

KRONİK

DEVLET ŞÛRASI DÂVA DAİRELERİ UMUMÎ HEY'ETİNİN 1957 - 1958 ÇALIŞMA YILI İÇİNDE VERDİĞİ BAZI ÖNEMLİ KARARLAR HAKKINDA NOT.

1 — İptal kararlarının tesiri.

a — Üçüncü şahıslar bakımından - bilindiği üzere iptal kararının tesiri iptal edilen kararın hukuki mahiyetine göre değişir. Eğer iptal edilen karar hususi bir konu, sübjektif, münferit bir hâdise ile ilgili ise karar da dâvacı ile dâvalı hakkında tesirini gösterir; üçüncü şahıslar bu karardan lehlerine bir netice çıkaramazlar. Eğer iptal edilen karar bir prensip kararı ise yani objektif bir mahiyet taşıyorsa bu takdirde o prensip kararı ile ilgili durumda bulunanlar bu iptal hükmünden istifade ederler.

Niyazi Taştan tarafından İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü aleyhine açılan Dâva Daireleri Umumî Hey'etinin 56/27 esas numarasına kayıtlı dâvada bu mesele incelenmiştir.

Dâvacı isteğinin özeti şudur: İstanbul Teknik Üniversitesi senatosunca 24/9/1954 tarihinde ittihaz edilen prensip kararının Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumî Hey'etince 1/7/1955 tarih ve 55/89 sayılı karar ile iptal edilmesi üzerine kendisi için bir müktesep hak teşkil eden geçici durumdan istifade ettirilmesi şeklinde tezahür eden muamele ve kararın iptali dileğidir.

Savunmanın Ö.: Ortada iptali gereken idari bir karar bulunmadığı, dâvanın 24/9/1954 tarihli prensip kararına matuf olması hasebiyle zaman aşımı bulunduğu, 55/85 sayılı iptal kararının; bu kararı istihsal eden dâvacının hususi durumuna göre verilmiş olması dolayısıyla Niyazi Taştan için bir müktesep hak doğuramayacağı ileri sürülerek dâvanın reddine karar verilmesi dileğidir.

Kanun sözcüsü 1/7/1955 tarih ve 85 sayılı kararla mezkûr prensip kararı iptal edilmiş olmasına binaen, bu iptal kararı sebebiyle hasıl olan durumdan dâvacının da istifade etmiş bulunması hukukan tabii ve zaruri bulunmakla işbu iptal kararı muvacehesinde iptal edilmiş karar hakkında yeniden karar ittihazına mahal olmadığı ve bu karar karşısında

dâvacının talebinin terviç edilmemesi yolundaki kararın iptali gerekeceğini beyan ve mütalâa eylemiştir.

Dâva Daireleri Umumî Hey'eti gereğini düşünerek şu kararı vermiştir :

Dâvacının üçüncü sınıfa devam ettirilmediği dâva dilekçesinden anlaşılakta olduğundan, iptal mevzuu idarî bir karar bulunmadığı yolundaki dâvalı beyanı varit görülmediği gibi dâvanın 55/89 sayılı iptal kararı ile ortadan kaldırılmış prensip kararına uygun şekilde harekette ısrar eden dâvalının yeni bir kararına müteveccih olması sebebiyle dâvada süre de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Teknik Üniversite senatosunun 24/9/1954 tarihli prensip kararı dâva daireleri Umumî Hey'etinin 1/7/1955 tarih ve 55/89 sayılı kararı ile iptal edilmiş bulunduğu göre önceden o prensip kararına tabi tutulmak istenen öğrencilerin iptal ile doğan neticeden faydalanmaları gereklidir.

İstanbul Teknik Üniversitesi talimatnamesinin geçici maddesiyle iptal kararından önce prensip kararına benzer bir hüküm konulmuş ise de mezkûr prensip kararı yalnız salâhiyet bakımından değil, müktesep hakları ihlâl etmesi sebebiyle de iptal edilmiş olduğundan iptal ile ortaya çıkan durumun talimatname hükmiyle ortadan kaldırılması kabul edilemez. Bu sebeple dâvanın kabulü ile dâvacı hakkında tesis edilen muamelelerin iptaline karar verildi.

İkiye karşı on-üç oyla verilen ve 58/252 karar numarasını taşıyan bu hüküm objektif kararların iptalinden üçüncü şahısların nasıl faydalanacaklarını göstermek bakımından pek dikkate değer bir kıymeti haiz bulunmaktadır.

b — Zaman bakımından - iptal kararlarının zaman bakımından tesiri hakkında dâva daireleri umumî hey'etinin 13/6/1958 tarihinde itti-haz eylediği E. 57/53, K. 58/436 sayılı karar dikkate değer bir örnek teşkil eder. Bu düzeltme talebi üzerine sadır olmuş bir karardır. Hâdisé şöyle ifade ve hülâsa edilmiştir : Dâva daireleri Umumî Hey'etine 3/15618 sayılı kararnamenin iptaline karar verilmesi üzerine bu kararnamenin meri bulunduğu sırada müvekkilinin memlekete idhal ettiği motorlar için kendilerinden tahsil edilen idhal muamele vergisinin iadesi için Gümrük ve İnhisarlar Vekâletine yaptıkları müracaatın red edildiği beyanı ile bu verginin iadesi lüzumuna karar verilmesi talebi ile açtıkları idari dâva hakkında mezkûr heyetçe verilen 22/6/1956 tarih ve 956/29, 956/106 sayılı kararlar dâvalı merci tecavüzü noktasından red edilmiş bulunmakta ise de hâdisé yanlış anlaşıldığından taleplerinin muamele

vergisini kanununun 97 inci maddesi ile bir alâkası bulunmadığından ve iptal kararının makale sari olması icap edeceğinden ve tafsilâtı dilekçelerinde yazılı diğer sebeplerden bahisle kararın ref'ini ve esas dâvalarının kabulünü istemekten ibarettir.

Savunmanın özeti şöyledir : Dâvacının tashihi karar için dermeyan ettiği sebepler, esas dâva arzuhalinde ileri sürülmüş bulunan hususların tekrarından ibaret olup bütün bu iddiaların evvelki lâyihalarda red ve cerh edildiği ve keyfiyetin tashihi istenen kararlar da teyit edilmiş bulunduğu ve bu itibarla tashih sebebi olarak nazara alınmaması gerektiği ve kararname iptali ile sabit görülen yanlışlık illetinin, evvelce tahsil edilmiş bulunan muamele vergisi hakkında da vücut bulmuş olduğunun kabulü icap ettiği ve şu hale göre meydana gelen durumun 97 inci maddede karşısında yanlışlıkla mükellefiyet tatbikinden ibaret sayılması lâzım gelmekte, yanlışlık sebebinin sonradan tezahür etmesi müesses işlemi, sonradan da olsa yanlış duruma düşürmekle ilk muameleyi de o suretle ifadeyi icap ettirmekte ve bu itibarla merci tecavüzü kararının yerinde olduğu ve iptalin hukuki neticelerinin makale şümülü bir nazariyeden ibaret olup hâdisesine göre değerlendirmek ve ihtilâfın tabii olduğu hususi hükümlere de bakmak kanunda iade ne gibi hükümlere ve şartlara bağlı ise talepleri o suretle muameleye tabii tutmak gerektiği gibi 2/13993 sayılı kararnamenin tatbikatından doğan ihtilâflar için de peşinden Hakem Heyetinin salâhiyetli bulunduğunu münakaşa etmeğe kanundan yana hiç de lüzum bulunmadığı ve muamele vergisi kanununun 97 inci maddesinin 4939 sayılı kanunla değiştirilen şekli muvacehesinde aynı kanunun 96 inci maddesinden bahsedilmesi ve bu münasebetle mülga tarife kanunundan daha önce 5383 sayılı kanunla kaldırılmış bulunan 12 inci maddesinin ileri sürülmesi yersiz olduğu gibi bu kanunun 26 inci maddesi de gümrük vergileri hakkında mevzu olup 6290 sayılı kanunla değişik 153 üncü maddesi karşısında 26 inci madde hükmün muamele vergisine tatbiki mümkün olmadığı gibi mülga tarife kanununun 5383 sayılı kanunla kaldırılmış bulunan 12 inci maddesini yeniden ihya etmediğine göre de 3843 sayılı kanunun 96 inci maddesinin 12 inci maddeye olan atfı gümrük kanununun 26 inci maddesine çevrildiği yolundaki iddia da tamamen mesnetsiz olduğu cihetle hiç bir veçhile varit olmayan tasrih talebinin reddi iktiza edeceği merkezindedir.

Kanun sözcüsü raporunda ahiren iptal edilen 3/15618 sayılı kararnameye müsteniden kanunsuz alındığı zahir olan verginin iadesi gerektiğini bildirmiştir.

Karar : Bu kabil dâvaların doğrudan doğruya Devlet Şûrasında ikame olunabileceği 21/6/1957 tarih ve 957/150 - 957/184 sayılı içtihadı bir-

leştirme kararı ile kabul edilmiş olduğundan 22/6/1956 tarih ve 956/29-956/106 sayılı kararımızın ref'ine ekseriyetle kararlaştırıldıktan sonra esasa gelince :

İptal kararlarının tesirleri iptal edilen tasarrufun tesis edildiği tarihe raci olması idare hukuku prensiplerinden bulunduğu cihetle 3/15618 sayılı kararnameye müsteniden tahsil edilmiş bulunan idhal muamele vergilerinin iadesi icap ettiğinden buna muhalif olarak yapılan muamelelerin iptaline ve dâvacıdan fuzulen alınan muamele vergisinin iadesine ekseriyetle karar verildi.

Bu kararda pek güzel ifade edildiği gibi objektif bir kararın kaza mercii tarafından iptal edilmesi halinde bu iptalin tesiri bu tasarrufun ihdas edildiği tarihe kadar geriye doğru uzanır, bunun asıl sebebi kazai kararların hukuki mahiyetinde, bünyesinde mevcuttur; bilindiği üzere kazi kararlar inşai değil, izharidir; yani bu kararlar yeni bir hukuki durum yaratmazlar; hâdiselerin vuku buldukları tarihte hukuki durumun neden ibaret bulunduğunu beyan ederler. Burada ihtilâf konusu olan 3/15618 sayılı kararnamenin hukuka uygunluğu derecesinin tesbiti icap eylemiştir. Bu kararnamenin hukuka uygun olmadığı anlaşılıp iptaline karar verilince artık bu kararname hiç mevcut değilmiş gibi ona müsteniden alınacak verginin de alınmaması, alınmış ise iadesi zarureti kendini gösterir.

Kemal Galip BALKAR

İDARENİN HATASINDAN İDARE EDİLEN MESUL TUTULAMAZ

Dâva daireleri Umumî heyetinden Esas 56/388, Karar 57/98 sayılı 26/4/1957 tarihinde ittifakla verilen bir karar idare hukuku bakımından dikkate değer bir kıymet taşımaktadır. Karar şudur : Dâvacı şirket, mü-racaatından itibaren kanuni vecibelerini ve arama safhasında da dâvalı vekâletin taksir emrini yerine getirmiş, taksiri yapacak teşebbüsünü bütün safhalarında kendisine atfı mümkün hiç bir kanunsuz durum ihdas etme-den işletme ruhsatnamesi almış, gerekli işletme çalışmalarına geçtikten sonra, dâvalı vekâletin emriyle keşif yapan resmi heyetin yaptığı hatalı mesai yüzünden vaktiyle varid görülmeyen bir tedahül hâdisesi karşı-sında taksir talebiyle karşılaşmıştır.

Dâvalı vekâlet, taksir emri yerine getirilmediği takdirde ruhsatna-meyi feshedeceğini bildirmiş, hâdisenin izah şekline göre de esasen tak-sir keyfiyeti fiilen işin tatili demek olacağı anlaşılmıştır.

Bu durum karşısında, dâvacıya atfı mümkün olmayan bir hata yahut kusur yüzünden işletme ruhsatnamesinin feshi caiz olmadığından işletme ruhsatnamesinin feshi hususunda 6309 sayılı kanunda gösterilen sebep-lerden hiç birine dayanmayan dâva konusu kararın iptaline karar verildi.

Karar oldukça açıktır. Dâvacının kanun tarafından kendisine yükle-tilen vazifeleri ifa ettiği belirtilmiş, maden kanununca tesbit edilen fe-sih müeyyidesinin tatbikini davet eden hallerden hiç birinin hâdisede mevcut olmadığı açıkça gösterilmiştir. Şu halde dâvalı idare neye, hangi esasa dayanarak dâvacının hakkını ihlâl eden bu karara varmıştır ?

Memleketimizde son zamánlara kadar idare hukukunda lüzum gö-rüldükçe ileri sürülen iki fikir vardır, ki bunlar aynı yöndeki düşüncenin birer tezahürüdür Bunlardan biri Büyük Millet Meclisinin 1611 numaralı Kararında denildiği veçhile idarenin mutlak takdir salâhiyetini haiz bu-lunduğu, diğeri idarenin kararlarını dilediği zaman geri alma salâhiyeti-ne sahip olduğu keyfiyetidir. Bunlardan birincisi idarede keyfiligi, ikin-cisi idare muamelelerinde istikrarsızlığı doğurur. İdarenin bu salâhiyet-lerle mücehhez bulunduğunu kabul etmek sadece idare edilenleri idare edenlerin lütuf ve atıfetine muhtaç hale getirmez, memlekette idare teş-kilâtına itimadı sarsmak suretiyle bizzat idare edenleri pek güç bir du-

ruma sokar. Hükûmetlerin iktidar mevkiine gelmeleri ve oradan çekilmeleri demokrati prensiplerine göre halkın reylerine bağlı olduğundan ve böyle keyfi muameleler de halkı hükûmetten soğutacağından iktidara aleyhdar olanların çoğalması neticesini verir; bu da bu harekete cesaret edenlere iktidar mevkiini terketmek külfetini yükler. Bundan dolayıdır ki idarî kaza idareyi, hâdisemizde olduğu gibi, kararın geri alınması mahiyetindeki tasarruflarında bir takım kayıtlarla bağlamıştır. Bu kayıtların başında idarenin hukukuna uygun kararlarını geri alamıyacağı esası gelir. İdare hukukuna uygun karar verip vermemekte bir çok hallerde muhtar bırakılmıştır. İdarece zamanın şartlarını daima göz önünde tutarak karar verir; fakat bir defa kararı verdikten sonra artık o kararı değiştiremez, şayet o karar bir takım sübjektif neticeler doğurmuş ise eğer. İttihaz edilen karar hukukuna uygun değilse bunu geri almak arzusu idareye hakim olabilir; bu takdirde ise sakatlığı zahir bir kararın geri almakla işleri hukuki nizama uygun bir hale getirmeğe doğru bir hareket sayılmak icabeder. Bununla beraber kanuna, hukuka aykırı olan bir karar idare edilenler lehine bir hak, bir menfaat temin etmiş olabilir. Böyle bir durum meydana geldiği takdirde Fransız idare hukuku alimleri meseleyi iki kısım halinde mütalâa ediyorlar. Bu iki kısım idarenin kararı aleyhine ferdin dâva açabilmesi için kanunun tâyin eylediği müddet esas alınarak birbirinden ayrılmaktadır. Eğer idare kararını idare edilenlere kanunun verdiği karar aleyhine dava açma müddeti içinde geri almış ise idarenin bu hareketi hukuk bakımından meşru sayılır ve buna itiraz edilemez. Buna karşı idare geri alma tasarrufuna dava müddetini geçirdikten sonra teşebbüs ederse bu hukuka aykırı telâkki edilir, eğer kararın geri alınmasından üçüncü şahısların menfaati haleldar oluyorsa. Kararda bu cihet açıkça söylenmemiştir. Sadece maden kanununun derpiş eylediği fesih sebeplerinden hiç birinin hâdisede mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Hakikatte fesih sebebi mevcut olmadığını dâvacıya taksir emrini veren idare de bilmektedir. Netekim karardaki savunma özetine göre idare fesihten bahis bile etmemiştir. Davalı idare müdafaa sadedinde şunları söylemiştir: davacıların henüz işletme ruhsatnamesi almadıkları arama devresinde dahi bu sahanın mekşuf Ayazment sahasına tedahül edebileceği üzerinde durulmuş keyfiyet o zaman mahallinde yaptırılmak suretiyle tahkik ettirilmiş, fakat keşif heyeti raporunda bir tedahül olmadığı açıkça belirtildiği için işletme ruhsatnamesi verilmişti. 6309 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği sırada tekemmül etmiş bulunan işletme ruhsatnamesi muamelesi esnasında arza tatbik yapılmamış (yani hakkın taallük edeceği saha eldeki krokinin araziye tatbiki suretiyle tahkik edilmemiş, eğer bu tatbik ameliyesi yapılırsa arama ruhsatnamesi verilmek için icra ettirilen keşifteki hata görülüp o zaman icap eden tedbir alınırdı, demek istiyor), ancak 1955 yılı imalât haritaları tedkik edilince teda-

hülün vaki olduğu görülmesi üzerine taksir emri verilmiştir. Bu muamelede kanuna aykırılık yoktur.

Kanun Sözcüsü de mahiyet ve vasfı icra kılınacak tahkikat sonunda anlaşılabilir bir yolsuzluğun arama ruhsatnamesi verilmek için icra kılınan keşif esnasında vuku bulduğunu kabul ediyor; fakat bunu üçüncü şahısların hukukuna tesir etmeyecek idarenin bir iç meselesi olarak mü-talâa ediyor. Mekşuf sahayı arama sahası haline sokan keşifteki bu yolsuzluk merkez teşkilâtının Ayazment madeni hakkında keşif emrinde dikkati çekmiş olması hasebiyle merkez memurlarını sorumluluktan kurtardığını ilâve etmekle beraber bu halin davacı şirketin iktisap etmiş olduğu işletme hakkını ihlâl sebepleri olamayacağını belirtiyor.

Karar hadiseyi, kanaatimizce kâfi derecede vuzuh ile bu «geri alma» esasına bağlamamıştır. Kararda «taksir keyfiyeti fiilen işin tatili» demek olacağı noktasına lüzumundan fazla istinat edildiği zehabı uyanmaktadır; öyle sanılır ki işin tatilini intaç etmeyecek veya kısmen tatilini intaç edecek surette taksir emri verilmiş olsaydı. Heyet başka neticeye varacaktı. Halbuki mesele işin tamamen veya kısmen tatili ile ilgili değildir. Ortada bağlanması gereken hukuki ihtilâf davacı lehine işletme ruhsatnamesi ile doğan bir hakkın evvelce işlenmiş bir hata yüzünden kanuna aykırı olarak doğmuş bulunduğu malûm hale gelince bu hakkın yeni bir sebep meydana çıkmadan ve aradan 90 günü aşan bir müddet geçtikten sonra ihlâli neticesini verecek yeni bir karar yani geri alma kararı ittihaz edilebilip edilemeyeceği noktasında toplamaktadır. Kararın eksik gördüğümüz ikinci noktası da bu 90 günlük müddeti sükût içinde bir - akmasıdır. Yüksek heyet son zamanlarda ittihaz eylediği bazı kararlarda bu noktaya pek ziyade yaklaşmış ise de görüşünü bu bakımdan açık bir şekilde ifade etmemiştir. Mamafih alâkadarın kusuru ve hatası olmayan hallerde idare teşkilâtının içinde bulunan kusurlu hareketler yüzünden alâkalı idare edilenin hukukunu veya menafii ni ihlâl edecek surette karar ittihaz edilemeyeceğini mutlak bir şekilde beyan eylemesi «kararın geri alınmasına dair tesis edilen ihtiyat tedbirlerini ortadan kaldıran bir neticeyi varmaktadır ki kanaatimizce bu da idareyi lüzumundan fazla takyit eylemektedir ve zararlıdır. İdare hukuku esaslarının çizdiği sınırlar içinde objektif kararların müktesep durumları ihlâl etmemek şartıyla her zaman geri alınabileceğini diğer bir deyimle ilga edilebileceğini kabul ettikten ve hukuka uygun sübjektif kararların hiç bir suretle geri alınamayacağını teslim eyledikten sonra hukuka aykırı kararların ilgiliye usulü dairesinde tefhim veya tebliğinden itibaren 90 gün içinde geri alınması caiz olduğunu ifade etmek idare hukuku sahasına ne zamandan beri beklenen aydınlığı getirmiş olacaktır.

KADRO TEVZİİNDE ÇIKAN İHTİLÂF

Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülü hakkındaki 3656 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesine dair 4598 sayılı kanun, 3. üncü maddesiyle mezkûr kanunun 7. nci maddesindeki enaz dört senelik yukarı dereceye terfi müddetini üç seneye indirmiştir. Bundan başka üçüncü maddenin getirdiği yenilik üst dereceye terfi için ehliyet şartını koymasındır. Aynı suretle sekizinci maddede bu yeni kanunun 4. üncü maddesiyle değiştirilmiştir. İkinci Dünya Harbinin para değerini düşürmesi ve geçim sıkıntısını arttırmasına karşı bir tedbir gibi yürürlüğe konan bu 4598 sayılı kanunun dördüncü maddesiyle de kadrosuz terfi demek olan üst derece verme imkânı genişletilmiş, 3656 sayılı kanuna göre her derecede bir defa için tecviz edilen üst derece verme salâhiyeti iki üst dereceye çıkarılmıştır. Bu suretle bir memurun bir kadroda dokuz sene kalması imkânı sağlanmıştır ki kanunun maksadına uygun surette tatbik olunduğu takdirde bu hüküm âmme hizmetlerinin menfaatını korur.

Şimdi inceleyeceğimiz hâdise doğrudan doğruya bu madde şumulüne girmemekle beraber bu madde hükmünü ilgilendirmektedir. Hâdise şudur : İki memur birer ay fark ile üst derece almışlardır. Aradan bir müddet geçtikten sonra bu memurlara verilmesi mümkün bir kadro açılmıştır. İdare bu kadroyu kıdemi diğerine nisbetle bir ay noksan olan memura vermiştir. Kıdemi fazla olan memur bu tatbikatı mevzuata aykırı bularak kadro tahsisi kararının iptalini istemiştir.

Dâvayı fasleden kararda - ki Dâva Daireleri Umumî Hey'etinin E : 57/1676 K : 58/248 sayılarını taşır - Dâva şöyle hülâsa edilmiştir. 1/Kasım/1957 tarih ve 9745 sayılı resmî gazetede neşredilen kararname ile yapılan kadro tevziinde 3. üncü sınıf yardımcılığa terfi ettirilmesi gerekirken kıdem itibariyle kendisinden sonra gelen 4. üncü sınıf yardımcı... 60 liralık kadronun verilmesi suretiyle tesis edilen idarî tasarruf ve muamelenin iptaliyle bu kadroya tâyin yapıldığı tarihle dâvanın karara bağlanacağı tarih arasındaki ödenek farklarının kendisine tazminat olarak verilmesi talebinden ibarettir.

Savunma da şöyle özetlenmiştir : 60 lira maaşlı bir 3. üncü sınıf yardımcılığı inhilâli münasebetiyle keyfiyetin idare komisyonunca tezekkür

kılındığı ve... in - ki kendisine kadro tahsis edilendir - tezkiye varakları delâletiyle ehliyet vesair evsaf hususunda dâvacıya üntünlüğü bulunduğ u gibi iki adet de takdirname aldığı nazarı dikkate alınarak inhilâl eden 3. üncü sınıf yardımcı kadrosunun kendisine verildiği ve kıdemi esas tutan memurin kanununun 20. inci maddesinin 4598 sayılı kanunun muvakkat 3. üncü maddesiyle ilga edildiği ve mezkûr kanunun 3. üncü maddesi de ehliyet esasını kabul ettiği cihetle dâvanın reddi icap eder.

Karar aynen aşağıya aktarılmıştır :

4598 sayılı kanunla değişen 3656 sayılı teadül kanununun 7. inci maddesinde, üst dereceye terfi için kıdem ve ehliyet unsurlarının tahakkukunun şart kılınmış olması, memurların bulunduğu vazifeye nazaran sınıf ve derece bakımından daha üstün bir hizmeti lâyıkiyle ifa edebilecek bir şekilde yetiştirilmesi maksat ve gayesini temine matuftur.

Kanun vazınca, âmme hizmetinin, ehliyet ve iktidarı müsellemler ve hizmete müfit olan kalifiye memurlar tarafından ifa edilmesi istihdaf olunduğ una göre, üst dereceye terfi ehil olan veya 4598 sayılı kanun gereğince işgal ettiği kadroya istinaden bir veya iki üst derece maaş almakta bulunan memurlara sınıf ve derece bakımından daha yüksek maaşlı bir kadronun tahsisi bahis mevzuu olurken bunlardan ehliyet ve liyakati daha üstün ve hizmete en müfit olanın tercih edilmesi lâzımı geleceği tabiidir. 50 liralık 4. üncü sınıf muavinlik kadrosunda (4598) sayılı kanuna tevfikân 60 lira maaş almakta olan dâvacının bu maaşı her ne kadar 4. üncü sınıf muavin olan... den bir ay evvel almış olduğu anlaşıl-makta ise de tedkik edilen sicillerine nazaran... in ehliyet ve liyakat bakımından dâvacıdan daha üstün bir durumda olduğu tezahür ettiği ve esasen elde bulunan bir kadronun tevzii bahis mevzuu olup idarenin bu kadroyu âmme hizmetlerinin icaplarına göre tevzi ve tahsis etmek yetki-si derkâr bulunduğu cihetle inhilâl eden 60 liralık 3. üncü sınıf muavinlik kadrosunun dâvacıya tercihan ve takdimen... e tahsis kılınmış olma-sında mevzuat hükümlerine aykırılık arz eden bir cihet görülmemiştir. Bu sebeple binaen dâvanın reddine ekseriyetle karar verildi.

Bu karara muhalif olanların görüşü de aşağıya aynen nakledilmiştir:

Dâva 4. üncü sınıf yardımcılıktan 3. üncü sınıf yardımcılığa terfi meselesinden doğmuştur. Dâvacının dâvada adı geçen öteki yardımcıdan bir ay önce 60 lira maaşı 4598 sayılı kanunun 4. üncü maddesine göre üst derece olarak aldığı ihtilâfsızdır. Bu durumda 60 liralık kadroyu almaya üçüncü dereceye terfi edilemeyeceğine göre boşalan kadroya bir ay önce üst dereceye yükselmiş olan yardımcının mı, yoksa bir ay sonra yükselmiş olan yardımcının mı geçirileceği meselesi ortaya çıkar. İdare-

nin, takdirnameleri tercih sebebi sayması 2919 sayılı kanunun 2. inci maddesi sarahatı karşısında iltifata değmez bir iddiadır. Bu durumda tatbik edilecek işlem, üst derece maaş almak için ehliyeti haiz buldukları, yani ehliyet bakımından müsavi olan iki memurun kıdemlisine boşalan kadronun tahsisinden ibarettir. Bunun hilâfına, kanuna uygun olmayan bir takım mülâhazalarla ittihaz edilen ekseriyet kararına muhalifiz.

Karar dört muhalife karşı onbir rey ile ittihaz olunmuştur. Bize öyle geliyorki muhalefet reyi sahipleri idarenin takdirnameye dayanarak tahsis yaptığına zahip olmak suretiyle hataya düşmüşlerdir. İdarenin savunmasında 60 liralık kadronun dâvacıya değil de öteki yardımcıya tahsis edilmiş bulunmasının sebebi, karardaki savunma özeti dikkatle okunursa görülyorki gizli tezkiye varakalarına dayanmakta ve bu varakalar vasıtasıyla öteki muavinin ehliyet vesair evsaf hususunda dâvacıya üstün olduğu neticesine varıldığı beyan edilmektedir, çeşitli bakımlardan üstünlüğünün zahiri bir delili olarak da kendisine 60 liralık kadro tahsis edilen muavinin iki takdirname alınmış olduğu zikredilmektedir.

Muhalefet şerhini yazanların terfi hükmünden bahsetmelerinde ihtilâfın hukukî mahiyeti bakımından isabet vardır; çünkü kadro tahsisi icap eden hallerde nasıl hareket edileceğine dair kanunda sarahat bulunmadığından zuhur edecek meseleyi içtihad yolu ile hal etmek lâzım gelecektir. Nitekim dâvalı idare de böyle yapmıştır. Ancak içtihad bahis konusu olan hallerde hakim şahsi görüş ve düşünüşüne göre karara varmayıp bir takım ilmi ve kazai mütalâa ve kararlardan istifade etmek, kanunun takip ettiği maksada en uygun hal şeklinin ne olabileceğini bu yardımcılarının rehberliğiyle araştırmak mevkiindedir.

Farzedelim ki ortada 4598 sayılı kanunun 4. üncü maddesi ile verilmiş üst derece yoktur, doğrudan doğruya terfi meselesi bahis konusudur. Terfi edeceklerin durumunu da bu dâvadaki gibi kabul edelim; yani terfi müstahak olanlardan biri üç sene o derecede bulunmuş ve o derecenin maaşını üç sene fiilen almış ve üst dereceye terfi ehliyet kazanmıştır; diğeri ise aynı şartları haiz, fakat üstelik birinciye nazaran o derecede bir ay daha fazla kıdem sahibidir. İnihilâl vuku bulduğu zaman terfi istihkak kazanmış olan iki memurdan hangisini terfi ettireceğiz. 4598 sayılı kanunun 3. üncü maddesi «ehliyeti, memurun mesleki bilgisi, başarılığı, sicili, amir ve müfettişlerce yapılan tezkiyeler gözönünde tutularak takdir olunur» diyor. Şu hale yine faraziye icabı olarak bu iki memurdan kıdemi az olanın ehliyeti daha üstün olduğu takdirde dahi ehliyyette müsavat vardır, kıdemliyi terfi ettirmek lâzımdır mı diyeceğiz; yoksa asgarî kıdem şartını haiz iki namzetle karşılaştık; ehliyeti üstün olanı-

mı tercih etmek icap eder mi diyeceğiz? Kanaatimizce kanun bu noktada da sakittir; saydığı çeşitli unsurları göz önünde tutarak ehliyetin takdirini alâkalı makamlara tevdi etmekten başka çare bulamadığına, ana gayesinin de âmme hizmetlerini ehliyeti bakımından faiz olanlara gördürmek olduğuna göre makamın kanunun saydığı ölçüleri mütalâa ettikten sonra ehliyeti ziyade olanı kıdemi ziyade olana tercih etmesinde, takdirini bu suretle kullanmasında mevzuatın ne metnine, ne de ruhuna muhalefet yoktur. Kanunun sarîh hükmü tatbik edilirken bu hareket tarzı doğru olunca üst derece almakta olan memurlara kadro tevcih ederken de kıyas yolu ile aynı suretle davranmakta kanunsuzluk görülemez.

Memleketimiz ehliyetsizlilerin, yahut ehliyet itibariyle daha aşağı mertebe de bulunanların sırf kıdem sebebiyle ehliyetli veya diğerlerine nisbetle daha ehliyetli olanlardan üstün mevkilere çıkarılmasından hiç bir şey kazanmaz; fakat çok şey kaybeder. Dâva Daireleri Umumî Heyetinin değerle prim veren bu kararı ne kadar takdir ile karşılanırsa lâyıktır.

Bununla beraber dâvacı kararın tashihini istemiş, bu istek E : 58/469 K : 58/688 sayılı kararla red edilmiştir :

Karar düzeltilmesine ait arzuhalde yazılı sebepler karardaki hülâsada gösterilmemiştir. Bu hususta idarenin müdafaası da kararda tashih sebebi bulunmadığını beyina inhisar eylemiştir.

Kanun Sözcüsünün karara belki aynen aktarılmış bulunan raporu kararın tashih edilmesi icap eylediği merkezindedir. Kararın dayandığı görüşe aykırı bir düşünce tarzını müdafaa etmesi bakımından dikkate şayan olan bu rapor dâvacı vekilinin 3546 sayılı kanunun 50. inci maddesinin a ve c fıkraları hükmüne tevfi kan kararın tashihini istediğini belirttikten sonra şöyle devam ediyor: Esas dâvanın mevzuu, 4. üncü sınıf yardımcılıktan 3. üncü sınıf yardımcılığa terfi meselesine taallük etmektedir. Memurların terfii ile alâkalı bulunan ve 4598 sayılı kanunun 3. üncü maddesiyle tadil olunan 3656 sayılı kanunun terfide üç şartı aranmaktadır. Bunlar da sırasıyla;

- 1 — Yukarı dereceye terfi için en az üç sene bir derecede bulunmak;
- 2 — Bu müddet zarfında o derece maaşını fiilen almış olmak;
- 3 — Terfie ehliyet kazanmış bulunmaktan ibarettir.

Kanunun bu sarîh ve âmîr hükmü karşısında inhilâl eden bir kadroya terfian tâyin yapılırken terfie hak kazanmış olan memurlar arasında bu üç şarta göre tercih yapmak lâzım ve zarurî bulunmaktadır.

Hâdisemizde bahis mevzuu olan iki yardımcı da 4598 sayılı kanunun 4. üncü maddesi hükmüne tevfikân kadrosuz olarak terfi ettirilmiş olduğuna göre her ikisinin de ehliyeti idarece kabul edilmiş bulunmaktadır.

Hal böyle olunca inhilâl vukuunda bunlardan birinin ehliyetinin diğerinden üstün bulunduğu iddia ve münakaşasına kanunen ve hukuken imkân görülememekte ve böyle bir iddia idare hukuku sahasında iltifata şayan olmamak icap etmektedir.

Kanunun yukarıda zikri geçen üç şartından yani terfi müddetini doldurmak ve ehliyeti haiz olmak şartı hâdise ile alâkalı iki yardımcı için de tahakkuk etmiş olduğuna göre münhal kadronun verilmesinde kanunun birinci şartı olan kıdem nazara alınması kanunun âmir ve mutlak hükmü iktizasından bulunmaktadır. Nitekim tashihi istenilen kararın başında da aynen (üst dereceye terfi için kıdem ve ehliyet unsurlarının tahakkukunun şart kılınmış olması) denilmek suretiyle kıdem terfide nazara alınacağına işaret bulunduğu halde aynı kararın müteakip fıkralarında bir takım mülâhazalarla bu esastan uzaklaşmak suretiyle kadronun kıdemsiz olana verilmesi yolunda bir neticeye varılmış bulunmaktadır.

Yukarıda arz olduğu üzer etedik mevzuu olan kararda 3546 sayılı kanunun 50 inci maddesinin (a ve c) fıkralarında gösterilen sebepler mevcut bulunmasından tashih talebinin kabulü ile dâvacının ilk dâva dilekçesindeki talebi veçhile 3. üncü sınıf yardımcılık kadrosunun dâvacıdan kıdemsiz olan yardımcıya verilmesi yolundaki muamelenin iptaline karar verilmesi gerekeceği düşünülmüştür.

Bize öyle geliyor ki kanun sözcüsünün bu düşüncesi bir kaç noktadan mevzuatımızın ruhuna aykırılık arz etmektedir. Ortada bir terfi mevzuu olmadığı düşünülmemiş bulunması kanaatimizce ilk hatayı teşkil etmektedir. Her ne kadar 3546 sayılı kanuna bağlı kadro cedvelinde yardımcıları altı dereceye ayrılmış ise de bu dereceler barem derecelerine tekabül etmektedir. 4598 sayılı kanunun dördüncü maddesine göre verilen üst dereceler terfidir. Ancak burada bir tahsisat meselesi bahis konusu olmaktadır ki bunun bu günki mevzuat karşısında hukukî esasları değiştiren mahiyeti haiz bulunmadığını sanıyoruz. Dâva mevzuunun kadro tahsisi meselesi olmakla sarîh bir kanun hükmüne temas etmediği hususundaki kanaatimizi kanun sözcüsünün düşüncesi değiştirmemiştir. İkinci hata edilen nokta mevzuatımızın müsabaka ve ehliyet esasına dayandığının unutulmuş olmasıdır. Kanun terfi hükmünü koyarken bir münhal bir namzet tasavvur etmiştir.

4904 sayılı kanunla muaddel 3546 sayılı kanunun 8. inci maddesi yardımcıların müsabaka ile alınacağı hükmünü boşuna koymamıştır.

Mümkün olsa da bu hüküm bütün memurlara bütün terfiler için tatbik edilse âmme idaresinin başında bugüne nisbetle daha ehil bir zümre bulunurdu. Kanun vazı müsa bakanın kadroları zinde bir halde bulundurmak yolunda haiz olduğu faydalar yanında meslekte eskimiş kimseleri bu külfetli usulün devamlı tazyiki altında tutmamış, bunun yerine bazı objektif kıstaslarla takdir sahasını takyit etmekle beraber nihaî surette ehliyeti yine takdire bırakmak ihtiyacını his etmiştir. İşte bu takdir salâhiyeti bilhassa hâdisemiz de bir münhal için bir kaç istihkak sahibi karşısında bulunduğu takdirde tâyin edilen makam için müstesna bir kıymet ve ehemmiyet kesbeder. Dâvanın konusunu idarenin bu takdir salâhiyetini cereyan etmediği bir sahaya çıkarmak imkânı yoktur.

Dâvacının terfie lâayık olduğu idarece teslim edilmiştir; bunda şüphe ve tereddüde mahal yoktur.

Eğer inhilâl bir ay evvel vukubulsa idi dâvacı bu münhale tâyin edilebilirdi, fakat hâdise böyle cereyan etmemiş kadro boşaldığı zaman idare iki namzetle karşılaşmış ve bunlar arasında ehliyet bakımından bir tercih yapmak, yani takdir salâhiyetini kullanmak durumunda kalmıştır. Kıdemi ziyade olanı tercih etmek mecburiyeti idare için namzetlerin ehliyetinde müsavi olmaları halinde meydana gelebilirdi. Aksi mütalâa bize kıdeme prim vermek gibi görünmektedir.

Bundan dolayıdır ki Dâva Daireleri Umumî Hey'eti kanun sözcüsünün mütalâasını kabul etmemekle isabetli hareket eylemiştir.

VATANDAŞLIK HUKUKUNU İLGİLENDİREN BİR DÂVA

Evliliğin tabiiyet üzerine tesiri bakımından muhtelif memleketlerin mevzuatı arasında birlik yoktur. Bu hususta malûmat için Ankara Hukuk Fakültesi Devletler hukuku Profesörü sayın Dr. Osman Fazıl Berki'nin devletler hususî hukuku unvanlı kitabına müracaat edilebilir. Biz burada bir dâva münasebetiyle ecnebilerle evlenen Türk kadınları hakkında kanunumuzun bir boşluğuna işaret etmek istiyoruz.

1312 sayılı vatandaşlık kanunu 13. üncü maddesinin birinci fıkrasında ecnebilerle evlenen Türk kadınlarının Türk kalacaklarına dair sarîh hüküm koymuştur. Bu kanun 1/1/1929 tarihinden itibaren yürürlüğe başlamıştır. Bu tarihe kadar vatandaşlıkla alâkalı münasebetleri tabiiyeti Osmaniye kanunu ile buna müzeyyel hükümler tanzim ediyordu. Bu son kanun ¹ ise yedinci maddesi bu meseleyi evlenmenin zevaline terettüp eden bir hüküm olarak mütalâa etmiş, tebai devleti aliyeden iken ecnebi ile tezevvüç eden kadın zevcinin vefatı tarihinden itibaren üç sene zarfında istida ederse tabiiyeti asliyesine ric'at edebilir, demişti. Bu hükme göre, müddetle takyit edilmiş olmasına rağmen kadının tek taraflı olarak iradesini izhar etmesi osmanlı tabiiyetini iktisap eylemesine kâfi geliyordu.

Bir Türk kadını tabiiyeti osmaniye kanununun yürürlükte bulunduğu sırada ecnebi ile evlenmiştir. Zevci vatandaşlık kanunu yürürlüğe konduktan sonra vefat eylemiştir. Bu kadın Türk vatandaşlığını iktisap eylemek arzusunu göstermiştir. Vatandaşlık kanunu ecnebi iken Türk koca ile evlenme neticesinde Türk vatandaşı olanların her hangi bir sebep ile evlilik hali zeval bulduğu takdirde bu zeval tarihinden itibaren üç sene içinde tabiiyeti asliyelerine rücu hakkını haiz olduklarını tasrih eylediği halde koyduğu ana kaide ecnebi ile evlenen Türk kadınlarının Türk kalacaklarını kabul eylediğinden tabiiyeti osmaniye kanununun meriyeti zamanında ecnebilerle evlenmiş bulunan Türk kadınları için eski kanun hükmünü bu hususta mahfuz tutacak bir sarahati ihtiva etmekle doldurulması lâzım bir boşluk yaratmıştır. Bilhassa Osmanlı im-

¹. Birinci tertip düstur, cilt 1, s. 16

paratorluğunun Birinci Dünya Harbi sonunda bizden ayrılan kısımlarında kalan Türk asıllı kadınlar için bir ecnebinin tabiiyetimize kabulü hakkındaki hükümlerin tatbiki lâzım geldiği ve bununla ilgili olarak bazı meselelerin zuhur ettiği müşahade olunmaktadır.

Aşağıda naklettiğimiz Devlet Şûrası Beşinci Dairesinin E : 56/3131, K : 58/1031 sayılı ve 24/4/1958 tarihli kararı bu bakımdan dikkati çekecek mahiyettedir :

5434 sayılı T. C. Emekli Sandığı Kanunu geçici 88. inci madde eklenmesi hakkındaki 6216 sayılı kanunun 1. inci maddesinin d fıkrasında bu kanunun evvelki muhtelif hükümlere göre 25 yaşını doldurmuş olmalarından dolayı yetim aylığı bağlanmamış ve halen evli bulunmayanların bu kanun hükümlerinden istifadeleri mümkün bulunacağına ve keza 6745 sayılı kanunda da babasının vefat tarihinde evli bulunmaları hasebile maaş bağlanmayanlara bilâhare dul kalmaları halinde maaş bağlanacağından bahsedilmiş olması ve her iki kanunda da vefat tarihinde maaşa müstahak olmaları sebepleri sarahaten kayıt ve işaret edilmiş bulunmasına ve bu sebepler haricinde ecnebi tabiiyetinde olmaları hasebiyle ölüm tarihinde maaşa müstahak olmayanlara yetim maaşı tahsisi kayıt ve derpiş edilmemiş olmasına binaen dâvacı..... da babasının ölüm tarihinde Türk tabiiyetinde olmadığından bahisle babasından 6216 sayılı kanuna göre yetim maaşı tahsis edilmemek suretiyle tesis eidlen muamelede mevzuat hükümlerine aykırılık arzeden bir cihet görülmediğinden dâvanın reddine ekseriyetle karar verildi.

Bu karara muhalif bulunan zatlarn düşünceleri aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir :

5434 sayılı T. C. Emekli Sandığı kanununun 75 inci maddesi ve bu kanuna bir muvakkat madde eklenmesi hakkında 6216 sayılı kanun ve yine aynı kanunun 75 inci maddesini tadilen ve bu kanuna bir muvakkat madde eklenmesine dair 6745 sayılı kanunun bekâr veya dul olan kız çocuklarının yaşlarına, sağlık durumlarına ve hattâ servetlerine bile bakılmaksızın babalarından maaşa müstahak olmalarının ve babaların vefatında evli olanlarının bilâhare boşanmaları veya dul kalmaları halinde de bu hakkı iktisap edeceklerini kat'i hükümlere bağlamak ve bu hükümlerin 5434 sayılı kanunun meriyete girmesinden evvelki hadiselerle teşmil etmek suretiyle kız çocukları himayesi altına almıştır. Diğer taraftan 1312 sayılı kanunun 13. üncü maddesinde de ecnebi ile evlenen Türk kadınının Türk kalacağı tasrih edilmiş bulunmaktadır.

Bu hükümler muvacehesinde 1312 sayılı kanunun meriyete girmesinden önce bir Mısırlı ile evlenerek eski hükümlere göre Mısır tabiiyetine girmiş olan ve fakat 1936 tarihinde kocasının vefatı üzerine 1943 yı-

İnada vekiller hey'eti kararıyle Türk tabiiyetine tekrar kabul edilen dâvacının babasının öldüğü 1936 tarihinde henüz Türk tabiiyetine dönmemiş olduğu mucip sebebiyle 6745 sayılı kanun hükümleri dairesinde bağlanacak yetim maaşından mahrum bırakılması adalet ve hakkaniyet esaslarıyla ve kanun vazunun istihdaf ettiği maksatla kabili telif olmadığı kanaatiyle ekseriyet kararına muhalifiz.

Bu dâva karara bağlanırken düşünülecek meselelerin başında 1312 sayılı kanunun eskiden ecnebi ile evlenmiş Türk kadını hakkında bir hüküm sevketmemiş olmasından doğan durum gelir. Kanun bu sükûtu ile Türk kadını için ağır bir boşluk yaratmış ve kaza mercii için bir içtihad konusu meydana getirmiştir.

Kanaatimizce eski kanun yürürlükte iken ecnebi ile evlenmiş, Türk kadınları için yeni kanun meriyet mevkiine konduktan sonra kocasının vefatı veya yeni kanun Türk koca ile evlenmiş ecnebi kadına eski tabiiyetine dönmek için tanıdığı imkân ve şartlarla mukayyet olarak Türk vatandaşlığına dönmelerini kabul etmek icap eder. Günden güne sayıları azalan bu durumdaki kadınların ıztıraplarına böylece nihayet vermek, Türk vatandaşlığına girdikleri tarihten itibaren bunlara yetim maaşı tahsisi lâzımı geldiğine hükmetmek kanunların metnine değilse bile ruhuna, maksadına uygun olur kanaatindeyiz. Bundan dolayı da muhalefet reyini karara tercih ediyoruz.

Kemal Galip BALKAR