

# DANIŞTAY 5. DAİRESİ ve İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULUNUN KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Av. Ali SARIGÜL (\*)

Bir Yargıç tarafından, yürütme organının başı durumunda bulunan, Cumhurbaşkanı'nın seçimi ve üçlü kararname ile yürürlük kazanan Askeri Yargıtay Üyeliklerinin seçiminin iptali hakkındaki dava da; Danıştay 5. Dairesi ile Danıştay Daireler Kurulu aŐağıdaki kararları vermişlerdir. Bu yazı, amaç olarak Cumhurbaşkanı'nın, genel kurul tarafından seçilmiş bulunan, üyelerin içinden seçim yaparken uyguladığı yöntem ile bu türden açılacak bir davanın nerede görülmesi konusundaki bir tartışmayı başlatmaya yöneliktir.

Öncelikle, Danıştay 5. Dairesinin kararı ile, Daireler Kurulunun kararları aŐağıdadır.

T.C.

**DANIŞTAY**  
**Beşinci Daire**

**Esas No : 1993/928**

**Karar No : 1993/1594**

**Davanın Özeti : Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi olan davacı, Askeri Yargıtay'da boş bulunan ve kendisinin de aday olduğu üyeliklere atama yapılması amacıyla Askeri**

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından.

Yargıtay Genel Kurulu tarafından 9.10.1992 tarihinde yapılan aday belirleme ve seçim işlemlerinin ve bu işlemlere dayalı olarak tesis edilmiş olan 30.12.1992 günlü, 92/41274 sayılı müşterek kararnamenin iptalini istemektedir.

## TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14. maddesi uyarınca ilk incelemeyle görevli Tetkik Hakimi Ayin Günanç'ın açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler de incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1. fıkra ile 3619 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasında; ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaların neler olduğu tek tek belirtilmiş olup, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 35. maddesinin 3622 sayılı Kanunla değişik 1. bendinin (a) fıkrasında da askeri yargının görevli olduğu konularda açılan davanın reddine karar verileceği belirtilmiştir.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görevleri başlıklı 20. maddesinde; "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranması,

Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma, çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır" hükmü yer almaktadır.

1602 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 23. maddesinin 1. ve 2. bentlerinde; Askeri Yargıtayda boşalan üyelikler

için yapılacak seçimin zamanını ve seçilecek üye sayısını tesbit etmek ve Askeri Yargıtay üye adaylarını seçmek Askeri Yargıtay Genel Kurulunun görevleri arasında sayılmış olup, bu hüküm karşısında, Askeri Yargıtay üyesi olarak askeri yargı hizmeti görecektir asker kişilerin seçimi görevini yapacak olan kurulun hizmetinin de askeri hizmete ilişkin bulunduğu açık olduğundan uyuşmazlığın görüm ve çözümünü Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ait bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın görev yönünden reddine, 13.4.1993 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Diğer karar da;

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**İdari Dava Daireleri**  
**Genel Kurulu**

Esas No : 1993/360

Karar No : 1993/490

**İstemin Özeti :** Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi olan davacının Askeri Yargıtay'da boş bulunan ve kendisinin de aday olduğu üyeliklere atama yapılması amacıyla Askeri Yargıtay Genel Kurulu tarafından 9.10.1992 tarihinde yapılan aday belirleme ve seçim işlemlerinin ve bu işlemlere dayalı olarak tesis edilmiş olan 30.12.1992 günlü 92/41274 sayılı müşterek kararnamenin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay Beşinci Dairesince verilen ve davanın görev yönünden reddine ilişkin bulunan 13.4.1993 günlü E: 1993/928, K: 1993/1594 sayılı kararı davacı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

**Davalı İdarelerin Savunmalarının Özeti:** Danıştay Beşinci Dairesince verilen kararın hukuk ve usule uygun olduğu ve onanması gerektiği yolundadır.

**Danıştay Tetkik Hakimi : Zeynep Yılmaz**

**Danıştay Savcısı Sevil Engin'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinin de öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından Danıştay Beşinci Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.**

**Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.**

### **TÜRK MİLLETİ ADINA**

**Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca gereği görüldü:**

**Devlet Güvenlik Mahkemesi Üyesi olan davacının Askeri Yargıtay'da boş bulunan ve kendisinin de aday olduğu üyeliklere atama yapılması amacıyla Askeri Yargıtay Genel Kurulu tarafından 9.10.1992 tarihinde yapılan aday belirleme ve seçim işlemlerinin ve bu işlemlere dayalı olarak tesis edilmiş olan 30.12.1992 günlü 92/41274 sayılı müşterek kararnamenin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay Beşinci Dairesinin 13.4.1993 günlü E: 1993/928, K: 1993/1594 sayılı kararıyla; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararının 20 nci maddesi ile 1602 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 23 üncü maddesinin 1 ve 2 nci bentleri karşısında, Askeri Yargıtay Üyesi olarak askeri yargı hizmeti görecek asker kişilerin seçimi görevini yapacak olan Kurulun hizmetinin de askeri hizmete ilişkin bulunduğu açık olduğundan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ait bulunduğu gerekçesiyle dava görev yönünden reddedilmiştir.**

**Davacı bu kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.**

**Danıştay Beşinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin bu kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte**

olmadığı anlaşıldığından davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Beşinci Dairesince verilen 13.4.1993 günlü E: 1993/928, K: 1993/1594 sayılı kararın onanmasına 15.10.1993 günü oybirliğiyle karar verildi.

Dava şu üç talebi içermektedir.

A – Askeri Yargıtay Genel Kurulu tarafından üye adayların belirlenmesi için yapılan seçimin iptali.

B – Cumhurbaşkanı tarafından yapılan, belirlenmiş üyeler arasındaki seçimin hukuka aykırı ve hükümsüz bulunması nedeniyle iptali,

C – Bu şekilde yapılan ve ağır biçimde sakat ve hukuka aykırı işlemlere dayalı olarak düzenlenen ve yayınlanan müşterek kararnamenin hükümsüzlüğü nedeniyle iptali.

Bu talepleri içeren dava da ayrı ayrı iptali istenen işlemlerin neler olduğu ve nasıl sakat bulduklarını özetle açıklamak gerekirse;

#### ASKERİ YARGITAY ÜYELİK SIFATININ KAZANILMASI :

Anayasanın 156/2. md.ne koşut olarak düzenlenmiş bulunan 1600 S.K.nun 12. md.sine göre, en az yarbay rütbesinde bulunan 1. sınıf Askeri Yargıçlardan, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile, gizli oyla, her boş üyelik için gösterilen üçer aday içinde Cumhurbaşkanıınca seçilir. Ayrıca işlemin tamamlanması için aynı Yasanın 14. md. ile 357 S.K.nun 16/1-5 md.leri gereğince M.S.B.ğı, Başbakanlık ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan üçlü kararname düzenlenip Resmi Gazetede yayınlanması ile üyelik sıfatı kazanılır.

Görüleceği üzere, üyelik sıfatının kazanılması için, birbirine sıkı sıkıya bağlı ve biri olmayınca diğerinin kesin sonuç doğurması mümkün olmayan bir dizi idari işlemin varlığını gerektirmektedir.

Dava konusu edilmiş olan Askeri Yargıtay Genel Kurulunun 9.10.1992 tarihinde üçü önceki yıldan, beşide ait olduğu yıldan toplam sekiz üyelik için seçim yapılması gerekirken; Genel Ku-

rul sadece üç üyelik için seçim yapmıştır. Bu üç üyelik için 9 aday gösterilmiştir. Davacı bu seçimde üçüncü derecede oy almıştır. Olay tarihindeki Cumhurbaşkanı Turgut Özal'a sunulan listeden, Cumhurbaşkanı 1. ve 2. üyelik için, aynı derecedeki adayları seçmiş, 3. üyelik için ise 9. derecede oy alan aday seçilmiştir. Cumhurbaşkanının bu seçimi 8.1.1993 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış ve hüküm ifade etmeye başlamıştır.

Bu şekilde yapılmış ve kesinleşmiş bulunan idari işlemlerde öncelikle tartışılması gereken Askeri Yargıtay üyelik seçiminin;

a- Tarafın Askeri Kişi olması nedeniyle, askeri hizmete ilişkin olarak mı düşünülmesi gerekir, eğer böyle ise davaya bakmaya yetkili mahkeme AYİM midir?

b- Tarafın asker kişi olmasının yanı sıra, Askeri Yargıtayın görevinin yargısal bulunması hasebiyle, davaya bakmaya yetkili mahkemenin Danıştay mı olması gerekir.

Kanaatimizce bu görev tartışmasında yetkili mahkeme Danıştay olması gerekir. Şöyle ki;

Tartışmasız davacı İçişler Bakanlığı K.nun hükümleri çerçevesinde asker kişidir. Ancak, bu türden bir işin AYİM'in görev alanına girmesi için, yapılan işlemin asker kişileri ilgilendirmesi koşulunun yanı sıra, askeri hizmete ilişkin bulunması koşulunun da olması zorunludur. Oysa Askeri Yargıtay yargısı, Anayasada sayılan yüksek mahkemelerdendir. Asli görevi Türk Ulusu adına yargıya varmaktır. Bu asli görev karşısında Askeri Yargıtayın görevinin askeri hizmete ilişkin olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Görevi tamamen yargısal olan ve Yüksek Mahkeme olarak Anayasada sayılan Askeri Yargıtayın üyelik seçimi işlemini askeri hizmete ilişkin kabul etmek ve bu yönüyle AYİM in yetkili mahkeme olduğunu ileri sürmek olası değildir. Bu cihetle, görevli mahkeme AYİM değil, Yüksek Danıştay olması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin 18.12.1975 gün ve 1975/159 E., 1975/216 K. sayılı kararında da (AYİM hakkında verilmiştir) temel yapısı ve asli görevi yönünden bir yüksek mahkeme olduğu, askeri bir kuruluş olmasının bundan sonra geleceği ve ikincil derecede kalacağı belirlenmiştir. Askeri hizmetlerinin gereklerinin

de ancak mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesine dokunulmadığı sürece sözkonusu olabileceğini belirtmiştir.

Danıştayın, tüm hususları nazara almadan, Askeri Yargıtayın sırf bir askeri kuruluş olmasını esas alarak, yapılacak işlemlerin askeri hizmete ilişkin olarak kabulü ile görevsizlik kararı vermesi kararı isabetsizdir.

#### DAVA KONUSU İŞTE EHLİYET SORUNU :

Anayasanın 105/2. md.sine göre Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamaz. Ancak, Cumhurbaşkanının yapacağı bu işler tadadi olarak sayılmamıştır. Öte yanda aynı maddenin 1. fıkrasında belirlenen ve Cumhurbaşkanı tarafından yapılan işlemler aleyhine Başbakan ve ilgili Bakanlık aleyhine yargı yoluna gidilebileceği görülmektedir.

Dava konusu edilmiş bulunan Askeri Yargıtay üyelik seçimi, Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirlerden değildir. Gerçekten de Anayasanın 104. md. de Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargıya ilişkin görev ve yetkileri belirlenmiştir. Bu yetkilerden hangilerinin tek başına yaptığı işlemlerden sayılacağı, Anayasa ve özel yasalarda yer alan hükümler ve işin niteliğine göre yargı organları tarafından saptanması gerektiği, öğretide genel kabul görmektedir. Askeri Yargıtay üyelik seçimine ilişkin, Cumhurbaşkanının seçimi, resen imzaladığı karar ve emirlerden olamaz. Bu işlem zincirleme işlemleri gerektirir niteliktedir. Bu itibarla dava konusu edilebilir işlemdir.

Cumhurbaşkanının, resen imzaladığı kararlar ve emirlerden olmayan bu işlem aleyhine, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık olan M.S.B. aleyhine dava yoluna gidilebilir.

İdari işlemin yayınlanması ile dış dünyada etki meydana getirmesine ilişkin düşüncemiz ise şu şekildedir:

İdare Hukukunda ayrılabilir işlem (acte Detachable) kuralı ile şekillendiği üzere, her biri asli özellikte bulunan, denetlenebilen bir dizi işlemin yapılması ile dava konusu edilmiş bulunan işlem tamamlanabilir. Bunlardan birinin olmayışı idari işlemin

doğmayışı sonucunu verir. Dava konusu edilen olayda ayrılabilir işlem olarak;

- a- Askeri Yargıtay üye adaylarının seçimi işlemi,
- b- Cumhurbaşkanınca üyelerin seçimi işlemi,
- c- Atama kararnamesinin düzenlenmesi işlemi.

Bu işlemlerden birincisi durumunda bulunan Askeri Yargıtay üyelik seçiminin nasıl yapılacağı Anayasanın 156. md.si ile 1600 S.K.nun 5, 6, 7, 12, 14, 23 ve 357 S.K.nun 16/1-5. md.lerinde belirtilmiştir. Bu işlemlerden herhangi birinin anılan yasalara aykırılığı halinde yargısal denetime tabi olacağı açıktır. "Bahse konu davada davacının iddialarından biri budur".

Ayrılabilir işlemin ikinci halkasını oluşturan Cumhurbaşkanınca üyelerinin seçimi işlemi Anayasada belirlenmiştir.

Anayasanın Cumhurbaşkanına tanıdığı, bu seçme yetkisinin yerinde olup olmadığı, şeklindeki bir sistem tartışması konumuz dışındadır. Ancak bu yetkinin nasıl kullanılması gerektiği olayda tartışılması gerekir.

İlgili genel kurulunun iradesinin tezahürü olarak aday gösterilmiş bulunan adaylar arasında, Cumhurbaşkanı, bu iradenin tezahür şekli olan en fazla oy alan üyeleri mi seçmeli, yoksa bu yetkisini dilediği gibi kullanmalıdır. Bütün sorun burada düğümlenmektedir. Seçim, demokrasilerin vazgeçemeyecekleri bir kurumdur. Bu tartışmasız gerçek karşısında, Cumhurbaşkanı, bir genel kurulun iradesinin açık tezahürü durumunda bulunan ve her üyelik için üçer adayın belirlendiği bir seçimin, doğal sonucuna uymak durumundadır. Yani Cumhurbaşkanı en fazla oyu alan üyeleri sırası ile seçmesi gerekir. Bu şekilde tezahür edecek bir irade, en basit tanımı ile demokratik iradeye saygı gereğidir. Böyle bir sonuç Anayasanın 104/1. md.sine de uygun olacaktır. Öte yanda Anayasanın 8. md.sinde belirlenen yürütme yetkisinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı hükmünün Cumhurbaşkanı da bağlayacağı tartışmasızdır.

Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırsız bulunmadığı tartışmasızdır. Cumhurbaşkanı yetkilerini kullanırken genel hukuk kuralları ile sınırlıdır. Anayasamızda yer alan kuvvetler ayrılığı



ile yargının bağımsızlığı kuralı Cumhurbaşkanının yetkilerinin kullanmadaki en genel sınırdır. Bu genel sınırlamalar dışına çıkılarak bir hak kullanımı düşünülemez. Böyle bir hal açıkça Anayasal hakların ihlali anlamına gelecektir.

Başta belirttiğimiz gibi, ilgili genel kurulun iradesini en demokratik şekilde belirleyen seçimde ki, sıralamaya aykırı bir seçme tarzı, bu kurulun iradesini sakatlayacağı gibi, Anayasanın başlangıç hükümlerinde sayılan eşitlik "hukuki eşitlik" ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Böyle bir seçme, Demokratik hukuk devletinin belirleyici unsurları olan hukuk devleti ve Anayasanın üstünlüğü ilkelerine de aykırı olacaktır.

Yani, Cumhurbaşkanı yetkilerini kullanırken keyfi davranamaz. Zira yasa koyucunun hiç bir zaman böyle bir kastı yoktur, olamaz da.

Cumhurbaşkanının, ilgili genel kurulun iradesine aykırı olarak belirlenen sıralamaya uymayışının hiç bir hukuki gerekçe ile açıklanamaz. Bu şekildeki bir tasarruf keyfiligi içerir. Bu sonucun ise hukukiliği tartışmalı olmak durumundadır. Cumhurbaşkanının bu şekilde tezahür eden iradesinin yargısal denetime tabi olması gerekir. Yapılan işlemin, hukuka aykırılığının önlenmesinin önkoşulu, hukuka bağlılıktır. İdarenin hukuka aykırı işlemi ancak hukuk kuralları içerisinde telafi edilebilir.

Vaki işlemin dış dünyada sonuçlarını doğurmasının üçüncü ve son halkası atanma kararnamesinin düzenlenmesi ve imzalanarak yayınlanmasıdır. Bu şekilde sonuç doğuran işlem, kendisine bağlı önceki işlemlerin hukuka aykırı olması nedeniyle eksik, sakat ve yok hükmünde olması gerekir.

**SONUÇ :** Yüksek Danıştay nezdinde açılmış ve "dava konusu işlem" askeri hizmete ilişkin telakki edilerek verilmiş bulunan karar kanaatimizce yasaya aykırıdır. Bahse konu işlemin neden askeri hizmete ilişkin olmadığı hakkındaki görüşlerimizi yukarıda açıklamaya çalıştık. Davacının asker kişi sıfatını taşıması tek başına işin "askeri hizmete ilişkin olmasına yetmemektedir". Bu değerlendirme haksız ve hukuka uygun olmadığı görüşünderiz. Yüksek Danıştay iş bu davada kendisini görevli ve yetkili göre-

rek, davanın esası hakkında karar vermeli idi. Yukarıda Danıştayın yetkisizlik kararı olmasına karşın, biz davanın neden açıldığı ve gerekçelerinde nelerden ibaret olduğu konusunda da görüş belirttik. Kanımızca Demokratik hukuk devletinde erk sahibi kişi ve kuruluşların erklerinin sınırının ne olması gerektiği konusunda daha titiz çalışması ve sonuca gidici olması gerektiği inancındayız.