiği tabben tesbit edilen V inci Sultan Murat'ın da hal'ini müteakip II inci Abdülhamidin tahta çıkmasıyla, 8 sene sonra mümkün olabilecektir. Kuvvetler ayırımı bilinmemektedir. Bunu Batıda öğrenenler de henüz kimseye meram anlatamamaktadırlar. Osmanlı Devleti, anayasalı bir monarşiye dönüşmeden, İdare diğer organlardan ayrılmadan, devletin tümlüğü içinde kaynamış bir durumda iken nasıl İdare belirlenecek de onun fertlerle ilişkilerinde, değişik bir hukukun uygulanması -ve niçin değişik olması gerektiği de bilinmeden- mümkün olacaktır ?

Şûrâ-yı Devlet'e, devleti yenileme hususunda verildiği açıkça görülen araştırma, inceleme ve danışma, önerilerde bulunma görevinin yanı sıra bir de bu tür yargısal görevin neden verildiğini anlamak kolay değildir. Zira şer'î hukuk, Kamu hukuku-Özel hukuk ayrımını bilmez ve bu ayrımı gerektirecek ve kamu hukukunu geliştirecek hiçbir sebep de henüz yoktur. Dedikimiz gibi, daha bir Anayasa bile yoktur.

Netekim bu sun'î yargısal görevin o 8 yıllık süre içinde neye yarımış olduğunu da gösteren bir araştırmaya rastlamadık.

1876 Anayasası, Şûrâ-yı Devleti kaldırmadı; bil'âkis Şûrâ-yı Devlet başkanı, Bakanlar Kurulu üyesi oldu, ama yargısal görev sona erdi. Anayasa, fertle devlet arasındaki davalara da adliye mahkemelerinin bakaçağını "Eşhas (=şahıslar) ile hükümet (=devlet ve idare anlamına) bey-nindeki (=arasındaki) davalar dahi mehakim-i umumiye'ye (=genel mahkemeler) aittir" hükmüyle (mad.85) belirliyordu.

1876 Anayasasının Şûrâ-yı Devlet'e verdiği görev, teklif edilecek kanunların lâyahalarını (=proje metinlerini) hazırlamak (mad.53) ve Bakanlar kurulu üyeleriyle bazı yüksek devlet memurlarını ve ağır siyasi suç işleyenleri yargılayacak olan Yüce Divan'a (=Divan-ı Âli) üye vermekten ibaretti. Ayrıca Şûrâ-yı Devlet nizamnamesinin Anayasaya aykırı olmayan diğer hükümlerinin verdiği vazifeler devam ediyordu.

Şûrâ-yı Devlet başkanının Bakanlar Kuruluna (Hey'et-i Vükelâ'ya) katılışı da, şimdiki anlamda bir "hizmet bakanı" gibi değil, bir "devlet bakanı" gibidir.

Merhum Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, 1876 Anayasasının, Osmanlı Danıştayının yargısal görevine son vermediğini, zira 1879 tarihinde çıkarılan "Mehakim-i Nizamiye Teşkilât kanunu (=Nizamiye mahkemeleri yani şer'î mahkemelere karşılık adliye mahkemeleri teşkilâtı hakkındaki kanun) nun, İdarenin, ancak âdî (yâni özel hukuka giren) tasarruflarından dolayı adliye mahkemelerinde yargılanacağı hakkında bir hüküm koymuş olduğundan bahisle, bundan, İdarenin "kamu kudreti" kullanarak ittihaz ettiği tasarruflarının idarî kazada davaya mevzu olabilmekte bulunduğları neticesini çıkarmağa çalışmaktadır. Fakat neticede Osmanlı Danıştayının sadece memurları, memuriyet suçlarından dolayı yargılanmasından başka yargısal yetkisi bulunmamış olduğunu söylüyor ve 1913 tarihinde, Memurin Muhakematı hakkındaki kanunla, bu iş de, idarece yapılacak ön soruşturmayı müteakip adliye mahkemelerine verildiğine göre, Şûrâ-yı Devlet'in bu alanda da kazâ görevi kalmadığını belirtti-yor (I,3.bası, sf.89-90).

Osmanlı Danıştayının görevleri konusunda yapılmış mahdut birkaç

araştırmada da aynı gayreti görüyoruz; 1876 Anayasasından sonra dahi Osmanlı Danıştayının idarî yargıda görev sahibi olduğu iddiaya gayret edilmeğe çalışılmakta, fakat bakmış olduğu davalardan bir tek misal bile verilememektedir. Çünkü yoktur. Ve olamazdı da...

10 Mayıs 1868 de açılışı yapılan Osmanlı Danıştayını, madem ki fertlerle İdare arasındaki bütün davalara bakacaktı... ve diyelim ki baktı; bu dosyalar herhalde bir yerdedir; aceba ihtilâflar ve verilen hükümler neydi ?

Birinci Meşrutiyet devri 23/12/1876'dan 12/2/1878'e kadar sürmüştür. Yasama ve yürütme tek elde toplanmıştır; yargı da hükümdar adına ve ona vekâletendir. Devletin bütün idaresi, fiiliyatta Saray Başkâtıplığında toplanmış ve Sultan Abdülhamit II zamanında memleketin Bâb-ı Âli değil, Mâbeyn-i Hümayun Baş Kitâbeti, Hünkâr'ın iradelerini kâh Bâb-ı Âliye, kâh doğrudan doğruya valiler, kumandanlıklar, umumî müfettişliklerle tebliğ suretiyle idare etmiştir. Son derece geniş ve girift bir istihbarat teşkilâtının sürekli faaliyetiyle, memleketin bir köşesinde bir taş atılırsa, o anda Yıldız Sarayının bundan haberi olmakta ve hiçbir önemli iş -hattâ gülünç denecek kadar önemsiz işler bile- Hünkâra arzolanup iradesi alınmadan hiçbir idarî merci tarafından re'sen halledilmemektedir.

O devrin bütün devlet büyüklerinin siyasal anıları, devlet idaresindeki bu gerçeği bütün açıklığıyla belirtmektedir.

Böyle bir zamanda, idarî faaliyetin Şûrâ-yı Devlet tarafından yargısal denetime tâbî tutulmuş olduğundan mı bahsediyoruz ?

Bir takım kayıdaki köşedeki hükümlerden, memleketimizde 1868'den beri idarî yargı bulunduğu ve yürütüldüğünü iddia etmeyi bir tarafa bırakalım. Türkiyede idarî yargının ve idare hukukunun ilk ve tek sahibi Türkiye Cumhuriyetidir.

Sizlere, gerçekçi bir hukuk öğreniminin, pozitivist bir hukukçu olmanın genel bir kültüre bağlı olduğundan sık sık bahsetmişimdir. Şimdi burada da, gene Hukukçu olmanın, tarih bilgisine de sahip bulunmayı şart kıldığını göstermek istiyorum.

Siyasal toplumdaki üç fonksiyonun ve bunların icrasını mümkün kılan üç hukukî iktidarın bir tek elde birleştiği, birtek organda toplandığı yerde ne idarî yargı, ne de idare hukuku olur. Hicrî bilmemkaç yılının Şaban ayının bilmem kaçında çıkan nizamnamedeki müphem bir hükmün mefhum-u muhalifinden, Osmanlı imparatorluğunda idarî yargının varlığını isbata elverişli sonuç çıkmaz.

Evvêlâ, idarî yargıdan ne anlaşılmasının açıkça ortaya konulması gerekir. İdarî yargı, İdarenin ve devlet organlarından diğerlerinin idarî nitelikteki tasarruflarına, özel hukuktan başka birşey olan İdare hukukunun -kısacası kamu hukukunun- uygulanması demektir. Eğer uygulanan hukuk, memleketin müşterek tek hukuku ise, bunu hangi türdeki hangi mahkeme, devletin hangi organına veya devlet faaliyetlerinden hangisine uygularsa uygulansın, ortada idare hukuku yoktur; nasıl şimdi adliye mahkemelerinin türleri, çeşitleri varsa, görevleri birbirinden ayrılmış fakat aynı kategori içinde toplanan muhtelif mahkemeler vardır. O kadar.

Osmanlı imparatorluğunda bir özel hukuk - kamu hukuku ayrımı var mıydı ? Var ise, bu ayrım, birinci meşrutiyet devrinde de mevcut muydu ? Kamu hukukunu uygulamak için kurulmuş kamu hukuku mahkemeleri var mıydı ? Bunların görevleriyle, özel hukuku uygulayan özel hukuk mahkemelerinin görevlerinin ayrım sınırı nereden geçiyordu ?

Danıştayımızın tarihçesi hiç şüphesiz 1868'e iner. Fakat bir yargı organı olarak Danıştayımız 6 Temmuz 1927'den beri görev başındadır.

O halde müessesese 105 yaşındadır; fakat idarî yargımız 46 yaşının içindedir.

Şimdi bir adım daha ileri giderek, devlet arşivlerinden Osmanlı Danıştayın bakıp hallettiği birtakım davaların dosyalarını dahi çekip çıkararak gözler önüne serbilsek, gene aynı kaçınılmaz soru karşımıza dikilecektir:

"- Peki, bu davalara hangi hukuk uygulanmıştır ?..."

Aynı hukuk uygulanmışsa -ki başka türlü olamazdı- Osmanlı Danıştayını ile Divân-ı Ahkâm-ı Adliye arasında ne fark kalır ? İkiside aynı hukuku uygulayan mahkemeler demektir. Aynı hukukun uygulanması, onu uygulayan mahkemeleri, aynı yargısal kategoride toplar.

Osmanlı Danıştayını, bir yüksek idare mahkemesi değildi; idarî dava görmek, idare hukuku uygulamakla hiçbir ilişkisi olmamıştır; olmasına imkân da yoktu. Zira İdare hukukunu, idarî yargı mercileri, Danıştaylar geliştirirler... Osmanlı Danıştayını bunu yapabile imkânını bulamamıştır. Bunun da sebebi, İdare'nin (=Yürütme'nin) devletin başlıbaşına bir organı (üç organından biri) olarak ortaya çıkamamış, çıkmamış olmasıdır. Bunun aksini iddia edebilmek, ancak mutlakiyet idarelerinde "Kuvvetler ayrımı" teorisinin uygulanabilir olduğunu ve gerçekten de uygulanmış bulunduğunu isbat ile mümkündür ki, atalarımızın eski deyimleriyle bu da "bir şeyi zıdd-ı kâmilî ile isbat" (yani bir şeyin varlığını, onun yokluğu ile isbat) demek olur. Bu derece abes bir iştir.

Osmanlı Danıştayını, bazı kanun tasarılarını ve Abdülaziz devrinden beri böl böl aktedilen imtiyaz mukavelelerini hazırlamak ve askıya alınıp hükümleri tatbikten kaldırılmış bir Anayasa bile söz konusu edilemeden önemsiz devlet işlerinde sorulan mütalâalara salt mantık yürüterek cevap vermekten öteye geçememiştir. Bu istişarî vazifesi de, belirttiğimiz gibi, anlamsız kalmıştır. Hangi hukuka göre mütalâa veriyordu ? Anayasaya dayanmayan, Millî irade temsilcileri tarafından oluşturulmayan, Saray Başkâtıplığından ısdar edilen hünkâr iradelerinden meydana gelen bir Devlet hukukuna göre mi, yoksa Şer'i şerif'e göre mi ?

Şer'î hukuka göre olamazdı. Zira devletin bir Şeyhülislâmî ve bir de Bâb-ı Fetva'sı vardı. Orada toplanan -beğenilsin veya beğenilmesin uzmanlar, saçlarını, sakallarını ilm-i fıkâh'ta ağartmış, bir ömür boyu yalnız şer'î şerif ile uğraşmış, eski hukukun o güne göre en yetenekli bilginleriydi.

Halbuki Şûrâ-yı Devlet, yukarıda 64 ve 65 inci sayfalarda anlattığım gibi, bir Tanzimat müessesesi olarak gelmesi yüzünden ve devletin ıslahât yönünden ayrılmamakta olduğunu Avrupa devletlerine zımnın anlatabilmek için muhafaza edilmekte olan bir müessesese idi. 21 yaşında ve sistemli hiçbir tahsili olmayan fakat devlet büyüklerinin yakınları olan delikanlılara bile üyelikleri dağıtılmağa elverişli bir müessesese idi (*).

İdarî yargımız ve İdare hukukumuz yönünden, Osmanlı Şûrâ-yı Devletini, Cumhuriyetimizin Danıştayını ile bağlantılı tutamayız.

(* Sultân Hamidin en güvendiği hukuk ve din adamlarının başında, Şeyhülislâm Cemaleddin efendi gelir. 18 yıl Sultân Hamidin şeyhülislâmliğini yapmış, Sultân hal' edildikten sonra da yerini ve itibarını muhafaza etmeyi başarmış bir zattır. Abdülhamidi tahtından indirenlere de şeyhülislâmlık etmiştir (1912-1913). Bu zâtın devamlı rahatsızlık içinde kıvranan, hasta bulunan ve bu yüzden ciddî hiçbir öğrenim yapamamış olan yegâne oğlu Ahmet Muhtar bey, tedavi edilmek için Avrupaya gitmekte ısrar edince, gönlünü alıp onu bu seyahatten vazgeçirebilmek için daha 21 yaşında iken Şûrâ-yı Devlet üyeliğine tâyin edilmiştir. Ahmet Muhtar bey, diplomasız ve 21 yaşında tâyin edildiği Şûrâ-yı Devlet azalığında tam 10 yıl ne kadar başarılı (1) işler gördüğünü kendisi anlatmaktadır (Ahmet Muhtar: İntak-ı Hak, İstanbul 1930, Hamit matbaası, sf. 23).

Ahmet Muhtar bey gibi, o devirde memleketimizde gerçekten mükemmel öğretim yapan (Mekteb-i Mülkiye, Mühendishane-i Berri-i (ve Bahri-i) Hümayun, Mekteb-i Sultanî... gibi) müesseselerin hiçbirine uğramamış, fakat babası veya kayınpederi sayesinde, sanki burs bağlanırsa gibi, Şûrâ-yı Devlet üyeliklerine atanmış daha nice damatlar ve mahdumlar vardır. Bu yüzden Şûrâ-yı Devletin de itibarına bittabi gölge düşüyordu.

Osmanlı Şûrâ-yı Devletinin aķibeti ne oldu ?
İnkılâp tarihimizden bileceksiniz; Anadolu'da millî kurtuluş hareketi başladıktan, ardı ardına zaferler kazanıldıktan ve nihayet birinci cihan savaşındaki düşmanlarımız "Anadolu" ve "Mustafa Kemal" gerçeğini kabul etmek zorunda kaldıktan sonra da, İstanbul hükümeti, Anadoluyu kendisine bağımlı kılmak için hayli uğraştı. Sulh müzakerelerine Ankara ile beraber oturmağa çalıştı. 1 Kasım 1922 de Saltanat lâğvedildiği zaman Osmanlı imparatorluğu da tabiatıyla bütün müesseseleriyle tarihe kavuşmuş oluyordu. Bu arada Ankarada da millî bir devlet o sıralarda gerekli bütün müesseseleriyle kurulmuş vaziyetteydi. Misak-ı Millî sınırlarına henüz tamamen ulaşılmamış olmakla beraber yeni Türk devleti, amaçlarına ulaştıkça, diğer müesseselerini de tamamlamaktaydı. 29 Ekim 1923'te yeni devletin rejimi taayyün etti; Cumhuriyet ilân olundu ve cumhurbaşkanı seçildi. 3 Mart 1924 de halifelik de kaldırıldı; 20 Nisan 1924'te, Millî mücadelenin başındanberi oluşmakta bulunan yeni Türk devleti bütün organlarıyla teşekkül etti. 20 Ekim 1921'de 85 numara ile yapılan ve geçici bir nitelik taşıdığı mahiyetinden de belli olan ilk Anayasa esasen daha 1 inci maddesinde, Egemenliğin kayıtsız şartsız millette olduğunu beyan ederek, hükümdarın, egemenliğin kullanılmasındaki payını ve yerini sona erdiriyordu. Saltanatın ilgasıyla da Osmanlı Devleti teşkilâtında kalmış olan bütün müesseseler, esasen dayanaklarını kaybederek, varlıkları hukuken sona erdi. Filiyette ise bu müesseseler çoktan dağılmış vaziyetteydi.

20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı Anayasa (=Teşkilât-ı Esasiye Kanunu) "Vazife-i İcraiye" (=Yürütme görevi) başlığını taşıyan "Üçüncü Fesil" ında (mad. 31-52) yer alan 51 inci maddesinde:

" İdarî dava ve ihtilâfları rüyet (=görmek) ve hâl, Hükümetçe ihzar (=hazırlanacak) ve tevdi (=verilecek) kanun lâyhaları (=tasarıları) ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyân-ı mütalâa (=görüş bildirme), gerek kendi kanun-u mahsusu (=özel kanunu) ve gerek kavanin-i sâire (=diğer kanunlar) ile muayyen (=belirlenmiş) vezaifi (=vazifeleri) ifa etmek üzere bir Şûrâ-yı Devlet teşkil edilecektir. Şûrâyı Devletin rüesâ (=reisleri=başkanları) ve âzâ'sı (=üyeleri, vezaifi-i mühimme'de (=önemli görevlerde) bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübeleriyle mütemeyyiz (=seçkinleşmiş) zevat (=zat'lar=kişiler) meyanından (=arasından) Büyük Millet Meclisince intihabolunur"

denilmektedir.

Görülüyor ki "idarî dava ve ihtilâflar" deyimiyle, devletle fert arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların içinde belli bir kategoriye işaret edilmekte ve meselâ 1876 Anayasasında yapıldığı gibi "Hükümet ve eşhas beyninde..." denerek kişilerle İdare arasındaki, maddî mahiyetleri birbirinden farklı dahi olsa, bütün davalara, ihtilâflara atıfta bulunulmaktadır.

Böylece Danıştay, belli bir hukuk'a (=İdare hukukuna) tâbî hukukî durumlardan doğabilecek ihtilâfların çözüm yeri hâline gelmektedir.

Bu Anayasa hükmünde, şu işaret ettiğimiz şekildeki bir deyimle yer verilmiş olması, Danıştayı, bir yüksek mahkeme olarak, devletin yargı işlerinde belli bir yere oturtmaktadır. Diğer bir deyimle, 1924 Anayasasının bu hükmü, şu bakımdan önemlidir: idarî olan ihtilâflarla, idarî olmayan ihtilâfların ayrımı yapılmaktadır.

İşte memleketimizde, idarî yargının ve İdare hukukunun başlangıcı Cumhuriyet devridir diye ısrar ettiğimiz sebebi bundandır. Tekrar ediyorum: "idarî" olan ile "idarî olmayan", bir memleketin tek ve müşterek hukuku içinde birbirinden ayrılmadıkça, bir "İdare hukuku"nun başlangıç noktası tesbit edilemez. Aynı bir hukuku, aynı "yargı yolu" (veya "yargı düzeni" =ordre juridictionnel) içinde yer alan veya birden çok yargı düzenlerine dahil bulunan mahkemelerin uygulanması ise, bir "Hukuk ayrımına" delâlet etmez. Böyle olunca da, Osmanlı Devrindeki gibi, adliye mahkemeleriyle aynı hukuku uygulayacak olan bir Danıştayın teşkilî, ne idarî yargının, ne de idare hukukunun başlangıcı sayılabilir.

1924 Anayasasının bu hükmü uyarınca Cumhuriyet Danıştayının kuruluş kanunu 23 Teşrinisânî 1341 (=6 Aralık 1925) günü 669 sayı ile kabul edildi.

Danıştay bir başkanın başkanlığında 4 daireye ayrılıyordu. Her dairenin bir başkanı ve dört üyesi vardı. Dairelerden ilk üçü idarî ve istişari görevleri yapacaklar, idarî davalara ise dördüncü daire bakaçaktı (Bugün 12 daireden sadece üçü idarî-istişari görev yapmakta, dokuzu idarî davalara bakmaktadır. Demek ki yargısal görev hacmi 1/4'ten 9/12'ye, yüzde 75 artmıştır.).

Başkan, daire başkanları ve üyeler, İçişleri ve Adalet encümenlerinin (=komisyonlarının) İçişleri ve Adalet bakanlarının hazır bulunmalarıyla yapacakları ortak toplantıda her boş yer için gösterilecek üçer aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisince seçileceklerdi. Seçilebilmek için 40 yaşını bitirmiş olmak, yüksek öğrenim görmüş bulunmak, müsteşarlık, valilik, mutasarrıflık (ilçe ile il arasında evvelce mevcut bir merkezî idare birimi olan "sancak" veya "liiva" da en yüksek merkezî idare memuriyeti) yapmış olmak veya Yargıtay üyeliğine hak kazanmış durumda bulunmak veya illerde en az üç yıl memuriyet verdikten sonra merkezî idarede görev almış olmak yahut Danıştay başkanlığı yapmış bulunmak şartları aranıyordu.

Dava dairesinde görev almak için, şu yukardakilerden başka özel şartlara ihtiyaç yoktu.

İdarî davaları sadece Dava dairesi değil, bir de "Daâvi Hey'et-i Aleniyesi" görmekteydi. Hey'et-i Aleniye (=Açık heyet) idarî-istişari daireler başkan ve üyeleri arasından birinci başkanın birer yıl süre ile seçeceği dört kişinin daha katılmasından meydana geliyor ve bugün dava dairesinde görülmekte olan iptal davalarına ve idarî sözleşmelerden çıkan davalara sadece bu heyet bakabiliyordu.

Bu kanun 21 Aralık 1938 tarih ve 3546 sayılı kanunla kaldırılarak Danıştaya daha geniş bir yapı verildi; daire sayısı beşe çıktı; idarî dava dairesi oldu. Yargı usulüne ilişkin bazı içtihadî esaslar tedvin edilerek bu kanunda yer aldı.

3546 sayılı kanun 27/5/1946 tarih ve 4904 sayılı kanunla geniş ölçüde değişikliğe uğradı. Dava dairesine bir yenisi eklendi. Bu suretle Danıştayın yargısal görevlerindeki iş artışı daha da belirlendi.

Nihayet, arada vuku bulan bazı değişikliklerden sonra, 1961 Anayasasının idarî yargıya, Danıştaya ve bunlardan da önce, tümsel olarak "Hukuk Devleti" ilkesine verdiği önemi devlet yapısında ve faaliyetinde gerçekleştirilecek olan 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı kanun çıktı.

1961 Anayasası ve bu kanun hükümlerine göre teessüs eden kuruluşu aşağıda ayrıntılarıyla ele alacağız.

Ancak şuna işaret edelim: Danıştay, birinci ve sonuncu derecede bir idare mahkemesi olma vasfını muhafaza ediyor. 1961 Anayasasından önce, birer ilk derece idare mahkemeleri olarak kabul edilen bazı kuruluşların, Anayasa hükümleri muvacehesinde "mahkeme niteliğinde" bulunmadıkları Anayasa mahkememizin müteaddit kararlarıyla tesbit edilmiştir. Gerçekten o kuruluşlar, kabul edilen genel anlam ve nitelikte birer "mahkeme" değil idiler ve 1961 Anayasasının benimsediği "mahkeme" kavramına hiç cevap veremez durumda bulunuyorlardı.

Danıştayın birinci derecedeki görevini azaltarak onun bir yüksek denet mahkemesi niteliğini kuvvetlendirmek ve böylece İdare hukukunda, genellikle hukuk birleştirici fonksiyonunu iyice belirlemek için ilk derece idare mahkemelerinin kurulmasına ilişkin bir tasarı TBMM'nde bulunmaktadır. Onun kabulü ile, idarî yargımız, Fransadaki gibi iki kademeli olacaktır.

§ 3. İDARENİN DENETİMİNDE BAŞKA SİSTEMLER

İdare'nin hukuka uyarlılığının yargısal denetimi sadece Fransada doğup gelişen ve bizim gibi daha birçok memleketlerin kabul ettiği bir idari yargı usûlüne bağlanmamıştır. Bunun zıddı olan sistemler bulunduğu gibi, ikisi arasında yer alabilecek farklı başka sistemler de vardır.

Evvelâ anglo-sakson sistemini ele alalım:

Yüzyıllar öncesindenberi İngilterede geliştirilmiş ve bu hukukun kültür alanı içinde benimsenmiş bir ilke vardır : The Rule of Law (=Rûl of Lâ).

"Hukukun hâkimiyeti" olarak lâfzî bir şekilde tercümesi mümkün bulunan bu anglo-sakson ilkesine "Hukukun üstünlüğü" de denildiğini yer yer görmekteyiz. Aslında, bu deyimle kastedilen şey "Hukuk devleti" n den ibarettir.

İngilizlerin zulümden kurtulma mücadeleleri çok eskidir. Bildiği-niz gibi, 1215'e, Magna Carta'nın akdine kadar iner. Fakat dikkat edilecek bir nokta vardır; Magna Carta, sâde vatandaşın haklarına, özgürlüklerine saygı sağlanması için değil, küçük dergbeylerinin Kral tarafından ezilmemesi için, gene küçükderebeyleri tarafından Londra yakınındaki Windsor kasabası civarında kısıtlanan Kral Topraksız John'dan zorla elde edilmiştir. Ancak gerek Magna Carta'da, gerek daha sonra başka vesilelerle elde edilen fermanlarda kabul olunan hak ve özgürlükler zamanla, asilzadelardan halka da intikal etmiş ve her vatandaşın hak ve özgürlükleri mahiyetini almıştır.

Bu hak ve özgürlükler mücadelesi içinde, İngilizlerin tesis ettiği Rule of Law ilkesi, hükümdarın şahsı hâriç, istisnasız herkesin Hukuka bağlı olması, bu bağlılığın da yargıçlar tarafından denetlenmesi esasını ifade eder.

Sâde vatandaşın hukuka riayeti, hukukla bağlılığı kolay anlaşılır. O, hukuku çiğnerse, bütün tepkileri görür. Fakat ya devlet memurları ?

Devlet memurlarının Hukuka riayetleri, ancak dolambaçlı bir yoldan halledilebilmiştir. Zira devlet memurları, hükümdarın şahsî hizmetkârlarıdır; onun adına, ona vekâleten iş görürler. Bunlar, aldıkları emirleri yerine getirir, vazifelerini yaparken bir başkasının haklarını çiğner, veya bir başkasına zarar verirlerse ne olacak ? Emirlere uyarak ve görevlerini yaparken böyle zararlar vermişlerse, aslında sorumlu tutulmak gereken, Hükümdarın kendisi olmalıdır. Fakat hükümdar sorumlu tutulamaz; çünkü hükümdar (=kral) hatâ yapmaz (=The King can do no wrong) (Bk.sf.90).O halde, memur kusurludur; bunun için de memur, sanki bir kamu görevi yapmamış ve bir kamu yetkisi kullanmamış da kendi başına, tıpkı bir insanın diğer birine zarar vermesi gibi bir hukukî davranışla zarar vermiş sayılır ve dava edilirdi. Mahkûm olacağı tazminatı ise devlet (daha doğrusu devlet demek olan Tac = Crown) öderdi. Böylece de, yerine getirilmiş olan fakat gereği haksız, hukuka aykırı sayılmış bulunan emrin, Hukuka aykırılığı dolaylı yoldan saptanmış olurdu. İngilterede doğrudan doğruya devlet (İdare) aleyhine dava açılabilmesi ancak 1947 yılında kabul edilen Crown Proceedings Act (Tac'a karşı dava kanunu) ile mümkün olabilmektedir.

Bu nedenlerle, Fransada idarî yargı ve idare hukuku teşekkül etmeğe başladığı zaman, İngiliz hukukçuları, başta ünlü Anayasaacıları Dicey (=Daysi) olduğu halde, Fransızları, İdare'yi, Hukuka riayetten kurtarmaya çalışmakla itham ettiler.

İngiliz hukukçularının asıl tahammül edemedikleri nokta, İdarenin, özel nitelikte bir takım mahkemelerce (idare mahkemelerince) yargılanmasıydı. Bu suretle İdarenin, memleketin genel hukukunu uygulayan ve herkesin eğit tutulmasını sağlayan genel mahkemelerin (yâni şimdi bizdeki anlamda "adliye mahkemeleri" nin) kurtarılmakta olduğu kanısını taşıyorlardı.

Bu nedenle, İngilizler idarî yargıyı reddettiler. İngilizlerin bunu rahatça böyle ileri sürdükleri sıralarda henüz İngiltere tam bir liberalizm içinde yaşıyor ve Hükümdara pek az kamu hizmeti düşüyordu. Toplum ihtiyaçlarını gideren faaliyetler, ya büyük özel müteşebbislerin veya yersel yönetim idarelerinin elindeydi. Özellikle birinci cihan savaşı sonunda İngiltere ağır ekonomik kayıplara uğradıktan ve hele ikinci cihan savaşından da gene galip çıkmasına rağmen çeşitli yönlerden uğradığı tahribatın daha da ağır olmasından dolayı, devlet pek çok toplum ihtiyaçlarını, birer kamu hizmetiyle gidermek için o zamanlara kadar görülmemiş faaliyetlere girişince, bu faaliyetlerin yürütülmesinde fertle İdare arasında teessüs eden münasebetleri, ağır ağır ve asırlar boyunca gelişmiş olan geleneksel hukukun (=Commonlaw) karşılamamakta olduğu görüldü; yazılı hukuka geniş ölçüde başvuruldu. Yazılı hukukun getirdiği müesseseler, bundan doğan ihtilafları da çözemeyen Commonlaw karşısında, yargı yetkisine sahip mahdüt görevli heyetler teşkil edilmeğe başlandı; bunlar fert-devlet münasebetlerinin her türlüşünde birdenbire meydana oluyorlardı. Üst denet mercii itibariyle, memleketteki tek mahkeme sistemine tâbî bulunmakla beraber, yazılı hukuktan gelen yeni kuralları uyguluyorlardı.

İngilizler, simdi idarî yargı mercilerini reddetmek şöyle dursun, bu yarı-yargısal komisyonların (=administrative tribunals) geliştirmekte olduğu İngiliz idare hukukunun daha sistemli ve kendi içinde uyumlu hâle gelmesi için, yüksek denetimin adli yargıdan alınmasına ve bir yüksek idare mahkemesinin kurulmasına taraftarlık etmektedirler.

Ancak, böyle kendi kendine tam ve uyumlu, müstakil bir idarî yargı mekanizması bulunmadığı için, İngiliz idare hukukunda "Adli idare sistemi" nin câri bulunduğu söylenmektedir. Yeni kurulan uzman idarelerin dışında, eskiden kalma klâsik idare birimleri, hâzî Commonlaw haklarını kullanmakta, çoğu kere, ittihaz ettikleri tasarrufları icra edebilmek için adliye mahkemelerinden ayrıca yetki almak durumunda kalmaktadırlar.

İdare'nin re'sen hareket yetkisinin tam olmadığı ve adli yargının denetimine tâbî bulunduğu memleketlerin idare sistemlerine "adli idare sistemi" adı verilir.

Adli idare sistemiyle, Fransadaki ve bizdeki İdarî yargı sisteminin arasında, bazı idare hukukçularımızın "mahkeme tipi", dışarda da bazılarının (N. Ferdinando Rocco: Exposé des principes sur l'organisation de la juridiction administrative en Italie. Le Conseil d'Etat; Livre Jubilaire, p.500) "Belçika sistemi" dedikleri bir sistem de mevcuttur. Bu sistende, fertlerin subjektif haklarının korunması adliye mahkemelerine bırakılmış, ancak İdareye karşı iptal davası kabul edilmiştir.

Bölüm III

DANIŞTAY

§ 1. 1924 ve 1961 ANAYASALARINDA DANIŞTAY

Yukarda (sf.156) belirttiğimiz gibi 1924 Anayasası, Danıştayı, Yürütme görevine ilişkin 3 üncü faslında tesis etmekteydi. 1961 Anayasasında ise Danıştay, "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında ve "Yargı" bölümünde yerini almaktadır.

Bu yer değişikliği, Anayasamızın redaksiyonuna ve hükümlerinin herhangi bir şekilde tertiplenmesine ilişkin bir mesele mahiyetinin çok üstündedir. Bu, 1961 Anayasasının "Kuvvetler ayrımı" denilen teoriyi

...ve kabul ettiğini gösteren emarelerden biri ve en önemlileri arasındadır.

Burada, iki Anayasanın bu açıdan tam bir karşılaştırılmasını yapacak değiliz. Fakat Danıştayın Anayasadaki yeri ile beraber bir hususa daha dokunalım:

1/ 1924 Anayasası, 3 üncü maddesinde "Hâkimiyet bilâkaydüşart (=kayıtsız, şartsız) milletindir" dedikten sonra, 4 üncü maddesinde, "Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegâne ve hakikî mümessili olup millet namına hakk-ı hâkimiyeti istimal eder" hükmünü koyuyordu.

5 inci maddede Yasama yetkişyle Yürütme kudretinin (=yani her iki fonksiyonun ve bunların icrasına müteallik hukukî iktidarların) TBMM'nde tecelli ettiği ve toplandığı ifade edildikten sonra, 6 ncı maddede, yasama yetkisinin bizzat TBMM tarafından kullanılacağı, ancak gene TBMM'nde toplanmış olan yürütme yetkisinin ise, bizzat TBMM tarafından kullanılmayıp, onun tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile Cumhurbaşkanlığı tarafından tâyin edilecek bir Bakanlar Kurulu marifetiyle (=yani aracılığı ile) kullanılacağı ifade ediliyordu (mad.7).

Yalnız yargı yetkisi, TBMM'de değildi. Bu yetkiyi "müstakil mehakim" (=bağımsız mahkemeler) "millet namına" kullanacaklardı (mad. 8).

1961 Anayasasında da, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine aidiyeti belirtildikten sonra, milletın, sahibi bulunduğu bu egemenliği, münhasıran TBMM eliyle değil, fakat çoğulcu bir düzen içinde ve "Anayasanın koyduğu esaslara göre" "yetkili organlar eliyle" kullanılacağı belirtilmiştir (mad. 4). Bu suretle de, "Hiçbir... organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanama..." maktadır (mad. 4). Tabii 1961 Anayasası da, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı esasını muhafaza etmiştir. (mad.7).

2/ Danıştay'ın 1924 Anayasasındaki "Yürütme görevi" kısmından alınıp "Yargı" bölümünde, "Yüksek Mahkemeler" arasındaki yere yerleştirilmesi de, 1961 Anayasasının "Kuvvetler ayrımı" teorisi denilen "Devlet organları, fonksiyonları ve yetkilerini tertipleme esasını" nasıl anladığını gösterir.

Eski Anayasanın, Danıştaya "Yürütme" topluluğu içinde sayması, Fransada ve daha başka bazı Avrupa memleketlerinde olduğu gibi, Kuvvetler ayrımı teorisinin bir gereği olarak da "hiçbir organın diğerini denetleyemeyeceği" anlayışına dayanmaktaydı.

Gerçekten, Fransada İdarî yargının gelişiminde gördüğümüz gibi, adliye mahkemelerinin İdareyi denetlemeleri, Kuvvetler ayrımı teorisi karşısında "yargı organının yürütme organına müdahalesi" şeklinde yorumlanmaktaydı. Gerçi orada idarî yargının kurulması ve gelişmesi, evvelâ böyle bir bilimsel yorum yapılmış olmasından değil, başka pratik sebeplerden ileri geliyordu. Fakat bu pratik sebepler, sonuçta, böyle bir bilimsel yorum ile, bilimsel bir desteğe kavuşmuş oluyordu.

İşte, yukarda değindiğimiz gibi, İngiliz hukukçularının o tarihte, idarî yargı sistemine karşı çıkmalarının asıl nedeni buradaydı; onlar, İdarenin, Kendi bünyesindeki mahkemelerce denetlenmesini, İdarenin genel mahkemelerin görev alanlarından kaçırılması şeklinde sayıyorlar ve bu kaçırılmayı, genel mahkemelerin ısrarla uyguladıkları Rule of law, yani Hukuk devleti ve Hukuk karşısında eşitlik ilkelerinin bir tarafa atılması niyeti olarak yorumluyorlardı.

Yukarda incelediğimiz "Yargıç-bakan" ve "tutuk adalet" usülleri de böyle bir yorumu haklı kıliyordu. İdare kendi kendisini denetlerse, Hukuka uygunluk nasıl sağlanabilirdi? Bir hukuk süjesi, kullandığı hukukî yetkinin ve yaptığı işlemlerin aynı zamanda yargıçlığını da kendi üzerine alırsa, bu "davada hem taraf, hem yargıç" olmak demek değil miydi?

Fransızlar da bu sakat noktayı gördüler. O devirdeki anlayışa göre, madem ki Yargı'nın Yürütme'yi denetlemesi, Kuvvetler ayrımı ilkesine aykırı düşüyordu, o halde, bizzat İdare içinde, hem "taraf", hem "yargıç"

olunması önlenmeliydi. Bu nedenle, "İdarî yargı-Faal idare" ayrımı tesis edildi ve bazı ilkeler saptandı.

Faal idare, idarî kamu hizmetlerini günü gününe yürüten idarî teşkilâttir. İdarî yargı da, faal idareyi denetleyen idarî teşkilât.

Her iki teşkilât da, netice itibariyle "İdare" ye dahil bulunduğu için, Fransız sisteminde, idarî yargının (Danıştay, İl idare kurulları...) idarî ve istişarî görevlerinin bulunmasında bir mahzur görülmemektedir. Hattâ bil'âkis, İdarî yargıya böyle görevler verilmesinin, faal idarenin daha iyi, daha anlayışlı bir şekilde denetlenebilmesine yol açacağı düşünülmektedir (Bk. sf.151). "İdarî yargıçlıkta idarî hayat tecrübesinin önemi" belirtilmektedir.

Fakat bunun hemen ardından, bazı pek önemli problemler ortaya çıkar:

İdarî hayat tecrübesi, idare yargıçlarının, idare üzerinde sadece kanuniyet değil, fakat kanuniyetten de önce ve hiç değilse kanuniyet denetiminin yanı sıra "yerinde'lik" (= icâb-ı hâl'e uygunluk) denetimine girişilmesi yolunu da açmaz mı ? (Bk. sf. 85).

İdarenin Hukuka uygun hareket edip etmediğini araştırarak olan yargıcın, eskiden faal idareciliklerde bulunmuş, faal idare tecrübesi edinmiş olması, onun, Hukuka uygun bulduğu bir idarî kararın, bir de "isabeti" üzerinde denetime kalkışmasına yol açmaz mı ?

İdarî yargıçtan, böyle bir denetim beklendiği zaman, faal idarenin içinde olmayan ve binnetice idarî faaliyetin Hükümet ve Parlâmento gibi diğer pek önemli devlet organlarına ve Kamu oyu gibi tüm memlekete karşı sorumluluğunu hiçbir surette taşımayan bu yargıç, yargı fonksiyonundan ayrılıp idarî teşkilâta günlük kamu hizmetleri icrasında yön verme durumuna girmez mi ? Yani diğer bir deyimle, İdarenin üstünde bir "yönetici kuvvet" kullanmış olmaz mı ?

Buna cevaz var mıdır ? Bu, arzu edilmekte midir ?

Buna, başta Fransızlar, her memlekette "-Hayır, bu olamaz" cevabı verilmektedir.

Çok tekrar ettiğim için aklınızdan çıkmamıştır: Devlet faaliyetinde sorumluluk olmadan yetki, görev olmadan yetki olamayacağı gibi, nerede yetki varsa orada görev ve bu görevin getirdiği sorumluluk vardır.

İdare yargıçlarının, kanuniyet denetiminin yanı sıra ve hattâ ardı sıra, "yerindelik" denetiminde de bulunmaları, Faal İdareye bilfiil müdahaleleri, hattâ daha da öteye, "Faal idarenin yüksek yönetimini ele almaları" sonucunu doğurur. Bunun ise Kuvvetler Ayrımı anlayışıyla bağdaşması mümkün olmadığı ve İdarenin, Yürütme organı vasıtasıyla Politikadan etkilenmesi sonucunda idarî yargıyı politika düzeyine çekeceği ve idarî yargı bir defa politika düzeyine çıktı mı, bu sefer politik çevrelerin de idarî yargının kanuniyet denetimine müdahaleleri kaçınılmaz hâl'e gelir.

O halde, idarî yargının "yerindelik" denetimine girişmesi, idarî ve bazan da siyasî tedbirleri tâyine yönelmesi olacağından, sistemden beklenen faydaları tahrip edicidir.

Bu saydıklarımız, o kadar genel ve inkâr edilemez mahzurlar olmuştur ki, idarî yargı'yı gene de "Yürütme" nin çerçevesi içinde mütalâa etmekte beraber, onun Faal İdareyle tedahülünü (=içiçe geçmesini) önlemek için bazı kanunî tedbirlere yönelinmiştir. Bu tedbirler kâh sert, kâh nisbeten yumuşak olmuştur.

Yumuşak tedbirlerin arasında, idarî yargının idarî-istişarî bölümlerinde görevlendirilen idarî yargı mensuplarının aynı zamanda yargısal bölümlerde görev almalarının yasaklanması ve her iki bölüm mensuplarının faal idarede görevlendirilememeleri gelir. Diğer bir deyimle:

1/ İdarî yargı teşkilâtı mensupları, faal idarede görev alamamalıdır.

2/ İdarî yargı teşkilâtı içinde, yargısal bölüm ile idarî-istişarî bölüm kesinlikle ayrılmalı, bu bölümlerin mensupları yalnız kendi kısımlarında görev yapabilmelidir.

...varı yargının, hiç değilse yargısal bölüm mensuplarının Yasama veya Yürütme organları tarafından tâyin edilmelerinin veya seçilmelerinin önlenmesi, bu tür tâyin veya seçimlerin ya cooptation (=kooptasyon=bir kurulun kendi mensuplarını kendisinin seçmesi) usûlüne bağlanması veya diğer herhangi bir veya birkaç bağımsız yargı organının ihtimamına bırakılmasıdır.

Ancak buna rağmen idarî yargıda yargıçlık yapacak, yâni yargı yetkisi kullanacak olanların bir kısmında veya tamamında "faal idare tecrübesinin" aranmasına devam edilmeli midir ?

Böyle bir tecrübe aramanın amacı nedir ? Bundan maksat ne olabilir ? Böyle bir tecrübe şartı aramanın, Örneğin Ticaret mahkemelerine tâcirlik etmiş üye aramaktan bir farkı olmayacaktır. Mesele bir kanuniyet (yâni Hukuka uygunluk) denetimi ise, aranması gereken kişi "yetişkin kamu hukukçusu" dur. Faal idare tecrübesi arandığı zaman, Hukuka uygunluk sorununun yanı sıra "icâb-ı hâl" e uygunluk denetiminin ortaya çıkması önlenemez. Zira, idarî tecrübe aranması da başka bir maksada ham olunamaz. Kanuniyet denetimi yayında bir de icâb-ı hâl e uygunluk denetimine girişecek bir yargı mercii'nin, Faal idare fonksiyonuna el atmakta olduğundan haklı olarak şikâyet edilir; İdare ve onun üst kademesini teşkil eden Yürütme ile Yargı arasında sürtüşmelerin sonu alınmaz ve netice birçok memleketlerin idarî yargı tarihinde rastlandığı gibi (meselâ 1849 da murahhas adalete geçen Fransız danıştayınının 1852'de tekrar tutuk adalete döndürülmesi gibi) yargı mercilerinin ve yetkilerinin zararına olur.

1961 Anayasamızdaki esaslara dayanılarak İl idare kurullarının, İlçe idare kurullarının, Vergi İtiraz ve Temyiz komisyonlarının birer yargı mercii sayılmamaları bu bakımdan isabetli olmuştur. Faal idare ile idarî yargının içiçe geçtiği ve valinin başkanlığında, aralarından bir tek Hukuk İşleri müdürü (ki o da iyerarşiye dahil bir memurdur) hariç hiçbirinin hukukçu olmadığı, hukukçu olsalar bile idarî görev, sıfat ve fonksiyonlarının galip geldiği ve iyerarşik âmirlerinin riyasetinde yargılama yapan İl idare şube başkanlarından kurulu bir idarî yargı heyetinden hangi "kanuniyet" kontrolü beklenebilir ? Böyle bir kurul, "icâb-ı hâl e uygunluk" denetiminden başka ne yapabilir ?

Ancak şurasına da işaret etmeliyim: Faal idare ile idarî yargının mutlak bir ayrıma tâbî olduğu hallerde de, idarî yargının ender olarak icâb-ı hâl e uygunluk denetimi yapar gözüktüğü (veya yapar kabul edilebileceği) bazı haller, meselâ bir "fevkalâde haller nazariyesi uygulaması" olur. Ancak dikkat edilmek gereken nâzik bir nokta vardır: İdare hukukunda, böyle ender bazı hallerde, "icâb-ı hâl" e uygunluk", kanuniyet'in (=légalité) bir unsuru hâline dönüşmüştür.

Bir diğer noktayı da tasri. etmeliyim: aşağıda anlatılacağı gibi, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında yapılacak denetim, kat'iyen bir icâb-ı hâl e uygunluk denetimi değildir.

§ 2. DANIŞTAYIMIZIN YAPISI

Yukarda belirttiğimiz gibi, Danıştayımızın 1961 Anayasasındaki yerine bakılınca, ilk nazarda Faal İdare ile İdarî Yargı arasında, bizce bir Hukuk devletinin mutlak gereklerinden olan tam bir ayırım gerçekleştirildiği görünüşü hâkim olur. Ancak gene değineceğimiz bazı yapısal ve fonksiyonel özellikler, böyle bir kanı veya izlenimi zedeleyecek niteliktedir. Bunlara, sırası geldikçe işaret edeceğiz.

A) ANAYASA TASARILARINDA DANIŞTAY

27 Mayıs devrimini müteakip ve henüz Millî Birlik Komitesi dahi kesinlikle belli olmadan Devrimcilerin ilk işi, başka rahmetli Ord.Prof. Sıddık Sami Onar olmak üzere bazı Kamu hukukçularını çağırarak kendilerinden sür'atle yeni bir Anayasa yapılmasını istemek olmuş ve hemen İstanbul Üniversitesinde, Ankaradan da bazılarının katıldığı bir Anayasa komisyonu kurulmuştur. Bu komisyonun kompozisyonu zaman zaman bazı

değişikliklere uğramış ve neticede, hazırlanan 200 maddelik bir tasarı Millî Birlik Komitesi başkanlığına sunulmuştur.

İstanbul Projesi veya İstanbul tasarısı denilen bu Anayasa tasarısında, 1924 Anayasasındaki Danıştay iki bölüme ayrılıyor, iki ayrı kuruluş öngörülmüştü.

Tasarının "Devlet Yardımcı Kurulları" başlığına taşıyan 4 üncü bölümünün ilk maddesinde (mad. 122) yalnız idarî ve istişarî görevlerle donatılmış bir "Devlet Şûrası" yer alıyordu. Bu görevlerin arasına yüksek memurlar hakkında disiplin cezası vermek hususu da ithal edilmiş olmakla beraber, "yürürlükteki mevzuatı" derleyip toparlamak, genellikle idarî reformlara dair önerilerde bulunmak gibi son derece lüzum duyulan bazı işler de sokulmuştu. Yüksek bir idarî ve istişarî kurul olacak bu teşekküle Cumhurbaşkanı başkanlık edecekti (K.Öztürk, I, 58).

Yargısal görevleri bakımından ise, 1924 Danıştayından bir "Yüksek İdare Mahkemesi" ayrılıyordu (mad.181).

Bu kuruluşun görevi sadece yargısal olacaktı. İdarî veya istişarî hiçbir vazifesi yoktu (K.Öztürk, aynı, I, 76).

İstanbul Projesinde bu Yüksek İdare Mahkemesine, tabiiyetle Yargı bölümünde yer veriliyordu.

İstanbuldaki Komisyon çalışmalarını sürdürürken, Ankarada Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü de bir Anayasa tasarısı hazırlamaktaydı. Gönüllü nitelikte olan bu teşebbüs sonucu ortaya çıkan tasarının dördüncü bölümünü teşkil eden "Yürütme" bahsinin VI nci kesiminde, Yürütmeye "Yardımcı Kuruluşlar"ın başında, idarî, istişarî ve yargısal görevleri bulunan bir Danıştay öngörülmekteydi (mad. 88). "Yargı"ya ayrılan V inci bölümün 95 inci maddesinde de, "İdarî yargının baş mercii" nin Danıştay olduğu bildirilmekte ve idarî ve adlî kazanın karşılıklı görev alanlarının kanunla gösterileceği ifade olunmaktaydı (K.Öztürk, aynı, I. 379, 381).

Temsilciler Meclisi Anayasa komisyonu ise, İstanbul Projesindeki esas (iki ayrı kuruluş teşkilini) benimsemiyor ve eskisi gibi, idarî, istişarî ve yargısal görevlerle donatılmış bir Danıştay kabul ediyordu. Danıştay başkanları, üyeleri ve başkanın sözcüsü Yüksek Hâkimler Kurulunca, özel kanunda gösterilecek nitelikleri taşıyan kişiler arasından seçilecekti (Yargı Organları alt-komisyonu tasarısı, mad.20.-K.Öztürk, aynı, I, 584).

Danıştay, Anayasanın "Yürütme" bölümünde yer alıyordu. Alt-komisyon "Danıştayın mütalâa verme göreviyle idarî yargı görevini ayırmanın tarihi geleneğe aykırı düşeceği, idare görevlerindeki bütünlük noktasından bu ayırmanın pek uygun düşmeyeceği ve nihayet Danıştayda bugün en büyük mesele olarak beliren personel yetiştirme bakımından böyle bir ayırmanın daha kötü sonuçlar doğuracağı..." düşüncesini öne sürüyordu (K.Öztürk, aynı, I, 486-487).

Bu gerekçenin hiçbir bilimsel değer taşımadığı ortadadır. Anayasa komisyonunun tasarının nihai metnine yazdığı gerekçe de, aslında bir "gerekçe" olmayıp, Anayasa metnindeki maddenin, başka deyimler ve cümlelerle tekrarlanmasından ibarettir.

İstanbul Projesinin pek önemli bir yenilik, bir büyük fikir getirmekte olduğu yukarıya aktardığımız metinde görülüyor. Daha önce verdiğimiz izahların ışığı altında, İstanbul Komisyonunun niçin Danıştayı böylece iki kısma ayırdığı anlaşılır. Netekim aşağıda vereceğimiz izahatta da, İstanbul Komisyonunun görüşü kabul edilmemekle ne gibi tarihi aksaklıkların boş yere devamına yol açıldığı görülecektir. İstanbul projesindeki hükümler reddedilürken "...tarihi geleneğe aykırı dümemek..." endişesinin Türk idarî yargısı bakımından hiç bir değeri yoktur. Bu ayırma, Fransada ileri sürülmüş olsa ve buna karşı da tarihi geleneğin korunmasından bahsedilse, aslında "geleneğin korunması" ciddi bir sebep teşkil etmemekle beraber, gene de bir derelere mazur görülebilirdi. Bizde hangi tarihi gelenek korunuyor ?

1961 Anayasası hazırlanırken 93 yaşına basmış olan Danıştayımız, sadece 34 senedir bir yüksek idare mahkemesi olarak faaliyettedir. Fransadaki "gelenek" kasdediliyorsa, onu korumak bize düşmez; bizdeki "gelenek" ten bahsediliyorsa, 93 yıllık bir müessesenin 93 yılda sadece 34 yıldır yargı görevi yapmış olmasıyla, hiçbir "yargısal gelenek" teessüs etmez.

Ve daha da ötesi, kanunlar konuldukları gibi, kaldırılabirler de. Mevzû (=konulmuş) Hukukun "gelenek" teşkil etmesi söz konusu edilemez. Hukukta gelenek, teâmülde, örf ve âdetle olur.

Yukarda, altını çizdiğim diğer iki mülâhazanın da hiçbir bilimsel değeri yoktur. Komisyon o satırları "gerekke" olarak yazarken, ilerde hukukçuların bu satırlara eğileceklerini, doyurucu sebepler arayacaklarını düşünmeliydi.

Yasama organındaki (=Kurucu meclisteki) müzakerelerden de, İstanbul projesinde yer alan, tarafta olunsun veya olunmasın, fakat pek büyük bir aşama ifade eden hükümlerin hangi sebeplerle reddedildiğini, beğenilmediğini anlamağa imkân yoktur. Müzakerelerde, bu ayırma'dan bahis geçmemiştir.

Nihayet, 1961 Anayasasının 140 ıncı maddesinde, Danıştay şöylece yer almıştır:

- 1/ Danıştay, genel olarak "üst derece" idare mahkemesidir. Kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda da "ilk derece" mahkemesidir.
(Bugünkü tarihte henüz ilk derece idare mahkemeleri kurulmamıştır. 1961 Anayasasından önce, ilk derece idare mahkemeleri niteliğinde sayılan İlçe İdare Kurulları, İl İdare Kurulları, Vergi İtiraz Komisyonları, bir "istinaf mercii" olarak sayılabilen Vergi Temyiz Komisyonları'nın, birer mahkeme niteliğinde bulunmadığı Anayasa mahkemesi kararlarıyla da belirmiş vaziyettedir. O halde Danıştay, bugünkü tarihte hem ilk, hem üst derece mahkemesidir. Kendi içinde bir "temyiz" usûlü bulunmadığına göre, idarî davalara ilk ve son derece olarak bakar).
- 2/ Danıştayın üç türlü görevi devam etmektedir:
 - a- İdarî uyumsuzlukları ve davaları görür; çözümler (yargısal görev);
 - b- Bakanlar Kurulunca gönderilecek kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirir; tüzük tasarılarını, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini (*) inceler (danışma-istişare görevi);
 - c- Kanunla gösterilen diğer işleri yapar (danışma görevleri, idarî görevler).

Şimdi, önce, Anayasada ana hatları belirtilmiş olan bu görevleri yerine getirecek olan müesseseyi inceleyelim.

B) DANIŞTAYIN YAPISI

1/ PERSONEL : Danıştay personelini 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı kanun (=Danıştay Kanunu), a/Meslek mensupları ve b/İdarî memurlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

Meslek mensupları denilen kısma da ikiye ayırmak kanunî bir gerek olarak ortaya çıkmaktadır: aa/ Yüksek Hâkimler, bb/ Yargıya yardımcı meslek personeli.

aa/ Yüksek hâkimler: "Yüksek hâkim" kavramını Anayasamız, 137 nci maddesinin son fıkrasında "dolaylı" bir yoldan tanımlamıştır. Buna

(*) "İmtiyaz sözleşmeleri" ni, imtiyaz kelimesinin lûgat mânâsına bakarak ayrıcalıklar yaratan sözleşmeler sanmamalıdır. Ayrıcalık, Anayasaya aykırıdır. "İmtiyaz" eski ve teknik bir deyim olarak, bazı kamu hizmetlerinin idare adına kurulup yürütülmesi demektir.

göre yüksek hâkimler, yüksek mahkemelerin hâkimleridir (Ayrıca:Danıştay DDK 25/6/1965,K:65/585.-Dinçer,Çırakman,Necipoğlu (1965-67), sf.111).

Hâkim (=yargıç), hüküm veren kamu görevlisidir (Anayasa 132/1). Genel olarak yargı sistemimizde hâkim sınıfına dahil bulunmakla beraber, hüküm vermeyen (hükümlerin verilmesine katılmayan) hâkimler de vardır. Yargıtay nezdindeki hâkim sınıfından yardımcıları bu durumdadırlar.

Ancak Danıştayda yüksek hâkimler'den başka hâkim sınıfından kimse yoktur. Fakat 521 sayılı kanunun "Diğer meslek mensupları" olarak zikrettiği görevliler, idarî hizmetlere karışsalar da (örneğin "başyardımcı" lar) asıl görevleri "Yargı hizmetine yardım" dır; yargısal tasarrufun ittihazına, hazırlayıcı çalışmalarıyla katılmaktadırlar. Bu nedenle, bizzat hüküm vermemeleri veya hükmün ittihazında oy kullanmadıkları için Anayasanın 132 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre hâkim sayılmamakla beraber, yargı faaliyetine katılmaları nedeniyle özel teminat altına alınmışlardır.

Danıştay "Meslek mensuplarından" hangilerinin "Yüksek Hâkim" statüsünde bulduklarını 521 sayılı kanun, 4 üncü maddesinde belirtmektedir. Bunlar: Birinci başkan, daire başkanları, üyeler ve Baş Kanun-sözcüsü' dür.

Baş Kanun-sözcüsü, hüküm ittihazına katılmadığı halde, yüksek hâkim sayılması Anayasaya aykırı değildir. Netekim Yargıtay nezdindeki Cumhuriyet Başsavcısının da, hüküm ittihaz etmediği halde yüksek hâkim sayılacağı Anayasanın 137 inci maddesi son fıkrasında belirtilmiştir. Kaldı ki, Baş Kanun-sözcüsü de aslında bir üyedir (Anay.140/3).

Danıştayın şu saydığımız "yüksek hâkimler" i, Anayasanın kendilerine sağladığı teminat altında görev yaparlar (Anayasa 132, 133, 134).

Seçilmeleri: 1971 yılında (20 Eylül) Anayasada yapılmış olan değişikliklerden önce Birinci başkan, daire başkanları ve Baş Kanun-sözcüsü doğrudan doğruya bu görevlere, üyeler de, genel olarak üyeliğe seçilirlerdi. Şimdi sadece üyelik için seçim yapılmakta ve şu diğer görevlere getirilecek olanları Danıştay kendisi seçmektedir.

Aranan nitelikler: Danıştay yüksek hâkimliklerine seçilebilmek için aranan nitelikler şunlardır:

İ. a': Yüksek öğrenim yapmış olmak; b': Enaz 15 yıl devlet memuriyetinde başarıyla çalışmış olmak; c' Dördüncü derece kadroda bu derece maaşını kazanılmış hak olarak almış olmak; d': Yüksek hâkimliğin gerektirdiği ahlâk ve seciyeye sahip olmak.

Bu şartlara ilâveten, aşağıdaki şartlardan birini taşımak:
II.-Bakanlık, müsteşarlık, elçilik, valilik;
-Yargıtay başkanlığı, daire başkanlığı, üyeliği veya bu görevlere seçilebilme niteliğini kazanmış olmak şartıyla hâkimlik;
-Hukuk, Siyasal Bilgiler, İktisat fakültelerinde veya İktisadi ve Ticarî İlimler akademilerinde hukuk, iktisat, maliye, âme idaresi kollarından birinde profesörlük;
-Tuğgeneral, tuğamiral veya daha yüksek rütbelerde generallik veya amirallik veya Askerî Yargıtay başkanlığı veya daire başkanlığı veya üyeliği ile başsavcılığı, yahut bu görevlere seçilebilme niteliğini kazanmış olmak şartıyla askerî hâkimlik;
-Genel veya katma bütçeli dairelerde genel müdürlük veya en az bu sınıf ve derecelerdeki daire başkanlığı veya bu memuriyetlere eşit görevler;
-Bakanlıkların baş hukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye bakanlığındaki bu sınıf ve derecedeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı ve Merkez muhakemat müdürlüğü;

- Vergiler temyiz komisyonu, başkanlığı, daire başkanlığı veya üyeliği;
- Danıştay bağıyardımcılığı veya bu derecedeki kanunsözcülüğü;
- Devlet memuriyetinde çalışmış olmak kaydı aranmaksızın enaz 15 yıl filen avukatlık; etmiş olmak. (521/8).

Ancak, üye seçildikten sonra baş kanunsözcülüğüne seçilmek veya dava daireleri üyeliklerine getirilebilmek için Hukuk veya Siyasal Bilgiler veya İktisat fakülteleri ile İktisadî ve Ticarî İlimler Akademileri yahut öğrenim itibariyle bunlara eşit yabancı memleketler fakülte veya yüksek okullarından mezun olmuş bulunmak şarttır (8 son, 14, 20/4).

Üyeliğe seçilme: Danıştay üyeleri, Anayasa mahkemesi tarafından ve asıl ve yedek üyelerinin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oy ile seçilir.

Bu seçim, bir yandan Danıştay Genel Kurulu, diğer yandan Bakanlar Kurulunca ayrı ayrı boş yer sayısı kadar gösterilecek adaylar arasından yapılır (Any.140/3).

Boş üyelik olduğu zaman, aday gösterilmek üzere başvuruların niteliklerini incelemek ve belirtmek üzere Danıştay genel kurulu, yapacağı seçimden 15 gün önce, kendi üyeleri arasından 5 kişilik bir komisyon seçer. Komisyon, yukarıda sayılan niteliklerin bulunup bulunmadığını arar, gizli ve açık sicil dosyalarını ile hal tercihlerini inceler, diğer gerekli bilgileri hazırlayarak bir alfabetik isim listesi hazırlar.

Komisyon kurulduktan sonra, adaylık başvurusu kabul edilmez.

Danıştay Genel Kurulu, bu listedeki adaylar üzerinden oylama yapar. Toplantıya başkan ve üyeler tamsayısının enaz dörtte üçünün katılması gereklidir.

Hazır bulunanların enaz yarısından fazlasının oyunu alanlar, boş yer sayısına göre adaylığa seçilmiş olurlar. Seçimler gizli oyla yapılır.

Oylamanın sonucu bir tutanakla tesbit edilir. Bunun bir nüshası Anayasa mahkemesine, bir nüshası da Başbakanlığa gönderilir.

Başbakanlık da, boş yer sayısı kadar Bakanlar Kurulunca tesbit edilecek adaylarını Anayasa mahkemesine ve Danıştaya bildirir.

Aday tesbiti, boşalma tarihinden itibaren en çok iki ay, yapılacak seçim de Anayasa mahkemesince en çok bir ay içinde sonuçlandırılır.

Başkanların ve Baş Kanunsözcüsünün seçilmeleri: Danıştay başkanı (=birinci başkan), daire başkanları ve Baş Kanunsözcüsü, Danıştay Genel Kurulu tarafından, üye tam sayısının salt çokluğu ve gizli oyla dörder yıl için, Danıştay üyeleri arasından seçilirler. Süresi bitenler, yeniden seçilebilir (Any.140/4).

Üyelerin dairelere ayrılması, "Başkanlar Kurulu" tarafından yapılır ve aynı şekilde daireleri değiştirilebilir. Dairelerde vuku bulacak noksanlıklar, İdarî dairelerden diğer idarî dairelere, dava dairelerinden de diğer dava dairelerine üye gönderilmek suretiyle doldurulur.

Bu üyeler, Başkanlar Kurulu tarafından önceden belirlenir.

Dava daireleri üyelikleri için, yukarıda işaret ettiğimiz nitelikler aranır.

bb/ Yardıma yardımcı (=diğer meslek) personel

Bu personel de yardımcıları, bağıyardımcılar ve kanunsözcüleridir.

Bu personel, sınavla alınır. Sınava girebilmek için 30 yaşını bitirmemiş olmak, Memurin kanunundaki genel nitelikleri haiz bulunmak, ilâveten Hukuk veya Siyasal Bilgiler veya İktisat Fakülteleriyle, İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisini, yahut öğrenim itibariyle bunlara eşit bir yabancı fakülte veya yüksek okulu bitirmiş olmak lâzımdır.

Sınavı kazananlar, Yönetim ve Disiplin Kurulunun önermesi üzerine Birinci başkan tarafından atanırlar. Yükselmeleri de aynı şekilde olur. İlk yıl "adaylık süresi" dir. Başarılı görülenler asıl memur olarak göreve devam eder; başarılı olmayanların ilişkileri kesilir.

Yardımcılar 6 sınıftır. Başyardımcı olabilmek için, birinci sınıf (=en yüksek) yardımcılıktaki en az bir yıl çalışmış olmak gerekir.

b/ Danıştayın idarî memurları, Özlük işleri müdürü, Evrak müdürü, Levazım müdürü ile kadrolarda gösterilen diğer memurlardır. Bunlar Memurun kanununa (=şimdi Devlet Memurları Kanununa) göre Birinci Başkan tarafından tayin edilirler.

2/ MERCİLER VE KURULLAR

a-Birinci Başkan: Seçilme usûlünü yukarıda gördüğümüz birinci başkan, Danıştay'ın temsilcisi ve genel işleyişin sorumlusudur. Gerekirse, ilgili daire başkanları veya Başkanlar Kurulu ile de görüşerek, lüzumlu idarî tedbirleri alır. Seçimle gelenlerin dışında, tayinler birinci başkanın yetkisindedir. Genel Kurula, Dava Daireleri Kuruluna, İc̄tihatları Birleştirmeye Kuruluna ve Başkanlar Kuruluna başkanlık eder.

b-Genel Kâtip: Birinci başkanın idarî konularda en yakın yardımcısıdır. Birinci başkan tarafından ve üyeler arasından seçilir. Kanunun verdiği işlerle, Birinci başkanın vereceği idare ve yaza işlerini yürütür. Doğrudan doğruya birinci başkana, daire başkanlarına ve Baş kanunsözcülüğüne bağlı olmayan servisler ve Müdürlükler, genel kâtipin yönetim ve denetimi altındadır.

Genel Kâtip, dava daireleri ile Dava daireleri kuruluna ve İc̄tihatları birleştirmeye kuruluna katılamaz.

c-Daire başkanları: Daire başkanları, dairelerinin düzenli çalışmasından, görevlilerin devamlarından, verimli faaliyetlerinden, yardımcılar ve memurların yetiştirmelerinden sorumlu oldukları gibi, dahil buldukları kurullara katılırlar, yerine göre başkanlık eder, düşünce ve oylarını bildirirler.

d- Baş Kanunsözcüsü: Dava dosyalarını kanunsözcülerine havale eder, kanunsözcülerinin çalışmalarını idarî yönden denetler, baş kanunsözcülüğü teşkilâtının genel gidişini düzenler.

Danıştay kanununun "Karar organları" başlığı altında topladığı iki grup kurul vardır. Bunlardan birinci grubu, Anayasanın ve kanunun Danıştaya verdiği yargısal, idarî ve istişarî görevleri yerine getiren kurullar teşkil ederler.

İkinci grup kurullar ise, Danıştayın iç düzenine ilişkin olanlardır.

e- BİRİNCİ GRUP KURULLAR

aa/ DAİRELER: Danıştay, dokuz idarî davalara, üçü de idarî-istişarî işlere bakmak üzere 12 daireye ayrılır.

Her daire bir başkan ve en az dört üyeden kurulur. Fakat daire kuruluna sadece dört üye katılır.

Dairelerde görüşme sayısı beş'tir. Başkan ve dört üye tamamen hazır olmadan görüşme yapılamaz. Kararlar çoğunlukla verilir.

Her dairede bir başyardımcı, lüzumu kadar yardımcı ve ayrıca bir başkâtipin yönetimi altında bir "kalem" bulunur. Yazı ve tebliğ işleri, Kalemde yürütülür.

bb/ İDARİ DAİRELER KURULU: İkinci daire hariç, birinci ve üçüncü dairelerin başkan ve başkanlarından kurulur. En eski daire başkanı, başkanlık eder. Toplanma ve görüşme sayısı 9'dur. Kararlar oy çokluğuyla verilir. Oylarda eşitlik halinde başkanın katıldığı tarafın oyları üstün tutulur.

Üye noksanı, dava dairelerinden tamamlanır.

cc/ DAVA DAİRELERİ KURULU, birinci başkanın başkanlığında 9 dava dairesinin başkanıyla, her dava dairesinin kendi içinden seçip göndereceği bir üyeden oluşur. Toplanma ve görüşme yeter sayısı 19 dur. Kararlar oy çokluğuyla verilir. Bir başyardımcısı ve lüzumu kadar yardımcı ve kalemi vardır.

dd/ GENEL KURUL, birinci başkanın başkanlığında, bütün dairelerin başkanları, üyeleri ve genel kâtipten oluşur. Toplanma ve görüşme yeter sayısı, mürettep adedin (=yâni kurula üye bulunanlar sayısının) yarısından bir fazlasıdır. Kararlar çoklukla verilir.

İdarî davaya konu olabilecek işlerin görüşülmesi ve karara bağlanmasında bu işlere bakmağa görevli dairenin başkan ve üyeleri katılmazlar.

ee/ İÇTİHAHLARI BİRLEŞTİRME KURULU, birinci başkan ve dava dairesi başkan ve üyelerinden oluşur. Toplanma ve görüşme yeter sayısı 35'tir. "Esas hakkındaki" kararlar üçte iki çoğunlukla verilir. Diğer kararlar için âdi çoğunluk yeter.

f- İKİNCİ GRUP KURULLAR:

aa/ BAŞKANLAR KURULU, birinci başkan ile daire başkanlarından oluşur. Baş kanunsözcülüğünü ilgilendiren işlerde, Baş Kanunsözcüsü veya vekili katılır. Kararlar oy çokluğuyla verilir.

bb/ YÜKSEK DİSİPLİN KURULU, her takvim yılı başında, Genel Kurul tarafından her daireden seçilecek birer üye ile, üçü dava dairesi ve ikisi de idarî daireler başkanları arasından seçilecek beş daire başkanından oluşur. En kıdemli daire başkanı, başkanlık eder.

cc/ YÖNETİM VE DİSİPLİN KURULU, Genel Kurulun her takvim yılı başında seçeceği bir daire başkanı, bir üye, bir başyardımcı ve bir de bu derecedeki kanunsözcüsünden oluşur. Aynı şekilde birer de yedek seçilir.

§ 2. DANIŞTAYIN NİTELİĞİ

İdarî mahkemeleri üçe ayırırlar: a/ Özel yetkili mahkemeler: Bunlar ancak belli birkaç konuda yargı yetkisine sahip kılınmış olanlardır. Örneğin Sayıştay, özel yetkili bir idare mahkemesidir; saymanları yargılar ve kesin hüküm verir (Bk. sf. 140). b/ Sınırlı yetkili mahkemeler: 1961 Anayasasından önce mahkeme sayıldıkları sürece, örneğin İl İdare kurulları böyleydi. Yargı yetkileri birtek konu ile belirlenmiş olmamakla beraber, İdarenin her türlü üzerinde yargısal denet yürütemezler. c/ Genel yetkili mahkemeler: Danıştay, bunun tek misalidir. Anayasada (mad.140) ve kendi 521 sayılı kanununda (mad.30) ifade edildiği gibi, kanunların başka idarî yargı mercii göstermemiş olduğu her türlü idarî dava ve ihtilâfa bakar. Genel yetkili idarî mahkemeler, yargı görevleri belli konularla veya genellik içinde belli yetki sınırlarıyla sınırlandırılmamış olan mahkemelerdir.

Ancak Danıştay, yukarıda hayli ayrıntılı olarak gözden geçirdiğimiz gibi ve kanunların söylediği üzere tümlüğü ile bir "yargı mercii" midir, yoksa bir parçası mahkeme, bir parçası idare olan bir kuruluş mudur ?

Zannediyorum ki, Danıştayın mahiyeti üzerinde dururken, ilk karşılaştığımız sorun budur:

1924'tenberi Danıştay, gerek Anayasal hükümler, gerek kendisi için çıkarılmış olan kanunlar tarafından bir "mahkeme" olarak nitelendirilmektedir. Fakat, idarî ve istişarî görevleri de olan bir mahkeme ?

Danıştayda "idarî" oldukları, yani yargısal yetkiye sahip bulunmadıkları 521 sayılı kanunda açıkça belirtilmiş üç daire ile iki de kurul var: İdarî daireler kurulu ve Genel Kurul.

Yargı fonksiyonunun bu idarî ve istişarî (ki o da mahiyeten idarîdir) fonksiyonlarla karıştırılmaması, bunların birbirini etkilememesi

için alınmış tedbirleri yukarda, çeşitli vesilelerle gördünüz:
Bunların bir kısmına şöyle işaret edebiliriz:

* Hukuk öğrenimini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yapmamış üyeler dava dairelerine, dava daireleri kuruluna katılamıyorlar; yâni yargı yetkisinin kullanılmasına iştirakten alıkonulmuşlardır.

* İdarî daire başkan ve üyelerinin dava daireleri mensuplarıyla bir arada teşkil ettikleri Genel Kurul'un hiçbir yargısal yetkisi yoktur.

* Genel Kurulun idarî veya istişarî işlerinden dolayı idarî davalar açılabilir. Bu nedenle, bu türlü işler görüşülürken "ihzas-ı rey" (=fikrini bildirme) durumuna düşmemeleri için dava daireleri başkan ve üyelerinin Genel Kurula katılmamaları öngörülmüştür. Aksi halde, böyle bir davaya bakamayacaklar, ya kendileri istinkâf edecekler, veya şahsen istinkâf sebebi görmeseler de "redd-i hâkim" beyanî karşısında kalacaklardır.

* Birinci başkanın durumu, herkesinkinden daha zordur. Zira hem idarî bir heyet olan Genel Kurul'un başkanlığı, hem de yargısal bir heyet olan Dava Daireleri Kurulunun başkanlığı, kanunen kendisine verilmiştir.

Genel Kurulun görevleri, kanunun 53 üncü maddesinde sayılmıştır:

Bunların arasından, bir idarî dava konusu yaratmayacak nitelikte bulunanları hemen hemen yoktur. Genel Kurula başkanlık eden birinci başkanın, Dava Daireleri Kuruluna başkanlık edebilmek imkânı kalacak mıdır? Zira, Genel Kuruldan çıkan kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemler hakkında açılan davalara Dava Daireleri Kurulunda bakıldığı gibi, Danıştay Genel Kurulundan verilen ve mahiyeten idarî olan kararlar aleyhine gene Danıştayda iptal davası açmak ve Dava Daireleri Kurulunun yargısal görevine girecek olan böyle bir davada Genel Kurul kararını iptal ettirmek de mümkündür (Dava D.K. k.67/363.- 13/3/1967.- D.Kararlar Derg.111-114/sf.107).

∟ Dava D. Kurulunun, bizzat Genel Kurul tarafından ittihaz edilen bir idarî kararı iptal edemeyeceği ve esasen böyle bir davanın bidayeten kabul olunmaması gerektiği yolunda bazı iddia ve fikirler ileri sürülmüştür.

Meseleye bir "prestij" (=itibar) meselesi olarak bakmak kadar yanlış bir görüş açısı düşünemiyoruz. "Hukuk Devleti" bu ders notlarımızın daha ilk sayfalarından beri (sf.13 vd.- Sf.49 ve dev.- sf.135 vd.) kimi yerde özellikle, kimi yerde sırası gelmişken belirttiğimiz gibi, tüm insanlık için öyle büyük bir faziletir ki, denetleneni, denetlenenin "üstünde" sayarak organlar, kuruluşlar ve kurullar arasında bu açıdan bir iyerarşi ve binnetice bir İtibar sorununu ortaya atmak, Hukuku nisbileştirmek olur. Hukukun nisbileştiği yerde de ondan eser kalmaz. Biz, Dava Daireleri Kurulunun bu kararına muttali olduğumuz tarihte, bunu Hukuk Devleti fikrinin memleketimizdeki en büyük başarıları arasında saymıştık ve saymaktayız. Yukarda 162 nci sayfada, İstanbul komisyonunun hazırladığı Anayasa tasarısında Danıştayın salt bir mahkeme olarak ele alınışının derin sebepleri bu sayfanın başındanberi birer * işareti koyarak belirttiğimiz uyumsuzluklar karşısında daha iyi anlaşılacağı gibi, İstanbul projesine karşı ileri sürülen "geleneklere uymamaktadır" şeklindeki reddiyelerin dayanaksızlığı da büsbütün ortaya çıkar.]

Bu işaret ettiğimiz bazı esaslı mahzurlar muvacesinde, Danıştayı iki ayrı bölümde mütalâa etmeğe -gerçi sebep vardır ama- imkân var mıdır?

Bu sorun, bir dava dolayısıyla Anayasa mahkememizin önüne çıkmış ve Anayasa mahkememiz şu beyanlarda bulunmuştur:

"... Danıştayın 2 nci dairesi, niteliği bakımından, tartışmaya yol açmaktadır. Danıştayın 2 nci dairesi idarî dairelerden olmak-

La birlikte, Anayasa gereğince, Yüksek mahkemelerden biri olan Danıştayın idarî veya kazai görev yapmaları bakımından bir ayrıma bağlı tutulmayan bütün dairelerini birer yargi mercii saymak gerekir..." (*).

Bu karar, açık-seçik değildir. Fuat Azgür (Anayasa mahkemesi raporünü olarak) yayınladığı Anayasa Nizamı isimli kitabında, bu kararı, "Danıştay idarî daireleri yargi merciidir" başlık özeti altında vermektedir (**).

Şayet Anayasa mahkememiz, idarî daireleri de yargi mercii addediyorsa, bunu Anayasanın 140 nci maddesi başta olmak üzere 521 sayılı kanunun, Danıştay'ın içindeki yargısal kuruluşlarla yargısal olmayanları, yargi görevi yapanlarla yapmayanları, yargısal usullerle yargısal olmayan usulleri, görevleri ve işlemleri birbirinden ayırmak için sevkettiği çeşitli açık-seçim hükümlerle nasıl bağdaştırabileceğini bilemeyiz.

Zira mahkeme sayılmadan da yargi yetkisi kullandığı Anayasa mahkememiz kabul edilen kuruluşlar vardır ama, yargi yetkisi kullanmadığı, kullanamayacağı kanunlarda yazılı olduğu ve tasarruflarının maddi mahiyeti de "yargısal" nitelikte bulunmadığı halde, mahkeme olabilmek kuruluş bulunmamaktadır.

Kaldı ki, Danıştayımızın idarî bölümlerinin birer mahkeme olamayacağı, yargi teorisinin evrensel ilkelereinden de çıkar.

Örneğin Danıştay, idarî daire ve kurullarıyla birlikte, bir bütün olarak yargısal bir kuruluş, bir mahkeme sayılıyorsa, o zaman, muhtelif kanunların (meselâ belediye k.) Danıştayın idarî bölümlerine verdiği ve re'sen itiraz olunan idarî-icrai kararları izahı imkân bulmuyacağı gibi, istişari kararları izahı büsbütün imkân kalmaz. Birinci şık, belki aşırı bir gayretle "Nizasız karar" olarak tavsif edilirse dahi, bir mahkemenin, bahusus idareyi denetleyecek olan bir idarî yargi mercii'nin, denetleyecek olduğu idareye, tasarruflarının ne suretle itiraz edeceği yolunda "mütalâa" vermesi, "müşavirlik" etmesi mümkün değildir. Bir mahkemenin mütalâa vermesi ve o mütalâaya göre itiraz edilen bir hukuki tasarrufu iptal etmesi söz konusu olabilir mi?

İşte bütün bu çözülmüş sorunlar, âhme idareimizin ve idarî yargımızın bu derece gelişmiş bulunduğu bir devirde, memleketimizde doğmayıp, sordurandan dışardan getirilen ve üstelik 59 yıl bir mahkeme olarak değil bir idare ve danışma organı olarak devlet teşkilâtında bulunmuş olan bir organın, doğum memleketi Fransadaki "geleneğini" koruma gibi dayanaksız bir kuşkudan şüphelenir.

Yeni Anayasamızın İstanbul profesindeki tekliflerin kabul edilmiş olması, neticede, Danıştayımızın üç... idarî dairelerinde, kanunen yargi yetkisini haiz bulunmayan, yargi yetkisi kullanmasına imkân olmayan "yüksek hâkimler" in varlığını kabul etmekle bizi karşı karşıya bırakmaktadır.

Fonksiyonları dışında, Danıştayımız, bir organ olarak nasıl bir müessesedir ?

(*) Anayasa mahk. E.63/88, K.64/44.- 2/6/1964.- Any.Mahk.Kar.Derg. sayı 2, sf. 127.

(**) Ankara, 1969, sf.272.

Yukarda anlattığımız gibi (sf. 161) faal idare-idarî yargı ayrılmının organik bakımdan mutlaklıkla uygulandığı Danıştayımız bir tüzel kişi, yahut başka tipte bir kuruluş mudur ?

Anayasanın 140 nci maddesi " Danıştayın kuruluşu, işleyişi.... mahkemelerin bağımsızlığı... esasına göre kanunla düzenlenir" demiş, 521 sayılı Danıştay kanunu da şu hükümleri getirmiştir:

- "Danıştay bağımsızdır.... Danıştayın bütçe ve hükümetle ilgili işleri Başbakanlık aracılığıyla yürütülür" (mad.2).
- "Danıştay, genel bütçe içinde, kendi bütçesi ile yönetilir. Bütçenin itâ âmiri Birinci Başkandır " (mad.169).

Danıştayın tüzel kişiliği bulunmadığını bizzat Danıştay da kabul ediyor. Açlında, türlü devlet yetkilerinin kullanılabilmesi için tüzel kişiliğe hacet bulunmadığı modern idare hukukunda kabul edilmektendir; sadece, kanunların, yetki bahşettiği âmiriyet makamlarının bulunması kâfidir. Danıştayın kuruluş ve faaliyetlerinde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları da gözetilmesine göre, özel bir bütçeye de sahip bulunulduğu karşısında, bu kuruluşu, mutlakla, klâsik tiplerden birine ircâ gayretine hacet yoktur.

Danıştayın kendi iç düzeni veya hizmetleri için yönetmelik yapıp yapamayacağı sorunu karşısında incelenen durum üzerine bu tür yönetmeliklerin yapılabileceğine karar verilirken, 1 inci ve 3lünüçü daireler 25/3/1965 tarihli kararlarında (Kararlar Derg.97-99/3) Danıştayın "... merkezî idare içerisinde icrai karar almağa salâhiyetli nev'i şahsına mahuş bir müessesese..." olduğunu da belirtmişlerdir. Bu karar Genel Kurulca da onaylanmıştır (Dinçer, Çirakman, Necipoğlu, 1967-1968. sf. 399).

S 4. İDARİ BÖLÜMDE GÖREVLER VE USÛL

Danıştayın idarî-istişari görevlerini ifa eden kuruluşların yapılarını yukarıda görmüştük (sf.167-168). Bunlar 1 inci, 2 nci ve 3 üncü dairelerle idarî dairelerin kurulu ve Genel Kurul idi.

Şimdi, bunların kanunî görevlerine ve çalışma usûllerine bakalım.

A) DAİRELER

Danıştayda 3 idarî dairenin bulunduğunu yukarıda söylemiştik. Bunların görevleri sırasıyla şöyledir:

1.inci Daire: A) Bakanlar kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirir; Başbakanlıktan gönderilen tüzüt tasarılarını inceler; C) idarî makamlar arasında görev ve yetkiden doğan ve Başbakanlıktan tevdi olunan uyumsuzluk işlerini karara bağlar.

2 nci Daire: A) İl idaresi veya idare-i Umumiye-i Vilâyat kanunları gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla Danıştaya verilen işleri; B) Birinci derece disiplin cezası verilmesi Danıştaya ait olan işleri; C) Memurin Muhakematı hakkındaki kanun hükümlerine göre Danıştayca görülecek işleri, karara bağlar.

3 üncü Daire: A) Bayındırlık imtiyazları (=imtiyaz'ın ne demek olduğundan yukarıda bahsetmiştik) ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini; B) Kanunların Danıştaydan alınacağı yazılı bulunan düşüncelere ilişkin istekleri; C) Danıştayca istişari mahiyette incelenmek ve düşüncesini bildirmek için Başbakanlıktan gönderilecek işleri; D) İdareler arasında kamulaştırma konusunda çıkan anlaşmazlıkları (6830 sayılı kanun, mad. 30); E) Belle diye kanun ile Danıştaya veriliş idarî davaya konu olmayan işleri; F) Derneklerin genel menfaatlere yarar derneklerden sayılması için Başbakanlıkça yapılacak teklifleri; G) Diğer idarî dairelerin görevleri dışında kalan işleri karara bağlar veya yerine göre bu konularda düşüncesini bildirir.

Danıştay birinci başkanı, Danıştaya ilgilendiren idarî konular-
da, bu daireden mütalâa isteyebilir.

Birinci başkanın lüzum göstereceği işlerle, iki daireyi aynı za-
manda ilgilendiren işlerde, iki daire birleşik toplantı yaparak karar
verebilirler.

İdarî dairelerden birinin işleri, diğelerinden nisbetsiz derecede
fazla olursa, Başkanlar Kurulu, fazla işleri başka idarî dairelere
verebilir.

B) İDARÎ DAİRELER KURULU, yukarda gördüğünüz gibi (sf.167) 1 inci ve
3 üncü idarî dairelerden oluşur. Memurin Muhakematı kanunu' tatbikatın-
da (Bk. sf. 133), İkinci dairece verilecek men'i muhakeme (=yargılan-
maya gerek olmadığı yolundaki) kararlarını kendiliğinden ve lüzum-u
muhakeme kararlarını da itiraz üzerine inceler. Münferit kanunlarla
verilmiş başka işleri de vardır.

C) DANIŞTAY GENEL KURULU'nun kompozisyonunu da yukarda görmüştük (sf.
168). Bütün üye ve başkanların katıldıkları bu kurulun yargısal yet-
kileri olmadığını tekrarlıyorum.

Bu Kurulun görevleri: A) Kanun ve tüzük tasarılarını; B) İmtiyaz
şartlaşmalarını ve sözleşmelerini; C) Kanunda, Genel Kurula verilen
işleri; Danıştay idarî daireleri arasında çıkan görev uyumsuzlukları-
nı; E) İdarî dairelerden çıkan işlerden, Birinci Başkanın bir de genel
Kurulda incelenmesini istediği işleri, görüşüp karara bağlamaktır.

İlgili Bakanlıklar talepte bulunurlarsa, belli dairelerden çıkan
işler, bir kere de Genel Kurulda görüşülür.

D) İDARÎ İŞLERİN GÖRÜŞÜLMESİNDE USÛL

Bütün kurullarda olduğu gibi, görüşmelerin idaresi ve oya sunulacak
hususların tesbiti başkana ait bir meseledir. Göreve ve usûle ilişkin
meselelerde azınlıkta kalanlar, esasa geçildiği ve esas hakkında oy so-
rulduğu zaman, oylarını kullanmak mecburiyetindedirler.

Bu kurullarda tüm incelemeler evrak üzerinde yapılır. Dava söz ko-
nusu olmadığı için " taraflar " da bittabi yoktur. Yargısal usûller el-
bêt cereyan etmez.

Ancak, bu türlü idarî ve istişarî işlerin görüşülmesinde de, Danış-
tayın re'sen tahkik (Bk. sf. 145) yetkileri olduğunu görüyoruz. Zira,
Kanunun 57 nci maddesine göre, incelenmekte olan işler hakkında re'sen
lüzum görülen her türlü belgeler istenebileceği ve bilgiler sorulabi-
leceği gibi, tamamlayıcı, aydınlatıcı bilgi ve düşünce belirtmek üzere,
gerek iş ile ilgili devlet dairelerinden, gerek uygun görülen diğer
yerlerden yetkili memurlar ve uzmanlar da çağırılabilir.

Kanun, idarî ve hattâ istişarî işlerde dahi böyle re'sen tahkik
hususunda bu yetkileri tanıdığına göre, özel tüzel kişilerden de bil-
gi ve belge istenebilmesi, gerçek kişilerin de görüş, kanaat, düşünce
ifade etmek üzere çağırılabilmeleri kanaatimce mümkün ve hattâ şayânı
tavsiyedir.

Zira Danıştayın bu tür görevlerini ifa suretiyle ittihaz edeceği
kararlar İdare için birer veri (=mütâ) olacak ve uyulması mecburî
(=bağlayıcı nitelikte) bulunmayabilecekleri hallerde bile, bu tür ka-
rar ve mütalâalar İdarenin davranışlarına mesnet teşkil edecekler,
İdare, ittihaz ettiği tasarruf veya vâkî fiillerinden dolayı ihtilâfa
düştüğü ve davaya sürüklendiği her zaman, Danıştayın mütalâalarını,
birer "Hukukilik" esası olarak, yetkili mercilere, yargı makamlarına
ibraz edecek ve hiç değilse "ağır kusur" işlemek ve neticesinde mâlî
bakımdan sorumlu tutulmaktan kaçınmağa çalışacaktır. Hattâ bir İdare-
nin (meselâ belli bir Bakanlığın) elde ettiği bir Danıştay mütalâası,
aynı hukukî sorunla karşılaşan diğer idare birimleri için birer daya-
nak addedileceği gibi, kıyas suretiyle de İdare, bu mütalâalardan,
kendi davranışına uygun hukukî sonuçlar çıkarmağa çalışacaktır.

O halde, daha önceki öğretimin aksine olarak beyan ediyorum ki,

İdarenin, mütalâa istemekte tamamen serbest olduğu hallerde dahi, işin önemine, mütalâa ile etkilenebilecek çevrenin, hukukî durumların, hak ve menfaatların yaygınlığına göre, Danıştayın re'sen tahkik yoluna gitmesi ve bu tahkikini, özel teşekküller nezdine kadar dahi teşmil etmesi zorunludur, gereklidir.

Zira, ayrıca bilinir ki, mütalâa istenen hallerin büyük çoğunluğu, İdarenin, kanunen kendisine tanınmış bir takdir yetkisinin kullanılmasında hususundaki tereddütlerinden doğar. Eksik veri'lere dayanarak Danıştaydan çıkabilecek bir mütalâa, neticede İdareyi, takdir yetkisini Hukuka uymayan yollarda ve yönlerde kullanmağa, birçok kimselerin bundan zarar görmelerine ve hattâ bizzat İdarenin neticede zararlı çıkmasına da sebebiyet verebilir.

O halde, mecburiyet olmadığı hallerde dahi istenen mütalâaların verilmesinde Danıştayın azamî bir titizliği göstermesi gerçekten kamu ve hizmet yararları için, yerindedir.

Özellikle, mecbur olunmadığı halde görevli ve yetkili kuruluşlardan (ki Danıştay bunların en yüksek derecelisidir) alınan ve hattâ kanunlarda "bağlayıcı nitelikte bulunmadığı" tasrih dehi edilen mütalâalara uymayan, aksine hareket eden İdarelerin, böyle kararlarını gerekçelendirmeleri ve bu gerekçede de, aldıkları mütalâayı çürütmeleri, Fransız Danıştayının, idarî tasarruflarda aradığı sıhhat şartlarından biridir.

Aynı ilkenin bizde de geçerli olmaması için hiçbir hukukî ve ciddi sebep yoktur:

"Bir idarî tasarrufu ittihaz hazırlık olmak üzere, kanunî bir mecburiyeti bulunmadığı halde dahi yetkili bir merciden (bahusus Danıştaydan) mütalâa talep eden İdarenin, böyle bir mütalâanın kendisini bağlamayacağı yolunda kanunda bile bir sarahat olsa, aksini isbat etmedikçe ve o mütalâayı çürütmedikçe, o mütalâa ile bağlı sayılacağı muhakkaktır". (*)

O halde, Danıştayın, değil yargılama yaparken, hattâ mütalâa verirken dahi re'sen tahkik imkânlarına sahip olması ve bunları kullanması sebepleri ortadadır.

Kanunun 57 nci maddesinin Danıştay idarî dairelerine vermiş olduğu bu yetkiye, gene aynı maddenin 2 nci fıkrasında bir sınır çizilmiştir:

Ancak, istenen bilgi ve belgeler Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri ilgili makam vermeyebilir.

Bu hükmün, Danıştayın re'sen tahkik yetkisine İdarî bir takdirle sınır çizebilmek imkânı bahsetmediği ortadadır. Diğer bir deyimle, İdare, Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ve yabancı devletlerle ilişkiler söz konusu olduğu takdirde, bilgi ve belgeleri vermeyebilecek, fakat gerekçe gösterecektir.

Bu gerekçenin, Danıştay tarafından "tatminkâr" bulunmasını sağlamak, İdareye düşer. İdare, bunu sağlamalıdır. Aksi halde, ihtiyaç göreerek veya kanunî bir mecburiyet altında talep ettiği mütalâa, tasarladığı tutum için bir dayanak olabilmek niteliğini kaybedebilir. İlerde doğabilecek idarî davalarda, İdare zayıf duruma düşer. İdarenin zayıf duruma düşmesi, hizmetin ve kamunun yararlarını gereği gibi koruyamaması sonucunu doğurur.

İdarî-İstişarî kurullarda, genellikle tüm kurul çalışmalarında olduğu gibi, konuyu etraflıca incelemiş olan bir raportörün (ki mutlaka Danıştay yardımcılarından biri olmak gerekmez; işin önemine göre bizzat bir üye de bu raportörlük görevini üzerine alabilir) açıklamaları din-

(*) Bu ilkeyi önemle göz önünde tutunuz.

lenilerek başlanır. Konu aydınlanınca göreve ve usûle ilişkin meseleler, önce karara bağlanır. Bunlar olumlu bir şekilde karara bağlandıktan sonra işin esasî görüşülür ve karar verilir (mad.55).

Genel Kurulda kanun ve tüzük tasarıları üzerinde, evvelâ tümü itibariyle bir müzakere açılır. Ondan sonra maddelerin görüşülmesine geçilir.

Kanun tasarılarının Danıştaydan geçirilmesi imkânını veren hüküm, yeteri kadar uygulama görmemiştir. Bu nedenle de bizde, Kanun tekniği gelişmemiştir. Teknik bakımdan aksaklıkları olan kanunlarımız çoktur.

Ancak tüzüklerin Danıştaydan geçirilmesi bir Anayasa emri olduğu için, bu konudaki çalışmalar sık sık tekrarlanır.

Fakat aceba, kendisine gönderilen bir tüzük tasarısı üzerinde, Danıştayın yapacağı incelemenin konusu ve amacı ne olabilir ?

Bu, şüphesiz bir "icâb-ı hâl" tetkiki değildir. Danıştayın arayacağı şey, tüzük tasarısının üst normlarla uyumluluğu olabilecektir.

§ 5. YARGI BÖLÜMÜNDE GÖREVLER

Danıştayın yargı bölümünde üç türlü kurul olduğunu yukarıda görmüştük. Birincileri, münferit "dava dairesi" kurullarıdır; ikincisi "Dava Daireleri Kurulu" dur; üçüncüsü de, Danıştay içinde hukuk birliği sağlayan "İçtihatları Birleştirme Kurulu" dur.

A) DÖRDÜNCÜ DAİRE, Gelir ve Kurumlar vergilerine ilişkin davaları çözümler.

BEŞİNCİ DAİRE, Memur hukukuna giren davalarla Danıştayın Yönetim ve Disiplin Kurulu tarafından verilen disiplin cezalarına karşı açılan davalara bakar.

ALTINCI DAİRE, A) İmar, kamulaştırma ve yıkma işleri ile bunlara bağlı işlere, B) Özel idare, belediye ve köyleri ilgilendiren mevzuatın uygulanmasına; C) Öğrenci, öğrenim işlerine ilişkin davaları çözümler.

YEDİNCİ DAİRE, A) Gümrük, Gider ve İthal ile ilişkili vergilere; B) Vergi ihbarları dolayısıyla verilecek ikramiyelerle ilişkili davalara bakar.

SEKİZİNCİ DAİRE, A) Avukatlık ve meslekî teşekküller mevzuatına, B) Sınır, iskân, toprak edinme ve emvâl-i metruk (yurt dışına kaçanların veya çıkarılanların malları üzerinde idarenin aldığı kararların uygulanmasından doğan ihtilâflar) mevzuatına, C) Maden, taş ocakları ve orman mevzuatına, D) İş mevzuatına (iş hukukunun İdareye verdiği yetkilerin kullanılması) ilişkin davalara bakar.

DOKUZUNCU DAİRE, A) Bina ve Arazi vergileriyle, Belediye, Özel idare vergi, resim ve payları ile diğer gelirlerine, B) Harçlar kanunu ve Emlak alımları vergilerine ilişkin davalara bakar.

ONUNCU DAİRE, Sivil memurların emeklilik işlerine ve askerî mevzuat tatbikinde sivil idarelerin kararlarına ilişkin davalara bakar.

ONBİRİNCİ DAİRE, Trafik ve Taşıt vergilerine, Veraset ve İhtikal vergilerine, Damga resmine, malî mevzuata ilişkin olup diğer dairelerin görevleri dışında kalan davalara bakar.

ONİKİNCİ DAİRE, Tasarruf bonoları (ve Malî denge vergisi tatbikâtına), Türk parasının kıymetini koruma kanunu tatbikâtına, Dış Seyahat harcamaları kanununa ilişkin davalara ve diğer dava dairelerinin konuları dışında kalan işlere bakar.

Kanunla tesbit edilen bu daire görevleri, zaman zaman mevzuattaki değişiklikler ve başka sebeplerle, daireler arasındaki iş dengesinin bozulmasına yol açabileceğinden, Başkanlar Kurulu kararıyla, bir dairenin görevine giren işlerin bir kısmı veya belli konularda tamamı, diğer dava dairelerine verilebilir.

B) DAVA DAİRELERİ KURULU'nun kompozisyonunu yukarıda (sf.168) görmüştük. Hatırlınızda önemle tutmanız gereken husus, bu Kurul'un, dava dai-

relerinin üstünde ve onların verdikleri kararları herhangi bir suretle denetleyen bir merci olmadığıdır.

Dava daireseleri kurulu da, herhangi bir dava dairesesi gibi, birinci ve sonuncu derecede bir mahkeme olarak vazife görür. Dava daireselerinin kararlarına karşı, her hangi bir usûl yolundan bu Kurula başvurabilmek mümkün değildir.

O halde, niçin bir Dava Daireseleri Kurulu'na ihtiyaç duyulduğu sorunu ortaya çıkacaktır. Bunun cevabı, Dava Daireseleri Kurulunun münferit dava daireselerinden değil, Danıştayın tarihi gelişimi içinde, dava daireselerinin Dava Daireseleri Kurulundan doğup ayrılmasında bulunur. Diğer bir deyimle, dava daireseleri, uzun gelişim içinde, evvelce yargı bölümünü tek başına meydana getiren bir heyet olan şimdiki Dava Daireseleri Kurulundan, birer alt-kurul olarak doğmuşlar ve sonradan, münferiden kesin hüküm tesisine başlamışlardır. Fransadaki gelişim budur.

Bizdeki bu durumu, Fransız Danıştayının geçirdiği aşamalara bağlamak zorunlu değildir. Öyle bir takım önemli davalar vardır ki, bunları, bütün dava daireselerinin katkısıyla halletmek, hem dava konusu, hem de o dava vesilesiyle tesis edilmesi muhtemel hukuk ilkesi bakımından önemli görülmesi olabilir. Nettekim 521 sayılı kanundan önce, Dava Daireseleri Kurulu, dava daireselerinin başkanları ve her dava dairesesinden bir üyeden meydana gelmiyor, bütün dava daireseleri, tam olarak bu Kurula katılıyorlardı. Fakat o zaman da, Dava Daireseleri Kurulunun, İctihatları Birleştirme Kurulunun kompozisyonundan bir farkı kalmıyordu. Bu nedenle, ve İctihatları Birleştirme Kurulunu daha geniş tutabilmek için Dava Daireseleri Kurulu daraltıldı.

Kanun, bu Kurulun görevlerini şöyle sıralıyor:

- A) Tüzüklerin iptali için açılan davalar;
- B) Bakanlar Kurulu kararlarına karşı, Başbakanlık aleyhine açılan davalar;
- C) Danıştay idarî daireselerinden veya Danıştay Genel Kurulundan verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemler hakkında açılan davalar;
- D) Birden fazla dava dairesesinin görevine ilişkin davalar;
- E) Danıştay dava daireseleri veya idarî yargı mercileri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıkları;
- F) Birinci derece olarak Danıştay tarafından verilen disiplin cezaları dolayısıyla açılacak davalar (mad.49, B);
- G) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları aleyhine açılacak davalar;
- H) Birinci başkanın veya Baş kanunsözcüsünün yahut dava daireselerinin, prensibe taallük eden hususlarda, Dava Daireseleri Kurulunca görüşülmesini uygun gördükleri davalar.

C) İCTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU'nun kompozisyonu da yukarda (sf.168) görülmüştü.

Şimdi, burada, İctihatların Birleştirilmesi sorununu anlayabilmek için, "Hukuk Birliği" sorununa dikketinizi çekmek isterim. Ünlü Hans Kelsen, Hukuk ile Devlet'i bir tutup aynı şey olarak nitelerken, büyük bir gerçeği ortaya koymuştur.

Tereddütsüz söylenebilir ki Devlet fikri, bugünkü "devlet" anlamında, Hukuk Birliği demektir. Tarih boyunca gelmiş geçmiş ve şimdi geriye baktığımız zaman "devlet" diye nitelendirdiğimiz kuruluşların içinde, 19 uncu yüzyılda teşekkül eden tipte devlet bulmak zordur. Eski devirlerin devleti, siyasal ve askerî bir otorite olmaktan daha yukarı aşamaya geçmemişti. Ülkesinin sınırları belli olmayan, durmadan değişen, ülkede yaşayan insanlarla vergiler ve başka maddî yükümler ötesinde alış-verişi bulunmayan "devlet" ler olmuştur; merkezi otoritenin, ülkenin ancak başkentinde geçerli olabildiği, öteelerde hiçbir etkisi bulunmayan "devlet" ler olmuştur; halkının tâbî olduğu Hukuk, ülkenin bir kesiminden diğer kesimine kökten değişen "dev-

let" ler olmuştur; insan unsurunu meydana getiren toplumun ortak malı sayılabilecek asgarî bir kültür ve mazi birliği, istikbal ümit ve idealleri olmayan "devlet" ler de olmuştur. Bunlar, bugünkü anlamda birer "devlet" değildirler.

Bugünün devleti ise, 19 uncu yüzyılda "merkezî otorite" ve "kodifikasyon" la kurulmuştur. Kodifikasyon, Hukuk Birliğini sağlamağa yöneliktir; merkezî otoritede de, bu birliği tutma, koruma, sürdürme çabası vardır.

Devletle toplumun bu kadar kaynaştığı bir aşamada, insanların, uyumla yükümlü buldukları davranış kurallarında ve devletle ilişkilerinde, ne yapmak ve neyi yapmamak gerektiğini bilmeğe ihtiyaçları vardır. Bunun bilinmesi, devletin dayanaklarındanadır.

Hukuk'un ne olduğu ve ne olmadığı hakkındaki "son söz" ü, yargı mercileri belirttiklerine göre, yargısal çözümlerde uyumsuzluk, toplum ve devlet hayatı için tahripkâr bir nitelik taşır. O halde bu çözümlerde azamî bir uyumluluğun sağlanması, hayatî zarurettir.

Zaman içinde, yargı mercilerinden çıkan kararlar, birbirleriyle çelişiklikler gösterir. Bu çelişiklikler normal, fakat bunların giderilmeden bırakılması anormaldir.

Çelişikler, bazan kendi kendine düzelir, ortadan kalkar. "Konulmuş Hukuk" (=mevzû hukuk) ta yeni hükümlerin anlaşılması ve yorumlanışındaki duraksamalar, bu yeni hükümleri daha eskidenberi süregelenlerle uyumlandırmada rastlanan zorluklar, "konulmuş hukuk" taki boşlukları doldurmada ilham alınması gereken üst ilkelere tereddütler çözüm çelişikleri yaratır. Bunlar, faktörler yerleştikçe keskinliklerini kaybedip uyumluluklara dönüşürler. Fakat bazan, hukuk ilişkilerinin, böyle uyumlulukların kendi kendine oluşmasını bekleme imkânını verememeleri mümkündür. Hele, hızlı yaşanan günümüzde...

"Yargısal çözümleri uyumlaştırma" anlamına gelen "İçtihatı birleştirme" usulü, insanların hukukî istikrar ihtiyacından ve beklemeğe tahammül imkânı olamamasından doğmuştur.

Yapılacak iş, çelişik yargısal çözümleri ortaya koyanları bir araya getirerek, çözüm uyumunu gerçekleştirmelerini sağlamaktır.

Onun için, Anayasa mahkememizin belirttiği gibi (*) İçtihatı birleştirmek, yeni bir kural koymak değildir. Yorum ve anlam birliğini sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle "yenilik doğurucu" da değildir; "açıklayıcı" bir iştir.

İçtihatları birleştirmek, kesin hükümleri etkileyici sonuç doğurmaz. " İçtihatları birleştirme kararları, kesin hüküm hâlini almış kararlara konu teşkil eden olaylara tesir icra edemeyip, bu kararlara (yani İçtihatı birleştirme kararlarına) ancak verildikleri tarihten sonra karara bağlanacak davalarda uyulması zorunludur" (**).

İçtihatların birleştirilmesi için, hakkında zit veya farklı kararların verilmiş bulunduğu davalar arasında: a/ Maddî vakıa ve b/ Hukukî mesnet (=dayanak) farkı aranacağı tabiidir. Eğer hâdiseler ve ihtilâflar aynı olmazsa veya aynı şekilde tavsif edildiği halde değişik sonuçlar doğuran hükümler verilmiş bulunmazsa, içtihat birleştirmeğe sebep kalmaz. Değişik hâdiselerin, değişik tavsiflerin ve ihtilâfların çözümünde değişik hükümlere dayanılmasının, neticede değişik kararlara yol açacağı tabiidir.

Danıştayda bu değişik içtihatlar: 1/ Bir dairenin kendi kararları arasında; 2/ Bir dairenin kararı ile Dava Daireleri Kurulu arasında; 3/ Dava Daireleri Kurulundan çıkan kararlar arasında ortaya çıkabilir.

İçtihatların birleştirilmesini, konu ile ilgili daireler veya Dava Daireleri Kurulu, Baş kanunözcüsü, Birinci başkan, veya kendisini il-

(*) E.68/38. K.69/34. 12/6/1969. Resmî Gazete: 29/1/1970.

(**) Danıştay, İçt. Birleştirme Kararı. K:70/27.-20/6/1970. R.G.21/10/1970.

gili sayan herhangi bir kimse de, içtihatların birleştirilmesini isteyebilir.

Bütün bu istekler Birinci başkanlığa bildirilir. Birinci başkanın havalesi üzerine Baş Kanun Sözcüsünün düşüncesi alındıktan sonra konu, İçtihadın Birleştirilmesi (eski tâbirle Tevhid-i İçtihat) Kurulunda incelenip karara bağlanır.

İçtihatların birleştirilmesi gibi, birleştirilmiş ve tek görüşe irca edilmiş bir içtihadın değiştirilmesi de mümkündür. Özellikle kanunlarda vuku bulacak değişiklikler, birleştirilmiş içtihadın "değiştirilmesini" gerekli kılabilir. Bunun haricinde de, şartların değişmesi veya değişik bir görüşün yüksek mahkemeyi kendisini kabule zorlaması karşısında da içtihadı değiştirmek yoluna başvurulur. Ancak, usul yönünden, içtihadın değiştirilmesi, birleştirilmesinden daha zordur. Zira somut bir dava şeklinde değil, bir hukuk meselesi şeklinde konunun İçtihatları Birleştirme kuruluna getirilmesi icabeder. Bu, daha nazik bir ameliyedir.

İçtihatları Birleştirme kararları veya birleştirilmiş içtihadı değiştirme kararı, gönderildiği tarihten itibaren 1 ay içinde Resmî Gazetede yayınlanır.

Ancak Danıştay bakımından, içtihatları birleştirme veya değiştirme kararlarının bağlayıcılığı, bittabi bunların yayınlanmasına bağlı değildir. Yayınlama, böyle bir birleştirme veya değiştirmeden haberleri olmaları gerekenlere bunu duyurmak içindir. İçtihadı Birleştirme Kurulu, Danıştayın bütün dava daireleri başkan ve üyelerinden meydana geldiğine göre, bu yüksek yargıçlar, değiştirme veya birleştirme kararını itihaz ettikleri andan itibaren bu kararlarla bağlıdırlar.

Yayınlama, bu kararlarla bağlı olacakları haberdar etmek içindir. Yayınlama ile, Danıştayın temyizden baktığı işlerde karar veren, yani kendilerini birer mahkeme niteliğinde olmasalar bile Anayasa mahkememinin belirttiği gibi, mahkeme olmadan yargısal yetki kullanan bütün heyetler ve bizzat faal idare mercileri, içtihadı birleştirme veya değiştirme kararlarıyla bağlıdırlar; bu kararlara saygı göstermek mecburiyetindedirler.

O halde, içtihadı birleştirme veya değiştirme kararları, birer kanun hükmü niteliğinde bulunmamakla beraber, idarî tasarrufların Hukuka uygulamalarının denetlenmesinde, gözönünde tutulacak birer norm teşkil etmektedirler.

İdare hukukunun esasları, Danıştayın yargısal kararlarıyla belirdiğine göre, bu kararların da ittihazında Danıştayı bile bağlayıcı nitelikte olan İçtihadı Birleştirme veya Değiştirme kararlarının "Hukukîliğin tesbitinde" (kanuniyet denetiminde) önemli bir esas teşkil ettikleri âşikârdır. Demek ki, idarî yargı kararları da, kendi aralarında bir iyerarşiye tâbîdirler. Bir yargı kararının, başka bir yargı kararına tatbikatta zıt olabilmesi ve buna rağmen varlığını muhafazası mümkündür; fakat bir yargı kararının, İçtihadı Birleştirme veya Değiştirme kararına zıt olabilmesi mümkün değildir.

Faal idarenin de, içtihadı birleştirme veya değiştirme kararları ile bağlılığı özel bir önem taşır. Aslında faal idare, ittihaz edeceği kararların iptal olunmaması için, Danıştayın bütün emsal kararları ile kendisini bağlı hissetmeli ve ona göre hareket etmelidir. Fakat buna rağmen, faal idarenin bir emsal kararına uymaması, kendi görüşünü savunup bunun hukukî geçerliğini isbat edebilmesi ve bu suretle emsal kararını bizzat Danıştay nezdinde kuvvetten düşürmesi de mümkün olabilir. Bu böyle olmasa bile, faal idarenin, bir emsal kararına uymadan idarî karar ittinaz etmesi, nihayet iptale münce olup "ağır bir hizmet kusuru" sayılarak, ayrıca tazminatı gerektiremeyebilir.

Lâkin, 521 sayılı kanun (mad. 46/son) İçtihadı Birleştirme veya Değiştirme kararlarının faal idareyi bağlayacağını açıkça belirttiğine göre, bu tür bir karara uymayan idarenin "ağır hizmet kusuru" işlemlerinin addolunması ve tazminata da mahkûm edilmesi icabeder.

BÖLÜM IV

ADLI-İDARİ YARGI GÖREV ALANLARI

VE UYUŞMAZLIK

§ 1. GÖREV KAVRAMI VE BAZI SORUNLAR

Mahkemelerin görev ve yetkilerinin ayrı ayrı kavramlar olduklarını bilirsiniz. Yetki (eski deyimle salâhiyet) yargı hukukunda, yargı görevinin yapacağı coğrafi alan bakımından görevin tâyınıdır. Bir mahkemelin, görev yetkili olduğu belli bir coğrafi alan tesbit edilmiştir. Bu, genellikle mülki idare taksimatındaki birimlerden biridir. Mahkeme bu alan içinde oturanların davalarına veya (ayrıntılı yetki kural-larına girmeden diyelim) bu alan içinde aktedilen aktülerden, vuku bu-lan olaylardan, yerine getirilen vebibelerden ves. doğan ihtilâflara bakar. Bu türlü görev yapabilmeye ilke "yetkili" olmaktadır. Yargı hukukundaki bu "yetki" deyimii ille, idare hukukumuzdaki "devlet yetkisi" ni kesinlikle birbirine karıştırmayınız.

Mahkemelerin bu türlü "yetki"leri gibi yetkiler, idarî otoriteler için de söz konusudur. Merkezî idare (yetki genişliğinin yarattığı is-tisnalar dışında) tüm ülkede, hatta bazı konularda ülke dışına da müayyen olan bazı yetkilere sahiptir. İdarî otoritenin, kendisine coğ-ruffy sınırları ile belirtilen görev alanı dışında yetki kullanması, aşağıda görüleceği gibi "ratione loci" bir yetkisizlik türü doğurur.

Mahkemelerin "görevi" ne gelince, bu, ihtilâfın mahiyet ve (varsa) mak-tarı (-müddeabih) ile taayyün eder. Örneğin 1000 liradan yukarı da-valara sulh hukuk mahkemelerinin değil, asliye hukuk mahkemelerinin bakması bir "görev" meselesidir.

Anayasamızın 136 ncı maddesine göre, mahkemelerin görev ve yetkile-ri kanunla tesbit edilir. Ancak kanunlar, yetkilerin, tarafların irade-siyle de tesbiti esasını kabul ettikleri halde, görev hususunda, bir ihtilâfın tarafları, tesbitlerde bulunmâğa mezun değillerdir. Gerçi özel hukukta ve onun yargı usulü olan Medeni Usûlde, tarafların "tahkim" yolunu seçmeleri de mümkündür. Fakat bu, mahkemeye gidip githemek hu-susunda verilebilecek bir karar olup, herhangi bir mahkemeyi görevli kılıp kılmamakla alakalı değildir.

Hukuk Yargılamasında "görev" âmmе intizamı meselesi olarak ifade edilir. Tarafların, mahkemeleri, kanun hılâfına "görevli" kalmaları veya kalmamaları hakkındaki şartlar bätaldır.

Bir devlette, birden ziyade yargı düzeni (=ordre juridictionnel= "yargı yolu" da denildiği görölmektedir) bulunduğu zaman, görev soru-nu daha da büyük önem kazanır.

Yargı düzeni, hükümleri aynı Yüksek Mahkemede denetlenen mahkeme-lerden (=yargı yerlerinden) meydana gelir. Yüksek Mahkemeler ise, hü-kümleri aleyhine baş vurulabilecek herhangi bir idarî veya yargısal merci olmayan yargı kuruluşlarıdır. Anayasamız bir "Yüksek Mahkemeler" faslı açarak orada bazı mahkemeleri (Yargıtay, Danıştay, Askerî Yü-ksek İdare Mahkemesi, Askerî Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi) sarala-mışsa da, memleketimizde "Kesin hüküm" (=mahkem kazıye) tesis eden, ya-ni, verdiği hüküm aleyhine başvurulabilecek başka hiçbir merci bulunma-yan yargısal kuruluşlar, bunlardan ibarete değildir (Bk. sf. 43). Ver-diği karar, yani diğer bir deyimle, izhar ettiği irade "kesin hüküm"

niteliğinde olan her merci, bir "yüksek mahkeme" dir. Böyle bir mer-cie, hükümlerinin denetimi bakımından bağı daha alt derece mahke-meleri bulunmasa bile, bu Yüksek Mahkeme'dir.

Her yüksek mahkeme, alt mahkemeler yoksa, kendi başına, hükümle-ri onun denetimine bağı alt mahkemeler (=ilk derece veya birinci de-rece denilen mahkemeler) varsa onlarla birlikte bir "yargı düzeni" teşkil eder. Memleketimizdeki yargı düzenlerinin sayısı ve türleri için bk.: 43 vd., 139 vd. /

Bir memlekette, modern devlet'in üstelik bugünkü gelişkinlik asa-masında, kamu hukuku-özel hukuk ayrımındaki kılmsellik ve gerçeklik dolayısıyla biri adli, diğeri idarî iki yargı düzeninin mevcudiyeti zorunlu görülmektedir. İdarî yargıyı henüz olgunluğa ulaştırılmamış olan bazı ülkelerde de (meselâ İngiltere) bunu tam bir yargı düzeni hâline getirme istekleri kuvvetlenmektedir.

Ancak, özel hukuk alanında olabileceği gibi, kamu hukuku alanında da şimdî olduğu gibi, birden ziyade yargı düzenlerinin bulunması, ob-jektif gözlemlerimize ve kanaatimize göre, yararlı olmaktan ziyade, önemli mahzurlar doğurucu bir hâldir. Zira, gerek kamu hukukunda, gerek özel hukukta, birden ziyade yargı düzeni bulunduğu zaman, ya bunların kesin hükümleri dolayısıyla tahaddüs edilecek içtihat ayrılıklarını giderici bir "Yargı düzenleri-arası içtihat Birleştirme Usulü" tesis edilmeli veya, bu içtihatları birleştirebilme usul ve imkânı bulun-a-mıyorsa -ki böyle bir usulün var olduğu bir memleketi biz bilmiyoruz- aynı bir hukuk alanı içinde, yargı düzenlerinin taaddüdüne kesinlikle razı olunmamalıdır. Zira, bir ihtilâfa hangi Hukuk'un uygulanması ge-rekeceği hususudur ki, o ihtilâfa hangi Hukuk'un uygulanması ge-receğini tâyin eder. Hukuk'un kamu hukuku ve özel hukuk olarak ayrımı, bir gerçektir. Fakat bunun içindeki ayrımlar, bilimsel bir zorunlu-luktan değil, öğretim ve araştırmadaki bir işbölümünden doğar. Kamu hukukunun ve özel hukukun kendi içlerinde, ilke, kavram ve teknik fark-ları yoktur. Halbuki, beri taraftan, bu her bir hukuk alanında mütead-dit yargı düzenlerinin mevcudiyeti, bunların ittihaz edecekleri kesin hükümlerin müstakil hukuki varlıkları, dokülmazlıkları ve her yargı düzeninin kendi bağımsızlığı nedeniyle öyle hukukî çözüm fabrikaları yaratacaktır ki, bunun uzdrabını, yönetenler değil, yönetilenler ço-keceklerdir. Örneğin, memurların aylıkları ve sair mali istifadeleri konularında her biri ayrı yargı düzeni teşkil ve ifade eden Danıştay ve Sayıştay arasındaki içtihat farkları, bir kısmı yargıçılara ve diğer kısmı sivil hizmet memurlarına taallük eder olsa bile tâyin, terfi, disiplin cezası, kadro tahsisi ves. özlük işleri hususunda gene her biri ayrı birer yargı düzeni teşkil etmiş bulunan Danıştay ile Yüksek Hâkimler Kurulu arasındaki içtihat farkları, yönetilenleri, aynı kamu hukuku alanı içinde, aynı hukukî meselenin hallinde farklı ilkelere karşı uygulanması, farklı gözlemlerin ortaya çıkması gibi durumlarla karşı karşıya bırakacak, "Hukuk Birliği" sarıllacaktır.

Yargı düzenlerinin, biri kamu hukukuna, diğeri özel hukuka mahsus olmak üzere ikiden fazla olmaması gereğine böylece işaret ettikten son-ra, şimdî adli ve idarî yargı (=Danıştay) düzenlerini arasındaki görev ayrımı problemini ele alalım.

§ 2. GÖREVIN YASAL SINIRLARI

Anayasamız, Danıştayın "idarî davaları ve uyuşmazlıkları" görece-gini ve çözümleneceğini söylemektedir.

"İdarî" vasfın zikredilmemiş olması, özel hukuku tümenden dışarda bi-raktığı gibi, kamu hukuku alanı içinde Yasama üzerindeki yargı ile, Anayasanın Seçim yargısı, Askerî İdarî yargı, Askerî Ceza yargısı, Hâkimlerin Özlük işleri için özel bir yargı, devletia mal ve Gelir-gider saymanları için mali bir yargı tesis etmesi dolayısıyla bunlara da dışarda tutmaktadır. Anayasadan sonra, kanunların, Ceza yargılaması

sını adlî yargının (*) bir bölümünü teşkil eden ceza yargısına bırakışı, idarî yargı düzeninin sınırlarını biraz daha belirgin hâle getirmektedir.

Bu belirginlik içinde 521 sayılı Danıştay kanununun 30 uncu maddesi, Danıştayın görevini çizerken, adlî-idarî mahkemelerin görev ayrımı yönünden bizi ilgilendiren hükümleri itibarıyla:

A) İdarî işlemlerin (tek taraflı idarî tasarruflar kastedilmektedir);

B) İdarî eylemlerin (=idarî fiillerin); ve,

C) İdarî mukavelelerin (=akitlerin=sözleşmelerin),

hukuka uygunluk denetimlerinin -ve türüne göre de, yorumlarının- Danıştayın görevi içinde bulunduğunu söylemektedir. Danıştay, idarî yargı düzeninin en yüksek hüküm mercii olduğuna göre, kıstas, idarî tasarruflar ve idarî fiiller, idarî yargının görev alanını belirlemektedir.

Ancak, bir de, idarî oldukları halde, kanun hükmü dolayısıyla adlî yargının alanına girenler vardır. Gerçekten bazı kanunlarımız, idarî nitelikleri söz götürmeyen işlemleri, adlî yargının denetimine, istisnâî surette tâbî tutmuşlardır.

Fakat asıl kural, o halde "idarî nitelikte" dir. Mesele "idarî" vasfın tâyin ve tesbiti meselesi olmaktadır.

Bu vasfın tâyini esaslarını, istisnalarını, ayrıntılarını ele almadan önce "Uyuşmazlık" kavramını ve bunun çözüm yollarını görelim.

Zira kanunlar, nihayet "idarî" vasfa işaret etmekte, fakat bunu tâyin etmemektedirler. İdarî vasfı, İdare hukuku ilkeleriyle tâyin edilecektir.

Öyle somut (=müshahas) durum ve ilişkiler olabilir ki, kanunların koyduğu genel esaslar veya İdare hukukunun daha ayrıntılı olan ilkelere rağmen, o somut hukukî durum veya ilişkinin "idarî" liğinin tesbiti kolay olmaz. Bu türlü ve somut ihtilâflarda, davaların 1/ mercisiz kalmaması, 2/ Hem adlî, hem idarî nitelikte sayılamaması lâzımdır.

Bu, modern devletin zarurî bir gereğidir. Modern devlette, hiçbir nizâ, bir ihtilâf düşünülemez ki onu çözecek bir mahkeme bulunmasın. Mahkemesiz kalacak dava düşünülemez.

O halde, son tahlilde, bir "pratik" görev ayrımı yapacak usûle veya mercie kesin ihtiyaç vardır.

§ 3. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ VE UYUŞMAZLIĞIN TÜRLERİ

Gerçekten, adlî ve idarî yargı mercileri arasında, bazı somut ihtilâflarda görevi tâyin edebilme güçlükleri çıkacağı muhakkaktır. Bir ihtilâfın her iki yargı düzeninin de görevine girdiği veya hiçbirinin görevine girmediği ileri sürülebileceği gibi, bir yargı düzeninin davanın görevi içinde sayıp bakması, fakat esasî hükme bağlayamaması, aynı şeyin diğer yargı düzeni içinde vukua gelebilmesi de mümkündür.

Size şu anda hayli müphem gelebilecek olan bu sorunları, aşağıda misalleriyle ele aldığımız zaman, anlamakta hiçbir güçlük çekmeyeceği-

(*) 1924 Anayasasında Danıştayın "Yargı" bölümünde değil, "Yürütme" bölümünde yer alışı ve hukukçularımızda, bugünkünden de daha yaygın bir surette "özel hukuk formasyonunun" hâkim bulunması dolayısıyla İdare Hukukunun "İstisnâî ve tâlî" bir hukuk sayılması ve binnetice adliye mahkemelerine "umumî mahkemeler" yâni aslî mahkemeler demek alışkanlığı vardı. 1961 Anayasasından sonra da, hâlâ bu alışkanlığın sürdüğünü görüyoruz. 1961 Anayasasının hiçbir yerinde "umumî mahkemeler" deyimini geçmez. Anayasa, Yargıtay'ı "adliye mahkemelerinin" üst kuruluşu olarak nitelendirmektedir (mad.139). O halde "umumî mahkemeler" deyimini hem yanlış, hem de adliye mahkemelerine verilmekte olduğu anlaşılan bir isim bulunduğu anlaşılmalı, Anayasaya aykırıdır.

nizden eminim.

Evvelâ, görev sorununu ele alalım:

- 1/ Birinci ihtimal, bir ihtilâfın, bir tarafca adlî yargı görevi içinde, diğer tarafca da idarî yargı görevi içinde sayılmasıdır.
 - 2/ İkinci ihtimal bir ihtilâfı, adlî yargı mercilerinin kendi görevleri dışında sayarak bunlarca görülmesinin reddedilmesi ve aynı hâdisenin idarî yargı mercilerinde de tekrârüdür.
- Bu türlü uyumsuzluklara "görev" uyumsuzlukları denilir.

Birden ziyade yargı düzeninin mevcudiyeti, bu tür görev uyumsuzluklarını mutlaka doğurur.

Davacı, daima özel kişidir. Gerçi İdarenin de bir özel kişiyi dava etmesi söz konusu olabilir; fakat bu, çoğu kez özel hukuk ilişkilerinde rastlanan bir haldir. Zira kamu hukuku ilişkilerinde İdare, devlet yetkisi kullanarak "tek taraflı" tasarruflarla karşısındakilere yüküm yüklemeye, onların hukukî durumlarını tâyine, tesbite muktedirdir. Onun için İdare, kamu hukuku ilişkilerinde, özel kişiyi dava etmek ihtiyacıyla pek hususî bazı hallerde karşı karşıya kalır.

Bir davanın her iki yargının da görevine girdiği yolundaki iddialar, veya hiçbir yargı tarafından kabul edilmemesi gibi durumlar karşısında ne yapılabilir ?

Bu konuda bazı öneriler ve tatbikat olmuştur. Bunlara kısaca bakalım:

1/Bir öneri, görev uyumsuzluğunun çözümünün yasaya organına bırakılması yolundadır.

Madem ki yargı düzenlerinin görevleri kanunlarla tâyin edilmektedir; o halde, somut bir olaydaki görev uyumsuzluğunda da çözüm, yasama organına bırakılmalı denilmiştir.

Buna yöneltilen tenkit: Yasama organının, birtakım kurallarla görev alan ve sınırlarını tâyin edebileceği, fakat somut uyumsuzluklarda genel normlar değil somut ve ferdî çözümler bulunacağı için, yasama organınca tâyin edilecek görevler sonunda, ortaya gene bir kıstasın çıkarılamayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, yasama, genel normlar (=kural-lar) koyarak yargı düzenlerinin görev alanlarını belirtebilir. Fakat somut ihtilâflarda, görev uyumsuzluğunun halli, somut kararlarla yapılabileceğine göre, bunlardan çıkarılacak kıstas ne olacak ? Gene aynı şey... Yasama organı, kendi koyduğu kuralı yorumlama durumuna girecek ve ferdî, somut hâdiseler için yorumlar yapacak. Bu yorumlarda, kurallın soyutluğundan uzaklaştıkça, kuralla çelişiklere düşebilecekler. Kuralın soyutluğuna yaklaştıkça, fazla birşey söylemiş olamayacak ve Yasama yorumlarının ve kararlarının gerekçeleri belirlenemeyecektir.

Kaldı ki, yasama organları, hukuk kurallarını koymağa yeteneklidirler; fakat koydukları kuralların uygulanışına da karıştırlarsa, fonksiyonlarının sınırlarını aşma durumuna düşebilirler. Üstelik Yasama organları "uzman" organlar değildirler. Yasama meclislerinin üyeleri içinde memleketin en önde gelen uzmanları bile bulunsa, onların oradaki mevcudiyetleri, uzmanlıklarını sürdürmek için değil, politika yapmak içindir. Bilimde "mutlak gerçek", politikada ise "elverişlilik ve isabet" araştırılır. O halde, görev ayrımının yapılması bir bilim akademisi olmayıp bir politik heyet niteliğinde olan Yasama organına verildiği zaman, bilimsel gerçek yerine, elverişliliğin söz konusu edilebilmesi mümkün bulunacaktır. Üstelik yasama organı, böyle bir işi, genel kurul hâlinde de yapamayacaktır; komisyon çalışmalarına havale edecektir. Komisyonlar da siyasî heyetlerdir. Neticede iş, Hukuk uzmanlığına değil, siyasî fonksiyona tevdi olunmuş bulunacaktır. Halbuki eldeki mesele, siyaset değil, hukuk işidir ve üstelik bilimsel bir sorundur.

2/ İkinci öneri, görev ayrımının devlet başkanlarına bırakılması yolunda olmuştur. Bunun sebebi, tutuk adalet usûlünde, Danıştay kararlarının devlet başkanının onayıyla infaz kabiliyetini kazanması olayı-

na kadar iner. Fakat bugünkü günde devlet başkanlarının böyle yargısal fonksiyonları yoktur. Hatta adli işlemleri yoktur. Devlet başkanları Hukukçu değillerdir; olsalar da, kendileri, o makama Hukukçuluk etmek için değil, politik görev yapmak için getirilmişlerdir. O halde tatbikatta bu görev tayinini başkaları -mesela idari teşkilatta bir komisyon, bir heyet-yapacak ve devlet başkanına öneride bulunacaktır. İdari bir komisyonun yapabileceği bir işi, daha kalifiye bir heyete yaptırmak da mümkündür.

3/ Üçüncü öneri, ilk baş vurulmuş olan yargı düzeninde kesinleşen görev kararının (veya görevsizlik kararının) diğer yargı merciiyle bağlanmasıdır. Örneğin, evvelâ davacı, davasının Adli yargıda açması ve görevsizlik kararı verilip kesinleşmişse, bu karar, bir "muhkem kaziyeye" olarak idari yargıya bağlanmalı, o, görevsizlik kararı verememeli. Lidir. Yani, ilk baş vurulmuş olan yargı düzeninden çıkacak karar, görev hususunda hem o yargı düzeninin kendisini, hem diğer yargı düzenini bağlamalıdır.

Bu öneri, Hukukta "muhkem kaziyeye" ye verilen değer göz önünde tutulunca, kolay reddedilemez. Zira muhkem kaziyeye, bir Hukuk düzenindeki "son söz" olduğuna göre, kimden sâdır olursa olsun, dokunulmazlığı vardır. "Son söz" ün de ardından başka bir "son söz" olamamalıdır. Bu bakımdan öneri sağlam ise de, diğer iki bakımdan eleştirilebilir. Bunlardan birincisi, davacılar, yargı düzenleri arasında bir "iyerârşî" tesis etmek imkânının dolaylı olarak verilmekte bulunulduğudur. Yargı düzenlerinin kesin kararları arasında iyerârşî yoktur. Bu kararlar çelişebilir. Çelişmenin giderilmesi, yargı düzenlerinden birine üstünlük bahsetmek suretiyle olmalıdır.

İkinci eleştiri daha kuvvetlidir: bir mementekte birden çok yargı düzeninin bulunmasının asıl sebebi, hukukî ihtilafların birden çok türlerinin mevcudiyetindedir. Kişiler arasındaki ihtilafların özel hukuk niteliğinde ve kamu hukuku niteliğinde olanları bulunduğu içindir ki, bir özel hukuk yargısı, bir de kamu hukuku yargısı tesis edilmiştir. Görev uyusmazlıklarında, ilk başvurulan yargı düzeninin görev hakkındaki olumlu veya olumsuz kararı öteki yargı düzenini de kesin olarak bağlayıcı nitelikte kabul edilirse, bu takdirde, davanın mahiyeti mahkemeyi tayin etmiyor, bil'âkis mahkeme davanın mahiyetini tayin ediyor olur. Yani, örneğin, adli yargı düzeni, aslen idarî olan bir dava ve ilk defa olarak bu düzendeki bir yargı mercisine başvurulması hâkinde kendisini görevli sayarsa, o davaya bakacaktır; ama, bittabi özel hukuku uygulayacaktır. Binaenaleyh, idari dava, çözümlü için uygulanmaları gerekli olan Hukuk kurullarıyla değil, kendisine uygulanamayacak olan başka kurullarla çözümlenecektir ki, bu da, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını ortadan kaldırdır.

4/ Bütün bu mahzuruları önlemek için "Uyusmazlık mahkemesi" adıyla karma bir mahkemenin teşkili uygun görülmüştür. 1848 de ilk defa Fransa'da kurulan Uyusmazlık mahkemesi kısa ömürlü olmuş, 1852 de, II nci Cumhuriyetle beraber ortadan kalkmış, III üncü Cumhuriyeti müteakip 1872 de tekrar kurulmuştur.

Fransız Uyusmazlık mahkemesi, üçü Daniştay, üçü de Yargıtay üyesi altı yargıç ile gence bu altı kişinin, biri Daniştaydan, biri Yargıtaydan seçecekleri iki yargıç toplam 8 yargıç) kurulur. Mahkemenin başkanı, Adalet bakanıdır. Ancak filiyatta Adalet bakanı bu başkanlığı yapmaz. Bunun yerine, Uyusmazlık mahkemesi, kendi içinden bir başkan vekili seçer. Sadece oyların denk olduğu ve bir karara varılamadığı zaman Adalet bakanı başkanlığı alıp oy kullanır ki, 1872'denberi bu, ancak sekiz defa vâki olmuştur.

Bizde idarî yargı 1927'de faaliyete geçtiği halde, Uyusmazlık mahkemesi ancak 1945'te kurulabilmiştir.

9 Temmuz 1945 tarih ve 4788 sayılı kanunla kurulan Uyusmazlık mahkemesi, 1961 Anayasası'nda 142 nci maddesinde, "Yüksek Mahkemeler" baş-

lığı altında yer vermiş ve mahkemeye, kompozisyonu itibarıyla önemli bir değişiklik getirmiştir. Değişiklik şudur: 4788 sayılı Kanun, Uyusmazlık mahkemesi başkanlığının bir yıl Yargıtay, ertesi yıl da Daniştay birincisi başkanları tarafından yapılmasını öngörmekteydi. Anayasamız bu esasları değiştirerek, başkanlığın, Anayasa mahkemesince kendisi ve yedek üyeleri arasından seçilecek bir zat tarafından yapılmasını öngörmüştür.

Bu değişiklik, gerçekten anlamlıdır. Burada ayrıntılarına girmeden belirtelim: Uyusmazlık mahkememiz, Yargıtay ve Daniştaydan eşit sayı ile üyelerle kurulduğundan, başkanın bir yıl Yargıtaydan, diğer yıl Daniştaydan gelmesi, bu iki yüksek mahkememizin eşitlik içinde katılmaları esasını bozuyordu. Aslında bu derece yüksek bir urulda, eşitlik esasının bu kadar titizlikle korunması gerekmeylebilirdi. Fakat, tabii ki, kimsenin inkâr edemeyeceği bir surette göstermişir ki, Başkan, Yargıtaydan geldiği zaman görev uyusmazlıkları Yargıtay görevlileridir, o bir şekilde çözülmüş, Daniştaydan geldiği zaman ise, bunun aksi olması ve bu suretle, hukukî ve hattâ maddî mahiyeti tipatip aynı olan davalarla bir yıl idari, ertesi yıl adli yargı görevli sayılmış ve açıkl söylemek gerekirse, Uyusmazlık Mahkememiz, görev ayrımında, müstakir kriterler tesisine muvafak olamamıştır. Bunun bir tepkisi olarak da, 1961 Anayasası, Uyusmazlık mahkemesi başkanlığını gerek Yargıtaya, gerek Daniştaya mensup bulunmayan bir yüksek yargıca vermeği uygun bulmuş, başkanın Anayasa mahkemesince, kendi içinden seçilip gönderilmesi esasını öngörmüştür. Fakat bu kompozisyonu müteakip de, Uyusmazlık mahkememizin, objektif ve bilimsel esaslar bakımından sayıyı tenkit pek çok karar çıkmakta devam etmiştir.

Uyusmazlık mahkememiz, yukarıda söylediğimiz gibi seçilen bir başkan ile altı üyeden meydana gelir. Üç üye Yargıtay Hukuk dairesi başkanları ve üyeleri arasından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca, üç üye de Daniştay dava dairesi başkanları ve üyeleri arasından Daniştay Dava Dairesi Kurulunca seçilir.

Uyusmazlık, askeri işleri ilgilendirirse, bu takdirde, kanunun 3 üncü maddesine göre "Askerî Yargıtaydan seçilecek iki adli üye", en az ikidimli olan birer Yargıtay ve Daniştay üyesinin yerlerini alırlar.

Bu hüküm konulduğu sırada, asker kişilerin özlük işlerinden çıkan idarî davalar, Askerî Yargıtayda görülmekteydi. Sonradan bu tür davalar da Daniştaya verilmeye ve Uyusmazlık mahkememiz ceza davalarında değil, hukuk davalarında görev ayırılmasına baktığına göre, ceza mahkemelerinden ibaret olan askeri mahkemelerin en yüksek denet mercii bulunan Askerî Yargıtay'dan Uyusmazlık mahkemesine üye katılmasını icabettirecek türde uyusmazlık konusu kalmamıştı. Simdi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (Bk.sf. 141) kurulmuş bulunduğu göre, bu yüksek mahkeme ile Daniştay ve adliye mahkemeleri arasında görev uyusmazlıkları tekrar başgösterilecektir. O halde, Uyusmazlık mahkemesi kanununun evvelce Askerî Yargıtay'dan alınacağını söylediği askeri hâkim üyelerin, şimdi Askerî Yüksek İdare Mahkemesinden alınması gerekmektedir.

Uyusmazlık mahkemesi üyeleri, asıl vazifeleri üzerlerinde kalmak üzere, 3 yıllık bir dönem için seçilirler. Tekrar seçilmek vardır.

Mahkeme, iki ayda bir Adalet bakanlığında toplanır. Adalet bakanının isteği üzerine daha da sık toplanabilir. Mahkemenin toplantılarında, görüşülen konunun mahiyetine göre Daniştay veya Askerî Yüksek İdare mahkemesi baş kanunsözcüsü hazır bulunacaktır. Bunlar, görüşlerini bildirirler; kararlarda oy kullanmazlar.

Uyuşmazlık mahkemesinin vazifelerini, ilgili yargı düzenlerinin görevleri açısından "Görev uyuşmazlıkları" ve aşağıda izah edileceği gibi "Hüküm Uyuşmazlığı" olmak üzere ikiye ayırmak **gerekir**.

A) GÖREV UYUŞMAZLIKLARI

Görev uyuşmazlıkları iki türlü olabilir. Yargı düzenleri, davayı görevleri içinde görmez ve binnetice bakmazlar. Dava mahkemesiz kalır. Bu "olumsuz görev uyuşmazlığı" dır. Eski deyimle "selbî vazife ihtilâfı" dır. Bir de, bunun aksine, davanın adliye mahkemelerinin görevi içinde kabul edilmesi, fakat buna İdarenin itiraz etmesi ve bir ihtilâf (=uyuşmazlık) yaratması vardır ki, buna da "Olumlu görev uyuşmazlığı" (=icâbî vazife ihtilâfı) denilir.

Evvelâ "olumlu görev uyuşmazlığını" gözden geçirelim:

Olumlu görev uyuşmazlığı adlı mahkemelerle İdare arasında doğar.

Sivil veya askerî idarî merciler aleyhine adliye mahkemesinde açılan bir davada, İdare, adliye mahkemesinin değil (sivil veya askerî) idare mahkemesinin görevli olduğunu düşünürse, en geç ilk oturumda, adli mahkemenin görevine itirazda bulunmalıdır. Bu itirazı, merkezî idare için bakan veya vali, kamu tüzel kişileri için de onları temsil yetkisine sahip âmir makam yapacaktır (*).

Kanun, "en geç ilk oturumda" dediğine göre (mad.8,f.2) ilk oturumdan önceki lâihâ teatisi safhasında da bu itirazın yapılacağı âşikârdır.

Görev itirazı karşısında, adliye mahkemesinin bir karar vermesi gerekecektir.

Kanun (mad.8,f.3) adliye mahkemesinin "görevsizlik" kararı vermesi hâlinde, için Uyuşmazlık mahkemesine intikal ettirilebilmesi için, Yargıtayca bu görevsizlik kararının bozulması ve mahkemenin de bozmaya uyarak görevli olduğuna karar vermesi şartını aramaktadır. Bunun aksine, mahkeme görevli olduğu hususunda karar verdiği takdirde, bu kararın İdarece yapılacak temyiz müracaatıyla kesinleşmesi gereği kanunda yer almamıştır. O halde, görev itirazı karşısında, mahkemenin görevli olduğu yolundaki karar, İdarenin, işi, Uyuşmazlık mahkemesine intikal ettirebilmesine yeter. Ayrıca, görevlilik hakkındaki birinci derece mahkemesi kararının Yargıtayca onanması gereğinin kanunda yer almış olması, anlaşılması güç bir husustur. Zira, "görevlilik" yerine, "görevsizlik" kararı verildiği takdirde, yukarıda görüldüğü gibi, bu görevsizlik kararının Yargıtayca bozulması -yâni mahkemenin görevli olduğunun Yargıtayca kabulü- gerektiği halde, bunun aksi, kanunda yer bulmamıştır.

Adli yargıda "görevlilik" bu suretle tebeyyün edince, İdare, 15 gün içinde, dava dilekçesinin, cevap lâihâsının ve görevlilik yolundaki kararın örneklerini, davanın ne sebeple idarî (veya askerî) mahkemede görülmesi gerektiğini Danıştay Baş Kanun sözcülüğüne bildirecektir. Uyuşmazlık mahkememiz hayli formalist (=şekilperest=biçim'e tutkulu) davranmakta ve İdarenin, Danıştay Başkanunsözcülüğüne yapacağı bu başvurmada "Uyuşmazlık mahkemesine sunulmak üzere Danıştay Baş kanun sözcülüğüne" gibi bir hitabı, kanuna aykırı sayarak, itirazı ve uyuşmazlığı reddetmektedir.

Ayrıca, Danıştay Baş Kanunsözcülüğüne vuku bulacak bu müracaatin de yerine göre şahsen ve bizzat bakan veya vali tarafından imzalanma-

(*) 4788 sayılı kanun, görev itirazında bulunmayı Bakan veya Vali'ye tanıdığı için, Uyuşmazlık mahkemesinin, kamu tüzel kişilerini en yüksek derecede temsil yetkisini haiz bulunanların dahi bu tür itirazları yapamayacağı yolunda kararları vardır. Ancak bu anlayış, Anayasamızın kabul ettiği ve İdare hukukumuzun da belirlediği "yerinden yönetim" ilkelerine kesinlikle ters düştüğü gibi, bhusus Anayasaca özerklikleri kabul edilmiş kuruluşlarımız için hiçbir suretle geçerli olamaz. Bakan ve vali, merkezî idarenin temsilcileri ve devlet tüzel kişiliği için icra ve temsil vasıtalarıdır. Bir kamu tüzel kişisi ise, "kişilik" gereği, ayrı bir hizmet, ayrı bir mâmelek ve müstakil bir "menfaatler ve sorumluluklar merkezi" demektir.

sına dikkat edilmekte ve bakan ve vâfîler tarafından bu hususta imza yetkisinin devrine dahi müsamaha olunmamaktadır.

Baş Kanun-sözcüsü bu müracaati aldıktan sonra, davanın görülmekte olduğu mahkemeye, kanunî tâbirle bir "muhtıra" göndererek, İdarenin talebini ve görev konusunda ileri sürülen iddiaları bildirecektir. Mahkeme bu "muhtıra" nın bir suretini 5 gün içinde davacıya gönderecek, davacı 7 gün içinde cevap verecek, bu cevap 3 gün içinde Baş Kanun-sözcülüğüne ulaştırılacaktır. Bunu müteakip Baş Kanun-sözcüsü evrakı inceleyecek ve adliye mahkemesinin görevsiz olduğuna kanaat getirirse, görev hususunda bir karar verilmek üzere işi Uyuşmazlık mahkemesine intikal ettirecektir. Aynı zamanda, bu intikal keyfiyeti adliye mahkemesine telgrafla bildirilecektir.

Bu durumda, işe bakmakta olan mahkeme, Uyuşmazlık mahkemesinin kararı gelinceye kadar davayı durduracak, üç ay içinde karar gelmezse devam edecek, fakat esas hakkında kararını verinceye kadar Uyuşmazlık mahkemesinin kararı yetiştirse ona göre hareket edecektir. Eğer Uyuşmazlık mahkemesinin kararı, adli mahkemeyi görevli bulmuyorsa, dava görev yönünden reddedilecektir.

Olumsuz uyuşmazlık ise, adliye ve idare (Danıştay veya Askerî Yüksek İdare) mahkemesinin davayı görevden reddetmeleri hâlinde söz konusudur. Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kurulması dolayısıyla, olumsuz görev uyuşmazlığı Danıştay ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesi arasında da çıkabilir. Bu durumda, davacının, görev hakkında bir karar verilmesi için doğrudan doğruya Uyuşmazlık mahkemesine başvurmağa hakkı vardır.

Kanun, taraflardan her birinin bu hakka sahip olduğunu söylemekle beraber (mad.13) davalı olan tarafın, kendisinin hangi mahkemede dava edilmesi gerektiğini tesbit hususunda teşebbüse geçeceği bittabi beklenmez.

3533 sayılı kanunun tatbikatında da görev uyuşmazlıkları doğarsa, yukarıki usûllerle halledilir.

3533 sayılı kanun, çeşitli idareler arasında özel hukuk ilişkilerinden doğan ve aslında adliye mahkemelerinin görevlerine giren ihtilâfların çözümü için "mecburî tahkim" usûlünü kabul etmiş olan kanundur.

"Umumî, mülhak ve hususî bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle, sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya hususî idarelere ait daire ve müesseseler arasındaki ihtilâfların tahkim yoluyla halli hakkında" olan bu 29 Haziran 1938 tarih ve 3533 sayılı kanuna göre (kanunun başlığından da anlaşıldığı gibi):

- a- Genel bütçeye giren türlü kuruluşlar;
- b- Katma bütçeli (tüzel kişiliği olan veya olmayan) kuruluşlar;
- c- İl Özel idareleri (yâni "hususî bütçe" liler);
- d- Belediyeler;
- e- İktisadî Devlet Teşekkülleri;
- f- Diğer hizmet adem-i merkezîyeti kuruluşları;
- g- Sermayesinin tamamı şu yukarıki kuruluşlara ait tüzel kişiler;

arasında çıkacak olan ve adliye mahkemelerinin görevine giren ihtilâflarda, birbirlerini adliye mahkemelerinde dava edemezler. Bu ihtilâflar, 3533 sayılı kanunun öngördüğü usûlde, mecburî tahkim ile halledilir. Yerine göre bir Bakan, Yargıtay daire başkanlarından biri, belli bir il'in en yüksek dereceli hukuk hâkimi, hakemlik ederler (*). Bu hakemlerle, idare mahkemelerinin görevleri bakımından da görev ihtilâfının her iki türüsü çıkabilir ve Uyuşmazlık mahkemesi kanununa göre çözümlenir.

(*) Anayasa mahkemesi, bu kanuna göre "hakemliği" bir "mahkeme" saymakta ve bunlardan gelebilecek Anayasaya aykırılık itirazlarını incelememektedir.

B) HÜKÜM UYUŞMAZLIĞI

Hüküm uyuşmazlığını kolayca anlayabilmeniz için misal vererek başlayacağım (*):

1930 sıralarında, Rosay (=Roze) isminde bir Fransız, Pariste, bir arkadaşının otomobilinde, direksiyonda arkadaşı olduğu halde gitmekte iken bir askerî otomobille çarpışır, Müsyö Rosay yaralanır. Uğradığı zararı ödettirmeyi düşünür ve çarpışmada kusurun, kendisini otomobiliyle götürmekte olan arkadaşında bulunduğu düşüncesiyle arkadaşını adliye mahkemesinde dava eder.

Bir özel kişi, diğer bir özel kişiyi, elbet adliye mahkemesinde dava edebilir. Adliye mahkemesi görevlidir. Mahkeme davayı iptiden kabul edip esasa geçtiğinde, Mr. Rosay'ın uğradığı kazaya ve binnetice zarara sebebiyet verenin, onu arabasında götürmekte olan kişi olmadığını görür; davayı reddeder.

Mr. Rosay, adliye mahkemesinin bu kararı üzerine, Danıştayda, İdare aleyhine bir tazminat davası açar. Zira: a/ kazaya sebebiyet veren, Mr. Rosay'ı götürmekte olan arkadaşı değilse, her halde diğer araç kullanmakta olan askerî şofördür. b/ Askerî şoför ile İdare arasında bir hizmet aktı yoktur; o halde, "istihdam edenin mes'uliyeti" esasına göre, İdare, adliye mahkemesinde dava edilemez. Kaldı ki, askerî şoför, kamu hizmeti görmekte iken ve bir "hizmet aracı" ile bu zararı vermiş olmalıdır. Fransız Danıştayının içtihatlarına göre, kamu hizmetini ifa sırasında veya kamu hizmeti ifa edilmezken dahi kamu hizmeti için tahsis edilmiş bir araç veya gereç ile bir kamu görevlisi üçüncü bir şahsa zarar verse, İdare, "hizmet kusuru" dolayısıyla bu zarardan sorumludur. Bu nedenle Mr. Rosay da, şoförün şahsını değil, İdareyi -ve bittabi adliyede değil Danıştayda- dava etmiştir.

Bu dava, Danıştayın görevine girer. Netekim diğer şartların da varlığını tesbit eden Danıştay, davayı iptiden kabul etmiş, fakat esasa girdiği zaman, kazaya sebebiyet verenin askerî şoför olmadığını saptamıştır.

Mr. Rosay'ın, sözü geçen iki taşıt aracı arasındaki bir çarpışmadan dolayı müayyen zarara uğradığını reddeden yoktur. Fakat, adliye mahkemesinde "hizmet kusuruna dayanan bir tazminat davasına" bakılamaz; Danıştayda da, bir özel kişinin, diğer özel kişi hakkında açacağı davaya bakılamaz.

O halde, zarar da ortada bulunduğu göre, kim bu zararın sorumlusunu bulacak ve tazminata hükmedecek ?

Dikkat ediniz; tekrarlıyorum: ne adliye mahkemesi, ne de Danıştay, açılan davaları görevden reddetmiyorlar. Açılan davalar, onların görevleri içindedir; kabul ediyorlar. Fakat zararın sorumlusu, karşılarında dava edilmekte olanlar değildir. Adliye mahkemesi "Kusurlu olan İdaredir" diyemez; onun diyebileceği ancak, kusurlu olanın, kendi önüne getirilmiş bulunan davalı olup olmadığıdır. Davalı durumunda olmayan, yani yargılanmayan bir kimsenin kusuruna veya kusursuzluğuna nasıl hükmedilebilir ? Davalı durumda olup yargılananın ise, kusuru olmadığı sâbittir.

Aynı şey, Danıştay önünde cereyan etmektedir.

Böyle bir durumda, davaya bakacak ve esasa hükmedecek olan Uyuşmazlık Mahkemesidir.

Bir ikinci misal, İris gemisi hâdisesidir.

Kırım savaşı sırasında, Fransız kuvvetlerine malzeme götürmek üzere Fransa hükümeti bir armatörden (mr. Houllibreque= Ulbrek) İris gemisini

(*) Ancak ben size bunu sorarsam, siz bana misal vererek anlatmayacaksınız; doğruca ilkeleri söyleyeceksiniz. Zira ben, bu konuyu bildiğimi sanıyorum. Hemem ilkeleri söylerseniz, anlamakta güçlük çekmem.

kiralamıştır. Gemi, deniz tehlikelerine (=riziko'larına) karşı özel bir sigorta şirketi tarafından sigorta edilmiş; harp sahasına gireceği için de, harp tehlikelerine karşı hükümet tarafından teminata alınmıştır.

İris, Sivastopol açıklarına geldiği sıralarda kuvvetli bir fırtınaya yakalanmıştır. Bu fırtına sebebiyle manevra kabiliyetini kaybedip sürüklenmiş, düşman topçusunun menziline girmiş ve top ateşiyle batırılmıştır. Fırtına olmasa, sürüklenip topçu menziline girmeyecekti; topçu da ateş etmese batmayacaktı.

Sigorta şirketi, adliye mahkemesinde açılan ve sigorta tazminatı istenen davada, mahkûm edilmiştir.

Danıştayda açılan davada ise, Hükümet, İris'in batmasının asil sebebinin fırtına olduğunu öne sürerek, tazminattan kurtulmuştur.

Ama, İris gemisi batık'tır. Ödeyecek kimse de yoktur.

Burada da esas hakkında hüküm, Uyuşmazlık mahkemesine düşer.

0 halde, hüküm uyuşmazlığının şartları şunlar oluyor:

- 1/ Davacı ve dava konuları aynı olmalı;
- 2/ Aynı yargı düzenleri, davayı, açılışı itibariyle kendi görevleri içinde bulmalı, fakat, hakkın varlığına rağmen esasa hükmedememeli;
- 3/ Her iki hüküm kesinleşmeli.

Kanun, hüküm uyuşmazlığını şöyle târif ediyor (mad.19):

Aynı yargı düzenlerinden "... aynı konu üzerinde çıkan ve birbirine uymayan ve kesinleşmiş bulunan... kararlar olur ve bu yüzden hakkın yerine getirilmesi imkânsız bulunursa, ortada hüküm uyuşmazlığı var sayılır".

§ 4. GÖREV AYRIMI İLKELERİ

Bu ders notlarının başından bu yana, kimi bahislerde doğrudan doğruya, kimisinde dolaylı olarak, üzerinde durduğumuz birkaç problemin içinde, her halde önde geleni "idari" nin ne olduğunun tâyiniidir.

Derslere devam edenler, bu sorun üzerinde ne kadar ısrarla durduğumu iki yıllık İdare hukuku öğrenimlerinde pek çok görmüşlerdir. İster organ, isterse fonksiyon ve yetki olarak "idari" tesbit edildiği zaman, bunun kuralları, çözümleri daha kolay tesbit edilebilir. Fakat bu bilinmezse, herşey boşunadır.

Görev ayırımında da gene problemin anahtarı "idari" dedir. "İdari" işlem... "İdari" eylem... "İdari" sözleşme...

Ancak, bu konudaki geliştirmelerimden önce, size, başka geliştirmelerden bahsetmeliyim. Bunları da bilmek zorundasınız. Durum böyle aydınlanacaktır.

1/ Bir kere şu noktayı tesbit edelim: kanunlar, belli bir takım idari işlem veya eylemlerden doğan davaların--bu "idari" niteliklerine bakmadan--görülmesini doğrudan doğruya adliye mahkemelerine vermiş olabilirler. Adliye mahkemelerinin, böylece, doğrudan doğruya kanun yolundan görevlendirilmelerinin iyi mi, yoksa sakıncalı mı olduğu tartışılabilir. Fakat bu tartışma, pozitif hukuktaki gerçekliği elbet değiştirmemez.

Bu türlü, adliye mahkemelerinin görevi içine giren hususların başlıcaları:

a/ Ahval-i şahsiye kayıtlarının tashihi meselesidir. Ahval-i şahsiye kayıtlarının tutulması, idari nitelikte bir kamu hizmetidir. Bu kayıtlar, merkezi idare teşkilâtı tarafından, kanun ve tüzük hükümlerine

rine göre tutulur. Dahiliye Vekâleti (=İçişleri bakanlığı) Merkez teşkilât ve vazifeleri hakkındaki 15 Mayıs 1623 sayılı kanunun 1 inci maddesine göre "Nüfus işleri genel müdürlüğü" İçişleri bakanlığı içinde, bir merkezî idare birimidir. "Nüfus muamele ve... tescil işlerini" bu genel müdürlük, illerde nüfus müdürlükleri, ilçelerde nüfus memurlukları aracılığıyla ve 27 Ağustos 1914 (14 Ağustos 1330) tarihli "Sicill-i Nüfus kanunu" hükümlerine göre yapar. Kanunun 8 inci maddesine göre nüfus kütüklerinin her sahifesi hukuk hâkimince evvelden mühürlenir; Medenî kanunun 38 inci maddesine göre "Hâkimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez".

Demek ki, nüfus kütüklerinin ve ahvali şahsiye kayıtlarının tutulması idarî bir hizmet olduğu halde, kanunla, yargı mercilerinin idarî denetimine bırakıldığı gibi, yanlış bir kaydın düzeltilmesi de Danıştayda açılacak bir dava ile değil, Medenî kanunun şu hükmü ve Sicill-i Nüfus kanununun 11 inci maddesi uyarınca, Hukuk mahkemesinde ve savcı da hazır bulunmak suretiyle yapılacak yargılama (=alelusül muhakeme) sonucunda ilâma "raptolunur" (yani mahkeme kararına bağlanır) ve kayıtlar ancak bu yoldan değişir.

b/ Ahval-i şahsiye kayıtları gibi özel mülkiyete ve mülkiyetten başka özel aynı haklara ilişkin kayıtların tutulması, tashihi gibi aslında idarî nitelikte olan bir kamu hizmeti de, adliye mahkemelerinin denetimine verilmiş, onların görev alanına sokulmuştur.

Bileceğiniz gibi, gayrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt, şarttır (Medenî k. mad. 633) / Ancak işgal, miras, kamulaştırma, cebri icra veya mahkeme ilâmiyle iktisap edenler, tescilden önce de mâlik olur. 633/7. İrtifak haklarının tesisi için de tapu siciline tescil şarttır (Med.K. 704).

Tapu sicilleri özel kanun ve tüzükler hükümlerine göre tutulur (Tapu kanunu, 22 Aralık 1934. no:2644). Bu idarî nitelikte bir kamu hizmetidir. Tapu ve Kadastro Genel müdürlüğü tarafından, bu genel müdürlüğün kuruluşu hakkındaki 29 Mayıs 1936 tarih ve 2997 sayılı kanun ile "Tapu Sicil müdürlüğü ve tapu sicil muhafızlığı teşkilâtı" hakkındaki 25 Haziran 1932 tarih ve 2015 sayılı kanun hükümlerine göre ifa edilir. Tapu ve Kadastro Genel müdürlüğü, Başbakanlığa bağlı bir dairedir.

Tapu sicillerinde tapulacak terkin'ler (=kayıt silinmeleri) veya düzeltmeler Medenî kanunun 934 ve 935 inci maddeleriyle yukarda zikri geçen 2644 sayılı kanunun 33 üncü maddesine göre, mahkeme kararı olmaksızın yapılamaz.

Tapu sicillerinin tutulması, bu sicillere kayıtlar yapılması idarî nitelikte işlemler olduğu halde, bu idarî faaliyetin hukukîliğinin denetimi adli yargıya verilmiştir.

✓ Gerek ahval-i şahsiye işlerinin, gerek gayrimenkul mülkiyeti ve irtifak haklarına ilişkin bu tür idarî işlemlerin kanuniyetlerinin ve hattâ idarî murakabelerinin adliye mahkemelerine bırakılması hakkındaki kanun hükümlerini -ki Kara Avrupasında çoğunlukla böyle bir düzenleme yapılmıştır- adliye mahkemelerinin "geleneksel" görevleri olarak izah eden müellifler vardır.

Halbuki dikkat edilirse, burada geleneklerle bir alâka yoktur. Gelenekler, Hukukta, Kanuniyet veya icab-ı hâl'e uygunluk (=ki özel hukukta bu icab-ı hâl'e uygunluk "menfaatler vaziyeti" gibi deyimlerle izah edilir) yönlerinden birer dayanak ve justifikasyon=justifikasyon=haklanma bulamazlarsa, sürüp yaşayamazlar. Hukuk Düzeni, aynı zamanda bir "Hukuk müzesi" değildir. Bu iki hususta, adli yargının görevliliğinin sürüp gelmesi basittir: ahval-i şahsiye ve özel mülkiyet, özel hukuk müesseseleridir. Bir kimsenin (=bir gerçek kişinin) ahval-i şahsiye dediğimiz vasıf ve niteliklerinden doğan sonuçlar, Devletle fert arasında-

daki ilişkilerden önce fertler arasındaki ilişkileri ilgilendirir. Özel mülkiyet de öyle. Zilyetlik, mülkiyet ve diğer aynı hak ihtilâfları, özel kişiler arasında söz konusudur. Bu nedenle, bu özel hukuk durumlarının, bu özel hukuk müessesesi ve ilişkilerinin adlî yargı gözetim ve denetimi altında tutulmasının izah edilebilmesi için "gele-neklere" başvurmağa ve geleneklerde dayanak aramağa hacet yoktur. Ne-tekim, Medenî kanun, kamusal mülkiyeti düzenliyor mu ? Örneğin Bk. 641, 643/son, 644/2... 7.

2/ İdarenin özel hukuk ilişkileri:

İdarenin özel hukuk kurallarınca doğan ve bu kurallarca düzenlenen ilişkilerinin de bulunabileceği muhakkaktır. Bu tür ilişkilerden doğan davalar (ve daha genel bir deyimle "ihtilâflar") adlî yargının görev alanına dahil bulunacaklardır.

Ancak mesele, İdarenin ne zaman ve hangi şartlarla bu tür ilişkiler içinde olabileceğidir.

Önceleri, İdare hukukunda bir "hâkimiyet tasarrufları-temşiyet tasarrufları" ayrımı yapılmıyordu.

Hâkimiyet tasarrufları, İdarenin, devletin bir organı olarak ve egemenliği kullanarak ittihaz ettiği tasarruflara deniyordu. Ancak egemenlik, kullanılması devlet tüzel kişiliğine ait üstün bir yetki olduğu için, İdarenin, hâkimiyet tasarrufu ittihaz ederken kullandığı bu hâkimiyete (=egemenliğe) kamu kudreti (=âmme kudreti) denilmekte ve idareye böyle özel, üstün yetkiler veren kanunlara (=hukuk normlarına) da bizim yargısal içtihatlarımızda "Kamu kanunu" (=âmme kanunu) diye atıfta bulunulmaktaydı.

Temşiyet (=ki bir işi yapma, yürütme, çevirme anlamına gelir) tasarrufları ise, İdarenin "herhangi bir özel kişi" gibi ittihaz ettiği tasarruflar (=yâni özel hukukta sık kullanılan bir deyimle "hukukî muameleler") oluyordu.

Hattâ, devlet memurları dahi hâkimiyet memurları ve temşiyet memurları olarak ikiye ayrılıyor ve bundan bazı hüküm ve neticeler çıkarılıyordu.

Bu, aşağı yukarı 1900'lere kadar Fransada sürmüş olan bir ayrımdı. Sonraki literatürde, bu ayrımın bilimsel dayanağı olmadığı ve terkedildiği, zira devletin (=İdarenin) hangi tasarrufunun hâkimiyet hakkı (=kamu kudreti) kullanılarak, hangisinin de özel kişiler gibi hareket ederek (=temşiyet'te bulunularak) ittihaz edildiğinin ayrılmasındaki güçlük öne sürüldü.

Bu teorinin ve ayrımın terkedilmiş olduğu birçok müelliflerce zikredilmekle beraber, hâlâ ve özellikle yargısal içtihatlarda "İdarenin isterse kamu kudreti kullanabileceği, isterse özel hukuk kişisi gibi hareket edebileceği" sık sık tekrarlanan bir anlayıştır. Hattâ bir yazar, İdareyi bir subaya benzetmiştir: "İsterse sivil elbiseyle, isterse resmî elbiseyle dolaşır" der ve bu suretle, İdarenin gerek özel hukukta, gerek kamu hukukunda aynı şekilde hukukî güççe (=hukukî iktidara) sahip bulunduğunu ifade etmek ister.

Bütün bu anlayışlar, modern devlet kavramı, kamu hukukunun ve özel hukukun kökenleri hakkındaki görüşler karşısında, temelinden yanlış ve bilim dışıdır. Nereden geldiği bilinmeden tekrarlanıp duran ve birer "hukuk ilkesi" düzeyinde sayılmaması, ancak birer "tarihi slogan" adedilebilecek beyanlardır.

Evvelâ, hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayrımının nedenini kısaca görelim:

Feodal devlet şipinden modern devlete geçmezden önce, egemenlik, bildiğinizi gibi, hükümdarda idi. Ve hükümdar, ne verdiği karardan, ne emrettiği fiilden dolayı sorumlu tutulmazdı; çünkü "Hükümdar hatâ yapmaz" dı. Ancak mutlakiyet dediğimiz müessesenin zayıflaması ve ülkenin

filiyatta hükümdarın özel mülkünü tolmaktan çıkışı ve bu suretle bir "Millî Hazine" (=Fisc) yani hükümdarın özel mâmelekenden ayrı bir millî mâmelek'in teşekkül etmesi üzerinedir ki, fertlerin devletten gördükleri zararların, bu millî mâmelekten (=Hazine) ödenebilmesi mümkün olabilmştir. Bunun için de, ferdin, gördüğü zararın tazmini ni Hazinesinden istemesi ve icabında Hazine'yi dava etmesi gerekirdi.

Hazinenin bir "kamusal mâmelek" telâkki edilmesi çabuk olmamış, Hazine, uzun süre bir özel hukuk müessesesi, yani devlete ait, fakat özel hukuka tâbî bir malvarlığı olarak sayılmıştır. Böylece de, Kamu hukukunda, Devlet iki hüviyetli, iki kişilikli telâkki edilmiştir. Bir yandan bakılınca Devlet, üstün bir kudrettir; bir hâkimiyettir; diğer yandan bakılınca da özel hukuka dahil ve tâbî bir Malvarlığından, yani Hazine adı verilen bir patrimoniyadan ibarettir.

Devletin, bir "Hâkimiyet" olarak kabulü ile, bu hâkimiyetin devlet faaliyetinde kullanılması "Hâkimiyet tasarrufu" denilen özel bir tasarruf türüne bağlanmış, devletin bir malvarlığı olarak idaresi de bir "temşiyet" meselesi (=Hususî hukuka giren bir yönetim) kabul edilmiştir.

İki kişilikli devlet anlayışı, yüzyıllımızın başında, Hukuk biliminin tarihine karışmıştır. Böyle olması gerekirdi. Zira feodal devlet anlayışındaki "hâkimiyet=hükümlanlık=egemenlik=kamu kudreti" hükümdardan alınmış, Millet'e intikal etmiş, "Tac'ın iradesi=Taht'ın iradesi=Hükümdarın iradesi= Hukuk-i hânedan) olmaktan çıkmış, "Millî irade" olmuştur; "Millet egemenliği" olmuştur ["Millî irade" kavramına, Siyasal Bilimde yöneltilen eleştirileri konu dışında bırakıyorum].

Millî İradenin sahibi Millet'tir; Devlet ise, Millet'in "siyasî taazzuvu" yani "siyasî organizasyonu" olarak ve tek bir tüzel kişi niteliğiyle ortaya çıkmıştır. Devlet, Millet'in taazzuvu olunca, millî irade de, devlet denilen bu tüzel kişinin iradesi mahiyetini almış, devlete izafe edilmiştir. "Devlet egemenliği" klâsikleşmiş bir kamu hukuku ilkesidir.

Yazılı Hukuk devrindeyiz. Yazılı Hukuk devrinde, Hukukun kaynağı, yüzyıllar boyunca olduğu gibi toplum (ve bir ülkede yer yer toplumlar) değil, Devlet'tir.

Yazısız Hukuktan, yazılı Hukuka geçiş, Devlet gücüyle olmuş, teâmülî hukuk "Kanun"a (yani Kanun denilen bir devlet tasarrufuna) dönüşmüştür. Bugünkü yazılı hukuk devrinde, Kanuna karşı örf ve âdet olmaz; kanunun yanı sıra örf ve âdet teşekkül edip de kanunla çatışamaz; kanunu hükümden ve kuvvetten düşüremez... Olsa olsa, kanun, onu yapan devletçe, değiştirilir; fakat doğrudan doğruya teâmülî hukukuyla kuvvetten düşmez.

O halde, madem ki, günümüzde, Hukukun kaynağı devlettir; o halde devlet, kamu hukukunu ve özel hukuku tâyin ve bunların sınırını çizmek ve bu iki tür hukukun sâjelerini yaratmak, tâyin ve tesbit etmek yetkisine de sahiptir.

İnkâr edilemez ki, Hukukun kaynağı olan Devlet, bir "kamu tüzel kişisi" dir. Devletin türlü organları da, özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında, devletin "egemenlik" denilen üstün yetkisiyle teşekkül etmiş ve kendileri birer tüzel kişi olmaksızın, "devlet yetkisi" denilen ve özel hukuktaki sübjektif haktan tamamen farklı bir hukuk gücü (=bir "hukukî iktidar") ile donatılmışlardır. Devlet organları, kökenlerinde ve kendilerini meydana getiren hukukî güç itibarıyla birer "kamu hukuku sâjesidirlir".

Devlet, bu organlara, özel hukuk yetkileri verebilir; buna bir engel yoktur. Zira tüm Hukukun kaynağı devlettir. Fakat devlet, betahsis özel hukukun muayyen yetkilerini vermedikçe, devlet organları böyle yetkilere aslen sahip olamazlar. Tıpkı gerçek kişilerin, kendilerine betahsis devlet yetkisi verilmedikçe, fitraten ve mahiyeten devlet yetkisine sahip olamayacakları gibi.

O halde, bir devlet organı olan İdare de, fitraten (=doğuştan) ve mahiyeten (=aslı niteliği itibarıyla) Devletin, kanun yolundan kendisine özel hukuk yetkisi vermediği hiçbir alanda, hiçbir hukukî durum veya münasebette, özel hukuk yetkilerine sahip değildir.

Böyle olunca da, istediği zaman özel hukuk yetkisi kullanılarak özel hukuk alanına girmesi ve özel hukuk ilişkileri tesis etmesi kat'iyen söz konusu değildir.

Gerçekten, İdarenin, özel hukuk alanına girmesinin gerekli veya faydalı görüldüğü her bir durum için, kanunlarımız İdareye, teker teker özel hukuk yetkileri vermişlerdir. Eğer kanunlar, açık-seçik olarak, böyle bir yetkiyi belli hukukî durum veya münasebetler için vermeselerdi (veya vermemiş oldukları her yerde ve olayda) İdare, kendiliğinden özel hukuk yetkisi kullanamaz; çünkü bu tür bir yetki, İdarenin zâtında yoktur; İdare, temel hak ve özgürlüklere sahip bir "gerçek kişi" veya gerçek kişilerin kurduğu bir tüzel kişi (bir dernek, bir şirket, bir vakıf) değildir.

İdarenin, istediği zaman sivil gezen, istediği zaman resmî elbise giyen (yani diledikçe özel hukukta subjektif hak, dilerse kamu hukukunda devlet yetkisi kullanabileceğini ifade için) bir subaya benzetilmesi ise, gerçekten bir fantezi'den ibarettir: çünkü hiçbir subayın, sıfat ve rütbesinin verdiği kumanda yetkisini üniformasız kullanabilmesine imkân yoktur. / Gerçekten, mevzuatta, üniformasız yetki kullanılabilmese pek ender hallerde ve son derece ivedi ve çok önemli durumlarda öngörülmüş olup, böylece kullanılabilecek bir yetki de ancak o yetkilinin bir subay olduğuna şahsen bilenleri bağlar /. Görüyorsunuz ki, teşbihte de koskoca bir hatâ vardır.

Şimdi, toparlayalım:

O halde, yargı içtihatlarımızda geçen ve İdarenin "kamu hukukunu kullanarak ittihaz ettikleri tasarruflardan doğan davaların idarî yargıya ait olacağını" söyleyen ve aynı şekilde, İdarenin "bir kamu kanununu (=âmme kanununu) kullanması hâlinde veya böyle bir kanuna dayanması hâlinde, bundan çıkabilecek ihtilâfların idarî yargıya ait bulunacağını" belirten ilkeler aslında bir tek şey söylemektedirler:

"İdare, kanunların kendisine açıkça vermiş bulunduğu bir özel hukuk yetkisini kullanmışsa, o kullanıştan doğacak ihtilâf idarî olmaz".

Doğrudur.

Temel ilke budur. Zira, özel hukukun hiçbir yetkisi (=hiçbir subjektif hak) bir kamu hukuku durumu veya ilişkisi yaratabilmeğe muktedir değildir. Kamu hukuku durumlarından ve ilişkilerinden doğmayan ihtilâflar da bittabî kamu hukuku kurallarınca çözümlenmez; özel hukuk kurallarınca çözümlenir; Özel hukuk kurallarını uygulayacak olan yargı yerleri ise adliye mahkemeleridir.

/ Eğer, adliye mahkemelerinin kamu hukuku kurallarını da tıpkı özel hukuk kurallarını kullandıkları veya kullanabildikleri gibi kullanarak ihtilâf halletmeleri Devletçe mümkün veya elverişli görülse, idarî mahkemeler (=idarî yargı) doğmaz ve olmazdı /.

Demek ki, adli-idarî yargı mercileri arasındaki görev ayrımı ilkesi, dönüp dolaşıp, davanın içinde doğduğu hukukî durum veya ilişkinin ne suretle, ne türlü bir hukukî yetki kullanılarak teessüs etmiş bulunduğu tâyin ve tesbitine gelmektedir:

Eğer bu hukukî durum veya ilişki, bir "devlet yetkisi" kullanılarak teessüs etmişse, bunu düzenleyen kurallar Kamu hukuku kurallarıdır; o halde, doğabilecek bir ihtilâf — bu kamu hukuku kurallarının ihlâlinden doğacağına göre— kamu hukuku kuralları uygulanarak çözümlenecektir.

Kamu hukuku kurallarını ise, "idarî rejim"e sahip olan memleketlerde idarî mahkemeler uygular. Zira mahkemenin görevini tâyin eden unsur, uygulanacak olan kuralların, özel hukuk veya kamu hukuku kuralları oluşudur. Uygulanacak Hukuku mahkeme tâyin etmez; mahkemeyi, uygulan-

çak Hukuk tâyin eder.

O halde, uygulanması gerekecek olan Hukuku anlamak için de, ihtilâfın, içinde doğmuş bulunduğu hukuki durum veya münasebetin, bir özel hukuk yetkisiyle mi (=sübjektif hak ile mi) yoksa devlet yetkisiyle mi ihdas edilmiş olduğuna bakmak lâzımdır.

Ancak bir noktaya daha işaret etmeliyim: İdare, kanunlardan, özel hukuk yetkisi almış olsa dahi, onun bu yetkiyi kullanmak hususundaki kararı, idarî' dir.

İdare'nin, aktedeceği bir sözleşmeyi, özel hukuk hükümlerine göre aktedebilmek hususunda yetkili kıldığını kabul edelim. Mesele bir bina inşaatını düşünelim. Hizmet malı olacak bir bina inşa edilecektir diyelim. İdare bunu bizzat inşa edebilir; veya kanunun verdiği yetkiyle bir müteahhide ihale edebilir. Mevzuatımız, burada, müteahhitle İdare arasında, Borçlar kanununun öngördüğü bir İstisna aktinin in'ikadına müsaade etmiştir diyelim. Görüldüğü gibi, bu bir özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Fakat İdarenin, böyle bir özel hukuk sözleşmesini aktetmek veya aktetmemek hususundaki kararı, özel hukuktaki bir yetkinin kullanılmasıyla değil, devlet yetkisi kullanılarak ittihaz edilmektedir. İdare, böyle bir sözleşmeyi aktetmek hususunda devlet yetkisini kullanarak kararını verdikten sonradır ki, sözleşmeyi aktedecek ve müteahhitle arasında hususî hukuk ilişkisi kurulacaktır. İdare, bu ilişkiyi kurduktan sonradır ki aktettiği bu özel hukuk sözleşmesinin hükümlerinden doğan özel hukuk yetkileriyle, böyle bir sözleşmeyi düzenlemiş olan Borçlar kanunundan doğan yetkileri kullanabilir.

Demek ki, bir özel hukuk yetkisi kullanmak ve bir özel hukuk durumu veya münasebeti tesis etmek imkânına kanunen sahip kılınmış olan İdare'nin, bu özel hukuk yetkisini kullanmak veya kullanmamak hususundaki kararı, özel hukuk yetkisini kullandıktan sonra teessüs edecek ve özel hukuka tâbî olacak hukuki durumdan ayrı, o hukukî durumdan doğmayan bir yetkiye, yani devlet yetkisine dayanmaktadır.

3/ Şu yukarki izahat karşısında, ilâve etmeğe hacet yoktur ki, İdare, kanunlardan, bir özel hukuk sözleşmesi aktedebilmek hususunda yetki alamazsa, "özel hukuk sözleşmesi" aktedemez. Eğer bir sözleşme aktederse, bu bir "idarî sözleşme" olur. Şu anlamda ki, o sözleşmeden doğacak ihtilâflar, idare hukuku kurallarına göre çözümleneceği gibi, bunların çözümü de idarî mahkemelerin görevi içine girer.

Bu nedenledir ki, idare hukukuna tâbî olması gerekmeyen veya arzu edilmeyen ve özel hukuk sözleşmesi mahiyetinde olması tercih edilen bir takım sözleşmeler aktedebilmek için, kanunlar, İdareye bu konularda yetkiler vermişlerdir.

Yargı içtihatları idarî sözleşmeyi "kamu kudreti kullanılarak aktedilen sözleşme" olarak tanımlamaktadırlar.

Böyle bir tanımlama, yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir. Zira "kamu kudreti kullanılarak sözleşme aktetmek" karşı âkidi herhangi bir şekilde zorlamak anlamına da gelebilir. Oysa, zorlama ile sözleşme aktolunamaz. Sözleşme, daima hür irade mahsulü olabilen bir hukukî münasebettir. O halde, kamu kudreti kullanma deyimini başka türlü anlamak lâzımdır. Bu, başka türlü anlamak da, "devlet yetkisi kullanılarak" demeğe gelir. Gerçi böyle bir ifade tarzı da sakattir. Zira, yukarda belirttiğimiz gibi, bir özel hukuk sözleşmesi de, in'ikad etmeden önce, İdare, sözleşmeyi aktetmeğe veya etmemeğe "devlet yetkisi" kullanarak karar verir; zira idarenin başka türlü bir yetkisi esasen yoktur. O halde "kamu kudreti kullanılarak" sözleşme aktetmeyi, "idare hukukuna tâbî bir sözleşme aktetmek" biçiminde anlamak lâzımdır. Yani sözleşmenin bütün hükümleri, devlet yetkisinin tâbî olduğu hukukî rejime göre taayyün ve teşekkül etmektedir.

Yargı içtihatlarının bir idarî sözleşmede aradıkları ikinci nitelik, karşı âkidin "kamu görevinin ifasına katılması" dır.

Bu, idarî sözleşmenin geleneksel tipik örneği olan "imtiyaz sözleşmelerinden" kalma bir şart olarak sürüp gidiyor. Gerçekten, imtiyaz sözleşmesi denilen sözleşme, aslında bir kamu hizmetinin, akdi yoldan bir özel kişiye devredilmesinden ibarettir. Örneğin ormanlar ve yeraltı servetleri, özel mülkiyet konusu olamaz. Bunların işletilmesi bir kamu hizmetidir. Devlet, bu hizmeti bir sözleşme ile özel kişilere gördürürse, buna bir "imtiyaz" sözleşmesi denilir. Keza, elektrik, gaz, su, ulaştırma, haberleşme gibi toplum ihtiyaçları, sözleşmeyle özel kişilere gidertilirse, bunlara da imtiyaz sözleşmeleri denilir. Bu sözleşmelerin konuları, gördüğünüz gibi, belli kamu hizmetlerinin idare yerine özel kişilerce bilfiil görülmesidir. Birkaç konu hariç, bugün, eskiden "imtiyaz" sözleşmeleriyle gördürülmesi âdet olan bu tür hizmetler hep devlet tarafından görülmektedir.

İmtiyaz sözleşmesi tipik bir idarî sözleşme olduğu için ve o sözleşmelere göre, diğer âkit bizzat hizmet gördüğünden, bugün de, bütün idarî sözleşmelerde, idarenin karşısındaki âkidin bizzat hizmet görmesi şartı aranmaktadır. Ancak, eski tarz ve icaplar değiştiğinden, eski "hizmeti görme" şartı, yavaş yavaş "hizmetin görülmesine katılma" şartına dönüşmektedir. Örneğin, Devlet memurları kanununa göre, istisnai olarak, "sözleşmeli personel" istihdamı mümkündür ve bu tür sözleşmeler de "idarî" niteliktedir. Fakat hiçbir zaman, sözleşmeli bir memur, belli bir kamu hizmetinin tümünün icrasını üstüne almamakta, sadece hizmetin icrasına "katılmakta" dır. Hattâ bu katılma üstelik "icraî" bir surette de olmamakta, sözleşmeli personel, idarî âmiriyet makamlarında değil, bhusus "istişarî" görevlerde çalıştırılmaktadır.

O halde, katılma, -bunun mahiyeti ve doğrudan doğruya veya dolaylı oluşunun ölçüsü bulunmadığından- aslında, bir sözleşmenin idarî nitelikte bulunup bulunmadığına da tâyin edici bir faktör olmaktan çıkmıştır.

Zaman zaman, yargı içtihatlarında (Örneğin Danıştay DDK. K.940/290; Kararlar derg.14, sf.52) sözleşmenin idarî sayılması için, doğacak ihtilâflarda idarî yargı mercilerinin görevli olacağına kabulü şartı dahi arandığı görülmüştür. Fakat Danıştay, pek isabetli bir içtihatla daha sonra bu şarttan dönmüştür. Bugün, müstakem içtihadı göre, böyle bir şartın, sözleşmenin mahiyetini tâyinde hiçbir yeri ve önemi yoktur. Zira sözleşmeden doğacak ihtilâfların hangi yargının görevine gireceğini ancak kanunlar tâyin eder. Yani, yargı görevi sözleşmenin mahiyetini tâyin etmez; sözleşmenin mahiyeti yargı yerini tâyin eder. O halde, hangi yargının görevli olacağını, tarafların, "yargı görevi" konusunda mukaveleye derttiklerinden başka şartlar ve niteliklerde aramak lâzımdır.

Size, yargı içtihatlarımızda idarî sözleşme için aranan kıstasları zikretmiş oluyorum. Ancak, bütün bunların, son tahlilde ulaşacakları ve henüz yargı mercilerimizce belirlenmemiş bir tek şart vardır:

Sözleşme, eğer bir kanunun açık-seçik olarak vermiş bulunacağı bir yetki ile betahsis bir özel hukuk sözleşmesi olarak akteilmemişse, - idarenin hukukî iktidarı sadece "devlet yetkisinden" ibaret olduğundan- bir idarî sözleşmedir.

Şimdi, adlî-idarî yargı mercileri arasında görev ayrımı ilkelerini tümsel bir özetini yapayım:

- 1/ Kanun, belli bir ihtilâf için, açıkça adlî veya idarî yargıyı görevlendirmişse (meselâ ahval-i şahsiye kayıtlarının tashihindeki gibi), mesele yoktur.
- 2/ Böyle bir görevlendirme yoksa, ihtilâfta, idarî nitelik aranacaktır. İdarî bir ihtilâf, ancak (yasama ve yargı dışında) idare tarafından ve devlet yetkisiyle tesis edilen bir hukukî durum veya münasebetten doğabilir. Görev, idarî yargıdadır.

Eğer ihtilâfı doğuran hukukî durum veya münasebet, bir özel hukuk yetkisinin kullanılmasıyla teessüs etmişse, adlî yargı görevlidir. Özel hukuk yetkisi, kişilerin hürriyetleri ve kanun-

larla belirlenmiş "sübjektif hak" larıdır. İdareye de, bir kanunla, bazı hukukî münasebetler tesisi için bu tür bir özel hukuk yetkisi verilmiş olabilir. Bu yetki kullanılmış, hukukî durum veya münasebet, bu yetkiyle tesis edilmiş ve ihtilâf bundan doğmuşsa, görev, adli yargıdadır.

BÖLÜM V

İDARİ TASARRUFUN UNSURLARI VE HUKUKİ REJİMİ

§ 1. İDARİ TASARRUF KAVRAMI

Yukarda, Birinci kısmın İkinci bölümünde (sf. 40 ve müteakip) Kuvvetler ayrımı denilen teorinin tahlilinden başlayarak, organ ve fonksiyon ayrımlarını hayli ayrıntılı olarak gözden geçirmiş ve devletin üç büyük fonksiyonunun icrasında bu fonksiyonların mahiyetlerine uygun üç ayrı hukukî tasarruf türünün kullanıldığını söylemiştik. Bu tasarruflar arasında, "kanun" u, formel (=şeklî ve usûlî) özellikleri yönünden târif ettik. Yargısal tasarrufu "muhkem kazıye" vasfı üzerinde durarak tanımladık. İdarî tasarrufu da, genel bir deyimle, "idarî fonksiyonun ifası için kullanılan tasarruf türü" olarak anlattık.

Gerçekten tam bir bilimsel açıdan bakıldığı zaman, bu tanımlamaların bilimsel değerleri hayli tartışma götürür. Derslerimizde tuttuğumuz yol, itiraf edelim ki, pratik kolaylıklar sağlamak amacına yönelmiştir. Yoksa hoşgörüsüz bir bilimsel tahlile girişsek, neticede belki sadece "yargısal tasarrufu" muhkem kazıye niteliği ile muayyen bir ölçüde belirlemeğe muvaffak olabilecektik, fakat diğerlerinde, bu derece bir başarıya dahi ulaşamayacağız.

Bunun sebebini, bende değil, genel olarak Hukuk biliminde arayınız. Şimdi burada, fonksiyonların ve tasarrufların, derslerimizin başında yaptığımızdan daha derin ve ayrıntılı bir tanımlamasına kalkışırsak, sizlere, sadece bu konuda dört-beş yüz sahifelik bir etüt sunmamız gerekir. Bu nedenledir ki, pratik sonuç almaya çalışmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

Yasama'yı, hatırlayacağınız gibi "kanun koyma" olarak daralttıktan ve Yargı'yı muhkem kazıye niteliği taşıyan bir tasarruf olarak tanımladıktan sonra, geri kalan tüm faaliyetlerin "idarî tasarruf" larla icra edilmekte olduğunu, kanun koymaktan ve muhkem kazıye tesis etmekten başka nitelikteki bütün devlet tasarruflarına "idarî tasarruf" demek icabettiğini söylememiz gerekecektir. Ancak hemen ilâve edelim ki, hukukî tasarruflardaki bu mahiyet özellikleri, İdarenin yargısal denetiminde bu türlü göz önünde tutulmamıştır. Örneğin, muhkem kazıyeye ulaşmadan önce, yargı fonksiyonunun ifası sırasında ittihez edilip duran idarî tasarruflar, "adlî tasarruf" veya "adlî işlem", "adlî muamele" diye bilimsel değeri olmayan bir kategori icat edilmek suretiyle, kâh organik, kâh fonksiyonel açıdan idarî tasarruflardan ayrı tutulmuş, bunların hukukîliklerinin değerini ölçme, ayrı bir usûle bağlanmıştır. Yasama işleminde de durum aynıdır. Neticede bir kanun'a müncer olan veya olabilecek nitelikte bulunan, fakat kendisi bir "yasama tasarrufu" mahiyetinde bulunmayan bazı idarî (=fonksiyonel anlamda idarî) nitelikteki tasarruflar "parlamento tasarrufları", "parlamento işlemleri" gibi, gerçek bilimsel tahlillere mütehammil bulunmayan bir kategoride toplanmış ve kanunîyetlerinin (=hukukîliklerinin) denetimi, idarî yargının görevi dışında kalmıştır. O halde, idarî yargı mercileri tarafından hukukîlikleri denetlenen tasarruflar, ne kadar geniş bir alan kaplarsa kaplasınlar, gene de, devlet tasarrufları arasında "idarî" nitelikte olanların ancak bir kısmıdır.

Bütün bu mülâhazaların ışığı altında, daha başka tahlillere de girişmeksizin, idarî tasarrufun bir tanımlaması üzerinde anlaşalım. İdarî tasarrufu "İdarî fonksiyonun (bk.sf.53) ifası için ittihaz olunmuş tasarruf" olarak tanımlıyalım. Ancak hemen ilâve edelim: Bu tanım-lamanın içine, idare organının hemen hemen bütün tasarrufları girecek, fakat diğer devlet organlarının, idarî nitelikte olan faaliyetlerinden bir kısmına ilişkin tasarruflar dahil olabilecektir.

§ 2. İDARÎ TASARRUFUN UNSURLARI

Bundan önce, İdarî yargı tekniğinden bahsederken idarî tasarrufların unsurlara ayrılışına değinmiştim (sf. 146). Evvelce, idarî tasarrufların kanuniyetleri "yetki" unsuru üzerine tefsif edilen ve bu yüzden derinleşemeyen bir tahlil ile saptanırken, sonradan başka unsurlar da nazara alınmış ve tahlil çok cepheli ve daha derin olabilmıştır.

Şimdi, idarî tasarrufun bu unsurları Danıştay kanununda zikredilmektedir. 521 sayılı bu kanunun 30 uncu maddesinin A fıkrasına göre, -dolaylı bir ifadeyle- bir idarî tasarruf yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırı olabilir. Bunlar, tasarrufun "unsurları" dır.

Bundan önceki 3546 sayılı Danıştay kanununun 23 üncü maddesinin "C" fıkrası esas, maksat, salâhiyet ve şekil olmak üzere dört unsurdan bahsedirdi. "Esas" denilen unsur, bilhassa rahmetli Ord.Prof. Sıddık Sami Onar tarafından tenkit edilmekte, müphem addolunmaktaydı. Şimdi kanun, evvelce "Esas" denilen unsuru "yetki" ve "şekil" olarak ikiye ayırılmış görülmektedir. Kanunun bugünkü unsur tesbiti, daha isabetlidir.

Bir tasarrufu unsurlarına ayırarak tahlil ve kanuniyetini böylece tesbitin isabetine evvelce değindiğim için, tekrar dönmüyor ve şimdi unsurların tahliline girişiyorum:

A) SEBEP

Sebep, idarî otoriteyi, bir tasarrufu ittihaza yönelten dürtü'dür. Sebep, daha önceki bir hukukî tasarruf olabilir veya bir olay (=vâkıa) olabilir. Örneğin bir memurun "sicil yönünden emekli" edilmesi (sf.132) hâlinde sebep, iki yıl üstüste alınan olumsuz sicillerdir. Bir kimseye vatan hizmeti aylığı tahakkuk ve tediyesi, onun bu tür hizmetini ve bu nedenle ona bir aylık ödenmesini öngören bir kanunun çıkması sebebine dayanır. Eöylece, hukukî tasarruflar, başka hukukî tasarruflara veya bir hukukî tasarruf niteliğini kazanmasa da, hukukî değer zıfede edilen bir takım irade beyanlarına dayanır. Buna karşılık, maddî vâkıalara, olaylara, tabiat hâdiselerine dayanan tasarruflar da vardır. Bir memurun 65 yaşını doldurması veya yirmi yıldan fazla hizmet etmiş durumda iken 2 yılda iyileşmeyen bir hastalığa yakalanması nedeniyle emekli edilmesi böyledir.

Sebep, böylece hukukî ve maddî olarak ikiye ayrıldığına göre, bir tasarrufun "sahih ve muteber bir sebebe" dayandığının tesbiti için bazı tahlillere ihtiyaç vardır.

Sebep, evvelki bir hukukî tasarruf veya hukukî sonuç doğurabilecek bir irade beyanı ise (=hukukî sebep) burada, dayandırılan tasarrufun bütün unsurlarıyla sıhhat taşınması, bir tasarrufa sebep olabilecek bir "irade beyanı" ise, iradenin, onu izhar etmiş gözükken veya irade kendisine atfedilen kişiden sâdır olup olmadığının ve ondan sâdır olmuş ise, herhangi bir fesatla sakatlanıp sakatlanmadığının tahkiki gerekir.

İttihaz edilmekte olan tasarruf, evvelki "sakat" bir tasarrufu kendisine "sebep" olarak alıyorsa, evvelki tasarrufun (=sebep addedilenin) sakatlığı, yeni ittihaz edilmekte olan "sebep" yönünden sakat kılacak, yâni sebep sayılan tasarruftaki sakatlık, yeni tasarrufa da, "sebep" unsuru yolundan bulaşacaktır. Binnetice ortaya, sebepten sakat bir tasarruf çıkacaktır. Bu hal, yeni tasarrufun iptalini gerektireceği gibi, iptal edilmediği takdirde de, onun geri alınmasında veya düzeltilmesinde üçüncü şahıslar hakkında yaratılmış hukukî durumların veya ilişkilerin "istikrar" kazanıp kazanmadığı yönünden (=yâni medenî hukuk deyi-

miyle "müktesep haklar" a riayet, gerekip gerekmeyeceği yönünden) problemler yaratacaktır.

Tasarrufların bu tür "hukukî sebepleri" nde mevcut olmuş bulunacak bazı sakatlıklar, "önemsiz" ve "örtülebilir" cinsten olabilir. Bunlara "işlemez sakatlıklar" (=irregülaritès inopèrantes) denir. Ancak hangi hallerde böyle işlemez bir sakatlık karşısında bulunulduğu titizlikle araştırılmalıdır. Yorum'un son derece dar tutulması gerekir. Aksi halde hukukîlikten "keyfîlik" alanına geçilmiş olunur.

Maddî (veya fiilî) sebeplere gelince, bir tasarrufun sebep yönünden sıhhati bakımından burada: a) Olayların gerçekliği, b) tam'lığı ve c) sebep teşkil edebilme nitelikleri (=tavsifi) aranacaktır.

Hukukun, bir tasarruf için sebep addedileceğini gösterdiği olaylar, "gerçek" olmalıdır. Yani gerçekten vâki oldukları tesbit edilmelidir. Olaylar, kendi içlerinde maddî bakımdan ayrılabilir nitelikte ise, yâni olay veya olaylar da muhtelif maddî unsurlardan meydana gelebilen türde ise, bu unsurların "tam" lığı, yâni "tamamının birden varlığı" aranmalıdır. Olaylarda "bütünlük" şarttır.

Nihayet gerçek olan ve tam olan (=eksiği bulunmayan) olayların, ittihazına gidilen tasarruf için hukuken sebep teşkil edebilir mahiyette bulunması lâzımdır.

İdarenin bir tasarrufu ittihaz ederken "sebeb" yönünden yapacağı tesbitler, o tasarrufun "gerekçe" sini teşkil edecektir.

Anayasamızın 135 inci maddesinin 3 üncü fıkrası, "Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması" lâzımını söylemektedir.

Buna karşılık, idarî tasarrufların ne zaman gerekçeli olarak yazılacağı hakkında Anayasal bir kural yoktur. Ancak kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, muayyen tasarruflar için (bittabi yazılı olması öngörülen tasarruflar için) gerekçe mecburiyeti koymuş olabilirler.

Evvelâ şurasını belirtelim ki, Hukuk kurallarının, gerekçeli olarak yazılmasını emretmediği tasarruflar, "gerekçesiz" de olabilir diye düşünülmemelidir. Şekil itibariyle bir idarî tasarrufun metninde, kanunî bir mecburiyet bulunmadığı zaman, yukarıda, mahkeme kararları hakkında görüldüğü gibi, bir "gerekçe bölümü" ne yer verilmeyebilir. Ancak bu, tasarrufun, gerekçeden yoksun olarak da ittihaz edilebileceği anlamını bittabi vermez. Gerekçe, yazılı tasarruflarda, nihaî metnin ortaya konmasını hazırlayan belgeler arasında mutlaka yer alacaktır; yer alması lâzımdır.

"İyi idare" ilkeleri, yazılı olan her tasarrufun, kanun açıkça emretmese bile, gerekçeli olarak kaleme alınmasını ve ilgililere gerekçeli bir metin hâlinde tebliğini icabettirir.

Şâyet böyle yapılmamışsa, gene "İyi idare" ilkelerine göre, istek üzerine, sür'atle gerekçenin bildirilmesi lâzımdır. Gerekçenin, tasarrufla birlikte veya sonradan istek üzerine sür'atle bildirilmesi hâlinde, ilgili kişi, tasarrufun hukukî olduğunu bizzat görerek, onun iptalini sağlamak için idarî veya yargısal başvurma külfetlerine katlanmayabilecektir.

Bunun aksine, gerekçesiz karar tebliğ etmek veya gerekçeyi, istenildiği halde bildirmemek, üçüncü şahısları boşu boşuna rahatsız eder; külfetlere, sıkıntılara hattâ ızdıraplara sokar ve İdareyi de daha geniş ölçüde dava tehditleri altında bırakır. İdare için dava tehdidi altına girmemek, sür'atli ve verimli hizmet görebilmenin şartlarından biridir.

İttihaz ettiği tasarrufu gerekçeli olarak tebliğ eden veya buna o sırada imkân bulunamamışsa, sür'atle gerekçe bildiren İdare, vatandaşta, keyfî hareket etmediği izlenimini de yaratacak, güven sağlayacaktır.

Kaldı ki, gerekçe bildirmeyen İdare, bir dava hâlinde, bu gerekçeyi, "re'sen tahkik" yetkilerine sahip bulunan idarî yargı mercilerine mutlaka bildirmek mecburiyetindedir. O halde, bildirilmesinden kurtulmak mümkün olmayan gerekçeyi, başta bildirmek, İyi İdare için en sâlim ve hüsnüniyetli bir tutumdur.

Gerekçe, adı üzerinde, bir tasarrufun ne sebeple ittihaz edilmiş oldu-

ğunu gerek kanuniyet, gerek icab-ı hâle, uygunluk yönlerinden hukukî bir mantık ve muhakeme içinde ve açık-seçik surette göstermelidir. Yoksa çoğu kere, tatbikatta görüldüğü gibi, o tasarrufu itti haz hususundaki yetkinin hangi normdan alındığını zikretmek, gerekçe göstermek değildir. Örneğin "... kanunun... maddesi hükmüne göre..." o tasarrufun itti haz edildiği şeklindeki beyanlar, gerekçe olmak bakımından hiçbir değer taşımaz. İdarenin, bir tasarrufu itti haz hususunda yetkiye sahip olması, o yetkiyi ne sebeple kullandığının izahı değildir. Tasarrufta gerekçe, yetkinin dayanağını göstermek değil, tasarrufun neden itti haz edilmiş olduğunu belirtmek demektir.

B) KONU

Tasarrufun konusu, onun Hukuk düzeninde meydana getireceği değişiklik, yâni hâsıl edeceği neticedir. Bir emeklilik tasarrufunun konusu, memuru, memuriyet statüsünden çıkararak emeklilik statüsüne sokmaktır. Böyle bir tasarruf, Hukuk düzeninde, o memurun emeklilik statüsüne girmesi sonucunu doğurur.

O halde, tasarrufun sebebi ile konusu arasındaki kuvvetli hukukî ve mantıkî bağlantı âşikârdır. Bildiğiniz gibi, 65 yaşını bitirmiş olmak, bir memurun, memuriyette devam imkânını ortadan kaldıran bir hâdisedir. Bu imkânın ortadan kalktığı tesbit edilmeli ve memur, emeklilik hakkını (yâni emekli statüsüne girebilme imkânını) kazanmış bulunuyorsa, onun memuriyette devam edemeyeceği ve şartların gerçekleşmesi dolayısıyla emekli statüsüne sokulduğu, bir idarî tasarrufla beyan edilmelidir. 65 yaşını doldurmak "sebepl", binnetice emekli statüsüne girmek (=sokulmak) ise bu sebeple itti haz edilecek olan tasarrufun "konusu" dur.

Şimdi, "sebepl" unsuruyla bilikte, bu emeklilik işlemini tahlil edelim:

- 1/ Hukukî sebepl: 65 yaşını dolduran bir memurun emekli edilmesinin hukukî sebebi, Emekli Sandığı kanununun 40 ıncı maddesindeki hükümdür.
- 2/ Filî sebepl 65 yaşını doldurulmuş bulunmasıdır.
- 3/ Konu, memurun, memur statüsünden çıkarılarak emekli statüsüne sokulmasıdır.

Eğer kanun, 65 yerine örneğin 68 yaşını doldurulmasını emekliye sevk için sebepl kabul etmiş olsaydı, memurun 65 yaşını doldurdu diye emekli edilmesi "hukukî sebepten yoksun" olacaktı. Zira kötü sicil, malûliyet veya "görülen lüzum" (ki aşağıda bunu inceleyeceğiz) yahut belli koşullarda istek gibi sebepler dışında, bir memurun mutlaka emekli edileceği yaş sınırı olarak 68 yaşını doldurulmasını öngörmüşse, 65 yaşında da, 63 yaşında da, diğer herhangi bir yaşta da, memurun emekli edilmesi "hukukî sebepl" ten yoksun olacaktı.

Hukukî sebepl, 65 yaşını doldurulması ise, bu sebeple bir emeklilik tasarrufunun itti hazı için "65 yaşını doldurulmuş olması" gibi, filî (maddî) bir sebebin varlığı da lâzımdır. Bu nasıl tesbit edilecek ? Bir kimsenin kaç yaşında olduğu, tıbbî muayene ile ancak yaklaşık olarak tesbit edilebilir; günü gününe, hattâ belki 4-5 yıl fark ile dahi bunu tesbite imkân yoktur. Onun için, Kanun, memuriyete girişte, nüfus kâğıdındaki doğum tarihini ve nüfus kaydı ile nüfus kâğıdı arasında fark varsa, nüfus kaydındaki doğum tarihini, eğer kayıtlarda ay ve gün gösterilmemişse (ki eskiden âdet değildi) o senenin Temmuz ayının birinci gününü esas kabul etmektedir. 18 yaşını bitirdikten veya memuriyete girdikten sonra yapılan yaş düzeltmeleri nazara alınmaz.

Demek ki, maddî (filî) sebepl de bu suretle tesbit edilmektedir.

Şimdi, bu maddî ve hukukî sebeplerin, emeklilik tasarrufu bakımından tavsifi, memurun emekliye sevkî sebebini ortaya koyacaktır. Tasarrufun bu sebeplere dayanabilecek olan konu'su, emeklilik statüsüne geçmektir. Şâyet memur, bu sebeplere üzerine, emekliye sevkedilmeyip de "bağdaşmazlıktan dolayı" (bk. sf. 130) memuriyetinden uzaklaştırılırsa, 65 yaşını dolduran memur, bu sebeple memuriyetinden uzaklaştırıldığı takdirde, tasarruf "konu" yönünden sakat olur. Çünkü bu söyledığımız sebebin yaratabileceği konu, yâni hukukî netice, emekliliğe geçirilmez.

Fakat İdare, itti haz etti ğ i tasarrufun konusunun "ba ğ daşmazlık suretiyle memuriyetten uzaklaştırma" oldu ğ unu ileri s ũ r ũ yorsa, bu takdirde de, memuriyetten uzaklaştırma tasarrufu, konu de ğ il "sebe p" bakımından sakat olur. Zira "ba ğ daşmazlık" i ğ in, memurun, Kanunca memuriyetle bir arada y ũ r ũ mesi imk ũ nsiz sayılmış olan, mesela Belediye meclisi ũ yeli ğ i gibi bir g ũ re vi ũ z erine alması l ũ z umdur. Ő yle bir g ũ re v ũ stelenmiş olsa idi, bu ũ stelenme, bir "sebe p" olarak, ancak "ba ğ daşmazlık dolayısıyla memuriyetten çıkarılma" konusunu do ğ urabilirdi. Halbuki 65 yaşını doldurmuş olmak gibi maddi bir v ũ kia (tam ve ger ğ ek olarak), kanunun aradığı şartlara g ũ re, "ba ğ daşmazlık suretiyle memuriyetten çıkarılma" konusunu do ğ uramaz; ğ unki burada "ba ğ daşmazlık" i ğ in kanunun g Ő sterdi ğ i "hukuki sebe p" yoktur; y ũ ni ba ğ daşmaz bir g ũ re vin kabul edilmesi h ũ dise si yoktur. Hukuki sebe bin yoklu ğ u nedeniyle, 65 yaşını doldurmuş olma v ũ kiası da, ba ğ daşmazlık suretiyle uzaklaştırma i ğ in fi li (=maddi) sebebi teşkil etmemektedir.

şimdi bir başka misal alalım:

Devlet Memurları kanununun 125 inci maddesinin E bendinin ğ fkrasına g ũ re "İzinsiz veya kurumlara kabul edilir Ő z ũ r ũ olmaksızın bir yıl i ğ inde toplam olarak 30 g ũ n g ũ re ve gelmemek" bir daha devlet memurlu ğ una alınmamak ũ z ere memuriyetten çıkarılmaya gerektirir.

Demek ki, toplam olarak 30 g ũ n g ũ re ve gelmemek fi li (=maddi) sebe p tir.

Bu "g ũ re ve gelmeme" nin izinsiz veya kabul edilir Ő z ũ r ũ olması ise hukuki sebebi teşkil etmektedir.

şimdi, memurun b ũ t ũ n bir şubat ayı boyunca memuriyete gelmemesi h ũ linde, maddi sebe p vardır, fakat tam de ğ ildir. Memurun, memuriyete gelmedi ğ i sahihtir; do ğ rudur. Memuriyete belli s ũ re lerle gelmemek, bir disiplin cezasını muhtiptir. Fakat, şu s ũ z konusu cezanın verilebilmesi i ğ in herhangi bir s ũ re gelmemek de ğ il, toplam 30 g ũ n gelmemek gerekir. Hi ğ bir şubat ayı 30 g ũ n olamayaca ğ na g ũ re, sırf şubat ayının tamamında memuriyete gelmemek, bu ceza yı, maddi sebe p olmak y ũ n ũ den, gerektiremeyecektir. Maddi sebe p tam de ğ ildir.

Memur b ũ yle toptan de ğ il de, par ğ a par ğ a g ũ re ve gelmezlik etmiştir. Bu gelmezli ğ in toplamı 35 g ũ n ũ bulmaktadır. Ő halde maddi sebe p vardır; ger ğ ektir ve tam'dır.

Fakat, bu 35 g ũ n ũ n 5 g ũ n ũ Pazar'a, 4 g ũ n ũ Kurban bayramına, bir g ũ n ũ de Kurban bayramının 5 inci g ũ n ũ Cumartesiye d ũ ř t ũ ğ u i ğ in tam tatile tesad ũ f etmektedir. Ő halde memur, "izinsiz" olarak sadece 25 g ũ n g ũ re ve gelmemiş olmaktadır. Zira bu t ũ til g ũ nlerinde (kendi hizmeti bakımından başkaca izinlilik veya g ũ re v mecburiyeti yoksa) izinli durumdadır. Demek ki, s ũ z konusu cezanın verilebilmesi i ğ in, hukuki sebe p bulunmamaktadır.

Diyelim ki, memur, toplam 30 g ũ n, izinsiz olarak veya izinli sayılmayacak surette ve ayrıca kabul edilir bir mazereti de bulunmaksızın i ř e gelmemiştir. İdare ise, kendisini emekliye sevk etmektedir.

Emeklilik tasarrufu, sebe p y ũ n ũ den sakat'tır; sebepten yoksundur. Zira 30 g ũ n bu suretle g ũ re ve gelmemek, memur hakkında belli bir tasarrufun itti hazı i ğ in sebeptir; fakat o belli tasarrufun konusu "emeklilik" olamaz. Zira emeklilik konusunu (neticesini) do ğ uracak bir tasarrufun sebepleri arasında, kanun b ũ yle bir sebebi g Ő stememiştir. Tasarruf, "emeklilik" olarak sayılırsa, "hukuki sebepten yoksun" dur. Mevcut hukuki ve fi li sebepler, bir tasarrufun itti hazı i ğ in sebe p addediliyorsa, ou tasarruf ancak "memuriyetten çıkarma" olabilir.

C) MAKSAT

Maksat iki t ũ r l ũ d ũ r. Birincisi "genel", ikincisi "Ő zel" maksattır. Genel maksat, kamu yararı, hizmet yararadır. Bu iki kavram aynı anlamı

ifade eder. Zira hizmet yararı, daha dar olmakla beraber "kamu yararı" hedefinden ayrılamaz. Çünkü kamuya yararı olmayabilecek bir kamu hizmeti düşünülebilmeğe imkan yoktur.

Genel maksat budur. Kamu yararı, hizmet yararadır. Özel maksat ise, İdareye belli bir tasarrufu itti haz için yetki veren, sebep gösteren norm'un, bittabi genel maksada aykırı olmamak, onun alan ve amacı içinde kalmak şartıyla, güdebileceği daha kısa bir maksattır.

Böyle olunca, genel maksadın (=kamu yararı=hizmet yararı) değil sadece idarî nitelikte, fakat devletin diğer hiçbir tasarrufunda değişmezliği kendini gösterir. Devlet tasarrufları, devlet yetkileriyle itti haz edilir. Hiçbir devlet yetkisi, kamu yararından başka herhangi bir yarar için, meselâ özel yararlar, özel çıkarlar, özel duyguların, hırsların, menfaatlerin, kinlerin, gayz'ların (=düşmanlıkların), husumetlerin, şahsî heveslerin, şahsî komplekslerin, kişisel inançların, kişisel siyasi tercihlerin, kişisel felsefî veya siyasi kanaatlerin gerçekleştirilmesi, başarısı için kullanılamaz. Başta Anayasa olmak üzere, bütün mevzuat, dolaysız veya dolaylı olarak, bu tür davranışları yasaklamıştır.

Devlet yetkileri, mutlak monarşilerden bu yana, kimsenin kendi kişiliğinde bulduğu, kendi zâtına mahsus yetkilerden değildir. Devlet yetkisi, bir súbjektif hak, bir hürriyetin kullanılışı değildir. Kişilerin hürriyetleri kişiliklerin korunması, súbjektif haklar da bu korumanın hukukî yollarıdır. Devlet yetkisi ise, devletin aracılığı ile topluma aittir. Toplumun hiçbir ferde, zümresine, bölümüne değil, tümüne, daha doğrusu "tümlüğüne" aittir.

Toplumun tümlüğüne, bütünlüğüne ait bir hukukî güç ise, ancak toplumun (=kamu'nun) tümsel yararını gerçekleştirmede kullanılabilir.

Onun için, idarî tasarruflarda da maksat, sâbit ve değişmez, takdire bağlı olmayan bir unsur'dur. Hangi idarî tasarrufta (ve genellikle, herhangi bir devlet tasarrufunda) maksadın bu mahiyet ve yönünden saptırıldığı görülürse, o tasarruf, saptırmanın ağırlık derecesine göre, sakat ve daha sonra da giderek, "yok" olur.

Bir de, bu genel ve değişmez maksat içinde, devlet yetkisini veren norm'ların "özel" maksatları üzerinde duralım:

Örneğin, Devlet Memurları kanununun 13 üncü maddesinin (bk. sf. 123) özel bir maksadı vardır (*). Maksat memuru değil, idarenin faaliyetinden zarar gören üçüncü şahısları (=idare edilenleri) korumaktır. Bu hüküm ile, görev ve yetki sınırlarına aşarak üçüncü şahıslara zarar veren memurların himaye edilmelerinin amaçlanmadığı, tazminata mahkûm edilecek İdarenin, verilen zarardaki şahsî kusuru derecesinde (=müterâfik kusur) genel hükümlere göre memura rücu edebileceği hükmünden bellidir. Madem ki memur, sâbit olacak şahsî kusurundan dolayı İdareye karşı mesul olacak ve İdarenin üçüncü şahsa ödeyeceği tazminattan kendi kusur payına düşeni İdareye ödeyecektir, o halde İdare niçin, daha başlangıçta, memurla üçüncü şahıs arasına giriyor ve tek sorumlu mevkiine konuluyor? Normal olarak (netekim eskiden öyleydi) zarar gören üçüncü şahsın, kendisini ızrar eden memur ise ona, İdare ise İdareye ve her ikisi müstereken zarar vermişlerse her ikisine karşı bir tazminat davası açarak zararının telâfisini istemesi gerekmez mi?

Gerçi bu böyledir. Fakat, şahsî kusuru nisbetinde tazminata mahkûm edilecek olan memurdan, hele tazminat önemli bir meblâga varıyorsa, üçüncü şahsın bu meblâğı bilfiil tahsil edebilmesi mümkün müdür? Pek çok halde, mutazarrar olan kişi, ya lehine hükmedilen tazminatı senelerce sü-

(*) Madde 13: "Kişiler, kamu hukukuna tâbî görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".

recek icra takipleriyle güçbelâ alabilecek, yahut hiç alamayacaktır. O halde devlet, hem tazminat davasının sür'atle sonuçlanması için araya girmekte, hem de hükmedilebilecek bir tazminatı, ızdırıp veremeksizin üçüncü şahsa ödeme işini adetâ bir ön-finansman gibi üzerine almaktadır. Adetâ, devlet, memurunun, idare edilenlere vereceği zarardan dolayı, idare edilenleri sigorta eder gibidir. Evvelâ zarar gören kişi, tazminatını alsın; sonra kusur İdarede mi, memurda mı, yoksa her ikisinde mi ? bu cihet araştırılsın. Eğer ödenen tazminatı doğuran kanunusuz ve haksız işlemler veya eylemler, memurun şahsî kusuru sâbit olursa, devletle memur arasında bu mesele, idare edilen kişiyi ilgilendirmeden ve uğraştırmadan halledilir.

Kanunun özel maksadı budur. Bu özel maksat ile, genel maksadın sınırı aşılmamış, genel maksattan sapılmamıştır. Zira, İdareden zarar görenlerin bu zararlarının ödenmesinde kamu yararı vardır. Fertler arasında ve kanun önünde ve Devlete karşı yükümler bakımından "eşitlik" ilkesi, kim zarar görürse onun zararını ödemekle korunur.

Demek ki, söz konusu 13 üncü maddenin yorumlanması yapılırken, kanun koyucunun bu özel maksadı göz önünde tutulmak ve memurdan ziyade İdarenin davalı mevkiine konulabilmesini mümkün kılacak bir yorumu kabul etmek lâzımdır (*).

O halde, bir idarî tasarrufta, değişmez unsur olan genel maksat içinde, tasarrufu ittihaaz yetkisini veren ve ittihaaz sebeplerini ve konusunu gösteren normun özel maksadı göz önünde tutulmak şarttır. Bu genel ve özel maksatlar, aşıldığı zaman, devlet yetkisi "saptırılmış" olur. Bu saptırmada sadece hukukî bir isabetsizlik varsa, iptal ile yetinilir. Eğer, hukukî isabetsizlik ötesinde devlet yetkisinin, yukarıda belirttiğimiz gibi, sübjektif ve kişisel amaçlarla kullanılması hâli görülürse, tasarruf, İdareye kabîl-i atıf ve izafe olmaktan çıkar.

Ancak, takdir edersiniz ki, bu hâlin tesbiti her zaman kolay değildir. İdareci, kişisel maksatlar güttüğü zaman, çoğu kere bunları kanunî ve hukukî gözükebilecek kılıflarla örtebilme imkânına da sahiptir.

Bu nedenle, tasarrufun maksadındaki kişisel amaçlar ve "yetki saptırması" denet mercii tarafından "sezilse" bile, objektif olarak, her zaman, kolayca ortaya konulamaz; İdareci şahsî kusurdan sıyrılır ve İdare, tasarrufunun iptal edildiğini görmeye kalır.

Tasarrufta güdülen maksadın objektifliği ile sübjektifliğini, kamu yararını ve hizmet yararını amaçlayışı ile kişisel amaçları güdüşünü birbirinden objektif biçimde ayırmaktaki güçlükten dolayıdır ki, Fransız Danıştay, yaklaşık 15 yıldır, maksat unsuru üzerinde durmaktan çok, diktatini tasarrufun "sebepl" unsuruna çevirmiş ve bu unsuru tahlil için, bahsettiğimiz ve anahatlarını belirttiğimiz denet tekniğini geliştirmiştir.

Bu denet tekniğinin geliştirilmesi sonucudur ki, idarî tasarrufta, "sebepl" objektifleştirilmiş, idareciyi, tasarrufu ittihaaza yönelten ve başlangıçta "sebepl" yerine ikame edilmek istenen SÂİK (=motif impulsif) hemen tamamen terkedilmiştir.

Bizde, gerek İdare hukuku literatüründe, gerek bazı yargı kararlarında "sebepl" yerine "sâik" ten söz edildiği hâlâ görülür. Bu, eski bir anlayıştır. Zira sâik, psikolojik bir dürtü'dür; psikolojik olaylar ve etkenler "derûnî" (=içsel) dir; ruhi'dir; tam bir açıklıkla haricen tezahür etmedikçe bilinmez, anlaşılmaz ve hele ispatlanamaz. İdareci, üçüncü şahsın hasmı mıdır ? düşmanı mıdır ? Ona karşı kinî, gayzi mi vardır ? İntikam peşinde mi koşmuştur ?

Yoksa idareci böyle küçüklüklere düşmeyecek bir ruh ve fikir olgunluğundadır da, sırf hukukî bir hatâ, yanlış bir yorum, sakat bir uygulama mı yapmıştır ? Nereden bileceksiniz ? Açık-seçik tezahürler varsa pek

(*). Ancak, bu 13 üncü maddeye rağmen, kamu görevlilerinin "şahsî kusurdan dolayı şahsî sorumlulukları ilkesi kalkmamıştır. Bu husustaki açıklamaları okuyunuz. Sf. 123 ve müteakip.

âlâ. Fakat yoksa, ve idareci, şahsî kusurun ağır olabilecek sonuçlarından ve hattâ görevi ihmâl, görevi kötüye kullanma gibi doğabilecek cezai sorumluluklardan dahi kendisini kurtarabilmek için becberiksizliği, tecrübesizliği, gafleti, hattâ yeteneksizliği kabulleniyorsa ve bu suretle maksattaki sapmayı örtmeğe çalışıyorsa?... Ki çoğunlukla bunda muvaffakiyet imkânı vardır; o zaman objektif bir tahlile, objektif hukukî bulgulara ve tesbite imkân kalır mı ?

Onun için, maksat unsuruna fazla yüklenerek, sâik gibi psikolojik dürtüler ve hattâ psişik olgular üzerinde durarak neticede bir takım "sezgilerle" hüküm vermemek, objektif olabilmek için, Fransız Danıştay. Sebep ile Maksat arasındaki hukukî ve psikolojik illiyeti düşünerek, araştırmalarını sebep unsuruna teksif etmiş ve bu unsur üzerinde, yer yer bahsettiğimiz kuvvetli "tahlil tekniği" ni geliştirmiştir.

Böyle bir tahlil tekniği gereği gibi anlaşılıp kullanıldığı zaman, idarî tasarrufta Maksat gibi, ruhi, zihnî faktörlerin ağır bastığı ve tâyin edici olduğu bir unsur üzerinde durmağa bile hacet kalmamakta, Sebep'teki tahlil, her sakatlığı, tam bir objektivite ile ortaya koyabilmektedir. En yeni Fransız içtihatlarında görülen teknik ve eğilim budur. Özellikle, daha aşağıda ele alacağımız "takdir yetkisi" nin denetiminde, Sebep unsurundaki araştırma tekniği, bugün, hattâ bu yetkinin hukukî mahiyetini dahi, faal idareyi köstekleyici bir yönde olmaksızın, değiştirmiştir denilebilir.

D) ŞEKİL

Şekil, bizde genellikle, tasarrufun Hukuk düzenine intikalindeki maddî biçim olarak tanımlanır.

Fakat bu, aslında, Hukukumuzun "Şekil" unsuruna atfettiği mânânın sadece bir görünüşüdür. Şekil kavramına "usûl=procédure" ü de ihtal etmek gerekir. Şekil, maddî biçim'i ve tasarrufun ittihazındaki usûlü ayrı ayrı ifade eder.

Tasarrufun zâtını ve cevherini teşkil eden irade, Hukuk düzenine, maddî bakımdan birkaç biçimde intikal eder: Yazılı, sözlü olabilir; bir hareket olabilir; hattâ hareketsizlik (=sükût) bile olabilir.

Bizde, idarî tasarrufların yazılı olması esastır. Bunu, Anayasamızın 114 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasından çıkarıyoruz. Bu fıkroda, idarî işlemlerden dolayı açılacak davaların süresinin "yazılı bildirim" tarihinden başlayacağı yazılıdır.

Fakat böyle bir icap, şüphesiz, kişileri ferden ilgilendiren tasarruflarda yerine getirilebilir. Bir tâyin, bir disiplin cezası, bir ruhsatın verilmesi veya reddi kararı gibi ferdî (=individuel) tasarruflar, yazılı olabilmelidir ki tebliğ edilsin.

Genel (=şahsî tebliğleri mümkün kılamayacak kadar çok kimseleri birden ilgilendiren) tasarruflarla, kural-tasarruflar tebliği gerekmeden tasarruflardandır. Ancak, tebliğ gerekmediğine göre, bunların yazılı olmayabilecekleri sonucu bittabi çıkarılamaz.

Yazılı tasarrufların biçimleri, özel kanunlarda sarahat yoksa, muayyen değildir. Ancak yazılı olması gereken bir tasarrufun, onu ittihaz eden âmir makam sahiplerinin imzalarına taşınmaları, irade beyanının belgelenmesi bakımından zorunludur. Ayrıca, tasarrufun ittihazını düzenleyen kurallar, bunların özel tipte belgeler hâline sokulmasını, imzadan başka mühürlenmesini de öngörmüş olabilirler.

Bazı idarî tasarrufların, ferdî hukukî durumlar yaratsalar, belli kişilere ilişkin olsalar bile devlet tasarruflarının resmî yayın aracı olan "Resmî Gazete" de yayınlanmaları öngörülmüş bulunabilir. Bazan, kanunî mecburiyet olmadığı halde de yayınlandıkları vâkıdır.

Ferdî hukukî netice doğuran tasarrufların İdareyi bağlaması, bunların tekemmülü için gereken iradelerin telâhuk etmesi (=birleşmesi) suretiyledir. İlgililer için yüküm doğurmaları ise, kendilerine tebliğ ile mümkündür. Örneğin, Cumhurbaşkanının imzasına sunulan tâyin kararlarının Resmî

Gazetede yayınlanmalarını (*) tekevvül şartı değildir.

Özel kanunlar, idarî otoritelere sözlü olarak da tasarruf ittihazı yetkisini vermişlerdir. Örneğin, kanunsuz bir toplantı veya yürüyüşün dağıtılması hakkındaki tasarruf, sözlü olarak ittihaz edilebilir (**).

Susan bir kimseye bir irade beyanının isnadı kaideten mümkün değildir. "Sükût ikrardan gelir" diye bir genel anlayış varsa da, bu daha çok, çekişmelere girişmek istemeyen insanları zorla çekişmeye sokmak için bir taktiktir. Sükût, bil'âkis aldırmaçlık, önem vermezlik, bir işi veya davranışı ya da bir ithamı kendine mal etmeme anlamını taşır. Zira susanların ve bir hareketle bulunmayan, birşey yapmayanların da birşey söylemiş veya yapmış sayılacakları bir genel kaide olsa, kimse birbir olumsuz sonuçtan veya töhmetten kendisini kurtaramaz.

Ancak, bazan, özel hükümler, istisnai haller için, sükût ve hareket-sizliğe karşı da bazı sonuçlar öngörmüşlerdir. Bunlardan en genel olanı, belli süreler içinde, bir özür olmaksızın, haklarını kullanmayanların, böyle bir kullanıştan vazgeçmiş sayılmalarıdır.

İdare hukukunda, susmanın ve hareketsizliğin sonuç doğurduğu önemli hallerden biri "İdarenin susması aleyhine dava" da görülür. İlerde tekrar ele alacağımız gibi, haklarında, idarî davaya konu olabilecek bir işlemin veya eylemin yapılması için idarî makamlara başvurulara karşı, idarî makamlar üç ay içinde açıkça cevap vermezlerse, başvurmayı reddetmiş ve vâki istek karşısında olumsuz karar almış sayılırlar. Zımni bir tasarruf ittihaz etmiş telâkki edilirler. Bunun iptali için dava açılabilir.

Demek ki, sükût ile de beyanda bulunmuş olma hâli -ender de olsa- söz konusudur.

Şekil unsurunu, usûl olarak da addetmek gerektiğini söylemiştim. Usûl, idarî tasarrufların ittihazında izlenecek biçimsel bir yolu, iradenin ve ya iradelerin izhar edilmiş şartlarını ifade eder.

Bu mülâhaza iledir ki, muamele ile tasarrufu birbirinden ayırmak mecburiyeti vardır. Aynı sebeple, "tasarruf" deyimini yerine, aslında "muamele" demek olan "işlem" deyimini kullanamıyorum.

Anayasamız, 114 üncü maddesinin birinci fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemi..." derken "eylem" kelimesiyle "fiil" i, "işlem" kelimesiyle de "tasarruf" u kastedmektedir. Fakat 112 inci maddede "yerinden yönetim" olarak kullanılan deyimim "hizmet adem-i merkeziyeti" i ifadeye bir türlü elverişli olamaması gibi, "işlem" kelimesi de "tasarruf" u ifade edememektedir. Zira "işlem" muamele'nin karşılığıdır. Amel ve iş aynı şeydir. Ve her muamele, bir hukukî tasarruf olmadığı için, "işlem" ile "tasarrufu" aynı anlamda kullanamıyorum. Şimdi, idarî tasarruflarda usûl bahsinde, bir tasarrufun ittihazında müteaddit muameleler olabileceği ve bunların sonucunda ortaya bir tasarrufun çıkabileceği görülecektir.

Usûl bakımından, tasarrufları "basit" ve "karma" olarak ikiye ayırmak gerekir. Basit tasarruflar (=actes simples) tek bir iradenin izharıyla teşekkül edenlerdir. Karma tasarruflarda (=actes complexes) ise müteaddit iradeler telâhuk eder ve bir tasarruf meydana gelir. Örneğin bir bakanlar kurulu kararını ele alalım: Kararın ittihazını gerekli gören bakanlık teklifte bulunur; kendisi de esasen bir kolektif tasarruf (bk.sf.39) olan Bakanlar Kurulu kararı buna eklenir; üçüncü aşamada Cumhurbaşkanının iradesinin de (=tasdikinin) eklenmesi lâzımdır. Görüyorsunuz ki üç aşama ve üç irade, birleşmek suretiyle bir tasarruf meydana gelmektedir.

Bazan bu aşamalar daha da çoğalır ve birbirine eklenecek iradeler fazlalaşır; üstelik her iradenin beyanı için ayrı bir usûl (=procédure) de öngörülmüş olabilir. Meselâ, belediye de bir daire başkanı teklifte bulunur; belediye başkanının iradesiyle teklif encümene havale edilir; encümende belli bir müzakere usûlü ile görüşülüp oy toplanır, karar ve-

(*) 1322 sayılı Kanun; mad.1,C.

(**) Polis Vazife ve Salâhiyet k. mad. 2,B,IX.

rilir; belediye meclisine götürülür. Burada da toplantıya, müzakereye ve karara ilişkin muayyen usûllere riayetle meclisin kararı oluşur; ve bunun ardından bir de, bir vesayet makamının tasdiki gerekebilir. Böylece her aşamada, ayrı ayrı ve gelişkin usûllerle irade izhar olunmaktadır. Bu türlü bir tasarruf, şüphesiz karma bir tasarruftur; fakat iradelerin izharında, her bir irade için geliştirilmiş ve ayrıntılı usûller izlendiğinden karmaşıklık vasfı da yoğunlaşır. Bu tür tasarruflara, bizde henüz alışılmamış, fakat Fransada eskice bir deyimle "opérations à procédure" (= usûllü tasarruflar) denilir.

Karma tasarruflar, "ayrılabilir tasarruflara" (=actes détachables) bölünebilir. "Ayrılabilir" bir tasarruf, karma tasarrufun içinden çekilip alınarak "kanuniyeti", karma tasarrufun tümünü incelemeye hacet bulunmaksızın münferiden incelenebilen bir tasarruf demektir. "Ayrılabilir tasarruf" ların hangileri olduğu, her karma tasarruf için, yargı içtihatlarıyla belirlenir.

Örneğin bir sözleşmenin akdini ele alalım:

Hazırlıklar bir tarafa, sözleşmenin belli bir âkitle yapılması hakkındaki karar ile bizzat sözleşme, özel hukukta bir bütün teşkil ettiği halde, İdare hukukunda, bu bütünün içinde ayrılabilir tasarruf olarak, sözleşmenin yapılması hakkındaki karar (=ihale kararı) vardır. Bir sözleşmenin akdine karar verilmesi ile, bizatihi sözleşme, birbirinden ayrılarak denetlenebilir tasarruflar teşkil ederler.

Gerek maddî biçimde, gerek usûlde, Hukukun aradığı şartları 1/ Aslî şekil (veya usûl) şartları, 2/ Tâlî şekil (veya usûl) şartları olarak ikiye ayırırlar. Aslî şekil şartlarında sakatlık, iptali gerektirdiği halde, tâlî şekil şartlarındaki sakatlık bazan örtülebilir (=sonradan telâfi edilebilir), bazan da "işlemez" (=inopérant) sayılır.

Örneğin, bir tüzüğün yapılması için Danıştayın mütalâasını almak, Anayasa gereğidir (mad. 107). Danıştaydan geçirilmeden kabul edilip yürürlüğe konulacak bir tüzük, aslî bir usûl şartından yoksundur.

Bir yönetmeliğin yayınlanması aslî bir şekil şartıdır; Anayasa gereğidir (mad.113). Yayınlanmaması bir yönetmelik, üçüncü şahıslara karşı İdarece dermeyer edilemez (=ileri sürülemez); bu nedenle böyle bir yönetmeliğe dayanılarak ittihaz edilecek bir tasarruf, "hukukî sebep"ten yoksun olur; iptali gerekir. Zira yönetmeliğin yayınlanması, aslî bir şekil şartıdır.

Buna karşılık, örneğin bir tasarrufu imza eden yetkilinin resmî sıfatının, imzanın yanına yazılmaması olması tâlî bir şekil şartıdır; örtülebilir. Pul üzerine atılması gereken bir imzanın açığa atılması ve pulun başka suretle iptal edilmesi, "inopérant" (=işlemez) bir sakatlıktır. Bu yüzden bir tasarruf iptal edilmez.(*).

Gene, idarî bir kurula, onun mensubu olmayan bir kimsenin katılması, müzakereye de katılmamak veya katılmış olsa bile oy kullanmamak, yani kurulun kararına o kimsenin kurulda hazır bulunması herhangi bir suretle tesir etmemek şartıyla birçok halde, Fransız Danıştayınca, "işlemez" bir sakatlık olarak kabul edilmiştir. Bir kurulda, bir kararın ittifakla alınmış olması hâlinde, üyelerden birinin usûlsüz oy kullanması tâlî bir usûl sakatlığı kabul edilmiştir. İnhâ'sız (=önerisiz) yapılmış bir tâyin tasarrufunu, inhâda bulunacak makam, tâyin yapan makamın, iyerarşik bakımdan emri altında ise, Danıştayımız, iptal gerektirmeyen ve tashihi mümkün bir usûl sakatlığı olarak kabul etmiştir.

Özellikle usûl meselelerinde bu "tâlî" sakatlık veya "işlemez sakatlık" hallerine bakarak ve bilhassa usûl sorunlarına ve şartlarına "kır-tasiyecilik", "formalite" diye sık sık hücumlarda bulunulduğunu göz önüne alarak, usûlü, önemsemeye eğilimi göstermek de büyük hatâ olur. Görünürde idare edilenleri sıkıca olarak ortaya çıkan usûl zaruretleri, aslında gene idare edilenler için bir teminat teşkil eder. Zira muayyen usûllere

(*) Pul iptal etmek, teknik bir terim değildir; aynı pul bir defa daha kullanılmasını diye onu çizmek, üzerine tarih atmak gibi işaretlerle pul iptal edilmiş olur.

riayet, İdareyi daha dikkatli, daha düşünceli ve bilinçli harekete yönlendirir. Böylece fertler, İdarî tasarrufların sıhhati lehinde karineler kazanmış olurlar. İdareye daha fazla güvenebilirler ve sakat idarî tasarrufların İdarece geri alınması gibi, zararlı sürprizlerle daha az karşılaşırılar.

E) YETKİ

Yetki konusunda, derslerimizin ilk sayfasından bu yana, yer yer, hayli durduk (Bk. sf. 17 vd., 20 vd., sf. 46 vd., sf. 55 vd., sf. 62 vd., sf. 123 vd., sf. 189-191). Yetkiyi, İdare adına norm yaratabilme gücü olarak tanımlayabiliriz.

Yetki, bir hukukî iktidar türüdür. Özel hukuktakinin aksine, kamu hukukunda yetki, aynı zamanda bir yüküm teşkil eder. Sübjektif haklar "kullanılabilir"; fakat idarî faaliyette, yetkili, yetkisini kullanmağa meccurdur; yetkiyi kullanmamak, görev yapmamak yâni yüküm'ü yerine getirmemek demektir. Yetkiyi kullanmamak da, onu hukuka aykırı kullanmak gibi bir iptal sebebidir. Kullanılmayan yetki, İdare hukukunda "aşılmış" sayılır.

Demek ki, yetkili merciin, o yetkiyi kullanmamak hususunda "yetkisi" yoktur. Hukuk düzeni, idarî mercie "takdir yetkisi" de verir. Aşağıda ele alacağımız bu takdir yetkisi de, ferdin sübjektif hakkına benzemez. Sebep ve konu unsurlarını ve tasarrufu ittihaz zamanını tâyin hususundaki serbestlik dahi sıkı kanunî şartlarla sınırlıdır.

Devlet yetkisi, yer yer değindiğimiz ve şimdiye kadar belirttiğimiz gibi, kullanılması gerekli bir hukukî iktidar (=güç= pouvoir) olduğu ve idarî görev mahiyetini de taşıdığı için ancak kanunlardan doğar, kanunun belirttiği şekilde verilir. Devyet yetkisi aslı olarak iktisap edilmediği için bunun mahiyeti ve sınırı üzerindeki tereddütlerle, kanuna ve görevin icaplarına sıkı sıkıya bağlı bir yorum esasının kabul edilmesi lâzımdır. Gerçek kişiler, yasaklanmamış her davranışlarında hukukî ehliyette sahip oldukları halde, kamu görevlileri ancak açıkça müsaade edilen davranışları için yetkilidirler. Devlet yetkisi, kamu görevi ile eş anlamlı olduğu için, yetkinin mahiyet ve sınırlarını, görevin icapları çizer.

İdare hukukunda, yetkinin 1/ Konuda (ratione materia), 2/ Mekânda (ratione loci) ve 3/ Zamanda (ratione temporis) olarak üçe ayrıldığını görürüz.

1/ Konuda yetki, hukuk düzeninde belli hukukî değişiklikleri ifade edecek normların tesisi yeteneğidir. Tâyin yetkisi, kamulaştırma yetkisi, disiplin cezası verme yetkisi, ödeme yapma yetkisi, tüzük, yönetmelik çıkarma yetkisi... gibi.

2/ Mekânda yetki, idarî otoritenin konu bakımından yetkisini kullanabileceği coğrafi görev alanının sınırlarıyla taayyün eder. Mahkemelerin yetkileri (=salâhiyetleri) gibi, idarî otoritelerin de coğrafi yetki alanları vardır. Eski dilde, yargı mercileri ve İdare arasında bu yönden bir ayırım yapılmaksızın, yetkinin coğrafi alanına "daire-i kazâ" denilirdi.

Konularda yetkili olanların, bu yetkilerini, kendi daire-i kazâ'ları dışında kullanmaları "yetki aşımı" nı, yâni yetkisizliği ifade eder. Bir vali, konu itibarıyla haiz bulunduğu yetkileri, başka bir ilde elbet kullanamaz.

3/ Zamanda yetki, konudaki yetkinin kullanılabileceği süre'yi ifade eder. Bunu da iki bakımdan mütalâa etmek lâzımdır: a) yetkinin iktisabı ve kaybı itibarıyla, ve b) Yetkiyi haiz bulunan süre içinde, onun kullanılması için kanunların öngördüğü zaman veya devreler itibarıyla.

a) Yetkinin iktisabı için, kamu görevlisinin, belli âmiriyet statüsü-ne girmesi ve bilfiil göreve başlaması lâzımdır. Tâyin edilen bir vali, statüye girmiş olmakla beraber, fiilen göreve başlamış bulunmadıkça, valilik yetkilerini kullanamaz. O halde, sadece statüye dahil edilmiş bulunmak yetmez; görev başında da olmak lâzımdır. Bu itibarla, ne türden olursa

olsun, âmirin izinli bulunması, onun izinli bulunduğu sürede yetki kullanmasını önler. İzinli olan âmirin, yetki kullanabilmesi için, iznini durdurması, çevre başlaması gerekir.

Bazı âmiriyet mercileri "tekli makam" (yâni bir tek kamu görevlisi tarafından işgal edilmekte) olmayıp, "kurul" olabilir. Kurulların görev yapabilmeleri daha ayrıntılı usullere bağlanmıştır. Kurul üyelerinin telâhuk edecek (=birbirine eklenecek) iradeleriyle tasarruf ittihaz edilecektir. Ancak bu iradelerin telâhuku, toplanmak, müzakereye bulunmak ve oylama yapmak suretiyle mümkündür. Toplanmaya, müzakereye ve oylamaya ilişkin usullere riayet edilmedikçe, kurul üyelerinin herhangi bir yerde, herhangi bir suretle telâhuk edecek iradeleri veya birbirlerini görmeden bir öneriyi münferiden imza atmamakla izhar edecekleri iradeler, bir tasarruf doğurmayacaktır. Zira aslında her biri yetki sahibi olan kurullar üyeleri, ancak usûlüne göre toplandıkları zaman "görev yapma" hâline girebilirler; "görev başında" sayılırlar. Bu suretle "fâllî görev başında" olmayan bir kurulun üyelerinin, ayrı ayrı birbirine eklenecek iradelerinden doğduğu iddia olunabilecek bir tasarruf "usûl noksanı" ve "zamanda yetkisizlik" ile sakatlanır.

Kanunlar, idarî faaliyette en önemli kararların ittihazını kurullara bırakmışlardır. Kurul teşkilinden maksat ise "müzakere" dir. Müzakeresiz karar alınabileceğini açıkça söyleyen özel bir kural olmadıkça, her kurulda mutlaka müzakere açılması şarttır.

İdarî kurulları teşkil eden ve görevlendiren (=yetkilendiren) kurullar, kurulun çalışma usûlünü tesbit etmemişlerse, bu hususta teâmüllere uyulur.

Teâmüller şöyledir: Her kurul, ya onun kararını "icra" edecek merciin, ya kurul başkanının veya kurul üyelerinden bir kısmının başkana yapacakları müracaatin üzerine bir "çağırma" ile ve görev yapması için belirlenmiş olan resmî mekânda toplanır. Çağırmanın, ona uyuma imkânını bütün kurul üyelerine verecek mâkul bir zaman önce ve şahıslara bildirim suretiyle yapılması ve niçin toplanılacağına bir "gündem" le belirtilmesi zorunludur. Nisbeten küçük kurullar, üye tam sayısı ile toplanırlar. Büyük heyetlerin ve meclislerin, üye tam sayısının yarısından bir fazlasının hazır bulunmasıyla toplanıp, hazır bulunanların da çoğunluğuyla karar verebilmesi mümkündür.

Kurulun karar vermesi istenilen her konu üzerinde görüşme açılması ve konu, yeterince aydınlanıncaya kadar görüşmelerin sürmesi gereklidir. Ancak en azından iki lehte, ikialeyhte ve iki de "konu üzerinde" olmak üzere üyelere söz hakkı tanınması, parlömanter usûlden esinlenilerek kabul edilmiş bir teâmüldür.

Bir kurulun hazır bulunan bütün üyelerinin "kabul" veya "ret" şeklinde oy kullanmaları gerekir. "Çekimser" oy kullanmak, görevden kaçınmak demektir. Zira kurul üyeleri, "karar vermek" üzere o kurula tertip edilmişlerdir.

Çekimser oy, usûle müteallik hükümlerde bazan "ret" oyu sayılmıştır. Fakat bu yönde, açık hüküm bulunmadığı takdirde, teâmülen, her üyeyi oy kullanmağa mecbur kılmak için, çekimser oyları "kabul" oyu saymakta isabet vardır.

Görüşmelerde hazır bulunmamış üyelerin, sonradan karara katılmaları câiz değildir. Zira kurul yetkilerinin kullanılmasında şart olan "görüşme gereği" ihlâl edilmiş olur.

Kurulların, oylamalarda "kısır döngü" ye (=fâsit daire'ye) düşmemeleri için, üye toplanmanın tek sayıda bulunması genel bir ilkedir. Kurullar, hemen daima tek sayılı olarak tertiplenir. Ancak her hangi bir sebeple hazır bulunanlar çift sayıda olur da karşı görüşler dengelenirse, dengeyi bozmak için, başkanın oy'unu çift (=iki o/) saymak veya onun katıldığı görüşün kabul edildiğini saymak teâmüldendir.

Görüşmelerde bulunup oylamaya katıldığı halde bir veya birkaç üyenin henüz kararı imza etmemiş yahut bilâhare imzadan kaçınmış olmaları, bu üyelerin karar lehinde oy kullandıkları karar metninde zikredilmek ve kararın altında, onun ittihaz edildiğini gösterecek yeterli kadar imza bulunmak şartıyla, kararı sakatlamaz. Bu imzaların bulunmaması "işlemez"

bir sakatlık sayılır.

b/ Yetkiye sahip bulunulduğu ve görev başında bulunduğu zamanda da, kanunlar, belli bir sebebin zuhuru üzerine, yetkinin kullanılmasını (=o sebebe dayandırılacak bir tasarrufun ittihazını) muayyen bir zaman süresiyle tahdit etmiş olabirler. Bu tür zaman sınırlamaları muhtelif özel kanunlarda vardır.

Ancak, kanunen böyle bir sınırlama yapılmamışsa ve ayrıca, idare, ittihaz edeceği tasarrufun zamanını tesbitte takdir yetkisine de sahip bulunmuyorsa, bir yetki, belli bir sebebin zuhuru üzerine, ilerde, istenilen bir zamanda kullanılabilir mi ?

Örneğin, memurlara disiplin cezası tatbikini ele alalım. Evvelce anlattığımız gibi (sf. 126 vd.) bir kısım disiplin cezalarını âmirler bizzat verebilirler; bir kısmı için de, Disiplin Kurullarından karar almak zorundadırlar.

657 sayılı Devlet Memurları kanunu, disiplin kurullarının, soruşturma evrakını aldıktan itibaren 15 gün içinde mütalâa bildirmesini kanun emretmektedir (mad.128/1). Ancak âmirler, kendi verebilecekleri cezaları vermedeki yetkilerini veya soruşturma yaptırarak evrakı Disiplin kurulluna tevdi yetkilerini ne kadarlık bir süre içinde kullanmışlardır ?

Bir âmir, bir disiplin suçundan dolayı, bir memuru ilânihaye ceza tehdidi altında tutabilir mi ? Gerçi memurların, kanunun kendilerine uygulanmasını istemeleri hususunda yetkileri bulunduğu, kanunda açıkça yazılıdır. Ancak gerçekten bir disiplin suçu işlemiş veya işlemediği halde böyle bir töhmet altında kalmış olan memurun da (bu töhmet haysiyet kırıcı olmadıkça) "Kanunu tatbik ile bana ceza verecekseniz hayiniz" diye başvurması, insan tabiatı muktezası, zannederim ki beklenmez. O halde, âmir, bilfarz üç ay, beş ay, bir yıl sonra ceza tatbikine veya soruşturma açmağa yetkili midir ?

Buna ve benzeri sorulara cevap verebilmek için, bir ilkeyi gözden hiç uzak tutmamak gerek: yetki, hizmet için verilmiştir; hizmetin gereklerinin başında sür'at gelir; kanunun sür'at için süre öngörmediği bütün hallerde, mümkün olan en kısa süre ve engeller, güçlükler, özürler hâlinde de mâkul en kısa süre, yetkiyi kullanmanın zamanıdır.

Gene, derslerimin başından sonuna, zihinlere iyice yerleşmesi için durmadan tekrarladığım ve kamu hukukunda en önemli gördüğüm kavramı, "Devlet yetkisi kavramı" nı ve bunun niteliklerini göz önünde tutunuz.

Bu yetkinin kökeni, amacı nedir ?

Demokratik Hukuk Devletinde hiçbir kimse, bu devlet yetkisini kendi zâtında bulmaz; o halde, kendi sübjektif hakkı imiş gibi, "irade muhtariyetiyle" de kullanamaz. Size şu anda yargı kararları zikretmiyeceğim. Fakat, ânında kullanılmayan veya mümkün olabilen ilk anda kullanılmayan bir devlet yetkisinin, bilâhare, sübjektif bir takdir veya sâikle niçin geç kullanıldığı Hukukça gerekçelendirilemezse, keyfîlik kendiliğinden açığa çıkar. Devlet hayatı ve kamu hizmeti ise, kimsenin keyfine bağlı değildir.

Aldığımız disiplin cezası uygulama örneğinde, genel bir deyimle bir "mürur-u zaman" ın kanun tarafından tesbit edilmemiş olması, bu tecziye yetkisinin ilânihaye kullanılmasına kat'iyen cevap vermez. Disiplin cezası, "hizmette güven ve selâmet sağlamak, hizmeti korumak" amacını güder. Memurun belli bir davranışı, hizmetin bu güven ve selâmetini sarstığı içindir ki, disiplin suçu sayılmıştır. Yukarıda belirttiğim şartlar içinde, süreler içinde cezanın uygulanmamış olması, hizmetteki güven ve selâmetin sarsılmamış bulunduğunun delilidir. Eğer bu güven ve selâmet sarsılmış da ceza derhal uygulanmamışsa, artık sorumluluk memurda değil, hizmetin sarılan güven ve selâmetini korumamış olan âmirdedir.

F) YETKİ DEVRİ

Yetki, kanunla verilir. Kanun tasrih ederse, diğer düzenleyici tasarruflarla da verilebilmesi mümkündür. Yetki, böylece ve statü'den iktisap

edildiğine göre, statüde bulunmayanların yetki kullanabilmeleri düşünülemez.

Yetki, konunî bir kaynaktan geldiğine göre, yetkililerin, bunu, sübjektif haklarından devredilmeğe elverişli olanlar gibi, başkalarına devredilebilmeleri"-bu başkaları kamu görevlisi bile olsalar- kaideten mümkündür değildir. Devir için, açıkça kanunî cevaz şarttır.

Yetki devri, "karar yetkisinin devri" ve "imza yetkisinin devri" olmak üzere iki şekilde tezahür eder.

İmza yetkisinin devri, tasarrufun cevherini teşkil eden iradenin ızhârı keyfiyetinin, tasarrufun tekemmülünü belirtecek olan imzayı koyacak görevliye intikalini ifade etmez. İrade ızhârı değil, ızhâr edilen iradenin belgelendirilmesi hususu devredilmiş olur.

Teşkilât ve yetki kanunlarımızda, imza yetkisinin kimler tarafından ve ne gibi bir muamele ile devredilebileceğine dair sarîh hükümlere her zaman rastlanmamakta, bu iş, çoğu kere idarî teâmüle bırakılmış olmaktadır.

Bununla beraber, hem İdareyi ve Hizmeti, hem üçüncü şahısları korumak bakımından, imza yetkisi devrinin asıl yetki sahibince, kanunun hangi cevazına dayanılarak, kimlere, hangi konular ve hadler içinde devredilmekte bulunduğunun, üçüncü şahısların da ittılana ulaştırılacak bir kararın yapılması mecburiyeti konulmalıdır. Bu, İdare hukukumuzun bir eksikliğidir. Bazen bir Bakan adına, bir şube müdürünün dahi bir kararı imzaladığını tatbikatta görmekteyiz. Böyle bir imza vaz'ının mesnedini bilmek, idare edilenin hakkı sayılmalıdır.

Önemli olan, "karar yetkisi" nin, yâni bizatihi idarî tasarrufu ittihaz veya onun ittihazına katılma yetkisinin devridir.

Kanunlarımız bu hususta titizdirler.

Kanun, karar yetkisinin, ne zaman, hangi şartlarla kime devredileceğini ya doğrudan doğruya gösterir veya bu devir yetkisini, âmirin, vâdisine devir yapılacak şahıs ve devir zamanı itibariyle takdirine bırakır. Bu hususta, âmirler hakkında genellikle kanunların kullandığı ifade tarzı "... uygun göreceği zamânlarda...", "... tensip edeceği bir şahıs...", "... muavinlerinden uygun göreceği biri..." şekillerindedir.

Kendisine bu suretle karar yetkisi devredilen bir kamu görevlisinin, yetkinin asıl sahibine ait bütün hukukî iktidarı, konu ve sınırları kayıtlaması olmaksızın kullanabilmesi mümkün müdür ?

Yetki, âmiriyet makamının esasen boş olması veya âmirin bir özürlü görev başında bulunamaması dolayısıyla kanun hükmü icabı ve otomatik surette devrediliyorsa, devir alanın -ki, bu, "vekâlet" dediğimiz müessesedir- yetkinin tamamını, asıl yetki sahibi gibi kullanması câiz ve gereklidir.

Fakat yetki devri, kanunun müsaadesiyle, âmir tarafından belirtilen bir şahsa ve kısa denilebilecek bir süre için yapılıyorsa, burada, biz-zat âmirin devredilecek karar konularını ve sınırlarını belirtme yetkisi kabul edilmelidir.

Şâyet böyle bir belirtmeyi, -tahdid'i- âmir yapmamışsa, yetki devir alan görevlinin câri işler (=günlük işler) (bk. sf.92) sınırını aşmaması, olağanüstü durumlar olmadıkça yetkiyi ancak câri işlerde kullanması, "iyi idare" ilkelerindedir.

Meselâ bir belediye başkanına vekâlet edecek başkan yardımcısının, önemli bir sözleşme aktetmesi, başkan tarafından boş tutulmuş bir kadroya fırsattan bil'istifade tayin yapması, terfi kararları alması, hiç şüphesiz, "câri işler" sınırını aşmak ve devir alınan yetkiyi sakat kullanmak (=yetki aşımı) olur.

G) YETKİ UNSURUNDA SAKATLIKLAR

Bu sakatlıkların bir kısmını, hemen yukarda, yetki unsurunun bazı özel hükümlerini incelerken gördük. Şimdi, daha vahim sakatlıkları gözden geçirelim.

1/ Yetki gasbı, ister kamu görevlisi olsun, ister olmasın, İdare adına tasarruf ittihazi yetkisine sahip bulunmayan (=âmir makam işgal etmeyen) bir kimsenin, idarî tasarruf ittihaz etmesi hâlidir.

Yetki gasbı, o kadar vahim bir sakatlıktır ki, tasarrufun ölü doğmasına, yani yok hükmünde (=keenslemekün= nul et de nul effet juridique) sayılmasına yol açar. Cezaî sonuçlar bir tarafa böyle bir tasarruf yok'tur (*).

2/ Yetki aşımı, genel bir sakatlık türüdür. Âmir bir makamın konuda, zamanda, mekânda yetkisiz olduğu halde tasarruf ittihazi hâlidir.

Yetki aşımının, idarî âmiriyet iyerarşisinde, her zaman aşağıdan yukarıya doğru vâkî olabileceği sanılmamalıdır. Bakan tarafından tâyini gereken bir memurun vali tarafından tâyininde nasıl bir yetki aşımı varsa, kanunun, tâyin yetkisini valiye verdiği bir memuru, bakanın tâyin etmesi de aynı şekilde bir yetki aşımıdır (**).

3/ Yetki saptırması, kendisini yetki'den çok, maksat unsurunda gösteren, maksat unsurunda tezahür eden vahim bir sakatlık hâlidir. Genel maksadın veya yetkiyi veren (=görevi yükleyen) kanunun özel maksadının şahsî kin, gayz, husumet, menfaat ves. gibi sâiklerle aşılması, saptırılmasıdır (bk. sf. 199). Müeyyidesi yokluk'tur (**).

4/ Foaksiyon gasbı, Yasama, İdare ve Yargı arasında vukua gelebilir. İdarenin yargılama yapması, Yargının idarî bir düzenlemede bulunması, Yasamanın yargı işini üstelenmesi (27 Mayıs öncesindeki "Tahkikat Komisyonu" gibi) ve hattâ kanaatimce, İdarenin tanzim salâhiyetine müdahalesi şekillerinde tezahür eder. İdarî yargıdaki denetimde, bir yokluk sebebi sayılır.

BU SAKATLIKLARI GİDEREN HALLER :

İdare hukuku, açık-seçik çözümleri olmasına rağmen, yumuşaklığı da olan bir hukuk koludur. Kodifiye edilmediği için sert ve bükülmez değildir; suples'i vardır. Ancak bu suples (=souplesse) basit hoşgörülerle değil, kamu yararı gibi ulvî bir mülâhaza ile kullanılır. Kamu yararı, tüm idarî faaliyetin ana fikri (=fıkr-i mücîr'i) olduğu için, İdare hukuku, kamu yararı mülâhazasıyla yer yer yumuşar ve musamahalı davranır. Bu musamaha (=hoşgörü) hallerinden biri de "Olağanüstü durumlar" teorisinde ele alınmıştır.

Olağanüstü durumlarda (harp, düşman istilâsı, isyan, iç karışıklıklar, tabii âfetler ves.) kamu hizmetlerini sürdürmek ve kamu yararını gerçekleştirmek için, ika edilmek zorunda kalınan kanunsuzluklar, İdarî yargı mercilerinin takdirleriyle, örtülür.

Bu, birinci cihan savaşı sırasında birçok yerlerde tekerrür eden bazı yetki gasıpları dolayısıyla, Fransız Danıştayının ihdas ettiği bir ilkedir. Birinci cihan savaşında, Alman işgali altında kalan yerlerde, gerek merkezi idare memurlarının, gerek mahallî idare yöneticilerinin düşmandan kaçmaları sebebiyle çöken idarî teşkilâtı kısmen olsun canlandırmak ve yüzüstü bırakılan en belli başlı kamu hizmetlerini çevirmek için, halktan bazı kişiler, kendi kendilerine bir takım idarî yetkiler üstelenerek emirler vermişler, düzenlemeler yapmışlar, yükümler yüklemişler ve hattâ kuvvet kullanarak bazı kamu hizmetlerini zorla sürdürmüşlerdir. Normal zamanlarda -cezaî mesuliyetler bir tarafa- bu tür tasarrufları ve eylemleri "idarî" saymağa ve hukukî görmeğe imkân yoktur. Bunlar yetki gasbı ile yok sayılması icabedecek kararlar, eylem olarak da haksız fiillerdir. Fakat fevkalâde hallerde bu davranışlar, bu kararlar ve fiiller, halkın muayyen kamu hizmetleriyle giderilebilecek ihtiyaçlarını karşılamak, kamuya yararlı olmuştur. Fransız Danıştay, harp sonunda İdarenin benimseydiği bu kararlara karşı açılan davaları, ortada özel kişilerce yetki gasbı olduğu halde, "Fevkalâde haller" nazariyesini tatbik ederek iptal eylememiştir.

(*) Usurpation de pouvoir.

(**) Excès de pouvoir.

(***) Détournement de pouvoir.

§ 3. KONVERSİYON

Özel hukuk muamelelerinde geçerli olan bir ilke vardır: "bir tasarruf, doğumu ve sıhhati için mevcudiyeti lâzımgelen şartlara uymamakla beraber, mevcut unsurlar benzeri muameleye uygun olduğu takdirde, o tasarruf batıl sayılmayarak bu ikinci muamele mahiyetinde muteber bir tasarruf saymak mümkündür" (S.S.Onar, 3 bası, I, 337-338).

Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, bu teorinin idare hukuku sahasında tatbik edilebileceği kanaatinde. Örnek olarak da, Danıştay incelemesinden geçirilmemiş bir tüzüğün, tüzük olarak değil, fakat bir yönetmelik olarak muteber sayılabileceği kanısında olduğunu söylemektedir.

Özel hukukta gerçekten böyle bir müessese mevcuttur. Konversiyon (=conversion) veya Tahvil (=Tahavvül) denilen bu müesseseye göre, özel hukuk işlemleri kategori değiştirebilirler. Hizmet akti olarak ve o niyetle yapılan bir akit, Hizmet akti olarak sakat, fakat bir İstisna veya vekâlet akti olarak muteber olabilir. Fakat bu tahavvülün (=dönüşme'nin) kabulü de herhalde tarafların iradesine bağlıdır.

Aynı şey İdare hukukunda mümkün müdür ?

Yukarda değerli eserinden naklettiğim kısımda gördüğümüz gibi, Ord. Prof. rahmetli S.S. Onar, bunu mümkün görüyor.

Derhal ilâve etmeliyim ki, rahmetli Ord. Prof. bu fikrinde tek kalmıştır. Ne Fransız, ne Türk hiçbir İdare hukukuçusu, Konversiyondan bahsettiğini ve bunu İdare hukukunda da mümkün gördüğünü, bütün çabalarına rağmen bulamadım. Böyle olduğuna göre de, bu bahse derslerim arasında belki yer vermemem gerektiğini düşünenler bulunabilir. Bilâkis, buna yer vermemin sebebi, memleketimiz hukukçularının pek büyük bir çoğunluğunda hâkim olduğuna bildiğim, gördüğüm "özel hukuk formasyonu ağırlığı" nın, üstelik gene memleketimizde komple ve ayrıntılı tek İdare hukuku eserini meydana getirmiş ve görüşlerini yıllarca tatbikatçılara ve yargıçlara genellikle kamu etirmiş bulunan rahmetli S.S.Onar'ın da bu yoldaki beyanıyla birleşince, İdare hukukumuzda konversiyonun kabulü gibi pek ters bir sonucun doğması, doğabilmesi tehlikesidir.

İdare hukukunda konversiyonu kabul etmek, İdare hukukunu berhava etmek demektir. Konversiyonu kabul edebilecek olanlar, özel hukuk formasyonlarının ağırlığı altında kalacaklar olduğuna göre, özel hukuk terimleriyle ifade edelim ki, İdare hukukunda bütün kurallar "âmme intizamından" dir", cümlesi "âmir hükümleridir".

Özel hukukta muamelelere kategori değiştirmek, tıpkı o muameleleri yapmak gibi, bir "irade muhtariyeti" meselesidir. Kişiler, devlet yetkisi değil, sübjektif hak kullanmaktadırlar; bunu kullanıp kullanmamakta olduğu gibi, yasak edilmemiş (âmir hükümlerle yasaklanmamış) her şekil ve usûlde kullanmakta serbesttirler. Fakat İdare hukukunda sübjektif hak yoktur. Âmir makamlar, sübjektif hak kullanmadıkları gibi, tartışmasını yillardır hazırladığım ve nasip olursa ortaya çıkaracağım kitabımda yapacağım gibi, fertlerin de İdareye karşı sübjektif hakları mevcut değildir. Pek çok hukukçumuzun buna hayret ve hattâ isyan edeceğini ve beni en koyu bir "devletçi pozitivism" ile niteleneceklerini bilerek söyleyeyim: Fertlerin de, İdare karşısında sübjektif hakları yoktur.

İdare hukukunda, hukukî tasarrufların "kategorileri" vardır. Her kategoriye Hukuk bizzat yaratmış ve düzenlemiştir. Yukarda merhum Onar'ın verdiği misal de, hayatında şahsına ve şimdi hatırasına son derece içten saygı olmasına, Türk İdare hukukuna ettiği hizmetleri kimse edememiş ve bu hizmetlerin inkârı veya küçümsemesi mümkün bulunmamış olmasına rağmen ifade etmek mecburiyetindeyim ki, onun verdiği misalde, muazzam bir hatâ vardır. Danıştaydan geçmiş bir tüzük, iptali gerekli sakat bir tasarruftur ve kat'iyen, tüzük olarak sakat, fakat bir Bakanlar Kurulu yönetmeliği olarak muteber olamaz. Bunu kabul ettiğiniz anda, devlet yetkisini, idarecilerin sübjektif hakları niteliğine indirir ve idarecilere de, idarî tasarruflarda "irade muhtariyeti" tanımış olur ve binnetice bu türlü kabullerin, İdare hukukunda tevliid edilebileceği daha binbir türlü ters

sonuca rıza gösterirsiniz. Neticede ne olur bilir misiniz ? Hukuk Devleti ortadan kalkar.

Ve meselâ hiçbir sonuçtan bir tanesine işaret edeyim: örneğin İdare hukukunda hiçbir devlet yetkisi, kamu yararı ve hizmet yararı amacının dışında bir amaç güderek kullanılamayacağı halde, bunun aksi meydana gelir ve bir İdareci de, tıpkı özel hukukta olduğu gibi "Sırf gayri ızzar için kullanmadığım sürece, Hukuk, benim bütün yetki kullanışlarımı himayeye mecburdur" der.

Bütün bu mülâhazalar, niçin merhum Onar'dan başka hiçbir idare hukukçusunun konversiyondan bahsetmediğini gösterir sanırım.

§ 4. TAKDİR YETKİSİ

İdare hukukçuları, idarî yetkiyi "bağlı yetki" (=compétence liée) ve "takdir yetkisi" (*) (=pouvoir discrétionnaire) olarak ikiye ayırırlar. İdarenin bir yetkiyi mutlaka kullanması gereken hallerde "bağlı yetki" den, kullanıp kullanmamak veya kullanışın bazı gereklerini bizzat tâyin etmekte serbest bırakıldığı hallerde de "takdir yetkisi" nden söz edilir.

Takdir yetkisi, İdare hukukunun en güç, en çetrefil bahislerinden biri sayılır. Aslında bu konuda abartmalar vardır ve güçlükler teknik nitelikte olmaktan çok, devlet fonksiyonlarını anlayış plânındadır. Bu nedenle, sorunu üst plândan alarak inelim:

Bu üst plânda, Yürütme'nin (=İdare'nin) hukuka bağlılığı problemiyle karşılaşmaktayız. Hareket noktamız bu problem oluyor.

Mutlak bir otorite anlayışından, Hukuka bağlı İdareye geçişin çeşitli aşamalarına ve bu iki kavram arasındaki çatışmalara, derslerimizin başından beri, değişik başlıklar, değişik vesilelerle temas etmiş bulunuyorum.

Kuvvetli hayatiyet taşıyor bir organizma olan toplumun, ortak ve genel ihtiyaçlarını çeşitli kamu hizmetleri tesis etmek ve her hizmet içinde de bazan pek sık modalite değiştirmek suretiyle karşılamak, İdarenin görevidir. Evvelce de anlattığım gibi, İdare aktiftir, müteşebbistir; sür'atli, müessir (=etkin) ve verimli olmak görevindedir. İdarenin başarısı bu faktörlerle ölçülür; o halde yetkilerinin de bu faktörlerle tâyini gerekir.

Ancak, bir Hukuk Devletinde, bütün bu faktörler, Hukuka saygı içinde mütalâa edilmek gerekince güçlükler başlamıştır. İdare, otoriteye ve kararlarında, fiillerinde sür'ate ve serbestçe harekete muhtaçtır. Ancak Hukuka da uymak zorundadır.

Hukukla otorite, sür'at, serbest hareket çelişir mi ? Hayır ! Fakat siyasal toplumların Hukuk Devleti aşamasına girişteki -insanlık tarihine göre- yeniliği düşününüz. Hukuka bağlılıkla, İdaredeki teşebbüs, sür'at ve "takdir" gereklerini bağdaştırma kolay olmuş ve olmamaktadır. İşte idare hukukunda, takdir yetkisinin yarattığı problemler, bu "bağdaştırma"nın güçlüklerinden ibarettir. Hukuk tekniği plânındaki güçlükler buradan doğuyor.

Bunun üstünde, devlet fonksiyonlarını ve her fonksiyona düşen yetkinin mahiyet, amaç ve devlet hayatındaki yerinin gereği gibi kavrayamamanın veya kabul etmemenin yarattığı problemler bulunuyor. Bu problemlerin menşesinde de, devletin belli organ ve fonksiyonları arasında işbölümü gereği yerine, iyerarşi tesisi eğilimi yatmaktadır.

Bu iyerarşi mücadelesi, demokratik rejimlere geçildiği ve Kuvvetler ayrılmış denilen teorinin önerileri genellikle kabul edildiği gündünberi birçok memlekette sürüp gitmiştir. Kim kimden üstün ? meselesi...

Hukuka bağlılık ilkesine -bittabi birçok sebeplerin ağır basmasıyla- önem verildikçe, Yargı'da, fonksiyonlar arası iyerarşiyi tesis ederek

(*) Hukuk Dili ve genellikle Türkçemiz üzerindeki ısrarlarımızı bilirsiniz. Takdir kelimesini pekçok öğrencimiz "taktir" diye yazıp söylüyorlar. Taktir, imbi'kten geçirme, "damıtma" demektir. Hukukta yeri yoktur.

en üst ve hâkim fonksiyon olma eğilimi belirmiş ve bazı hukukçular bu eğilimi "Yargıçlar hükümeti" deyimini ortaya atarak göstermek istemişlerdir. Bu eğilim önlendiği zaman, Yürütme, kendi uyacağı Hukuku kendisi tâstih etme ve buna riayetinin derecesini gene kendisi tâyin eyleme eğilimine kapılmıştır. Fransız Danıştayının 1799'dan bu güne yaşamaını, tutuk adaletten murahhas adalete geçişini, sonra tekrar tutuk adalete dönmek için, tekrar murahhas adalete geçişini ve bir daha tutuk adalete dönmek için "hükümet tasarrufu" adını verdiği kategoriyi kendi kendisini sınırlamak için nasıl ihdas ettiğini yukarıda muhtelif bahislerde anlatmışım. Hukukçularda İdareyi sınırlama genel bir eğilimdir; fakat zaman zaman bu eğilimin, faal İdare için ne türlü bunalmalar yarattığı da gözden kaçmaz. Bu bunalmaların reaksiyonu, bu sefer İdareye karşı Hukuka uyma bahsinde aşırı hoşgörülere de dönüşür. Bir süre sonra, bu aşırı hoşgörülerin Hukuk devleti ilkesini zedelediği farkedilir ve tekrar sınırlamalara yönelinir.

Bu bocalamalar, müesseseleri yürüten, fonksiyonları icra eden insanların formasyonlarında çözümlenebilir; aksi halde sürer gider. Açıkçası meselenin düğüm noktası, Demokratik Hukuk Devleti ilkelerinin, sade vatandaşın önce yargıçta, idarecede, yasa koyucuda kavranış ölçü ve biçimindedir.

İdareci, hiç şüphesiz takdir yetkisine muhtaçtır. Ancak takdir yetkisi denilen nesnenin, özel bir yetki türü olmayıp, devlet yetkisinde bir "kullanış biçimi" olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bir Hukuk devletinde, bu "takdir" idarî tasarrufun hangi unsurlarına ve idarî tasarrufun tâbi kıldığı hukukî rejimin hangi hüküm ve gereklerine taallük eder ? Bunu görelim.

Bir kere, Maksat unsurunda takdir yoktur. Maksat, Sebep ve Sâikle karıştırılmamalıdır. Devlet yetkisinin, yukarıda belirttiğimizden başka maksatlarla kullanılması, yetkinin mahiyetine aykırı düşer.

Şekil ve Usûl ile Yetki unsurunda da takdir imkânını kabul edebilmek mümkün değildir. Kanun, bir tasarrufun ittihazını muayyen bir usûle ve şekle ya bağlamış, yahut bağlamamıştır. İdarenin serbest kalması istenen hallerde, şekil ve usûl zorunlulukları esasen konulmamıştır.

Yetkide de takdir olamaz. Takdir, yetkiye sahip oluştta değil, aşağıda göreceğimiz gibi onun kullanılış zamanını ve onunla yaratılacak normu tâyindedir.

O halde, takdir yetkisi denilen güç sebep ve konu unsurlarında gözükiyor.

Gerçekten mesele, İdarecinin hangi maddî ve hukukî vâkıları belli bir konudaki tasarrufu ittihaz için "sebep" olarak kabul edip edemeyeceğinde veya belli sebeplerin varlığı karşısında, muayyen bir konuda bir tasarruf ittihaz edip edemeyeceğinde gözükiyor.

Bunları misallerle aydınlatalım:

1/ Kanun, 60 yaşını veya 30 yıl hizmet süresini doldurmuş bir memurun emekliye sevk edilmesine imkân veriyor. Mecburen emekli edilecek bir memurun emeklilik kararını ittihaz yetkisiyle, şu suretle emekli edilebilecek memurun emeklilik kararını ittihaz yetkileri, âmiriyet makamı itibarıyla değişmiyor. Kim tâyin yetkisine sahip ise, emekli edecek olan da odur. O halde yetki sahibinde değişiklik yok.

Emekliye sevk tasarrufunun maksadında da takdir yok. Zira maksat, kamu hizmetinin selâmetini temindir. Şekil ve usûlde de bir fark yoktur. Konu da aynıdır: memuru, emekli statüsüne sokmaktır.

Ancak "sebep" te fark vardır. Yaş haddinden dolayı mecburî bir emeklilik, sebebi kanun, işte, tâyin etmiştir: 65 yaşın ikmali...

Fakat 60 yaş veya 30 hizmet yılını doldurma hâlinde "görülen lüzum" üzerine emekliye sevk etmede, sebep ne oluyor ?

Sebep "görülen lüzum" dur.

O halde, "görülen lüzum" sebebine dayanıldığı takdirde, emekliye sevk tasarrufunda ne konu (=emeklilik durumunun doğması), ne maksat (=memuru emekliye sevk suretiyle hizmetin selâmetinin korunması), ne yetki (=tâyin eden makam) ne şekil veya usûl, bir değişme göstermiyor.

Tasarrufu ittihaz edecek olan âmirin tâyin eyleyebileceği bir tek unsur var: sebep.

Burada sebep "görülen lüzum" olarak kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Âmir, lüzum görecektir; veya görmeyecektir. Lüzum görürse, bu "lüzum görme", emekliye sevk tasarrufunun ittihazında sebep teşkil edecektir. Lüzum görmezse, böyle bir tasarrufun ittihazi için sebep yoktur.

Devlet memurlarını kanununun 126 ncı maddesine göre, uyarma ve kinama cezaları, âmir tarafından, disiplin kurulu görüşü alınmadan re'sen verilebilir.

125 inci maddenin B fıkrasının a bendine göre, izinsiz veya özürsüz olarak bir gün göreve gelmemek kinama cezasını gerektirir.

Bir memurun bir gün izinsiz olarak ve herhangi bir özür de bildirmeyerek göreve gelmemesi hâlinde, âmir, o memuru mutlaka cezalandırmaya, ona bir kinama cezası vermeye mecbur mudur ?

Hayır !

Memurun bir gün göreve gelmemiş olduğu, devam cetvelinde, devamı kontrol edenler tarafından tesbit edilmiş olsa bile, âmir, o memurun görev başındaki kabiliyetini, çalışkanlığını, göreve gösterdiği itina ve ihtimamı, görevdeki sür'atini göz önünde tutarak veya kabiliyetli gördüğü o memurun şevkini kırmanak için "-İnsanlık hâlidir; kim bilir hangi sebeple gelmemiştir; söylemekten kaçındığı bir özrü de bulunabilir; ceza vermeyeyim" diyebilir.

Görüyorsunuz ki disiplin cezası hakkındaki bir tasarrufun "sebebi" kanunla gösterilmiş, objektif, açık-seçik bir vâkiadır. Ceza verilmeğe istenildiği takdirde, âmir, sebep tâyin edecek değildir; tasarrufu ittihaz ederse, sadece "konu" doğacak, memur kinama cezası almış olacaktır. O halde âmir, konu'nun doğmasını isteyip istememekte takdir yetkisine sahiptir.

Birinci misalde, âmir, sebebi tâyin ediyor ve tasarrufu ittihaz ediyordu. Sebebi tâyin etmesi de, tasarrufu ittihaz için şart idi.

İkinci misalde, sebep mevcut; kanun tâyin etmiş. Âmir, kanunun sebep diye gösterdiği bir vâkiayı sebep olarak kabul etmek ve binnetice tasarrufu ittihaz eylemek mecburiyetinde değil.

2/ Polis Vazife ve Salâhiyet kanununun 9 uncu maddesine göre (f.F), polis: "... Umumî terbiyeye uygun olmayan şarkı veya sözleri... muhtevî gramofon plâklarını alır" yani elkoyar. Bunlar ayrıca suç teşkil ediyorlarsa, Adliyeye de verir. Ancak bu elkoyma bir mecburiyet değildir. Polis, sadece adliyeye vermekle de yetinebilir.

O halde, muayyen bir sebep dolayısıyla elkoyma veya adliyeye verme gibi iki ayrı konulu tasarruf ittihazi mümkündür. Tiyatro temsilleri için de Polisin böyle bir yetkisi vardır. Ahlâka ve umumî terbiyeye uygun görmediği... bir temsili men edebilir; men etmeden adliyeye intikal ettirebilir.

Şimdi takdir yetkisinin daha ziyade sebep unsuru üzerinde toplandığını görüyoruz. Bazen da, muayyen bir sebep dolayısıyla konu bakımından alternatifler bulunabiliyor; yani bir sebep (a) konusunu veya (b) konusunu doğurabilecek birer tasarruf ittihazına dayanaklık edebiliyor. Fakat daha çok, birinci hâli görüyoruz: takdir yetkisi, sebep unsuruna müteallik bulunuyor.

Kanun, sebebi açıkça belirtmiş, fakat tasarrufun ittihaz edilip edilmemesini yetkili âmire bırakmışsa, ancak maksat'ta bir sakatlık olduğu zaman, yani yetki saptırılması hâlinde, tasarruf sakatlanır. Bunun isbatının güç olduğunu söylemiştim. Çoğu kere, mümkün değildir. Mümkün olduğu zaman ise, tasarruf, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasından değil, düpedüz, yetki saptırmasından dolayı iptal edilmiş olur ki, yetki saptırmak, takdir yetkisinin kullanılmasıyla özel surette ilişkili bir sakatlık değildir. Bu nedenle, yetki saptırmasından dolayı vâki sakatlıkları, takdir yetkisine bağlamak yanlış sonuç verir.

O halde, takdir yetkisinin varlık biçimlerini ve kullanılmasını gözden geçirelim:

1/ Sebep kanunla açık-seçik olarak gösterilmiştir. Bu sebebe dayanarak tasarruf itti haz edip etmemek, edecekse zamanını t a y i n e y l e m e k â m i r i n yetkisi içindedir. Âmirin takdiri sebebi kullanıp kullanmamak hususundadır.

2/ Sebep, kanunda açık seçik biçimde gösterilmemiştir. İdare hukukçularının genellikle kullandıkları bir deyimle "belirsiz kavram" a dayandırılmıştır. "Görülen lüzum", "umumî terbiye", "genel ahlâk", "kamu güveni" ... gibi evvelâ muhtevası, anlamı, kapsamı t a y i n e d i l m e k e ve sonra, itti haz edilecek bir tasarruf için "sebep" sayılacak bir "belirsiz kavram" vardır. Âmir, olaya ve duruma göre, bu kavramı belirli hâle getirecek ve tasarrufunu buna istinad ettirecektir.

Tasarrufun itti hazında, bu "belirsiz kavramı" zikretmek, biçimsel bakımdan yeterli olabilir. Fakat gerekçe göstermek mecburiyeti karşısında, kavramı belirlemek ve hâdisesine uygunluğunu açıklayıp sebep-konu ilintisini ortaya koymak lâzım olacaktır.

Re'sen emeklilikte "lüzum görüldü de ondan emeklilik tasarrufu itti haz edildi" demek, "sebep göstermek" değildir. Bu "görülen lüzum"un ne olduğunu, emeklilik tasarrufunda, ilgiliye açıklamak yolunda bir kanunî mecburiyetin bulunmaması, aynı şeyin (=gerekçe'nin) mahkemeye açıklanma mecburiyetini de ortadan kaldırmaz. Mahkeme "görülen lüzum" un ne idüğünü soracaktır.

Bir memur İdarece mecburiyet olmadan emekliliğe sevkinde "görülen lüzum" ancak "kamu hizmetinin selâmeti" dir. O halde, memurun emekliye sevkî gerekmiş olabilir için, onun, kamu hizmetinde devamının, hizmetin selâmetini ihlâl etmekte bulunması lâzımdır.

Hizmetin selâmeti ise, müteaddit şekillerde, birbirinden pek değişik davranışlarla ihlâl edilebilir.

Aceba memur ne yapmıştır veya yapmaktadır yahut yapamamaktadır da hizmetin selâmeti helâl uğramaktadır ? Herhalde, memur belli bir davranış içinde olacaktır ki, hizmet bundan haleldar edilmiş bulunacaktır. Bu belli davranış nedir ?

Bazı olaylarda İdare âmirlerinin işte bu noktayı anlayamadıkları ve takdir yetkisini, şahıslarına verilmiş ve hesabını da kendilerinin kimseye vermek mecburiyetinde bulunmadıkları bir yetki zannettikleri anlaşılacaktır (Danıştayın bu türlü bir anlayışa karşı verilmiş yüzlerce kararı vardır). Bazı âmirlerin "Kanun, bu tasarrufun itti hazını benim lüzum görmeme bırakmıştır; ben de lüzum görmekteyim" şeklinde bir savunmaya giriştikleri, pek çok davada görülmüştür.

Hayır ! Takdir yetkisi bu değildir. Hukuk, âmire verdiği yetkinin, o yetkinin kökenine, mahiyet ve amacına uygun surette kullanılıp kullanılmadığını araştırmak mecburiyetindedir.

O halde, aceba takdir yetkisi diye birşey yok mudur ?

Takdir yetkisi, şayet "keyfî hareket yetkisi" veya "devlet yetkisi kullanmak, fakat bu kullanımın gereğini ve gerekçesini göstermemek hususunda intiyazlı olmak" yetkisi diye anlaşılacak istenirse, cevap verelim ki, bu türlü bir yetki, ne takdir yetkisi, ne başka türlü bir yetki olarak, devlet adına kullanılmak üzere, Hukuk Devletinde, yoktur.

Aynı şey, diğer "belirsiz kavramlar" için söz konusudur. Ahlâka ve umumî terbiyeye aykırı görüldüğünden dolayı bir tiyatro temsili yasaklanırsa, âmir, "benim ahlâk ve umumî terbiye anlayışım budur ve bu temsil benim bu anlayışına uymuyor" dememelidir. Ahlâk ve umumî terbiye, toplumsal değer yargılarıdır. Zamandan zamana ve aynı zaman içinde bir mekândan diğerine değişir; fakat daima topluma ait değer yargılarıdır; bireysel, kişisel değer yargıları değildir. O halde âmir, belli bir zaman ve mekânda toplumun bu tür değer yargılarının izleyip gözlemeden ve tesbit etmeden harekete geçemez. Demek ki, belirsiz kavramları da, takdir yetkisini kullanmak için "belirlemeğe" ihtiyaç vardır. Âmir bu belirleme'yi yapamazsa, tasarrufu denetleyen idare mahkemesi yapar. Âmir, bir belirleme bulunmuşsa, idare mahkemesi, bu belirlemenin, zamana ve mekâna göre

uyumluluğunu tesbit etmeğe çalışır. Bu bir mahkeme olduğu için, yapacağı tesbit de —bilimsel açıdan ne derece şâyânî tenkit bulunursa bulunsun— saygıyla karşılanmak mecburîdir. Bu nedenle, takdir yetkisinin sırf takdiri unsur itibarıyla sakat kullanılmasını önlemek üzere, idarî yargının içtihatlarını, belirsiz kavramları çeşitli olaylarda nasîl belirlemiş olduğunu dikkatle izlemek ve ona göre uygulamada bulunmak gerekir. İdare hukukunun tümünden inşasında yargı kararlarının yeri ve rolü, burada da yapıcı ve yol göstericidir. Bundan başka, en yüksek idarî âmiriyet mercilerinin, kanunlarda yer alan "belirsiz kavramları" tüzük, yönetmelik, genelge ve somut olaylar karşısında talimat (=yönerge'lerle) gibi idarî tanzim vasıtalarıyla önceden, mümkün olduğu kadar belirginliğe kavuşturma çabasında bulunmaları Hukuka Saygılı İdare için gereklidir. Böylece daha alt âmiriyet makamlarının, kanunu doğrudan doğruya yorumlarken düşebilecekleri yanlışlıklar önenebileceği gibi, tatbikat yeknasaklığı (=üniformite=uniformité) sağlanır. Önem taşıyan hususlarda ise, merkezî idare olarak Danıştaydan (=tabiiyle idarî bölümden) mütalâa sormak ve alt merciler için de, önemli takdir yetkilerinin kullanılmasında, tasarrufun ittihazından önce âmiriyet mercilerinden tasvip almak usulü konulmalıdır.

Ş 5. İDARİ TASARRUFLARIN TEKEMMÜLÜ, UYGULANMASI,

YORUMU, GERİ ALINMASI

A) TEKEMMÜL SORUNU

İdarenin tasarruf ittihaz edişi, özel hukukta gerçek kişilerin hukukî muamelede bulunmalarından iradî ve fikrî bir ameliye olarak çok farklıdır. Özel kişi, sefihlik sebebiyle hacir altına alınma talebi veya bir sübjektif hakkını sırf gayrı izrar için kullanmış olduğu gibi bir iddia karşısında kalmadıkça, muamelesinin, kararının gerekçesini kimseye beyana mecbur değildir. Bu nedenle ânî kararlar alabilir; kızgınlıkla, tehevürle hareket edebilir; hattâ bir kelimeyle "keyfî" hareket edebilir. Çünkü onun yapamayacağı tek şey, ancak bir yasakla, bir âmir hükümle men edilmiştir. Gerçi özel hukukta, bazı muameleler için "şekil mecburiyetleri" öngörülmemiş değildir. Fakat bu şekil mecburiyetlerinde güdülen amaç arasında, bizzat özel kişiyi, muamelesinde ihtiyat, basiret, teenni ile harekete tâbî tutmak gibi bir hususun varlığı iddia edilse bile, asıl amaç, üçüncü şahısları korumaktır. Bu üçüncü şahıs kavramına tüm toplum da girer; böyle haller vardır.

Bu durumun sebebi, özel kişinin, bir sübjektif hakkını kullanırken, aslında bir özgürlüğünü kullanmakta olmasıdır. Yasaklanmayan her yerde, özgürlük vardır. Özgürlük, özel kişi için asıldır; yasak, istisnadır.

İdareci ise, devlet yetkisini neufsinde bulmuyor; ve onu kullanırken, özgürlüğünü kullanmıyor. Bu nedenle, yukarıda takdir yetkisi bahsinde de yeterince açıkladığımız gibi, idareci bir yetkisini niçin kullandığını bizzat bilmek ve bu kullanımın hukuka uygunluğunu gerek ilgilie -ve ona karşı kullanış sırasında mecbur tutulmamışsa dahi- gerek yargı mercii-ne ispatlamak mecburiyetindedir. Devlet yetkisinin istimali, baştan sona, şekle ve esasa ilişkin hükümlere (özel hukukçu deyimiyle, baştan sona âmir hükümlere) bağlanmıştır. Bu hükümler, devlet yetkisinin zâtına, mahiyetine, menşesine aykırı hiçbir davranışa cevaz vermez. Bu nedenle idareci keyfî kararlar alamayacağı gibi, bir insan olarak fevrî, ânî, tehevürî, bilinçsiz kararlar da alamaz. Onun karar alabilmesi, belli sebeplerden hareketle muayyen kategorilerde, konuları, şekil şartları kanunlarla tesbit edilmiş tasarruflar ittihazı suretinde olur.

Kanunlar, her kategorideki tasarruf için biçimler, usuller tesbit etmişlerdir. Biçim ve usul kavramlarını yukarıda gördük. Basit tasarruflar, bu usulden geçilerek, iradenin beyanı ile tekemmül eder. Ancak tekemmülün belgelendirilmesi gerek İdareci, gerek üçüncü şahıslar için zorunludur ve kaideten inza ile mümkün olur.

Müteaddit iradelerin telâhukundan meydana gelen karma tasarruflarda tekemmül, sonuncu iradenin eklenmesiyle olur.

Ferdî tasarrufların ilgilie tebliği ile, tebliği mümkün yahut pratik kılamayacak kadar çok şahsı ilgilendiren genel tasarruflarla, düzenleyici tasarrufların ilânı, tekemmül değil, icra yâni tasarrufun yürütülmesi ve hukukî ve/veya fiilî neticelerinin elde edilmesi şarttır. Ancak tebliğ veya ilân suretiyledir ki tasarruflar, üçüncü şahısların hukukî durumlarını değiştirir ve kabil-i dermeyer nitelik kazanırlar. Yoksa tekemmül ile tebliğ veya ilân arasında geçen sürede, tasarruf, onu ittihaz edenlerle ona muttali olma mevkiinde bulunanlar için bir hukukî veri (=mütâ) teşkil eder. Bu kişiler tasarrufun hükümleriyle bağlandırlar. İcra-ya müteallik mükellefiyetleri varsa, bunu yerine getirmekle de yükümlüdürler.

B) UYGULAMA

Tekemmül eden bir tasarruf için, aslolan onun uygulanmasıdır. İdarenin bir kısım tasarrufları (=icraî nitelikte olmayanlar) tekemmülle hüküm ifade edebildikleri halde, yukarıda söylediğimiz gibi, üçüncü şahıslara karşı dermeyer edilecek, binnetice icraî mahiyet kazanması gerekecekler için, üçüncü şahısların ittilana ulaştırılma şarttır.

Bir kısım tasarruflar, sadece hukuk düzeninde netice meydana getirmekle kalırlar. "Tasarruf" kavramının mahiyeti gereği, Hukuk düzeninde, ona bir norm katma, ondaki bir normu değiştirme veya ondaki bir normun varlığına son verme suretiyle sonuç doğururlar. Örneğin bir düzenleyici tasarruf, böyledir.

Tasarrufların diğer bir kısmı da, hukukî neticeden sonra, fiilî (=maddî) bir neticenin elde edilmesini de gerektirirler.

Maddî neticenin elde edilmesi, İdarenin muameleleri ve fiilleriyle vuku bulabilir. Meselâ bir ödemenin yapılması, bir belgenin, bir şey'in verilmesi gibi. Bu maddî neticenin istihsalı bazan uzun ve külfetli maddî hareketleri, fiilleri de icabettirebilir; bir yolun yapılması gibi.

İdare'ler, üstelendikleri hizmetlere göre, bu tür maddî neticelerin elde edilmesi için gerekli personele, araç ve gereçlere sahip olacaklardır. Olmadıkları takdirde bunu başka İdarelerden veya sözleşme ile özel sektörden de sağlayabilirler.

Ancak bir tasarrufun icrası, üçüncü şahısların zorlanmasını gerektiriyorsa, bu zorlama gücünü, idareler ya kendilerinde bulurlar veya "icra" için zorlama görevine ve gücüne sahip başka idarelerden sağlarlar.

Zorlama gücü, uzman bir güçtür. Bunun için, bütün idarelerin, zorlama gücüne sahip olması hem imkânsız, hem de gereksizdir. Zira bir yerde, bir idarede toplanan bu zorlama gücü, bütün idarî mercilere hizmet edebilecek yapıdadır. Bu nedenledir ki, her idarede, ayrıca bir zorlama gücünün tesisi icabetsizdir.

İdare, devlet yetkisini kullanarak ittihaz ettiği "icraî" nitelikteki kararının maddî sonuçlarını istihsal için, gereken her halde, devletin bu zorlama güçlerine başvurur. Zorlama güçlerinin başlıcası Kolluk kuvvetleridir. Ayrıca, kolluk teşkilâtı içinde olmamakla beraber, İdarenin, zorlama yetkisine, araç ve gereçlerine sahip ve belli bir faaliyet alanında çalışan, uzman zorlama güçleri vardır.

İdare, bir icraî kararının maddî sonuçlarını elde etmek için, adlî kuruluşlardan da yararlınsa (=icra daireleri gibi) mahkemeden, özel bir kanun gerektirmiyorsa, müsaade almak, kararının hukukîliğini avvelâ mahkemeye kabul ettirip ondan sonra icrasına geçmek mecburiyetinde değildir.

Bizim İdare hukukumuzda (ve Fransız sisteminde), idare, "önceden uygulama" (=exécution préalable) yetkisine sahiptir. Bu, önceden uygulama, idarî tasarrufların maddî sonuçlarını elde edebilmek için "fiilî uygulama" hâline inhisar etmez. Gerek Hukukî neticenin, gerek maddî ve fiilî netice-

lerin, bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın elde edilebilmesi imkânı, "Önceden uygulama yetkisi" ile (=le privilège du préalable) İdareye bahsedilmiştir.

İdare, icraî kararını, icra eder; bunun Hukuka aykırılığını iddia ve isbat ferde düşer. Fert, İdare mahkemesine başvurarak Hukuka aykırılıktan dolayı kararın iptalini ve dilerse, kararın hukukî veya fillî icrasının durdurulmasını talep eder / Yürütmenin durdurulması, ilerde görülecektir/. Böyle bir durdurma isteminin kabulü veya reddi, mahkemenin takdirine bağlıdır.

İdarenin bu "Önceden uygulama" yetkisini, her türlü hukukî durumda "bizzat ihkak-ı hak" şeklinde anlamamak icabeder. Özel hukuk ilişkilerinde, Önceden uygulama yetkisi tabiatıyla yoktur. Zira, özel hukuk ilişkilerinde, pek çok defalar değindiğim gibi, hiçbir süjenin, tek taraflı iradesiyle bir başkasına yüküm yüklemesi söz konusu olamaz.

Ayrıca, kamu hukuku ilişkilerinde de, bir devlet yetkisinin kullanılması sonucu, bir özel kişi lehine mâmelekî bir hak doğmuş ve bunun muhtevası, kişinin mâmelekeine intikal etmişse, kaideten "önceden uygulama" yoktur. Zira, mâmeleke intikal eden unsur, mâmelekin bir özel hukuk müessesesi olması hasebiyle, bir özel hukuk iktidarı (=bir sübjektif hak) niteliği kazanmıştır. Devlet yetkisi ile, özel hukuk ilişkisi ve münasebetlerinde, özel hukuk durumlarında değişiklik yapılamayacağından, örneğin İdarenin fazla ödemediği bir paranın geri alınabilmesi için adliye mahkemesine başvurusu icabedecektir.

C) YORUM

İdarenin düzenleyici tasarruflarının (=kural-tasarruflarının) yorumu konusunda, Adliye mahkemelerinin de yetkili olduğu kabul edilmektedir. Kanunları ve bu arada Anayasayı dâhi yorumlayabilen adliye mahkemelerinin idarî tasarruflardan düzenleyici nitelikte olanlarını yorumlamamaları için bir sebep görülmemektedir.

Bildiğiniz gibi, aslında her uygulama, aynı zamanda bir yorum'u da ifade eder. Soyut nitelikteki bir norm'un uygulanması ve somut bir ihtilâfın çözümünde somut bir norm hâline getirilmesi demektir. O halde bir normu, soyutluktan "tam bir somutluk" hâline sokabilmek zihni bir ameliye ile mümkündür ki bu, ister istemez, soyut norm'a bir anlam, kapsam, sebep, amaç atfetmek yani onu yorumlamak suretiyle mümkündür.

İdarî tasarrufların genellikle yoruma muhtaç olabilecekleri, şu idarî düzenlemelerdir. Bununla beraber ferdî ve sübjektif idarî tasarrufların yorumu gerektiği zaman bunun idare mahkemelerince yapılması eskidenberi doktrininde kabul edilmiş bir ilkedir.

521 sayılı Danıştay kanununun 30 uncu maddesinin "E" fıkrası, genel veya özel norm ayrımı yapmaksızın Adliye mahkemeleri önünde bir idarî tasarrufun "mânâsı veya şümülünün tayini hususunda çıkacak uyumsuzlukların" Danıştayda çözümleneceğini, yani her türlü yorum Danıştayda yapılacağını söylemektedir. Bu, ilerde göreceğimiz ve "Yorum davası" diye bilinen bir dava yolundan olur.

Bununla beraber, bazı hususlarda bizzat İdare'nin yorumda bulunmasının mahkemelerde istenmesinde ve beklenmesinde bir zaruret bulunduğu da bir vâkiadır. Özellikle devletlerarası anlaşmalara müsteniden İdareden bir şeyin yapılması veya yapılmaması konusunda istihsal edilen kararlara dayanan bütün davalarda, adli veya idari mahkemelerin, İdareden yorum istemeleri ve doğrudan doğruya anlaşma metnini ele alarak, idarî kararı bizzat değerlendirmeye kalkışmamaları gerekir. Böyle bir dava, bir idarî kararın Türkiyenin taraf olduğu bir anlaşmaya aykırılığı iddiasıyla iptali için Danıştayda açılmış olabileceği gibi, adliye mahkemesinde de bir dava dolayısıyla böyle bir idarî karara taraflardan biri veya diğeri istinad etmeğe çalışabilir. Her hâlü kârda, bu tür idarî kararlar, mahkemelerde değerlendirilmeden veya yorumlanmadan önce, bunu ittihaz eden merciin görüşü sorulmak şarttır. Zira devletlerarası anlaşmalar, mer'iyet

müddetleri içinde dahi olsa, tarafların riayetsizlikleri sebebiyle hükümden düşebilirler. Devletlerarası bir anlaşmanın kuvveti, tarafların "mütekabiliyet" (=karşılıklılık) esasını içinde anlaşmayı uygulamalarına bağlıdır. Taraflardan birinin uygulamadığı bir anlaşmayı, diğer tarafın uygulaması elbet istenemez. Binnetice bir anlaşmanın hükümete yüklediği mükellefiyetlerin yerine getirilmesi, böyle bir mütekabiliyet esasını göz önünde tutulmaksızın talep edilemez; ve böyle bir talebin reddi hususundaki bir kararın iptali dava olunamamalı, karşı tarafın riayet etmediği bir anlaşmaya riayet edilmesi bizim mahkemelerimizde bizden istenilememelidir.

Mahkemelerin bu tür sorunlar karşısında İdareden mütalâa ve yorum talep etmeleri lâzımdır.

D) KALDIRMA ve GERİ ALMA

Muhkem kaziyelerden (=kesin hükümlerden) başka, bütün devlet tasarrufları süreli veya süresiz, fakat belli bir ömre tâbidirler. Nasıl bir kanun, hattâ Anayasa icabında değiştirilebilirse, bir idarî tasarruf da değiştirilebilir, kaldırılabilir, geri alınabilir. Ancak bittabi, bu ameliyeler yapılırken, riayeti gerekli ilkeler vardır.

Evvelâ kaldırma ile geri alma arasındaki farkı görelim. Kaldırma, bir idarî tasarrufun hukuk düzenine kattığı normu, sadece gelecek için ortadan yok etme'dir; geçmişe elbet dokunulmaz. O halde bir normun, Hukuk düzenine katılmasıyla bu norma uygun olarak teessüs eden hukukî durum ve münasebetler, o normun Hukuk düzeninden çıkmasıyla zedelenebilir. Ancak gelecekte, o norma dayanmak mümkün değildir.

Geri alma, genellikle sakat tasarruflar hakkında söz konusu olur. Zira tasarruf sahih ve muteber ise, onun yarattığı hukukî durum ve münasebetler saygı göreceğinden, tasarruf geri alınmış değil, kaldırılmış olur.

Sakat bir tasarrufun ise geri alınması normal ve hattâ zorunludur. Tasarrufta sakatlık, onun Hukuk düzenine uyumsuzluğu demek olduğuna göre, mükemmel bir uyumluluk göstermesi şart olan bu düzende, bir uyumsuzluğun devamına müsaade etmemek gerekir. Netekim kişiler, bilhassa iptal davası yolundan, bu uyumsuzluğu gidermeğe teşebbüs ederler.

O halde, İdarenin de sakat bir tasarrufu geri alması sebebi kendiliğinden ortaya çıkar.

Ancak sakat bir tasarruf geri alınırken, yürürlükte bulunmuş olduğu süre içinde, bu tasarrufa müsteniden teessüs eden hukukî durum veya münasebetlerin akibeti ne olacaktır? Yâni bunlar da, sakat bir tasarrufa istinat etmiş veya ondan doğmuş olarak sakat sayılıp saygı görmeyecekler midir?

Bir kere, İdareyi hatâyâ düşürerek veya başka türde idarî merciin iradesini bozarak sakat bir tasarrufu ittihaz ettirmiş olanların, böyle bir tasarrufa istinad edemeyecekleri tabiidir.

Fakat başkaları için durum değişiktir. Nasıl özel hukukta hüsnüniyet himaye görüyorsa, İdare hukukunda da "İdareye güven" şeklinde tezahür eden hüsnüniyetin himaye görmesi zorunludur. "İdareye karşı güven" olmadan bir toplumda yaşanmaz. \angle ve bu nedenle de İdarenin, vatandaşların ona güvenlerini sarsıcı veya kaybettirici davranışları kadar vahim bir hal düşünülmez.

Binaenaleyh İdare, sakat bir tasarrufunu geri alırken, o tasarrufla veya ona müsteniden meydana gelen hukukî durum veya münasebetlere riayetkâr olmalı, sakatlık söz konusu değilmiş gibi, saygı göstermelidir.

Fakat ne kadar süre ile?

Yâni sakat tasarruf, ne kadar süre sonra İdare tarafından geri alınırsa, geçmişe dokunmamalı, geçmişe saygı göstermelidir?

Bu konuda Fransız idare hukukunun kabul ettiği çözüm şuydu: İdare, sakat tasarrufunu, o tasarruf aleyhine iptal davası açılabilir olacak olan süre (ki Fransada kaideten iki aydır) içinde ve iptal davası açılmışsa

bu sefer de dava sonuna kadar geri alırsa, o tasarrufun doğurduğu veya ona istinad edilerek doğan hukukî neticelere saygı göstermeyebilir; fakat daha ileri bir tarihte geri alırsa, sakat tasarrufa sahip ve muteber imiş gibi bakılır; geri alınması hâlinde, bir "kaldırma" imiş gibi, ancak gelecek için hüküm ifade etmez; geçmişteki durumlara saygı gösterilir.

Fransız Danıştayı, böyle bir "iptal davası süresi" ve şâyet dava açılmışsa "iptal davası sona erene kadarki süre" esasını hangi gerekçe ile kabul etmiştir ?

Gerekçe basittir. İptal davası süresi sona erince, bir idarî tasarrufun mahkeme tarafından ortadan kaldırılması kaideten mümkün değildir. Düzenleyici bir tasarruf için gerçi ona istinaden ittihaaz edilecek her ferdî karar aleyhine açılacak bir

davada onun dayandığı ve aslında sakat olan bir düzenleyici tasarruf normunun iptali talep edilebilir. Fakat ferdî tasarruflar için dava süresinin geçmesi İdare için ferahlatıcı bir haldir; ve İdarenin verimli çalışabilmesi için de, başka şeyler arasında, pek mühim olarak, dava tehdidine girmemek ve dava tehdidi olan hâllerde, bu tehditten bir an önce kurtulmak çok önemli bir faktördür. Esasen bu nedenledir ki, hususi hukukta 1 yıl, 5 yıl, 10 yıl ve bazı durumlarda daha da fazla olan "müruru zaman" müddetlerine karşılık, İdare hukukunda dava süresi /dava müruru zamanı değil, dava süresi demek gerekir/ en fazla, bizde, 90 gün tutulmuştur.

Zira, İdarenin güven ve istikrara ihtiyacı vardır.

Fakat, bittabi İdare karşısında, ferdin de güven ve istikrara ihtiyacı vardır. Zira İdare güçlüdür; devlet yetkisine sahiptir; tek taraflı irade ile kişilerin hukukunu etkileyecek, değiştirecek kararlar alabilir; kendi kendine icra yetkisi vardır. O halde fertlerin İdare ile münasebetleri, birbirleriyle münasebetlerine hiç benzemez. Binnetice, fert de, İdarenin davranışlarından, kararlarından doğan durumlarda güven ve istikrara muhtaçtır. Binnetice fert nasıl, bir dava süresinin geçmesinden sonra sakat bir tasarrufu ortadan kaldırtabilmek imânını kaybediyorsa, artık onun sakatlığına katlanmak mecburiyetinde bulunuyorsa, İdare için de, aynı vaziyeti düşünmek için bir sebep yoktur; İdare de, dava süresi geçtikten sonra, kendi tasarrufunu, sakatlık iddiasıyla geri alacaksa, teessüs etmiş hukukî durum ve münasebetlere saygı göstermelidir. Dava süresi içinde veya dava açılmışsa, karara kadar sakatlık iddiasıyla geri alırsa, müesses vaziyetlere riayet etmeyebilir.

Bizde, el'an Danıştay böyle objektif bir esas kabul etmemiştir. Danıştay içtihatlarına göre, sakat bir tasarrufun geri alınması hâlinde, müesses durumlara riayet gerekip gerekmeyeceği, ancak "istikrar" ın da teessüs etmiş olup olmamasıyla anlaşılabilir. O halde, her hâdisede, ayrı ayrı bu "istikrar" şartı aranmalıdır. "İstikrar" teessüs etmiş sayılabilirse, sakat tasarruf geri alınırken, o tasarrufla veya ona müsteniden ortaya çıkmış hukukî durumlara riayet edilir, saygı gösterilir; aksi halde, "istikrar" ın teessüsünden bahsedilemezse, riayet edilmez.

Şüphesiz bu, görüldüğü gibi, objektif bir ölçü değildir. Danıştayın bu içtihat yolunu seçmiş olmasının da sebebi vardır: İdareye karşı ferdî korurken İdareyi de, temsil etmekte bulunduğu kamu hizmeti ve kamu yararı ile, zarara sokmamak gerekir. Öyle İdareler vardır ki, güçlüdürler; çoğu kere sakat karar alma tehlikeleri azdır; kararlarını şahih surette ittihaaz imkânlarına -teknik servisleri, müşavirlikleri ves. ile - sahiptirler. Bir de güçsüz ve imkânlardan mahrum İdareler vardır; cılız bir kasaba belediyesi ile merkezî idare elbet kıyaslanamaz. Sonra bir de, kanunların ve diğer düzenleyici tasarrufların, türlü tasarruf kategorileri için, tesis etmiş oldukları ittihaaz usûlleri söz konusudur. Bir tasarruf, ne denli ayrıntılı ve ciddi usûl mecburiyetleri ile ittihaaz ediliyorsa, onun sakat olması ihtimali o kadar azdır.

İşte, böyle mülâhazalar, Danıştayı, her türlü İdarenin, her türlü tasarrufunun "sakatlık" mülâhazasıyla geri alınmasında objektif bir ölçü kabülünden alakoymuştur.

Buna karşılık Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Devlet Memurları kanunu hükümlerine göre eski maaşlardan yeni maaşlara yapılan intibaklardaki yanlışlıklar sebebiyle fazla ödenen paraların geri alınması sebebiyle açılan davalar dolayısıyla, sakat bir intibak kararının ne kadar süre içinde, bu intibak kararının tesis ettiği hukukî duruma saygı gösterilmeden geri alınabileceği hususunda Yargıtayda tehalüf eden içtihatları şu esaslar üzerinde birleştirmiştir:

İdare, sakat bir kararını ancak bu karar hakkında kanunların öngördüğü iptal davası süresi içinde, geçmiş duruma dokunacak şekilde geri alabilir. Bu süre geçtikten sonra, bir sakat tasarruf geri alınır, o tasarrufun -sakat olmasına rağmen- doğurmuş bulunduğu hukukî duruma saygı göstermek gerekir. Ve binnetice, bu süre geçtikten sonra geri alınan tasarrufun sakatlığı ileri sürülerek, bu tasarruf uyarınca ödenmiş fazla para istirdat edilemez (E.1972/6. K.1973/2. 27/1/1973. Resmî Gazete: 4/4/73).

Evvelce de söylediğimiz gibi, değişik yargı düzenlerinin içtihatları birbirini bağlamaz. Yargıtay, kendi "İçtihadı Birleştirme kararı" nı uygulayacak ve adliye mahkemelerine uygulatacak ve adliye mahkemelerinde açılan ve özel hukuka giren bir davada, İdare, sakat bir tasarrufu geri aldığı ve binnetice onun yarattığı hukukî durumlara ve ilişkilere saygı gösterilemeyeceğini, ancak, sakat tasarrufunu iptal davası süresi içinde geri almış bulunduğu takdirde iddia edebilecektir.

Danıştay ise, şimdilik, kendi "istikrar kazanmış hukukî durum" ölçüsüne sadık gözükmektedir. Türk İdare hukukundaki ilmî içtihatları göz önünde tutarak söz konusu esası kabul eden Yargıtay gibi, Danıştay'ın da aynı ilmî görüşlere aynı değeri vererek objektif bir kriteri kabul etmesi temenni-sindeyiz.

§ 6. İDARİ TASARRUFTA YOKLUK HÂLİ

İdarî tasarrufların sakatlık hallerini, yukarda unsurları incelerken görmüştük. İdarî tasarruftaki sakatlık bazan öyle bir ağırlık derecesini bulur ki, bir tasarrufun varlığından söz edilemez. Bu hâle "hükümsüzlük" veya "butlan" diyenler olduğu gibi, "yokluk" diyenler de -bizim gibi- vardır.

Hükümsüzlük deyimi, tahlil edildiği zaman, buradaki "hüküm" kelimesinin "norm" karşılığı olduğu görülür. O halde "norm"suz bir tasarruf" deme durumuna girilir ki, tasarruf, muhteva olarak ancak bir norm taşıyabileceğine ve muhtevazı bir irade beyanı ise bir "şaşkınlık" tan başka birşey olmayacağına nazaran, kanunî bir tâbir de bulunmadığına göre "hükümsüz tasarruf" demenin bize bir anlamı yoktur. "Butlan" deyimini de İdare hukukunda kullanmanın gereğini göremiyoruz. Önce özel hukuk formasyonu almış olanlara sonradan İdare hukukunu anlatırken özel hukukla kıyaslamalar yapmayı, ancak İdare hukukunun özel hukuktan ne kadar uzak olduğunu göstermek için câiz, hattâ isabetli görürüz. Ancak bir özel hukuk deyimini İdare hukukunda, özel hukuktaki anlamını ifade edemeyeceğine göre, kullanmanın hangi düşünceden geldiğini anlamak güçtür.

Bir norm, ya sağlıklı ve geçerli bir şekilde mevcuttur; yahut mevcut-tur ama sakattır, yani sağlıklı, geçerliliği zedelemiştir veya bu sakatlık o derece ağırdır ki, o normun mevcudiyetinden bahsedilmez. Tıpkı, insanlar gibi. Sağlıklı, sakat ve hastalıklısı olur; doğmamış, ölmüş veya ölümle aynı tutulan bir "bireysel hayata girmiş" olanı bulunabilir.

Dikkat edilecek tek nokta, ızhâr edilmiş olan iradenin "varlığından" söz edilip edilemeyeceğidir. Tabii "hukukî varlığı" ndan. Öyle bir irade ızhâr edilmiş olmalıdır ki, Hukuk düzeni, bu iradeye, gereken veya istenen kapsam ve neticelerde olamasa bile, muayyen, mahdud hukukî sonuçlar bağlasın... Bu zaman, "sakatlık" hâli söz konusudur. Eğer söz konusu hukukî neticeler hiçbir suretle bağlanamıyorsa, o zaman iradenin hukukî bir varlığı (isterseniz "geçerliği" deyiniz) söz konusu edilemez. Herkes, her an, durmadan irade ızhâr eder; bütün bunlardan "hukukî tasarruflar", veya "hukukî muameleler" mi doğar? Arkadaşınızla sinemaya gitmek hususunda mutabık kalsanız, bir akıt mi söz konusudur? Kardeşinizden bir bardak

su istesenez, tek taraflı bir tasarruf ittihaz eylediğinizi mi söyleyeceksiniz ? Şüphesiz hayır. O halde, sorunları kargaşalığa sürüklememek gerekir. Hukukî tasarrufun ne demek olduğunu daha bu derslerin ilk sayfalarında anlattık. Üç hal söz konusu olabilir: 1/ vardır ve hukuken sağlıklıdır, o halde geçerlidir; mümkün olan bütün hukukî sonuçları doğurur. 2/ Vardır, fakat kusurludur, sakattır; muayyen hukukî neticeleri doğurabilir; kendi kategorisinin bütün hukukî sonuçlarını tam bir muhteva ile veremez. 3/ İrade izhar edilmiştir; fakat o kadar sakat, o kadar bozuktur ki, hukukî sonuçlar doğurması arzulanacağı halde, hiçbir hukukî sonucu, hiçbir ölçüde doğurmaz; hukuk düzeni, bu sakatlıkların ağırlığından dolayı, bu irade beyanına hiçbir hukukî netice bağlamaz. O halde, Hukuk düzeni karşısında, bu irade beyanı, hukuken yoktur.

Yokluğun bâriz halleri vardır: fonksiyon gasbı (sf.208), yetki gasbı (sf.208) açık bir şekilde yetki saptırması (sf.208) yokluk sebeplerinin başında gelir.

Bunun dışında, ağır ve âşikâr sakatlıkların yokluk sonucu doğuracağı genellikle kabul edilmiş bir ilkedir. Bu ilkenin daha ziyade objektifleştirilmesi mümkün olmamıştır. Hâdisesine göre hüküm vermek gerekir.

Aslında, yokluk hâlinin, her türlü durumu kapsayabilecek objektif bir kriterinin tesbiti mümkün olsaydı, mesele kolaylaşır. Bu böyle olmadığı ve yoklukla, yokluğa yaklaşılmış bir ağır sakatlık hâlini birbirinden kolayca ayırabilmek mümkün bulunmadığı içindir ki, yukarıda değindiğimiz bâriz yokluk halleri dışında, yokluğun İdare veya idare edilenler tarafından değil, yargı mercilerince tesbiti isabetli olan bir yoldur.

Zira, aslında yok sayılacak bir tasarrufun, kimseyi tedirgin etmemesi, kimseye de yararlı bir durum kazandıramaması elbet gerekir. O halde, bâriz yokluk halleri dışında "ağır ve âşikâr sakatlık hallerinde", özellikle tedirgin olanların hiçbirşey yapmasına hacet olmamak icabeder. Yok olan tasarrufun iptali için nasıl dava açılabilir ? Zira iptal "hukukî imha" dır. Yok olan imha edilebilir mi ? Gene, yok olanın yokluğu iddia ve isbat olunabilir mi ? Eski bir deyimle "asl olan ademdır", yani âlemde, yokluk asıldır.

Ancak, söylediğimiz gibi, bir çizginin altında, yok ile ağır sakat'ı veya sakat'ı birbirinden ayırmak kolay değildir. Şâyet tasarruf, yok bir irade beyanı değilse, veya diğer bir deyimle, irade beyanı yokluğa müncecer olmuşsa ne âlâ. Fakat ya aksi olursa ? Zira gözden kaçırılmamalıdır ki, sakat bir tasarruf, zamanla (dava süresinin geçmesiyle) sun'î bir sıhhat kazanır. Yargısal tasarruflardaki "muhkem kazıye" nin karşılığı, İdarî tasarruflarda "kesin karar" (=chose décidée) dir. Ve idarî tasarrufların da asıl olan sıhhatidir. Her idarî tasarruf bir "sıhhat ve muteberiyet karinesi" ile doğar. Dava süresi geçtikten sonra, İdare onu geri almaz veya kaldırmazsa, neticelerine uymaktan başka yol yoktur.

Demek ki, idarî tasarruflarda yokluk hâlinin kesin bir kriterinin bulunmaması ve yokluğun iptalinin kaideten mümkün ve tasavvur edilebilir olmaması hâli, idare edilenler için büyük bir tehlike arzeder; zira tasarruf, idare edilenin sandığı gibi "yok" değil de, belli bir vehamet derecesinde "sakat" ise, dava süresi sonunda sıhhatini kazanacak, aslı sakatlığına rağmen, bütün hukukî sonuçları doğurmakta devam edecek ve bir daha iptalini istemek mümkün olamayacaktır.

Bu nedenledir ki, yok olanı "var" kabul ederek iptal davası açmak lâzımdır. Danıştay, sakatlık görürse iptal edecek; yokluk hâli görürse, davayı, "dava konusu tasarrufun yokluğu ve binnetice iptalinin mümkün bulunmaması" gerekçesiyle reddedecek ve böylece de yokluk, tescil edilmiş olacaktır.

BÖLÜM VI

İDARİ DÂVALAR

§ 1. KAVRAM

İdarî davaların türlerini 521 sayılı Danıştay kanununun 30 ve 31 inci maddeleri göstermektedir. "Dava türü" olarak, 30 uncu madde: 1/ İptal, 2/ Tam Yargı ve 3/ Yorum davalarından bahsetmekte, 31 inci madde başlığında ise "İdarî yargı mercilerinden özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş olan ve üst idarî yargı mercii bulunmayan yargı kararları" na karşı Danıştaya "temyiz yolu" ndan vuku bulacak "başvurma", bir "Temyiz davası" olarak isimlendirilmektedir.

İptal ve Tam Yargı davaları dışında, İdarî yargıda daha ne gibi dava türleri bulunduğu konusunda, İdare hukuku müellifleri arasında bir birlik görünmez. Bazıları, idari mercilerin uyguladıkları cezalara karşı bir idarî ceza davasından bahsederken, bazıları da temyiz davasını müstakil bir dava saymamakta ve kararın tavihi veya düzeltilmesi gibi sadece bir "kanun yolu" telâkki etmektedirler.

Bu nedenle önce "dâvâ" kavramı üzerinde durmakta fayda görmekteyiz. Bu hususta ilerde daha ayrıntılı geliştirmelerimiz olacaktır. Fakat şimdilik birkaç önemli niteliği belirtmekte yarar buluyorum.

Danıştay, bir "İçtihadî birleştirme kararı" nda (E.66/67. K.67/8, 2/ 12/1967) dâvâyı şöyle tanımlıyor:

"Yargılama hukukuna göre dava, dava dilekçesi ile başlayan ve hükümle neticeye ulaşan, mahkeme veya taraflarca yapılan usûl işlemlerinin bütününden meydana gelen bir manzûme (*) olarak târif edilebilir".

Manzûme kelimesinin lûgat mânâsı karşısında, burada, bu kelimeyle, bir "iradeler dizisi" yâni Karma bir tasarrufun kastedilmiş bulunduğu anlaşılıyor.

Anayasa mahkememiz ise 26/9/1968 tarihli bir kararında (E.67/21. K.68/ 36. R.G.4/3/1969) davayı daha sâde bir tanımlama ile anlatmaktadır:

" Anayasa metnindeki dava deyimi, herşeyden önce iki kişi arasında çıkan bir uyumsuzluk dolayısıyla bu uyumsuzluğun çözümlenmesinin mahkemeden istenmiş olması üzerine ortaya çıkan bir durumu veyahut kendi üzerine suç atılan bir kimsenin cezalandırılması istemi ile savcı tarafından belli bir kimseye karşı ortaya çıkarılan uyumsuzluk durumunu anlatmaktadır".

Anayasa mahkememiz, bu tanımlamanın "usûl yasalarımızın dar anlamda dava saydığı hukukî durum" olduğunu belirttikten sonra, kendisi geniş anlamda bir tanımlamaya eğilmekte ve " Dava sözünü usûl hukukundaki dar anlamın-

(*) Türk Hukuk Lûgatında, dava'nın, önem verilecek bir tanımı yoktur. Gene Türk Hukuk Lûgatında "manzûme" diye bir hukukî terimin varlığından söz edilmemektedir.

Osmanlıca-Türkçe lûgat kitapları arasında, en fazla ün yapanlar da dahil, gelmiş geçmiş eserlerin en iyisi olduğuna inandığım bay Ferit Devellioğlu'nun "Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat" ında, manzûme: 1/ Sıra, dizi, takım, sistem; 2/ Vezinli, kafiyeli söz; şiir anlamlarında gösterilmiştir. "Dava" ile "Şikâyetçi olarak mahkemeye başvurma" diye târif edilmiştir.

da değil, geniş bir anlamda ve mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları davalar veya çelişmesiz yargıdan sayılan işler anlamında yorumlamak Anayasa koyucunun amacına uygun düşecektir" demektedir (aynı karar).

Böylece, dava, nizâsız yargıyı da kapsar denildiğine göre, yargısal tasarrufun ittihâzında nizâ unsuru, -geniş târife gidilince- ortadan kalkıyor-gibi görünmektedir.

Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü' nde (1968,sf.216) "Nizâlı kazanın konusu davalardır. Dava bir sùbjektif hakkına tecavüz edildiğini (bu hakkın ihtilâflı olduğunu) iddia eden kimsenin (davacı) mahkemeye giderek hakkının tanınması için mahkemeden hukukî himaye talep etmesidir" demek suretiyle, nizâsız yargıyı, dava kavramına sokmamaktadır.

Aslında şer'î hukukumuzun bir kodifikasyonu olmakla beraber, bazı kavramları evrensel bir kapsam ile ve birer vecîze hâlinde tanımlayan Mecelle' de ise, "Dava, bir kimse diğer kimeseden huzur-u hâkimde hakkını talep etmektedir" diye tanınmıştır (mad.1613).

Anayasa mahkememizin yukarıya naklettiğim "geniş dava kavramı", kanunların Anayasaya aykırılığı iddialarının yalnız nizâlı yargıda değil, nizâsız yargıda da ileri sürülebilmesini ve bu yoldan da Anayasa mahkemesinin denetiminin sağlanmasını imkân dahiline sokan ve böylece Anayasa mahkememizin görevi açısından kabul edilmek gereken bir kavramdır. Binaenaleyh genel anlam ile, bir davada nizâ unsurunun ortadan kalktığını biz kabul edemeyeceğiz.

Davanın bir takım usûlî muameleleri (=tasarrufları değil, muameleleri) gerektirdiği malumdur. Fakat aslında, davaları birbirinden ayırabilmek, bu muamelelerin hangi konularda, yâni somut ne gibi talepler üzerinde cereyan etmekte olduklarını ayırmakla kâim olursa, o zaman yüzlerce, binlerce dava türü ile karşılaşılır.

Bizce bütün mesele, yapılan usûlî muamelelerin ne mahiyette bir yargısal tasarrufa ulaştığı noktasında düğümlenmektedir. Meselâ, Hukuk usulünde inşaî (-yeni durum yaratıcı) davalar, tesbit davaları, edâ davaları diye üç dava türünden bahsedilir. Bu ayrım neye istinad ediyor ? Prof. Kuru'ya göre, ayrımın dayanağı "mahkemeden istenilen hukukî himayenin nev'i" dir (aynı.Sf.272).

Hukukî himayeyi ise yargısal tasarruf tâyin edeceğine göre, dava türlerini bu tasarrufun sağladığı himaye bakımından sınıflamak, yâni "yargısal tasarruf" un zâtî bir niteliği olarak sınıflamak doğrudur. Yargısal tasarruf ise tek taraflıdır. Usûlî işlemler, tarafların işlemleri olarak bu tasarrufu "tahrik edici" niteliktedir; yâni yargısal tasarrufun sebep unsuruna mütealliktir. Hâkimin usûlî işlemleri ise "hazırlayıcı" nitelikte muamelelerden ibarettir. O halde, yargısal tasarrufta bir karma tasarruf vasfı görebilmek mümkün olamaz.

Böylece, idarî davaları da, sağlanan hukukî himaye bakımından tasnif gerekirse aslında iki tür dava kabul etmek lâzımgölecektir: Tesbit ve edâ davası.

Tesbit davasının kapsamına İptal davaları, yorum davaları, temyiz davaları girecek, edâ davası ise Tam yargı davasından ibaret olacaktır.

İptal, yorum ve temyiz davalarındaki bu "tesbit" unsurunu göz önünde tutmak, bu davaların mahiyetlerini her hâlü kârdâ iyi kavramaya yarayacaktır.

Bununla beraber, biz, Danıştay kanununun zikrettiği türler uyarınca incelememize devam edeceğiz.

Bu incelemede esas olarak İptal dâvasını alıyoruz. Zira "tipik" idarî dava, göreceğiniz gibi, budur. İdare hukukuna özgü, idarî yargı içtihatlarıyla meydana gelen bu dava türü üzerindeki açıklamalardan sonra, diğer davaların anlaşılması kolay olacak, üzerinde durulacak önemli özellikler bulunmayacaktır.

Ş 2. İPTAL DAVASI

A) ÖZELLİĞİ

İdarenin Hukuka riayeti sorununun Hukuk Devleti ilkesi içindeki önemi-ne şimdiye kadar çok değindik; yer yer bu önemden bahsettik. İptal davası, İdarenin Hukuka riayetini sağlama yolunda ihdas edilmiş tipik bir davadır.

Hukuka saygılı İdare'de, herkesin menfaati vardır. Belli bir ferdin, İdareyle ilişkilerinde Hukuka saygılı davranıldığını görmesi, Hukuk Devleti sorununun çözüldüğünü ifade etmez. Hukuk Devleti ve bunun içinde Hukuka saygılı İdare, ferdi ve subjektif değil, genel ve objektif bir sorundur.

Hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasında (Anayasa 4/3), Anayasa hükümlerinin devletin diğer organları gibi idare makamlarını da bağlamasında (8/2), herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözeltilmeksizin kanun önünde eşitlik görmesinde (12), İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık tutulmasında (114/1), İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü tutulmasında (114/4), memurların görevlerini yerine getirirken vatandaşlar arasında siyasî kanaatlerinden dolayı herhangi bir ayırım yapamamalarında (119) istisnasız herkesin menfaati vardır.

O halde bu esaslardan uzaklaşıldığı, bunlardan biri veya diğeri ihlâl edildiği zaman, Devletimizin "Hukuk Devleti" olma niteliği sarsılacağından İdarenin de bu ilkeden uzaklaşması, herkesin menfaatini zedeler. İdarenin Hukuka saygılı bir İdare olmaktan çıkması, yukarda da değindiğimiz gibi, mutlaka belli şahısların subjektif haklarının ihlâliyle kaim değildir. Hiç şüphesiz, subjektif hakkı ihlâl edilen bir kimsenin, bu hakkın muhtevasını teşkil eden bir "menfaati" de ihlâl edilmiştir; fakat belli subjektif hakların muhtevaları hâline getirilmiş belli menfaatler üzerinde, hiçbir subjektif hakkın muhtevası mahiyetinde olmayan tümsel ve en yüksek bir menfaat vardır ki, o da -konumuz itibariyle- İdarenin Hukuka genel ve objektif saygısıdır.

Bu saygı yitirildiği zaman, bundan herkes zarar göreceğine göre, İdarenin Hukuka ihlâlinde, kaideten herkesin İdareyi tekrar Hukuk çerçevesine sokmak üzere dava hakkının bulunması zarurîdir. Bu davanın konusu, hukuka aykırı her idarî tasarrufun iptaliyle, yani hukuk düzenine İdarenin iradesiyle sokulan, fakat o düzenle uyumsuzluk gösteren her normun hukukun imhasıyla İdareyi, muayyen bir konuda mutlaka bir tasarruf ittihazi gerekiyorsa, onu, Hukuka uygun surette ittihaza mecbur tutulması olacaktır.

Ancak, Hukuka saygılı İdare'de herkesin menfaati bulunmasına rağmen, herkese dava hakkı tanımak, pratikte imkânsızdır. Bunun için, dava ehliyetinde bazı sınırlamalara gitmek, dava yolunu ve imkânını ortadan kaldırmadan İdarenin Hukuka saygısını sağlayacak bir "iptal mekanizmasını" işler halde tutmak lâzımdır.

Bunu, yani dava ehliyetinin sınırlandırılmasını kim yapacaktır ? Bu sınırlama, kanunlarla yapılamaz. Zira o zaman, Hukuka saygılı İdare ilkesinde, bu saygı yükümlünün karşılığı olan "subjektif hakkı" tesbit etmek gerekir. Halbuki, yukarda belirttiğimiz gibi, İdarenin Hukuka saygısı, belli subjektif hakların alanını olan, bu alanın dışına taşan bir yükümdür. O halde, İdarenin Hukuktan ayrıldığı her yerde, bir subjektif hak söz konusu olmaksızın, ihlâl edilmiş en yakın menfaatin veya menfaatlerin sahibini, Hukuka aykırılığın konusu ve tesirlerinin yaygınlığı itibariyle, zaman zaman ve hâdisesine göre tesbit gerekir ki, bunu ancak bir mahkeme (=Danıştay) yapabilir.

Bu öyle bir ehliyet tesbitidir ki, yeni unsurların ortaya çıkmasıyla genişleyebilir, daralabilir; fakat amaç, İdarenin Hukuktan ayrıldığı her olayda, mutlaka bir davacının mevcudiyetine imkân vermektir. Anayasanın ifadesiyle, İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu berrahemhal açık tutmak şarttır.

Görüyorsunuz, Anayasa, "İdarenin, kişilerin sübjektif haklarını (veya kısaca "haklarını") ihlâl edecek olan herhangi bir işlem veya eyleme karşı yargı yolunun açık tutulmasından bahsetmiyor; sübjektif haktan mücerret olarak, bir sübjektif hakkı ihlâl etsin veya etmesin, her türlü eylem veya işleme karşı, mutlaka bir dava hakkının mevcut ve mümkün tutulması zorunluluğundan bahsediyor.

İşte, iptal davasının, özel hukuk alanında görülen ve yüzyılların tecniğiyle geliştirilmiş olan ve hattâ bazan aynı "iptal davası" adını bile taşıyan herhangi bir davadan büyük farkı bu noktaya, ortaya çıkarıyor. Özel hukukta, bir kimse diğerini dava ettiği zaman, davacıdan, hangi (sübjektif) hakkının ihlâl edildiği sorulur. Medenî hukuktaki "hakkın sui istimali" müessesesinde bile bu böyledir. Bir kimsenin, haiz bulunduğu bir hakkı, sırf başkasını zarara sokmak için kullanması hâlinde dahi, diğer kimsenin bir sübjektif hakkı ihlâl edilmiş demektir. Özel hukuk ilişkilerinde kişilerin yükümleri, başkaları için birer sübjektif hak teşkil eder.

İşte, bir sübjektif hakkın muhtevası olan menfaat ile, muayyen bir sübjektif hak biçimine dönüşmemiş menfaatli birbirinden ayırmak içindir ki, kanun (521 sayılı kanun, mad.30) iptal davasının, menfaatleri ihlâl edilenler, Tam yargı davasının da hakları ihlâl edilenler tarafından açılacağını söylemektedir.

Fakat burada hemen pek önemli bir hususu belirtelim: İdare, parayla ifadesi mümkün bir zarar vermeden de bir sübjektif hakkı ihlâl etmiş olmaz mı? Bunun mümkün olduğu söz götürmez. Her sübjektif hakkın muhtevası bir menfaattir. O halde bir kimsenin, muayyen bir sübjektif hak olarak ifade edilmiş menfaatle, sübjektif hak olarak tanzim edilmiş ve İdarenin sırf Hukuka riayetinde tecelli eden menfaati arasında, menfaat unsuru itibarıyla bir fark yoktur. O halde, para ile ölçülebilir bir zarar verilmediği sürece, bir sübjektif hak olarak da, bir sübjektif hak kâllığında bulunmayarak da, salt (=mücerret olarak) menfaat ihlâli mümkündür. O halde her iki durumda da, açılacak dava iptal davasıdır.

Ancak bir sübjektif hak, para ile ölçülebilir surette ihlâl edilmişse, bu takdirde dava, tam yargı davası olacaktır. Netekim 521 sayılı kanun, 78 inci maddesinde, ancak miktarı 5 bin lirayı aşan tam yargı davalarında duruşma yapılabileceğini söylemek suretiyle, tam yargı davalarında bir "müdeabih" in bulunması gerekeceğini belirtmektedir.

Bu durumda, İdarî yargı terminolojisi dışına çıkılarak, genel Yargı Teorisine göre bir belirtme yapmak gerekirse, şöyle denebilir: İptal davası, bir tesbit davasıdır; İdarenin herhangi bir tasarrufunun Hukuka uygun olup olmadığını tesbite yönelmiş bir davadır ki, bu tesbitin "Hukuka aykırılık" şeklinde tecellisi karşısında mahkemenin, davacıya sağlayacağı himaye, tasarrufun "iptali" ile bahsedilmektedir.

Tam yargı davası ise, bir "eda davası" dır. Bu dava sonucunda sağlanacak himaye vâkî bir zararın tazmini, haksız iktisap edilen bir şeyin iadesi gibi behemhahal bir "edâ" olacaktır.

İdare hukukunda, inşâî dava türünden bahsedilemeyeceği kanısındayım. Zira, bu hukukta hukukî durum ve münasebet yaratmak faal İdareye düşer. İdare mahkemesi, İdare adına harekete, Kuvvetler ayrımı ilkesi uyarınca mezun değildir. Ancak iptal davasının alt çeşitleriyle, dolaylı olarak İdareyi, Hukuk uyarınca ittihaiz etmesi gereken bir tasarrufu bizzat ittihaza neticede mecbur bırakır.

B) İPTİDAEN KABUL ŞARTLARI

Her haklı dava, iki ayrı "kabul" aşamasından geçer. Birincisi; mahkemenin, "esasa" girebilmek için davayı "iptidaen kabulü", ikincisi "esastan kabulü" dür. İptidaen kabul edilen bir dava, esastan reddedilebilir. İptidaen reddedilen bir dava ise -tabii muayyen ve tahdidî nitelikteki şartlarla- başka bir yargı merciince "iptidaen kabul" edilebilir. Meselâ görevsizlik sebebiyle reddedilen bir dava, "iptidaen" reddedilmiştir; başka şartlar da tamamsa, görevli mahkemede "iptidaen" kabul edilir; esastan kabulü veya

reddi, gördüğünüz gibi, ayrı bir sorundur.

İptidaen kabul için aranan şartlara "Davanın açılış şartları" da denilmektedir. Bence bu deyim pek yerinde değil. Zira davayı açma, davacının işidir; fakat her açılan davanın da, "iptidaen kabul" şartları tamam olmadıkça, mahkemece esasına girilmez. O halde "açılış" şartları, "iptidaen kabul" şartları olarak nitelendiriliyorsa, davacının davasını açma muamelesinde tezahür eden irade ve bu iradenin kaynağı ile, davanın iptidaen kabulünde tezahür eden irade ile bu iradenin kaynağı aynı tutuluyor demektir ki, bunda isabet yoktur. "İptidaen kabul" deyimini bence daha isabetlidir.

İptidaen kabul'ün şartlarını da 1/ Esasa, 2/ Şekle müteallik olarak ikiye ayırmalıdır:

1/ İptal davasında, iptidaen kabulün esas şartları:

a) Ön karar: İptal, yukarda da söylediğimiz gibi, bir hukukî tasarrufun imhasıdır. O halde, bir hukukî tasarruf olmalıdır ki, iptal edilebilsin.

Fiil (=eylem) iptal edilmez. Ya vâkî olmuş ve zarar vermiştir; zararın telâfisine gidilir. Veya devam etmekte ve doğurduğu zarar da sürmektedir, Bu takdirde, durdurulur; verilmiş zarar telâfi edilir.

Binnetice iptal davası için, İdarenin, iptal edilecek bir irade izhar etmiş, bir tasarruf itti haz eylemiş olması gerekir. Buna, idarî yargıda "ön karar" denilir.

Fakat İdare, sadece bir tasarruf itti haz etmekle Hukuku çiğnemez; tasarruf itti haz etmemekle de Hukuku çiğner. Birşey söylemeye ve birşey yapmaya bir irade atfı veya bir fiil izafesi, kaideten mümkün değildir. Özel hukukta bu böyledir. Fakat özel hukukta subjektif hak ve onu kullanıp kullanmamada da hak sahibinin irade muhtariyeti vardır.

İdare hukukunda ise, devlet yetkisi, müteaddit defalar belirttiğim gibi, sadece hukukî bir imkân veya iktidar değil, aynı zamanda bir "görev" bir "yüküm" (=mükellefiyet) dir. O halde, devlet yetkisini kullanmak mecburiyetinde olup da (=bağlı yetki hâli) kullanmayan idare, görevini yapmıyor, yükümünü yerine getirmiyor demektir. Görevi yapmamak, yani kullanmak mecburî olan hallerde -ki takdir yetkisi de çoğu zaman, aslında bir bağlı yetki, kullanılması gerekli bir yetki hâlinde tezahür eder- devlet yetkisini kullanmamak, bir "yetki aşımı" yani Hukuk ihlâlidir; binnetice izalesi lâzımdır.

Fakat Hukuk, uzun süre, İdarenin bir yetkiyi kullanmak gerekirken kullanmaması sorunu karşısında gerekli çözümü bulamamış, ancak yüzyıllımız başında, "İdarenin susması" veya "İdarenin atâleti (=hareketsizliği)" aleyhine dava müessesesi Fransada kabul edilmiştir. Böylece de, devlet yetkisinin mahiyeti daha iyi aydınlanmıştır.

Türk İdare hukuku da aynı çözümü kabul eder ve böyle bir davaya imkân verir. 521 Sayılı Danıştay K.nun 69 uncu maddesine göre "İlgililer, haklarında, idarî davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idarî makamlara başvurabilirler...."

Aynı başvurma hakkını, daha üst-kural düzeyinde Anayasamız da belirtmektedir: " Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, tek başlarına veya topluca, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" (mad. 62).(*)

Ancak Anayasa maddesiyle 521 sayılı kanunun maddesi arasındaki farkları da gözden kaçırmamak gerekir:

(*) TBMM'ne başvurmayı düzenleyen ayrı bir kanun vardır: "Türk vatandaşlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine dilekçe ile başvurmaları ve dilekçelerin incelenmesi ile karara bağlanmasının düzenlenmesine dair kanun" No.140. Tarihi: 26 Aralık 1962.

aa- Anayasa, "yetkili makamlar" —ki bittabi idarî merciler kastedilmektedir— yanında, Yasama organına da müracaatleri kapsamaktadır.

bb- Müracaat hakkı, Anayasada sadece Türk vatandaşları için tanınmıştır. Halbuki Danıştay kanunu, vatandaşlık gözetmeksizin "ilgililer" den bahsetmektedir. Aradaki bu farka bakarak, Danıştay kanununda, İdareyi harekete getirmek için konulmuş hükümden, yabancıların yararlanamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Diğer bir deyimle, Danıştay kanunundaki hüküm, müracaatçıları daha genişletme bakımından, Türk vatandaşlığı kaydını aşmakla Anayasaya aykırı düşmektedir. Zira kanun önünde eşitlik ilkesi, Anayasanın 13 üncü maddesine göre, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak "kanunla sınırlanacaktır". Böyle bir kanun mevcuttur. "Memâlik-i Osmaniyede (=Osmanlı memleketlerinde) bulunan ecnebilerin hukuk ve vezâifi (=hakları ve ödevleri) hakkında kanun-u muvakkat" adını taşıyan ve 1914 yılında çıkarılmış olan bu kanuna göre, yabancılar, Anayasanın ve kanunların Türk vatandaşlarına (=o tarihte Osmanlılara) tanıdığı siyasî haklardan ve belediye haklarından istifade edemezlerse de, kanun ve nizamlarla Türk vatandaşlarına inhisar ettirilmemiş olan diğer haklardan faydalanırlar (mad.1). Yabancılar, hukuk ve ticaret konularında, mahkemelerimizin her çeşit ve derecesinde davacı ve davalı olabilirler. Ancak yabancılar, memleketimizde yeter değerinde mülk sahibi değiller ise, bunların vatandaşlarımız aleyhine açacakları davaların masrafları ile sair muhtemel zararları karşılamak için yeterince teminat göstermeleri mecburidir. Teminat miktarını mahkeme tâyin eder (mad.3).

O tarihte idarî yargı olmadığı için, kanunda geçen hukuk davalarının idarî davaları da kapsadığını kabul etmek lâzımdır. Netekim, Danıştay kanunu Anayasa gibi "Türk vatandaşları" demeyip "ilgililer" demekle, şüphesiz, yabancıları da kapsamına almaktadır. Ancak dava hâlinde bunların teminat göstermeleri gerekecektir.

Anayasanın, başvurma hakkını Türk vatandaşlarına inhisar ettirmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin de başvurulacak makamlar arasında zikredilmiş bulunması itibarıyla mâkuldür. Zira yabancıların siyasî hakları olamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi ise siyasî nitelik ve fonksiyonları da bulunan bir organdır ve yabancılar için tanınmış hakların korunmasında TBMM'ne düşen bir görev yoktur.

cc- TBMM'ne "kamu ile ilgili" dilek ve şikâyetlerde de başvurulabilir. Danıştay kanununa göre ise, ilgililer ancak kendi haklarında bir işlem veya eylem yapılması için başvurabilirler.

dd- TBMM'ne "dilek" mahiyetinde de başvurulabilir. Burada "dilek" kelimesinden kasıt, hukukî bir mecburiyeti hatırlatmak ve gereğini istemek değildir. Anayasaya göre, idarî mercilere de böyle "dilek" le başvurulabilir; fakat bu türlü "dilek" lerden dava doğmaz.

ee- Gene, Anayasaya göre, gerek TBMM'ne, gerek "yetkili makamlar" a topluca da başvurulabileceği halde, Danıştay k.na göre, bir dava doğabilmesi için kişilerin "haklarında" bir işlem veya eylem isteyerek başvurmalarını gerektiğine göre, bu başvuruların topluca değil, bireysel olarak yapılması lâzımdır.

İdarî mercilere, Danıştay k.nun 69 uncu maddesi uyarınca yapılacak başvurulara, bu mercilerin en çok üç ay içinde cevap vermeleri gerekir. Bu süre içinde cevap verilmezse, istek reddedilmiş sayılır. Üç ayın bittiği tarihten itibaren 90 gün içinde dava açılabilir.

Şâyet böylece 90 gün içinde dava açılmaz veya 90 günden sonra açıldığı için dava reddedilirse, İdare üç aydan sonraki bir tarihte de olsa, açıkça olumsuz bir cevap verirse, gene dava süresi başlar.

Görülüyor ki, iptal davasının ilk şartı olan ön karar, İdarece açıkça verilmezse, yukarıki usûl ile, zımnî olarak sağlanabilir. Böylece dava yolu açılır. Zira İdarenin susması, dediğimiz gibi, ister olumlu ve ister olumsuz yönde olsun, kullanmakla yükümlü bulunduğu bir yetkiyi kullanmaması, yâni görevi yapmaması demektir. Yetkiyi kullanmamak "yetki aşımı" dir.

b) Ön karar'ın "idari" olması gereği: İptal davası ancak idarî nitelikte bir karara karşı açılabileceğine göre, idareden elde edilecek ön kararın "idari" nitelikte olması lâzımdır.

Bundan önce İdarî tasarruf kavramı üzerinde yer yer ve özellikle bir bahiste (sf.194) mümkün olan genişlikte durduk. Bu sebeple burada evvelki bilgiler yanında, bir hususa dikkat çekmek isterim:

Memleketimizde, ilk derece idare mahkemesi niteliğinde kuruluşlar bulunmadığını biliyorsunuz. İl ve ilçe idare kurullarıyla Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonlarının, Anayasa mahkememizce, Anayasa hükümleri muvacehesinde, yargısal tasarruf ittihaz edebilmekle beraber, birer mahkeme sayılmadıklarını söylemiştim.

Ön karar eğer bu merciler arasında yer alan İdare kurullarından sâdir oluyorsa (=çıkıyorsa) bunun, yargısal nitelikte bir karar olmamasına dikkat etmek gerekir. Zira, birer mahkeme olmamakla beraber, bu tür kurullardan çıkan kararlar "yargısal" nitelikte olurlarsa, bunlara karşı iptal davası değil, temyiz davası açılması icabedecektir.

c) Ön kararın "icrai" olması gereği: Ön karar "idari" olacağı gibi, aynı zamanda "icrai" de olmalıdır. Yani karar, tekemmülünü müteakip, mahiyetine göre tebliğ veya ilânı ile, kişilerin hukukî durumlarını etkileyecek, değiştirecek nitelikte bir karar olmalıdır. (İlgili bahis:Önceden uygulama, sf. 215-216).

Bu nitelikte olmayan idarî kararlar vardır. Evvelâ İdarenin iç düzenine ilişkin kararlar, üçüncü şahısların hukukunu ilgilendirmedikleri için onlar bakımından "icrai" sayılamazlar ve dava konusu edilemezler. İdarî teşkilâtın veya faaliyetin düzenlenmesine ilişkin olarak, kanunların verdiği yetkiyle müttehaz düzenleyici veya ferdî tasarruflar, üçüncü şahısların hukukuna müessir bulunmadıkları müddetçe, dava konusu edilemezler. Örneğin bir memurun bir yerden diğerine nakli, ancak statüsüne ilişkin olmakla memur tarafından dava konusu edilebilirse de, başkalarının edilemez; bir dairedeki işbölümüne ilişkin kararlar, bir idare biriminin yeniden kurulması, kaldırılması veya bağlı olduğundan başka bir âmir makama bağlanması, idarî faaliyetinde "usûl" tesisi, değiştirilmesi ves. "iç düzen" kararlarıdır. Dava konusu edilemezler.

Bir idarî tasarrufun ittihazını hazırlayıcı nitelikteki kararlar, mütalâalar, projeler, teklifler dava konusu yapılamazlar.

Aynı şekilde, tamamlayıcı işlemler de dava konusu olamazlar. Meselâ müttehaz bir idarî tasarrufun tebliği işlemi, bir dava konusu edilemez.

Esas şartlardan buraya kadar saydıklarımız "İptidaen kabulde dava konusuna ilişkin şartlar" idi.

Şimdi iptal davasının taraflarına ilişkin şartları görelim:

d) Dava ehliyeti: İdarî davalarda; Hukuk Usûlî Muhakemeleri kanunundan ve o kanunun yaptığı atıfla Medenî kanundakinden ayrı, özel şartlar aranmaz.

Ancak yukarıda iptal davasının mahiyetini anlatırken belirttiğimiz gibi, genel olarak dava ehliyetini haiz her kişinin de iptal davası açması mümkün değildir. Bir subjektif hakkın muhtevası olan bir menfaat ihlâl edilmiş değilse, o zaman davacının, hakkında dava açtığı idarî tasarruf ile zâtî ve aktüel bir menfaatinin ihlâli şartı aranır.

Yâni, davacının, iptalini istediği tasarrufla arasında muayyen bir yakınlık bulunması gerekir. Tasarrufun genel olarak Hukuku ihlâlî, gene yukarıda (sf.223,224) anlattığımız gibi herkese bir dava hakkı bahsetmez. Pratik nedenlerle bu ihlâlî, davacı için zâtî bir zarar doğurmuş olması gerekir. Bu zararın para ile ölçülebilir nitelikte bulunması şart değildir. İdarenin Hukuku ihlâlinden, davacı, bizzat rencide olmuş, bir menfaati itibarıyla bu ihlâl onun için zararlı bulunmuş olmalıdır. Zâtî alâka budur.

Ayrıca, bu zâtî alâkanın aktüel, yani dava açıldığı sırada cârî, geçer-

li bulunması icabeder. Müstakbel bir zâtî alâka dava ehliyeti bahşetmeyeceği gibi, sona ermiş bir zâtî alâka da bu ehliyeti yok eder.

Danıştayın, diğer mahkemelere benzemeyen bir yönü de, işte bu dava ehliyetinin varlığını bizzat tesbit etmesinden doğar. Dava hakkı bahşetmek veya etmemek, çok geniş bir "ilişkiler alanı" içinde, Danıştayın takdirine kalmış bir husustur. Danıştay, bu ilişkiler alanı içinde, dava ehliyetine müteallik içtihadını bir konudan diğer bir konuya, bir zamandan diğer bir zamana ve İdarenin zaman içinde Hukuka bağlılıkta gösterdiği hassasiyet veya lâkaydiye göre değiştirir. Fakat amaç, İdareyi Hukuka saygılı tutmak olduğu için, onun Hukuktan ayrıldığı her noktada, mutlaka bir davaacı'nın ortaya çıkabilmesine imkân vermektedir; böyle olmalıdır. Aksi halde, İdarenin yargısal denetimine tâbî olmayan eylem ve işlemleri de bulunabiliyor demektir ki, bu Anayasa ve Hukuk Devleti ilkelerini sarsar.

Örneğin Fransız Danıştayı bir beldede oturan ve belediye idaresine karşı belediye vergileri mükellefi olan bir şahsın, belediye meclisince bütçeye konulan muayyen bir ödenegin iptali için açtığı davayı kabul etmiş (Arrêt Casanova, 29 mars 1901), bilâhare aynı dava ehliyetini İl özel idaresi vergi yükümlülerine de tanımış (Arrêt Richemond, 27 janvier 1911) fakat devlet giderleri konusunda, devlet vergi yükümlüsüne bu ehliyeti reddetmiştir (Arrêt Dufour, 13 février 1930). Bizde henüz bu genişliğe ulaşılmamıştır.

Fertlerin İdare aleyhine iptal davaları açabilmeleri gibi, İdarelerin de birbirlerine karşı iptal davaları açabilmeleri mümkündür. Ancak arada tüzel kişilik farkının bulunması gerekir. Örneğin, merkezî idare, bir belediyenin idarî vesayete tâbî olmayan bir kararının iptali için dava açabileceği gibi, kamu tüzel kişileri de gerek merkezî idarenin tasarrufları, gerek vesayet makamlarının kendileri üzerinde vesayet yetkilerinin kullanılmasına ilişkin tasarrufları aleyhine dava açabilirler.

Bahusus "özerk" kuruluşlar üzerinde idarî denetim (=idarî vesayet) cereyan edemeyeceği ve bunlar ancak yargısal denetime tâbî olacakları cihetle, özerk kuruluşlarla Yasama organı arasındaki bağlantıyı sağlayan idarî mercilerin, özerk kuruluş kararları aleyhine iptal davası açabilecekleri inkâr edilemez. Bil'âkis sözü geçen idarî mercilerin, özerk kuruluşların tasarruflarını titizlikle izlemeleri ve hukuka aykırı gördükleri hakkında iptal davası açmaları, denetimsiz kaldıkları sık sık öne sürülen fakat herhalde nasıl denetlenmeleri gerektiği pek iyi bilinmeyen özerk kuruluşların denetiminde başlıca yoldur.

e) Husumet: İdarî davalarda husumet idarî kararı kesin olarak ittihaz etmiş bulunan mercis veya eylem onun faaliyeti arasında olan İdarenin en yüksek iyerarşik âmiriyetine tevcih edilmek gerekir.

İptal davalarına, hasım, tasarrufu tekemmül ettiren makamdır; yâni sonuncu iradeyi izhar edendir. Ancak cumhurbaşkanının tasdikine bağlı kararlar için bir ayırım yapmak gerekir. "Müşterek karar" larda (ilgili bakan + başbakan + cumhurbaşkanı) husumet ilgili bakanlığa, Bakanlar Kurulu kararları aleyhine açılan davalarda da Başbakanlığa yöneltilir. 521 sayılı kanundan önce, husumetin başbakanlığa değil, bakanlar kurulu kararını yürütecek olan (ve bittabi teklif etmiş bulunan) bakanlığa tevcihi gerektiği kabul ediliyordu. 521 sayılı kanunun 44 üncü maddesinde; Dava Daireleri Kurulunun görevleri arasında "Bakanlar Kurulu kararlarına karşı Başbakanlık aleyhine açılan davalar" ın da yer aldığını görüyoruz (B bendi).

Kurullar kararları aleyhine husumet, kararları icra ile yükümlü olan mercilere yöneltilir. Belediye meclisi veya encümeninin kararlarını yürütmekle yükümlü olan belediye başkanı, il genel meclisi ve daimi encümeni kararlarını yürütmekle yükümlü olan vali vb. bulunduğu için, husumet bu yürütme mercilerine tevcih edilir.

Yerinden yönetim idarelerinin, idarî vesayet makamlarınca onanan kararlarından dolayı açılacak iptal davalarında hasım, yerinden yönetim idaresinin icra merciidir. Onamanın vesayet makamınca reddedilmesi hâlinde, bittabi hasım, vesayet makâmı olacaktır.

İmtiyaz sözleşmesiyle bir kamu hizmetini görmekte olan özel şirketlerin bu sözleşmeden aldıkları idarî yetkilerle müttehad kararlarının iptali

davalarında, idarî yetki (devlet yetkisi) kullanıldığı için, husumet imtiyazlı şirkete yöneltilir.

Husumetin, isabetle yöneltilmesi, iptal davasının iptidaen kabulü şartları arasında bulunduğu için, ilk incelemede nazara alınır. Husumet yanlış tevcih edilmişse, iptidaen reddedilecek davayı 30 gün içinde, asıl hasma yönelmek suretiyle yenilemek mümkündür. Birden ziyade hacım göçterilmiş ve bunlardan biri veya birkaçına husumet tevcih edilmek gerekmiş bulunduğu takdirde, Danıştay, davayı iptidaen reddetmek, diğerlerini re'sen husumet mevkiinden çıkararak, asıl hasma münhasıran tetkik eder.

f) Süre: İptidaen kabul şartları içinde idarî yargının görevi, ehliyet ve süre en önemlileridir. Zira bu yönlerden dava reddedilirse, yenilemek imkânı yoktur.

Süre, kanunlarda başkaca (ve genellikle daha kısa) bir müddet gösterilmeyen hallerde 90 gündür.

Sürenin başlangıcını Anayasa "yazılı bildirim tarihi" olarak bizzat tesbit etmiştir (114/3). Bununla Anayasa koyucunun maksadı, aslında "yazılı bildirim" in esas olduğunu göstermektedir. 521 sayılı Danıştay kanunu da bu anayasal esasa uyarak "yazılı bildirim"i temel kabul etmiştir (67).

İdarî kararın, ilgili kişilere teker teker bildirilmesi gerektiği halde, bazan ilgililerin çokluğu veya adreslerinin bilinmemesi yüzünden ilâna gitmek mümkündür. Belli kişileri değil, muayyen hukukî durumlarda veya ilişkilerde bulunanları ilgilendiren tasarruflarla, düzenleyici nitelikte bulunan tasarruflar bittabi ancak ilân yoluyla duyurulabilir.

Bildirim ve ilân Tebligat kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ancak ilânla duyurulması câiz veya gerekli olan hallerde, dava süresi, son ilân tarihinden itibaren 15 gün sonra başlar.

Gerek son ilân tarihi, gerek yazılı bildirim günü, süre hesabına katılmaz.

Sürelerin başkaca hesaplanması, idarî yargıda özel hükümlerle düzenlenmemiş, Hukukun genel ilkelerine bırakılmıştır. Hafta olan süreler 7 tam gün, ay olanlar ertesi ayın aynı günü, aynı gün sona tesadüf ediyor ve o ayda o gün bulunmuyorsa ayın son günü, pazar veya tamamen tâtil bir başka güne düşüyorsa, resmî dairelerin müteakip ilk çalışma günü son gün olarak kabul edilir.

Son gün içinde de, mesai saatinin sonu, sürenin de sonudur.

Süre, adli tâtille rastlıyorsa (20 Temmuz-5 Eylül) 6 Eylül dahil olarak yedi gün uzar.

Sürenin başlangıcında, yazılı bildirim tarihi bakımından tereddüt edilen hallerde, sürenin geçmiş olduğunun İdarece ispatı gerekir.

İsti'taf (bak.sf. 88), eğer tasarrufu ittihaz eden merciin âmiriyet makamı yoksa tıpkı İyerarşik başvurma (bak.sf.88) gibi, dava süresini durdurucu bir girişimdir. Ancak bu girişimlerin dava süresi içinde yapılmış olması gerektiği âşikârdır. Süre bitmemiş olmalı ki, durabilisin. Bu girişimler üzerine üç ay içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır ve süreden geri kalan kısım işlemeye başlar (521. 70). Eğer isti'taf veya İyerarşik başvurma sonucunda, itiraz edilen kararda bir değişiklik olmuşsa, yeni bir irade izhar edilmiş ve yeni bir tasarruf ittihaz olunmuş bulunacağından, yepyeni bir dava süresinin cereyana başladığı kabul edilmelidir. Ancak vâki değişiklik, yeni bir "konu" ortaya çıkarmışsa bu mümkündür. Yoksa tasarrufun konu unsuru başkalaşmadan yapılan bir değişiklik yeni bir irade beyanı sayılmamak gerekir. Eğer İyerarşik makam, alt âmirin tasarrufunu iptal ile onun yerine kendi tasarrufunu ikame yetkisine sahip olarak bir ikamede bulunmuşsa, konu ne olursa olsun, bunun da yeni bir tasarruf teşkil edışı karşısında, sürenin tekrar başlaması icabederdir.

İdareye tekrarlanan başvurular, eski kararın teyidi ile sonuçlanıyorsa, teyidi ihtiva eden bildirim, yeni bir süre başlatmaz. Çünkü bizzat bu bildirimler, birer karar verildir; evvelce verilmiş ve üzerinden dava süresi geçmiş bir kararın, ilgiliye tekrarlanmasından ibarettir.

Ancak İdare, dava süresi geçtiği için aleyhine dava açılmayan olumsuz karar üzerinde durmayarak, ilgilinin eski sebep, dayanak ve unsurlarla başvurusu veya talebini yeni unsurlar katarak tekrarlama hâlinde, yeniden bir inceleme yapar ve bilhassa yeni bir inceleme yaptığına delâlet edecek olan yeni bir usûl tatbikatında bulunur fakat gene de eskisi gibi olumsuz bir sonuca ulaşırsa, bunu, eski kararın teyid ve tekrarı saymak şüphesiz mümkün değildir. Zira, netice her ne olursa olsun, yeni baştan bir irade ızharı vâkî olmuştur. Bu, yeni bir tasarruftur ve buna bağlı olarak da yeni bir dava süresinin işlemeğe başlaması gerekir.

Fransız Danıştayının içtihatları bu yoldadır.

g) Mercide isabet: Tümsel olarak, yargı teorisinin bir gereği, hattâ başlıca gereği bir davanın görülebilmesi için, onun görevli ve yetkili mahkemede ikamesi'dir. Ancak davacı, İdare hukukunun çetinliği ve çetrefilliği sebebiyle, elindeki kesin bir karar dahi olsa, kanunun gene de öngörmüş bulunduğu son bir idarî başvurmayı yapmadan yargı merciiine gelmiş olabilir (=idarî merci tecavüzü) veya idarî yargıya gelmeden önce adli yargıya gitmiş olabilir, yahut idarî yargıda alt bir yargı merciiine başvuracakken Danıştaya, Danıştaya baş vuracakken alt bir yargı merciiine başvurmuş olabilir. Böyle karışıklıklar vâkîdir ve sebepleri de şimdiye kadarki derslerimizde yaptığımız açıklamalarla ortaya çıkmış bulunmalıdır. Bu kargaşalığın içinde nasıl çıkılır? Hâlleri, ayırarak görelim:

aa/ İdarî merci tecavüzü: Bir iptal davasının açılabilmesi için, kararın idarî ve icrai olması gerektiğinden yukarda bahsetmiştik. Bu icraîlik, ayrıca "kesinlik" ifade eder. Bu nedenle, dava konusu edilebilecek bir karardan, mevzuatımızda yer yer "kesin karar" olarak söz edilir. Gerçekten kesin karar, artık aleyhinde idarî başvurma yolu kalmayan veya baştan böyle bir yol bulunmamış olan karar demektir.

Örneğin, 4936 sayılı Üniversiteler k.nun 7 nci maddesine göre, Fakülte-lerdeki Yönetim Kurulları, öğrenciler hakkında ceza tâyin edecek olan mercilerdir. Öğrenciyi fakülteden çıkarma hususunda, Yönetim Kurulunun "kesin karar" vereceği kanunda yazılıdır. Ancak, aynı kanunun gene aynı maddesinde, "kesin" olduğu açıklanan bu karar aleyhine 5 gün içinde Üniversite senatosuna itiraz olunabileceği yazılıdır. Senato'nun bu itiraz üzerine vereceği karar da "kesin karar" olarak nitelenmiştir.

Eğer bir çıkarma kararına karşı, Senatoya başvurulmadan doğrudan doğruya Danıştayda bir iptal davası açılacak olursa, 521 sayılı kanunun 74 ve 75 inci maddeleri uyarınca, Danıştay, dava dilekçesini iade ile davayı reddetmez; fakat dilekçenin "görevli mercie" ki misalde Senatodur, "tevdiine"

karar verir. Danıştaya başvurma tarihi, görevli idare merciiine başvurma tarihi olarak kabul edilir. Görevli idari merciiin kararı üzerine davaya devam edilir.

bb/ Adli yargıya başvurma hâli: Dava adli yargı merciiince görevden reddedilir ve görevsizlik kararı kanun yollarından geçerek kesinleşirse, adli yargı merciiine, idarî dava süresi içinde başvurulmuş olmak şartıyla, kesinleşen görevsizlik kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde Danıştaya başvurulabilir.

cc/ Yanlış bir idarî yargı merciiine başvurma hâli: Danıştaya başvurulmak gerekirken başka bir idarî yargı merciiine başvurulup da:

- dava görevsizlikten reddedilir, kanun yollarından geçerek karar kesinleşirse, tebliğinden itibaren 30 gün içinde Danıştaya başvurulabilir. Ancak burada da, görevsiz yargı merciiine, idarî dava süresi içinde başvurulmuş olmalıdır.

- dava görevsizlikten reddilmeyip esasına karar verilir ve buna karşı da bir temyiz davası ile Danıştaya başvurulursa, görevsiz idarî yargı yerinin kararı bozulur; Danıştay için esas hakkında karar verir.

2/ İptidaen kabulde şekil ve usûl şartları:

a) Dilekçe ve ekleri: İdarî davalar, özel tipte bir dilekçeyle açılır.

Dilekçede ve müteakiben de cevap lâyhalarında, daima "Danıştay başkanlığına" hitap edilir. Ancak tatbikatta her iki taraf da, cevap lâyhalarının sağ üst köşesinde davanın görülmekte olduğu daireyi ve aldığı "esas numarasını" belirtirler.

- Dilekçede: 1) Davacının ve varsa vekilinin adları, soyadları, adresleri;
 2) Davanın hangi merci olduğu ve bulunduğu şehir;
 3) Davanın konusu (kısaca ne istenildiği);
 4) Dava konusu tasarrufun bildirim tarihi; ilânen bildirilmişse ilân tarihi;
 5) Olaylar;
 6) İstem'in dayandığı hukukî sebepler ve deliller;
 7) İstem sonucu (=netice-i talep);

bildirilir.

Söylemeye hâcet yoktur ki, davacı vekilinin, Borçlar kanunundaki vekâlet akdine göre tevil edilmiş bir kimse değil, fakat davacı veya bu türlü bir vekil tarafından vekâletnamesinde sarahat olmak şartıyla tâyin edilmiş bir avukat olması gerekir. Avukat olmayan vekiller, temsil ettikleri şahıs adına bizzat dava ikame ve takip edemezler. Tüzel kişiler için, şirketlerde esas mukavele ve diğerlerinde tüzük uyarınca temsile yetkili organ veya kişinin tâyin edeceği bir avukat olmak lâzımdır.

İstem sonucu bölümünde yargılama giderlerinin karşı taraftan istenildiği tasrih edilmelidir. Aksi halde, dava kazanılsa da yargılama giderleri ve buna dahil olan fakat ancak avukatla ikame ve takip edilen davalarda hükmedilen avukatlık ücreti, davacının üzerinde kalır.

Dilekçeler ve cevap lâyhaları, karşı taraf sayısından bir fazla olarak verilir. Eklenen belgeler varsa, bunların da aynı sayıda olması lâzımdır.

Avukatlar, belgelerin kendileri tarafından tasdik edilecek suretlerini verebilirler. Resmî makamlar da aynı şekilde suret tasdik edebilir. Kendi başına hareket eden özel kişi, belge örneklerini Noterden tasdik ettirmek zorundadır.

Bugünkü durumda bir iptal davasının açılması için 30 lira başvurma harcı ile 60 lira da maktu ilâm harcı yatırılır. Duruşma istenmişse ilâveten 20 lira, yürütmenin durdurulması da istenmişse gene ilâve 30 lira harç ödenir. Tebligat işlemleri için de, yargılama giderlerine mahsub edilmek üzere, 15 lira civarında posta pulunun tevdiî lâzımdır.

Görüyorsunuz ki, iptal davası, pahalı bir dava da değildir.

Dilekçenin, onu tevdi eden yetkili kişi tarafından imzalanmış olması şarttır.

Dava, harçların ödenmesi üzerine yapılacak kayıt tarihinde açılmış olur.

b) Usûl: Dava dilekçesi ve ekleri bizzat Danıştaya tevdi edilebileceği gibi, Danıştay başkanlığına gönderilmek üzere valilik, kaymakamlık ve yurt dışında da Türkiye elçilikleriyle konsolosluklarına tevdi edilebilir. Harç işlemleri bu makamlarca yapılır. Cevap lâyhaları da böyle verilebilir.

Dilekçe ve ekleri, posta ile de gönderilebilir. Ancak yeteri kadar harç ve posta pulunun da birlikte gönderilmesi gerekir. Fakat, yukarıda sayılan resmî makamlara dilekçenin tevdiî ve onlarca da kayda geçirilmesi tarihi, davanın tıpkı Danıştaya açılması gibi, aynı açma gününü gösterdiği halde, postaya verilme tarihi böyle kabul edilmez; Danıştayda kayıt tarihi esas alınır.

Kaldeten her davacı, aleyhine dava ikame ettiği her karar için bir dilekçe ile ayrı bir dava açar.

Fakat birçok davacıların bir arada ve aynı bir dilekçe ile dava açabilmeleri mümkün olduğu gibi, aynı şahsı ilgilendiren birden fazla tasarruf hakkında da birtek dilekçe ile dava açmak mümkündür.

Bir davacının, birden fazla tasarruf aleyhine birtek dilekçe ile dava

açabilmesi için, bu tasarruflar arasında "maddî ve hukukî bağıllık" aranır. Bu tür bağıllığın ne demek olduğu, Danıştay içtihatlarıyla belirlenebilir (*).

Birçok davacıların bir arada aynı dilekçe ile dava açabilmeleri de "hak veya menfaatte iştirak ve maddî ve hukukî sebeplerde birlik" bulunması hâlinde mümkündür.

Şâyet bir tek dava dilekçesiyle birden ziyade tasarruf aleyhine dava açılır ve Danıştay bu tasarruflar arasında "maddî ve hukukî bağıllık" görmez veya birtasarruf aleyhine birçok kişi aynı dilekçeyle dava açtığı vakit, bunların arasında "hak veya menfaatte iştirak ve maddî ve hukukî sebeplerde birlik" bulunmazsa, dilekçeler iade olunarak ayrı ayrı dava ikamesi lüzumu bildirilir. 30 gün içinde, yeni davaları açmak mümkündür (75).

§ 3. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Yargısal bir karara karşı kanun yollarına başvurulması gibi, idarî ve icraî bir karara karşı da iptal davasının açılması, onun icrasını (=yürütülmesini) durdurmaz. Yürütmenin durdurulması için yargı merciinin bu hususta karar vermesi lâzımdır.

Bir idarî tasarrufun yürütülmesinin durdurulması ancak bir iptal davası açılarak istenebilir. İptal davası esnasında her zaman böyle bir talepte bulunulabileceği gibi, verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı da, davanın her safhasında kaldırılabilir; gerekirse yeniden verilebilir.

Yürütmenin durdurulması kararı, hiç şüphesiz, işin esasına girilmeden önce verilebilecek bir karardır. Zira işin esasına girildikten sonra, ya dava kabul ile tasarruf iptal edilir; yürütülmesinin durdurulmasına hacet kalmaz; veya dava reddedilir, binnetice yürütmeyi durdurmak için sebep bulunamaz.

Yürütmenin durdurulması kararı, işin esasının tetkikinden önce verileceğine göre, bunun verilebilmesi için a/ Tasarrufun daha ilk nazarda bir sakatlık izlenimini yaratması ve b/ İcrasına devam bulunduğu takdirde ve neticede iptal edilirse, telâfisi pek güç veya imkânsız bir hâl doğacağıının anlaşılması lâzımgelir.

Aslında, kamu hizmeti ve kamu yararı için bir zorunluluk olmadıkça, hakkında dava açılmış bir tasarrufun yürütülmesi bizzat İdarece durdurulmalıdır. Buna bazı hallerde imkân görülebilir. Her idarî tasarruf, mutlaka derhal icrasına gereken ve icra edilmezse bundan İdarenin, hizmetin zarar göreceği bir nitelik ve konu taşımaz.

Ancak, durdurulması zararlı olabilecek ve bu zararın parayla ölçülmesi mümkün bulunacak hallerde, tasarrufun idarî faaliyete tesir derecesi göz önünde tutularak, bir teminat karşılığında yürütmenin durdurulmasına mahkeme karar verebilir. Bu teminat, bazan, tarafların karşılıklı anlaşmalarına bırakılır; anlaşamazlarsa mahkeme tesbit eder; bazan da mahkeme, yürütmeyi durdurma kararıyla birlikte, bir teminata gerekli görüyorsa, onu da tesbit eder. Davacı İdare ise, veya adli müzaharetten yararlanan biriye, teminat alınmaz.

Yürütmeyi durdurma, bir ihtilâfın esası hakkında müttehez bir yargısal tasarruf değildir. Ancak bir tedbir niteliğinde, fakat mahkeme kararıdır. Bu itibarda Anayasanın 132 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki hüküm, yürütmeyi durdurma kararlarını da kapsar; "Yasama ve yürütme organları ile İdare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

Binnetice, yürütmeyi durdurma kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi, her durumda, "ağır hizmet kusuru" teşkil eder ve İdarenin hukukî sorumluluğuna yol açar. Kararın gereğini yerine getirmemek, herhangi bir

(*) Bir memurun, birini asaleten ve diğerini vekâleten ifa etmekte olduğu iki görevden birden, aynı sebeple alınarak bir üçüncü göreve atanması dolayısıyla açılan bir davada, Danıştay, iki tasarruf arasında "maddî ve hukukî bağıllık" görmüştür (Özel).

kamu görevlisinin İdareye atıf ve izafesi mümkün bulunmayan şahsî bir tutum ve davranışından doğmuşsa, onun şahsî kusuru yüzünden Hukuk mahkemesinde kendisinden tazminat talep edilebileceği gibi, İdarenin tazminata mahkûm olduğu hallerde de, müterafik kusuru nisbetinde kamu görevlisine rücu gerekir.

İdarenin sükûtu aleyhine açılacak iptal davalarında, yürütmenin durdurulması talep edilemeyeceği ve böyle bir karar çıkarsa icrasının mümkün olamayacağı, zira "birşeyin yürütülmüş olmadığı" ve yürütülmemiş bir kararın durdurulamayacağı yolunda garip fikirlere rastlanmamış değildir. Bu fikirler, ciddi bir hukukî tahlilin sonucu olamaz. Zira, İdarenin sükûtu, bir "ret" kararı niteliğindedir. Yürütmenin durdurulması ise, mutlaka İdarenin açıkça müttehez bir idarî kararının uygulanmasını önlemek amacıyla gütmez. İdareyi harekete getirmek için nasıl "İdarenin susması ve hareketsizliği aleyhine dava" müessesesi kabul edilmişse ve İdarenin harekete geçmesi böyle bir dava sonucunda sağlanabiliyorsa, bu tür davalarda verilecek yürütmenin durdurulması kararları da İdareyi, içinde bulunduğu hareketsizlik hâlinde harekete geçirmek amacıyla yöneliktir. Bu karara verilen "yürütmenin durdurulması" isminde kullanılan "yürütme" kelimesinin lûgat anlamına bakarak "Yürümüyor ki dursun" demek, eğer bilgisizlikten ileri gelmiyorsa, düpedüz bir mugalâtadan ibarettir ve her halde, Hukuku pozitif bir ilim değil, bir takım mantık ve kelime oyunları topluluğu sananların fikri olabilir.

Yürütmenin durdurulması kararı, iptali istenilen tasarrufun "hüküm ve neticeleri" nin doğmasına engel olur. Eğer bu bir olumlu tasarruf ise, icra edilmez; açık veya zımnî bir "olumsuz tasarruf" ise, İdare o tasarrufunu icra edemeyecek ve binnetice ilgili kişinin kendisinden vâki isteği dolayısıyla olumlu hareket durumuna geçecektir. Açık veya zımnî ret kararının yürütülmesinin durdurulması hâlinde, İdare, ilgilinin reddettiği isteğini kabul yönünde tek bir şık karşısında bulunuyorsa, o hususta bir karar almış gibi hareket etmeğe mecburdur. Eğer tek bir şık yerine, Hukuk ve idarî icaplar, muhtelif alternatifler gösteriyorsa, bunlardan birini seçme suretiyle harekete geçmeğe mecburdur. Bu seçme, İdareye ait bir meseledir ve hiç şüphesiz ancak takdir yetkisiyle kalırdır.

Yürütmenin durdurulması kararına uyarak işlem ve eylemde bulunacak İdarenin izhar edeceği iradeler, yapacağı faaliyetler, iptal davasının reddedilmesi veya retten de önce yürütmenin durdurulması kararının kaldırılması hâlinde, davacı için bir "istikrar" iddiasına (özel hukuk deyiimi ile "müktesep hak" iddiasına) kesinlikle cevaz veremez. Zira bunu kabul etmek, emri vâkîlerle hukukî durumlar veya imkânlar kazanabilmeyi tasvip etmek olur. Çünkü, yukarda da söyledigimiz gibi, yürütmenin durdurulması kararı, işin esasına girilmeden önce verilebilen bir karardır. Binnetice bu karar, işin esasına, yani dava konusu tasarrufun sıhhatinin beyanı ve davanın kabul edilmiş olduğu anlamını vermez. Bir tedbir kararı mahiyetindedir. Nizâ kesinlikle halledilinceye kadar, hukukî durumu dondurmak yolunda bir karardır. Yürütmenin durdurulmasıyla, hakkında dava açılan idarî tasarruf ortadan kalkmış olmayacağından, İdarenin, yargı kararına uyarak takınacağı tutum ve davranış, bir başka idarî kararın ittihazına delâlet etmez. Ancak İdare, yürütmenin durdurulması kararı karşısında, takdir yetkisini kullanarak yeni bir karar ittihaz ederse, onun da iptali ve durdurulması istenebilir.

Her hâlükârda, İdarecilerin, gerek İdarenin, gerek kendilerinin sorumluluğuna yol açmamaları için, yürütmenin durdurulması kararlarına uymakta bilgili ve titiz davranmaları lâzımdır.

§ 4. TAM YARGI DAVASI

4) KAVRAM VE KIYASLAMA

Yukarda idarî davaların mahiyeti hakkında genel açıklamada bulunurken (sf.222 vd.) bunların iki grupta toplanabileceğini, birinci grubun tesbit ve ikinci grubun da eda'yı taallük ettiğini söylemiştim. Fransız Danıştayının geçen yüzyıl sonlarına doğru verdiği kararlarda kullandığı ba-

za terimler ve gene geçen yüzyılın sonuncu çeyreği içinde Fransız idare hukukunu sistemleştirmede ilk büyük çalışmaları yapmış olan Aucoc (=Okok), Ducroc (=Dükrok) ve özellikle Laferrrière (=Lâferyer) in tasnifleri ve târifleri İdare hukukunda uzun bir süre çok etkili olmuş ve bize de intikal etmiştir. Ancak iki cihan savaşı arasında yeni sistemleştirmeler olmuş ve özellikle ikinci savaşı takiben, 8-10 yıllık bir toparlanma süresinden sonra, bu iki cihan savaşının köklü olarak etkilediği devlet ve idare hayatı ve hukuk gerçekliklerinin buna göre değişmesiyle, yeni bilimsel yayınlar eski tasnif ve kavramları sarsmıştır. Bununla beraber, zamanında değerleri inkâr edilemeyecek ve kendileri ilk fransız ustalarından çok etkilenen eski hukukçularımızın hattâ kanun koyucuyu da belli tasniflere yöneltmiş olan görüş ve önerileri, henüz kuvvetlerinden fazla birşey kaybetmişe benzemiyor. Gerek yargı içtihatlarımızda, gerek bazı yayınlarda, bu görüş ve önerilerin hâkimiyetini görüyoruz. Fakat gerçeklik plânında, benimsemiş bu görüşlerle, devlet ve idare hayatının zorlamalarından doğan çözümlerin tutarsızlığı gittikçe âşikâr bir hal almaktadır. Devletin günden güne kuvvetlendiği ve kamu hukukunun özel hukukta çoktandır kendiliğinden başlayan istilâsının giderek genişlediği bir zamanda, bu iki hukuk alanı arasında eski dengeli koruma gayretlerinin eserlerine rastlanmaktadır. Hukukun tek ve müşterek bulunduğu zamandaki kavram ve biçimlerin, yeni yeni teşekkül eden, fakat bu tek ve müşterek alanı gittikçe artan kesinlikle bölen kamu hukukuna uygulanmağa çalışılmasını, başlangıç için, yapacak başka birşey olmadığından dolayı haksız görmek mümkün değildir. Ancak bu ilk denemelerin, hâlâ geçerli olup olmadığını da zaman zaman ölçmek zorunludur. İlk tanımlamalar, ilk ayrımlar, ilk kalıp ve izahlar, bugün de aynı değeri taşıyorlar mı ? Taşıyorlarsa — ki şüphesiz taşıyorlar — o halde, gerçekliklerin zaten kendilerini empoze ederek ortaya koydukları çözümlerin yeni izahları gerekmez mi ? Hiç kuşkusuz gerekir; ve yapılıyor, fakat bize yansımaları, çeşitli nedenlerle çok güç oluyor.

Surasını reddetmek mümkün değildir: Devletin hukuku, devlet kadar akıcı olmak zorundadır. Roma hukukunun birçok kavram ve kalıpları, iki bin yıl sonra da değer taşımağa devam edebilir; zira insan aynı insandır. Fakat devlet ve idare, değil Roma devrindeki, hattâ 50 yıl evvelki bile değildir.

Bu genel mülâhazalarla fazla uğraşmadan sorumuza atlayabiliriz: İptal ve tam yargı davaları arasındaki teorik ve pratik farklar, bundan birkaç kuşak önce ileri sürülen varlıklarını, önemlerini, sonuçlarını muhafaza ediyorlar mı ? Hattâ bizat yargı organı bu farkları koruyabiliyor ve bunlardan önemli sayılabilecek sonuçlar çıkıyor mu ?

Bu iki davayı kıyaslamak, bir zamanlar İdare hukukçuları için âdetâ bir zevk teşkil etmiştir. Biri "menfaat" ihlâl edildiği zaman açılan davadır, diğeri "hak" ihlâl edildiği zaman açılan davadır denilir ve bunlardan, o günkü günde bile, son derece şüpheli ve uzun tartışma götürür sonuçlar çıkarılırdı.

Ne demektir "hak" ve, "menfaat" nedir ?

"Hak" kavramı, bir irade kuvveti ve üstünlüğü olduğu yolundaki teori, hukukî olmaktan çok politik bir çözüm için kullanılmış ve gene politik sâikle fakat hukukî konstrüksiyonlarla reddedilmeğe çalışılmıştır (Duguit'nin Önsözlerine bakınız).

Kişinin, muhtevası "menfaat" olmayan bir hakkı düşünülebilir mi ? Hukukun sözünü ettiği her hak, Hukuk tarafından bir menfaatin tesbitidir. Bu menfaatin mutlaka maddeî olması gerekmeyeceğini söylemek zâittir.

Ferdin devlete karşı "sübjektif hakları" var mıdır ?

Bu soru, şaşırtıcı ve çarpıcı olabilir; fakat aceba, sübjektif hakkı izah eden hangi teori ile bu türlü hakların var olabileceği ispatlanır ?

Ünlü Fransız idare hukuku ustası Bonnard (=Bonar) ın "sübjektif âme hakları" inşası, sağlam bir yapı mıdır ?

Yoksa, devletin (otorite'nin) ferde karşı tek taraflı yükümleri mi mevcuttur ? Niçin otorite'nin mükellefiyetlerini, özel hukuktaki bir hak-yüküm ilişkisiyle izahata ısrar etmeli ?

Hak ve menfaat kavramlarını, bunların kesin muhteva, farklı mahiyet

ve belirli sınırları mevcut ve tartışma kabul etmeyecek kadar âşikâr imiş gibi farzederek, bunlardan bilimsel sonuç çıkarılabilir mi ?

"İdare, ferdin müktesep haklarına saygı göstermelidir" beyanına her yerde rastlıyoruz.

"Müktesep hak" nedir ? Tanımlaması yapılabiliyor mu ?

Hangi hak, kabili iktisap, hangisi değildir ? Kabili iktisap bir hak, ne türlü bir muameleyle ve hangi anda nasıl iktisap edilmiş olur ?

2000 yıllık Hukuk, üzerine bu kadar dayanılan bir kavramı, bir gerçekliği ifade etmekte olsa, târif ve tesbitten âciz kalır mıydı ?

Bununla, İdare fertleri ezip geçsin demek istemediğimiz muhakkaktır; ferdin himaye ihtiyacını, onu himaye mecburiyetini inkâr ediyor değiliz. Hele ceberrut ve keyfî bir otoriteden hiçbir şekilde yana değiliz. Bilâkis Hukukun üstünlüğüne, Hukukîliğe, kanunîliğe kuvvetle bağlıyız. Fakat Hukuk'un pozitifliğine inanıyoruz. Denemeler için faraziyeler vaz edebiliriz; fakat her pozitif bilimdeki gibi, ispatlanamayan faraziyelerimize karşı "gerçeklik tutkusu" göstermeğe mazun değiliz.

Niçin, bazı idare hukuku yazarlarının, hâlâ " İdare bir sübjektif hakkı ihlâl ederse, açılacak olan dava bir tam yargı davasıdır" şeklindeki ısrarlarını anlayamıyoruz. İhlâl bir tasarruf ile olmuşsa, fakat maddî veya manevî bir zarar da doğmuşsa -veya doğmuş da, tazmini talep edilmeyorsa- mahkemenin yapacağı nedir ? O tasarrufu iptalden başka birşey midir ?

Bunun karşısında, bir idarî tasarruf, bir "menfaati" ihlâl ile yetinmişse, davanın sonucu, hüküm ne oluyor ? Gene iptal değil mi ?

Hukuk, zarar'ı kabul etmez. Hukuk, ihlâle mütehammil değildir.

Bir tutum, bir davranış, Hukukla çelişirse, izale edilir. Bu çelişmeden bir zarar doğmuşsa, telâfi edilir.

Daha önce de söylediğim gibi bilimsel gerçeklik plânında iki türlü dava vardır. Birinci türde Hukuka uymayan norm, tesbit ve imha olunur. İkinci türde, verilmiş zarar, ödetilir.

Bu iki tür dava arasındaki usûl farkları, sadece yargı görevinin ifasında pratik zaruretlerden doğmuştur; maddî hukukî mahiyet farkından değil. Bu nedenle, kanun koyucunun, uygulama ferahlığı amacıyla başka türlü de koyabilmesine hiçbir engel bulunmayan usûlî hükümlerden, maddî hukukî sonuçlar çıkarmak boşuna gayrettir.

B) USÛL

İptal davası ile tam yargı davasının açılışında, davacının davasının mahiyetini tasrih etmesi gerekmez. Yâni "-Davam iptal davasıdır" veya "-Tam yargı davasıdır" yolunda bir nitelendirmeğe ihtiyaç yoktur. Davanın mahiyeti, talepten ve talebe yol açan sebepten doğar. Zarar bir tasarruf ve onun icrasından doğmuşsa, davacı, tasarrufun iptaliyle, vâkî zararın tazminini birarada isteyebilir. Zararın miktar olarak tasrihi de bir zaruret değildir. Esasen böyle, bir tasarruf ve onun icrasından doğan ve süregelmekte bulunan bir zararın, hangi tarihte verileceği başlangıçta belli olmayan hüküm sırasında ne gibi bir tutara ulaşacağı bilinemez. Fakat vâkî olup bitmiş bir zararın tazmini isteniyorsa, hiç şüphesiz bunun miktarını tasrih etmek şarttır.

Bu suretle, bir tasarruf^{un iptali} ve onun icrasından doğan zararın tazmini aynı dilekçe ile, bir tek dava hâlinde istenmek gerekmiyorsa, evvelâ tasarrufun iptali için bir dava açmak ve iptal hükmünü elde ettikten itibaren 90 gün içinde tam yargı davası ikame etmek mümkündür.

Fakat, zararın doğrudan doğruya İdarenin bir eyleminden (=fiilinden) meydana gelmesi hâlinde, şüphesiz, tazminat istemezden önce ortada iptali gereken bir karar bulunmadığından, evvelâ İdareye başvurarak, tazmin istemek ve bu isteğin reddedilmesi üzerine, veyâ üç ay cevap alınmayarak reddedildiğinin anlaşılması üzerine 90 gün içinde tam yargı davasını açmak gerekir.

521 sayılı kanun (mad.72) bu suretle, daha evvel mevcut olmayan bir

"Ön karar" şartı tesis etmiştir.

İdare hukuku müelliflerimiz arasında, bu "Ön karar" müessesesinin yararlı olmuştğu bulunduğu, zira zarar gören fert, mahkemeye gidecek yerde İdareye başvurarak zararının tazminini isterse, İdare ile bir anlaşmaya varabileceğini ve böylece de, yargıya hacet kalmadan anlaşmazlığın ortadan kalkacağını söyleyenler vardır (*).

Ön karar şartını tesis eden 521 sayılı kanunun, bununla güttüğü amaç şüphesiz böyledir ve fikrin esasına katılmamak imkânı yoktur.

Ancak ne var ki, İdare tarafından bir zarara uğratıldığını beyan ile İdareye bunun ödenmesini isteyerek başvuran kişinin zararı 10 kuruş dahi olsa, İdare uzlaşmaya, anlaşmaya ve bu tazminata ödemeye yetkili değildir.

Mesele burada. İdareye, bu tür talepler karşısında nasıl hareket edeceğini, tazminat talebinin istinad ettiği zararın vukuunu ne suretle tahkik ve gerçek zarar miktarını nasıl tesbit edeceğini, bu tahkik ve tesbit sonucu, nasıl bir usûl izleyerek müzakerede bulunup bir anlaşmaya varacağını ve mutabik kalınacak meblâğın ödenmesine kimin karar vereceğini tâyin eden bir kanun yoktur.

Bu nedenle, ferdi, olumlu olabilmesi mümkün bulunmayan bir kararı istihsal için İdareye başvururmak, İdarenin susması hâlinde de üç ay beklettikten sonra dava açılabilir imkânını ona tanımak, maksadın tamamen aksine yönde sonuç vermektedir.

Bu nedenle, teorik bir faydaya, şu pratik durum karşısında, katılmıyorum.

Ancak, yeni kanunun getirdiği bir değişikliğe taraftar olmamak mümkün değildir. Eskiden zarara ve fâiline ittılardan itibaren 90 gün içinde dava açmak gerekiyor ve bazı hâllerde, şahsen zarara uğrayan kişi, meselâ tedavisiyle uğraştığı için, bu süreyi geçiriyordu.

Şimdi ise, ön kararı almak üzere İdareye, zarara ve fâiline ittılardan itibaren 1 yıl ve her halde 5 yıl içinde başvurulabilmektedir.

Tam yargı davasının bu süre özelliğini unutmayınız. Ancak zarar bir kararın icrasından doğmuşsa durumu şöyle düşünmek gerek: karar ilgiliye bildirilmiş ve sonra icraya geçilmişse, kararın iptali temin edilmeden zararın tazmini talep olunamayacağına göre evvelâ karara karşı 90 gün içinde iptal davasını açmak gerekir. Zarar da bu süre içinde vâki olmuşsa, iptal ile birlikte tazminat da istenebilir. Zarar daha sonra vuku bulmuşsa, tazminatı istemek için, açılmış olan iptal davasının sonucu beklenebilir.

İdarî karar hukuka uygun görüldüğü için onun iptali talep edilmemişse veya karar, mutazarrır olan kişiye tebliği gereken bir karar olmayıp kişi sadece fiil, yâni bilmediği bir kararın icrası ile karşılaşmışsa, zarara uğramışsa, tabii yapılabilecek tek şey 1 yıl (ve her halde 5 yıl) içinde İdareye başvurarak tazmin talebinde bulunmak, ön karar'ı almaktır.

Bu başvurma süresi, dediğimiz gibi, zarara ve fâiline ittıla ile başlar. Fâil, şüphesiz, zarar verici faaliyette bulunmuş olan İdaredir.

C) İDARÎ EYLEM KAVRAMI

İdarî fonksiyonun icrasının idarî tasarruflarla mümkün olduğunu daha derslerimizin başında söylemiştik. Bu beyanımızı, şüphesiz geniş mânâda anlamak lâzımdır. İdarî fonksiyonu, Anayasa ve kanunlar tesis eder ve gene bu fonksiyon çeşitli kategorilerdeki düzenleyici tasarruflarla hukukî bakımdan ayrıntılı bir rejime tâbi kılan ve müteakiben de tek taraflı tasarruflar, idarî sözleşmeler ve idarî eylemlerle ifa olunur.

Aslında, idarenin her hareketi, eylemi, bir kararın icrası mahiyetindedir. İdare, gerçek kişiler gibi, gayri ihtiyarî, gayri şüfûrî, tehevürî

(* Örneğin Prof. Ş. Gözübüyük, İdarî Yargı, Ankara, TOAİE, 1970, sf.199.

hareket etmez; edemez. Bunu evvelce de izah etmiştim. İdarede heves, heyecan gibi beşerî hareket sâikleri de söz konusu olamaz. İdare düşünür, kararlar alır, düzenler ve ondan sonra eyleme geçer. Ancak, bir kararın maddî sonuçlarını elde edebilme yolunda yapılacak eylemler, çok değişik, çok çeşitli ve ayrıntılı olabilir. Bu münferit, ayrıntılı eylemler, neticede gene bir kararın icrasına bağlanır, fakat kararda öngörülmeleleri mümkün bulunmayabilir ve çok defa da mümkün olmaz. Fakat buna rağmen, bu fiilî hareketler, bu eylemler, İdare'nin hareket ve eylemleridir.

Bunun yanı sıra, İdarenin, hareket edebilmek için personeli, araç ve gereçleri vardır. Evvelden bunların belli biçimde hareketleri için bir karar alınmamış olsa da, bunlarla veya bunların hareketleri de geniş bir anlayışla (ve gittikçe genişleyen bir anlayışla) İdareye atıf ve izafe olunur. Binnetice bu hareketlerden doğan zararların tazmini İdareye terettüp eder.

İdare, ancak fertlerin (üçüncü şahısların) durumlarına ilişkin kararlarını onlara bildirir. Bu nedenle İdarenin faaliyetini düzenleyen "iç düzen" kararları üçüncü şahısların meçhulüdür. Bu tür kararlar, mutlaka âmriyet makamlarınca alınmak da gerekmez. Kendilerine belli görevler düşenler, bu görevlerini maddî sonuçlarını, maddî ifa tarzlarını kendileri tâyin edebilirler.

Bu sebepledir ki, dıştan bakıldığı zaman, üçüncü şahıslar için, idarî faaliyetlerin, eylemlerin bir kısmı, hiçbir karara dayanılmadan icra olunuyormuş gibi gelir. Fakat bunlar, kamu görevlilerince ifa edildikleri sürece, idarenin eylemleri, hareketleri olurlar.

Sorumluluk bakımından, idarî eylem anlayışı, gittikçe genişleme temayülündedir. Bir kamu görevlisi, göreviyle ilişkili olmayan bir hareketle üçüncü şahsa zarar verse, bunu İdareye atıf ve izafe etmek eğilimi kuvvetlidir. Üçüncü şahsa verilen zarar, İdareye ait bir araç veya gereçle, hattâ bir kamu görevlisi tarafından olmaksızın verilse dahi onu İdareye bağlamak, kuvvet kazanmakta olan içtihatır. [Hizmet kusuru anlayışındaki gelişmeler bunu gösterir].

Bir kamu görevlisinin eylemini (veya işlemini) onun kendisi üzerinde bırakmak için aranan şartlardan evvelce de bahsetmiştim (sf. 123).

O halde, bir kararın icrası mahiyetinde olan veya şüphesiz bir karara (=tasarrufa) dayanan bir görevin yerine getirilmesi için sayılan fiilî hareketler birer idarî eylem olduğu gibi, sorumluluk açısından şahsî kusur hâlinin aşkâr bulunmadığı durumlarda kamu görevlilerinin zarar tevliit eden hareketleri veya kamu hizmeti araç ve gereçleriyle verilen zararlar da İdareye atfedilmektedir. Bunlar da birer idarî eylem sayılmaktadır.

D) SORUMLULUK SEBEPLERİ

Anayasanın 114 üncü maddesine göre (f.son) "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür".

İdarenin sorumluluğunu mutlaka kusura dayandırmak gerekmez. Hattâ kusursuz sorumluluğun ilk defa İdare hukukunda ortaya atıldığını söylemeliyim.

Kaideten, İdarenin verdiği sâbit olan bir zarara katlanması kimseden istenemez. Zira Devlet içinde yaşamak, fertler için bir riziko (=muhataralı, yâni tehlikeli bir hâl) değildir. Aksine devlet, teminattır; emniyettir. O halde, vatandaşın (ve vatandaş olmayandan), devlet hayat ve faaliyetinin muhtemelen vereceği zararları hoş görmesini isteme hakkımız yoktur.

Devletin sorumluluğunu, toplumsal kasa'yı (=Hazine'yi) korumak için de küçümsemeye veya silmeye kalkışmak gereksizdir. Zira devlet, herkesten güçlü olduğu gibi, herkesten de zengindir. Onun, toplum yararına hareket ederken bir kimseye verdiği bir zararı toplum kasasından ödemek büyük bir haksızlık olur. Devletin nîmet ve külfetlerinde eşitlik ilkesini bo-

zar. Üstelik adalet ve hakkaniyetle hareket etmemenin zararı, uzun vâdede, verilmiş olan bir zararı ödemekten kat kat büyüktür.

Evvelce de değindiğim gibi İdare, sakat bir tasarruf itti haz etmiş olmasından dolayı mutlaka kusurlu sayılmaz. Bu sebeple manevî bir tazminat gerekmez. Fakat maddî bir zarar vâki olmuşsa, bunun hoş görülmesi de mümkün değildir. Manevî tazminat için "ağır kusur" şart olduğu halde, maddî tazminat için, maddî bir zararın varlığı yeter.

İdarenin sorumluluğunda en yaygın ilke "Hizmet Kusuru" dur.

Hizmet kusuru "anonim" (=belli bir kişiye bağlanamayacak olan) kusur diye târif edilir. Bu, hizmetin kötü düzenlenmiş olmasından doğar ve üç şekilde tezahür eder:

- a/ Hizmet hiç işlemez ve üçüncü şahıslar bundan zarar görürler.
- b/ Hizmet geç işler.
- c/ Hizmet kötü işler.

Birtek ve basit bir örnek vereyim: İtfaiyenin, telefon makinesi bozuk olmasından dolayı, yangın ihbarını alamaması ve yangına gelmemesi hizmetin hiç işlememesinin; vaktinde yetişmesi gerekirken geç gelmesi ikinci hâlin; gelip de pompaları bozuk, hortumları yırtık olmasından dolayı yangını söndürememesi üçüncü hâlin misalleridir.

Kusur belli bir kişinin değildir; belli bir kişi üzerinde gözükse bile, onun şahsî kusuru (bak.sf. 123) sayılabilecek haller ve şartlar yoktur. İdare, görevlisi, onu denetleyen, onun âmiri ve bütünüyle kusurludur.

Kamu görevlisinin hizmet esnasında bir suç işlemesinin, her halde, kusurun ona bağlanması için yeterli olmadığı Fransız İdare hukukunun ilkelerindedir. Fransız Uyuşmazlık mahkemesinin 14 Ocak 1935 tarihinde verdiği Thépaz kararında, bir askerî kamyon şoförünün bir virajda, tedbirsizliği sonucu sert bir direksiyon kırma ile arkadaki römorku savurarak yolda bisikletiyle gitmekte olan Thépaz'ı yaralamasında, bir trafik suçu bulunmakla beraber, İdarenin tedbirsiz bir şoför kullandığı sâbit olduğundan hizmet kusurunun mevcudiyetine karar verilmiştir. Zira İdare, hizmeti iyi düzenleseydi, böyle tedbirsiz bir şoför kullanmış olmayacaktı.

Üstelik, zarar, bir hizmet aracı ile verilmiştir. Hizmet araç ve gereçleriyle verilef zararlar, kamu görevlisi tarafından, hizmet esnasında veya hizmetten dolayı verilmese bile hizmet kusuru sayılmıştır. Fransız Danıştayı bu içtihatlıdır. Zira hizmetini iyi düzenliyen bir İdare, hizmet arâcının veya gerecinin, kimin tarafından olursa olsun, kamu hizmetiyle ilişkisiz bir surette kullanılarak üçüncü şahıslara zarar verilmesini önlemek imkânına sahiptir.

İkinci önemli bir sorumluluk ilkesi Risk' tir (=İdarî riziko).

Bunun Türkçemize "Hasar" veya "İdarî Hasar" diye de çevrildiğini görmekteyiz. Aslında bu sorumluluk ilkesi, idarî faaliyetin rizikolarına (=muhatara, tehlike) İdarenin katlanması demektir.

Hizmet kusurunda sorumluluk, deyimde de ifade edildiği gibi, "kusur" a dayandığı halde, Risk teorisinde, kusursuz sorumluluk söz konusudur. Fakat, verilen zararın bir kamu hizmetiyle bağlantısı aranır. Fakat bu bağlantı, bir illiyet, bir sebep-netice münasebeti değildir.

Birinci Cihan savaşından sonra, Fransanın deniz üssü Toulon (=Tulôn) limanında ihtiyata alınan ve hiçbir zarar ve olayın vuku bulmaması için her türlü tedbir de, her bakımdan itti haz edilmiş olan harp gemilerinden evvelâ "Liberté" sonra da "Iéna" nın cephanelikleri ayrı ayrı tarihlerde patlamış, kişilere zarar verilmiştir. Hizmetin kötü düzenlenmesi söz konusu edilememiştir. Ancak, bu patlamalar, bir kamu hizmetiyle bağlantılıdır. Hizmet gören İdare, kusuru olmasa da, hizmetin bu rizikolarına katlanmalıdır düşüncesiyle tazminata mahkûm edilmiştir. Zira hizmetten tüm toplum yararlanırken, bu tür zararların muayyen kişiler üzerinde kalması "nîmet ve külfetlerde eşitlik" ilkesini bozar.

Diğer bir örnek Fransız Danıştayının Couitéas (=Kuitea) kararıdır.

Bu davacı, Tunus'ta, henüz bu ülke bir Fransız sömürgesiyken, pek geniş araziye mâlik imiş. Arazisini yerli aşiretler işgal etmişler. Bu aşiretlerin müdahalelerinin men'ine ve mülkünden çıkarılmalarına dair mahkemeden karar almış. Fakat Tunus valisi, bir ayaklanmadan çekindiği için, mahkeme kararını infaz ettirmemiş. Davacıya risk ilkesine göre, tazminat ödenmiştir. Zira, eşitlik ilkesi bozulmuştur; davacı, toplum yararına ağır bir külfet altına girmek zorunda kalmıştır. İdarenin kusuruna da dayanılmaz; kusur yoktur. Hizmet mükemmelen işleyebilir, fakat sonuç kötü olabilirdi. Bu suretle hizmet, kamuya yararlı değil, zararlı bir yöne dönücekti. O halde, hizmetteki kusurdan doğmayan, fakat hizmetle ilişkili bulunan zararın ödenmesi gerekmiştir.

Risk teorisinin kaynağı Fransadır ve ilk defa imar faaliyetiyle ortaya atılmıştır. Yolların düzeltilmesi sırasında seviye farklarının. doğması bazan zarurî olur; yol seviyesi düşürülür; yokuş azalır; böyle bir imar hareketinden de herkes yararlanır. Fakat seviyenin düşmesiyle bazı binaların da temelleri ortaya çıkabilir ve tehlikeli durumların doğması mümkündür. Bu gibi hallerde, Fransız Danıştay, bina sahiplerine tazminat ödenmesi esasını bu Risk teorisine dayanarak kabul etmiştir.

Aynı hâl bizde de olmuş, Beyazıt meydanının -şimdilik durmuş gibi gözükken- seviye yükseltilmesi, alçaltılması hareketleri sırasında civar binalara bu yüzden verilmiş olan zarar, kusursuz sorumluluk esası üzerinden, Danıştayımızca ödettirilmiştir.

§ 5. YORUM DAVASI

İdarî tasarrufların yorumu konusunu yukarda ele almıştık (sf.216). Burada değineceğimiz ve Danıştay k.nun 30 uncu maddesinin E fıkkasında yer alan dava, yorum davası diye anılmakla beraber, asıl mesele, yorum değil, bir kanuniyet tesbitidir.

Bu dava, 1925 yılında çıkarılan 669 sayılı ilk Danıştay (=Şûrayı Devlet) kanununun 19 uncu maddesine (f.c) yer almıştı. "İdarî kararların tâyin-i mânâsı" için dava açılabilirdi. Ancak usûle müteallik hiçbir hüküm yoktu. 1938 yılında çıkarılan 3546 sayılı kanunda, bu davaya rastlanmaz. Bundan 25 yıl sonra (24/12/1964) bugün yürürlükte bulunan 521 sayılı kanun çıkarılırken, tasarıya bu dava ile ilgili olmak üzere konulan hüküm hayli merak ve tartışmalar uyandırmış, uzun uzun görüşülmüştür (TBMM zabıtları). Hukukçu parlömanterlerden bazıları, tatbikatta böyle bir davaya ihtiyaç duyulmadığını belirtmişlerdir.

Gerçekten bu dava bir "yorum" sorunundan ziyade, bir kanuniyet sorunundan doğar. Yorum davası (=recours en interprétation) adı eskidir ve Fransada adlî yargının, idarî konularda yoruma bile yetkili tutulmadığı zamanların etkisinde böyle isimlendirilmiştir. Aslında, gelişen yönü "Kanuniyeti tesbit davası" (=recours en appréciation de la validité) mahiyetindedir.

Bir adliye mahkemesi huzurunda görülmekte olan bir davada, idarî bir tasarrufa istinad edilme gereği ileri sürülür ve diğer taraf, dayanak olarak gösterilen idarî tasarrufun yokluğunu veya sakatlığını (ve ender hallerde de iddia edilen anlamda gelmediğini, iddia edilen şümlüde olmadığını) dermeyan erdise, hâkim, talebi üzerine kendisine, Danıştay kanununun bu hükmü uyarınca, Danıştayda açacağı bir dava ile iddiasını tesbit etme imkânını ve bu hususta gereken mehli vermek mecburiyetindedir.

Verilecek mehlin ne olacağı kanunda yazılı değildir. Tatbikatta 90 günlük bir mehli tanınmaktadır ki, mâkul bir görüştür. Zira, tıpkı, hakkında iptal davası açılmamış olan düzenleyici bir tasarrufa müsteniden müttehaz ferdî bir tasarrufun geçersizliği iddiasına benzetilebilecek bir durum vardır. Mehlin 90 günden kısa tutulması hâlinde, bunun neden böyle yapıldığını izah ve tesbit de kolay olmayacaktır. O halde, uygulama isabetlidir.

Demek ki, bu dava daha ziyade, adlî yargıda bir Mes'ele-i müstehire (=sertaletici mesele) den doğmaktadır ve bir davada uygulanacak kanun hük-

münün Anayasaya aykırılığının önüne sürülmesi gibi bir durum yaratmaktadır. Hâkim, mâkul ve inandırıcı sebeplerle böyle bir iddiayı ciddi gördüğü zaman nasıl meseleyi Anayasa mahkemesine havale ederek sonucunu bekliyorsa, burada da böyle olacaktır (*).

Şâyet, istinad edilmek istenen idarî tasarrufun kanuniyetini (veya bazı şartlarda, yorumunu) adliye mahkemesi bizzat tetkike girişirse, idarî yargının görevine müdahale etmiş olur. Zira, kanunun açıkça yapmış olduğu görev ayrımı karşısında "Davanın yargııcı, defîlerin de yargııcıdır" ilkesi uygulanamaz. Zira defîlerin çözümü, başka bir yargı düzenince uygulanması âme intizamından olan başka bir hukuka, kamu hukukuna tâbidir. Böyle bir görev ayrımı, o ilkenin uygulanmasına imkân bırakmaz.

Sözü geçen adliye mahkemesinin hukuk mahkemesi anlamında tutulmaması lâzımdır. Türk Ceza K.nun 526 ncı maddesi dolayısıyla, bu dava, ceza mahkemelerinden de Danıştaya intikal ettirilmek mecburiyeti vardır.

Gerçekten, Türk Ceza K.nun 526 ncı maddesi "Salâhiyetli makamlar tarafından adli muameleler dolayısıyla yahut âme emniyeti veya âme intizamı veya umumî hıfzıssıha mülâhazasıyla kanun ve nizamlara aykırı olarak verilen bir emre..." itaat etmemenin bir kabahat teşkil edeceğini söylemekte ve cezasını tâyin eylemektedir.

Böylece suçlandırılan bir kimse, ihlâl ettiği ileri sürülen emrin: a/ salâhiyetli olmayan bir makamdán verildiğini; b/ âme emniyeti, âme intizamı, umumî hıfzıssıha mülâhazalarına matuf olmayıp yetki saptırıldığını, c/ kanun ve nizamlara aykırı bulunduğunu... ve binnetice geçersiz bir idarî tasarruf olduğunu ileri sürerse, ceza mahkemesinin, tamamen idare hukuku meseleleri olan ve idare hukukunun uygulanmasıyla çözümlenebilecek bulunan bu hususları halledebilmesine görevi müsait midir ?

Zira açıkça görüldüğü gibi, mesele, bir idarî tasarrufun hukukîliği (=kanuniyeti) meselesidir ve gerek Anayasanın 140 ncı maddesi (f.2), gerek Danıştay K.nun 30 uncu maddesi muvacehesinde ve görev, "kanunlarda ayrı bir idarî yargı mercii gösterilmemiş olan" hal söz konusu bulunduğu için Danıştaya aittir.

§ 6. TEMYİZ DAVASI

Adlî yargıda birinci derece mahkemelerinden çıkan bir karar aleyhine "temyiz müracaatı" yapılır. İdarî yargıda ise bu bir "müracaat" değil, yeni bir davadır.

Bu mahiyetiyle de, temyiz davasında Danıştayın fonksiyonu, Yargıtay'ından usul ve esasta hayli farklıdır.

521 sayılı kanunun 31 inci maddesi temyiz davalarından bahseder. Bu maddeye göre, "İdarî yargı mercilerinden özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş olan ve üst idarî yargı mercii bulunmayan yargı kararları, dava daireleri ile Dava daireleri kurulunda temyiz yolu ile kesin olarak görülür".

Her ne kadar madde metninde "temyiz yolu" denilmekteyse de, maddenin başlığı, bu madde ile tanzim edilen "yol" un müstakil bir "dava" mahiyetinde bulunduğunu göstermektedir. Maddenin başlığı "Temyiz davası" dır. Esasen şu yukarıki hükmün tetkikinden de, idarî yargıdaki "temyiz" in nev'i şahsına münhasır bir dava olduğunu göstermektedir. Zira, temyiz davası açılabilmesi için, "kesin yargı kararı" öngörülmektedir. Eğer bir idarî yargı mercii'nin kararına karşı başvurulabilecek "üst idarî yargı mercii" varsa, temyiz davası açılmaz. Diğer bir bakışla, aleyhine bir üst idarî

(*) Davada ön-mesele (=question préalable) ile erteletici-mesele (=question préjudicielle) arasındaki fark malumdur. Birincisi, davanın iptidaen kabulünde, bizzat mahkeme tarafından çözümlenecek sorunları ifade eder. İkincisi ise, bir davanın esasına hükmedebilmek için, başka bir mercide ve kaideten başka bir yargı mercii'nde çözülmesi gereken sorunu ifade için kullanılır.

yargı merciiine başvurulacak bir yargı kararı veren alt bir idarî yargı mercisinin bu kararı aleyhine, demek ki, adlî yargıdaki gibi, o üst yargı merciiine bir "temyiz müracaatı" yapılacaktır. Ancak üst bir yargı mercii yoksa, bu takdirde, maddede ifade edildiği gibi, kesin bir yargı kararı karşısında kalınacağından, artık "temyiz müracaatı" değil, bir "temyiz davası" söz konusu olur ve buna Danıştay bakar.

İşte bu noktada, idarî yargıdaki temyiz davası ile, adlî yargıdaki temyiz müracaatının farkı iyice belirir. Temyiz davası, şu mahiyetiyle adlî yargıda benzeri olmayan bir davadır.

İdarî yargıya özgü bu davada da, Danıştayın yetkilerinin, Yargıtayın-kilerden farklı olması kolay izah edilebilir.

Belirtilen bu mahiyetiyle, demek ki Temyiz davası da, başta ifade ettiğim gibi, bir "tesbit" davası niteliğindedir. Kesinleşmiş bir yargı kararının hukukiliğinin tesbiti davasıdır. Ancak, bu tesbitten sonra, Danıştay için esası hakkında da hüküm verebilmektedir.

Fakat bir noktayı önemle tekrarlamamız lâzım. Anayasa mahkememizin müteaddit kararlarına göre, birde birinci veya ikinci derece idare mahkemeleri yoktur. Mahkeme niteliğinde olmamakla beraber, yargı kararı verebilen idarî merciler vardır. İl idare kurulları, ilçe idare kurulları, Vergi itiraz ve temyiz komisyonları, Anayasa muvacehesinde, hâkimlerden tereküp etmediği ve Yargı'ya ilişkin ilkeler uyarınca kurulmadığı için, birer "mahkeme" sayılmamaktadır. O halde, 521 sayılı kanunun 31 inci maddesinde sözü edilen ve Danıştayın dışındaki mevcudiyetlerine işaret olunan "idarî yargı mercileri" ve "üst idarî yargı mercileri" bugün henüz nâmevcut bulunmaktadırlar. Deddiğimiz gibi, yargı mercii oldukları kabul edilmeyen fakat yargı kararı verdikleri ifade olunan kurullar vardır. Bu itibarla, bir bakıma Danıştayın, bu kurulların kararları aleyhine açılacak davaları "temyiz davası" değil "iptal davası" olarak kabulü gerekirse de, beri taraftan, yürürlükteki kanunlar, özellikle Vergi Usûl kanunu, hâlen Danıştayın temyiz davası olarak iptidaen kabul ettiği davalara konu olan tasarrufların "yargısal" nitelikte bulunduğunu ve kesinleşirlerse "muhkem kazıye" teşkil edeceklerini belirtmektedirler. O halde, Danıştayın, mezkûr kurulların "yargısal" nitelikte olduğu böylece tanımlanan kararlarından kesinleşenler aleyhine "Temyiz davası" kabul etmesi tabiidir.

Temyiz davası, bu suretle kesinleşmiş yargı kararları aleyhine, 90 gün içinde açılır. Husumet, kararı ittihaz eden kurula veya onun başkanlığına değil, karardan yararlanmış olan tarafa yöneltilir. Böylece de, karardan fert yararlanmışsa, idare, bir temyiz davasında "davacı" olarak gözükür.

Müddeti içinde temyiz davasını ikame etmemiş olan taraf, karşı tarafın, müddete riayetle ikame ettiği temyiz davasına kanunî süre içinde vereceği cevabı ile, bilmükabele temyiz davası ikame edebilmek imkânına sahiptir.

Diğer davaların görülme usûlüne ait hükümleri aşağıda bir bahse bıraktığım halde, Temyiz davasının özelliği dolayısıyla, onun usûlünden burada bahsetmek ihtiyacını duyuyorum.

Temyiz davasında, davalıya tebliğ edilen dava dilekçesi üzerine davalının, davalının cevabına cevap verme hakkı kaideten yoktur. Ancak Danıştay, gerekli görürse, davacıya "cevaba cevap" ve davalıya da "ikinci cevap" hakkını bahşeder.

Temyiz davası ile incelenen ihtilâfta, Danıştay, dava konusu yargısal kararı onama ve bozma yetkilerine sahip olduğu gibi, için esası hakkında karar verme yetkisine de sahiptir.

Bozma sebepleri: a/ Görev ve yetki dışında davaya bakılmış olması; b/ Mevzuat hükümlerine (=Hukuk kurallarına) aykırı bir karar verilmesi; c/ Usûl hüküm ve kurallarına uyulmamış olması... dir.

Bozma kararına karşı, yargısal kararı ittihaz etmiş olan merciiin is-

rarına kanun cevaz vermemektedir (85). İf, bozma kararı dairesinde, kararı bozulan merci tarafından yeniden incelenerek karara bağlanır.

Görülüyor ki, buradaki bozma da, Yargıtaydaki daire bozmasına benzer memektedir. Zira, adli yargıdaki bozma ile, birinci derece mahkemesinin kararı ortadan kalkmış olmuyor; zira, birinci derece mahkemesi ısrar edince, onun vermiş olduğu karar ile bozma kararını bu sefer Genel Kurul inceleyiyor ve o da bozarsa, birinci derece mahkemesinin kararı ortadan kalkıyor.

Halbuki Danıştayda, bir dava dairesinden veya Dava Daireleri Kurulundan, Temyiz davasında verilen bozma kararı, mahiyeten düpedüz bir iptaldir.

Onama kararı ise, Temyiz davasının reddi mahiyetindedir.

Üçüncü bir şık olarak, Danıştay, "dava evrakının ve lüzumu hâlinde getirilecek dosyanın incelenmesinden, maddî vâkıfalar hakkında edinilen bilgi yeter görülürse veya uyumsuzluk sadece hukukî noktalara ilişkin ise, kararı bozmakla beraber, işin esası hakkında da karar verir" (85).

Hukukî tahlilimizin değiştiğini sanmıyorum. İşin esası hakkında karar vermek için, dava konusu kararın evvelâ bozulması zarureti, tabiidir. Zira, esasen Temyiz davası, kesin bir yargı kararı aleyhine açılıyor. O halde, kesin yargı kararı imha edilmeden, ondan başka türlü olması gereken bir kararın, aynı ihtilâfta, aynı taraflar hakkında ittihazı elbet mümkün olamaz.

BÖLÜM VII

YARGI USÛLÜ

§ 1. GENEL

İdarî yargı usûlünün kuralları da, İdare hukuku kuralları gibi aslen idarî yargı mercilerinin (=Danıştay'ların) kendi yargısal içtihatlarından doğmuşlardır. Bu kurallar bizde, Danıştay kanunlarının bütün önemli değişikliklerinde ve yeni Danıştay kanunlarının yapımında biraz daha geniş olarak kodifiye edilmişlerdir. 669 sayılı kanun ve tâdilleri, 3546 sayılı kanun ve tâdilleri şimdi yürürlükte bulunan 521 sayılı kanunla karşılaştırılınca, zaman içinde, bir kanundan diğere hangi usûl kurallarının yargı içtihatlarıyla tesis edilip, müteakip aşamada tedvin olunduğu görülür. Hâlen de bütün usûl kuralları müdevven değildir; önemli bir kısmı içtihatlardadır. Özellikle dava ehliyeti tamamen içtihadîdir ve içtihatlarda kalmakta devamının zaruretleri de, yukarda, iptal davasında, bu konu incelenirken izah olunmuştur.

O halde İdare hukukunun maddî kurallarına nisbetle, kodifikasyona daha elverişli bulunmasına rağmen, idarî yargı usûlünün de kodifiye edilmesi gereken ve kodifikasyona, aynı sebeplerle mütehammil olmayan konuları vardır.

İdarî yargının bir ceza yargısı olmayışına, bir Hukuk yargısı mahiyetinde bulunuşuna bakarak, Hukuk Muhakemeleri Usûlünün asıl ve İdarî Yargı Usûlünün istisna sayılmaması ve binnetice, bunların arasında mahiyet farklarının bulunmayacağı veya böyle farklar gözüküyorsa da bunların önemli olamayacağı, idarî yargı usûlündeki boşlukların otomatik surette Hukuk muhakemeleri usûlü ilkeleriyle doldurulabileceği kesinlikle düşünülmemelidir.

Bir benzetme gerekirse, idarî yargı usûlünü, Hukuk usûlünden çok ceza usûlüne yakın bulmak mümkün ve bunun nedenini anlamak kolaydır. Evvelce 145-146 ncı sayfalarda verdiğim izahatı hatırlayacaksınız. Bir kere idarî yargıda kamu hukukunun tatbik edilmekte olmasının, usûlde büyük farklılıklar yaratacağı hemen gözönüne alınmalıdır. Özellikle iptal davasının, İdarenin hukuka bağlılığı davası olduğunu ve İdarenin hukuka bağlılığında tüm toplumun hayatı menfaati bulunduğunu da nazara alırsanız, bu usûlün, Hukuk usûlünden hangi noktalarda ve neden dolayı büyük ve köklü farklar göstermesi gerektiği anlaşılır.

İdarî yargı usûlünün bir "re'sen tahkik" usûlü olduğunu, ağırlık noktası olarak gözden uzak tutmamak gerekir. Bunun bir kısım özelliklerine ve sonuçlarına evvelce değinmiştin. Şimdi burada gene değinilecektir.

İdarî yargı usûlü, yazılı bir usûldür. Göreceğimiz şekliyle, tarafları derli toplu harekete mecbur kılıcı mahiyettedir. Bu usûl aynı zamanda sür'atlidir. Tatbikatta, ilk derece mahkemelerinin bulunmaması yüzünden ve esasen nüfusun/ve İdarenin faaliyetlerindeki nitelik ve nicelik yoğunlaşması dolayısıyla Danıştayın iş hacmi durmadan arttığı halde, gene de sür'ati Hukuk usûlünden fazladır. Üstelik de, her yargı usûlünde önemli bir elverişlilik vasfı olarak aranan ucuzluk içinde cereyan eder.

Ayrıca, bir "kanunsözcülüğü" nün bulunması, taraflar için teminat taşır.

§ 1. İLK İNCELEME VE ESASA HAZIRLIK

A) Dava dilekçelerinde ve müteakiben verilecek bütün yazılarda Danıştay Başkanlığına hitap edileceğinden bahsetmiştim. Böylece verilen dilekçeler, masrafları ödenerak kayda geçirildikten sonra Genel Kâtipliğe tevdi olunur. Genel Kâtiplikte, Birinci başkanın altı aylık süreler için münavebe ile seçeceği yardımcılarından meydana gelen ve Genel Kâtibin başkanlığında çalışan bir büro tarafından, 521 sayılı kanunda yazılı görev esaslarına ve varsa Başkanlar Kurulunun daireler arasında iş dağıtma hakkındaki kararlarına uygun olarak, dairelere ayrılır ve Genel Kâtip tarafından gönderilir.

Dairelere intikal eden dilekçeler Daire başkanının ve Dava Daireleri Kuruluna intikal edenler de Birinci başkanın görevlendirecekleri yardımcıları tarafından bir "ilk inceleme" ye tâbi tutulur. Burada, dilekçeler:

1/ Görev, 2/ İdarî veya yargısal merci tecavüzü, 3/ Dava ehliyeti, 4/ Husumet, 5/ Dilekçelerin şekilleri, ekleri ve sayıları, 6/ Birden çok karara karşı bir dilekçeyle dava açılması veya birden çok davacıların bir dilekçeyle dava açmaları hâlinde, kanunun bu husus için aradığı şartların (sf. 231-232) bulunup bulunmadığı, 7/ Süre aşımı olup olmadığı noktalarından incelenir.(74).

Dilekçeler bu noktalardan incelendiği zaman kanuna aykırılık görülürse, durum, incelemeyi yapan yardımcı tarafından bir raporla dairenin veya kurulun başkanlığına bildirilir. Görülmüş olan aykırılık daire veya kurula tetkik edilir. Aykırılık vârit değilse veya yardımcıları aykırılık görmemişlerse, tebligata başlanır.

B) Yardımcının davanın açılışında kanunî şartlara aykırılıklar bulunduğu yolundaki raporu üzerine daire veya kurulda yapılan incelemede:

1/ Danıştayın görevsiz olduğu görülürse, iki şık ortaya çıkan:

a) Danıştayın görevsizliği bir idarî mercinin atlanması olmasından veya davanın idarî yargı içinde bu işe bakacak ve yargısal karar ittihaz edecek bir başka kuruluşa çözümlenmesi gereğinden ileri geliyorsa, dilekçe o idarî mercie veya yargısal kararı ittihaz edecek kurula "tevdi" edilir. Bir "tevdi kararı" nı müteakip, dilekçe gönderilir.

b/ Görev adlı yargının veya diğer yargı düzenlerinin (meselâ Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin) ise, dilekçe reddolunur [Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kurulmasından veya faaliyete geçmesinden önce Danış-

taya verilmiş dilekçelerle, orada görülmesine başlanmış davalar, bu arada bittabi, davanın açılışı sırasında Danıştayın görevli bulunmuş olmasından dolayı şimdi tevdi edilmektedir 7.

2/ Davacının "ehliyetsiz" görülmesi hâlinde dilekçe reddedilir (*).

3/ Husumetin yanlış tevcih edilmesi veya birden çok tasarruf aleyhine bir dilekçeyle veya bir tasarruf aleyhine birden çok kişilerin aynı dilekçeyle dava açmaları hâlinde, gerekli şartların bulunmadığı anlaşılması hâlinde veya dilekçede ve eklerinde usûlsüzlük, noksanlık tesbiti üzerine, yeniden kanunî şekilde düzenlenerek veya noksanları tamamlanarak dava açılmak üzere 30 gün mehil verilerek dilekçe iade edilir.

4/ Süre aşımı varsa, tabii davaya bakılamayacağından, dilekçe reddolunur.

Görüyorsunuz ki, bu ilk incelemenin sonucunda, dört ihtimal doğar:

a) Dilekçe kabul edilir; b) Dilekçe (ve dava) reddedilir; c) Dilekçe ilgili veya görevli mercie tevdi edilir; d) Düzeltilmek veya tamamlanmak üzere 30 gün mehil verilerek iade olunur.

Dilekçenin şekline ve eklerine ilişkin usûlsüzlük sebebiyle iade üzerine 30 gün içinde, bunlar giderilerek veya tamamlanarak dava açılması hâlinde ayrıca harç alınmaz.

C) Dilekçenin kabulünden sonra tebligat işlemlerine geçilir.

Dilekçe ve ekleri davalıya, onun "bevabı" ve ekleri davacıya, davacının "cevaba cevabı" davalıya, davalının "ikinci cevabı" davacıya tebliğ olunur.

Davacının bu ikinci cevaba, kendisinin de bir ikinci cevap vermesi yoktur.

Ancak, davalının ikinci cevabında (=savunmasında) davacı tarafından cevaplandırılması gereken hususlar esasın incelenmesi sırasında görülürse, davacıya bunun için bir mehil verilebilir. Bu mehil de 30 gündür.

Tarafların 30 gün içinde, birbirlerine cevap vermeleri gerekir. Bu süre, ancak daire veya kurulca haklı görülecek sebeplerin mevcudiyeti hâlinde, taraflardan birinin isteği üzerine bir defaya mahsus olmak ve 60 günü geçmemek üzere kararlar uzatılabilir. Ancak böyle bir uzatma talebinin de, asıl cevap süresi olan 30 gün içinde yapılmış bulunması lâzımdır.

Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya "cevaba cevap" lâyihasına dayanarak hak iddia edemezler.

Yukarıda, temyiz davası vesilesiyle gördüğümüz gibi, o davada kaideten ikinci lâyihalar teati edilmez. Bunun mümkün olabilmesi, daire veya kurulun lüzum görmesine bağlıdır.

Davanın genişletilmesi Danıştayda da câiz değildir. Ancak dava, süresi itibariyle, davacı, davalının birinci cevabına cevabını henüz dava süresi bitmeden vermekte bulunuyorsa, tevsi mümkündür. Bu imkân, dava süresinin henüz olmaması hasebiyle, davacının isterse, bu tevsi hususlarını da muhtevi bir dava açabilmesinin hâlâ mümkün bulunmakta olması düşüncesine dayanarak tanınmıştır. Davalı İdare ise, kaideten savunmasını genişletemez.

Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilemeyen "müsbit evrak" (ispatlayıcı belgeler), bunların vaktinde ibraz edilmesine imkân bulunmadığı hususu öne sürülür ve kurul veya dairece kabul edilirse, alınarak diğer tarafa tebliğ edilir.(83).

D) Tebligat işlemleri tamam olduktan veya süre geçtiği halde taraflardan, kendisine son defa tebligatta bulunulmuş olanın cevap hakkını kullanmamakta olduğu görüldükten sonra, dosya, mütalâa alınmak üzere Baş Kanunsözcülüğüne gönderilir.

(*) Ehliyetli şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılması hâlinde, bizzat veya avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere 30 gün mehil verilir.

Baş Kanunsozcüsünün yaptığı vazife taksimine göre, dosya, görevli kanunsozcüye verilir.

Kanunsoçüleri, kendilerine havale olunan dava dosyalarını inceleyerek, "hukuk bakımından" düşüncelerini, engeç bir ay içinde yazılı olarak bildirirler. Bu düşüncelerin "gerekçeli" olması lâzımdır.

Kanunsoçüleri, incelemeleri sırasında gerekli görürlerse, Birinci başkanlık vasıtasıyla, ilgili yerlerden her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi, davalı idaredeki işlem dosyalarını da getirebilirler.

Kanunsoçülerinin Baş Kanunsozcüsüne bağılılıkları, idarî yöndendir; işbölümü, çalışma düzeni bakımındandır. Yoksa kanunsoçüleri, düşüncelerinde tamamen serbesttirler.

Kanunsoçülerine, 669 sayılı kanun "savcı" ismini vermektedir. Sonradan değiştirildi. Zira Kanunsoçüleri davada "taraf" olmadıkları halde, savcılar "taraf" tırlar. İdarî davalarda ise, davacının karşısında "diğer taraf" zaten mevcuttur ve İdare'dir. O halde, ayrıca bir "Savcı"ya ihtiyaç yoktur.

Gerçekten, Kanunsoçülüğü müessesesinin iddia veya savunma diye bir görevi bulunmamaktadır. Görev, Hukuk düzeni açısından davanın mahiyetini tahlil ile haklılık veya haksızlık yönünden, objektif bir kanaatin, gerekçesiyle birlikte ortaya konulmasıdır.

Bu müessese, Fransada kurulup gelişmiştir. Danıştayın kompozisyonunu gördünüz. Dava dairelerindeki yüksek yargıçların dahi "meslekten yargıç" olmaları gerekmemektedir; kendilerinde Hukuk, Siyasal Bilgiler veya İktisat fakültelerinden mezuniyet kaydı aranır. 521 sayılı kanunla İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisinden mezuniyet de dahil edilmiştir. Ancak bu diplomalardan biri veya diğeriyle, aslında aranan vasfın, meslekten hukukçuluk dahi olmadığı anlaşılır. Fransada, durum değişik değildir. "Meslekten hâkimlik" veya "meslekten hukukçuluk" şartı yoktur. Bununla beraber, Danıştay yüksek hâkimleri arasında meslekten yargıç veya meslekten hukukçu olanlar, adliye mahkemelerinde veya bizzat Danıştayda yetişmiş, avukatlıkta gelişmiş bulunanlar olduğu gibi şahsen pek değerli hukukçular da vardır. Fakat, müessesenin mahiyeti icabı, bir Hukuk İhtisası'na da ihtiyaç bulunur. Bu ihtisası temin, kanunsoçülerine düşer.

Fransada "savcı" veya "kanunsoçüsü" değil, bizdeki kanunsoçülüğünün karşılığı olarak "Hükümet komiserliği" vardır. Hükümet komiserlerinin (=Commissaires du gouvernement) gerekçeli mütalâaları (=conclusions) dünya İdare hukukunun gelişmesine birinci derecede etkili olmuştur. Bu mütalâalarındaki bilimsellik, isabet ve hukukî yaratıcılıklarıyla tanınmış, sarsılmaz ün yapmış Corneille, Romieu, Blum, Tardieu, Pichat, Teissier, Odent, Létourneur, Delvolvé, Gazier ve daha birçoğu bilinirler. Bunların hukuk âleminde yaptıkları şöhretler, bilâhare memleket idaresine de kendilerini çekmiş, Blum ve Tardieu, başbakanlık, bakanlık etmişlerdir. İdare hukuku yayınlarında, çok kere, bunların mütalâalarından pasajlar aktarılır.

Bizde de, berhayat oldukları için isimlerinin zikri gerekmeyen pek değerli Baş Kanunsoçüleri ve kanunsoçüleri yetişmiş, İdare hukukumuzda hizmet etmişlerdir.

E) Baş Kanunsoçülüğünden dönen dosyalar, dairede, raportörler tarafından, kanunsoçüsünün mütalâası da nazara alınarak incelenir. Raportörlüğü, üyeler de yaparlarsa da, asıl görev, yardımcıların üzerindedir.

Raportörlük, bir daire heyetinin rahat ve isabetli çalışmasında en önemli faktördür. Bu, dosyayı inceleyerek, tarafların ve kanunsoçüsünün söylediklerini basitçe özetleme işi değildir. Raportör, olayı, gereksiz ve etkisiz bütün ayrıntılarından soyutlar, hukukî görüşleri derleyip toplar ve uygulanması iddia edilen hukukî ilkeleri belirler, olayın tavsifini yapar, bu tavsife tarafların ve kanunsoçüsünün tavsifini ekler, önerilen ilkelerle bu tavsifleri karşılaştırır, kendisince uygulanması gereken ilkeleri gösterir ve esas hakkındaki görüş ve düşünüşünü bildirir. Bu çalışmanın, basit bir özetleme olmadığı, yapıcı bir çalışma olma-

gereği, gördüğünüz gibi ortadadır. Bilâhare, heyetin vereceği kararı, ifade edilen görüşler ve gerekçesiyle birlikte yazmaktan başka, yargılama giderlerini, vekâlet ücretlerini hesaplamak da raportöre düşer.

Görüyorsunuz ki, genç bir hukukçunun yetişmesi bakımından, bundan, gerek teori, gerek uygulama yönleriyle daha elverişli bir çalışma ve verim verme imkânı ciddi bulunamaz. Bu yönleriyle, raportörler, heyetlerin eli ayağı mesabesinde ve vazgeçilmez bir unsurdur.

§ 3. ESASIN İNCELENMESİ VE HÜKÜM

A) Danıştay usûlü, kaideten yazılıdır; evrak üzerinde inceleme yapılır. Ancak iptal davalarında, yorum davalarında, temyiz davalarında ve müddeabihi beşbin lirayı aşan vergi, resim, harç, para ~~cezası~~, gecikme zammı konularındaki tam yargı davalarında, taraflardan birinin istemesi veya heyetin bizzat lüzum görmesi üzerine duruşma yapılır. Duruşma davetiyeleri taraflara enaz bir ay önce gönderilir.

Duruşmada, taraflara ikişer defa söz verilir. Kanunsözcüsünün görüşü dinlendikten sonra da, taraflardan ne diyecekleri sorulur.

Duruşmalar açıktır. Ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, heyet kararıyla kısmen veya tamamen gizli yapılabilir.

Duruşmada ancak tarafların dilekçe ve savunmalarda ileri sürdükleri sebep ve deliller tartışılır. Yeni delil ibraz edilemez ve yeni sebep ileri sürülemez.

Bununla beraber, dilekçeler ve cevap lâyihalarıyla birlikte verilmesi mümkün olmamış bulunan belgeler, heyetin bu imkânsızlığı kabul etmesi hâlinde ve bu şartla duruşmada da ibraz edilebilir. Diğer taraf cevap için mehil isterse, bu mehil verilir; hemen cevap verilebileceği beyan olunur veya cevaba lüzum görülmemiş bulunursa, tebligata girilmez.

Duruşmalara iki taraf da gelmezse, inceleme evrak üzerinde yapılır. Sadece bir taraf gelirse, onun dinlenilmesiyle yetinilir.

Söylenileceklerin hepsi, daha derli toplu ve düzgün bir şekilde söylenmiş olduktan sonra, duruşmanın, lâyiha okumağa veya rastgele izahlarda bulunmağa matuf bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Özellikle duruşma istemenin amacı, bizzat davacı veya davalı tarafından adetâ bir raportörlük yapmak içindir. Elbet, bu arada tarafların, bu raportörlüğü kendi açılarından yapma gayretlerinde bulunacakları tabiidir. Ancak, bilhassa Danıştay huzurunda adlî hitabet (=plaidoirie) parlaklığı gösterme çabası boşunadır. Zira idare hukukunun, hitabette zarâfetle çözümlenebilecek soruları yoktur. Düzgünlük, insicam, hukuk mantığı ve bütün bunların dayanacağı bilgi gereklidir.

Duruşma yapıldıktan sonra aynı gün, zaruret hâlinde onbeş gün içinde karar verilmesi lâzımdır. Fakat bu süre tahdidinin, karara bir etkisi yoktur; zira süre geçirildikten sonra da mahkeme karar vermeyecek veya vereceği karar herhangi bir şekilde sakatlanacak değildir. İş hacminin büyüklüğü dolayısıyla, bu süreye riayet, tatbıkatta esasen mümkün olamamaktadır.

B) Duruşma yapıldıktan sonra heyet, karar için esasen dosyaya dönecektir. Duruşma yapılmazsa, zaten esasın incelenmesi dosya üzerinde olur.

İncelemede heyet, evvelâ raportörü dinler, kanunsözcüsünün düşüncesi okunur, sonra işin müzakeresine geçilir.

Re'sen tahkik usûlü cereyan ettiği için, eda davaları dışında, heyet ne tavsifle, ne de gösterilen delillerle bağlanamayacağı gibi, taleple de bağlı değildir. Re'sen tahkikin esasen anlamı ve amacı budur (bk.sf.145). Bu noktadan, gene, Danıştaya, bir asliye hukuk mahkemesine benzetmeğe kalkışmamak gerekir. Yürütülen bir Kamu hukuku yargısıdır ve İdarenin Hukuka riayeti, davacının gördüğü gerek miktarına, onun arzusunun sınırları içinde sağlanacak değildir. Bu nedenle, evvelce söylediğim gibi,

Danıştayda bir davayı sadece açmakla da o dava kendiliğinden yürür ve sonuçlanır. Usûlünün ve kendi fonksiyonunun bu hususiyeti sebebiyledir ki, Danıştay, bakmakta olduğu bir davada "her çeşit incelemeyi kendiliğinden" yapabileceği gibi, ihtiyaç görülen bilgi ve belgeleri de taraflardan ve diğer ilgili yerlerden isteyebilir. Bilgi ve belgelerin tevdi için süreyi kendisi tayin eder. Bu süre içinde gereğini yerine getirmek herkes için mecburîdir. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, istek üzerine süre uzatılabilir. Ancak bu uzatma bir defaya mahsustur.

Tarafların istenen belge ve bilgileri vermeme hâlinde bunun karar üzerine olabilecek etkisi önceden tesbit ile tarafa bildirilir. Kanaatimce, gerekli belge ve bilgiyi vermemenin sadece karar üzerine bir tesiri olmakla kalmamalı, ayrıca cezai müeyyede de işaret edilmelidir. Örneğin bir iptal davası, gerçi bir davacı tarafından açılır, fakat sonuç, o davacının menfaati veya hakkı sınırlarını aşacak niteliktedir; Danıştay, İdareyi hukuka saygılı kılacak hükmü, sırf davacıyı tatmin için değil, uzun vâdede "Hukuka saygılı İdare ilkesini" ve hatâ bunun üzerinde de Hukuk Devleti'ni korumak için verecektir. Bu dava, bir özel hukuk çekişmesi değildir.

İdareden istenen munzam belge ve bilgiler, ancak, Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya bu hususlarla birlikte, yabancı devletlerle münasebetlere ilişkin ise, yerine göre Başbakan veya ilgili bakan, gerekçe bildirmek suretiyle, bunları vermeyebilecektir.

Deliller yönünden, serbestlik vardır. Danıştayda şahit dinlenilmez, yemin verdirilmez; fakat başkaca her türlü delil kullanılabilir. Şahit ifadeleri, Noterde re'sen beyanlar olarak tanzim ettirilip tevdi olunabilir.

Danıştay keşif ve delil tesbiti de yaptırabilir. Bunlar, taraflarca da istenebilir. Hukuk Muhakemeleri Usûlü kanununun hükümleri kıyasen uygulanır. Bilirkişi incelemesi de aynı suretle istenebileceği gibi, Danıştayca re'sen de gerekli görülebilir. İdarî dava açılmadan önce, adlî mahkemede yaptırılmış olan delil tesbitleri muteberdir. Fakat idarî dava açıldıktan sonra bu tür tesbitler ancak Danıştayca yaptırılabilir; dışardan yaptırılıp sunulamaz. Danıştay, delil tesbitinde kendi üyelerinden birini nâip tayin edebileceği gibi, mahallî adlî veya idarî yargı mercilerince de yaptırabilir.

Görüşmelerin kâfî görülmesi üzerine en kıdemsiz üyeden başlanarak oy toplanır ve bir tutanak tanzim edilir. Bu tutanağa, görüşmeye katılan başkan ve üyeler ile düşünce veren kanunsözcüsünün, raportörün, tarafların adları, soyadları, dosya numarası, kısaca dava konusu, verilen kararın neticesi, çoğunlukta ve azınlıkta bulunanlar kaydedilir ve aynı toplantıda, görüşmeye katılanlar tarafından imzalanıp dosyasında saklanır.

Danıştay kanununda özel hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Usûlü Muhakemeleri kanununun ancak, 521 sayılı kanunun 88 inci maddesiyle atıfta bulunulmuş olan hükümleri kıyasen uygulanabilir. Bunlar, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahsın davaya müdahalesi, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tesbiti, adlî muzaheret ile duruşmanın sükûn ve intizamına müteallik hükümler ve atıflardır.

Hâkimin reddi veya çekilmesi sebepleri, Danıştayda, yargı kararının ittihazına katılmayan diğer meslek mensupları (kanunsözcüleri ve yardımcılar) için de genişletilmiş ve bu türlü ret veya çekinme hâlinde ne yapılacağı 89 uncu maddede tanzim olunmuştur.

C) HÜKÜM

Hüküm verilip tutanak tanzim olunduktan sonra, kararın yazılmasına geçilir. Bu, raportörün görevidir.

Kararda: a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları, yahut ünvan ve adresleri; b) Davacının ileri sürdüğü maddî vâkıaların dayandığı hukukî sebeplerin özeti ve isteğinin sonucu

ile davalının savunmasının özeti; c) Raportörün ve kanunsözcüsünün ad ve soyadları ile üye olmayan raportör ve kanun sözcüsünün düşünceleri; d) Duruşmalı davalarda duruşmanın yapıp yapılmadığı ve yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları; e) Kararın dayandığı kanunî ve hukukî sebepler ile gerekçesi ve hüküm; f) Muhakeme masrafları ile vekâlet ücretinin hangi tarafa yükletildiği; g) Kararın tarihi ile, oybirliği veya oyçokluğu ile mi verildiği; h) Kararı veren daire veya Kurul başkanı ve üyelerinin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa muhalefet şerhleri; yazılır.

Bu hususları muhtevi karar belgesine "ilâm" denilir. Taraflara tebliğ edilecek ilâmlar, resmî mühürle mühürlenir ve başkan, yahut görevlendireceği üye veya başyardımcı tarafından imzalanır. İlâmlara muhalefet şerhleri de yazılır. İlâmların asılları, mahzene kaldırılacak dosyasında, tasdikli örnekleri de dairelerinde saklanır.

§ 4. KANUN YOLLARI

Danıştay birinci ve sonuncu derece mahkemesidir. Bu sebeple ittihaz ettiği kararlar aleyhine, kendi içinde de bir temyiz usulü öngörmemiştir. Daha evvel söylediğim gibi, herhangi bir dava dairesi ile Dava daireleri kurulu arasında da bir iyerarşi yoktur; sadece işbölümü vardır.

A) Kararlarda, tarafların ad ve soyadları ile sıfat ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar varsa veya hüküm fıkrasında hesap yanlışlıkları bulunuyorsa, bunların düzeltilmesi, "tavzih" de izlenen usul ile istenebilir. İstek haklı görülürse yanlışlıklar düzeltilip ilâmın altına yazılır.

B) Kararlar müphem veya birbirine aykırı hüküm fıkraları ihtiva ediyorsa TAVZİH istenebilir.

Tavzih dilekçesi, karşı taraf sayısından bir nüsha fazla verilir.

Tavzih isteğini, kararı vermiş olan daire veya kurul inceler; gerekli görürse, dilekçenin bir sureti karşı tarafa tebliğ edilerek, tayin edilecek mehil içinde, cevap verebileceği bildirilir. Cevap da iki nüsha olarak verilir ve biri, tavzih isteyen tarafa gönderilir.

Tavzih veya aykırılığın kaldırılması, kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir.

Tavzih konusunda, yazılı olmayan bazı hukuk kurallarına değinmek isterim:

Kaideten Yasaya organı gibi, Yargı organı da hatâ etmez, müphem karar vermez telâkki olunur. Bu nedenle de, tasarruflarda tam bir ipham (=belirsizlik, müphemlik) olmadıkça, tavzih veya tefsir isteği reddolunur ama o ret gerekçesinde de belirsizlik giderilir.

1924 Anayasası, Meclis Yorumu'nu öngörmekte ve kanunların müphem olan hükümlerini Yasaya organı, "Teşriî tefsir" ile yorumlayabilmekteydi.

Teşriî tefsir konusunda pekçok karar çıkmıştır ve bunların arasında gerçekten, ilişkin olduğu kanun hükmünün müphem olduğunu kabul ederek onu yorumlayan pek azı vardır. Hemen hemen bütün kararlar "yorumlanacak bir husus bulunmadığı böylece anlaşıldığından..." ifadesiyle, vâkî yorum talebini reddetmekte, fakat reddederken, " bu hüküm, gördüğünüz gibi şu ve şu mânââya gelir; bunda yorumlanacak ne var ?" şeklinde bir beyanla, pek âlâ yorum yapılmış olmaktadır. Bu, geleneksel ve saygı duyulacak bir usüldür; hukuken sempatik bir yoldur. Hukuk nezaketi, bu usüle saygı gösterilmesini gerektirir.

Aynı saygı, tavzih mevzuunda, yüksek mahkemelere de gösterilmek lâzımdır ve bu da bir hukukçuluk nezaketi icabıdır.

Bir yüksek mahkemeye "- Kararın açık-seçik değil; hüküm fıkraların

birbiriyle çelişkili... Bunu düzeltin" denilmez. Yüksek Mahkeme de, Ya-sama organı gibi hatâ etmez sayılmak lâzımdır; öyle davranmak gerekir. Zira, insanların yanılabilirliğini, hattâ yanılmanın ancak insanlara mah-sus olduğunu elbet yüksek hâkimler de bizim kadar bilirler. O halde, say-gılı bir müracaatla müphemliği, çelişkileri dikkatlerine sunmak; nezaket sınırlarını aşmamak, hukukçuluğun şânındandır.

Yüksek mahkeme, müphemliği veya çelişkileri görür. Ancak, ondan da, bir suçlunun suçunu itiraf etmesi gibi, apaçık bir beyan, adetâ bir itiraf ve özür dileme beklememelidir. Zira nasıl taraflar yüksek hâkimlere say-gılı olmak gerekirse, yüksek hâkimlerin de, işgal etmekte buldukları makama, mevkie saygılı olacaklarını, olmaları gerektiğini düşünmek lâzım-dır.

Bu nedenle Tavzih istegi, pek çok halde, reddedilecektir. Fakat bu reddin "gerekçe" sinde de "kararımız bu derece açık-seçik iken..." veya "... çelişki sanılan hükümler şu ve şu hususa müteallik olup ortada hiç bir çelişki yok iken..." denilmek suretiyle, istenilen tavzih gereği ka-dar yapılmış olacak, fakat şekli ifade, istek çoğu kez reddedilmiş gi-bi gözükcektir.

"... binnetice tavzih isteminin reddine..." ibaresi görülünce, hükmi infaz edecek olan İdarecilerin " tavzih reddedilmiştir; fakat müphemlik (veya çelişki) giderilmiştir; biz bu kararı nasıl infaz edelim ?" diye infaz etmeye yolda bahane aramaları³²⁻⁴⁶ ve bilhassa, tavzih indirekt (veya istemin kabulü hâlinde direkt) yoldan yapılırken, açıklık amacı için yüksek mahkemenin kullanacağı beyanları "Tavzih ile yeni hüküm tesis edil-miştir; buna cevaz yoktur" diye yermek doğru değildir. Elbette tavzih veya çelişkinin giderilmesi için, belli bir ifade tarzına ihtiyaç vardır. Hattâ yeni bir hüküm/³²⁻⁴⁶eklemeğe bile ihtiyaç olabilir; aynı cümle ve kelime-lerin tekrarıyla tavzih veya çelişkinin giderilmesi mümkün olabilir mi ?

Tatbikatta, tavzih istemi üzerine verilen kararlara,, çoğu kez, "-Tav-zih istemi varken, karara yeni hüküm ilâve edilmiş" şeklinde eleştiriler yöneltildiğine şahit olduğum için, Tavzih müessesesinin gerçek anlamını ortaya koymak üzere bu açıklamaya ihtiyaç gördüm.

C) Üçüncü bir yol, KARARIN DÜZELTİLMESİ' dir (98). Bu düzeltme istemi, hangi taraftan gelirse gelsin, HUKUK usulündeki gibi bir defa vâki olabi-lik; yani bir taraf, bir defa düzeltme isteminde bulundu mu, bir de karşı taraf bulunamaz ve düzeltme istemi üzerine verilecek kararın da düzeltil-mesi istenemez.

Düzeltilme istemi, ilâmın tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde ya-pılabilir. Sebepler şunlardır:

- a/ Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılan-mamış olması;
- b/ Bir ilâmda, birbirine aykırı hükümler bulunması;
- c/ Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması;
- d/ Temyiz davası üzerine karar verilen hallerde, görevli daire veya kurula ibraz olunan evrakta sahtelik veya sânia (=düzmelik, uydurma, hiy-le) vuku bulmuş olması.

Bu sebepler yakından incelenirse, birinci sebebin, hükümün gerekçesine taallük ettiği görülür. Anayasa ve Danıştay kanunu, hükümlerin gerekçeli olması şartını taşımaktadır. Gerekçe ise "...olduğundan... bulunduğundan..." demek değildir; yukârda a/ fıkrasında görüldüğü gibi, "esasa müessir iddi-a ve itirazların çürütülmesi" dir; ancak bu takdirde bir karar, gerekçeli olur. Bunun külfetli bir iş teşkil ettiği muhakkaktır; fakat ne çâre ki, tarafların Anayasal bir hakkıdır ve herşeyden önce, haksız çıkan tarafın haksızlığı yolunda ikna edilmesi, bizzat Anayasamızın da kendi üstünde bir ilke olarak kabul ettiği "Adalet" duygusuna saygı gereğidir.

İkinci sebep, Tavzihtekinden daha ağır hüküm çelişkileri için öngörülmüştür.

Üçüncü sebep üzerinde durmak gerekir. İdarî yargıda bütün usul hüküm-leri kanunlarda yazılı olmadığı gibi, bizzat İdare hukuku kuralları da

bildiğiniz gibi tedvin edilmiş, kanunlara geçirilmiş değildir. O halde, bu tashih sebebinde "kanuna aykırılık" hâlini geniş yorumlamak ve İdare hukukunun umumî kabul kazanmış belirgin ilkelerine ve Danıştayın müstakkar kararlarına ve hattâ emsal içtihatlarına aykırılık hâlini de bu sebep içinde mütalâa etmek lâzımdır. Aksi halde, İdare hukukunun en genel ve evrensel ilkelerine bile aykırı olan bir karar aleyhine, bu tür ilkerlerin hiçbir kanunda madde metinlerine geçirilmemiş olmalarından dolayı, düzeltme yoluna başvurmak imkânı kalmaz.

Bu anlayış, şimdiye kadar sık sık tekrar ettiğimiz gibi, İdare Hukukunda "kanuniyet" (=légalité) kavramının da gerektirdiği bir anlayıştır. Zira, bizde "kanuniyet" kanun kuralına, kanun metnine uyumluluk demek değildir; kanuniyet, kanun geçerliğindeki yazılı hukuk normunun üstünde-ki ve altındaki yazılı normları ve yazısız, fakat mahallî ve evrensel kabul edilmiş hukuk ilkelerini de kapsar.

Ancak, mesele "kararın düzeltilmesi" safhasına gelmiş iken, bir muhkem kaziyenin düzeltilmesini isteyen tarafın, karşı tarafı da ikna etmesi ve bunun için de, kararın "usûl ve kanuna aykırı" lığının ne olduğunu ciddi ve bilimsel bir şekilde, ayrıntılarıyla ortaya koyması şarttır.

Ayrıca, bunun böyle olması, "kararın düzeltilmesi" müessesesinin, bir "usûl saptırılması" na (=détournement de procédure) uğramasını önlemek için elzemdir. Zira, kararın düzeltilmesi müessesesi, İdarî yargı usûlünde, Danıştay kararlarına karşı mevcut olmayan bir "temyiz müracaati" hâline getirilememelidir.

Danıştay kararlarına karşı, ikinci bir tetkik usûl ve merciinin tet-sisi temennisi başka, kararın düzeltilmesi müessesesini saptırarak bir temyiz yolu hâline getirmek gene başkadır. O halde, bir karar düzeltme talebi "verilen kararın usûl ve kanuna aykırılığı" beyanından ibaret ve mücerret bir şekilde istenilemez. Zira, yüksek mahkeme, 521 sayılı kanunun 98 inci maddesinin son fıkrasına göre "kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen sebeplerle bağlıdır".

O halde, sebep göstermek icabeder. Bu, Hukuk usûlünde, Yargıtaya yapılan bir temyiz müracaatine bu bakımdan da benzemek. Zira temyiz dilekçesinde yer alması gereken (mad.435) temyiz sebepleri bulunmasa da dilekçe reddedilmeyip temyiz incelemesi yapılır (mad.435/son); çünkü Yargıtay, tarafların iddia ve müdafaalarıyla bağlı olmayıp kanunun sa-rih maddesine muhalif gördüğü diğer sebeplerden dolayı da, temyiz olu-nan kararı bozabilir (mad.439/2).

Görüyorsunuz ki, bu durumda, Danıştayda, açık-seçik sebepler teker teker gösterilmeden kararın düzeltilmesini yuvarlak bir lâf ile "usûl ve kanuna aykırılıktan dolayı" istemek, aslında Yargıtayın bir temyiz tetkikatındaki re'sen bozma yetkisinin tıpatıp aynı bir yetkinin Danış-tay tarafından kullanılmasını talep etmektir ki, Danıştayın, yukarda zikrettiğim 98 inci maddenin son fıkrası hükmü karşısında bunu yapabil-mesi mümkün olamaz.

Fakat, bir an için yaptığını düşünelim. Nasıl bir durum hasıl olur ?

Danıştay, kararın düzeltilmesi dilekçesinde belli, açık bir sebep gösterilmeden kararın düzeltilmiş olacaktır ki, bu "muhkem kaziyenin tama-miyetine ve dokunulmazlığına" (bak.sf.52) aykırıdır. Çok ağır bir hu-kuk ihlali teşkil eder.

Üstelik, Danıştay dava daireleri ve dava daireleri kurulundan veri-len kararların, verildikleri andan itibaren birer muhkem kaziye olduğu, muhkem kaziyenin bütün sonuçlarını hasıl ettiği, 521 sayılı kanunun 95 inci maddesinde de yazılıdır.

Binnetice, Danıştay usûlündeki "kararın düzeltilmesi" müessesesinin, bir "usûl saptırılması" yolundan, adlî yargıdaki "temyiz müracaati" ne döndürülmesini önlemek için ve yukardaki diğer pek önemli clumsuz sonuç-lara engel olmak üzere, kararın düzeltilmesini isteyen ve bu isteğini, kararın "usûl ve kanuna aykırılığı" şartına dayandıran dilekçe sahibin-

usu ve kanuna aykırılığı" açıkça göstermesini istemek ve aksi halde, yüksek mahkemenin bağlı olacağı kanunda yazılı bulunan bu sebepler gösterilmediğinden dolayı ve re'sen inceleme ve düzeltme yapılamayacağından, düzeltme talebini reddetmek lâzımdır.

Düzeltilme istemi kararı veren heyetçe incelenip sonuçlandırılır.

D) MUHAKEYMENİN İADESİ, dördüncü bir kanun yolu olarak öngörülmüştür. (96).

521 sayılı kanununun 96 nci maddesinde yer alan yargılamanın yenilenmesi sebepleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri K.nun 445 inci maddesinde gösterilen sebeplerin, 4 üncü ve 6 nci sebepler hariç, aynıdır. 521 sayılı kanununun 97 nci maddesinin, iadei muhakemede göz önüne alınacak süre bakımından atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri K.nun hükmü ise, 447 nci madde hükmüdür.

§ 5. DANIŞTAY KARARLARININ İNFAZI

A) Anayasanın 132 nci maddesinin son fıkrası, tüm yargı kararları hakkında, genel bir uygulama hükmü koyar. Buna göre "Yasama ve yürütme organları ile İdare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve İdare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

Ancak bu hükümde sadece yargısal kararların, ara kararları da dahil olmak üzere, mutlaka uygulanacağını emretmekten öteye bir ilke daha vardır ki, o da, Yasama organına hitap etmekte ve bir yargı kararının sonuçlarını değiştirmek, yerine getirilmesini önlemek veya ertelemek için, yasama yolundan müdahalede bulunulamayacağıdır.

Bu müdahale, iki türlü olabilirdi: a/ geçmişe dokunur bir norm koyarak, yokluk veya sakatlıkla mülül bir tasarrufa veya muameleye sıhhat vermek veya haksız bir fiili hukukî bir mesnede oturtmak; b/ yargısal tasarrufun Hukuk düzenindeki etkilerini, yeni bir norm ile tādil veya izale etmek.

Her iki hâlde de "Yasama yolundan geçerlilik sağlama", "Yasama yolundan sağlık verme" veya "Yasama yolundan düzeltme" denebilir. Fransızlar " Validation législative " (=tesriî sağlık verme) demektedirler.

Anayasamız bunu men ediyor. O halde, hiçbir kanun -Anayasaya aykırı olmamak için- konumuz itibariyle, bir idarî tasarrufun ittihazi ânındaki sıhhat şartlarını değiştiremez ve gene, hiçbir kanun, bir yargı kararının neticelerini bertaraf edemez, erteletemez.

Ancak bu hükmün genel ve özel affa engel olmadığı, Anayasanın 64 üncü maddesinde, TBMM'nin açıkça bu tür af yetkileriyle donatılmasından anlaşılır.

B) Danıştay K.nun 95 inci maddesi Danıştay'ın, davaların esası hakkındaki kararlarına müteallik olarak şu hükmü getirmektedir:

"Dava daireleri ile Dava Daireleri Kurulu kararları kesin olup, mahkem kaziyenin bütün hukukî sonuçlarını hâsıl eder. Bu kararlar aleyhine ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir.

İdare, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 132 nci maddesi gereğince, Danıştay ilâmlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeye mecburdur.

.....
Danıştay ilâmları icaplarına göre eylem veya işlem tesis etmeyen İdare aleyhine, Danıştayda maddî veya manevî tazminat davası açılabilir".

Demek ki, infaz ve icra keyfiyeti kesin hükümlere bağlanmıştır. Şimdi infaz ve icra hallerini ve riayetsizlik vukuundaki neticeleri görelim:

C) İPTAL HÜKMÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI VE İCRASI: İptal, bir idarî tasarrufun -evvelce de söylediğim gibi- hukuken imhasıdır. O halde, mâkabline şâmilidir. İptal edilen tasarruf ittihaz edilmiş olur; onun Hukuk düzenine kattığı norm ortadan kalkar, değiştirdiği norm eski hâline döner.

Danıştay kararlarının pek çoğunda, şu mealde bir ibare yer alır: "İptal ile bir boşluk hasıl olur; İdare gerekli tasarrufu ittihaaz ile bu boşluğu doldurmağa mecburdur". Netekim, bu anlayış 95 inci maddenin ifadesinde de kendisini sezdirmekte ve maddenin ikinci fıkrası, İdarenin, ilâmların "gereklerine uyacağını" veya "gereklerinin yerine gelmesini önlemeyeceğini" yahut "gereklerinin yerine gelmesine çalışacağını" herhangi bir tarzda ifade etmemekte, fakat daha çok, iptal üzerine, İdarenin mutlaka bir eylem veya işlemden bulunmasından bahsetmektedir. Ben bunu seziyorum.

Halbuki bazı ayrımlar yapmak ve İdarenin, bir iptal kararının gereğini yerine getirmek için mutlaka ve mutlaka birşeyler yapmasının zorunlu bulunmayacağı halleri de göstermek lâzımdır.

a/ Bir kere, iptal hükmü ile iptal edilen tasarruf ortadan kalkmakla, bir boşluk hasıl olacağı yolundaki görüş, her durumda geçerli değildir. Zira, Hukuk düzenine, o düzenle gelişen bir norm katıldığı zaman, o normun ortadan kaldırılması, bir boşluk değil, bir uyumluluk sağlar ve hukuk düzenindeki rahatsızlığa giderir. O halde bir "boşluk" doğmaz; "fazlalık" ortadan kalkar.

b/ Ancak şu var: sakat tasarruf, iptal edilinceye kadar (yürütülmesi de durdurulmamağa) ona dayanılarak, başka tasarruflar ittihaaz edilmiş ve bunların hukukî ve fiilî neticeleri alınmış veya alınmakta olabilir. Bu durumda, sonraki tasarruflar, hukukî sebeplerinden (=hukukî dayanaklarından) yoksun kalacaklardır.

Kaideten, sakat bir tasarrufa binâ edilen tasarruflara, bu sakatlık bulaşır. Sakat bir yönetmeliğe dayanan bir ferdî tasarrufun sıhhatinden elbet söz edilemez. Ancak bu ferdî tasarruflar, mesnetsiz kalırlar ve kendiliklerinden ve yok olmazlar. İdare, başkaca sakatlığı olmayan bu ferdî tasarruflara birer dayanak bulmak veya bunları geri almak mecburiyetindedir. Pek çok kişilerin yararlandığı ve hiç kimsenin kusuru bulunmayan bir durumda, böyle tasarrufları geri almanın doğuracağı huzursuzluk karşısında, İdarenin, dayanak olan tasarrufun iptaliyle meydana gelmiş boşluğu doldurması elbet zorunludur.

c/ Gene, iptal edilen tasarruf, idarî bir takdir yetkisine dayanılarak ittihaaz edilmiş -yani ittihaaz edilip edilmemesinde, İdare serbest bulunmuş ise- ittihaaz etmeyebilecek olduğu bir tasarrufun iptali üzerine, İdarenin mutlaka bir ikinci tasarruf ittihaazi gerekmeyecektir.

d/ İdare, bir kimseye bir külfet yüklemiş ve bunu yüklemekte yetkisz olduğu görülerek tasarruf iptal edilmişse, İdarece yapılacak şey, neticeye saygı gösteren hareketsiz bir duruma geçmektir.

e/ İdare bir kamulaştırma kararı vermiş, fakat karar iptal edilmekle kamulaştırmadan alıkonulmuş ise, mutlaka başka birşekilde tekrar kamulaştırmaya girişmesi mecburî değildir. Meydana getireceği tesisten tamamen vazgeçebilir; erteleyebilir; başka bir gayrimenkul hakkında kamulaştırma kararı ittihaaz edebilir.

Ancak, birçok hallerde de, iptal hükmünün gereğini yerine getirebilmek için, İdarenin iptal hükmüne uygun tasarruflar ittihaaz etmesi lâzım gelecektir. Örneğin haksız yere terfi ettirilmeyen memurun terfi ettirilmeyeceği yolundaki karar iptal edilince, bu iptal kararının infazı, ancak memurun terfii hakkında İdarenin bir tasarruf ittihaaziyle mümkün olabilir. Danıştayın yukarıya mealen geçirdiğim içtihadının da zâten amacı bu gibi bir hâli göstermektedir. Fakat yanlış anlamalar oluyor.

Anayasal ve yasal gerek odur ki, İdare, mahkemeden hak alan bir davacının, bu hakkının hukukî ve fiilî sonuçlarını elde etmesini sağlamağa (aktif olarak), yahut bu hakkın sonuçlarının davacı tarafından elde edilmesine engel olmuşsa, engel olmakta devamdan vazgeçmeğe (pasif kalmağa) mecburdur.

Amaç, yargı kararını, etkisiz, yararsız kılmamaktır. Yüküm buradadır.

D) İptal hükmünün infaz ve icrası, davada hasım olan mercie düşer. Eğer iptal edilen karar bir Kurul kararı ise ve husumet ilkeleri uyarınca kurul başkanlığı veya kanunların o kurulun kararlarını icra ile görevli kıldığı bir ayrı merci hasım mevkiinde gösterilmiş ise ne olacak ? Bu takdirde Kurulun, infaz ve icra için gereken kararı alması gene Anayasal ve yasal bir mecburiyettir. Ancak kurul, herhangi bir sebep veya bahane ile, iptal kararına göre ittihaaz eylemek mecburiyetinde bulunduğu tasarrufu ittihaaz eylemiyor ise (sorumluluk hükümleri bir tarafa) Kurul kararını icra ile mükellef olan ve husumet mevkiinde gösterilmiş bulunan icracı makamın, Danıştay kararının da icra ve infazı için gereken her türlü işlemi re'sen yapabileceği muhakkaktır. Bu durumda, icracı makamın, Kurul kararının sadece yürütülmesine yetkili olduğu, fakat bir Danıştay kararının gereğini yerine getirmek için Kurulca alınması icabeden kararı ittihaaza yetkili bulunmadığı, zira özel bir kanunun o kararı ittihaaz yetkisini kurula vermiş bulunduğu öne sürülemez. Çünkü, hiçbir mercin, kanunun kendisine verdiği devlet yetkisini -bir takdir söz konusu değilken- dilerse kullanmak, dilerse kullanmamakta gene yetkiyi haiz bulunduğu öne sürülemez. Böyle devlet yetkisi yoktur. Üstelik Anayasanın 132 nci ve Danıştay kanununun 95 inci maddeleri muvacehesinde, hiçbir idarî mercin, bir Anayasa hükmünü veya bir kanun hükmünü ihlâl hususunda yetkisi bulunmaz. Gene aynı anayasal ve yasal emirler karşısında, bir Danıştay kararı hükümsüz kılınamayacak olduğuna göre, Kurulun, iptal edilen kararını uygulamakla yükümlü icracı makam, Kurul Danıştay kararına uymadığı ve bu husus sabit olduğu takdirde, icra ettiği idarî tasarrufu iptal eyleyen yargı tasarrufunu da aynı şekilde icraya mecburdur. Bu da, ancak gereken kararı ittihaaz ile kabul olduğundan, bunu ittihaaz edebilir.

E) İptal hükmünün icrası için başka tasarruflar geri alınabilir. Bu hâle örnek, haksız olarak statüden çıkarılan bir memurun, bir iptal hükmü üzerine mutlaka ve ancak eski görevine iadesi gerekecekse, fakat orada bir başkası atanmış bulunuyorsa, o tasarrufun, geri alınabileceğidir. Bu geri almaya iki ayrı sebep gösterilebilir: a/ Kadronun sakat bir tasarrufla boşaltıldığı iptal hükmü ile sabit olmuştur. O halde, sahih ve muteber bir surette boşaltılmamış olan kadroya yapılmış atama sakattır. b/ Bir yargı kararı, idarî zaruretlerle hükümsüz kılınamaz; yargı kararının infaz ve icrası ancak, yapılmış atamanın geri alınmasıyla mümkün olabilecektir, böyle bir geri alma kararı, bir muhkem kaziyenle icra ve infazı sabitine dayanacağından, sahih ve muteber surette ittihaaz edilmiş olacaktır.

F) İnfazdan kaçınan İdarenin sorumluluğu: 521 sayılı kanunun 95 inci maddesi uyarınca, Danıştayda İdare aleyhine hem tazminat davası açılabilir, hem de hareketsizlik suretiyle infaz zımnen, yahut sarih bir kararla reddedilmişse, ikinci bir iptal davası, bu karar aleyhine ikame edilir. Danıştay, idarecilerin de kusurunu gördüğü takdirde, İdarenin mahkûm edilmiş olduğu tazminat yüzünden sorumlu idarecilere rücu gereğini de birkaç kararında belirtmiştir (*).

G) İnfazdan kaçınan İdarecinin şahsî hukukî sorumluluğu: Danıştay k.nun 95 inci maddesi, İdarecinin şahsî kusurunu ortadan kaldırıca nitelikte değildir. Şahsî kusuru (bk.sf.123) bulunan İdareci, adliye mahkemesinde sorumlu tutulabilir ve tazminata mahkûm edilir (Yargıtayın yeni içtihatları vardır).

H) İdarecinin cezaî sorumluluğu: Danıştay kararını infaz etmemede direnen idareci, Türk Ceza kanununun 230 uncu maddesi uyarınca Vazifeyi ihmal suçundan dolayı 3 aydan 3 seneye kadar hapse, muvakkaten veya müebbeden memuriyetten mahrumiyete, ayrıca ilgilinin uğradığı zararı tazmine mahkûm olabilir.

(*) - 8 inci Daire. K:1964/7824. 10/XI/1964. Kararlar Derg.93-94.Sf.354.
- " " " " . K:1963/1192. 12/2/1963. S.Akural-Ç.Ziylân:Danıştay Sekizinci Daire Kararları, (1960-1963) sf. 178.

1

1) Tam yargi kararları ise, Danıştay k.nun 95 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükümlerine göre, umumî hükümler, yâni İcra ve İflâs kanunu hükümleri uyarınca yerine getirilir.

-----oo0ooo-----

İ Ç İ N D E K İ L E R

(Parantezlerdeki rakamlar sayfa numaralarını gösterir)

GİRİŞ

Kamu hukuku - Özel hukuk hakkında (1). - Kamu yararı (1). - Devletin yararlılığı (2). - Otorite (2). - Feodal devlette otorite (3). - Modern devlet hakkında (3). - Millet kavramı (4). - Bahis sonuçları (4).

BÖLÜM I

-Özellikle Kamu hukuku açısından-

HUKUK TEKNİĞİ

Hukuk tekniği kavramı (5). - Kamu hukuku - Özel hukuk ayrımının gerçekliği (5). -

§ 1. HUKUK DÜZENİ

- Sosyal dayanışmalar (6). - Benzerlik dayanışması (6). - İşbölümü dayanışması (7). - Düzen zorunluğu (7). - Hukuk kuralları (8). - Norm kavramı (8). - Kural kavramı (8). - Müeyyedeler (9). - Kuraldaki hukuk emrinin nitelikleri (9). - Özel norm (10). - Saf Hukuk Teorisi (=Normativizm) (11). - Temel norm kavramı (11).

§ 2. HUKUKUN KAYNAĞI

- Kaynak kavramı (12). - Kaynak sınıflaması (12). - Hukuk teorilerinin bolluğu (13). - Hukuk devletini sağlama çabaları (13). - Fikrî öneriler (14). - Tabii Hukuk (14). - Sosyal sözleşme teorisi (14). - Devletçi pozitivizm (15). - Tarihçi Mektep (15). - Kodifikasyonun rolü (16). - Duguit'nin çabası (16). - Hans Kelsen (17).

§ 3. NORM VE İRADE

- Norm ile irade ilişkisi (17). - Hukukî iktidar (=pouvoir de droit) (18). - Sübjektif hak ve devlet yetkişi (18).

§ 4. HUKUKİ TASARRUF

- Dayanak normu (19). - Yetkili kişi (20). - Hukukî ittisal ve kaynakları (20). - İrade fesadı (21). - İradenin izharı gereği (21).

§ 5. NORMLARIN OLUŞMASI

- Normlarda iyerarşi (21). - Temel norm (22). - Anayasanın üstünlüğü (22). - Anayasanın kabul ettiği Anayasa-üstü normlar (23). - Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri (23). - Anayasa Başlangıcındaki ilkeler (23). - Anayasa normları arasında geçerlik farkı (24). - Kanunlar (25). - Kanun Hükmünde kararname (25). - Sübjektif hakların dayanakları (26). - Hak ve Özgürlük kavramları (26). - Tüzükler (27). - Yönetmelikler (27).

- Normlerin sınırlanması (28). - Normlerin uygulanma düzeyliliği (28). - Eğitim ilkesi (29). - En yakın norm (30). - Uygulamada soyutluğun ve somutluğun etkisi (31). - Norm iyerarşisinde organik dayanaklar (31). - Aynı organik kaynağın değişik geçerlikte normlara (32). - Organik üstünlükler (32 mükerrer). - Yargısal normların üstünlüğü (32 mükerrer).

§ 6. MÜESSESELER VE KATEGORİLER (32 mükerrer).

§ 7. HUKUKİ TASARRUF SINIFLAMALARI

Özel tasarruflar ve devlet tasarrufları (34). - Maddî ayırım (35). - Kural-tasarruflar (35). - Genel, objektif, kişilik-dışı hukukî durumlar (=statüler) (35). - Şart-tasarruflar (36). - Sübjektif tasarruflar (36). - Statülerden örnek (37). - Organik tasnif (38). - Şekilî tasnif (38). - Şekil ve Usûl sorunu (38). - Kollektif tasarruflar (39). - Birleşme tasarruflar (39). - Akitler (39).

BÖLÜM II

İDARE KAVRAMI

§ 1. KUVVETLER AYRIMI DENEN TEORİ

- Yanlış tercüme (40). - İktidarlar ayrımı (40). - Montesquieu'nün anlayışı (40). - Teorinin amacı (41). - Kesin uygulama imkânsızlığı (42).

§ 2. BİZDE ORGANLAR AYRIMI VE YAPISAL İDARE

- Genel (42). - Yasama organı (43). - Yargı organı (43). - Mahkeme kavramı (44). - Yürütme organı (44). - Cumhurbaşkanı (44). - Bakanlar Kurulu (44). - İdare (45). - Bakanların İdaradaki yeri (45). - Ekonomik kamu hizmetleri (45). - Yapısal İdare kavramı (46).

§ 3. GÖREVSSEL İDARE

- Hukukî fonksiyonların hukukî tasarruflarla olan ilişkisi (46). - A) Yasama fonksiyonu (47). - Yasama kavramı (47). - TBMM'nin yasama faaliyeti (47). - "Kanun" ve "genel norm" ilişkisi (47). - Kanunun târifi (48). - Kanun ismi taşımayan genel normlar (48). - "Yasama" ve "kanun yapma" (48). - Yasamanın tamamlayıcısı niteliğinde faaliyetler (48). - Yasamayı destekleyici faaliyetler (48). - Yasama organının idarî tasarrufları (48). - B) Yargı fonksiyonu (49). - Hukukun "son sözü" (49). - Yargı fonksiyonu ve toplum (49). - Yargıçlık statüsü ve yargıcın nitelikleri (50). - Yargısal tasarrufun unsurları (50). - İhlâl iddiası ve Gözlem (50). - Hüküm ve "Muhkem kazıye" (51). - Kesin hükmün dokunulmazlığı (52). - C) İdarî fonksiyon (52). - "Kanunlara uygulama"nın anlamı (53). - "Yürütme" ve idarî tasarruflar (53). - Görevsel İdare'nin kapsamı (54). - Nizâsız yargı (54). - D) Kesim Sonuçları (54). - Organların tedahülü (54). - Fonksiyonların tedahülü

lü (55). - E) Anayasamızda Görev ve Yetki kavramları; İdarenin yaşantımızdaki yeri (55). - Yürütme (=İdare) fonksiyonunun önemi (56). - 1961 Anayasasının aldığı tedbir (56). - Organ olarak İdare'nin müteşebbis oluşu (57).

BÖLÜM III

İDARE HUKUKU

§ 1. İDARE HUKUKU, KAMU HUKUKUNUN BİR KOLUDUR

- İdare hukukunun târifi ve kapsamı (58). - İdare hukuku ve Anayasa hukuku (59). - İdare hukuku ve "Kamu Yönetimi" bilimi (59).

§ 2. İDARE HUKUKUNUN DOĞUŞU VE GELİŞMESİ

- Hukukun kaynağının Millî İradeye bağlanması (60). - Devlet ve Hazine kavramları (61). - Devlet tüzel kişiliğinin doğuşu (61). - İdarenin yapı ve fonksiyon olarak inkişâfı (61). - Tek bir hukukun ikiye ayrılışı (62). - Kamu kudreti (62). - İdare, devlet yetkisinin süjesi (62). - İdare hukukunun bağımsızlığı (62). - İdare hukukunun orijinalliyi (63). - İdare hukuku ile Özel hukukun ilişkileri (63). - Hukukta millîlik ve mukayeseli hukuk (63). - Tanzimat ve Şûrâ-yı Devlet (64). - Bizde İdare hukukunun doğuşu (65). - Cumhuriyet Danıştay (65). - İdare hukukunun gelişme koşulları (66).

§ 3. İDARE HUKUKUNUN NİTELİKLERİ VE KAYNAKLARI

- İdare hukukunun muhtariyeti (66). - İdare hukukunun kodifikasyonu (66). - İdare hukukunda yargısal içtihatların yeri (68). - Yargısal içtihatların bu hukuktaki geçerlik derecesi (68): - İdare hukukunda örf ve âdet (69).

§ 4. İDARENİN KANUNİLİĞİ VE DÜZENLEME GÖREVİ

- İdarenin "bütünlüğü" (69). - İdarenin kanuniliği (70). - İdarenin düzenleme yetkisi (71).

BÖLÜM IV

İDARİ TEŞKİLÂT

§ 1. İDARE SİSTEMLERİ

Genel (72). - A) Merkezden yönetim (72). - Sistemin özellikleri (72). - İyeraçşi ve âmirlik (72). - Merkeziyetin faydaları (73). - Siyasî ve İdarî otorite birliğı (73). - Hizmetin ifasında yeknasaklık (74). - Adem-i tahsis prensibi (74). - Plânlı Kalkınma (74). - Merkeziyetin sa-kıncaları (74). - B) Yetki Genisliğı (75). - Mahiyeti (75). - Fayda ve

mahzurları (76). - C) Yerinden Yönetim (76). - Kavram (77). - Terminolôji (77). - 1/Mahallî adem-i merkeziyet (77). - Mahallî-Merkezî hizmet ayırımı (77). - Mahallî adem-i merkeziyetin esasları (78). - İdarî ve siyâsî adem-i merkeziyet (78). - Mahallî adem-i merkeziyetin faydaları (79). - Mahzurları (80). - 2/ Hizmet adem-i merkeziyeti (81).

§ 2. KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ

- Genel (82). - Kıstasları (83). -

§ 3. İDARÎ DENETİM

- Denetim zorunluluğu (85). - Kanunîyet ve Yerindelik denetimleri (85). - 1/ İdarî Vesayet (86). - Medenî vesayetle mukayesesi (86). - Onamaya bağlı olan ve olmayan kararlar (87). - Vesayet makamlarının yetkileri (87). - Onama kararının sonucu (87). - Onamanın mahiyeti (87). - Yerinden yönetim idarelerinin itirazları (88). - İsti'taf (88). - İyerarşik başvurma (88). - Yargı yolu (88). - 2/ İkili Görev usûlü (88). 3/ Sübvansiyon usûlü (89). -

§ 4. MERKEZÎ İDARE TEŞKİLÂTI

A) Merkez Teşkilâtı (90). - 1/ Cumhurbaşkanlığı (90). - Kanunların yayınlanması (90). - Diğer idarî görevleri (90). - Sorumlu olmaması (90). - Karar tipleri (90). - Hükümetin belirlenmesi (91). - Yürütme'ye aktif katılması (92). - Cumhurbaşkanlığı Dairesi (92). - 2/ Başbakanlık (92). Başbakanın ve bakanların atanmaları (92). - Çekilmiş hükümetler ve "günlük işler" kavramı (92). - Güven oylamaları (92). - Başbakanın görevleri (93). - Başbakanın idarî âmirliği (93). - Başbakanlık teşkilâtı (94). - 3/ Bakanlıklar (94). - Hizmet bakanlıkları ve Devlet bakanlıkları (94). - Bakanlıkların kuruluşları (94). - Bakanlıkların genel yapısı (95). - Bakanların görev ve yetkileri (95). - Sorumlulukları (96). B) Taşra Teşkilâtı (96). - 1/ İl İdaresi (96). - İllerin kuruluşunda tâyin edici unsurlar (96). - İlin kurulması (97). - Vali (97). - İl İdare Şube başkanları (98). - İl İdare Kurulu (98). - 2/ İlçe İdaresi (99). - 3/ Bucak İdaresi (99). -

§ 5. YERİNDEN YÖNETİM İDARELERİ

A) İl Özel İdaresi (100). - B) Belediye İdaresi (101). - Belediye Meclisi (102). - Belediye Encümeni (102). - Belediye Başkanı (103). - Belediyenin vazifeleri (103). - Belediye Zabıtası (103). - C) Köy İdaresi (104). - Köy derneği (104). - İhtiyar Heyeti (105). - Muhtar (105). - Köy görevlileri (105). -

BÖLÜM V

MEMUR HUKUKU

§ 1. GENEL (106).

§ 2. GELİŞİM VE TARİHSEL ÇÖZÜMLER

- Kamu görevinin gelişmesi (107). - Özel hukuk hizmet akti (107).- İdarî Hizmet Sözleşmesi (108). - Kanunî (=statüter) durum teorisi (109).

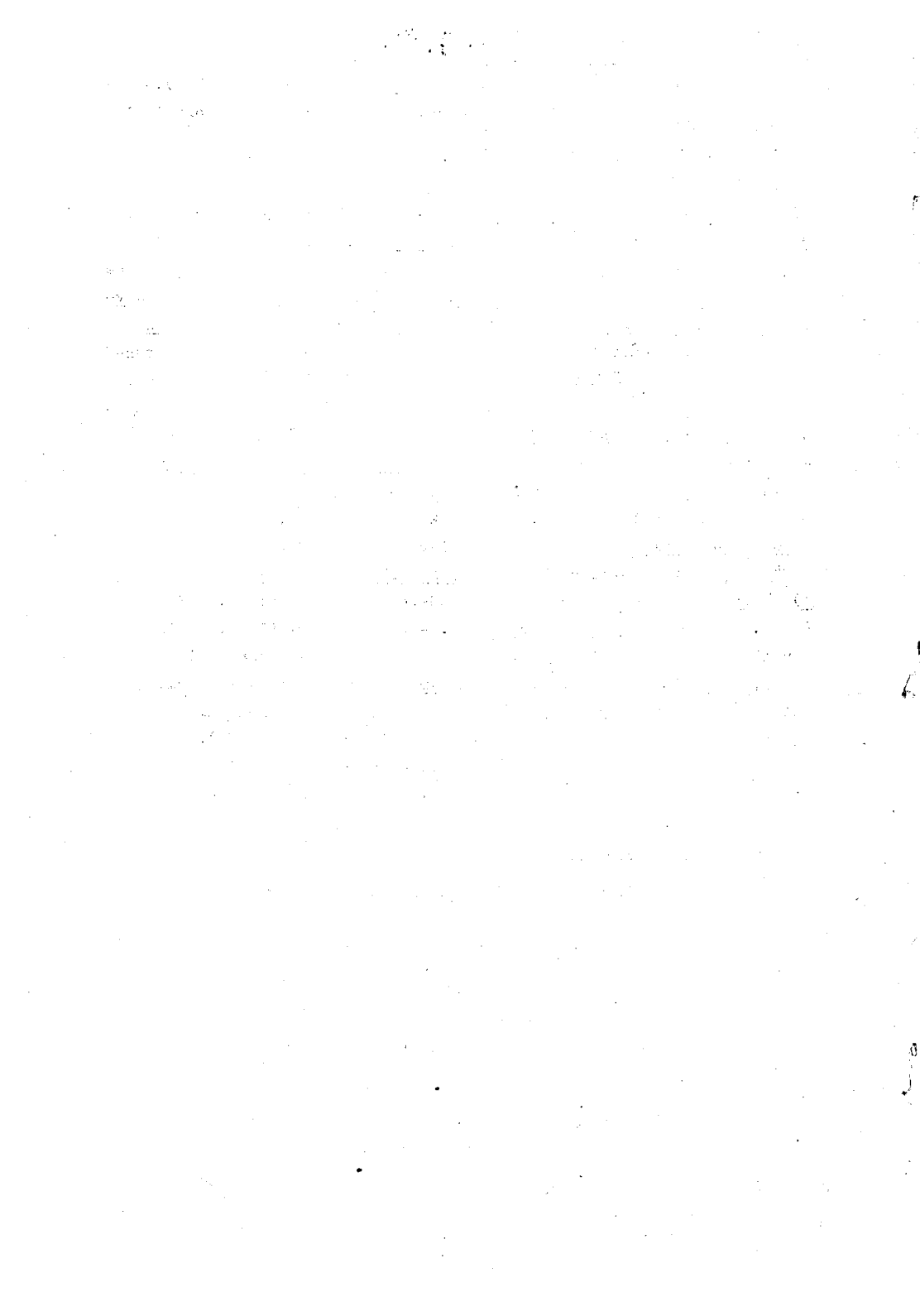
§ 3. KANUNLAR VE PERSONEL REFORMU (110).

§ 4. MEMURİYET STATUSU

A) Kamu görevlileri içinde Memurlar (113). - Diğer görevliler (114).
B) Memur sınıfları (114). - C) Memurluğa giriş (115). - Kadro ve atama (116). - Kadronun anlamı (116). - Atamada gruplar (116). - Atama tasarrufunun mahiyeti (116). - D) Kariyer (116). - E) Memurların ödevleri, sorumlulukları, yasaklar (118). - F) Âmir'e itaat ve Kanunsuz Emir (118). - İç-âmîrlik (118). - Memurun, kanunsuz emre karşı korunması (119). - Askerî hizmet ve Kolluk hizmetleri (119). - Suç olan ve olmayan emirler (120). - Kanunsuzlukta norm'lar sırası (120). - Anayasanın genel bağlayıcılığı (121). - Memurun "içtihadî" hareketi (122). - Yanlış takdir ve cezası (122). - G) Memurun kişisel sorumluluğu (123). DMK'nun 13 üncü maddesinin anlamı (123). - İdareye "kabil-i atıf ve izafe" olmayan haller (123). - DMK'daki eğilim (124). - İlkeler (124).
H) Çalışma şartları (124). - İş saatleri ve günleri (124). - Tâtiler (124). - Çeşitli izinler (124). - İ) Memurların hakları (125). - K) Statünün malî hükümleri (125). - Gösterge tablosu (125). - Katsayı (126). - L) Disiplin hükümleri (126). - Ceza türleri (126). - Disiplin Kurulları (126). - Usûl (127). - İtirazlar (127). - Cezanın silinmesi (127). - M) Hizmetten ve Statü'den çıkma (127). - Hizmetten ayrılış halleri (127). - Statü'den çıkış halleri (129). - N) Emeklilik (130). - Sosyal Güvenlik kavramı (130). - Emeklilik zorunluğu (130). - Emeklilik statüsü (130). - Yaş haddi (131). - Malûllük halleri (131). - Re'sen emekli etme (131). - İstek üzerine emeklilik (132). - Dul ve yetimler (132). -

§ 5. MEMURLARIN YARGILANMALARI (133).

(Birinci kısmın sonu)



İ k i n c i K ı s ı m

İ D A R İ Y A R G I

BÖLÜM I

HUKUK DEVLETİ

§ 1. KAVRAM

- Devletin Hukuka riayeti (135). - Denetten önce Hukukta aranan şartlar (136). - Demokratik Hukuk (136). - Denet zorunluğu (137). - Bireysel organların denetimi (137).

§ 2. YARGISAL DENETİMDE İLKELER

- Yargı'nın denetlenmesi (138). - Yargı içinde alınan tedbirler (138). - Yasama'nın denetimi (138). - İdare'nin denetimi (138). - 1/ Seçim Yargısı (139). - 2/ Sayıştay (140). - 3/ Yüksek Hâkimler Kurulu (140). 4/ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (141). - 5/ Uyuşmazlık Mahkemesi (142). - Denetim yaygınlığı ve derinliği (143). - Denetimi kaldıran kanunlar ve Anayasanın 114 üncü maddesi (143). - Hükûmet tasarrufları (144). - Re'sen Tahkik usûlü (145). - İdarî Yargı tekniği (146). -

BÖLÜM II

İDARİ YARGININ GELİŞMESİ

§ 1. FRANSADA

- Bu tarihçe'nin gereği (147). - Fransız Danıştayının Fransa dışında etkileri (147). - 1789 öncesi (148). - 1789 sonrası (148). - İdarî yargı mercii yokluğu (149). - İsti'taf (149). - İyerarşik başvurma (149). - "Yargıç-Bakan" (=Ministre-Juge) usûlü (149). - VIII inci sene Reformu (149). - İki Konseyleri (149). - Devlet Konseyi (149). - Tutuk-Adalet (150). - Murahhas Adalet (150). - Bugünkü Fransız Danıştay (150). - Üyeler ve mesleğe giriş (151). - İlk derece mahkemeleri (151). -

§ 2. MEMLEKETİMİZDE DANIŞTAY

- Osmanlı Şûrâ-yı Devlet'i (152). - Neden ihtiyaç duyuldu ? (153). -
- 1876 Anayasasınının 85 inci maddesi (153). - Şûrâ-yı Devlet'in idarî
yargı yetkisi var mıydı ? (153). - İdare Hukuku ile İdarî Yargının
ilişkisi (154). - İdarî Yargının anlamı (154). - Not: 21 yaşında Şûrâ-
yı Devlet üyesi (155). - Osmanlı Danıştayının sonu (156). - Cumhuriyet
Danıştayının kuruluşu (156). - İdarî Yargı ve İdare hukukunun başlan-
gıcı (156). - İlk Danıştayın yapısı (157). - Sonraki yapı değişiklik-
leri (157). -

§ 3. İDARENİN DENETİMİNDE BAŞKA SİSTEMLER (158).

BÖLÜM III

DANIŞTAY

§ 1. 1924 ve 1961 ANAYASALARINDA DANIŞTAY (159).

- Her iki Anayasada egemenliği kullanma esaslarında farklılık (160).
- İdarî Yargı - Faal İdare ayrımı (161).

§ 2. DANIŞTAYIN YAPISI

A) Anayasa tasarılarında Danıştay (162). - Anayasamızdaki Danıştay(164).
- B) Danıştayın yapısı (164). - 1/ Personel : a) Yüksek hâkimler (164).
- Yüksek hâkim sıfatı (164). - Seçilmeleri (165). - Aranılan nitelikler
(165). - Üyeliğe seçilme (166). - Başkanların ve Baş Kanunsözcüsünün
seçilmeleri (166). - Üyelerin dairelere ayrılmaları (165). - b) Yargıya
yardımcı personel (166). - c) İdarî memurlar (167).- 2/ Merciler ve
Kurullar (167). - a) Birinci başkan (167). - b) Genel Kâtip (167). -
c) Daire başkanları (167). - d) Baş Kanunsözcüsü (167). - e) Birinci
grup kurullar (167). - aa/ Daireler (167). - bb/ İdarî Daireler Kuru-
lu (167). - cc/ Dava Daireleri Kurulu (168). - dd/ Genel Kurul (168).
- ee/ İçtihatları Birleştirme Kurulu (168). - f) İkinci grup kurullar.
(168). - aa/ Başkanlar Kurulu (168). - bb/ Yüksek Disiplin Kurulu (168).
- cc/ Yönetim ve Disiplin Kurulu (168).

§ 3. DANIŞTAYIN NİTELİĞİ

- İdarî mahkeme türleri (168). - Danıştayın özel durumu (168). - İdarî
ve istişârî görevleri de bulunmasının yarattığı zorluklar (169). -
Danıştayın kendi idarî kararını iptali (169). - Danıştayın kendi kendi-
sini nitelendirmesi (170).

§ 4. İDARİ BÖLÜMDE GÖREVLER VE USÛL

- A) Daireler (171). - B) İdarî Daireler Kurulu (172). - C) Genel Ku-
rul (172). - D) İdarî işlerde usûl (172). - Re'sen tahkik (172). -

- Mütalâaların değeri ve bağlayıcılığı (172).

§ 5. YARGI BÖLÜMÜNDE GÖREVLER

- A) Dava dairelerinin görevleri (174). - B) Dava Daireleri Kurulu (174).
C) İctihatları Birleştirme Kurulu (175). - Hukuk birliğinin önemi (176).
- İctihadı Birleştirme kararlarının mahiyeti (176). - Etkileri (176). -
İctihadı birleştirme şartları (176). - Usûl (176). - Kararların bağlayıcı-
lığında başlangıç (177). - Bu tür kararlara uymaları gerekli olanlar
(177). - Ağır hizmet kusuru (177).

BÖLÜM IV

ADLÎ-İDARÎ YARGI GÖREV ALANLARI ve UYUŞMAZLIK

§ 1. GÖREV KAVRAMI VE SORUNLAR

- Yargı düzeni (=Ordre juridictionnel) kavramı (178). - Yargı düzenleri
çokluğunun sakıncaları (179). - -

§ 2. GÖREVIN YASAL SINIRLARI (179). - "İdarîlik" vasfının tesbiti (180).

§ 3. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ

- Görev sorununun çözümünde öneriler (180). - Fransız Uyuşmazlık Mahke-
mesi (182). - Bizdeki kuruluş ve kompozisyon (182). - Mahkemenin görev
alanı (183). - A) Görev uyuşmazlıkları (184). - Olumlu uyuşmazlık (184).
- Olumsuz Uyuşmazlık (185). - 3533 sayılı Kanun (185). - B) Hüküm uyuş-
mazlığı (186). - Rosay olayı (186). - İris (Houllibreque) olayı (186).
- Hüküm uyuşmazlığının şartları (187).

§ 4. GÖREV AYRIMININ İLKELERİ

- 1/ Kanunla belirtilen görevler: a) Ahval-i şahsiye kayıtları (187).
- b) Tapu sicilli ve mülkiyet ihtilâfları (188). - 2/ İdarenin özel hu-
kuk ilişkileri (189). - Hâkimiyet-Temsiyet tasarrufları ayrımı (189). -
- İdare hem Kamu hukukunda, hem Özel hukukta aynı şekilde yetkili de-
ğildir (189). - İdare ancak Kamu hukukunda bir sùjedir (191). - Yargı
ıctihatlarındaki "Kamu kanunu" ve "Kamu kudreti" deyimlerinin anlamları
(191). - Uygulanacak hukuk ile yargı görevinin ilişkisi (191). -
Özel hukuk yetkisi de ancak "idarî" bir kararla kullanılabilir (192).
- 3/ İdarî sözleşmeler (192). - İmtiyaz sözleşmeleri (193). - Bu açıklama-
nın özeti (193).

BÖLÜM V

İDARİ TASARRUFUN UNSURLARI

ve HUKUKİ REJİMİ

§ 1. İDARİ TASARRUF KAVRAMI (194).

§ 2. İDARİ TASARRUFUN UNSURLARI

A) Sebeb unsuru (195). - Hukukî ve maddî sebep (195). - İdarî tasarrufta gerekçe (196). - "Gerekçe" nin anlamı (197). - B) Konu (197). - Sebep ve Konu misalleri (197). - C) Maksat (198). - Genel ve özel maksat (199). - Kişisel, sübjektif maksat (199). - Devlet memurları kanununun 13 üncü maddesindeki maksat (199). - Sebep unsurunun objektifleştirilmesi ve Sâik'in terkedilişi (200). - Maksat unsurunda tahlillerin gözden düşüşü (200).- D) Şekil (201). - Biçim ve usûl (=procédure) (201). - Biçim (=forme) türleri (201). - İşlem, tasarruf, muamele (202). - Usûl (202). - Basit ve karma tasarruflar (202). - Usûllü tasarruflar (=Opérations à procédure) (203). - Ayrılabilir (=kabil-i tefrik) tasarruf (203). - Aslî ve tâlî usûl ve şekil şartları (203). - E) Yetki (204). - Kavram (204). - 1/ Konuda (=ratione materia) yetki.(204). - Mekânda (=ratione loci) yetki (204). - Zamanda (=ratione temporis) yetki (204). - a/ Yetki kullanmada görev başında bulunma şartı (204). - Kurullarda yetki kullanma, karar alma (205). - b/ Yetki kullanmada zaman tahdidi (206). - F) YETKİ DEVRİ (206). - İmza yetkisi devri (207). - Karar yetkisi devri (207). - Cârî işler (=affaires courantes) (207). - G) YETKİ UNSURUNDA SAKATLIKLAR (207). - 1/ Yetki gasbı (208). - 2/ Yetki aşımı (208). - 3/ Yetki saptırması (208). - 4/ Fonksiyon gasbı (208). - Bu sakatlıkları gideren haller (208). -

§ 3. KONVERSİYON (209).

§ 4. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ (210).

- Açık-seçik sebepler ve belirsiz kavramlar (211). - Gerekçe zorunluğu (213). - Belirsiz kavramların belirlenmesi (213). -

§ 5. İDARİ TASARRUFLARIN TEKEMMÜLÜ, UYGULANMASI, YORUMU, GERİ ALINMASI.

- A) Tekemmül sorunu (214). - Tekemmül ve ilân (215). - B) Uygulama (215). - Tasarrufun hukukî ve maddî sonuçları (215). - Zorlama tatbiki (215). - "Önceden uygulama" (=exécution préalable) yetkisi (215). - Özel hukuk durumlarında adliyeğe başvurma (216). - C) Yorum (216). - Bazı ayrımlar (216). - Yorum davası (216). - Devletlerarası anlaşmalar tatbikatında yorum (216). - D) Kaldırma ve Geri alma (217). - Kaldırma'nın anlamı ve hükümleri (217). - Geri almada şartlar (217). - Fransadaki süre (217). - Danıştayın "istikrar" kriteri (218). - Yargıtayın içtihadı (219).

§ 6. İDARİ TASARRUFTA YOKLUK (219)

- Kesin yokluk halleri (220). - İptal davası zorunluğu (220).

BÖLÜM VI

İDARİ DÂVÂLAR

§ 1. KAVRAM

- Dava kavramı (221). - Yargısal ve teorik görüşler (221).

§ 2. İPTAL DAVASI

A) Özelliği ve önemi (223). - Hak ve Menfaat kavramları (224). - Bir sübjektif hakkın muhtevası olarak ve olmayarak "menfaat" (224). - Tam yargı davasının mahiyeti (224). - Sonuç: Tesbit ve Eda davaları mahiyeti (224). - B) İptidaen kabul şartları (224). - 1/ Esas şartlar (225). - a) Ön-karar (225). - İdarenin susması ve hareketsizliği hâli (225). - Anayasaya ve Danıştay kanununa göre başvurma hakları (225). - Her iki hükmün kıyaslanması (226). - Yabancıların durumu (226). - Zımnî ön kararın elde edilmesi (226). - b/ Ön kararın "idarî" olması gereği (227). - Bazı idarî kurullardan çıkan yargısal kararlar (227). - c/ Ön kararın "icraî" olması gereği (227). - İcraî olmayan kararlar (227). - İç-düzen tasarrufları; hazırlayıcı; tamamlayıcı işlemler (227). - d/ Dava ehliyeti (227). - Değişken ölçü (228). - Fransız Danıştayının birkaç kararı (228). - e/ Husumet (228). - f/ Süre (229). - Mahiyeti, bağlayıcı, bitimi (229). - Süre içinde isti'taf ve iyerarşik başvurma (229). - Yeni tasarruf ittihazi halleri ve yeni süreler (229). - g/ Mercide isabet (230). - İdarî merci tecavüzü (230). - Adlî merci tecavüzü (230). - Görevsiz idarî yargı merciine başvurma hâli (230). - 2/ İptidaen kabulde şekil ve usûl şartları (231). - a/ Dilekçe ve ekleri (231). - b/ Usûl (231). - Dilekçenin tevdiî (231). - Birden çok tasarruf aleyhine tek dilekçe ile dava (231). - Bir tasarruf aleyhine birçok kişilerin müşterek davası (232). -

§ 3. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

- Kararın istenme ve verilme şekilleri (232). - Şartları (232). - Teminat (232). - İcra tarzı (232). - Sorumluluk (232). - İdarenin susması ve hareketsizliği hâlinde yürütmeyi durdurma (233). - Durdurmanın hukukî sonuçları (233).

§ 4. TAM YARGI DAVASI

A) Kavram ve mukayese (233). - B) Usûl ve süre (235). - C) İdarî eylem kavramı (236). - D) Sorumluluk halleri (237). - Hizmet kusuru (238). - Risk teorisi (238). - Örnekler (238). -

§ 5. YORUM DAVASI

- İki anlamı (239). - Usûl (239). - T. Ceza K.nun 526 ncı maddesi (240).

§ 6. TEMYİZ DAVASI

- Mahiyeti (240). - Temyiz müracaatından farklı (241). - Usûl (241). - Da-
nıştayın yetkileri (242).

BÖLÜM VII

Y A R G I U S Ū L U

§ 1. GENEL

- İdarî yargı usûlünün nitelikleri (242).

§ 2. İLK İNCELEME VE ESASA HAZIRLIK

A) İlk incelemede bakılan hususlar (243). - B) Dilekçenin kabulü, reddi,
tevdii, iadesi (244). - C) Tebligat işlemleri (244). - Lâyhalar ve ce-
vap müddeti (244). - D) Kanunsöcülerinin mütalâaları; görevlerinin ma-
hiyeti (244). - Kanunsöcülüğünün önemi (245). - E) Raportörlük (245).
- Yardımcıların görevleri ve önemi (245). -

§ 3. ESASIN İNCELENMESİ VE HÜKÜM

- A) Duruşma yapılması (246). - Duruşmanın hükümleri (246). - B) Evrak
üzerinde inceleme (246). - Re'sen tahkik (247). - Deliller (247). -
Tutanak tanzimi (247). - HUMK'un uygulanması (247). - C) Hüküm (247).

§ 4. KANUN YOLLARI

- A) Yanlışlıkların düzeltilmesi (248). - B) Tavzih (248). - Tavzih ta-
lebinin reddi yolundan tavzih (248). - C) Kararın düzeltilmesi (249). -
Düzeltilme sebepleri (249). - "Usûl ve kanuna aykırılık" ne demektir ? (250).
- "Kanuniyet" nedir ? (250). - Kararın düzeltilmesinin, usûl saptırma
yolundan, temyiz müracaatine benzetilmesi (250). - Müesseseyi korumanın
çaresi (250). - Düzeltilme sebebinde açıklık isteme zorunluğu (250). -
Muhkem Kaziyenin tamamîyetini koruma mecburiyeti (250). - D) Muhakemenin
iadesi (251). -

§ 5. DANIŞTAY KARARLARININ İNFAZI

A) Anayasanın 132 nci maddesi (251). - "Validation législative" (251).
- Genel ve özel af (251). - B) Danıştay K.nun 95 inci maddesi (251). -
C) İptal'in hukukî sonuçları ve icrası (251). - D) İnfaz ile yükümlü
olanlar (253). - Kurul kararlarında icracı makamın yetkileri (253). -
E) İnfazı sağlamada geri alınacak tasarruflar (253). - F) İdarenin sorum-
luluğu (253). - G) Şahsî kusur (253). - H) Cezaî mesuliyet. Vazifeyi ih-
mal (253). - I) Tam yargı kararlarının infazı (254).