

## İDARİ LÜZUM SEBEBİYLE MEMURUN TAHVİLİ VE MÜSTAFİ ADDI

Asistan Sait GÜRAN

İdarenin, amme hizmetlerini gerektiği gibi ifa etmesi, umumî ihtiyaçları muntazam ve devamlı bir şekilde karşılayabilmesi için; mekâna ve zamana uygun bir teşkilât ile, daha önemlisi amme kudretiyle mücehhez bu hizmet teşkilâtını yürütecek, bu mekanizmayı işletecek ehliyet ve tecrübe sahibi personel'e lüzum olduğu aşikârdır. Amme hizmetini, kanunlarla veya ona müstenit idarî tasarruflarla gayet iyi kurulmuş kadro manzumesinden çıkartıp, dinamik bir müessese haline getirecek unsur, hizmetin şahsî vasıtası olan personeldir; bilhassa teşkilât ile devamlı bir surette ve münhasıran amme hizmetinde çalışmak üzere kaynaşmış, memur tâbir olunan amme ajanlarıdır.

Memur, amme hizmeti teşkilâtının daimi ve başta gelen unsuru addolununca; bir taraftan kendisini hizmete bağliyacak, hal ve istikbalinden emin ve teminatlı kılacak; diğer taraftan memurların da hizmet nef'ine en iyi şekilde çalışmasını, müsmir olmasını sağlayacak hükümlere; sisteme ve tatbikata ihtiyaç vardır. Her iki mefhuma yer vermiyen hizmet teşkilâtı, ya memuru meslekî emniyet ve istikrardan mahrum bir otomat haline getirir, veya bizatihi bu teşkilât, bir umumî ihtiyacı karşılayan teşebbüs olmaktan çıkarak, kifayetsiz, irrasyonel, düzensiz bir yapı halini alır. Hizmet - memur münasebetinin tetkik ve tanzimi, teknik bir takım hüküm ve tedbirleri hatıra getiriyorsa da, bu husus, evveleminde, idare siyaseti meselesidir. İdare hukukunda mevcut sistem, tedbir ve müeyyidelerden hangilerinin bütün hizmet teşkilâtına ve memurlara şâmil umumî esaslar olacağını, hangilerinin bazı hususî ve istisnaî faaliyetlere ait özel hükümleri teşkil edeceğini takdir ve tâyin eylerken; hizmet - memur münasebetinin rasyonel bir surette tanzim edilmesi ve geliştirilmesi lâzım geldiği prensibini esas ittihaz etmek gerekir.

Mevzuubahs münasebeti, kuran ve nizamlıyan umumî sistem-

lerden biri, «hiyerarşi» dir<sup>1</sup>. Hiyerarşi, memuru amire ve hizmete bağliyan bağ olduğu gibi, bu rabıtan neş'et eden, mevcudiyetini ve hukukiliğini bu nazari esastan alan, memur ve hizmet lehine konulmuş bir takım selâhiyetlerdir. Bu suretle, hiyerarşik bağ, bir taraftan memura bazı hususlarda talep yetkisini verirken, diğer taraftan İdareyi de re'sen kabili istimal selâhiyetlerle mücehhez kılmaktadır. İşte, İdarenin, hiyerarşi kudreti ve bağı dolayısıyla memura karşı haiz olduğu selâhiyetler ve tatbik edebileceği tedbirler meyanında, idari usullere tevfikane amir veya yetkili heyetler tarafından yapılan teftiş ve murakabe zikredilebilir<sup>2</sup>. İşbu idari kontrol, memurun - meslekî bakımdan - lehine veya aleyhine neticelenebilir. Lehine intac olunduğunda, taltif, takdirname itası, terfi, ikramiye gibi müsbet tesir meydana getirir. Şayet memurun hizmet icap ve kaidelerine uygun şekilde ve hizmet yararına hareket etmediği veya başka bir sahada istihdamının hizmet için daha faydalı ve lüzumlu olduğu tebeyyün ederse, hakkında idari usullerle alınan bir takım tedbirler veya meslekî müeyyideler olan yarı - kazaî mahiyetteki disiplin cezalarına tevessül ve hükmolunur.

Hizmet - memur münasebetine hakim bulunan ve bulunması gereken hiyerarşiyi, iki cepheli bir sistem olarak mütalâa eylemekle beraber; bu yazımızda, bu sistemin yalnız bir cephesini ele alarak, İdarenin ancak lüzumlu halinde tatbik edebileceği ve menşeyini hiyerarşik münasebet ve selâhiyette bulan bazı tedbirlerden, ezcümle Memurin Kanununda ifadesini bulan, hizmet icabı memurun başka bir göreve nakil ve tahvili tasarrufundan bahsedeceğiz.

## I

### Memurin Kanunu ve Tahvil

Türk Hukukunda, memur statüsünün umumî esaslarını tesbit eden başlıca iki pozitif hukuk kaidesi mevcuttur. Bunlardan birincisi, statünün ana hatlarını tayin ile prensibi vaz eden Anayasa; ikincisi de Anayasanın ve memur hukukuna ait esas ve içtihatların ışığı altında, tanzimi kendisine bırakılan daha tâli ve teknik hususları nizamlıyan, genel mahiyetteki Memurin Kanunudur.

[1] ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, II. Tabı, İstanbul 1960, s. 475, 477-480.

[2] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 859-861.

1961 tarih ve 334 sayılı T.C. Anayasası, 117. maddesiyle, (1924 tarihli ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun 93. maddesine paralel olarak) «Memurların nitelikleri, atanmaları ödev ve yetkileri, hakları ve yükümleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.» hükmünü koyarken statünün umumî esaslarını derpiş etmektedir. 1961 tarihli Anayasanın yanında, memur statüsüyle ilgili teferruata ve teknik hususlara müteallik 1926 tarih ve 788 sayılı Memurin Kanunu, Türkiyedeki memur statüsüyle ilgili meselelerde ve ihtilâflarda tatbik olunan umumî hükümleri ihtiva eder.

Bu yazımızda, memur hukukunda genel olarak tahvili inceliyeceğimizden, bazı hizmet sahaları için özel surette konulan istisnai hükümleri değil, Memurin Kanunundaki ahkâmı nazarı itibare alacağız.

788 sayılı Memurin Kanunu, başlıca beş tahvil tipine yer vermiştir<sup>3</sup>. Birincisi; Memurin Kanununun 35. maddesinde «mecburî tahvil» olarak tevsim ve memurun rızasına bakılmaksızın, disiplin komisyonu kararıyle, bir ön tahkikata müsteniden tatbik edilen tahvildir. Mevzuubahs muamelede nazarı dikkati çeken cihet, bunun, disiplin komisyonu tarafından karar altına alınması sebebiyle, yarı-kazaî mahiyette bir inzibatî ceza olup olmadığıdır. Bu hususta, Ord. Prof. Dr. S. S. ONAR, Meclis Tefsir kararıyle birlikte, mecburî tahvilin bir disiplin cezası değil, idarî mahiyette bir tedbir olduğu kanaatindedir<sup>4</sup>. Buna mukabil söz konusu tahvilin, bir ön tahkikatı takiben kararlaştırılan disiplin cezası sayılacağı da ileri sürülebilir. Her ne kadar tatbikatta, hususî kanunlarındaki istisnai selâhiyete müsteniden, bazı memurlar - ezcümle Emniyet Teşkilâtı mensupları ve öğretmenler - bir tecziye havası içinde, disiplin cezasına çarptırılmış gibi tahvil olunuyorsa da; bu uygulamanın da bir disiplin cezası sayılıp sayılamıyacağı caî sual olduğu gibi, mezkûr 35. maddedeki tahville de kat'i bir irtibat kurmak kabil değildir.

Kanaatimizce, işbu tahvile disiplin komisyonları tarafından karar verilmekle beraber, şu sebeplerle disiplin cezası şeklindeki mütalâaya iştirak edemiyoruz. Birincisi; Memurin Kanunu «İnzibatî Cezalar» başlığı altında disiplin suçlarını ve cezalarını tadat ve tafsil ettikten sonra, «Mecburî Tahvil» adlı yeni bir kısım açarak 35. maddeye burada yer veriyor.

[3] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 861-864.

[4] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 863; PAMUK Kâzım, Memurin Kanunu, İstanbul, 1960, s. 39'da; TBMM. Tefsir Kararı, 27.3.1930 tarihli ve 553 numaralı.

Şu halde, işbu tahvili kanun, disiplin cezaları dışında mütalâa eylemektedir. Kanunun taknin tarzı ve disiplin suçları ve cezaları konusundaki tahdidî tanzim şekli; disiplin cezalarının bu isim altında tasrih olunan hususlara inhisar ettiği ve bu kategorinin mecburî tahvili içine alacak şekilde genişletilemeyeceği düşünüşüne yol açıyor. Şayet kanun vazıı, mecburî tahvili bir disiplin cezası saysaydı, başlangıçta doğrudan doğruya veya bilâhare tadil suretiyle, bunu disiplin suçları ve cezaları arasında zikrederdi. Bilâkis, disiplin muamelelerinden tefrik için, ayrı bir başlık altında tanzim eylemiştir. Her nekadar, 35. maddede, tahvilin, bir ön tahkikatı takiben ve disiplin komisyonu tarafından kararlaştırılacağı derpiş ediliyor ve bu usul ilk bakışta disiplin cezasına yaklaşıyor da; yukarki izahatımız ile, sözü geçen ön tahkikatın disiplin komisyonu marifetiyle değil, hiyerarşik amirin inisiyatifiyle yaptırılması ve maddedeki fiilin inzibatî cezayı müstelzim olmaması şartı, mecburî tahvile disiplin cezası mahiyetini vermek istidadını gösteren bir takım emarelerin değerini azaltıp, idarî bir tedbir olarak mütalâa edilmesini mümkün kılıyor.

Memurun rızasına bakılmaksızın yapılan mecburî tahvilin, disiplin cezası veya idarî tedbir addolunmasının bir takım hukukî neticeleri vardır. Disiplin cezası sayıldıkta, karar verirken bunlara ait usule tâbi olunacağı gibi, Danıştay nezdinde tasarruf aleyhine yapılacak kazaî müracaatın mahiyeti de iptal değil, «temyiz» olacaktır (D. Şûrası K. m. 24, 46, 47). Bu suretle, «temyiz» müracaatına ve tetkikatına ait umumî esaslara göre hareket edilecektir. Ayrıca, Memurin Kanununun 57. maddesine tevfikan da, iptal davasına ait 90 günlük umumî dava süresi değil, 10 günlük özel müddet işliyecektir.

Mecburî tahvil, «idarî bir tedbir» mütalâa olundukta ise, menfaatı muhtel olan memur, tasarruf aleyhine doğrudan doğruya Danıştayda iptal davası açacak ve bu hususta 90 günlük umumî dava müddeti câri bulunacaktır (D. Şûrası K. m: 23, 32). Nazarî mülâhazaların yanında, görüyor ki, mecburî tahvilin mahiyeti, müruru müddet, merci tecavüzü gibi usulî bazı ihtilâflar ortaya çıkarabileceği gibi; memur üç defa mecburî tahvile tâbi tutulduktan, aynı disiplin cezasının tekerrürüne müteallik Memurin Kanununun 27. maddesinde zikredilen hükmün uygulanıp uygulanmaması bakımından da bir uyuşmazlığı davet edecektir.

İkincisi; Memurin Kanununun 49. maddesine ek fıkrada, memurun bir ceza ile mahkûm olması neticesinde otomatikman, rızasına bakılmaksızın yapılan diğer bir mecburî tahvildir. İşbu tahvil de,

birincisi gibi, disiplin cezası değil, ihtiyatî tedbir vasfını taşıyan «idarî» ve «icraî» bir tasarruftur. Bu nevi tahvil için herhangi bir idarî tahkikata dahi lüzum olmayıp, memurun «ihracı müstelzim olmayacak derecede hapis cezası ile mahkûmiyeti» yetkili idarî makam tarafından bittetik tesbit edilince, «mecburî tahvil» cihetine gidilir. Bu muamele, kanunun zikrettiği halin dışında kalan başka bir sebep müsteniden icra olunamaz. Kazaî murakabe konusunda, önceki tahvil için söylediklerimizi tekrar edebiliriz.

Üçüncüsü; Memurin Kanununun 77. maddesinde tanzim ile, liyakatsiz ve kifayetsiz memurlar hakkında tatbik edilecek ihtiyatî tedbir mahiyetindeki son bir mecburî tahvildir<sup>5</sup>. Madde metninde, «re'sen nakil ve tahvil olunurlar» ifadesinin bulunması; memurun vazife gördüğü memuriyette iki sene başarı ve liyakat gösteremediğinin daire amirlerince tanzim olunan tezkiye varakalarıyla tesbit ve teyid edilmesi halinde mutlaka başka bir hizmet sahasına tahvil olunacağı şeklinde manâlandırılmalıdır. Şu halde, bu maddede belirtilen yukarki sicil alamama durumunun tahakkuk etmesiyle, memur, İdare tarafından, rıza ve muvafakati alınmaksızın re'sen ittihaz olunan «idarî ve icraî» bir kararla tahvile tâbi tutulur. Bu tasarrufun da, Danıştay nezdinde bir iptal dâvası açmak suretiyle, kazaî murakabesi temin edilebilir.

Dördüncüsü; Memurin Kanununun 44. maddesinde derpiş olunan ve memurun talebiyle tatbik edilen tahvildir. Kanun, bu tip tahvilde inisiyatif memura vermiş ve bir terfi süresince aynı memuriyette kalan memurun, bu müddet sonunda tahvilini talep edebileceğini belirtmiştir. Maddenin mefhumu muhalifinden; memurun müddet hitamında ileri süreceği tahvil talebinin; İdare tarafından müsait kadro, muadil sınıf ve derecede münhal başka bir görevin ademi mevcudiyeti gibi maddî ve hukukî imkânsızlıklar ile o hizmetin münhasıran o memura şiddetle ihtiyacı olması ve eleman yetersizliği gibi hizmet nefine lüzumun bulunması sebepleri hariç, is'af olunması, tahakkuk ettirilmesi lâzım geldiği neticesini çıkarmak mümkündür. Şayet mevzuubahis talebi, İdareyi bağlamıyan, onu maddî, hukukî ve teknik imkân dahilinde, bir surette harekete hukuken icbar edemiyen müracaat şeklinde tefsir edersek, maddenin pratik fayda ve değeri de kalmaz. Binaenaleyh, gerek metinde istisna olarak düzenlenen sıhhi mazeret, gerek kaide olan terfi süresince vazife görmek sebebiyle tahvil taleplerinin; İdareyi, memuru tahvil etmek zorunda

[5] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 864.

bırakacağını kabul etmemek, maddenin ruhuna ve sevk maksadına aykırı düşer. Bu konuda şu mütemmim izahatı da verelim: 44. maddedeki şartlar gerçekleştiğinde, memurun ileri süreceği tahvil talebi karşısında, İdare ya bunu kabul ile memuru başka bir vazifeye nakletmeli; veya yukarda belirttiğimiz imkânsızlık ve ihtiyaç halini derpiş ile reddetmelidir. Şu halde, İdare, bu talebi cevapsız bırakmayacağı gibi, is'af etmediğinde de, bunun mucip ve müdellel sebebini belirtmek mevkiindedir<sup>6</sup>. Kadro ve hizmet teşkilâtının durumu müsaade ettiğinde, maddedeki şartlar gerçekleştiğinde, İdarenin, memuru tahvil edip etmemek mevzuunda takdir yetkisi düşünülemez. Bu sebeple, tahvil talebi reddolunan memurun açacağı iptal dâvası zımında Danıştay, red hükmüne terettüp eden sebebin ne olduğunu ve bunun hukukî değerini araştırabilir. Bu meyanda, şayet sebep, dâva olunan tasarruftan anlaşılamiyorsa, Yüksek Mahkeme; bu hususu İdareden sorarak tahkik ve tetkik eder. Böylece, maddedeki «talep», alelâde bir rica değil, muayyen imkânsızlıklar ve lüzum dışında, İdare tarafından kabul ile yerine getirilmesi şart olan kanunî bir hak mütalâa edilmek lâzım gelir. Aksi mülâhaza olundukta, böyle bir madde sevkine lüzum kalmamak gerekirdi. Zira fertler, ister alelâde vatandaş, ister memur olsun, Anayasanın 62. maddesine göre, rica ve istit'af kabilinden müracaat ve dilekte bulunmak şeklindeki umumî bir imkâna maliktir. Halbuki, Memurin Kanununun 44. maddesi ile; bu umumî müracaat yanında, yukarda anladığımız manayı taşıyan, farklı bir talep kategorisi ihdas suretiyle, İdareye, Anayasanın zikri geçen maddesinin 2. fıkrası hükümlerini aşan ve evvelce izah eylediğimiz bir hareket tarzı tahmil olunmuştur. Binnetice, Memurin Kanununun 44. maddesi, memur lehine, Anayasanın «dilek» olarak adlandırdığı müracaat hakkında koyduğu hükümlerin yanında ve ayrıca daha müessir ve bağlayıcı bir talep hakkı temin ettiği gibi; dolayısıyla İdareyi sadece muayyen bir durumu bildirmek, alâkadarı haberdar etmek şeklindeki basit bir hareket tarzı değil, idarî - icraî bir karar alma mecburiyeti ile yükümlü saymıştır.

Beşincisi ise, bu yazımızın ayrı bir bölümünde bertafsil izah

[6] Şu hususa da işaret edelim ki; işbu talep, D. Şûrası Kanununun 33. maddesinde ifadesini bulan, «idarî dâvaya mevzu olabilecek bir karar verilmesi» için yapılan müracaat olup, İdarenin, bunu kaideten idarî - icraî bir tasarrufla sarahaten karara bağlaması icap eyler. Bununla beraber, aynı madde, İdarenin dört ay içinde müsbet veya menfi bir karar ittihaz etmemesi halinde, sanki menfi hükmü muhtevi idarî - icraî bir karar alınmış gibi mütalâa ve hareket olunacağını da ilâve etmiştir.

edeceğimiz ve Memurin Kanununun 42. maddesindeki «Hizmet icabı tahvil» dir.

## II

### Hizmet İcabı Tahvil

Tahvil, esas itibariyle, amme hizmetinin iyi işlemesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için tatbiki gereken bir tedbir ve müessesedir. Memurun, aynı hizmet teşkilâtı içinde başka bir göreve veya mahalle naklen tayini demek olan tahvilde, gözönünde bulundurulacak esas mevzu hizmettir; memur ise, bu fonksiyonun en iyi şekilde ifası için bir takım selâhiyet ve vecibeler taşıyan şahsî unsur, vasıta durumundadır. Tahvil, hizmet lehine düşünülebilen bir tedbir olduğuna göre; birincisi, bu tedbirin pozitif esaslarını koyarken ve tatbikatında ön plânda «hizmet» i bulundurmak, sistemi münhasıran amme hizmetinin en iyi tarzda görülmesini sağlayacak şekilde düzenlemek<sup>7</sup>; ikincisi bu fikir ve tatbikatın yanında memuru da teminatsız kılmamak ve bilhassa tahvilin aslı mahiyetini unutarak onu, bir disiplin cezası veya memur aleyhine bir müeyyide olarak tanzim ve uygulamamak gerekir. Binaenaleyh, tahvil müessesesine hakim temel esasların bunlar olması lâzım geldiğini belirttikten sonra, bu unsurlar muvacehesinde Memurin Kanununun 42. maddesinde yer alan «hizmet icabı tahvil»i tahlil ve tetkik edeceğiz.

## III

### Tahvil Tasarrufunun Unsurlarının Tahlili

Uzvî bakımdan idarî bir tasarruf addettiğimiz tahvil, her idarî kararda olduğu gibi beş esas unsur bakımından tetkik olunmak lâzım

[7] Genel olarak tahvilden bahsederken; Memurin Kanununun 44. maddesindeki tahvil dolayısıyla şu nokta da gözden uzak tutulmamalıdır. Mezkûr tahvil, ilk bakışta, sadece memurun lehineymiş gibi görünüyorsa da, aslında hizmet - memur karşılıklı münasebetini düzenliyen ve memur ile birlikte, neticede hizmetin de nef'ine bir müessese karakterini muhafaza etmektedir. Nitekim, memurun sıhhi durumunun müsaade ettiği vazifeye nakli veya bir terfi süresini takiben — imkân varsa — talep ettiğinde başka bir hizmette istihdamının müsbet tesirleri ve bunun ajanda yaracağı çalışma arzu ve gayreti, yine hizmetin iyi ve verimli bir şekilde ifasını temine matuf bir tedbir olacaktır.

gelir. Bu şekildeki tahlil, tasarrufun hukukî mahiyetinin ve sıhhat derecesinin izah ve tayinini kolaylaştırmış olur. Meselâ; İdarenin tahvil kararını alırken takdir yetkisinin söz konusu olup olmayacağı, selâhiyetli makamın tesbiti, kazaî murakabenin cereyan edebileceği sahanın ve hususların neler olduğu gibi meseleler bu arada ele alınmış olur. Diğer taraftan, bu tetkik ve tahlil usulünün, bir idare hukuku meselesinin incelenmesinde geniş ölçüde başvurulan ve müsbet netice veren bir yol olması hususu, aynı tahlil metodunu benimsememizi intac etmiştir<sup>8</sup>.

### 1 — *Sebep Unsuru.*

Hizmeti icabı tahvilin en çok münakaşayı davet eden unsur, bu unsur olmuş; bir taraftan sebep bakımından İdarenin takdir yetkisini taşıdığından bahsedilirken, diğer taraftan tahvilin sebebe müstenit bir tasarruf olduğu iddia edilmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi, müesses, müstakar içtihadıyla, tahvilin takdir yetkisine yer vermiyen, sebebe bağlı bir tasarruf olduğu esasını vaz ve dirayetle tatbik etmiştir.

Sebep unsuru bakımından, faal İdare ile İdarî Kaza mercii arasındaki bu münazaa, Memurin Kanununun meseleyle ilgili 42. maddesinde yer alan «lüzumu sâbit olduğu takdirde» ibaresinden çıkmaktadır. İdare, hizmet yararı dışındaki şahsî, siyasî, bir takım saiklerle bu ibareyi, T.C. Emekli Sandığı Kanununun 39/b maddesindeki re'sen emekliye sevk ile alâkalı «kurumlarınca lüzum görüldüğünde» ibaresiyle birleştirmekte; bu suretle Danıştay, 39. madde hakkında takdir yetkisini kabul ve vaz eden 16. Mayıs. 1951 tarih ve 1728 sayılı Meclis Kararı (RG: 23. Mayıs. 1951 - 7815) ile bağlamağa çalışmaktadır. Danıştay ise, bütün gayretlere rağmen, bu iki ibareyi bir tutmıyarak, tahvili, Meclis Kararının mevzuu ve şumulü dışında bırakmaktadır. Böylece, Danıştay, bu tutumuyla, - Meclis Kararının yarattığı emrivaki haricinde hem «görülen lüzum», «lüzumu sabit oldukta» gibi ifadeleri manalandırmakta, hem de tahvili takdir selâhiyetinden bahse imkân olmıyan, sebepli bir tasarruf haline getirmektedir.

[8] Unsurları ayırırken, D. Şûrası Kanununun 23/C maddesindeki dörtlü ayırım yerine, daha tahlilî bir incelemeye müsait olduğundan, «esas» adlı unsur doktrin ve bazen de içtihadta beliren temayüle uyararak, «sebep» ve «mevzu» a tefrik suretiyle beş unsurlu izah tarzını benimsemiş oluyoruz. Ayrıca, müstakilen tahvil tasarrufunda, sebep ve mevzu, esas kelimesi altında birlikte değil, ayrı ayrı incelenmeyi gerektirecek mahiyet taşımaktadır.

Nitekim, Yüksek Mahkemenin mevzuubahs Meclis Kararından önceki içtihadı, sonradan da devam edegelmiştir. Danıştay, 1948/1722 karar sayılı içtihadıyla<sup>9</sup>, «Bir memurun tahvili, gerek Memurin Kanununa ve gerekse İdarenin teşkilât kanununa göre mutlak bir takdire bırakılmış olmadığı, bu müessesenin idarî bir lüzuma dayanması ve hizmetin nef'ine olarak cereyan etmesi lâzım geleceği... dâvacının memuriyet mahallinden ayrılmasını icab ettiren idarî lüzumun nelerden ibaret olduğu da açıklanmadığı ve bu suretle tahvilin sebebe dayandığı sâbit bulunmadığı cihetle...» şeklinde koyduğu esası ve aradığı «idarî lüzum sebebiyle tahvil» şartını; bilâhare, 5. Dairenin 13.6.1952 tarih ve K: 1828 sayılı kararıyla, «Memurlar hakkında tahvil muamelesi, ya memurun rızasıyla veyahut bir idarî lüzuma müsteniden cereyan etmek lâzım gelir.»<sup>10</sup>, aynı Dairenin 26.11.1953 tarih ve K: 3365 numaralı kararıyla, «dâva mevzuu olan nakil muamelesinin idarî bir lüzuma dayandığı tevsik ve tesbit edilmemiş bulunmakla» hükümleriyle, manasında hiç bir değişiklik yapmadan muhafaza ve tatbik etmiştir<sup>11</sup>.

Binnetice, Danıştay, tahvili, «idarî lüzum» şeklinde formüle edilebilecek hizmet fikrine ve sebebine bağlamıştır. Aynı kayıtlama, tahvil tasarrufunun sebep unsurunu teşkil eden «lüzum» un, İdareye takdir selâhiyeti tanımayan bir husus olması keyfiyeti, doktrin ve tatbikatçılar tarafından da ifade ve tasvib olunmuştur.

Filhakika, Ord. Prof. Dr. S. S. ONAR, «Tahvil için bir lüzumun sâbit olması», «Ciddî bir sebep olmaksızın, takdirî bir surette bulunduğu yerden tahvil suretiyle ve ceza şeklinde gayrimüsait yerlere atılmak tehdit ve korkusu, memur statüsünün esasları ile telif edilemez.»<sup>12</sup> esasını koyarken, «lüzum» tâbirinden neyin anlaşılması gerektiğini de şöyle ifade etmektedir: «Tasarrufun sebebi, objektif kaide ile tayin ve tesbit edilmemekle beraber, objektif hukuk, İdareyi, bir sebep göstermekle mükellef tutmuştur. Yani tasarrufun sebebi üstün hukuk kaidesi ile tayin ve tesbit edilmiş olmamakla beraber, hukuken bu tasarruf sebepsiz, illetsiz bir tasarruf olmayacaktır. İdare, kendisini böyle bir karar almağa sevkeden sebebi göstermek mecburiyetindedir. İdare, mecbur olduğu halde sebep göstermemiştir.

[9] HOCAOĞLU, A. Şeref, Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülâsaları, Ankara, 1955, s. 505.

[10] SAYMEN - ERMAN - ELBİR, Türk İçtihatlar Külliyyatı, İstanbul, 1957, No. 8, sene 1953, cilt II, s. 1608.

[11] SAYMEN - ERMAN - ELBİR, age., No. 10, sene: 1955, cilt I-II, s. 635.

[12] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 862.

Aynı suretle, memurların tahvili için bir sebep gösterilmek lâzım geldiğinden, bir memurun memuriyet mahallinden ayrılmasını icab ettiren idarî lüzumun nelerden ibaret olduğu açıklanmamış ve bu suretle tahvilin bir sebebe dayandığı sâbit bulunmamış olduğu<sup>13</sup>. Bu suretle hocamız da, tahvilin, idarî lüzuma müstenit, causal bir tasarruf olduğunu belirterek, sebep unsuru bakımından kazaî kontrolü selbedecek derece ve mahiyette bir takdir yetkisinin bulunmadığı neticesine varmaktadır. Diğer taraftan, kendieri, bu izahatıyla; İdarenin daima takdirî olarak tavsife çalıştığı «lüzum» mefhumunun manâ ve hükümlerini de, Danıştay kararlarının ifadesine tamamen iştirak suretiyle açık ve kesin olarak ortaya koymuş bulunmaktadır.

Doç. Dr. İsmet GİRİTLİ de, «lüzum» tâbirinin izahına, «Kanun vazıı, sebebin hangi maddî vakıadan ibaret olacağını tayin ve tasrih etmediği halde, sebebi tayin ve tasrih etmemekle acaba bunun takdirini İdareye mi bırakmıştır? Yani, bu halde İdarenin göstereceği herhangi bir vakıa tasarrufun sebep unsuru olarak kabul edilecek midir?» suali ile başladıktan sonra; münakaşayı «lüzum» kelimesine getirerek, tamamen iltihak suretiyle naklettiği bir Danıştay kararı ile, «bir memurun tahvili gerek Memurin Kanununa, gerekse İdarenin teşkilât kanununa göre mutlak bir takdire bırakılmış değildir. Bu müessese, idarî bir lüzuma dayanmak ve hizmetin nef'ine cereyan etmek gerekir.» şeklinde cevaplandırmıştır<sup>14</sup>. Görülüyor ki, Doç. Dr. İsmet GİRİTLİ de, «lüzum» kelimesinin takdir yetkisini tazammun etmediğini ifade ile, ayrıca lüzum olarak gösterilecek sebeplerin, maksat unsurunun ışığı altında «hizmetin nef'i» esası muvacehesinde tetkik ve değerlendirilmesi lâzım geldiği hususunu da derpiş eylemektedir. Bilâhare, 1959-60 ders yılı takrirlerinde de, İdarenin tahvil için esaslı bir sebep göstermesinin icab ettiğini, 1951 tarih ve 1728 numaralı Meclis Kararının şumul sahasının sadece T.C. Emekli Sandığı Kanununun 39/b maddesine inhisar edeceğini ve binnetice lüzumu takdir yetkisi şeklinde anlıyan bu görüşün tahvil için söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Bu izah tarzına göre, Doç. Dr. İ. GİRİTLİ de, tahvilin, Danıştayın kazaî mura-kabesine dahil bulunan sebebe müstenit bir tasarruf olduğu ve Meclis Kararına rağmen bu tavsifin değişmediği fikrindedir.

[13] ONAR, Sıddık Sami, age., s. 196.

[14] GİRİTLİ, İsmet, Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması, İstanbul, 1957, s. 82.

Dr. Atalay AKAN da, bir makalesinde, lüzum meselesini inceleyip, Danıştayın kararlarından istiane suretiyle, bunun; ya hizmet yararına bir tasarruf veya randıman arttırılmasını sağlamak olduğunu ve bu sebep ve maksat dışında, tasarrufa takaddüm eden herhangi bir maddî veya hukukî durumun «lüzum» sayılamıyacağını ifade etmektedir<sup>15</sup>. Dr. A. AKAN, böylece «lüzum» dan ne anlaşılacak icab ettiğini daha sarîh bir ifadeyle belirtirken; tatbikatçılardan Selâmi CELAYİR de, bir makalesinde, «görülen lüzum telâkkisi, mahdut istisnaları haricinde, İdarenin mutlak takdir yetkisinin istimaline cevaz vermeyip, bilâkis amme menfaati ve ferdî hakların garantisini yönlerinden bu yetkiyi muhik bir lüzuma bağliyerek tahdit eden bir müessesedir. Bu sebeple, İdarenin, makul ve makbul bir sebebe dayanmaksızın sırf (görülen lüzum bahanesiyle hizmet için zararlı ve ferde hukuk kaideleriyle tanınmış hakları ihlâl eden fiil ve tasarruflarda bulunması, Hukuk Devleti fikrine uygun sayılmaz.»<sup>16</sup> şeklindeki mütalâası ile «görülen lüzum», «lüzumu sâbit olduğu» gibi ibarelerin izahı sadedinde daha açık bir ifade kullanarak diğer hukukçuların fikirlerine iştirak etmektedir.

Binaenaleyh, bir taraftan Danıştayın mezkûr TBMM. Tefsir Kararından önceki ve sonraki içtihadı; diğer taraftan hukukçuların fikri, Memurin Kanununun 42. maddesinde derpiş olunan tahvil'in, sebep unsuru bakımından takdire yer vermediği noktasında birleşiyor. Her ne kadar kanun, İdareyi şu veya bu gibi belirli bir sebeple bağlamayıp, hareket serbestisi tanımışsa da; bu serbesti, tahvile unsur olabilecek mahiyet ve derecede bulunan ve tasarrufa takaddüm eden hukukî veya maddî bir duruma dayanmak esası ile, bu mahiyetteki sebep unsurunun, hem realite, hem de hukukî kıymeti bakımından incelenmesini mutazammın kazaî murakabeden azâde kalmaması şeklinde sınırlanmıştır. Şu halde İdare, tahvil için, hiç sebep göstermemek veya alelâde bir sebep ileri sürmekle yetinemez; hizmet yararına hareket edildiğini gösteren ve bu mahiyeti Danıştay tarafından da münakaşa ile kabule şayan sayılabilecek bir sebebe istinat etmek zorundadır<sup>17</sup>.

[15] AKAN, Atalay, İdarenin Takdiri Tasarruflarının Kazaî Kontrolü, İdare Dergisi, yıl 1950, No. 205, s. 12, 13.

[16] CELAYİR, Selâmi, İdarenin Takdir Hakkı Prensibi Ve Görülen Lüzum Telâkkisi, İdare Dergisi, yıl 1959, No. 257-258, s. 95-101.

[17] «Tahvile âmîl olan idarî lüzum dahi, müteaddit sorulara rağmen beyan ve tevsik edilmemiş olduğundan, kanunî bir hükme dayanmadığı anlaşılan nakil ve tahvil muamelesinin iptali hakkında» (Danıştay 5. Daire K.: 1948/1560). HOCA-

Tahvil tasarrufunun sebep unsurunu ve «lüzum» tâbirini bu şekilde anlamak, memur hukuku ve amme hizmeti fikri icabıdır. Bu konuda İdareye tamamen, mutlak ve kazaî murakabeden uzak bir takdir tanımak, hem memur rejiminin esasları, hem de amme hizmetinin teşkilâtlanması ve işlemesi açısından tenkide maruz bir görüş olur. Bu itibarla, tahvil; münhasıran «hizmet icabı, hizmet yararına» yapılmak, bunun dışında herhangi bir sebebe, bilhassa memurun menfaat ve haklarını ihlâl edici maksat taşıyan veya mevzuatın hakkında başka bir hüküm sevkeylediği sebeplere istinat etmemek ve bu unsur bakımından kazaî murakabeye tâbi tutulmak gereken bir tasarruf olarak kabul edilmek lâzım gelir.

## 2 — *Selâhiyet Unsuru.*

Bahsi geçen 42. madde, tahvilin tayindeki usule göre vekâlet veya vilâyetce yapılacağı hükmünü sevk etmiştir. Buna göre, tahvil selâhiyeti, memuru tayine yetkili olan makamdadır. Bu makamlar, merkez teşkilâtında, cumhurbaşkanı, bakanlar, vali, bir dereceye kadar kaymakamdır. Ademimerkeziyet teşkilâtında ise (vilâyet hususî idaresi) yine validir. Bunların dışında kalan idarelerde de tahvil, o idare teşkilâtı, içinde naklolunan memuru tayine selâhiyet-tar makam tarafından yapılır. Şu halde, Memûrin Kanununa doğrudan doğruya tâbi olan memurlar, aynı kanunun 19. maddesine tevfi kan, ancak o kadroya tayinlerini yapan makam; dolayısıyla atıf suretiyle tâbi bulunanlar ise, kendi teşkilât kanunlarında işaret edilen tayin makamınca tahvil olunabilir. Bunların dışında kalan herhangi bir makam veya heyet, tahvil tasarrufu bakımından selâhiyetli sayılamaz<sup>18</sup>. Bu gibi hallerde, o tasarruf, hadiseye ve muameleyi yapan makama göre, alelâde bir selâhiyet tecavüzü veya ağır - bariz selâhiyet tecavüzü yahut selâhiyet gasbı teşkil edebilir ve bu sakatlık neticesinde, iptal veya yokluk ile müeyyidelendirilir. Bu arada birkaç makamın iradesinin inzimam ve iştirakiyle yapılacak, muame-

**OĞLU A. Seref**, age. s. 514; «Dâva mevzuu olan nakil muamelesini idarî bir lüzuma dayandığı tevsik ve tesbit edilmemiş bulunmakla...» (Danıştay 5. Daire K.: 1953/3365) Kararlar Dergisi (KD) No. 62-63, s. 104. Ayrıca bakınız: **ONAR Sıddık Sami**, age. s. 200; **GİRİTLİ İsmet**, age. s. 78-84.

[18] «Maliye Vekâletince tayin edilmiş olan memurun, tayini valiliğe ait bir memuriyete tahvili, tayindeki usule (NOT: Bu ibarede selâhiyet unsuru da mündemictir) riayetsizlik teşkil edeceğine binaen ... iptaline» (Danıştay 5. Daire K.: 1953/3915) KD. No. 62-63, s. 112.

lede, iradelerin usulüne uygun şekilde ve tamamen izhar edilmemesi de, iptale müncer basit bir selâhiyet aykırılığı meydana getirir<sup>19</sup>.

Diğer taraftan, tahvil, aynı sınıf ve derece içinde memurun hizmet mahallinin değiştirilmesi, yeni bir memuriyette vazifelen- dirilmesi olduğundan, esas itibariyle, yeni bir tayin muamelesidir. Binnetice, ortada yine memurun münhal bir kadroya tayini muame- lesi bulunduğundan, Memurin Kanununun 42. maddesindeki sarıh hüküm olmasaydı dahi, tayinin aksi değil paraleli bir tasarruf olan tahvil, tayine mezun makam tarafından yapılmak lâzım gelirdi. Nitekim, bu izahat, aksine sarıh selâhiyet hükmü konulmayan ve Memurin Kanununun şûmulü dışında kalan tahvil tasarruflarında da yetkili makamı tayin ve tesbit etmemizi sağlayan bir esas olarak kabul edilebilir.

### 3 — Usul ve Şekil Unsuru.

Memurin Kanununun 42. maddesi, tahvilin tayindeki usule göre yapılacağı âmir hükmünü sevkederken, iptida bu muamelenin yazılı şekle tâbi olacağını, bilâhare nakledilecek memurun tayininde riayeti gerekli usule uyulmasını derpiş etmektedir.

Yazılı şekil malûm olduğu veçhile; usul bakımından başta gelen mesele, inha hususudur. Şayet memurun tâbi olduğu teşkilât ve Memurin Kanunu, tayin iradesine takaddüm eden bir takım ön muamelelerin icrasını ve bir makamın inhasını şart koşmuşsa, tah- vilde de bu ön muameleleri ve inhayı yapmak iktiza eder. Yapılma- dığında tahvil tasarrufu, usul - şekil unsuru bakımından, sakatlığın ağırlığına göre iptal veya yokluk ile müeyyidelendirilebilir.

Aynı zamanda Memurin Kanununun 19. maddesinin son fıkrası; tayine ilişkin inha ve intihap muamelelerinin yapılmaması halinde, tasarrufun «keenlemyekûn» olduğunu ifade ettikten sonra, bu muamelelerin ilgili kaza mercii tarafından iptal edileceğini belirt- mektedir. Bilhassa cümlenin son kısmıyla, sakatlık halinde müeyyi- denin yokluk değil, iptal olduğu ifade edilmektedir. Bu hükme istinaden de, tayinin paraleli olan tahvil muamelesinde inha ve intihap usulündeki sakatlıkların, tahvil tasarrufunu butlanla malûl kılacağını ileri sürerken; «keenlemyekûn» addinin ancak, yokluğu mucip ağır ve bariz eksiklik ve sakatlıkların varlığında mümkün

[19] Meselâ; Memurin Kanununun 19. maddesinin A ve B bentlerindeki tayin ve tahvil muamelelerindeki yetkili makamlardan birinin iradesinin eksik olması gibi.

olabileceğini de ilâve etmek suretiyle, maddede mevcut ipham da bu şekilde izah ve telif edilmiş olur.

19. maddenin bir özelliği de, tayin (ve tahvil) tasarruflarında selâhiyetli irade ile usule müteallik iradeleri ayırmış olmasıdır. İlk dört bentteki muameleler selâhiyet unsuru içinde mütalâa olunmalı, son fıkradaki işlemler ise usule ait sayılmalıdır. Bu suretle, herhangi bir iradede mevcut sakatlığın tasarrufun hangi unsurunu muallel kılacağına dair bir ölçü de ortaya çıkmış olmaktadır.

Usul bakımından son olarak iki hususa daha işaret edelim ki; şayet memurun tahvili, bir heyetin iradesiyle yapılacaksa, bu heyetin toplantı nisabına riayet etmeden karara varması usul - şekil bakımından bir sakatlık mütalâa olunursa da; usulüne uygun içtima eden heyetin karar nisabına uymaması, irade cihetinden, selâhiyet unsuru bakımından tahvil tasarrufunu hukuka aykırı duruma getirir. Ayrıca, tahvil, bir disiplin cezası olmadığından, bu cezalara ait yarı-kazaî usule tevfikân harekete ve karar vermeğe mahal yoktur. Yetkili makam, re'sen, idarî usullere göre muamelede bulunur.

#### 4 — *Mevzu Unsuru.*

Tahvil tasarrufunun meydana getireceği hukukî netice, mevzuu, memurun «aynı derece ve sınıftaki» diğer bir memuriyete naklen tayinidir. Bu husus, tahvilin doğrudan doğruya neticesi olup; bir de, dolayısıyla hükmü olabilecek, memurun yeni görevine gitmemesi halinde müstâfi addi ile, Maaş Kanununun 2. maddesinin Ek Fıkra-sına göre İdarenin nakledilen memura harcırahını da vermesi mecburiyeti vardır. Son iki netice başka bir bölümde inceleneceğinden, burada temas edilmeyecektir.

Madde metnine göre, tahvilin aynı teşkilât içinde, memurun bulunduğu sınıf ve derece dahilinde cereyan etmesi lâzımdır. Bu hüküm iki bakımdan mütalâa olunabilir.

Birincisi; Memurin Kanununa tâbi olan memurlar tahvil edilirken, buldukları hizmet teşkilâtı içinde bırakılmalıdır. Yani, memur bulunduğu teşkilât içindeki diğer bir göreve nakledilmelidir. Tahvil suretiyle başka bir teşkilâtın memuru durumuna getirilemez. Hatta merkez teşkilâtında bile, bir bakanlıkta istihdam olunan memurun, diğer bir bakanlıktaki başka bir memuriyete Memurin Kanununun 42. maddesindeki tahvil prosedürü ile nakli caiz değildir<sup>20</sup>. Bu şekil-

[20] Bir takım özel kanunların koyduğu istisnâî hükümlerin getirdiği usul ve esaslar, kaidenin dışında mütalâa olunmak lâzımdır. Meselâ: 12.4.1962 tarih ve 43

deki bir tahvile hukuken cevaz verilmemesinin bir sebebi de, selâhiyet meselesi olup, zaten bir teşkilâtın yetkili makamlarının diğer bir teşkilâta hizmet görececek elemanı tayin etmeleri, «De doublement fonctionnel» durumu hariç, selâhiyete müteallik mevcut İdare Hukuku kaidelerine aykırıdır. Şu halde, bu gibi nakiller, yeni bir hizmet teşkilâtına girmek, tayin edilmek hükmünde olacağından, burada incelemekte olduğumuz «tahvil» değil, klâsik adıyla «naklen tayin» den bahsetmek, ona ait usul ve esasa riayet etmek, doğru ve yerinde olur. Nitekim, Danıştay da, tahvilin aynı hizmet teşkilâtı içinde cereyan edeceğini; meselâ, merkez teşkilâtına dahil bir memurun mahallî idare teşkilâtına tahvil suretiyle geçirilemeyeceğini<sup>21</sup>, Devlet memurlarının hususî bir müesseseye naklinin, bu tayine memur muvafakat eylemedikçe yapılamıyacağını<sup>22</sup> ifade eylemiştir.

İkincisi; mezkûr 42. maddeye göre, aynı hizmet teşkilâtı içinde cereyan etmesi lâzım gelen tahvilde, memurun sınıf ve derece eşitliğinin de ihlâl edilmemesi gerekir. Şu halde, memur ancak, halen bulunduğu memuriyet sınıf ve kadro derecesi dahilinde naklolunabilir. Derece, memurun işgal etmekte olduğu hizmet kadrosu demektir. Sınıf ise, memurun gördüğü memuriyetin mahiyet ve ehemmiyetine binaen ayrıldığı itibarî bazı kademelerdir. Memurun sınıfının tayininde kadro derecesinin rolü olmakla beraber; sınıf, dereceden ve maaştan ayrı bir mefhumdur. Aynı derecede bulunan ve maaşı almağa müstahak iki memur, ayrı memuriyet sınıfında bulunabilir. Bu fark, bilhassa, hariciye memuru, vali, kaymakam gibi memurlarda daha çok belirir. Bu hizmetlerde, memurlar, farklı kadro derecelerini işgal ettikleri gibi, aynı memuriyette farklı sınıflarda da (I. sınıf, II. sınıf valilik, kaymakamlık gibi) bulunurlar. Binaenaleyh, tahvilde dikkat edilecek cihet, memurun hem kadro derecesinde, hem de memuriyet sınıfında muadeleti sağlamaktır. Eşitlik temin edilmediği takdirde, tasarruf, mevzu unsuru bakımından sakat olur.

Bu vesileyle iki noktayı daha tebarüz ettirmek gerekir. Danıştay, sınıf tenzili cezası dolayısıyla verdiği kararlarda, «sınıf tenzili» nden, maaşın bir derece indirilmesini kastederek, maaş derecesi ile «sınıf» ı bir mütalâa eylemektedir<sup>23</sup>. Yukarda da arzolunduğu gibi, «derece»

---

sayılı, üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları hakkındaki kanunun âmir hükmü gibi.

[21] Danıştay 5. Daire K.: 1953/3365, KD. No. 62-63, s. 104.

[22] Danıştay 5. Daire K.: 1951/170, **HOCAOĞLU, A. Şeref**, age. s. 516.

[23] «Sınıf tenzili, Memurin Kanunu hükümlerine göre derece ve maaş tenziline tekabül eylemekte olmasına...» (Danıştay 5. Daire K.: 1954/811), KD. No. 64-65,

ve «sınıf» ayrı mefhumlardır, her ikisinin - kanun vazıı<sup>24</sup> ve Danıştayın yaptığı gibi - «maaş derecesi» şeklinde mütalâa edilmesi, yanlış bir izah tarzıdır. Bir memurun sınıfının tenzili, onun maaş derecesinin de indirilmesini mucip olabilir. Fakat maaş derecesinin tenzili, mutlaka sınıf tenzilini de intac etmez. Bu sebeple, memuriyette «derece» ve «sınıf» ı birbirinden tefrik suretiyle, tahvilde memurun hem maaş derecesini ifade eden kadro derecesinde, hem de farklı bir müessese olan memuriyet sınıfında ayniyeti temin etmek gerekir<sup>25</sup>. Sözü bir misalle açıklarsak; Meselâ, üçüncü derece 100 lira aslî maaşlı vali, bununla beraber birinci sınıf bir validir de. Mezkûr valinin tahvilinde, yine üçüncü dereceden 100 lira aslî maaşlı, birinci sınıf valiliğe tayini kabildir. Yoksa maaş derecesi olan üçüncü derece ve 100 lira aslî maaş saklı tutularak, daha aşağı sınıftaki bir valiliğe veya İçişleri Bakanlığı içindeki başka bir göreve tahvil olunamaz.

Bu arada, tahvilde ikili eşitliğin aranması, bir bakıma, onun, hükümleri itibariyle terfi veya disiplin cezası neticesini tevliid etmemesi mülâhazasındandır. Zira, aynı derece ve sınıfla tahvil yapılmaması, bunlarda bir inme veya yükselmeyi tazammun eder ki, birincisi memurun hukukunda menfî tesir meydana getirirken, ikinci hal ise, hizmet aleyhine bir durum yaratır. Şöyle ki, müktesep sınıf veya derecenin dūnundaki bir memuriyete tahvil, adeta «sınıf tenzili disiplin cezasının» hükmünü doğurur. Bu suretle, tahvil tasarrufu vasıtasıyla memur tecziye edilmiş ve tahvil müessesesinin esas maksadı ve mevzuu dışına çıkılmış olur. Aynı zamanda, memur bakımından, yarı-kazaî mahiyetteki disiplin cezası prosedürüyle tanınan garanti, idarî bir kararla bertaraf edilmiş olunur ki, bu görüş ve hareket tarzı bu günkü memur rejiminin esaslarıyla kabili telif değildir.

Muadeletin, daha üst sınıf ve dereceye naklen tayin şeklinde bozulması da, diğer memurlar ve bilhassa hizmet bakımından mah-

s. 157; Ayrıca: Danıştay DDUH. K.: 1954/173; KD. No. 68, s. 34; Danıştay DDUH. K.: 1938/182; **HOCAOĞLU A. Seref**, age. s. 437.

[24] Bakınız: Memurin Kanunu, Madde 26.

[25] «Bir memurun bir hizmetten diğerine naklinde, muadelet esas olduğundan, maaşlı bir memurun, ücretli bir hizmete tahvili caiz olamayacağı» (Danıştay 5. Daire K.: 1949/1373), KD. No. 46-49, s. 212; «İdarî lüzuma binaen memurların tahvili, mutlak surette teadül esasları gözetilmek şartıyla mümkün olabileceğine... vâki tayin muamelesinde gerek derece, gerekse sınıf itibariyle muadelet bulunmadığına binaen... iptaline» (Danıştay 5. Daire K.: 1956/2251), KD. No. 75-76, s. 38.

zurludur. Bu tarz tahvil, terfi hükmü meydana getireceğinden; mevzuat ile tesbit edilmiş terfi esasları bir tarafa bırakılarak, aynı netice istihsal olunabilir. Mevcut terfi prensip ve kaidelerinin bu suretle ihmalini intac edecek tahvil muamelesine hukuken cevaz vermek, irrayonel ve suiistimale son derecede müsait bir sistemin çoğuşuna yol açar ki, bu sistem, memur hukuku ve memur siyaseti bakımından tehlikeli, hizmet nef'ine çalışmayı zedeliyen bir rejim olarak kabul edilmek lâzım gelir. Binaenaleyh tahvilin bu neticeyi de meydana getirmemesi gerektiği gibi, muadelet esasının konulması bu yönden de isabetli ve elzemdir.

Şu halde, tahvilde mevzuubahs eşitliğin<sup>26</sup>, kanun koyucu tarafından vazı, İdarece riayeti ve kaza mercilerince kontrolü; hem bizatihi memur, hem de amme hizmeti ve personel siyaseti ve hukuku bakımından konulmuş bir teminat sayılabileceğinden, üzerinde hassasiyetle durulması muktazi bir meseledir.

#### 5 — *Maksat Unsuru.*

Tahvil, hizmetin rasyonel ve verimli bir şekilde görülmesi için kabul edilmiş tedbir mahiyetindeki tasarruf olduğundan; bunun da, hizmetin en iyi tarzda görülmesi, memurun hizmete en yararlı olabileceği sahada istihdamı, her bir hizmet için müsait ve netice alıcı kadronun temini gibi maksatlarla yapılması, kısaca İdarenin, idarî tasarrufların esas ve umumî maksadı olan amme menfaati mülâhaza ve gayesiyle hareket etmesi şarttır. Tahvilde de, belirttiğimiz özel ve genel maksat dışında kalan herhangi bir maksadın takibi, hukuken caiz ve kabil değildir.

Şu halde, maksat, tahvil muamelesinde mahiyeti ve manası belirmiş önemli bir unsur olarak yer alır. Maksat unsurunun bu anlamının ehemmiyeti, bilhassa tasarrufun sebep unsuru ile alâka kuruldukta tebellür eder. Şöyle ki, evvelce izah ettiğimiz gibi, tahvilde sebep unsuru bakımından İdareye takdir yetkisi tanınmamakla beraber, lüzumun tayininde bir hareket serbestisi de bırakılmıştır. İşte, bu hareket serbestisine müsteniden gösterilen sebebin, maddî

[26] Bu arada, bazen Danıştay, naklolunan memuriyette muadeleti o derecede sıkı tefsir etmiştir ki, yeni memuriyetteki tayin makamlarının farklı olmasını bile eşitliğin ihlâli saymıştır. Nitekim, K.: 1948/51 ve K.: 1947/2060 sayılı kararlarında, «Bucak müdürlerinin tayini, Bakanlığın onayı ile tekemmül edeceğine ve tahvilin de tayindeki usule göre cereyan etmesi lâzım geleceğine, dâvacının ise, Bakanlığın tasvibi ile tekemmül etmiyen bir memuriyete geçirildiği anlaşılmış olmasına binaen, tahvil işleminin iptali icabeder.» **HOCAOĞLU A. Şeref**, age. s. 510, 511.

vakıa olarak varlığını değil, fakat hukukî değerini takdir ederken, ileri sürülen sebebin, hakikatı halde diğer bazı asıl sebepleri gizlemek için ikame edilip edilmediğini İdarî Kaza mercii araştırırken, İdarenin tahvil maksadına riayet edip etmediği, hangi maksatla hareket eylediği noktaları üzerinde durur. Bilhassa derpiş olunan sebebin, iltibasa mahal verebilecek mahiyet taşıması halinde; İdarenin tahvil maksadı, meseleye vuzuh getirecek ve tasarrufun hukukî değerini meydana çıkaracaktır.

Maksat unsurunun gerek sebep unsuruyla birlikte, gerek müstakilen mütalâa olduğu hallerde, İdarenin, yukarda belirttiğimiz anlamdaki amme menfaati dışında, malî, siyasî, şahsî, keyfî, üçüncü şahsı veya bir grubu korumak gibi sübjektif bir takım mülâhaza ve gayelerle hareket etmesi, tahvil tasarrufunu maksat unsuru bakımından, iptal ile müeyyidelendirecek derecede sakat kılar. Binaenaleyh, İdarenin, esas, usul ve selâhiyeti dairesinde, fakat hususiyle tahvilin maksadı haricinde kalan bir gayeyle tasarrufta bulunması; sahip olduğu selâhiyetin, yetkili makam tarafından, ama o selâhiyetin tanınmasındaki esas maksada aykırı istimali demek olacağından, karar, «selâhiyetin saptırılması» sebebiyle hukuken yine muteber değildir<sup>27</sup>.

Tahvil tasarrufunun maksat unsuru bahsinde, bir de «usulün saptırılması» adı verilen bir sakatlıktan bahsedilebilir. Usulün saptırılması, başlıca iki şekilde irca edildikten sonra, ezcümle şöyle izah olunmaktadır: Kanun, İdareye, bir usulü, muayyen maksat için ve muayyen şartlar altında kullanmağa müsaade ettiği halde, İdarenin bu şerait dışında, hususî, malî maksatları tatmin için bu usulü kullandığı görülür. Burada kanunun tahsis maksadından «inhiraf» vardır. Veyahut, bazen İdare, kanunun derpiş ettiği normal usul yerine, kanunun farklı haller için tanzim ettiği, fakat kendisine daha kolay, elverişli ve seri olan usule başvurur. Burada ise, esas usulün dışında bir «ikame» vardır<sup>28</sup>. Görülüyor ki, usulün saptırılmasında, İdare, aynı maksadı temine matuf, farklı iki usulden, esas usul yerine, kendisi için daha müsait olan ve uygun düşen bir usulü tercih ile tatbik ediyor; yahut, muayyen bir maksat tahtında tanınmış bir usulü, yine hususî bir takım mülâhazalarla ve esas gayenin dışında

[27] Bu konuda umumî bilgi için bakınız: ONAR Sıddık Sami, age. s. 218-223; GİRİTLİ İsmet, age. s. 19-63, 69-83.

[28] GİRİTLİ İsmet, age. s. 63, 64'den naklen; Ayrıca bakınız: ONAR Sıddık Sami, age. s. 223.

kullanıyor. Binaenaleyh, ortada, şeklen usulüne uygun bir tasarruf görünüyorsa da; esas maksat ve usuldeki inhiraf veya ikame ferde tanınmış bazı teminat, imkân ve hukukî durumları bertaraf ettiği gibi, hizmet dışı maksadın takibi, muamelenin sakat sayılmasını intac ediyor.

Tahvil bakımından usulün saptırılması; memur veya hizmet için hukuken daha teminatlı, daha isabetli bir usul varken, bunun yerine veya tahvilin esas maksadının dışındaki bir mülâhazayla İdarenin tahvil yoluna gitmesinde ortaya çıkar. Ezcümle, memurun fiili, yarı-kazaî usul sayılan disiplin takibatını veya tam-kazaî olan ceza muhakemesini mucip iken, İdarenin sırf memuru ihraç veya kıdem tenzili gibi ağır disiplin cezasından, vekâlet emrine almak gibi tedbirden korumak şeklindeki tahvile ait esas maksat dışında ve asıl usulü ihmal ederek işbu tasarrufta bulunması; veyahut aksine, ilk ikisine nisbetle memur için daha teminatsız ve seri bir idarî usul gördüğünden, bu maksatla, tahvil'e tevessül etmesi, usulün saptırılması addolunur. Binanenaleyh, tahvil adlı usulün; tahvilin manası, medlûlü ve maksadı haricinde, hizmet lehine ve memur aleyhine, veya memur lehine ve hizmet aleyhine bir maksatla kullanılmasında, usulün saptırılması hali, dolayısıyla maksat unsurunda sakatlık mevcuttur. Diğer taraftan, hakikatı halde, hukuken tahvil işlemi yapılmak gerekirken İdarenin, yukarda usulün saptırılması hakkında belirttiğimiz mülâhazalarla başka bir tasarrufta bulunmasıyla da; bu defa tahvilin yerine tatbik olunan muamelenin maksadı dışında hareket edilmiş olması sebebiyle, yine bir saptırma meydana gelmiş olur (Tahvil yerine, vekâlet emri, idarî tasarrufla kadro ilgası sebebiyle açığa çıkarma, muvakkaten işten el çektirme işlemi yapmak gibi.)

Danıştay da bazı içtihadında bu sakatlığı tebarüz ettirmiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, siyasetle iştigal ettiği iddiasıyla, Aydın'dan Hakkâri'ye nakledilen mütehassıs doktorun açtığı iptal davası üzerine, usulün saptırılması esasına istinaden, «bu kimsenin siyasi faaliyetlere iştirak ettiği tevsik edilememiştir. Esasen siyasetle uğraşma fiilinin mahkemede sâbit olması halinde, bu fiile memuriyetten tard gibi en ağır disiplin cezası terettüp edeceğine göre, bu halde Memurin Kanununun 42. maddesinin değil, 9. Maddesinin tatbiki gerekir. «hükmünü vermektedir»<sup>29</sup>. Danıştay hadisede, İdarenin sırf memuru o mahalden uzaklaştırmak maksadiyle, memur için cezası

[29] Danıştay 5. Daire K.: 1952/1828, KD. No. 54-57, s. 284.

daha ağır olmakla beraber, karar altına alma bakımından daha yavaş işliyen ve teminatlı sayılan ve kanunun tanzim eylediği esas usulün yerine, daha teminatsız ve seri bulunan tahvili tercih etmesini, hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararındaki aykırılığı isimlendirmemekle beraber, buna Doç. Dr. İ. GİRİTLİ ile birlikte, usulün saptırılması (ikame suretiyle) diyebiliriz<sup>30</sup>.

Şurası muhakkak ki; maksat unsuru vasıtasıyla yapılacak kazai murakabe, tahvil tasarrufunun İdare tarafından, esas gayesi ve ihdas sebebi dışında kullanılmasını önleyecek mahiyet ve tesirde olup, tatbikatta sık sık görülen yersiz ve hukuka aykırı muamelelere de son verebilir.

#### IV

#### Tahvil - Harcırah Tediye Emri

Tahvil tasarrufunun dolayısıyla diyebileceğimiz başlıca iki hükmü mevcuttur. Bunlardan şimdi ele alacağımız birincisi, İdareyi; ikincisi de memuru muayyen bir hareket tarzında bulunmağa icbar eden muamelelerdir.

1108 sayılı Maaş Kanunu'nun 2. maddesi, memurlara, tahvil kararının tebliğinden itibaren azamî on beş gün içinde yeni vazifesine hareket mecburiyetini tahmil etmiştir. Memura, yeni görevine hareketle işe başladıktan sonra masraflarının verilmesi, tatbikatta pek çok güçlüğü ve hatta muğberiyete sebep olduğundan; kanun vazıı, aynı maddeye 1930 senesinde eklediği bir fıkra ile, bu mahzuru gidererek, memuru harekete muktedir hale getirmiştir. Bu gün için, memurun harcırahsız veya kısmî harcırahla tahvili kabul etmesi hariç; kaideten İdare, memura harcırah tediye emrini tebliğ etmesizin, mücerret tahvil kararını bildirerek naklen tayin yoluna gidemez. Şu halde, tahvilin tamamlanması, memur bakımından hüküm doğurabilmesi için, tahvile yetkili makamın, tahvil kararı ile birlikte harcırah tediye emrini de tebliğ etmesi gerekir. Şayet, tediye emri, tahvil kararından sonra tebliğ olunmuşsa, yeni memuriyete hareket süresi ve ilgili hükümler de bu tarihten itibaren cereyana başlar<sup>31</sup>.

[30] GİRİTLİ İsmet, age. s. 52.

[31] Bu konularda bakınız: ÖGEL Ragıp, Memurlukta Tayin, Tahvil ve Ayrılma. İdare Dergisi, 1947, No. 188, s. 36-65. HOCAOĞLU A. Şeref, age., s. 504; Danıştay 5. Daire K.: 948/1113; s. 507, Danıştay 5. Daire K.: 952/2827.

İlave fıkranın ilk cümlesindeki âmir hükme ve sevk maksadına göre, memurun tahvilinde, sadece yeni memuriyet mahallini bildiren karar kâfi gelmemekte; bunun yanında yolluk ve harcırah tediye emri gibi ikinci bir tasarruf ve muamele de zaruri bulunmaktadır. Bu suretle, harcırah tediye emri, tahvil kararının, dolayısıyla fakat bilhassa naklolunan memur hakkında hükümlerini icra edebilmesi için zaruri bir neticesi olduğu gibi; İdareyi de muayyen bir hareket tarzına icbar eden bir muamele olarak tezahür eylemektedir.

## V

### Tahvil - Müstafi Addi

İdarenin, harcırah tediye emriyle birlikte tahvil kararını da tebliğ etmesiyle tamamlanan birinci safhayı takiben, memurun kanunen kendisine terettüp eden vecibeleri yerine getirmemesi halinde maruz kalacağı muamele, tahvilin ikinci dolayısıyla neticesi olan, müstafi addidir.

Müstafi addinin hukukî mahiyeti incelendikte; bunun bir disiplin cezası olmadığı, memurun bir daha amme hizmetinde istihdamına cevaz vermiyen bir müeyyide veya vekâlet emri, muvakkaten işten el çektirme gibi idarî tedbir sayılamayıp; sadece memurun sarih arzu ve iradesiyle istifa etmesine paralel olarak, sanki bu iradeyi - hareketleriyle - zımnen ifade etmiş mütalâasıyla, İdare tarafından, memuru memuriyetten ayrılmış, çekilmiş addeden, tayine yetkili makam tarafından yapılan, maddî bakımdan şart - tasarruf, uzvî bakımdan idarî ve icraî bir tasarruf olduğu ve hukuken istifanın hüküm ve neticelerini meydana getirdiği görülür. Zaten kelime manası da, «istifa etmiş sayma» şeklinde, müessesenin anlam ve mahiyetini belirtmektedir.

Tahvil edilen memurun müstafi addi için kanun, bazı durumların ve şartların gerçekleşmesini âmirdir. Maaş Kanununun 4. ve onun delâletiyle 2. maddesi gereğince; harcırah tediye emri ile birlikte tahvil kararını da tebellüğ eden memur, bu tarihten itibaren<sup>32</sup> en çok onbeş gün içinde yeni memuriyet mahalline hareket

[32] Harcırah tediye emri tebliğ edilmemişse, memur vazifeden fiilen ayrılmış olsa bile, ayrıldığı görevin tam maaşına müstahak olacağı gibi, yeni memuriyete hareket vecibesi de hakkında henüz hüküm ifade etmez. Emir, tahvil kararından sonra tebliğ olunmuşsa, müddetler ve hareket zarureti bu son karar tarihinden itibaren nazarı itibare alınır.

zorundadır. Bu süre sonunda hareketle normal yol müddeti hitamında yeni görevine gitmiyen memura bu defa, maaş verilmemek şartıyla ikinci bir onbeş gün daha müsaade edilir. Memur bu onbeş gün sonunda da yine vazife mahalline gitmemişse ve bu durum hastalık gibi meşru ve mücbir herhangi bir mazerete dayanmıyorsa, memurun müstafi addine karar verilir.

Esas prosedür bu olmakla beraber, bu arada bazı noktalar müphem görülebilir.

Birincisi; Maaş Kanununun 2. maddesi, memurun ilk onbeş günde eski memuriyetinden hareketle (15 gün ve yol süresi) sonunda yeni görevine başlaması esasını vazederken; 4. maddesi ise, onbeş gün zarfından memuriyet mahalline gitmeyi derpiş etmektedir. Bu suretle iki müddet arasında, yol süresi bakımından bir fark ortaya çıkmaktadır. Bu farkın, kanaatimizce, daha etraflı ve vazih bir şekilde yazılmış bulunan, hal tarzı daha mantıkî ve tatbikata uygun düşen 2. maddeye göre manalandırılması lâzım gelir. Şu halde, memur, onbeş gün içinde görevine varmış değil, azamî onbeş gün içinde hareketle buna yolun da eklenmesi ile meydana gelen süre sonunda yeni memuriyetine gitmiş olmalıdır.

İkincisi; nakil sırasında memura ne suretle maaş verileceği meselesidir. Şayet memur, 2. maddede belirtilen onbeş gün içinde hareketle, normal süresi sonunda yeni görevine ulaşmışsa, eski maaş ve tahsisatını tam olarak alır; işbu müddeti aşan ve yolda zarureten geçen zaman için bir talepte bulunamaz. Memur onbeş gün geçtikten sonra hareket ile yeni memuriyetine giderse, tahvil ve harcırah emri kararlarının tebliği suretiyle eski vazifesinden infikâkı ile yeni memuriyete başladığı fasıla için hiç bir ödemede bulunulmaz. Hatta normal hareket etseydi müstahak olacağı yukarki malî menfaat dahi - bir ceza tatbik edermiş gibi - verilmez<sup>33</sup>. Şu halde ilk onbeş gün dolduktan sonra hareket eden memur, nakil keyfiyetinden doğan malî haklarını kaybeder, herhangi bir mütalebede bulunamaz. İstihkak kesbedebilmek için, birinci onbeş günde hareket etmiş olmak şarttır.

Üçüncüsü; ilk onbeş gün ve yol süresi sonunda yeni memuriyetine gitmiyen memur, derhal müstafi addolunmaz, ikinci bir onbeş günlük mühlet daha verilir. Yalnız ilgili madde, bu sürenin verilmesi «caizdir» demek suretiyle, müddetin tanınıp tanınmaması hususunda İdareye bir serbesti tanıyor intibaini uyandırıyor da; gerek 4. maddedeki müteakip cümlenin lâfız ve ruhu, gerekse tatbikattaki

[33] ÖGEL Ragıp, age. s. 44-46.

gayet doğru ve yerinde uygulama, maddeyi hiç bir tefrik yapmaksızın manalandırmayı icab ettirmektedir. Binnetice, ilk onbeş gün ve yol süresi sonunda yeni memuriyetine varmayan «her» memura bir ödemede bulunmaksızın ikinci bir mühlet tanınmak, buna rağmen yine gitmiyen memuru artık müstafi addetmek gerekir.

Dördüncü maddenin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere; ikinci onbeş günün hitamında, memurun memuriyet mahalline varmamasının müstafi addi şeklinde doğuracağı hükmü bertaraf eden istisnai tek bir durum mevcuttur. Bu sürenin de dolmasına rağmen memurun halâ yeni vazife yerine varmaması, şayet «hastalık gibi bir mazerete» dayanıyorsa, hakkında müstafi addi muamelesi yapılamaz. Bu mazeret sona erene kadar müddet durur. Mazeret, sadece hastalık ve benzeri bir özür değil, memurun zamanında hizmet mahalline varmasını engelliyen bilumum mücbir sebepler olarak olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla, «hastalık gibi» ibaresinin hastalık, sakatlık, yaralanma yanında, daha geniş bir anlamda tabii, maddî, hukukî bir takım olaylar ve sebepler (kaza, yolun kapanması, memurun polis tarafından yakalanması, tevkifi gibi) meşru ve gecikmeyi zaruri kılacak mücbir sebep olarak mütalâası iktiza eder. Yalnız, mücerret memurun mazereti beyan etmesi kafi olmayıp; bunun hükümlerini doğurabilmesi için, mazeret, hastalık ve benzeri bir malûliyet ise resmî raporla tevsiki başka bir özür ise ve mümkünse yine resmî bir vesika ile ispatı, yahut yapılacak idarî tahkikatla tesbiti de lâzımdır<sup>34</sup>.

Buraya kadar olan izahatımızla bazı hususları ayrı ayrı incelemiş olduğumuz gibi, müstafi addi tasarrufunun sebep ve mevzu unsurlarını da gözden geçirmiş bulunuyoruz.

Şekil - usul ve selâhiyet unsurlarını ele alırsak meseleyi şöyle vaz edebiliriz:

Müstafi addi, ferdî memur statüsüne soka tayin tasarrufuna mukabil, onu İdarenin aldığı idarî - icraî bir kararla bu statüden çıkartan bir tasarruftur. Bu itibarla müstafi addi ile tayin muameleleri birlikte mütalâa olundukta; birincisinin ikinciye nazaran «aksine tasarruf» olduğu söylenebilir. Binaenaleyh, bu bakımdan, müstafi addi, İdare Hukuku Esaslarına göre, aksine tasarruf naza-

[34] «... Kanunen belli süre içinde memuriyet mahalline gitmiyen ve bu gitmemeyi resmî raporla tevsik edilmiş bir mazerete istinat ettirmiyen memurun müstafi sayılmasında kanun hükümlerine bir aykırılık yoktur.» Danıştay DDUH. K.: 948/73, HOCAOĞLU A. Şeref, age. s. 511. Ayrıca bakınız: s. 504, Danıştay 1. Daire K.: 49/5.

riyesi ile izah olunmak gerekir<sup>35</sup>. Bu nazariyeye göre; bir hukukî durumu ihdasa yetkili olan makamlar, kanunda hilafına açık hüküm yoksa, yeni bir tasarruf ile birinci tasarrufun zıddı hükümler doğuran, yeni bir hukukî durum yaratan aksine bir tasarruf yapabilirler. Şayet kanun, ilk tasarrufun zıddı neticeleri yaratacak tasarrufu, açıkça derpiş ve tanzim etmişse, bu yeni ve sarih esaslara göre hareket olunur. Böyle bir sarahat yoksa, aksine tasarruf nazariyesi sarahatin olmadığı nisbette tatbik edilir. Meselâ; tayinin zıddı hüküm tevlid eden ve aksine tasarruf esaslarına uygun düşebilen muameleler, bir bakıma ihraç, müstafi addi ve emekliye sevk olabilir. Kanun bunlardan ihraç ve emekliye sevk tasarruflarının sebep, usul - şekil, mevzu, selâhiyet cihetlerinden tâbi olacağı hükümleri açıkça belirttiğinden, bunlar tayinin aksi neticeler doğuran ve ilk nazarda memuru memur statüsünden çıkartan muameleler olmakla beraber; kanun o kadar çok istisna ve açık hüküm sevk etmiştir ki, artık aksine tasarruf esaslarıyla izah edilemezler. Zira ihraçta selâhiyet Disiplin Komisyonlarına verilirken, usul yarı - kazaî hal alırken, sebep unsuru tadad olunurken hep açık hüküm sevk edilmiş ve hatta tasarrufun mahiyeti ve mevzuu da (bir daha amme hizmetlerinde istihdam edilmemek üzere çıkarma) değiştirilerek aksine tasarrufun tatbikine imkân bırakılmamıştır. Aynı sözler bir dereceye kadar farklı olmakla beraber, esas itibariyle emekliye sevk tasarrufu için de söylenebilir. Fakat müstafi addinde ise, kanun, sadece sebep unsurunu sarahaten tanzim etmiş olduğundan ve diğer hususlarda hilâfına sarih hüküm taşımadığından, unsur hariç, aksine tasarruf esasları kabili tatbiktir.

Müstafi addi tasarrufunun usul - şekil unsurunu aksine tasarruf esaslarının ışığı altında incelerken şu mütalâada bulunabiliriz. İdare Hukuku Esaslarına göre, aksine tasarrufta, birincisinin zıddı hükümler doğuran yeni tasarruf, ilk tasarrufun usul - şekil şartlarına tâbi olur ve ancak selâhiyetli makam tarafından yapılır<sup>36</sup>. Şu halde, müstafi addi kararı, tayindeki usule uygun surette ve tayine yetkili makamca alınabilir. Bu tasarruf için, tayindekinden başka bir prose-  
 öür ve yetkili tayin makamından başka bir makam hukuken düşünülemez. Nitekim Danıştay da meseleyi bu şekilde çözümlemiş ve «bir memurun müstafi addi suretiyle memuriyetle alâka ve irtibatının

[35] Aksine tasarrufun esasları hakkında bakınız: **DURAN Lûtfi**, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1957, s. 66, 71.

[36] **DURAN Lûtfi**, age. s. 254.

kesilmesi hususundaki kararın ittihazı selâhiyetinin de memuru tayin eden makama ait olacağına binaen, başka makam tarafından yapılan tasarrufun selâhiyetsizlik noktasından iptali hakkında»<sup>37</sup> ifadesiyle, aksine tasarruf esaslarını kabul ve tatbik eylemiştir.

Müstafi addinde maksadın hizmet yararına hareket olması genel olarak amme menfaatinin takip edilmesi lâzımdır. Bunun dışında kalan herhangi bir maksatla tasarrufu yapmak sakatlığı irtac eder. Bu arada, memurun ikinci onbeş günü mucbir sebep, mazeretten ötürü geçirdiğini ortaya koyan hadise ve sebeplerin, bu mahiyette olmadığını iddia eden İdare'nin bu iddialarını değerlendirenken hangi maksatla hareket ettiğini de araştırıp nazari itibare almak lâzımdır. Müşahhas hadiselerde İdare'nin, aynı tip ve mahiyetteki herhangi bir gecikme mazeretini bir kerresinde makul ve makbul addetmesi, diğerinde etmemesi gibi durumlarda, tasarrufun esas maksadından inhiraf edip etmediğini araştırmak, bu inceleme sırasında sebeple maksat unsurları arasında bir alâka kurarak hareket etmek, isabetli ve yerinde bir muhakeme tarzı olur.

## VI

### Bazı Mülâhazalar

Bu başlık altında, umumî olarak, konunun tümüyle ilgili bir iki noktaya temas edeceğiz.

Evvelâ; müstafi addi tasarrufunun Danıştay tarafından kazaî murakabesi sırasında, dâva süresi ile alâkalı olarak münakaşayı mucip şu hususlar ortaya çıkabilir. Bilindiği üzere, memurun müstafi addolunması için, evvelemirde, diğer bir memuriyete «tahvil edilmiş olması» şarttır. Müddet ve zamanında yeni göreve başlamamak gibi diğer sebepler, ancak tahvil sebebinden sonra bahis mevzuu edilebilir. Bu itibarla, tahvil kararı, müstafi addi tasarrufundan ayrı ve müstakil bir tasarruf olmakla beraber; aynı zamanda sebeplerinden başta geleni olarak da tezahür eylemektedir. Tasarrufların ayrılığı ve iki idarî - icraî karar olması; bunların birer idarî dâvaya mevzu teşkil etmesini; binnetice her biri hakkında 90 günlük genel dâva süresinin nazari itibare alınmasını mucip olur. Şu halde, tahvil aleyhine idarî dâva açacak memur, bu kararın tebliğ veya tefhiminden itibaren 90 gün içinde hareket etmelidir. Müstafi addi muamelesine de maruz

[37] Danıştay 5. Daire K.: 54/1898, Kararlar Dergisi No. 66, s. 111.

kalan aynı memur, bu defa bu yeni tasarruf aleyhine de, bu kararın tebliğ veya tefhimini takip eden 90 günde dâvasını açmalıdır. Süreler geçtikten sonra ikame olunan dâva ise, müruru müddet cihetinden iptidaen reddedilir. Bu noktalar münakaşayı davet etmiyecek kadar vâzıhtır.

Fakat, memur, tahvil edildikten sonra, herhangi bir mülâhaza ile yeni memuriyetine gidip vazifeye başlamıyor<sup>38</sup> ve bu sebeple müstafi addolunuyorsa; konumuz bakımından bu durumda iki ihtimal hatıra gelebilir. Birincisi, tahvil kararından müstafi addi muamelesine kadar 90 gün geçmemişse, dâvacı memur, her iki kararın iptalini, tahvil kararının tebliğ veya tefhiminden itibaren işlemeğe başlıyan 90 günlük dâva süresinin hitamına kadar talep edebilir<sup>39</sup>. İkincisi ve asil münakaşayı mucip olabilecek hal, acaba müstafi addi muamelesi tahvili takip eden 90 günden sonra yapılmış ve memur, tahvil kararı aleyhine süresinde dâva açmamışsa; yahut memur, mezkûr 90 gün içinde tahvil edilmekle beraber, müstafi addi aleyhine dâvayı açtığı anda tahvil tasarrufuna ait müddet dolmuşsa; tahvil kararı, müstafi addi muamelesinin bir sebebidir, esas aleyhine dâva açılınca sebebi de dâva edilmiş sayılır denilebilir mi? Suale cevap vermeden evvel hemen belirtelim ki, bu durumda tahvil kararının dâva müddeti geçmiş bulunmaktadır<sup>40</sup>. Kanaatimizce, her iki durumda da tahvil kararı, müstafi addi kararı vasıtasıyla da olsa Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kontrol edilemez. Mademki kanun, her bir idarî kararın ancak 90 gün içinde dâva olunabileceğini âmirdir, o halde dâvacının, tahvil tasarrufu aleyhine bu karara ait sürede dâva açması gerekirdi. Bu müddeti geçirip, müstafi addi vesilesiyle kazaî murakabeyi talep etmek, «muhakeme hukuku esaslarına» ve bilhassa kısa tutulan «İdarî Dâva Süresi» müessesesinin sevk maksadına aykırıdır. Aksi ihtimal, düşen dâva açma hakkını canlandırmak, ihya etmek olur ki, bu izah tarzı 90 günlük sürenin sukutu hak müddeti olması hususuna da muhaliftir. Binaenaleyh, mevzuubahs hallerde, dâvacının, ancak müstafi addi tasarrufu aley-

[38] Tahvil kararının «yokluk» la müeyyidelendirmeyi mucip derecede ağır ve bâriz sakatlık taşıması hali müstesna.

[39] Meselâ: Dâvacı, 10 Ocak 1962 günü tahvil olunmuş, 12 Şubat 1962 günü ise, müstafi addedilmiştir. Buna göre, memur, azamî 10 Nisan 1962 günü, mesai saati sonuna kadar her iki kararın iptalini dâva edebilir.

[40] Meselâ: Dâvacı 10 Ocak 1962 günü tahvil ve 17 Nisan 1962 de müstafi addolunmuş, bu arada tahvil aleyhine dâva açmamakla beraber, 7 Mayıs 1962 günü Danıştay'a başvurmuştur. Yahut 6 Nisan 1962 de müstafi addedilince, yine tahvil aleyhine dâva açmamışken, 7 Mayıs 1962 de Danıştay'a müracaat etmiştir.

hine bir dâva açabileceği, tahvilin Hukuka uygun cereyan edip etmediğinin kazaî kontrol ve münakaşasının, bu hususun ayrı bir dâva olması ve esasen buna ilişkin sürenin de geçirilmiş bulunması sebebiyle, yapılamıyacağı; Danıştay'ın tahvil tasarrufunun hukukî tetkikini yapmadan sadece maddî bir vakıa olarak bulunup bulunmadığını murakabe edebileceği; ancak müstafi addi tasarrufunu unsurları bakımından hukuken inceliyebileceği kabul edilmek lâzım gelir. Buna göre, tahvil tasarrufu hukuken sakat olsa bile, Danıştay, bu noktayı inceliyemez. Tahvili bir vakıa olarak kabul ile, müstafi addi kararının diğer unsurlarına geçer ve bunlarda da bir aykırılık yoksa dâvayı intihaen reddeder. Nitekim, zamanında dâva edilmeyen Hukuka aykırı idarî tasarrufların sakatlığı bilâhare nasıl iddia edilemiyor ve bunlar sanki muteber tasarrufmuş gibi itibar olunuyorsa, bu durumda da tahvilin böyle mütalâa edilmesi iktiza eder<sup>41</sup>. Şu halde, hem müstafi addi, hem de onun unsuru mevkiinde de olan tahvil tasarruflarının dâva müddetlerini ayrı ayrı nazari itibare alarak hareket etmek gerekir.

İkincisi; dâvanın açılmasıyla ilgili usulî bir mesele hatıra gelebilir. Gerek Danıştay'ın müesses içtihadına, gerek Devlet Şûrası Kanununun Ek 4. maddesine göre, ayrı ayrı karar ve muameleler aleyhine bir arzuhal ile dâva açılması kabil değildir. Bilhassa tahvili takiben müstafi addolunan memurların her iki tasarruf aleyhine dâva açabilme imkânının bulunduğu hallerde, acaba iki ayrı muamele sebebiyle iki dâva arzuhali mi takdim olunmalıdır? İlk bakışta buna «evet» cevabı verilebilirse de; bu cevabı hukuken ve pratik mülâhazalarla çürütmek kabildir. Burada «ayrı ayrı muameleler» den maksat, birbirinden tamamen müstakil ve herhangi bir irtibatı bulunmayan kararlardır. Yoksa, birbirini takip eden ve aralarında yakın münasebet bulunan tasarrufların bir arzuhalle dâva edilmesinde bir mahzur yoktur. Özellikle, tahvil - müstafi addi gibi aslında ayrı iki tasarruf olmakla beraber, biri diğerinin unsuru olacak derecede alâkalı iki karar aleyhine tek arzuhalle dâva açılmak lâzım gelir, Kanun metnindeki «ayrı ayrı» ibaresini yukarıdaki şekilde anlamlandırdığımızda, bu usulî meseleyi halletmiş oluruz. Nitekim Danıştay da esas içtihadına rağmen, tahvil - müstafi addi muamelelerine ait

[41] Tüzük, yönetmelik, objektif kararname gibi kaide tasarrufların ilânından itibaren 90 gün geçtikten sonra, bunların fertlere şart veya sübjektif tasarruflarla tatbiki zımında, sonraki tasarrufların iptaliyle birlikte ve dolayısıyla kaide tasarrufun da kısmen veya tamamen iptalini talep etmek şeklindeki yegâne istisna mahfuz kalmak üzere.

ihtilâfın bir dâva arzuhaliyle arzını kabul ederek, «tahvilin bir sebebe dayandığı sabit bulunmamış ve bu sebeple müstafi sayılması yolundaki muamele de mesnetsiz kalmış...» «gerek tahvil, gerek bunun neticesi olarak alınmış olan müstafi addi kararının iptaline» şeklindeki kararıyla, iki ayrı muameleye rağmen aradaki münasebet sebebiyle tevhidî ve birlikte dâva olunmasını kabul etmektedir<sup>42</sup>.

Maddenin bu yolda tefsiriyle bulunacak hukukî esasa ilâveten, pratik mülâhazalar da aynı sonucu desteklemektedir. İki ayrı karar şartı dar ve mutlak tefsir edilerek iki ayrı arzuhalle dâva ikame olursa, bu defa Danıştay, işin hususiyeti ve irtibatı sebebiyle, dâvaların tevhidine gitmek zaruretini duyacaktır. Dâva birlikte açıldığında, bu şekil bir ara kararına lüzum kalmıyacağı gibi, amelî bakımdan da mevcut kanunî metinler ihlâl edilmeksizin, doğru ve yerinde hareket edilmiş olunacaktır. Bu itibarla, dâvacı bir arzuhalle tahvil ve müstafi addi muamelelerini dâva ettiğinde; bunları mutlak manasıyla «ayrı ayrı» muameleler sayarak arzuhali red ile on gün içinde ayrı arzuhaller tevdiine karar vermeyip, dâvayı - diğer şartları da tamamsa - iptidaen kabul etmek lâzım gelir.

Üçüncüsü; tahvil, hizmet yararına tatbik edilen idarî mahiyette bir tedbir olduğuna göre, evvelce de yer yer temas ettiğimiz bazı hususların göz önünde bulundurulması gerektiği mülâhazasındayız. Ezcümle, hizmet yararına konulan bir tedbir olarak kabul ve tanzim olunan tahvilin, bir disiplin cezası addedilmemesi; diğer bazı hususi kanunlarda disiplin cezası mahiyeti veren hükümlerin ve bilhassa tatbikatın, tahvilin özüne yabancı olduğu; aslında terfî veya tenzil ve kadrosuyla nakli suretiyle memuru taltif veya tecziye vasıtası haline getirilmemesi; esas itibariyle hizmet yararına uygulanmak, aynı zamanda memurun meslekî durumunu da sarsmamak vasıflarının muhafazası ve gözönünde bulundurulması; binnetice bu hususların temini için evvelce izah olunan esaslara göre, tasarrufun bütün unsurları bakımından kazaî murakabenin tesisi ve sakatlığı bariz surette müşahade edilebilen durumlarda, en müessir tedbirlerden biri olarak Danıştay tarafından icranın tehirine karar verilmesi; bilhassa sebep ve maksat unsurları üzerinde ısrarla durulması icab eder.

Asistan Sait GÜRAN

[42] Danıştay 5. Daire, E: 48/786, K: 48/1722; Kararlar Dergisi, No. 46-49, s. 162... Bu kararın bir tek esas numarası taşıması, bir arzuhalle açılmış, bir dâvanın mevcudiyetini ortaya koymaktadır.