

İPTAL DAVASI AÇMAK İÇİN DAVA KONUSU TASARRUF İLE İLĞİ ŞARTI

İptal dâvası açmak için vücudu aranan şartlar kanunlarda tesbit edilmiş, ilim sahasında etraflı olarak incelenmiştir. Bu hususta en geniş bilgiyi İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Ragıp Sarıcan'ın 1949 yılında neşrettiği «İdari Kaza» ünvanlı büyük kitabında bulmak kabildir. Bunlar arasında aşağıda tetkik edeceğimiz kararda bahis konusu edilen «dava mevzu olan tasarrufla irtibat şartı» adını taşıyan bir unsur yoktur. 3546 sayılı kanunun 23 ncü maddesinin C bedinde mevcut unsurlar arasında aleyhine iptal davası açılacak kararın davacının menfaatini ihlâl eylemesi lâzımdır; irtibat şartı dâva mevzu karar ile davacının menfaati arasında husule gelen münasebet manasına geliyorsa bu şart zaten kanun metninde sarih olarak ifade edilmiş bulunuyor; bunun dışında bir irtibat düşünülüyorsa bunun da ilimde yeri yoktur.

Şimdi hâdiseye gelelim. Devlet Şûrası Beşinci Dairesinden Esas 56/3187 Karar 58/3128 sayı ile sadır olan kararda dava şöyle hulasa edilmiştir: 6557 sayılı kanun gereğince bir üst derece maaşa terfiine karar verilmesi istenmiştir. Buna cevap veren idarenin görüşü şöyle hulasa edilmiştir: Davacıya vaki müracaatı üzerine terfii cihetine gidilemeyeceği 6/7/955 tarihinde tebliğ edilmiş olduğu halde davasını 7/7/1956 tarihinde açmış bulunmakla davada süre aşımı bulunduğu ve 14/Temmuz/1956 tarihinde yaş haddi dolayısıyla emekliye ayrılmış olduğundan memuriyet statüsü ile de alâkası kesilmiş olduğundan davasını bu noktadan da red etmek gerekir.

Kanun Sözcüsü emekliye sevk etmek suretile ordu ile alâka ve irtibatı kalmamış olan davacının terfii bahis mevzuu olamayacağından tetkik kabiliyeti bulunmayan davanın reddi gerekeceğine dair rapor vermiştir.

Beşinci Dairenin kararı şudur: Davacının terfiinin yapılamıyacağı yolundaki tasarruf bilahare 14/7/956 tarihinde tesis edilmiş olan hakkındaki emekliye sevk tasarrufu ile ortadan kalkmış ve kendisi faal memur statüsünden çıkarılmış olup terfi hakkındaki tasarrufla bir alâka ve irtibatı kalmamış olmasına ve iptal davası ikamesi için dava mevzuu olan tasarrufla irtibat şartının mevcudiyeti idare hukuku esaslarından bulunmasına binaen tetkik kabiliyeti olmayan davanın reddine 12/12/958 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Bu karara göre davalı idare tek taraflı karar ittihaz ederek dava-

ların reddini temin etmek imkânını her zaman elinde tutabilecektir. Davacıya terfi ettirilmeyeceği, üst derece verilmeyeceği savunma özetine göre 6/7/955 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı bu tebliğ edilen kararın iptalini istiyorsa davasını tebliğ tarihinden itibaren 90 gün içinde açmalı idi. Bu müddet içinde açılmayan dava süre aşımından red edilmek lâzım gelirdi. Beşinci daire bu kısa yol dururken bunu nazara almamıştır. Süre def'i davayı red için kâfi bir sebep iken beşinci daire bu def'i niçin nazara almadığını bildirmiyerek başka bir noktaya takılmıştır. Kanaatimizce bu noktaya takılmak hatalıdır; bunun neden hatalı olduğunu sonra göstermek üzere süre meselesi üzerinde duralım: Farzedelimki Beşinci Daire irtibat şartı diye hatalı olarak davayı redde sebep telâkki ettiği noktaya takılmasa davayı davacı lehine karara bağlayacaktı. Bu takdirde davalı idare 3546 sayılı kanunun 50 nci maddesinin A bendine istinaden kararın zatine müessir itirazın kararda meskût geçilmiş bulunduğu esasına dayanarak kararın düzeltilmesini isteyecekti. Görülüyorki süre aşımı def'inin varit olup olmadığı husunun meskût bırakılması, aleyhine karar verilecek dâvalıya bir karar tashihi talebine bulunmak imkânı verir.

Şimdi gelelim kararın dayandığı dâva mevzuu olan tasarrufla irtibat şartına: Eğer, bundan maksat menfaat şart ise - ki başka türlü anlaşılmasına pek ihtimal verilmez- bu menfaat şartının dâvanın açıldığı 7/7/1956 tarihinde mevcut olduğu kabul edildiğine göre dâvacının 14/7/1956 tarihinde emekliye sevk edilmiş olması bu menfaat irtibatını ihlâl ve izale edemez.

Bu görüşün kabulü bütün askerleri terfii dâvası açmak hakkından mahrum etmek neticesini verir. İdareye çok müessir ve keskin bir silâh temin eder. Umumî olarak bir memurun terfiye, üst derece almağa ehil olmaması daima düşünülebilecek keyfiyettir. Askerlerde yaş haddi ile rütbe arasında pek yakın ve kuvvetli bir alâka bulunduğu cihetle haksız olarak terfiden ve üst dereceden mahrum edilenleri yaş haddinden dolayı emekliye çıkarmak bütün ihtilâfları bertaraf eden bir ilâç gibi kullanılabilir vasıta haline gelir. Üst derece veya terfi dâvasını kazanan bir askerın yaş haddine uğramıyacağı düşünülürse kararın bizi ne kadar tehlikeli bir sahaya götürdüğü kolayca anlaşılır.

Devlet Şûrasında yığılan dâvaların iki yıldan önce karara bağlanmadığı, bu gidişle bu müddetin daha uzayacağı düşünülürse terfi konusunda dâvacıların yaş haddine yakalanmasından önce her hangi bir dâva

neticelenemeyecek, binaenaleyh dâvacılar dâva etmekle bir menfaat istihsal edemeyecekler demektir (1).

Tetkik etmekte olduğumuz dâvanın sahibi kendisine üst derece verilemeyeceğine dair vaki tebliğden tam bir yıl sonra dâvasını açmakla şüphesiz ağır bir hata işlemiş bunun neticesini de dâvasının reddi suretinde almıştır. İş böyle cereyan etmesede bu dâva 7/7/1955 tarihinde açılmış olsa idi tebliğat daha erken sona erseydi dâvalı idare dâvacının 14/7/1956 tarihinde emekliye ayrıldığı def'ini serdedemiyeydi. Bununla beraber bu emekliye ayırma kararının ittihaz edildiğini Devlet Şûrasının bu günkü maddi durumuna göre bir dâvayı iki seneden evvel karara bağlayamadığına göre sonradan ittihaz edeceği bir kararla dâvalıya emekliye ayırıp bildiremez mi idi? Bu bildiri resmî bir ihbar olduğuna göre Beşinci Daire bu bildiriye ittilâ hasıl ettikten sonra bunu bilmezlikten gelebilecek mi idi? (K. 3546, M. 42). Hattâ kararı üzerine müessir olacak böyle bir durumun sonradan hasıl olup olmadığını sormak, öğrenmek mecburiyetini duymıyacak mı idi (K. 3546, M. 41)?

Şu izahattan anlaşıldığına göre beşinci Dairenin bu kararı bizi çok uzaklara götürür.

TAKDİR SALÂHİYETİ KANUNUNUN MAKSADINA VE ÂMME HİZMETİNİN NEF'İNE KULLANILMAK LÂZIMDIR

Âmme hizmetlerini ihdaslarındaki gayeye uygun bir surette ifa edebilmek için idare başında bulunanlara takdir salâhiyeti vermekten başka çare olmadığı anlaşılmış, bu sebeple idareye takdir salâhiyeti verilmesi kabul, kanun vazının bu yoldaki hareketi doktrince de tasvip edilmiştir. Bu salâhiyetin idareye verilmesinin büyük ehemmiyeti takdir sahasının kazai mürakabeye tabi olmamasından doğmaktadır. Hukuk tarihi isbat etmektedir ki mürakabesiz salâhiyetler suistimal edilegelmiştir. Bundan dolayı bugün teşkilâtı esasiye kanununa teşri organlarının riayetsizliğine karşı kaza merciine müracaat imkânı muhtelif memleketlerde son zamanlarda başlıca endişe konularından biri haline geldiğini müşahede ediyoruz.

İdarenin takdir salâhiyetinin kazaî mürakabeden âzade tutulmasının kabul edilmiş olduğunu söylerken bu salâhiyetin mutlak ve sınırsız bulunduğunu söylemek istediğimiz zan edilmesin. İdare «hikmeti hükûmet»

(1) Bu yazı kaleme alındığı tarihte Devlet Şûrasına üç daire ilâvesine dair olan kanun henüz neşredilip yürürlüğe girmemişti.

esasına dayanan ve idarenin istediği gibi hareket etmesine cevaz verilen devirde olduğu gibi asrımızda hesabını vermek mecburiyetinde bulunmadığı bir takdir salâhiyetine sahip değildir. Bu esası belirten Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumî Heyetinin en yeni kararlarından birini aynen naklediyoruz :

TÜRK MİLLETİ NAMINA

Hüküm veren Devlet Şûrası D. D. Umumî Heyetince işin gereği düşünüldü :

Dâvalı idare tarafından ileri sürülen süre aşımı varit görülmediğinden işin esasına geçildi.

Subaylar heyetine mahsus 4273 sayılı terfi kanununun 9 uncu maddesinde tuğgeneralliğe ve daha üst rütbeye terfi ettirilecek subaylar ile kurmay subayların terfilerinin, üst rütbeye terfi liyakatleri sicil ile tasdik edildikten sonra Genel Kurmay Başkanlığının muvafakati ile Millî Müdafaa Vekâletince usulüne göre yapılacağı tasrih kılınmış bulunmakta olmasına göre generalliğe yükselecekler için genel kurmay başkanlığının muvafakat şartının konulması bu makama bir takdir hakkı bırakmış ise de bu hakkın kanunun maksadına ve hizmetin nef'ine olarak yerinde kullanılmış olması lâzım geleceği de şüphesizdir.

Aynı kanunun 18 inci maddesinde terfide esas olan ehliyetin sicil ile taayyün edeceği ve sicillerin de hususî talimatnamesine göre tanzim olunacağı açıklanmış olduğu cihetle bu hükme istinaden subaylara ne şekilde sicil verileceği ve bunların ne suretle terfi ettirileceği hususundaki esasları tesbit eden bir ordu sicil talimatnamesi hazırlanmış ve meriyet mevkiine konmuştur. Millî Müdafaa Vekâletinin teklifi üzerine İcra Vekilleri Heyetince kabul edilen bu talimatnamenin 14 üncü maddesinin 6 inci fıkrasının F paragrafının 11 inci bendine general, amiral ve eşitliğine ittifak halinde sicil alanlar mevcut iken ekseriyetle sicil alanların seçilmiyeceği hakkında sarih ve amir hüküm sevk edilmiş bulunmakta olmasına göre bu hükme muhalif olarak ekseriyetle sicil alanların ittifakla sicil alanlara tercihan ve takdimen generalliğe ve amiralliğe terfi ettirilmesinin muameleyi iptal sebepleriyle muallel bir hale getireceği şüphesizdir.

Dâvacının 1957 senesinde bütün sicil âmirleri tarafından tuğgeneralliğe terfi ehil olduğu kabul ve tasdik edilmesine rağmen ekseriyetle generalliğe terfi ehil oldukları yolunda sicil aldıkları Hilmi İskit dâvası münasebetiyle celbedilen sicil dosyalarının tedkikinden anaşılan albay-

ların talimatnamenin yukarıda yazılı sarahatine muhtelif olarak ittifakla sicil alan dâvacıya tercihan ve takdimen 30/8/1957 tarihinde tuğgeneralliğe yükseltilmiş olmaları 4273 sayılı kanunun 9 uncu maddesiyle Genel Kurmay Başkanlığına tanınan takdir hakkının yerinde kullanılmadığı mana ve neticesini tazammun eder. Bu sebeplere binaen dâvacının 30/8/1957 tarihinde tuğgeneralliğe terfi ettirilmesi lâzım geleceği ve 4273 sayılı kanunun 12 inci maddesinde albayların daha yüksek rütbeye terfi veya tümen kumandanlığına tâyini için kendi sınıfı dahilinde münhal kadro aramak mecburiyeti olmadığı açıklanmış bulunduğu cihetle kadro olmadığı ileri sürülerek hilâfına yapılan muamelenin mevzuat hükümlerine aykırılığına binaen iptaline ve dâvacı dâva arzualinde albaylıkla tuğgenerallik maaşları arasındaki farkların verilmesini ve 2 inci lâyihasında da bu maaş farklarının tazminat olarak tediyesini istemekte olmasına ve bu suretle dâvanın mahiyetini tebdil ve tevsî etmiş bulunmasına binaen maaş ve tazminata müteallik talebinin tedkik kabiliyeti bulunmadığı cihetle reddine 17/4/1959 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Bu karar idarede takdir salâhiyetinin takdire bırakılan saha içinde ve dikkatle kullanılması gerektiğini göstermek bakımından kıymetli bir örnek teşkil etmektedir, yoksa dâva konusu hâdisede mevzuat, kararın metninde de ifade edildiği üzere Genel Kurmay Başkanlığına takdir hakkı vermiş değildir; Genel Kurmay Başkanlığı ittifakla sicil almış ve terfi lâyık olduğu tasdik edilmiş olan birini olduğu yerde bırakıp ekseriyetle terfi lâyık görülenin tercih edilmesinde mevzuatın Genel Kurmay Başkanlığına verdiği «muvafakat etme» salâhiyetinin tazammun eylediği takdir hakkının kullanılması bahis konusu olamaz. Bu itibarla iptali istenen kararda takdir salâhiyetinin kullanılması bakımından sakatlık değil mevzuata esas bakımdan aykırılık vardır.

Bizim bu münasebetle üzerinde durmak istediğimiz nokta takdir salâhiyetiyle ilgili olarak kararda ifadesini bulan «takdir hakkı bırakmış ise de bu hakkın kanunun maksadına ve hizmetin nefine olarak yerinde kullanılmış olması lâzım geleceği» fikridir. Bu ibarede iki mühim esas belirtilmektedir ki bunların âmme idarelerinin faaliyetlerini murakabede pek büyük ehemmiyeti vardır.

Birinci esas takdir salâhiyetinin kanunun maksadına uygun olarak kullanılması keyfiyettir. İdarî kararlarda kanunumuz iptal sebeplerini, esas, maksat, salâhiyet ve şekil olarak dört kısımda toplamıştır. (3546 sayılı kanun madde 23/C). Bunlardan şekil, salâhiyet ve esasa taallük eden ihtilâfların hal edilmesi maksada ilişkin olanlara nisbetle kolaydır. Çünkü bu üç sebebin varlığı müşahede edilebilecek nevidendir, bir manada bunlar maddidir. Halbuki maksat unsuru manevidir; bu unsur kararı itihaz edenin niyetinde gizlidir. Bundan dolayı bu unsur bakımından ka-

rarın hukuka aykırı olduğunu isbat etmek güçtür; mecellenin ikinci maddesi «bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» demek suretiyle maksada atfedilecek ehemmiyeti onu bütün hukuk kaidelerinin başına geçirmek suretiyle belirtmek istemiştir. Maksadın keşif ve tâyini güçtür; bunu bulmak ve bilmek her zaman kabil olmaz, çünkü karar sahibi elinden geldiği kadar maksadını gizlemeğe çalışır, ona başka mana vermeğe gayret eder. Bu sebeple mahkemenin bu maksadı aramak ve meydana çıkarmak için çok dikkatli davranması gerekir. Karar, ikinci esas olarak takdir salâhiyetinin hizmetin nef'ine olarak yerinde kullanılması lâzım geldiğini beyan eylemektedir. İdarenin hizmet menfaati dışına çıkan kararlarında âmme için bir faide mülâhaza edilemez; fakat bundan büyük zararlar doğabilir. Bundan dolayıdır ki fransızların (détournement de pouvoir) dedikleri ve dilimize (salâhiyet saptırması) diye etrcüme edilebilen husus idare hukukunda pek esaslı tedkiklere yol açmış ve idari kararların iptali dâvalarında sık sık hukukî sebep olarak ileri sürülmeğe başlamıştır.

Paris hukuk fakültesi hocalarından Prof. Marcel Waline idare hukuk kitabında (altıncı bası sahife : 142 - 143) şöyle bir tarif veriyor : Muhtelif idare otoritelerine kanun salâhiyetleri belli bir gaye ile vermiştir. Bu gayeden ayrılmak idare için salâhiyetleri gayelerinden çevirmek, saptırmaktır. Şu hale göre salâhiyet saptırması idarî otoritenin kanun zavvının belli gaye için verdiği salâhiyeti başka bir gaye için kullanmasıdır.

Bundan çıkan netice şudur : Salâhiyet saptırması idari kararı ittihaz edenin haksız (illicite) niyetinden doğduğuna göre karar ittihaz eden kanunen aleyhine hareket edilen kararı vermeğe mecbur ise salâhiyeti saptırma meselesi bahis konusu olamaz; çünkü bu halde idare bağlı, mahdut salâhiyet ile hareket ediyor demektir. Bunu diğer bir suretle ifade etmek lâzım gelirse diyeceğiz ki salâhiyet saptırması esasına istinat eden iptal dâvası takdir salâhiyetini mürakabe için mevcuttur.

Prof. Waline bundan sonra şu pek mühim cümleyi yazıyor : Bir idareciye verilen salâhiyetler ne kadar geniş olursa olsun bunlar ancak âmme menfaati çerçevesi içinde verilmiştir. Sayın Profesörün bu noktayı ehemmiyetle belirtmekte ne kadar haklı olduğu münakaşa götürmez; çünkü âmme menfaatinin bulunmadığı yerde âmme hukuku bulunmaz. Demek oluyor ki salâhiyet saptırması durumuna düşen idareci hukuk dışı faaliyette bulunmaktadır.

Profesör bu zabıtayı koyduktan sonra iki sınıf salâhiyet saptırması tesbit ediyor : (1) idareci salâhiyetini şahsi gaye için saptırır, (2) idareci salâhiyetini siyasî gaye için saptırır.

Kararı ittihaz edenin şahsî saikle verdiği kararları üçe ayırıyor : (a) kararı verenin şahsi menfaati, (b) şahsi kin ve garaz, (c) üçüncü şahısların menfaati.

Siyasî saiki de müellif kararın açık surette siyasi bir gösteriş teşkil etmesi veya kararı ittihaz edenin gayesinin siyasi rakiplere zarar ika etmek olması kısımlarına ayırıyor.

Profesör Waline salâhiyet saptırmasının kanuna karşı, muhkem kaziyeye karşı suiniyetle hareket, kanun vazının maksatlarını tanımama, usul saptırması kısımlarını mütalâa ettikten sonra netice olarak salâhiyet saptırması hakkındaki kazai içtihadın faydalarından birinin de idarî karar ittihaz edenlerin en geniş takdir salâhiyetini haiz göründükleri halde verilen kararların kanuni değerini mürakebeye müsaade etmiş olması bulunduğu (s. 145), demektedir.

İHTİSAS MEVKİİ VE MÜKTESEP HAK

Devlet memurları aylıkları üzerinde emeklilik hakkı bakımından ilgi çeken bir kararı Devlet Şûrası dâva daireleri umumî heyet 1959 yılının ilk kararı olarak ittihaz eylemiştir.

Kararda hâdise şöyle hülâsa edilmiştir : dâvacı 80 lira aslî maaşta 2 sene 1 ay 4 gün kıdemli iken istifa ederek 23/Kasım/1954 tarihinde D cedvelinde mevcut 625 lira ücretle bir vazifeye tâyin olunmuştur. Emekli keseneği 80 lira aslî maaş karşılığı olan 550 lira üzerinden kesilmeğe başlanmış 1/Kasım/1955 tarihinde müddetini doldurduğundan 90 lira aslî maaşın karşılığı olan 625 lira üzerinden emekli keseneği kesilmeğe başlanmıştır. Bu esnada 100 lira aslî maaşlı ihtisas mevkiine tâyin olunan dâvacıdan o zamana kadar 90 lira üzerinden kesenek alınmağa devam edilirken bu tarihten itibaren kesenek 80 lira aslî maaş üzerinden kesilmeye başlanmıştır.

Dâvacının vaki müracaatı üzerine 7/1/1957 tarihinden itibaren tekrar 625 lira yani 90 lira aslî maaş üzerinden aidat kesilmeğe başlanmıştır. Bundan sonra dâvacıya 10/3/1958 tarihinde idare bir tebliğ ile memura emekli keseneğinin yükseldiği derecelerden değil mütesep hak üzerinden kesileceği bildirilmiştir. Dâvacı 10/3/1958 tarihli tebliğin tazammun ettiği kararın iptali ile 1/11/1955 den 30/10/1958 tarihine kadar 90 lira aslî maaşa tekabül eden 625 lira üzerinden tevkifine devam edilmesi ve 1/11/1958 tarihinden itibaren de 100 lira aslî maaş üzerinden kesenek alınması icap ettiğine karar verilmesini istemektedir.

Dâvalı idare müdafaasında şunları söylemiştir : dâvacı 1/4/1956 tarihindenberi icra edilegelen bir muamelenin iptalini istemekte olup ortada 90 günlük dâva açma müddeti geçmiş bulunduğundan dâvanın reddi gerekir. Esas hakkında da dâvalının fikri şundan ibarettir : Dâvacı 100 lira maaşlı ihtisas mevkii olan memuriyete 4598 sayılı kanunun üçüncü maddesi hükmüne göre tâyin edilmiş ve müktesep hakkı bulunan 80 lira aslî maaş üzerinden emekli aidatı kesilmiştir. Bu maddeye göre kadro maaşı ile müktesep hak olan maaş arasındaki fark tazminat olarak ödenmektedir, bu tazminattan emekli aidatı kesilmesi bahis konusu olamayacağından dâvanın reddi gerekir.

Kanun sözcüsü raporunda şöyle demiştir : Süre def'i varit değildir. Esas hakkındaki mütalâası şudur : Barem dışı ücrette geçen müddet bareme dönüşte müktesep hak teşkil etmez. Dâvacının ilk defa bıraktığı 80 lira aslî maaşta geçen süre 3 yılı doldurduğundan 90 lira aslî maaş üzerinden emekli keseneği tevkif edilmek icap eder. Dâvanın bu kısmı kabul edilmelidir.

Dâva Daireleri Umumî Hey'etinin kararı şöyle yazılmıştır : 90 lira maaş üzerinden emekli keseneği kesilmekte iken en son olarak 10/3/1958 tarihinde bu muamele dâvacının aleyhine düzeltilerek tekrar 80 lira maaş üzerinden emekli keseneği kesilmeye başlandığına göre bu tarihten itibaren mezkûr islâh muamelesi aleyhine 90 gün zarfında dava açıldığı anlaşılmağa süre def'i varit görülmemiştir.

Kıdemli binbaşı olarak 80 lira maaşta 2 sene 1 ay 4 gün kıdemli iken 23 Kasım 1954 tarihinde münakalât vekâletinde D cedvelinde 625 lira ücretli bir vazifeye tâyin edilen dâvacının 625 lira ücrette bulunduğu sırada 80 lira maaşın muadili olan 550 lira ücret üzerinden emekli aidatının kesilmeğe devam edildiği ve 31/3/1956 tarihinde de ihtisas yeri olan 100 lira maaşta müddetini doldurduğu 1/11/1955 tarihinden itibaren 90 lira maaş karşılığı 625 lira üzerinden emekli keseneğinin kesilmesi icap edeceğine ve 80 lira maaş ile 100 lira kadro maaşı arasındaki farkı 4598 sayılı kanunun üçüncü maddesine istinaden Vekiller Heyeti kararıyla tazminat olarak almış olması emekli hükümlerinin tatbikine mani olamayacağı cihetle dâvacının barem harici kadroda geçen müddetinin emekli hesabında nazara alınmaması suretiyle tesis edilen muamelenin 5434 sayılı kanunun 15 inci maddesinin B fıkrasının 4 üncü bendi hükmüne aykırılığı zahir bulunduğundan iptaline 9/1/1959 tarihinde ittifakla karar verildi.

Bir hukuk meselesini hal ederken ilk dikkat edilecek husus ihtilâfın mahiyetidir. Bu davada anlaşmazlık emekli keseneğinden çıkmış olduğu keyfiyetidir. Amme hizmeti gören personelin maruz bulunduğu

maışet sıkıntısı karşısında kanun vazının da çeşitli hükümler koymak zorunda kaldığı müşahade olunmaktadır. Ücretli personel istihdamı bu tedbirlerden biri ise ihtisas yerine tayin edilenlere müktesep hakları olan maaş ile kadro maaşı arasındaki farkın ücret olarak ödenmesi esasının kabulü de bir başkasıdır.

İdare ihtisas yerinde müktesep hak olan maaş ile kadro maaşı arasındaki farkın ücret olarak tediye edilmesi keyfiyetini tamamı ücret olarak tediye edilen istihkaklardan farklı görmüştür.

Davacının durumu 90 lirayı müktesep hak olarak alacağı zamana kadar 80 lira maaşın tutarı üzerinden emekli keseneği tevkif edilmesi doğru idi; fakat zaman geçip davacı için 90 lira aslî maaş müktesep hak haline geldiği tarihten itibaren keseneğin de bu maaşın tutarı üzerinden tevkifi lâzım gelirdi. Maaşla ilgili olan bu hükümler emeklilik durumu üzereinde memur aleyhine bir netice meydana getirmek maksadiyle taknin edilmemiştir.

DÂVA DAİRELERİ UMUMİ HEY'ETİNİN PEK MÜHİM BİR PRENSİP KARARI

İdarenin üzerine düşen âmme hizmetlerini gereği gibi, âmme menfaatlerine uygun olarak ifa edebilmesi için hareket ve faaliyetlerinin dayandığı kararları ittihaz ederken kanunların hükümlerini göz önünde bulundurması kâfi gelmez. Bu kararları almak için kendisine yetki veren kanunların bazı noktalarda idareye şöyle veya böyle karar verebilmesini temin edici salâhiyetler sağlayıcı açık sahalar bırakması da zaruridir; çünkü kanunla ve diğer mevzuat karşılaşılabacak bütün hâdiselerin icaplarını derpiş edemez. İşte idarenin bu nevi salâhiyetlerine idare hukuku lisanında idarenin takdir salâhiyeti denir.

Bu salâhiyetin anlaşılmasında herkes mutabık değildir.

Bu ihtilâf Vekâletlerin idare şubeleri arasında olduğu kadar (1) Büyük Millet Meclisi ile kaza mercilerinin kararları arasında da göze çarpmaktadır. Böyle olduğu için idarenin takdir salâhiyeti konusunu teşri, idare, kaza uzuvlarının anlayışı bakımından sık sık gözden geçirmekte fayda mülâhaza ediyoruz.

(1) Bak Siyasal Bilgiler Fakültesi dergisi C. X, Yıl: 1956 Sayı: 4
İdarenin takdir salâhiyeti

Bu mesele, bizim bildiğimize göre, İktisat Vekâleti ile Ziraat Vekâleti arasında 3116 sayılı kanunun 24 üncü maddesinin Ziraat Vekâletine verdiği takdir salâhiyetinin sınırları üzerinde hasıl olan görüş ayrılığı dolayısıyla Devlet Şûrası Birinci Dairesince ve Umumî Heyeti tarafından incelenmiş ve yazılan mütalâalarda bir hususa izin vermek salâhiyeti muayyen mahzurların izalesini temin gibi bir neticenin istihsali maksadiyle verilmiş ise idarenin bu hususta alınacak terbirlere tevessül yerine izin vermekten imtina edemez, denilmiştir.

Bu mesele 5434 sayılı kanunun 39 ncu maddesinin B fıkrasının tatbikatı bakımından memurların mesleki hayatını alâkadar etmesi itibariyle büyük bir ehemmiyet kazanmıştır. Bilindiği gibi bu fıkra idareye (30 hizmet yılını tamamlamış olanların kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş haddi aranmaksızın resen) emekliye sevkedilebileceği hükmünü koymuştur. Bu hükmün tatbikatta doğurduğu ihtilâflar idarî dâva konusu olmuş, Devlet Şûrası bu fıkraya dayanmak suretiyle alınmış kararları mürakabe etmiştir. Devlet Şûrasının kararlar dergisinde neşredilen bu kararların bir danesini misal olarak alalım (Beşinci Daire E. 50/2570, K. 51/1231. Kararlar dergisi, sayı : 50 - 53, sahife : 424 - 425.). Karar şöyle diyor : Memurin kanununun 84 üncü maddesine göre sıhhi mezuniyetten müstefit olan memurların tekaüde sevkinin ne yolda cereyan edeceği 5434 sayılı kanunun 47 nci maddesinde tâyin ve tesbit edilmiş olmasına binaen kanunen mezuniyetini istimal etmekte olan dâvacı hakkında mezkûr kanunun 39 ncu maddesinin (b) bendine tevfikân tesis edilen muamelede mezkûr kanunun esas ve maksadına uyarlık bulunmadığından iptaline 4/4/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Bu kararda dikkate şayan olan cihet 3546 sayılı kanunun 23 ncü maddesinin C bendine göre esas kelimesinden sonra maksat kelimesinin de zikredilmiş bulunmasıdır.

Devlet Şûrası, demek oluyor ki 5434 sayılı kanunun 39 ncu maddesinin (b) fıkrasına göre ittihaz olunan kararların maksat bakımından mürakabeye tabi bulunduğunu kabul ediyor.

Bu görüş doğru olduğu kadar mantıkidir de; çünkü kanun idare kararlarının şekil, salâhiyet, esas ve maksat cihetlerinden mürakabesini kabul eylediğine göre bir karar şekil bakımından mürakabe edilebilir, fakat esas veya maksat bakımından mürakabe edilemez denemez.

Dâva Daireleri Umumî Heyetinin E. 49/320, K. 50/128 sayılı Conker kararı (kararlar dergisi sayı : 50 - 53, sahife : 112 - 118) haddi zatında idarî kaza sahasında büyük bir gelişme merhalesi teşkil etmesine rağmen «dâvacı hakkındaki teaütlük tassarrufunun esasa müessir bir şekil ve usul

noktasından dolayı iptaline» ibaresinin şekil ve usul noktasından tamam ve taarruzdan masun bulunsa idi başka tarafından meselâ maksat unsuru itibariyle dâva konusu olamayacağı manası çıkarılmağa müsaitmiş gibi bir yazılış tarzı vardır. Halbuki hukuk bakımından denebilecek husus şudur : 3546 sayılı kanunun 23 ncü maddesinin C fıkrasında yazılı dört noktadan biri sebebiyle kazai mürakabeye tabi tutulan bir karar diğer noktalardan da iptal dâvasına konu olur.

Şimdi kazai içtihat halini almış bulunan bu karar karşısında teşri organının nasıl düşündüğünü görelim.

Büyük Millet Meclisinin 1728 sayılı ve 16/5/1951 sayılı kararı ile tasvip ve kabul edilmiş (Resmî Gazete 23/Mayıs/1951; sayı 7815) bulunan bütçe komisyonunun mazbatasında bu fıkranın uzunca bir tahlilini buluyoruz. Bu mazbata mevzuunu şöyle sınırlandırmaktadır : 30 hizmet yılını tamamlamış olup yaş haddi aranmaksızın kurumlarınca lüzum görüldüğünde yani idare takdir salâhiyetini kullanmak suretiyle resen memurların emekliye sevk edilmesi meselesi.

Bunu komisyon sebep ve saik bakımından incelemiştir. Dikkate şayan olan en mühim nokta 3546 sayılı kanunun 23 ncü maddesinin C fıkrasında sebep ve saik mefhumlarının yazılı bulunmaması, bunların doktrince ve kazaî içtihatlarla iptal sebepleri arasına sokulmuş olması, daha doğrusu kanundaki esas kelimesi yerine ikame edilen mevzu ve saik mefhumlarından bulunmasıdır. Komisyonun bu hareketi bize mazbatayı kaleme alanların idare hukukunun tekâmül safhalarını takip etmiş olduklarını göstermektedir.

Bundan sonra mazbata ehemmiyetle üzerinde durulması gereken ve mazbatanın ağırlık merkezini teşkil eden bir fikir ileri sürmektedir. Bu fikir mazbatanın «görülüyor ki» kelimesiyle başlayan ve «30 yılını tamamlamış olanları da lüzum görüldüğünde tekaüde sevk etmek hususunda idareye mutlak bir takdir salâhiyeti ve hareket serbestisi tanımıştır» ibaresiyle sona eren kısmını teşkil etmektedir. Mazbataya göre (b) fıkrası idareye 30 hizmet yılını tamamlamış olan memurları tekaüde sevk etmek için lüzum görürse idare mutlak takdir salâhiyetini vermektedir.

Bundan sonraki kısımda mazbata şöyle devam ediyor : «ve bu mutlak takdir salâhiyetine müsteniden yapılan takdiri tasarrufların da kazai mürakabe sahasında kalacağı münakaşa kabul etmez bir hakikattir.»

Burada hakikatle münakaşa kabul etmezliğin bağdaşamaz halde olduklarının ilk bakışta göze çarptığına işaret edelim. Bundan sonra idareye bu nevi tasarruflarda mutlak bir takdir salâhiyeti tanınmasının istinat ettiği prensip gösterilmektedir.

Mazbataya göre prensip şudur : Kanun, bilgi, ihtisas ve enerjiye ciddi bir ihtiyaç gösteren ve günden güne tenevvü arzeden âmme hizmetlerinin daha rasyonel ifa ve istikrarını temin hususunda idarenin faaliyet şekillerini ve yapacağı tasarrufların sebep ve saiklerini bütün teferruatıyla tanzim ve tesbit edemeyeceği için vazı kanunla, idareye halin icaplarına göre tasarruf ve faaliyette bulunmak üzere bir hareket serbestisi ve takdir salâhiyeti tanırlar.

Takdir salâhiyetinin idareye tanınmasının sebep ve saiki ilim adamlarınca da böyle gösterilmiştir. (1) Ancak bu mucip sebep takdir salâhiyetine dayanarak idarenin aldığı kararların mutlak olmasını lüzumlu kılmadığı gibi bunların kazai mürakabe dışında bırakılmasını da icap ettirmez.

Hukuk tarihi mutlak salâhiyetlerin her devirde keyfilige doğru soy-suzlaştığını pek açık olarak göstermektedir.

Diğer taraftan takdir salâhiyeti «âmme hizmetlerinin daha rasyonel ifa ve istikrarını temin hususunda» idareye verildiğine göre, idarenin kararlarında bu gayelerden uzaklaştığını, başka saiklerle takdir salâhiyetini kullandığı iddia edildiği hallerde bu iddiasını kaza mercii huzurunda isbat etmekten iddia sahibini men eylemenin hiç bir sebep ve hikmeti yoktur. Eğer kaza merciinin bu gibi kararların iptali için açacakları dâvaları ehliyet ve liyakatle rüyet edemeyecekleri bu anlayışın saiki ise her türlü ıslâh tedbirleri bu müesseseleri ilga edip yenilerini kurmağa kadar giden bir tedbirler silsilesi mevcuttur. Bu gibi kararlar aleyhine dâva açılmıyacağını beyan etmek bir taraftan takdir salâhiyeti âmme hizmetlerinin daha rasyonel ifası maksadiyle kullanılmadığı şüphesini uyandıracığı gibi diğer taraftan da bu salâhiyetin en mükemmel ve muvafık surette kullanıldığı halde karardan müteessir olana (sorsalar mağdurun gaddar kendin gösterir) mazmununca müşahade edilse kaza mercii huzurunda kararın haksızlığını, kendi masumiyetini isbat edeceğini gece gündüz tekrar etmek fırsatını verir.

Mazbata bundan sonra 39 ncu maddenin B fıkrasındaki (Kurumlarınca lüzum görüldüğünde) hükmünü vaz etmekle yeni ihtisas ve fikri kabiliyetlere ihtiyaç gösteren âmme hizmetlerinin daha iyi ifasını sağlamak maksat ve gayesiyle manevî tåkatsizlikleri ve fikrî kudretsizlikleri tahakkuk eden ve 30 yılını doldurmuş ve kendilerinden artık istifade im-

(1) Marcel Waline Traite elementaire de Droit Administratif, altıncı bası sahife : 134. Roger Bonnard. Precis de Droit Administratif. dördüncü bası sahife : 75 - 80. Sıddık Sami Onar. İdare hukukunun umumî esasları 1952. Sahife : 299 - 311. Manriou Hauriou Precis de Droit administratif et de Droit public. 12 nci bası : 1933, sahife : 351 ve devamı.

kânları mevcut bulunmadığına kanaat getirilen memurların tekaüde sevklerini icabettiren saik ve sebepleri tâyin ve tesbitten içtinap ederek salâhiyet ve hareket serbestisi tanımış olduğu aşikârdır. Çünkü idareye böyle bir takdir salâhiyetinin tanınmamış olması idarenin dinamik faaliyetini felce uğratmaktan başka bir şeye yaramaz, diyor ve geçici komisyonun (kurumlarınca ve tüzükleri gereğince) şeklinde tanzim eylediği fıkrayı yüksek Kamutayın bu kaydı kaldırarak (lüzum görüldüğünde) haline getirdiğini, idareyi tüzük hükümleriyle takyit etmemek, ona bu nevi tasarrufların lüzum ve saikini takdirde mutlak bir salâhiyet ve geniş bir hareket serbestisi tanımak maksat ve temayülüne matuf bulunduğu bedihidir diye ilâve ediyor. Bundan sonra da mazbata «diğer taraftan söylemeye hiç hacet yoktur ki idarenin, kanunun kendisine tanınmış olan bu takdir salâhiyetine müsteniden yapmış olduğu tasarruf asla ne cezai ve ne de her hangi bir tasfiye mahiyetinde değildir. Çünkü, takdir salâhiyetine müsteniden tekaüde sevk tasarrufu ile memura hem tekaüt maaşı tahsis edilmekte ve hem de ikramiye verilmektedir ki bunun hukuki neticesi de memuru, memur statüsünden çıkarıp tekaütlük statüsüne geçirmekten ibarettir.» demektedir.

Bunu müteakip mazbata F bendi üzerinde bazı mülâhazalar ileri sürmekte netice itibariyle meseleyi idarenin mutlak takdir hakkına getirmekte, bir de «takdiri tasarruf» ihdas etmekte, bunun tabii ve hukuki neticesi olarak da kurumların gördükleri ve takdir ettikleri lüzumun doğruluk ve meşruluğunu kaza mercilerine mucip sebepleriyle izah ve kabul ettirmeye de mecbur tutulamıyacakları bedihidir» demektedir.

Mazbata idarenin mutlak takdir salâhiyetini o kadar çok tekrar etmektedir ki neticede bu mutlak takdir salâhiyeti takdiri tasarrufa inkilâp eylemekte, bu da mazbatayı hakkı dâvayı bu gibi hallerde ortadan kaldırımağa götürmektedir.

Bizim sarih ve kati kanaatimiz ferdin idare aleyhine idarî kaza huzurunda dâva açmak hakkı Teşkilâtî Esasiye Kanununun 51 nci maddesiyle tanınmıştır.

Mazbatanın bu dâva hakkını ihlâl eden neticesi teşkilâtî esasiye kanununa aykırı düşer. Diğer taraftan Dâva Daireleri Umumî Heyeti Conker dâvasında 5250 sayılı kanunun geçici maddesinin adlî ve idarî kaza mercilerine müracaat edilemeyeceğine dair sarih ve mutlak hükmüne rağmen idarenin emekliye sevk kararını iptal eylemiş, bunu yaparken de mevzuat arasında bir hiyerarşi bulunduğunu, Teşkilâtî Esasiye Kanununun adi kanunlara üstün olduğunu tebarüz ettirmeğe lüzum görmüştür.

Yukarıda verdiğimiz beşinci daire kararında görülüyor ki idarî karar sebep ve saik bakımından bozulmuştur; 5434 sayılı kanunun başka bir

hükmü tatbik edilmek gerekirken 39 ncu maddenin B fıkrası tatbik edilmek gibi hukukî bir hata işlenmesinden dolayı bozulmuştur. İçişleri Bakanlığının verdiği cevap bu fıkranın nasıl tatbik göreceğini, bize anlatan canlı bir misaldir. Bu fıkraya göre emekliye sevk edilen memurun dâva hakkından mahrum edilmesi idarenin Dahiliye Vekâletinin sebebine dahi benzemiyen, ikrar ve itirafı idareyi müşkil duruma düşürecek sebep ve saiklerle adı geçen fıkranın tatbik edilmeyeceğine dair hiç bir hukukî teminat bırakmaz.

Takdir salâhiyetinin bilhassa saik bakımından kazai mürakabeye tabii tutulmasının sebebi de bundan ibarettir.

İşi kanun metinlerinden tecrit ederek düşündüğümüz de şu neticeye varmak icap eder ki bir memuru, hakkında verilen bir kararın hukuka uygun olmadığını söylemek için hakim huzuruna çıkmaktan men etmek ona reva görülecek muamelelerin en ağır, haksızlıkların en büyüğüdür. Memur suçların memleket ve âmme için en zararlısını işlemekle itham olunur; fakat ona «ben masumum, «benim bu fenalıktan haberim yok» demesine imkân veririz, bunun aksini kimse düşünmez. Fakat âmme hizmetlerinin daha iyi ifasını sağlamak maksat ve gayesiyle «manevi takatsizlikleri ve fikri kudretsizlikleri tahakkuk eden»lerden sadece otuz yılını doldurmuş ve «kendilerinden artık istifade imkânları mevcut bulunmadığını kanaat getirilen» memurlardan hakim huzuruna çıkmak hakkının esirgenmesi mantıki ve ilmi bir surette izah edilemez. Ciddi olarak durum bu merkezde olunca âmme hizmetlerinin gereği gibi ifasını sağlamak gayesi yalnız böyle otuz hizmet yılını doldurmuş olanları değil baştanbaşa bütün idare kadrolarında çalışanları, hizmet süreleri kaç yıldan ibaret olursa olsun, bu veya benzeri hükümlere tabii tutularak her hangi bir surette kadro dışına çıkarmak ve bunda acele etmek lâzımdır. Lâkin kendisine «manevi takatsizlik ve fikri kudretsizlik» isnat ettiğimiz memur bunun aksini iddia eder ve bu iddiasını mahkeme huzurunda isbat etmeğe teşebbüs eylerse önüne geçmek, onu bu teşebbüsünden men edici hüküm sevk etmek kendisine tatbik edilen muamelenin, hakkında verilen kararın tarafsız bir kaza teşkilâtı huzurunda münakaşaya tahammülü bulunmayan bazı saiklerin tesiri altında verildiği şüphesini hatıra getirir.

Bir başka cihetten Büyük Millet Meclisinin 1728 sayılı kararı tenkide mahal vermektedir. Bu karara göre 39 ncu maddenin B fıkrasının yorumlanmasına mahal yoktur. Yapılan iş ise yorumdan, hattâ yeni bir hüküm koymaktan başka bir şey değildir; çünkü T. C. Emekli Sandığı Kanunu yürürlüğe konduğu tarihten bu kararın neşredildiği 23 Mayıs 1951 tarihine kadar adı geçen fıkraya tevfikân ittihaz edilmiş kararlar aleyhine açılmış dâvalar rüyet edilmiş, yukarıda verdiğimiz misalde olduğu gi-

bi bu kararlardan bazılarının iptaline karar verilmiştir. Şimdi 1728 sayılı karar bu dâva hakkını kaldıran yeni bir hüküm değil ise tefsirdir. Şu halde kararın» 39 ncu maddenin B fıkrasının tefsirine mahal olmadığı» ni beyan etmesi vakıalara uygun düşmemektedir.

Kararın dönüp üzerine geldiği mutlak takdir salâhiyeti ve bundan doğan «takdiri tasarruf» mefhumlarına gelince bu görüşlerin her ikisi de doktrinde kabule mazhar olmamaktadır. «Takdiri tasarruf» dan idare hukukunda «hükûmet tasarrufu» denilen tasarruflar kategorisi kastediliyorsa bu mefhum üzerinde durulabilir. Bu mefhumun da bu gün mevkiini kaybettiği ve idarenin takdir salâhiyeti içinde erimiş olduğu söylenebilir (2)

Paris hukuk fakültesi profesörlerinden Waline yukarıda adı geçen eserinde takdir salâhiyetinin sınırlarına taallûk eden kısmında (sahife : 134) şöyle diyor : idare mahkemelerine bile prensip itibariyle mürakabesi ait bulunmayan bu takdir salâhiyeti asla mutlak değildir. Bunun dördüzlü sınırları vardır: birincisi mevzu bakımından. Her idari makamın muayyen maddeler üzerinde muayyen tipte kararlar ittihazına hakkı vardır, fakat hiç birinin külli, ma ve şamil salâhiyeti yoktur. Diğer taraftan kanun vazı salâhiyeti içinde olan bazı tasarrufları idareye men edebilir. İkincisi şekil bakımından. Ekseriya kanunlar, nizamnameler idare makamlarına karar ittihazından evvel şöyle bir usul takip etmeyi yahut karar verirken şu nevi merasime riayeti emreyler. Bu merasime riayeti ihmal eden idare şekil fesadı itibarile salâhiyet tecavüzü hâreketinde bulunmuş olur. Üçüncüsü saikler bakımından. Kanun bazı tasarrufların yapılmasını bazı şartların daha önce tahakkukuna yahut tanzimi icap eden fiilî bir durumun vücuduna talik eder. Tasarrufun kanunî zarurî müteakdim unsurlarını teşkil eden bu şeylere Bonnard tasarrufun kanuni saikleri diyor. Bunlar olmadan karar ittihaz eden yine takdir salâhiyetini tecavüz etmiş olur. Dördüncüsü tasarrufun saikleri bakımından. İdarî otoriteye muayyen bir gaye için kullanmak üzere salâhiyetler verilmiştir. Eğer idareci bu salâhiyetleri kanun vazınınin tâyin ettiği gayeden başka bir gaye için kullanırsa salâhiyetini tecavüz etmiş olur (Kanunun ruhunun ihlâli).

Profesör Waline adı geçen kitabında (salâhiyet saptırması : détournement de pouvoir) başlığı altında 142 nci ve müteakip sahifelerinde izahat verirken idarî kararların iptaline sebep olan saikleri iki kısma ayırmaktadır - şahsi saik, siyasi saik - şahsi saiki üçe bölüyor : Kararı ittihaz edennin şahsi menfaati, kini veya intikamı, bir üçüncü şahsın veya üçün-

(2) Sıddık Sami Onar adı geçen eser; sahife : 337 - 344

cü şahısların menfaati, yani doğrudan doğruya veya bil vasıta karar ittihaz edenin maddi ve manevi cephelere şamil geniş manada şahsi menfaati - Bunların her biri bölümü için profesör Fransız Devlet Şûrasından sadır olmuş kararlara işaret ediyor - Bizim Devlet Şûrası kararlar dersinde de ararsak bunlara ait kararlar bulmak güç değildir.

Siyasi saike gelince; profesör bu hususta idarî kararın aşikâr bir surette siyasî olmasını veya kararın ittihaz edenin siyasi rakiplere zarar iras etmek gayesiyle kararı ittihaz eylemiş olması yahut da dolambaçlı bir yoldan münhasıran kanun vazınının salâhiyetine giren bir islâhatı tahakkuk ettirmesi halini gösteriyor.

İdare teşkilâtının en yüksek kâdemesinde karar ittihazı salâhiyetini haiz bulunan Vekillerin siyasî partilere mensup zatlar bulduklarını göz önünde tutarsak takdir salâhiyetinin mutlak olması ve bu salâhiyete dayanarak ittihaz olunacak kararların kazai mürakabeye tabi tutulmaması halinde ne gibi hukuki facialara meydanın boş bırakılmış olacağını tasavvur etmek güç değildir. Bundan dolayıdır ki kanunun üstünlüğü prensipini kabul eden memleketlerde idarenin takdir salâhiyetinin bu nevi sui istimaller karşısında kazaî mürakabeye tabi tutulmasının zaruri olduğu gibi dâva hakkı ve buna benzer ana hakları ihlâl eden kanunları tıpkı idarî kararları idarî kaza mercilerinin iptal eylemesi gibi iptal eylemek vazifesini ifa edecek yüksek mahkemeler kurulması İkinci Dünya Harbinden hattâ Birinci Dünya Harbinden sonra demokrat memleketlerin başlıca endişeleri olmuştur.

Yukarıda bahsi geçen Conker kararı üzerine açılan iptal dâvasına Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumî Heyeti 5250 sayılı kanunun geçici maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi bu maddeye müsteniden ittihaz edilmiş kararlardan dolayı kazai mercilerde dâva açılmıyacağını tasrih eylediği halde bakmış ve kararı iptal eylemiştir.

Görülüyor ki kanun vazı ile idarî kaza merciinin görüşleri bu gibi hallerde bağdaştırılmaz durumdadır ve ilim adamlarının fikirleri, başka memleketlerin tatbikatı da Devlet Şûrasının kararlarını desteklemektedir.

Kanun vazınının âmme hizmetlerinin daha rasyonel ifasını temin etmek maksat ve gayesiyle manevi takatsızlıkları ve fikri kudretsizliği tahakkuk edenleri 30 hizmet yılını ikmal etmiş oldukları halde değil, daha az hizmet etmiş bulunsalar dahi idare kadrosu dışına şu veya bu suretle çıkarabilmelidir. Buna kimsenin diyeceği yoktur ve olamaz. Hülâsası ehliyetsizlikten ibaret olan bu durumun tesbiti son derece kolaydır; böyle olunca da âmme hizmeti göremeyecek haline rağmen dâva açacak kimseye mani olmanın makul hiç bir sebebi olamaz. Böyle bir hüküm tesis

etmenin sebebi ancak kaza mercii huzurunda itiraf edilemeyecek saiklerle memurlar hakkında karar ittihaz etmek rüyetini maskeleyerek maksadiyle bu hükmün tesis olunduğu şüphesini uyandırır; kaza fonksiyonu ifa etmekte bulunanlara da daha sonra bu hükmün teşmil edilmesi bu şüpheyi kuvvetlendirir.

Hülâsa etmek gerekirse bu günün hukuk anlayışı mahkemeleri keyfiyet bakımından yükseltmek, hakimleri azami teminata sahip kılmak ve bunun temini için lüzum görülüyorsa umumi tasfiye hükümleri koyup tatbik etmek, fakat bu gaye temin edildikten sonra idarenin hiç bir kararını kazaî murakabenin dışında bırakmamaktır. Medenî âlemin gittiği bu geniş ve açık yoldan ayrılmış gizli, hesap verilmez bir takım usuller ihdasına çalışmak âmme menfaatlerine uygun düşmez. Böyle bir sistem dürrüst ve çalışkan vatandaşları idare kadrolarında vazife almaktan soğutur, bu da idarenin yavaş yavaş daha az ehil ellere intikali neticesini verir. Memleket bu durumdan hesapsız zararlar görür.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN ÖNEMLİ BİR KARARI

27/6/1959 tarihinde ittihaz olunan ve 959/13 Esas, 959/17 Karar numaralarını taşıyan, icabı vazife uyuşmazlığını ilgilendiren bu karar pek ehemmiyetli bir prensip meselesi ile alâkalıdır. Kararın hülâsasında «Millî Müdafaa Vekâletine ait vasıtasının askerî bir hizmetin ifası için ve talim maksadiyle seyreylemesi sırasında vücuda getirdiği zarardan dolayı açılacak dâvanın Devlet Şûrasında görüleceği hakkında «denilmiş olması konumuzun değerini belirtmeye yeter sanırım.

Düşüncelerimize bu yazıyı okuyanların gereği gibi nüfus edebilmelerini kolaylaştırmak için kararı buraya olduğu gibi aktarıyoruz.

Ahmet Vürol tarafından Millî Müdafaa Vekâleti ve Remzi Erdoğan aleyhlerine Gebze Asliye Hukuk Hakimliğine açılan dâvanın görülmesi sırasında dâvalı vekili tarafından ileri sürülen vazife itirazının red edilmesi sebebiyle vazife konusunun tedkiki Baş Kanun Sözcülüğünden talep olunmasına binaen Uyuşmazlık Mahkemesinin 27/6/1959 tarihli cellesinde dosyadaki kâğıtlar okunduktan ve müracaatın şekline uygun olarak müddetinde yapıldığı anlaşıldıktan ve Baş Kanun Sözcüsünün dâvanın rüyetinin idarî kaza merciiine ait bulunduğu yolundaki mütalâası dindendikten sonra gereği düşünüldü :

Dâvanın konusu; askerî bir hizmetin ifası için, talim maksadiyle ve konvoy halinde seyrederken zarar ika eden Millî Müdafaa Vekâletine

ait nakil vasıtası Şoföründen ve er şoförü istihdam eden Vekâletten tazminat isteginden ibarettir.

Askerî bir tatbikat ve askerî bir hizmet ifası ile vazifelendirilmiş olan veya talim ve terbiye maksadiyle tertiplenen nakil vasıtalarından birinin konvoy halindeki gidişi sırasında vücuda getirdiği zararın, askerî idarenin bu hizmetleri emretmek şeklinde tecelli eyleyen idarî tasarrufundan tevellüt eylemiş olduğunun kabulü icap edeceğinden dâvalı Vekâlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvasının idarî kaza merciinde rüyeti gerekmektedir. Bu mülâhazalara müsteniden Gebze Asliye Hukuk Mahkemesince müttehaz ve dâvalılardan Millî Müdafaa Vekâleti hakkındaki vazife kararının kaldırılmasına 27/6/1959 tarihinde ekseriyetle karar verildi. (Bu yazı hazırlandığı esnada karar henüz Resmî Gazetede neşredilmemişti).

Her şeyden evvel hülâsa ile kararın mütabakat halinde bulunmadığına işaret etmek yerinde olur. Hülâsada «nakil vasıtasının askerî bir hizmetin ifası için ve talim maksadiyle seyreylemesi sırasında» denilmiş kararı okumadan bu ibaredeki «ve» kelimesinin veya manasına geldiği anlaşılacağı için insan yolda duraklama ihtiyacını duyuyor. Karardaki «veya» kelimesi bu suretle hasıl olan tereddüdü gideriyor. Bir de metin bakımından ibarede «askerî bir tatbikat» kelimelerinin «talim ve terbiye» kelimelerinin yanına alınması daha uygun düşeceğini belirtmek yerinde olacağını işaret etmek isteriz. Umumî olarak askerî tatbikat ile talim ve terbiye arasında bir mahiyet farkı yoktur; askerî tatbikat askerî talim ve terbiyenin bir parçasıdır, diğer bir ifade ile askerî tatbikat bir çeşit talimdir.

Şimdi İşin Esasına Geline :

Dâva arzuhalinde kazayı yapan motörlü vasıtanın diğer otokarlarla birlikte akaryakıt bidonlarını İstanbul'dan İzmit'e doğru nakletmekte olduğu ifade edilmiştir. Bu talepte askerî tatbikat ile talim ve terbiyeden bahis yoktur. Bu genişlik Yüksek mahkemenin görüşünde takip ettiği yolu göstermek itibariyle haddi zatında faydalı olmuştur.

Biz, sadece dâva konusuna sadık kalmak için, bu kısımları tedkik dışı bırakıyoruz; bu suretle karar şu şekli almış bulunuyor : Askerî bir hizmet ifası ile vazifelendirilmiş olan nakil vasıtalarından birinin konvoy halindeki gidişi sırasında vücuda getirdiği zararın askerî idarenin bu hizmetleri emretmek şeklinde tecelli eyleyen idarî tasarruflarından tevellüt eylemiş olduğunun kabulü icap edeceğinden dâvalı vekâlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvasının idarî kaza merciinde rüyeti gerekmektedir. Bu mülâhazalara müsteniden Gebze Asliye Hukuk Mahkemesince müt-

te haz ve dâvalılardan Millî Müdafaa Vekâleti hakkındaki vazife kararının kaldırılmasına karar verildi.

Bu kararda hukuk tekniği bakımından üzerinde durulması lâzım gelen üç nokta vardır. Bunların ilki gidişin «konvoy halinde» olmasıdır. Kanaatimizce diğer unsurlar mevcut ise gidişin «konvoy halinde» olması ile olmaması arasında hukukî hükmü değiştirecek fark yoktur. Binaenaleyh nakil vasıtası ister konvoy halinde ister tek başına gitmekte olsun, bu vasıtanın fiiline terettüp eden hüküm aynı olmak icap eder.

Bu mülâhazaya binaen karardaki «konvoy halinde» kelimelerinin esasa müessir bir yenilik getirecek takatten mahrum olduğunu ve zihinleri bulandırıcı bir fazlalık teşkil eylediğini söylemek mecburiyeti vardır.

Kararın bizce mühim kısımları ikinci ve üçüncü olarak ele alacağımız hususlardır.

Dâvacı dâvayı «haksız fiil, esasına istinat ettirmiştir. Dâvalı Vekili ise Millî Müdafaa Vekâletine nisbetle dâva konusu fiilin «hizmet kusura» telâkki edilebileceği görüşünü müdafaa etmiştir. Hâkim bu görüşü kabul etmemiş, dâvacıyı haklı çıkaracak surette düşünmüştür. Hâkimin her şeyden evvel vereceği kararlarda mevzuata ve mevzuatın dayandığı esas ve nazariyelere uyarak karar vermesi lâzım gelirse de Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesinin 2/2/1957 tarihli Esas 57/2, Karar 57/14 sayılı kararında (3. tertip düstur, c. 38 s. 1528 - 29 açıkça «bir dâvada mahkemenin vazifesi dâvacının dâvasını tavsif şekline göre taayyün eder» dediğini göre hakimin bu kolay yolu terkedip Temyiz Mahkemesinden bozulacağı muhakkak denecek bir karar tarzına gitmesi güçtür. İşte bu kararın ehemmiyeti yüksek mahkemenin hukuka aykırı olarak «büyük âmme intizamı» dediğimiz hususu tarafların, daha doğrusu dâvacının emrine veren görüşü terketmiş bulunmasındadır. Bu yeni kararı ile yüksek mahkeme hakimlere adeta «sizler dâvacıların hâdiselere izafe edecekleri vasıflarla mukayyet olmayarak vazife meselesini mevzuata ve bu mevzuatın dayandığı esas ve nazariyelere göre tedkik edip karar veriniz» emri vermektedir. Bundan sonra artık hakimlerin 2/2/1957 tarihli 2/14 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile kendilerini bağlı farz etmelerine mahal kalmamıştır.

Mahkemenin vazifesi dâvacının dâvasını tavsif şekline göre taayyün edecek, bu vasfın tâyini hâkimin salâhiyetine girecektir. Yüksek Mahkemenin görüşünde hasıl olan ve prensip değeri taşıyan bu değişme arzettiği büyük ehemmiyet sebebiyle üzerinde ısrarla durulacak bir tekâmül safhası meydana getirmiş bulunmaktadır.

Üçüncü mühim nokta adeta ikincinin tabii bir neticesidir ve şimdiye kadar yüksek mahkemenin bir çok kararlarında eşlerine rastladığımız bir keyfiyettir.

Dâva hâdisemizde Millî Müdafaa Vekâleti ile zarara sebep olan fiili işleyen şoför Remzi Erdoğan aleyhine açılmıştır.

Karar «Gebze Asliye Hukuk Hakimliğince müttehaz ve dâvalılardan Millî Müdafaa Vekâleti hakkındaki vazife kararını» kaldırmaktadır. Bu kaldırma ile dâva ikiye bölünmektedir. Bir parçası olduğu gibi Gebze Asliye Mahkemesi Hukuk Hakimliğinin vazifesi içinde kalmaktadır. Çünkü dâvacı Remzi Erdoğan'a haksız fiil isnat etmekte ve bu fiilden mütevellit zararın tazminini istemektedir. Bunda bildiğimiz hukuk esas ve kaide-lerine göre hiç bir fevkalâdelik yoktur. Her şahıs bir başka şahıs aleyhine haksız fiil isnadiyle dâva açarak tazminat isteyebilir; dâvalı bundan kaçınamaz; usulü dairesinde muhakeme cereyan eder tazmin vecibesi doğuran şartlar bir araya gelmiş ise hakim dâvalı aleyhine tazmin kararı verir. Ancak hâdisemizde biri hukukî, diğeri iktisadî malî bakımdan olmak üzere dâvacının dâvaya girişmeden düşüneceği noktalar vardır. Millî Müdafaa Vekâleti emrinde askerlik mevzuatına göre vazife gören dâvalı Remzi Erdoğan aleyhine açılan ve haksız fiil esasına dayanan dâvanın kazanılma ihtimali varmıdır? Kazanıldığı takdirde dâvalının mahkûm olduğu meblâğı ödemeğe malî-iktisadî durumu müsaitmidir?

Birinci nokta üzerinde ehemmiyetle durmak zarureti vardır; çünkü borçlar kanununun 53 üncü maddesi kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair hükümleriyle hukuk hakiminin bağlı olmadığı esasını koymuştur. Bunun sebebi ceza hukukundaki mesuliyet esaslarıyla medeni hukuk sahasındaki mesuliyet esaslarının başka başka olmasıdır. Burada ise işin içine idare hukuku prensiplerinin de girmesi durumu biraz daha karışık hale getirmektedir; bilhassa bu karışıklık Asliye Hakimlerini düşündürür; çünkü Hukuk Fakültesini bitirip meslek hayatına girdikten sonra bu zatlara büyük ekseriyetinin idare hukuku ile irtibatı kaybettiklerini sık sık müşahade ediyoruz; hattâ bir medenî hukuk Profesörünün hizmet kusurunun nedemek olduğunu benden sorduğunu pek iyi hatırlıyorum.

İşte karışıklık dediğim şey idare hukukundaki şahsi kusur mefhumunun hâdisede nazara alınmasının gerekmesinden ileri gelmektedir. Bu şahsi kusurun varlığı isbat edilemediği takdirde Şoföre mesuliyet yüklemeye ve onu ödemeğe mahkûm etmeye hukukan imkân bulunamaz. Esasen bunu pek iyi bildiklerinden dolayı dâvacılar hâdiseyi Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine de borçlar kanunu hükümleri dairesinde müta-lâaya çalışmakta ve hukukî mesnet olarak 55 inci maddeyi göstermekte-

dirler. Dâvacıların şoförler aleyhine dâva açmaları hep Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine 55 inci maddeye göre hareket edebilmek için yolu hazırlamak plânının bir başlangıcı olarak görünmektedir. Başka türlü düşüncelerle hareket etseler büyük çoğunluğu fakir insanlardan ibaret olan er şoförler aleyhine istihsal edecekleri tazminat hükümlerinin icra kabiliyeti mevcut olmadığını nazara alarak bu yola gitmemeleri makul olurdu. Bu hâdiseyi Gebze Hukuk Hakimliği nezdinde takip etsek dâvacının yalnız Remzi Erdoğan aleyhindeki dâvasını takibetmediğini müşahade etmemiz kuvvetle muhtemeldir.

Sırası gelmişken şahsi kusur mefhumu üzerinde biraz duralım. Bu mefhum üzerinde ilim adamları uzun uzadıya düşünmüşler, bunu haksız fiil mefhumundan ayıran kıstasları tesbit etmişlerdir. Bu kıstasların vasıfları hukuk usulü muhakemeleri kanununun onuncu babındaki hakimlerin mesuliyetine dair hükümlerin tatbikini icap ettiren hareketlerin vasıflarına pek benzerler, hattâ bir çoklarında ayniyet vardır; bu da gayet tabiidir; çünkü meseleyi biraz umumî mahiyet vererek ele alırsak hakim gibi er Şoför de âmme hizmeti ifa etmektedir; bu itibarla geniş manasiyle hakim, memur, er şoför hep bir tek gayenin tahakkuku için vücuda getirilmiş teşkilâtın, idarî teşkilâtının emrinde çalışan, âmme hizmeti ifa eden kimselerdir; ifa ettikleri hizmetin hususiyetine göre tabi oldukları disiplin, masuniyet hükümlerinin bir birinden farklı olması esastaki birliği, iştiraki ihlâl etmez. Bundan dolayı hakimlerin mesuliyetine dair hükümlere göz gezdirmek Asliye Hakimlerinin dikkatini çekmekte faydalı bir yardımcı vazifesi görebilir. Bu sırada şu noktaya dikkat etmek gerekir ki hakimlerin mesuliyetini mucip olan hususlar eski hukukumuzun «tasarrufatı kavliye» dediği durumlarda bahis konusu olabilir; hakim tasarrufu kavli ve kazai bir tasarruftur. Hakimin kavli - kazai tasarrufları ile er Şoförün fiilî tasarrufu yani fiili arasındaki müşterek nokta hakimin hareketinin «vazifeyi sui istimâl» dediğimiz mefhumu girecek surette âmme hizmetinin gayesine aykırılığı ile Şoförün şahsî kusur dediğimiz haldeki suiniyetinin âmme hizmetinin gayesine aykırılığıdır; diğer bir ifade her ikisinin maksat unsurundaki fesattır. İşte bu sebeple er Şoförün fiilinin «haksız fiil» mefhumuna giren bir kusur teşkil edebilmesi için ifasına memur edildiği vazifenin gayesine aykırı olarak kendisine veya başkasına bir menfaat temini maksadiyle veya garaz ve nefsaniyet dolayısıyla kötülük etmek kasdiyle hareket ettiğinin sabit olması lâzımdır; yoksa bir er Şoförün acemilik, trafik nizamlarına aykırı hareket gibi kusurları, hizmet gayesine aykırı bir maksatla faaliyette bulunduğu sabit olmadıkça, kendisi için şahsî kusur meydana getirmez ve binaenaleyh onun şahsî mali mesuliyetini mucip bir haksız fiil olarak mütalâa edilemez; tıpkı yanlış hüküm veren hakimin hukuk usulü muhakemeleri ka-

nununun 573 üncü maddesinde yazılı hususlar dışında kalacak surette işlediği hatalar gibi; aksi takdirde gerek umumî olarak memurluk - hakimlik dahil - gerek askerlik vatandaşları altından kalkamayacakları külfetlere maruz bırakır ki bu netice umumî menfaate aykırı olur.

Şu izahata göre hakim Remzi Erdoğan aleyhindeki dâvayı rüyet ederken dâvalının haksız fiil sayılabilecek idare hukukunda şahsî kusur taşıyan neviden bir kusur işleyip işlemediğini araştırarak, hattâ diyeceğiz ki münhasıran bu noktayı araştıracaktır; çünkü tazmini mucip olan fiilin maddî unsurları üzerinde ihtilâf yoktur; bu husus usulü dairesinde isbat edilemediği takdirde Remzi Erdoğan aleyhine açılmış olan tazminat dâvasının reddi hukukan zarurîdir, elverir ki hakim arz ettiğimiz bu inceliği kavrasın.

Dâvalı er şoförün - malî iktisadî durumuna gelince bunu düşünmek hukukun işi değildir; bu doğrudan doğruya dâvacının takdirine kalmış bir keyfiyettir.

Şimdi Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine açılmış dâvayı inceleyelim : 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kurulması hakkındaki kanununun 18 inci maddesi pek sarihtir. Bu maddeye göre vazife uyuşmazlığının giderilmesi için yapılacak istekler üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi inceleme konusu olan kararlardan kanuna uygun görmediğini bozar ve vazifeli yeri belli eder. İlgili mahkeme ve yargı yerleri kendilerine bildirilecek bu karara uymakla ödevlidirler. Şu hükme hakim Millî Müdafaa Vekâleti aleyhindeki dâvaya bakmak vazifesi dışında bulunduğu karar vermek mecburiyetindedir. Unutmayalım ki hakimin bu kararı temyiz edilemez; çünkü bu hukuk usulü muhakemeleri kanununa göre verilmiş bir karar değildir.

Şu halde dâvacı ne yapacak ? Dâvacıya yol gösteren ilk hüküm hukuk usulü muhakemeleri kanununun 193 üncü maddesi ile ilgili Büyük Millet Meclisininin 171 sayılı tefsir kararıdır. Hakimin verdiği vazifesizlik kararının tefhim veya tebliğinden itibaren dâvacı on gün içinde idarî kaza merciine müracaat etmek suretiyle dâvasına devam edebilir. Burada dikkat edilecek bazı hususlar vardır. Uyuşmazlık Mahkemesi Gebze Asliye Hukuk Hakimliğinin kararını kaldırmakla dâvacının Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine tevcih eylediği dâvanın vasfını değiştirmişti. Kararın metninden de anlaşıldığı üzere Yüksek mahkeme «zararın askerî idarenin bu hizmeti emretmek şeklinde tecelli eyleyen idarî tasarrufundan tevellük eylemiş olduğunun kabulü icap edeceği» neticesine varmakta, idarî kazayı bu sebeple vazifeli görmektedir. Binaenaleyh artık dâvacı dâvasının değişen bu mahiyetine göre idarî kaza huzurunda ihlâl edildiğini iddia eylediği hukukunun tazmini için başka esaslara dayanacak-

tır; haksız fiil müessesesini bir tarafa bırakarak idareye hizmet kusuru isnat eylemek suretiyle işe girişmek iktiza eder. Bu takdirde Şûrayı Devlet'te bugün revaçta olan bir görüşün tazammun eylediği tehlike ile karşılaşmak ve esasa girmeden dâvayı kaybetmek ihtimali vardır. Bu tehlike süre aşımı tehlikesidir. Gerçi Şûrayı Devlet kanununun 33 üncü maddesi kanaatimizce hâdisenin vukuundan itibaren 90 gün geçtikten sonra idareye tazmin talebiyle vaki olacak müracaat üzerine verilecek menfi karar ayrı bir dâva konusu olursa da şimdilik bu nokta üzerinde kati bir fikir ve mütalâa söylemeğe imkân yoktur - Süre aşımı def'i ile karşılaşmamak için zarar görenlerin tazminat dâvalarını kazanın vukuundan itibaren 90 gün içinde açmaları ihtiyata uygun olur - Günü geçmiş, süre aşımı fiilin vuku bulduğu tarihe nazaran tahakkuk etmiş hâdiselerde tazmin talebiyle idareye müracaat etmek ve idarenin vereceği menfi cevap üzerine tazminat dâvası açmakta hiç bir mahzur yoktur; bu yol kanaatimizce denenmeğe değer. Bu konuda verilmiş bir karar hakkında yazdığımız ve Ankara Barosu dergisinin 1958 yılının 3 sayılı nüshasında 157-160 numaralı sahifesinde neşredilmiş tahlil yazısına müracaat edilebilir.

KEMAL GALİP BALKAR