

Teşkilâtı Esasiye-Kanununa aykırı kanun karşısında mahkemenin durumu (1)

Yazan : Kemal Galip BALKAR

Üzerinde hukukcularımızın anlaşılmadıkları en ehemmiyetli meselelerden biri de bir kanunun Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi olması halinde mahkemelerin nasıl hareket edeceği keyfiyetidir: Mevzu hem nazariyat sahasında meşgul olan ilim adamları hem de kaza mercileri arasında görüş ayrılıklarına yol açmış olmak itibarıyla yakından alâkalanmağa, etraflı bir tetkike tâbi tutulmağa hak kazanmıştır.

Şimdiye kadar bu mesele üzerinde bir çok münakaşalar yapılmış, mahkemelerden birbirine uymayan kararlar verilmiştir. Bununla beraber Yüksek Temyiz mahkemesinin "kanunların Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi olduğu iddiasını mahkemeler tetkik edemez" tarzında hülâsa edilebilen görüşünde sebat ve ısrar etmesine mukabil Devlet Şurası dava daireleri umumi heyeti bir kanunun sarîh olarak kaza mercilerine müracaatı men eden hükmüne rağmen açılan davayı rüyet etmiş ve karara bağlamıştır. Hâdisenin ehemmiyeti, aşağıda izah edeceğimiz veçhile mücip sebeplerin bu karara bir prensip kararı mahiyeti vermesinden ve böylece iki yüksek kaza merciinin birbirine tamamen muhalif iki prensip kararıyla karşılaşmamızdan ileri geliyor.

Okuyucuların muhtelif noktaları gereği gibi kavrayabilmek için çeşitli kitaplara, dergilere müracaat ederek vakit kaybetmelerini önlemek üzere konuyu ilgilendiren kanun hükümlerini ve inceleyeceğimiz kararları buraya naklediyoruz.

KANUNLAR

Teşkilâtı Esasiye kanunu, madde: 3,4,6,7,8, 51,52,53,54, 103:

Madde: 3 — Hâkimiyet, bilâ kaydüşart milletindir.

Madde: 4 — Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegâne ve hakiki mümessili olup, millet namına hakkı hakimiyeti istimâl eder.

1() Bu yazıda Anayasa, Teşkilâtı Esasiye, Danıştay, Devlet Şurası gibi aynı manayı ifade eden kelimeler karışık olarak kullanılmıştır. Bunun sebebi kararların verildikleri tarih ile bu yazının yazıldığı tarih arasında 5997 sayılı kanunun yürürlüğe girmesidir.

Madde: 6 — Meclis teşri salâhiyetini bizzat istimal eder.

Madde: 7 — Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından müntehap Reiscumhur ve onun tayin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder.

Meclis, Hükûmeti her vakit mürakabe ve iskat edebilir.

Madde: 8 — Hakkı Kaza, millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mahakim tarafından istimal olunur.

Madde: 51 — İdarî dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükûmetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsusı ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şurayi Devlet teşkil edilecektir. Şurayi Devletin rüesa ve âzası vezaifi mühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihap olunur.

Madde: 52 — İcra Vekilleri Heyeti kanunların suvari tatbikiyesini irae veyahut kanunun emrettiği hususatı tesbit için ahkâmı cedideyi muhtevi olmamak ve Şurayi Devletin nazarı tetkikinden geçirilmek şartıyla nizamnameler tedvin eder.

Nizamnameler, Reiscumhurun imza ve ilâniyle mamulünbih olur.

Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.

Madde: 53 — Mahkemelerin teşkilâtı, vazife ve salâhiyetleri kanunla muayyendir.

Madde: 54 — Hâkimler bîcümle davaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahâlâttan azade olup ancak kanunun hükmüne tabidirler.

Mahkemelerin mukarreratını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti hiç bir veçhile tedbil ve tagyir ve tehir ve infazı ahkâmına mümanaat edemez.

Madde: 103 — Teşkilâtı Esasiye kanununun hiç bir maddesi, hiç bir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiç bir kanun teşkilâtı esasiye kanununa münafi olamaz.

4486 sayılı kanun, madde: 3,7 (2)

Madde: 3 — Zirrat Vekâleti Teknik Ziraat ve Teknik Bahçivanlık Okullarına, en az beş sınıflı köy ilk okulunu bitirmiş ve 16 yaşını geçmemiş olup da tahsiline devam etmiyen köylü çiftçi çocukları arasından Vekâletçe seçilmek suretiyle kız ve erkek talebe almaya salâhiyetlidir.

(2) Üçüncü madde 6151 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

Sihhi durumu bu okullarda yetiştirmeye elverişli olduğu anlaşılacak seçilen talebeleri veli veya vasileri, kendilerine yapılacak yazılı tebliğe göre okullara vermeğe ve devam ettirmeğ mecburdurlar.

Madde: 7 — Sihhi zaruret olmaksızın herhangi bir suretle okuldan ayrılan talebenin okulda bulunduğu zaman içinde payına düşen masraf kendisinden veya veli veya vasisinden alınır.

5250 sayılı kanun, geçici madde :

Geçici madde: — Dışişleri Bakanlığı teşkilâtında istihdam edilmekte olup sicilleri itibariyle görevlerinde bırakılması caiz olmadığı veya kendilerinden yeter derecede istifade edilemediği anlaşılmalarda aşağıdaki hükümler uygulanır :

Sicilleri itibariyle görevlerinde kalmaları caiz olmayanlarla kendilerinden Dışişleri Bakanlığı teşkilâtında yeter derecede istifade edilmeyenlerin hizmetlerine son verilir ve haklarında 1683 sayılı kanunun 13 ve 26 ncı maddeleri uygulanır. Bunlardan yalnız yeter derecede istifade edilmemesi yüzünden hizmetlerine son verilenler diğer Devlet dairelerinde hizmete alınabilirler.

Bu hükümleri uygulamak için Dışişleri Bakanlığında Genel Kâtibin başkanlığı altında dördüncü ve daha yukarı derecelerden olmak üzere Bakan tarafından tayin edilecek altı üyeden bir heyet teşkil edilir. Kararlar üçte iki çoğunlukla verilir. Kararlar bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde verilir. Bu madde hükmüne göre verilen kararlar Bakanın tasdiki ile kesinleşir ve bu kararlar aleyhine idari veya adli kaza mercilerinde dava açılmaz.

KARARLAR

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti

Esas: 4/208/96 — Karar: 140 (Adalet Dergisi, yıl 44, Sayı 4 Sahife: 396-397)

Dâva: Davalının oğlu Ali Osman Kurtun Teknik Ziraat Okulunda bulunduğu zamana ait yapılan masraf tutarı olan dokuzyüz doksan dokuz lira iki kuruşun davalıdan tahsiline karar verilmesi isteminden ibarettir.

Hüküm: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; şahsa bağlı bir hak ve anayasa kefaletinde olan ve meslek seçimi gibi bir hürriyet ve masuniyet esasına müteallik bulunan hıyar hakkının ihlâline aynı zamanda Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin şumulüne göre; umumî intizam ve şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir akit ve irade scr-

bestisini muhil; gayrimuhik olmak gibi butlan sebepler ile muallel olmasına binaen, davanın reddine dair verilen hüküm Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesince, 4486 sayılı kanunun yedinci maddesi mucibince; davalı velâyeti altında bulunan küçük Ali için okulda bulunduğu müddetçe yapılan masraftan sorumlu bulunmuş iken aksine bazı düşünce ve sebeplerle davanın reddine karar verilmesi yolsuz olduğu beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: **bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.**

Temyiz eden: Davacı Maliye Hazinesi adına Akşehir Malmüdürlüğü.

TEMYİZ KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek: ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

4486 sayılı kanun hükümleri mucibince Teknik Ziraat Okuluna alınıp uygunsuz hareketi yüzünden okuldan çıkarılan Osman'ın velisi aleyhine okul masraflarının tahsili talebile açılan dâva sonunda mahalli mahkemesince mezkûr kanunun Anayasaya aykırı olduğundan bahisle dâvanın reddine karar verilmiş ve her ne kadar Anayasanın 103 maddesinde hiç bir kanunun Anayasaya aykırı olamayacağı yazılı bulunmuş ise de; kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığının tetkikine mahkemelerin görevli olduğuna dair ne Anayasada ve ne de diğer kanunlarda bir hüküm mevcut değildir. Nitekim mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceğini belirten Anayasanın 53 cü maddesi hükmüne muvazi olarak vaz'edilen kanunlarda da mahkemeler için böyle bir görev tayin edilmemiştir. Görevi belirten böyle bir kanun bulunmadıkça kayıtsız ve şartsız egemenlik hakkını kullanmakta ve Türk Milletini temsil etmekte olan Millet Meclisinin çıkardığı kanunların Anayasaya muhalefetinin tetkiki hakkının mahkemelere ait olduğu, herhangi suretle kabule şayan görülmemek icabeder. Bundan başka idarî karar ve tasarrufların tetkik ve murakabesi hakkının Danıştaya verilmesi de B. Millet Meclisinin kararları demek olan kanunlar üzerinde mahkemelerin mürakabe hakları bulunduğunu kabule mâni teşkil eylemektedir. Diğer taraftan Anayasanın 52 nci maddesi ile, Tüzüklerin kanuna aykırı olmayacağı derpiş ve böyle bir iddianın ileri sürülmesi halinde bunun çözüm yerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi olacağı tasrih edilmiş olması Tüzükten daha yüksek durumda olan kanunların Anayasaya muhalif olup olmadığı hususunun mahkemelerce tetkik edilemeyeceğine açık bir işaret sayılmak lâzımgelir. Böylece kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığını tetkikle görevli olmayan mahkeme-

nin teşrii Meclis tarafından kabul ve usulüne göre neşir ve ilân edilmiş bulunan ve mer'iyetten kaldırılmamış olan bir kanunu tatbikle mükellef olacağından şüphe edilemez. Yukarıda belirtilen gerçekleri tazammun eden Özel Daire bozma ilâmına uyulmak lâzımgelirken aksine yazılı bazı düşüncelerle evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 429 uncu maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 1480 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 3/12/1952 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumi Heyeti E: 49/320, K: 50/128, Danıştay Kararlar Dergisi. Sayı: 50-53, Sahife: 118.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Danıştay D. D. Genel Kurulunca işin gereği düşünüldü:

Bütün idarî tasarrufların kazai murakabeye tâbi tutulması hukuka bağlı devlet prensipinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51 inci maddesiyle müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı kanunun Danıştaya müracaat edilemeyeceği yolundaki hükmünü idarî tasarrufun takdir unsuruna taallük eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak gerek nazari ve gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen davanın iptidaen ademi mesumiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz.

Çünkü aksi hal hukuka bağlılık prensiplerinin bir istisnası olarak kabul edilmiş olan takdiri tasarrufların bu imtiyazını mevridini taşımak suretiyle tesvi olur ki; bunu da hukuk esaslarıyla telif mümkün değildir. Binaenaleyh dâva, iptali istenen tasarrufun sadece takdir unsuruna müvecceh olmayıp maksat unsuruna dayanılarak şekil noksanına da tevcih kılınmış ve filhakika tasfiyeye memur komisyon arasında davacıya husumeti hükmen müsbet kimsenin de mevcudiyeti zahir ve kanunun istihdaf ettiği gayeye göre bitaraf kimselerden terkibi gerek hizmet ve gerek adalet icaplarından bulunduğu halde komisyonun teşkilinde bu lâzimeye riayet edilmediği celp ve tetkik edilen evrak münderecatıyla sabit olduğundan usule uygun olmayarak müteşekkil bir heyetin kararına tevfikane tesis kılınmış dâvacı hakkındaki tekaütlük tasarrufunun esasına müessir bir şekil ve usul noksanından dolayı iptaline ve peşin alınan yüz kuruşun davacıya iadesi ile 400 kuruş ilâm harcının dâvalıdan alınmasına 30/3/1950 tarihinde çoklukla karar verildi.

Bu iki karar hakkındaki düşüncelerimizi açıklamadan pek ehemmiyetli bir nokta üzerinde iki kararın birleştiğini tesbit eylemekte fayda vardır. Gerek temyiz mahkemesi hukuk umumi heyeti, gerek Devlet Şûrası dâva daireleri umumi heyeti, aynı ifadeyi kullanmak suretiyle olmasa bile, mevzuatın alçaklı yüksekli, birbirine nisbetle başka başka durumlarda olduklarını, diğer tâbirle mevzu hukuk arasında bir müratebe (hiérarchie) mevcut olduğunu kabul ediyorlar. Temyiz mahkemesi kararındaki (tüzükten daha yüksek durumda olan kanunların) ibaresi bunun gösterdiği gibi Devlet Şûrası kararı da (hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden anayasa) cümlesiyle aynı mefhumu ifade etmiş oluyor.

Bu noktaya işaret ettikten sonra Temyiz mahkemesi hukuk umumi heyetinin bozma kararının mucip sebeplerini tahlile gelebiliriz. Bu sebepler üç kısımda mütalâa edilebilir: İlk sebep metin yokluğu, ikincisi idarî karar ve tasarrufların tetkik ve mürakabesinin Devlet Şûrasına bırakılmış olmasından kıyas yolu ile çıkarılan delil, üçüncüsü nizamnamelerin kanuna aykırığı iddiasının Büyük Millet Meclisince hal edileceğine dair Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52 nci maddesi sarahatinden kıyas yolu ile çıkarılan delil.

Temyiz Mahkemesi hukuk umumi heyeti metin yokluğuna dayanan mucip sebebi şöyle geliştiriyor: mahalli mahkeme 4486 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğundan bahisle dâvayı red eylemiştir. Her ne kadar Anayasanın 103 üncü maddesinde hiç bir kanunun Anayasaya aykırı olmayacağı yazılı bulunmuş ise de kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığının tedkikine mahkemelerin görevli olduğuna dair ne Anayasada ve ne de diğer kanunlarda bir hüküm mevcut değildir. Nitekim mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceğini belirten Anayasanın 53 nci maddesi hükmüne muvazi olarak vazedilen kanunlarda da mahkemeler için böyle bir görev tâyin edilmemiştir. Görevi belirten böyle bir kanun bulunmadıkça kayıtsız ve şartsız eğemenlik hakkını kullanmakta ve Türk Milletini temsil etmekte olan Millet Meclisinin çıkardığı kanunların Anayasaya muhalefetinin tedkiki hakkının mahkemelere ait olduğu herhangi suretle kabule şayan görülmemek icabeder.

Mucip sebeplerin bu kısımda yüksek mahkemenin maksadını aşan bazı ifadeler var ki ilk önce onları düzeltmek lâzım gelir. Teşkilâtı Esasiye kanunumuzun üçüncü ve dördüncü maddeleri bir arada okunursa görülür ki hakimiyet bilâ kaydüşart millete aittir, Büyük Millet Meclisine değil. Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakiki mümessili ve bu itibarla millet namına hakimiyet hakkını istimalle salâhiyetli ise de bu istimalin ne suretle vuku bulacağı aynı kanunun 5,6,7 ve 8 nci maddelerinde gösterilmiştir. Binaenaleyh 5 inci maddeye göre teşri salâhiyeti ve icra kudreti

Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eylediği halde Yüksek Meclis 6 ncı maddeye göre bunlardan teşri salâhiyetini bizzat, 7 nci maddeye göre de icra salâhiyetini kendi seçtiği Reisicumhur ve onun tâyin edeceği İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder. Kaza hakkını ise, millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mahkemeler istimal eder.

Bu maddelerden çıkan netice şudur: Teşkilâtı Esasiye Kanunu birinci faslında Türkiye Devletinin haiz bulunduğu teşri salâhiyeti, icra kudreti ve kaza hakkının hangi uzuvlar tarafından istimâl edileceğini hiç bir tereddüde yer vermeyecek surette tayin eylemiştir. Devlet teşkilâtının tekâmül seyri mütalâa edilince görülür ki teşri, icra ve kaza işlerini nefsinde toplayan “Devlet ben demektir” diyen mutlak hükümdarlardan canı yanan milletler hiçbir şahsa, hiçbir teşekküle, hiçbir müesseseye Devlet salâhiyetlerini mutlak surette tevdi etmemenin çaresini aramışlar, bunu hakimiyetin bilâ kaydü şart millete ait bulunduğu esasını koymakta bulmuşlardır. Nazari olarak bu esası koymak kifayet etmiyeceği için bu esasa göre Devleti teşkilâtlandırmak üzere muhtelif salâhiyetlerin nasıl ve hangi uzuvlar tarafından kullanılacağını Teşkilâtı Esasiye kanunlarıyla tanzim ve tesbit eylemişlerdir. O halde Büyük Millet Meclisi de teşri uzvu olmak itibarıyla tıpkı icra ve kaza uzuvları gibi Teşkilâtı Esasiye Kanununun kendisine verdiği salâhiyet sınırları içinde faaliyette bulunmağa mecburdur. Teşkilâtı Esasiye Kanunu, 103 üncü maddesinde, “hiçbir kanun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olamaz.” kaidesini koyarak teşri uzvunun kanun yapma salâhiyetinin hududunu tayin etmiştir. Şu halde bu hududun aşılması hukuka aykırı hareket edilmesi demek olur.

Buna mani olunabilir. Bu hususta hatıra gelen ilk tedbir Büyük Millet Meclisinin kendini mürakabe etmesi, Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi kanun çıkarmamağa dikkat eylesidir. Nitekim bu nokta dahili nizamnamenin 37 nci maddesinde hükme bağlanmış, komisyonların kendilerine havale edilmiş tasarı veya tekliflerin, ilk önce, Teşkilâtı Esasiye Kanununun metnine ve ruhuna münafi olup olmadığını tdkik etmek mecburiyetinde oldukları tasrih edilmiştir. Bu hükümle Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi kanunların teşri uzvu tarafından kabulü tamamen önlenmiş sayılmaz. Bu hususta bir misal vermek lâzım gelirse 5250 sayılı kanunun geçici meddesini göstermek kabildir. İkinci kademedede teminatı Teşkilâtı Esasiye kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrasının Reisicumhura verdiği salâhiyetin istimalinde bulmak mümkündür. Bu fıkraya göre “Reisicumhur Teşkilâtı Esasiye Kanunu ile bütçe kanunları müstesna olmak üzere ilânını muvafık görmediği kanunları bir daha müzakere edilmek üzere esbabı mucibesıyla birlikte on gün zarfında Meclise iade eder.” Gerçi üçüncü fıkra “Meclis, mezkûr kanunu bu defa da kabul ederse, onun ilânını Re-

isicumhur için mecburi” kılmak ve ikinci kabul için daha büyük bir ekseriyet şartı koymamak suretiyle bu usulün verimini, mürakabenin tesirini azaltmaktadır. Fakat asıl mesele şimdiye kadar hiç bir Reiscumhurun hiç bir kanun için bu selâhiyeti istimal etmemiş olması, böylece memleketimizde bu salâhiyetin kullanılmaması şeklinde siyasi bir gelenek meydana gelmiş olmasındandır. Bu sebeple Reiscumhurun müdahalesiyle Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi kanunların yürürlüğe girmesine mâni olunabileceği ümidine kapılmak bu şartlar içinde doğru bir hareket sayılmaz.

Bu önleyici tedbirlerin tesirsizliği neticesinde yürürlüğe konan Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi kanunun tatbikatından, zuhur eden ihtilâfları hal için mahkemeler nasıl bir yol tutacaklardır? Bu sual ile asıl konumuza gelmiş oluyoruz.

Temyiz mahkemesi hukuk umumî heyetinin mucip sebeplerinin metin yokluğuna dayanan ilk kısmı Devlet Şurası dava daireleri umumî heyeti kararı için de mucip sebep olarak kullanılabilirdi. Adalet mahkemelerinin teşkilât, vazife ve salâhiyetlerini tâyin eden kanunlarda nasıl yüksek mahkemenin varlığını müşahede etmek istediği tarzda bir metin mevcut değilse Devlet Şurasına ait mevzuat arasında da bu hususta hüküm yoktur. Şu halde her iki yüksek mahkeme aynı hukukî durum karşısında bulunuyorlar. Her iki yüksek mahkemenin bir defa da mevzuat arasında bir müratebe mevcut bulunduğu noktasında birleştiklerine yukarıda işaret eylemiştik. Biz bu esaslara dayanan yüksek temyiz mahkemesi mucip sebeplerinin birinci kısmını birbirini nefyeden düşüncelere yer vermek suretiyle malûl görüyoruz. Faraziye icabı olarak Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi bulunan kanunu tatbik etmemek için sarih bir metin arayan mahkeme o kanunu tatbik etmek suretiyle Teşkilâtı Esasiye Kanununu hükümsüz bıraktığını düşünmüyor ve bunu herhangi bir metne istinat etmeden yapmayı hukuk kaideleri müratebesi esasına aykırı bulmuyor demektir. Verilen karar hukuk ölçüsü ile tartınca bu cephenin açık kaldığı ve tenakuza düşüldüğü hemen göze çarpmaktadır. Şunu da hatırlatmak icap eder ki Teşkilâtı Esasiye Kanununun 54 üncü maddesindeki kanun kelimesi bizzat Teşkilâtı Esasiye Kanununu da ihtiva eder.

Mucip sebeplerin diğer iki kısmının tedkikinden de anlaşılacağı üzere yüksek mahkemenin bu hatalı neticeye varmasına Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi kanun karşısında hakimın takip edebileceği iki yolu birbirine karıştırmaması âmil olmuştur. Bilindiği üzere Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi kanun hükmünden kendini kurtarmak isteyen, kanuna aykırı idarî karar hakkında sahip olduğu silâha benzer bir dâva hakkı kullanmak, yani hakimden kanunun iptalini istemek yolunu tutar; böyle bir talep ve dâvanın adli veya idarî mahkeme tarafından red edilmesi lâzım geldiğinin-

de bütün hukuk âlimleri müttefiktir. Bu ittifak mahkemelere mevzuatımızın böyle bir salâhiyet vermemiş olması mucip sebebine dayanmaktadır. Paris Hukuk Fakültesinin meşhur profesörlerinden Joseph-Barthélemy ile Lille hukuk fakültesi dekanı Paul Duez yazdıkları çok mühim eserde (3) hukukî bakımdan pek büyük bir değer taşıyan şu mütalâayı ileri sürüyorlar: Teşkilâtı Esasiye Kanunu salâhiyetleri tanzim eder. Teşkilâtı esasiye kanununun diğer mevzuatın fevkinde olduğunu kabul eden âme hukuku telâkkisi bu kanunun vücuda getirdiği uzuvlar (parlamento, Devlet Reisi, mahkemeler) hakimiyetin istimalinde kendilerine has haklara sahip değildirler; onların sadece kanunun ihdas ettiği salâhiyetleri vardır. Bu uzuvlar Teşkilâtı Esasiye kanunu tarafından salâhiyet sahibi idare memurlarına benzeyen bir hukuki duruma getirilmişlerdir.

Bundan sonra salâhiyet sistemi ile kendine has haklar hakkında ızaht veren müellifler salâhiyet verme keyfiyetinin Teşkilâtı Esasiye kanunlarıyla bağlı devletlerde, kendilerine has haklara sahip olmanın "salâhiyetini Allahtan ve kılıcından alan monarşi" sisteminde cari bulunduğunu izah ediyorlar.

Bundan şu neticeler çıkıyor :

1 — Salâhiyet var farzedilmez, çünkü Teşkilâtı Esasiye kanununun ihdas ettiği bir şeydir;

2 — Salâhiyet devir ve tevkil yolu ile başkasına verilemez, çünkü bu suretle devir muamelesine girişen uzuv teşkilâtı esasiye kanununun tanzim ettiği salâhiyetleri tadil etmiş olacaktır;

3 — Teşkilâtı Esasiye Kanununun ihdas ettiği uzvun salâhiyetin ihlâlini tazammun edecek surette vücuda getirdiği her tasarruf hukuki esastan mahrumdur ve esas itibariyle hiç bir hukuki kıymeti haiz değildir.

Bu büyük hukukşinasların bu mütalâalarını gördükten sonra insan Teşkilâtı Esasiye kanununun kıymet ve ehemmiyeti üzerinde tekrar durup düşünmek lüzumunu hissettiği gibi mazide bütün Devlet salâhiyetlerini nefsinde toplayan saltanat sisteminden milli hakimiyet sistemine geçen memleketimiz Teşkilâtı Esasiye Kanununun üçüncü maddesinde hakimiyetin bilâ kaydüşart millete ait olduğunu zikrelediği ve dördüncü maddesinde millet namına hakkı hakimiyetin istimalini Büyük Millet Meclisine verdiği halde neden altıncı maddesinde aynı meclisin yalnız teşri salâhiyetini bizzat istimal edeceğini tasrih eylemek ihtiyacını duyduğunu daha iyi anlıyor.

Bu nokta üzerinde fazla tafsilâta girişmiyerek dâvalının alyhine aç-

(3) Traité de droit constitutionnel 1933 p. 195 - 196

lan dâvada kendisini müdafaa maksadiyle dâvacının istinat ettiği kanunun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi bulunduğunu beyan etmesi ve bu suretle netice itibariyle dâvanın reddini istemesi halini düşünelim. Bu mevzuda idarî mahkeme huzurundaki durum ile adlî mahkeme önündeki durum ilk bakışta birbirinden farklı gibi görünürse de hakikatte bu fark idarî dâva ile adlî dâvanın mahiyetindeki ayrılıktan doğmakta olup esasta bir değişikliğin neticesi değildir. Bilindiği üzere İdare icra kabiliyetini haiz karar ittihaz etmek salâhiyetine maliktir. İdarenin bu kararlarından şikâyet edenler idare karşısında davacı durumuna girerler. Halbuki adlî kaza huzurunda cereyan eden dâvalarda dâvacının talebini istinat ettirdiği kanunun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olduğunu ileri sürecektir olan dâvalardır. Hâdisenin bu cereyan tarzı yukarıya dercettiğimiz ve tedkik mevzuunu teşkil eden kararlardan pek güzel anlaşılacaktır. Faraziyemize göre taraflardan birinin istinad ettiği kanunun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olduğu diğer tarafca iddia ve netice olarak tatbik olunmaması talep edildiği takdirde mahkeme nasıl bir karar verecektir? Temyiz hukuk umumî heyetinin görüşüne uygun olarak mahkemeye “böyle bir iddiayı tedkik edemezsin” demek onu Teşkilâtı Esasiye Kanununa aykırı hareket teşvik etmek olur. Kanun olmak bakımından diğer kanunlardan farklı, hattâ o kanunları yapan uzvu da ihdas eden bir kanun bulunması sebebiyle Teşkilâtı Esasiye Kanununun ihdas ettiği hiç bir uzuv mahkemeye böyle bir emir vermek salâhiyetini haiz değildir. Temyiz hukuk umumî heyeti asıl bu hususta bir sarahat aramalı ve bu sarahati Teşkilâtı Esasiye kanununda aramalı idi. Bir taraftan mevzuat arasında mevcut müratibeyi, diğer cihetten daha yüksek mevkide bulunan kanunun tatbikini daha aşağı mertebedeki kanunun bertaraf edebileceğini kabul etmek suretiyle hukukun tecviz etmediği bir yola gidilmiş olur. Kanaatimizce kararın hukuk bakımından en zayıf noktası bu tenakuzdadır.

İkinci derecede Yüksek mahkeme idarî karar ve tasarrufların tedkik ve mürakabesi vazifesinin Devlet Şurasına bırakılmış olmasından, kıyas yolu ile, Büyük Millet Meclisinin çıkardığı kanunların Teşkilâtı Esasiye kanununa muhalefetinin tedkiki hakkının mahkemelere ait olduğu herhangi surette kabule şayan görülmemesi icap edeceği neticesine varmaktadır. Mucip sebeplerin bu kısmı yüksek mahkemenin meseleyi kanunların, Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi olmaları halinde, iptalleri cihetinden mütalâ etmekte olduğu düşüncesini takviye etmektedir. Aksi takdirde bu kıyasın mânası kalmaz; çünkü yüksek mahkeme memleketimizde Teşkilâtı Esasiye kanununun kaza vazifesini adlî ve idarî olarak ikiye ayırdığını bilmektedir; kaza mercilerine arzedilecek ihtilâfların bu iki merci arasında paylaşılacağı malûm bir keyfiyettir. Bundan bahis konusu meseleyi hal

için faydalanmağa imkân yoktur; çünkü hâdise kaza mercilerinin adli kısmı önünde olduğu kadar idarî bölümü önünde de zuhur etmektedir ve her iki kaza mercii için aynı derecede ehemmiyeti haiz bulunmaktadır. Teşkilâtı Esasiye kanununun 103 üncü maddesine mutavaat etmek bakımından aralarında fark gözetilmez. Bu mülâhaza ile idarî karar ve tasarruflardan doğan ihtilâfların hal edilmesinin Devlet Şûrasına verilmiş bulunması bozma kararında mucip sebep teşkil edememek lâzım gelir.

Üçüncü kısımda mucip sebepler Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52 nci maddesinde nizamnamelerin kanunlara mugayereti hakkında mevzu hükme dayanmaktadır. Bu istişhad tarzı yüksek heyetin daima kanunların iptali keyfiyeti ile meşgul olduğunu teyit eylemektedir. Çünkü Teşkilâtı Esasiye kanununun 52 nci maddesinin üçüncü fıkrası nizamnamelerin iptali talebiyle ileri sürülecek iddialar hakkında sevkedilmiştir.

Bu hususta gerek doktrinde gerek mahkeme içtihadlarında çeşitli mütalâa ve hükümlere rastlamak mümkün olmakla beraber Büyük Millet Meclisi Umûmi heyetinde cereyan eden münakaşalar vaziyeti, bütün tereddüdlere izale edecek surette, aydınlatmaktadır. Kanunu esasi encümeni mazbata muharriri Celâl Nuri bey nizamname hakkında izahat verirken Konya Mebusu Tefik Fikret bey “efendim bu nizamname mahkimde mamulünbih midir? Bu nizamnamenin herhangi maddesi mucibince mahkeme hükmedebilecek midir? diye bir soru soruyor. Mazbata muharriri buna şöyle cevap veriyor: Efendim, arzettim ki yeni ahkâmı cezaiye ve yeni vergi tarh edemez. Eğer böyle bir şey mahkime gelirse madde kanuniyenin daha sarîh bir surette şerhi varsa tabii onunla amel eder. Kanuna mugayir olduğu takdirde o vakit hükkân bununla amel edemez.”

Bu beyanattan sonra müzakere kâfi görülüyor.

Bu izahattan anlaşılıyor ki, 52 nci maddenin üçüncü fıkrası nizamnamelerin iptali hakkındaki müracaat üzerine karar verecek makamı tayin etmek için vazedilmiştir. Eğer bu fıkra mevcut olmasa idi bir idarî tasarruf olmak itibarıyla nizamnameler iptal dâvasına mevzu teşkil etmek bakımından diğer idarî kararlar ile birleştirilecek, Devlet Şûrası da bir taraftan hukuka uygun dediğini diğer taraftan hukuka aykırı bularak iptal etmek mevkiinde kalacaktı. İşte Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52 nci maddesindeki hükmün hukuki mahiyeti bundan ibarettir. Görülüyor ki bunun, kendisinden yüksek hukuki kıymeti haiz bir metinle uyuşmayan metnin bu uyuşmazlık nisbetinde ihmali prensibi ile alâkası yoktur. Devlet Şûrası beşinci dairesinin 24/12/1952 tarihinde ittihaz eylediği E: 52/1419, K: 52/3509 sayılı kararında “bütün idarî tasarrufların Danıştayın mürakabesine tâbi olacağı Anayasa ve Danıştay kanunu hükümleri icabından olmakla beraber Bakanlık İnzibat Komisyonları kararları-

nın Danıştayca tedkik edilmesi lâzım geleceği de 788 sayılı memurin kanununun 52 nci maddesi açık hükmü icabından bulunmaktadır. Tüzükle kanun hükümleri değiştirilemeyeceği ve iki hukuk kaidesinin taaruzu halinde üstün hukuk kaidesinin tatbiki lâzım geleceği hukuk kaidesi arasındaki hiyerarşi esaslarından olmasına binaen yukarıda işaret edilen kanunlar muvacehesinde Belediye memur ve müstahdemleri tüzüğünün 92 nci maddesine dayanılarak ileri sürülen vazifesizlik def'i varit bulunmadığından işin esası incelendi" denilmiştir. Bundan sonra esası tedkik eden heyet "idari davaların tedkikinde vazife hususunun teemmülünün müddetin düşünülmesine tekaddüm etmesi lâzım geleceğine ve inzibatî cezalar meyânında mevcut olmayan ve tâyin tasarrufunun geri alınması veya azil suretiyle cereyan eden muamelelerin idarî bir tasarruf zümresinden bulunmasında şüphe olamayacağına binaen vaki itirazın vazife noktasından reddi lâzım gelirken bu hususun derpiş edilmeksizin süre noktasından reddi hakkında verilen kararda usule uygunluk bulunmadığından Bakanlık inzibat Komisyonunun kararının bozulmasına" karar vermiştir.

Bu karar Devlet Şûrasında bu esasa göre ittihaz edilen tek karar değildir. Bunu tarih itibariyle en yenisi olduğundan iktibas eyledik. Bu karar ile de tebarüz ediyor ki nizamnamelerin kanunlara mugayir hükümleri ihtiva eylemeleri halinde mahkeme üstün hüküm olan kanuna göre karar veriyor, nizamname ile amel etmiyor.

Temyiz hukuk umumî heyetinin bozma kararının dayandığı üçüncü mucip sebep de bu suretle ortadan kalkmış oluyor.

Devlet Şûrası Umumî Heyetinin kararı ise şu mucip sebeblere dayanmaktadır:

1 — Teşkilâtı Esasiye Kanunu mevzu hukukun en yüksek kademesini teşkil eder.

2 — Bu kanunun 51 inci maddesiyle bütün idarî tasarrufların kazai mürakabeye tâbi tutulması müeyyide altına alınmıştır.

3 — 5250 sayılı kanunun Devlet Şûrasına müracaat edilemeyeceği yolundaki hükmünü idarî tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak gerek nazari gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşer.

Görülüyor ki Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumî Heyeti Teşkilâtı Esasiye Kanununun 51 inci maddesi ile 5250 sayılı kanunun geçici maddesinin çatışması karşısında açıkça vaziyet almış; geçici maddenin ikinci fıkrasının son cümlesini teşkil eden "bu kararlar aleyhine idarî ve adli kaza mercilerinde dava açılmaz" ibaresine rağmen açılan davaya bakmış, dava mevzuu idarî kararın iptaline karar vermiştir.

Gerçi bu karar ile Temyiz mahkemesi hukuk umumî heyetinin bozma

kararı arasında gözden kaçmayan pek büyük bir fark vardır. Temyiz Mahkemesi en büyük sebep olarak metin yokluğunu ileri sürüyor; Halbuki Devlet Şûrası bir metne dayanıyor, diyor ki: Teşkilâtı Esasiye kanununun 51 inci maddesi bütün idarî tasarrufların kazai mürakabeye tâbi olduğunu tesbit eylemiştir. Bu noktanın idarî kararlar sahasında haiz bulunduğu ehemmiyet inkâr götürmez. Bununla beraber mevzuumuzun tetkikinde aynı derecede mühim bulunan ikinci nokta Devlet Şûrasının Teşkilâtı Esasiye kanunununa münafi olduğunu tesbit eylediği adi kanun karşısında aldığı durumdur. Devlet Şûrası bu kanunun iptaline karar vermemiştir; böyle bir karar vermiş olsa idi, Teşkilâtı Esasiye kanununun kendisine vermiş olduğu selâhiyet hududunu aşmış, bizzat hukuka aykırı bir vaziyete düşmüş olurdu; onun yaptığı şey sadece Teşkilâtı Esasiye kanunununa münafi olan kanunu tatbik eylememekten ibarettir. Bu suretle Devlet Şûrası birbirine aykırı hüküm taşıyan iki kanundan hiyerarşi itibariyle üst kademeyi teşkil eden hükmü imal, diğerini ihmal eylemiştir. Devlet Şûrası bu esası başka kararlarında da tatbik etmiştir.

Bilindiği üzere Büyük Millet Meclisi 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (B) fıkrası hakkında resmî gazetenin 7815 sayılı, 23 Mayıs 1951 tarihli nüshasında yayınlanan 1728 numaralı bir karar vermiştir. Bu karara göre 5434 sayılı kanununun 39 uncu maddesinin (B) fıkrasına dayanılarak emekliye ayrılan memurlar hakkında ittihaz edilen kararlar kazai mürakabeye tâbi değildir. Böyle bir anlayışın, mutlak manada alındığı takdirde, Teşkilâtı Esasiye kanununna (M. 51) münafi düşeceğinde şüphe yoktur. İşte bu 1728 sayılı kararın intişarından sonra verdiği bir kararda beşinci daire, Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumi Heyetinin tedkik etmekte olduğumuz karara hakim olan görüşe uygun hareket etmiştir. E: 50/1743, K: 51/2197 numaralarını taşıyan ve 15/6/1951 tarihinde ittihaz edilmiş bulunan bu karar 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (B) fıkrasına tevfikân verilen bir emekliye çıkarma kararını şekil noktasından kanuna aykırı bulunduğundan iptal eylemiştir. Bu kararda tafsil edilmemiş olmakla beraber Beşinci Daire kararını daha evvel dava daireleri umumi heyetinden sadır olan bir kararda izhar edilen kanaate uygun olarak vermiştir. Danıştay kararlar dergisininin 46-49 sayılı nüshasında 55-56 numaralı sahifelerde nesredilen ve gene 5250 sayılı kanunun geçici maddesiyle alâkadar olan kararda "bir kanun hükmünün Anayasaya mugayereti iddiasının tetkiki Danıştayın görevi dışında bulunmasına ve hâdisede şekil ve selâhiyet bakımından bir noksanlık mevcut olduğu iddiası da mesbuk bulunmamasına binaen" denilmiştir. Conker kararından önce olduğu için hakikatte büyük prensip kararı budur: fakat fikir Conker kararında daha etraflı olarak ifade

edilmiştir. İdarî kaza merciinin bu kararlarından çıkan neticeyi şu surette hülâsa edebiliriz: Bir kanunun, Teşkilâtı Esasiye Kanununa mugayereti sebebiyle, iptali hakkında açılacak dâvalara bakmak Devlet Şûrasının vazifesi dışındadır. Ancak Devlet Şûrasının mürakabe ile mükellef bulunduğu idarî kararlar aleyhine idarî kaza merciine müracaat edilmeyeceği hakkında her hangi bir kanun bir hüküm koyarsa bu hüküm ihmal olunur ve davaya bakılır. Böyle bir dâvaya bakılırken kanunun “kaza merciine müracaat edilemez” tarzındaki hükmü sade ve basit bir şekilde ihmal olunmaz; ona, mümkün ise, kaza merciini tamamen kapamayan bir mana verilmek suretiyle kısmen ihmal olunur. Verilen mâna şudur: Her idarî karar 3546 sayılı kanununun 23 üncü maddesinde ifade edildiği üzere kendisini terkîp eden unsurlar bakımından mürakabe edilir; bu unsurlar esas, maksat, şekil ve selâhiyet unsurlarıdır. (4) Kanun ittihazına salâhiyet verdiği karar aleyhine kaza merciine müracaat edilmeyeceğini tasrih ederken kararın esas ve maksat unsurlarını İdarenin takdirine bırakmak istemiştir. İdarenin takdirine bırakılan sahada İdarenin şu veya bu tarzı ihtiyar etmesi kanunsuzluk, hukuka aykırılık sayılmaz; böyle olunca da o unsurlara taallük eden davalar rüyet edilmekle beraber neticede kanunsuzluk mevcut olmadığından red olunur. Eğer yanlış anlamıyorsak, bu kararların ifade etmek istedikleri hukuki esas bundan ibarettir. Fakat esasen kimse doğrudan doğruya Teşkilâtı Esasiye Kanununa mugayeretinden dolayı her hangi bir kanunun iptalini dava etmediğine ve bütün dâvalarda karar unsurlarından birinin, bir kaçının veya hepsinin kanuna, veya istinad ettiği kanun dolayısıyla Teşkilâtı Esasiye Kanununa mugayir bulunduğu iddia edildiğine, Teşkilâtı Esasiye Kanununa mugayir olmayan kanunlara dayanılarak ittihaz olunmuş kararların iptali talebiyle açılan dâvalarda şikâyet sebebi takdire bırakılmış unsur ise dava red olduğuna göre Devlet Şûrasının varmak istediği netice en açık ifadesini Conker kararında bulmakta, idarî kararların esas ve maksat unsurlarının takdire bırakılmasına mukabil şekil ve salâhiyet unsurlarının mürakabeden azade tutulamıyacağını, tutmak istendiği vakit bu hükmün

(4) Unsurların sayısı İdare Hukukunda ayrı bir meseledir.

(5) Esas ve maksat unsurlarından kanunların İdareye takdir salâhiyeti vermesi takdir salâhiyetinin suistimaline müsaade etmesi demek değildir.

Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi olmak itibariyle ihmâl edileceğini göstermektedir. (5) Sayın dostum İstanbul Hukuk Fakültesi idare hukuku Ordinaryüz Profesörü Sıddık Sami Onarın 1952 yılında neşrettiği "İdare hukukunun umumi esasları" unvanlı büyük ve kıymetli eserinde Conker davasında serdeylediğim mütalâa hakkında yazdığı satırlarda "Sahife 249 - 250" belirttiği veçhile netice Teşkilâtı Esasiye Kanununa aykırı bir kanun hükmünün bu aykırılığı nisbetinde ihmâl edilmesinden ibaretir (6).

(6) Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai mürakabesi unvanlı eserinde Siyasal Bilgiler Fakültesi doçentlerinden Turhan Feyzioglu bu konuda şimdiye kadar negredilmiş hemen bütün fikir ve kararları mütalâa etmiştir.