

## İPTAL DAVASI İLE TAM KAZA (TAM YARGI) DAVASI ARASINDAKİ İLGİ

Doçent Ragıp Sarıca

Başka bir yazımızda (1) idare tarafından —mevzuata herhangi cihetten aykırı olarak— ittihaz olunan bir kararın tatbik ve icrasından dolayı herhangi bir hak muhtel olduğu veya bir zarar doğduğu takdirde idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabileceğini; mahkemenin de, idareyi ihlâl olunan hakkı herhangi bir suretle tamire veya husule gelen zararı nakden tazmine mahkûm kılabilceğini izah ve isbata çalışmıştık.

(İdari bir kararın) bir tazminat, tam yargı dâvasına sebebiyet verebileceğini böylece hatırlattıktan sonra; burada iptal dâvasıyla tam yargı dâvası arasındaki münasebeti incelemek istiyoruz.

Gerçekten —yukarıda işaret ettiğimiz veçhile— idari bir kararın bir tam yargı, tazminat dâvasına vesile teşkil edebilmesi için, prensip itibariyle (2), mezkûr kararın mevzuata, hukuka herhangi bir cihet-

(1) Ragıp Sarıca, «İdari kararlardan dolayı idare aleyhine açılan tam kaza dâvaları», Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt X, sayı 3-4, s. 486-514, İstanbul, 1944.

(2) «Prensip itibariyle» dedik, çünkü, yukarıda ismi geçen yazımızda uzun uzadıya izaha çalıştığımız veçhile, hususi hukukta olduğu gibi idare hukuku sahasında da mes'uliyet esas itibariyle kusur esasına, yani «hizmet kusuru» nazariyesine istinadedir. Binaenaleyh idari bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla mes'uliyetin bahse mevzu olabilmesi için idareye herhangi bir hizmet kusuru atıf ve izafe edebilmelidir. İşte, idare tarafından ittihaz olunan bir kararın mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykırılık arzemesi, fikrimizce, bu gibi bir kusur teşkil eder. Kısaca idarenin yolsuz bir karar ittihazi bir hizmet kusuru sayılır. Bu itibarla mevzuata aykırı bir karar idarenin —hizmet kusuru esasına binaen— mes'uliyetini intaceder. Lâkin bu kaidenin yanında istisnalar da yok değildir. Şöyle ki idareye herhangi bir hizmet kusuru isnadı mümkün olmıyan bazı hallerde dahi idarenin hizmet kusurundan başka bir takım esaslara müsteniden mes'ul tutulduğu da vâkidir. Gerçekten idarenin —risk, hakkaniyet, sebepsiz mal iktisabı...— gibi birtakım tâli, fer'i, mütemmim nazariyelerden istiane suretiyle idarî mahkemeler tarafından mes'uliyeti cihetine gidildiğini görüyoruz. İşte bu nazariyelere, bu esaslara istinaden idare ta-

ten aykırılık arzetmesi yani yetki (salâhiyet), konu (mevzu), amaç (maksat), şekil, saik veya sebep gibi iptal sebeplerinden herhangi biriyle malûl bulunması lâzımdır.

Görülüyor ki bu gibi hallerde bir tam kaza, tazminat dâvasının açılabilmesi kararın iptale mahkûm olmasına bağlıdır. Kısaca idari bir kararın sebebiyet verdiği (tam yargı dâvası) iptal dâvasıyla çok yakından ilgilidir.

İşte maksadımız: iki dâva arasındaki bu ilgiyi belirtmek ve incelemekten ibarettir.

Bu itibarla meseleyi birtakım ihtimalleri nazara alarak tetkik etmemiz lâzımdır. Zira idare tarafından ittihaz olunan kararın iptal sebeplerinden biriyle malûl bulunduğunu bir faraziye olarak kabul ettiğimizde üç ihtimal ile karşılaşırız:

I — Ya mezkûr karardan hakkı muhtel ve bir zarara düçar olan şahıs tarafından bu karara karşı yalnız (bir iptal dâvası açılmıştır).

Yani alâkadar, mahkemedен sadece mezkûr kararın iptalini istemekle iktifa eylemiştir. Ayrıca bu kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası ikame etmeğe lüzum görmemiştir.

II — Veya alâkadar mezkûr karar aleyhine bir iptal dâvası açtığı gibi; aynı zamanda iptal dâvasıyla birlikte aynı arzuhal ile veya iptal dâvasından ayrı olarak müstakil bir arzuhal ile - bu karardan dolayı idareye karşı bir tam kaza, tazminat dâvası da ikame etmiştir. Hülâsa dâvacı hem bir iptal dâvası hem de aynı zamanda bir tam kaza, tazminat dâvası açmış olabilir.

III — Yahut ta bu şahıs mezkûr karar aleyhine bir iptal dâvası açmadığı halde; münhasıran bu kararın tatbik ve icrasından ötürü

---

rafından ittihaz olunan bir kararın mevzuata, hukuka hiçbir aykırılık arzetmediği halde dahi idarenin —nadir de olsa bazı hallerde— mes'uliyeti kabul olunmaktadır.

Görülüyor ki bir tam kaza, tazminat dâvasına sebebiyet verebilmek için kararın behemehal mevzuata aykırılık arzetmesi kaideten zarurî olmakla beraber; bu kaidenin bazı istisnaları da mevcuttur. Bir kelime ile mevzuata hiçbir suretle aykırı olmıyan bir karar da istisnaen, bu gibi bir dâvanın açılmasına vesile teşkil edebilir.

Derhal şunu ilâve edelim ki, biz burada yalnız kaideyi nazara alacağımızdan bu istisnai vaziyetlerle meşgul olacak değiliz (bu hususta izahat isteyenler yukarıda zikri geçen yazımıza bakabilirler).

idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası ikame etmektedir. Kı-saca alâkadar yalnız bir tam kaza, tazminat dâvası açmış bulunmaktadır.

Meseleyi bu muhtelif ihtimallere göre mütalâa edelim:

I — Birinci şıkkı ele alalım. Yani idare tarafından müttehad bir karara karşı yalnız bir iptal dâvası açıldığını farzedelim.

Aşikârdır ki mevzuata, hukuka her hangi cihetten mugayir bir kararın tatbik ve icrasından dolayı hakkı muhtel ve zarara düşer olan bir şahıs tarafından ayrıca bir tam kaza, tazminat dâvası açılmayıp; sadece bir iptal dâvası ikame olunduğu takdirde idari mahkeme - dâvacının talep ve iddialarıyla bağı bulunduğuna göre - ancak ip-tal dâvasının kendisine bahşettiği salâhiyetlerle mücehhezdir. Bu itibarla hakkın tamiri, zararın tazmini hususlarını hükme bağliya-maz. Sadece dâvaya mevzu teşkil eden idari kararı bozup bozmamak-la iktifa eder.

Yine, bedihidir ki, bir kararın iptali umumiyetle iptalden gayri neticeler doğuramaz. Daha doğrusu tam kaza, tazminat dâvasına mahsus ve münhasır olan hükümlerden her hangi birini tevlit ede-mez. Bir kelime ile iptal dâvası: Ancak tam kaza dâvasıyla tesisi mümkün bir vaziyet ihdas edemez.

Bılfarz bir hamamın kapatılması hakkındaki belediye kararının mahkemece iptali: ancak bu kararın ortadan kalkmasını intaç eder. Daha doğrusu idare için iptal olunan kararı ortadan kaldırmak, geri almak mecburiyetini doğurur. Yoksa belediyece müttehad bu kara-rın tatbik ve icrasından dolayı, yani mezkûr hamamın aylarca kapalı kalması suretiyle, bir takım zararlar husule gelmiş olsa dahi; hakkı muhtel olan kimse bu gibi bir talep dermeyan eylemedikçe, yani bir tazminat dâvası açmadıkça mahkemenin bu hususu bir hükme bağ-liyamıyacağı, idareyi tazminata mahkûm edemeyeceği meydandadır. Hülâsa iptal dâvasının, ancak tam kaza dâvasıyla elde edilmesi mümkün olan bu gibi neticeler doğuramayacağı zahirdir.

Yukarıda izaha çalıştığımız üzere iptal dâvası umumiyetle tam kaza dâvasına ait neticeler ve hükümler tevlit edememekle beraber; bazan iptal dâvasının - zimnen ve otomatik bir surette dahi olsa - tam kaza dâvasına mahsus neticeler ve vaziyetler doğurduğu vâkidir. Ezcümle iptal dâvasının da - tam kaza dâvası gibi - mali bir takım neticeler meydana getirdiği; netice itibariyle idare için tediyatta bu-lunmak, tazminat ita etmek... gibi bir takım vecibeler yarattığı gö-rülmektedir. Bunun gibi iptal dâvasının, bazan idareye, ihlâl olunan

bir hakkı tamir zımında gereken tedbirleri almak, yapılması lâzım gelen muameleleri ifa etmek gibi... bir takım mükellefiyetler tahmil etmesi de mümkündür.

Elhasıl iptal dâvasının bazan dâvacı lehinde, mumaileyhin normal olarak ancak bir tam kaza dâvası açmak suretiyle elde edebileceği bir takım neticeler doğurması; dâvacıya ancak bir tam kaza dâvasının temin eyliyebileceği bir takım haklar ve istifadeler bahşeylemesi imkân dahilindedir.

Meselâ aşikârdır ki bir memurun, kanunen istihkakı olan maaşının tevkifi veya noksan tediyesi hakkında idare tarafından ittihaz olunan kararın mahkemece iptali keyfiyeti - mahkeme kararında bu hususta ayrıca sarahat mevcut olmasa bile - idare için tevkif ettiği bu maaşı ödemek veya tam olarak tesviye etmek mecburiyetini doğurur.

Görülüyor ki burada iptal dâvası tıpkı bir tam kaza dâvası gibi idare için bir para tediye etmek vecibesini tevlit etmektedir. Mahkeme, âdeta idareyi bu parayı itaya mahkûm etmektedir. Daha umumî olarak denebilir ki idare tarafından bir meblâğın ademi tediyesi hakkındaki her hangi bir kararın mahkemece iptali - son bir tahlilde - bir tam kaza dâvası gibi neticeler doğurur. (3)

Bunun gibi meselâ bir talebenin - Üniversite talimatnamesine mugayir olarak - idarece kaydının terkinin veya - imtihan usullerine aykırı olarak - sınıfta ipkası hakkında ittihaz olunan kararın iptali aynen bir tam kaza dâvası neticeleri husule getirir. Şöyle ki iptal kararı üzerine idare ihlâl ettiği hakkı tamir zımında mezkûr talebenin kaydını yenilemek, onu tekrardan imtihana tâbi tutmak zo-

---

(3) Nitekim Fransız müelliflerinden G. Jéze bu fikirdedir. Gerçekten Jéze'e göre bir ademi tediye kararını iptal etmek; hakikatte idareyi tediye-ye mahkûm etmek demektir. Ademi tediye kararını iptal etmek ile tediyeye hükmetmek amelî bakımdan aynı şeydir.

Bu gibi hallerde mahkeme idareyi tediye-ye mahkûm etmediğini; münhasıran ademi tediye kararını bozmakla iktifa eylediğini istediği kadar iddia edebilir. Hakikat şudur ki mahkeme dâvacının sübjektif bir hakkını ihlâl eden bir kararın mevzuata, hukuka aykırılığını tesbit ve bu itibarla kararı iptal etmekle aynı zamanda dâvacının idare müvacehesindeki bir hakkını, bir alacağını da tesbit etmiş olur. Halbuki bir kimsenin idare karşısındaki her hangi bir sübjektif hakkını, alacağını tesbit: tam kaza dâvasına ait bir husus ve neticedir. Görülüyor ki bu gibi hallerde mahkeme kararın hukuka uygun olup olmadığını tesbit gibi sırf iptal dâvasına hâs bir netice doğurmuyor; tam kaza dâvasına mahsus bir vaziyet te ihdas etmiş oluyor.

(Jéze, Rev. Dr. Public 1912 Sah. 266 ve müt.)

rundadır. Zahiridir ki burada idare ayrıca tazminat itasına mecbur olmamakla beraber; bir tam kaza dâvası üzerine olduğu gibi - bir takım muameleler ifa etmek, tedbirler almak suretiyle - ihlâl olunan hakları tamir mecburiyetindedir.

Başka bir misal daha göstermek lâzım gelse memurlar hakkında müttehas inzibatî mahiyetteki kararlara dair bir misal zikredebiliriz.

Bilfarz bir memurun memuriyetten ihracı hakkındaki kararın iptali üzerine idarenin - ilâmı tenfiz sadedinde - hem bir taraftan memurun azli üzerine tediye olunmayan müterakim maaşları tediye etmesi; hem de diğer taraftan memuru eski memuriyetine iade veya muadil bir vazifeye tayin etmesi lâzımdır.

Burada da iptal dâvası üzerine idarenin iptal olunan kararın ihlâl ettiği hakları tamir zımında - dâva sanki bir tam kazası dâvası imiş gibi - gereken bütün tedbirleri almak, icap eden tekmil muameleleri ifa etmek ıztırârında olduğu görülüyor.

Verdiğimiz bu izahat ve misallerden anlaşılıyor ki iptal dâvası umumiyetle tam kaza dâvasına ait neticeleri doğuramamakla beraber, bazan bu gibi neticeler tevhit edebilmektedir.

Nitekim bunu gerek Fransız gerekse Türk Devlet Şûrası içtihatları teyit etmektedir.

A — Gerçekten iptal dâvasının iptalden gayri bir takım neticeler, ezcümle ancak tam kaza dâvasının tevhit edeceği hükümleri doğurup doğuramayacağı Fransada bir zamanlar hayli münakaşalı bir mesele olduğu halde (4); bugün - yukarıda işaret ettiğimiz üzere - müsbet bir hal tarzına bağlanmış bulunmaktadır.

Hakikaten 8/3/1912 tarihli Lafage kararına kadar Fransada Devlet Şûrasının, zahiren bir iptal dâvası şeklinde ikame olunan bir dâvada talebin haddi zatında dâvacının sübjektif bir hakkını, bir alacağını tesbite mâtuf olduğu ve dâvanın son bir tahlilde ihlâl olunan bir hakkın tamiri, bir alacağın tediyesi gibi neticeler istihdaf eylediği sabit olduğunda iptal dâvasını dinlemeksizin reddettiğini görüyoruz.

Fransız müelliflerinden G. Jéze'in dediği gibi «Lafage kararına kadar Devlet Şûrası iptal dâvasında dâvacının ancak bir kararın mev-

(4) Bu münakaşalar hakkında izahat için «Fransada iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasındaki ilgi» adlı yazımıza bakınız.

zuata aykırılığını ileri sürebileceğini ve münhasıran kararın iptalini istiyebileceğini; yoksa tazminata hükmedilmesini talep edemeyeceğini beyan ediyordu. Bu gibi dâvaları tetkike dahi lüzum görmeksizin iptidaen reddediyordu.» (5)

Meselâ 1907 tarihli Théveneau kararında (6) Devlet Şûrası bir memur tarafından maaşında % 3 tevkifat icrası hakkında ittihaz olunan idarî karara karşı açılan iptal dâvasını mesmu telâkki etmemiş ve iptidaen reddeylemiştir.

Çünkü dâva bir iptal dâvası şeklinde açılmış ve görünüşte, idarî bir kararın iptaline müteveccih olmakla beraber; hakikatte tevkif olunan maaşın, paranın tediyesini istihdaf eylemektedir. Bu itibarla dâvanın hakikî mevzuu: kararın iptali olmaktan ziyade bir meblâğın itasıdır. Binaenaleyh bu gibi bir dâvanın iptal dâvası şeklinde ikame olunması mümkün değildir. (7)

(5) Jéze, Revue Dr. Public. 1912 sah. 266 ve müt.

(6) Recueil 1907 sah. 162

(7) Şu noktaya işaret etmek lâzımdır ki Fransada iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında müddet bakımından olduğu gibi şekil, usul bakımından da mühim farklar vardır. Şöyle ki Fransada iptal dâvası umumiyetle - yani kanunda hilâfına sarahat olmadıkça - 60 günlük bir müddete tâbidir. Halbuki tam kaza dâvası devlet aleyhine ikame olunduğu takdirde 5 ve devletten gayri bir idare hükmî şahsına karşı açıldığında ise 30 sene gibi çok uzun bir müddete tâbidir.

Bunun gibi Fransada idarî dâvalar kaideten ancak bir avukatın delâlet ve yardımıyla açılabilir. Maamafih mevzuata göre bu kaidenin bazı istisnaları vardır. İşte iptal dâvası bu istisnalardan birini teşkil edip avukata lüzum göstermemektedir.

Aynı zamanda idarî dâvalar Fransada kaideten peşin bir harca tâbi oldukları halde; mevzuata nazaran bazı dâvalar ve bu meyanda iptal dâvaları bundan da muaf tutulmuştur. Şöyle ki iptal dâvası açılırken, yani arzuhal kabul ve kaydolunurken dâvacıdan peşinen harç alınmaz. Ancak dâvasını kaybettiği takdirdedir ki dâvacı bu harcı sonradan tediye zorunda kalır.

Biraz evvel işaret ettiğimiz üzere Fransada prensip itibarıyla idarî dâvalar ve bu arada tam kaza dâvaları ancak avukat marifetile ikame olunabilir. Yani dâvacı yalnız başına dâva aizuhalini ne imza ne de devlet şûrası baş kâtipliğine bizzat tevdi edemez. Arzuhalin behemehal avukat tarafından imzalanması ve muhakkak surette avukat delâletiyle mahkemeye sunulması lâzımdır. Sırası gelmiş iken şunu da ilâve edelim ki idarî dâvalarda mürafaa olduğunda da avukatın mevcudiyeti ve huzuru şarttır. Filhakika tam kaza dâvalarında esasen bir avukatın bulunması zarurî olduğuna göre mürafaada da o bulunacak demektir. Lâkin iptal dâvalarında - yukarıda temas ettiğimiz veçhile - avukatın mevcudiyetine lüzum olmamakla beraber; mürafaa bakımından buna ihtiyaç vardır. Başka bir söyleyişle iptal dâvasında alâkadar

1911 tarihli Desplagues kararı da (8) Devlet Şûrasının noktai nazarını teyit eylemektedir. Zira hâdisede başka bir yere naklolunan bir memur tarafından kendisine, mevzuata aykırı olarak, yoi masrafı ve mesken zammı verilemeyeceği hususundaki bir karar aleyhine açılan iptal dâvası - hakikatte bir alacağın tediyesine mâ-tuf olmak itibariyle - mahkemece dinlenmeden reddolunmuştur.

Yukarıda söylediğimiz gibi Lafage kararına kadar Devlet Şûrası iptal dâvasında yalnız mevzuata aykırılık meselesinin bahse mevzu olabileceğini; iptal dâvasının sadece bir kararın iptaline müteveccih olabileceğini; mahkemenin ancak kararın iptaline hükmedebilmek salâhiyetini hâiz olduğunu; bu itibarla haddi zatında bir tazminat itasına, bir para tediyesine matuf olan iptal dâvalarının mesmu olamayacağını muhtelif kararlarında açıkça beyan etmiştir ve bu içtihadından hiç ayrılmamıştır.

Halbuki Lafage kararıyla Devlet Şûrası bu içtihadını tamamen terketmiş; bundan böyle - velev ki iptal dâvası hakikatte bir tazmi-

mürafaa talep ettiği takdirde devlet şûrasında kendisini mutlaka bir avukatla temsil ettirmek zorundadır.

Nihayet şu noktaya da işaret edelim ki Fransada idari dâvaları her hangi bir avukat ikameye ve takibe salâhiyetler değildir. Sayın Cümhuriyet baş müddeiumumi muavini Bn. Nejat Özoguzun «Temyiz Mahkemesi» adlı değerli bir eserinde belirttikleri veçhile «Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesi önünde tarafları temsil, istida ve lâyiha tanzimi, dâva ikamesi... gibi muamelelerin yapılması 60 avukata hasredilmiş olduğundan bunlar (avocats au Conseil et la Cour de Cassation) yani (Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesi avukatları) adını alırlar ve diğer bilûmum mahkemelerde de dâva takip etmek hakkını hâiz olduklarından mümtaz mevkidedirler. Bu avukatların tayinleri hükümet tarafından yapılır. 28 Nisan 1816 tarihli kanunun 91 inci maddesi kendilerine halef gösterebilmek salâhiyetini tanımıştır. Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesi avukatlığına namzet kabul edilebilmek için Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesi avukatları inzibat meclislerinin mütalâaları alınır. Namzetliğe kabul için şu şartları hâiz olmak lâzımdır: Namzetliğe kabul imtihanını muvafakiyetle geçirmek, 25 yaşını bitirmiş olmak, en az üç seneden beri İstinaf Mahkemelerinde staj yapmış bulunmak... Avukatlığa kabul edilen namzetler vazifeye başlamadan evvel Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesinin umumî heyetleri önünde merasimle yemin ederler. Devlet Şûrası ve Temyiz Mahkemesi avukatlarının 9 âza ve bir reisten murekkep inzibat meclisi vardır. Bu meclis, avukatlar arasında tesanüdü temin etmek, anlaşmazlıkları önlemek, vekâlet ücreti ve masraflar hakkında rey beyan etmek, fakirler için ücretsiz müşavere bürosu teşkil etmek gibi vazife ve salâhiyetleri hâizdir. İhtar ve tevbih cezalarını kat'i olarak tayin edebilir. Bir sene müddetle avukatlıktan men etmek hakkında verdikleri karar adliye nazırının tasdikiyle kat'ileşir» Sah. 33, 34.

nat itasını veya para tediyesini istihdaf eylese - idari bir kararın mevzuata aykırılığı bahse mevzu olduğu takdirde iptal dâvası şeklinde ikame olunan bu dâvayı rüyet ve halledebileceğini; mevzuata aykırılığı sabit olduğu takdirde de şikâyeti mucip kararı - netayici ve avakıbı ne olursa olsun - bozabileceğini kabul etmiştir.

İdare hukukundaki önemi dolayısıyla bu kararı burada incelemek sanırız ki faydasız olmaz. (9)

Hâdise şudur : 29/12/1903 tarihli bir kararname mucibince bir müstemleke memuruna, temsil karşılığı olarak, bir tahsisat verilmekte iken; 30/8/1910 tarihinde idare tarafından - bu kararnameye muhalif olarak - mezkûr tahsisatın bundan böyle verilemeyeceğine dair bir karar ittihaz edilmiştir.

Alâkadar, bu karara karşı, harç vermeden ve avukat tutmadan, sadece bir iptal dâvası açmıştır. Ademi tediye kararının iptalini istemiştir.

İptali talep edilen kararın bir ademi tediye kararı olduğunu nazara alan müddeiumumî Pichat iptal talebinin netice itibariyle bir tahsisatın tediyesine matuf olduğunu; yani karar iptal edildiği takdirde hakikatte idarenin tahsisatı ödemeğe mahkûm edilmiş olacağını düşünerek bu gibi bir dâvanın kabule şayan olup olmadığını araştırmak lüzumunu duymuştur. (10)

Müddeiumumî, biri amelî, diğeri hukukî olmak üzere başlıca iki mucip sebebe istinaden dâvanın kabule şayan olduğu neticesine varmıştır.

Gerçekten müddeiumumiye göre: mali bakımdan ehemmiyet arzetmiyen ve hal ve vakitleri pek yerinde olmıyan askerî ve mülki memur sınıfına taallûk eden maaş ihtilâflarının harç ve avukat kaydından muaf tutulan iptal dâvası şeklinde açılması, amelî bakımdan, dâvacı için bir takım faydalar arzeder. Şöyle ki bir maaşın noksan

(9) Hukukçulardan G. Jéze ve M. Hauriou «Lafage» kararını tahlil etmişlerdir. Bakınız Rev. Dr. Publ. 1912 sah. 266 ve müt. ve Sirey 1. 3. 1913

(10) Gerçekten bir ademi tediye kararının iptalini istemek: idarenin bu meblâğı ödemesini istemektir. Bu itibarla zahiren bir iptal dâvası kıyafetine ve şekline bürünen bu gibi bir dâvanın hakikatte bir tam kaza dâvasından başka bir şey olmadığı iddia olunabilir.

Nitekim Lafage kararını tahlil eden Jéze bu fikirdedir. Müellife göre hâdisede bir iptal dâvasıyla karşılaştığımız halde; hakikatte bu dâva bir tazminat talebinden, yani bir tam kaza dâvasından başka bir şey değildir. Zira bir tahsisatın tediye olunamayacağı yolundaki bir kararın iptalini istemek: Amelî bakımdan bu tahsisatın tediyesini talep etmek demektir.



tediye olunmasından veya hiç tediye edilmemesinden dolayı alâkadar bir tam kaza dâvası açmak mecburiyeti yükletilse - harç ve avukat masarifi dâvanın temin edeceği malî menfaatleri fazlasıyla aşacağından - umumiyetle dâvacı dâvasından vaz geçmek ve hakkını elde edememek zorunda kalır. Halbuki bu gibi bir dâvayı bir iptal şeklinde ikame etmesine cevaz verildiği takdirde alâkadar hakkını kolaylıkla arayabilir ve elde edebilir.

Bunun gibi Pichat'ya nazaran her hangi bir dâva idarî bir kararın kanunî veya nizami bir hukuk kaidesine aykırılığı esasına istinat ettiği takdirde bunu bir iptal dâvası addetmek lâzımdır. Başka bir söyleyişle her ne zaman ki bir dâvada idarî bir kararın mevzuata, hukuka aykırılığı iddia olunursa bunu bir iptal dâvası telâkki etmek icap eder.

Müddeiumuminin mütalâalarını nazara alan yüksek mahkeme de «Dâvacının sadece dâvaya mevzu teşkil eden kararlar mer'î nizamnamelerin memur sıfatiyle kendisine temin eyledikleri menfaatlardan mahrum bırakıldığını ileri sürdüğünü; bu itibarla dâvada idarece müttehad bir kararın mevzuata uygun olup olmadığı meselesinin bahse mevzu olduğunu; binaenaleyh dâvacının mezkûr karara karşı iptal dâvası açmak suretiyle itiraz edebileceğini» beyan ediyor. Neticeten de tahsisatın ademi tediyesi hakkındaki kararı iptal ediyor. (11)

(11) Görüldüğü üzere Devlet Şûrası ademi tediye kararını bozmakla iktifa ediyor. Yoksa tahsisatın itasına hükmetmiyor. Gerçi ademi tediye kararını iptal etmek; amelî bakımdan idareyi bu tediye zımnen mahkûm etmek demektir. Zira bilindiği üzere iptal dâvasının doğurduğu netice şudur ki: kararın mahkemece iptali üzerine idare gereken bütün tedbirleri almak zorundadır. Bu itibarla mahkeme bir ademi tediye kararını iptal edince idare bu parayı tediye etmek mecburiyetindedir. Bundan dolayı, Jéze'in de dediği gibi, amelî bakımdan kararı bozmak; idareyi tediye mahkûm etmeye muadildir. Lâkin amelî bakımdan böyle olmakla beraber; nazari bakımdan iki şeyin tamamen farklı olduğu meydandadır.

Çünkü iptal dâvasında idarece müttehad bir kararın mevzuata aykırılığı ileri sürülmekte ve sadece kararın bozulması talep olunmaktadır. Halbuki tam kaza dâvasında idarenin her hangi bir hakkı ihlâl ettiği iddia olunmakta ve bu hakkın tamiri istenilmektedir. Hülâsa iptal dâvasında mahkeme yalnız bir kararın iptaline hükmetmekte; halbuki tam kaza dâvasında idareyi tazminata mahkûm eylemektedir.

İptal dâvasının bazan zımnen ve dolambaçlı bir surette idareyi tazminat itasına mecbur bırakması iki dâva arasındaki bu farkı bertaraf edemez. Dediğimiz gibi iptal dâvasında mahkeme doğrudan doğruya ve sarahaten kararın

Görülüyor ki bu kararıyla Devlet Şûrası bundan evvelki içtihadının aksine olarak bir ademi tediye kararına karşı bir iptal dâvası açılabileceğini kabul etmektedir.

Gerçekten - Jéze'in belirttiği üzere - mahiyeti itibariyle Lafage hâdisesi Desplagues hâdisesinden farksızdır. Şöyle ki her iki dâvada bir ademi tediye kararının iptali mevzuubahistir. Halbuki Desplagues hâdisesinde yüksek mahkeme mevzuata aykırılığı iddia olunan karara karşı açılan iptal dâvasının -mevzuu hakikatte bir hakkın, bir alacağın tesbitine mâtuf bulunması itibarile- mesmu olmayacağı; mülâzasiyle dâvayı iptidaen reddettiği halde; Lafage hâdisesinde açılan iptal dâvası yine bir hakkın, alacağın tesbitini istihdaf ettiği halde dâvayı dinliyor ve neticede iptal dâvasına mesnet teşkil eden ademi tediye kararını iptal etmekle, sarahaten değilse de, zımnen idareyi bu parayı ödmeğe mahkûm etmiş oluyor.

Şunu ilâve etmemiz lâzım gelir ki Fransız Devlet Şûrası Lafage kararından bugüne kadar bu yeni içtihadından hiç ayrılmamış, muhtelif kararlarında iptal dâvasının bir maaşın, bir tahsisatın, ikramiyenin, harcirahın, paranın tediyesi gibi normal olarak tam kaza dâvasına ait olması lâzım gelen bir takım neticeleri zımnen ve otomatik surette doğurmasını daima tecviz eylemiştir.

Lafage ve onu takip eden kararlar nazara alındığı takdirde Devlet Şûrasının yeni içtihadında aşağıdaki esasların hâkim olduğu görülür:

1 — Bir kere iptal dâvasının tam kaza dâvasına mahsus neticeler doğurabilmesi ancak askerî ve mülki memurların maaş, tahsisat, harcirah, ikramiye gibi malî menfaatlerine taallük eden idarî kararlar hususunda kabul olunmaktadır. Yani ancak maaş, tahsisat, ikramiye, harcirah gibi sırf memurlara tediyesi gereken bir meblâğın ademi tediyesi hakkındaki idarî kararların iptal dâvasına mevzu teşkil edebilmeleri tecviz olunmaktadır. Yoksa umumî olarak her hangi bir ademi tediye kararının iptal dâvasına mesnet teşkil edebilmesine müsaade olunmamaktadır. Başka bir söyleyişle memurlar-

bozulmasına hükmeder; tam kaza dâvasında ise doğrudan doğruya ve açıkça idareyi tazminata mahkûm eder.

Şu halde, Lafage kararında olduğu gibi, mahkemenin bir ademi tediye kararını bozması velev ki zımnen ve dolayısıyla idare için bu meblâğı tediye etmek mecburiyetini doğursa, mahkeme sadece kararı iptal etmekle iktifa eylediğine ve doğrudan doğruya, açıkça idarenin bu meblâğı tediye etmesini karar altına almadığına göre iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasındaki bu fark mahkemece mahfuz tutulmuş demektir.

dan gayri şahısların, tediyesi lâzım gelen bir paranın tediye olunamayacağı hakkındaki kararlara karşı iptal dâvası açmalarına cevaz verilmemekte; bu gibi bir dâvanın idareyi neticeten bu meblâğı ödemek zorunda bırakacağı nazara alınarak bu gibi bir neticenin ancak bir tam kaza dâvasıyla elde edilebileceği kabul olunmaktadır. Görülüyor ki iptal dâvasının bazan tam kaza dâvasına mahsus neticeler doğurabilmesi genel bir şekilde değil; ancak memurların malî menfaatlerini ilgilendiren hususlarda, yani mahdut bir sahada tecviz edilmektedir.

Elhasıl bir takım malî, nakdî neticeler husule getirecek mahiyetteki iptal dâvalarının Devlet Şûrasınca kabulü bu dâvaların, memurlara temin olunan malî menfaatlara müteallik ademi tediye kararlarına karşı açılması şartına bağlıdır.

2 — İkincisi memurlar tarafından, malî menfaatlerini ilgilendiren ademi tediye kararlarına karşı açılan iptal dâvalarının Devlet Şûrasınca kabulü için ikinci bir şartın tahakkuku gerekir. Şöyle ki bu gibi dâvaları rüyet ve halletmek için Devlet Şûrası ihtilâfın birinci derecede kendisinden gayri her hangi bir idarî kaza mercüne ait olmamasını aramaktadır. Başka bir ifade ile memurların malî menfaatlerine müteallik bazı ihtilâflar, mevzuata göre, birinci derecede vilâyet şûralarına (Conseil de préfecture) lere (12) veya müstemleke

(12) Gerçekten Fransada 19/2/1801 tarihli bir kanunla her vilâyette idarî sahada bir istişare ve aynı zamanda kaza organı vazifeleriyle mükellef olan ve bizdeki vilâyet idare heyetlerine benziyen Vilâyet Şûraları kurulduğu malûmdur. Bu vilâyet Şûraları 1926 senesine kadar, bir takım istihaleler geçirmekle beraber, birinci derecede hususî, istisnâî idare mahkemeleri mahiyetlerini daima muhafaza etmişlerdir.

1926 tarihinde ise her vilâyetteki Vilâyet Şûrası yerine, kazaî salâhiyetleri müteaddit vilâyetlere şâmil olan, yani salâhiyet dairesi umumiyetle üç vilâyeti içine alan yirmi iki adet vilâyet arası şûrası (Conseil interdépartementaux) ikame edilmiştir. Bu şûraların kaza daireleri bu suretle genişlemekle beraber bunlar birinci derecede istisnâî birer idarî mahkeme vasıflarını muhafaza etmişlerdir. Yani bunlar ancak kanunların kendilerine sarahaten tevdi ettikleri muayyen idarî ihtilâflara bakan birer idarî kaza mercüdürler. İşte bu kaza mercilerine bırakılan idarî dâvalar arasında da mahallî memurların statüsüne ve haklarına taallük eden ihtilâflar yer almaktadır. Yani vilâyet, komün ve mahallî âmme müesseseleri memurlarının tayini, terfii, tekaüde sevki gibi idarî tasarruflardan veya bunlar hakkındaki inzibatî muamelelerden yahut ta maaş, tahsisat, ikramiye, harcirah vesaire gibi malî menfaatlerine müteallik idarî kararlardan çıkan ihtilâfları birinci derecede tetkik bunların salâhiyeti cümlesindedir.

Vilâyet Şûralarının tarihi tekâmülü teşkilâtı ve salâhiyetleri hakkında

şûralarına (Conseil du contentieux administratif colonial) lere (13) bırakılmıştır. Bu gibi ihtilâfları mezkûr kaza mercileri birinci derecede tetkike salâhiyetli olduklarına göre Devlet Şûrası memurların malî menfaatlerine taallûk eden dâvaları bir iptal dâvası şeklinde dinlemek ve tetkik etmekle kanuncunun idarî kaza mercileri arasında vazettiği iş bölümüne, kısaca diğer idarî mahkemelerin salâhiyetine tecavüz etmekten çekinmektedir.

İşte memurların malî menfaatlerine taallûk eden ihtilâfların, Devlet Şûrasında bir iptal dâvası şeklinde değil de kanunen başka bir idarî mahkemede her hangi bir dâva ikame etmek suretiyle halli lâzım geldiği takdirde bu gibi merci tecavüzüne sebebiyet vermemek için Devlet Şûrası, nezdinde idarece müttehaz ademi tediye kararlarına karşı açılan iptal dâvalarını iptidaen reddeylemekte, dinlemektedir. (14)

Bilâkis - evvelce belirttiğimiz veçhile - memur için idare tarafından ademi tediye kararından dolayı yine Devlet Şûrasında ve fakat bir tam kaza dâvası açmak suretiyle hakkını aramak ve elde etmek imkânı mevcut olsa dahi; yüksek mahkeme memurun bu gibi bir dâva yerine nezdinde sadece bir iptal dâvası ikame ederek aynı neticeyi elde etmesine Lafage kararından beri cevvez vermektedir.

3 — Nihayet malî, nakdî neticeler doğuracak mahiyetteki iptal dâvalarının Devlet Şûrasınca kabul olunabilmesi için dâvacı - yani kendisine maaş, tahsisat, ikramiye, harcirah... verilmeyen memur - tarafından idarece bu hususta ittihaz olunan ademi tediye kararına karşı açılan dâvada mezkûr kararın mevzuata, hukuka aykırılığı iddia edilmiş olmalıdır. Daha doğrusu dâvada ademi tediye kararının

---

izahat için Profesör L. Trotabas tarafından yazılan ve sayın Devlet Şûrası müddeiumumilerinden B. Samim Bilgen tarafından Türkçeye çevrilen «Fransada Vilâyet Şûralarının tarihi tekâmülü ile bugünkü durumuna bir bakış» adlı etüde bakınız (İdare dergisi 1944 sayı 170 sah. 106 - 112)

(13) Filhakika Fransız idare teşkilâtında, muhtelif müstemlekelerde birinci derecede umumî bir idarî mahkeme vazifesiyle mükellef birer müstemleke şûrası mevcut olduğu malûmdur. Her bir müstemlekede ayrı bir teşkilâta malik bulunan bu şûraların birinci derecede tetkike salâhiyetli oldukları idarî dâvalar arasında müstemleke memurlarının statüsünü ve malî hak ve menfaatlerini ilgilendiren tam kaza ve iptal dâvaları yer almaktadır. Bu müstemleke mahkemeleri hakkında tafsilât için bakınız:

R. Bonnard, Précis 1940 sah. 197 - 200 ve Gros, Dalloz 1936. 3. 44.

(14) Meselâ Moultaien ve İphate kararları Devlet Şûrasının bu noktai nazarını belirtmektedir. Bakınız Lebon 1916 sah. 418 ve 1917 sah. 239.

kanunî veya nizamî bir hukuk kaidesine, kısaca objektif hukuka aykırılığı bahse mevzu olmalıdır.

Zannımızca bu sonuncu şart diğerlerinden daha fazla tavzihe muhtaçtır. Zira Devlet Şûrasının bu husustaki noktai nazarı ancak zamanla tavazzuh ve tekarrür etmiştir. Gerçekten Lafage kararında bir memur tarafından ademi tediye kararına karşı açılan dâvanın bir iptal dâvası sayılması lâzım geldiğini, müddeiumumî Pichat'ın mütalâalarından mülhem olarak, beyan eden yüksek mahkemeye göre iptal dâvasının kıstasını şu formül ile ifade etmek mümkündür: Her hangi bir dâvada dâvacı idarî bir kararın kanunî veya nizamî bir hukuk kaidesine, kısaca mevzuata, hukuka aykırılığını ileri sürdüğü takdirde bunu bir iptal dâvası addetmek gerektir.

Görülüyor ki ademi tediye kararına karşı açılan iptal dâvasının mahkemece kabulü için dâvacının dâvasını mezkûr kararın mevzuata, hukuka her hangi cihetten aykırılığından bahis ile ikame etmiş olması lâzımdır. Başka bir söyleyişle dâvacının ademi tediye kararının mevzuata her hangi bakımdan mugayeretini ileri sürmesi ve kararın sadece iptalini istemesi zaruridir. Yoksa dâvacı, idarenin bu gibi bir karar ittihaz etmekle sübjektif bir hakkını ihlâl eylediğini, ödemesi gereken meblâğı tediye etmemekle bir kusur işlediğini dermeyeranla hakkının tamirini, meblâğın tediyesini mahkemedен, bir iptal dâvası zımında, istediği takdirde mahkeme dâvayı iptidaen reddeder ve dinlemez. Zira bu gibi hallerde dâvanın - zahiren dahi olsun - bir iptal dâvası sayılması mümkün değildir.

Bu gibi bir dâvanın yalnız zımnen ve dolayısıyla değil, saraha-ten ve doğrudan doğruya bir tazminat talebi ihtiva ettiği meydandadır. Şu halde bunun bir iptal dâvası şeklinde değil de, tam kaza dâvası olarak ikamesi gerekir.

Hattâ daha ileri giderek denebilir ki: Dâvacı idarî bir karara karşı iptal dâvası açarak, tazminat falan talep etmeyip, kararın sadece iptalini istediği zaman dahi kararın mevzuata, hukuka aykırılığından bahsetmeyip bir sübjektif hakkının ihlâlinde şikâyet ederse bunu bir iptal dâvası addetmeğe imkân yoktur. Zira, dâvada kararın objektif hukuka mugayireti bahse mevzu olmayıp sübjektif bir hakkın ihlâli mevzuubahis olduğuna göre, bunun bir iptal dâvası şeklinde değil, avukat tutarak ve harç yatırılarak bir tam kaza dâvası olarak ikamesi icap eder. (15)

(15) Nitekim Devlet Şûrası Lafage dâvasıyla aynı günde karara bağladığı Schlemmer dâvasında bu esası pek güzel belirtmiştir. Hâdise bir memura

Görülüyor ki bu içtihadada nazaran iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasındaki fark esastan ziyade şekle taallük eylemektedir. Şöyle ki iki dâvayı tefrike yarayacak kriteriyum: netice itibariyle dâvacının talebini şu veya bu şekilde arzemesine, iddialarını şu veya bu tarzda dermeyan eylemesine bağlıdır.

Gerçekten her hangi bir hâdisede dâvacı idarî bir kararın mevzuata, hukuka aykırılığını ileri sürer ve sadece kararın iptalini talep ederse bu dâva Devlet Şûrasına göre bir iptal dâvasıdır.

Bilâkis aynı hâdisede dâvacı mezkûr kararın mevzuata, hukuka aykırılığından bahsetmeyip; sadece her hangi bir hakkını ihlâl eylediğini, bir zarara sebebiyet verdiğini ileri sürerse bu dâva bir tam kaza dâvasıdır.

Demek oluyor ki açılan bir dâvanın mahiyetini, yani dahil olacağı kategoriyi, kısaca bir iptal veya tam kaza dâvası sayılmasını tayin etmek dâvacıya aittir. Dâvacı bir kararın mevzuata, objektif hu-

---

iki yerden birden maaş verilmesinden; daha doğrusu hem bir taraftan tekaüt maaşı, hem de diğer yandan, faâl hizmet karşılığı olarak, normal maaş tediye-sinden ibarettir. Günün birinde maliye, mevzuata göre, bir memurun uhdesinde iki maaşın içtima edemeyeceği mülâhazasıyla bugüne değin memura verilen fazla paraların istirdat ve iadesine dair karar ittihaz etmiştir. Memuru hazineye karşı borçlu kılmıştır.

Alâkadar, Maliye Nezaretince müttehaz istirdat ve iade kararına karşı - avukat tutmaksızın ve harç vermeksizin - bir iptal dâvası açmıştır. Ancak şu var ki dâvacı mezkûr kararın sadece iptalini istemekle beraber; iki maaşın mevzuata göre içtima edebileceğini iddia etmiş değildir. Yani Maliye Nezaretinin bu yoldaki kararının mevzuata aykırı olduğunu asla iddia eylememiştir. Hülâsa şikâyeti mucip kararın mevzuata, hukuka her hangi bir cihetten mugayir olduğunu hiç bir suretle ileri sürmemiştir. Sadece kendisinin vaktiyle idareye, iki yerden maaş aldığını beyannamesinde bildirdiğini; bu cihetle idarenin keyfiyetten haberdar bulunduğunu; kendisine idarenin malûmatı tahtında iki yerden maaş verilmiş olduğunu; kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini, maaşların ademi içtimaı kaidelerini nazara alarak idarenin vaktiyle kendisine bu yolda muamele ifa etmemesi lâzım geldiğini; fazla te-diyatta bulunmakla idarenin bir hizmet kusuru işlemiş olduğunu, şu halde bunun netayiç ve avakıbının da idareye ait olması gerektiğini; elhasıl evvelce fuzulî olarak verilen meblâğın istirdadı yoluna gidilemeyeceğini; bundan idarenin malen mesul tutulması iktiza eylediğini... dermeyan eylemiştir.

Görülüyor ki alâkadar hâdisede bir objektif hukuk kaidesine aykırılıktan bahsetmeyip; bir sübjektif hakkın hizmet kusuru neticesinde ihlâlinden şikâyet etmektedir.

Bu itibarla Devlet Şûrası müddeiumumî Pichat'ın mütalâalarını nazara alarak «dâvanın devletin malî mesuliyeti meselesini ortaya attığına göre» bunun bir iptal dâvası şeklinde açılmasına imkân olmadığını beyanla dâvayı reddetmiştir. (Lebon 1912 sah. 348 ve Sirey 1.3.1912).

kuka aykırılığını ileri sürmek suretiyle bu dāvaya bir iptal dāvası mahiyeti verebileceği gibi; kararın sadece bir sübjektif hakkını ihlâl ettiğinden bahsederek buna bir tam kaza dāvası mahiyeti de izafe edebilir.

Anlaşıyor ki Lafage içtihadına göre dāvanın mahiyetini tayin eylemek dāvacının ihtiyarına bırakılmıştır. Dāvaya dilediği mahiyet ve karakteri vermek dāvacının elindedir. Hülâsa dāvanın mahiyeti dāvacının keyif ve arzusuna tâbidir.

Halbuki bu gibi bir içtihadın, Fransa bakımından, yerinde olmadığı meydandadır. Çünkü Fransada kanun vazı iptal ve tam kaza dāvası arasında şekil ve usul cihetinden bir fark gözetmiştir: Tam kaza dāvasını avukat ve harç mecburiyetine tâbi tutmuştur. İptal dāvasını ise bundan muaf kılmıştır. Hiç şüphe yok ki kanunun sırf iptal dāvası hususunda kabul ettiği muafiyeti tam kaza dāvasına teşmil etmek kanuna aykırı düşer. Bu itibarla dāvacının, dāvanın mahiyetini serbestçe tayin edebilmesi; hakikatte bir tam kaza dāvasından ibaret olan bir ihtilâfı zahiren bir iptal dāvası şeklinde ikame etmesi; kısaca tam kaza dāvasını iptal dāvası kisvesi altında açması doğru olmaz. Bu, âdetâ kanuna karşı bir hile sayılmak lâzım gelir.

Halbuki Lafage içtihadına göre iki dāva arasındaki kıstas, son bir tahlilde, dāvacının ihtiyarına bırakıldığına nazaran; dāvacı dāvanın mahiyetini, kategorisini tayin imkânına malik demektir.

Zira bedihidir ki idarî bir kararın tatbik ve icrasından mütevellit her ihtilâfı bir iptal dāvası şekline irca etmek mümkündür: İdarî bir kararın tatbik ve icrasından sübjektif bir hakkı muhtel olan, her hangi bir zarara düçar kalan şahıs bu kararın mevzuata, kavanin ve nizamata aykırı olduğunu her zaman iddia edebilir. Sübjektif hakkının ihlâli keyfiyetinden bahsedecek yerde; kararın mevzuata, hukuka aykırılığını daima ileri sürebilir. Hakkının tamirine, zararının tazminine hükmedilmesini doğrudan doğruya ve açıkça istemeyip; bu hakkı ihlâl eden, bu zarara sebebiyet veren kararın bozulmasını taleple iktifa edebilir.

Hülâsa bir tam kaza dāvasını iptal dāvası şeklinde ikame edebilir.

Hattâ her hangi bir hakkı ihlâl eden, her hangi bir zarara sebebiyet veren idarî bir kararın hakikaten mevzuata, hukuka aykırı olması dahi mümkündür.

Bununla beraber mevzuata aykırılık arzedən her karardan çıkan ihtilâfın bir iptal dāvası şeklinde ikamesi her zaman doğru olmaz.

Zira bir dâvanın mahiyetini, kategorisini tayin etmek bir şekil meselesinden ziyade esasa müteallik bir meseledir. Binaberin bir dâvanın iptal veya tam kaza dâvası sayılması: dâvanın şu veya bu şekilde ikame olunmasından ziyade; ihtilâfın esasına, hâdisenin bünyesine tâbi olmak gerektir.

Aynı zamanda aşikârdır ki: İhtilâfın esasını, hâdisenin bünyesini tahlil ve takdir dâvacıya değil, doğrudan doğruya mahkemeye terrettüp eder.

Hülâsa dâvanın mahiyetini, vasfını, nevini şu veya bu yolda bir talepte bulunmak, filan veya falan iddia dermeyan etmek suretiyle dâvacı tayin edemez. Dâvaya mesnet teşkil eden ihtilâfı nazara alarak, hâdiseyi tahlil ederek ancak mahkeme tayin edebilir.

Aksi takdirde şekil esasa galebe çalmış; dâvacının noktai nazarı da hâkimin görüşüne tefevvuk etmiş olur. Yani dâvacının hâdiseleri şu veya bu şekilde arzetmesine, ihtilâfı filan veya falân tarzda irae etmesine, hülâsa dâvacının maharetine göre hakikatte bir iptal dâvası sayılmasına hukukan imkân olmıyan bir dâvayı mahkeme bir iptal dâvası olarak kabul etmek mecburiyetinde kalır.

Bir kelime oyunu yaparak denebilir ki: Hâdisede hâkim yerine dâvacı hâkim kılınmış olur.

Nitekim yukarıda işaret ettiğimiz mahzur ve tehlikeleri sezen M. Hauriou Devlet Şûrasının dikkatini bu noktaya çekmek lüzumunu duymuştur. (16)

Şunu ilâve etmek lâzımdır ki Lafage kararından sonra Devlet Şûrası, yukarıda işaret ettiğimiz mahzurları nazara alarak içtihadına daha kat'î ve doğru bir veçhe vermiştir. Bu yeni içtihat mucibince yüksek mahkeme malî ve nakdî bir takım neticeler doğuracak mahiyetteki iptal dâvalarını kabul etmek ve dinlemek için dâvacının yalnız mezkûr kararın mevzuata aykırılığını ileri sürmesini ve kararın iptalini istemesini kâfi saymamaktadır. İhtilâfın hakiki mahiyetini nazarı itibara alarak, hâdisesine ve icabına göre dâvanın mahiyetini tayin etmek salâhiyetini sırf kendisine hasretmektedir. Bunu, ancak kendisinin takdir ve tayin edebileceğini beyan eylemektedir.

Meselâ Allix, Hurtaux, Taillade kararlarında bir memur tarafından bir karar aleyhine sırf mevzuata aykırılığınan bahisle ve sadece iptalini talep etmek suretiyle açılan dâvanın hakikaten bir iptal

(16) Müellifin bu hussutaki mütalâalarını öğrenmek isteyenler 1912, 1, 3, Sirey altındaki notuna ve «Fransada iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasındaki ilgi» adlı yazımıza müracaat edebilirler



dâvası sayılıp sayılamıyacağını araştıran yüksek mahkeme, dâvanın mahiyetini tayin etmek salâhiyetinin ancak kendisine ait olduğunu belirtiyor. Hâdisede mezkûr kararın mevzuata uygun olup olmadığını tesbit etmekle ihtilâfı halletmenin mümkün olamayacağına işaret ediyor. Hâdisede aykırılıktan ziyade kusur, mesuliyet, tazminat meselelerinin bahse mevzu olduğunu nazara alıyor. Neticede «Hâdisede her ne kadar dâvacı sadece kararın mevzuata aykırılığını ileri sürmekte ise de ahval ve şeraite göre ihtilâfın mahiyeti itibariyle ancak bir tam kaza dâvasına vesile teşkil edebileceğini, binaberin bir iptal dâvası şeklinde - yani avukat tutulmaksızın ve harç verilmeksizin - açılan dâvanın kabule şayan olmadığını» beyanla dâvayı iptidaen reddediyor. (17)

Görülüyor ki bu yeni içtihadıyla Devlet Şûrası iptal dâvasının kıstasını dâvacının ihtiyarına bırakmayıp; bu kriteriyumu ihtilâfın esasını nazara alarak, yani ahval ve şeraiti tahlil ederek doğrudan doğruya kendisi hâdiseye tatbik ediyor. Bu suretle, yukarıda işaret ettiğimiz mahzur ve tehlikeleri bertaraf etmiş oluyor.

Şimdiye kadarki verdiğimiz izahattan anlaşılacağı veçhile Fransada iptal dâvası prensip itibariyle mali, nakdi neticeler, bir kelime ile tam kaza dâvasına ait hükümler tevhit edememekle beraber; bazan istisnai olarak, bu gibi neticeler de doğurabilmektedir.

Şu halde idarece müttehaz bir kararın tatbik ve icrasından sübjektif bir hakkı muhtel olan, her hangi bir zarara düşer kalan şahıs tarafından yalnız bir iptal dâvası açıldığı takdirde mahkeme kaide-ten muhtel olan hakkın tamiri, zararın tazmini cihetine gidememekle beraber; mahkemenin istisnaen, mülki ve askeri memurlar tarafından mali menfaatleriyle ilgili mukarrerat aleyhine ikame olunan iptal dâvalarını kabul etmekle - zımnen ve dolayısıyla - idareye ihlâl ettiği hakkı tamir, ika eylediği zararı tazmin gibi vecibeler yükleyebileceği bugün Fransada kabul edilmektedir.

B — Memleketimize gelince; bu mesele doktrin sahasında hiç incelenmemiş olmakla beraber, zannımızca Fransada olduğu gibi bizde de müsbet bir şekilde halledilmek lâzım gelir. Nitekim fikrimizce Devlet Şûramızın noktai nazarı bu merkezde olup; iptal dâvasının, tam kaza dâvasına ait neticeler tevhit edebileceği yüksek mahkememizce dahi kabul olunmaktadır.

(17) Lebon 1924. Sah. 1046.

1. — Gerçekten bir kere, bilindiği üzere, bizde iptal dâvalarıyla tam kaza dâvaları arasında usul, şekil ve müddet bakımından hiç bir fark mevcut değildir. Filhakika 1938 tarihli Devlet Şûrası kanununa göre her iki dâva aynı şekilde ikame olunur. Tam kaza dâvası iptal dâvasından farklı her hangi bir merasime ve külfete tâbi değildir.

İptal dâvası gibi tam kaza dâvası da avukat tutulmaksızın açılabilir. Harç hususunda da iki dâva aynı esasa tâbidirler. Aynı zamanda, dediğimiz gibi, iki dâva arasında müddet bakımından da hiç bir fark yoktur. Bu itibarla memleketimizde iki dâvanın sınırlarını, Fransada olduğu gibi, büyük bir dikkat ve itina ile çizmekte bu bakımdan hiç bir fayda melhuz değildir. İki dâvayı titiz bir surette tefrik etmeye, ameli yönden, lüzum yoktur.

Nitekim, zannımızca, Danıştay iptal ve tam kaza dâvasının titiz bir şekilde ayrılmasına fazla ehemmiyet vermediğini; iki dâvanın kesin bir surette tefrikine ihtiyaç duymadığını; umumiyetle idarî dâvaların nevi ve kategorilerini kat'iyetle tayin hususunda büyük bir dikkat ve itina sarfına lüzum görmediğini bir çok kararlarında açığa vurmaktadır.

Meselâ deavî daireleri umumî heyetinin 37/237 sayılı bir kararında yüksek mahkeme «Dâvanın kazai tam veya iptal şekillerinden biriyle açılmış olduğunun metinde - yani dâva arzuhalinde - musarrah bulunmaması» keyfiyetini - dâva olunanın bu yoldaki talebi hilâfına - arzuhalin, dâvanın reddi için kâfi bir sebep sayılamıyacağını beyan ediyor. (18)

Bunun gibi başka bir hâdisede, mütasarrıfı buldukları ve senelerce evvel kiraya vermiş oldukları kömür ocakları üzerindeki alâkalarının kesilerek bütün hak ve menfaatlerinin - 2818 sayılı kanuna istinaden - devlete intikali hususunda İktisat Vekâletince bir karar ittihaz edilmesi üzerine alâkadarlar tarafından sarahaten ve münhasıran bir iptal dâvası şeklinde ikame olunan bir dâvaya Devlet Şûrası, müddeiumuminin mütalâalarına tevfikan (19) aynı zamanda

(18) D. Ş. K. Mecm. Sayı 2, Sah. 23 - 25

(19) Gerçekten müddeiumumiye göre dâvacıların sarahaten ve münhasıran bir iptal dâvası şeklinde ikame ettikleri dâva hakikatte bir iptal dâvası mahiyetini hâiz olmayıp, bir tam kaza dâvasıdır.

Vâkıa Devlet Şûrası kararlar mecmuasında intişar eden bu dâva hülâsasında müddeiumuminin mütalâasının bu kısmı her nedense intişar etmemiş

bir tam kaza dâvası mahiyeti izafe ediyor. Dâvacılar, kiraya vermek suretiyle işletmekte oldukları kömür ocaklarının devlete intikali hakkındaki idarî kararın muhtelif cihetlerden mevzuata aykırılığını ileri sürerek, sadece iptalini istedikleri halde; yüksek mahkeme «İcra verdikleri kömür ocakları üzerindeki alâkalarının 2818 sayılı kanunun intişarı ile birlikte kesilmesinde kanunun ne esasına, ne maksadına muhalefet olmadığı gibi muamelenin tatbik suretinde de bir usulsüzlük bulunmadığından bu bapta muamelenin iptali hususundaki dileklerinin reddi» icap ettiğini «ve şu kadar ki kendilerinin madenlerde icardan evvel yaptıkları tesisatın... tazmine tâbî tutulması lâzım geleceğini» beyanla idareyi netice itibariyle tazminata mahkûm ediyor. (20)

Misal kabilinden zikrettiğimiz bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Devlet Şûramız idarî dâvaların mahiyetini, nev'ini ve dahil oldukları kategoriyi tayin hususunda lüzumundan fazla titiz ve kışkanç davranmamakta; iptal ve tam kaza dâvası arasında, haklı olarak kat'i ve aşılmaz hudutlar tesisine taraftar görünmemektedir.

Bu itibarla zannımızca memleketimizde iki dâvanın, Fransada olduğu gibi, büyük bir dikkat ve itina ile ayrılmasına lüzum yoktur. İki dâva arasında aşılması imkânsız bir sed inşa etmek doğru değildir.

2 — Kaldı ki - ileride tafsilât ile arzedeceğimiz veçhile - Devlet Şûramız, dâvacı bakımından bir kolaylık olmak üzere, iki dâvanın tek bir arzuhal ile açılmasına da cevaz vermektedir. Yani dâvacının tek bir dâva zımında hem iptal hem de tazminat talebi dermeyan etmesine müsaade eylemektedir.

Meselâ Maliye Vekâletinin icrai mahiyetteki bir tamimine, daha doğrusu bir talimatnamesine istinaden kendisinden fazla vergi tahsil olduğunu iddia eden bir mükellefin, tek bir dâva zımında, hem mezkûr tamimin (talimatnamenin) kanuna aykırılığından bahisle iptalini talep etmesi hem de aynı zamanda tahsil edilen meblâğın iadesini istemesi üzerine Devlet Şûrası dâvanın hakikatte iki dâvadan ibaret olduğunu, yani ayrı iki mahiyeti hâiz bulunduğunu belirtmiştir. Yüksek mahkemeye göre «Dâvacının dileğinin birinci kısmı

ise de; elimizdeki ilâm suretinde müddeiumuminin bu yolda bir mütalâa serrettiği görülmektedir.

(20) D. Ş. K. Mecm. Sayı 2, sah. 66 - 72.

umumî, afakî mahiyette bir tamim (talimatname) aleyhine matuf olduğundan iptal dâvası mahiyetindedir.»

Halbuki Devlet Şûrasının açıkça beyan ettiği veçhile «Mesele- nin tam kazalı bir dâva mevzuu teşkil eden ikinci kısmı», yani tahsil edilen meblâğın iadesi talebi bir tam kaza dâvasından başka bir şey değildir.

Bununla beraber yüksek mahkeme bu dâvayı iptidaen kabul etmiş ve dinlemiştir. (21)

Bunun gibi Devlet Şûrası işten el çektirilen ve fakat muhakeme neticesine intizar edilmeksizin azlolunan bir memur tarafından tek bir dâva zımında mahkemeden hem kanuna muhalif bulunan azil kararının iptalini istemesine, hem de bugüne kadar işliyen ve âtiyen işliyecek olan maaşlarının tesviyesine dair karar verilmesini talep etmesine cevaz vermekte; dâvayı iptidaen kabul etmekte ve dinlemektedir. (22)

Keza başka bir hâdisede namzetlik müddetini ücretli memur olarak geçirdikten sonra asil memur sayılması ve ücretinin maaşa çevrilmesi lâzım gelirken, mevzuata aykırı olarak idarenin asil memur sayılmıyacağı, ücretinin maaşa tahvil olunamıyacağı, ücretle maaş arasındaki farkın bundan böyle kesileceği hususunda karar ittihaz etmesi ve kendisine evvelce tediye olunan ücretle maaş farkını istirdat eylemesi üzerine alâkadar Devlet Şûrasına baş vurmuş. Mahkemeden hem ücretle istihkakı olan maaş arasındaki farkın kesilmesi hakkındaki idarî kararın, kanuna muhalefetine binaen, iptalini istemiş. Hem namzetlik müddetini doldurduğu tarihten itibaren asil memur sayılması hakkında karar vermesini talep etmiştir. Hem de haksız olarak kesilen meblâğın iadesine hükmetmesini dilemiştir.

Yüksek Mahkeme de dâvayı kabul ve rüyet ederek «Dâvacı hakkında tatbik edilen muamelenin bozulmasına ve kendisinin memuriyete tayini muamelesinin tekemmül eylediği tarihten itibaren asil memur sayılmasına ve namzet telâkki edilerek istirdat edilen meblâğın yedine iadesine» karar vermiştir. (23)

Kezalik Maarif teşkilâtına dair 789 sayılı kanun mucibince bir öğretmene vilâyet bütçesinden 10 lira makam tahsisatı verilmekte

(21) D. Ş. K. M. Sayı 4, sah. 42 - 44

(22) D. Ş. K.M.Sayı 8, Sah. 67 - 69

(23) D. Ş. K. M. Sayı 7, Sah. 58 - 60

iken Maarif Vekâletinin emri üzerine Vilâyet Umumî Meclisinin makam tahsisatının bundan böyle verilmeyeceği hakkındaki karara karşı açılan dâvada hem mezkûr kararın iptali, hem de müterakim 364 kûsur liranın verilmesi talep edilmiştir. Devlet Şûrası ise «Dâvacı hakkındaki muamelenin bozulmasına ve dâvacının alacağı olan makam tahsisatının verilmesi lâzım geleceğine» karar vermiştir. (24)

Yine başka bir hâdisede tekaütlüğünü talep eden bir memura ikramiye verilemeyeceği hakkındaki idari karar aleyhine açılan dâvada Devlet Şûrası «İkramiye talebinin reddi hakkındaki kararın bozulmasına ve tekaüde esas olan maaş üzerinden ikramiyesinin verilmesi lâzım geleceğine» karar vermiştir. (25)

Misal olarak zikrettiğimiz bu kararlar mucibince tek bir arzuhal ile hem bir iptal, hem de bir tam kaza dâvası açılması caiz olduğuna göre iki dâvanın hudutlarını lüzumundan fazla bir dikkat ve itina ile ayırmakta, memleketimiz bakımından, amelî fayda olmayacağı kolaylıkla anlaşılır. Bu cihetle meselenin, Fransada olduğu gibi, bizde ayrı bir hususiyeti ve ehemmiyeti olmadığı derkârdır.

Gerçekten malî, nakdî bir takım neticeler tevhit edecek mahiyetteki bir iptal dâvasının —bu gibi neticelerin ancak tam kaza dâvasına ait ve mahsus olması lâzım geleceği mülâhazasıyla— kabule şayan olup olmadığını bizde uzun uzadıya düşünmeğe ve münakaşaya lüzum yoktur. Zira, yukarıda arzettiğimiz veçhile, esasen bizde dâvacı aynı dâva zımında hem iptal talebi dermeyan edebilir; hem de tam kaza dâvasına ait mütalebelerde bulunabilir. Şu halde iptal dâvasının tek başına malî, nakdî, sübjektif neticeler doğuracağı kabul olunmasa bile; dâvacı iptal dâvasına bir tam kaza dâvası eklemek, daha doğrusu iptal talebine tam kaza talebi katmak suretiyle bu gibi bir neticeyi elde edebilmek imkânına malik bulunuyor demektir. Binaenaleyh iptal dâvasının, tam kaza dâvasına ait neticeler doğurup doğuramayacağı meselesi amelî bakımdan fazla bir ehemmiyeti hâiz değildir. (26) Dâvacı, iptal dâvası zımında doğrudan

(24) D. Ş. K. M. Sayı 9, Sah. 46 - 47

(25) D. Ş. K. M. Sayı 23, Sah. 20 - 22

(26) Gerçi son içtihatlar göre halen Fransada dahi iki dâvanın bir arada, yani tek bir arzuhal ile ikamesine cevaz verilmektedir. Lâkin iki dâvanın birlikte, tek dâva halinde açılabilmesi için dâvanın behemehal tam kaza dâvasının tâbi olduğu şekle tevfikân açılması lâzımdır. Yani dâvanın avukat marifetiyle ve harç verilmek suretiyle ikamesi gerektir. Görülüyor ki Fransada iki dâva arasında şekil ve usul bakımından mevcut olan fark tesirini bu

doğruya ve açık bir surette bu yolda talepler dermeyeran edebileceğine göre; iptal dâvasının zimnen ve dolayısıyla bu gibi neticeler tevhit edebileceğini kabul etmekte mahzur olmasa gerektir.

3 — Nihayet şunu da kaydetmemiz lâzımdır ki Devlet Şûramız, müteaddit kararlarında, iptal dâvasının bazı hallerde tam kaza dâvasına ait neticeler tevhit edebileceğini kabul eylemektedir. İptal dâvasının, tam kaza dâvası gibi neticeler doğurmasına, tam kaza dâvası gibi vaziyetler ihdas etmesine cevvez vermektedir.

Meselâ Devlet Şûrası, devletten 950 liralık bir alacağı olduğu halde bu paranın tediye olunamayacağı hakkındaki Maliye Vekâletinin kararına karşı —mevzuata aykırılığına binaen— iptal dâvası açan bir kimsenin dâvasını kabul etmiştir. (27)

Bunun gibi bir Vilâyet Hususî İdaresinin —30/3/1330 tarihli kanununun birinci maddesi mucibince— devlet bütçesinden vergi hissesi olarak alacağı olan 81.297 liranın verilmeyeceği hakkında Maliye Vekâletince müttehad kararın kanuna aykırılığından bahisle açtığı iptal dâvasını Devlet Şûrası kabulde aslâ tereddüt etmemiş ve mezkûr kararı —kanuna mugayiretinden ötürü de— iptal etmekten çekinmemiştir. (28)

Keza nüfus işlerine yardım etmek üzere muvakkaten başka bir mahalle gönderilen bir memura harcirah verilemeyeceği hakkındaki idarî karara karşı açılan iptal dâvasını yüksek mahkeme kabul ve neticede kararı, kanuna aykırılığından dolayı, iptal etmiştir. (29)

Misal olarak seçtiğimiz bu hâdiselerin evvelce tahlil ettiğimiz Théveneau ve Despagnes hâdiseleriyle müşabehetler: aşikârdır. Gerçekten bütün bu hâdiselerde bir paranın ademi tediyesi hakkında

sahada dahi göstermektedir. İptal dâvası şeklinde ikame olunan bir dâvanın bu gibi bir ihtimalde bile kaideten tam kaza dâvasına ait neticeler tevhit etmesine cevvez verilmemektedir. İptal dâvasına tam kaza taleplerinin eklenebilmesi için dâvanın muhakkak surette tam kaza dâvası şeklinde açılması zarureti vardır. Bu itibarledir ki iptal dâvasıyla tam kaza dâvasının tefriki meselesi Fransa bakımından ehemmiyeti hâizdir. Halbuki bu, bizim için amellî bakımdan tâli bir meseledir.

(27) D. Ş. K. Mecm. sayı 7, Sah. 62 - 63

(28) D. Ş. K. Mecm. Sayı 7, Sah. 55 - 57

(29) D. Ş. K. Mecm. Sayı 9, Sah. 12 - 13

müttehaz idari bir kararın mevzuata aykırılığına binaen iptali talep olunmaktadır. Halbuki Lafage kararına kadar Fransada bu gibi iptal dâvaları —bir meblâğın tediyesine, yani sübjektif bir hakkın, bir alacağın teminine matuf bulunmak itibariyle— kabule şayan telâk-ki olunmadığı halde; görüldüğü üzere Devlet Şûramız tarafından bihakkın kabul, tetkik ve rüyet olunmaktadır.

Halbuki, vaktiyle işaret ettiğimiz veçhile, bu gibi iptal dâvaları hakikatte tam kaza neticeleri doğuracak mahiyettedir. Filhakika bir ademi tediye kararını iptal etmek: zımnen idareyi tediye mahkûm etmek demektir.

Anlaşıyor ki yüksek mahkememiz Fransız Devlet Şûrasının Lafage kararından evvelki içtihadına değil de; Lafage'dan itibaren fasılasız ve inkıtasız kabul edegeldiği içtihada uygun bir hal tarzı kabul etmektedir. Ki bu içtihadın her bakımdan müreccah olduğu meydandadır.

Devlet Şûramızın evvece temas ettiğimiz Schlemmer hâdisesine bir dereceye kadar müşabih bir hâdisede de bu içtihadına sadık kaldığını görüyoruz. Gerçekten yüksek mahkeme 40 lira maaş alması lâzım gelirken idarenin hatası yüzünden 55 lira üzerinden maaş almak suretiyle fuzuli olarak almış bulunduğu 243 liranın bir kısmının maaşından tevkifi, diğer kısmının da 15 gün içinde ödenmesi hususunda idarece müttehaz karara karşı bir memur tarafından açılan iptal dâvasını kabulde tereddüt etmiyor ve mezkûr kararı kanuna aykırılığından ötürü bozmaktan çekinmiyor. (30)

Hattâ yüksek mahkememizin bazan mevzuata aykırılığına binaen bir ademi tediye kararına karşı açılan iptal dâvası zımında sadece kararı bozmakla iktifa etmeyip; aynı zamanda idareyi sarahaten tediye mahkûm ettiği de vakidir.

Meselâ vekâlet emri maaşından bakiye matlûbu olan 175 liranın ademi tediyesi hakkındaki idari karara karşı mevzuata aykırılığından bahisle açtığı iptal dâvasında dâvacı sadece ademi tediye kararının ref ve iptalini talep ettiği halde Devlet Şûrası «ademi tediye kararının ref'ıyla dâvacının matlûbu olan vekâlet emri maaşının verilmesine» sarahaten hükmediyor. (31)

(30) D. Ş. K. Mecm. Sayı 6, Sah. 30 - 32

(31) D. Ş. K. Mecm. Sayı 8, Sah. 18 - 19

Bunun gibi bir memur karısına dul maaşının tahsis olunamayacağı hakkında Dahiliye Vekâletince müttehad bir karar aleyhine, 1746 sayılı kanuna uygun olmadığından bahisle, açılan iptal dâvasında Devlet Şûrası «Maaşın tahsis edilmemesinin yolsuz» olduğuna ve «Yukarıda adı geçen kanuna tevfikân maaş tahsisi icap edeceğine» karar vermiştir. (32)

Keza tekaüt hakkını hâiz devlet memurluğunda istihdam edildikten sonra İnhisarlar idaresine intisap eden bir memura —3028 sayılı kanunun birinci maddesinin B fıkrası mucibince— son memuriyetine muhassas aslî maaşın iki misli tazminat olarak verilmek lâzım gelirken tazminat talebinin idarece reddi üzerine açılan iptal dâvasında yüksek mahkeme hem bir taraftan tazminat talebinin reddine mütedair kararı bozuyor. Hem de diğer yandan «3028 sayılı kanunun 1 inci maddesinin B fıkrası hükmünün dâvacı hakkında tatbiki lâzım geleceğine» karar veriyor. (33)

Misal kabilinden zikrettiğimiz bu kararlar Devlet Şûrasının, nakdî, malî hususlara müteallik idarî kararların iptali zımında idareye bir takım malî ve nakdî vecibeler yüklemekten çekinmediğini göstermektedir.

Hattâ yüksek mahkemenin yalnız nakdî ve malî meselelerde değil; aynı zamanda hiç bir malî ve nakdî ciheti bulunmayan hâdiselerde dahi bu yolda hareket ettiği vakidir. Yani Devlet Şûrasının nakdî, malî her hangi bir hususla hiç bir ilgisi olmayan idarî bir kararın iptali zımında bu kararın tatbik ve icrasından muhtel olan bir hakkın şu veya bu şekilde tamiri cihetine gittiği görülmektedir.

Meselâ Ankara Hukuk Fakültesi talebelerinden biri tarafından 1941 - 1942 ders senesi nihayetinde üç senelik tahsil rejimi dahilinde icra olunan imtihanın «Ankara Hukuk Fakültesi lisans tedrisatı ve imtihan talimatnamesi» hükümlerine muhalif olarak yapıldığını, bu sebeple imtihanın hükümsüz addini Maarif Vekâletinden istediğini; lâkin vekâletin bu talebine karşı red cevabı verdiğini... ileri sürmek suretiyle açılan iptal dâvasında Devlet Şûrası icra olunan imtihanın mezkûr talimatnameye mugayir olduğuna kanaat getirdiğinden dâvaya mevzu teşkil eden kararı iptal etmiştir. Lâkin kararı bozmakla iktifa etmeyip aynı zamanda müddeinin Medenî Hukuk dersinden

(32) D. Ş. K. Mecm. Sayı 6, Sah. 40 - 41

(33) D. Ş. K. Mecm. Sayı 6, Sah. 39 - 40



sene içinde o dersi okutmuş olan profesör tarafından ve ancak okuttuğu bahisten sual sorulmak suretiyle «yeniden imtihanının icrasına» karar vermiştir. (34)

Bunun gibi İstanbul Üniversitesi Doçentlerinden biri tarafından doçentlik imtihanının «İstanbul Üniversitesi doçentlik sınavı talimatnamesi» hükümlerine aykırı olarak icra olunduğundan bahisle talimatname eşkâline riayet edilmeksizin yapılan muamele neticesinde imtihanın son safhasını teşkil eden kollokyomda muvaffak olmadığı hakkında müttehaz kararın iptalini talep etmesi üzerine Devlet Şûrası «İstanbul Üniversitesi Doçentlik sınavı talimatnamesinin 12 inci maddesi namzetlerin Fakülte Meclisine sevkini sözlü ve yazılı imtihanlara ait raporların mevcudiyeti şartına talik etmiş olduğu halde müddeinin sözlü imtihanları hakkında böyle bir rapor alınmadan Fakülte Meclisine sevk edilmiş olduğu anlaşılmasına binaen yapılan muamelenin mezkûr maddenin derpiş ettiği usule mugayereti zahir ve bu sebeple iptali mucip bulunmuş olmakla bu esas daire-sinde muamele ifa edilmek üzere itiraz olunan kararın bozulmasına» karar vermiştir. (35)

Keza, sıhhat, emniyet ve sair cihetlerden her hangi bir mahzur arzetmiyen bir mahalde sergi açılması hususunda vaki müracaatın belediye tarafından reddi üzerine açılan iptal dâvasında sadece bu kararın bozulması talep edildiği halde yüksek mahkeme «Dâvacının sergi açmasına müsaade edilmesinde kanuna uygun bir cihet görülmediğinden vaki müdahalenin men'ine» karar vermiştir. (36)

Bu misallerden anlaşılacağı üzere Devlet Şûramız bazan bir iptal dâvası zımında yalnız dâvaya mevzu teşkil eden kararı bozmakla iktifa etmeyip; ayrıca idareyi muayyen bir muamele ifasına mecbur tutmakta, ihlâl olunan bir sübjektif hakkın tamirine saraha-ten hükmeylemektedir.

Bütün bu izahat bizde iptal dâvasının, prensip itibariyle, iptal-den gayri bir netice doğuramamakla beraber; istisnaen bir maaşın, harcirahın, ikramiyenin, tahsisatın tediyesi gibi veya bir imtihan icrası, müdahalenin men'i gibi kaideten ancak tam kaza dâvasıyla temini mümkün olan neticeler de tevhit edebileceğini ispat etmektedir.

(34) D. Ş. K. M. Sayı 24, Sah. 22 - 23

(35) D. Ş. 5 inci Daire 25/4/1944 tarih ve 1765 K. 44/854 sayılı karar.

(36) D. Ş. K. M. Sayı 9, Sah. 42 - 43

Şu halde, dâvacının bazı hallerde, idarî bir karar aleyhine münhasıran bir iptal dâvası açmakla bu karardan muhtel olan her hangi bir hakkın tamiri cihetine gidebilmek, hakkını elde edebilmek imkânına malik olduğu anlaşılmaktadır ki gayemiz bu noktayı belirtmekten ibaretti.

II. Alâkadar tarafından idarece müttehaz bir karara karşı yalnız bir iptal dâvası açılmış olması ihtimalini böylece inceledikten sonra; ikinci şıkkı nazara alalım. Yani alâkadarın, her hangi bir idarî karara karşı hem bir iptal dâvası açtığını; hem de —iptal dâvasıyla birlikte aynı arzuhal ile veya iptal dâvasından ayrı olarak müstakil bir arzuhal ile— bu kararın tatbik ve icrasından dolayı bir tam kaza dâvası ikame ettiğini düşünelim. Hülâsa dâvacının hem bir iptal dâvası, hem de bir tam kaza dâvası açtığını farzedelim.

Esasen —evvelce izah ettiğimiz veçhile— idarî bir karardan hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan bir şahsın idareden hakkının tamirini, zararının tazminini istiyebilmesi için mezkûr kararın, prensip itibariyle, mevzuata, hukuka aykırı olması lâzımdır. Başka bir söyleyişle alâkadarın, bu kararın mevzuata, hukuka mugayir olduğunu ispat etmesi lâzımdır. Yani bu karar aleyhine bir iptal dâvası açması zaruridir.

Aynı zamanda —yine yukarıda arzettiğimiz üzere— her hangi bir hakkı ihlâl eden, bir zarara sebebiyet veren bir karara karşı açılan iptal dâvasının, kaideten yalnız başına sübjektif bir hakkın tamiri ve zararın tazmini gibi neticeler tevhit etmesine imkân yoktur.

Şu halde, anlaşılıyor ki, idarî bir karardan dolayı hakkı muhtel olan, zarara düşer kalan bir şahsın hakkını elde edebilmesi, tazminata nail olabilmesi için umumiyetle bu şıkkı ihtiyar eylemesi, yani bir taraftan mezkûr karar aleyhine bir iptal dâvası açması, diğer taraftan da kararın tatbik ve icrasından dolayı bir tam kaza, tazminat dâvası ikame etmesi gerekir.

Derhal şu noktayı kaydedelim ki dâvacının aynı idarî karardan dolayı hem bir iptal hem de bir tam kaza dâvası açmasına hiç bir mâni yoktur. Yeter ki dâvacı her bir dâvanın tâbi olduğu şartlara, yani usul, şekil, müddet, ilâh... bakımından aranılan şartlara; bir kelime ile dâvanın açılması ve mahkemece iptidaen kabulü için tahakkuku gereken şartlara riayet etsin!

Nitekim gerek Fransada, gerek memleketimizde dâvacı bu gibi bir imkâna sahip bulunmaktadır.

A — Evvelce arzettiğimiz veçhile Fransada iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında usul, şekil ve müddet bakımından bir takım farklar bulunduğundan mesele Fransada ayrı bir hususiyet ve önemi hâizdir. Bu itibarla bu meselenin Fransadaki hal tarzına bir nazar atmak, sanırız ki, faydasız olmaz.

1 — Bir kere Fransada dâvacının, her bir dâvanın tâbi olduğu şartlara riayet etmek suretiyle, aynı idarî karardan dolayı hem bir iptal dâvası, hem de iptal dâvasından ayrı olarak, yani müstakil bir dâva şeklinde, bir tam kaza dâvası açabilmesine öteden beri cevvez verildiğini kaydedelim.

Yalnız, yukarıda belirtmeğe çalıştığımız üzere, pek tabiidir ki aynı karardan dolayı ayrı iki dâvanın açılabilmesi için behemehal her bir dâvanın açılabilmesi ve mahkemece iptidaen kabul olunabilmesi için gereken şartların ayrı ayrı tahakkuku zaruridir.

Aynı idarî karardan dolayı iki dâvanın açılması —her bir dâvanın normal olarak tek başına tâbi olduğu şartlar dışında— başka her hangi bir şarta tâbi değildir. Bir kimse nasıl muayyen bir karardan dolayı münhasıran bir iptal dâvası veya sadece bir tam kaza dâvası açmak imkânına malik bulunuyorsa; aynı karardan dolayı ayrı iki dâva da ikame edebilir.

Ayrı iki şahsın ikame ettikleri bir iptal dâvası ve bir tam kaza dâvası mahkemece nasıl müstakilen tetkik olunuyorsa; aynı şahıs tarafından, birbirinden müstakil olarak, açılan iki dâva da mahkemece —başka başka dâvalar olarak— rüyet olunur.

Görüldüğü üzere aynı karardan dolayı iki dâvanın açılması ayrı bir hususiyet ve müşkül arzulememektedir.

Hattâ bir zamanlar Fransada aynı karardan dolayı birlikte veya birbirine merbut olarak iki dâvanın açılmasına cevvez verilmediğinden dolayı bu yolda hareket etmek isteyen dâvacının behemehal birbirinden müstakil iki dâva ikame etmesi lâzım gelmekte idi. Mahkeme de bu iki dâvayı ayrı ve müstakil birer dâva olarak tetkik ve karara rapteylemekte idi.

Gerçekten —birazdan göreceğimiz üzere— Fransada 8/8/1902 tarihli Burgat (37) kararına kadar Devlet Şûrası aynı hâdiseden dolayı birbirinden müstakil iki dâva şeklinde açılan iptal ve tam kaza dâvalarının tek bir celsede mürtebiten tetkik ve rüyetini doğru telâkki etmemiştir. Bu gibi dâvaları yüksek mahkeme ayrı iki dâva olarak, ayrı celselerde rüyet ve müstakil kararlara raptetmekte idi.

Aynı hâdiseden dolayı hem iptal, hem de tam kaza dâvasının tek bir dâva şeklinde, yani tek bir arzuhal ile açılmasına ise Fransız Devlet Şûrası ancak 31/3/1911 tarihli Blanc, Argaing, Bezie (38) kararlarıyla cevaz vermiştir.

Görülüyor ki bu kararlar marifetiyle yeni bir içtihadın tesisine kadar Fransada aynı hâdiseden dolayı iki dâva açmak isteyen dâvacı için müracaat olunacak yegâne yol: birbirinden müstakil olarak iki dâva açmak şikkını ihtiyar eylemektir.

2 — Yukarıda işaret ettiğimiz üzere aynı hâdiseden dolayı iki dâvanın birbirine mürtebit bir surette açılmasına, yani iki dâvanın bir arada ve tek bir celsede tetkik ve halline Devlet Şûrası ancak 1902 senesinde, Burgat kararıyla, cevaz vermiştir.

Bu kararın tahlilinden anlaşıldığı veçhile bir kere bu içtihadı nazaran birbirinden tamamen ayrı olarak müstakil iki dâva şeklinde açılan iptal dâvasının ve tam kaza dâvasının sadece Devlet Şûrasınca bir arada, yani tek bir celsede tetkiki ve karara bağlanması bahse mevzudur. Yoksa Burgat kararıyla Devlet Şûrası iki dâvanın birlikte, yani tek bir arzuhal ile açılmasını henüz kabul etmiş değildir. Bu itibarla ayrı iki arzuhal ile birbirinden müstakil iki dâva açmak mecburiyeti yine bu içtihadı göre mahfuz ve bakidir. Ancak, dediğimiz gibi, birbirinden tamamen müstakil olan bu iki dâvanın mahkeme tarafından bir arada, yani tek celsede tetkiki mevzuu bahistir. Daha doğrusu bu içtihadı nazaran idarî bir kararın ittihazı üzerine bir iptal dâvası açıldıktan sonra, şikâyeti mucip kararın idarece tatbik ve icrasına geçilmesi halinde bundan hakkı muhtel olan veya zarara uğrıyan dâvacının ilk dâvasına —yani iptal dâvasına— zamimeten ikinci bir dâva —yani bu sefer bir tam kaza dâvası— açılmasına cevaz verilmektedir. Kısaca dâvacının iptal dâvasına bir tam kaza dâvası eklemesine müsaade edilmektedir. İşte birbirini müteakiben ve birbirinden müstakilen açılan bu iki dâvayı Devlet Şûrası bir arada, tek celsede tetkik, rüyet ve halletmekte mahzur görmemektedir.

Şunu da ilâve etmek lâzım gelir ki Burgat kararına göre iki dâvanın mahkemece bir arada tetkiki ve halli bir takım şartların tahakkukuna bağlıdır. Şöyle ki evvelâ —yukarıda temas ettiğimiz veçhile— iptal dâvasını müteakip açılan tam kaza dâvasının iptal dâvasına mevzu teşkil eden kararın tatbik ve icrasından dolayı açılmış

olması zaruridir. Yani tam kaza dâvasının, idarî kararın tatbik ve icrasından neş'et etmesi gerektir.

Saniyen bu tam kaza dâvasının, normal olarak her tam kaza dâvasının tâbi olduğu usul ve şekil dairesinde —yani avukat marifetiyle ve harç yatırılmak suretiyle— açılmış olması lâzımdır.

Salisen iptal dâvasının müddeti içinde ikame edilmiş olması lâzım geldiği gibi; tam kaza dâvasının da yine müddeti —yani 5 veya 30 sene— zarfında açılmış bulunması zaruridir.

Nihayet, aşikârdır ki, iki dâvanın mahkemece tek bir celsede rüyet ve karara raptedilebilmesi için evvelce ikame olunan iptal dâvasının mahkemece daha önce tetkik olunarak karara bağlanmamış olması gerektir.

İşte ancak bütün bu şartların tahakkuku halindedir ki birbirini müteakiben ve birbirinden müstakilen açılan iki dâvanın tek bir celsede tetkiki ve halli mümkündür. (39)

3 — Yine yukarıda temas ettiğimiz veçhile aynı hâdiseden dolayı tek bir dâva ikame ederek hem bir kararın iptalini istemek, hem de bu kararın tatbik ve icrasından muhtel olan her hangi bir hakkın tamirini talep edebilmek imkânı Fransada ancak 1911 senesinde Blanc, Argaing, Bezie kararlarıyla kabul edilmiştir. Hülâsa iki dâvanın bir arada, tek bir arzuhal ile açılmasına ancak bu tarihte cevaz verilmiştir.

Yukarıda ismi geçen kararların tahlilinden anlaşıldığı üzere iki dâvanın bir arada, yani tek bir arzuhal ile açılabilmesi için bazı şartların tahakkuku lâzımdır. (40)

Bir kere iptal dâvasına mevzu teşkil eden kararın idarece tatbik ve icrasına geçilmiş olmalıdır ki kararın tatbik ve icrasından zarara düşer kalan veya her hangi bir hakkı muhtel olan şahıs sadece bir iptal dâvası açmakla iktifa etmeyip; kararın iptalini istemekle beraber aynı dâva zımında zararının tazminini, hakkının her hangi bir suretle tamirini mahkemeden talep edebilsin!

İkincisi dâvacının, tek bir dâva açmak suretiyle, aynı arzuhalde hem mevzuata her hangi cihetten aykırılık arzeden kararın iptalini,

(39) Bu mesele hakkında daha fazla tafsilât için bakınız: L. Delbez, De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité 1932;

R. Sarıca, Fransada iptal ve tam kaza dâvaları arasındaki ilgi.

(40) Bu hususta izahat için bakınız: L. Delbez, aynı etüd; R. Sarıca aynı makale ve A. Bosc. Recours collectifs en Droit Français R. D. P. 1927. Sah. 349 - 386

hem de kararın tatbik ve icrasından dolayı uğradığı zararın tazmini, muhtel olan hakkının tamirini istiyebilmesi için bu dâvayı bir tam kaza dâvası şeklinde ikame etmesi zaruridir. Yani gerek iptal, gerek tam kaza talebi ihtiva eden arzuhalin, yani müşterek dâvanın bir iptal dâvası şeklinde değil de bir tam kaza dâvası olarak açılması şarttır. Başka bir söyleyişle bu gibi bir dâvanın alelâde bir tam kaza dâvası gibi avukat delâletiyle ve harç tediyesiyle ikamesi gerektir.

Zira böyle bir dâvada tam kaza dâvasına ait olan talepler ve neticeler yer aldığına göre bunun alelâde bir iptal dâvası şeklinde ikamesi doğru sayılmayıp; behemehal bir tam kaza dâvası suretinde açılmasına lüzum görülmektedir.

Demek oluyor ki bu gibi bir dâva bir iptal dâvasından ziyade bir tam kaza dâvası mahiyetini hâizdir. Gerçekten müşterek dâva ikamesi: iptal dâvasının malûm vasıflarında her hangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Şöyle ki Devlet Şûrasının bu içtihadına rağmen iptal dâvası şeklinde —yani avukatsız ve harçsız — ikame olunan bir dâvada yine hiç bir suretle iptalden gayri talepler dermeyan olunamamaktadır. Mahkeme, hiç bir zaman bir iptal dâvası zımında şikâyeti mucip kararı bozmaktan başka bir salâhiyeti hâiz değildir.

Halbuki bir tam kaza dâvası şeklinde —yani avukat marifetiyle ve harç yatırılmak suretiyle— açılan bir dâvada idarî bir kararın tatbik ve icrasından muhtel olan bir hakkın tamiri, mezkûr kararın tatbik ve icra mevkiine konmasından husulen gelen zararın tazmini talep olunabileceği gibi; aynı dâva zımında mahkemedeki hakkın ihlâline veya zararın husulüne sebebiyet veren kararın, mahkemece lüzum görüldüğü takdirde, iptali istenebilmektedir.

Görülüyor ki bu gibi bir dâvada tam kaza talebi bir iptal dâvası içinde yer almamaktadır. Bilâkis iptal talebi bir tam kaza dâvası içinde yer tutmaktadır.

Şu halde şekil itibariyle olduğu gibi mahiyet itibariyle de bu gibi bir dâva bir iptal dâvasından ziyade bir tam kaza dâvası sayılmak lâzımdır. Zira arzettiğimiz üzere bu dâvada şekil ve usul cihetinden olduğu gibi, özü itibariyle de tam kaza dâvası karakterleri galiptir.

İşte bu içtihadı binaendir ki iki dâvanın istikbali hakkında kehanette bulunan bazı Fransız müellifleri iptal dâvasının tam kaza dâvası çerçevesi içine girerek bu dâva içinde kaynaşmak, erimek ve kaybolmak suretiyle yerini tam kaza dâvasına terketmek mecburi-

yetinde kalacağını; binaberin iptal dâvasının tam kaza dâvalarıyla tedahül edeceğini; hülâsa iki kategori dâvadan birincisinin —yani iptal dâvasının— kalkacağını iddia etmişlerdir. (41)

Nihayet şu nokta da kayde değer ki: Blanc, Argaing ve Bezie içtihadına göre idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı müşteri bir dâvanın açılabilmesi için dâvanın behemehal iptal dâvası müddeti —yani 60 gün— zarfında açılmasına lüzum olmayıp; dâvanın tam kaza müddeti —yani 5 veya 30 sene— içinde ikamesi mümkündür.

Gerçekten Hauriou'nun işaret ettiği gibi (42) Blanc ve emsali hâdiselerde müşterek dâva mevzuata aykırılığı iddia olunan ve iptali istenilen idarî kararın tebliğinden 60 günden çok sonra açılmıştır. Buna rağmen dâva mahkemece kabul edilmiş ve dinlenmiştir. Zira —evvelce belirtmeğe çalıştığımız üzere— dâvacı bu dâvasında her şeyden evvel idarece müttehaz karardan muhtel olan hakkının tamirini, kararın sebebiyet verdiği zararın tazminini istihdaf eylemektedir.

Dâvanın esası bu gibi bir talebe dayanmaktadır. Bu cihetle dâva hakikatte bir iptal dâvasından ziyade bir tam kaza dâvasıdır. Ancak bu gibi bir neticeye varabilmek için hakkı ihlâl eden, zarara sebebiyet veren kararın mevzuata aykırılığını ispat lüzumu vardır. Bundan dolayıdır ki dâvacı, bir tam kaza dâvası şeklinde ikame ettiği dâvada bu kararın mevzuata aykırı olduğundan bahisle iptalini mahkemeden istemek zorundadır.

Görülüyor ki idarî bir kararın ittihazından ve hattâ alâkadara tebliğinden itibaren 60 günden çok fazla bir müddet geçtiği halde dâvacı için bu gibi bir dâva zımında kararın mevzuata aykırılığını dermeyeran etmek ve iptalini istemek imkânı mevcuttur. Mahkeme bu gibi bir dâvayı, iptal dâvasının müddeti içinde açılmamış olması mülahazasıyla reddedecek yerde pek âlâ kabul eylemekte ve dinlemektedir.

Hauriou bu noktaya da temas ediyor. Müellife göre bu hâdiselerde alâkadarlar şikâyeti mucip karara karşı müddeti içinde derhal iptal dâvası açacak yerde kararın tatbik ve icrasına intizar eylemeyi, bu suretle haklarının ihlâl olunmasını, zararın husule gelmesini beklemeyi tercih eylemişlerdir.

(41) Bu hususta izahat için demin ismi geçen yazılardan maada bakınız: L. Marie, L'avenir du recours pour excès de pouvoir. R. D. P. 1901.

S. S. Onar. İdare Hukuku notları (Sömestr 3/4/1933) Sah. 124 - 125;

(42) Sirey 1912, 3, 129.

Ancak bundan sonra bir tam kaza dâvası ikame etmişler ve bu dâva zımında mezkûr kararların aykırılığında bahisle, mahkemece lüzum görüldüğü takdirde, iptalini istemişlerdir. Gerçi burada iki aylık müddete riayet edilmediği hususunda bir itiraz serdolunabilir. Lâkin bu itiraz nazara alınacak olsa dâvacı için tek bir arzuhal ile müşterek bir dâva açmak imkânı da zail olmuş olur. Zira dâvacı her ne kadar idarî kararın ittihaz veya tebliğini müteakip iki ay içinde iptal dâvası açmak imkânını hâiz ise de, henüz bu tarihte kararın tatbik ve icrasına geçilmediğine göre bu tarihte dâvacının bir tazminat talep etmesi, yani bir tam kaza dâvası açması ne maddeten, ne hukukan mümkün değildir.

Zira, bu kararlar ittihaz veya tebliğ olunmakla ancak bir takım hukukî neticeler doğurabilirler. Fakat tatbik ve icraya konmadıkça hiç bir zaman fiilî neticeler ve bu meyanda bir zarar tevlit edemezler. Halbuki tam kaza dâvasının açılabilmesi için ortada zararın behemehal mevcudiyeti şarttır. Meselâ bir memur hakkında idare tarafından bir azil kararının ittihaz edilmesine ve alâkadara tebliğ olunmasına rağmen fiilen bir zarar husule gelmiş değildir. Zarar ancak kararın tatbik ve icrasıyla —yani memurun vazifesine fiilen nihayet verilmekle— başlar. Hülâsa azil kararı memuru ancak hukukan müteessir edebilir, lâkin fiilen mütazarrır kılamaz. Zararın husule gelmesi için azil kararının tatbik ve icrası zaruridir. Yani azil olunan memurun fiilen vazifesine nihayet verilmesi, memurun hizmetini fiilen terketmesi gerektir.

Şu halde kararın mücerret ittihaz ve tebliğini müteakip dâvacının iptal müddeti içinde açtığı dâvada tam kaza dâvasına ait neticeler talep edebilmesine, ezcümle tazminat istemesine hukukan ve maddeten imkân yoktur.

Demek oluyor ki müşterek dâvanın iptal müddeti dışında ikamesine cevaz verilmediği takdirde dâvacı için evvelâ 60 gün içinde iptal dâvası açmaktan ve kararın tatbik ve icrasına geçilmesini beledikten sonra bu sefer de ayrı ve müstakil bir dâva olarak bir tam kaza dâvası ikame etmekten başka çare yoktur. Halbuki birbirini takiben iki dâva açacak yerde; dâvacının mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasına intizar ile bir zararın fiilen husule gelmesini müteakip bir tam kaza dâvası açması ve bu dâvada mezkûr kararın aykırılığında bahisle iptalini istemesi —peyderpey iki dâva açmak mecburiyetini ortadan kaldırmak itibarıyla— usul bakımından, dâvacı bakımından, halka kolaylık bakımından müreccahtır. Hauriou'nun dediği gibi «Halka kolaylık fikri her şeye galip gelmek gerek-



tir. Müteakip iki dâva açmak mecburiyeti hukuk mantığı bakımından daha doğru olsa bile lüzumsuzluğu ve zorluğu dolayısıyla kabule şayan sayılamaz. Devlet Şûrası bu içtihadıyla ayrı iki dâva açmak lüzumunu bertaraf etmekle halka o kadar büyük bir fayda temin etmiştir ki iptal dâvasının müddeti içinde açılmadığı yolundaki itirazı nazara almamış olması kolaylıkla anlaşılır.»

4 — Şimdiye kadar verdiğimiz izahatla aynı hâdiseden dolayı iki dâvanın mürtebitemen veya müştereken açılabilmesi meselesini usul ve şekil cihetinden aydınlatmağa çalıştıktan sonra; bu konuyu bir de esas bakımından halle gayret edelim. Yani mevzuata aykırı bir karardan dolayı idarenin ne zaman ve nasıl mesul tutulabileceğini; iptal sebebinin aynı zamanda bir tazminat sebebi sayılıp sayılamıyacağını araştıralım. Bir kelime ile mürtebitemen veya müştereken açılan iki dâvanın mahkemece iptidaen kabul olunması üzerine intihâen kabulü meselesini inceleyelim. Başka bir söyleyişle mevzuata aykırılık keyfiyetinin tam kaza dâvasının intihâen kabulü üzerine tesirini mütalâa edelim.

Derhal şunu kaydedelim ki Fransada umumiyetle her iptal sebebi behemehal bir tazminat sebebi sayılmamaktadır. İdari bir kararın mevzuata, hukuka aykırılığı her hal ve kârda idarenin tazminata mahkûm olmasını intaç eylememektedir. Elhasıl iptal dâvasının veya iptal talebinin intihâen kabulü: muhakkak surette tam kaza talebinin veya tam kaza dâvasının da neticeten kabulünü müeddi ol-

Gerçekten bu mesele ile meşgul olan R. Chardon (43), C. A. Colliard (44), L. Delbez (45), P. Duez (46), L. Duguit (47), M. Hauriau (48), J. Soto (49), Z. Tarhan (50) ve Teissier (51) gibi müel-

(43) R. Chardon, Du cumul et de la coexistence des responsabilités en matière administrative 1939 Sah. 70 ve müt.

(44) C. A. Colliard, Le préjudice dans la responsabilité administrative 1938 sah. 260 ve müt.

(45) L. Delbez, De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité 1932 Sah. 12 - 27

(46) P. Duez, La responsabilité de la puissance publique 1938 Sah. 51 ve müt.

(47) L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel tome III Sah. 462 ve müt.

(48) M. Hauriou, Sirey 113.3.1894; Sirey 121.3.1904, Sirey 129.3.1912; Sirey 48.3.1920

(49) Y. Soto, La nullité des actes administratifs 1942, Sah. 256 ve müt.

(50) Z. Tarhan, De la responsabilité de l'Administration et des fonctionnaires en France et en Turquie 1941 Sah. 88 ve müt.

(51) Tessier, La responsabilité de la puissance publique 1901 (Répertoire Béquet tome 23) Sah. 103 ve müt.

liflerin bu nokta hakkındaki izahatlarını nazara aldığımız takdirde meselenin doktrin sahasında hayli münakaşalı olduğunu görürüz.

Bununla beraber meselenin, mahkeme içtihadı sahasında, aşağıdaki esaslara göre halledildiğini söyleyebiliriz:

a. Bir kere idarî bir kararın mevzuata her hangi cihetten aykırılık arzemesi, prensip itibariyle, bir hizmet kusuru teşkil eder. Zira âmme hizmetlerini ifa ile mükellef olan idarenin, mevzuata, hukuka tâbi olmak itibariyle, mevzuata uygun kararlar alması gerekir. Şu halde idarenin mevzuata aykırı bir karar ittihaz etmesi: hizmetin fena kurulduğunu, yanlış tanzim edildiğini, hülâsa kötü işlediğini ispat eder.

Halbuki —ileride tafsilâtiyle göreceğimiz üzere— bir hizmetin fena kurulması, yanlış tanzim edilmesi, kötü işlemesi: bir hizmet kusurundan başka bir şey değildir.

Demek ki, umumî olarak, mevzuata aykırı karar ittihazı keyfiyetinin bir hizmet kusuru teşkil ettiğini söylemek mümkün ve hat-tâ yerinde olur.

b. Yalnız şu var ki Fransada her hizmet kusuru —ehemmiyet ve derecesi ne olursa olsun— idare için, her hal ve kârda, husule gelen zararı tazmin mükellefiyetini doğurmaz. Filhakika, Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre; her hizmet kusuru idarenin otomatik bir surette mesuliyetini intaç etmez. Tazminata mesnet teşkil edebilmek için hizmet kusurunun ağır ve önemli olması gerekir.

Hiç şüphe yoktur ki bu ağırlık ve ehemmiyet derecesini —hâdisesine göre— müşahhas bir surette takdir ve tayin idarî mahkemeye terettüp eden bir iştir.

c. Şu halde her hangi idarî bir kararın mevzuata, hukuka aykırılık arzemesi idarenin muhakkak surette mesuliyetini mucip olmaz. İşaret ettiğimiz veçhile mevzuata, hukuka aykırılık keyfiyetinin tazminat dâvasına, tam kaza dâvasına meydan verebilmesi için ağır ve önemli olması lâzımdır.

d. İşte yukarıda hülâsa ettiğimiz bu esaslara binaendir ki halen Fransada Devlet Şûrası her iptal dâvası neticesinde mevzuata aykırılığından ötürü iptaline hükmolunan kararı ittihaz veya tatbik eden idareye bu yüzden muhtel olan hakkı tamir, bu sebeple husule gelen zararı tazmin mecburiyetini yüklememektedir. İhlâl olunan hakkı tamir, husule gelen zararı tazmin hususunda idareyi mahkûm

etmek için yüksek mahkeme —hâdiseyi müşahhas bir surette tahlil etmek suretiyle— mevzuata aykırılık keyfiyetinin ağır ve önemli olmasını aramaktadır.

a<sup>1</sup> — Devlet Şûrasının bu bapta içtihatlarını, müelliflerle beraber, sentetik bir formül halinde toplamak ve irae etmek istersek görürüz ki halen Fransada aşağıdaki hallerde mevzuata aykırılık ağır ve önemli telâkki olunmakta ve binaberin idarenin mesuliyetini mucip olmaktadır:

— Evvelâ kaziyei muhkemeye riayetsizlik, yani idarî bir kararın ister adli, ister idarî mahkeme tarafından verilmiş bir hükme aykırılık arzemesi Devlet Şûrasınca çok ağır ve önemli bir aykırılık ad-dolunmakta; binnetice idarenin mesuliyetini müeddi olmaktadır (52).

— Bunun gibi idarenin kendi aleyhine verilen bir mahkeme ilâmını tenfizden imtinalı, yani ilâmı tenfiz etmeyeceği hakkında bir karar ittihazı Devlet Şûrasınca yine ağır ve mühim bir aykırılık sayılmakta ve idarenin mesuliyetini mucip olmaktadır. (53)

— Keza bir ferdin mahkemedен diğer bir şahıs aleyhine olmak üzere aldığı ilâmın icra marifetiyle tenfizi zımında idareden yardım ve müzaheret hususundaki talebinin idarece reddi, yani idarenin ilâmın tenfizine yardım etmeyeceği yolunda karar ittihazı da Devlet Şûrasınca ağır ve önemli bir aykırılık telâkki edilmekte ve idarenin mesuliyetini intaç eylemektedir. (54)

— İdarece müttehas bir kararın mevzuata esas cihetinden aykırılığı da Devlet Şûrasınca göre ağır ve mühimdir. Bu itibarla bu gibi bir aykırılık ta idarenin mesuliyetine mesnet teşkil eylemektedir (55)

— İdarî bir kararın mevzuata maksat cihetinden mugayiret ar-

(52) Recueil 1914 sah. 700 Hardel kararı ve Recueil 1919 sah. 740 Toesca kararı

(53) Recueil 1925 sah. 602 Wassilief; Recueil 1930 sah. 1088 Muller; Recueil 1934 sah. 503 Venturini.

(54) Sirey 57.3.1923

(55) Recueil 1929 sah. 311 Bonvoisin; Recueil. 1929 sah. 1077 German ve Audibert; Recueil 1933 sah. 995 Gillard;

Recueil 1934 sah. 714 Moisan et le Meur; Recueil 1934 sah. 469 Castel; Recueil 1935 sah. 1153 Van Cleef ve Arpels.

zetmesi Devlet Şûrasınca ağır ve önemli telâkki edilerek idarenin mesuliyetine sebebiyet vermektedir. (56)

— Nihayet Devlet Şûrasınca esaslı addolunan şekil noksanlıkları, yani idarî bir kararın mevzuata şekil cihetinden esaslı aykırılıkları da ağır ve önemli sayılmakta ve idarenin mesuliyetine müncer olmaktadır. (57)

a<sup>2</sup>. Bilâkis Fransada aşağıdaki hallerde mevzuata aykırılık Devlet Şûrasınca ağır ve önemli telâkki olunmamakta ve binnetice idarenin mesuliyetini mucip olmamaktadır:

— Evvelâ idarî bir kararın mevzuata salâhiyet cihetinden aykırılığı, yani «Salâhiyet tecavüzü» veya «Salâhiyetsizlik» hali bir iptal sebebi teşkil etmekle beraber; ağır ve mühim bir aykırılık sayılmadığından idarenin mesuliyetine münker olmamaktadır.

Gerçekten Devlet Şûrası, haklı olarak, idarî bir kararın, mevzuata salâhiyet cihetinden aykırılığı halinde, iptali keyfiyetine rağmen idarenin dilediği takdirde ve fakat bu sefer salâhiyet hususundaki ahkâma riayet etmek suretiyle tekrardan aynı yolda bir karar ittihaz edebileceğini düşünmektedir.

İşte salâhiyet cihetinden aykırılık arzedilen kararın iptalini müteakip idare bu salâhiyet noksanını gidermek, düzeltmek suretiyle tekrardan bu gibi bir karar alabileceğine göre bu gibi bir aykırılığı diğer iptal sebepleri kadar mühim telâkki etmek doğru olmaz. (58)

Bunun gibi idare ikinci bir kararla matlûp neticeleri elde edebileceğine göre alâkadarın iptal olunan ilk kararın netayiç ve avakıbına katlanması lâzım gelir. Başka bir söyleyişle bu gibi hallerde idarenin mesuliyetine hükmetmek yerinde olmaz. (59)

(56) Recueil 1921 sah. 48 Rabé; Recueil 1930 sah. 14 Caputo; Recueil 1930 sah. 404 Lemarchand; Recueil 1934 sah. 253 Cououly

Recueil 1934 sah. 737 Rosazza et Yvans; Recueil 1934 sah. 825 Hermann.

(57) Recueil 1934 sah. 179 Giudicelli

(58) Esasen «İdarî Kaza» kitabımızda iptal dâvalarında salâhiyet cihetinden aykırılıkla şekil bakımından mugayiretin bu gibi bir hususiyeti haiz olduğuna işaret etmiştik. Bir kararın, salâhiyet ve şekil cihetinden aykırılıktan dolayı iptali üzerine - mevcut vaziyette hiç bir tahavvül vâki olmadığı halde - idarenin salâhiyet ve şekil noksanlarını gidermek, düzeltmek suretiyle tekrardan aynı yolda, aynı mealde bir karar alabileceğini uzun uzadıya izah etmiştik. (İdarî Kaza, 1944, adlı kitabımızın 132-134 üncü sahifelerine bakınız).

Fransız Devlet Şûrasının yukarıda naklettığımız içtihadı işte salâhiyet ve şekil noksanlarının bu hususiyetinden neş'et eylemektedir.

(59) Duez, Mezkûr eser sah. 56

— Saniyen Devlet Şûrasınca esaslı telâkki olunmıyan şekil noksanlıkları, yani idari bir kararın mevzuata şekil cihetinden aykırılıkları da bir iptal sebebi teşkil etmekle beraber; ağır ve mühim bir aykırılık sayılmamakta ve idarenin mesuliyetini mucip olmamaktadır.

Gerçekten Devlet Şûrası idari bir kararın mevzuata şekil cihetinden aykırılığı halinde kararın iptali keyfiyetine rağmen idarenin dilediği takdirde şekil şartlarına riayet etmek suretiyle tekrardan aynı yolda bir karar ittihaz edebileceği düşüncesiyle şekil aykırılığını diğer iptal sebepleri kadar önemli saymamakta (60) ve bina-berin idarenin mesuliyeti için kâfi bir sebep addetmemektedir. (61)

Şimdiye kadar verdiğimiz izahattan anlaşıldığı üzere halen Fransada mevzuata her hangi bir aykırılık behemehal ve otomatik surette idarenin mesuliyetini mucip olmamaktadır. Kısaca her iptal sebebi muhakkak surette bir mesuliyet, tazminat sebebi teşkil eylememektedir.

Gerçekten idari bir kararın mevzuata, hukuka salâhiyet veya şekil cihetinden mugayireti, Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre, idarenin mesuliyetini müeddi olmamaktadır. Ancak diğer iptal sebepleri aynı zamanda idarenin mesuliyetine mesnet teşkil eylemektedirler.

Görülüyor ki her hangi bir hâdiseden dolayı mürtebit veya müşterek bir surette aynı zamanda bir iptal ve tam kaza dâvası açıldığı takdirde mahkeme, ister mürtebit bir surette açılan iki dâvayı birleştirerek tek bir celsede, ister esasen müşterek bir surette, yani tek bir arzuhal ile dermeyan olunan iptal ve tam kaza taleplerini bir arada tetkik ve rüyet ederek iptal dâvasını ve talebini intihaen kabul ile kararı bozmakla beraber, dilerse tam kaza dâvasını ve talebini neticeten red ile bozulan karardan muhtel olan hakkın tamiri veya husule gelen zararın tazmini hususunda idareyi mahkûm etmiyebilir. Bilâkis dilerse iptal dâvasını intihaen kabul edince aynı zamanda tam kaza dâvasını da intihaen kabul edebilir.

Şu halde iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında zarurî bir münasebet, illiyet, tabiiyet ve evleviyetle bir ayniyet olmadığı anlaşılmaktadır.

Şunu ilâve etmemiz lâzım gelir ki mahkemenin tam kaza dâvasını veya talebini kabul edebilmesi için tabiatıyla bir takım şartların tahakkuku lâzımdır. Bunları burada inceleyecek değiliz. Yalnız

(60) 55 numaralı nota bakınız.

(61) Recueil 1921 sah. 903 Montpilié

sırası gelmiş iken şimdilik şu kadarını söyliyelim ki: Mevzuata aykırılık arzeden idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine bir tam kaza dâvasının açılabilmesi ve bu dâvanın mahkemece de kabul olunabilmesi için mezkûr kararı tatbik eden idarenin, dâvacının sübjektif bir hakkını halen, katî bir surette ve doğrudan doğruya ihlâl etmiş olması zaruridir.

B. Memleketimize gelince; mevzuata her hangi cihetten aykırılık arzeden bir kararın tatbik ve icrasından dolayı alâkadarın hem mezkûr karar aleyhine bir iptal dâvası açması, hem de muhtel olan hakkının tamiri, uğradığı zararın tazmini zımında idare aleyhine bir tam kaza dâvası açması hiç bir tereddüdü mucip değildir.

Gerçekten —evvelce işaret ettiğimiz veçhile— Devlet Şûramızın pek yerinde bir içtihadına göre mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan, zarara düçar kalan şahsın, iptal ve tam kaza dâvasını tek bir arzuhal ile birlikte açması caizdir.

Bunun gibi yüksek mahkemenin alâkadar tarafından müstakilen, yani ayrı iki dâva şeklinde açılan iptal ve tam kaza dâvasını —aradaki irtibat dolayısıyla— birleştirmek suretiyle tetkik etmesi de mümkündür.

Her iki şıkta, yani ister tek bir arzuhal ile iki dâva birlikte açılmış olsun, ister ayrı iki dâva şeklinde ikame olunan dâvalar mahkemece birleştirilmiş bulunsun bu iki dâvayı iptidaen kabul eden Devlet Şûrası için neticeten üç yolda hareket etmek imkânı mevcuttur. Şöyle ki:

1. Yüksek mahkeme ya mevzuata aykırılığı iddia olunan kararı iptal etmekle iktifa etmeyip; aynı zamanda idareyi, bu kararın tatbik ve icrasından muhtel olan hakkın tamiri ve husule gelen zararın tazmini hususunda mahkûm da eder.

2. Veya sadece kararı bozmakla iktifa edip; idareyi hakkı tamir, zararı tazmin hususunda mahkûm etmez.

3. Yahut ta kararı iptal etmediği gibi; idareyi, hakkı tamir, zararı tazmin hususunda da mahkûm eylemez. (62)

(62) Görüldüğü üzere mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından dolayı iptal ve tam kaza dâvasının aynı zamanda açılması ve mahkemece bir arada tetkik ve rüyet olunması halinde mahkemenin ancak üç yolda hareket edebileceğini iddia ediyoruz.

Gerçi, nazarı bir ihtimal olarak, mahkemenin dördüncü bir şıkkı da ihtiyar edebileceği düşünülebilir. Şöyle ki mahkemenin kararı iptal etmemekle beraber; idareyi tazminata mahkûm etmesi pek âlâ tasavvur olunabilir. Fakat

1. Dedığımız gibi mahkemenin neticeten hem iptal dâvasını, hem de tam kaza dâvasını kabul etmesi mümkündür.

Nitekim Devlet Şûrasının, 15/11/1938 tarih ve 38/159 K. 38/229 sayılı kararında, bu yolda hareket ettiğini görüyoruz. Evvelce naklettığımız bu hâdisede dâvacı ücretli memur olarak geçirmiş olduğu namzetlik müddetini doldurduğu halde idarece ücretinin aslı maaşa tahvil olunamayacağı ve namzetlere mahsus ücretle istihkakı olan maaş arasındaki farkın kesileceği hususunda müttehad kararın kanuna muhalefetinden bahisle iptalini istemiş; aynı zamanda namzetlik müddetini doldurduğu tarihten itibaren memur sayılması ve haksız olarak kesilen istihkakının iadesi hususlarının mahkemece karara bağlanmasını talep etmiştir.

Devlet Şûrası ise hem mevzuata aykırılığı sabit olan idarî kararı bozmuş; hem de dâvacının namzetlik müddetini doldurduğu tarihten itibaren asil memur sayılmasına ve namzet telâkki edilerek istirdat edilen mebalîğin yedine iadesine karar vermiştir. (63)

2. Mahkemenin yalnız iptal dâvasını intihâen kabul edip; tam kaza dâvasını neticeten reddetmesi imkân dahilindedir.

Nitekim Devlet Şûrasının, meselâ 7/4/1939 tarih ve E:39/93 K: 39/247 sayılı kararında, bu yolda hareket ettiği görülmektedir.

Gerçekten bu dâvada alâkadar kendisine isnat olunan bir suçtan dolayı işten el çektirildikten sonra muhakeme neticesine intizar edilmeksizin idare tarafından azli hususunda müttehad kararın, kanuna aykırılığından bahisle, mahkemeden iptalini; aynı zamanda bugüne kadar işliyen ve âtiyen işliyecek olan maaşlarının da tesviyesini karara bağlamasını istiyor.

aşikârdır ki bu gibi bir ihtimal tetkikimizin dışında kalmağa mahkûmdur. Zira biz, burada mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından dolayı açılan tam kaza dâvalarını incelemekteyiz. Halbuki mahkemenin bir hakkı ihlâl eden veya zarara sebebiyet veren bir kararı iptal etmemesi için muhakkak ki iptal dâvasına mevzu teşkil eden bu kararın mevzuata her hangi cihetten aykırı olmadığı sabit olmuş bulunmalıdır. Başka bir söyleyişle mahkeme ancak kararın mevzuata aykırı olmadığına kanaat getirdiği takdirde iptal etmez. Şu halde karar mevzuata aykırı değil demektir. Binaberin bu gibi bir ihtimal: mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından mütevellit bir tam kaza çerçevesine girmeyip, mevzuata uygun bir karardan muhtel olan bir hakkın tamiri veya husule gelen zararın tazmini meselesiyle ilgilidir.

Demek oluyor ki bu gibi bir ihtimalin burada değil; başka bir yazımızda incelediğimiz mevzuata uygun kararlardan dolayı tam kaza dâvası çerçevesi dahilinde tetkiki gerekir (1 numaralı nota bakınız).

Devlet Şûrası ise azil kararını —mevzuata aykırılığına binaen— iptal etmekle beraber; maaşların tesviyesi talebini —bu cihetin, dâvacıya isnat olunan suçtan dolayı icra olunacak muhakemenin neticesinde tebeyyün edecek vaziyete bağlı olmasından ötürü— «Bu cihet hakkında şimdiden karar ittihazına imkân olmadığına» karar vermiştir. (64)

3. Nihayet mahkemenin iptal dâvasını da tam kaza dâvasını da intihaen ve neticeten reddetmesi kabildir.

Nitekim Devlet Şûrasının, meselâ 25/3/1939 tarih ve E: 39/613 K: 39/272 sayılı kararında, bu yolda hareket ettiğini müşahede ediyoruz.

Gerçekten bu dâvada bir memur Asliye Ceza Mahkemesince 6 ay hapse mahkûm edildiğini ve fakat cezasının tecil edildiğini; halbuki Ziraat Vekâletinin 6 sene sonra —bu hükme tevfikân ve Memurin Kanununun 49 uncu maddesi mucibince— memuriyetinden ihracı hususunda karar ittihaz ettiğini; mezkûr kararın ise, «cezası tecil edilmiş olan bir kimsenin hüküm tarihinden itibaren 5 sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmaması halinde evvelki mahkûmiyetinin esasen vaki olmamış sayılacağını» söyâyen Ceza Kanununun 95 inci maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiş, aynı zamanda mahkemedен memuriyete iadesi ve açıkta kaldığı müddete ait maaşların verilmesi hususlarını karara bağlamasını talep eylemiştir.

Halbuki yüksek mahkeme «788 sayılı Memurin Kanununun 49 uncu maddesinde vazifesinden dolayı lâakal 6 ay hapis ile mahkûm olanların memuriyetten ihraç edilecekleri sarahaten yazılı olmasına ve hapis ile mahkûm olup ta cezası tecil edilmiş olan bir kimsenin hüküm tarihinden itibaren 5 sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmaması halinde evvelki mahkûmiyetinin esasen vaki olmamış sayılacağı hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 95 inci maddesiyle mevzu hüküm ise, ancak bu mahkûmiyetin ceza bakımından tekerrüre esas olamayacağını göstermek maksadına matuf olup idarî muamelâta müessir olamayacağına binaen muamelede kanunsuzluk görülemediğinden dâvanın reddine» karar vermiştir. (65)

Görüldüğü üzere Devlet Şûrası, mevzuata uygun olduğuna kanaat getirdiğinden, iptali talep olunan kararı bozmamıştır. Kararın

(64) D. Ş. K. Mecm. sayı 8 sah. 67 - 69

(65) D. Ş.K.Mecm. sayı 9 Sah. 9 - 10



iptali cihetine gitmeyince de memuriyete iade, ve açık maaşlarının tediyesi taleplerini de tabiatıyla ve bizzarure reddetmiştir. Hülâsa ne iptal dâvasını, ne de tam kaza dâvasını intihâen ve neticeten kabul eylememiştir.

Sırası gelmiş iken şunu da kaydedelim ki mahkeme iptal dâvasını tamamen red ve fakat tam kaza dâvasını kısmen reddedebilir.

Meselâ 12/4/1939 tarih ve K: 39/473 E: 39/474 sayılı Devlet Şûrası Kararı bu esası teyit etmektedir. (66)

Gerçekten hâdisede vazifesine nihayet verilen bir memur, mahkemenin kararında belirttiği veçhile, bir kere «Kanunî bir sebep olmaksızın vazifesine nihayet verilmesi muhalifi kanun... olduğu beyaniyle bu muamelenin bozulmasını» talep etmiştir. Yani mezkûr karara karşı iptal dâvası açmıştır.

Fakat aynı zamanda memuriyetine iadesi; vazifesinden çıkarıldığı tarihten yeni vazifeye tayin edileceği tarihe kadar açık maaşlarının itası; memuriyetinden çıkarılmasına sebep olanların Devlet memuriyetinde istihdam edilmemeleri; Haymanadan Ankaraya kadar zâtî avdet harcirahının tesviyesi; aile efradının Haymanadan Samsuna kadar harcirahlarının tediyesi; nihayet kendisinin aile efradı ile birlikte Ankaradan Haymanaya kadar azimet zâtî ve aile harcirahlarının ödenmesi... hususlarının hükme bağlanmasını istemek suretiyle tam kaza dâvasına müteallik bir takım taleplerde bulunmuştur.

Devlet Şûrası ise «Dâvacının ücretli bir kadroda ücretle müstahdem olmasına ve istihdam eden idare bu gibi ücretli müstahdemleri istediği zaman işinden çıkarmağa salâhiyettar olup bu salâhiyetin istimalinde kanunsuzluk görülememesine binaen...» iptal dâvasını reddetmiştir. Bunun tabii neticesi olarak ta memuriyete iade talebini reddetmiştir.

Keza «açık maaşı ve vekâlet emri maaşı gibi Memurün Kanuniyle memurlara bahşedilen hukuktan ücretle müstahdem olanların istifadesine kanunen imkân bulunmamasına binaen» açık maaşlarının itası talebini kabul etmemiştir.

Bunun gibi «kendisinin vazifesinden çıkarılmasına sebep olan kim ise onun Devlet memuriyetinde istihdam edilmemesi hakkında karar verilmesine mütedair olan talebi de kanunî mevzuata göre idari dâvaya mevzu teşkil edemeyeceği ve Devlet Şûrasının vazifesin-

den hariç bulunduğu cihetle dâvanın bu kısmının da bu sebepten reddine» karar vermiştir.

Kezalik dâvacının, işinden çıkarılması dolayısıyla, Haymanadan Ankaraya kadar zati avdet harcirahının tesviyesi hakkındaki talebi de «ücretle müstahdem memurların vazifelerinden infisallerinde kendilerine ve ailelerine avdet harcirahı verileceğine dair harcirah kararnamesinde bir metin mevcut bulunmamasına..» binaen reddolunmuştur.

Nihayet aile efradının Haymanadan Samsuna kadar olan harcirahlarının tediyesi hususundaki talebi de «birinci dâva arzuhalinde mezkûr olmayıp bilâhare verdiği istidalarda mevzubahis ve talep edilmesi tevsii dâva mahiyetinde bulunmuş ve bu nokta hasım tarafından da kabul edilmemiş ve bu suretle kanunen kabule şayan bulunmamış olduğuna binaen» kabul olunmamıştır.

Yalnız şu var ki yüksek mahkeme dâvacının aile efradı ile birlikte Ankaradan Haymanaya kadar olan zati ve ailevi azimet harcirahlarının verilmesi hakkındaki talebi 15/5/1935 tarihli harcirah kararnamesinin 745 numaralı kanun ile muaddel 27 inci maddesinde (ücreti yevmiye ve şehriye ile müstahdem memurların harcirahları yevmiyelerinin 30 mislinin veya ücreti şehriyelerinin tutarı maa tahsisatı fevkalâde hangi derece maaşata tekabül ederse o mikdar maaşı asliye malik memuruna verilen harcirahlara kıyasen hesap ve tesviye olunur) diye yazılı olmasına nazaran Ankaradan Haymanaya kadar olan azimet harcirahlarının usulen tahakkuk ettirilerek tesviyesi icap edeceğine» karar vermekle dâvacının müteaddit taleplerinden ancak bu sonuncusunu is'af etmiştir ki tam kaza dâvası kısmen reddolunmakla beraber kısmen de kabul olunmuş demektir.

Bu misaller Fransada olduğu gibi memleketimizde de iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında zarurî bir münasebet, tabiiyet ve ayniyet olmadığını; bununla beraber —tam kaza dâvalarında aranan bütün şartlar tahakkuk ettiği takdirde— idari bir kararın mevzuata her hangi cihetten aykırılık arzemesi, yani iptal sebeplerinden her hangi biriyle malûl bulunması halinde bu kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine açılan tam kaza dâvasının mahkemece intihâen ve neticeten kabul olunduğunu göstermekte ve ispat eylemektedir.

III. Bu izahatımızla aynı hâdiseden dolayı alâkadar tarafından hem bir iptal hem de bir tam kaza dâvası açılması ihtimalinin tetki-

kine nihayet verdikten sonra; şimdi son ihtimali nazara alalım. Yani idarî bir kararın tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan veya zarara uğrıyan şahsın bu karara karşı doğrudan doğruya bir iptal dâvası açmayıp; münhasıran bir tam kaza dâvası açtığını düşünelim.

Alâkadarın, gerek Fransada, gerek memleketimizde, bu gibi bir imkâna malik bulunup bulunmadığını araştıralım.

A — Derhal şunu kaydedelim ki Fransada mesele doktrin sahasında münakaşalı olduğu gibi; mahkeme içtihatlarınca da açık ve kesîn bir surette halledilmiş değildir.

1 — Evvelâ şu noktaya işaret edelim ki doktrin sahasında bu meselenin münakaşayı mucip olmasının sebebinin, zannımızca iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında müddet bakımından mevcut farkta aramak lâzımdır.

Filhakika, evvelce söylediğimiz üzere, iptal dâvası 60 gün gibi pek kısa bir müddete tâbi olduğu halde; tam kaza dâvası 5 veya 30 sene zarfında açılabilir.

a. İşte bazı müellifler idarî bir karar aleyhine 60 gün içinde bir iptal dâvası açılmadığı takdirde artık her hangi bir vesile ile bu kararın tatbik ve icrasından dolayı bir tam kaza dâvası açılmıyacağı iddia ediyorlar. Zira bunlara göre idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idareden, tam kaza dâvası açmak suretiyle, tazminat talep olunabilmesi için mezkûr kararın mevzuata, hukuka aykırı olması lâzım gelir. Başka bir söyleyişle bu gibi bir tam kaza dâvasında her şeyden evvel kararın mevzuata aykırılığı meselesi mevzuubahistir. Halbuki kanun vazı, intizam âmme mülâhazasıyla, idarî bir kararın ancak 60 gün zarfında iptali cihetine gidilebileceği esasını koymuştur. Yani bir kararın kanuna aykırılığı iddiasının iptal dâvası yoluyla, ancak 60 gün zarfında dermeyeran edilmesine cevaz vermiştir.

Şu halde kanun vazuna göre doğrudan doğruya iptal dâvası ikamesi suretiyle mevzuata aykırılığı behemehal 60 gün içinde ileri sürülmesi lâzım gelen bir kararın aykırılığı 60 günlük müddetin inkiyasından sonra dolayısıyla de —yani başka bir dâva zımında— ilâ nihaye serdolunamamak icap eder.

Aksi takdirde, yani aykırılık iddiasının tam kaza dâvası zımında 60 günlük müddet geçtikten sonra dahi dermeyeranına cevaz verildiğinde alâkadarın idarî bir karar aleyhine müddeti zarfında iptal

dâvası açmak hususundaki ihmali veya hattâ bir kararın iptali cihe-tine gidecek yerde bundan dolayı sadece tazminat elde etmek iste-mesi: artık, kanunen bir iptal dâvasına doğrudan doğruya mevzu ve mesnet teşkil edememek itibariyle, doğrudan doğruya tenkit ve mü-nakaşa edilebilmek imkânı zail olan bir kararın tatbik ve icrası, ya-ni netayici dolayısıyla alâkadara ilâ nihaye değilse bile hiç olmazsa devlet namına müttehaz kararların 5 ve devletten gayri idarî hükmi şahıslar tarafından alınan kararların ise 30 sene zarfında aykırılığını iddia etmek, böylelikle mezkûr kararları tenkit ve münakaşa etmek imkânını bahşetmiş olur.

Bu gibi bir hal sureti kabul edildiği takdirde kanun vazının idarî kararların iptali için kabul ettiği müddetin mânası ve lüzumu ortadan kalkmış olur. Bu ise doğru olmaz.

Şu da var ki bu müelliflere göre alâkadarın, mevzuata aykırı bir karara karşı sarahaten veya zimnen muvafakat ettiği takdirde artık bu kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine bir tam kaza dâvası da açamayacağı umumen kabul olunmaktadır. Binaberin alâ-kadarın mevzuata aykırı bir karara karşı müddeti içinde iptal dâvası ikame etmemesi onun zimnen mezkûr karara muvafakat ettiği hu-susunda bir delil, emare veya karine sayılmak lâzım gelir.

İşte bu müellifler, yukarıdaki mülâhazalara tevfikân, alâkadarın idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı bir tam kaza dâvası açmak istediği takdirde evveleminde karara karşı 60 gün içinde bir iptal dâvası açması lâzım geleceğini; yahut tam kaza dâvasını da yine bu 60 günlük müddeti zarfında ikame etmesi gerektiğini iddia ediyorlar.

b. Buna mukabil, diğer bazı müellifler bu tezi fazla müfrit ve sert buluyorlar. Bunlara nazaran yukarıdaki hal tarzı kabul edildiği takdirde idarî bir kararın tatbik ve icrasından müteessir ve müta-zarrır olan şahısların kanunen hâiz oldukları haklar ve imkânlar faz-lasıyla tahdide uğramış olur.

Şöyle ki mevzuata göre bir şahıs her hangi idarî bir karara kar-şı 60 gün içinde iptal dâvası açmak imkânını hâiz olduğu gibi; idarî ve maddî her hangi bir fiil ve ameliyeden dolayı hakkı muhtel ol-duğunda idare aleyhine 5 veya 30 sene zarfında bir tam kaza dâvası açabilmek kudretine de sahip bulunmaktadır.

Halbuki idarî bir kararın maddî bir takım fiil ve ameliyeler va-sıtasıyla tatbik ve icrasından ötürü bir hakkı muhtel olan şahsın ip-tal dâvasını 60 gün zarfında ikame etmemiş olduğu mülâhazasıyla bundan böyle tam kaza dâvası açmasına müsaade etmemek: alâka-

darın kanunen hâiz olduğu bir imkân ve imtiyazın mevcudiyeti dolayısıyla yine kanun mucibince sahip olduğu başka bir hak ve kudreti inkâr etmek demektir.

Kısaca bu gibi bir hal suretini kabul etmek mevzuata aykırılık arzeden kararların iptalini talep edebilmek imkân ve salâhiyetinin, netice itibariyle, bu kararların tatbik ve icrasından husule gelen zararlarından dolayı tazminat talep edebilmek imkân ve hakkını nez'etmesini, kanunun idare edilenler lehine olarak kabul ettiği bir salâhiyetin yine kanunen idare edilenlerin lehine olarak vazolunan diğer bir hakkı tahdit ve hattâ bertaraf eylediğini kabul etmek olur; ki aslâ tecviz olunamaz.

Daha açıkça ifade etmeğe çalışalım: İdarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı değil de sadece idarî bir fiil ve amelîyenin icra ve ifasından ötürü bir hak muhtel olduğu takdirde (67) tam kaza dâvası 5 veya 30 sene zarfında açılabilirdiği halde; bir hakkın, idarî bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla muhtel olması halinde tam kaza dâvasının yine bu müddetler içinde açılmaması için hiç bir makul sebep gösterilemez.

Meselâ bir âmme emlâkinin tahdidî hakkında müttehaz idarî bir kararın Devlet Şûrasında kanunî müddeti içinde bir iptal dâvasına vesile ve mevzu teşkil etmemiş olması keyfiyeti: bilfarz bu kararın tatbik ve icrası zımında bir hususî mülk üzerindeki ziilyetliğin idarece, ref'i dolayısıyla adli mahkeme nezdinde bir istihkak veya yeddin iadesi dâvası açılmasına mâni teşkil eder mi? Şüphesiz ki hayır!

Şu halde bu gibi bir tam kaza dâvasının adli mahkeme yerine idarî mahkemenin vazife ve salâhiyetine dahil olduğu hallerde de böyle olması icap etmez mi?

Şu da var ki idarî bir karara karşı müddeti içinde iptal dâvası açılmadığı takdirde bundan böyle mezkûr kararın mevzuata aykırılığı meselesinin, ne doğrudan, ne de dolayısıyla, hiç bir suretle dermeyan olunamayacağı; kararın artık hiç bir zaman tenkit, münakaşa ve mahkemece mürakabe edilemeyeceği de söylenemez. Çünkü idare tarafından aleyhinde bu gibi bir karar alınan şahsın, buna uymadığı veya muhalif hareket eylediği takdirde ceza mahkemelelerinde takip olunduğunda cezaî takibata mesnet teşkil eden bu kara-

(67) Şu noktaya işaret edelim ki: umumiyetle bir hak idarî bir kararın tatbik ve icrasından ziyade idarenin icra ettiği maddî bir takım fiil ve amelîyelerden muhtel ve müteessir olur.

rın kanuna aykırı olduğunu —velev ki evvelce 60 gün içinde bir iptal dâvası açmamış olsa dahi— her zaman iddia edebileceği muhakkaktır.

Nihayet bu müelliflere nazaran, muarızların ileri sürdükleri son delil de kabule şayan değildir. Yani alâkadarın, mevzuata aykırı bir karara karşı iptal dâvası açmamış olmasından mezkûr karara zımnen muvafakat eylediği neticesini istidlâl etmek yerinde olmaz.

İşte, yukarıdaki mülâhazalara istinaden, bu müellifler idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine açılacak tam kaza dâvasının evvelâ karara karşı bir iptal dâvasının açılması şartına bağlanmasını doğru bulmıyorlar.

Teissier'nin dediği gibi «iptal dâvası ve tam kaza dâvası başka başka şeylerdir. Birincisi ile ikincisi arasında zarurî bir münasebet yoktur.»

2 — Müelliflerin bu mesele hakkındaki noktâ nazarlarını böylece iki zıt tez halinde naklettikten sonra; bu husustaki mahkeme içtihatlarına da bir nazar atfedelim:

Bir kere, evvelce temas ettiğimiz üzere, Fransız Devlet Şûrası Blanc, Argaing ve Bezie kararlarından beri mevzuata aykırı bir karara karşı 60 gün içinde iptal dâvası açılmadığı halde; kararın tatbik ve icrası dolayısıyla bir hakkın muhtel olması üzerine tam kaza dâvası açıldığı takdirde dâvacının bu dâvası zımında kararın aykırılığını ileri sürmesine cevaz vermektedir.

Görüldüğü üzere bu içtihat mucibince alâkadarın, iptal müddeti dışında da, idarî bir kararın mevzuata aykırılığını iddia etmesi mümkündür.

Lâkin bu içtihatta dikkat edilecek bir nokta şudur ki: alâkadara, aykırılık meselesini iptal müddeti kapandıktan sonra dahi ortaya atabilmek hususunda, bahşedilen bu imkân ve kolaylığa rağmen; dâvacının, kararın tatbik ve icrasından dolayı, açtığı tam kaza dâvasında ayrıca kararın iptali hakkında bir talep dermeyeran eylemesi lâzımdır. Başka bir söyleyişle dâvacının sadece bir tam kaza dâvası açmakla iktifa etmeyip; aynı zamanda bu dâva zımında kararın mevzuata aykırılığında bahisle behemehal iptalini istemesi gerektir.

Kısaca bu içtihadı göre iptal müddeti dolduktan sonra münhasıran bir tam kaza dâvasının açılmasına cevaz verilmeyip; iptal müddeti kapandığı halde tam kaza dâvasının ikamesine ve bu dâva zımında da iptal talebinin dermeyeran olunmasına müsaade edilmektedir.

Bir kelime ile Devlet Şûrası, bu içtihadıyla, mevzuata aykırı bir karardan mütaazzır olan şahsın münhasıran bir tam kaza dâvası açmakla iktifa edip edemeyeceği meselesini halletmiyor. Sadece tam kaza dâvasıyla birlikte ikame olunan iptal dâvasının iptal müddeti haricinde de açılabilceği meselesini hallediyor.

Demek oluyor ki yukarıda naklettığımız içtihattan bu mesele hakkında bir netice çıkarmamız mümkün değildir.

Hiç şüphe yok ki idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idarenin tazminata mahkûm tutulabilmesi için bu kararın behemehal mevzuata aykırılığı zarurî olmıyan hallerde —yani evvelki bir yazımızda belirttiğimiz üzere mevzuata uygun kararlardan dolayı idarenin mesuliyeti cihetine gidildiği hallerde— alâkadar ayrıca bir iptal dâvası açmaksızın, kararın tatbik ve icrasından ötürü, münhasıran bir tam kaza dâvası açmak imkânını hâizdir. Bundan şüphe edilemez. Zira bu gibi bir dâvada esasen kararın mevzuata aykırılığı mevzuu bahis değildir ki; bu karar aleyhine bir iptal dâvası açılması düşünülebilir!

Lâkin aşikârdır ki bu gibi haller tetkik etmekte olduğumuz meselenin dışında kalmağa mahkûmdur. Çünkü biz burada idarenin, mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından dolayı, mesuliyeti meselesini incelemekteyiz.

Binaberin bu gibi haller dışında idarî bir kararın tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan şahıs her şeyden evvel bu kararın mevzuata aykırılığını ileri sürmek zorundadır. Halbuki öyle farzediyoruz ki dâvacı, bu karara karşı müddeti içinde iptal dâvası açmadığı gibi; bu kararın tatbik ve icrasını müteakip açtığı tam kaza dâvasına da iptal talebi eklememiş; keza bu tam kaza dâvası zımında, bir defa ve müdafaa kabilinden olarak, mezkûr kararın mevzuata aykırılığından aslâ bahsetmemiştir.

İşte bu gibi bir halde tam kaza dâvasının kabule şayan olup olmadığı caî sualdir.

İtiraf edelim ki kendi hesabımıza bu mesele hakkında kat'i ve açık bir mahkeme kararına tesadüf etmediğimiz gibi; bu konu hakkındaki eser ve etüdlerde de bu noktayı aydınlatacak mahkeme içtihadına rastlamadık.

Bu itibarla meselenin Fransız mahkeme içtihatlarınca açık ve kesin olarak alledildiğini söylemek, zannımızca, mümkün değildir.

Bununla beraber —biraz evvel temas ettiğimiz veçhile— idarî bir kararın mevzuata uygun olmasına rağmen idarenin mesuliyeti

cihetine gidildiği hallerde —yani idarenin risk, sebepsiz mal iktisabı gibi esaslara istinaden tazminata mahkûm tutulduğu hallerde,— hakkı ihlâl eden, zarara sebebiyet veren kararın mevzuata aykırı olması icap etmediğine göre Fransız Devlet Şûrası, dâvacının —karara karşı ayrıca bir iptal dâvası açmaksızın veya tam kaza dâvasına iptal talebi eklemeksizin veyahut bu dâva zımında aykırılık meselesini ileri sürmeksizin— sadece bir kazai kâmile tâbi dâva açmakla iktifa etmesine, pek âlâ, cevaz vermektedir. (68)

Mamafih, dediğimiz gibi, Devlet Şûrasının bu yoldaki kararlarından alâkadarın mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından dolayı tek başına bir tam kaza dâvası açabileceği neticesini istihraç etmek doğru olmaz. Zira, işaret ettiğimiz veçhile, esasen bu gibi hallerde kararın mevzuata aykırılık arzetmesine lüzum yoktur ki alâkadar tarafından aykırılık iddiası —ister bir iptal dâvası şeklinde, ister tam kaza dâvası zımında— ileri sürülsün!

Bunun gibi Fransada bazı idarî kararların tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine açılan tazminat dâvalarının idarî mahkemelerde değil de adli mahkemelerde tetkik ve rüyet edildiği haller vardır. Meselâ idare tarafından âmme emlâkinin tahdidi hususunda itihaz olunan idarî kararların tatbik ve icrasından dolayı açılan tazminat dâvalarının —tahdit kararının idarî mahiyette bir karar olduğunda asla şüphe edilmemekle beraber— tetkik ve rüyeti Fransada adli mahkemelere ait bulunmaktadır. Tahdit kararlarına karşı açılacak iptal dâvalarının tetkik mercii ise Devlet Şûrasıdır.

İşte alâkadar, bu gibi bir tahdit kararına karşı 60 gün zarfında Devlet Şûrasında bir iptal dâvası açmadığı halde; mezkûr kararın tatbik ve icrasından dolayı, yani hususî bir mülkünün âmme emlâki hudutları içine alınması dolayısıyla mülkiyet ve zilyetlik haklarının muhtel olması üzerine —Adliye mahkemesinin tahdit kararının mevzuata aykırılığı meselesini tetkike salâhiyettar olmamasına binaen— mezkûr kararın mevzuata aykırılığından asla bahsetmeksizin Adliye mahkemesinde idare aleyhine bir tazminat dâvası açtığı takdirde adli mahkemenin, aykırılık meselesini hiç nazara almaksızın, idareyi tazminata mahkûm ettiği görülmektedir. (69)

Mamafih Adliye mahkemesinin bu yoldaki kararlarından da alâkadarın mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından dolayı münhasıran bir tam kaza dâvası açabileceği neticesini çıkarmamız yine

(68) Sirey 41.3.1902 ve Recueil 1922 sah. 325 Tardy.

(69) Tafsilât için bakınız: Delbez, mezkûr eser sah. 35 - 37



doğru olmaz. Çünkü tam kaza dâvalarından bahsederken biz alâkadarın adli mahkemeler nezdinde açtığı dâvaları değil de, idari mahkemelerde ikame ettiği dâvaları kastediyoruz. Bu itibarla adli mahkemenin bu yoldaki içtihatlarının: incelemekte olduğumuz mesele- nin halli hususunda bize yardım edemeyeceği aşikârdır.

Elhasıl alâkadarın mevzuata aykırı bir karara karşı iptal dâvası açmaksızın veya tam kaza dâvasına bu gibi bir talep eklemeksizin veya bu dâva zımında mevzuata aykırılık iddiasını ileri sürmeksizin tek başına bir tam kaza dâvası açıp açamayacağı meselesi hakkında Devlet Şûrasının noktai nazarını açık ve kesin olarak tesbit edemediğimizi kaydediyoruz. Binaberin bu gibi bir dâvanın Devlet Şûra- sınca intihâen kabul edilip edilmeyeceğini kat'iyetle söyleyemiyoruz.

B — Memleketimize gelince; zannımızca Devlet Şûramı- zın içtihatlarına nazaran mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icra- sından her hangi bir hakkı muhtel olan şahsın idare aleyhine münha- sıran bir tam kaza dâvası açabileceği; bu dâvanın kabule şayan ol- duğu söylenebilir.

Fikrimizce Devlet Şûrasının içtihatlarına göre alâkadar bu gibi bir imkânı hâizdir. Yüksek mahkemenin bir çok kararları bu esası teyit eylemektedir.

1. — Meselâ Devlet Şûrasının 9/12/1938 tarih ve K: 1432, E: 37/1583 sayılı kararından (70) anlaşıldığı üzere hâdisede işten el çektirilerek mahkemeye sevk edilmiş ve fakat 6/4/1935 tarihinde be- raet etmiş olan bir memur —1452 sayılı kanunun 6 ıncı maddesi ge- reğince— memuriyetine iadesini istediği halde, yazılı emirle ilâmın bozulacağından bahisle, vazifesine derhal iade edilmemiş. Bu suretle bir müddet, yani 23/1/1936 tarihine kadar açıkta bırakılmış olduğun- dan alâkadar Devlet Şûrasına baş vurarak mahkemedен açıkta kal- dığı müddete ait 9 ay 17 günlük maaşının tam olarak verilmesine karar itasını talep etmiştir.

Görüldüğü üzere alâkadar, vazifesine derhal iade talebinin ida- rece reddi, yani bu yolda menfi bir karar ittihazı dolayısıyla müte- essir olmuştur. Bir kelime ile alâkadar idari bir kararın tatbik ve icrasından mütaazzır olmuştur. Ancak şu var ki mezkûr karara kar- şı bir iptal dâvası açmaksızın, hattâ ademi iade kararının mevzuata aykırılığını ileri sürmeksizin sadece bir tam kaza dâvası açmakla

iktifa eylemiş, mahkemedен muhtel olan hakkının, açık maaşının tesviyesi suretiyle, tamirini istemiştir.

Dediğimiz gibi dâva mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından mütevellit bir tam kazası dâvası olup; ayrıca şikâyeti muçip karara karşı ne müstakilen ne de tam kaza dâvasıyla birlikte bir iptal dâvası açılmamış; ne de tam kaza dâvası zımında mezkûr kararın aykırılığı hususunda bir iddia serd olunmamıştır.

Bununla beraber Devlet Şûrası dâvayı iptidaen kabul ile dinlemiş. Neticede «işten el çektirilerek muhakeme altına alınan memurlardan men'i muhakeme veya beraet yahut ademi mesuliyet kararı alanların kesilen maaşlarının yarısının iadesi 1452 sayılı kanunun 6 ncı maddesi iktizasından olmasına ve böyle karar almış olanların derhal vazifelerine iadesi kanunun sarıh hükmü icabından bulunmasına göre dâvacının derhal vazifesinin iadesi lâzım gelirken, kat'iyet hâsil eden beraet kararının yazılı emirle bozulması için Adliye Vekâletine müracaat edilmesi sebebiyle dâvacının tehhürle vazifeye iadesi kanuna muhalif bulunduğundan; açıkta bırakıldığı müddet için yarım maaş istihkakı zaruridir. Bu itibarla beraet tarihinden vazifeye başladığı tarihe kadar olan maaşlarının yarısının verilmesine» karar vermekle, dâvayı intihâen kabul etmiştir.

2. — Keza Devlet Şûrasının 16/12/1938 tarih ve K: 38/245 E: 38/321 sayılı kararında (71) görüldüğü üzere hâdisede alâkadar, mevzuata uygun olarak, bir memuriyete 45 lira maaşla tayin edildiği halde bilâhare maaşının 40 liraya indirilerek aradaki farkın maaşından kesilerek geri alınması üzerine Devlet Şûrasına müracaatle «sonradan çıkan 228 sayılı tefsire göre, geri alınan 5 lira maaş farkının iadesi lâzım geldiği gibi maaşının 40 liradan verildiği müddetçe her ay beşer lira noksan tediye edilmiş olduğundan ve bu mikdârın da geri verilmesi lâzım geldiğinden bahisle... hakkının verilmesini» talep etmiştir.

Dâva hülâsâsından anlaşıldığı üzere alâkadar, maaşının 45 liradan 40 liraya indirilmesi ve tediye edilmiş bulunan farkın maaşından kesilerek geri alınması hususunda idarece müttehaz bir kararın tatbik ve icrasına geçilmesi —yani maaşının fiilen kesilmesi ve farkın tahsil olunması— üzerine idare aleyhine bir tam kaza dâvası açmakla iktifa etmiştir. İdare tarafından müttehaz karara karşı ne bir iptal dâvası açmak lüzumunu duymuştur; ne de ayrıca tam kaza dâvasında mezkûr kararın iptalini talep etmiştir.

İdare ise bilhassa «tefsirlerin makabele şâmil olmadığını» ve geçmişe şâmil olduğu kabul olursa bile «emri vaki halini almış muamelelere şümulü olmayacağını» iddia etmiştir. Devlet Şûrası ise alâkadarın hakkını ihlâl eden idari kararın hukuka aykırı olduğunu belirterek, tam kaza dâvasını intihâen kabul etmiştir.

Gerçekten yüksek mahkeme «tefsir bir mânânın tayinini mutazammın olmasına göre bu noktadan müttehaz B. M. M. kararları tefsirin taallûk ettiği kanunun meriyeti tarihine kadar sirayet eder. İlmen mütehakkık olan ve bu gibi hukukî bir mütearife kabilinden bulunan bu esas karşısında dâvacının istihkakının tefsir kararının ittihazına tekaddüm eden zamanlara ait kısmının bu tefsir muktezası dışında addedilmesi hukuk prensiplerine uygun değildir.» diyerek «kanunsuzluğu kabul edilmiş olan bir tasarrufun emri vaki diye idamesi hukukan imkânsız olduğundan... dâvacının istihkakının, 228 sayılı tefsir kararı dairesinde, tediye sine» karar vermiştir.

Bir çok kararlar arasından seçtiğimiz bu iki karar, Devlet Şûramızın içtihadına göre, mevzuata aykırı bir kararın tatbik ve icrasından her hangi bir hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan şahsın, mezkûr karara karşı ayrıca müstakil bir iptal dâvası açmaksızın veya tam kaza dâvasıyla birlikte bir iptal dâvası ikame etmeksizin veyahut tam kaza dâvası zımında kararın mevzuata, hukuka aykırılığını ileri sürmeksizin sadece bir kazai kâmile tâbi dâva açmakla iktifa edebileceğini; bu gibi bir dâvanın mesmu olacağını; Devlet Şûrasının hakkı ihlâl eden, zarara sebebiyet veren kararın mevzuata, hukuka aykırı olup olmadığını kendiliğinden araştırabileceğini; neticede kararın aykırılığı sabit olduğu takdirde tam kaza dâvasının intihâen kabul edilmesi lâzım geleceğini sanırız ki ispat eder.

3. — Bunun gibi Devlet Şûramızın bazı kararlarından idarece müttehaz bir kararın tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan bir şahsın idare aleyhine doğrudan doğruya bir tam kaza dâvası açmakla beraber; bu dâva zımında şikâyeti mucip kararın iptalini talep etmemekle beraber mevzuata aykırılığını ileri sürebileceğini istidlâl ediyoruz.

Meselâ, zannımızca, yüksek mahkemenin 18/1/1938 tarih ve E: 37/1609 K: 38/415 tarihli kararı (72) bu esası teyit eylemektedir. Gerçekten hâdisede alâkadar, yüzbaşılıktan mütekait iken 1927 yı-

ından 1937 yılı nisan ayına kadar köy muallimliği vazifesini ifa ettikten sonra vazifesinden çıkarılması üzerine hakkında 1683 sayılı kanunun 7 inci maddesi hükmünün tatbikine mütedair talebinin reddi hususundaki idarî kararın «kanuna mugayeretinden» bahisle Devlet Şûrasından —mezkûr madde mucibince— tekaüt maaşına zam icrası lâzım geldiğini hükme bağlamasını talep ediyor.

Devlet Şûrası, dâvacının açtığı bu tam kaza dâvası zımında idarî bir kararın mevzuata aykırı olduğu hususunda bir iddia serdetmesine cevaz verdiği gibi; bu aykırılık iddiasını tetkik etmekten de kaçınmıyor. Ancak şu var ki mezkûr red kararının mevzuata hiç bir cihetten aykırı olmadığına kanaat getirdiğinden (53) «tekaüt maaşına bir zam icrası mevzuubahis» olamayacağını beyanla dâvayı intihaen reddediyor.

Görüldüğü üzere yüksek mahkeme tam kazasını intihaen reddetmekle beraber; dâvacının bu dâva zımında ileri sürdüğü aykırılık iddiasını nazarı itibare almaktadır; ki bizim burada belirtmek istediğimiz nokta bundan ibarettir.

4. — Nihayet Devlet Şûramız bazı kararlarında idarî bir kararın tatbik ve icrasından müteessir olan alâkadar tarafından idare aleyhine açılan tam kaza dâvasını, mezkûr kararın mevzuata, hukuka hiç bir cihetten aykırılık arzetmemesine binaen neticeten reddetmektedir.

Meselâ biraz evvel temas ettiğimiz 18/1/1938 tarihli karar bunu teyit eylemektedir.

Bütün bu izahat, iptal dâvasıyla tam kaza dâvası arasında zarurî bir münasebet mevcut olmamakla beraber; iptal dâvasının bazan neticeten bir tam kaza dâvasına meydan verebileceğini sanırız ki isbat eder.

Nitekim Danıştayımız, D.Ş. Kararlar Mecmuasının 5 inci sayısında (sahife 99-101) intişar eden bir kararında «Şûrayı Devlet nezdinde açılacak iptal dâvasının kabulü takdirinde verilen kararın hukukî neticesi, sadece kararı ortadan kaldırmaktan ve böyle bir vaziyette

(53) Filhakika yüksek mahkemeye göre «mütekaitlerden Devlet hizmetine alınanların tekaüde ırcaları halinde, hizmeti ahire zamaları almaları bunların tekaüt maaşlarının kesilmesine ve memur gibi istihdam edilmelerine bağlıdır. Müstedinin ise tekaüt maaşını almağa devam etmekle beraber ücretle muallimlikte istihdam edildiği anlaşılmaktadır.»

idarenin yapacağı şey Şûrayı Devlet kararına bakarak iptal edilen kararın yerine diğeri birini ikame etmekten ibarettir.

Ancak iptal edilmiş olan karar, ıslaha takaddüm eden zamanlarda alâkadarların bir hakkını da ihlâl etmiş olur ve bir tazmin yolunu tutmak isterlerse takip edilecek hattı hareket kendilerinin idareye müracaatle tazminat istemeler ve ancak verilmediği surette Şûrayı Devlete müracaatle bu tazminatı hüküm altına aldirmaları suretinde tecelli etmek iktiza eder» demekle iptal dâvasının her zaman ve muhakkak surette bir tam kaza dâvasına vesile teşkil etmemekle beraber bazan ve bazı şartlar altında bir tazminat dâvasına meydan verebileceğini kabul eylemektedir.

**Doçent Ragıp Sarıca**