

3546 SAYILI KANUNUN 23 ÜNCÜ MADDESİNİN A BENDİ

Kemal Galip Balkar

4788 sayılı kanunla kurulan Uyuşmazlık Mahkemesinin çalışmaya başladığı tarihe kadar daha ziyade nazari olarak Hukuk Fakültelerinde idare hukuku derslerinde mütalâa edilen bir mesele, hizmet kusuru teşkil eden idarî fiillerden husule gelen zararlar meselesi birden bire bu tarihten sonra memleketimizin hukuk müntesiplerini düşündüren bir mahiyet aldı. Bu meseleye verilen ehemmiyet bu çeşit zararların tazmini lâzım gelip gelmiyeceğinde değil, bu zararların tazmini davalarını rüyet vazifesinin adlî ve idarî kaza mercilerinden hangisine ait bulunduğu noktasında toplandı. Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesinden bu hususta sadır olan kararlar o derece birbirine aykırı görüşlere istinad ediyordu ki adeta bu kararlara bakarak hüküm verenler mahkemede bir hizipçilik rengi ve kokusu sezmeğe kadar ileri gittiler. Netice itibariyle memleket hukuk efkârı umumiyesinin bu istikrarsızlıktan müteessir olduğu müşahede edilmeğe başladı.

His edilen bu rahatsızlık Çankırı Mebusu Celâl Boynuk tarafından 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A bendinin tefsiri hakkında vaki talep ile Büyük Millet Meclisinde ifadesini buldu. Bu talep kat'î bir neticeye bağlanmadan yeni seçime gidilmiş ve mesele İçişleri ve Adalet Komisyonları tarafından tedkik edilmiş olduğu halde kalmıştır. Bu iki komisyon tarafından yazılmış bulunan raporları mevzuatımızın tekâmül seyri içinde mütalâa etmek konunun aydınlatılması bakımından faydalı olacaktır.

Tarih itibariyle daha önce yazılmış olan İçişleri Komisyonu raporundan başlayalım. İçişleri Komisyonu raporuna göre bu komisyonda on beş zat müzakerelere iştirâk etmiş, bunlardan yedisinin muhalefetiyle sekizi tarafından karar verilmiştir.

Rapor şu hususları tesbit ile başlamaktadır:

1 — Tatbikatta idarî kararlardan mütevellit hukuk davalarının vazife mercileri hususunda her hangi bir ihtilâf yoktur,

2 — İdarî muamelelerden doğan tazmin davalarının rüyetlerinin bazen umumî mahkemelerin ve bazen de idarî mahkemelerin vazifelerine terk edildiği görülmüştür;

3 — Bu konu hakkında Uyuşmazlık Mahkemesinin henüz müstakar bir içtihadı varmamış olması karşısında tefsir cihetine gidilmesi yerinde olacağı kabul edilmiştir.

Şu ifadelerden Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarındaki istikrarsızlığın tefsir talebine yol açtığı ve komisyonun da bunu yerinde gördüğü açık olarak anlaşılmaktadır.

Rapor karar ve muamele hakkındaki görüşünü burada bırakarak “Devletin hakimiyet tasarrufları sırasında zarar doğuran fiillerden ötürü mesuliyetinin hududu nazariyatta hali münakaşada” olduğunu ifade ve “tefsirlerde kanun vazılarının gerçek maksadı aranmakla iktifa edilmesi karşısında olayın ilmî cephesi üzerinde durulmakla tahassül edecek neticenin daha ziyade bir tesis hükmüne medar olabileceği nazardan uzak tutulmamış bu itibarla müzakerede sadece sırf vazı kanunun maksadı araştırılmakla iktifa edilmiş” bulunulduğunu beyan ediyor.

Bundan sonra rapor idarenin hukuki mesuliyeti konusunda hangi unsurların aranması lâzım olduğu sualine verilecek cevabın aynı zamanda vazifeli merciin tayinini de hal etmiş olacağını bildirerek meselenin içine giriyor. Bu noktada rapor “idarî bir fiilden hukuku muhtel olan üçüncü şahısların ödeme kabiliyeti geniş olan devletin mesuliyetini isbata çalışmaları Adalet ve mantık kaidelerine uygun psikolojik bir haldir” dedikten sonra “bizatihi hizmetin kusurlu olup olmaması tazmin için kâfi bir kıstas teşkil etmez.” esasını koymakta bunu müteakip “esasen hiç bir hizmet zatında kusurlu olmaz.” şeklinde pek iyi anlaşılamayan bir fikir ileri sürmekte ve “burada kusur tazmin müessesesinin bünyesi içerisinde aranacaktır ki bu kabil anasını borçlar kanunumuz kendi çerçevesinde mütalâa etmiştir” demektedir.

Öyle sanıyoruz ki rapor bu son cümlesinde ifade eylediği fikirle hataya düşmüştür, eğer bu cümle Borçlar Kanunu haricinde kusur mefhumu yoktur, demek istiyorsa. Zira Borçlar Kanunu fertler arasındaki münasebetleri tanzim eden bir kanundur ve bu kanunun çerçevelediği kusur fertler arasındaki münasebetlerde nazara alınması gereken kusurdur.

Rapor bu esaslı noktada bir kere hatalı yola girdikten sonra artık kendini toparlamak imkânını bulamamakta ve “ihtilâfın hallinde galip vasıf bu olunca adlî mahkemelerin vazifelerini geniş bir surette kabul etmek icap edeceği” neticesine varmaktadır. Bundan sonra rapor şöyle devam etmektedir: “meselenin ruhunu da Borçlar Kanunundaki ruhun içerisinde, idarî fiilin dar veya geniş surette mütalâa edilip edilmemesi teşkil eder. Tazmin müessesesi muvacehesinde eğer idarî fiili geniş mânada ele alırsak münhasıran müstahdemlerin mesuliyeti dahi idarî mercilerce tayin edilecek, aksinin mütalâası halinde adlî mahkemelerin vazifeleri kabul edilecektir.”

Kanaatimizce İçişleri Komisyonu burada da hataya düşmüştür. İdare hukukunun koyduğu hizmet kusuru - şahsi kusur esaslarına iltifat etmediği

için komisyon idarî fiilin dar veya geniş surette mütalâa edilmesinden, müstahdemlerin mesuliyetinden bahis açmak zorunda kalmıştır. Burada yapılacak iş idarî fiilin ne olduğunu tayin etmekten ibaretti. 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A bendinin tefsirini isteyen sayın mebus bu noktadaki görüş farklarının bir tefsir ile meydana gelecek aydınlık sayesinde ortadan kalkmış olacağını düşünmüş olsa gerekir.

Hiç bir esas koyamamış olan, yukarıya tırnak içinde naklettiğimiz ifadelere dayanan mazbata şu neticeye varmaktadır: “Devlet Şûrası kanununun 23 üncü maddesinin A bendindeki idarî fiillerin dar mânaya alınmasını kanun vazının kabul etmiş olduğu neticesine varılmış ve bu itibarla idarî muamelelerden dolayı hukuku muhtel olan üçüncü şahısların açacakları davalarda vazifeli mahkemelerin daha ziyade adlî mahkemeler bulunması muhik görülmekle tefsirin bu yolda vaz’ına karar verilmiştir.”

Doğrusunu söylemek lâzım gelirse bu karar hiç bir ilmî esasa istinad etmediği gibi mevzuatımıza da aykırı bir neticeye varmakta ve 23 üncü maddenin A bendinin de dışına çıkmaktadır. Şöyle ki: mezkûr A bendinde “muamele” kelimesi mevcut değildir; bu bentte “idarî fiil ve kararlar” bahis mevzuudur. Bu idarî fiil ve kararları takyit eder gibi görünen ifade “rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki” ibaresidir. Komisyon ne bu noktaya temas etmiş ne bu ifadenin kanuna hangi sebeplerle girmiş olduğunu araştırmaya lüzum görmüştür; bundan başka asıl üzerinde Uyuşmazlık Mahkemesinin müstakir bir görüş tesis edemediği idarî fiil üzerinde durulmamış, kanun metninde bulunmayan bir “idarî muamele” den bahsedilmek suretiyle tamamen tefsir mevzuu dışına çıkmıştır.

*
**

Muhalefet şerhi Devlet Şûrasının kaza sahasındaki vazifesinin Teşkilâtı Esasiye Kanununun 51 inci maddesindeki (idarî davalara bakmak) ibaresiyle ifade edildiğini müşahede ile işe başlamakta ve bu suretle muhalefet şerhinin mevzuata ve bu mevzuata hakim olan prensiplere istinad edeceğini haber vermektedir. Bunu müteakip muhalefet şerhi çok esaslı bir noktaya temas etmekte, “Âmme kanunlarından mütevellit ihtilâfların halli bizde kabul edilen idarî sisteme göre idarî kazaya aittir ve bu kaide umumidir” diyerek dayandığı Teşkilâtı Esasiye kanununun 51 inci maddesindeki manayı bütün vuzuhu ile meydana koymakta ve bunun umumî bir kaide olduğunu tebarüz ettirmektedir.

Bundan sonra muhalefet şerhi şöyle devam ediyor: “Devlet Şûrası kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrasındaki (rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler) kaydından maksat amme kanunlarının istisnaen adlî kazaya ait bıraktığı işlerdir.”

Alt tarafına geçmeden muhalefet şerhinin bu noktada yanıldığına, bu

yanılmanın da adı geçen ibarenin kaynağını araştırmamaktan doğduğuna işaret etmek yerinde olacaktır. Mevzuatımızın tekâmül seyri incelenirse görülür ki 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesi 669 numaralı Şûrayı Devlet kanununun 19 uncu maddesinin yerini tutmaktadır. Bu 19 uncu maddenin A fıkrası şöyle yazılmıştır: rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkındaki idarî muamelât ve mukarrarattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar. Şûrayı Devlet kanununun hazırlık çalışmalarını gözden geçirince hükûmet tasarısında ve Dahiliye Encümeninin tadilinde mevcut olmayan bu ibarenin Adliye Encümeni tarafından eklendiğini müşahede ediyoruz. Bu eklemenin sebebini Adliye Encümeni 19 sayılı mazbatasında şöyle ifade ediyor: “21 nci maddenin A fıkrası, mehakimi nizamiyeye ait mesaili Şûrayı Devlet vezaifinden hariç bırakacak sarahatı şamil görülememesi hasebiyle tadilen tesbit edilmiş ve”. Buradaki madde numarası Encümenlerde tedkik esnasında vuku bulan değişiklikler dolayısıyla mazbataya 21 olarak geçmiştir. Hükûmet tasarısında maddenin numarası 19 idi; Adliye Encümeni de Dahiliye Encümeninin 21 yaptığı numarayı tekrar 19 olarak tesbit eylemiştir.

Adliye Encümeninin mazbatasında kullanılan “mehakimi nizamiyeye ait mesaili Şûrayı Devlet vezaifinden hariç bırakacak sarahatı şamil görülmemesi hasebiyle tadilen tesbit edilmiş” ibaresi dikkati çekecek ehemmiyettedir. Bu ifade yeni bir hüküm tesis edilmek maksadının tadili icap ettirdiğinden bahsetmemekte, eski durumu muhafaza için hükme sarahat vermek üzere ibarenin eklendiğini bildirmektedir. Binaenaleyh muhalefet şerhinin A fıkrasındaki (rüyeti adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler) kaydından maksadın ne olduğuna müteallik izahı hazırlık çalışmalarının bu açıklığı karşısında hatalı ve tedkiksiz bir yakıştırma olarak telâkki edilmek lâzım gelir. Bu noktai nazarı teyit için bu hususta Büyük Millet Meclisi umumi heyetinde cereyan eden müzakereleri de hatırlatmak mümkündür.

İkinci intihap devresi üçüncü içtima senesi altıncı içtimaina ait 11/Teşrinisani/1341 tarihli zabıt ceridesinin 109 uncu sahifesinde Münir bey (İzmir) 19 uncu maddeden bahsederken şöyle diyor:

Şûrayı Devlet zaten mehakimi adliyenin vazifesi haricinde olan işlere bakacağı için buradaki “rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkındaki” kaydını zait görürüm. Münir bey (Çorum) Adliye Encümeni namına konuşarak buna şöyle mukabelede bulunuyor: “Encümen namına bendeniz ipkası taraftarıyım. Vuzuh ve sarahat bahşolur.” Bunun üzerine reis: Dahiliye Encümeni teklifinde ısrar ediyormu? سوالini soruyor. Münir bey (İzmir) “musır değiliz efendim”, cevabını veriyor. Reis o halde maddeyi Adliye Encümeninin tesbit etmiş olduğu şekilde reyinize arz ediyorum, diyor ve netice olarak maddenin kabul edildiğini beyan eyliyor.

Şu izahat gösteriyor ki fıkraya adı geçen ibarenin girmesi sadece sarahat ve vuzuh temin etmek maksad ve gayesine müstenittir. Bu maksat ve gayenin dışında ibareyi manalandırmak İçişleri Komisyonu raporunda ifade edilen "kanun vazınının kabul etmiş olduğu netice" nin dışına çıkmak olur.

Şimdi muhalefet şerhinin incelenmesine devam edelim: "hizmet kusuru atfiyle açılan tazminat davalarındaki ihtilâfın en büyük sebebi idare hukukuna has ve gayri şahsi olan hizmet kusuru terimiyle hususi hukuka mahsus ve tamamen şahsi olan haksız fiil teriminin anlayışından ileri gelmektedir."

Bu ibare ile muhalefet şerhi meselenin can alacak noktasına parmağını basmaktadır. Kanaatimizce tatbikattaki hemen bütün vazife ihtilâfları idare hukukunun işleye işleye artık klâsik hale getirdiği bu şahsi kusur ve hizmet kusuru mefhumlarına lâayık oldukları derecede ehemmiyet verilmemesinden ileri gelmektedir.

İstanbul Hukuk Fakültesinin büyük hocalarından müteveffa Adreas B. Schwarz "Borçlar hukuku dersleri" unvanlı kitabının önsöz kısmında şöyle diyor: "Hukukta en pratik şey teoridir." maruf İsviçreli hukukçu Fritz Fleiner'in bu sözüne tam bir kanaatle iştirâk ederim. Filhakika salim bir tatbikat için yetişmede, hukuk mefhumları ve hukuk prensipleri hususunda vazih bir nazari anlayışa ulaşmak aslî mukaddem bir şarttır (1).

Kendimi de aralarında sayarak biz hukuk müntesiplerinin düştüğümüz hantların başkaynağı bu noktadaki zaafımızdır.

Muhalefet şerhi şöyle devam ediyor:

"İdare ile ajanları arasında mukavelevi bir vaziyet teemmül edilemez, çünkü statüye tabidirler. Müstahdemler arasında her hangi bir mukavelelenin mevcudiyeti farz ve kabul edildiği takdirde de bu mukavele nihayet idarî bir mukavele olabilir."

Muhalefet şerhinin bu ifadesi ile üzerinde durduğu keyfiyet idare hukuku bakımından hakikatın ta kendisidir, ve her hangi bir izaha ihtiyaç hissettirmeyecek açıklıktadır. Bu esas bir defa koyduktan sonra muhalefet şerhi bundan neticeyi çıkarmakta geçikmiyor ve şöyle devam ediyor: "Şu halde hususi hukuk eşhası gibi aralarında istihdam eden ve edilen münasebeti cereyan edemez. Diğer taraftan idarenin istihdam eden sıfatıyla ne gibi hallerde takip edilebileceği kanunen tasrih edilen ahvale münhasır olmak lâzım gelir."

Burada da muhalefet şerhi pek nazik bir noktaya temas etmektedir. İdarenin emrinde çalışanlar ya statüye yahut mukaveleye tabidir; Mukaveleye tabi olanların idareye irtibatı idarî mukavele neticesi olacağına göre

(1) İstanbul Hukuk Fakültesi yayınları No. 75 Cilt: I.

idare ile çalıştırdığı kimseler arasında hususi hukuk esaslarına dayanan hukuki bir münasebet tasavvur edilemeyeceği kendiliğinden meydana çıkar. Muhalefet şerhi açık söylememekle beraber bu kısmın ikinci cümlesiyle memurların şahsi kusurlarından dolayı idarenin mesul olmayacağı esastan hareket etmekte ve memurların şahsi kusurlarından husule gelen zararlardan idarenin prensip itibariyle mesul tutulamıyacağını tebarüz ettirmek için bu nevi mesuliyetin ancak kanunen tasrih edilen ahvale münhasır olması lâzım geleceğini beyan eylemektedir ki memleketimiz hukukcularının ekseriyeti bu görüştedir (2).

Meseleyi bu noktaya getirdikten sonra muhalefet şerhi şöyle devam etmektedir: "hizmet kusurundan dolayı idarenin mesuliyetini tayin edebilmek ise şahısların fiil ve hareketlerinden ziyade bu fiillerin idareye atıf ve isnadının mümkün olup olmayacağını ve hizmetin tertip, tanzim ve işleyişinde bir aksaklık bulunup bulunmadığını ve fiilin şahsi bir kusur teşkil edip etmediğini tesbite mütevakıftır ki, bunun takdir ve tesbiti ise ancak idarî kazanın ihtisasına dahil hususlardandır."

Bu kısımda muhalefet şerhine tamamen iştirâk edemiyoruz; çünkü tatbikatta davalar biraz farklı bir hüviyetle ortaya çıkmaktadır. Hadiseyi bütün açıklığıyla ortaya koymak lâzım gelirse meseleyi şu tarzda vazetmek icap eder. Adliye mahkemesi huzurunda dava şahsi kusura istinad edilmek suretiyle açılıyor. Biz İstanbul Hukuk Fakültesi idare hukuku Profesörü Ragıp Sarıca ile birlikte kabul ediyoruz ki Adliye mahkemesinin şahsi kusurun mevcut olup olmadığını tedkik etmesine mani mevzuatımızda bir hüküm yoktur; Adliye hakimi böyle bir davayı rüyet edebilir, rüyetle mükelleftir. Ancak dava bu noktada kalmıyor, davacı idareyi de Borçlar Kanununun 55 inci maddesine göre istihdam eden sıfatıyla davalı olarak gösteriyor. İşte tatbikattaki istikrarsızlığın kaynağı bu hadisedir. Adliye mahkemeleri muhalefet şerhinin bahsettiği statüyü ve idarî mukavele mefhumunu hiç nazara almadan ve yine muhalefet şerhinde denildiği veçhile idarenin istihdam eden sıfatıyla takip edileceğine dair kanunlarda bir sarahat mevcut olup olmadığına bakmadan idarenin mutlak surette istihdam eden sıfatıyla adı geçen 55 inci maddeye göre takibi mümkün olduğu kanaatiyle hareket ediyorlar.

İdarenin bazen kefil bazen istihdam eden sıfatıyla hususî hukuk hükümlerine göre mesuliyet deruhte ettiği sarıh olarak mevzuatta beyan edilmiş haller haricinde idare aleyhine 55 inci maddeye istinaden açılan davaları adliye mahkemeleri red edip münhasıran şahsi kusura müstenit ve şahıs

(2) Son zamanlarda Uyuşmazlık Mahkemesinin bazı kararları adliye memurlarının irtikap ettikleri zimmet suçlarında bir de idarî kusur görmeğe başlamış, bu sebeple idare aleyhine açılan tazminat davalarına Devlet Şûrasının bakacağına yüksek mahkeme ittifakla karar vermiştir.

aleyhine açılmış dava olarak hadiseyi tedkik ve tahkik etseler derhal bu nevi davaları adliye mahkemelerinde açmaktan alâkalılar sarfı nazar edeceklerdir. İşte bu takdirde Komisyon raporunda denildiği veçhile alâkalılar idare aleyhine dava açmakta menfaat görürler.

Adliye mahkemeleri bu yola gitmeyince idare, fiilin vasfı, mahiyeti üzerinde durmak, idarî fiil olduğunu iddia ederek davanın rüyeti adliyenin vazifesi dışında olduğundan bahsile vazife itirazında bulunmak ve bu itirazın reddi halinde 4788 sayılı kanunun sekizinci maddesi hükmüne tevfikan Uyuşmazlık ihdası talebinde bulunmak mecburiyetinde kalıyor.

Bundan sonra muhalefet şerhi ekseriyet kararının tenkidine girişiyor ve şöyle diyor: "Diğer taraftan Uyuşmazlık Mahkemesinin bahsedilen içtihadlarındaki istikrarsızlık idarî fiillerden mütevellit bütün ihtilâfların adliyede rüyet edileceği şeklinde olmayıp sadece hizmet esnasında resmî nakil vasıtaları kullanan şoförlerin fiil ve hareketlerinin hizmetle alâkası bulunmadığı ve bu halde idarenin mesulün bilmal sıfatiyle ve Borçlar Kanununa göre muhakemesi lâzım geleceği merkezinde bulunduğu halde kararda keyfiyet tamim edilerek bütün idarî fiillerin kontrolünü adliye mahkemesine bırakmaktadır ki bunun gerek nazari ve gerek mevzu hukuku zedeleyeceğinde şüphe yoktur."

Muhalefet şerhinin bu mütalâasına tamamen iştirak etmekle beraber yukarıda işaret eylediğimiz gibi kararın fiil yerine muamele kelimesini kullanmak suretiyle büsbütün mevzu dışına çıkmış olduğunu da düşünüyoruz. Diğer taraftan Uyuşmazlık Mahkemesinde Adliyeciler hakimlerin ekseriyette bulunması hasebiyle şoförler hakkındaki düşünce deniz ve hava vasıtalarının fiillerini haksız fiil telâkki etmek yoluna girmiştir.



Şimdi Adalet Komisyonunun raporunu inceleyelim: 16 zat tarafından imzalanan bu rapor iştirak edenlerin ittifakiyle kaleme alınmıştır. Rapor tefsir talebinin saikinin trafik kazalarından mütevellit davaların rüyeti ile vazifeli kaza merciinin tayini ile alâkalı Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadında meşhut olan istikrarsızlığın izalesi olduğu ve vakıaların hukuk kaidesine tatbikinden doğan ihtilâfa müteallik bulunduğu anlaşıldığını tesbit eylemekle işe başlamakta ve neticede idarenin istihdam ettiği kimselerin dikkatsizlik, tedbirsizlik vesaire gibi sebeplerle başkalarına zarar iras eden fiillerinin şahsi kusurla müterafik olmak itibariyle maddedeki idarî fiil tabirine dahil olup olmadığının ve diğer bir ifade ile "A" fıkrasının bu gibi fiillere şamil bulunup bulunmadığının tefsir yolu ile halli istenilmektedir, diyerek mevzuu hülâsa eylemektedir.

Adalet Komisyonu Uyuşmazlık Mahkemesinin yukarıda sınırlandırılmış olan konuya müteallik kararlarındaki (komisyon burada içtihad kelimesini

kullanmış ise de biz ileride izah edeceğimiz sebeplere binaen içtihad kelimesini karar kelimesiyle değiştiriyoruz) istikrarsızlığın bünyesinin teşekkül tarzına göre zaman zaman ekseriyetin şu veya bu kaza mensuplarına intikal etmesinde aramak fikrine iltifat etmiyor; bunu zahiri bir sebep olarak telâkki ediyor; istikrarsızlığı hukuki esasların anlayış ve görüşündeki farkta buluyor. Bu hususta Adalet Komisyonu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının takip ettiği mütekâmil seyirden çıkan neticeyi ileri sürmekte “ve filhal iki kaza zümresi arasındaki noktai nazar ihtilâfının trafik kazalarına münhasır kaldığı bununla kazaya sebebiyet veren şoförün şahsi kusurundan dolayı Adliye Mahkemesinde takibi hususunda değil sadece adli takibata düşen olan şoförle birlikte idarenin de mesulü bilmal sıfatı ile ve Borçlar kanununa tevfikan Adalet Mahkemelerine sevki mümkün olup olmayacağı noktasında temerküz ettiği yapılan tedkikattan ve Devlet Şûrası mümessilinin bu bapta komisyonda verdiği izahattan müsteban olmaktadır” demektedir.

Buraya kadar olan kısmın tamamen vakıalara uygun olduğunu iddia edemeyiz. Adalet Komisyonu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının iftihara lâyık bir tekâmül seyri takip ettiğini müşahede etmekte şüphesiz büyük bir isabet göstermiştir; Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında iki kaza zümresine mensup hakimlerin görüşlerinde devamlı bir yaklaşıma olduğu da muhakkaktır. Bununla beraber idareyi hususi hukuk hükümlerine göre (Borçlar Kanunu 55 inci madde) adliye mahkemelerine davalı olarak götürmekten doğan ihtilâfın sebebi daha derin bir anlayış farkından ileri geliyor.

Bu noktaya işaret ettikten sonra komisyon raporunu takibe devam edelim. Adalet Komisyonuna göre bu esasları üç noktada toplamak mümkündür:

«A — Hizmet kusuru haksız fiil ile müteradif bir hukuk merhumudur, değilse dahil olduğu hukuk manzumesine göre mana ve medlûlü nedir?

B — İdare ile memur ve ajanı arasındaki münasebet medeni kanunun istihdam eden ile istihdam edilen arasındaki münasebatı tanzim eden hükümlerine tabi olabilir mi?

C — Amme kudretinin mukavele haricindeki malî mesuliyetinin hudut ve şumulü nedir?

Bu esasların birer birer ve kısaca tahliline geçmeden evvel Teşkilâtı Esasiye kanunu ile kabul edilmiş olan idarî sistemin mahiyeti ve idarî, adlî kazanın tefriki sebepleri üzerinde yine kısaca tevakkuf etmek konunun tenevvürü noktasından faydalı görülmüştür.

İdarî sistem, idarî ve adlî kaza sahalarının tefriki esasına müstenittir. Bu tefrikin başta gelen sebeplerinden birisi de mevzularını teşkil eden hukuki ihtilâfların bünyelerindeki ayrılıktır; irade muhteriyetine dayanan medeni tasarrufun muhtevası iki müsavi menfaatin karşılaşmasından ibaret olduğu halde tek taraflı olan ve selâhiyet esasına dayanan idarî tasarruf,

âmme menfaatleriyle yani üstün bir menfaat ile hususi bir menfaatin çarpışmasını ifade eder.

Adliye hakimi, kendisine arzedilen ihtilâfı sadece hukuk bakımından hal ederek vereceği kararın tarafların hayatı üzerindeki tesirini nazara almak mecburiyetinde olmadığı halde idarî hakim vereceği hükmün amme hizmetinin cereyanı üzerindeki inikâsını göz önünde bulundurmamak ve amme hizmetinin, hizmet kaide ve icaplarına uygun olarak yürütmesine engel olmamasını düşünmek mecburiyetindedir. Bunun içindir ki Devlet Şûrasının hukuki bilgi ile beraber teknik bilgi ve tecrübeye de sahip uzmanlardan müteşekkil olmasını Devlet Şûrası kanunu şart kılmıştır. Buna nazaran her iki otoritenin ayrılmasında yalnız vazifede istiklâl ve muhtariyetin temini değil ihtisasın da büyük rolü bulunduğu aşikâr olduğundan vazife tefrikindeki ehemmiyet ve incelik kendiliğinden tezahür eder.»

Adalet Komisyonu bu girişten sonra bahis konusu yaptığı esaslara geçiyor ve ilk önce hizmet kusuru üzerinde duruyor ve şöyle diyor: «hizmet kusuru idare hukukunun, haksız fiil ise hususi hukukun yarattığı birer müessesedir. Hizmet kusuru bir şahsın fiilinde değil hizmetin tertip, tanzim, teşkil ve işleyişinde aranacağı ve şahsa izafe edilemeyeceği cihetle bunun tamamen aksine olan ve şahsın fiilinde aranması lâzım gelen haksız fiil tabiri ile müteradif sayılması mümkün olamaz. Birisi şahsi diğeri gayri şahsidir. Hizmetin fena işlediğini tesbit eden idarî mahkeme ajanın kusurunu tesbitle meşgul olmaz. Kusurun hizmete izafesine imkân görmediği veya dava ajana şahsi kusur isnadı ile şahıs aleyhine açıldığı takdirde bunu vazife noktasından red eder ki Devlet Şûrası içtihadı da bu merkezde ve müstakir bir haldedir. Memurların şahısları aleyhine açılan davalarda idarenin hariçten vazife ihtilâfı ihdasının bile kabul edilmediği Uyuşmazlık mahkemesinin kararlarından anlaşılmaktadır. İsnat edilen kusurun şahsa değil hizmete izafe edilmesi lâzım geldiği, yani bu kusurun zihnen ve maddeten vazifeden ayrı olarak düşünülmesi mümkün olmadığı hallerde de idarenin tabîî hakimi olan idarî kazaya sevki gerekir. Aksi hal idarî sistem prensipine aykırı olacağından tecvize şayan görülemez. Bu cihet Uyuşmazlık mahkemesi kanununun mucip sebebinin teşkil eden Adliye Encümeni mazbatasında «idarenin hususi hukuk muamelesi dışında kalan ve icra vazifesinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri idarî kazadır. Umumi mahkemelerin salâhiyeti hususi hukuk sahasındaki işlemlerle sınırlanmıştır» şeklinde ifade edilmektedir. Meselâ: bir belediye otobüsünün seyrüsefere vaz'ı, bir itfaiye arabasının vazifeye sevki veya bir polis ve askerî hizmet arabasının vazife ifası maksadı ile harekete geçirilmesi en az bir hedin kararının icrası gibi idarî bir karar ve muamelenin maddî tezahüründen başka bir şey olmayan idarî bir fiildir, elverir ki bu kaza hizmetin seyri esnasında vuku bulmuş olsun.

Raporun üçe ayırdığı esaslardan birincisi burada sona eriyor. Bu konu-

da söylenebilecek olanların hemen hepsine işaret ve tatbikata gereği gibi nüfuz edilmiş olduğu anlaşılmalı beraber kanaatimizce hizmet kusuru mefhumunun tatbikattaki sakatlıkları gösterecek şekilde daha geniş bir tasvire ve misallerle takviyeye ihtiyacı vardır. Bu güne kadar devam eden karışıklığa sebep olan bu nokta hakkında şu ciheti belirtmek yerinde olur sanıyorum. İdare, bilindiği üzere, bir hükmi şahsiyettir. İdare şöyle hareket etti, idare bunu yaptı, dediğimiz zaman, raporun da temas ettiği veçhile bu hareketlerin idare organları tarafından icra edildiğini düşünürüz; bunun dışında bir hareket tasavvur edilemez. Ancak şahsi kusurdan da bahsettiğimiz zaman yine şahsi kusur dediğimiz hareketler aynı kimselerden sadır oluyor. Tatbikattaki karışıklık da bundan doğuyor. Amme idaresinde vazife gören kimseden sadır olan fiil bazen hizmet kusuru, bazen de şahsi kusur sayılacaktır. Ne zaman hizmet kusuru, ne zaman şahsi kusur sayılacaktır? yani hizmet kusuru ve şahsi kusur mefhumlarını ayıran vasıflar, kıstaslar nelerdir? Bu düğümü çözebilir, bu ölçüleri elde edebilirsek önümüze gelen hadisenin hizmet kusuru veya şahsi kusur teşkil ettiğini teşhiste hata etmeden fiilin mahiyetini söyleyebiliriz. Bu vasıfların ve kıstasların ne olduklarını araştırmaya başlamadan tatbikatta bir çok hukuk müntesiplerinin zihninde yerleşmiş ve hadiseleri ilmî bir surette incelemek için izalesi zaruri olan bir hataya işaret etmek icap eder. Bu hatalı görüşe sahip olanlar idarenin şahsi kusur işleyebileceği zannındadırlar. Halbuki hizmet kusuru gibi şahsi kusur da ilmî bir terim olup bu kelime ile münhasıran âmme hizmeti teşkilâtında çalışan umumî bir tabir ve Fransızca adı ile ajan dediğimiz kimsenin kendi fiili ile zarara soktuğu kimseye karşı doğrudan doğruya yani idare ilgilendirilmeksizin tazmin borcu altına girmesini mucip olan fiili, medeni hukuk tabiriyle haksız fiil ifade ediyoruz. Binaenaleyh bu kelimenin telâffuz edildiği hallerde idarenin kusuru diğer tabirle hizmet kusuru bahis mevzuu olamaz. Bunun aksi de doğrudur, yani hizmet kusurunun bahis konusu olduğu hadiselerde de şahsi kusur mefhumu mevcut değildir. Bu iki kusurun birlikte mevcut oldukları hallere de tatbikatta tesadüf edildiği vardır; fakat bu gibi hallerde her mesuliyet çerçevesi içinde bulunduğu hukuk kolunun koyduğu kaidelere göre ve bu kaideleri tatbik ile vazifeli mahkemeler marifetiyle tahkik olunur ve hükme bağlanır.

Şimdi bu fiillerin vasıflarını ve kıstaslarını araştıralım. Fiiller maddî birer hadise olmak itibariyle birbirinden farklı olsalar bile bu farklar, hiç şüphesiz, maddî mahiyette olurlar. Bizi burada meşgul eden onların maddî durumları değil hukuki bünyeleri, mahiyetleridir. O halde biz bu vasıfları, kıstasları, ölçüleri hukuk ilminin gösterdiği yollardan yürüyerek araştırmak zorundayız. Rapor bu hususta bize bir miktar bilgi vermektedir; rapordaki şu cümle bu bakımdan dikkati çekmektedir: "isnad edilen kusurun şahsa değil hizmete izafe edilmesi lâzım geldiği yani bu kusurun zihnen ve maddeten vazifeden ayrı olarak düşünülmesi mümkün olmadığı hallerde de ida-

renin tabii hakimi olan idarî kazaya sevki gerekir." Bu cümlede rapor hizmet kusurunun bir vasfını beyan ediyor: "kusurun zihnen ve maddeten vazifeden ayrılamaması." Dünyada idarî kazayı en çok geliştirmiş olan memleket, bilindiği gibi, Fransadır. Bu vasıflar ve kıstaslar üzerinde en çok düşünmüş, çalışmış, bunları hukuk ilminde müesseleştirmiş olanlar da hiç şüphesiz Fransız âlimleri, hukukşinasları ve Fransız Devlet Şûrasıdır. Raporda gördüğümüz bu vasfın, bu ölçünün sahibi de ünlü Fransız idare hukuku Profesörü Hauriou'dur. Fransız Devlet Şûrası Hauriou'nun tasavvur ettiği bir formülden ilham alarak bu kıstası kabul eylemiştir. Profesör Marcel waline idare hukuku kitabının altıncı tab'ında dikkate değer kazai misaller vermektedir (S: 357-358): Bir öğretmen sert bir hareketle elindeki kalem sapını ders esnasında bir öğrencinin göz kapağına batırmıştır. Bu fiil hizmet kusuru sayılmıştır. Diğer bir misal de askerî otomobili kullanan kimsenin büyük bir süratle dar bir yolda yolun sağını takip etmeksizin seyir ve hareketinin hizmet kusuru telâkki edilmesi hadisesinde görülmüştür. Bunlara benzer daha bir çok misaller verilmekte ise de bahsi uzatmamak ve raporun ifade etmek istediği fikri izah için yalnız bunları zikrettik (3). Memleketimizde gerek bu meselelerin nazariyatıyla meşgul olanların doyurucu mütalâalarına ve gerek mevzuatımızın açık hükümlerine rağmen hizmet kusuru ile şahsi kusuru en yüksek kaza mercilerinin bile henüz ayıramadıkları müşahede olunmaktadır (4). Adalet Komisyonu bu noktada 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kanununun hazırlık çalışmaları arasında ehemmiyetli bir mevki tutan Adliye Encümeni mazbatası ile istişhad etmektedir ki Büyük Millet Meclisi Komisyonları çalışmalarının birbirini takip eden bir silsile halinde cereyan ettiğini gösteren bundan daha güzel örneğe rastlamak belki de mümkün olmaz. O mazbatada tenkidi çeken mühim noktalardan biri, kanaatimizce, Teşkilâtı Esasiye kanununun 53 üncü maddesindeki "Mahkeme" kelimesinin önüne bigayri hakkın "genel" sıfatını getirmiş olması ve böylece zihinlerde Devlet Şûrasının özel bir kaza teşkilâtı olduğu gibi bir şüphe ve tereddüt hasıl etmesidir.

Bundan sonra büyük bir vuzuh ile tahlillerine deva meden Adalet Komisyonu raporu tedkikini derpiş ettiği Devlet ile memur ve ajanı arasındaki münasebetlerin hukuki mahiyetini araştırmakta, bu münasebetin alelade bir patron - müstahdem münasebeti olmadığını ve bu münasebetin âmme kanunları ile tanzim edilmesi lâzım geldiğini ve Devletin bu münasebetten

(3) Bu hususta fazla malûmat için Lille Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı müteveffa Paul Duez tarafından yazılıp Devlet Şûrası Âzası İbrahim Senil tarafından (Mukavele dışında Âmme Kudretinin mesuliyeti) unvaniyle dilimize çevrilen esere müracaat edilebilir (Sahife: 15 — 24).

4) "Temyiz Mahkemesinin 8/1/1947 tarihli ve 10/1 sayılı içtihadı birleştirme kararının tahlili" unvanlı Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisindeki (Yıl 1953, Cilt: VIII, sayı 1-4) tenkidi etüdümüze müracaat.

dolayı medeni kanun hükümlerine tabi olamayacağını, bilhassa Türk mevzu hukukuna göre bu hususta tereddüde yer bulunmadığını tebarüz ettirmekte ve şöyle devam etmektedir: “memur medeni kanunun mevzuuna giren müstahdemlerden değildir; manevi bir varlık olan Devlet namına düşünen, karar veren ve bunu icraya koyan bir organdır. Devletle münasebeti iki taraflı bir akde değil tek taraflı bir statüye bağlıdır. Hususî şahıslar arasındaki münasebetleri tanzim eden nihayet Devletin bir fert gibi hususi hukuk sahasında yaptığı akitlere sari bulunan medeni kanun hükümlerini âmme hizmeti sahasına taşımak bizzat bu kanunun âmme hukuku hükümlerinin mahfuziyeti hakkındaki kaidesine açık bir mugayeret teşkil eder.

İdarenin âmme hizmetini ifa maksadiyle gerek tesis eylediği tasarrufların, ve gerek icra ettiği fiillerin medeni kanuna tabiiyetini kabul etmek memleketimizde carî idarî sistemin maksat ve ruhu ile telifi gayri mümkün bir sonuç tevlidine yol açmak demek olur. İdarî faaliyet ve tasarrufların tabi olduğu kaza merciini tayinde idarî fiil ile idarî muamele arasında hiç bir fark düşünülemez.”

Adalet Komisyonu raporunun bu ifadesindeki açıklık ve katiyet görüş ayrılıklarını kökünden söküp atacak müstesna bir değer taşımaktadır; bunun üzerinde durmağa ihtiyaç yoktur.

Rapor bundan sonra 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A fıkrasındaki “rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idarî fiil ve kararlardan dolayı” ibaresini ele almakta ve bunun “umumî istimplâk kararnamesinde, Millî Müdafaa mükellefiyeti kanununda olduğu gibi idarî bir fiil ve muamele olmasına rağmen tedkiki Adalet mahkemelerine bırakılmış olan hususata müdahale edilmemesini temine matuf” olduğunu beyan eylemektedir.

Adalet Komisyonunun bu düşüncesinin yanlışlığını yukarıda İçişleri Komisyonu raporu ile bu rapora müteallik muhalefet şerhini incelerken göstermiştik. 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kanunu haline gelen tasarı hakkında yazdığı mazbatayı hatırlayan ve onunla pek haklı olarak ihticac etmesini bilen komisyonun bu nokta hakkında 669 sayılı kanun haline gelen tasarı hakkında yazdığı mazbatada, hangi sebeple bu ilâveyi yaptığına dair Adliye Encümeninin verdiği izahatı gözden kaçırmış olması düşünülemez; bu görmezlikten gelmenin sebebi idarî kazanın vazifesine dahil bazı davaların rüyetinin adlî kazaya verilmesine müteallik kanunların Teşkilâtı Esasiye kanununun 51 ve 103 üncü maddeleri karşısındaki nazik durumuna temas etmemek arzusu olsa gerektir. (5).

(5) “Teşkilâtı Esasiye kanununa aykırı kanun karşısında mahkemenin durumu” unvanlı etüdümüze müracaat: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 1-4, Sahife 212-226.

Bundan sonra Adalet Komisyonu raporu, açıkca ifade edilmemekle beraber, 4788 sayılı Uyuşmazlık mahkemesi hakkındaki kanun haline gelen tasarıya dair Adalet Komisyonu raporunu tenkit eder bir tavır takınmakta, adlî ve idarî kazanın kendi sahalarında birer umumî mahkeme mahiyeti taşıdığını, bu iki kaza mercii arasında yekdiğerine karşı bir umumiyet ve hususiyet izafesine müsait bir durum mevcut olmadığını beyan ve böylece 4788 sayılı kanunun birinci maddesinde mevcut "genel mahkemeler" ibaresindeki idarî kazaya hususilik izafe eder gibi görünen "genel" tabirinin yerinde kullanılmadığına işaret eylemektedir.

Bu kısmı da burada bırakan rapor mevzuunun üçüncü ve ehemmiyeti itibariyle diğer kısımların gayesi gibi görünen âmme kudretinin mukavele haricindeki malî mesuliyetinin hudut ve şumulü bahsini ele almaktadır. Komisyon Devletin malî mesuliyeti sahasının her gün biraz daha genişliyen çetin bir idare hukuku problemi teşkil ettiğini beyan eyledikten sonra bu mesuliyetin hudud ve şumulünün idare hukukunda her hangi bir metinle takyit ve tahdit edilmediğini müşahede ile işe başlamaktadır. Bu noktada Komisyon modern idare hukukunda tebellür etmeğe başlayan ve Fransız Devlet Şûrası kararlarında yer almış olan kanaate göre âmme kudretinin bu mesuliyetinin teşrii ve kazai tasarruflardan doğan zararlara kadar teşmile temayül edildiğini açıklamakta ve tazminata hüküm verilmesi için mutlaka hizmetin kusurlu işlemiş olması şartı da aranmadığını tebarüz ettirmektedir. Haksız mal iktisabı, risk ve umumî menfaat namına katlanılan hususî zararların tazmini keyfiyetini komisyon bu hususta misal olarak zikretmektedir.

Bu tatminedici izahata ilâve edilecek bir şey kalıyorsa o da 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A fıkrasının kusur kaydını ihtiva etmediği binaenaleyh Türk idare hukukunda da kusursuz mesuliyet bahis konusu olduğu keyfiyetidir. (6)

Bundan sonra Komisyon hizmetin kusurlu işleyip işlemediğini tayin ve tevlit ettiği zararları takdir hususunun idarî kazaya aidiyetinde hiç bir ihtilâf mevcut olmadığını tebyin ediyor ve "bizim kaza manzumelerimiz arasında münakaşalı olan husus Devletin memur ve müstahdemlerinin şahsi kusurlarından dolayı bunlar ile birlikte mesulübilmal sıfatiyle Adalet Mahkemelerinde takibe tabi tutulup tutulmıyacağıdır." demek suretiyle meselenin pek ziyade ehemmiyet verilmesi gereken bir cephesine temas eylemekte ve "Türk müsbet hukuku bunu kesin bir surette hal etmiştir" demekte ve bu husustaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: "idarenin hakimiyet kudretine dayanarak ve tek taraflı olarak hukuki bir netice tevlit etmek üzere ittihaz ettiği karar ve bunun tatbikatına müteallik olmak üzere tesis ettiği muamele

(6) Hizmet kusuru haricinde idarenin mesuliyeti. Notu yazan Avukat Mehmet Nomer, Ankara Barosu Dergisi: Yıl. 1953. Sayı 3, Sahife: 242-243.

ve idarî vazifelerin icrası vesilesiyle tezahur eden fiil ve hareketlerinden dolayı hakkı muhtel olanların 3546 sayılı kanununun 23 üncü maddesinin” A fıkrasına göre ihkakı hak talebiyle ve menfaati haleldar olanların da bu maddenin “C” fıkrasına göre karar ve muamelenin kanuniyetini kontrol talebiyle idarî kazaya müracaatları lâzım gelir ki idare hukuku birinci kısma dahil davaları tam kaza ve ikinci kısma giren davaları da iptal davası namı ile tevsim eder. Umumiyet itibariyle idare hukukuna has olan iptal davasının adalet mahkemelerinde görüşülmesi düşünülemez. İdarî fiil ve muamelelerden dolayı idare aleyhinde Adalet mahkemelerinde tazminat talebi ile tam kaza davası ikamesi ise ancak âmme kanunlarında bu hususta 3634 sayılı Millî Müdafaa mükellefiyeti kanununun 51 ve 62 nci maddelerinde olduğu gibi istisnai bir hükmün mevcudiyetine mütevakıftır. Harp gemilerinin manevra sahasında vukua getirdiği zararlar tipik idarî bir fiilin neticesi olduğu ve Teşkilâtı Esasiye kanunu ile kabul edilen idarî sistem mucibince ve Devlet Şûrası kanununun sarahatine tevfikîan tedkiki idarî kazaya ait bulunduğu halde bu yolda açılan bir tazminat davası Uyuşmazlık Mahkemesinin 3634 sayılı kanuna tebean 8/X/1949 tarihli ve 12/14 sayılı ve ittifakla verilmiş bir kararı ile Adalet mahkemesine tevdi olunmuştur (7).

Buna kıyasen daha basit bir idarî fiil teşkil eden ve bir yüzbaşı tarafından idare edilen askerî bir kamyonun selâm duran neferi öldürmesinden ve keza köprüden yuvarlanan tankın içindeki erin ölümünden dolayı açılan tazminat davalarının ise hususi bir metin bulunmadığı cihetle idarî kazaya aidiyeti yine Uyuşmazlık Mahkemesinin 11/X/1952 tarihinde müttefikan vermiş olduğu 40/127 ve 41/128 sayılı kararlar ile kabul edilmiştir. İdare hukukuna göre memur ve ajanın sırf şahsi olan kusurundan dolayı idareye mesuliyet teveccüh edemez. İdarenin bu gibi kusurlardan dolayı mesul bilmal sıfatiyle adalet mahkemelerinde takibi vesayet, tapu ve icra işlerinde olduğu gibi mevzu hukukla tayin edilen hallere münhasırdır. Adli kazanın bu selâhiyetinin tamim ve teşmili hukuk esaslarıyla, idarî sistemle bağdaşamaz. Çünkü: istisnanın mevrudine hasrı muktezi bulunmakla beraber hizmet kusurundan dolayı idarenin mesuliyeti mutlak ve memura rücuu caiz olmadığı halde Borçlar Kanununun 55 inci maddesine göre haksız fiilde istihdam edenin mesuliyeti, icabeden dikkat ve itinada bulunmamakla veya bulunmuş olsa bile buna mani olamayacağını isbatla mukayyet ve müstahdeme rücuu caizdir. Bu takdirde iddia edilen dikkat ve itinanın tedkiki idarî muamelelerin adlî kazanın kontrolüne tabiiyetini intaç edeceğinden tefriki kaza esaslarına mugayereti zahirdir.

(7) Bu yanlış adımın atılması yeni yanlış adımlara sebep olmuş, talime çıkan askeri uçakların ika ettikleri zararların tazmini için açılan davaların da adliye mahkemelerinde rüyet edilmesi icap ettiğine Uyuşmazlık Mahkemesi ekseriyetle karar vermiştir. Teğmen Doğan Gürsel hadisesi. Resmî Gazete: 9/9/1954.

İsviçre medeni kanununun 61 inci maddesine medeni kanunumuzda yer verilmemesi de sırf memleketimizde idarî sistemin kabul edilmiş olmasından ileri gelmiştir. Şu vaziyet karşısında idarenin hususi hüküm bulunmadıkça müstahdem şahsi kusurundan dolayı mesulübilmal sıfatıyla ve medeni kanun hükümlerine tevfikân adlî kazada muhakemesine cevaz verilemez. Âmme hizmetinin işleyişi sırasında resmi nakil vasıtalarının ve hizmet arabalarının yaptığı kazalardan dolayı zarar görenlerin şoförün şahsı aleyhine trafik nizamına aykırı hareketinden dolayı adalet mahkemelerinde dava ikamesi, bu arabanın bozuk olduğu ve hizmete elverişli bulunmadığı halde vazifeye çıkarılması veya seyrüsefer işlerinin kötü tanzim edilmesi gibi idareye atfı mümkün bir kusur mevcut olduğu veya mevcut telâkki edildiği takdirde idareden tabiî hakimi olan idarî kazaya müracaatla tazminat istenilmesine engel olmayacağı yine idare hukukunun üzerinde ittifak edilmiş bir prensipidir.”

Bu mükemmel mütalâaya eklenecek mühim bir şey kalmamış gibidir. Burada hatırlatmayı faideli bulduğumuz bir iki noktaya işaret edelim. Bir meselenin hallinde istinad edilecek hukuk kaideleri taaddüt edemez, yani bir hadisenin iki hal tarzı tasavvur edilemez, tasavvur edilse bile bunlardan birinin daha etraflı ve derin bir inceleme sonunda yanlışlığı meydana çıkar. Şu noktaya açık bir ifade ile temas etmekte mahzur yoktur ki idare hukukunda klâsik bir durum almış olan hizmet kusuru ve şahsi kusur mefhumlarına (8) ehemmiyet vermez gibi görünen, bu mefhumları nazara almayan Uyuşmazlık mahkemesinin Temyiz mahkemesine mensup âzasıdır. Bu hususta bu zatlerin kendilerini (4) numaralı notta bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının tesirinden kurtaramadıkları anlaşılmaktadır. Bu neticeye bizi götüren vakıalardan biri “memurların haksız fiillerinden doğan zararların tazminine müteallik davaların müruru zaman müddeti hakkında Temyiz Mahkemesi tevhidî içtihad kararı”dır. Resmî gazetenin 13/Kânunuevvel/1943 tarihli 5576 numaralı sayısında ve üçüncü tertip düsturunun 25 inci cildinin 24 üncü sahifesinde esas 3, karar 23 sayılı olarak neşredilen bu karar aynen şöyledir :

“Memurların haksız fiillerinden doğan tazminat davalarının tabi olduğu müruru zaman müddetinin tayini hususunda temyiz üçüncü ve dördüncü hukuk daire kararları arasında hasıl olan içtihad ihtilâfının halli için toplanan tevhidî içtihad Heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Sonuçta;

Haksız fiillerden doğan zararların tazminine müteallik davaların müruru zaman müddeti Borçlar kanununun 60 inci maddesinde tayin ve beyan olun-

(8) Bakınız: Ord. Prof. Sıddık Sami Onar. İdare hukukunun umumî esasları. 1952. hizmet kusuru; S: 97, 217, 387, 404, 845, 848, 875, 886, 1200, 1220, 1314, 1351. şahsi kusur; S: 297, 845, 849, 850, 875, 1204.

muştur. Bir memurun bu nevi muamele ile gerek diğer şahıslara ve gerek Devlete verdiği zararların tazminine ait davalar dahi müruru zaman bakımından sözü geçen kanun maddesi hüküm ve şumulüne girer. Nasıl ki bu haksız fiillerin bir ceza tehdidi ile men edilmiş olanları için ceza kanunu daha uzun bir müruru zaman müddeti koymuş ise bu nevi fiillerden doğan zarar ve ziyan davalarının o ceza müruru zamanına tabi olacağı bu maddede açıkça bildirilmiş olup bu noktada devletle memur arasındaki davaların fertler arasındaki davalardan farksız olarak bu madde hükmü dairesinde müruru zamana tabi olacağına ihtilâf olunmamaktadır.

Devletle memur arasındaki münasebetleri âmme hukuku ve bu hukuk cümlesinden olarak kabul ve tedvin olunan kanunlar tanzim ve idare eder. Bu münasebetler hususî hukuk alanındaki hususî akit ve mukaceleler icabına kıyas olunamaz ve onlara uydurulamaz.

Borçlar kanununun 125 ve 126 ncı maddelerinde yazılı olan müruru zaman müddetleri hususi hukuk alanına giren akitlere mahsus ve münhasırdır. Devlet ile memur arasındaki münasebeti düzenleyen kanunlarda memurların haksız fiilleri ile sebep oldukları zarar ve ziyan davaları için ayrı bir müruru zaman müddeti kabul edilmiş olmadıkça bu kabil davaların müruru zamanında Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinin umumî hükümlerinin tatbiki icap eder.

Yukarıda beyan ve tafsil olunan mucip sebeplere göre memurların cezayı müstelzim olsun olmasın mutlak surette haksız fiilleri ile Devlete karşı sebep oldukları zararlara ait davaların müruru zamanında Borçlar kanununun 60 ıncı maddesi hükmünün tatbiki lüzumuna ekseriyetle karar verildi."

Bu kararda Devlet ile memur arasındaki münasebetleri âmme hukukunun ve bu hukuk cümlesinden olarak kabul ve tedvin olunan kanunların tanzim ve idare edeceği ifade edilmekle adalet Komisyonu raporundaki statü esasına müteallik fikre iştirâk edilmiştir. Bu iştirâki tam mutabakat haline getirmek üzere bu münasebetlerin hususî hukuk alanındaki hususi akit ve mukaveleler icabına kıyas olunamayacağı ve onlara uydurulamayacağı tasrih olunmuştur. Bu fikirler bir kerre kabul edildikten sonra nasıl olupta memurun irtikâp ettiği haksız fiilden istihdam eden sıfatiyle Devlet diğer adıyla idare aleyhine mesulübilmal sıfatiyle adalet mahkemelerinde dava açılabilmesine emsağ verildiğine akıl erdirmek bizim için mümkün olamıyor.

Dokuzuncu yaşını sürmekte olan Yüksek Uyuşmazlık mahkemesi nezdindeki çalışmalarımız sırasında edindiğimiz kanaate göre bu anlamamazlıktan gelişin başka bir sebebi vardır. Devlet Şûrası kanununda idarî dava açmak için idare edilenlere verilmiş olan müddet gerek iptal davaları gerek tam kaza davaları için 90 gündür. Haksız fiile benzeyen ve ondan farkı zarar doğuran fiilin idarî faaliyetten bir parça teşkil eylesmesinden ibaret olduğu için haksız fiilden zarar gören hakkında adalet mahkemesinde bir senelik

dava müruru zamanı tatbik edilirken benzeri fiilin hizmet kusuru vasfım haiz bulunmasından dolayı medeni hukuk tabiriyle 90 günlük müruru zamana tabi tutulmasında adliye hakimleri hukuki vicdanı inciten bir adaletsizlik mevcut olduğu kanaatini besliyorlar; bu kanaati açıkca ifade etmek bilerek bir kanun hükmünü ihlâl demek olacağı ve bu neticeyi de kaza vazifesiyle telif edemedikleri için hadiseleri idarî sahadan medeni sahaya nakletmek suretiyle güçlüğü bertaraf eylemeyi maslahatın icabına uygun buluyorlar. Teşkilâtı Esasiye kanununa riayetsizliğin adi kanunlara riayetsizlikten daha ağır bir kusur sayılması icap edeceği fikri henüz bütün hukukşinaslarımızın vicdanına yerleşmiş, itirazsız kabul edilen ilmî bir mütearife durumuna girmiş değildir. Mer'iyet mevkiine bulunduğu tarihten bu güne kadar bu kanuna aykırı bir çok kanunların Büyük Millet Meclisince kabul edildiği ve yürürlüğe bulunduğu görülmüştür. İncelemekte olduğumuz bu mazbatada 23 üncü maddenin A bendinin tefsir değil tadil mevzuu olduğunun beyan edilmesi Adalet Komisyonunun da bu kanaatte bulunduğu delilidir.

Temyiz Mahkemesi idari hadiselerle medeni vasfını izafe etmekle düşüğü kanunsuzluğu tamir edebilmiş değildir; Adalet Komisyonunun bulunduğu ve "tefsir değil tadil, konusudur" şeklinde ifadesi kabil olan çare de haddi zatında hukuka aykırıdır; zira bu çareye müracaattan beklediğimiz netice idarî fiilden doğan zararın tazmini davasının rüyetini idarî kazadan başka bir merci'e vermek olacaktır; böyle olunca yukarıda işaret edilen 51 inci madde hükmüne aykırı hareket meydana gelir.

Adalet Komisyonu raporu bu günkü istikrarsızlığı doğuran hakiki sebep üzerinde durmamıştır. Adalet mahkemelerini hukuka aykırı olarak edinmiş oldukları ve adaleti temin ettiğini sandıkları kanaatten uzaklaştırmak çok güçtür; Adalet Komisyonunun yaptığı gibi ilmî esaslara dayanan bir çok izahat verdikten ve gidilecek hukuki yolu aydınlattıktan sonra "tefsire mahal yoktur" demek kâfi gelmez; zira Adalet Komisyonunun raporuna derç eylediği mütalâalar bundan evvel gelip geçmiş komisyonlar tarafından da beyan edilmişti. Geçmişteki komisyonların çalışmaları ile alınamıyan müsbet neticenin bundan sonra geleceklerin gayretiyle istihsal edilebileceğine inanamıyoruz; çünkü bu durumun hakiki sebebi yukarıda işaret ettiğimiz veçhile, adliye hakimlerince mevcut hükümlerin adalet hissini rencide eder mahiyette görülmesidir. Bu görüşün doğru veya yanlış olmasının ehemmiyeti yoktur; mühim olan durumun bundan ibaret bulunması keyfiyetidir. O halde yapılacak iş 23 üncü maddeyi olduğu gibi bırakıp 32 nci maddeyi tadil etmektir. 32 nci madde Devlet Şûrasında dava açma müddetini hususi kanunlarda müddet tayin edilmeyen hallerde 90 gün olarak tesbit etmiştir. Bu müddetin on gün fazla yirmi gün noksan olması ikinci derecede ehemmiyetlidir. Birinci derecede ehemmiyetli olan bu müddetin hangi tarihten itibaren işlemeğe başlayacağıdır. Bizim 32 nci maddede "yahut idarî vazifelerin

ifası vesilesiyle vukubulan fiiller hakkında icraya ittilâ tarihinden” ibaresi bütün işleri alt üst etmekte ve idarî fiillerin kusurlu olmasından yani hizmet kusurundan doğan mesuliyetlerin haksız fiilden doğmuş gibi mütalâa edilmesine sebep olmaktadır. Bilindiği üzere haksız fiilden doğan zararların tazmini için Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinde dava müruru zamanı “mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittilâ tarihinden itibaren bir sene ve her halde fiilin vukuu tarihinden itibaren on sene” olarak tesbit edilmiştir. Haddi zatinde maddî bakımdan bu haksız fiil ile ayniyet arzeden fiil halindeki hizmet kusurunda dava müruru zamanı ise 3546 sayılı kanunun 32 nci maddesi mücibince” idarî vazifelerin ifası vesilesiyle vukubulan fiiller hakkında icraya ittilâ tarihinden itibaren” 90 gün’dür. Bn fıkrayı 32 nci madde metninden kaldırmak suretiyle “idarî kararlardan dolayı menfaati veya hukuku muhtel olanlar kararın tebliğ veya tefhimi tarihinden itibaren 90 gün içinde dava açabilirler” dersek hizmet kusuru teşkil eden fiilden hukuku muhtel olan maruz kaldığı zararın tazmini için dava açmaya lüzum görmeden doğrudan doğruya idareye müracaat ederek tazminat isteyecektir. İdare bu talebi tedkik etmek ve karara bağlamak için 33 üncü madde mücibince dört aylık, oldukça uzun, bir müddete sahiptir. İdare bu müddet içinde bir karar ittihaz edecektir: Bu kararın müsbet veya menfi olması ihtimali vardır. Karar müsbet olursa ihtilâf zuhur etmez; zarar tazmin edilir; karar menfi olursa bu menfi kararın alâkadara tebliğ veya tefhiminden itibaren 90 gün içinde dava açılacaktır. İdare müsbet veya menfi bir karar vermez, sükût ederse kanun bu sükûtu menfi karar, red kararı telâkki eylemiş ve dava açma müddetinin müracaat tarihini takibeden dördüncü ayın hitamından itibaren cereyana başlayacağını beyan etmiş, böylece idareye kaçamak noktası bırakmamıştır. Dava açma müddeti bu suretle tanzim edilince alâkadarın idareye ne kadar zaman içinde müracaat etmesi lâzım geleceği hususunun tayini ciheti kalır. Fransız hukuku medeni hukukta cari olan dava müruru zamanı müddetini idareye müracaat müddeti olarak kabul eylemek suretiyle meseleyi hal etmiştir. Bizde de aynı esasın kabulü herkesi memnun eden bir hal tarzı olabileceğinde şüphe yoktur. Esasen idarî kazada dava açma müddetinin bu kadar kısa tutulması idarî kararın uzun zaman dava tehdidi altında bırakılması caiz olmamasının, idare hayatının istikrar ihtiyacının zaruri bir neticesidir. Bu arz ettiğimiz tarzda hem istikrar ihtiyacı karşılanmakta, hem de hukuku muhtel olanlara medeni hukuk sahasında sahip buldukları dava açma müddeti kadar uzun bir zaman bırakılmış olmaktadır.

*
*
*

Raporlar hakkında ve mevcut istikrarsızlığa son vermek için düşündüklerimizi yukarıda arz ettik. Şimdi izahı gereken bir nokta daha var. Adalet Komisyonu raporunda Uyuşmazlık mahkemesi kararlarına içtihad denilmesini doğru bulmadığımızı, bundan dolayı içtihat kelimesini karar kelimesiyle

değiştirdiğimizi, sebebini aşağıda izah edeceğimizi söyledik. Şimdi o izahı yapacağız. Son zamanlarda, geçirdiğimiz inkılâpların tesiri altında ilmî istihlahları kullanırken lüzumu kadar dikkat etmez olduk. Adalet Komisyonu raporundaki izahat haddi zatinde bize bir yenilik getirmiş değildir; Klâsik idare hukuku kitaplarındaki malûmatın bir nevi tekrarı mahiyetindedir. Bu klâsik bilgi karşısında Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının - sebebi ne olursa olsun - mevzuata aykırılığı meydana çıkmakta, bunu meydana çıkaran komisyonun raporu da bu kararlara içtihat adını vermektedir. İşte bu tabir hakikî, ilmî mânasında kullanılmış olursa Komisyon derhal tenakuza düşmüş sayılmak icap eder; çünkü bir taraftan tefsiri istenen madde hükmünün sarih olduğunu en kuvvetli delillerle isbat ve netice itibarıyla Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının mevzu hukuka aykırılığını tesbit eylemekte, diğer taraftan da hukuk nazariyatına ve mevzuata aykırı olarak ittihaz edildiğini tesbit eylediği kararlara içtihad demektedir. Dil alışıklığının doğurduğu bu istimal tarzını bundan dolayı isabetli göremedik.

Hatıraları tazelemek için içtihad kelimesinin islâm hukukunda ve garpta nasıl mânalandırıldığına dair en maruf müelliflerden fikir soralım. Rahmetli Seyit Beyefendi Usulü Fıkıh unvanlı 1333 yılında Matbaai Amirede basılmış eserinin birinci cüzünün 169 uncu sahifesinde içtihadı şöyle tarif ediyor: İçtihat lûgatte çalışmak demektir. Lâkin alelade ve kolay bir iş için çalışmak değil, külfetli ve meşakatli bir işi vücuda getirmek için bütün vüs'utakati sarfetmek suretiyle çalışmaktır ki pek çok çalışmak demek olur. Lûgati arabiyede insanın kaldıramıyacağı derecede büyük bir kaya parçası hakkında "bu kayayı kaldırmağa içtihat etti" denir. Fakat küçük bir taş için "bu taşı kaldırmak için içtihat etti" denmez.

İstihlahda "yeni tabir ile terimde" içtihad (ahkâmı şer'iyeyi zanniyeyi edillei tafsiliyesinden istinbata bezli makderet) mânasına nakil ve tahsis olunmuştur ki mânayı lûgavisi eam "yani daha umumi" mânayı istilâhisi ehas "yani daha hususi" dir. İçtihat edene (müçtehit), içtihat olunan hükme müçtehedünfih denir. Tarifteki (zanniye) kaydi ihtirazidir, ahkâmı katiyeden ihtiraz için irad olunmuştur. Zira ahkâmı şer'iyeyi katiyede içtihat carî olmaz. Ahkâmı katiyede içtihad caiz olmaz demek aslâ ve hiç caiz olmaz demek değildir. Carî olur, lâkin müçtehit hata ederse asim "günahkâr" olur, mazur olmaz demektir. Halbuki ahkâmı şer'iyeyi zanniyede hata ederse asim olmaz, mazur ve hattâ içtihadı vakında hüsnüniyetinden ve çektiği meşakatten dolayı mecur "savab işlemiş" bile olur. Devrinin meşhur bilginlerinden merhum Mahmut Esat efendi 1309 tarihinde neşrettiği Telhisi usulü Fikih namıyla maruf kitabında (sahife: 391 ve sonrakiler) aynı esasları beyan eylemektedir. Mecellei ahâmı adliyenin 13 üncü maddesindeki (tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur), 14 üncü maddesindeki (mevridi nasta içtihadı mesâğ yoktur) kaidelerini de yukarıdaki bilgilere eklersek islâm hu-

kuku bakımından içtihad müessesesi hakkında bir nebze malûmat almış oluruz.

Bundan sonra Garp hukukşınası arasında kitabı kütüphanemin en yakın ve alınması en kolay yerinde duran fransızcaya 1942 tarihinde tercüme edilmiş Bern Üniversitesi Profesörlerinden Pierre Tuor'un (Le Code civil Suisse, exposé systématique tenant compte de la juris prudence du Tribunal Fédéral) adını taşıyan küçük kitabına müracaat ettim. Kanunu medenimizin birinci maddesinin hakimlerimize verdiği geniş salâhiyet hakkında bu müellifin fikrini öğrenmek istedim. Bilindiği gibi bu madde hakime karar ittihazı için verdiği bu müstesna salâhiyeti bir takım kayıtlarla çerçevelemiştir. Hattâ sadece çerçevelemekle kalmamış, o çerçeve içinde bir takım yollardan yürüyerek neticeye varmasını, karar ittihaz etmesini emretmiştir. Mesele üzerinde hemen düşünebilmeyi temin için birinci maddenin metnini buraya alıyorum:

“Kanun, lâfziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde meridir. Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hakim örf ve adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi vazii kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idise ona göre hükmeder.

Hakim, hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade eder.”

Meselenin izahına girişmeden metnimizin İsviçre kanunu medenisinin birinci maddesine ait almanca ve fransızca metinlerine nazaran bir tertip değişikliği arzettiğine işaret etmek lâzımdır. İsviçre metinlerinde madde üç fıkra halinde tertip olunmuştur. Aslında birinci fıkra sadece “kanun, lâfziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde meridir.” ibaresini ihtiva etmekte, bizim birinci fıkranın geriye kalan kısmı ikinci fıkrayı teşkileylemekte, bizim ikinci fıkra da İsviçre metninde üçüncü fıkra olmaktadır.

Metindeki bu değişikliğe işaret etmekle beraber hakim için tatbiki kabil esası ilk önce kanunun metninde veya ruhunda aramak zaruri olduğunu ifade etmek lâzım gelir. Bu, medeni kanunun koyduğu en mühim ve en büyük esastır. Gerçi kanunun ruhunu anlamak metnini anlamağa nisbetle daha güç ve bu itibarla daha geniş çapta bir iş telâkki edilmek lâzım gelirse de metinsizliğe nisbetle daha kolay bir iş gibi mütalâa etmek mümkündür.

Eğer hakkında lâfziyle veya ruhiyle temas eden bir kanun mevcut olmayan bir hal ile karşılaşırsa o zaman hakim örf ve adete göre hüküm verecektir. Şüphesiz örf ve adetin varlığının tesbitinden muhtevasının tayinine kadar tatbik kabiliyetini kazanmak için aydınlatılması icap eden safhalar vardır; hakim bu noktalar üzerinde durup meşgul olmak mecburiyetindedir; bu da kanunun ruhiyle meseleye temas edip etmediğini düşünmek gibi kül-

fetlidir. Fakat her vazifenin kendisine göre bir takım güçlükleri yenmek suretiyle ifa edildiğinde kimsenin şüphesi yoktur.

Bu noktaları istidrat kabilinden hatırlattıktan sonra Profesör Pierre Tuor'u dinlemeğe sıra gelmiş bulunuyor. Tuor diyor ki:

HUKUKUN HAKİM TARAFINDAN YARATILMASI (9)

Eskiden, bir kanunda mevcut kaidelerin bu kanunun sahasına giren bütün meselelerin halline müsait oldukları umumiyetle zannolunuyordu. Bu bir vahimeden başka bir şey değildi. Beşerî her eser gibi kanun da natamamdır, mükemmel değildir. Fazla olarak çok defa natamam olmak ister ve bunun haklı sebepleri vardır. Kanunu Medeni, kendi kifayetsizliğini kabul etmek hususunda oldukça açık sözlüdür; bir hadisenin halli için gerekli kaidenin metninden istihraç edilememesi ihtimaline karşı tedbirler almıştır. Kanunda boşlukların bulunduğunu açıkca teslim ediyor, fakat aynı zamanda hukukta boşluklar bulunabileceğini de reddediyor. Kanun ve hukuk bir birine tetabuk etmez. Birincisi, çok daha ehemmiyetli olmakla beraber, hukuki nizamın ancak bir kısmıdır. Yazılı hukukun yanıbaşında yazılı olmıyan hukuk vardır. Hakim, kanunun kendisine cevap vermediği anda bu yazılı olmıyan hukuka baş vurmalıdır.

Bununla beraber, kanunun bir hadiseyi sarahaten derpiş etmediği bütün hallerde boşluktan bahsetmekten içtinap etmelidir. Bu sükût, mutlaka kanun vazının bir ihmal veya nisyanını ifade etmez; derpiş edilmeyen faraziyenin, kanunun hükmü dışında mütalâa edilmesi ve makûs kaideye tabi tutulması icap eylediğini tazammun edebilir. Bu hususta hüküm verebilmek için kanunu tefsir etmek lâzımdır; metin ile hükmün bulunduğu yer ve bu hükmün istihdaf ettiği gaye göz önünde tutulmalıdır. Bir veya müteaddit muayyen hadiseleri istihdaf eden kaidenin mumasil diğer hadiselere kabili tatbik olmadığını müşahedeye sevk eden muhakeme tarzına mefhumu muhalif denir. Federal mahkemenin kararları bu muhakeme tarzı hakkında bir çok misaller vermektedir. Bunlardan birini zikreylemekle iktifa edelim. Büyük ana ve babaların torunları ile şahsi münasebetlerde bulunmağa ve bunlara nezaret etmeğe hakları olup olmadığının tayini bahis mevzuu idi; bilhassa büyük ana ve babası tarafından büyütülmüş bir çocuğun vaziyeti göz önünde tutuluyordu. Federal mahkeme, kanunda bu hususta bir boşluk bulunduğunu kabul etmedi. Kanunu Medeni bu hakkı ana ve babaya temin ediyor; büyük ana ve

(9) Yukarıda adı geçen eser. Fransızcaya tercüme eden; Henri Deschenaux.

babalarla torunlar arasındaki münasebetleri tanzim ederken bu haktan bahsetmiyor; bundan çıkan netice şudur ki, kanun mezkûr hakkı büyük ana ve babalara bahsetmiyor. Bu mantıki neticeyi, tarihi istihale ve aksine bir hal şeklinin doğurabileceği mahzurlar teyit eylemektedir; büyük ana ve babalardan her biri torunları üzerinde nezaret veya bunları ziyaret hakkı iddia edecek olursa torunlar ana ve baba ile büyük ana ve babalar arasında çok bocalarlar.”

Hakim, kanunun hakiki bir boşluğu karşısında kalırsa nasıl hareket etmeli? Muhakak olan şey şudur ki hakim objektif ve umumî bir kaide aramağa koyulmalıdır; bunu yaparken, sübjektif kıstasların, kendi sempati ve antipatilerinin, şahsi mülâhazalarının ve kendi hislerinin tesiri altında kalmamalıdır. Kanunu Medeni sırf hissi olan içtihada olduğu kadar kanunun lâfzına gözü kapalı bir itaate de muarızdır.

Kanun boşluğunu doldurmak için baş vurulması lâzım gelen ilk kaynağın örf ve adet olduğunu gördük. Ancak örf ve adetin de cevap vermemesi muhtemeldir. O zaman ne yapmalı? Bu kabil hallerde Roma Hukukcuları hakimin akli selimden (naturalis ratio), iyi ve adilâne (ex bono et aequo) olandan ilham alarak kararını vermesini istiyorlardı. Onlardan çok evvel de, eski çağın en büyük filozofu Aristo, meşhur olan bir formül teklif etmişti. Kanunların umumî bir şekilde ifadei meram ettiklerini fakat umumî kaide-nin tevafuk etmiyeceği hallerin mevcut olduğunu belirtiyor. O zaman “kanun vazı güçlük karşısında kalmış olsaydı ne yapacak idiyse o yolda karar vermek suretiyle” kanun vazının çok umumî olan kendi metninde derpiş etmediğini tamamlamak icap eder, diyordu.

Kanunu Medeni Aristonun bu formülünü kısaltarak birinci maddenin ikinci fıkrasında ele almıştır. Kanundan veya örf ve adetten kaide hizmetini göreceği hiç bir esas istihraç edilemediği zaman hakim “kendisi kanun vazı olsa idi tesis edeceği kaidelere göre” hükmünü verir. Hukuku yaratmak umumî olarak kanun vazına has olduğundan kanunu medeni, hukuku yaratmak mevkiinde kalan hakime örnek olarak kanun vazının hareket hattını göstermiştir. Hakiki kanun vazı keyfi, tesadüfi veya hissi olarak hareket etmez. Kendisinin bu husustaki rehberi: Vaz edilecek kaidenin doğru ve adilâne karakteri, eşyanın mahiyeti, karşı karşıya bulunan menfaatlerin mukayesesi, umumî menfaat, hukukun emniyeti, muamelâtın ve kredinin selâmeti, halkın ve alâkalı muhitlerin kanaatleri ve bilhassa, yeni esasın taaruz etmemesi lâzım gelen bizzat hukuki nizam gibi objektif ve umumî mülâhazalardır. Hakim, yüksek vazifesinin mesuliyetini, azametini ve ehemmiyetini müdrük olarak aynı şekilde hareket edecek ve hukukun diğer kaynaklarının halletmedikleri güçlükleri tesviye etmesine imkân verecek olan kaideyi aynı objektif mülâhazalardan çıkaracaktır.

Bunun için hakimin, yeni kaideyi kanunda bulunan ve fakat hüküm verilecek olan hadiseye haddi zatinde taallûk etmeyen bir hükme bağlamak suretiyle tesis etmesi ekseriya mümkün olacaktır. Bu, bir kanun hükmünün tatbik sahasını genişleten “kıyas yolu ile tefsir” dir; halbuki “mefhumu muhalif” yolu bu sahayı tahdit eder. Hangi metodu kullanmalı? Buna karar verilirken varılacak neticenin muvafık, adilâne, mâkul olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Şimdi, nazariyat sahasını terk ederek mahkeme kararlarına bir göz atacak olursak görürüz ki Federal mahkeme müteaddit vesilelerle birinci maddenin ikinci fıkrasında verilen salâhiyeti kullanmış ise de bu hususta daima büyük bir ihtiyatla hareket etmiştir. Buna dair bir kaç misal zikrederim.

Kanunu medeni, hiç bir yerinde defin masraflarının kimler tarafından ödeneceğini söylemez. Federal mahkeme bu masrafları ilk safta müteveffanın terekesinin yüklenmesi lâzım geldiği kanaatindedir; fakat “birinci maddenin ikinci fıkrasındaki mânasında, yazılı olmayan hukukun bir prensipi olarak” şunu kabul ediyor ki müteveffa varlıktan mahrum olarak ölmüş ise kendisine kanunen bakmak mükellefiyetinde olanlar (karı veya kocalar, çocuklar, ana ve baba) cenazenin mucip olduğu masrafların ödenmesini temin etmekle mükelleftir.

Karı kocadan birinin diğerine karşı hakimin himayesini talep etmesini sağlayan kanunu medeninin 169 uncu maddesi (Türk medeni kanunu, madde: 161) davaya bakmağa selâhiyetli mahkemenin tayinini ihmâl etmiştir. “Burada, 144 üncü madde (Türk medeni kanunu madde: 136) ye kıyasen halli gereken bir kanun boşluğu bahis konusudur; şöyleki, selâhiyetli hakim davacı tarafın hakimidir.”

Borçlar Kanunu, tadilinden önce, nama muharrer senetlerin iptali hususunda hiç bir hüküm sevketmemiştir. Bu bir kanun boşluğu idi. Bu boşluğu, hamiline muharrer senetlerin iptaline müteallik hükümleri kıyas yolu ile tatbik ederek doldurmak icap ediyordu.

Bir şirket müdürünün bu şirket namına kendisi ile bir akit yapıp yapmayacağı meselesi bahis konusu olmuştur. Müdür, meselâ, şirkete ait Vaud kantonu şaraplarından 3890 şişe şarabı kendisine satmış ve şirket nezdindeki hesabına 3890 frank zimmet kaydetmişti. Şirket iflâs etti ve masa bu şarapların iadesini istedi. Bu iş, “kendi kendisiyle akit yapma” nın muteberiyeti meselesini ortaya koydu. Kanunu medenide bu konuda hiç bir hüküm yoktu. Bu hususta bir örf ve adet de mevcut değildi. Federal mahkeme, birinci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları mucibince, gerek teşrii mülâhazalardan ve gerek mahkeme kararlarının ve Doktrin (ilmî içtihad) ın kabul ettikleri hal şekillerinden ilham alarak karar verdi. Keza, Borçlar Kanununun 436

(Türk Borçlar kanunu madde: 427) ncı maddesinden istihraç olunan mefhu-
mu muhalif de rolünü oynadı. Bir mümessilin kendisiyle yaptığı muamele,
temsil edilen için ancak hiç bir zarar tehlikesi mevcut olmadığı takdirde,
meşrudur; aksi halde aktedilen mukavelenin butlanına karar verilir.

Bu izahattan anlaşılıyor ki metinlerin hiç bir şüphe ve tereddüde mahal
bırakmıyacak surette sarıh hükümler koyduğu hususlarda içtihad kelimesi-
nin himayesinde kararlar ittihazına yalnız mahkemelerin değil hiç bir Devlet
uzvunun salâhiyeti yoktur.

Bu düşüncelerin tesiri altındadır ki Adalet Komisyonunun büyük ölçü-
de ilmî esaslara uygun olan raporundaki içtihad kelimesini mahalline mas-
ruf bir tabir telâkki edemedik.