

K R O N İ K

I. — 1946 Yılı Mevzuatı; II. — Mahkeme İctihatları;

III. — Eser tahlil ve tenkitleri.

I

1946 Yılı Mevzuatı [*]

A) Kanunlar; B) T. B. M. M. Kararları; C) Yorumlar; D) Tüzükler;

E) Yönetmelikler; F) Bakanlar Kurulu Kararları.

A) KANUNLAR:

1 — Askerî :

§ Kabul buyurulan 2/12/1946 tarih ve 4958 sayılı kanunla; ilişik cetvelde ad, künye ve malûllük dereceleri yazılı iki subay ve on bir ere, 937 sayılı kanun hükümleri gereğince adları hizalarında yazılı para mü-kâfatının verilmesi kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 4 Aralık 1946, Sa-yı: 6471).

2 — Bütçe :

§ Kabul buyurulan 22/11/1946 tarih ve 4957 sayılı kanuna göre, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin dördüncü «geçici tazminat» bölümünden 1120 lira indirilerek beşinci «1683 sayılı kanunun elli sekizinci maddesi gereğince verilecek emekli ikramiyesi» bölümüne aktarılmıştır (Resmî Gazete, 27 Kasım 1946, Sayı: 6465).

§ Hudut ve Sahiller Sağlık Genel müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 4/12/1946 tarih ve 4960 sayılı kanuna göre; Hudut ve Sahiller Sağlık Genel müdürlüğü 1947 yılı giderleri için ilişik «A» işa-retli cetvelde gösterildiği üzere 955,501 lira ödenek verilmiştir (Resmî Gazete, 7 Aralık 1946, Sayı: 6474).

[*] Resmî Gazetenin 1 Ekim 1946 — 6 Ocak 1947 tarihli nüshalarından alınmıştır.

§ İş ve işçi bulma kurumu kuruluş ve görevleri hakkındaki kanuna geçici bir madde eklenmesine dair kabul buyurulan kanunla 21/1/1946 tarihli ve 4837 sayılı kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir: İş ve işçi bulma kurumu kuruluş ve görevleri hakkındaki kanunun geçici maddesi gereğince, 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin 868 inci «mahsus kanunları gereğince verilecek ödenekler» bölümünden alınmış olan 300,000 liralık ödenek 450,000 liraya çıkarılmıştır (Resmî Gazete, 12 Aralık 1946, Sayı: 6478).

§ Ankara Üniversitesinin 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 11/12/1946 tarih ve 4962 sayılı kanuna göre; Ankara Üniversitesinin 1947 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere «5,038,120» lira ödenek verilmiştir; Keza, Ankara Üniversitesinin 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere «5,038,120» lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 14 Aralık 1946, Sayı: 6480).

§ Beden Terbiyesi Genel müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 11/12/1946 tarih ve 4963 sayılı kanuna göre; Beden Terbiyesi Genel müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 922,000 lira ödenek verilmiş ve aynı müdürlüğün 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 922,000 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 14 Aralık 1946, Sayı: 6480).

§ İstanbul Teknik Üniversitesi 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 13/12/1946 tarih ve 4964 sayılı kanuna göre: İstanbul Teknik Üniversitesi 1947 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 3,588,571 lira ödenek verilmiş ve aynı Üniversitenin 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 3,588,571 lira olarak tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 18 Aralık 1946, Sayı: 6483).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4965 sayılı kanunla; Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme Genel müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik bir sayılı cetvelde yazılı bölümlerine 5,645,601 lira ek ödenek verilmiştir. Keza «A» işaretli cetvelin ilişik iki sayılı cetvelde yazılı bölümleri arasında 1,300,000 liralık aktarma yapılmıştır (Resmî Gazete, 19 Aralık 1946, Sayı: 6484).

§ İstanbul Üniversitesi 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4966 sayılı kanuna göre; İstanbul Üniversitesi 1947 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 11,622,500

lira ödenek verilmiş ve 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 11,622,500 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 19 Aralık 1946, Sayı: 6484).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4967 sayılı kanuna göre; 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelde yeniden açılan ilişik «1» sayılı cetvelde yazılı bölümlere 1,647,353 lira olağanüstü ödenek konulmuştur. Keza, 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik «2» sayılı cetvelde yazılı bölümlerinden 718,770 lira düşülerek ilişik «3» sayılı cetvelde yazılı yeniden açılan bölümlere olağanüstü ödenek konulmuştur. Nihayet, 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin Jandarma genel komutanlığı kısmının 363 üncü bölümünün birinci «Tayinat» maddesinden 62,105 lira, aynı cetvelin İçişleri Bakanlığı kısmında açılan 315/A «1928 - 1945 yılları karşılıksız borçları» bölümüne aktarılmıştır (Resmî Gazete, 21 Aralık 1946, Sayı: 6486).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4968 sayılı kanuna göre; Tekel Genel Müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelde «1934 - 1945 yılları karşılıksız borçları» adile yeniden açılan 29/A bölümüne 3000 lira olağanüstü ödenek konulmuştur (Resmî Gazete, 21 Aralık 1946, Sayı: 6486).

§ Kabul buyurulan 23/12/1946 tarih ve 4973 sayılı kanuna göre; Beden Terbiyesi Genel müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik cetvelde gösterilen bölümleri arasında yirmi bin lira lik aktarma yapılmıştır (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, Sayı: 6490).

§ Kabul buyurulan 23/12/1946 tarih ve 4974 sayılı kanunla; Vakıflar Genel müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik cetvelde yazılı bölümlerine 76407 lira ek ödenek verilmiştir (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, Sayı: 6490).

§ Kabul buyurulan 23/12/1946 tarih ve 4975 sayılı kanunla; Hudut ve Sahiller Sağlık Genel müdürlüğü 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin on ikinci bölümünün üçüncü «yabancı memleketler yoluğu» maddesinden bin lira indirilerek, on dördüncü «4598 sayılı kanun gereğince yapılacak tedavi giderleri ve yollukları» bölümüne aktarılmıştır (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, Sayı: 6490).

§ Kabul buyurulan 23/12/1946 tarih ve 4976 sayılı kanuna göre; 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik 1 sayılı cetvelde yazılı tertiplerine 2,977,153 lira ek ödenek verilmiştir. Keza A işaretli cetvelin ilişik 2 sayılı cetvelde yazılı yeniden açılan tertiplerine 45,000 lira olağanüstü ödenek konulmuştur. Keza, A işaretli cetvelin ilişik 3 sayılı

cetvelde yazılı tertipleri arasında 3,909,551 liralık aktarma yapılmıştır. Nihayet «A» işaretli cetvelin ilişik 4 sayılı cetvelde yazılı tertiplerinden 147.000 lira düşülerek ilişik 5 sayılı cetvelde yazılı yeniden açılan bölümlere olağanüstü ödenek konulmuştur (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, sayı: 6490).

§ Kabul buyurulan 23/12/1946 tarih ve 4977 sayılı kanuna göre; Devlet Havayolları Genel Müdürlüğü 1946 yılı Bütçe Kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik cetvelde yazılı bölümleri arasında otuz beş bin liralık aktarma yapılmıştır (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, sayı: 4690).

§ Tekel Genel Müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4978 sayılı kanuna göre; Tekel Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için ilişik «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 37,294,650 lira ödenek verilmiş; keza 1947 yılı giderleri ilişik «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 180,356,282 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4979 sayılı kanuna göre; Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü 1946 yılı Bütçe Kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin otuz birinci «Bölge bütçelerine yardım» bölümüne iki yüz bin lira ek ödenek verilmiştir (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, sayı: 4690).

§ Kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4980 sayılı kanuna göre; Devlet Havayolları Genel Müdürlüğü 1946 yılı Bütçe Kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin yirmi birinci «Memleket iç ve dışında staj ve tahsil giderleri» bölümünden 7,500 lira düşülerek on ikinci yolluklar bölümünün dördüncü «Yabancı memleketler yolluğu» maddesine aktarılmıştır (Resmî Gazete, 26 Aralık 1946, sayı: 4690).

§ Kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4981 sayılı kanunla; Posta, Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğü 1946 yılı Bütçe Kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin ilişik 1 sayılı cetvelde yazılı tertiplerine 3,071,500 lira ödenek verilmiştir. Keza yine aynı «A» işaretli cetvelin ilişik 2 sayılı cetvelde gösterilen tertipleri arasında 153.000 liralık aktarma yapılmıştır (Resmî Gazete, 30 Aralık 1946, sayı: 6493).

§ Kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4982 sayılı kanunla; 4385 sayılı kanunun dördüncü maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunun ilişik 13/6/1946 tarih ve 3/4332 sayılı kararile şekerden alınan munzam istihlâk vergilerinde yapılan indirmeler onanmıştır (Resmî Gazete, 30 Aralık 1946, sayı: 6493).

§ Kabul buyurulan 27/12/1946 tarih ve 4983 sayılı kanuna göre;

Orman Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 13.442.890 lira ödenek verilmiş ve keza 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 13,442,890 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 3 Ocak 1947, sayı: 6496).

§ Kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4984 sayılı kanuna göre; Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğünün 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 159.750.000 lira ödenek verilmiştir. Keza 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 155,750.000 lira olarak tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 3 Ocak 1947, sayı: 6496).

§ Devlet Denizyolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4985 sayılı kanuna göre; Devlet Denizyolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 66.265.440 lira ödenek verilmiştir. İkinci maddeye göre de, Devlet Denizyolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı gelirleri bağı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 59.000.000 lira tahmin olunmuştur (Resmî Gazete, 4 Ocak 1947, sayı: 6497).

§ Devlet Havayolları Genel Müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4986 sayılı kanuna göre; Devlet Havayolları Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 13.402.287 lira ödenek verilmiştir. Devlet Havayolları Genel Müdürlüğünün 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 13.405.000 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 4 Ocak 1947, sayı: 6497).

§ Posta, Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4987 sayılı kanuna göre; Posta, Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 61.117.125 lira ödenek verilmiştir. İkinci maddeye göre, Posta, Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 53.670.765 lira olarak tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 6 Ocak 1947, sayı: 6498).

§ Vakıflar Genel Müdürlüğü 1947 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 4994 sayılı kanuna göre; Vakıflar Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderleri için bağı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 6.716.500 lira ödenek verilmiştir. İkinci maddeye göre; Vakıflar

Genel Müdürlüğü 1947 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 6.716.500 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 6 Ocak 1947, sayı: 6498).

§ Kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 4997 sayılı kanuna göre; Devlet bütçesine giren dairelerin 1947 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterilen 1.021.215.530 lirası âdi ve 115.000.000 lirası olağanüstü gelirler için olmak üzere 1.136.215.530 lira ödenek verilmiştir. Keza, Devlet bütçesine giren dairelerin 1947 yılı âdi ve olağanüstü giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 1.021.232.000 lira tahmin edilmiştir (Resmî Gazete, 2 Ocak 1947, sayı: 6495).

3 — Gümrük :

§ Kabul buyurulan 2/12/1946 tarih ve 4959 sayılı kanunla; 1499 sayılı Gümrük tarifesi kanununun yirmi sekizinci maddesini değiştiren 1926 sayılı kanuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

Şu kadar ki ekonomik şartların icabına göre gerekli görülen eşyalar üzerinde resimleri daha az arttırmaya veya hiç arttırmamaya ve bu madde hükmüne göre arttırılmış resimleri indirmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Yukarıki fıkralar hükümlerine göre tesbit edilecek artışlardan indirme yapılmasına dair alınacak Bakanlar Kurulu kararları yayımları tarihinden üç ay sonra yürürlüğe girer (Resmî Gazete, 4 Aralık 1946, sayı: 6471).

§ Bakanlar Kurulunun 5/12/1946 tarih ve 3/5024 sayılı kararına göre; ilişik listede tarife numaraları ve cinsi yazılı eşya ve maddelerin, hizalarında gösterilen nisbetler üzerinden zamma tâbi tutulmaları, 4959 sayılı kanunun birinci maddesine dayanılarak kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 9 Aralık 1946, sayı: 6475).

4 — İdari :

§ Kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 4993 sayılı kanuna göre, Tunceli İl merkezinin Kalan kasabasına nakline ve Kalan ilçesi kadrosile Kütahya ilinde Altıntaş ilçesi kurulmuştur (Resmî Gazete, 6 Ocak 1947, Sayı: 6498).

§ Kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 4996 sayılı kanuna göre; dördüncü Genel Müfettişliğe, hükümetçe lüzum görüldüğü takdirde, ordu ile bağlılığı baki kalmak üzere Orgeneral veya Korgeneral rütbesinde bir

zat seçilebilir. Ordudan seçilen Genel Müfettiş, Milli Savunma Bakanlığının muvafakati alınmak suretile İçişleri Bakanlığının inhası ve Bakanlar Kurulunun kararıyla tayin olunur (Resmî Gazete, 6 Ocak 1947, Sayı: 6498).

5 — Maaş ve teşkilât:

§ Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanunla buna ek 4644 sayılı kanunda değişiklik yapılması hakkında kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4988 sayılı kanuna göre; 3656 sayılı kanunun 4805 sayılı kanunla değiştirilen birinci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: Devlet memurlarının (yargıçlar ve öğretmenler dahil, subaylar ve askerî memurlar hariç) dereceleri ve her dereceye ait aylık asılları ile tutarları aşağıda gösterilmiştir...»

21/12/1945 tarih ve 4805 sayılı kanunun altıncı maddesi de şu şekilde tâdil olunmuştur: «Dersiâmlarla her çeşit vâizlerin kadroları 5/7/1943 tarihli ve 4454 sayılı kanuna göre belirtilen Posta, Telgraf ve Telefon Başmüvezzi ve hat Başbakıcıları müvezzi ve hat bakıcılarının aylıklarının tutarlarına, aynı miktar memur aylıklarının tutarları esastır. 4805 sayılı kanunun ikinci ve dördüncü maddeleriyle bu kanunun ikinci maddesi hükümleri bunlar hakkında da uygulanır.

Kanunun dördüncü maddesine göre, 3/7/1939 tarihli ve 3659 sayılı kanunun ikinci maddesinde yazılı ücret tutarları, bu kanunun yayımı tarihinde, her derecenin 3656 sayılı kanuna tâbi memurluklara nakillerile muadilleri bulunan aylık derecelerinin, birinci maddede yazılı tutarları miktarlarına çıkarılmış ve on dördüncü derece, bu derecede bulunan on üçüncü dereceye terfi etmiş sayılarak kaldırılmıştır. Beşinci maddeye göre, 21/6/1944 tarihli ve 4598 sayılı ve 17/7/1944 tarihli ve 4621 sayılı kanunun altıncı maddelerinde yazılı çocuk zamları on liraya çıkarılmıştır. Yedinci maddeye göre de, bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren; 1) 28/1/1942 tarihli ve 4178 sayılı kanunun birinci maddesinin 1, 4, 7 nci fıkralarıyla 2, 3, 5, 7 ve 10 uncu maddeleri, 2) 21/6/1944 tarihli ve 4599 sayılı kanunun birinci maddesinin A, C, Ç, D, E, J, K, L, M, N, P, R fıkraları hükümleri kaldırılmıştır (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Subay ve askerî memurların aylıkları hakkındaki 3661 sayılı kanunda değişiklik yapılmasına dair kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4989 sayılı kanuna göre; 5/7/1939 tarihli ve 3661 sayılı kanunun 4806 sayılı kanunla değiştirilen birinci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: «Kara, deniz, hava, askerî fabrikalar, harita subay ve askerî memurlarıyla

(askerî okullardaki sivil öğretmenler ve aylıklı sivil memurlar hariç) jandarma, gümrük subaylarının dereceleri ve her dereceye ait aylık asıllarile tutarları ve bu derecelere dahil subay ve askerî memurlar aşağıda gösterilmiştir: ...».

Üçüncü maddeye göre de, 7/6/1926 tarihli ve 912 sayılı kanunun iki ve dokuzuncu maddeleri kaldırılmıştır (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4990 sayılı kanuna göre, 18/1/1940 tarihli ve 3779 sayılı kanunun 4807 sayılı kanunla değiştirilen maddesi; 18/1/1940 tarihli ve 3759 sayılı kanunun 4807 sayılı kanunla değiştirilen altıncı maddesi; 21/12/1945 tarihli ve 4807 sayılı kanunun üçüncü ve dördüncü maddeleri tadil olunmuştur (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4991 sayılı kanunun birinci maddesine göre; yabancı memleketlerde sürekli görevle bulunan: A) Dışişleri Bakanlığı meslek memurlarının, B) Bakanlıklar ve Genel Müdürlükler müşavir ve ataşeleri ve öğrenci müfettişleriyle bunların yardımcı ve memurlarının aylıkları, derecelerine ait aylık aslının memleket içindeki tutarlarının 4 — 4,25 — 4,50 — 4,75 — 5, — 5,25, — 5,50 — 5,75 — 6 — 6,25 — 6,50 — 6,75 — 7 misilleri üzerinden ödenir. İkinci maddeye göre, birinci maddeye göre uygulanacak ödeme misilleri, memurların buldukları memleketlerin ekonomik ve para durumlarına ve geçim şartlarına ve aylık derecelerine göre ve her misil için bir uygulama yeri gösterilmek suretile Maliye ve Dışişleri Bakanlıklarınca birlikte belirtilir ve lüzum görüldüğü takdirde aynı suretle değiştirilebilir.

Kanunun dördüncü maddesine göre; birinci madde mucibince aylık alabilecek memurlardan, sürekli görev ile yabancı memleketlere gönderilenlere, memuriyet mahallerine verişlerini takip eden ay başından itibaren ve yabancı memleketlerde iken merkeze çağrılan veya yurd içinde bir göreve atanana yeni görevlerinin bildirimlerini kovalıyan ay başına kadar olan aylıkları, birinci maddeye göre ödenir. Ancak sürekli bir görevle yabancı memlekette bulunup da yurd içinde bir göreve atanana merkeze çağrılanlardan haleflerinin gelişine kadar bekleme emri almaları dolayısıyla görevlerinde kalanlara haleflerinin geldiği ayın sonuna kadar birinci maddeye göre aylık verilir.

Beşinci maddeye göre; birinci maddede yazılı memurlardan sürekli bir görevle yabancı memlekette bulunmakta iken geçici bir görevle yurda çağrılanlara, merkeze geldikleri tarihi kovalıyan ay sonuna kadar ve dönüşlerinde aslı görevlerine başladıkları tarihi kovalıyan ay başından iti-

baren olan aylıkları birinci maddedeki şekilde ödenir. Bunların bu iki tarih arasında istihkakları yurd içindeki benzeri memurlar gibi verilir. Ancak, bu suretle çağrılan elçilerin memlekete girdikleri tarihten çıkıncaya kadar olan geçici görev süresinin bir ayı için aylıkları birinci maddeye göre ödenmekte devam olunur. Altıncı maddeye göre de; birinci maddede yazılı memurlar, haklarında uygulanmakta olan ödeme misillerinden farklı ödeme misli uygulanan bir başka memlekete naklolundukları takdirde yeni görevlerine başladıkları tarihi kovalıyan ay başından itibaren aylıkları yeni misiller üzerinden hesaplanır (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Emekli, dul ve yetim aylıklarına zam yapılması hakkında kabul buyurulan 28/12/1946 tarih ve 4992 sayılı kanunun birinci maddesine göre; çeşitli kanunlar hükümlerine göre bağlanmış ve bağlanacak emekli, dul ve yetim aylıklarına on beşer lira eklendikten sonra tutarları aylık aslı sayılarak bunlardan terfi zamlarıyla birlikte, yüz liraya kadar olanlara (yüz lira dahil) yüzde kırk beş, yüz liradan yukarı yüz yetmiş beş liraya kadar olanlara (yüz yetmiş beş lira dahil) yüzde kırk, yüz yetmiş liradan yukarı olanlara yüzde yirmi beş zam yapılmıştır. Şu kadar ki, bir kişiden dul ve yetim aylığı alanların sayısı birden fazla olursa bunların her birinin aylıkları için on beş liralık zam, yedi buçuk lira üzerinden hesaplanır. Vatanî hizmet tertibinden ödenen aylıklara da yukarıdaki esaslar dairesinde zamlar uygulanır.

Kanunun ikinci maddesine göre, hizmet sürelerine göre emekli, dul ve yetim aylıkları yerine verilen tazminatta esas olan aylık tutarlarına aşağıda yazılı nisbetlerde zam yapılarak, tazminatlar ona göre hesaplanır: Yüz liraya kadar olanlara (yüz lira dahil) yüzde elli, yüz liradan yukarı yüz yetmiş liraya kadar olanlara (yüz yetmiş lira dahil) yüzde kırk, yüz yetmiş liradan yukarı olanlara yüzde otuz.

Kanunun dördüncü maddesine göre, her çeşit emeklilerle vatanî hizmet tertibinden aylık alanların çocuklarına her çocuk için ayda beş lira çocuk zammı verilir. Bu zam için 4598 sayılı kanunun altıncı ve sekizinci maddeleri hükümleri uygulanır. Karı ve kocadan herbiri özel kanunlarıyla bu kanuna göre çocuk zammına müstahak buldukları takdirde bunlardan yalnız birine, yüksek miktarda çocuk zammına müstahak olana ödeme yapılır (Resmî Gazete, 31 Aralık 1946, sayı: 6494).

§ Kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 4995 sayılı kanunla; 3656 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelle bu cetvelin tadil ve eklerinin İçişleri Bakanlığı kısmına, ilişik cetvelde derece, ünvan ve aylığı gösterilen memuriyet eklenmiştir (Resmî Gazete, 6 Ocak 1947, sayı: 6498).

6 — Ticari:

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4969 sayılı kanuna göre; İtalya Hükümeti tarafından lâğvedilen «Istituto Nazionale per i Cambi Con l'Estero» müessesesi adına Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasında 15 Ekim 1938 tarihli Türkiye - İtalya ödeme anlaşması gereğince açılmış olan ve şimdiye kadar tasfiye edilmemiş bulunan hesapların «Ufficio Italiano dei Cambi» müessesesi adına devri hakkında İtalya Büyük Elçiliği ile 31 Mayıs 1946 tarihinde teati olunan mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî Gazete, 21 Aralık 1946, sayı: 6486).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4970 sayılı kanunla; 4931 sayılı kanunun birinci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, Çekoslovakya'ya sekiz milyon Türk lirası tutarında tütün ve bir milyon tutarında kuru meyva vesair maddeler satılması ve karşılığında Çekoslovak mamul ve ağır sanayi maddeleri alınması hakkında Çekoslovakya Elçiliği ile alınıp verilen mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî Gazete, 21 Aralık 1946, sayı: 6486).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4971 sayılı kanunla Türkiye ile Finlândiya arasında 15 Mayıs 1946 tarihinde Helsinki'de imza edilen ticaret ve ödeme anlaşmaları ile ekleri kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî Gazete, 23 Aralık 1946, sayı: 6487).

§ Kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 4972 sayılı kanunla, Türkiye ile İsveç arasında 24 Nisan 1946 tarihinde Stokholm'de imza edilen ticaret ve ödeme anlaşmaları ile ekleri kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî Gazete, 23 Aralık 1946, sayı: 6487).

B) T. B. M. M. KARARLARI;

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 15/11/1946 tarih ve 1506 sayılı karara göre; Tekel Genel Müdürlüğü ile Kibrit ve Çakmak Tekel Geçici İşletme İdaresine bağlı bazı işletmelerde yapılan yolsuzluklar dolayısıyla Gümrük, Tekel eski Bakanı Suat Hayri Ürgüplü'nün cezalı veya akçeli sorumluluğunu gerektiren bir hali olup olmadığı hakkında Adalet ve Anayasa Komisyonlarından kurulacak Karma komisyonca soruşturulma yapılmasına, ve icabında müddetin uzatılması için Kamutay'a başvurulması kaydıla bu komisyonun üç ayda işini bitirmesine, ve komisyonun veya teşkil edeceği ikinci komisyonun Meclis dışında da tahkikat yapmak için yetki sahibi olmasına karar verilmiştir (Resmî Gazete, 19 Kasım 1946, sayı: 4658).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 4/12/

1946 tarih ve 1505 sayılı karara göre; İstanbul, Edirne, Kırklareli, Tekirdağ, Çanakkale ve Kocaeli illerinde 23 Kasım 1940 tarihinde ilân edilen ve en son 1946 sayılı kararlar 23 Aralık 1946 tarihine kadar uzatılmış olan sıkıyönetimin bu tarihten başlamak üzere altı ay daha uzatılmasına karar verilmiştir (Resmî Gazete, 7 Aralık 1946, sayı: 6474).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Eskişehir Milletvekili Yavuz Abadan'ın seçim tutanağının reddine ve Kemal Zeytinoğlu hakkında düzenlenecek tutanağın celbine dair ittihaz buyurulan 6/12/1946 tarih ve 1508 sayılı karara göre: «21 Temmuz 1946 tarihinde yapılan milletvekili seçiminde, Eskişehir ilinde oy kazananların adları ve kazandıkları oy miktarlarını gösteren ve 4918 sayılı kanunun yirmi dokuzuncu maddesine göre İl Seçim Kurulunca tanzim edilen tutanakta, Kemal Zeytinoğlu'nun (45047) oy ve Yavuz Abadanın (33650) oy kazandıkları belli edilmiştir.

Bu tutanağa göre, en çok oy alanların sıralanmasında Kemal Zeytinoğlu sırada dördüncü ve Yavuz Abadan Yedinci iken, Kemal Zeytinoğlunun askerî görevde bulunduğu dair vukubulan itiraz üzerine İl Seçim Kurulu Başkanlığı tarafından yapılan soruya karşı Eskişehirde Askerî Mıntaka Komutanlığından gelen 24 Temmuz 1946 tarih ve 22450 sayılı yazıda, adı geçen Yüksek mühendis Kemal Zeytinoğlunun doksan lira aslı maaşlı sivil memur olduğu, kendisinin askerî memur sayılmayacağı ve görevinden 19/6/1946 tarihinde dilekçe ile istifasını vererek bu kâğıdın Millî Savunma Bakanlığına sunulmuş olduğu ve görevinden ayrılmağını istediği 19/6/1946 tarihli dilekçesi örneğinin gönderildiği bildirilmesile Eskişehir İl Seçim Kurulu, bu olay karşısında ve 4918 sayılı Milletvekilleri seçim kanununun on birinci maddesi hükmüne dayanarak Kemal Zeytinoğlunun seçimini yapılmamış saymış ve milletvekili seçecek olan Eskişehir İlinde oy çokluğu sırasile yedinci sırada oy kazanmış olan Yavuz Abadanın milletvekili seçildiğine dair düzenlenen tutanak Meclise gönderilmiştir.

Vâki şikâyet ve itiraz üzerine iş incelendikte: A) Milletvekilleri seçimi hakkındaki 4918 sayılı kanunun yirmi dokuzuncu maddesi, İl seçim kurulları yetkisinin: I — İl seçim kurulları tutanaklarına göre, seçimde oy alanların adları ile kazandıkları oyları bir tutanakla belli etmek, II — Bunlardan en çok oy alanların milletvekilleri seçildiklerini diğer bir tutanakla tesbit etmek, şeklinde gösterdiği; B) Kanunun on birinci maddesi sonunda (Aksi takdirde bu seçimler yapılmamış sayılır) fıkrasının, hâdisenin tâbi olacağı hükmü beyan ve ifadeden ibaret olup, bu hükmün hâdiseye tatbiki hakkında karar vermek yetkisini seçim kuruluna vermek

gibi bir mahiyeti haiz olmadığı; C) Milletvekilliğine seçilenler hakkında, gerek seçimin kanun yolunda cereyanı, gerek seçilenin seçime ehliyeti üzerinde yapılacak itirazlar hakkında karar vermek yetkisinin Büyük Millet Meclisine ait olduğu;

Sonucuna varılmış olmakla Yavuz Abadanın seçim tutanağının reddine ve Kemal Zeytinoğlu hakkında düzenlenecek tutanağın celbine karar verilmiştir» (Resmî Gazete, 11 Aralık 1946, sayı: 6477).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, İstanbul Milletvekilliğine seçilen Zeki Rıza Sporel'in seçim tutanağının reddi hakkında ittihaz buyurulan 6/12/1946 tarih ve 1509 sayılı karara göre: «16/7/1938 tarihinde neşrolunan 3527 sayılı Af Kanununun üçüncü maddesinde: (25 Eylül 1339 tarih ve 347 ve 26 Mayıs 1926 tarih ve 854 sayılı kanunlara göre teşekkül etmiş olan heyeti mahsusalarca haklarında bir daha Devlet hizmetlerinde istihdam edilmemelerine karar verilen eşhasın ve 24 Mayıs 1928 tarih ve 1289 sayılı kanunla Âli karar heyeti ve 25 Teşrinievvel 1933 tarih ve 2330 sayılı kanunun on ikinci maddesi mucibince Devlet Şurası Mülkiye Dairesi taraflarından tetkik ve tasdik edilenler de dahil olmak üzere verilmiş olan kararlar refedilmiştir. Ancak bu suretle haklarındaki kararlar refedilmiş olanlar bu kanunun mer'iyetinden itibaren iki sene müddetle maaşlı memur olarak istihdam edilemezler) denilmek suretile 25 Eylül 1339 tarih ve 347 sayılı ve 26 Mayıs 1926 tarih ve 857 sayılı kanunlarla teşekkül etmiş heyeti mahsusalarca haklarında bir daha Devlet hizmetinde istihdam edilmemelerine karar verilen eşhas hakkındaki hükümler kaldırılmıştır. Maddenin sarahati bütün tereddütleri giderecek kadar açık olup bu Af sadece (Devlet hizmetinde istihdam edilmemek) kısmına mahsus ve münhasırdır,

Yine o kanunun dördüncü maddesi ise şöyledir: (Birinci ve üçüncü maddeler hükmünden istifade edenler hakkında hâkimler ve memurin kanunlarile bunlara müzeyyel kanunlara vesair hususî kanunlara göre yapılmış ve yapılacak olan bütün inzibatî muamelelere ve askerlikten tart ve ihraç cezalarına ve askerî nisbetlerin kesilmesi kararlarına affın ve refi hükmünün şumulü yoktur).

Bu maddede görülüyor ki birinci ve üçüncü madde hükmünden istifade edenlerden 347 ve 854 sayılı kanunlara göre kurulan heyeti mahsusalarca Devlet hizmetinde istihdam edilmemek kararına mahkûm olanların - ki bunların içinde sivil memurlar da vardır - düçar oldukları inzibatî cezalar kaldırılıyor ve askerlikten tart ve ihraç cezaları ve askerî nisbetlerin kesilmesi kararları affa girmiyor. Bu, sarahaten ifade olunmaktadır.

347 sayılı kanunla kurulan heyeti mahsusalar bu kanuna göre hem Devlet hizmetinde kullanılmamak cezasını vermeğe ve hem de ayrıca nisbeti askeriyenin kesilmesine karar ittihaz eylemeye salâhiyetlidir. 1938 tarihinde çıkan kanun bunlardan sadece Devlet hizmetinde istihdam edilmemek kararlarını affa tâbi tutmuştur. Nisbeti askeriyenin kesilmesi bundan istisna edilmiştir. Bunda tereddüt ve şüpheye yer yoktur. Bunu iyice açıklamak üzere 347 sayılı kanunun ikinci maddesinin aşağıya aynen alınması faydalı görülmüştür: (Millî orduya resmen davet edilip de icabet etmemiş olan ordu mensubininin dahi nisbeti askeriyeleri katolunur).

İstanbul Milletvekilliğine seçilmiş olan Zeki Rıza Sporel, heyeti mahsusaca kendi hakkında verilen nisbeti askeriyenin kat'ı cezasına, sonradan neşrolunan kanunlarla bahşedilen itiraz hakkını kullanmamıştır. 1938 yılında çıkan Af Kanunundan da istifade edememektedir. Böylece kendisi orduda zabıt, gedikli zabıt olarak kullanılamaz ve bunların rütbelerini de taşıyamaz. Bu hal ise kısmî de olsa Kamu hizmetlerinden bir memnuiyettir.

Ceza Kanununun yirminci maddesi Kamu hizmetlerinden memnuiyeti ve bu cezadan dolayı ne gibi hak ve salâhiyetlerden istifade edilemeyeceğini sırasile saymaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasında bir rütbenin taşınmaması da gösterilmiş bulunuyor. Yine bu maddenin son fıkrasile de hidematı âmmeden memnuiyet cezasının bu hizmetlerden bazılarına hasredildiği ahvali kanunun tayin edeceği hükmünü kabul eylemiştir.

Nisbeti askeriyenin kat'ı cezası rütbe taşımayı meneden bir ceza olması dolayisile Ceza Kanununun Kamu hizmetlerinden yasaklılığa ait yirminci maddesine dahil ve kısmi de olsa Kamu hizmetlerinden yasaklılık olarak tecelli eder ve bu hal hukuk müessesesi içinde ancak bu isimle vasıflandırılır.

Anayasamızın on ikinci maddesindeki Kamu hizmetlerinden yasaklılığın milletvekilliğine seçilmeye mâni olduğu kabul edilmiştir. Zeki Rıza Sporel ise Mücadeleî Milliyede hizmeti vataniyesini ifaya resmen davet edildiği ve kendisi de muvazzaf baytar subayı olduğu halde bu davete icabet etmemiş ve bu sebeple 347 sayılı kanun gereğince nisbeti askeriyesinin kat'ına karar verilmiştir.

Zeki Rıza Sporel'in bu hükümlülüğü Af Kanununun şumulünden dışarıda kalmış olduğundan kendisi Kamu hizmetlerinin bir kısmından yasaklıdır. Kendisinin bu durumu ise milletvekili seçilmeye mâni görüldüğünden tutanağının kabul edilmemesine karar verilmiştir. (Resmî Gazete, 11 Aralık 1946, sayı: 6477).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 6/12/1946 tarih ve 1510 sayılı karara göre, İstanbul Milletvekilliğine seçilen Abdurrahman Münip Berkan'ın seçim tutanağı reddedilmiştir. Mezkûr karara göre: «Abdurrahman Münip Berkan'ın, Ragıp Paşa gelini Suat Abit vekili sıfatile ve diğer arkadaşı Hâmit Nâzım ile birlikte Zonguldak kömür maden ocaklarından dolayı Ragıp Paşa zade Şakir ve Cemal aleyhlerine ikame etmiş oldukları davada İstanbul Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin 340/629 sayılı dosyasında mevcut sulhname gereğince her birinden yirmi üçer bin liradan kırk altı bin lira ücreti vekâlet aldıkları halde bunun eski bir alacak olarak gösterildiği ve bu sebeple de cezalı olarak 10.393 lira 48 kuruş vergi tarholunduğu,

Mefsuph Müskirat Şirketinden de vekâlet ücreti olarak on bin lira aldıkları halde bunu da ketmeylediklerinden cezalı olarak üç bin lira vergi tahakkuk ettirildiği,

Anlaşılmış olması üzerine İstanbul Barosunca haklarında yapılan takibat sonunda bu hallerin inzibatı cezayı mucip olmayacağı neticesine varılmış ise de itirazen tetkik mercii sıfatile İstanbul Ağır Ceza Mahkemesince bu haller hüsnüniyete makrun görülmiyerek mülga Avukatlık Kanunu hükümlerine tevfikan birer ay müddetle avukatlıktan menlerine karar verilmiş olduğu anlaşılmıştır.

Abdurrahman Münip Berkan'ın şeref ve haysiyete aykırı görülen bu hareketi milletvekilliğinin mânevî şartlarına uygun bulunmamakla beraber, çekilen cezanın mahiyeti gözönüne alınarak, tutanağının kabul edilmemesine karar verilmiştir» (Resmî Gazete, 11 Aralık 1946, sayı: 6477).

§ Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 9/12/1946 tarih ve 1511 sayılı karara göre; Üsteğmenlik nasıp tarihinin 1 Mart 1334 tarihine düzeltilmesine ve bundan sonraki subaylık ve askerî memurluk rütbe nasıp tarihlerinin de buna göre ve teselsülen ıslahına dair askerî yargıtaydan verilen ilâmın tamamen tatbik olunamadığından şikâyet eden ikinci sınıf askerî muamele memuru Zühtü Beşkök, esir bulunduğu Rusyadan kaçarak 1334 yılında vatana dönmüş ve dokuzuncu orduya iltihakla Millî Mücadelede fiilen hizmet görerek 15 Teşrinievvel 1337 tarihinde Üsteğmenliğe terfi etmiş ve bundan sonra her üst dereceye liyakatı, zamanında sicillerle tesbit olunarak ehliyeti, tartışma konusu olmamıştır.

Yalnız, 20 Teşrinievvel 1337 tarihli kararname ve diğer usul ve mevzuat dairesinde emsallerle birlikte muamele görmediğinden şikâyetle Bakanlık aleyhine dava açan Zühtü Beşkök'ün askerî yargıtaydan aldığı ilâmın tatbiki esnasında, asıl hüküm fıkrasının bir kısmı ihtilâf konusunu teşkil etmektedir. Hüküm fıkrasının sarahaten «15 teşrinievvel 1337 tarihli

üsteğmenlik nasbının emsallerinin nasıp tarihini teşkil eden 1 Mart 1334 tarihine ircaı ve bundan sonraki gerek subaylık ve gerekse askerî memurluk sınıflarındaki rütbeleri nasıplarının da buna göre teselsülen ıslahı» denilmektedir.

Bakanlık bu hüküm fıkrasına göre Zühtü Beşkök'ün 15 Teşrinievvel 1337 tarihli üsteğmenlik nasbını, 1 Mart 1334 tarihine irca etmiş bulunmakta ve fakat bundan sonraki rütbe nasıp tarihlerini iddiaya göre değil terfide ehliyet ve liyakatın şart olduğunu gösteren 863 ve 4273 sayılı kanunlar hükümlerine göre ve asgarî müddet beklemek kayıt ve şartlarına tâbi tutmakta ise de:

Vaktile emsalleriyle birlikte muameleye tâbi tutulmasını âmir olan usul ve mevzuattan istifade ettirilmeyen Zühtü Beşkök'ün bu hakkı, hükümle ve sarahaten teyit kılınmış ve üsteğmenlik nasbı 1 Mart 1334 tarihine irca olunmuştur. Bundan sonraki rütbelerin her birisinde iyi sicil aldığı kabul olunan ve liyakati teslim edilen bu subayın o sicilleri vaktinde alamamış bulunması, kendi kusurundan değil, tâbi olduğu Bakanlığın her hangi yanlış veya vaktinde yapılmamış muamelesinden tevellüt etmiş bulunduğu tebarüz etmektedir. Hususile adı geçen kararnamenin vaktinde tatbik edilmemesi sebebiyle 1337 tarihinde üsteğmen nasbedilen bu subaya o tarihte üst derece olan yüzbaşılık rütbesi için âmirlerinin sicil vermesi hatıra gelemeyeceği gibi verilse bile bir hüküm ifade etmeyeceği bedihi idi.

Şu halde, 1 Mart 1334 tarihli üsteğmen nasıplı subaylarla sarahaten emsal gösterilen ve yukarıda işaret edildiği veçhile muhik ve makul sebeplerle velev ki vaktinde verilmemiş olsa bile üst dereceye ehliyet ve liyakati sicillerle muntazaman müspet bulunan Zühtü Beşkök'ün müteakip rütbe-lerde 1 Mart 1334 nasıplı üstteğmenlerden geri kalmasını mucip terfi kanunlarında memnuiyeti âmir bir hüküm olmadığı gibi asgarî müddetleri derpiş eden ve ihtilâfın hal mercii olan mahkemenin kararında da bu düşünceyi varid gösterecek bir ima da bulunmadığından 1 Mart 1334 nasıplı üsteğmen emsalleriyle birlikte Zühtü Beşkök'ün üst derece nasıplarının düzeltilmesi lüzumuna ve bu suretle ilâm hükmünün infazı için gereken işlemin Millî Savunma Bakanlığınca yapılmasına karar verilmiştir (Resmî Gazete, 13 Aralık 1946, sayı: 6479).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 18/12/1946 tarih ve 1512 sayılı karara göre; Başbakan Recep Peker'in, Kamutay'ın 18/12/1946 tarihli on sekizinci birleşiminde verdiği söylevin, olduğu gibi, en uzak köylere kadar her vasıta ile ve radyo ile yayılmasına karar verilmiştir (Resmî Gazete, 20 Aralık 1946, sayı: 6485).

§ Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 19/12/1946 ta-

rih ve 1513 sayılı kararla; Türkiye Cumhuriyetinin koruyucusu ve Türk bağımsızlığının bekçisi olan kara, deniz ve hava ordularımıza Büyük Millet Meclisinin güven, selâm ve sevgisinin bildirilmesi kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 21 Aralık 1946, sayı: 6486).

F) BAKANLAR KURULU KARARLARI:

§ 22/8/1946 tarihli ve 3/4600 sayılı karara ek olmak üzere Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 3/5078 sayılı karara göre; 2395 sayılı kazanç vergisi kanununa ek 2729 sayılı kanunun beşinci maddesi gereğince fabrika ve matbaaların, 1947 yılı içinde tâbi olacakları en az kazanç vergisi nisbetlerini gösteren ilişik cetvelin onanması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 28 Aralık 1946, sayı: 6492).

§ Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 24/10/1946 tarih ve 3/4854 sayılı karara göre; bin beş yüz ve daha yukarı rakımlı yerlerde daimî memuriyetle bulunanlardan 4178 sayılı kanunun dokuzuncu maddesi gereğince yakacak zammına müstahak olanlara bu zamların Maliye Bakanlığınca toptan ve peşin olarak verilmesi halinde, ödeme ile ilgili hususlarla hak etme ve geri alma hükümlerinin belirtilmesi hakkındaki adı geçen Bakanlığın 131135/157 sayılı yazısı Bakanlar Kurulunun 24/10/1946 tarihli toplantısında incelenerek; a) ödemelerin Maliye Bakanlığınca tesbit olunacak aylarda bu aylara ait aylık ve ücretlerle birlikte bordrolarda gösterilmek suretile yapılması, b) yakacak zamlarını peşin olarak aldıktan sonra hizmetten ayrılan veya yakacak zammına hak vermeyen bir yere veya hizmete naklolunanların, ayrılma veya nakledilme hallerinin vukuu tarihinden sonraya isabet eden yakacak zamlarının namlarına borç kaydedilerek geri alınması, c) yakacak zamlarını toptan ve peşin aldıktan sonra ölenlerin ölüm tarihinden sonraya isabet eden kısmının geri alınmaması, d) talim ve manevra sebeble silâh altına alınmış bulunan yedeksubay ve askerî memurlarla gediklilerden askerî vazifelerinin bulunduğu yer itibarıyla yakacak zammına müstahak olup da sivil memuriyetlerinden yakacak zammına müstahak olmıyanlara ve aynı durumda bulunan serbest meslek erbabile eylemli askerlik hizmetini yapan yedeksubaylara terhis edilecekleri tarih gözönüne alınarak bu tarihe kadar olan süre için toptan ve peşin olarak zam ödenmesi, e) mecburî hizmet süresini tamamlamış olan gediklilerden bu zamma müstahak olanların temdid talep etmemiş olmaları halinde terhis tarihlerine, temditli olanların da yeni bir temdit talepleri olmaması halinde temdit sürelerinin sonuna göre ödeme yapılması, f) Vekâlet vazifeleri dolayısıyla yakacak zammına müstahak olan Vekillerden münhal kadrolara tayin edilmiş bulunanlara, maaş ve teadül kanunları hü-

kümlerine göre verilebilecek vekâlet aylığı süresi, asili mevcut olan vekillere ise asilin avdet tarihi belli ise bu tarih gözönünde tutularak ödeme yapılması, g) yakacak zamlarını toptan ve peşin olarak aldıktan sonra genel bütçeli bir daireden katma veya özel bütçeli bir daireye veya 3659 sayılı kanuna tâbi kurumlara veya bunların birinden diğerine nakletmiş olup da geçtikleri yeni memuriyetleri itibarile bu zamma müstahak bulunanlar, geçtikleri yerde istihkaklarını nakil tarihinden itibaren yine toptan alacaklarından, ayrıldıkları tarihten sonraya isabet eden süreye ait zamların namlarına borç yazılarak istirdat olunması, 4849 sayılı kanunun birinci maddesine dayanılarak kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 3 Ocak 1947, sayı: 6496).

§ Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 2/11/1946 tarih ve 3/4888 sayılı karara göre; 5/3/1940, 3/4/1940 tarihli ve 2/13019, 2/13220 sayılı kararlarla yürürlüğe konulan K/8 ve K/20 sayılı kararlar gereğince kurulmuş olan İthalâtçı Birlikleri kaldırılmış ve tasfiye işlerinin yürütülmesiyle bu Birliklerin Umumî Kâtipleri görevlendirilmiştir. Bu birliklerdeki fon ihtiyat hesabı mevcudunun Ticaret Bakanlığı emrine verilmesi, bu paraların T. C. Ziraat Bankasında hususî bir hesaba yatırılması, duhuliye, maktu ve maliyete katılmamış olan nisbî aidat gelirlerinden; birliklerce bugüne kadar yapılan umumî giderler, teberrüler, memurlara verilen ve verilecek tazminat ve ikramiyeler ve tasfiye giderleri çıkarıldıktan sonra bu kısımdan tahassül edecek bakiyeyi, demirbaş eşya ile birlikte ihracatçı birliklerine devir ve tahsis, bu devir ve tahsisten sonra, yukarıda açılan hesaptaki paradan geriye kalacak kısımları ticaretin gelişmesi ve teşkilâtlandırılması işlerinde kullanmak için Ticaret Bakanlığına yetki verilmiştir. Keza, tahakkuk eden duhuliye ve diğer aidattan tahsil edilmiş kısımların kaydının terkin olunması hakkındaki ilişik K/667 sayılı kararın yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 19 Mayıs 1946, sayı: 6458).

§ Bakanlar Kurulunun 25/11/1946 tarih ve 3/4972 sayılı kararına göre; 3843 sayılı muamele vergisi kanununun yirmi birinci maddesi gereğince 30/7/1940 tarihli ve 2/14083 sayılı kararla yürürlüğe konulmuş olan iptidai maddeler tenzilât cetvelinin gıda sanayiine ait «E» grubunun sonuna elli numaralı pozisyon olarak «nişastadan mamul çocuk maması»nın eklenmesi ve bu mamul için yüzde otuz nisbetinde iptidai madde indirimi yapılması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 6 Aralık 1946, sayı: 6473).

§ Bakanlar Kurulunun 1/7/1935 tarihli ve 2/2911 sayılı karara ek olmak üzere kabul buyurulan 25/11/1946 tarih ve 3/4973 sayılı kararı-

na göre; sıtma ve frengi ilâçları hakkındaki 2767 sayılı kanun gereğince Türkiye Kızılay Derneğinin tekeli altına verilmiş olan ilâçlara ait listeye «Metoquine Tablet» ve «Metoquine Compound Tablet» adlı müstahzarların da sıtma ilâcı olarak sokulması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 6 Aralık 1946, sayı: 6473).

§ Bakanlar Kurulunun 29/11/1946 tarih ve 3/5026 sayılı kararile; 3843 sayılı muamele vergisi kanununun yirmi birinci maddesi gereğince 30/7/1940 tarihli ve 2/14083 sayılı kararile yürürlüğe konulmuş olan iptidai maddeler tenzilât cetvelinin gıda sanayiine ait «E» grubunun sonuna kırk dokuz numara ile «Margarin yağı»nın eklenmesi ve bu mamul için yüzde altmış iptidai madde indirimi yapılması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 18 Aralık 1946, sayı: 6483).

§ Bakanlar Kurulunun 29/11/1946 tarih ve 3/5027 sayılı kararile; 3843 sayılı muamele vergisi kanununun yirmi birinci maddesi gereğince 30/7/1940 tarihli ve 2/14083 sayılı kararile yürürlüğe konulmuş olan iptidai maddeler tenzilât cetvelinin mensucat sanayiine ait «F. IV» grubuna on dört sıra numarası ile «pamuk ipliğinden örme suretile vücade getirilen tül perde veya cıbnlık imaline mahsus kumaşlar»ın eklenmesi ve bu mamul ile yüzde kırk sekiz nisbetinde iptidai madde indirimi yapılması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 18 Aralık 1946, sayı: 6483).

§ Bakanlar Kurulunun 29/11/1946 tarih ve 5035 sayılı kararile; 3843 sayılı muamele vergisi kanununun yirmi birinci maddesi gereğince 30/7/1940 tarihli ve 2/14083 sayılı kararile yürürlüğe konulmuş olan iptidai maddeler tenzilât cetvelinin ipekli mensucat sanayiine ait «F. II» grubunun, sun'î ipekten mamul kumaşlara ait sekiz numaralı pozisyonunda yazılı yüzde otuz dokuz nisbetinin, memlekete hariçten getirilen ve Vistra adile anılan muhtelif denyeli bükümlü ve bükümsüz ipliklerden yapılan kumaşlara da uygulanması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 18 Aralık 1946, sayı: 6483).

§ Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 16/12/1946 tarih ve 3/5085 sayılı karara göre; 3843 sayılı muamele vergisi kanununun yirmi birinci maddesi gereğince 30/7/1940 tarihli ve 2/14083 sayılı kararla yürürlüğe konulmuş olan iptidai maddeler tenzilât cetvelinin toprak sanayiine ait «A» grubunun sonuna on üç numaralı pozisyon olarak «memleket içinde talaş, çimento ve çakılların karıştırılarak tahta kalıplara dökülmesi ve bu kalıpların su cenderesinde sıkıştırılması suretile imal olunan hafif inşaat malzemesi levhaları»nın eklenmesi ve bu mamul için yüzde on beş nisbetinde iptidai madde indirimi yapılması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 27 Aralık 1946, sayı: 6491).

§ Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 19/12/1946 tarih ve 3/5114 sayılı karar ile; 4936 sayılı Üniversiteler Kanununun geçici 6 ncı maddesine dayanılarak hazırlanan ve Danıştayca incelenmiş olan ilişik «Doktora yapmamış yüksek mühendis ve yüksek mimarlardan Doçentlik imtihanına gireceklerin yeterlik imtihanı tüzüğü» nün yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 3 Ocak 1947, sayı: 6496).

§ Kabul buyurulan 30/12/1946 tarih ve 3/5165 sayılı karara göre; Başbakanlık Koordinasyon Bürosunun 1947 yılı teşkilât kadrosu hakkındaki ilişik K/680 sayılı kararın yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır (Resmî Gazete, 5 Ocak 1947, sayı: 6496).

R. G. O.

II

Mahkeme İçtihatları

A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemeleri kararları; C) Adalet mahkemeleri kararları.

A) UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI :

Adli mahkemelerde münhasıran ajan ve memurların şahısları aleyhinde, şahsî kusurlarından bahisle, açılan tazminat davalarında idarenin uyuşmazlığı hariçten tahrik ve ihdas etmesine kanunen imkân olmadığı hakkında Yüksek Mahkemenin 31/5/1946 tarihli ve K: 44/16 E: 46/17 sayılı kararı.

Geçen nüshada muhalefet sebebi ile birlikte naklettiğimiz Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı hakkında, âcizane, bir takım mütalâalarda bulunmuş; Yüksek Mahkemenin içtihadının dayandığı ve dayanabileceği ilk bir muçip sebebi ve delili çürütmeye çalıştıktan sonra, başka bazı sebepler ve deliller aramamız lâzım geldiğine işaret etmiştik.

2 — Zannımızca, Uyuşmazlık Mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun 8 inci maddesinin idare aleyhinde değil de sırf ajan ve memurların şahısları aleyhinde açılan davalarda idarenin ihtilâfı hariçten tahrik ve ihdas etmesine cevaz vermediği lehinde bir delili, belki ilk nazarda, 9 uncu maddede bulmak mümkündür. Şöyle ki:

Kanunun 9 uncu maddesi ihtilâfın 8 inci maddeye göre ihdası zımında Danıştay Savcısının Adli mahkemeye bir muhtıra göndereceğini söylerken, mahkemenin bu muhtıranın bir örneğini 5 gün içinde davacıya göndereceğinden ve bir diyeceği varsa davacının da bunu 7 gün içinde mahkemeye yazı ile bildireceğinden bahsettiği halde; bu muhtıranın diğer bir örneğinin mahkeme tarafından müddeaaaleyhe gönderileceğinin-

den ve onun da bir diyeceği varsa cevabını mahkemeye bildirebileceğinden maddede asla bahis yoktur.

İşte maddenin muhtıra örneğinin davacıya gönderileceğini tasrih ettiği halde müddeaaaleyhe de gönderileceğini meskût geçmesinden kanunun herhangi icabî bir ihtilâfın Uyuşmazlık mahkemesine sevkedilebilmesi için davanın behemehal idare aleyhinde açılmış olmasını şart koştuğu, yani idarenin bu dava içinde yer almasını zaruri telâkki ettiği ilk nazarda hatıra gelebilir. Çünkü idarenin davada yer aldığı, daha doğrusu doğrudan doğruya hasım ve müddeaaaleyh mevkiinde bulunduğu kanunen kabul edilmeseydi, idarenin mahkemenin vazifesizliği hakkındaki noktai nazarını, delillerini ve mucip sebeplerini ihtiva eden, muhtıranın davacıya gönderilip de diğer tarafa - yani müddeaaaleyhe gönderilmemesine, başka türlü, akıl erdirmek çok zor olur. Gerçekten müddeaaaleyhin de Adli mahkemenin bu dâvayı tetkik hususunda vazifeli sayılıp sayılmaması en az davacı kadar ilgili olduğu ve bu noktada asgarî davacı kadar menfaati bulunduğu muhakkaktır.

Şu halde kanunun müddeaaaleyhten bahsetmemesinin sebebini davanın esasen idare aleyhine açılmış olduğunu bir faraziye olarak kabul ettiğinde aramak lâzım geldiği haklı olarak hatıra gelebilir. Kanunun, vazife itirazında bulunan idarenin esasen o davada müddeaaaleyh olarak yer aldığını gözönünde tutarak, sırf bunun için vazife meselesine müteallik olan muhtıranın ayrıca müddeaaaleyhe, yani idareye gönderilmesine lüzum görmediği bihakkın düşünülebilir.

Lâkin bu düşüncenin de sıkı ve titiz bir tenkide mukavemet ve tahammül edemeyeceğini zannediyoruz. Gerçekten: bir kere kanunun, muhtıra örneğinin, davacı gibi, müddeaaaleyhe de gönderilmesini hangi sebebe binaen şart koşmadığını söylemek mümkün değildir. Zira bu sebep meçhuldür. Meçhul bir sebebi malûm gibi telâkki etmek doğru olmasa gerektir. Bahusus ki kanun muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmeyeceğini sureti mahsusada söylemeyip, sadece muhtıranın davacıya gönderileceğini tasrih etmekle iktifa ediyor. Bu itibarla — her ne kadar bu sözün mefhumu muhalifinden — müddeaaaleyhe bu gibi bir muhtıranın gönderilmesinin kanun nazarında zarurî olmadığı anlaşılıyorsa da vazı kanunun bu maddeyi hususî bir maksatla bu şekilde kaleme almadığı, müddeaaaleyhten bahsetmeyi, kanunun tahririndeki bir ihmâl, noksan, dalgınlık neticesinde unutmuş olduğu belki de düşünülebilir. Bahusus ki kanunun diğer bazı maddelerinde de bazı hatalar, aksaklıklar göze çarpmakta; kanunun tahririnde âzamî dikkat ve titizlik sarfedilmediği dikkati çekmektedir. Bu cihetle müddeaaaleyhten bahsedilmemesini — diğer birçok noktalar gibi — ka-

nunun tahririndeki hatâ, noksan ve aksaklığa atfetmek belki de yanlış olmaz!

Herhalde kanunun, hangi sebebe binaen, muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmesine lüzum görmediği bizim için meçhul olduğuna göre; bizzarure bilmediğimiz, bilmemize imkân olmayan bir sebebe şu veya bu mânayı filân veya falan gayeyi atfetmemiz doğru olmaz. Sebep meçhul olduğuna göre bunun mânası da, gayesi de bizzarure meçhul kalmaya mahkûmdur. Şu halde kanunun, hakikaten muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmesini asla tecviz etmediğini kat'iyetle tesbit etsek bile; buna niçin cevaz vermediğini tesbit etmemize yine imkân olamaz. Kanunun ne gibi bir düşünce ile, ne gibi bir saikle, ne gibi bir maksatla, ne gibi bir sebeple muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmesini istemediğini kestiremeyiz. Bu sebebi kestiremediğimize göre de kanunun ancak idarenin taraf olduğu, müddeaaaleyh olarak yer aldığı davalarda ihtilâfın ihdasına müsaade ettiği için, sırf bu sebeple, yani ihtilâfı tahrik eden idarenin zaten davada müddeaaaleyh olarak ahzi mevki eylediğini nazara alarak ihtilâfı tahrik eden idarenin mahkemenin vazifesizliği hakkındaki noktainazarını, delillerini ve mucip sebeplerini ihtiva eden muhtıranın ayrıca müddeaaaleyhe gönderilmesine lüzum görmediğini söylemek de mümkün olmasa gerektir. Pekâlâ muhtemeldir ki kanun bu hükmü büsbütün başka bir düşünce, saik, maksat ve sebeple vazetmiştir.

Meselâ kanun vazın adli kaza ile idari kaza arasındaki icabi vazife ihtilâflarının ekser ahvalde bir fert tarafından doğrudan doğruya idare aleyhinde açılan davalar vesilesile ortaya çıkacağını düşünmüş, yani idareye karşı açtığı davayı idari kazada açması lâzım gelirken davacının İdarî kaza yerine Adli mahkemeye başvurarak davasını bu mahkemede ikame etmesi ihtimalini derpiş etmiş, mahkemenin ise — idari kazaya ait olan bu davayı — tetkik hususunda kendini vazifeli görebileceğini nazara almış olabilir. İşte daha ziyade bu ihtimal üzerinde durmuş, maddeyi bu ihtimale göre kaleme almış, mezkûr hükmü bu ihtimale uygun şekilde sevk etmiş olabilir. Şöyle ki kanun, dediğimiz gibi, adli kaza ile idari kaza arasındaki icabi vazife ihtilâflarının umumiyetle fert tarafından doğrudan doğruya idare aleyhinde açılmış davalar zımında zuhur edeceğini düşünerek idarenin ihtilâfı tahrike tevessül edeceği hemen bütün hallerde esasen icabi vazife ihtilâfına sebebiyet veren davada taraf olarak, daha doğrusu müddeaaaleyh sıfatı ile yer almış olacağını gözönünde tutmuş, bu itibarla — Adli mahkemenin vazifesiz olduğunu ileri süren zaten idaranın kendisi olduğuna göre — mahkemenin vazifesiz olduğuna dair serdettiği delil ve sebepleri ihtiva eden muhtıranın müddeaaaleyhe, yani bizzat idarenin kendisine tebliğine bundan dolayı lüzum görmemiş olabilir.

Lâkin kanunun, maddeyi tatbikatta tahakkuku en ziyade muhtemel olan bu ihtimali nazara alarak kaleme almasından acaba davanın fert tarafından bir ajan veya memur aleyhine açılmış olması, daha geniş bir tâbirle davanın şahıslar arasında cereyan etmesi halinde idareyi — davanın hakikatte idarî mevad ve mesaileden mütevellit bir ihtilâf olduğuna kanaat getirdiği takdirde — bu davanın adli kazaya değil de idarî kazaya ait olduğunu iddia ile vazife itirazında bulunmak suretile ihtilâfı tahrik ve ihdas etmesini muhakkak surette menettiği neticesini istihraç ve istidlâl caiz midir? Zannetmiyoruz.

Zannetmiyoruz. Çünkü:

Evvelce uzun uzadıya izaha çalıştığımız üzere, Uyuşmazlık mahkemesi her şeyden evvel idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumak maksadile kurulmuştur. Yüksek mahkemenin tesisinin maksat ve gayesi: Adliyenin idarî ihtilâflara, davalara el koymasına, bu suretle idareye müdahale etmesine mâni olmaktır. Kısaca Uyuşmazlık mahkemesi idarenin adli mahkemeler, Adliye karşısında istiklâlini sağlamak düşüncesine müstenittir. Müessesenin mahiyeti, gayesi, ruhu, rolü, vazifesi budur.

Şu halde uyuşmazlık mahkemesini kuran kanun bir taraftan adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarını gayet umumî olarak önlemeye çalışırken; daha doğrusu adli kazanın idarî kazaya ait olan ihtilâf ve davalara el koymasına, kendini vazifeli görerek bu gibi davaları tetkik, rüyet ve halletmesine mâni olmak isterken; idareyi adli kazanın bu gibi tecavüz ve müdahalelerinden korumayı kendine gaye edirenken; diğer taraftan adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarının en nazik, en çetin, en ağır sayılabilecek olan (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefrikinden doğan ihtilâfları, davaları çerçevesi ve mevzuu dışında telâkki etmesine, bunların uyuşmazlık mahkemesince kat'î ve nihai olarak çözümlenmesine lüzum görmemesine imkân olamaz. Velhasıl idarî mevad ve mesailin tetkik merciinin idarî kaza olduğunu nazara alarak, bu gibi mesailden çıkan dâvaların adli mahkemelerce tetkik ve hallini asla tecvîz etmeyen kanun bir taraftan idarî kazayı ve netice itibarile idareyi adli kazanın bu gibi tecavüz ve müdahalelerinden umumî ve mutlak surette himaye ederken; beri tarafta diğer idarî mesail ve mevad kadar ve hattâ bunlardan ziyade idarî kazayı ve idareyi ilgilendiren (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki işini adliyenin tam ve mutlak takdir ve hâkimiyetine terketmiş olamaz.

Olamaz. Çünkü (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefrikini adliyeye bırakmak, bu hususta kat'î ve nihai karar vermek salâhiyetini adli kazaya tanımak demek: İdare fonksiyonu, idarî faaliyet ve vazife, kısaca

âmmе hizmeti dolayısıyla icra olunan bir fiil ve muamelenin tetkik ve tavsifini tamamen adli kazaya terketmek demek olur.

Bir idare ajanının veya bir memurun, ifa ettiği bir fonksiyon zımında, icra eylediği bir faaliyet ve vazife dolayısıyla, gördüğü bir âmmе hizmeti münasebetile, işlediği herhangi bir fiilin şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmediğini araştırmak, takdir ve tayin etmek: mezkûr fiilin ve dolayısıyla bu fiilin ilgili bulunduğu fonksiyon, faaliyet, vazife ve faaliyetin idare hukuku esaslarına, idarî mevzuata, idarî örf, âdet ve teamüllere, elhasıl idarî icap, zaruret ve şartlara uygun olup olmadığını araştırmak, idarî fiil ve muamelelere nüfuz etmek, bunları tahlil, tenkit etmek, bir kelime ile idarî mevad ve mesaile müdahale etmek, idarî işleri kontrol etmek demektir.

Halbuki bu gibi bir iş adli kazaya değil, idarî kazaya aittir. Adli mahkemelere bu gibi bir imkân tanınması demek: adli kazanın idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmesine cevaz vermek olur.

S. S. Onar'ın dedikleri gibi «... Memurun fiilinde mevcut kusurun şahsına mı yoksa hizmeti ve dolayısıyla idareyemi ait olduğunu tefrik etmek nazik bir meseledir ve nihayet kusurun tesbit ve takdiri meselesi bizi idarî muamelenin tahlil ve tenkidine götürür ki bu suretle netice itibarile adli ve idarî makamların ayrılması hakkındaki esas da ihlâl edilmiş olur. Binaenaleyh memurların vazifelerini serbestçe ifa edebilmeleri için hususî bir gaye ve teminata malik olmaları... lâzım gelir» [1].

Muhterem hocamız Fransada bugün bu mevzuda idarenin adli mahkemeler karşısındaki istiklâlini temin eden ve memurların adli mahkemelerin müdahalesinden müstakillen vazifelerini serbestçe görebilmelerini mümkün kılan sistemin memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu olduğunu tayin işinin ihtilâf mahkemesine tevdiinden ibaret olduğuna işaret ediyorlar. Diyorlar ki: «... Bir memur adli mahkeme huzurunda takip edilebilir. Fakat idare meselenin memurun şahsî kusurundan ileri gelmediğini, doğrudan doğruya idareye taallük eder bir mesele mevcut olduğunu ve binaenaleyh adli mahkemenin davayı rüyet edemiyeceğini dermeyan eder ve keyfiyeti bir mesele müste'hire olarak ihtilâf mahkemesine sevkettirir. İhtilâf mahkemesi evveleminde memurun şahsî bir kusuru olup olmadığını tesbit eder. Şahsî kusuru varsa, iş tamamen adliye mahkemesinin salâhiyeti dahiline girer, aksi takdirde memur şahsî takibattan kurtulur ve dava hizmet kusurundan mütevellit bir dava mahiyetinde Şûrayı Devlete arz olunur. Şûrayı

[1] İdare Hukuku 1933, sah. 183.

Devlet de idari bir dava olarak keyfiyeti tetkik ve idarenin mesuliyetini mucip bir vaziyetin mevcut olup olmadigini tesbit eyler» [2].

Bütün bu izahat gösteriyor ki, uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunu daima bu esaslara göre anlamak, yorumlamak icap etmektedir. Bu itibarla kanunun tefsirinde, (Şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki gibi idarî mevad ve mesaile müteallik bir hususu, netice itibarile adliyyeyi idarî ef'al ve muamelâtı, idarî mevad ve mesaili tahlil, mürakabe ve tenkide götürecektir olan bir işi, elhasıl adli kazayı belki de idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmesine imkân bırakacak olan bir noktayı kanunun uyuşmazlık mahkemesinin tetkiki haricinde bırakmış olduğunu bir faraziye olarak kabul etmek doğru olmaz.

Bilâkis kanunu tefsir ederken - kanunun asıl gayesi: adli mahkemelerin idarî mevad, mesail ve hususata müdahalesini önlemek, adli kazanın idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüzüne mâni olmak, bu suretle idareyi adliyenin müdahale, nüfuz ve tesirinden kurtarmak olduğuna göre - kanunun adli mahkemeleri ister istemez idarî mevad, mesail ve hususatın tetkik, tahlil, takdir, mürakabe ve tenkidi cihetine götürmesi ihtimal ve imkân dahilinde olan bütün hallerde kat'î ve nihai sözü uyuşmazlık mahkemesine bıraktığını; şu halde adli mahkemelerde ajan ve memurlar aleyhinde, şahsî kusurlarından bahisle, açılan tazminat davalarında da idarenin ihtilâfı tahrik ve ihdas etmesiyle şahsî kusurla hizmet kusurunu tefrik işini ve binnetice adli kaza ile idarî kazadan hangisinin bu davayı tetkike vazifeli ve salâhiyetli olduğunu kat'î ve nihai olarak tayin vazifesini de zımnen uyuşmazlık mahkemesine tevdi ettiğini bir faraziye olarak kabul etmek: herhalde kanunun ruhuna, sistemine, bünyesine, gayesine, rolüne, vazifesine daha uygun ve binaberin tefsir tekniğine daha ziyade yaraşan bir faraziye olur!

Velhasıl demek istiyoruz ki: kanun daha ziyade idarenin müddealeyh olduğu, içinde yer aldığı davaları nazara almış, tatbikat ve fiiliyatta daha fazla tahakkuku muhtemel olan hal bu olduğu için bilhassa bu gibi bir ihtimali derpiş etmiştir. Maddeyi işte bu sebeple bu şekilde sevk etmiştir.

Lâkin bu demek değildir ki kanun davanın münhasıran bir ajan ve memur aleyhinde açılması halinde, idarenin - bu davanın içinde yer almamakla beraber - davanın hakikatte bir hizmet kusurundan neşet ettiğini, yani ajan ve memura isnad olunan fiilin - davacının iddia ettiği gibi - şahsî bir kusur olmayıp hakikati halde bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile, hariçten ihtilâfı tahrik ve ihdas etmesine cevaz verme-

[2] İdare Hukuku 1933, sah. 184.

mektedir. Hayır kanunu böyle anlamak doğru değildir. Bu gibi bir tefsir kanunun dayandığı esaslara, kabul ettiği sisteme, kanunun mantığına, ruhuna, maksadına aykırı düşer.

Zira davada kimin taraf olduğunun: meselenin tâbi olacağı hal şekli üzerinde hiç bir tesiri olmamak lâzım gelir. Davada idare taraf olduğu gibi, ajan ve memur da taraf olabilir. Başka bir söyleyişle dava doğru- dan doğruya idare aleyhine açıldığı gibi; münhasıran bir ajan ve memur aleyhinde de açılmış olabilir. Bunun, meselenin halli bakımından, hiç bir ehemmiyeti yoktur, hiç bir ehemmiyeti olmamak lâzım gelir.

Çünkü mühim olan: adli mahkemelerde açılan davada idarenin müd- deaaleyh olarak yer alıp almaması değil; adli mahkemece el konulan hâ- disenin, ihtilâfın, davanın - özü, muhtevası bakımından, yani nev'i mad- de itibarıyla - idarî bir mahiyet arz edip etmediğidir.

Yani meşgul olduğumuz meselenin merkez sıkketi: davada idarenin taraf olması değil, davanın idarî bir mahiyet arz etmesidir.

İdare bu gibi bir davada taraf olsun olmasın, mademki dava idarî bir mahiyet arz etmektedir, daha doğrusu idarî bir mahiyet arz edip etmediği hususunda adliye ile idare arasında bir ihtilâf vardır; öyle ise davanın idarî bir mahiyet arz edip etmediğini, davanın idarî bir dava olup olmadığını uyuşmazlık mahkemesinin incelemesi ve bunu kat'î ve nihai olarak halletmesi lâzımdır.

Aksi takdirde adli mahkemeler bir kısım idarî ihtilâflara, idarî da- valardan bazılarında el koymuş olurlar; ki uyuşmazlık mahkemesinin bu gibi vaziyetlere mâni olmak maksadıyla kurulduğu gözönünde tutulursa bu gibi bir neticenin kanunun mantığına, sistemine, maksadına, hikmeti vücuduna, tanzim etmek istediği münasebet ve menfaatlerin mahiyetine hiç de uygun düşmeyeceği kendiliğinden anlaşılır.

Gerçekten başta Devlet olmak üzere vilâyet, belediye, köy gibi âmme idarelerinden ve muhtelif tipteki âmme müesseselerinden teşekkül eden «idare» kendiliğinden hareket etmeye muktedir bir şahıs, varlık olmayıp; sadece mânevî, hükmi bir şahıstan ibarettir.

Bu itibarla idarenin ifa ile mükellef olduğu fonksiyon, vazife, faaliyet ve hizmetleri hakikatte bunlar namına bir takım hakikî şahıslar, insan- lar, yani ajan ve memurlar görmektedirler.

Şu halde idarî bir fonksiyonun, vazifenin, faaliyetin, hizmetin ifası zımında veya icrası dolayısıyla zarara uğrayan şahıslar için - zarar fonk- siyonun, hizmetin ihdasında, kuruluşunda, tanziminde, işleyişindeki her hangi bir aksaklık, sakatlık, bozukluktan ileri gelmiş olsa dahi - haki- katta bir hizmet kusurundan doğan zarar ziyan davasını idare hükmi şahsı aleyhinde açacak - yani hizmet kusurundan mütevellit mesuliyeti

ve husumeti doğrudan doğruya idareye tevcih edecek yerde; - zarara sebebiyet veren fiili bir idare ajanı, bir memur icra etmiş olduğuna göre - muayyen ve müsemma bir ajan ve memuru hedef tutarak, zararı mucip olan fiilin bu ajan, bu memurdan sadır olduğunu nazara alarak, mezkûr fiilin ajanın, memurun şahsına isnadı mümkün bir kusur olduğunu ileri sürerek, fonksiyon, vazife, faaliyet, hizmet zımında husule gelen bilcümle zarar ziyan davalarını ajan ve memurun şahsı aleyhinde açmak, zarardan mütevellit mesuliyet ve husumeti ajan ve memura yöneltmek her zaman mümkündür.

Hiç bir idarî fiil, muamele, ameliye yoktur ki - arzu edildiği takdirde - faili muayyen, müsemma, müşahhas bir ajan ve memur olarak gösterilmesin! İdarî faaliyetlerde, hizmetlerde müşahede olunan hiç bir aksaklık, sakatlık, bozukluk yoktur ki - istenildiği zaman - muayyen ve müsemma bir ajan ve memura isnad ve izafe olunamasın! Hiç bir hizmet kusuru yoktur ki - gönül arzu ederse - şahsî bir kusur kıyafetine sokulamasın [3]!

[3] Bu itibarla, biz, uyumsuzluk mahkemesinin «şahıslar arasında hususi hukuk hükümlerine dayanmak suretile açılmış ve yürümekte bulunmuş olan bir davanın fertle idarenin âmme hukuku sahasında vaki münasebatını düzenlemeye memur bulunan idarî yargıya tevdi idare hukuku prensipleri ve bizzat Danıştay kanunu hükümleri muvacehesinde düşünülemez» yolundaki mütalâasına kat'iyen istirak etmiyoruz.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bir davanın idarî bir mahiyet arzemesi, idarî yargıya ait olması için davanın behemehal idare aleyhine açılması lâzım gelmez. Dava ajan ve memurun şahsı aleyhinde açıldığı halde dahi hakikatte yine idarî bir mahiyet arzedeblir, idarî yargıya ait olabilir. Bunun gibi davanın mahiyetini tayin hususunda davanın adli mahkemede hususi hukuk hükümlerine dayanmak suretile açılmış ve yürümekte bulunmuş olması değil; hâdisenin, ihtilâfın, davanın - özü, muhtevası bakımından, yani nev'i madde itibarile - idarî bir mahiyet arzeditmediği rol oynar.

Sırası gelmiş iken şunu da kaydedelim ki: Yine yukarıdaki maruzatımıza istinaden, biz yüksek mahkemenin «dava konusunun, hizmetten ayrılması mümkün ve sırf şahsî bir kusur olarak telâkkiye müsait olup olmadığı - vazifeli mahkeme gösterilmeksizin - mücerred olarak tetkik ve beyan olunması da 4788 kanun hükümlerile telifi mümkün bir çözüm sureti olarak kabul edilemez» yolundaki mütalâalarına da istirak etmemekteyiz.

Zira ajan ve memurlar aleyhine şahsî kusurlarından bahisle açılan tazminat davalarının idarî bir mahiyet arzeditmediğini ve binaberin bu gibi davaların idarî yargıya ait olup olmadığını tayin edebilmek için şikâyeti mucip fiilin şahsî bir ku-

Bu itibarla kanunu, yüksek mahkeme gibi anlamak ve tefsir etmek bu hakikati nazara almamak demektir. Gerçekten kanunun ancak doğrudan doğruya idare aleyhine açılan davalarda idarenin, dâvanın idari kaza tarafından çözülmesi gereken bir dava olduğunu ileri sürerek, mahkemede vazife itirazında bulunmasına ve bu suretle ihtilâfı tahrik ve ihdas etmesine cevaz verdiğini ve fakat idare aleyhinde değil de bir ajan veya memur aleyhinde açılan davalarda idarenin hariçten davanın idari kazaya ait olduğunu ileri sürmesine, vazife itirazında bulunmasına, ve neticeten meseleyi uyuşmazlık mahkemesine sevk edebilmesine kat'iyen cevaz vermediğini kabul etmek demek: hâdisede ajan ve memura isnad olunan fiil hakikatte belki de bir hizmet kusurundan ibaret iken sırf davacı - bir hatâ neticesinde veya işine böyle geldiğinden dolayı - bu kusuru şahsî bir kusur olarak tavsif ettiği, bu hizmet kusurunu şahsî bir kusur şeklinde irae eylediği, hulâsa davasını şahsî kusura binaen ajan ve memur aleyhine açmış olduğu için adli kazanın idari fiil, muamele ve ameliyelerden mütevellit ihtilâflara, kısaca hizmet kusurundan çıkan davalara el koyabilmesine, bu gibi ihtilâf ve davaları - adli makamlarla idari makamların ayrılığı esasını çiğneyerek ve idari kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz ederek - tetkik, rüyet ve halledebilmesine, bu suretle idarenin adliye karşısındaki istiklâli esasını hiçe saymasına, idari kazanın mevcudiyet ve rolünü sıfıra indirmesine, idarenin bu gibi halde passif ve seyirci kalmasına, uyuşmazlık mahkemesinin ise bu hallerde tamamen lüzumsuz, mânasız, kıymetsiz bir müessese haline gelmesine cevaz verdiğini kabul etmek demektir. Kanunu bu şekilde anlamak: davanın mahiyetini ve tavsif suretini davacının mutlak takdirine bırakarak netice itibarile davacının uyuşmazlık mahkemesi prosedürünü felce uğratabilmesine, kanunun kabul ettiği bir müessesenin rolünü, vazifesini, mânasını, kıymetini, hikmeti vücudünü sıfıra indirebilmesine cevaz vermektir. Adli makamlarla idari makamların ayrılığı esasının müeyyide-

sur teşkil edip etmediğini araştırmak lâzım geldiğine tamamen kani bulunuyoruz. Şüphesiz ki uyuşmazlık mahkemesi şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olduğuna kanaat getirdiği takdirde - 17 nci madde mucibince - Danıştay savcısının isteğini reddetmek suretile davaya el koyan adli mahkemenin vazifeli olduğunu göstermiş olacağı gibi; bilâkis şikâyetli mucip fiilin bir hizmet kusuru olduğuna kanaat getirdiğinde ise savcının isteğini kabul ile davaya bakan adli mahkemenin vazifesizliğine karar vermekle idari kazanın vazifeli olduğunu göstermiş olacaktır.

Bu cihetle yüksek mahkemenin yukarıdaki mütalâasında «vazifeli mahkeme gösterilmeksizin» yolundaki kaydı ihtirazının mânasını sezemediğimizi arz etmek isteriz.

sini uyuşmazlık mahkemesine değil ferde, davacıya bırakmak, onu bu mevzuda hâkim kılmak demektir.

Kanun vazına bu gibi bir maksat, istek isnad etmek: zannımızca kanunun dayandığı temelleri, kanuna hâkim olan esasları, uyuşmazlık mahkemesinin ana yasa prensibi olan «adli ve idarî kazâ ayrılığı» esası üzerine müesses olduğunu, bir ana yasa organı sayılmak lâzım geldiğini, keza kanunun evveleminde idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumak istediğini, idarenin adliye karşısındaki istiklâlini sağlamak gayesini güttüğünü hiç nazara almamak, 8 inci maddeyi kanunun bütünü, sistemi, plâni, ekonomisi, mantığı, ruhu içinde şerhi ve tefsiri cihetine gidecek, ve bunu kanunun dayandığı temeller, benimsediği daha genel ve daha geniş mahiyetteki esaslar, kanun vazınının bu müesseseyi kurarken güttüğü teşrii politika, içtimai mülâhaza, hukuki gayeler, kanunun tanzim ettiği sahanın hal, icap, şart, ihtiyaç ve zaruretleri ışığı altında aydınlatacak yerde, kanundan müstakil olarak, tek başına yalnız kendi zaviyesinden mutalâa ve tefsire kalkışmak, kanunun ruhundan ziyade metnine kıymet vermek demektir; ki biz, âcizane, bu gibi bir tefsirin iltifata şayan olmadığı fikrindeyiz.

Elhasıl mahkemenin vazifesizliği hakkındaki muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmemesinden kanunun esaslarına, gayesine, ruhuna bu kadar zıd ve aykırı neticeler çıkarılamıyacağı kanaatindeyiz.

Saniyen şu da var ki kanun, muhtıranın müddeaaaleyhe gönderilmesine başka bir bakımdan, başka bir sebebe binaen lüzum görmemiş olabilir. Gerçekten, yukarıda işaret ettiğimiz üzere, kanun muhtıra örneğinin müddeaaaleyhe gönderilmesine şu cihetle lüzum görmemiş olabilir ki: adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabi vazife ihtilâflarının, ekser ahvalde, esasen bir fert tarafından doğrudan doğruya idare aleyhinde açılan davalar zımında ortaya çıkacağını düşünmüş olabilir. İşte, belki de, idarenin bu gibi davalarda esasen müddeaaaleyh olarak yer aldığını düşündüğü içindir ki kanun, bakan veya valinin - idarenin mümessili sıfatıyla idare namına - Danıştay savcısına bildirdikleri, gösterdikleri mucip sebep ve delilleri ihtiva eden muhtıranın ayrıca müddeaaaleyhe - yani idareye - gönderilmesine lüzum görmemiştir.

Bu noktayı yukarıda uzun uzadıya izaha çalıştık. Burada tekrardan üzerinde duracak değiliz. Bizim burada belirtmek istediğimiz nokta şudur ki: kanun, dediğimiz gibi, adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabi vazife ihtilâflarının, ekser ahvalde, esasen idare aleyhine açılan davalar vesilesile zuhur edeceğini nazara alarak bundan dolayı muhtıranın müddeaaaleyhe - yani idarenin kendisine - gönderilmesine lüzum görmediği gibi: fert tarafından idare aleyhine değil de sadece ajan ve memur aley-

hinde açılan bir davada da - idarenin, vazife itirazında bulunmak suretile ihtilâfı tahrik etmesine cevaz vermekle beraber - bakan ve vali tarafından savcıya bildiren mucip sebep ve delilleri ihtiva eden muhtıranın müddeaaaleyh mevkiinde bulunan ajan ve memura gönderilmesine, başka bir sebepten dolayı, lüzum görmemiş olabilir. Şöyle ki dava münhasıran ajan ve memur aleyhine açıldığı hallerde umumiyetle idare - hattâ ajan ve memurun mensup olduğu idare - bundan haberdar olmayabilir.

Dava, bir ceza davası olmayıp bir hukuk davasından ibaret olduğuna göre, idareye ihbarı mevzuu bahsolmadığı gibi; kanunen bu davada idareye terettüp eden bir mecburiyet, bir vazife, bir rol de bahis konusu değildir.

Ancak şu var ki idare, herhangi bir suretle ve hususile, hattâ daha ziyade dava edilen ajan ve memur vasıtasile, bu davadan haberdar olabilir. Kezalik - idare için kanunî bir mecburiyet [4] olmamakla beraber - hüsnü niyet sahibi, dürüst, ahlâk ve fazilet sahibi bir idarenin - bir ajan ve memura isnad olunan fiilin hakikatte davacının iddia ettiği gibi şahsî bir kusur olmayıp, hizmete, idareye yani kendisine raci bir hizmet kusuru olduğuna kanaat getirdiği takdirde - kendi mesuliyetini ajan ve memurun mesuliyeti yerine ikame etmek istemesi pek tabii, hattâ zarıdır. Bu itibarla bu gibi hallerde idarenin hariçten - bilfarz ihbar üzerine iltihak veya kendiliğinden müdahale suretile... - davaya katılarak mahkemede davanın, hakikatı halde, davacının iddia ettiği gibi şahsî bir kusurdan mütevellit bir dava olmayıp, idareye isnadı gereken bir hizmet kusurundan çıkmış bir dava olduğunu, yani davanın adli kazaya değil, idarî kazaya ait bulunduğunu, binaberin adli mahkemenin vazifesiz olduğunu ileri sürmesi, mahkemenin vazife itirazını kabul etmiyerek vazifeli olduğuna karar vermesi halinde de vazife konusunun uyumsuzluk mahkemesinde incelenmesini temin maksadile Danıştay savcısına müracaatle davanın idarî kaza tarafından çözülmesi gerekli olduğunu gösteren mucip sebep ve delilleri bildirmesi pek doğru ve yerinde olur.

[1] «Kanunî mecburiyet olmamakla beraber» diyoruz: zira bir ajan veya memur aleyhinde açılan davada şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur değil de bir hizmet kusuru teşkil ettiğini iddia ile ihtilâfı tahrik ve ihdas edip etmemek idarenin takdir ve ihtiyarına bırakılmıştır. Son zamanlara kadar Fransada da vaziyet tamamen bu idi. Lâkin Peten rejiminde memurların statüsü hakkındaki kanunla idareye adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarında ihtilâfı ihdas mecburiyeti yüklenmiş ve hattâ idarenin bu kanunî mecburiyete uymiyarak ihtilâfı ihdas etmemesi halinde mes'ul olacağı kabul edilmiştir. (François Luchaire, Revue du Droit Public juillet-sept. 1946, No. 3, sah. 388 note).

Lâkin savcının idare tarafından «ileri sürülen» bu mucip sebep ve delilleri ihtiva eden muhtırasının, davacıya gönderildiği gibi, bu davanın müddeaaaleyhi olan ajana, memura da gönderilmesine pek te lüzum ve zaruret yoktur.

Gerçekten muhtıranın davacıya gönderilmesindeki lüzum ve zaruret aşikârdır: Davacı bir takım külfet ve masraflara girerek, davasını, tezini, iddialarını, delillerini o şekilde hazırlıyarak adli mahkemede ajan, memur aleyhine bir dava ikame etmiştir. İdarenin, savcının müdahaleleri: davanın adliyeden alınıp idarî kazaya tevdiine matuftur. Yani idarenin, savcının noktai nazarı kabul olunduğu takdirde davacı, yeni bir takım külfet ve masraflara girişerek, davasını, tezini, iddialarını, delillerini tekrardan düzenliyerek bu sefer hususî idareye tevcih etmek suretile idarî mahkemede idare aleyhinde bir dava açmak mecburiyetinde kalacaktır.

Bu itibarla adli mahkemenin vazifeli olup olmadığı noktasının onun için büyük bir önemi olduğu zahirdir. Başka bir söyleyişle davacının, idare tarafından mahkemenin vazifesizliği hakkında ileri sürülen mucip sebep ve delilleri ihtiva eden, muhtıraya muttali ve vâkif olması zaruridir. Bu hususta kendi noktai nazarını, arz etmek istemesi pek tabiidir. Demek oluyor ki muhtıranın davacıya gönderilmesi bir zarurettir. Davacının buna karşı cevap vermek istemesi pek tabiidir.

İşte bundan dolayıdır ki kanun muhtıranın bir örneğinin davacıya gönderileceğinden bahsetmek ve keza davacının bu muhtıra hakkında bir diyeceği varsa mahkemeye bildirmesine sureti mahsusada işaret etmek lüzumunu duymuştur.

Halbuki aynı davada muhtıranın müddeaaaleyhe, yani ajana, memura gönderilmesine ve ondan cevap beklemeye pek de lüzum var mıdır? Zannetmiyoruz.

Gerçekten idarenin, savcının bu teşebbüsü, ajan ve memur aleyhinde şahsî kusuruna binaen adli mahkemede açılan tazminat davası yerine idare aleyhine hizmet kusuruna binaen idarî mahkemede bir tam kaza davası ikamesini istihdaf etmektedir. Elhasıl idarenin ve savcının bu müdahalesi: ajan ve memurun mesuliyeti yerine idarenin mesuliyetini ikame etmek suretile, netice itibarile, ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmaya matuftur.

Bu itibarla ajan ve memurun idarenin, savcının noktai nazarının çürütülmesinde hiç bir menfaati olmadığı muhakkaktır. Bilâkis ajan ve memurun menfaati idarenin, savcının noktai nazarının uyumsuzluk mahkemesince kabul edilmesini âmîr bulunmaktadır. Şu halde bakan ve vali tarafından ileri sürülen mucip sebep ve delilleri ihtiva eden muhtıranın

müddeaaleyhe, yani ajan ve memura gönderilmesine - davacı için olduğu gibi - kat'î bir lüzum ve zaruret yok demektir.

Ajan ve memur esasen işin içinde olduğu için, kendisine isnad olunan fiilin hakikatte idareye atfı gereken bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu bilmekte, bilebilecek vaziyette bulunmaktadır.

Bu itibarla zaten müdafaasında bu noktaya temas etmek, savunmasını bu yolda yapmak, kısaca tezini davanın hakikatte hizmet kusurundan mütevellit idarî bir ihtilâftan, idarî bir davadan ibaret olduğu esasına istinad ettirmek, vazife itirazında bulunmak imkânına malik bulunmaktadır.

Hattâ ajan ve memurun daha ilk cevap lâyihasında bu noktalara temas etmiş, müdafaasını bu yolda yapmış olduğunu düşünmek pek hatâlı olmaz... Herhalde şu muhakkaktır ki idarenin, tamamen ajan ve memur lehinde olan, müdahalesi - yani vazife itirazında bulunması, savcıya müracaat etmesi - ve keza savcının da idare tarafından ileri sürülen mucip sebep ve delilleri bir muhtıra ile mahkemeye bildirmesi ajan ve memurun vaziyetini sarsacak, zayıflatacak, zorlaştıracak, kötü bir duruma sokacak mahiyette değildir. Bilâkis ihtilâfın tahrik ve ihdası ajan ve memurun vaziyetini ıslah, takviye, tarsin edecektir.

Kısaca muhtıra ajan ve memurun menfaati hilâfına herhangi bir netice tevliid etmek şöyle dursun; bilâkis menfaatine en uygun bir netice istihsaline matuf bulunmaktadır.

Başka bir söyleyişle muhtıranın ihtiva ettiği mucip sebep ve deliller ajan ve memurun kozunu çürütmek, cerhetmek değil, teyid, takviye eylemektedir.

İşte, ağılebi ihtimal, kanun sırf yukarıdaki mülâhazalar iledir ki - ajan ve memurlar aleyhinde açılan davalarda da idareye ihtilâfı tahrik yetkisi tanıdığı halde - muhtıranın ayrıca müddeaaleyhe, yani ajan ve memura gönderilmesine lüzum görmemiştir. Muhtıranın davacıya gönderilmesile iktifa etmiştir.

Öyle zannediyoruz ki kanunu bu şekilde tefsir etmek kanunun bu gibi hallerde idareye ihtilâfı tahrik yetkisi tanımadığı yolunda yorumlamaktan hem çok daha kolaydır; hem de - esaslara daha uygun olmak itibarile - daha doğrudur!

Bu suretle 9 uncu maddeden uyuşmazlık mahkemesinin tetkik etmekte olduğumuz kararında kabul buyurduğu hal sureti lehinde bir netice çıkarılamıyacağın; yani bu hal suretini tasvip ve müdafaası için bu maddeden istiane ve istifade edilemeyeceğini, zannederek, kâfi derecede belirtmiş bulunuyoruz.

3 — Böylece yüksek mahkemenin kabul ettiği sistemin kabule ve iltifata şayan olduğunu gösterecek başka bir sebep ve delil aramak zorunda kalıyoruz.

Bu gibi mucip sebep ve delili belki kanunun 8 inci maddesinde yer alan «vazife itirazı» ibaresinde bulmak mümkün olabilir. Gerçekten - evvelce arzettiğimiz üzere - 8 inci maddeye göre uyuşmazlığın ihdas edilebilmesi için tahakkuku gereken ilk ve başlıca şart: «idarenin adli mahkemede ve en geç mahkemenin ilk oturumunda vazife itirazında bulunmuş» olmasıdır.

Madde sarihdir. Kanun - bu maddeye göre - idarenin mahkemenin ilk oturumuna kadar (tabiatile ilk oturum dahil) vazife itirazında bulunmamış olması halinde ihtilâfın ihdasına, vazife konusunun uyuşmazlık mahkemesine sevkine ve burada incelenmesine kat'iyen cevaz vermemektedir.

İşte, belki de, maddedeki şu «vazife itirazı» sözünden kanunun, idareye karşı değil de sırf ajan ve memurlar aleyhinde açılmış olan, yani idarenin taraf olmadığı, içinde yer almadığı bir davada - hukuk usulü muhakemeleri kanununun anladığı mânada - bir vazife itirazında bulunmasına hukuken imkân olmadığına nazaran, bu gibi hallerde idarenin ihtilâfı hariçten ihdas etmesine müsaade etmediği neticesini çıkarmak mümkün ve hattâ doğru ve yerinde olur.

Nitekim, bize öyle geliyor ki, açıkça söylememekle beraber uyuşmazlık mahkemesi, tahlil etmekte olduğumuz kararın başında, Adalet mahkemesindeki davanın «şahıslar arasında cereyan etmekte» olduğunu, bu itibarla «idarenin bu davada yer alarak vazife itirazında bulunmak fırsatını elde» edemediğini, keza kararın sonlarına doğru da «davanın idare aleyhine açılmış olmamasına ve idarenin mahkemece reddedilmiş bir vazife itirazı mesbuk» bulunmadığını söylemekle yukarıdaki noktai nazara taraftar olduğunu anlatmak istemiştir.

Başka bir tâbirle fikrimizce yüksek mahkeme şahıslar arasında cereyan eden, idare aleyhine açılmıyan, idarenin içinde yer almadığı bir davada idare için mahkemede - H. U. M. Kanununun anladığı mânada - bir vazife itirazında bulunmasına kanunen ve hukuken imkân olmadığına kani bulunuyor.

Elhasıl idarenin, hariçten, vazife itirazında bulunmak istemesine, kanunen ve hukuken itibar olunamayacağına; idarenin dışarıdan böyle bir itirazda bulunmaya teşebbüs etmesinin hiç bir mâna ve kıymet ifade edemeyeceğine inanıyor.

Demek oluyor ki yüksek mahkemeye göre ihtilâfın ihdas edilebilmesi için idarenin, davada müddeaaleyh olarak yer almak suretile H. U. M.

Kanunu anlamında vazife itirazında bulunmuş olması zaruridir. Yoksa idare davada müddeaaaleyh sıfatile vazife itirazı serdetmek fırsatını elde edememiş ise, artık ihtilâfın ihdası mümkün değildir. İdare hariçten vazife itirazında bulunmak istemiş olsa bile - müddeaaaleyh sıfatile bu itirazı mahkemede serdetmiş olmadıkça - vazife konusu uyuşmazlık mahkemesine sevkolunamaz. Çünkü yüksek mahkemeye göre: «İdareye vazife itirazını ileri sürmesine *imkân bırakılıp bırakılmaması* hususunun inceleme yerinin... uyuşmazlık mahkemesi» olamayacağı muhakkaktır.

İşte uyuşmazlık mahkemesinin noktai nazarı budur.

Lâkin bu görüşün nedereceye kadar kabule elverişli olduğu cayi sualdır.

Evveleminde umumî bir mülâhaza olarak şunu kaydetmek isteriz ki: fikrimizce uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun ihtilâfın ihdası hususunda vazettiği usul ve prosedürü H. U. M. Kanunu zaviyesinden mütalâa etmek; mezkûr kanunun kabul ettiği sistemi H. U. M. kanunundaki esaslara, telâkkilere, mefhumlara, müesseselere, usullere, prosedüre göre anlamak; bu kanunu H. U. M. Kanunu gözüle, daha doğrusu H. U. M. Kanunu gözlüğüle tahlil ve tefsir etmek; velhasıl 4788 numaralı kanunun ihtilâfın ihdası hakkında koyduğu hükümleri H. U. M. kanunundaki esaslar dairesinde ve H. U. M. kanunundaki umumî, mutad, normal, klâsik mefhumlar çerçevesi içinde mânalandırmak tamamen sakat bir yoldur.

Zira uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanun H. U. M. kanunundan tamamen ayrı, yepyeni, istisnai, orijinal, sui generis, «olağanüstü» diyebileceğimiz bir usul tesis etmektedir.

Bu itibarla uyuşmazlık mahkemesini H. U. M. kanunu zaviyesinden tahlil, tefsir kat'iyen doğru sayılamaz. Uyuşmazlık mahkemesinin kurulması hakkındaki kanunda tesadüf ettiğimiz müesseseleri, müracaat yollarını, hükümleri, tâbirleri, ibareleri, terimleri, kelimeleri H. U. M. kanunundaki klâsik ve mutad mefhumlarla ızah imkânsızdır.

Mezkûr kanun H. U. M. kanununun esaslarını, hükümlerini benimsemek şöyle dursun; bilâkis bunları altüst edecek yepyeni, nev'i şahsına mahsus bir takım esaslar, hükümler vazetmektedir.

İşte bundan dolayı kanundaki «vazife itirazı» ibaresini H. U. M. kanunundaki anlamına göre anlamaya kalkışmak bizce kat'iyen doğru olmaz. Fikrimizce bu iddiamız o kadar doğrudur ki meselâ, hukukun umumî prensiplerine ve H. U. M. kanununun kabul ettiği esaslara göre, herhangi bir makamın - ne kadar üstün bir makam, organ ve ne sıfatla olursa olsun - dışarıdan H. U. M. kanununun mutad müracaat yolları haricinde mahkemeye müracaat ve hattâ hitap etmesi, bir davaya en

hafif ve en ufak şekilde dahi müdanale cylemesi, davanın seyir ve mukadderatına herhangi bir surette müessir olabilmesi mümkün değil iken; 4788 sayılı kanun Danıştay savcısına mahkemeye muhtıra göndermek, böylelikle mahkemeyi bu muhtıranın bir örneğini çıkararak 5 gün içinde davacıya göndermeye, 10 gün sonra da davacıdan aldığı cevabı kendisine göndermeye veya davacıdan cevap alınmamış olduğunu bildirmeye mecbur etmek ve mahkemenin vazifeli olduğuna dair karar vermiş olmasına rağmen mahkemenin vazifeli olmadığına kanaat getirdiği takdirde işi uyuşmazlık mahkemesine vermek, aynı zamanda bunu mahkemeye telgrafla bildirmek suretile mahkemenin davayı talik etmesine müessir olmak, hattâ mahkemeden her türlü kâğıtların onanmış örneklerini isteyebilmek (m. 11) imkân ve yetkisini tanımaktadır.

Halbuki Danıştay savcısına tanınan bu imkân ve yetkileri H. U. M. kanunu zaviyesinden izah mümkün olmasa gerektir.

Bunun gibi kanun 13 ve 14 üncü maddelerinde, selbî ihtilâflardan bahsederken, adli, idarî ve askerî mahkemeler tarafından aynı konuya taallük eden, aynı taraflara ait olan ve aynı sebebe dayanan bir dava hakkında ayrı ayrı vazifesizlik kararı verilmesi halinde, bu kararlar kesinleştikten sonra, taraflardan her birinin - selbî vazife ihtilâfını ileri sürerek - uyuşmazlık mahkemesine müracaat edebileceğini söylüyor ki; vazifesizlik kararları kesinleşmek suretile bir kaziyei muhkeme teşkil etmeleri lâzım gelirken, bu kaziyei muhkeme hilâfına olarak aynı taraflar aynı konu üzerinde ve aynı sebebe istinaden vazife meselesini tekrardan münakaşa edebilecekler demektir. Görülüyor ki kanun hukukun en genel bir esası olan ve H. U. M. kanununun temellerinden birini teşkil eden kaziyei muhkeme esasını da nazarı itibare almıyor. Selbî ihtilâfın halli bakımından kaziyei muhkeme esasının bertaraf edilmesini zaruri telâkki ediyor. Zannımızca bu misal de kanunu H. U. M. kanunu zaviyesinden izah etmenin doğru olmayacağını ispat eder [5].

[5] Fırsat bulmuş iken sunu arz edelim ki: «Revue du Droit public» in Temmuz - Eylül 1946 nüshasında Profesör François Luchaire «Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attributions» adlı makalesinde Fransız sisteminde, icabî vazife ihtilâfı prosedürünün kazal bir usul olmaktan ziyade idarî bir usul olduğunu iddia etmektedir. Daha doğrusu icabî vazife ihtilâfı prosedürünün kat'iyen kazal bir mahiyet arz etmediğini, bunun tamamen bir yüksek idare «haute administration» işi olduğunu ileri sürmektedir.

Gerçekten müellif Fransada, cari olan genel usul esaslarına göre, adli mahkemelerin, vazife itirazları üzerine bir karar verdikten sonra, davayı muayyen bir müddet için talik zorunda bulduklarını, zira bu vazife itirazı üzerine mahkemelere

Nihayet kanun vazınının uyumsuzluğunun ihdası bakımından «vazife itirazına» H. U. M. kanunundan tamamen başka bir mâna verdiği şundan da anlaşılıyor ki: H. U. M. kanununa göre vazife itirazı muhakeme bitin-

verilen kararlara karşı - davanın esasına henüz geçilmeden ve esası daha karara bağlanmadan - bu muayyen müddet içinde istinaf ve temyiz yoluna gidilebileceğini nazara alarak; sayet bu müddet zarfında mahkemenin vazife hususunda vermiş olduğu karara karşı istinaf ve temyiz yoluna müracaat edilmemiş ise mahkemenin bu kararının artık bir kaziyel muhkeme teşkil ettiğini, teşkil etmesi lâzım geldiğini belirtiyor. Müellif kaza fonksiyonunun, kazal tasarrufun, kazal kararın mümeyyiz vasfının ve hattâ kıstasının: kaziyel muhkeme olduğunu hatırlatarak taraflarca istinaf ve temyiz edilmeyen bir vazife kararının artık kaziyel muhkeme teşkil etmek itibarile kazal bir karar sayılması lâzım geldiğini belirtiyor.

Halbuki icabl vazife ihtilâfında idarenin, vali marifetile, vazife itirazında bulunması, (yani «déclinatoire de compétence» 1) üzerine adli mahkemenin vazife kararı verdiğini düşünelim ve farzedelim ki idare - yine vali vasıtasile - ihtilâfı ihdas etmiş, yani bir «arrêt de conflit» almış olsun. Ve yine tasavvur edelim ki ihtilâfın ihdasına müteallik bu karar, (yani «arrêt de conflit») ihtilâf mahkemesince, her hangi bir şekil noksanı dolayısıyla iptal edilmiş bulunsun. Bu takdirde vazifeli olduğuna dair evvelce karar vermiş olan adli mahkemenin bu davaya devam edebileceği, hattâ devam etmesi lâzım geleceği muhakkaktır. Lâkin idarenin tekrardan, aynı davada, yani tarafları ve konusu aynı olan bu davada yine aynı sebebe dayanarak bazı hallerde yeniden bir vazife itirazında bulunabilmesi, ve ihtilâfı tekrardan ihdas edebilmesi ihtilâf mahkemesince teviz olunmaktadır. Demek oluyor ki, bu gibi hallerde, idarenin, daha doğrusu valinin vazife itirazı üzerine adli mahkemenin evvelce vermiş olduğu karar bir kaziyel muhkeme teşkil etmemektedir.

Müellif bundan su neticeyi çıkarıyor ki: aletâde davalarda mahkemelerin taraflarca ileri sürülen vazife itirazı üzerine verdikleri vazife kararları kaziyel muhkeme teşkil ettikleri halde; idarenin, ihtilâfı ihdas zımında, vazife itirazında bulunduğu davalarda adli mahkemelerin bu vazife itirazı - yani «déclinatoire» - üzerine verdikleri vazife kararları kaziyel muhkeme teşkil etmemektedir. Bunun sebebi de müellife göre şudur: Birinci halde, yani aletâde davalarda vazife itirazı üzerine adli mahkeme vazife kararı verirken iki taraf arasındaki bir vazife ihtilâfını bir hukuki mesele olarak ve bir kaza mercii sıfatile halletmekte ve bunu böylece karara bağlamaktadır. Bu itibarla karar kazal bir mahiyet arzeder: kaziyel muhkeme teşkil eder.

Halbuki diğer halde, yani idarenin ihtilâfı ihdas zımında vazife itirazında bulunması halinde adli mahkeme iki taraf arasındaki bir ihtilâfı, bir hukuki meseleyi bir kaza mercii sıfatile, ve kazal bir mahiyet arzeden, kazal bir kararla halletmiyor. Gerçekten iki şahıs arasında zuhur edip de adli mahkeme önüne gelen bir davada, dava-

ceye kadar her zaman ileri sürülebildiği ve mahkemece yine daima resen nazara alınabildiği halde; kanun meseleyi ihtilâfın ihdası bakımından tanzim ederken uyuşmazlığın ihdas edilebilmesi için vazife itirazının muhakkak en geç mahkemenin ilk oturumunda yapılmış olmasını aramaktadır.

Görülüyor ki bu hükmü ile 4378 sayılı kanun vazife itirazına burada H. U. M. kanunundan büsbütün başka bir mâna atfetmektedir [6].

Bütün bu izahattan şu netice çıkar ki: Uyuşmazlık mahkemesi ku-

nun herhangi bir safhasında vali, idareyi temsil eden idari bir makam sıfatıyla, bir iddia ortaya atıyor: davanın idari kazaya ait olduğunu iddia ediyor. Hiç şüphe yok ki valinin (idarenin) bu iddiası hiç bir suretle kazal bir mahiyeti arzetmemektedir. Yani vali (idare) bu gibi bir iddia ortaya atarken asla kazal bir iş yapmış sayılmaz. Bu, tamamen idari bir iştir.

İşte idarenin bu iddiası karşısında adli mahkeme de, adli bir otorite sıfatıyla, bu iddiaya, aynı mahiyette başka bir iddia ile cevap vermektedir: Davanın vazifesi dahilinde olduğunu iddia etmektedir. Aşıkârdır ki valinin vazifesizlik iddiası nasıl kazal bir mahiyetli arzetmiyor, sadece idari bir iddiadan ibaret telâkki ediliyor ve valinin bu iddiayı serdederken kazal bir faaliyet icra ettiği kimsenin aklına gelmiyorsa; adli mahkemenin de vazife iddiası hiç bir kazal mahiyet arzetmemektedir. İdari bir iddiaya cevap teşkil eden idari bir iddiadan ibarettir ve mahkemenin bu iddiayı serdederken (yani kararı verirken) kazal bir faaliyet icra etmediği, kazal bir tasarruf yapmadığı, kazal bir karar almadığı muhakkaktır.

Bundan dolaydır ki idarenin ihtilâfın ihdası zmnında, vazife itirazı üzerine mahkemece verilen vazife kararı bir kaziyel muhkeme teşkil etmemektedir.

Dediğimiz gibi müellif, «arrêté de conflit» nin ihtilâf mahkemesince şekil noksanı sebebiyle iptaline rağmen idarenin - bazı hallerde - tekrardan ihtilâfı ihdas edilebilmesini iste mahkemenin bu gibi hallerde verdiği vazife kararının - alelâde davalardan farklı olarak - bir kaziyel muhkeme teşkil etmemesi, hakikatte kazal mahiyette bir karar sayılamaması ile izah ediyor; ki bunu, ihtilâf prosedürünün adli usulden tamamen farklı olduğunu teyid eder bir mülâhaza olarak, tezimiz lehine bir delil olarak kaydediyoruz. (Tafsîlât için bakınız: Rev. Dr. Public, juillet - sept. 1946 No. 3, sah. 369 - 388).

[6] Fırsat bulmuş iken sunu arzetmek isteriz ki: uyuşmazlık mahkemesinin kurulması hakkındaki kanun, ihtilâfın ihdası bakımından, vazife itirazına H. U. M. kanunundan büsbütün başka bir mâna verdiği, bunu ayrı bir rejime tâbi tuttuğu halde; fikrimizce H. U. M. kanunundaki vazife itirazına müteallik esasları ve kaideleri ilga etmiş, bunlara dokunmuş değildir. Yani demek istiyoruz ki: kanunun kabul ettiği bu yeni sisteme rağmen H. U. M. kanununda vazife hususundaki esaslar, kaideler gene câri olmakta devam edecektir. Yani taraflar davanın hitamına kadar

rulması hakkındaki kanunu H. U. M. kanunu zaviyesinden mütalâa etmek asla doğru olmaz.

Uyusmazlık mahkemesini kuran kanun yepyeni, nev'i şahsına mahsus, mevcut müessese, usul ve prosedürlerle mukayesesi imkânsız bir sistem kabul etmektedir. Bu itibarla bu sistemi izah için H. U. M. kanununa müracaat etmek, bu sistemi tefsir için H. U. M. kanunundaki esaslara, mefhumlara, kaidelere, yollara dayanmak ve sapmak yanlış olur.

Bundan dolayı, biz, tereddütsüz diyoruz ki: ihtilâfın ihdas edilebilmesi için kanunun aradığı şartlar arasında yer alan şu «idarenin mahkemede ve en geç ilk oturumunda vazife itirazında bulunmuş» olması şartını tefsir ve tahlil ederken burada idare tarafından vaki olacak vazife itirazını H. U. M. kanununun çerçevesine giren bir «vazife itirazı» diye anlamak, bu vazife itirazına H. U. M. kanununda bahsi geçen «vazife itirazı» nazarıle bakmak, bu vazife itirazını H. U. M. kanununda yer alan «vazife itirazı» ile bir tutmak, elhasıl bunun H. U. M. kanunundaki rejime tâbi bir itiraz olduğunu farzetmek, buna H. U. M. kanununda vazife itirazına müteallik kaide ve şartları tatbika çalışmak bizce kat'iyen doğru olmaz!

H. U. M. kanununda sözü geçen «vazife itirazı» - vazife meselesi bir intizam ânıme meselesi olmak ve mahkemece resen nazara alınabilmekle beraber - ancak bir davada taraf olarak yer alanlarca ileri sürülmesi mümkün olan veya davaya ihbar veya müdahale suretile iltihak eden şahıslarca dermeyan edilmesi kabil olan bir itirazdır.

Bu itibarla H. U. M. kanununa göre herhangi bir davada taraf olarak yer almayan veya hattâ ihbar veya müdahale suretile davaya iltihak etmiyen bir şahsın bir mahkemede - ne nam ve sıfatla olursa olsun - vazife itirazında bulunması mutasavver değildir. Şüphe yok ki mezkûr kanun buna asla cevaz vermemektedir. Esasen davada ne taraf olarak, ne

mahkemenin yalnız ilk oturumunda değil, her safhasında vazifesizlik itirazında bulunabileceklerdir, mahkeme de her zaman vazifesizlik kararı verebilecektir.

Ancak su var ki vazife itirazı hususunda - ihtilâfın uyusmazlık mahkemesine sevki bakımından - bundan böyle bir tefrik yapmak lâzım gelecektir. Şöyle ki: Vazifesizlik itirazı idare tarafından ilk oturumda ileri sürülmüş ise bu itiraz tam bir garantliye ve müeyyideye sahip olacaktır. Kısaca, bu takdirde, vazife konusunun uyusmazlık mahkemesince incelenmesi ve çözülmesi mümkün olacaktır.

Yok, eğer vazifesizlik itirazı idare tarafından mahkemenin ilk oturumundan sonra ileri sürülmüş bulunuyorsa bu itiraz mümkün olmakla beraber vazife noktası, ancak temyiz yoluyla yargıtayca incelenecek ve karara bağlanabilecek, uyusmazlık mahkemesince incelenemeyecek ve çözülemeyecektir.

de ihbar veya müdahale suretile yer almamış olan bir şahsın mahkemece el konulan dava ile bir ilgisi yoktur; mahkemenin vazifeli olup olmaması onu asla alâkadar etmez; bu bakımdan da bir şahsın hariçten vazife itirazında bulunması tecviz olunamaz.

Halbuki meseleyi uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanun zaviyesinde ele aldığımızda büsbütün başka bir manzara ile karşılaşırız: Burada taraflardan ziyade davanın dışında kalan şahısların rol oynadıklarını, mahkemenin vazifeli olup olmadığını mezcuu bahsederek vazife konusunun Uyuşmazlık mahkemesine sevkine müessir olduklarını, davanın bu suretle tâlikini temin edebildiklerini, hattâ nokta-i nazarlarını Uyuşmazlık mahkemesine kabul ettirmeye muvaffak oldukları takdirde davanın bu mahkemedan alınmasını, davanın vazifesizlik noktasından reddini, sukutunu intaç eyliyebildiklerini görüyoruz.

Gerçekten 8 inci maddede yazılı olduğu üzere ihtilâfın ihdasında mühim bir rol idareye terettüp etmektedir. Şöyle ki vazife itirazında bulunacak olan idaredir. Kanun bu hususta sarihdir: Vazife konusunun Uyuşmazlık mahkemesinde incelenebilmesi için evveleminde «idarenin genel mahkemede... vazife itirazında bulunmuş» olmasını şart koşmaktadır.

Dikkat edilmesi gerekir ki: kanun idarenin vazife itirazında bulunması lüzumundan bahsederken «davalı idare», «müddeaaaleyh idare» tâbirini kullanmamaktadır. Maddede de umumî ve mutlak olarak «idare» sözü geçmektedir. Hulâsa madde idarenin hangi «idare» olacağını söylememektedir. Hususile buradaki «idare» nin «dava olunan idare» olacağını tasrih etmemektedir.

Bu itibarla kanunun «idare» ile behemehal davada taraf olarak yer alan, müddeaaaleyh mevkiinde bulunan veya davaya ihbar veya müdahale suretile müdahale eden idareyi kastedtiği kat'iyen iddia edilemez.

Kanun eğer vazife itirazında bulunacak olan «idare» den müddeaaaleyh idareyi, davada herhangi suretle yer alan idareyi istihdaf etseydi bunu böylece tasrih ederdi.

Esasen, bizce şu muhakkaktır ki, kanun idareye vazife itirazında bulunmak salâhiyetini idarenin bir davanın tarafı olmak hasebile değil — evvelce uzun uzadıya izaha çalıştığımız üzere — idareye bizatihi idare, icra organı olmak itibarile, yani adliye organı karşısında müstakil bir organ olmak sıfatile, idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumakla mükellef bir uzuv olmak dolayısıyla Anayasaca kabul olunan «Adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasının âdeta bekçiliğini deruhte etmekle ödevli yegâne makam olmak bakımından, Anayasanın «kuvvetler ayrılığı» prensipine, daha doğrusu «idarenin adliye karşısında istiklâlî» esasına riayeti sağlayabilmesi için tanımıştır.

İşte idareye vazife itirazında bulunmak salâhiyeti bu sıfatına binaen tanınmıştır. Yoksa herhangi bir davada alelâde bir şahıs gibi yer almış olması, yani bir davada müddeaaaleyh olarak yer alması idareye bu gibi bir salâhiyetin tanınmasında asla rol oynamamıştır, oynamamak lâzımdır.

Zira idare, bir davada taraf olmak, bir davada müddeaaaleyh olarak yer aldığı, hattâ bir davaya ihbar veya müdahale suretile iltihak ettiği takdirde esasen, H. U. M. kanununa istinaden, vazife itirazında bulunmak salâhiyetini haizdir. Hattâ H. U. M. kanununa göre idarenin mahkemenin her safhasında, muhakemenin hitamına kadar bu gibi bir vazife itirazında bulunması mümkündür.

Fakat 4788 sayılı kanunun burada bahsettiği vazife itirazı bu neviden bir itiraz değildir. Burada sözü geçen «vazife itirazı» şartları ve neticeleri, H.U.M. kanununda tayin ve tasrih edilmiş bulunan bir itiraz değildir. Buradaki vazife itirazının neticesi, hattâ «müeyyidesi» diyebiliriz, evet bu gibi bir itirazın netice ve müeyyidesi: vazife konusunun Uyuşmazlık mahkemesine sevkolunabilmesidir.

Görülüyor ki idarenin H.U.M. kanununa göre vazife itirazında bulunması ile 4788 sayılı kanuna göre vazife itirazında bulunması arasında bu gibi mühim bir fark vardır. Birinci vazife itirazı uyuşmazlığın ihdası prosedürünü harekete getirmez. İkinci vazife itirazı ise sadece ihtilâfın ihdası bakımından bir rol oynar, bunu sağlar.

Kısaca, birinci vazife itirazı H.U.M. Kanunundaki mutata vazife itirazından başka bir şey olmayıp, ancak H.U.M. Kanunu çerçevesi dahilinde malûm ve mutata neticeleri doğurmaya mâtuftur. Halbuki ikinci vazife itirazı Uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun çerçevesi dahilinde bir takım neticeler doğuracaktır: vazife konusunun Uyuşmazlık mahkemesinde incelenmesini intaç edecektir.

Aşikârdır ki birinci vazife itirazı sırf taallük ettiği dava bakımından bir ehemmiyet arz etmekte, sırf o davada taraf, müddeaaaleyh olarak veya ihbar veya müdahale suretile yer alan idare hükmi şahsiyetini alâkadar etmektedir.

Halbuki ikinci vazife itirazı davanın sahasını fazlasile aşmaktadır: Adli kaza ile idarî kaza arasında bir vazife ihtilâfı halini almakta, idarî kazayı adli kazanın tecavüzünden korumaya mâtuf bulunmakta, netice itibarile idarenin adliye karşısında istiklâlini sağlayacaktır. Bundan dolayı, bilâ tereddüt diyebiliriz ki, bu ikinci vazife itirazı davada taraflardan ziyade, hattâ davada taraf, müddeaaaleyh olarak veya ihbar veya müdahale suretile yer alan idare hükmi şahsından ziyade doğrudan doğruya icra organını, merkezî idareyi, tâbir caizse, «genel idareyi», «yüksek idareyi» ilgilendirmektedir. Bu itibarla bu gibi bir vazife itirazında bulun-

mak salâhiyeti de, şüphe yok ki, davada yer alan idare hükmî şahsına değil, icra organına, yüksek idareye, genel idareye, yani merkezi idareye tanınmıştır.

Fikrimizi daha iyi izah için müşahhas bir misal alalım: Meselâ, bir belediye otobüsünün frenlerinin eski model, çubuklu frenlerden müteşekkil olması yüzünden şoförün bir yaya kaldırımından caddeyi katederek karşı yaya kaldırımına geçmekte olan bir kimseyi 30 metre uzaktan gördüğü ve derhal fren yaptığı halde, otobüsü durdurmaya muvaffak olmayıp, bu kimseye çarpıp beş metre sürükledikten sonra durdurabildiğini düşünelim. Bu kimsenin de, bu yüzden belkemiğinin kırılarak, iyileşmesi kabil olmayacak şekilde felce uğradığını tasavvur edelim.

Bu kimsenin, belediye aleyhine Adli mahkemede, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, bir tazminat davası açtığını farzedelim.

Görüldüğü üzere bu dava hakikatte idarî bir faaliyetten, daha doğrusu belediye tarafından ifa olunan otobüs nakliyatı gibi bir âmme hizmetinin fena kuruluşundan, tanziminden ve işleyişinden, yani belediyenin kötü, eski, modası geçmiş fren kullanmasından doğan bir davadır. Kısaca bu dava âmme hizmetinde müşahede olunan bir kusurdan, idareye atfı gereken bir hizmet kusurundan neşet etmektedir. Bu itibarla — gerek idare hukuku esaslarına, gerek Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrasına göre — bu davanın tetkik mercii muhakkak ki, Devlet Şûrasıdır.

Lâkin, öyle farzediyoruz ki, dava Adli mahkemede açılmıştır, Adli mahkeme de davayı tetkik hususunda kendini vazifeli görerek davayı kabul etmiştir: Müddeaaaleyhe dava arzuhalini tebliğ etmiştir. Davada müddeaaaleyh olarak yer alan belediye de cevap lâyihasında vazifesizlik itirazında bulunmamıştır[7].

[7] Bir faraziye olarak yukarıda zikrettiğimiz misali tatbikattan seçtiğimizi söyleyelim. Yalnız şunu ilâve edelim ki: biz burada hâdiseyi daha basit bir hale irââ ederek o suretle arz etmeyi daha münasip bulduk. Zira maksadımız bu hâdiseyi ve bu hâdisi zimmında verilen Asliye mahkemesi ve Yargıtay kararlarını tahlil ve tenkid etmek değil. Biz burada sadece vazife itirazını Uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanun zaviyesinden mütalea etmek istiyoruz. Bunu canlandırarak bir misal olarak da bu hâdiseyi ele almış bulunuyoruz. Esasen yukarıdaki hâdisi ve bu hâdisi dolayısıyla verilen kararlar Uyuşmazlık mahkemesinin kurulmasından evveldir. Yalnız şu var ki Uyuşmazlık mahkemesinin kurulmasından evvel de olsa davanın idari kazaya alt bulunduğu muhakkak iken, ne Asliye mahkemesi, ne de Yargıtay Adliyenin bu davayı tetkik hususunda vazifesizliğini beyan etmemişler, Keza ilk müddeaaaleyh belediye dahi bu gibi bir vazife itirazında bulunmamıştır. Ki, bu,

Acaba bu davada idarenin, yani icra uzvunun, merkezî idarenin haricîten vazife itirazında bulunması mümkün müdür, değil midir?

Bizce mümkündür. Çünkü - uzun uzadıya arzettiğimizi üzere - 4788 sayılı kanun ihtilâfın ihdas edilebilmesi için idarenin mahkemenin en geç ilk oturumunda vazife itirazında bulunmasını şart koşarken hiç de sureti mahsusada ve münhasıran müddeaaaleyh mevkiinde bulunan, davada yer alan idare hükmî şahsını kasetmemektedir. Kanun umumî ve mutlak olarak «idare» tâbirini kullanmaktadır. Demek ki kanun vazife itirazının davada yer alan idare hükmî şahsı gibi, merkezî idare, icra organı tarafından da - Bakan, Vali marifetile ve ilk oturumda olmak şartile - serdedilebileceğini kabul etmektedir.

Elhasıl, şahsî kanaatimize göre, kanun herhangi bir idare hükmî şahsı aleyhinde açılmış olan bir davada gerek davada yer alan bu idare hükmî şahsının, gerekse davanın haricinde kalan merkezî idarenin - yani icra uzvunun - Bakanlar veya Valiler vasıtasile vazife itirazında bulunmasına cevaz vermektedir. Kanunun vazife konusunun Uyuşmazlık mahkemesinde incelenebilmesi için ilk oturumda serdedilmesi zarurî olan vazife itirazından bahsederken «davada taraf, müddeaaaleyh olarak yer alan idarenin, davalı idarenin genel mahkemede ve en geç ilk oturumda vazife itirazında bulunmuş olması şarttır» demeyip sadece «idarenin... vazife itirazında bulunmuş olması şarttır» demesi fikrimizce bunu gösterir.

Nitekim Uyuşmazlık mahkemesi konusunu en etraflı bir surette tetkik eden hukukçulardan sayın Dr. A. Özoğuz kanunu bu şekilde anlamaktadır.

Gerçekten Adliye mahkemesinde bir memur hakkında şahsî kusurundan dolayı bir tazminat davası açıldığını farzeden sayın müellif diyor ki: «Dava olunan şahsın mahkemenin ilk oturumunda zararın meydana gelmesinde kendisinin şahsî kusuru olmadığını, bilâkis bir hizmet kusurunun mevcut olduğunu, binaenaleyh davayı incelemenin mahkemenin görevi haricinde bulunduğunu iddia etmesinin, Vali veya Bakan tarafından, icabî uyuşmazlığın ihdası bakımından hiçbir kıymeti yoktur. Zira kanunumuza göre icabî uyuşmazlığın ihdasına tekaddüm edecek olan görev itirazının mutlaka idare tarafından yapılması zaruridir.

misalimiz bakımından üzerinde duracağımız bir nokta olacaktır. Hâdise, ve bu hâdise vesilesile Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesince verilen tazminat kararı, Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin bozma kararı, Asliye mahkemesinin ısrar kararı ve nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun tasdik kararı hakkında tafsilât isteyenler bu kararları toplayan sayın İmran Ökten'in İzmir Barosu Dergisindeki yazısına bakabilirler. (İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1946, sayı: 41, sah. 56-60).

Kanunda (idare) tâbiri mutlak olarak kullanılmıştır. Bu bakımdan görev itirazını yapacak idarenin muhakkak icabî uyuşmazlığı ihdas edecek olan Vali veya Bakan olması şart değildir. Kanaatimizce kanunda bu hususta bir sarahat olmadığına ve mutlak olarak (idare) tâbiri kullanıldığına göre bunun memurun mensup olduğu idare olması da mümkün demektir. Şu izahattan anlaşıldığına göre icabî uyuşmazlığın ihdas edilebilmesi için mahkemenin nihayet ilk oturumunda idarenin (memurun mensup olduğu idare, veya Vali, Bakan) olayda memurun şahsî kusuru olmayıp bir hizmet kusuru bulunduğunu iddia ederek görev itirazında bulunması lâzım gelecektir» [8].

Görüldüğü üzere müellif kanunun 8 inci maddesinde bahsi geçen «idare» tâbirini münhasıran «davalı idare», «davada yer alan idare» olarak anlayacak yerde; bu «idare» tâbiri içine uyuşmazlığı ihdas edecek olan idarenin, yani Bakan ve valinin girebileceği gibi - verdikleri şahsî kusurdan mütevellit tazminat davası misalinde - memurun mensup olduğu idarenin de bu tâbir içinde yer alabileceğini kabul etmektedir; ki müellifin burada «idare» kelimesinin kanun vâzı tarafından umumî ve mutlak bir tâbir olarak kullanıldığına işaret etmesi, yukarıda müdafaa ettiğimiz teze tamamen uygundur ve tezimizi takviye eylemektedir.

Gerçekten bidayettenberi arzettiğimiz üzere, biz şuna kaniiz ki: Adli kaza ile İdarî kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarının idare tarafından ihdası «Adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» prensipile, daha doğrusu «idarenin adliye karşısında istiklâli» esası ile çok yakından ilgilidir; hattâ bu prensipin, bu esasın tabii ve zarurî bir neticesi, bir «corollaire» i, kısaca bir müeyyidesinden başka bir şey değildir. Bu itibarla ihtilâfın idare tarafından ihdası: idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumak gayesine mâtuf olup; netice itibarile Anayasaca kabul edilen, bir Anayasa esası, mahiyeti, karakteri ve kuvvetini haiz bulunan «kuvvetler ayrılığı» veya, diğer bir ifade ile, «Adli makamlarla idarî makamların ayrılığı», «idarenin adliye karşısında istiklâli» esasını sağlamaya yarayacak bir usuldür. Bundan dolayıdır ki, adli kaza ile idarî kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarında ihtilâfı ihdas edebilmek salâhiyet ve imkânı başka herhangi bir makam, merci veya şahsa tanınmayıp; kanunları tatbik ve aynı zamanda bu kanunlara - ve tabiatile evvelemirde Esas Teşkilât Kanununa - riyeti teminle mükellef ve ödevli bulunan idareye, yani icra uzvuna, merkezî idareye, bu sıfatına binaen, verilmiş bulunmaktadır.

[8] İdare Dergisi, sah. 55.

Bu cihettedir ki, biz meselenin Anayasa ile ilgili olduğunu asla gözden kaçırmıyarak[9], tereddütsüz «idareye tanınan bu salâhiyetin dava ile, hâdise ile, kısaca idarenin bu davada taraf olarak yeralıp almaması, hâdisede müddeaaaleyh olarak husumetin kendisine tevcih edilip edilmesile hiçbir alâkası yoktur» diyoruz. Elhasıl, fikrimizce, ihtilâfı ihdas salâhiyeti davada yer alan, taraf olan, müddeaaaleyh mevkiinde bulunan idare hükmi şahsına değil, genel idareye, yüksek idareye, yani merkezi idareye, bir kelime ile icra uzvuna, hükûmete tanınmıştır.

İhtilâfın ihdası için söylediklerimizi vazife itirazı hakkında da söyleyebiliriz. Esasen ihtilâfın ihdası bir küldür: Adliye ile idarî kaza (daha doğrusu idare) arasında zuhur eden bir vazife ihtilâfının her iki kazadan ayrı, müstakil, bitaraf ve üstün bir merci olan Uyuşmazlık mahkemesinde incelenmesine mâtuf tek bir teşebbüstür. Bu itibarla kül için yürüttüğümüz mütalea ve muhakemeyi bu külün muhtelif cüzleri, muhtelif şartları, yani bu teşebbüsün muhtelif safhaları için de aynen yürütebiliriz. Şöyle ki: İhtilâfın ihdas edilebilmesi için birinci şart, birinci safha idarenin mahkemede vazife itirazında bulunması olduğuna göre, bu gibi bir vazife itirazında bulunmak hususunda herkesten fazla idarenin, merkezi idarenin, icra uzvunun alâkası, menfaati, rolü olduğunu bilâ tereddüt söyleyebiliriz.

[9] Adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının Anayasa ile ilgili bir mesele olduğunun bir delili de şudur ki: Avusturya gibi Anayasanın ihlâlinden doğan ihtilâfların, davaların bir Konstitüsyonel kaza merci, yani (Verfassungsgewichtschhof) tarafından tetkik, rüyet ve halline cevaz veren bir memlekette adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının halli de Anayasa ihtilâflarını rüyet ve hal ile mükellef olan aynı kaza merciine verilmektedir. Yani adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının Anayasa tarafından iki kaza arasında kabul edilen ayrılık ve iş bölümü esasile ilgili olduğu nazara alınarak, adli kazanın idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmesi halinde bu gibi bir ihtilâf idare tarafından ihdas edilerek bunun — Anayasanın ihlâlinden doğan ihtilâfların, ezcümle Anayasa tarafından tanınan siyasi hakların (ümme haklarının) ihlâlinden çıkan davaların tetkik ve hal merci olan ve bir Anayasa mahkemesi demek olan — Verfassungsgewichtschhof'e sevkile burada halli kabul edilmektedir; ki bu suretle adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının bir Anayasa meselesi olduğu resmen itiraf edilmiş bulunmakta ve Anayasanın kabul ettiği bu esasın müeyyidesi bir Konstitüsyonel mahkemeye verilmiş bulunmaktadır. Tafsilat için bakınız: *Annuaire de l'Institut de droit public*, 1931, t. I, sah. 102 ve müt. R. Bonnard, *Le controle juridict de l'Adm.* 1934, sah. 251 ve müt., bilhassa sah. 257, 258.

Bundan dolayı merkezi idarenin, içinde herhangi bir suretle yer almadığı bir davada dahi, hariçten - bu meselede yegâne söz sahibi organ olmak hasebile, yani «idarenin adliye karşısında istiklâlini» sağlamakla mükellef ve ödevli yegâne makam olmak sıfatına istinaden - ihtilâfı ihdas edebilmek için vazife itirazında bulunmak salâhiyetini haiz olduğuna muhakkak nazarile bakabiliriz. Zira idarenin haiz olduğu bu salâhiyet H.U.M. Kanununun, umumiyetle, yalnız davanın taraflarına, ve bazı hallerde de, dava kendilerine ihbar olunan veya kendiliklerinden davaya müdahale suretile katılanlara tanıdığı salâhiyetlerden, ezcümle bu kanunun yukarıda ismi geçen şahıslara tanıdığı vazife itirazında bulunabilmek salâhiyetinden bambaşka bir salâhiyet olup; H.U.M. Kanununun tamamen çerçevesi dışında kalan, menşe ve kaynağını H.U.M. Kanunundan değil belki dolayısıyla Anayasadan ve herhalde doğrudan doğruya, «Uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki» 4788 sayılı kanundan alan bir salâhiyettir. Başka bir söyleyişle idarenin vazife itirazında bulunabilmek salâhiyeti H.U.M. Kanununun kabul ettiği mânada bir vazife itirazı değildir. Bu kanunun meşgul olduğu, tanzim ettiği, şartlarını, usulünü, neticelerini tesbit eylediği vazife itirazından tamamen ayrı, müstakil, nev'i şahsına münhasır, istisnâî, fevkalâde bir vazife itirazıdır. Kısaca, bu vazife itirazı H.U.M. Kanununun çerçevesi içinde mütaleası mümkün olmayan, bu çerçeve içine sığmayan, sığdırılması imkânsız bulunan bir itirazdır. Bu gibi bir vazife itirazında bulunmak salâhiyeti idarenin muayyen bir davada taraf olarak yer alan bir şahıs olmak hasebile, sırf bu dava bakımından, H.U.M. Kanunundan aldığı mahdud hususî, muşahas bir salâhiyet değil; gayet umumî ve mutlak olarak herhangi bir davada, adliyenin idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmesi ihtimalî mevzuu bahsolan bütün hallerde, yani adliyenin idarî faaliyetlere, idareye müdahale etmesi mutasavver olan tekmlil ahvalde idarenin adliye karşısında istiklâlini sağlamak bakımından ve Anayasadan, 4788 numaralı kanundan aldığı geniş, mutlak, umumî ve mücerret bir salâhiyettir.

İşte, yukarıdaki esaslara binaendir ki, biz seçtiğimiz misalde, belediye aleyhine açılan tazminat davasında, hasım, müddeaaaleyh sıfatile davada yer alan belediye hükmi şahsı gibi genel idarenin, merkezi idarenin, kısaca «idare» nin de, bu davanın içinde yer almadığı halde, - hariçten ihtilâfı ihdas salâhiyetini haiz olduğuna göre - yine hariçten - her ne suretle olursa olsun[10]- vazife itirazında bulunabileceğine, kendi hesabımıza kanî bulunuyoruz.

[10] İdarenin içinde herhangi bir sıfatla yer almadığı bir davada hariçten ne suretle, ne gibi bir usule başvurarak, hangi yoldan Adli mahkemede vazife itirazında

Evet, belediye aleyhine açılan tazminat davasında, taraflar: sadece otobüs tarafından çığneneden fertle bu otobüsün ait olduğu, daha doğrusu bu otobüsü işleten belediye hükmi şahıstır. Davacı, davasını hususî hukuk çerçevesine giren bir ihtilâf telâkki etmiştir; davasını Borçlar Kanununun hükümleri dairesinde açmıştır; belediyenin, Borçlar Kanununa istinaden, tazminata mahkûm olmasını istemiştir.

Belediye ise, henedense, ihtilâfın hakikatte - otobüs nakliyatı gibi, hususî teşebbüs ve faaliyetlerden tamamen farklı bir rejime dahil olan ve hususî hukuk hükümlerinden bambaşka kaidelere tâbi bulunan - bir âmme hizmetinin ifasından doğduğunu; kısaca idarî bir faaliyetten meydana geldiğini; daha doğrusu âmme hizmetindeki herhangi bir aksaklık, bozukluk ve kusurdan, bir kelime ile hizmet kusurundan husule geldiğini; davacının hakkının idarî bir faaliyetten dolayı muhtel olduğunu; bu cihetle davanın - Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrası gereğince - idarî kazaya ait bulunduğunu nazara almayarak davacının dava arzuhaline karşı verdiği cevapta bu noktalara temas etmemiştir. Kısaca, cevap lâyihasında adli mahkemenin bu davayı tetkik ve rüyet hususunda vazifesiz olduğu yolunda bir itiraz dermeyer etmemiştir.

Öyle farzediyoruz ki, iş henüz lâyiha teatisi safhasındadır: daha oturuma geçilmemiştir.

İşte idarenin - yani merkezi idarenin, bilfarz İçişleri Bakanının - bu gibi bir davadan, herhangi bir suretle, haberdar olduğunu farzedelim. İdarî faaliyetlerden, âmme hizmetlerinden doğan idarî mahiyetteki ihtilâfların adli mahkemelerde değil, idarî kazada rüyet ve halli lâzım geldiğini, haklı olarak, nazarı itibara alan idarenin, Bakanın - adli mahkemenin, bu gibi bir davaya el koymakla, «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası hilâfına olarak, idarî faaliyetlere müdahale etmiş ve böylece «idarenin adliye karşısındaki istiklâli» prensipini ihlâl etmiş olacağını bihakkın düşünerek ve aynı zamanda, Adli mahkemenin, bu gibi bir davayı tetkik ve rüyet etmekle, «idarî dava ve ihtilâfları rüyet ve halletmek» vazifesinin Devlet Şûrasına ait olduğunu beyan eden Anayasanın 51 inci maddesini ve keza «idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davaların» doğrudan doğruya ve kat'i surette Devlet Şûrası dava dairelerinde rüyet ve hal» olunacağını söyleyen Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrasını çığnemiş olacağını,

bulunabileceğini ileride ayrıca araştıracağız. Şimdilik burada vazife itirazının idare tarafından tathikatta hariçten ne şekilde yapılacağını değil; sadece idarenin hariçten bu gibi bir vazife itirazında bulunmak salâhiyetini haiz olduğunu nazari olarak izaha çalışıyoruz.

çok doğru olarak, dikkat nazarından kaçırmayarak - Adli mahkemenin vazifesiz olduğu hususunda bir itirazda bulunmak istediğini düşünelim.

Gerçekten «idare» nin, bu dava içinde yer almamakla beraber, Adli mahkemenin vazifeli olup olmadığının tayini meselesinde, davada hasım, müddeaaaleyh olarak ahzi mevki eden «davalı idare» den, yani belediyeden çok daha büyük bir alâka ve menfaati olduğu muhakkaktır.

Zira davalı idare, yani belediye için davasının filân mahkeme (Asliye mahkemesi) tarafından mı, falan mahkeme (Devlet Şûrası) tarafından mı halledilmesinin, gerek ameli, gerek nazari bakımdan, fazla bir ehemmiyeti olmayabilir. Zira sayın Ordinaryüs Prof. M. R. Belgesay'ın belirttikleri üzere vazife meselesi taraflar için fazla bir önem arz etmemektedir. Davanın filân veya falan mahkemede görülmesi onlar için müsavidir [11]. Taraflar, bundan müteessir olmazlar.

Lâkin davanın, Anayasaya ve Devlet Şûrası Kanununa uygun olarak, vazifeli mahkemece tetkik ve rüyet edilmesi; kanunları tatbik ve kanunlara riayeti teminle mükellef idare için büyük bir ehemmiyet arz eder [12].

Şu halde «idare», yani hâdisemizde İçişleri Bakanı, Belediye aleyhine açılan davada seyirci mi kalacaktır? Seyirci mi kalmaya mahkûmdur? İhtilâfı ihdas salâhiyetini haiz olan idarenin, Bakanın, ihtilâfı ihdas edebilmek için, evveleminde vazife itirazında bulunmak lâzım geldiğine, hal-

[11] Cumhuriyet Gazetesi.

[12] Hattâ titiz bir meclisin, ihtilâfı ihdas etmesi lâzım gelirken, ihdas etmeyen lera uzvundan bunun hesabını sorması pekâlâ mutasavverdir. Zira ihtilâfın ihdası -muayyen bir davanın arzedeceği hususi önemden kat'ı nazar-, netice itibarile, idarenin (icra uzvunun) kanunları tatbik ve kanunlara riayeti temin etmek vazifesine girer. Demek ki mesele icra uzvunun (idarenin) kanunları tatbik gibi gayet umumî bir vazifesiyle ilgilidir. Bu itibarla icra uzvunun, her görevinden olduğu gibi, bu vazifenin sureti ifasından da, bu bakımdan ve bu sıfatla, Meclise hesap vermeye davet edilmesi, istizaha maruz kalması ve mesul tutulması pekâlâ düşünülebilir. Şunu ayrıca hatırlatalım ki: Fransada Vichy Hükümeti zamanında tedvin olunan «Memurların statüsü» hakkındaki kanunda, idarenin adli kaza ile idari kaza arasındaki icabî vazife ihtilâflarında ihtilâfı ihdas etmemesi halinde hukukî (mali) mesuliyeti dahi kabul olunmaktadır. Şöyle ki, bu kanunun 24 üncü maddesi, bir memur aleyhine Adli mahkemede şahsî kusuruna binaen tazminat davası açıldığında, şikâyetli mucip fiil hakikatte bir hizmet kusurundan ibaret olduğu halde, idare ihtilâfı ihdas etmeyerek Adli mahkemenin fiilî yanlısı olarak, şahsî kusur olarak tavsifle memuru tazminata mahkûm etmesine sebebiyet vermesi halinde hakkında hükmolunan zarar ve ziyânı idareden talep etmesini ve ona ödetmesini terviz etmektedir. (Bonnard, Précis 1943, 4. edit., sah. 132-133; F. Luchaire Rev. Dr. Public. 19946, sah. 388 note).

buki mezkûr davada yer almak suretile vazife itirazında bulunabilmek imkânından mahrum olduğuna göre ihtilâfı ihdas salâhiyeti felce mi uğrayacaktır? İdarenin bu gibi bir halde eli kolu bağlı mı kalacaktır?

Zannetmiyoruz! Öyleyse «idare», bakan ne yapacaktır, ne yapabilecektir?

Acaba «idare», Bakan belediyeye mahkemede, ve en geç mahkemenin ilk oturumunda, vazife itirazında bulunmasını mı emredecektir?

İdarenin (Bakanın) müddeaaaleyh mevkiinde bulunan belediyeye hukukan, kanunen bu yolda bir emir verebileceğini zannetmiyoruz[13]. İdarenin (Bakanın) belediyeye bu yolda bir emir verebileceğini veya bu yolda bir «tavsiye» ve «direktif» de bulunabileceğini kabul etsek bile bu gibi bir emir, tavsiye ve direktife muhatap olan müddeaaaleyh idarenin (yani belediyenin) buna kulak asmaması, uymaması ihtimal ve imkân dahilindedir. İdarenin elinde ise davalı idareyi (belediyeyi) bu emre, tavsiyeye, direktife uymaya mecbur kılacak herhangi bir imkân, bir müeyyide yoktur.

Şu halde idarenin bu gibi bir emir vermek, bu gibi bir tavsiye ve direktifte bulunmakla ihtilâfın ihdasını sağlamış olmayacağı muhakkaktır. Öyleyse idarenin bu kadarla iktifa etmemesi pek tabiidir. Fakat idare bu kadarla iktifa etmeyecek de ne yapacaktır? İhtilâfı tahrik etmek salâhiyetini kanun doğrudan doğruya kendisine tanıdığı halde idare (Bakan) davada yer alan müddeaaaleyh idarenin (belediyenin) - bütün emirlere, tavsiyelere, direktiflere rağmen - vazife itirazında bulunmaması ihtimali

[13] Gerçekten merkezi idarenin - merkez teşkilâtından ayrı ve müstakil bir mevcudiyete sahip - mahalli idareler, yani vilâyet, belediye ve köyler üzerindeki salâhiyetinin idari vesayetten ibaret olduğu malûm bir hakikattir. Halbuki, bilindiği üzere, merkezin mahalli idareler üzerinde haiz olduğu bu idari vesayet ancak mevzuatta tasrih olunan muayyen ve mahdut hallerde ve yine ancak kanunen muayyen ve mahdut şekillerde istimal olunabilir. Bütün bu söylediklerimiz merkezi idarenin âmme müesseseleri üzerindeki salâhiyeti için de varıttır. Yani merkezin bu müesseseler üzerindeki salâhiyeti de böyle kanunen mahdut ve muayyen bir idari vesayetten ibarettir. (İdari vesayet hakkında tafsilât için bakınız: (S.S. Onar, İdare Hukuku 1942, sah. 396,406).

İste idari vesayette merkezin, herhangi bir davada mahalli idarelerin ve âmme müesseselerinin müdafaalarını filân veya falan şekilde yapmalarına müdahale edebilmesi kabul edilmediğine, ezcümle merkezin bunlara vazife itirazında bulunmalarını emredebilmesi tevziz edilmediğine göre, merkezi idarenin, hâdisemizde belediyeye hukukan, kanunen bu yolda bir emir verebilmesi, zannımızca, mümkün olmasa, gerktir.

karşısında ihtilâfı tahrik, ihdas edebilmek salâhiyetinin bu suretle tamamiyle felce uğramasına passif bir surette intizar edecek, seyirci mi kalacaktır?

Bu pek garip bir tecelli olmaz mı?

En ziyade kendisinin ilgili bulunduğu, bu hususta en fazla menfaati olduğu, hattâ siyasi bakımdan, sorumlu olduğu, üstelik de kanunun doğrudan doğruya ihtilâfı tahrik yetkisini kendisine tanıdığı bir meselede, bir işte idarenin bu salâhiyetinin tâ başlangıçta felce ve akamete uğramasına razı olmasına, üçüncü bir şahsın - hâdisemizde müddeaaaleyh idarenin, yani belediyenin - bu salâhiyeti tâ bîdayette hiçe indirmesine katlanmasına imkân yoktur. İmkân yoktur; çünkü doğrudan doğruya idareye - Bakan veya Vali marifetile - ihtilâfı tahrik edebilmek salâhiyetini bahşeden 4788 sayılı kanunun bir taraftan «idare» ye, icra uzvuna, daha doğrusu idareyi temsilen Bakan ve Valilere, üstün bir takım düşüncelerle ve Anayasaya istinaden, bu gibi bir salâhiyet tanıırken, diğer taraftan bu salâhiyetin üçüncü bir şahıs, yani davada hasım mevkiini işgal eden bir şahıs, hususile merkezî idareden ayrı bir mevcudiyet arzeden herhangi bir mahallî idare veya âmme müessesesi - hâdisemizde belediye - tarafından vazife itirazında bulunmamak suretile felce uğratılabilmesine, hiçe indirilmesine, mânasız, faydasız, lüzumsuz, kıymetsiz, kuru bir lâftan ibaret, hiçbir işe yaramaz bir salâhiyet haline sokulmasına cevaz vermediği muhakkaktır. Muhakkak ki kanunu dediğimiz şekilde tefsir etmek lâzımdır. Aksi tefsir kanunun, idarî kazayı adli kaza karşısında korumak için, ihtilâfı tahrik salâhiyetini lâalettayin bir makama, ezcümle dava olunan idareye, davalı idare hükmi şahsına değil de doğrudan doğruya «idare» organına, yani icra uzvuna, merkezî idareye, daha doğrusu merkezî idareye izafeten bu idareyi temsil eden Bakanlara ve Valilere tanıdığı halde, üçüncü bir şahsın, yani davada hasım mevkiini işgal eden, müddeaaaleyh olarak yer alan şahsın - vazife itirazında bulunmamak suretile - bu salâhiyeti hiçe indirmesine, bu salâhiyetin kullanılmasına mâni olabilmesine cevaz verdiğini kabul etmek demek olur ki kanunun doğrudan doğruya idareye tanıdığı ve idare tarafından istimal edileceğini tasrih ettiği bir salâhiyetin yabancı bir şahsın iradesine ve keyfine bağladığını iddia etmek olur.

Bilâkis biz - B. Özoğuz'la beraber - kanunun, «idare» tâbirini mutlak olarak kullanmasından, vazife itirazının davada müddeaaaleyh olarak yer alan idare hükmi şahsı gibi icra uzvu, «merkezî idare», «idare», yani Bakan, Vali tarafından da yapılabilmesine müsaade ettiği neticesini çıkarıyoruz. Hattâ kanunun «müddeaaaleyh idare» tâbiri yerine mutlak olarak «idare» tâbirini kullanmış olmasını bu suretle izah ediyoruz.

Elhasıl - kanuna göre - vazife itirazının gerek müddeaaaleyh idare, gerekse Bakan, Vali tarafından serdedilebileceğine kani bulunuyoruz.

Fikrimizce ancak bu tefsir kanunun ruhuna, mantığına, kanunun dayandığı temele, benimsediği esasa, kanunun kurduğu müessesenin bünyesine ve mahiyetine, elhasıl kanunun cevap verdiği ihtiyaç ve menfaatlere, hal ve icaplara, şart ve zaruretlere uygun bir tefsir olabilir.

Şu halde hâdisemizde «idarenin», yani İçişleri Bakanının, hariçten, vazife itirazında bulunabilmesi lâzımdır.

«Lâzımdır» diyoruz. Fakat acaba, bu gibi hallerde, «idare» bu davada herhangi bir sıfat ve suretle yer almadığı halde ne yoldan, hangi şekilde vazife itirazında bulunacaktır?

Yukarıdaki suale verilebilecek olan, verilmesi mümkün bulunan cevapları gelecek nüshaya bırakıyor, ve bu suretle önümüzdeki sayıda bu önemli içtihadın tetkikine nihayet vereceğimizi kaydediyoruz.

R. S.

*

B) İDARE MAHKEMELERİ KARARLARI :

İdare ajan ve memurlarının şahsi kusurlarından mütevellit mesuliyetin şahıslarına râci olduğunu kabul etmekle beraber; bu gibi bir kusurdan doğan tazminat davasının tetkik ve rüyetini --kendi müesses ve müstakar ichtihadı hilâfına olarak - Adli mahkemelere bırakacak yerde doğrudan doğruya kendisi tarafından tetkik edildiğini ve karara bağlandığını gösteren bir Danıştay kararının hakiki vechesi ve mânası.

DAVA DAİRELERİ UMUMİ HEYETİ

K: 35/26

Davanın hulâsası: Davacı, evvelce Vekâlet emrine alınması ile açtığı dava üzerine Vekâlet emri muamelesi refedilerek aldığı ilâm ile vazifesine tayini için vaki müracaati, ilâmın muhtacı tavzih bulunduğu beyanile nazara alınmadığından ve tavzih için aldığı karara rağmen yine vazifesine iade edilmediğinden maddî ve manevî tazminat için vali aleyhine mahkemeye vaki müracaati vazife noktasından reddedildiğinden bahisle ve Vekâlet emrine alındığı tarihten şimdiye kadar mağdur edildiği beyanile Borçlar kanununun 41 inci ve müteakip maddeleri mucibince zararın tazmini dileğinden ibarettir.

Dava olunanın müdafaaları: Husumetin şahsına değil vilâyete teveccüh edeceği, Borçlar kanunile Şûrayi Devlet kanununa göre hâdisede

müruru zaman olduğu, gazez mevcut olmadığı, idari bir kararın ikinci derecede tetkikile bozulması birinci derecede bu kararı alanın mesuliyetini mucip olmayacağı merkezindedir.

Müddeiumuminin mütalâası hulâası: Davada müruru müddet mevcut olmadığı, davacının mağduriyetinin bugün dahi devam ettiği cihetle davacının almış olduğu Vekâlet emri maaşının mahsubu suretile verilecek karar tarihine kadar tazminat alması gerektiği ve bu tazminatın müsebbibine rücu şartile muhasebei hususiyece ödenmesi icap ettiği yolundadır.

Türk Ulusu adına

Hüküm veren, Şûrayi Devlet deavi dairesi genel heyeti tarafından gereği düşünüldü:

Gerçi dava olunan vali Sahip, icra makamlarının yaptıkları icraattan dolayı şahsen davada husumet mevkiinde olamayacaklarını iddia ederek husumeti kendi şahsına tavih etmiş olan bu arzuhalin gerek bu, gerekse hâdisede mütehakkak müruru müddet noktalarından olması lâzım geleceğini beyan etmekte ise de; vali Sahip, bu meselede vilâyeti âmme kudretile hareket etmiş ve bu hareket de bir hizmet hatâsı olmayıp şahsi bir hatâdan ibaret bulunmuş olmasına göre hâdisede husumetin kendi şahsına teveccüh etmesi tabii görülmüş olduğu gibi davacının davasının, adli mahkemeden aldığı vazifesizlik kararının ısdarından itibaren - Kamutayın 26/3/1931 günlemeçli ve 171 sayılı tefsirinde yazılı - 10 gün içinde Şûrayi Devlete arzemiş bulunmasına göre dava olunanın, müruru müddet iddiası da varid görülmemiştir.

Meselenin esasına gelince: Mahkemelerden sadır olan mukarrerat icra makamlarınca behemehal infaz olunmak lâzım gelir. Hattâ bunların ne İcra Vekilleri heyetince, ne Kamutayca tebdil ve tağyir ve tehir ve infaz ahkâmına mümaneat olunamaması Teşkilâtı Esasiye kanununun 54 üncü maddesinde müeyyedir. Şûrayi Devlet deavi daireleri hükümlerinin de, Teşkilâtı Esasiye kanununda yazılı mahkeme kararları mahiyetinde olduğu Kamutayın 12/4/1934 günlemeçli ve 803 sayılı kararı iktizasındadır. Halbuki davacının memuriyetine iadesi icap edeceği hakkında Şûrayi Devlet deavi daireleri hususî heyetinden istihsal ettiği hükmün, vali Sahip tarafından, kendisine resen yapılmış olan tebliğde ve Nafia Bakanlığı tarafından ayrıca sebkeden iş'ara rağmen yerine getirilmemiş olduğu taayyün etmiştir.

Kazai kararların infaz edilmemesinden dolayı alâkadarların düçar oldukları zararların tazmini hakkaniyet kaidesi icabıdır.

Diğer taraftan memurların şahsî hatâlarından mütevellit zararların doğrudan doğruya kendilerinden tazmin ettirilmesi idare hukuku esaslarından bulunmakta ve davada mevzuubahs hükmün de bir içtihat hatâsından değil şahsen vukua getirilmiş bir hatâdan inbias ettiği anlaşılmaktadır.

Şu yukarıda yazılan sebeplere binaen davacının memuriyetine iade olunmamasından dolayı maaş noktasından düçar olduğu zararların dava olunan vali Sahip'e tazmin ettirilmesi ve iadei memuriyet kararının tebliğinden sonra davacıya füzulen verilmekte devam edildiği anlaşılan Vekâlet emri maaşlarının da bu zamana ithali ve 9/6/1934 tarihli ve 2503 sayılı kanun mucibince muktazi 400 kuruş ilâm harcının dava olunan dan alınması, husumet ciheti ve tazminatın doğrudan doğruya vali Sahip'in şahsından alınması noktası çoklukla, esas tazminat da söz birliğile kesildi.

Yukarıya naklettiğimiz karardan anlaşıldığı üzere; dava, hizmet kusuruna veya sair herhangi bir esasa istinaden, idare -yani devlet (vekâlet) veya vilâyet aleyhine açılmış olmayıp bir idare ajanı, bir memur, kısaca bir fert olan valinin, şahsî kusuruna, haksız fiiline istinaden, doğrudan doğruya şahsî aleyhine açılmış olduğu halde; bu tazminat davasını, Danıştay - geçen nüshada naklettiğimiz kararlarında görüldüğü üzere - «şahsî kusurdan mütevellit zararların tazmini ancak umumî mahkemelerden talep olunabilir» veya «memurların şahsî kusurundan dolayı tazminata tâbi tutulmalarına dair taleplerin hüküm mercii umumî mahkemelerdir» veya «şahıslar aleyhine açılan tazminat davalarının tetkiki adli mahkemelere aittir» veya «fert aleyhine açılacak tazminat davalarının tetkiki Şûrayı Devletin vazifesi haricinde bulunduğu cihetle dava arzuhalinin bu noktadan reddi lâzımgelir» veya «dava şahsî kusurdan, haksız bir fiilden mütevellit zarar ziyan talebinden ibaret olmasına ve bu kabil ihtilâfların tetkiki de Devlet Şûrasının vazifesi dışında bulunduğundan davanın vazife noktasından reddi iktiza eder», yahut da «memurların şahıslarından istenilen ve hizmet kusurlarından dolayı idareden talep edilen tazminat işlerinden ayrı bir mahiyet arzeden şahsî tazminat davaları idarî davaya mevzu teşkil edemeyeceği cihetle valinin şahsından tazminat talebine dair olan davanın reddi lâzım gelir» diyerek iptidaen reddecek yerde İdare Hukuku esaslarına ve hattâ bizzat kendi müstakar içtihadına tamamen aykırı ve zıt olarak bu davayı iptidaen ve intihâen kabul etmiş; davacının düçar olduğu zararların bir idare ajanı, bir memur, yani bir fert olan «Vali Sahip'e tazmin ettirilmesini», yani «tazminatın doğrudan doğruya Vali Sahip'in şahsından alınmasını» karar altına almıştır.

Âşikârdır ki bu karar gerek idare hukuku esaslarına gerekse Devlet Şûrasının müstakar içtihadına aykırıdır. Bu itibarla Devlet Şûrasının, bu hâdisede, ne gibi bir zaruret ve düşünce ile böyle bir karar verdiğini; yani neden ve niçin, umumiyetle ve prensip itibariyle, kabul ettiği hal suretine taban tabana zıt bir yola saptığını araştırmak faydasız olmaz herhalde!

Derhal şunu arzedelim ki: fikrimizce Devlet Şûrasının mezkûr hâdisede böyle bir karar vermesinin sebebi hukukî, nazari, ve ilmi olmaktan ziyade hissi, ameli, hususi ve istisnaidir.

Gerçekten bu kararı hukuk, nazariyat ve ilim bakımından izah çok zor ve hattâ imkânsız olduğu halde; Devlet Şûrasının bu yolda karar vermesi, öyle sanıyoruz ki, hissi ve ameli bir takım sebeplere istinad etmekte ve hâdisenin tamamen hususi ve istisnai bir mahiyet arzemesinden lleri gelmektedir.

Şöyle ki - davanın hulâsasından da, kararın metninden de anlaşıldığı üzere - Devlet Şûrasının, incelemekte olduğumuz karara mevzu ve mesnet teşkil eden davayı - yani valinin şahsı aleyhindeki tazminat davasını - Devlet Şûrasında açmazdan evvel davacı -valinin şahsı aleyhinde açtığı bu davayı valinin şahsı kusuruna, yani haksız fiiline istinat ettirdiği için - pek doğru ve yerinde olarak, adli mahkemede ikame etmiştir. Lâkin adliye mahkemesi, yersiz ve yolsuz olarak, bu davayı vazife noktasından reddetmiştir.

«Yersiz ve yolsuz» olarak diyoruz. Çünkü dava, valinin, şahsı kusuruna binaen, şahsı aleyhinde açılmış bir şahsı tazminat davasından ibaret olduğuna göre, - gerek idare hukuku esasları, gerek Devlet Şûrası inanları, hattâ gerekse adli kaza içtihatları gereğince - bu davayı tetkik ve rüyet adli mahkemelerin vazifesi cümlesinden bulunup; ancak şahsı kusurun mevcut veya sabit olmaması veya - Borçlar Kanununun haksız fiillere müteallik hükümlerine göre - mesuliyet şartlarının tahakkuk etmemesi, meselâ illiyet rabitasının bulunmaması veya fiilin «haksız fiil» mahiyetini kaldıran sebeplerin mevcudiyeti.. dolayısıyla bu dava adli mahkemece - vazife bakımından değil - esasından reddedilmek lâzımgelirdi.

İşte adli mahkemenin şahsı kusurdan mütevellit şahsı tazminat davasını - yanlış bir mantık ve muhakeme neticesinde - davanın idari kazaya, daha doğrusu Devlet Şûrasına ait olduğu düşüncesiyle vazife noktasından reddetmesidir ki Devlet Şûrasını - durumun hususi ve istisnai bir mahiyet arzemesi dolayısıyla hissi, ameli bir takım mülâhazaların tesiriyle - davacının, çarnaçar, idare hukuku esaslarına aykırı olarak, idari mahkemede ikame etmek zorunda kaldığı bu tazminat davasını - asıl kendisinin vazife noktasından reddetmesi icabederken - bizzarur ve şüp-

hesiz idare hukuku esaslarına tamamen muhalif olduğunu bile bile tetkik, rüyet eylemeye sevketmiş ve esasını karara bağlamaya mecbur kılmıştır.

Şöyle ki Devlet Şûrası idare hukuku esaslarına titiz bir surette sadık kalmak isteseydi - bu gibi bir dava idarî kazaya değil de adli kazaya ait olduğuna göre - davayı, vazife noktasından reddetmesi, dinlememesi lâzımgelirdi. Halbuki aynı dava daha evvel adli kaza tarafından - velev ki hatalı bir surette dahi olsa - vazife bakımından reddedilmiş olduğuna ve idarî bir mahkemenin, herhangi bir davanın adli kazanın vazifesi cümlesinden olduğunu beyan etmesi adliyeyi hiçbir suretle bağliyamıyacağına ve bu tarihte memleketimizde henüz bir ihtilâf mahkemesi -yani bir uyuşmazlık mahkemesi- kurulmuş bulunmadığına nazaran; Devlet Şûrasının hâdisede vazifesizlik kararı vermesi hakikatte iki kaza arasında selbi (menfi) bir vazife ihtilâfına, daha doğrusu davacının davasının mercisiz kalmasına, yani ihkaki haktan imtinaa sebebiyet vermiş olurdu. İşte, herhalde, bu gibi bir vaziyete sebebiyet vermemek için olacaktır ki Devlet Şûrası, hâdisede, vazifesizlik beyan edecek yerde davayı tetkik, rüyet ve halletmeyi tercih etmiştir.

Bu izah, öyle sanıyoruz ki, hakikate, yani Devlet Şûrasının hakiki düşüncesine uygundur. Şunu da ilâve edelim: B. Abdülkadir Özoğuz, 1941 senesinde Toulouse Fakültesinde müdafaa ettiği «Le Conseil d'Etat et le contentieux administratif» adlı doktora tezinde[1], Devlet Şûrasının mezkûr kararını bu suretle izah ettiği gibi; Bayan Nejat Özoğuz da «Temyiz Mahkemesi» adlı eserinde bu kararı aynı şekilde izah eylemektedir.

Gerçekten memleketimizde tam kaza davalarını incelerken adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ayrılığına temas eden B. Abdülkadir Özoğuz adli mahkemelerin vazifesine giren davalar arasında şahsî kusurlarına binaen memurlar aleyhine açılan şahsî tazminat davalarını zikrediyor.

Diyor ki: «Devlet Şûrası, 25/11/1937 tarihli ve K: 37/1493 sayılı bir kararında, bir vali aleyhine, şahsî kusurundan dolayı, açılan bir tazminat davasını tetkik hususunda vazifesizliğini beyan etmiştir: İzin müddetinin uzatılmasını talep etmiş olan bir nahiye müdürü vali tarafından resen

[1] Bu eser hakkında umumî bir fikir edinmek isteyenler, ayrıca Asistan Lütfi Duran'ın İst. Huk. Fak. Mecmuasının XI inci cildinde (1945. Sayı 3-4) «Eser Tahli ve Tenkitleri» kroniğine müracaat edebilirler (sah. 406-410).

Şunu da ayrıca kaydedeyim ki: bu eserden beni haberdar eden ve, bundan istifade edebilmem için, bu kitabı bana veren L. Duran olmuştur. Kendisine alenen teşekkür ederim.

müstafi addedilmiş. Dahiliye Vekâletine şikâyet ve müracaatta bulunması üzerine vali, kanunsuz olarak vazifesine nihayet vermiş olduğu memuru vazifesine iadeye mecbur kalmıştır. Lâkin memur, vazifesinin inkıta uğraması dolayısıyla uğradığı zararı valinin şahsan tazmin etmesini istiyerek, Devlet Şûrasında valinin şahsı aleyhinde bir dava ikame etmiştir. Devlet Şûrası İkinci Deavi Dairesi ise, şikâyeti mucip fiilin valiye isnadı lâzımgelen şahsî bir kusur teşkil ettiğini nazara alarak idarî kazanın vazifesizliğini beyan eylemiştir.»

Halbuki müellifin işaret ettiği üzere «K: 35/26 sayılı başka bir kararında Devlet Şûrası, mümasil bir hâdisede, bilâkis davayı tetkik hususunda kendisinin vazifeli olduğunu beyan eylemiştir: Vekâlet emrine alınmış olan bir memur, bu Vekâlet emri kararını iptal ettirmeye muvaffak olmuştu. Lâkin iptal kararının vâzih olmadığını bahane ederek vali onu vazifesine iadeden imtina etmiştir. Devlet Şûrası kararını, memur lehine olmak üzere, tavzih ettiği halde vali imtinasında ısrar eylemiştir.

Memurun adli mahkemede vali aleyhine, şahsî kusurundan dolayı, dava açması üzerine adliye mahkemesi bu davayı tetkik hususunda vazifesizliğini beyan etmiştir.

Bu vaziyet karşısında memur Devlet Şûrasına müracaatla, Borçlar Kanununun 41 inci maddesi hükmü gereğince, uğramış olduğu maddî ve mânevî zarardan dolayı tazminat elde edebilmek için vali aleyhinde bir dava açmıştır.

Devlet Şûrası dava daireleri umumî heyeti ise, valinin hareketi, Devlet Şûrasının lâzımülnifaz bir ilâmını tenfiz etmemek gibi bir maksat ve niyetin mevcudiyetine delâlet ettiğine göre ortada bir hizmet kusuru olmadığını nazara alarak valinin şahsî mesuliyetine hükmediyor.

Bunun gibi Devlet Şûrası, idarî kazanın davayı tetkik hususunda vazifeli olmasını: kazaî kararların infaz edilmemesi dolayısıyla bir takım zararların husule gelmesi halinde hakkaniyetin zarara uğrayan şahsa tazminat itasını âmir olduğu mucip sebebiyle meşru gösteriyor.»

İki kararı böylece nektettikten sonra müellif diyor ki: «Demek oluyor ki esas bakımından eş ve mümasil iki hâdisede Devlet Şûrası farklı iki hal suretine varmış bulunmaktadır. Bu gibi tereddütler jürisprüdan'ın, idarî kaza ile adli kazanın vazife ve salâhiyetlerini tayin ve tanzime muktedir bir kıstas bulmakta çektiği müşkülâta bir delildir. İki kaza arasındaki vazife sınırını çizmekle mükellef bir ihtilâf mahkemesinin mevcut olmaması: Türkiyede şahsî kusur ve hizmet kusurunun vâzih ve kat'i bir tarifinin eksikliğini daha fazla hissettirmektedir.

Devlet Şûrasının ilk kararı şahsî kusurlarından dolayı memurlara

karşı açılan davaların tetkik ve rüyetinin adli kazaya ait olduğunu açık ve kesin olarak tesbit etmektedir.

Devlet Şûrasının ikinci kararı, ikinci hal sureti ise idari mahkemelerin «hakkaniyet, nisfet» esasını üzerine müesses birer kaza mercii olmaları ile izah olunabilir. Gerçekten hâdisenin şahsî bir kusurdan ibaret olduğu tamamen âşikârdır. Bununla beraber, adliye mahkemesi kendisinin vazifesiz olduğuna karar verdiği göre, davanın Devlet Şûrası tarafından reddi, halli imkânsız bir selbî ihtilâfa müncer olurdu. Bize öyle geliyor ki, bu hâdisede, hakkaniyete uygun bir hal suretine varmak arzusu Devlet Şûrasını bu kararı vermeye sevkeden âmil olmuştur» [2].

Keza Sayın Nejat Özoğuz, «vazife ihtilâflarından bahsederlerken, çok haklı olarak, memleketimizde ihtilâf mahkemesinin mevcut olmamasını «Türkiyenin kazâ teşkilâtında bir noksanlık» olarak tavsif ediyorlar. Diyorlar ki: «Hukukî sahadaki ihtilâfları halledecek makamı kanun tayin etmemiştir. Bu suretle hukukî mevada müteallik meselelerde birçok ihtilâflar halledilmemiş vaziyette kalmakta, vatandaşlar mutazarrır olmaktadır. Bu yüzden mahkemeler de bazan güçlüklerle karşılaşılıyorlar. Nitekim Devlet Şûrasının iki kararı arasındaki aykırılık belki bu noksanlığın bir neticesidir.

(İzminin uzatılmasını isteyen nahiye müdürünün kanunsuz olarak müstafi addedilmesi yüzünden uğradığı zararın tazmini hususunda vali aleyhine açılan dava Devlet Şûrası İkinci Dava Dairesinin 37/1943 sayılı kararıyla, zarar valinin şahsî kusurundan doğmuş olduğundan bahisle vazifesizlik kararıyla reddedilmiştir) (D. Ş. K. M. sayı 5, sah. 117-118).

Halbuki buna benzer diğer bir hâdisede;

(Hakkında vekâlet emrine alma kararı Devlet Şûrasınca ref'edilen memuru vazifesine iade etmemekte ısrar eden valinin bu hareketi 35/26 sayılı kararıyla şahsî suç [3] olarak kabul edildiği halde vazifesizlik kararı verilmemiş ve davanın esasını halledilmiştir) (D. Ş. K. M. sayı 2, sah. 17-18).

Bu meselede mutazarrır memur Devlet Şûrasına müracaattan evvel adliye mahkemesine müracaat etmiş ve bu mahkeme vazifesizlik kararı vermişti. İdare hukuku prensiplerine ve Devlet Şûrasının takarrür etmiş

[2] İsmi yukarıda geçen eser. Sahife 135-138.

[3] Hiç şüphe yok ki yukarıda aynen dercettiğimiz 35/26 numaralı umumî heyet kararında valinin hareketi «şahsî bir suç» olarak değil «şahsî bir kusur» olarak vasıflandırılmıştır. Bu itibarla aynı kararı hulâsa ederek nakleden Nejat Özoğuz'un ibaresindeki «şahsî suç» bir mürettip hatası neticesidir. Bu yolda tashihi lâzımdır.

içtihadına göre memurun şahsî kusurundan doğan zarar ve ziyan davalarına bakılması idarî mahkemelerin değil adli mahkemelerin salâhiyeti dahilindedir. Devlet Şûrası umumî heyetinin bu hâdisede fiilin memurun şahsî kusurundan doğduğunu kabul ve tesbît ettikten sonra içtihadına aykırı olarak kendisini vazifeli görmesi belki memurun evvelce adliye mahkemesine müracaat edip te vazifesizlik kararı aldığı gözönünde bulundurarak kendisi de aynı şekilde hareket ettiği takdirde bu halin davanın halledilmeden kalması neticesini doğuracağı düşüncesindedir» [4].

Görüldüğü üzere üzerinde durduğumuz ve incelediğimiz Devlet Şûrası kararında kabul olunan hal sureti, netice itibariyle o tarihte memleketimizde bir Uyuşmazlık Mahkemesinin mevcut olmamasından ileri gelmektedir.

Halbuki bugün böyle bir mahkeme kurulduğuna göre: artık Devlet Şûrasının, selbî bir vazife ihtilâfına sebebiyet vermemek düşüncesiyle hareket etmesi bahse mevzu olmamaktadır. Şu halde, bundan böyle Danıştay'ın, kendi vazifesine girmeyip adli kazanın vazifesi sahasına dahil olan şahsî kusurdan mütevellit bu gibi şahsî tazminat davalarını -idare hukuku esasları ve hattâ kendi müstakar içtihatları gereğince- hiçbir suretle tetkik ve rüyet etmiyeceği kuvvetle tahmin edilebilir. Binaenaleyh Devlet Şûrasının, şahsî kusurdan mütevellit şahsî tazminat davalarının adli mahkemelere ait olduğu hakkındaki umumî içtihadına tamamen ve titiz bir surette sadık kalarak ve bundan asla inhiraf etmiyerek selbî ihtilâfa sebebiyet vermemek gibi yüksek hissî düşüncelerle bu gibi istisnai içtihatlarda bulunmayacağına muhakkak nazariyle bakabileceğimizi sanıyoruz.

R. S.

C) CEZA MAHKEMELERİ KARARLARI:

Mahkemelerce verilen yetkisizlik kararları - İtiraz

(CMUK 17, 18, 203, 262, 263, 289, 297, 298, 308)

YARGITAY

Tevhidi İctihat Genelkurulu

Esas : 1/33

Karar : 6

Ceza mahkemelerinden verilen yetkisizlik kararlarının temyiz kabiliyeti bulunup bulunmadığı hakkında Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 16/12/938 tarih ve 14194/14144 sayılı ilâmı ile Dördüncü Ceza Dairesinin

[4] İsmi yukarıda geçen eser, sahife 49-50.

29/11/1939 tarih ve 11230/2097 sayılı ilâmı arasında hâsıl olan aykırılığın tevhidî içtihat yoluyla halli C. Başsavcılığının 4/1/1940 gün ve 23 sayılı tezkereleriyle istenilmesine mebni toplanan Tevhidî İctihat Genel Kurulunda olay incelenerek:

Sonuçta:

Ceza muhakemeleri usulü kanununda, mahkemelerin ceza davalarını görme yetkileri kamu faydaları ve selâmeti düşüncesiyle sıraya konarak tayin edilmiş ve böylece müşterek yetki sisteminin sakıncaları önlenmiş olmakla beraber yine başka başka mahkemelerce veya sorgu yargıçlarınca yetkisizlik kararı verilmiş olur ve bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurmak imkânı kalmamış bulunursa müşterek yüksek vazifeli mahkemenin davaya bakması icabeden mahkemeyi tayin edeceği 18 inci maddede yazılı bulunmaktadır. Bu maddede sorgu yargıçlarından başka mahkemelerinde yetkisizlik kararları aleyhine kanun yollarına başvurma imkânının kalmamış olması halinden bahsedilmesi mahkemelerce verilecek yetkisizlik kararlarının kesin olmadığını ve bu kararlar aleyhinde bir kanun yolunun varlığını açıkça göstermektedir.

Esasta soruşturma ve yargılama işlemlerinin yürüyüşüne önemli tesirler yapabilecek olan ve kamu fayda ve selâmetini ilgilendiren bir kararın kesinliğini kanun koyanın istediği düşünülemediği gibi böyle bir düşünce de kanunun gözettiği ana prensibe uymaz. Nasıl ki, ilk tahkikata tâbi olan işlerde sorgu yargıcının ceza muhakemeleri usulü kanununun 173 üncü maddesi uyarınca vereceği yetkisizlik kararına karşı savecinin 176 ncı madde gereğince başvurabileceği bir kanun yolu vardır. İlk tahkikat sırasında verilecek böyle bir karar aleyhine başvurulacak bir kanun yolu gösterilip te doğrudan mahkemeye verilen bir iş hakkında mahkemenin vereceği yetkisizlik kararına karşı kanun yolunun gösterilmemiş olduğunu, yokluğunu farz ve kabul etmek yanlış ve bir kısım kanun hükümlerini ihmal olur.

Mahkemelerce verilen yetkisizlik kararlarına karşı kanunun gerçek kabul ettiği kanun yolunu tayinde kanunun 308 inci maddesinin önemli bir ifade ve delâleti vardır. Temyiz olunan bir hükmün ancak kanuna muhalif olması sebebinden dolayı bozulabileceği 307 ncı maddede kaide olarak beyan olunduktan sonra kanuna muhalif haller 308 inci maddede sayılırken bunlar arasında mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmağa kendini görevli veya yetkili görmesi hali de yazılarak Yargıtay incelemelerinde kanuna aykırı olan görevlilik veya yetkililik kararlarının bozma sebebi olacağı gösterilmiş ve kanuna aykırı olan yetkisizlik kararlarına karşı esasta bir kanun yolunun bulunmadığı değil belki bu kabil yolsuzluğun düzeltme yerinin Yargıtay olmadığı bildirilmiştir.

İlk tahkikat yapılan işlerde yetkisizlik iddiasının ne vakte kadar ilerisürülebileceği ve bu iddianın nerede inceleneceği ve ilk tahkikatta yetkiyi tayin eden kararın son tahkikat noktasından dahi yetkiyi belli etmiş olacağı kanunun diğer maddelerinde yazılı olduğu gibi ilk tahkikata tâbi tutulmamış olan ceza davalarında mahkemelerce verilecek yetkisizlik kararlarına karşı gidilecek yolun itiraz yolu olduğu 297 nci maddenin açık hükümlerinden bulunur. Gerçi kanunun 298 inci maddesinde mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemeyeceği yazılı ise de, bunlar esas hükmün çıkmasıyla irtibatı olan ve onu hazırlayan kararlar olup bu karakterleri ile 297 nci madde konusu olan kararlardan ayrılırlar. 297 nci madde esas hükmün çıkmasıyla irtibatı olmıyan ve ondan ayrı kalabilen kararları şümül ve ihatasına alır ki, mahkemenin vereceği bir yetkisizlik kararının bu mahiyeti itibariyle aleyhine 297 nci madde uyarınca itiraz yoluna gidilebileceği tamamiyle belirir.

Duruşma sırasında suçluya isnadolunan suçun mahkemenin görevini geçtiği anlaşılırsa işin bir kararla vazifeli mahkemeye gönderileceği ve bu kararın son tahkikatın açılmasına dair olan bir kararın bütün sonuçlarını getireceği ve bu karara karşı ancak 203 üncü madde gereğince itiraz olunabileceği kanunumuzun 263 üncü maddesinde yazılıdır. Madde bu hüküm ve beyanı ile mahkemelerden verilecek görevsizlik kararına karşı gidilecek kanun yolunu gösterir. Gerçi yetkisizlik ve görevsizlik kararları arasında mahiyetleri bakımından bir ayrılık varsa da, hâkimin davaya bakmaması noktasında birleşerek bu hususta özel bir ayrılık göstermediklerinden bunların tetkik mercileri arasında da bir fark çıkarmamak ve belki bir benzerlik gözetmek gerektir.

Yetkisizlik kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunun itiraz yolu olduğu kanun tasarısını hazırlayan komisyon tarafından tasarının mucip sebepler kısmında açıklanmış olduğu gibi ilk tahkikata tâbi olmıyan işlerde mahkemelerce verilecek yetkisizlik kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyip 297 nci madde hükmü dairesinde itiraz olunabileceği kanunumuzun aslı olan Alman ceza muhakemeleri usulü kanununa şerh yazanların eserlerinde görülür ki kanun hükümlerini yorumlamada bu tasarı ve şerhlerden faydalanmaktan uzak kalınmaz.

Yukarıda beyan olunan mucip sebeplere göre Ceza muhakemeleri usulü kanununun 17 nci maddesinde bildirildiği veçhile mahkemenin vereceği yetkisizlik kararlarına karşı ilgililer tarafından 297 nci madde gereğince itiraz olunabileceğine 28/3/1946 gününde çoklukla karar verildi.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Kurulunun yukarıya aynen aldığımız kararı, uzun zamandanberi, hattâ diyebiliriz ki Ceza Muhakemeleri Usulü

kanunumuzun yürürlüğe girdiği gündenberi devam eden fikir ayrılığına son vermek üzere mahkemelerin verdikleri yetkisizlik kararlarının kesin olup olmadığı ve kesin değilse bu karara karşı hangi kanun yoluna gidilebileceği meselesini müspet şekilde ve bu yolun itiraz yolu olduğunu kabul suretile halletmektedir. Fakat Tevhidi içtihat Genelkurulu bu kadarla kalmamakta ve kararının gerekçesinde Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 297 ve 298 inci maddelerini de yorumlamakta ve aleyhine itiraz yolu kabul edilmeyen mahkeme kararlarından ne anlaşılacak lâzım geleceğini de açıklamaktadır. Bilûmum mahkeme kararlarının ve bu arada Tevhidi İçtihat Genelkurulu kararlarının da ancak ihtilâflı meseleye taallük edebileceği ve gerekçelerinin bir karar kuvvetinde olmadığı çok defa iddia edilmekte ve hattâ aynı Tevhidi İçtihat Genelkurulunun meseleâ memur tarafından veya memur aleyhine işlenmesi yönünden Devlet idaresi aleyhinde sayılan cürümlere ait 251, 271, 273 ve 281 inci maddelerin, asıl ceza tayin edilen maddelerdeki mahiyeti asliyelerinden ayrı bir mahiyet aldığı gerekçesine dayanarak, bu sayılı maddelerin tatbikini icap ettiren davaların asıl ceza sulh mahkemesinin vazifesine dahil bir maddeden alınsa dahi asliye mahkemeleri vazifeleri hududuna girdiğine dair verdiği bir karardan [1] sonra bugün hâlâ meselâ takibatın şikâyete tâbi olup olmaması bakımından asıl ceza maddesine bakılmakta ve o kararın gerekçesini teşkil eden 251, 271, 273 ve 281 inci maddelerin müstakil mahiyet aldığı hususu ihmal edilmektedir. Fakat kanaatimizce kaziyei muhkeme bakımından tesirleri olmasa dahi, mahkemelerin kanunları anlayış tarzlarını göstermeleri bakımından gerekçelerin ehemmiyeti büyüktür. Mahkeme kararlarını tetkikte mahkemelerin kanunu ne suretle tatbik ettikleri kadar ne suretle anladıklarına da bakarız. Kaldı ki Tevhidi İçtihat kararı müessesesi, taraflara tesir etmemek ve ancak mümkün işlerde örnek olmak üzere kabul edilmiştir. Bu itibarla Tevhidi İçtihat Genelkurulunun gerekçesi üzerinde de durmak istiyoruz.

I — Tevhidi İçtihat kararının mevzuu ve hallettiği mesele şudur: Malûmdur ki ilk tahkikat safhasında yetkisizlik iddiasının reddi sebebiyle verilen yetkililik kararları son tahkikatta da yetkiyi tayin etmiş sayılacağı (CMUK 16) cihetle son tahkikat safhasında evvelce halledilip bir karara bağlanan bu mesele tekrar ortaya atılamaz. Fakat yetki meselesinin ilk defa son tahkikat safhasından ileri sürülmesi mümkündür. Savcı son tahkikatın açılmasına dair olan karar veya iddianame okunun-

[1] Yt CGk: 10/12/1941 ve 34/30 (RG 6/3/1942; Temyiz kararları 1941-1942, s. 15).

caya kadar yetkisizlik iddiası dermeyan edebilir (CMUK 17/2). Keza sanık ta ilk tahkikat yapılmıyan işlerde iddianamenin okunmasından evvel yetkisizlik iddiasını bildirebilir (CMUK 15/2). İlk tahkikat yapılan işlerde sanığın son tahkikatta böyle bir iddiada bulunmasına imkân yoktur (CMUK 15/1). Mahkeme gerek resen ve gerek talep üzerine, son tahkikatın açılmasına dair karar veya iddianame okununcaya kadar olmak şartile, yetkisizlik kararı verebilir (CMUK 17/2). İşte mahkemenin vereceği bu yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu var mıdır? Varsa hangisidir?

Bu mesele doktrininde de bahis mevzuu olmuştur. Sayın üstadımız Profesör Tahir Taner, bizim kanunumuzun mahkeme kararlarına itiraz olunamaz hükmünü mutlak surette sevkettiği ve ancak tahdidî olarak tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara taallük eden kararları istisna ettiği fikrindedir [2]. Sayın profesör Baha Kantar da yetkisizlik kararının hükmü hazırlıyan bir karar olmadığını ve 298 inci maddedeki mahkeme kararı tâbirini mutlak olarak almanın doğru bulunmadığını söylemekte ve Alman müellifleri gibi «bu fıkrayı hükümle yani nihai karar ile doğrudan doğruya ve sıkı münasebet rabitası bulunan ve mevzuu hükmü hazırlamak olan ara kararlarına itiraz edilemeyeceği mânasına anlamalıdır» demektedir [3]. Fakat sayın üstadın tatil ve düşme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemeyeceğini ispat için ancak duruşma haricinde yargıç veya başkanın vermiş olduğu kararlara itiraz olunabileceğini, mahkeme tarafından duruşma dahilinde verilen kararların kabili itiraz olmadığını söylediğini de [4] kaydedelim.

Mahkemece verilen bazı kararlara bu arada yetkisizlik kararlarına karşı itiraz edilebilip edilemeyeceği meselesi daha ziyade mahkemeleri tereddüt içinde bırakmıştır. Usul kanununun yürürlüğe girdiği ilk senelerde Yargıtay Ceza Genelkurulu, başsavcılığın itirazı üzerine, «297 nci maddenin sarahatine göre sulh mahkemelerinin tahkikat sırasında itasına mezun oldukları ve dava neticesine taallük etmeyen kararlarının kabili itiraz olduğuna ve dava neticesine taallük eden kararlar aleyhine itiraz edilemeyeceği 298 inci maddede sureti mutlakada gösterildiğine ve sulh mahkemesi sıfatile rüyet ve ittihaz olunan mukarreratın kabiliyeti tem-

[2] *Taner (Tahir)*: Ceza Mahkemeleri Usulü, 1945, s. 351.

[3] *Kantar (Baha)*: Ceza Muhakemeleri Usulü. Birinci kitap, ikinci bastı, s. 38, not 24.

[4] *Kantar (Baha)*: s.g.e. ikinci kitap, 1946, s. 190.

yiziyesi aşikâr bulunduğu» ekseriyetle karar vermiş ve ikinci ceza dairesinin aksi görüşü kabul eden kararını kaldırmıştır [5].

Bir müddet sonra ikinci ceza dairesi, sulh mahkemesinin verdiği duruşmanın muvakkaten tatili kararının da kabili itiraz olduğunu kabul etmiş fakat, yine itiraz üzerine, genelkurul, mahkemelerden verilen kararlar aleyhine itiraz edilemeyeceği gerekçesiyle, duruşmanın muvakkaten tatili kararına itiraz edilemeyeceğine karar vermiştir [6].

Genelkurulun «Mahkeme kararlarına itiraz edilemez» hükmünü mutlak surette anlayışına bir müddet karşı duran ikinci ceza dairesinin 1938 senesinde genelkurul görüşüne iltihak ettiğini görüyoruz. Fakat bu sefer de başsavcılık aksi tezi benimsemiştir. İkinci ceza dairesi tebliğname mündericatını reddedek, sulh mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararının temyiz edilebileceğini kabul etmiştir [7]. Bu karar da hulâsaten «yetkisizlik kararı adli karar olduğu için aleyhine kanun yoluna gidilebilecektir. 297 nci madde ise duruşmaya taallük etmeyen kararların kabili itiraz olduğunu göstermektedir. Yetkisizlik kararı ise duruşmaya taallük etmektedir. O halde itiraz yoluna gidilemez. Geriye temyiz yolu kalır. Mademki vazifesizlik kararında olduğu gibi kanunda hilâfı yazılmamıştır, o halde temyiz kabiliyeti vardır» denilmektedir.

Bir müddet sonra da dördüncü ceza dairesinin, mahkemece verilen yetkisizlik kararına karşı ancak itiraz yolu mevcut olduğu kanaatini izhar ettiği görülmektedir [8]. Bunun üzerine meselenin Tevhidi İçtihat yolile halli başsavcılığın 4/1/1940 tarihli tezkeresiyle istenmiş ve Tevhidi İçtihat Genelkurulu 28/3/1946 tarihinde yukarıda aynen aldığımız kararını vermiştir. Bu arada ikinci ceza dairesinin, Usulün 18 inci maddesinden anlaşıldığı gerekçesine dayanarak, yetkisizlik kararının kabili temyiz kararlardan bulunduğu fikrinde ısrar ettiğini görüyoruz [9].

II — Tevhidi İçtihat Genelkurulu, 28/3/1946 tarihli bu kararında meseleyi hal için şu yoldan yürümüştür:

A — İlkönce, mahkemelerin verdikleri yetkisizlik kararının kesin olmadığını göstermek,

[5] YtCGk: 26/10/1931, 173-166 (Temyiz kararları. Ceza heyeti umumiyesi, 1930 - 1934, s. 250).

[6] YtCGk: 3/4/1932, 60-59 (Temyiz kararları. Ceza heyeti umumiyesi, 1930 - 1934, s. 359).

[7] Yt 2. CD: 16/12/1938, 14194 - 14144 (Temyiz kararları 1938, s. 223).

[8] Yt 4. CD: 29/11/1938, 11230 - 2097 (Negredilmemiştir).

[9] Yt. 2. CD: 3/3/1945, 1620 - 1588 (Temyiz kararları 1945, s. 85).

B — Sonra da, mevcut kanun yolunun itiraz olduğunu ispat etmek. Biz de kararı tetkikimizde bu yolu takip edeceğiz.

A — Tevhidi İçtihat Genelkurulu, mahkemenin verdiği yetkisizlik kararının kesin olmadığını ispat etmek üzere şu delilleri ileri sürmüştür:

a) Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 18 inci maddesi, yetkisizlik anlaşmazlığının müşterek yüksek vazifeli mahkemece halledilebilmesi için gerek sorgu hâkiminin ve gerek mahkemelerin verdikleri yetkisizlik kararlarına karşı kanun yoluna müracaat imkânı kalmamış olması şartını koymuştur. O halde mahkemenin verdiği yetkisizlik kararına karşı kanun yoluna müracaat imkânı vardır.

b) Kanun, soruşturma ve yargılama işlerinin yürüyüşüne önemli tesirler yapabilecek olan ve kamu fayda ve selâmetini ilgilendiren kararların kesin olmamasını ana prensip olarak kabul etmiştir. Yetkisizlik kararı ise kamu fayda ve selâmetini ilgilendiren ve yargılama işlerinin yürüşüne önemli tesirler yapabilecek olan bir karardır.

c) İlk tahkikatlı işlerde sorgu hâkimlerinin yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu mevcut olduğu halde doğrudan doğruya mahkemeye verilen ilk tahkikata tâbi tutulmayan işlerdeki yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu kabul etmemek için bir sebep yoktur.

ç) Usulün 308 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, kanuna aykırı olarak verilen vazifelilik ve salâhiyetlilik kararlarının bozulacağı gösterilmektedir. Bundan ancak, kanuna aykırı olarak verilen vazifesizlik ve salâhiyetsizlik kararlarına karşı temyiz yolu kabul edilmediği mânası çıkarılabilir. Bu hüküm, bu kararlar aleyhine hiç bir kanun yolu olmadığını gösterecek kadar umumî değildir.

B — Tevhidi İçtihat Genelkurulu, mahkemenin verdiği yetkisizlik kararına karşı itiraz yolu mevcut olduğunu ispat etmek için de şu delillerden faydalanmıştır:

a) Her ne kadar Usulün 298 inci maddesinde «mahkeme kararları aleyhine itiraz edilmez» denilmiş ise de burada bahis mevzuu olan kararlar esas hükmün çıkması ile irtibatlı olan kararlardır. Eğer karar, esas hükmün çıkması ile irtibatlı olmayan, onu hazırlamayan bir karar ise o zaman 297 nci maddenin konusunu teşkil eden bir karar karşısındayız demektir.

b) Kanun görevsizlik kararlarına karşı itiraz yolunu kabul etmiştir (CMUK 263). Bu da gösteriyor ki mahkeme kararlarına karşı itiraz edilemeyeceği kaidesi mutlak değildir.

c) Usulün 297 nci maddesinde aleyhine itiraz olunabilen kararlar ve bu kararları veren merciler sayılmıştır. Bu merciler arasında «mahke-

me» nin gösterilmemesine büyük bir kıymet vermemek lâzımdır. Bu madde daha ziyade kararların mahiyetini belirtmek için konulmuştur.

ç) Görevsizlik ve yetkisizlik kararları arasında mahiyet bakımından bir ayrılık varsa da yargıcın davaya bakmaması noktasında bu kararlar birleşirler ve bu hususta özel bir ayrılık göstermezler. Bunların kanun yolları ve tetkik mercileri arasında da ayrılık gözetilmemeli duruşma sırasında verilen görevsizlik kararına karşı itiraz yolu kabul edildiğine göre yetkisizlik kararına karşı da itiraz yolu kabul edilmelidir.

d) Yetkisizlik kararına karşı başvurulacak yolun itiraz yolu olduğu, kanun tasarısını hazırlayan komisyon tarafından kaleme alınan gerekçe de de açıkça gösterilmiştir.

e) Mevaz Alman kanunu şarihleri de mahkemece verilen yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceğini kabul etmektedirler.

III — Tevhidi İçtihat Genelkurulunun ileri sürdüğü deliller birer birer incelenirse, mahkemece verilen yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu mevcut olduğu ve bu yolun da itiraz yolu bulunduğu tezini ispat edebilecek kadar kuvvetli olmadıkları görülür.

A — Evvelâ kanun yolu bahsindeki delilleri gözden geçirelim:

a) Usulün 18 inci maddesinden her yetkisizlik kararı aleyhine kanun yolu mevcut olduğu mânası çıkarılamaz. Bu maddedeki (bu kararlar aleyhine kanun yollarına müracaat imkânı kalmamış ise) sözlerinden (bu kararlar aleyhine kanun yolu mevcut olduğu takdirde bu yollara müracaat imkânı kalmamış ise) mânasını çıkarmak ve bu şartı yalnız sorgu hâkimlerinin verecekleri kararlar için konulmuş addetmek te mümkündür.

b) Soruşturma ve yargılama işlerinin yürüyüşüne önemli tesirler yapabilecek olan ve kamu fayda ve selâmetini ilgilendiren kararların kesin olmayacağı prensip olarak kabul edilmiş olması üzerinde de biraz durmak lâzımdır. Asıl kararlar birlikte temyiz edilebilmek acaba işlerin yürüyüşüne önemli tesirler yapmağa mâni olur mu? Zannetmiyoruz. İşlerin yürüyüşünü yoluna koymak üzere kabul edilen kanun yolu itiraz ise, acaba böyle her karara karşı itiraz yolu kabul edilmiş midir? Vazifesizlik kararlarının temyiz edilemeyeceği Tevhidi İçtihat kararile takarrür etmiştir [10]. Bu kararlara karşı ise, Usulün 263 üncü maddesi, ancak 203 üncü maddeye göre acele itiraz olunabileceği kaidelerini koymuştur. Yani sanık değil, yalnız savcı acele itiraz yoluna gidebilecektir. Keza her sebepten değil ancak 203 üncü maddede yazılı sebeplerle itiraz

[10] Yı TIGR: 9/12/1931, 12-48 (RG: 7/4/1932, 2071).

edilebilecektir. 203 üncü madde tetkik edilirse görülür ki savcı sorgu hâkiminin vereceği muhakemenin men'ine veya davanın iddianamede gösterilen mahkemeden başka bir mahkemeye verilmesin dair karar aleyhine itiraz edebilmektedir. Şu halde son tahkikatın açılması kararına ancak bir sebeple itiraz edebilmektedir. O da son tahkikatın iddianamede gösterilen mahkemeden başka bir mahkemede açılması sebebidir. (Başka mahkeme) tâbiri yerine mehzada (madun mahkeme) kullanılmış olduğunu ayrıca kaydedelim. Hattâ maddemizin ilk şeklinde de böyle iken 1936 tadilinde başka mahkeme denilmiştir. Bu değişikliği izah edecek bir hususa rastlanmamaktadır. Alman kanunu için ileri sürülen «maddenin sevkine sebep, dun mahkemede faydasız duruşma yapılmasına ve vazifesizlik kararı verilmesine mâni olmak olduğuna göre yüksek mahkemede bu mahzur mevcut değildir» gerekçesi bizde de varid ise de, kanun koyucunun maksatsız değişiklik yapmayacağı düşünülse ve başka mahkeme tâbirinden yüksek mahkeme dahi anlaşılrsa vaziyet çok değişmiyecektir. Çünkü kanun ancak 203 üncü maddede gösterilen, yani işin yüksek vazifeli mahkemeye ait olduğuna dair verilen vazifesizlik kararlarına karşı itirazı kabul etmiştir. Eğer mahkeme işin aşağı vazifeli mahkemeye ait olduğunu görmüşse 202 nci maddeye göre vazifesizlik kararı veremeyecektir, fakat bu yasağa rağmen yolsuz bir vazifesizlik kararı vermesi mümkündür. Kanun böyle bir vazifesizlik kararına karşı kanun yolunu kabul etmemiştir. Hattâ vazife bakımından derecesi aynı olan mahkemeler arasındaki vazifesizlik kararlarına bile itiraz edilemeyeceğini yargıtay kabul etmiş ve Millî Korunma mahkemesinin suç asliye mahkemesinin vazifesine girer şeklindeki vazifesizlik kararının kabili itiraz olmadığına karar vermiştir [11].

Görülüyor ki vazifesizlik kararlarının ancak mahdut bir kısmı kabili itirazdır. Mehzad kanunda başka mahkeme yerine madun mahkeme denildiği gözönünde tutulur ve 263 üncü maddeye tekabül eden maddede yüksek vazifeli mahkemeye göndermek ve 203 üncü maddeye tekabül eden maddede aşağı mahkemeye göndermek hükümlerinin telifi aranırsa Almanya için bir tek hal sureti bulunabileceği görülür. O da şudur: Savcı işin iki derece daha yüksek vazifeli mahkemeye ait olduğunu iddia edecek fakat mahkeme işin iddia edildiğinden daha aşağı fakat yine kendisinden daha yüksek vazifeli mahkemeye ait olduğuna karar verecek [12]. Bu netice bize şunu göstermektedir ki mehzad kanun vazifesizlik kararlarının ancak pek istisnai, pek cüz'î bir kısmına itirazı kabul etmektedir. Şu halde

[11] YtHsCD: 19/6/1945, 2031 - 2007 (neşredilmemiştir).

[12] Löwe: m. 270, n. 13.

soruşturma ve yargılama işlerinin yürüyüşüne önemli tesirler yapabilecek olan ve kamu fayda ve selâmetini ilgilendiren kararların kesin olmayacağı prensibinin kabul edilmiş olduğu nasıl iddia olunabilir?

Diğer taraftan vazifesizlik kararında kayda şarta bağlı mahdut bir itiraz yolu kabul edildiği halde onu örnek tutarak, salâhiyetsizlik kararlarında da kayda ve şarta bağlı mahdut bir itiraz yolu kabul etmek lâzım gelmez mi? Halbuki Tevhidi İçtihat kararı böyle bir tahdiden bahsetmiyor. Hattâ savcı gibi sanığın da yetkisizlik kararına karşı itiraz edebileceği kabul olunmaktadır.

c) İlk tahkikatlı işlerde sorgu hâkimlerinin yetkisizlik kararına karşı itirazı kabul etmek, mahkemenin yetkisizlik kararlarına karşı da itirazı kabul etmek için bir sebep olamaz. Kanun koyucunun sorgu hâkimlerinin kararlarına karşı takındığı ihtiyatlı tavır malûmdur ve onların yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yolunu kabul etmesini bu sebeple izah etmek mümkündür.

ç) Usulün 308 inci maddesi ise kanunsuz olarak verilen vazifesizlik ve salâhiyetsizlik kararlarının temyiz tetkikatında nazara alınmayacağını göstermektedir. Filhakika bu kararlardan sonra başka mahkemeler iş görecektir ve o mahkemelerin hükmü yargıtaya gelecektir. Yargıtay ancak hükmü veren mahkemenin hükmünü ve duruşmaya müteallik kararlarını tetkik edebilecektir. Görülüyor ki bu maddeden yetkisizlik kararları aleyhine itiraz yolu mevcut olduğu mânasını çıkarmak kabil değildir.

d) Tevhidi İçtihat Genelkurulunun delillerini birer birer çürüttükten sonra şunu da ilâve edelim ki, ikinci ceza dairesinin yukarıda zikrettiğimiz 16/12/1938 tarihli kararındaki «her adli karar hakkında kanun yolu olması gerektiği» esbabı mucibesi de kuvvetli değildir. Filhakika 289 uncu maddenin okunmasından edinilen ilk intiba budur. Fakat gerek bu maddeye ait mucip sebepler [13] ve gerek mehzade aslı olan eski 338 inci [14] ve yeni 296 ncı maddeler tetkik edilirse görülür ki bu madde, kanun yolunun hangi kararlar aleyhine kabul edildiğini göstermek için değil - çünkü bu husus kanunun hemen her kısmında kaidelendirilmiştir - fakat kimlerin kanun yoluna baş vurabileceğini göstermek için sevk edilmiştir.

e) Nihayet tatbikat bakımından da, yetkisizlik kararlarının kesin olmasında bir mahzur olmadığını belirtmek faydalı olur. Mahkemenin yetkisizlik kararından sonra evrak bir başka mahkemeye gidecektir.

[13] Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun esbabı mucibesi, s. 113.

[14] Maddenin metni şudur: «Adli kararlar aleyhine kabul olunan kanun yollarına müracaat gerek savcı ve gerek sanığa açıktır.»

Eğer o mahkeme kendisini yetkili görürse, artık bu hususun hakikat olduğu çok büyük bir ihtimalle söylenebilir. Pek nadir hallerde iki mahkeme de yanlış olabilir. Bu takdirde de, vazife bakımından fark olmadığı için suçlu teminatından mahrum edilmiş değildir. Eğer o mahkeme kendisini yetkili görmezse bu takdirde merci tayini yolu ile mesele halledilecektir. Bu yol mevcut iken yetkisizlik kararlarının kesin olmasında mahzur olmadığı görülmektedir. Aynı mülâhazanın vazifesizlik kararları hakkında da serdedilebileceği fakat bu kararlara karşı itiraz yolunun tanınmış olduğu söylenebilir. Fakat derhal ilâve edelim ki yukarıda belirttiğimiz gibi bu itiraz yalnız savcıya ve mahdud hallerde tanınmıştır. Mehaz kanundaki vaziyet ve (madun mahkeme) nin mucip sebepsiz olarak (başka mahkeme) diye değiştirilmesi de gözönünde tutulursa vazifesizlik kararlarının da kaide olarak kabili itiraz olmadığı söylenebilir.

B — Tevhidi İçtihat Genelkurulunun «mahkemelerin verdikleri yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu mevcut olduğu» tezini neden kabul etmediğimizi izah ettikten sonra, bu kanun yolunun itiraz olduğu hakkındaki tezi çürütmek daha kolaylaşmış bulunmaktadır.

a) Tevhidi İçtihat Genelkurulu Usulün 297 ve 298 inci maddelerini metinden ayrılacak ve onunla bağdaşamayacak kadar çok geniş olarak tefsir etmektedir. Her ne kadar bu tefsir mehaz kanuna uygun ise de mehaz kanun hükmü ile bizim kanunumuz hükmü itiraz edilebilen kararlar bahsinde uygun değildir. Aradaki fark, ifade sakatlığı veya tercüme hatâsı gibi sebeplerle izah edilemeyecek kadar büyüktür. Filhakika bizim 297 nci maddeye tekabül eden Alman usulünün eski 346 nci maddesinde mahkemelerin bütün kararlarına itiraz olunabileceği kaidesi konulmakta ve 298 inci maddemize tekamül eden eski 347 nci maddesinde de hükmün ısdarına takaddüm eden kararlar bundan istisna edilmektedir. Alman usulünün yeni 305 inci maddesinde hükümle yakın irtibat halinde bulunduğu tasrih edilen bu kararların hükümle birlikte temyiz tetkikatına tâbi bulunduğu ve daha evvel herhangi bir müdahalenin işi uzatacağı gerekçesinin böyle bir hüküm kabulüne sebep olduğu ileri sürülmektedir [15]. Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu da bu görüşü kabul etmiş ve bu kararların ayrıca temyizen tetkikinin davanın biran evvel intacına mâni ve duruşmanın bilâinkita icrası esasına münafi olduğunu belirtmiştir [16].

Görülüyor ki bizim kanun koyucu bu mevzuda mehazden büsbütün ayrılmış ve mahkeme kararlarına muayyen istisnalar haricinde, itiraz

[15] Löwe: m. 305, n. 1.

[16] YİTİGK: 9/12/1931, 12-48 (RG: 7/4/1932, 2071).

edilemeyeceği kaidelerini koymuştur [17]. Yargıtay hususî dairesi de oldukça yeni bir kararında «Ceza muhakemeleri Usulü kanununun 298 inci maddesinde mevzu prensibe göre mahkeme kararları asıl olarak kabili itiraz değildir» demektedir [18]. Bu suretle memleketimizde sık sık yapılması muhtemel görülen itirazlar dolayısıyla işlerin seyrinin uzatılması tehlikesinin önlenmek istenildiğini tahmin etmekteyiz. Alman kanunu hükümle yakın irtibat halinde bulunan ve hükümle beraber temyizi kabil olan kararlara itirazı kabul etmediği halde, böyle olsa da tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara taallük eden kararlara itiraz olunabileceği istisnasını koymuştur. Bizim kanun koyucumuz ise hiç bir karara itiraz edilemeyeceği kaidelerini koymuş ve tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara müteallik kararları istisna etmiştir. Kezalik vazifesizlik kararlarına karşı kabul olunan istisna da ayrıca tasrih edilmiştir. Eğer kanun koyucu yetkisizlik kararını da istisna etmek isteseydi istisnaların tasrih edilmesi ana kaidesine göre onu da zikretmesi lâzım gelirdi.

b) Kanunun görevsizlik kararına karşı itirazı kayıt ve şartlarla ve ancak savcıya mahsus olmak üzere kabul etmesi de kanaatimizce esaslı bir delil değildir. Bir kaidenin istisnasının bulunması kaideyi zayıflatmaz bilâkis teyid eder. Yalnız istisnanın istisna olabilmesi için tasrih edilmesine lüzum vardır. Nitekim görevsizlik kararına karşı itiraz yapılabilme istisnası kanunda açıkça gösterilmiş, hattâ yukarıda işaret ettiğimiz gibi bazı kayıt ve şartlarla tahdit edilmiştir.

c) Usulün 297 nci maddesinin daha ziyade kararların mahiyetini belirtmek için konulduğu iddiası ile metne ehemmiyet verilmemesini de doğru bulmuyoruz. 297 nci maddemiz de mehz kanunun eski 346 nci maddesinden tamamen farklıdır. Orada hem mahkemelerin bütün kararları ve hem de reis ve hâkimlerin ve naiblerin kararlarından ayrı ayrı bahsedilmiş ve hepsinin itiraz edilebileceği kaidesi konulmuştur. Bizde ise mahkemeler zikredilmiyerek yalnız reis, hâkim ve naiplerden bahsolunmuştur. 298 nci maddemizdeki fark ile muvazi olarak kanun koyucu bu maddeyi de mehz kanundan farklı bir şekilde sevketmiştir. 297 ve 298 inci maddeler arasındaki uygunluk, mehz kanundan ayrılışın kasdî olduğunu açıkça göstermektedir.

İtiraz mercilerini gösteren maddede mahkemeden bahsolunması da mahkeme kararlarının prensip itibarile kabili itiraz olduğunu göstermez. Çünkü bazı mahkeme kararlarına istisnaen itiraz kabul edildikten sonra merciinin gösterilmesi kadar tabii bir şey olamaz.

[17] *Taner*: s.g.e. s. 301, *Kantar*: s.g.e., İkinci kitap, s. 190.

[18] Yt Hs CD: 19/6/1945 - 2007 (nesredilmemiştir).

ç) Görevsizlik ve yetkisizlik kararları arasında yargıcın davaya bakmaması bakımından benzerlik olduğu ve bu sebeple itiraz bakımından da benzerlik olması gerektiği iddiasına gelince, filhakika her ikisinde de yargıç davaya bakmıyor, fakat birincisinde görev gibi kamu düzenini çok ilgilendiren bir husus, diğerinde ise yetki gibi kamu düzenini çok ilgilendirmediği kanun tarafından ancak iptidai itirazlardan sayılmasıyla sabit olan bir husus bahis mevzuudur. Kaldı ki âmme intizamını alâkadar eden vazifesizlik bahsinde bile kanun, itiraz yolunu kayıt ve şartlarla tahdit ederek kabul etmiştir. Vazifesizlik kadar ehemmiyet vermediği salâhiyetsizlik bahsinde kanunun itiraz yolunu hiç kabul etmemesi daha akla yakın iken itiraz yolunun kayıtsız, şartsız mutlak olarak kabul edilmiş olduğu neticesine varmak doğru olmasa gerektir.

d) Kanun lâyihasını hazırlayan komisyonun, mahkemece verilen salâhiyetsizlik kararlarına karşı itirazın kabul edildiğini gerekçesinde gösterdiği[19] doğrudur. Fakat dikkat edilirse bu karar «aleyhine itiraz olunabileceği kanunda ayrıca tasrih edilmiş bulunan mahkeme kararları» na misal olarak verilmiştir. Komisyonun tasarısında böyle bir sarahat belki vardı. Tasarı neşredilmemiş olduğu için bilmiyoruz. Fakat yirminci maddenin gerekçesinden[20] tasarının 271 inci maddesinde itirazın sarahaten kabul edildiğini tahmin etmekteyiz. Büyük Millet Meclisince kabul edilen metnin, komisyonun tasarısından farklı olduğu gözönünde tutulursa, gerekçedeki bu kayda istinad edilemeyeceği tezahür eder.

Esbabı mucibenin 24 üncü sahifesindeki «ademi salâhiyet kararları aleyhine turuku kanuniyeye müracaat imkânı kalmamış ise, ihtilâfı müşterek Yüksek Mahkeme halledecektir» sözlerinden de her yetkisizlik kararına karşı kanun yolu mevcut olduğu mânasını çıkarmamaktayız. Bizce bu sözler, eğer kanun yolu varsa, sorgu yargıcıninkilerde olduğu gibi, müracaat imkânı kalmamalıdır, yoksa, mesele de yoktur mânasına gelmektedir.

e) Yukarıda a ve b bentlerinde uzun uzadıya izah ettiğimiz gibi, mehzaz kanunla bizim kanun arasındaki fark dolayısıyla mehzaz kanun şarihlerinin mütalealarına istinat edilmesini de yerinde bulmamaktayız. Kaldı ki mahkeme kararlarında müelliflerin fikirlerinden bahsedilmesini de doğru bulmamaktayız. Mahkemelerin, müelliflerin fikir ve mütalâalarından istifade etmeleri gayet tabiidir, fakat müelliflere atıf suretile göstermemelidirler[21]. Her ne kadar İsviçre mahkemelerinde bu yolda bir te-

[19] Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun esbabı mucibesi, s. 117.

[20] Esbabı mucibe: s. 24.

[21] *Taner: Ceza Hukuku*, s. 140; *Manzini Trattato di diritto penale*, 1920, C. I, s. 224.

amül varsa da, bilhassa derece mahkemelerinin hükümlerinin gerekçesinde müelliflere atıf yapılırsa, Yargıtayın bu atıfların da doğru olup olmadığını kontrol etmesi lâzım gelecek ve meselâ «mahkeme kararında filân müellifin şu mütaleada olduğu zikrediliyorsa da hakikatte müellifin kasdı şudur» gibi bir neticeye varması da mümkün olacaktır. Mahkemelerin ka-za vazifeleri haricinde kalan ve iş çokluğu dolayısıyla zaten kit olan vakitlerini israf edecek olan bu gibi hususlarla meşgul olmaması için müelliflerin fikirlerini hâkimlerin benimsemeleri ve kendi fikirleri imiş gibi ifade etmeleri daha doğru olacaktır, diye düşünüyoruz.

Hülâsa, mahkemelerce verilen yetkisizlik kararlarının kesin olduğu düşüncesile tevhidî içtihat kararına iştirak edemiyoruz.

N. K.

D) HUKUK MAHKEMESİ KARARLARI:

Eski ihale kanununun mer'î bulunduğu bir sırada Belediye tarafından müzayedeye çıkarılıp ihale olunan gayri menkul alıcısı ihale bedelini vâdesinde vermediği halde Belediyece bir muamele yapılmıyarak tasarrufa devamla kiraya verilerek faydalandıktan sonra yeniden müzayedeye çıkılarak evvelki ihale ile sonraki ihale arasındaki farktan ilk alıcının sorumlu olup olmadığı hususunda Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 27/11/1940 gün ve 1858/2528 sayılı ve Hukuk Genel Kurulunun 31/3/1937 gün ve 4. 94/32 sayılı ve 21/4/1937 gün ve 4. 84/34 sayılı ilâmları arasındaki aykırılığın çözülmesi için Avukat Hâmit Şevket İnce imzalı dilekçe ile vâkı müracaat üzerine toplanan tevhidî içtihat genel kurulundan olay incelenerek:

Sonuçta;

Hukuk Genel Kurulu ile Dördüncü Hukuk Dairesi arasında çıkan uyumsuzluğun çözüm noktası: 661 sayılı arttırma ve eksiltme kanunu uyarınca Belediyelerce arttırmaya çıkarılıp isteklilerine ihale edilmiş olan gayri menkul bedelini ödemekten alıcının vazgeçmesi halinde ihalenin kendiliğinden bozulmuş olup olmayacağı hususu tesklî eder.

Her ne kadar Dördüncü Hukuk Dairesince «bu gibi hallerde kendiliğinden münfesih olmyan ihaleyi satıcının feshedip etmemekte muhtar olduğu beyan ve kabul edilmiş ise de, sözü geçen kanunun 8 inci maddesinde «münakasalarda müteahhidin nükûlünden dolayı taahhüdün münfesih olduğu tarihten itibaren üç ay zarfında tekrar münakasa veya bir ay zarfında pazarlık suretiyle yapılacak mübayaat, nakliyat veya inşaat irat kaydedilen teminatı kat'îye miktarını müteceviz hazine aleyhine bir zarar ve hasarı muclp olduğu takdirde zarar ve hasarın fzası hükmen talep ve tahsil olunur» diye yazılı olmasına ve bu maddenin müzayedelere de samil olduğu 84

sayılı tefsir kararı icabında bulunmasına göre bedelerinin alıcı tarafından ödenmesi halinde ihale, satıcının arzu ve iradesine hacet kalmadan kendiliğinden bozulmuş olur. Bu halde satıcı belediyenin ihalenin infisahı tarihi başlangıç olmak üzere geçen üç ay içinde gayri menkulü tekrar arttırmaya çıkarması icabedip bu belli süreden sonra yapılacak muamele sonucundan sözü geçen kanun maddesi hüküm ve beyanı veçhile müsteri sorumlu olmaz.

Yukarıda beyan olunan mucip sebeplerden dolayı kanunla belli süreden sonra yapılan ikinci arttırma sonunda hâsıl olan ihale bedeli farkından ilk müşterinin sorumlu olmayacağına 22/5/1946 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Bu kararın isabeti o derece aşikârdır ki, üzerinde hususî bir surette uzun boylu tevakkufa mahal yoktur. Esasen ilgili bulunduğu kanun bugün mülga bulunmaktadır. Herhalde Yargıtayca verilen hal tarzı hâdisenin taallük ettiği kanunun lâfzına ve diğer hükümlerine olduğu nisbette maslahata da uygun düşmektedir.

Evvelâ kanunun lâfzı bakımından 8 inci maddede «müteahhidin nükülünden dolayı *taahhüdün münfesih bulunduğu*» denildiğine göre fesih keyfiyetinin kendiliğinden tahakkuk ettiği anlaşılmaktadır. Esasen 661 numaralı kanuna hâkim olan düşünce müteahhit, taahhüdünü ifa etmediği takdirde, evvelce husule gelmiş olan bağtın bu sebeple kendiliğinden çözülmesi, ve idarenin teminatı hazineye irat kaydederek tekrar ikinci bir ihaleye tevessül etmek suretile iki ihale farkından tevellüt edebilecek zararı ilk müteahhide ödetmesidir. İhaleler, -esasen bilâhara neşrolunmuş- 818 numaralı Borçlar Kanununun alelâde mukaveleler için derpiş ve kabul ettiği üzere, satıcının arzu ve iradesine göre taahhüdün ifasını veya mukavelenin feshini veya zarar ve ziyanı istemek şeklinde üç şıklı bir tercih hakkı sağlamamaktadırlar. Müteahhidin nükülü otomatik bir surette harekete geçecek tek veçheli - üniform müeyyidelere bağlanmış bulunmaktadır. Nitekim, kapah zarfla yapılacak müzayede ve münakasalara müteallik olmak üzere aynı 661 numaralı kanunun 14 üncü maddesinde «uhdesine ihale icra edilen talip bilâhara teklifat ve taahhüdünden *nükül veya maddeî sabıka (13 üncü mad.)* hükmünce mukavelename teatisinden imtina eylediği takdirde teminatı kat'ıye *protesto keşidesine ve hiçbir gûna hüküm istihsaline hacet kalmaksızın 8 inci maddedeki usul dairesinde irat kaydedilir*» demektedir. Şu halde kanun hükümleri arasındaki tenazür bakımından da nükülün doğrudan doğruya feshe müncer olduğu yolunda anlaşılması lâzımdır.

Nihayet 8 inci maddede yer almış olan (3) aylık müddetin hikmeti de bilhassa bu yukarıdaki tefsir şekli sayesinde ortaya çıkmaktadır. Eğer IV üncü Hukuk Dairesinin kabul ettiği gibi idarenin ihaleyi feshedip etmemekte muhtar olduğu ve fesih hakkım uzun bir müddetin mürurundan

sonra istimal ederek feshi ihbar ettiği tarihten itibaren üç ay zarfında yapacağı ikinci ihale farkını ilk müteahhitten talep etmek salâhiyetini haiz bulunacağı terviç olunursa bu üç aylık mühletin mânası ve hikmeti vaz'ı kalmaz. Maksat, ancak kısa bir zaman zarfında husule gelecek fiyat farkını nükül etmiş müteahhitten temin etmek ve satışın âkîbetini bir an evvel tasfiye eylemektir; yoksa idarenin keyfine göre tahavvül edebilecek gayri muayyen bir müddet zarfında husule gelmesi mümkün olan fiyat farklarından müteahhidi sorumlu tutmak mevzuubahs değildir. Bu itibarla da tevhidî içtihat kararının teolojik-gaî tefsir kaidelerine uygunluğunu müşahede etmek icap ediyor.

I. E. P.

III

Eser Tahlil ve Tenkitleri

Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil. — **Hukukun ana mesele ve müesseseleri,** (Siyasî ve sivil Hukuk üzerinde etütler). 486 sahife. Hak Kitabevi, İstanbul 1946.

Fakültemizin değerli Ordinaryüs Profesörlerinden Ali Fuat Başgil'in yayınladığı bu kıymetli tetkikler külliyyatı, kitap olarak neşrettiği eserler dışında kalan muhtelif makaleleri ve konferans metinlerini ihtiva eylemektedir. Günlük gazete ve mecmualarda çıkan ve eserin çerçevesine girmeyen birçok yazılar da keza bu eserde yer almamıştır. Müellifin ön sözde söylediği veçhile, eser, sıkı bir mevzu birliği üzerinde klâsik tasnifli bir kitaptan ziyade, 1930 nisanındanberi muhtelif tarihlerde yapılan etütlerden müteşekkil bir derlemedir. Böyle olmakla beraber derlemenin heyeti umumiyesinde bir vahdet de göze çarpmaktadır. Bu hususta müellif şöyle demektedir: «... *Dikkatli okuyucularım da göreceklerd ki, bu bir dağarcık yahut kırkambar değildir; belki düşüp kırılmış bir mozayığın irili ufaklı parçalarının bir araya gelmesi şeklinde bir bütündür. Ve eserin umumî muhtevasında... geniş mânasile, bir mevzu birliği bile vardır...*»

Mecmuamız okuyucularınca da malûm olduğu üzere, sayın Ali Fuat Başgil, tarihi ve sosyolojik metodun hararetli taraftarlarından. Her vesile ile ileriye sürmekten zevk duyduğu bu metodun bu etütler manzumesinde de hâkim olduğunu tasrih eylemekte ve hukukun sırf kanun olmadığını, hukuk ilminin kanun metinlerinden mâna çıkarmak ve kanun kaidelerini hayat ve münasebetlere tatbik etmekten ibaret bir zekâ oyunu olmadığını, kanunların nihayet hukuk nizamının formel bir kaynağı

olduğunu, nizamın asıl temellerinin hayat ve münasebetlerde olduğunu, hukukçunun, hukukî nizamın reel kaynağı olan hayatın akışını görmeğe mecbur olduğunu ve bunu gördüğü nisbette hukukçu olduğunu ön sözde açıkladığı gibi, kitaptaki etütlerinde de sırası düştükçe bu mevzu üzerinde ehemmiyetle durmaktadır.

Memleketimizde Mecellenin yürürlüğe girmesinden evvel hâkim olan metot, Kur'anı Kerim'in ve Hadislerin umumî, prensip mahiyetindeki düsturları çevresinde, fakat oldukça geniş ve serbest bir zihniyetle ihtiyaçları karşılamaktı. Mecelle, mufassal kanunlarda bile yer verilmeyen bir takım teferruatı bir metinle tesbit ettikten sonra lâfza ehemmiyet üzerinde durulmağa başlandı ve memleketimizde, Mecelle mektebi diyebileceğimiz, oldukça, dar bir sistem hâkim olmağa başladı ve hukukun bir kısmı münhasıran mecelleden ibaret addedildi. Bugün dahi bu titiz metin sisteminin tesirinden kurtulamıyan yeni kanunlarımızın, cemiyetçi görüş ve zihniyetine bir türlü alışamıyan hukukçularımız vardır. Muhterem Profesör Ali Fuat Başgil, tahsilinin ilk merhalelerinde bu dar çerçevenin ızdırabını duyduktan ve Avrupa tahsili sırasında da Duguit'le karşılaştıktan sonra, yukarıda özünü belirtmeğe çalıştığımız metodun ileri bir müdafii olmuştur. İşte (Hukukun Ana Meseleleri) nin çeşitli mevzuları bu arzettiğimiz metot ve görüş bakımından tam bir vahdet teşkil eylemektedir. Kitabın birinci tetkikini teşkil eden, (Esas Teşkilât Hukuku açış dersi) nin bir yerinde şöyle denmektedir: «*Esas Teşkilât Hukuku sırf teknik bilgi veren ve Devlet faaliyetini klâsik bir ruh ve usulle tasvir eden bir ders değildir. Millî ve içtimai oluş ve hareketleri matâ olarak siyasi düzen ve faaliyetin rasyonel mekanizmasını bulmaya çalışan... millî psikoloji ve millî sosyolojinin hareket halindeki bir zübdesidir.*» (Sahife: 4). (Klâsik ferdi hak ve hürriyetler nazariyesi ve muasır Devletçilik sistemi) adlı etütlerinde de: «*Ferdi hak ve hürriyetler prensipi Teşkilât kanunlarında fasıllar işgal ededursun.. Sosyal hayat bambaşka bir gidış almış, realiteler sahasında hayat cemiyetçiliğe doğru yürümüşür..*» (Sahife: 96). Yine aynı makalelerinde: «*... Kelimeler, realitelerin ve ihtiyaçların ifadesi için bir remâzdir... Kelimelerin de bu âlemdaki her şey gibi, tarihî bir tekâmülü, zaman içinde değişen bir hayatı vardır.... Mânası ve muhteviyatı çoktan değişmiş olan kelimeleri, muayyen bir devrin bambaşka realiteleri içinde ve bu realitelere göz yumarak, hâlâ eski mânalarına bağlamak isteriz...*» (Sahife: 101). denmekte ve diğer etüt ve makalelerde, fırsat elverdükçe bu musır görüşe yer verilmektedir.

Kitap bir ön sözle 4 büyük bölümden teşekkül etmektedir. Bölümler, muayyen bir mevzuun kısımları olmayıp etütlerden herbirinin taallük ettiği saha bakımından meydana getirilmiştir. Birinci bölüm (Türkiye

Esas Teşkilât Hukukunun ana hatları) başlığı altında şu etütleri cemetmektedir: Halkçı cumhuriyet rejimleri üzerinde umumî düşünceler.— Anayasa; neveleri, mevzuları, Türkiye Anayasaları.— Türkiye Esas Teşkilât Kanunları Tarihçesi.— Türkiye Esas Teşkilâtı ve siyasi rejimi.

İkinci bölümde de: modern Devlette iş ve salâhiyet bölümü ve eski «Tefriki kuva» nazariyesi.— Klâsik ferdî hak ve hürriyetler nazariyesi ve muasır Devletçilik sistemi.— Teşkilât Kanununun üstünlüğü prensipi.— Vatandaşların âmme hakları ve millî câmianın emniyet ve disiplini meselesi.— Türkiye Teşkilât Hukukunda nizamname mefhumu ve nizamnamelerin mahiyeti ve tâbi olduğu hukukî rejim.— Devletin ve diğer âmme şahıslarının mesuliyeti meselesi.— Teşriî masuniyet meselesi.— Vatandaşların Büyük Millet Meclisine müracaat hakkı.— Milletvekillerinin istifası meselesi.— Kanun hâkimiyeti prensipi karşısında kanunu tatbikle mükellef Devlet memurlarının ve hususile hâkimlerin vaziyeti ve salâhiyet meselesi.— Muasır Devlette memur meselesi ve memurların meslekî fazilet ve terbiyesi.— Kanunların tatbik sahasının içindeki hududu ve müktesep haklar meselesi.

Kitabın üçüncü bölümünü, hususî hukukun bazı meseleleri teşkil etmektedir. Bu bölümde toplanan etütler, müellifin Üniversite mesleğine girmesini sağlayan Doçentlik imtihanları vesilesile hazırlanmış tetkikler olmak itibarile de ayrıca dikkate şayandır. Bu bölümde: Aile müessesesi ve tekâmülü ve Medenî Kanunumuzun aile ahkâmına giriş. — Hukukta beyyine nazariyesi. — Ticaret şirketleri, tekâmülleri, şart ve vasıfları. — Roma Hukukunda mülkiyet müessesesi ve mülkiyetin tekâmülü, Medenî Hukukumuzun mülkiyet ahkâmına tarihî giriş.— Gayri meşru birleşmeler meselesi, adındaki etütler yer almış bulunmaktadır.

Eserin dördüncü ve sonuncu bölümü, (Türkiyede iş hukuku elemanları) adını taşımakta ve şu tetkikleri ihtiva eylemektedir: Türk işçi hukukuna giriş.— Türkiye iş hukuku elemanları. Elli küsur sahifeyi aşan bu iki etüt, Türkiye iş hukukunun mühim bir kaynağını teşkil eylemektedir.

Bölümlerini ve bölümlerde yer alan tetkikleri sıraladığımız bu eser, görüldüğü üzere, hakikaten hukukun birçok ana meselelerini ve müesseselerini inceleme konusu yapmıştır. Yukarıda adlarını yazdığımız mudil hukuk meseleleri, sayın ve değerli müellifin asîl ruhunun ve tertemiz kalbinin mâkesi olan açık ve selis bir üslûpla yazılmıştır. 461 sahife tutan bu kıymetli etütler manzumesi, arayıcılar için toplu bir kaynak teşkil edecek ve bilhassa Anayasa etrafındaki tetkiklerin ilk müracaat kitabı olacaktır. Fakültemizin Esas Teşkilât Hukuku Ordinaryüs Profesörü Sayın Ali Fuat Başgil'i bu himmetlerinden dolayı tebrik ve kendilerine teşekkür etmek bir borçtur.

Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay, — **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, 188 sahife. Ankara 1946.

Ankara Hukuk Fakültesi Ordinaryüs Profesörü Sabri Şakir Ansay'ın bu eseri, umumî olarak hukuk kütüphanemiz için kıymetli bir kitap, fakat bilhassa, bugünkü genç hukukçu nesil için büyük değerde bir İslâm hukuku rehberi olacaktır. Gerçekten İslâm hukuku yeni nesil içinde araştırma iştihakı olanlarda büyük bir alâka hâsıl etmekte birçok hukukçu gençler eski harfleri öğrenmekte, fakat ondan sonrası için çok büyük müşküller karşısında kalmaktadırlar. Sayın müellifin ön sözde beyan ettikleri gibi, eser: «... *Genç öğrencilere İslâm Hukuku ve başlıca Hanefî hukuku hakkında bilgi vermekle beraber bu hukuk üzerinde çalışmak isteyenlere düşünme ve araştırma vesile ve imkânlarını da hazırlayacaktır.*» Hakikaten bu küçük fakat özlü kitap, ders takrirleri çevresinin dışına çıkarak, İslâm Hukukunun kitabiyatı hakkında çok istifadeli malûmat vermekte ve İslâm Hukuku gibi dağınık ve vâsi bir mevzuun anahatlarını derlemek mazhariyetine nail olmuş bulunmaktadır. Sayın Sabri Şakir Ansay, Bergsträsser'in eserini izah sistemi için esas tutmuş olduğunu söylemektedir. (Ankara Hukuk Fakültesi hocalarının yayınladıkları diğer bazı eserlerde de, meselâ Profesör Arsebük Borçlar Hukukunda *von Tuhr*'u, Profesör Hüseyin Avni Göktürk ve Profesör Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Medenî Hukuk kitaplarında *Tour*'u baş mehzaz olarak aldıklarını açıkça söylemek suretile göstermekte oldukları dürüstlüğü ve büyüklüğü bu vesile ile söylemeyi ödenmesi gereken bir borç sayarız.)

Ön sözden sonra, girişte, İslâm Hukukunun bizim için olan önemi belirtilmekte ve Arapça, Türkçe ve Garp dillerindeki başlıca İslâm hukuku ile ilgili eserler hakkında malûmat verilmekte ve İslâm Hukukunun ana kaynakları izah olunmaktadır. Giriş ve kaynaklardan sonra 11 kısma ayrılan eserin tetkik ettiği konular şunlardır: İslâm'da devlet; Hukukî işler (İrade ve beyan, rıza beyanında fesatlar...), Şahıslar, Eşya hukuku, Borç münasebetleri, münferit borç münasebetleri, Aile hukuku, Miras hukuku, Vakıf, Ceza hukuku, Usul hukuku. Bu bahislerin herbiri de birçok bölümler altında etraflı bir şekilde tafsile tâbi tutulmaktadır.

188 sahifeden ibaret olmasına rağmen yukarıda söylendiği üzere eser, İslâm Hukuku hakkında toplu bir kitaptır. Bilhassa dip notlarında verilen mütemmim izahlar ve kitabiyat muayyen bir bahsin derinleştirilmesi için faydalar sağlayacaktır.

Dünyanın genel hukuk tarihinde büyük yeri olan ve fakat gerektiği gibi tanıtılmamış olan İslâm Hukuku'nun bu çeşit eserlerle genç hukukçu nesle intikal ettirilmesi yolundaki gayret ve himmetlere büyük ihtiyacımız vardır. Sayın Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay bu kıymetli eserile Hukuk tarihimizde daima şükranla anılacaktır.

Doçent Dr. Ferid Hakkı Saymen. — Notlu Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve alâkah diğerk kanun, nizamname, talimatname v.s. 731 s. Halk Kitabevi İstanbul, 1946.

Sayın meslektaşımız Doçent Dr. Ferid Hakkı Saymen'in velûd kalemî, hukuk kütüphanemize yeni bir eser daha kazandırmıştır. Notlu Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu arzedeceğimiz hazırlanmış şekli ile hakikî bir ihtiyaca cevap teşkil eylemektedir.

Kanunlarımızın yayınlanması sahasında maalesef henüz tam bir kemale varmış değiliz. Hukukçu için, hattâ her vatandaş için, doğruluğuna güvenilen bir metnin ehemmiyetli hiç şüphesiz çok büyüktür. Halen bizde kanunların biri resmî diğeri de hususî olmak üzere iki çeşit yayını karşısında bulunmaktayız. Resmî yayınların başında *Resmî gazete, düstur ve Kavanin mecmuası* gelmektedir. Bu üç neşir vasıtasının her biri bir ihtiyaca cevap teşkil etmekle beraber, daha pratik ve tek bir yayın organının da bu resmî işi görmesi mümkündür. Gösterilen büyük itinaya rağmen Resmî gazetede çıkan bir kanun metninin müteakip nüshalardan birinde tashih edilmekte olduğuna rastlamaktayız. Düsturların sonunda veya başında yanlış doğru cetvelleri eksik değildir. Mahaza, burada şükranla kaydetmek gerektir ki, Neşriyat ve Müdevvenat umum müdürlüğümüz, son yıllarda bu sahada pek büyük ilerlemeler kaydetmiş bulunmakta ve metin tashihlerine sık sık rastlanmamaktadır. Hususî yayınlara gelince; bunlar pek çoktur. Ancak güvenle müracaat olunabilecek olanlar da o kadar azdır. Medenî Kanun gibi, cemiyet hayatımızın ana kanunlarından birine olan mübrem ihtiyacımızı sağlayacak yayınlar yapılmıştır. Bu sahadaki himmetleri şükranla anmak borcumuzdur. Ancak kanun yayınlamak Resmî gazete metninin matbaaya verilmesi gibi basit bir iş değildir. Garp memleketlerinde, notsuz metinlerin tab'ı dahi Üniversite öğretim üyelerinin nezareti altında yapılmakta ve halkın müracaat edeceği metinlerin tab'ının ilmi bir kontrolden geçirilmiş olduğunu açıklamak zoru karşısında kalınmaktadır.

Doçent Ferid Hakkı Saymen'in Medenî Kanunu, arzettiğimiz ilmi kontrol bakımından hedefine varmış bir metindir. Kanun yayınlarında üzerinde durulması gereken diğerk bir cihet de, maddeler arasındaki mü-

nasebetleri tesbit etmek ve arayıcıya, incelediği mevzu ile ilgili diğer maddeleri hemen hatırlatabilmektir. Arkadaşımız, *Rosset*'in Medeni Kanun kitabından da daha ileriye giderek yalnız kanunun maddeleri arasındaki münasebetleri değil, diğer Türk mevzuatı ile olan irtibatı da göstermeğe muvaffak olmuştur. Ezcümle, kanun maddelerinin altında lüzum hasıl oldukça, o hükmün, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Meriyet Kanunu, Ticaret Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Kanunu, Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu, Tapu Kanunu ve diğer hususî kanun ve nizamnameler ve talimatnameler ve kararnamelemlerle olan ilgisi tebarüz ettirilmektedir. Ve hakikaten bir hükmün cemiyet hayatı içindeki fonksiyonu, bu atıflar sayesinde ancak kavranabilmektedir.

Eserin hususiyetlerinden biri de, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun metinleriyle iktifa edilmemiş olması ve bu iki ana kanunla yakın ilgisi olan kanun, nizamname ve talimatname metinlerinin de büyük bir titizlikle kitapta yer verilmiş bulunmasıdır. Bu meyanda, Soyadı kanunu, Cemiyetler kanunu, Gizli nüfusların yazımı kanunu, Vakıflar kanunu, Ordu mensuplarının evlenmelerine dair kanun, Tapu kanunu, Çiftçiyi topraklandırma kanunu gibi her zaman müracaat lüzumu hasıl olan kanunlarla, Evlenme talimatnamesi, Evlenme muayenesi hakkında nizamname, Kanunu Medenin velâyet, vesayet ve miras hukukuna mütallik hükümlerin tabik suretine dair nizamname, Tapu sicil nizamnamesi gibi başlıca metinler itina ile kitaba dercedilmiştir.

Eserin sonunda, ilmî her yayının baş şartı olması gereken ve fakat bizde maalesef üzerinde pek durulmayan fihristlere rastlıyoruz ve yanılmıyorsak, Türkiyede ilmî bir şekilde fihristlerle mücehhez ilk kanun metnine sayın Ferid Hakkı'nın eserile nail olmuş bulunuyoruz. Kitapta, mevzu üzerine müfassal bir fihristten sonra, eserde yer alan metinlerin tarih ve numara sırasına göre bir fihristine yer verilmiş ve son olarak da mükemmel bir alfabetik indeks hazırlanmıştır. 57 sahife tutan bu indeks başlı başına bir himmetin mahsulüdür. Ve nihayet eser, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundan başka yukarıda kısmen saydığımız bir çok diğer metinleri de ihtiva etmesine rağmen 731 sahifeden tereküp etmekte ve cepte taşınır pratik bir büyüklüktedir.

Büyük bir dikkat ve titizlikle her kelimesinde durarak aylarca göz nuru dökülen bu hacimde küçük fakat kıymette büyük kitabı için Doçent Ferid Hakkı Saymen'i tebrik ve hukuk kütüphanesine kazandırdığı bu güvenilir eserden dolayı teşekkür etmek her hukukçu için ödenmesi gereken bir borçtur.

Ord. Prof. Ebülülâ Mardin. — **Medeni Hukuk** cephesinden **Alimet Cevdet Paşa** (1822 - 1895). Ölümünün 50 nci yıldönümü münasebetile, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınlarından 1946. 368 sahife ve 16 resim. Fiyatı : 384 krş. Satış yeri : Hak Kitabevi.

Bizde Tanzimattan sonra başlayan **kanunlaştırma** devrinin üzerinde bilhassa durulmağa değer en büyük eseri, şüphesiz ki, **Mecelle**'dir. Bununla beraber, adliyemize yeni bir hukuk dili ve bir kanun kitabı vermiş olan bu büyük tedvin teşebbüsü hakkında etraflı bir tetkik henüz neşredilmiş değildi. Bir kısım İslâm Fıkıhını Türkçeleştirmek ve **kanunlaştırmak** teşebbüsü olmak itibarile, Türk hukuk tarihinin olduğu kadar İslâmî denilen hukuk sistemlerinin inkişafı tarihi bakımından da çeşitli mevzularla ilgili olan bu tedvin hareketi hakkında yazılacak olan eserin, her şeyden evvel Mecelle'nin hangi şartlar içinde, nerelerden alınarak, nasıl bir zihniyet ve metodla hazırlanmış olduğunu ve eski Fıkıh kitaplarının tertip ve tasnif tarzlarıyla mevcut hukuk düzenine nazaran nasıl bir terakki elde etmiş bulunduğunu meydana koyması ve yeni hükümlerin tatbikatta aldıkları şekillerle uğradıkları âkâbetleri misallerle izah ve tetkik etmesi lâzımgelirdi.

Büyük bir memnurlukla kaydedebiliriz ki, bugün burada okuyucularımıza takdim etmek istediğimiz eser, hukuk tarihimizin boşluğunu her gün daha fazla hissetmekte olduğumuz böyle bir faslıyı geniş ölçüde doldurmuş ve bu sahada bundan böyle yapılacak araştırmalar için çok feyizli olacak bir şekilde zemini derinliğine kazıp hazırlamış olmak gibi bir değer ve şeref kazanmıştır.

Kanaatimize göre, müellifinin, Mecelle devrini her türlü meseleleriyle bilfiil yaşamış olan bir Üniversite hocası neslinin mümtaz bir siması ve bu sahanın en salâhiyetli üstadı **Prof. Ebül'ulâ Mardin** oluşu, bu esere ayrı bir değer ve alâka bahşetmektedir. Gerçekten, öyle zannediyoruz ki, hiçbir kimse, kendileri kadar, **bu hukukun an'anesi içinde yetişmeden, onun kaynaklarını tanımadan, onu vücade getiren hukukî zevk ve şiveyi duymadan** ve uzun süren bir hocalık ve hukukçuluk hayatı boyunca, zamanın türlü tecellileri arasında, onun üzerinde uzun uzun durmak ve düşünmek fırsatını bulmadan, **Mecelle ile Arazi Kanunnâmesinin yazıldığı ve tatbik edildiği devrin hukukî simasını ve mânasını bu kadar büyük bir salâhiyetle belirtmeğe muvaffak olamayacaktı.** Sayın hocamızın eseri, bize bu suretle, **Mecelle'yi firenke tefsir ve tercümelerinden okuyup anlamağa çalışan soysuz bir tenkid ve muhakeme çağının sona erdiğini göstermiş ve şimdiye kadar ağyar elinde geliş güzel türlü itham ve tenkidlere mevzu teşkil eden bir ilim konusunun erbabı tarafından usul ve**

âdabına uygun bir şekilde tetkikine başlanmasının feyizlerini ortaya koymuştur.

Bu suretle denilebilir ki, bu etüdde Mecelle, kendisine yabancı olmayan bir ruh ve kalemle ve kendisinden bahsetmeğe salâhiyetli olan bir ilim adamı tarafından tahlil ve tenkid edilmekte ve (bir mevzuu hakkile anlayabilmek için zarurî olan miktarda onunla sempatische olmuş bulunmak) şartı yerine getirilmiş bulunmaktadır.

Fakat eseri bundan evvelki Mecelle tetkiklerinden ayıran en mühim metot ve zihniyet hususiyeti bundan ibaret de değildir: İsminden de anlaşılacağı veçhile, müellif, muayyen bir devrin hukuk anlayışını ve tedvin hareketinin sosyal ve psilkolojik âmillerini Cevdet Paşa gibi bir şahsiyetin hâl ve hayat hikâyesi arkasından ve onun bıraktığı evrak ve hâtıralara dayanarak tetkik etmektedir. Bu plânda büyük bir Devlet ve siyaset adamının hâl tercümesi şeklinde vazı ve tetkik edilen bir hukuk tarihi konusu, Cevdet Paşa gibi bu tedvin devrini temsil eden bir dev şahsiyet bahis mevzuu olunca, bilhassa muvaffak oluyor ve eser, Mecelle şerhlerinin dar çerçeveleri ve kazuistik izahları haricine çıkmak suretile zengin bir muhteva ve canlılık kazanarak gerçek bir hukuk tarih ve sosyolojisi etüdü mahiyetini almış bulunuyor.

Bu suretle plân ve muhteva itibarile orijinal bir mahiyet arzeden eserin, büsbütün yeni vesikalara dayanması ve bol malzeme ile işlenmiş bulunması da kendisine ilmi bakımdan büyük bir sağlamlık ve zenginlik vermektedir. Müellifin Devlet arşivlerimizden topladığı Mazbata, arz tezkeresi, gibi resmî muharrerat yanında, büyük bir dikkat ve sabırla tetkik haddesinden geçirdiği vesikalar arasında, Cevdet Paşanın not defterleri ve kanun ve nizamname müsveddeleri büyük bir mevki işgal etmektedir. Cevdet Paşanın, yakın tarihimizin türlü konularını aydınlatmak bakımından fevkalâde kıymetli olduğu halde, büyük bir kısmı henüz basılmamış olan mâruzat ve tezkereleri ve diğer muhaberati gibi vesikalara dayanılarak yapılmış olan tetkikler, bu tedvin hareketinin içyüzünü ve şimdiye kadar karanlık kalmış olan birçok meselelerini aydınlatmağa elverişli bulunmaktadır[*]. Kitabın büyük bir kısmını dolduran bu vesikaların, aynen veya not halinde parça parça neşredilmek suretile araştı-

[*] Müsvedde halindeki evrakın bozu ve çizileri arasında bazan Cevdet Paşanın hakiki düşüncesinin seyrini yakalamak kabül olmakta ve mühim istidlâller yapılabilmektedir. Bu hususta bir misal vermiş olmak için, bir kalem değişmesinin ve yapılan ilâvelerin kurutulması için kullanılan rih farkının Abdülâzizin intiharı meselesinde Cevdet Paşanın düşüncelerini nasıl açıkladığını ve ne gibi tahlillere mevzu teşkil ettiğini kayıt ve işaret edebiliriz.

ricıların eline verilmiş olması da eserin değerini ayrıca arttırmaktadır.

* * *

Dikkate şayan olan bazı hususiyetleri bu suretle işaret edilen eserin, ne gibi meseleleri hangi plân üzerinde ve ne şekilde vazı ve münakaşa etmiş bulunduğunu gösterebilmek için, hukuk tarihile ilgili bazı fasıllarına kısaca temas etmek icap etmektedir. Bu hususta, Cevdet Paşanın hayatına ait olan şu noktaları kaydetmekle işe başlayalım:

1238 (1822) de Lofça kasabasında doğmuş olan Ahmet Cevdet Paşa, 17 yaşlarında Tuna boylarından kalkıp İstanbul'a okumağa gelmiş ve orada «mevcut ve mürettep tahsil» seyrini takiple, 22 yaşında (h. 1260) kadılık ve 23 yaşında (h. 1261) müderrislik payelerini almıştır. Kitapta Cevdet Paşa'nın tahsil hayatına dair verilmiş olan malûmattan (shf. 16-40), bu devrin tahsil müesseseleriyle ilmî payelerine ait teâmüller, meratip ve usuller hakkında dikkate şayan hususiyetleri öğreniyoruz.

Müellife göre, büyük kanun adamımızın bu devirde «hukuk ilmini sevdiğine delâlet edecek hususî bir şe'niyet yoktur», bilâkis «ulûmu nakliye» den ziyade «ulûmu akliye ve edebiye» ye heves ettiği görülmektedir: Tatil devrelerinde ders mübadelesi yolile «Hendesehane-i Berriye» hocalarından devamlı bir şekilde tabiiye, hendese, heyet ve coğrafya dersleri almıştır. Nitekim, icazeti de mantıktan meleke sahibi bir hocadan almış ve hoca olduğu zaman ilk verdiği dersler akli ilimlere ait bulunmuştur. Hayata atılırken kadılık mesleğine intisap etmesi de, yine müellife nazaran, hukuk severliği hakkında fazla bir şey ifade etmemektedir.

Cevdet Paşa'nın büyük bir devlet ve siyaset adamı olarak yetişmesi ve memlekette kanunlaştırma hareketinin başına geçmesi hususunda hayatında en mühim tesiri yapan hâdise, Hicrî 1262 de meşhur Büyük Mustafa Reşit Paşa sadrazam olup yeni kanunların tertip ve tanzimile uğraşırken «hâdiselere temas eden şer'î hükümlerden de icap ettikçe malûmat almak için, meşihat dairesinden münevver fikirli, vaktin icaplarını anlar bir âlimin gönderilmesini» istemesi oldu. Bu kadar mühim bir mesele için, arzuya muvafık olmak üzere, meşihattan gönderilmiş olan zat, 24 yaşlarında henüz pek genç bir delikanlı olan Ahmet Cevdet Efendi idi. İşte bu genç Cevdet Efendi, o günden itibaren Reşit Paşa dairesine devamı başlamış ve ekser akşamlarını Reşit Paşa merhumun huzurunda geçirmiştir[1].

[1] «Koca Reşit Paşa bu genç hocanın Allah vergisi olan zekâsına hayrandı. Dirayetini, kariha cıyadetini, tahrir kudretini pek beğenirdi. Kendisine yalnız şer'î hükümleri izah, kütüphane işlerini tedvir gibi hizmetleri değil, Devlete ait mu'tena ve mahrem işleri bile tevdiiden çekinmezdi.» (Shf. 34).

Bu suretle on beş sene müddet Koca Reşit Paşa'nın yanında çalışmış olmak Cevdet Paşa için feyizli bir mektep olmuş ve kendisini memleketin yüksek makamlarına namzet bir hale sokmuştur. Hükümleri kanunlaştırma aşkını Cevdet Paşa'ya aşıl原因an Mustafa Reşit Paşa olmuştur. Mecelle'den önce (1272) de ilmi Fıkıhtan «Metn-i Metin» isimli kanun mecmuasını tedvin etmek üzere, «Meclis-i Âli-i Tanzimat» dairesinde teşkil edilen komisyonda kâtip olarak çalışan Cevdet Paşa Fıkıhla uğraşmak zaruretinde kalmıştır. Müellife göre, «sonraları kendisini Mecelle Cemiyetine getiren âmil de Fıkıhtaki ihtisası değil, memlekette Mustafa Reşit Paşa ile başlayan kanunlaştırma cereyanının önderlerinden sayılmasıdır» [2].

Daha o zaman Fransa Medenî Kanununun tercüme edilerek Türkiye'de tatbikını isteyenlere karşı «tercüme kanun olamaz» diyerek memlekette an'anesi olan bir hukuk nizamının taraftarlığını yaptığı ve Mecelle-yi Hanefî Fıkıhının dar çerçevesi içinden kurtaramadığı için, bir çoklarımızın nazarında muhafazakârlığın bir kalesi gibi gözükmekte olan Cevdet Paşa, burada tetkik ettiğimiz kitabın ortaya koyduğu yeni vesikaların nuru altında, tarihe hakiki çehresile, yani memlekette adli ıslahat ve kanun ve nizam koyma uğrunda girişilen büyük mücadelede fedakârlıklar yapmış ve muvaffak olmuş bir büyük adam olarak mal edilmektedir.

Cevdet Paşa bu mücadelede muvaffakiyeti sağlayacak olan birçok meziyetleri haiz bulunuyordu: Bu devirde şer'îye mahkemelerinin usul ve teşkilâtı yanında herhangi bir teşkilâtın yapılmasına efkârı umumiye müsâit değildi. Meselâ halk yenilik taraftarlarını tekfir ediyordu. «Halbuki vatanın menfaat ve maslahatı, Avrupa hukukundan istifadeyi mâ-

[2] Gerçekten Cevdet Paşa bu devirdeki kanunlaştırma hareketinin hemen hepsinde faal bir rol oynamıştır: Mecl's-i Âli-i Tanzimatın hazırlanmasında olduğu **Ceza Kanunnamesi'nin** tamamlanmasında da hizmeti dokunmuş ve daha birçok kanun ve nizamlarının lâyhalarının hazırlanmasına istirâk etmiştir. Bu arada «Meclis-i Tanzimat âzâlığı sırasında haftada iki gün devam ettiği Arazi Komisyonu Re'isliğinde ilk iş olarak memleketimizde araziye ait yürürlükte bulunan hükümleri kanun haline getirmiş ve meşhûr 1274 tarihli Arazi Kanunu ile, Tapu Nizamnamesini ve Muvakkat Talimatnameyi hazırlamıştır. Bu eserler Cevdet Paşa'nın memlekete hukuk sahasında bıraktığı en kıymetli ve muhallet yadigârlardır.» «Arazi Kanunu, Cevdet Paşa'nın ibdâî bir eseri değildir. Fakat... karışık hükümlerin tehzib ve tedvinindeki mükemmeliyet kendisi için ebedî bir fahr-u şeref halesi olabilir. Hele merhumun Tapu Nizamnamesi ile Talimatında daima hayranlıkla temaşa edilecek olan nüfuzu nazarını ve esaslara her noktadaki sadakatini ve hükümler arasındaki umumî ahengi, tenazuru takdir etmemek mümkün değildir.» (Shf. 49-50).

tuf olan Devletin gayret ve siyaseti ve ecnebilerin vakit vakit mânasız, biri diğeri tutmayan müdahalelerini önlemek zarureti bir an evvel bu işe bir çare bulmak lüzumunu âmirdi» (shf. 229). İşte Cevdet Paşa gibi, «ilim ve fazlile ve diyanetile, velevki zâhirî olsun takvâsile halkı tatmin eden» güzide bir şahsiyetin bu lüzumu takdir eden müceddidler arasında yer alması çok işe yaradı, Cevdet Paşa «düş-ı himmet ve gayretine» yükletilmiş olan işin sikletini metanetle taşımasını bildi ve bu teceddüt hamlelerini vicdani kanaatlerinin hudutları içinde daima takviye etti.

Gerçekten Cevdet Paşa herşeyden evvel mukavemet cephesini yaparak bir defa harekete geçmek ihtiyacında bulunan bu Tanzimat hareketinin aranan adamı idi: Adliyemizin tanzim ve ıslahı lüzumunu herkes-ten iyi duyuyor ve «şariat hükümlerinin en derin noktalarına nüfuz etmenin yolunu bilen ilim ve fazlile» muhafazakâr cephenin silâhlarına karşı aynı silâhları kullanmak imkânlarına sâhip bulunuyordu. Meselâ, şer'îye mahkemelerinin yanında kaza salâhiyetini haiz ayrıca bir mahkeme bulunması lüzumunun Şeriata aykırı olmayıp belki de Şeriatın icaplarından olduğunu tebarüz ettirmek için, ilk iş olarak Celâleddin Devvanî'nin «Divan-ı Ref'-i Mezalim» adlı eserini hulâsa olarak tercüme etti. Ve bu kitapta kullanılan adı ihtiyar ederek Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'yi teşkil etti ki, bu teşkilât Nizamiye mahkemelerinin nüvesi oldu (shf. 230).

Gerçekten, şer'î mahkemelerin usul ve salâhiyetleriyle zamanın her türlü ihtiyaçlarını karşılayamamaları yüzünden meydana çıkan buhranlar, çok eski zamanlardan beri muhtelif İslâm memleketlerinde, onların yanında idari ve siyasi maslahatlara daha uygun teşkilât ve usullerle çalışan mahkemelerin kurulmasını zaruri kılmıştı. Bazı Fıkıh kitaplarında Divan-ı Mezalim namı altında tetkik edilen mahkemeler, bu mahiyette bir takım teşkilâttan ibaretti. Cevdet Paşa'nın yukarıda ismi geçen salâhiyetli fakihin otoritesine dayanarak verdiği izahata nazaran: bu kabil mahkemelerde fevkalâde salâhiyetler kullanılır ve idari ve inzibati mahiyette olmak üzere sultanın vereceği emirler dairesinde amel olunurdu. Şahitlerden ve ehl-i hibreden jüriler bulundurulabilir; mahkeme, şer'î mahkemelerdekinden farklı salâhiyet ve usullerle tâlik, ara buluculara veya mütehassıs kimselere havale edilebilir; sür'ati temin, tezvîrattan vikaye maksadile şer'î mahkemelerin formalist kayıtlarından ve merasiminden tecrit edilerek pratik ve müessir bir şekilde hüküm vermek yolları usul ittihaz edilebilirdi (shf. 315). Meselâ, «müslimler aleyhine gayri müslimlerin, tebaadan olan gayri müslimlerin aleyhine ecnebilerin şahadetlerini kabul etmeyen Fıkıh kaidelerini, Devvanî, Divan-ı Ref'-i Mezalim için varit görmüyordu. Serbestçe her dinden, her kavimden herkes aleyhine bu divanda şahit dinlenebilecekti.

Celâlettin Devvani'nin otoritesine sığınan Cevdet Paşa, onun gibi fevkalâde salâhiyetli örfi mahkemeler, Dıvan-ı mezalim'ler kurulmaz ise pek çok hukuk-ı İslâmın zayi olacağına kanidir ve onun «Dıvan-ı mezalimin hükmü hükm-ü şer'idir ve Sultan-ı asrın üzerine vaciptir.. Ve her kim ki bu türlü hüküm meşrû değildir, derse nâmeşrû söylemiş ve ekâbir-i eimmeyi hataya nisbet eylemiş olur», demektedir ve «belki de katar-i küfüdür» ibaresi üzerinde bilhassa durmaktadır.

Bu kuvvetli delillerle muhafazakâr cepheye büyük bir kapı açık bıraktırdıktan sonra, bu kapıdan girerek bir İslâm memleketinde her türlü adli ıslahatı yapmak mümkün olacaktır. Muhtelif İslâm memleketleri tarihinde daima böyle hareket edilmiştir ve XIX uncu asırdaki Türkiyedeki adli ıslahat hareketleri de bu açık kapının kitaptaki yerini Cevdet Paşanın kalemile büyük bir sıhhat ve isabetle seçmesini bilmıştır.

* * *

Bu suretle Şer'îye mahkemelerinin yanı başında Nizamiye mahkemelerinin kurulmasında Fıkıh bakımından bir mahzur olmadığını isbat eden ve bu sayede adli ıslahatı bir Devlet işi olarak ele alarak Şeyhülislâm kapısından ayrı müstakil bir vekâlet halinde çalışacak olan Dıvan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kurulmasına hizmet eden Cevdet Paşa, Vükelâ Meclisindeki hararetli müzakerelerden sonra «Kütüb-ü Fikhiyeden muamelâta dair icabat-ı zamaneye muvafık olan meseleleri cem' ile (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) namile bir kitap yapılmak üzere» kendi riyasetinde bir ilmî cemiyetin teşkili kararını aldı. Bu kitap, İslâm tebaa için «ahkâm-ı şer'îye» ve müslüman olmayanlar için ise «kanun» mahiyetinde olacak ve bu suretle bütün tebaa için tek bir kanun ideali tahakkuk etmiş bulunacaktı.

Bu işe dinî bir vazife ve hizmet gibi bütün mevcudiyetini vakfeden Cevdet Paşa neticeyi alabilmek için karşısında vaziyet alan iki ayrı zümre ile durmadan mücadele etmek mecburiyetinde kaldı:

Bu zümrelerden birisi, başta Fransa Sefiri olmak üzere, frenk geçirenler (müteferniciler) ve Fransız politikasının hizmetinde Fransa Medeni Kanununun tercüme edilerek kabulüne taraftar olanlar, bilhassa Cevdet Paşanın muhalefetele «icray-i garaza zaferyap olamadıkları» için, kendisine düşman olmuşlardı. «Bir milletin kavanin-i esasîyesini böyle kalb ve tahvil etmenin ol milleti imha hükmünde olacağına» ve bu «kanunların memleketimize tevfiği için ariz ve amik mütalea ile tādili lâzımgeldiğine» kani olan (shf. 229) Cevdet Paşa, bu suretle ecnebi devletlerin siyasi tesir ve tazyiklerine karşı da kendisini korumak için, ağır bir mücadeleyi devam ettirmek mecburiyetinde kaldı.

Cevdet Paşanın memleketi bir kanun ve nizama kavuşturmak hususundaki çalışmaları, başta vaktin Şeyhülislâmı olmak üzere, **ulemanın mukavemeti** ile de karşılandı. Bu grupun Mecelle Cemiyetinin çalışmalarına karşı yürüttüğü itirazlar şu şekilde hulâsa edilebilirdi:

Böyle bir Fıkıh kitabının Daire-i İlmiyede yapılmayıp da «Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nazırı Devletlû Paşa Hazretlerinin taht-ı riyasetinde» «Daire-i Adliye» de yapılmasını kabul etmiyorlardı. Bundan başka, muhtelif imamların kavilleri arasından zamanın ihtiyaçlarına en uygun olanını seçip Padişahın tasdikine arz etmek işi, Mecelle Cemiyetinin ve Vükelâ Heyetinin salâhiyetleri arasında bulunamazdı. Bu hususta yegâne salâhiyetli makamın Şeyhülislâmlık kapısı olması lâzımgelirdi ve eski hukukî teamüllere göre, vaktin Şeyhülislâmı bu gibi teklifleri re'sen yüksek tasdike arzedeilmeliydi.

Türk hukuk tarihi için ehemmiyeti aşikâr olan bu prensip meselelerinin münakaşasının ortaya, **İslâm memleketlerinde kanun koyma işinde salâhiyetlerin mahiyeti ve âidiyeti işlerini** ilgilendiren bir esas teşkilât hukuku meselesini ortaya attığı görülmektedir. Gerçekten burada, vekiller heyetine salâhiyet veren **devletçi bir telâkki** ile, şeriatın düsturlarını tefsir ve kıymetlendirme yetkisini yalnız Şeyhülislâm kapısında bulunan **Fıkıhçı telâkkinin** çarpışmakta olduğu meydandadır.

Neticede Şeyhülislâmın salâhiyetlerini takviyeye mâtuf bulunan cereyanın mücadeleden muzaffer çıkması, Mecellenin mukadderatı üzerinde çok fena bir tesir yapmıştır. Ehemmiyetine binaen, burada hâdiseleri hatırlatmak lâzımgelir:

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Reisi ve sonra da Nâzırı olarak Mecelle Cemiyetinin çalışmalarını idare eden Cevdet Paşa, h. 1286 yılında Mecellenin mukaddemesile birinci kitabını ve bu hususta yazılan mazbatayı Vükelâ Meclisine takdim etmişti. Bu heyet, bir tezkere ile projeyi Padişaha arz ve «mucibiyle amel oluna» şeklinde tasdik edilecek olursa, Hanefi mezhebinden büyük imamların kavilleri arasından seçilmiş olan bu hükümlerin kanuniyet kazanacağını belirtmekte idi. Bu defa işin muhtelif safhaları kolaylıkla sevk ve idare edilmişti. Fakat, Mecellenin ikinci kitabı olan icare bahsinde mevcut hükümleri zamanın ihtiyaçlarına uydurebilmek için bir hayli müşkülât çekilmişti. Şeyhülislâm partisi de tezviratını durmadan arttırmakta olduğundan, vaziyeti tetkik maksadile kurulan **Meclis-i Meşveret**'te büyük münakaşalar yapıldı. Bilhassa 611 inci maddede «ecir-i müsterekin sun-u taksiri olmaksızın telef ve zayi olan malın tazmini hakkında» **İmamlar arasındaki ihtilâflar hakkında bir türlü bir karar veremiyen bu meclis**, vaktile «şart halinde zaman rivayetine istinad suretile hazırlanan Mecelle fıkrasını tay ile» müsbet veya menfi

bir hüküm tedvinini sonraya bırakmıştır. Aynı suretle «icarenin vefat ile münfesih olup olmaması meselesini de derdest-i bahis ve mütalea bularak» kitaba buna dair bir hüküm koydurmamıştı (shf. 72-73). Mecellede bu hükümlerin yokluğu yüzünden, iş sahipleri büyük sıkıntılar çekmiş olduğu için, haksız yere Cevdet Paşayı tenkid edenler çok olmuştur.

Bu husustaki Mecelle maddelerinin geçirdikleri şekilleri ve onlarla ilgili tahriratı bu defa yakından tetkik etmek fırsatını bulan müellif, bu meseleleri lâyıkile aydınlatmış ve Cevdet Paşaya karşı yapılan haksız hücumlar hususunda şu aşağıdaki dikkate şayan neticeye varmıştır:

«Cevdet Paşaya bu yüzden yapılan hücumların efkâr-ı umumiyede bıraktığı tesirler çok derindir. İşaret olunan noksan Cevdet Paşanın te-reddüdüne, korkaklığına, kendisinin maruf tâbirinden cüret alarak «def'i leyyin» siyasetine, çekingen mesleğine, halktan âzamî ihtirazına hamle-denler çoktur. Bu satırları yazan bile otuz beş sene Fakülte kürsüsünden bu noksanı tenkid etmiş, ihtilâflı şu mühim meselenin Mecellede nasıl meskût kalabileceğini, Cevdet Paşanın memlekete bunu nasıl reva gördüğünü her fırsatta söylemiştir. Halbuki bu eseri yazmak için yapılan araştıramalarda ele geçen ve yukarıda aynen alınan Arz tezkeresi isbat ediyor ki noksana sebebiyet veren Mecelle Cemiyeti, Cevdet Paşa değil, Encümen-i Meşveret'tir. Merhumun aziz hâtırası önünde bir daha eğilerek af dilerim.» (Shf. 75).

Bu suretle aleyhindeki dedikodular karşısında cesaret ve otoritesi sarsılan Cevdet Paşanın, Mecellenin dördüncü kitabı olan (Havale) hazırlandığı zaman, 692 nci maddenin Hanefî imamlarından nisbeten zayıf sayılan İmam-ı Züfer'in reyine dayanılarak yazıldığını vesile ittihaz edenler tarafından şiddetli hücumlara uğratıldı. Bunun neticesi, Cevdet Paşanın içine düşürüldüğü durum hakkında kitapta derin tahlilleri ihtiva eden parlak sahifeler mevcuttur (shf. 79, 80). Neticede mazbatanın Sadaret makamına takdiminden sekiz gün sonra 24 Muharrem 1287 de Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nâzırı Ahmet Cevdet Paşa azledildi. Ve Mecelle Cemiyeti Adliye dairesinden Fetva kapısına nakledilerek reisliğine Şer'î Tetkikler Meclisi âzasından Gerdankıran Ömer Hulûsi Efendi getirilip cemiyete yeniden Halil, Yunus ve Vehbi Efendiler âza olarak alındı.

Bu suretle zayıf kalan Cemiyetin, Mecellenin altıncı kitabı olarak tedvin ettiği (Kitab-ül-Vedia), evvelki kitaplara uygun düşmediğinden, her taraftan birçok itirazlar ve tenkidler yükselmesi dolayısıyla, Cevdet Paşa yeniden bu vazifeye davetle kendisine Şûray-ı Devlet âzalığı tevcih olunmuştur (shf. 92). Cevdet Paşa yeniden iş başına gelince, Vedia meselelerini de içinde bir bap halinde ihtiva etmek üzere, bir (Kitab-ül- Ema-

nât) yazılmış olduğu için, eski Kitab-ül-Vedia'nın nüshaları her taraftan toplatılarak imha edilmiştir.

Cevdet Paşasız yazılacak bir Mecellenin asıl Mecelleden ne farkı olacağını göstermek bakımından, bu imha edilen nüshanın büyük bir kıymeti olacağını bilen müellif, uzun müddet bu kitabı bulmak için çalışmış ve nihayet Yıldız sarayı kütüphanesinde nasılsa unutulmuş olan bir nüshayı ele geçirerek o kadar arzu edilen mukayeseyi yapmış ve aşağıdaki neticeleri tesbit etmiştir:

«Bu eser yazılış bakımından bildiğimiz Mecellenin tamamen yabancıdır. Kullanılan yazı lisanı rekiktir. Türkçesi şivemize uygun değildir... Fıkıhın tek meselesi müteaddit madde halinde kaleme alınmıştır... Baplar, fasıllar pek karışıktır. Tasnifte ilmî ve mantıkî intizam ve insicam yoktur. Kitap, baştan aşağı belâgattan, fesahattan âridir. Yazanlar hükümlerdeki tekerrürün bile farkına varmamışlardır.» (Shf. 93-97).

Görüldüğü veçhile, Cevdet Paşa tekrar Mecelle Cemiyeti riyasetine getirilmiş ve hattâ bir müddet sonra bu cemiyetin içtima yeri de Fetva kapısından Bab-ı Âliye nakledilmiş ise de, müellifin tetkiklerine göre; Havale kitabında yaptığı tercih yüzünden uğradığı menkûbiyet Cevdet Paşanın mâneviyatını bir defa kırmış olduğundan, bundan sonra ehemmiyetsiz bir meselenin bile koparmak istidadında olduğu fırtına yüzünden bütün eseri tehlikeye koymamak için, bundan sonra Hanefî imamlarının en sahih kavillerinden ayrılmamış ve şahsî takdir ve kanaatlere dayanan tercihlerden çekinmiştir. Bu suretle, daha dar bir çerçeve içine kapanan Cevdet Paşadan beklenen şahsî şümullü görüşten maslahat ve memleket mahrum kalmıştır (shf. 99).

* * *

Kitabın bundan sonraki fasılları Mecellenin 16 kitabının sırasile ayrı ayrı nasıl hazırlandığını, herbirine ait mazbata ve arz tezkerelerini bulup sıralamak ve lüzumlu tahlilleri yaparak hâdiselerle olan münasebetleri de göstermek suretile bu tedvin hareketini en iyi bir şekilde takip etmemize imkân veriyor. Çok defa birbirine benzeyen bu vesikalar arasında muamelenin sevk ve intacı yollarile kullanılan tâbirlerdeki bazı değişiklikler dikkate çarpmaktadır:

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Cevdet Paşanın giriştiği Mecelle şeklinde bir kanun tedvini teşebbüsünde, metot ve zihniyet bakımından Fıkıh ilmile iştigal edenlerin yadırgayacağı bir yenilik mevcuttu. Bu defa Fetva Kapısının, fukahanın ve adaleti tatbik eden kadıların içtihat salâhiyetlerinden müstakil olarak memleketin her tarafında düstür-ül-amel olmak üzere Devlet otoritesi namına tanzim, tasdik ve ilân edilmiş olan

bir kanun rejimi karşısında bulunuyorlardı. Gerçi kadim an'aneye göre de, Şeyhülislâmların fıkihta ihtilâflı meselelerde zamanın icaplarına uygun gördükleri imamların içtihatlarını seçerek Padişaha arz ve tasdik ettirdikten sonra bu kararlar, müftüleri ve kadıları o yolda hüküm vermeye mecbur eder, addedilirdi. Hattâ, Ebussuut Efendi gibi büyük Şeyhülislâmlar, hususi bazı meseleler hakkında, diğer mezhep imamlarının içtihatlarına da dayanarak, bu suretle bazı kararlar da aldırılmışlardı. Bu sebeple, her zaman Fetvahanede o devirde tatbik edilmekte olan fetvalardan müteşekkil bir kararlar manzumesi mevcuttu ki alâkadarlar, nazârî olarak haiz oldukları şahsî kanaatlerini kullanmak iddiasile, onların haricine çıkmamağa dikkat ederlerdi. Şer'î hükümler sahası bu sayede azçok disiplinli bir şekilde idare edilmekte idi.

Fakat bu defa girişilen teşebbüs geniş ölçüde ve sistemli bir işti ve bilhassa ilk şekliyle bu işin şeyhülislâmların elinden alınarak vekiller heyetinde ayrı bir nezaret halinde temsil edilen bir Devlet teşkilâtına tâbî kılınmış olması, zamanın icaplarına uygun kavlin seçilmesinin de bir ilmi cemiyete ve dolayısıyla icra vekilleri heyetine verilmiş bulunması, araya şahsî çekememezliklerin de karışmasıyla, ortaya bir şeriat davası halini alan bir anayasa meselesi attı. Bu husustaki mücadele, her iki tarafın tezlerinin umumî ahval ve şartlara göre, vakit vakit kazanıp gerilemesiyle mütenasip olarak, Cevdet Paşanın mevki ve otoritesine tesir ettiği gibi, Mecelle Cemiyetinin çalıştığı binanın veya bağlı bulunduğu makamın değişmesine de sebep oluyordu. Nitekim, Mecelle kitaplarının kanun şeklinde tekemmül ettirilmesinde takip edilen yol da, bu tesirler altında, durmadan değişti. Kanunun yüksek tasdike sevki yolunun, Şeyhülislâmlığın da vaktile reyi alınmış olsa bile, Sadrazamlık kanalı olması ile, doğrudan doğruya Şeyhülislâmlık dairesinde çalışan bir ilmi heyetin tetkiklerinin neticesini resen Şeyhülislâmın Padişaha arzemesi usulü arasındaki mâna ve mahiyet farkı halini aldı. İşte ileri geri bütün bu tahavvülleri, kitabın zikri geçen fasıllarındaki vesikalarda alâka ve dikkatle takip etmek ve hukuk tarihimiz için çok mühim bir meselenin Mecellenin tevini meselesi münasebetile aldığı şekilleri görmek mümkündür.

* * *

Zengin bir vesika yığını içinde okuyucuyu türlü yönden alâkadar edecek yeni malzeme getirmiş olan ve meseleleri vazı ve tahlil şekli bakımından büyük terakkiler kaydeden bu eserin, Mecelle ve Ahmet Cevdet Paşa hakkındaki umumî kanaat ve hükümlerini belirtmek de büyük bir alâka mevzuudur.

Evvelâ, müellifin «Mecellenin asrın ihtiyaçlarına ne bakımdan hak-

kile cevap vermekte kasır kaldığını» muarız taraftan yapılan gelişi güzel ve sathî incelemelerle meydana çıkarmanın güç olduğu, hakkındaki fikrine iştirâk etmemiz lâzımgelmektedir. Bu hususta vaktile İstanbul Rus Se-fareti Tercümanı **André Mandelstam** tarafından Mecellenin «asrî müba-delenin icaplarıyla tenakuz halinde» bulunduğunu iddia ettiği maddeleri hakkındaki ithamlarını tahlil eden müellifin yaptığı münakaşalar, derin bir vukuf ve tahlil kuvvetinin ifadesidir (shf. 213-226) ve bize eski hu-kuk sistemimizin mahiyet ve mekanizması hakkında kıymetli bilgiler vermektedir.

Bununla beraber, müellifin, gerek Cevdet Paşa, ve gerekse Mecelle hakkında anlayış ve sempati dolu olan bu hükümleri, ilmi bir bitarafılığı ve objektifliği hiçbir zaman bırakmış bulunmamaktadır. Cevdet Paşa hakkındaki en müsbet ve doğruya yakın fikirleri kendi kaleminden öğ-reniyoruz. Kitaba başlarken ileri sürülen tez, hattâ bizi biraz da şaşırtacak mahiyettedir:

«Kıymetli ve feyizli bir âlim olmasına rağmen, Cevdet Paşa merhu-mun, hukuk ilmindeki ihtisası diğer farik ve yüksek vasıflarına nazaran tâlidir.» «Cevdet Paşa, ne **Eşbah** sahibi bir İbn-i Nüceym ve ne de son asırlarda yetişen fakihlerden bir İbn-i Abidin ve ne asrımızın efâzıl-ı fu-kahasından, Karinabatlı bir Ömer Hilmi Efendidir». Cevdet Paşa, «bir fıkıh mütehasısı olmaktan ziyade, yurttâ hukuk ilminin genişlemesine büyük ölçüde çalışan, yürürlükteki hükümleri kanun haline çeviren, biz-de kanunlaştırma usulünü yayan, düsturları vücade getiren..» büyük bir Devlet adamıdır (shf. 7, 13). Mecelleyi «Cevdet Paşa tarafından telif edilmiş bir eser olarak göstermek doğru değildir.. Meseleleri cem ve teh-zibde, tercüme ve tahrirde, kitaplara, baplara ve fasıllara taksim ve sı-rayı tayin ve tertipte hattâ tabı ve neşirde merhumun büyük himmetleri sebkemiş olabilir. Fakat, İsviçre Medenî Kanunu lâyihasını hazırlayan Eugèn Hubert gibi tek başına mucip sebeplere müstenit bir kanun lâyi-hası vücade getirmiş değildir» (shf. 179). Şüphesiz, Mecellenin müellifi Cevdet Paşa değil, Mecelle Cemiyetidir. Fakat, yine müellifin belirttiği gibi «Mecelle Cemiyetinde o olmasaydı, eser böyle muhallet bir ihtişam âbidesi olmazdı» «Mecelle, ancak Cevdet Paşanın kudretli kalemi saye-sinde bugün lisanlarda mesel-i sair gibi dair olan kusvay-i belâgate va-rabilmesidir» (shf. 176). «Mecelle, tahrir bakımından eşi yazılmıyacak kuvvette bir şaheserdir» (shf. 171).

Fakat, yine müellife göre, kanunlaştırma tekniği ve ihtiva ettiği hü-kümler bakımından ona karşı haklı olarak birçok itirazlar yapılabilir. Kanun nehcine uygun olmıyan bir şekilde misaller ilâve edilmiş, tekrar-lar yapılmıştır. Hükümleri tedvinde dar bir çerçeve içinde Hanefî mezhe-

bi hükümlerile iktifa cihetine gidilmiş ve iç siyaset endişesile ihtiraz ve tehaşi mesleği güdülmüştür (shf. 171). Bu işde «Arapça Fıkıh meselelerinin Türkçesi olan Mecellenin Şer'îye mahkemelerinde tatbikini bile hazmedemiyen ve imam Züfer gibi diğer Hanefî imamları arasında binnisbe zayıf telâkki olunan bir zata ait içtihadın tercih edilmesinden dolayı kıyametler koparan dar düşünceli bir taassup muhiti karşısında» bulunmasını da kâfi bir sebep telâkki etmiyor (shf. 173). Asıl mesele, Cevdet Paşanın Hanefî Fıkıhından ayrılmak lüzumuna kani olmamasıdır. Merhum, «mensup olduğu Hanefî mezhebine tam bir sadakati vicdanî bir vazife telâkki ediyordu» (shf. 174).

Fakat bütün bu noksanlarına rağmen Mecelle, yerli bir kanun tedvini uğrunda girişilen muazzam bir teşebbüstü. Zamanla üzerinde durulacak, işlenecek ve tamamlanacaktı. Fakat nedense, bu inkışaf için gerekli feyizli muhiti bulamadı. Yoksa, müellifin de dediği gibi, «Mecelle ahval müsait olup ta ikmal edilebilseydi, yeni Medenî Kanunumuzun bazı kısımlarına me haz bile olurdu..» (shf. 178).

Eserde bahis mevzuu olan meselelerin kıymet ve mahiyeti hakkında bir fikir vermek için yaptığımız hulâsalar burada bitmiştir. Bu suretle okuyucularımıza takdim etmek istediğimiz eserin kıymeti, kanaatimizce bu tahlilde belirttiğimiz şekilde, müracaat edilen kaynakların yeniliği ve zenginliği, aydınlattığı davlar, tahlil ve tenkitte salâhiyet ve nüfuz, ifadedeki zevk ve kuvvet gibi ilmi ve edebî meziyetleri aşan bir mahiyet de taşımaktadır ki o da, yeni hukukçu nesillere eski hukuk çağımızın an'anelerini bir nesilden diğer nesle bütün hararet ve zevkile nakil hususunda büyük bir hizmet ifa etmiş olmasıdır. Terkedilmiş olduğu alâkasızlık içinde soysuzlaşarak hatırasının kaybolup gitmesinden korkulan bir hukukçu neslinin an'ane ve emaneti, bu kitapla, yeni nesillere en münasip şekilde devir ve tevdi edilmiş ve bu eski neslin vicdanî bir vazifesi yapılmış bulunuyor.

Ö. L. B.