

II

Mahkeme İctihatları

A) Âmm e Hukuku; B) Hususî Hukuk

A) ÂMME HUKUKU

A — İdare hukuku; B — Ceza Hukuku.

A) İDARE HUKUKU;

I. Evvelce neşredilen bir talimatnamenin idari bir kararla kendi hakkında tatbik edilmesinden dolayı menfaati muhtel olan bir şahsın, talimatnamenin neşrinden itibaren 90 gün geçmiş olmasına rağmen, mezkûr karara karşı bir iptal dâvası açıp açamayacağı; talimatname aleyhine açılan dâvalarda husumetle talimatnameyi tatbikle mükellef makama teveccüh edeceği; mevzuata ve hukuk esaslarına aykırı talimatname hükümlerinin iptali gerektiği hakkında Devlet Şûrası Deavi Daireleri Umumi Heyetinin 4/6/1943 tarihli kararı.

DEVLET ŞÛRASI

D. D. Umumi Heyeti

E: 42/253

K: 43/109

Dâvanın tarafımızdan hülâsası:

Hâdise: Sigorta şirketlerinin teftiş ve murakabesi hakkındaki 1149 sayılı kanunun tatbik suretini göstermek maksadiyle evvelce ısdar olunan talimatnamelerle hukuki durumu tanzim kılınan bir şahsın bilâhâra Ticaret Vekâletince 30/5/1942 tarihinde Resmî Gazete ile neşredilen sigorta prodüktörleri hakkındaki talimatname hükümlerine tâbi tutulması üzerine 27/8/1942 tarihinde —yâni talimatnamenin gazetede intişarı tarihinden itibaren 90 gün geçmeden— Devlet Şûrasında —Ticaret Vekâletini ve Başvekâlet makamını hasım itti haz ederek — mezkûr talimatname aleyhine — mevzuata muhtelif bakımlardan aykırılığından bahisle — bir iptal dâvası ikame eylesmesinden ibarettir.

Dâva olunanların M. H:

Başvekâlet kendisine husumet teveccüh edemeyeceğini; Ticaret Vekâleti de müruru müddet def'i serdetmişlerdir.

D. Ş. Kararının hülâsası:

«Dâvacı dâvasında husumetle Başvekâlet makamıyla Ticaret Vekâletine tevcih etmiş olup mevzuubahıs olan talimatnamenin tatbikına Ticaret Vekâletinin memur bulunduğu sarahatle yazılı olduğu ve Devlet Şûrasının içtihadı da husumetin tatbik ile mükellef makama teveccüh edeceği merkezinde bulunduğu cihetle (1) Başvekâletin husumetten çıkarılması tabii bulunmuştur.

Talimatname 30/5/1942 tarihli Resmî Gazete ile nesredilmiş olup dâvacının 27/8/1942 tarihli arzuhalî aynı tarihte muamele mevkiine konulmuş (2) bulunduğuna göre müruru müddet def'i de varid görülmemiştir (3).

Esasa gelince; mevzuatımıza göre Ticaret Vekâletinin kanununun tatbik suretini göstermek üzere talimatname vücuda getirmeye salâhiyeti derkâr olmakla beraber (4) talimatnamelerin kanun ve nizamnameler hükümlerine aykırı hükümler ihtiva edemeyeceğine göre (5) bahis mevzuu olan talimatname hükümlerinin bu bakımdan incelenmesi muktazî görülmüştür.»

Bu inceleme neticesinde yüksek mahkeme, bir kere mezkûr talimatnamenin «Vekâletce lüzum görüldüğü takdirde evvelce imtihana tâbi tutulup imtihanı kazanmış olan prodüktörlerin yeniden imtihan olunabileceği hakkındaki bir hükmünü —bir taraftan bizzat talimatnamenin «evvelce yapılan imtihanı kazanmış olan prodüktörlerin imtihandan varestede tutulacağı» hakkındaki diğer bir hükmü ile bir nevi tenakus arzettiğinden (6) ve diğer taraftan imtihanla ehliyeti sabit olarak şahadetname almış olan herhangi bir okul mezununun okul derslerinde ileride yapılan tebeddülât sebebiyle tekrar imtihana tâbi tutulması caiz görülmediği gibi prodüktörler için de böyle bir mecburiyetin tahmîli doğru olmayacağından müstesna hak hakkındaki umumî esaslara muğayir bulunduğundan (7)» ötürü— iptal etmiştir.

Saniyen mahkeme, talimatnamenin prodüktörlere «teminat akçesi vermek» mecburiyetini yükliyen diğer bir hükmünü —yine bir taraftan bizzat talimatnamenin diğer bir hükmiyle kabîli telif saymadığından ve diğer taraftan «nakdî bir mükellefiyetin ancak bir kanun vasfı suretiyle» mümkün olabileceğinden (8)— bozmuştur.

Nihayet Devlet Şûrası, talimatnamenin prodüktörlere «sigorta prodüktörleri cemiyetine kaydolanmak» mecburiyetini tahmîl eden bir maddesini —«4355 sayılı kanun bütün ticaret ve sanat erbabının mukayyet bulunmaları mecburî olan teşekkülleri tasrih etmiş olduğuna göre böyle bir mecburiyetin (9) ancak kanunla tesis edilebileceği» mülâhazasıyla— iptal eylemiştir.

(1) Karardan anlaşıldığı üzere — Devlet Şûrasının müesses bir içtihadına göre — Heyeti Vekilece veya muhtelif vekâletlerce müştereken isdar olunan talimatnameler aleyhine açılacak iptal dâvalarında bütün bu vekâletlere karşı dâva ikame etmeye lüzum ve mahal yoktur. Husumetin sadece talimatnameyi tatbikle mükellef vekâlete tevcihi gerekir.

Şüphe yok ki bu gibi bir içtihat ve usul —amelî bakımdan— gerek dâvacı, gerek idare, gerekse Devlet Şûrası için bir takım kolaylıklar arzet-

mekle beraber ilmi esaslara pek uygun değildir. Zira idari kaza esasları mucibince idari bir karar aleyhine açılacak iptal dâvalarının, kararı itti haz eden makama tevcihi gerekir. Yoksa kararı tatbik edecek makama değil! (Tafsilat için bakınız: Ragıp Sarıca, İdari Kaza 1942, s. 100-103; İdari Kaza yeni ve muaddel tab'ı 1944, s. 45-48).

Lâkin iptal dâvalarında husümetin hakikatta kararı itti haz eden idare den ziyade bizzat müttahaz karara müteveccih olduğu hatırlanacak; ve ancak cansız bir şey olan kararın sırf müdafası bakımından dâvanın idare aleyhine açıldığı göz önünde tutulacak olursa... yukarıdaki tenkidin tesir ve şiddeti —yine ilmi bakımdan— biraz hafifler.

Bununla beraber herhangi idari bir karar aleyhine açılan iptal dâvasında husümetin kararı itti haz eden makama tevcihi hukuk mantığına daha uygun düşer. Çünkü kararı bu makam almıştır. Bunun hukuka uygun sayılıp sayılmaması en ziyade onu ilgilendirir. Kararın bozulmasından en fazla o müteessir olur. Aynı zamanda kararın herhangi bir iptal sebebiyle malûl bulunmadığını en kuvvetle müdafaa edecek mevkiide bulunan yine odur. Bu itibarla fikrimizce dâvanın, bu kararı tatbik edecek makam yerine itti haz edene tevcihi daha doğrudur.

Ancak şu var ki —yukarıda temas ettiğimiz veçhile— Devlet Şûrası kanununun 30 uncu maddesi mucibince «arzu hallerle dâvaya müteallik her türlü evrakın mukabil taraf sayısınca birer sureti verilmek şart» olduğuna ve 37 inci madde gereğince taraflar arasında bir sürü cevaplar teati olunacağına göre dâva olunan adedini ve dolayısıyla idarenin yükünü ve neticeten Devlet Şûrasının işini azaltmak ve hafifletmek itibarıyla muhakeme usulünü kolaylaştırmaya matuf bulunan Devlet Şûrası içtihadını —ameli bakımdan— yerinde bulmak mümkündür.

(2) Görülüyor ki dâva, talimatnamenin Resmî Gazetede intişarından 88 gün sonra —yâni henüz dâva müddeti olan 90 gün geçmeden— açılmış ve —Devlet Şûrasının kararında belirttiği üzere— 27/8/1942 tarihli arzuhal aynı tarihte muamele mevkiine konulmuş, yâni —Şûrayı Devlet kanununun 35 inci maddesi mucibince— aynı günde deftere kaydolunmuştur.

(3) Devlet Şûrası, müruru müddet hakkındaki bu mütalâasıyla idare hukuku bakımından büyük bir ehemmiyeti haiz olan ve «Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti» adlı kitabımızda hukukçularımızın dikkat nazarına arzylediğimiz bir meseleye temas etmektedir. Söyle ki idare hukukunda cari olan esaslara göre umumiyetle idari bir karar, nizamname, talimatname gibi umumî, objektif, mücerret diğer bir idari tasarrufa, karara dayanır. İşte bu umumî ve objektif karar ortadan kalkmadıkça —yâni geri alınmadıkça veya iptal olunmadıkça— mezkûr karar aleyhine müracaat mümkün değildir. Ferdî, müşahhas karar iptal olunmamak lâzımdır.

Kitabımızda dediğimiz gibi «bilfarz —bir talimatnameye müsteniden— itti haz olunan bir karara karşı Devlet Şûrasında bir iptal dâvası açılmış olabilir. Fakat mezkûr kararın iptal edilebilmesi için evvelemirde kararın dayandığı talimatnamenin iptali lâzımdır. Görülüyor ki zahiren yalnız karara karşı açılan iptal dâvası hakikatta talimatnamenin iptaline mü-

teveccihdir. Haddi zatında talimatnamenin iptali talep olunuyor demektir. Zira — yukarıda da arzettiğimiz üzere— ferdi ve müşahhas bir kararın dayandığı ve her bakımdan— yâni gerek salâhiyet, gerek saik, gerek mevzu, gerek şekil, gerekse maksat cihetlerinden — mutabık bulunduğu objektif temel — yâni talimatname — ortadan kalkmadıkça kararın iptali mümkün değildir» (Ragıp Sarica, Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti 1943. sahife: 239).

Bu münasebetle kitabımızda şöyle bir hâdiseye temas etmiştik: Herhangi bir talimatname ısdar olunduğu ve Resmî Gazetede intişar ettiği sırada filan şahsın menfaatlerini ihlâl etmiyebilir. Ancak talimatname bu şansa bilâhara ferdi ve müşahhas bir karar vasıtasıyla tatbik edildiğindedir ki bu şahıs mezkûr talimatnameye istinaden ittihaz olunan bu karardan müteessir olur. Binaberin ancak bunun üzerine hakkında müttahaz karar aleyhine ve dolayısıyla bu kararın dayandığı talimatnameye karşı bir iptal dâvası açabilir. Yoksa daha evvel talimatname aleyhine dâva ikame etmesine hukukan imkân yoktur. Zira idari kaza sahasında cari olan ve Devlet Şûrasınca da kabul edilen esaslara göre herhangi bir şahsın, idari bir karar aleyhine iptal dâvası açabilmesi için dâvanın açıldığı sırada veya hiç olmazsa dâvanın tetkiki esnasında mezkûr karardan kat'i bir surette müteessir bulunması zaruridir. Meselâ — Devlet Şûramızın da müteaddit kararında belirttiği veçhile — bir memur, henüz kat'i olarak tekaüde sevk edilmeden evvel, hizmetlerinin tesbitine matuf bulunan idari bir karara karşı iptal dâvası açamaz. Zira işin bu safhasında henüz bir menfaati kat'i olarak ihlâl edilmiş bulunmamaktadır. Bunun gibi bir şahıs herhangi bir talimatname kendisine henüz tatbik edilmediği bir sırada — velev ki talimatname mevzuata aykırı bulunsa — talimatname aleyhine bir iptal dâvası açamaz. Zira dâva açmak için vakit henüz çok erkendir. Halbuki talimatname kendisine — idari bir karar vasıtasıyla — tatbik edilinceye kadar 90 günden fazla bir müddet geçebilir. Gerçekten bilindiği üzere bir talimatname Resmî Gazetede intişar ettikten ve yürürlüğe girdikten seneler sonra da tatbik olunabilir. İşte acaba — birinci vaziyetin aksine olarak — bu gibi hallerde talimatnamenin iptali cihetine gitmekte acaba gecikilmiş değil midir? Kısaca bir talimatnamenin, Resmî Gazetede intişarından ve yürürlüğe girmesinden itibaren 90 günden fazla bir müddet geçtikten sonra bir takım idari kararlar vasıtasıyla tatbiki halinde bu talimatname aleyhine doğrudan doğruya veya talimatnameye istinaden müttahaz idari kararın iptali zımında dolayısıyla bir iptal dâvası açılabilir mi? Artık bu sefer de iş isten geçmiş değil midir?

Elhasıl talimatname ısdar edildiği andan itibaren 90 günden fazla bir müddet geçtiği takdirde talimatnamenin tatbiki talimatname aleyhine bir iptal dâvasının açılmasına vesile teşkil edebilir mi? 90 günden fazla bir müddet geçtiği halde talimatnameye karşı iptal dâvası açmaya hukukan imkân var mıdır?

Vazettiğimiz bu suallere biz şöyle cevap verilmesi lâzımgeldiğini iddia ediyorduk. Diyorduk ki:

«Bir kere muhakkak olan şudur ki herhangi ferdi ve müşahhas bir

kararın dayandığı objektif tasarruf ortadan kalkmadıkça mezkûr kararın iptali mümkün değildir. Kararın dayandığı objektif tasarruf: bir nizamname veya talimatname olabilir. Fransada gerek bir nizamnameye gerek bir talimatnameye müsteniden ittihaz olunan idari bir karar aleyhine müddeti içinde — yani 60 gün zarfında — açılan bir iptal dâvasında Fransız Devlet Şûrası bu dâvanın hakikatta nizamnamenin veya talimatnamenin iptaline müteveccih olduğunu göz önünde tutuyor. Dâvanın haddi zatında karara karşı değil nizamname veya talimatnameye tevcih edildiğini nazarı itibara alıyor. Ve karara karşı müddeti içinde açılan dâvayı, sanki müddeti içinde doğrudan doğruya nizamname veya talimatname aleyhine açılmış farzediyor. Başka bir ifade ile karara karşı 60 gün içinde açılan iptal dâvasını — isdarlarından itibaren velev ki 60 günden fazla müddet geçmiş olsa — nizamname veya talimatname aleyhine açılmış farzediyor. Nizamnamenin, talimatnamenin tedvininden itibaren geçen müddetle bunlara müsteniden ittihaz edilen karardan itibaren geçen müddet hususunda bir fark gözetmiyor. Dâva, kararın ittihazından itibaren 60 gün içinde açıldığı takdirde bu 60 günlük müddeti nizamname ve talimatnameye de tatbik ediyor. Elhasıl karar aleyhine açılan iptal dâvası neticesinde — aradan seneler geçtiği halde — nizamname veya talimatnameyi de iptal ediyor. İşte kanaatimizce, bu sureti hallin bizde talimatnameler hususunda aynen tatbiki lâzımdır. Hukuk mantığı, hak ve adalet bunu icap ettirir» (Aynı eser, s. 240).

Şunu da ilâve edelim ki bu hal sureti kabul edilmediği takdirde isdarından ve Resmî Gazetede intişarından itibaren 90 günden fazla bir müddet geçtikten sonra tatbik olunan bir talimatnamenin — mevzuata muğayereti âşikâr bulunsa bile — hiç bir suretle iptali cihetine gidilemeyecek demektir. Halbuki idare, herhangi bir talimatnameyi muayyen ve müşahhas hallere dilediği zaman tatbik etmek, yani buna istinaden ittihaz edeceği kararları istediği vakit almak salâhiyetini haiz olduğuna göre hiç şüphe yok ki bir müddet bekleyip ancak 90 günün mürurundan sonra talimatnamenin tatbikına girişmek imkânına da maliktir. Şu halde teklif ettiğimiz hal sureti kabul edilmediği takdirde dilerse idare, — 90 günlük müddeti geçirmek suretiyle — talimatname aleyhine açılması ihtimali bulunan iptal dâvası kapısını ebediyen kapamak kudretine sahip olacak demektir; ki idarenin bu yolda hareket etmesiyle talimatnamelerin Devlet Şûrasının kazâi mürakabesinden kurtulmuş olacağı meydandadır.

Halbuki yukarıdaki kararına göre Devlet Şûramız maatteessüf müdafaa ettiğimiz bu hal suretini kabule mütemayil ve tarafdar görünmüyor.

Gerçekten Yüksek Mahkeme müruru müddet def'ini tetkik ederken 90 günlük müddetin mebdelini sigorta prodüktörünün imtihana tâbi tutulması hakkında Ticaret Vekâletince mezkûr talimatnameye müsteniden müttahaz idari karardan başlatacak yerde talimatnamenin Resmî Gazetede intişarı tarihi olan 30/5/1942 tarihini müddet başlangıcı olarak alıyor, müddeti bu tarihe göre hesaplıyor. Talimatnamenin Resmî Gaze-

tede intişarı tarihinden itibaren dâvanın açıldığı güne kadar henüz 90 gün geçmediğinden dolayı müruru müddet def'ini varid görmüyor.

Görülüyor ki Devlet Şûrası, teklif ettiğimiz hal suretini benimsemiyor. Velev ki bir talimatnameye müsteniden müttahaz idari bir karar aleyhine açılan bir iptal dâvası zmnında olsun, mezkûr talimatnamenin iptali cihetine gidebilmek için dâvanın behemehal talimatnamenin Resmî Gazetede intişarından itibaren 90 gün içinde açılmış olmasını arıyor.

Devlet Şûrası, daha eski bir kararında da, aynı içtihatla bulunmuş; 11/10/1934 tarihli İstanbul Üniversitesi talimatnamesine istinaden Maarif Vekâleti tarafından bir doçentin imtihana tâbi tutulması hakkında 2/5/1938 tarihinde ittihaz olunan karara karşı açılan iptal dâvasında dâvanın mezkûr talimatnamenin iptaline matuf olmayıp sırf bu talimatnameye tevfiikan ittihaz edilen idari kararın iptaline müteveccih olduğunu belirtmiş; müddeaaaleyh Maarif Vekâletince talimatnamenin neşri tarihine göre 90 günlük müddetin çoktan geçmiş olduğu yolundaki müruru müddet def'ini sırf yukarıdaki mülâhazaya mebni — yâni dâvacının talimatnamenin iptalini değil sadece buna müstenit kararın bozulmasını istediği mütalâasıyla — reddetmiştir (D. Ş. Kararlar Mecm. Sayı 8, s. 65-67).

Bu karardan da anlaşıldığı üzere Devlet Şûrası bir talimatnameye karşı açılan iptal dâvasıyla bu talimatnameye müsteniden müttahaz karar aleyhine ikame olunan iptal dâvasını tefrik etmekte; velev ki talimatnameye müstenit kararın iptali zmnında olsun talimatnamenin iptali cihetine gidebilmek için behemehal talimatnamenin intişarından itibaren 90 günlük müddetin geçmemiş olmasını aramakta; bir talimatnameye tevfiikan ittihaz olunan karara karşı müddeti içinde açılan iptal dâvası neticesinde de talimatnamenin iptali cihetine gitmeksizin yalnız kararın iptal olunabileceğini kabul etmektedir.

(4) Filhakıka gerek 1322 numaralı kanunun 1 inci maddesinin Z fıkrasına gerekse idare hukukunda cari hukuki esaslara göre — icraî kararlar almiya salâhiyettar tekml makamlar gibi — bir vekâletin de tek başına bir talimatname meydana getirmeye salâhiyetli olduğu muhakkaktır. (Tafsîlât için bakınız: R. Sarica, Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti 1943 s. 219 ve 231-235).

(5) Gerçekten talimatnamenin mevzuata, hukuka aykırı hükümler ihtiva edemeyeceği muhakkaktır. (Bakınız: R. Sarica, aynı eser s. 237-251).

(6) Görülüyor ki hâdisede Şûra, talimatnamenin bir hükmünü kararın ve nizamata aykırılığından dolayı değil de; bizzat talimatnamenin diğer bir hükmiyle taaruzundan ötürü iptal eylemektedir, ki dikkate şayan bir noktadır.

(7) Görüldüğü üzere Şûra bir talimatnamenin yalnız mevzuata muğayereti dolayısıyla değil aynı zamanda hukuki esaslara, kısaca hukuka aykırılığından ötürü de bozulabileceğini çok doğru olarak kabul eylemektedir.

(8) (9) Görülüyor ki Devlet Şûrasına göre nakdi bir mükellefiyet veya bir teşekküle kayıt mecburiyeti ancak kanunla tesis ve tahmil olunabilir. Hiç şüphe yok ki herhangi bir kanun bir talimatnameye de bu gibi

cir salâhiyet bahsedebilir; yâni nakdî bir mükellefiyetin veya bir teşekküle kayıt mecburiyetinin bir talimatname ile vaz ve tahmil olunmasına cevaz verebilir. Netekim bu, vakidir. (Bu hususta bakınız: R. Sarıca, aynı eser, s. 229-231). Bu itibarla kanaatimizce Devlet Şûrasının yukarıdaki hükmünü umumî ve mutlak olarak almamak; ancak kanunda hilâfına sarahat mevcut olmadığı takdirde bir talimatnamenin nakdî bir mükellefiye; tahmil edemeyeceği ve bir teşekküle kayıt mecburiyetini yükliye-meyeceği şeklinde tefsir etmek gerektir.

II. Köy Kanununa göre yapılan istimlâklerde istimlâk muamelesi aleyhine Devlet Şûrasında —Şûrayı Devlet Kanununun 23 üncü maddesinin C fıkrası mucibince— iptal dâvası açılabileceği hakkında 21/7/1943 tarihli Devlet Şûrası 5 inci daire kararı.

DEVLET ŞÛRASI

Beşinci Daire

E: 38/3649

K: 1570

Dâvacı: Muğla'nın Gevenes Köyünde A. A.

Dâva edilen: Muğla'nın Yatakan Nahiyesinin Kire-nizle Köyü Muhtarlığı.

Dâvanın H: Nümune tarlası ve fidanlık tesisi için tarlasının beher dönümü yirmi liradan olmak suretiyle yedi dönümün 140 liraya istimlâki hakkındaki köy ihtiyar heyeti kararına (1) karşı vaki itiraz üzerine merbut vilâyet idare heyetince müttehaz kararda istimlâk bedeli 180 liraya çıkarılmışsa da tamamı 25 dönüm olan bu tarlayı bilmüzayede 650 liraya almış olduğu ve ayrıca 150 lira masraf ettiği ve halen istimlâk edilen 7 dönümlük kısım da tarlanın en değerli yeri olduğu gibi istimlâk de Köy Kanununun 44 üncü maddesine uygun olmayıp tütün dikmek ve hasılatını almak gayesiyle vaki olduğundan (2) mezkûr kararın bozulması talebinden ibarettir.

Dâva edilenin Müdafaası H: Kanunen muayyen müddet zarfında cevap verilmediğinden 3546 sayılı kanunun 38 inci maddesine tévfikan tetkik edilmiştir.

Müddeiumuminin Mütalâası: İtiraz olunan idari muamele ve kararda kanun ve nizama aykırılık görülemediğinden dâvanın reddi mütalâa edilmektedir.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Devlet Şûrası 5 inci Dairesi tarafından işin gereği düşünüldü:

Köy Kanununun 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasında: İhtiyar heyeti mektep, cami, hamam gibi köylüye

faydalı olan işleri yapmak için istediği yeri değer parası ile satın alır, denilmede olmasına ve buradaki (gibi) sözü bu nevilerden olan âmme ihtiyaçlarının tatminine sâri olup fidanlık o mahiyette bulunmamasına ve esasen bu yerlerin tütün ekilmek ve ticaret edilmek suretiyle istimâl edileceği iddiası da karşılanmamış olduğundan (3) mezkûr madde hükmüne tevafuk etmiyen istimlâk muamelesinin bozulmasına ve peşin alınan 100 kuruşun dâvacıya iadesiyle 500 kuruş ilâm harcının dâva edilenden alınmasına 21/7/1943 tarihinde ittifakla karar verildi.

(1) Gerçekten köy kanununun 44 üncü maddesinin 2 inci fıkrasına göre: «İhtiyar meclisi mektep, cami, hamam gibi köylüye faydalı olan işleri yapmak için istediği yeri değer pahasıyla satın alır. Mal sahibi razı olmazsa kaza idare meclisi heyeti işi gözden geçirir. Kaza idare meclisi heyetinin kararına söz yoktur.

Köy kanunu, yukarıda naklettiğimiz hükümle, köye istimlâk salâhiyeti tanımaktadır. Netekim bu madde hakkındaki 1930 tarihli ve 555 numaralı B. M. Meclisi kararı bunu teyit eylemektedir. Filhakika bu kararda «Köy kanununun 44 üncü maddesinin 2 inci fıkrasındaki sarahate göre istimlâkin köylü için faydalı olup olmadığı hususunda veya bedelin miktarına karşı yapılacak itirazların kat'i ve nihai surette kaza idare heyetince karara raptı lâzımgelceğinden bu hususta tefsire mühtaç bir cihet görülmediği» beyan olunmaktadır.

Kararda istimlâkten bahsedildiğine nazaran 44 üncü madde hükmünün köye bir istimlâk salâhiyeti tanıdığı meydandadır.

Karardan şunu anlıyoruz ki köy namına yapılacak istimlâklerde istimlâk kararı — birinci derecede — köy ihtiyar meclisince ittihaz olunur. İtiraz üzerine de kaza idare heyeti tarafından kat'i ve nihai bir karara bağlanır.

Zannımızca kanun «kaza idare heyetinin kararına karşı söz yoktur» demekle ve 555 numaralı karar da «itirazların kat'i ve nihai surette kaza idare heyetince karara raptı edileceğini söylemekle — 18 nisan 1929 tarihli ve 1426 numaralı vilâyet idaresi kanununun 66 inci maddesi hilâfına olarak — kaza idare heyetinin istimlâk hakkında verdikleri bu kararlar aleyhine — Devlet Şûrasının mürakabesini mahfuz tutmakla beraber — sadece vilâyet idare heyetlerinde itiraz olunamayacağını anlatmak istemişlerdir.

Bu itibarla yukarıya aynen naklettiğimiz Devlet Şûrası kararında «kaza idare heyetince müttahaz karar» denilecek yerde sehven «vilâyet idare heyetince müttahaz karar» dendiğini sanıyoruz.

(2) Görüldüğü üzere dâvacı, tarlasının idarece «tütün fidanı dikmek ve hasılatını almak» gayesiyle istimlâk edildiğini iddia eylemektedir. Halbuki Köy kanunu, köye ancak «mektep, cami, hamam gibi köylülere faydalı olan işleri yapmak» maksadiyle istimlâk salâhiyeti tanımaktadır.

Demek ki hâdisede idare, kanunun istihdaf ettiği gayeye tamamen yabancı ve aykırı olarak sırf mali bir maksat gütmüştür.

Şu halde hâdisede takip olunan gayenin kanunen takibi gereken naksada tetabuk etmediği meydandadır. Binaberin istimlâk kararı mevzuata — maksat cihetinden — aykırıdır. Binneticce kararın bu noktadan iptali lâzımgelir. Dâvacının müdafaa ettiği bu tez Türk doktrinine tamamen uygundur.

Gerçekten takrirleriyle, makaleleriyle, tetkikleriyle, konferanslarıyla ve eserleriyle idare hukukunun memleketimizde hukuk ilminin en önemli bir branşı olarak yerleşmesinde ve gelişmesinde çok büyük bir payı olan Sayın hocamız Ord. Prof. S. S. Onar istimlâk muamelesinin — diğer idari karar ve tasarruflar gibi — idari mahkemelerin kazai mürakabesine tâbi olduğunu; hattâ — istimlâk kararının bir unsuru, bir cüz'ü ve saiki olan — umumî menfaat kararının da tamamen taktiri bir mahiyet arzemediğini; bunun — birçok bakımdan — idari kazanın kontrolüne tâbi bulunduğunu ötedenberi ve uzun uzadıya izah ve müdafaa eylemişlerdir. (Bakınız: S. S. Onar, İdare Hukuku 1933, s. 327 ve müt.). Aynı noktai nazarı yeni eserlerinde de dermeyan etmektedirler. (S. S. Onar, İdare Hukuku, 1942 bilhassa s. 1141 ve müt.). Sayın Profesör — tetkik ve tahlil etmekte olduğumuz Devlet Şûrası kararından takriben altı ay evvel Ankarada verdikleri — «İstimlâk mevzuatımız ve tatbikatımız üzerinde bazı düşünceler» adlı konferanslarında bir kere daha istimlâk kararının — bir hükümet tasarrufu gibi — kazai mürakabenin tamamen dışında kalmadığını belirtmiş; istimlâk kararının esas, maksat, salâhiyet ve şekil bakımından Devlet Şûrasında tetkik olunabileceğini hatırlatmışlardır. (Mezkûr konferans bilhassa s. 12, 13 ve 14).

İstimlâk konusu üzerinde talebeliği sırasında dikkate değer bir serminer vazifesi hazırlıyan ve henüz asistan iken bu mevzuda üzerine büyük bir alâka çeken bir makale neşreden değerli meslekdaşımız Ceza Hukuku Doçenti Dr. Sulhi Dönmezer de «umumî menfaat kararları aleyhine şekil noksanı, salâhiyetsizlik ve kanuna maksat bakımından muhalefet hallerinde kanun yoluna müracaat olunabileceğini» söylüyor. Ancak «yapılan ameliyenin menafii umumiyeye uygun olup olmadığı taktiri bir mesele teşkil ettiğine göre, idari kazanın, umumî menfaat kararları aleyhine esas bakımından yapılacak itirazatı tetkik» edemeyeceğini ilâve ediyor (S. Dönmezer, İstimlâk Hukuku 1941 bilhassa s. 69-71).

Türk doktrininin bu baptaki izahatından anlıyoruz ki istimlâk muamelesi — umumî menfaat kararı da dahil olmak üzere — prensip itibarıyla idari kazanın kontrolüne tâbi bulunmaktadır.

Türk doktrininin bu baptaki izahatını hulâsa ederek diyebiliriz ki istimlâk: idari bir tasarruftur.

Bu itibarla her idari tasarruf gibi istimlâk tasarrufunun da: salâhiyetli makamdan sadır olmak, bir saika dayanmak, muayyen bir mevzuu ihtiva etmek, kanunun koyduğu şekil ve usule tevfiқан ittihaz olunmak ve nihayet kanunen takibi gereken maksada uygun bir gaye gütmek... üzere beş unsuru vardır. (İdari tasarrufların unsurları hakkında izahat için bakınız: S. S. Onar, İdare Hukuku 1942 s. 57-65).

Bilindiği üzere Şûrayı Devlet kanunumuz herhangi idari bir kararın mevzuata bu beş unsur bakımından aykırılığını bir iptal sebebi saymaktadır. Yalnız şu var ki Devlet Şûrası kanunumuz bizim «saik» ve «mevzu» tesmiye ettiğimiz unsurları bir tek mefhum içinde toplamakta ve buna «esas» adını vermektedir. (Bu hususta tafsilât için bakınız: Ragıp Sarica, İdari Kaza 1942 s. 119; İst. Baro Mecm. sayı 7 temmuz 1942; İdare Hukukunda yokluk ve butlan 1944 tirajapar sah. 1264 ve müt.; İdari Kaza yeni ve muaddel tab'ı 1944 s. 53-54).

Terminoloji meselesini bir tarafa bırakacak olursak görürüz ki kanuna nazaran da idari bir kararın — salâhiyet, saik, mevzu, şekil ve maksat... olmak üzere —beş unsuru vardır ve bu beş unsurdan herhangi birinin mevzuata aykırılığı mezkûr kararın iptalini mucip olur.

Arzettiğimiz veçhile istimlâk kararında da bu beş unsura tesadüf etmekteyiz. Şu halde istimlâk kararının da bütün bu unsurlar bakımından mevzuata mutabakat arzemesi gerekir. Binaberin mahkemenin — mevzuatta hilâfına sarahat olmadıkça — istimlâk kararının mevzuata bu beş unsur bakımından uygun olup olmadığını tetkik edebilmesi gerekir. Neticede istimlâk kararında bu beş unsurdan herhangi birinin kanuna aykırılığı sabit olduğunda mahkemenin bu kararı iptal etmesi iktiza eyler.

(3) İşte hâdisemizde Devlet Şûrası istimlâk kararının mevzuata maksat cihetinden mutabakat arzedip etmediğini araştırmış; neticede mutabakat göremediğinden kararı iptal eylemiştir.

Karardan da anlaşıldığı üzere Köy kanunu köye ancak köylülere faydalı olan bir takım işleri başarmak maksadıyla istimlâk yapabilmek salâhiyetini tanımaktadır. Demek ki kanun köy istimlâklerini, maksat unsuru bakımından, tahdit ve takyit etmiştir. Şöyle ki kanuna göre köy istimlâklerinde ancak köylülere faydalı olan işleri yapmak maksadı takip olunabilir. Başka bir söyleyişle köy istimlâklerinde maksat: daima köylülerin menfaati olmak icap eder. Kısaca köy istimlâklerinin maksat ve gayesi: yalnız köyün umumî menfaati olabilir.

Kanun aynı zamanda köye her menfaati umumiye için istimlâk salâhiyeti tanımamıştır. Yâni köylülere faydalı olan her işi başarmak için köyün bu salâhiyetini kullanmasını tecviz etmemiştir. Filhakika kanun, hangi nevi umumî menfaat bulunan hallerde istimlâkin mümkün olduğuna dair hüküm vazetmiştir. Şöyle ki kanun köyün sadece «mektep, cami, hamam gibi işleri yapmak için» bir yeri istimlâk edebileceğini söylemektedir. Görülüyor ki kanun burada haddi zatında çok geniş ve elâstikî olan «umumî menfaat» tâbirini daha hususi ve dar bir mânada almakta; bu «umumî menfaat» mefhumunun hudutlarını çizmeğe çalışmaktadır. Demek oluyor ki kanuna göre köyün, herhangi bir umumî menfaat mülâhazasıyla, yâni herhangi bir menfaati umumiye gayesi gütmek suretiyle bir yeri istimlâke salâhiyeti yoktur. Bu salâhiyeti ancak muayyen ve mahdut bir takım maksatlar takip etmek şartıyla, yâni mektep, cami, hamam inşası nev'inden işler başarmak gayesiyle kullanabilir. Hulâsa köy kanunu, köyün istimlâk salâhiyetini maksat bakımından tahdit etmiş ve bu maksadın ne gibi bir maksat olabileceğine de ayrıca işaret eylemiştir.

Şu halde — Ord Prof. S. S. Onar'ın da belirttikleri veçhile — «bir işte menfaati umumiye bulunup bulunmadığının tâyini idari ve takdiri bir keyfiyet teşkil etmekle beraber her menfaati umumiye olan iş için istimlâk salâhiyeti yoktur. İstimlâk kanunları hangi nevi menfaati umumiyelerde istimlâkin caiz olduğuna dair hükümler ihtiva ederler. İşte istimlâke esas olan menfaati umumiye bu kategorilerden birine dahilse karar doğrudur. O işte hakiki bir menfaati umumiye olup olmadığı idari mahkemece tetkik edilemez. Fakat istimlâke esas ittihaz edilen menfaati umumiye bu kategorilere giremiyorsa istimlâk kararı, istimlâk kanunlarının esas veya maksadına muhaliftir. Bu kanunların ihlâl edilmiş olmasındar dolayı kararın iptali lâzımgelir» (İdare Hukuku 1933, s. 328).

İşte bu esaslara tevfikandır ki Devlet Şûramız, hâdisede, idarece takip olunacak hakiki maksadın kanunen güdülmesi gereken gayeye uyup uymadığını araştırmış; yani fidanlık tesisi maksadının kanunda tesbit edilen umumi menfaat kategorilerinden birine ithal edilip edilemeyeceğini incelemiş; menfi kanaate, yani köyün fidanlık tesisi maksadıyla bir yeri istimlâke kalkışmasının kanunî maksada tetabuk edemeyeceği neticesine varmış; aynı zamanda fidanlık tesisiyle idarenin hakikatta nümune tarlası vücuda getirmek değil sırf tütün ekmek ve ticaret etmek gayesi güttüğü, kısaca istimlâk salâhiyetini umumî menfaat gayesi yerine münhasıran malî bir maksatla kullandığı yolunda dâvacı tarafından ileri sürülen iddianın idarece karşılıksız ve cevapsız bırakılmış olduğunu belirtmiş; böylelikle idarenin bu iddiayı zımnen kabul ve itiraf ettiğine ve binaberrin hâdisede malî bir gaye güdüldüğüne hükmetmek lâzımgeldiğini anlatmak istemiş; binnetice köy kanununa maksat cihetinden aykırılığına mebni istimlâk muamelesinin bu noktadan bozulmasına pek haklı olarak karar vermiştir.

*
**

III. İdarenin yolsuzluğundan mütevellit zararın idarece bulunacak tün muamelelerinin hususî hukuka ve adli kazaya tâbi olduğu hakkında idarî bir mahkeme tarafından verilen karar üzerine açılacak tazminat dâvasının rüyetinin adliye mahkemesine ait bulunacağı hususunda Temyiz Mahkemesi 4 üncü Hukuk Dairesinin 9/1/1943 tarihli bir kararı.

Asliye Mahkemesinin 13/5/1942 tarihli ve 109/84 sayılı ilâmı ile Temyiz Mahkemesi 4 üncü Hukuk dairesinin 9/1/1943 tarihli ve 32/54 sayılı ilâmı

(Temmuz 1943 tarihli İzmir Baro dergisi sah. 561-564)

1930 senesi ile daha önceki yılların tütün mahsullerinden 1/10/932 tarihinden önce yabancı memleketlere ankonsinyasyon gönderilmiş olan tütünlerin takas müsaadesinden istifade ettirilmelerine 13344 No.lu kararna-

menin 3 üncü maddesindeki salâhiyete istinaden İktisat Vekâletince karar verilmiş ve keyfiyet 13/1/1933 tarihinde ilân olunmuştur. İlânda alâkalıların 1933 senesi şubat ayı sonuna kadar müracaat etmeleri ve müracaat tarihinden itibaren bir ay içinde vesikalarını göstermeleri lüzumu ilâve edilmiştir.

Dâvacı (A) 27 şubat 1933 tarihinde İktisat Vekâletine müracaat etmiş ve 28 Mart 1933 tarihinde de vesikalarını İstanbul Takas Komisyonuna vermiştir. 13887 No.lu kararnamenin 12 nci maddesiyle 13344 No.lu kararname hükmü teyit edilmiş ve fakat 14859 No.lu kararnamenin 16 nci maddesiyle takas ve hükümleri ortadan kaldırılmıştır.

Ancak 14975 No.lu kararnamenin birinci maddesi ile 13887 No.lu K. nin 12 inci maddesinde yazılı haklar 20 ağustos 1933 tarihinden itibaren üç ay müddetle mahfuz tutulmuştur.

(A) 24 Haziran 1934 tarihli istida ile İktisat Vekâletine müracaat etmiş (1) evvelce vaki müracaata tebean kendisinin takas müsaadelerinden istifade ettirilmesini istemiştir.

İktisat Vekâleti Takas Heyetinin salâhiyetleri kalmadığını ve vesikaların muayyen müddet içinde verilmediğini ve bu sebeple talebinin yerine getirilmesine imkân olmadığını bildirmiştir.

(A) Bu karar aleyhine Devlet Şûrasına müracaat etmiş (2) Devlet Şûrası Deavi Daireleri Umumi Heyeti 25/4/1936 tarih ve 70/98 No.lu kararıyle talebi kabul etmiştir. Karar aynen şöyle demektedir:

«... 17 Kânunusani 1933 tarihinde yapılan ilân üzerine dâvacının sevk etmiş olduğu tütünlerin müfredatı ile miktarlarını ve nereye sevk edildiğini 27 şubat 1933 tarihinde İktisat Vekâletine bildirdiği ve 28 Mart 1933 tarihli istida ile de sevk vesikasını gönderdiği ve bilâhara İstanbul Takas Komisyonunun talebi üzerine satış faturalarını da mezkûr komisyona verdiği anlaşılmıştır.

Dâvacının yabancı memleketlere göndermiş olduğu tütünlerin 13344 sayılı kararnamenin 3 üncü maddesine göre sevk ve ihraç vesikasını ilânda tayin edilen müddet zarfında Vekâlete vermiş olduğuna ve 13887 sayılı kararnamenin 12 inci maddesiyle takas usulünün teyit edilmiş olmasına göre ilânda tayin edilen müddet içinde vaki müracaat ile yine ilânda istenilen vesikalardan sevk ve ihraç vesikasını bu müddet zarfında ve satış faturalarını da bilâhara vukubulan talep üzerine vermiş olmasının takas sisteminden istifadeye hak kazanabilmesi noktasından kararnamelerin ruh ve maksatlarına uygun bir

müracaat ad ve telâkkisi zaruri görülmüştür. Ancak takas sisteminin diğer bir kararname ile ortadan kaldırılmış olmasından dolayı dâvacının evvelce yabancı memleketlere gönderdiği tütünlerine karşı bu bapdaki kararnamelerin sarîh hükümlerine göre kazanmış olduğu takas usulünden istifadesi de halen mümkün olamaz. Şu vaziyette dâvacıya bu haktan aynen istifade edememesinden mütevellit zararının bir suretle telâfi ettirilmesi lâzım geleceğine...» (3).

İktisat Vekâleti bu hükmün tavyihini istemiş (4) Devlet Şûrası Deavi Daireleri Umumi Heyeti 13/10/1936 tarihli kararıyla (evvelki kararın dâvacıya yapılan muamele dolayısıyla mahrum olduğu menfaatin Vekâletin yeni usuller dairesinde bulunacak bu sureti telifiye ile tazmin ve teminden ibaret olduğuna göre bu hususta tavziha muhtaç bir cihet olmadığından ve temin şekli ise İktisat Vekâletine mürettep bir vazife teşkil ettiğinden bu talebin reddine) karar vermiştir. Bu karar üzerine (A) hakkında İktisat Vekâletince bir muamele yapılmamıştır (5).

(A) Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine 14/6/1937 tarihinde müracaatla İktisat Vekâleti aleyhine zarar ve ziyân dâvası açmış (6) bu yüzden maruz kaldığı zararın tazminini istemiştir. Müddeaaaleyh İktisat Vekâleti dâvanın tetkiki Devlet Şûrasına ait olduğundan (7) ve hâdisede bir senelik müruru zamanın tahakkuk ettiğinden ve esas hakkında da dâvacının vaktinde vesikalarını ibraz etmemesi sebebiyle takas müsaadesinden istifade edemediğinden dâvanın reddini istemiştir. Mahkeme vazife ve müruru zaman itirazlarını reddetmiş (8) zarar ve ziyânın İktisat Vekâletinden tahsiline karar vermiştir. İşbu karar temyiz Mahkemesi 4 üncü Hukuk dairesi ilâmiyle tasdik edilmiştir.

Asliye Mahkemesinin 13/5/1942 tarihli 109/84 sayılı ilâmının mucip sebepleri:

(... Dâvacının 1937 ve daha evvelki yılların tütün mahsullerini 1/10/1932 den önce yabancı memleketlere ankonsinyasyon gönderdiği ve olbaptaki kararnamelere göre müddeti içinde müracaat ettiği ve vesikalarını merciline verdiği ve buna rağmen kendisine takas vesikası verilmediği ve takas sisteminin değiştirilmesi üzerine bu vesikanın verilmesine imkân kalmadığı ve şu suretle dâvacının bu haktan istifade edememesinden mütevellit zararın telâfi ettirilmesi lâzımgeldiği ve hâdisede idarenin haksız hareket ettiği Devlet Şûrası Deavi Daireleri Umumi Heyeti kararlariyle tesbit edilmiş bulunmaktadır. Bu kararlar muhkem kaziye teşkil etmiş olduğundan hâdis-

de bu cihetlerin yeniden tahkikine mahal görülememiştir. Devlet Şûrası kararında yazılı şekilde zararların telâfisi cihetine gidilemediği anlaşılmaktadır. Her ne kadar telâfi ve tazmin şeklinin tayini idareye ait bir husus ise de bunun yerine getirilmemesi halinde mağdurun zararını nakden tazmin ettirmeğe hak ve salâhiyeti vardır. Dâvacıya zarar ve ziyan istemek salâhiyeti Devlet Şûrasının 13/10/1936 tarihli kararıyla gelmiş olduğundan bir senelik müruru zaman müddetinin bu tarihten başlaması icap eder. Dâvanın ikame edildiği tarihe nazaran müruru zaman tahakkuk etmemiştir. Müddeaaaleyhin vazife itirazı da varit değildir (9). Ehli vukuf raporuna nazaran dâvacının tahakkuk eden ... lira zararının müddeaaaleyhten tahsiline...»

Temyiz mahkemesi 4 üncü Hukuk Dairesinin 9/1/1943 tarihli ve 32/54 sayılı ilâmının mucip sebepleri:

«... Takas vesikası verilmemesinden dolayı dâvacının mahrum kaldığı menfaatlerin Vekâletçe bulunacak bir sureti telifiye ile tazmin edilmesine Devlet Şûrasınca karar verilmiş olmasına göre tazmin dâvasının rüyeti Adliye mahkemesine ait (10) bulunmuş olmakla beraber dâvacının Vekâlete müracaat ettiği ve müracaatının Vekâletçe red veya kabul olunduğu iddia edilmemiş olduğuna göre bu hususa taallük eden itiraz varit olmadığı gibi hüküm yerinde gösterilen mucip sebeplere ve ehli vukuf raporuyla sair evrak münderecatına nazaran müruru zamana ve Devlet Şûrası kararının müruru zamana mebbe olamayacağına müteallik itiraz da yerinde görülmemiş olduğundan hükmün tasdikine...»

(1) Görüldüğü üzere evvelce 13344 numaralı kararnameye tevfiikan vaktinde müracaatta bulunan ve yine zamanında vesikalarını gösteren (A) müracaatının idarece kabul edilmesini — vesikalarını teslim ettiği 28 mart 1933 tarihinden 24 haziran 1934 tarihine kadar — her nedense bir seneden fazla müddet bekledikten sonra bu tarihte idareye tekrardan müracaat etmiş ve evvelki müracaatına tebaan kendisinin takas müsaadelerinden istifade ettirilmesini istemiştir. Halbuki — arzettiğimiz veçhile — 14975 numaralı kararname takas usul ve hükümlerini ortadan kaldırmış; yalnız 13344 numaralı kararnameye tevfiikan vaktinde müracaatta bulunmuş olanların haklarını ikinciteşrin 1933 sonuna kadar mahfuz tutmuştur. Demek oluyor ki bu tarihten sonra bir kimsenin — velev ki 13344 numaralı kararname gereğince vaktinde müracaat etmiş ve vesikalarını zamanında vermiş olsun — takas müsaadelerinden istifade etmesine ne hukukan ne de maddeten imkân kalmamıştır. Zira, dediğimiz gibi bundan böyle takas usulü artık cari değildir.

Hâdiseyi belirtmekle iktifa ediyor ve — bizi burada doğrudan doğruya ilgilendirmedigi için — dâvacının 27 şubat 1933 tarihli müracaatının

4 aydan fazla bir müddet geçtiği halde idarece kabul edilmemesi üzerine — Devlet Şûrası kanununun 33 üncü maddesi mucibince — bu 4 ayın inkızasından itibaren 90 gün zarfında dâva ikame etmesi lâzım gelip gelmeyeceğini ayrıca incelemekten sarfınazar eyliyoruz.

(2) Anlaşıldığı veçhile dâvacı, takas müsaadesinden kendisinin istifade ettirilmesi hususundaki talebinin idarece reddi üzerine Devlet Şûrasında dâva ikame etmiş; aplebi ihtimal mezkûr red kararının iptalini ve takastan istifade edememek suretiyle uğradığı zararların tazminini yüksek mahkemedan istemiştir.

(3) Devlet Şûrası kararından da anlaşıldığı üzere her ne kadar dâvacının takas sisteminden istifadeye hak kazandığı muhakkak ise de, halen bu usul ortadan kalktığına göre bundan istifade etmesine — ne hukukan ne de maddeten — imkân yoktur. Lâkin idarenin hatası ve yolsuzluğu yüzünden dâvacının uğramış olduğu zararların tazmini cihetine gitmemek de hukukan mümkün değildir.

Binaenaleyh bu iki hukuki imkânsızlık karşısında bir hal çaresi bulmak zorunda kalan Devlet Şûrası, bu gibi bir hal ve telif suretini bulmak mecburiyetinin idareye terettüp ettiğini düşünmüş; idarenin böyle bir hal ve telif çaresi bularak dâvacının — takastan istifade edememek dolayısıyla — uğradığı zararları tazmin ve telâfi etmesine karar vermiştir.

Derhal şunu da kaydedelim ki idari mahkemenin doğrudan doğruya tazminatta hükmedecek yerde tazmin şeklinin tâyinini idareye bırakması yani bu şekilde muamele ifa edilmek üzere dâvacıyı idareye göndermesi idare hukukuna yabancı ve aykırı bir usul değildir.

Gerçekten gerek Fransa gerek memleketimizde Devlet Şûrasının icabeden şekilde muamele ifa edilmek üzere dâvacıyı idareye gönderdiği vâkidir. Bilhassa idare aleyhine açılan tazminat dâvalarında idari mahkeme çok defa bu şekilde hareket etmek zorunda kalmaktadır. Zira idari bir fiil neticesinde husule gelen zarar sabit olduğu halde; bu zararın vüsat ve şümulü, diğer bir ifade ile zararın mikdarı çok defa malûm bulunmamaktadır. Bu gibi hallerde idari mahkeme tazminat esasını kabul etmekle beraber; zararın hakiki mikdarını tesbit işini idareye bırakmak mecburiyetindedir. Bununla beraber, hiç şüphe yok ki, zararın ve tazminat mikdarının idarece tayin ve tesbiti hususunda ihtilâf çıktığında; vâni dâvacı idarece kararlaştırılan ve ita olunan tazminattan memnun kalmadığı takdirde tekrardan idari mahkemeye müracaat imkânını haizdir. Yeniden mahkemeye baş vurup bu hususun mahkemece tetkik edilmesini ve bir karara bağlanmasını istiyebilir. Pek tabiidir ki mahkeme bu sefer bu ihtilâfı bizzat halletmek ıztırarındadır. Bu hususta tafsilât için bakınız: C. A. Colliard, Le préjudice dans la responsabilité adm. 1938 s. 384-386).

(4) Bilindiği üzere Şûrayı Devlet kanununun 52 inci maddesine göre Devlet Şûrasınca verilen kararlar müphem olursa taraflardan her biri kararın tanzihini istiyebilir. İşte müddeaaaleyh İktisat Vekâleti bu madde mucibince mezkûr Şûra kararının tanzihini istemiş; fakat mahkeme kârarda tanzih muhtaç bir cihet bulunmadığına karar vermiş; idarenin,

herhangi bir hal ve telif sureti bularak, dâvacının uğradığı zararları tamir etmesi lüzumunu teyit eylemiştir.

(5) Görüldüğü üzere, Devlet Şûrası kararına rağmen idare, her nedense, dâvacı hakkında bir muamele yapmamış; uğradığı zararları tazmin cihetine gitmemiş; bir kelime ile mahkeme kararını yerine getirmekten imtina etmiştir.

Bu gibi hallerde — yani bir ilâmın idarece infaz edilmemesi halinde — dâvacı iki şıktan birini ihtiyar edebilir. Söyle ki — mümkün ise — ya ilâmı yerine getirmekten kaçınan idari ajan veya memurun şahsına karşı adli mahkemede — haksız fiilden mütevellit — bir tazminat dâvası veya hattâ — bu gibi bir keyfiyet bir suç teşkil ediyorsa — bir ceza dâvası ikame eder. Yahut bizzat idare aleyhine — hizmet kusuruna veya objektif mesuliyet esasına istinaden — bir tazminat dâvası açar. (Bu hususta tafsilât için bakınız: C. Crozat, İdarenin kaziyel muhkemeye riayeti 1936 ve R. Sarica, İdari Kaza 1942 s. 265).

Görülüyor ki bu sonuncu şıkta idare aleyhine açılacak dâvanın yine idari mahkemede ikame edilmesi icap eylemektedir. Zira — yukarıda istitraden arzettiğimiz veçhile — idarenin bu ilâmı tenfiz etmemesi ya bir hizmet kusuru teşkil eylediğinden hizmet kusuru nazariyesine tevfi kan veya bir hizmet kusurundan bahsetmek imkânsız ise ilâmın yerine getirilmemesi yüzünden husule gelen zarar yine idarenin imtinaından, ihmâlinde, yani idarenin menfi bir fiilinden meydana geldiğinden objektif illiyet ve mesuliyet esasına istinaden idare aleyhine açılan tazminat dâvasına idari fiillerden mütevellit ihtilâfları tetkik ve rüyete salâhiyet-tar olan Devlet Şûrasının bakması iktiza eyler.

(6) (7) Yukarıdaki maruzatımızdan da anlaşılacağı üzere idare aleyhine zarar ziyan dâvasının Asliye Hukuk Mahkemesinde ikamesi doğru değildir. Bu gibi bir dâvanın tetkiki, kanaatimizce, ancak Devlet Şûrasına aittir.

Bu itibarla idarenin vazifesizlik itirazı, fikrimizce yerindedir.

(8) Zannımızca mahkeme, müddeaaaleyh İktisat Vekâletinin vazifesizlik itirazını reddetmek ve dâvayı dinlemekle Devlet Şûrasının vazife ve salâhiyetine tecavüz etmiştir. Zira — yukarıda belirttiğimiz veçhile — bir kere hâdisede zarar tâ bidayette idarenin, alâkadarın takastan istifade edebilmek için vaki talebini reddetmesinden neşet etmiştir. Demek ki zarar idarece bu yolda bir karar ittihaz edilmesinden husule gelmiştir. Bir kelime ile zarar idari bir karardan doğmuştur. Halbuki idari bir kararın tatbikından mütevellit bu gibi bir dâvayı ancak Devlet Şûrasının tetkike salâhiyettar olduğu âşikârdır.

Saniyen — yine yukarıda arzettiğimiz üzere — idare Devlet Şûrası kararına ittiba etmemiş; bu yüzden alâkadar, tekrar mahkemeye başvurmak zorunda kalmıştır. Hâdisede ilâmın ademi tenfizinden dolayı herhangi bir ajan veya memura şahsi kusur isnat olunmadığına göre bunun idarenin bünyesindeki, teşkilâtındaki, personelindeki herhangi bir aksaklık ve bozukluktan, kısaca bir hizmet kusurundan ileri geldiğini kabul mecburiyeti vardır. Zira ortada şahsi bir kusur mevcut olmadığına nazaran bunun bir hizmet kusuru sayılması lâzımdır. Hattâ daha

ileri giderek denebilir ki hâdisede idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusuru mevcut olmadığı kabul olunsa bile bu takdirde — idari bir fiilden mütevellit olduğuna nazaran — yine bu zararın — idare hukukunda cari olan diğer bir esasa — meselâ objektif «risque» veya müsavat nazariyesine — tevfikân idareye idari mahkeme tarafından ödetilmesi gerekir. Velhasıl her iki şıkta ihtilâfı adliyenin değil; idari mahkemenin tetkik ve hal etmesi iktiza eyler. (Hizmet kusuru, «risque» ve müsavat nazariyeleri hakkında bakınız: R. Sarıca İdari Kaza 1942 s. 214-218 ve s. 223-225).

Demek ki bu esaslara aykırı hareket etmekle adli kaza, idari kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmiştir. Ancak şu var ki, bilindiği üzere, memleketimizde henüz idari kaza ile adli kaza arasındaki vazife ve salâhiyet ihtilâflarını hal ile mükellef bir ihtilâf mahkemesi mevcut değildir. İki kaza arasında bu gibi müessif vazife ve salâhiyet tecavüzlerini önlemek için Adliye Vekâletimizin, diğer vekâletlere örnek teşkil edecek ilmî bir titizlikle, hazırlamış olduğu «Hukuk işlerinden doğan ihtilâflarda merci tâyinine dair kanun» profesinin bir an evvel kanunîyet iktisap etmesini temenni eylemekten başka çare yoktur.

(9) (10) Yukarıdaki izahatımızdan ne «müddeaaaleyhin vazife tirazını varit» görmiyen asliye mahkemesinin telâkkisini, ne de temyiz mahkemesinin işbu «tazmin dâvasının rüiyetinin Adliye mahkemesine ait» bulunduğu hususundaki noktaî nazarına iştirak etmediğimiz kendiliğinden anlaşılır.

••

IV. Sümer Bankın hususî hukuk hükmi şahsı ve binaenaleyh bütün muamelelerinin hususî hukuka ve adli kazaya tâbi olduğu hakkında 14/4/1943 tarihli Devlet Şûrası 5 inci daire kararı.

Devlet Şûrası
BESİNCİ DAİRE

E: 42/2355

K: 831

(D. Ş. Kararlar Mecmuası sayı 23, s. 41-43)

Kararın hülâsası :

Sümer Bank idare meclisince vazifesine nihayet verilmesi hakkında müttehaz kararın iptalini ve müterakim maaşlarının verilmesini ve memuriyetinin devamına karar itasını istemekte olan dâvacının ikame ettiği dâva «hasım olarak gösterilen Sümer Bank hukuku hususiyeye eşhası hükmiyesinden olup (1) bütün muamelelerinde hususî ve ticarî haklar hükümlerine tâbi (2) bulunmasına göre tetkiki Devlet Şûrasının vazifesi haricinde (3)»-dir.

(1) Devlet Şûramız, açıkça beyan ettiği veçhile, Sümer Bankı tamamen ve bilâ kaydü şart bir hususî hukuk hükmi şahsı saymakta; bankanın

bihcümle muamelâtinin hususî hukuka ve binnetice çıkacak her türlü ihtilâfâtın da adli kazaya tâbi olduğuna kani bulunmaktadır.

Devlet Şûramızın bu hükmünde isabet edip etmediğini münakaşa etmezden önce yüksek mahkemenin, bundan evvel Sümer Bank hakkında vermiş olduğu diğer kararlarında, Bankanın hukuki mahiyeti hakkında her zaman aynı kanaati izhar etmediğini; bunu kâh bir hususî şahıs kâh resmi bir müessese addettiğini kaydetmek isteriz.

Gerçekten — Profesör S. S. Onar'ın işaret ettikleri veçhile — yüksek mahkeme, 21/5/1936 tarihli bir karariyle Sümer Bankı resmi bir müessese addetmekle bankanın hususî şahıs mahiyetini halz olmadığını itiraf ve kabul ettiği halde; bilâhara 4/4/1939 tarihli bir kararında Sümer Bankın hukuku hususiye eşhası hükmiyesinden olduğunu açıkça beyan etmiş bulunuyordu.

Demek ki Devlet Şûramız 1943 içtihadıyla son telâkkisini teyit eylemiş oluyor.

Öyle zannediyoruz ki Devlet Şûramızın Sümer Bank hakkındaki bu tereddüdü: Yüksek mahkememizin iktisadî Devlet teşekküllerinin mahiyeti hakkındaki umumî tereddüdünün bir in'lkâsından ibarettir. Filhakıka Devlet Şûramızın — Sümer Bank hususunda olduğu gibi — diğer iktisadî Devlet teşekküllerinin mahiyeti hakkında da tereddüt ettiğini görmekteyiz. Netekim Devlet Şûramızın, iktisadî Devlet teşekkülleri arasında yer alan Ziraat Bankası hakkındaki 36/1188 sayılı, 37/895 numaralı, 27/6/1939 tarihli ve E: 39/114-K: 39/19 sayılı ve 5/3/1940 tarih ve E:40/8-40/82 numaralı kararları arasındaki görüş farkı zannımızca bunun bir delilidir.

Derhal şunu ilâve edelim ki Devlet Şûrasının bu tereddüdü mazur görülebilir.

Gerçekten iktisadî Devlet teşekküllerinin mahiyeti hakkında aynı tereddüde gerek Türk gerek Fransız doktrininde ve gerekse Fransız mahkeme içtihatlarında da tesadüf etmekteyiz.

Esasen itiraf etmek lâzımdır ki: «âmme hizmeti» mefhumunu kendisine temel ittihaz eden idare hukuku, bugüne kadar, bize «âmme hizmeti» hakkında ne efradını camî ve ağıyarını manî mükemmel bir tarif; ne de kat'i bir kıstas vermiye muktedir olamamıştır.

Doktrin ve mahkeme içtihatlarının bu yoldaki bütün teşebbüs ve gayretlerine rağmen hâlâ herkesin üzerinde ittifak ettiği ve edebileceği bir tarif mevcut olmadığı gibi; âmme hizmetinin hudutlarını açık ve kesin surette çizmeye elverişli bir kriteriyum da mevcut değildir.

Bu mevzuda en vazih ve tatmin edici görünen tariflerin sıkı ve titiz bir tahlile mukavemet etmediği; âmme hizmetinin en doğru ve şaşmaz kıstası olmak iddiasında bulunan miyarların hakikatta işe yaramadığı bizce muhakkaktır. Zannımızca bu hakikatı gizlemek idare hukukuna faydadan ziyade zarar verir.

Esasen tam ve mükemmel tarif noksanı; doğru ve kat'i kıstas fıkdanı dolayısıyla ki «âmme hizmeti» mefhumunun daha hususî bir nevinden ve şeklinden başka birşey olmıyan «iktisadî âmme hizmeti» fikri etrafında müellifler ve mahkemeler bir türlü anlaşamıyor, uyuşamıyorlar. Ger-

çeken «âmme hizmeti» jenerik bir mefhumdur. Şöyle ki «âmme hizmeti» bir cinsi; «iktisadi âmme hizmeti» ise sadece bu cinse dahil ve ait bulunan bir nev'i ifade eder. Cins üzerinde uyuşulamazsa, elbette ki ve evleviyetle, nevi hakkında da ittifak edilemez! Bu mebdeden hareket edilince «iktisadi âmme hizmeti» ifa eden müesseselerin, teşekküllerin, hükmi şahısların hukuki mahiyeti hakkında neden ittifak edilemediği; bunların niçin bazılarınca hususî hukuk şahsı ve bilâkis diğerlerince âmme hükmi şahsı addolunduğu; hulâsa aynı teşekkülün niçin ve neden kâh bir şirket kâh bir âmme müessesesi telâkki edildiği; bir kelime ile bu mevzu etrafındaki tereddütlerin sebebi de kendiliğinden anlaşılır.

Hususî hukuk hükmi şahıslarıyla âmme hukuku hükmi şahısları arasındaki hudutların vazih ve kat'i olmadığı; bu hususta da açık ve kesin kıstaslar mevcut bulunmadığı; ticaret hukuku sahasında da «ticari muamele», «ticari işletme», «ticari mahiyet» gibi mefhumlar hakkında da tatmin edici tarif ve kıstasların mevcut olmadığı da ayrıca hesaba katılacak olursa iktisadi ve ticari mânada birer âmme hizmeti gören iktisadi Devlet teşekküllerinin mahiyeti hakkında niçin ve neden tereddüt ve ihtilâfa düşüldüğü nazarlarda büsbütün tavazzuh eder.

Bir mecmua kroniğinde ve bir mahkeme kararı tahlili münasebetiyle bütün bu meseleleri ele almamız ve deşmemiz tabii imkânsızdır. Bu itibarla okuyucularımızı «âmme hizmeti» mefhumu hakkında müellifler arasındaki görüş farkları için Bonnard, Crozat, Duguît, Jéze, Hauriou, Onar, Rolland; Waline ve bilhassa müellifler arasındaki farklara hulâsaten işaret eden Profesör G. Watrin'nin L'Administration de la III. République 1943 adlı eserine; hususî hukuk şahıslarıyla âmme hukuku hükmi şahısları arasındaki farklar ve kıstaslar için bilhassa Karadgé-Iskrow'un «La personne juridique publique» adlı yazısına; «ticari muamele», «ticari işletme» gibi mefhumların kriteriyumları için Ord. Prof. E. Hirsch'in 1939 «Ticaret hukuku derslerinin» birinci cildine; iktisadi ve sınıai âmme hizmetleri mefhumu için Chavanon'un Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial 1939 adlı tezine; nihayet memleketimizde iktisadi Devlet teşekküllerinin birer âmme müessesesi sayılması gerektiği hakkındaki izahat için hocamız S. S. Onar'ın «İdare Hukuku» 1942 eserine ve «İdare Hukuku bakımından iktisadi Devlet teşekkülleri» adlı yazısına göndermekle iktifa ediyoruz.

(2) İktisadi Devlet teşekküllerinin ve bu meyanda Sümer Bankın hususî ve ticari hukuk hükümlerine tâbi bulunduğu muhakkaktır. Gerçekten Profesör S. S. Onar'ın «da işaret ettiği üzere iktisadi Devlet teşekküllerinin «gerek teşkilât kanunlarında ve gerekse 3460 sayılı mürakabe kanununda bunların kendi hususî kanularıyla mürakabe kanunu dairesinde malî ve idarî muhtariyete malik olmak ve mesuliyetleri sermayeleriyle mahdut bulunmak üzere hususî hukuk hükümlerine göre idare olunacakları ve muhasebei umumiye, arttırma ve eksiltme ve ihale kanunlarının hükümlerine, Dıvanı Muhasebatın mürakabesine ve inşaat bakımından 2443 ve 2799 sayılı kanunların hükümlerine tâbi olmadıkları» musarrahtır.

Lâkin sayın hocamıza göre «bu kanuni hükümlerin bu müesseselerin

mahiyetini kat'i surette tâyine kâfi olduğu şüphelidir.» Zira «bir hükmi şahsın bâzı faaliyetlerini hususi hukuk hükümleri dairesinde yapması onun bir hususi hukuk hükmi şahsı sayılması için kâfi bir sebep teşkil etmez. Bu iki nevi hükmi şahısları birbirinden ayıracak kriteriyumların muhtelif bakımlardan konulmuş olduğu malûmdur. Halbuki iktisadi Devlet teşekkülleri hususi hukuk usulleri dairesinde faaliyette bulunmakla beraber teşrii veya idari bir tasarrufla ve devlet sermaye ve vasıtalarıyla kurulmuş bir müessese oldukları gibi faaliyetleri de sadece hususi hukuk hükümlerine tâbi olmayıp kendilerini ihdas eden kanun ve murakabe kanunları hükümlerine de tâbi ve bunlarla mahdut ve mukayyettir.» Bu itibarla mesele daha başka bakımlardan derinleştirilmek icap eder.» (İdare Hukuku s. 862-863).

İktisadi Devlet teşekküllerinin mahiyeti hakkında kat'i bir fikre varmak için meseleyi daha başka bakımlardan inceliyen hocamız hulâsatan diyorlar ki: «1 — Bir kere bunlar teşrii veya idari tasarrufla, daha umumî bir tabirle âmme hukuku tasarruflarıyla ihdas edilmişlerdir. Yâni menseleri hususi hukuk ve hususi hukuk tasarrufları değil, âmme hukuku ve âmme hukukî tasarruflarıdır. 2 — Bunlar hususi bir gaye, kazanç ve kâr gayesi takip edilerek ihdas edilmemişlerdir... Devlet bunları kurarken millî müdafaa, iktisadi kalkınma, ferdi teşebbüslere yardım ve rehberlik gibi her devletin takip ettiği... maksatların tahakkuku gayesiyle hareket etmiştir. Bu itibarla bunların faaliyetlerinin maksadı hususi hukuka giren bir gaye değil, âmme menfaatidir. Binaenaleyh bu müesseselerin maksat bakımından da âmme hukuku sahasına girdikleri şüphesizdir. 3 — Bunların... şahsî vasıtaları da âmme hukukundan gelmektedir. Umumî heyetleri... umumî mürakabe heyeti de yine âmme hukuku tasarruflarıyla kurulmuş ve âzaları da Devlet tarafından seçilmiştir. İdare meclisleri, umum müdürleri de yine idari tasarruflarla bu vazifelere getirilmiş ve Devlet memurlarının tâbi oldukları mesuliyetlere tâbi tutulmuş ajanlardır. 4 — Bu müesseselerin aynı ve mali vasıtaları da Devlet tarafından temin edilmiştir. Her ne kadar bu vasıtalar müesseselerin şahıslarına mal edilmiş ve müesseselerin fertlerle olan münasebetlerinin mali mesuliyetlerine karşılık gösterilmiş ise de bunların menseli tamamen âmme hukukudur ve... iktisadi Devlet teşekküllerinin hükmi şahsiyetleri... aynı zamanda Devlet şahsiyetinde mündemiç bulunduğu malları da dolaşısıyla yine Devlet malıdır. 5 — Bu müesseseler üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde hususi hukuk hükümleri ve usulleri dairesinde hareket ederlerse de iç idarelerinde hizmet ademi merkezîyetiyle idare olunan birer Devlet müessesesi vaziyetindedirler... Devletin bu müesseseler üzerindeki salâhiyeti, bir sermaye sahibinin sermayesini mürakabe etmesinden veya Devlet sıfatıyla bütün hususi müesseseler üzerinde icra ettiği umumî bir mürakabeden ibaret kalmayıp emir ve direktif vermek gibi mafevkin madun üzerindeki salâhiyetleri mahiyetindedir. 6 — Bu müesseselerin uzuvları, müesseselerin statülerini, gayelerini değiştirmek ve müesseselerin hayatına nihayet vermek kudretine malik değildirler... Binaenaleyh bu uzuvlar, bu bakımdan da hususi bir müessesenin uzuvları vaziyetinde olmayıp âmme hükmi şahısları uzuvları ve memurları vazî-

yetindedir. 7 — Bu müesseselerin faaliyetleri hususi hukuk hükümlerine tâbi olmakla beraber aynı zamanda kendi kanunlarıyla mürakabe kanunu gibi âmme hükümlerine de tâbidir. Diğer taraftan bunlar bağlı oldukları vekâletlerin ve makamların salâhiyetleri dairesinde verecekleri idari vaziyeti ve böyle bir müessesenin mahiyetindedir.» (Aynı eser s. 870).

Profesöre göre bu «yedi vasfı haiz olan iktisadi Devlet teşekküllerini bir âmme hükmi şahsı, istisnai şekilde birer âmme müessesesi sayınak icap eder. Bu teşekküller günlük faaliyetlerinde, fertlerle olan münasebetlerinde hususi hukuk hükümlerine tâbi olur ve bir hususi hukuk hükmi şahsı gibi görünür. Teknik idarelerinde de aynı metotlar tatbik edilir. Fakat bunların Devlete karşı olan vaziyetleriyle tâbi oldukları kanunlar dairesinde cemiyete karşı ifa ettikleri vazifeler bir âmme müessesesinin vaziyetini ve böyle bir müessesenin mahiyetindedir.» (Aynı eser s. 870).

(3) 2 numaralı notta verdiğimiz izahatı göz önünde tutarak yine hocamız S. S. Onar'la beraber diyebiliriz ki: «Evet iktisadi Devlet teşekküllerinin günlük işleri, ferdi muameleleri dolayısıyla yaptıkları tasarruflar, fertlerle tesis ettikleri hukuki rabıtalılar tamamen medeni ve ticari mahiyettedir. Binaenaleyh medeni kanun, borçlar kanunu ve ticaret kanunları hükümlerine göre tetkik edilir. Bunlardan çıkan ihtilâflar adliye mahkemelerinin salâhiyeti sahasına girer.» Fakat bundan iktisadi Devlet teşekküllerinin ve bu arada Sümer Bankın' hukuku hususiye eşhası hükmiyesinden olduğu neticesi çıkarılamaz.

Zira Ord. Prof. E. Hirsch'in de işaret ettikleri veçhile «Devlet, vilâyet ve belediyeler sanat, ticaretle işigal ve bu suretle ticaret kanununun hükümlerine tâbi olsalar da tüccar sıfatını ihraz edemezler (Tk. 12). Sümer Bank, Eti Bank, Deniz Bank gibi iktisadi Devlet müesseseleri de aynı kaidelere tâbidir.» (Ticaret Hukuku Dersleri cilt 1, s. 139).

Prof. S. S. Onar'ın dediği gibi «Sümer Bankın' umumî muameleleri hususi hukuk prensiplerine, bu muamelelerden dolayı fertle Banka arasında çıkacak dâvaların hususi hukuka ve adliye mahkemelerinin kazasına tâbi olduğu şüphesizdir ve Devlet Şûrasının böyle bir ihtilâfı vazife bakımından reddetmesi de gayet tabiidir. Fakat bankanın (hukuku hususiye eşhası hükmiyesinden) ne suretle sayılabildiği anlaşılammaktadır. Banka hususi hukuk hükümleri dahilinde kurulmuş bir şirket veya bir ticarethane değildir; kâr gayesi takip etmez; fazla olarak âmme hukuku bakımından sıkı bir mürakabeye tâbidir. Binaenaleyh bankayı (hukuku hususiye eşhası hükmiyesinden) saymak için kuvvetli mucip sebepler göstermek lâzımdır.» (İdare hukuku bakımından iktisadi Devlet teşekkülleri 1942. s. 774).

Görülüyor ki bir hükmi şahıs ticaret yaptığı, ticari muamelelerde bulunduğu ve binaberin ticari hükümlere tâbi olduğu halde tüccar sıfatını iktisap etmiyebilir, tüccar addolunmıyabilir, kısaca bir ticari hükmi şahsı, hususi hukuk şahsı, telâkki olunmıyabilir.

Şu da var ki iktisadi Devlet teşekküllerinin bütün muamelelerinden çıkan ihtilâflar da adliye mahkemesine ait değildir. Gerçekten Profesör S. S. Onar'ın dedikleri gibi «bu teşekkülleri idare eden makamlar birer idari makam olmaları itibariyle bu makamların... günlük, teknik ve fer-

di işler dışındaki vermiş oldukları kararlar idari bir karardır. Binaenaleyh bu kararlar aleyhine bunların — Devlet Şûrası kanunu mucibince — salâhiyet, şekil, ve maksat bakımından kanun ve nizamlara mugayereti iddia-
siyle bir iptal dâvası açılabilir.» (Aynı eser s. 871).

*
**

V. Bir fakültede iki sene aynı sınıfta kalan talebenin diğer fakülteye talebe olarak alınabileceği hakkında 10/3/1943 tarihli Devlet Şûrası Beşinci Daire kararı.

DEVLET ŞÛRASI

Beşinci Daire

E: 42/1666

K: 533

(D. Ş. Kararlar Mecmuası sayı 23, s. 39-40)

«Maarif Vekâletinin istinad ettiği İstanbul Üniversitesi talebe talimatnamesinin 12 inci maddesinde fakültelerle bunlara bağlı mektep ve enstitülerde bir talebenin aynı sınıfta iki yıl kalması halinde bu talebenin kaydının silineceği yazılı ise de bir veya iki fakültede iki sene aynı sınıfta kalanların üçüncü bir fakülteye kabul edilemeyeceklerine dair ne mezkûr maddede ve ne de talimatnamenin diğer maddelerinde sarîh bir hüküm mevcut olmamasına ve sarahat olmadıkça da tahsil hürriyetinin tahdit ve ıskatına da hukukan cevaz bulunmamasına (1) binaen dâvacının İktisat fakültesine asli talebe olarak kabul edilmemesinde isabet ve hakkaniyet görülmediğinden hilâfına müttahaz muamele» iptale mahkûmdur.

(1) Karardan anlaşıldığı üzere Devlet Şûramıza göre talimatnamede ayrıca sarahat mevcut olmadıkça tahsil hürriyeti — ve ilâve edelim: tahsil hürriyeti gibi sair herhangi bir hürriyet — idare tarafından keyfî ve indî bir surette takyit, tahdit ve evleviyetle ıskat edilemez.

Bizzat talimatnamenin tahsil hürriyetini — ve bunun gibi sair herhangi bir hürriyeti — tahdit edip edemeyeceğine gelince; Devlet Şûramızın, buna ancak talimatnamede sarahat olmadıkça cevaz verilemeyeceğine işaret etmesinden talimatnamenin — kavanin ve nizamatta bu yolda sarahat mevcut olunca — bu gibi tahditler koyabileceğini kabul ettiği neticesini çıkarıyoruz, ki kendi noktai nazarımızın da ötedenberi tamamen bu merkezde olduğunu ayrıca kaydederiz (tafsilât için bakınız: R. Sarica, Türkiye tanzim salâhiyeti s. 229-230).

R. S.