

İDARE HUKUKU

İDARİ MUHAKEME USULÜ

İDARİ GÖREV. — Yüksek Hâkimler Kurulu, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulu, Seçim işlemleri ve sonuçları, İdarî işlem, Göreve başlatma, Ceza kovuşturması, İtiraz mercii, Yargıtay Başkanlar Kurulu, Danıştay, Genel görev kuralı, Özel görev hükmü, Kesin kararlara itiraz, Merci tecavüzü, Yasama Meclislerinin seçim işlemi, Denetim yeri.

İkinci Cumhuriyet Anayasasının Devlet bünyesine yeniden eklediği müesseselerden biri, Yüksek Hâkimler Kuruludur. Bu kurul, adliye hâkimlerinin her türlü özlük işlerini, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çerçevesini değiştirilmesi hakkındaki kararları elinde topluyarak, bunların teminatını ve Adalet mahkemelerinin bağımsızlığını sağlamak ve korumakla görevlidir.

Yüksek Hâkimler Kurulunun 22 Nisan 1962 tarihli ve 45 numaralı organik kanunu yürürlüğe girdikten sonra seçilen üyelerinin yarısı, usulen iki yıl sonunda yenilenmek gerekmekte idi. İşte bu kanunî gereğe uyarak, Yargıtay, Birinci Sınıf Hâkimler ve Millet Meclisi kendi kontenjanlarına giren üyelerin yarısını yeniden seçtikleri halde; Cumhuriyet Senatosu, tekrarlanan turlara rağmen, seçimi sonuçlandırmakta bir hayli gecikmiştir.

Bu arada, seçimi tamamlanmış olan üyelerden biri, seçimleri idare eden Yüksek Hâkimler Seçim Kuruluna başvurarak, göreve başlatılmasını istemişse de; adı geçen kurul, 45 numaralı kanunun 21 inci maddesi hükmüne binaen, bu talebi reddetmiştir.

Gerçekten, mezkûr maddenin olay tarihinde yürürlükte bulunan hükmüne göre; «Yüksek Hâkimler Seçim Kurulu, kendi düzenlediği seçim tutanağı ile Yasama meclislerinden ve Yargıtaydan gelen tutanakların sonuçlarını birleştirerek, Yüksek Hâkimler Kurulu asıl ve yedek üyelerini bir tutanakla tesbit eder. Bu tutanak Resmî Gazetede yayınlanır.» Aynı kanunun 22 nci maddesi gereğince de, «Yargıtayda ve birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasında yapılan seçim işlemlerine karşı, işlemlerin yapıldığı günden ve seçim sonucuna karşı da tutanağın Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra 15 gün içinde Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz olunabilir».

Bu durumda, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunca işe başlatılma

talebi reddedilen yeni seçilmiş üye, itiraz etmek istediği takdirde, acaba nereye başvurabilir?

Kimine göre, yukarıya çıkarılan 22 inci maddenin açık hükmü karşısında, belki de «tereddüt edilmemek gerekir»: bittabi Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz edilebilir veya edilmelidir.

Nitekim, 22 Nisan 1962 tarihli ve 45 numaralı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun Resmî Gazetede vavınlanın vürürlüğe girdiği

Teknik sebepler dolayısıyla sayfa numaralarında hata olmuş ve 357'den 390. sayfaya atlanmıştır. Okuyucularımızdan özür dileriz.

kimler Kurulunun idari tasarruflar yaptığı belirtilmiş idi (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, 1962, s. 489). Ancak, gerek Adalet Komisyonu raporundaki ibare, gerek Gerekçenin atıfta bulunduğu Temsilciler Meclisi müzakereleri sırasında Anayasa Komisyonu sözcüsünün, bu konuda sorulan bir suale verdiği, «Yüksek Hâkimler Kurulunun tasarrufları... idarî tasarruf mahiyetindedir ve kaza

İDARE HUKUKU

İDARİ MUHAKEME USULÜ

İDARİ GÖREV. — Yüksek Hâkimler Kurulu, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulu, Seçim işlemleri ve sonuçları, İdarî işlem, Göreve başlatma, Ceza kovuşturması, İtiraz mercii, Yargıtay Başkanlar Ku-

ce ve, Yargıtay ve birinci sınıfa ayrılmış hakimler arasında yapılan seçim işlemlerine karşı, işlemlerin yapıldığı günden ve seçim sonucuna karşı da tutanağın Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra 15 gün içinde Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz olunabilir».

Bu durumda, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunca işe başlatılma

talebi reddedilen yeni seçilmiş üye, itiraz etmek istediği takdirde, acaba nereye başvurabilir?

Kimine göre, yukarıya çıkarılan 22 inci maddenin açık hükmü karşısında, belki de «tereddüt edilmemek gerekir»: bittabi Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz edilebilir veya edilmelidir.

Nitekim, 22 Nisan 1962 tarihli ve 45 numaralı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun Resmî Gazetede yayınlanıp yürürlüğe girdiği sırada, «Yüksek Hâkimler Kurulundan sâdır olacak idarî ve hattâ kazaî kararların bir tetkik merciinin bulunup bulunmadığının, böyle bir merciin mevcudiyeti kabul edilecek ise, bunun neresi olacağına ne Anayasada ne de organik kanunda gösterilmediğine işaret» etmiş olmamız (İst. Huk. Fak. Mec. Cilt XXVIII, 1962/2, s. 462) üzerine; mezkûr kanunun 64 üncü maddesinin IV fıkrasında, «Yüksek Hâkimler Kurulunun kesin kararları aleyhine Danıştaya başvurulabileceğini açıkça hükme bağlamakta olduğundan, bu hususat tereddüt etmemek gerekir.» denmiş ve «Ayrıca bakınız Danıştay Kanunu m. 37/A ve 44/C» diye eklenmiştir. (Baki Kuru, Hâkim ve Savcılarının bağımsızlığı ve teminatı, Ankara 1966, sahife 15, not 2)8. Oysa, 45 numaralı kanunun «*şu kadarki, bölümlerden ve Genel Kuruldan verilen kesin kararlar aleyhine Danıştay'a başvurma yetkisi saklıdır.*» diyen 64 üncü maddesinin 4 üncü ve son fıkrası, ileri sürüldüğü gibi; bu hususta görevli ve yetkili mercii tayin eden açık bir hüküm olmayıp, sadece bu meselenin hallinin yürürlükteki mevzuat ve Anayasa çerçevesinde, mehakim içtihadına bırakıldığını gösterir.

Şöyleki, Yüksek Hâkimler Kurulu Kanun tasarısında bulunmayan mezkûr 4 üncü fıkra, Millet Meclisi Adalet Komisyonunca metne eklenirken, «*İdarî tasarruflar hakkında Devlet Şûrasına müracaat hakkı teyid olunmuştur.*» şeklinde açıklanmıştır. (Komisyon Raporu, 9.4.1962, E. 1/149-K. 10, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 1962, C. 4. S. 64/23). Bununla beraber, Tasarının Gerekçesinde de, Anayasayı hazırlayan Temsilciler Meclisindeki görüşmelere (Tutanak Dergisi, 53. Birleşim, 15.4.1961, C. 4. s. 185) atıfta bulunularak, Yüksek Hâkimler Kurulunun idarî tasarruflar yaptığı belirtilmiş idi (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, 1962, s. 489). Ancak, gerek Adalet Komisyonu raporundaki ibare, gerek Gerekçenin atıfta bulunduğu Temsilciler Meclisi müzakereleri sırasında Anayasa Komisyonu sözcüsünün, bu konuda sorulan bir suale verdiği, «*Yüksek Hâkimler Kurulunun tasarrufları... idarî tasarruf mahiyetindedir ve kaza*

mürakabesine tâbidir» cevabı, Anayasa ve Kanun koyucuların görevli ve yetkili kaza mercii tayin ettiklerini göstermediği gibi; Yüksek Hâkimler Kurulunun bütün idarî tasarruflarının mutlaka Danıştayın yargı denetimine bağlı olduğunu da tazammun etmemektedir.

Bütün bu hazırlık çalışmaları, sadece Yüksek Hâkimler Kurulu kararları aleyhine, essa itibariyle, itiraz imkânının mevcut olduğunu ve bu hakkın ne nisbette, ne yoldan ve hangi mercilerde kullanılacağını, umumî hükümler dairesinde mehakim içtihadı ile belireceğini ortaya koymaktadır. Bizim, yukarıda zikredilen 1962 Mevzuat Kroniğinde yazdığımız satırlar da, bu mütalâanın bir özeti ibarettir. Ve bu hususta gerçekten merci tâyin eden ilk hükümlerin yer aldığı 521 numaralı yeni Danıştay Kanunu ise (m. 37/A ve 44/C), 24 Aralık 1964 tarihinde kabul edilmiş ve 31 Aralık 1964 gün ve 11896 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ancak, ne açık sayılan 45 numaralı kanunun 64 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası, ne de görevli ve yetkili mercii tâyin eden 521 numaralı Danıştay Kanununun 37 inci maddesinin (A) ve 44 üncü maddesinin (C) bendleri ahkâmı, Anayasa hazırlayıcılarının idarî tasarruf olarak niteledikleri Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarının tümü aleyhindeki itiraz ve davaların yalnız ve mutlaka Danıştay tarafından rüyet ve halledilmesini gerektirecek bir kapsama ve etkiye sahip değildir. Çünkü Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarının yegân yegân idarî mi, yoksa başka nitelikte tasarruflar mı olduğunu Danıştay ve bazan da Uyuşmazlık Mahkemesi takdir ve tesbit edeceği gibi; Kanun Koyucu da, bu Kurulun idarî tasarruf mahiyetindeki bir işlemine karşı Danıştay'dan gayri bir yeri ve meselâ bir adlî hey'eti itiraz mercii olarak gösterebilir.

Gerçekten Anayasanın 114/2 ve 140/2 maddeleri, idarî bir işlemin denetiminin kanunla adalet yargı yerine verilmesine engel olan bir yasak hükmü taşımamaktadır. Binaenaleyh kanun koyucu, Yüksek Hâkimler Kurulu kararları aleyhine yapılacak itirazların mercii hususunda, genel kaideden inhiraf eden istisnaî, özel, açık ve mutlak bir görev hükmü sevketmemekle; Anayasanın 114/2 ve 140/2 maddelerinin umumî hükümleri gereğince, bu konuda idarî işlem ve idare uyuşmazlığı tavsiflerini yapmak ve görev alanını belirtmek yetkisini Danıştaya ve icabında Uyuşmazlık Mahkemesine bırakmış demektir.

İşte Danıştay, Anayasanın yürürlüğe girmesinden ve özellikle 45 numaralı organik kanunun uygulamaya konmasından sonra, bu yetkisine dayanarak 1963 den evvel Yüksek Hâkimler Kurulunun görevlerinden bir kısmını yapan Ayırma Meclisleri ile Genel Kurulunun kararlarına karşı vâki itirazları, 1961 yılından önce görevi dışında sayıp reddetmekte iken (Şurayı Devlet Deavi Hususî Heyeti, 1936, *Karar*, No. 936/304, Kararlar Mecmuası, Sayı: 1 s. 36; Davâ Daireleri Umumî Heyeti, 11 Kasım 1938 *Yalınzoğlu*, Karar No. 938/196, K. Mecmuası, Sayı 7, s. 75, Beşinci Daire, 27 Ekim 1948, *Alperen*; K. 948/1461 K. Dergisi Sayı 46 - 49, s. 319 Beşinci Daire, *Karar No. 959/1009*, A. Ş. Hocaoğlu, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülâsaları, II, Kitap, Ankara, 1963, s. 358), Anayasanın yürürlüğe girdiği 1961 yazından itibaren esastan incelemeğe başlamış (Beşinci Daire, 1962 *Karar No. 962/59*, Hocaoğlu, op. cit, s. 359) ve kurulun faaliyete geçmesini müteakip aynı konuda yaptığı işlemleri daha sıkı bir yargı denetimine tâbi tutmağa devam etmiştir. (O. Dinçer, E. Çırakman ve N. Necipoğlu, Danıştay Kararları 1965 - 1967, Ankara, s. 98-118 de münderiç D.D.K. kararları ve aynı Heyetin 5 Kasım 1965, *Sener*, Esas: 1965/174-Karar 1965/855 no. lı kararı, K. Dergisi, sayı: 97-99, s. 83).

Şu kadar ki, Danıştayın, bu kazaî murakabeyi icra ederken, Yüksek Hâkimler Kurulu kararları arasında hiçbir ayırım gözetmeden, bugün hepsini görevi içinde kabul ettiği sanılmamalıdır. Meselâ Dava Daireleri Kurulu, hâkimler hakkında cezaî kovuşturma açılmasına dair kararlardan birine karşı yapılan itirazı tartışmasız görevi dahilinde addederek esastan incelediği (25 Haziran 1965, *Egesel*, K. Dergisi, Sayı: 95 - 96, s. 145 - 152) halde; diğeri aleyhindeki davayı, kararın «İdarî dâvaya konu olabilecek niteliği de olmayıp, cezaî bir mahiyet taşımakta» bulunduğu gerekçesiyle, görev noktasından reddetmiştir. (8 Ekim 1965, *Güner*, K. Dergisi, Sayı, 97 - 99, s. 114 - 115).

Danıştayın *Egesel* olayında kendini görevli telâkki etmesi belki de Yüksek Hâkimler Kurulunun bir yargıtay üyesi hakkında kovuşturma açmak hususunda yetkisizliği gibi ağır ve başka suretle tâmir ve telâfisi kabil olmayan bir sakatlıkla karşılaşmış bulunmasından ileri gelmiştir. Bu itibarla, denilebilir ki Danıştay, genel vazife kaidelerine de uygun olarak, adlî mercilerde sonuçlandırılacak bir kovuşturma muamelesini, Yüksek Hâkimler Kurulu safhasında ida-

rî işlem gibi görünse de, adlî ceza prosedürünün bir parçası sayıp, görev ve denetimi dışında bırakmaktadır.

Buna mukabil 45 numaralı organik kanun, Yüksek Hâkimler Kurulu üyeliklerine Yargıtay ile Birinci Sınıf Hâkimler tarafından yapılacak seçimlere ait Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun işlemleri sırf idarî tasarruf niteliğinde olduğu halde, yukarıda zikredilen 22 inci maddesinin 1 inci fıkrası ile, bunlara karşı yapılacak itirazların adlî bir heyet olan Yargıtay Başkanlar Kurulunca incelenmesini ve kesin karara bağlanmasını emretmiştir. Merci tâyinine dair bu özel hüküm, Anayasa ve Danıştay Kanunundaki genel görev kurallarından inhiraf eden istisnaî ve özel bir görev tevcih ettiğinden; dar ve sıkı bir yorumla mevridine hasr ve tahsis edilmek gerekir.

Şöyle ki, Yargıtay Başkanlar Kurulu, Yargıtayda ve Birinci Sınıf Hâkimler arasında yapılan seçimlere ait bütün işlemler ile bunların sonucuna karşı vâki olacak her türül itirazı ve fakat yalnız bunları incelemeğe görevli ve yetkili kabul edilmelidir.

Bu bakımdan, seçim sonucuna ancak tutanağın Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra itiraz edilebileceğine, 21 inci madde gereğince bütün tutanaklar birleştirilerek yayınlanabileceğine göre; mezkûr 22 inci madde hükmünce, yasama meclisleri tarafından yapılan üye seçimleri sonucuna da Yargıtay Başkanlar Kurulu önünde itiraz edilebileceği düşünülebilirse de; böyle bir yorum ve uygulama, maddî bakımdan idarî, uzvî ve şeklî bakımdan teşrii bir işlem olan bu seçim tutanaklarının bir adlî heyet tarafından denetlemesi sonucunu doğurmakla, genel görev kurallarına aykırı düşeceğinden başka; yukarıda belirtilen Yargıtayın ve Birinci Sınıf Hâkimlerin yaptığı seçimlere ilişkin istisnaî ve özel görev kaidesinin de dışına taşmış olur.

Ancak, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun, Yargıtay ve Birinci Sınıf Hâkimler topluluğunun seçimleriyle ilgili olan her işleme karşı yapılacak itirazın merciinin mutlaka Yargıtay Başkanlar Kurulu olduğu da, kolayca ve kesinlikle söylenemez. Örneğin incelediğimiz olayda, seçilmiş bir üyenin göreve başlatılması talebini reddeden Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun kararı, «seçim işlemleri» nden değilse de, «seçim sonucuna» ilişkin görüldüğünden; buna karşı yapılacak itirazın Yargıtay Başkanlar Kurulunun görev ve yetki alanına girip girmediği hususu tereddüde ve münakaşaya yol açabilir.

Nitekim, talebi reddedilen üye, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun kararına karşı, Yargıtay Başkanlar Kuruluna değil, Danıştay'a başvurmuş; bu iptal dâvasını ele alan Onikinci Daire heyeti, aşağıdaki *UNDURUCU* kararında, itirazı, bir üyesinin muhalefeti ile, görevi içinde kabul ve fakat davayı esastan reddetmiştir.

«İptali istenilen işlemin Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunca tesis edilmiş bulunmasına ve seçim işlemleri ile seçim sonuçlarına vaki itirazların 45 sayılı kanununun 22 inci maddesi gereğince Yargıtay Başkanlar Kuruluna yapılması gerekli ise de; uyuşmazlık konusu hadisede dâvacının seçime ait işlemlerle seçim neticelerine itiraz etmediğinin, kendisinin göreve başlatılmamasına dair işlemin iptalini istediğinin dosyanın tetkikinden anlaşılmasına binaen Yargıtay Başkanlar Kuruluna müracaat bahis konusu olmadığına oyçokluğu ile karar verildikten sonra işin esasına geçildi.

45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası «Yüksek Hâkimler Kurulu asil ve yedek üyelerinin yarısı, her iki yılda bir yenilenir. Yenileri seçilip göreve başlayıncaya kadar eski üyeler göreve devam eder.» hükmünü sevkettikten ve 10 uncu maddesinin 4 üncü bendi ile asil ve yedek üyeliklere seçilenlere seçim tutanaklarını vermek ve üyelerin göreve başlayabilmeleri için gerekli diğer işlemleri yaymak görevini Yüksek Hâkimler Seçim Kuruluna tevdi ettikten sonra 21 inci maddesinde Seçim Kurulunun kendi düzenlediği seçim tutanağı ile yasama meclislerinden ve Yargıtay'dan gelen tutanakların sonuçlarını birleştirerek Yüksek Hâkimler Kurulu asil ve yedek üyelerini bir tutanakla tesbit edeceğini ve bu tutanağın Resmî Gazetede yayınlanacağını hüküm altına almıştır.

Mezkûr 21 inci madde hükmü gereğince tutanakların birleştirilerek ilân edilebilmesi ancak bütün organlar tarafından seçimlerin yapılması ile mümkün bulunmasına; Cumhuriyet Senatosunca seçilecek 2 üyenin ise henüz seçilmemiş olduğu anlaşılmasına binaen, seçimler tamamlanmadıkça kısım kısım göreve başlatmanın mümkün olamayacağı yolunda dâvalı Yüksek Hâkimler Seçim Kurulu tarafından ittihaz edilen kararda usul ve kanuna aykırılık görülmediğinden mesnedi olmayan dâvanın reddine ... oybirliği ile karar verildi» (14 Temmuz 1966, *UNDURUCU*, D. K. Dergisi, Sayı: 103 - 106, s. 474 - 476).

Azınlıkta kalan üyenin muhalefet şerhi de aynen şöyledir:

«Birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasında yapılacak seçimlerin

Genel Yönetim ve denetimi, Yüksek Hâkimler Seçim Kuruluna aittir. Bu kurulun görevlerinden biri de. 45 sayılı kanunun 10/4 bendinde yazılı olduğu gibi, seçilen «üyelerin göreve başlayabilmeleri için gerekli diğer işlemleri yapmak» tır.

Yüksek Hâkimler Kurulu kararında, üyelerin seçimine ilişkin bölüm hükümlerinin birarada mütalâası halinde, Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun bir kısım kararlarının kesin, diğerlerinin Yargıtay Başkanlar Kurulu nezdinde kabili itiraz olduğu; bunun haricinde kalan bir işlemin bahse konu bulunmadığı görülür. Seçilen üyeleri göreve başlatma işleminin de seçim işlemleri» meyanında ve aynı hükümler dairesinde mütalâası zarurî olup, binnetice dâva dilekçesinin 521 sayılı kanunun 74/2 ve 75/C maddelerine göre, Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun 22 nci maddesinde yazılı Yargıtay Başkanlar Kuruluna tevdiî lâzım geldiği görüşü ile çoğunluk kararına bu yönden muhalifim» (Aynı dergi, s. 475 - 476).

Yüksek Hâkimler Kuruluna seçilen üyelerin göreve başlatılması, ancak seçimlerin bitmesi ve neticenin tutanakla tesbit edilmesiyle mümkün bulunduğuna göre; Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun görevlerini sayan 45 numaralı kanunun 10 uncu maddesinin (4) numaralı bendinde sözkonusu edilen «üyelerin göreve başlayabilmeleri için gerekli diğer işlemlerin», 22 nci maddeye göre Yargıtay Başkanlar Kurulu nezdinde itiraz konusu yapılabilecek «seçim işlemleri» nden olmadığı muhakkaktır.

Ancak, göreve başlatma veya başlatmama kararı, «seçim sonucuna» ilişkin bir tasarruf gibi telâkki edilerek, buna karşı yapılacak itirazın Yargıtay Başkanlar Kurulunca incelenebileceği hatıra gelir. Böylece bir anlayış, 22 nci maddenin metnine uygun düşmeyeceği gibi; «seçim sonucu» mefhumunu ve istisnaî olan adlî hey'etin özel görev ve yetkisini genişleten bir aykırılık teşkil eder.

Gerçekten, «seçim sonucuna karşı» itiraz; ancak birleşik tutanağın Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra yapılabileceğinden; bu şekil şartının tahakkuku ile seçim ameliyesi kat'i ve icraî mahiyet alacak ve itiraz vuku bulmuş olsa dahi, artık seçilen üyeleri göreve başlatmak zorunluluğu doğacak, binnetice bu noktadan, «seçim sonucuna» bağlı bir uyumsuzluk sözkonusu olmayacaktır.

Öte yandan, «seçim sonucu» tâbiri, seçim ameliyesinin tasnif safhasında yapılan yalnızlık ve sakatlıklar, seçilme ehliyetini haiz olmayan birinin seçilmiş sayılması gibi sebeplerle neticeyi, yani seçim iradesini tâlil edecek halleri ifade ve ihata eder: Bunun dışın-

da kalan ve seçim tasarrufunu sakatlamıyan Yüksek Hâkimler Seçim Kurulunun işe başlatma veya başlatmama kararı, yalnız «seçim sonucu» na değil, tüm seçime bağlı olmayan müstakil, daha doğrusu kabili tefrik bir idarî işlemdir.

Nihayet, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, seçim işlemleri, cezaî kovuşturmadan farklı olarak, sırf idarî tasarruf niteliğini taşıdığından; bunlara karşı yapılacak itirazlar için istisnaî ve özel şekilde adlî heyete tevcih edilen görev ve yetki, ancak bu konuya doğrudan doğruya giren uyuşmazlıklar hakkında geçerli olup, dolayısıyla ilişkin bulunan meselelerde asıl ve genel görev kaidesinin uygulanması, yani idare yargı merciinin yetkili sayılması lâzımdır.

Mamafih bu noktada, Onuncu Daire çoğunluğu ile muhalif üyenin reyleri arasında, esas itibariyle, büyük bir fark bulunmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü, muhalif üye de, dâva dilekçesinin 521 sayılı kanununun 74/2 ve 75/C maddelerine göre,... Yargıtay Başkanlar Kuruluna *tevdi* lâzım geldiği görüşü» nde olduğuna göre; bu başvurmada sadece bir «*merci tecavüzü*» hali görmekte ve muterizin, yetkili merciden karar elde ettikten sonra, Danıştay önünde buna karşı dâva açabileceğini kabul ediyor demektir.

Bu düşünce tarzı, başka bir meselenin ortaya çıkmasına yol açar ki o da, Yargıtay Başkanlar Kurulunun, seçim işlemleri ve sonucu hakkında, vâki itirazlar üzerine, 22 nci maddenin 3 üncü fıkrası gereğince, verdiği «*kesin karar*» ların niteliği ve etkisi ile Danıştay'ın yargı denetimine tâbi olup olmadığıdır. Ayrıca, fakat bununla ilgili olarak, Yargıtay Başkanlar Kurulunun da murakabesinden âzâde bulunan yasama meclislerinin Yüksek Hâkimler Kuruluna üye seçmelerine ait işlemlerinin, doğrudan doğruya Danıştay önünde dâva mevzuu yapıлып yapılamıyacağı meselesi de sözkonusu edilebilir. Ancak bu sorunlar, küçük bir içtihat notunun çerçevesini çok aşacak açıklama ve gerekçelere ihtiyaç göstereceğinden, daha fazla yayılmak istemiyoruz (1).

Onikinci Dairenin UNURUCU kararına dönerek, bunun görev noktasından kabul ettiği hal suretinin yerinde ve doğru olduğunu belirtirken; Beşinci Dairenin daha önce, Yüksek Hâkimler Se-

(1) Yargıtay Başkanlar Kuruluna bu bakımdan benzer bir durumu olan Yüksek Seçim Kurulu hakkında bakınız ve kararlaştırınız: L. Duran, **Yüksek Mahkemeler arasında içtihad uyuşmazlığı**, İst. Üniv. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri 1, 1967, s. 16 - 19.

çim Kurulunun bir «seçim işlemi» ne karşı açılan dâvayı görevi içinde sayan kararını zikretmeden geçemeyeceğiz.

Şöyle ki, daha önce birinci sınıf hâkimliğe ayrılmış, fakat o sırada savcılık görevinde bulunan biri, Yüksek Hâkimler Kuruluna seçilebilecek adayların kütüğüne ithal edilmemesine dair olan Seçim Kurulu kararının iptali talebi ile doğrudan doğruya Danıştaya başvurmuş; ne husumet mevkiinde gösterilen Adalet Bakanlığı ile Yüksek Hâkimler Seçim Kurulu (2), ne Kanun Sözcüsü, ne de davayı inceleyen Beşinci Daire, görev veya merci tecavüzü meselesini sözkonusu etmemişler ve adı geçen hey'et davanın esasına girerek, intihâen reddine karar vermiştir (22 Eylül 1964, *Kısakürek*, K. Dergisi, Sayı: 93 - 94, s. 231 - 233).

Oysa, bu dâvada uyuşmazlık konusu olan işlem, 45 sayılı kanunun 10 uncu maddesinin (1) numaralı bendinde, «Seçilme yeterliği bulunanların kütüğünü düzenlemek, yayınlamak ve kütükle ilgili itirazları kesin karara bağlamak» şeklinde, Seçim Kurulunun görevleri arasında sayılmış ilk ve en önemli «seçim işlemi» dir ve bu-

(2) Bu davada husumetin, Yüksek Hâkimler Seçim Kuruluna tevcih edilmiş olması isabetli ise de; onun yanında Adalet Bakanlığının da hasım gösterilmiş ve bunun Beşinci Dairece zımnen kabul edilmiş bulunması doğru ve yerinde değildir. Çünkü, kiminin zan ve ifade ettiği gibi (B. Kuru, *Hâkim ve Savcıların bağımsızlığı ve teminatı*, Ankara, 1966, s. 14 - 16), İdare Hukuku Esaslarına ve Danıştay içtihatlarına göre, idarî iptal dâvasında husumete ehil sayılmak için, tüzelkişiliğe sahip bulunmak meşrut olmayıp, icraî karar almak yetkisini haiz olmak yeterlidir.

Bu bakımdan, Yüksek Savcılar Kurulu kararlarının iptali talebi ile açılan davalarda da, husumetin, kanunen bunları yerine getirmekle görevli kılınan Adalet Bakanlığına değil, (op. cit. s. 15, not 30), adı geçen Kurul Başkanlığına tevcih edilmesi isabetli ve bir kararı, uygulayacak makamdan ziyade, alan makamın daha iyi savunabileceği gereğine de uygundur.

Kaldı ki, İdarî muhakeme usulü prensiplerine göre, gerek iptal, gerek tam yargı dâvalarında husumet ehliyetini haiz bulunan Bakanlıklar da, tüzelkişiliğe sahip olmayıp, Devlet tüzelkişiliğinin organlarıdır. Bu itibarla, Yüksek hâkimler Kurulunun, Danıştay önünde dâvalı ve yine objektif bir iptal dâvası için Anayasa Mahkemesi nezdinde davacı mevkiinde bulunabilmesi dolayısıyla, «fiili tüzelkişilik» e sahip kılındığı söylenemeyeceği gibi; bu «fiili durum» un bir kanun hükmü ile «hukukîleştirilmesi» istenemez. Zira, Devlet tüzelkişiliğinin, Bakanlıklar gibi bir organı olan ve olması gereken Yüksek Hâkimler Kurulu, bu takdirde, Devletten ayrı bir tüzelkişiliği haiz, tamamen müstakil bir varlık haline getirilmiş olur, ki Devletin birliği ve fonksiyonlarının bütünlüğü esası ile bağdaştırılamaz.

na karşı, aynı kanunun 22 nci maddesi gereğince, ancak veya önce Yargıtay Başkanlar Kurulu nezdinde itirazda bulunabilir. Gerçi, Beşinci Daire, Seçim Kurulunun itiraz üzerine verilen bu kararının «kesin» niteliğini gözönünde tutarak, aynı kanunun 64/4 maddesi hükmüne binaen, kendini davayı incelemeğe görevli ve yetkili kabul etmiş olabilir. Fakat 64/4 madde hükmü, münhasıran Yüksek Hâkimler Kurulu bölümleri ile Genel Kurulunun «kesin kararları aeyhine Danıştaya başvurma yetkisini saklı» tutmuş bulunduğu gibi; 22 nci madde Seçim Kurulunun kararları arasında re'sen veya itiraz üzerine verilen, kesin olan ve olmayan ayırımı yapmaksızın, bütün seçim işlemleri ile seçim sonucuna ait tasarruflarına karşı Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz edilebileceğini açıkça ifade ve kabul etmiştir.

Bu itibarla, Beşinci Dairenin «Kısakürek» kararı, görev veya merci tecavüzü yönünden isabetli sayılamaz. Fakat, Onikinci Dairenin UNURUCU kararı ile birlikte mütalâa edilince, Danıştay'ın kamu sektöründe kamu hukukuna ilişkin bütün işlemleri, yargı denetimine tâbi tutma hususundaki doğru ve haklı eğilimini belirtmesi bakımından, gene de takdir ve tasviple karşılanmak gerekir.

Gerçekten, UNURUCU kararında bir kerre daha beliren Danıştay'ın içtihat ilkesi (3), idare yargısının, kamu alanındaki bütün kuruluş ve ajanların teknil kamusal faaliyetleri üzerinde denetim görevi bulunduğu ve genel yetkili bir Kamu Hukuku mahkemesi olduğudur.

Fransız Devlet Şûrası da, UNURUCU davasına benzeyen 11 Nisan 1953 tarihli marûf (*Falco et Vidailiac*) kararında, aynı prensipten hareketle, görev noktasından aynı içtihatta bulunmuştur.

(3) Danıştay D. D. Kurulu, 7 Mayıs 1965, Çubuk Barajı İşletmesi, Ank. Bar. Der., Yıl 23, 1965, sayı: 1, s. 134 - 138 (Sayıştay).

Danıştay 8. Dairesi, 23 Kasım 1965, **Beşdal Kollektif Şirketi**, Kararlar Dergisi, Sayı: 97 - 99, s. 249 - 250, (Canlı Hayvan İhracatçıları Birliği)

Danıştay 12. Daire, 15 Aralık 1965, **Durmaz**, Kararlar Dergisi, Sayı 97 - 99, s. 397 - 398 (Kömür Satış ve Tevzi Müessesesi)

Danıştay 10. Daire, 13 Eylül 1965, **Kuğu**, Kararlar Dergisi, Sayı: 97 1 99, s. 318 (Ordu Yardımlaşma Kurumu) (Aksine içtihad)

Danıştay 12. Daire, 9 Mart 1966, **Arıcanlı**, Kararlar Dergisi, Sayı: 100 - 102, s. 376 - 378 (T. C. Merkez Bankası). — Aksine İçtihad bak: Yargıtay (Hukuk Kısmı Genel Kurulu), 17 Nisan 1967, **İçtihadı Birleştirme Kararı**, Esas No. 1966/11 - Karar No. 1967/2, RG, 23 Mayıs 1967 - 12603 (T. C. Merkez Bankası).

Onikinci Dairenin, UNURUCU kararında, uyuşmazlığın esası hakkında kabul ettiği çözüm şeklinin de tamamen isabetli olduğunu söylemek için, uzun açıklama ve gerekçelere ihtiyaç yoktur, sanırım. Nitekim Kanun Koyucu, 45 numaralı kanunun dâvaya ilişkin olan 21 inci maddesine, 12 Mayıs 1967 tarihli ve 868 numaralı kanunla, «üyelerin kanunen işe başlamalarının zorunlu buldukları tarihten yedi gün önceye kadar seçilemeyen ve tutanakları gönderilmeyen üyelere ait muameleler sonradan yapılmak üzere, seçilen üyelerin tutanak sonuçları hakkında birinci fıkra gereğince işlem yapılır» hükmünü, ikinci fıkra olarak, eklemek suretiyle, kararın doğruluğunu te'yid etmiştir. Ancak, 21 inci maddeye eklenen bu yeni hüküm, Anayasanın 14 üncü maddesinde tespit edilen Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinden yarısının her iki yılda bir yenilenmesine ait seçim sistemini bözup bozmadığı tartışılabilir.

İptal dâvası — Tam yargı dâvası. — İdarî işlem, idarî eylem, İdarenin sorumluluğu, Ön karar, Dâva süresi, Dâva usulü, Ajana verilen izin, Sözlü emirle geri alma, Yazılı bildirim, Hizmet Kusuru, Maddî ve mânevî tazminat, Uyuşmazlık bağı, İlâmın tenfizi, Gecikme veya yanılma, Kusursuz sorumluluk.

Bu *Mecmua*'nın «etüdler» kısmında yer alan «İdarî işlemlerden sorumluluk» başlıklı yazımız dizilip basıldıktan sonra metinleri elimize geçen Danıştay 12 nci ve 10 uncu dairelerinin iki kararının, sakat idarî işlemlerden dolayı açılacak tam yargı davalarının usulü meselesinde savunduğumuz tezi, daha da ileri giderek, te'yid ettiğini gördüğümüzden, bunları «kronik» kısmında incelemeye faydalı ve gerekli saydık.

Gerçekten mezkûr etüdümüzde, «... bir idarî işlemde dolayı, normal ve kaide olarak, iptal ve tam yargı davalarının «combiné» birlikte açılması söz konusu olmadığı gibi; işlemin tebliğ veya ilâmından (90) gün sonra tatbik ve icra edilmesi takdirinde ise, bu davaların aynı süre içinde ayrı ayrı «accouplé» açılması da mümkün değildir. Bu bakımdan, Danıştay kanununun 71 inci maddesiyle ilgililere tanınan birlikte veya aynı süre içinde iptal ve tam yargı dâvaları, yahut iptal hükmünden sonra tam yargı davası açmak serbestliği veya muhayyerliği işlemeyecek şe sözde kalacak demektir. Böyle olunca, *daha evvel iptal davası ikame ve butlan hükmü istihsal etmedi diye, idarî işlemin uygulanmasından zarar gören*

ilgilinin süresi içinde açtığı tam yargı davasını reddetmek hakkaniyete ve adalete uygun düşmez.» (Mecmua, s. 19). «Bütün bu aksaklık, karışıklık, güçlük ve sakıncalar hep 521 numaralı Danıştay Kanununun, İdarenin sorumluluğunu gerektiren halleri sun'î ve noksan olarak, işlem ve eylemlere ayırıp inhisar ettirmesinden ve bunlara Fransız Hukukunun «*mukaddem karar*» usulünü yanlış uygulamasından ileri gelmektedir. — Gerçekten, idarenin mes'uliyetini davet edebilecek hususlar, sadece işlem veya eylem şeklinde tezahür eden idarî faaliyetlerden ibaret olmayıp, İdarenin hareketsizliği ve imtina ile hayvanları, menkul ve gayrimenkul malları ve tesislerinin mücerret varlığı ve durumu da ilgililere zarar verebilecek niteliktedir. Ayrıca tazminat iddialarını ihtiva eden uyuşmazlıklarda, zarara sebebiyet veren idarî işlem ile idarî eylemi yekdiğerinden tefrik ve tecrit etmek çoğu defa imkânsızdır. Bu itibarla, İdarenin faaliyet veya hareketsizliği ile hayvanları ve malları arasında hiçbir ayırım gözetmeden ve birbirine bağlanmadan, bunların genel olarak sorumluluğa yol açabileceği kabul edilmek gerekir.» (Mecmua, s. 22-23) mütalâasında bulunmuş idik.

Danıştay 12. Dairesi önüne getirilen uyuşmazlıkta; kamu görevlisi bir orkestra şefi, 1964 yılında kararlaştırılan programa göre, Bulgaristan'da 7-27 Şubat 1966 günlerinde yöneteceği konserler için yola çıkmadan iki gün önce Millî Eğitim Bakanlığı Kültür Müsteşarlığınca verilen şifahî emirle hareketine engel olunması ve bu emrin kendisine 12 Şubat 1966 tarihinde tebliğ edilen bir yazı ile te'yid edilmesi yüzünden uğradığı maddî ve manevî zararların tazminini, 18 Temmuz 1966 günü açtığı bir tam yargı davası ile talep etmiş ve fakat herhangi bir iptal isteminde bulunmamıştır. Dâvalı Bakanlık olayda süre aşımı bulunduğunu ileri sürmüştü; Kanun Sözcüsü de, Danıştay Kanununun 72 ve 75/A maddeleri hükümlerine göre, davanın süre aşımı noktasından reddi gerektiği yolunda düşüncesini bildirmiştir.

Danıştay 12 nci Dairesi ise, metni aşağıya geçirilen 29 Mart 1967 tarihli ŞİMŞEK kararında, süre aşımı def'ini varit görmemiş ve dâvayı esastan da kabul etmiştir:

521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi; hakkı muhtel olanların, idarî eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri, bu isteklerinin reddi halinde doksan gün içinde dava açabilecekleri hükmünü taşımaktadır. Davacının Bulgaristan'a gönderile-

miyeceği hususundaki işlem 12.2.1966 günü tebliğ edildiğine, dava bir yıl içinde 18.7.1966 tarihinde açıldığına ve idare savunmasında, tazminat talebinin kabul edilemiyeceği belirtildiğine göre süre def'i varit görülmiyerek işin esasına geçildi.

Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası mensupları, dava konusu hâdiseden önce olduğu gibi, sonra da, yabancı ülkelerde konserler vermeye devam ettiklerine göre davacının Bulgaristan'da konser idare etmesinin Riyaseticumhur Senfoni Orkestrasının Kuruluşu Hakkındaki 6940 sayılı Kanununun 16. maddesinde belirtilen orkestranın kuruluş gayesi dışında bulunduğu dair idare def'i yerinde değildir.

1964 yılında tesbit edilen Kültür Mübadelesi Programında, 965 - 966 konser sezonunda davacının iki yabancı ülkede konser yöneteceği belirtilmiş; konser tarihlerinin belli olması üzerine de durum Dışişleri Bakanlığınca davalı Millî Eğitim Bakanlığına bildirilmiş olduğuna göre bu tarihte yahut en geç davacı 1966 yılı Ocak ayındaki ilk konserinden yurda döndüğünde, ikinci konseri yöneteceği yer olan Bulgaristan'a gitmesine müsaade edilmeyeceğinin bildirilmesi ve böylece davacının, kendisini bu konsere hazırlamakla meşgul olmayıp, mesaisini başka yönlerde değerlendirmesine imkân verilmesi gerekirken bütün hazırlıklar tamamlandıktan, bu arada ilgili memlekette ilânlar yapıldıktan, pasaport çıkarılıp tren bileti de temin edildikten sonra ve seyahate iki gün kala, yabancı memlekete gitmesine müsaade edilemiyeceğinin davalı idarece davacıya bildirilmesinde, hizmetin tamamen kusurlu ve fertleri maddeten ve manen zarara uğratacak şekilde işlediği açıktır.

Ayrıca, davacının konser tarihlerinde görevinden ayrılmasında sakınca bulunmadığı, orkestra müdürlüğünce davalı Bakanlığa bildirildiğine, orkestranın 1965 yılı Eylül ayında tesbit edilen programında sonradan bir değişiklik de yapılmadığına göre «Şubat ayı içindeki orkestra faaliyetlerinin aksamaması için davacının Bulgaristan'a gitmesinin uygun görülmediği» hakkındaki işlemin mesnetsiz olduğu da anlaşılmaktadır.

Bu sebeplerle davacıya 5000 lira civarında bir gelir temin edeceği ve uzun bir çalışma mahsulü olduğu aşikâr olan konsere çıkmasına haklı ve kanuni sebebe dayanmaksızın mani olan davalı idareden, talep veçhile 10 lira maddi, 20 lira manevi tazminatın alınarak davacıya ödenmesine; 15 lira ilâm harcı evvelce alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına, fazla yatırılan 15 lira nis-

bi harcın talep vukuunda davacıya ödenmesine, aşağıda müfredatı yazılı yargılama giderlerinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine 29.3.1967 günü oybirliğiyle karar verildi. (Esas No. 1966/1743, Karar No. 1967/457).

Yüksek 12 nci Daire, ŞİMŞEK kararının usule ilişkin kısmında, dâvacıya verilen şifahî emri ve bunu teyid eden Müsteşarlık yazısını, bir «idarî eylem» saymış olmakla beraber; Danıştay Kanununun 72 nci maddesine göre, bu halde tam yargı davası açabilmek için ilgilinin önce idareye başvurarak tazminat talep etmesini ve sarîh veya zımnî bir red cevabı almasını gerekli görmemiştir. Çünkü sayın kurulun içtihadına göre, dâvalı idarenin savunmasında tazminat talebinin kabul edilemeyeceğine dair beyanı, 72 nci maddenin şart koştuğu «önkarar» yerini tutar ve böylece tam yargı dâvasında «uyuşmazlık bağı» (liaison du contentieux) gerçekleşmiş, yani ihtilâf tehaddüs veya teessüs etmiş olur (1).

Erken açılmış her türlü idarî davada idarenin olumsuz yolda yapacağı savunma ile «uyuşmazlık bağı» na vücut vermiş olacağı kenel kural niteliğinde kabul edilmekte ise de (2); ŞİMŞEK olayında, davacıyı yolculuktan ve konser yönetmekten alıkoyan müsteşarlığın şifahî emri ile onu teyid eden yazısını bir «idarî eylem» telâkki etmek ve bu sebeple açılan tam yargı davasının usulünü 72 nci madde çerçevesine sokmak biraz güçtür.

Filhakika İdarenin bazı hallerde vereceği sözlü emirler de, ya-

(1) Bu içtihada nazaran, Danıştayca dâvalıya tebliğ edilen dâva arzuhali, adeta ilgilinin İdareye vermesi gereken tazminat istemini havi dilekçenin de işini görmekte ve savunma lâyihasında iddia ve taleplerin kabul edilmemesi suretiyle dilekçeye de red cevabı verilmiş addedilmektedir. Bu faraziye, ilgililerin gerek «idarî eylem» ler sebebiyle önce idareye başvurmadan tazminat davası, gerek «idarî işlem» lerden dolayı birlikte veya aynı süre içinde ayrı ayrı iptal talebinde bulunmadan tam yargı davası açmaları halinin, davalının savunması ile bertaraf edilebilmesi muvacehesinde, kamu düzenine ilişkin bir husus olmadığını ve Yüksek Mahkemece re'sen nazara alınamayıp, ancak İdare tarafından def'an dermeyan edildiği takdirde inceleme konusu yapılabileceğini tazammun ve istilzam eder.

(2) M. Waline, op. cit., No. 341, p. 207 - 209; No. 346, p. 211 - 212; No. 348, p. 212 - 213; No. 350, p. 213 - 214;

— Auby et Drago, op. cit. No. 1281, Tome III, p. 198.

— Odent, op. cit., p. 635, note 2, p. 641-642.

— de Laubadère, op. cit., Tome I, No. 810, p. 457-458.

zılı kararlar gibi, «idarî işlem» mahiyet ve kuvvetini haizdir ve özellikle bunların yazı ile te'yid edilmesi takdirinde tasarrufun şekil unsuru da tamamlanmış olur. Bu olayda belki şifahî emir verilmesinin hukukan mümkün ve muteber olup olmadığı tartışılabilir. Fakat, Müsteşarlığın, yola çıkış tarihinden sonra da olsa, ilgiliye tebliğ ettiği yazının «idarî işlem» olduğunun kabulü gerekir.

Ancak, Yüksek Daire, orkestra şefinin zararını mucip olan hususun, idarî işlemin ittihaz ve tebliğinden önce verilen ve «idarî eylem» sayılan şifahî emir bulunduğunu kabul etmiş olacak ki, davada müsteşarlık yazısına «idarî işlem» olarak yer vermemiş ve itibar etmemiştir.

Gerçi Yüksek heyet, müsteşarlık yazısının ilgiliye tebliğ tarihi olan 12/2/1966 gününü süreye başlangıç almıştır; lâkin bu süre (90) günlük dâva açma müddeti olmayıp, 72 nci maddedeki bir yıllık süredir. Böylece uyuşmazlık, bir «idarî eylem» den dolayı tazminat talebi ile açılan bir tam targı davası addedilerek, 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi kapsamına alınmış ve ancak bu yoldan esasın incelenmesine geçilebilmiştir.

Danıştay Heyetinin bu «*démarche*» ını anlayış ve takdir ile karşılamak lâzımdır. Zira, ŞİMŞEK olayında, ilgilinin yersiz ve haksız bir muamele ile zarara uğradığı, şeref ve itibarının zedelendiği muhakkak olduğu halde; Danıştay Kanununun 71 ve 72 nci maddelerinde tam yargı dâvası için öngörülen usullere harfiyen uyulması suretiyle, bunların tamir ve telâfisi kolay ve hattâ mümkün görünmemektedir.

Şöyle ki, bu uyuşmazlıkta zararın idarî eylemden mi, yoksa idarî işlerden mi doğduğunu kestirmek çok zor olmakla beraber; ilgilinin yola çıkmasını engelleyen sözlü emir «idarî işlem» sayılıp, 71 inci maddeye göre, buna karşı önce veya aynı zamanda bir iptal davası açılması gereği kabul edildiğinde; bu iptal davasının etkili sonuçlar doğurabilecek bir zamanda ve şekilde ikamesi kabil olmadıktan başka, tasarrufun belli bir hukuk normuna belirli bir sebepten aykırılığının iddia ve ispat edilebileceği de şüphelidir.

Gerçekten ilgilinin hareket tarihinden sadece iki gün önce verilen şifahî emir, bir iptal davasına konu olsa bile, ancak bir gün içinde bunun yürütülmesinin durdurulması kararı alınabildiği takdirde, açılan dava etkili olabilirdi, ki Yüksek Mahkemenin sözlü işlemin tehiri icrasını kabul edip etmeyeceği bir yana, bunu bir gün içinde yapması imkânsızdır. Millî Eğitim Bakanlığının, yazı ile

de te'yid ettiği dâvacıyı seyahate çıkmaktan alıkoyan idarî işleminin hangi mevzuat hükmüne veya Hukuk prensibine, ne gibi bir aykırılık arzettiğini kesinlikle belirtmek de kolay değildir. Nitekim Yüksek Daire, dâvalı bakanlığın, ilgilinin mensup olduğu Kurumun organik kanununa dayanarak ileri sürdüğü yabancı ülkelerde konser yönetmesinin kuruluş gayesine uygun olmadığı yolundaki def'i, ancak önceki ve sonraki uygulamalarla tutarlı bulunmadığı için reddetmiştir.

Bu itibarla, ŞİMŞEK olayında bir «idarî işlem» mevcut görünmekte ise de; bunun mevzuata ve Hukuka aykırılığı sebebiyle iptali ve daha önce icrasının te'hiri gerek esas; gefek usul ve zaman bakımından mümkün olmadığından ve dâvacıya hiçbir fayda sağlayamayacağından; uyuşmazlığın 71 inci madde çerçevesinde mütalâa edilmesi, hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlara götürürdü.

Müsteşarlığın yazısı hiç nazara alınmadan, evvelce verdiği şifahî emir, Yüksek Heyetin yaptığı gibi, bir «idarî eylem» addedildiğinde; ilgilinin bu yüzden uğradığı zararların karşılanmasını sağlamak için, Danıştayda tam yargı dâvası açmadan, İdareye başvurup tazminat istemesi ve bir «ön karar» elde etmesi gerektiği ileri sürülürse; bu formalitenin olayda yersiz ve beyhude olduğu ve sonradan bir kerre daha yerine gelmiş bulunduğu söylenebilir.

Filhakika, Müsteşarlık sözlü emrini yazılı olarak tebliğ ettiğine ve hiçbir İdare yaptığı tasarrufun haksız ve yolsuz olduğu kanısını taşımayacağına ve herhalde bunu açıkça kabul etmeyeceğine göre; bu olayda irade şeklinde ortaya çıkan «idarî eylem» den dolayı uğranılan zararın ödenmesini bir kerre Bakanlıktan istemek hem yersiz, hem de beyhudedir. Çünkü, burada İdare, yolculuğu engelleme eylemini yazılı irade ile de te'yid suretiyle, haklı ve doğru yolda olduğunda ısrar etmekte ve bu yüzden tazminat talebini kabul etmeyeceğini peşin olarak belirtmektedir. Nitekim davalı bakanlık bu iradesini savunmasında, davacının iddia ve taleplerini reddetmekle, bir daha tekrarlamaktadır. Böylece, söz konusu uyuşmazlıkta, Danıştay Kanununun 72 nci maddesindeki «ön karar» şartı, ta başta ve sonradan muhakeme sırasında gerçekleşmiş sayılmaktadır.

Şu halde, ŞİMŞEK içtihadından mülhem olarak bir genelleme yapılacak olursa, denilebilir ki, 72 nci madde ile tam yargı davaları için kabul edilen «ön karar» usulü, sadece İdarenin irade ve malûmatı dışında vukua gelen «idarî eylem» ler dolayısıyla uğranılan zararların tazmini taleplerine kabili tatbik olup, bunun di-

şında başvurmayaya ve red cevabı almağa hacet kalmadan, bir yıl içinde doğrudan doğruya Danıştaya müracaat edilebilir. Bu yorum ve uygulama biçimi, hem teorik, hem de pratik bakımdan doğru ve yerinde kabul edilmek gerekir. Zira «Ön karar» usulü, Danıştay kanununa alınırken, idarî davaların bir idarî işleme dayanması ve İdarenin kendiliğinden tazminatı ödeyerek lüzumsuz dâvaları önleyebilmesi gerekçelerinden hareket edildiğine göre; İdarenin yazı ile tesbit olunan irade ve bilgisi dairesinde cereyan etmiş «*idari eylem*» lerde bu şart ve maksat gerçekleşmiş sayılmalıdır.

Bunun gibi, «*idarî işlem*» lerden zarar görenlerin de, aynı zamanda veya sonradan iptal davası açmağa zorlanmaksızın, doğrudan doğruya ve yalnızca tam yargı davası açabilecekleri kabul edilmek lâzımdır. Çünkü bu halde de, ortada idarî davanın istinad edeceği bir «*idarî işlem*» mevcut olduğu gibi; idarenin ilgiliye tazminat ödemesini gerektirmeyeceğine dair açık ve kesin bir iradesi de vardır. Esasen, 521 sayılı kanununun 71 inci maddesine göre, bu kabil ahvalde, zararı doğuran «*idarî işlem*» in tebliğinden itibaren 90 gün içinde, birlikte veya ayrı ayrı iptal ve tam yargı davalarının açılmasına imkân verilmesi bu gerekçeye dayanır ve ancak onunla izah edilebilir.

ŞİMŞEK kararının esasa ilişkin kısmına gelince; bu da gayet isabetli ve gerçekten takdire şayan bir hükümdür. Ancak bu kronikte «İdarî Muhakeme Usulü» yönünden inceleme yaptığımızdan, kararın «İdarenin sorumluluğu» konusu üzerinde fazla durmak istemiyoruz. Bu açıdan sadece İdarenin zamanında ve normal şartlar içinde değil, sonradan ve alelacele yaptığı işlem ve eylemlerin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru teşkil ettiğine dair olan Yüksek 12 nci Dairenin bu içtihadının Danıştayın diğer kurullarınca da paylaşılmakta olduğunu işaretle yetiniyoruz: Adı geçen etüdümüzün 11 - 12 nci sahifelerinde zikredilen 12 ve 5 inci dairelerin ve 15 - 16 ncı sahifelerinde zikredilen 10 uncu Dairenin kararlarına bakınız.

Danıştay 10 uncu Dairesinin rü'yet ve hallettiği ihtilâf ise; bir iptal hükmünün İdarece geç ve yanlış infaz edilmiş olmasından dolayı uğranılan zararın tazmini dâvasıdır. Bu olayda da, zararın «*eylemden*» mi, yoksa «*işlemden*» mi ileri gelmiş olduğunu kestirmek kolay olmadığı gibi; davalı İdarenin ileri sürdüğü müruru müddet def'inin hangi sebebe dayandırıldığı da karar metninden anlaşılmamaktadır. Belli ve kesin olan husus şudur ki, Yüksek

Hey'etin bir Danıştay ilâmının (16) on altı ay gecikme ile infaz edilmesinden doğan zararı, süre def'ini vârit görmeyerek, kusursuz mes'uliyet esasına göre İdareye ödettiğidir.

Gerçi ilgili, iptal kararının yerine getirilmesi için Bakanlığa bir dilekçe ile başvurmuştur, fakat ne bu müracaatının 4 veya 3 ay sükûtle geçirilmesi üzerine yeni bir iptal davası açmış, ne bununla birlikte veya aynı süre içinde tam yargı davası ikame etmiş, ne de ilâmın İdareye tebliğinden itibaren bir yıl içinde doğrudan doğruya Danıştay'da tazminat dâvası açmıştır. Uyuşmazlığın bütün bu özelliklerine rağmen Yüksek Daire, metni aşağıya alınan 10 Nisan 1967 tarihli ORHUN kararı ile, davayı esastan inceleyip kabul etmiştir.

Davalı idarece ileri sürülen süre defi varid görülmemiştir.

İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanı iken 14.3.1961 gününde 5434 sayılı kanununun 39 uncu maddesinin (b) fıkrası gereğince resen emekliye sevk edilen davacının bu emekliliği Danıştay Beşinci Dairesince verilen 24.3.1964 gün ve 1373 sayılı kararla iptal edilmiş ve bu kararın 22/4/1964 gününde davalı idareye tebliği yapılmış bulunmasına ve bu tarihte davacının eski memuriyeti olan Tetkik Kurulu Başkanlığı kadrosunun vekâletle idare edildiği ve binnetice boş olduğu görülmesine ve bu vaziyet karşısında emekliliği Danıştay kararıyla iptal olunan davacının öncelikle eski kadrosuna tayini yapılmak gerektiği halde bir ay kadar sonra 12.5.1964 gününde mezkûr göreve, vekâleten tedvir eden başka bir şahsın tayini için Başbakanlığa yazı yazıldığı ve 26.5.1964 gününde davalı idareye intikal ettiği ileri sürülen 22.5.1964 günlü dilekçe ile müktesep hakkına uygun bir kadroya tayinini isteyen davacının bu talebine rağmen iki gün sonra 28.5.1964 gününde başkasının tayini için yapılan teklifin yüksek tastike iktiran ettiği, dava dosyası ile Dairemizce verilen ara kararlarına davalı idarece gönderilen cevabi yazılar münderecatından anlaşılmasına binaen Anayasa'nın 114 üncü maddesinin son fıkrasının, idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu yolundaki hükmüne göre davalı idare, davacının bu sebeble uğradığı zararı tazminle mükellef bulunduğu cihetle 22.4.1964 gününden Merkez Valiliğine tayin edilerek göreve başladığı 22.8.1965 gününe kadar geçen 16 aylık süreye ait faal memuriyet tahsisatı ile emekli aylığı farkı tutarı olan 15190 lira 40 kuruşun talep veçhile tazminat olarak kendisine ödemesine ve peşin alınan 3000 kuruş ilâm harcının davacıya iadesi ile

bu paranın davalıdan alınmasına ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 28 inci maddesi mucibince dörtte biri peşin alınan nisbi harcın geri kalan dörtte üçünün davacıya tamamlattırılmasına ve 47420 kuruş yargılama gideri ile 650 lira ücreti vekâletin davacıya verilmek üzere davalıdan tahsiline 10.4.1967 gününde oybirliğiyle karar verildi. (Esas No. 1966/2403, Karar No. 1967/921).

Danıştay Yüksek Hey'eti, ORHUN olayında, açılan tam yargı davasını gerek süre, gerek usul yönünden uygun ve geçerli kabul ederken, muhtemelen İdarenin ademi infaz eyleminin temadi eden bir davranış olması dolayısıyla sürenin işlemeğe başlayacağı bir tarihin tâyin ve tesbit edilemeyeceği, binnetice aşma sözkonusu olamayacağı esastan hareket etmiş ve belki de 521 sayılı kanunun bu durumu düzenleyen 95 inci maddesindeki özel ve istisnaî hükümlerden kuvvet almıştır.

Gerçekten, mezkûr hükümlere göre; «İdare, T. C. Anayasasının 132 inci maddesi gereğince, Danıştay ilâmlarının icaplarına göre işlem ve eylem tesis etmiye mecburdur. — Danıştay ilâmlarının icaplarına göre eylem ve işlem tesis etmiyen idare aleyhine, Danıştayda maddî ve manevî tazminat davası açılabilir.» Danıştay ilâmları, Yüksek Mahkemece re'sen davalı taraf sıfatiyle İdareye tebliğ edilmekte olduğuna göre; bunların yerine getirilmesi için davacının ayrıca idareye başvurmasına da hacet yoktur. İdare, aleyhinde sâdır olan iptal ve tazminat hükümlerini kendiliğinden infaz etmek zorundadır; sadece ilgililer tam yargı kararlarını, dilerlerse, genel hükümler dairesinde, yani adlî icra yolu ile de infaz ettirebilirler. Bu bakımdan Danıştay 5 inci Dairesinin 24 Mayıs 1967 tarihli ve 67/3158 numaralı kararında (Âmme İdaresi Bülteni, Ekim 1967, Sayı: 14, s. 4, no. 8), «Danıştaydan verilen ilâm hükümlerinin yerine getirilmesinin 10 yıl içinde (İdareden) istenebileceği» bu «sürenin bitimine birkaç gün kala dâva açmış olmanın 10 yıllık zaman aşımı süresinde herhangi bir değişiklik yapamayacağı» yolunda beliren içtihat, esas itibariyle doğru ise de; süre yönünden kanaatimizce isabetli değildir. Sözkonusu 10 yıllık zaman aşımı, ancak umumî hükümler dairesinde de infaz ettirilebilecek olan tazminat ilâmları için adlî icra yoluna başvurma hakkında kabili tatbiktir. Gerek iptal, gerek tazminat hükümlerinin yerine getirilmesi hususunda, idareye başvurma yönünden kanunlarda herhangi bir süre öngörülmemiş bulunduğundan; bunların infazı re'sen veya talep üzerine, er veya geç mutlaka sağlanmak gerekir.

Şu halde, ORHUN olayında sözkonusu olan iptal hükmünün icaplarına göre işlem ve eylem yapılması için ilgilinin Bakanlığa müracaat etmesine lüzum ve mahal olmadığından; dâvacının 4 veya 3 ay bekleme ve daha sonra (90) gün içinde dava açma durumu mevcut değildir. Bu arada İdare ilgiliye ilâmın hiç infaz edilmiyeceğine veya eksik icra edileceğine dair bir tebliğde de bulunmadığına göre; Bakanlığın bu konudaki menfi eylemi, hareketsizlik şeklinde tezahür ve temadi etmiş ve zarar doğurmakta devam eylemiştir. Binaenaleyh, ortada, 521 sayılı Kanununun 72 nci maddesinde ön görülen bir ve beş yıllık sürelerin de işlemeğe başlayacağı belirli bir hal veya unsur yoktur.

Gerçi davacının, tazminini talep ettiği memuriyet maaşı ile emeklilik aylığı arasındaki farklar, hiç değilse, her üç ayda bir gerçekleştiği için, dava açıldığı tarihten geriye doğru üç aylıktan veya bir yılıktan fazla iddialarının süre aşımı sebebiyle dinlenemeyeceği hatıra gelebilir. Lâkin bu taktirde, davacının ilk üç ayı ve nihayet bir yılı geçirdikten sonra ilerisi için de, hiçbir fark iddia ve talep edemeyeceği sonucuna varılmak gerekir. Çünkü, idarî tazminat davalarında henüz gerçekleşmemiş, fakat muhakkak olan zararlar da talep edilebileceğine ve hüküm altına alınabileceğine nazaran; bu zararların başlangıcından itibaren süresi içinde dava açmamış bulunan ilgilinin ileriye matuf hakkının da sükut etmiş olacağı kabul edilebilir.

Her ne kadar burada, Danıştayın, memur maaşlarının her ay tekerrür eden bir işlemle tediye olunduğu gerekçesiyle ancak dâva açıldığı tarihten geriye doğru (90) günden fazlaya ait taleplerin süre aşımına uğramış olacağı içtihadı kabili tatbik görünmekte ise de; davacı Orhun'un zararları, memur istihkaklarına ilişkin kanunların tatbikatından değil, Danıştayın iptal hükmünün geç ve yanlış uygulanmasından ileri gelmiş olup, ortada bordroya olsun benzer hiçbir işlem de bulunmamaktadır.

Görülüyor ki, İdarenin Danıştay ilâmlarını yerine getirmekten imtina etmesi, ne «İdarî işlem», ne de «İdarî eylem» olduğundan; bu sebeple açılacak tazminat davalarını 521 sayılı kanununun 71 ve 72 inci maddeleri çerçevesine sokmak ve içinde mütalâa etmek mümkün değildir. O halde 10. cu Dairenin ORHUN içtihadını nasıl izah edebiliriz?

İdarenin, Danıştay ilâmını infazdan kaçınması veya icrada gecikmesi, olumsuz ve süregelen bir tutumu olduğundan ve mahkeme

hükmü zamanın geçmesi ile kıymet ve tesirini kaybetmiyeceğinden; bu halin doğurduğu zararların talep ve dava edilmesini bir müddetle sınırlamak ne kabil, ne de doğrudur.

Başlangıcı olmayan bir sürenin sonu da bulunamaz. Ancak, İdarenin ilâmı tam veya eksik, doğru veya yanlış bir şekilde yerine getirmiş olması halinde, önceki zamana ait zararların talep ve dava edilmesi için süre işlemeğe başlayabilir. Bu da, infaz bir «idarî işlem» veya bir «idarî eylem» ile tahakkuk edeceğine göre, dava usulü ve süresi bakımından değişik olabilir, fakat icranın işlem mi, yoksa eylem mi olduğunun kestirilememesi halinde; mutazarrırın lehine olan eyleme ilişkin süre ve usulün uygulanması gerekir. İdarenin imtinaı devam ettikçe, kaideten müddetin cereyanı kabul edilemez.

Çünkü Danıştayın iptal hükmünün yerine getirilmesi için, mevzuatımızda herhangi bir süre tayin ve tesbit edilmiş değildir. İptal kararı, düzeltme veya mahkemenin iadesi yolu ile kaldırılıncaya kadar, kanunî hakikat ifade ettiğinden ve hattâ kanunun da üstünde bir kuvvete sahip bulunduğundan, ne zaman olursa olsun idarece mutlaka infaz edilmek ve hukuka aykırılık giderilmek lâzımdır. Bu itibarla, iptal ilâmının ademi tenfizi hali ne kadar uzun süre devam ederse etsin, bunun idare tarafından icrası mükellefiyeti sona ermez.

Danıştayın tazminat hükmü taşıyan tam yargı kararları ise, 521 sayılı kanunun 95/3 maddesine göre genel hükümler dairesinde de infaz ve icra olunabileceğinden, hak sahibi bunu, kararın kesinleşmesinden itibaren en geç (10) yıl içinde icra takibine geçmek suretiyle sağlamak zorundadır. Aksi halde, ilgilinin tazminat alacağı İdare lehine düşer. Fakat bu (10) on yıllık süre içinde veya dışında idare tazminat hükmünü kısmen veya yanlış uygularsa, hak sahibi icra muamelesinden itibaren (90) gün zarfında tekrar Danıştaya başvurmak mevkiindedir.

Yüksek Danıştayın, İdare aleyhinde ısdar ettiği hükümlerin infaz ve icrasını temin zımında 521 sayılı kanunun 95 inci maddesinde öngörülen özel tazminat müeyyidesinin gereği gibi işleyebilmesi ve Hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için, ilâmların ademi tenfizi veya geç yerine getirilmesi hallerinde açılacak davalara yukarıda açıklanan süre ve usul kurallarının uygulanması her bakımdan faydalı, doğru ve zarurî görünmektedir. İşte bu sebeple 10 uncu Dairenin ORHUN içtihadınının, dava daireleri kurulunun,

17 Haziran 1966 tarihli ERGUN kararındaki (Dergi sayı: 103 - 106, s. 118 - 123), Kanunsözcüsünün düşüncesine kısmen ve zımnen uygun bulunan hal suretinden daha isabetli olduğu kanısındayız.

Yüksek Dairenin ORHUN olayında İdarenin sorumluluğuna, Danıştay kanununun 95 inci maddesini ve hatta «hizmet kusuru» esasını değil de, doğrudan doğruya Anayasanın «İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür» hükmünü taşıyan 114 üncü maddesinin son fıkrasını uygulamış olması da, Dava Daireleri Kurulunun esasa ilişkin içtihadından farklı bir çözüm biçimidir. Gerçekten Kurul, Anayasanın 132 ve Danıştay Kanununun 95 inci maddelerini zikrederek, ERGUN kararında «*hizmei kusuru*» ndan bahsetmekte, 3 Haziran 1966 tarihli GÖL kararında (Dergi, sayı: 103 - 106, s. 113 - 117) İdarenin «*ağır hizmet kusuru*» nu belirtmektedir. Bu suretle Yüksek Kurul, 95 inci maddeye göre İdarenin mesuliyetini «*kusur*» esasına dayandırmakta, 10 ncu Daire ise «*kusursuz*» sorumluluk olarak kabul eder görünmektedir.

Biz, iki yıl önce, yürütmenin durdurulması kararları üzerinde yaptığımız bir konuşmada, mezkûr 95 inci maddedeki müeyyidenin «*Kusursuz mesuliyet*» esasına göre uygulanması gerektiğini, «şimdi artık 95 inci madde gereğince Devlet Şurasının takdir yetkisi yoktur. Danıştay otomatikman tazminata hükmedecektir.» (Türk Hukuk Kurumu, Danıştay kararları ve yürütmenin durdurulması. Ankara 1966, s. 105) demek suretiyle savunmuş idik. Bu itibarla Yüksek Dairenin, ORHUN kararındaki esasa ilişkin içtihadını da, doğru ve yerinde buluyoruz. Ancak, kararda Danıştay Kanununun 95 inci maddesi de zikredilmiş olsaydı, bu içtihad daha bir açıklık kazanmış bulunurdu; zira Anayasanın 114 üncü maddesinin son fıkrası, İdarenin, sadece «*kusursuz mesuliyet*» ini değil, her türlü sorumluluk hallerini ve esaslarını kapsamaktadır. Bununla beraber Yüksek Hey'et, kararında «*kusur*» dan hiç bahsetmediğine göre; Anayasanın m. 114/3 hükmüne dayanırken, zımnen, İdarenin özel bir halde mes'uliyetini düzenleyen Danıştay Kanununun 95 inci maddesindeki sorumluluğunun «*kusursuz*» olduğunu ifade ve kabul etmiş sayılır.

Binaenaleyh, 10 uncu Dairenin ORHUN kararında gerek süreye ve usule, gerek esasa ilişkin olarak beliren içtihatlar isabetli ve takdire şayandır.

Bütün bu açıklamalardan çıkarılabilecek en önemli sonuç, yeni

Danıştay Kanununun 71 ve 72 nci maddelerinde tam yargı davaları için öngörülen usullerin, idarî ve hukukî realitelere intibak etmediği, harfiyen uygulanmaları halinde adalet ve hakkaniyete aykırı hükümlere müncer olabileceği ve fakat bu mahzur ve tehlikelerin, Yüksek Mahkemenin 12 nci Dairesinin ŞİMŞEK ve 10 uncu Dairesinin ORHUN kararlarında yaptığı gibi, içtihat kudretiyle önlenip kaldırılabiliridir.

Lütfi DURAN

KANUN YOLLARI — İLK İNCELEME. — Muhakemenin iadesi, Kararın düzeltilmesi, Aynı dâvada tek başvurma, İctihadı Birleştirme Kararı, İlk inceleme sonunda red.

Bir uyuşmazlıkta dâvacı lehine esas karar çıktıktan ve kesinleştikten sonra, dâvalı idare, muhakemenin iadesi yolu ile, aynı davanın daha önce Danıştay'ın başka bir dairesi tarafından reddedilmiş ve binnetice kaziyei muhkeme teessüs etmiş olduğunu ileri sürerek sözkonusu hükmün kaldırılmasını ve ikinci dâvanın reddini Danıştay 10 uncu Dairesinden istemiş ve elde etmiştir. Bunun üzerine, dâvacı, İdarenin iadei muhakeme talebinin kabulü yolunda verilen kararın düzeltilmesini istemiştir.

Danıştay 10 uncu Dairesi bu talebi ilk inceleme sonucunda, aşağıdaki 17 Mayıs 1967 tarihli MUTLU kararı ile reddetmiştir.

«521 sayılı Danıştay Kanununun 74 üncü maddesi hükmüne göre tashih dosyası incelendi: — Dâvalı idarenin yargılamanın iadesi talebinin kabulü yolunda verilen kararların karar düzeltilmesi yoluyla tetkikinin istenmeyeceği 14.3.1952 tarih ve 86 sayılı İctihadın Birleştirilmesi kararı icabından olmasına binaen bu yoldaki talebin reddine ve Danıştay Kanununun 99 uncu maddesi delâletiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 442 ve 5435 sayılı kanunun 2 nci maddeleri gereğince 10 lira cezanın düzeltme isteyenden alınmasına 17.5.1967 gününde oybirliğiyle karar verildi.» (Esas: 1967/602, Karar: 1967/1350).

Biz bu notta, kararın sırasından farklı olarak, önce kanun yollarına başvurma hakkını, sonra da ilk inceleme usulünü ele almayı uygun görüyoruz.

A — Kanun yollarına başvurma hakkı :

Yüksek Dairenin düzeltme istemini red kararını dayandırdığı İctihadı Birleştirme Kararının önemli kısmı şöyledir :

«..... esas karar hakkında mevzu olan ve ancak birer defa istenebileceği kanunen tayin ve tasrih edilmiş bulunan bu yolların tekkerrürünü yani, muhakemenin iadesi talebinin reddine dair verilen karar hakkında tashih yolunu ve bunun zarurî bir neticesi olarak tashih talebinin reddine mütedair verilen bir karar hakkında da iade yolunu kabul etmek muhkem kaziyelerin mütemadi bir tetkik mevzuu yapılmasına cevaz vermek demek olacağından kaza müessesesinin fâsit bir daire içine girmesini intac edeceği gibi bu yollara ancak birer kere başvurulabileceği yolundaki kanunun açık hükmüne de mugayeret arzeder; yukarıda beyan ve izah edilen sebeblere binaen muhakemenin iadesi talebinin reddi hakkında verilmiş olan bir kararın tashih yolu ile tekrar tetkiki istenilemeyeceğine ve içtihadın bu suretle birleştirilmesine... üçte iki çoklukla karar verildi.» (14/3/1952, *Esas No: 52/13, Karar No. 52/86, R. G. 6 Mayıs 1952 - 8102*).

Danıştay'ın bu içtihadı, onbeş yıl önce ortaya çıktığı zaman, tarafımızdan şu tenkidlere ve temenniye konu olmuştu:

«Bu tevhide içtihat Kararının, gerek mucip sebepleri ve gerek neticesi itibariyle isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Filhakika, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, kanun vazının ayrı ayrı mütalâa ve tanzim etmiş olduğu iki kanun yolunu, bazı mülâhazalara dayanarak, yekdiğerinin aynı saymak suretiyle ve 3546 sayılı kanunun 48 ve 50 nci maddelerinin sarahati hilâfına, tarafları bir teminattan mahrum etmiş bulunmaktadır.

Tashihi kararlar iadei muhakeme, birbirinden tamamen farklı iki kanun yolu olup, içtihad tarikiyle, bunların yekdiğerine muadil telâkki edilmesi caiz değildir. Bir kere tashihi karar yolu, kesinleşmiş hükümlere açık olduğu halde; iadeyi muhakeme yolu ancak kaziyeyi muhkeme halini almış ilâmlar hakkında mevzuubahis olabilir. Bundan başka, tashihi kararlar iadei muhakeme sebepleri, tabi oldukları müddet ve usuller ve doğuracakları neticeler birbirinden çok farklı bulunmaktadır. Tashihi karar yolu bir nevi temyiz müracaati mahiyetinde olduğu, yani evvelki hükmün kontrolünü istihdaf ve temin ettiği halde; iadei muhakeme usulü, bununla kalmayarak, davanın yeniden tetkikiyle ihtilâfın esastan hallini sağlar. Nihayet Danıştay Kanununun 48 inci maddesi ile 50 nci maddesinin 1 inci fıkraları ahkâmı, iadei muhakeme ve tashihi karar taleplerinin, ayrı ayrı birer defa vaki olabileceğini tasrih etmekte; yoksa iadei muhakemeden sonra tashihi karar veya tashihi karardan son-

ra iadei muhakeme istenemiyeceğini söylememektedir. Kaldı ki, taraflardan biri müddeti içinde tashih talebinde bulunmuşsa, diğer tarafın cevap lâyihasında kendi bakımından düzeltme istemesine de hiçbir mâni yoktur.

Bu itibarla, Danıştayın mevzuubahis Tevhidi içtihad kararına asla iştirak edemiyeceğimiz gibi; tarafların kanunen haiz buldukları bir teminatı nezetmekte olduğundan, bunun biran evvel değiştirilmesini temenni etmekten kendimizi alamıyoruz.» İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XXVI, yıl 1952, s. 437).

Bu içtihadın, tesis edildiği tarihten bu yana, Danıştay tatbikatında makul ölçülere indirildiği görüldükten başka; yeni Danıştay Kanunu ile bu noktada çok önemli bir değişölik de yapılmış bulunmamaktadır.

Şöyle ki, 1938 tarihli ve 3546 numaralı Devlet Şurası Kanununda (m. 48) muhakemenin iadesi yoluna «*bir defaya mahsus olmak üzere*» başvurulacağı tasrih edilmiş iken, mezkûr kanunun yerine konulan 1964 tarihli ve 521 numaralı yeni Danıştay Kanununu (m. 96) bu sınırlamayı kaldırmıştır. Kanun koyucunun bu kaydı çıkartması, sebepsiz ve tesadüfî değildir. Gerçekten, adli muhakeme usulünde ancak esas mahkemesi önünde açık olan iadei muhakeme yoluna başvurulması halinde verilecek karar, genel hükümler dairesinde, Yargıtayda temyiz müracaatına konu olabileceği halde; Yüksek İdare Mahkemesi Danıştayın üzerinde bir temyiz mercii bulunmaması ve yukarıdaki İçtihadı Birleştirme Kararı dolayısıyla, muhakemenin iadesi üzerine alınan kararların mürakabeden azade kalmasına müncer olmakta idi. İşte 521 numaralı Danıştay Kanunu, 96 inci maddeye «*bir defaya mahsus olmak*» kaydını koymamakla, 86 numaralı Tevhidi İçtihat Kararının, hiç değilse, kanun yollarına başvurma hakkını kısıtlayan aşırılığını önleyerek, muhakemenin iadesi talepleri hakkında verilen kararların düzeltme yolu ile denetlenmesini sağlamak istemiştir.

Buna rağmen Yüksek 10 uncu Daire, yukarıya çıkarılan kararında, 86 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararının hüküm fıkrasındaki sınırları da aşarak, iadei muhakeme isteminin *kabulüne* dair kararının düzeltilmesi talebini re'sen reddetmiştir. Filhakika, Tevhidi İçtihat Kararının önlemek istediği mahzur, bir davada aynı tarafın aleyhindeki kararın düzeltilmesi ve muhakemenin iadesi yollarına arka arkaya başvurarak kaziyei muhkemenin sür'at ve katiyet ile teessüs etmesine engel olmasıdır. Oysa, sözkonusu uyuş-

mazlıkta, davacı daha önce kanun yollarından hiçbirine başvurmamış, sadece davalı idarece vâki iadeî muhakeme talebinin kabulü üzerine verilen kararın düzeltilmesini istemekle yetinmiştir. Binaenaleyh, olayda davacının kanun yollarına mükerreren tevessül ederek, muhkem kaziyeyi geciktirme veya savsaklama niteliğinde bir hareketi mevcut ve mevzuubahis değildir.

Kaldı ki, gerek kanunun, gerek İçtihadı Birleştirme Kararının hükümleri, bir dâvada taraflardan herbirine kanun yollarına birer defa başvurmak hakkını tanımakta, sadece aynı tarafın tashihi karar talebi üzerine verilen kararın düzeltilmesini ve muhakemenin iadesi üzerine sâdır olan hükmün aynı sebeplere dayanarak yine iadeî muhakeme sûretiyle tekrar tetkikini istemesini yasaklamaktadır. Yoksa taraflardan birinin tashihi karar talebinin reddinden sonra iadeî muhakeme yoluna gitmesi veya muhakemenin iadesi isteminin reddine dair kararın düzeltilmesini talep etmesi men clunmamıştır. Hattâ bir taraf, esas kararın tashihi evvelce istemiş olsa bile, bilâhare iadeî muhakeme talebini reddeden kararın da düzeltilmesi yoluna gidebilir. Çünkü muhakemenin iadesi safhasında, tashihi karar safhasından farklı olarak, esas hükmün değiştirilmesi değil, sadece iade talebinin iptidaen reddine ilişkin kararın düzeltilmesi de sözkonusu olabilir.

Her ne ise muhakkak olan cihet, kanunun taraflara birlikte aynı dâvada tashihi karar ve iadeî muhakeme yollarına birer defa başvurma hakkını verdiğiidir. Nitekim, Danıştay Sekizinci Dairesi, 521 numaralı kanunun yürürlüğe girmesinden önce de, «*dâva konusu ihtilâfta, birer defa bu yollara müracaat olduğuna göre, ikinci defa vaki karar düzeltmesi talebinin bu sebeple reddine oybirliğiyle*» (2 Ekim 1962, Esas: 962/3178 - Karar 962/3859, Akural - Ziylan, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, 1960 - 1963, Ankara, 1963, 1059 2. 41 - 42). karar vererek, İçtihadı Birleştirme Kararını yumuşatmış ve isabetle tatbik etmiştir. Esasen, Danıştay 6 ncı Dairesi daha önce, aynı davada sadece iki defa iadeî muhakeme (1 Ekim 1955, Esas: 55/2117 - Karar: 55/1762, Akural - Ziylân, No. 60, s. 42); 8 inci Dairesi de, bir uyşmazlıkta «*karar düzeltilmesi yoluyla verilmiş olan... kararın ikinci defa aynı yolla düzeltilmesi*» nin (Akural - Ziylân, No. 64, ss. 43) istenemeyeceğini içtihad etmişler idi.

Daha sonra, 8 inci Daire, dâvacının tashihi karar talebi üzerine verdiği hükmün iadeî muhakeme yolu ile kaldırılmasını isteyen davalı idarenin müracaatını iptidaen kabul ile, esastan tetkik ve mü-

nakaşa ederek, intihāen reddetmiştir (15 Haziran 1965, *Kilis Ticaret ve Sanayi Odası*, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 95 - 96, s. 391 - 392). Ancak, 8 inci Daire, bundan iki gün sonra, davalı tarafta yer alan iki daireden birinin tashihi karar talebini daha önce reddetmiş olduğu için, diğerinin müddeti zarfında yaptığı kararın düzeltilmesi istemini, 521 numaralı Danıştay Kanununun 98 inci maddesinde bir defaya mahsus olmak üzere kabul edildiği gerekçesiyle reddetmiştir. (17 Haziran 1965, *Maliye Bakanlığı*, D.K.D., Sayı: 95 - 96, s. 456 - 457). İptal davasında da «*husumet*» şartını koşan Türk İdare Yargısı sistemine göre taraflar arasında cereyan eden bir sübjektif muhakemede müteaddit davacı ve davalının herbirinin kendi açısından kanun yollarına başvurma hakkı bulunduğundan; 8 inci Dairenin bu son kararı yerinde ve doğru sayılamaz.

,Öte yandan 8 inci Daire, «... esas dâvada taraf olmayan davacının, Danıştay Kanunu gereğince düzeltme talebinde bulunamayacağı» nı da içtihad etmiştir. (6 Temmuz 1962, Esas: 962/820 - Karar: 962/3347; Akural - Ziylân, No. 61 s. 42). Oysa Fransız Devlet Şûrası, müdahillere de kararın düzeltilmesini istemek hakkını tanımaktadır (C. E., 3 Novembre 1961, *Communauté du Bon Pasteur*, Recueil, p. 614).

Danıştay 10 uncu Dairesi ise, 521 numaralı kanunun 98 inci maddesi gereğince, sadece aynı davanın «*ikinci bir defa düzeltme yolu ile ele alınamıyacağı*» nı kabul etmekte iken (26 Mart 1966, Esas: 1965/4521 - Karar: 1966/724 Dinçer, Çırakman ve Necipoğlu, Danıştay Kararları, 1965 - 1966, Ankara, 1967, No. 94 s. 46); yukarıdaki kararında tarafların birlikte kanun yollarından yalnız birine ve bir defa başvurabileceklerini içtihad etmekle, hem 521 sayılı kanunun, hem de 86 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararının hüküm ve şartlarını aşmış bulunmaktadır.

B. — İlk İnceleme Usulü :

Yüksek 10 uncu Daire, bu kararını ilk inceleme sonucunda re'sen ve iptidāen red yolunda vermekle de, usulen isabetli hareket etmiş değildir. Çünkü dayanılan red sebebi 521 numaralı Danıştay Kanununun 74 üncü maddesinde ilk inceleme konusu olmak üzere öngörülen noktalardan hiçbirine uymamaktadır.

Gerçi aynı dâvada tarafların kanun yollarına ikinci defa başvuramayacaklarına dair içtihat kaidesinin «*ehliyet*» e ilişkin bir nokta

telâkki edilebileceği hatıra gelebilir. Ancak, Hukuk terminolojimizde belli bir mânâ ve medlulü bulunan «*ehliyet*» tâbirinin bu derece genişletilmesine cevaz ve imkân olmadığı gibi; yukarıda (A) paragrafındaki açıklamalarla da ortaya çıktığı veçhile, bu nokta basit ve sathi bir inceleme ile çözümlenebilecek meselelerden değildir.

Gerçekten, tarafların «*ehliyeti*», Medenî Hukuk ve Usul Hukukunun Umumî prensipleri gereğince, dâva açma veya hasım olma nicelik ve yeteneğini taşıyıp taşımadıklarını gösteren bir unsurdur. Bu nokta gerçek kişilerde reşit ve mümeyyiz olmak, tüzel kişilerde ise hukukî varlık ve bunu temsile yetkili kimselerin iradesi gibi, genellikle maddî vakıa, delil ve vesikalarla halledilebilecek bir husustur. Oysa tarafların kanun yollarına bir defadan fazla başvurma hakları olup olmadığı keyfiyeti, tamamen hukukî ve çok çetin bir mesele olup, ilk inceleme usulü ile çözümlenebilecek nitelikte sayılamaz.

Bu itibarla, Yüksek 10 uncu Daire böylesine hukukî ve ihtilâflı bir noktayı ilk inceleme usulü ile ele alıp, karara bağlamakla, hem «*ehliyet*» mefhumunu yanlış olarak genişletmiş, hem de «*yargı*» müessesesinin özünü ve teminatını teşkil eden «*karşılıklı tartışma*» esasını zedelemiştir. Şöyle ki, ilk inceleme usulünde, Danıştay yargı heyetleri, dava dilekçesi üzerine, karşı tarafa tebligat yaptırmadan ve onun savunmasını almadan ve hattâ Kanun Sözcülüğünün düşüncesini de istemeden, uyuşmazlık hakkında re'sen karar verebildiğine göre; olayımızdaki gibi, müracaatın yenilenmesi mümkün bulunmayan hallerde, dilek sahipleri tartışma ve tarafsız ek mütalâa te'minatından tamamen yoksun kalmaktadırlar. İlk incelemeye konu yapılması öngörülen noktalardan, Kanununun 63 üncü maddesindeki dilekçenin maddî şekil ve şartlarına ilişkin olanı dışında kalanlar, genellikle nazik ve çetin hukukî meselelerin tetkik ve münakaşasını gerektirecek nitelikte bulunduğu; dâvanın normal usul dairesinde muhakemesi ve intacı Danıştayca tercih edilmelidir. Çünkü, 1931 yılında 669 sayılı kanunda yapılan tadilat sırasında İdarî muhakeme Usulüne ithal edilen, bilâhare mahzuruları görülerek 1938 kanunu ile kaldırılan ve 1959 değişikliği esnasında yeniden ihdas ve 1964 tarihli 521 numaralı kanunda ipka edilen ilk inceleme usulü, basit ve süratli görünmekle beraber, hakikati halde taraflar aleyhine işleyen ve dâvaların yenilenmesini veya kanun yolları ile eskilerinin ihyasını zorunlu kılan «*yargılama*»nın özüne ve genel kurallarına aykırı sathî ve teminatsız bir tetkikten

ibarettir. Bu bakımdan pratik faydası da pek bulunmayan ilk inceleme usulünün, Muhakeme usulünün genel prensiplerine uygun düşecek şekilde ve meselâ sadece dilekçelerde maddî noksan ve hatalara inhisar ettirilmek suretiyle, uygulanması temenniye şayandır. Nitekim Fransız Devlet Şûrasında, buna benzer metinsiz bir uygulama, Deavî Dairesi Sekreterliğince yürütülmekte ve fakat bizde ilk incelemeye konu olan diğer noktalar, normal prosedür takip edilerek karara bağlanmaktadır. Böyle yapıldığı takdirde; Danıştayın bir yıl içerisinde gerçekten sonuçlandırdığı dâvaların sayısı da, gerçeğe uygun rakamlar halinde ortaya çıkar.

Aralık 1967

Lûtfi DURAN