

İDARİ FİİLLERLE HUSUSİ HUKUK FİİLLERİNİN BENZERLİĞİN- DEN DOĞAN TEŞHİS HATASI VE BUNDAN HASIL OLAN NETİCELER

Yazan : Kemal Galip BALKAR

Muhtelif yazılarımızda İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk ve Roma Hukuku Ordinaryüs Profesörü müteveffa Dr. Andreas B. Schwarz'ın Borçlar Hukuku dersleri ünvanlı kitabının önsözünden alarak tekrar ettiğimiz bir cümleyi bir defa daha buraya kaydedeceğiz: Salim bir tatbikat için yetişmede hukuk mefhumları ve hukuk prensipleri hususunda vazih bir nazari anlayışa ulaşmak asli mukaddem şarttır. Bu cümle kanaatimizce pek büyük ehemmiyeti haizdir; çünkü bu şartın tahakkuk etmediği yerde meşrut bulunmaz, yani mevzuatın salim bir surette tatbikine imkân hasıl olmaz. Bugün memleketimizde görülen tatbikat kusurlarının başlıca sebebi bu noktadaki noksanımızdır.

İşi başından alıp incelemek istersek Borçlar Kanunumuzun birinci babının ikinci faslının başlığını teşkil eden "haksız muameleden doğan borçlar" ibaresi bir tercüme yanlışlığına kurban olmuş ve "actes illicites" kelimeleri "haksız muameleler" tarzında dilimize çevrilmiştir. Halbuki acte kelimesinin tam karşılığı muamele değildir. Umumi olarak nazara alınca görülür ki kanunumuz İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi borçların kaynağını üç grupta mütalâa etmiştir. Birinci fasılda akidden doğan borçları, ikinci fasılda haksız fiilden doğan borçları, üçüncü fasılda da gayri meşru zenginleşmeden doğan borçları göz önünde tutmuştur. Tercümede illicite kelimesi haksız kelimesiyle ifade, illégitime kelimesi de haksız diye eda olunmuştur. Bir mefhumu çeşitli kelimeler ile çevirmenin husule getireceği karşıklığı burada izaha lüzum yoktur. Diğer taraftan enrichissement kelimesi mal iktisabı suretinde çevrilse bile illégitime kelimesinin haksız fiil suretinde tercümesinde isabet görülemez. Bunun doğrusu "gayri meşru" suretinde ifade ve eda edilmesi veya gayri meşru tabiri yerine tükrüçemize daha uygun düşecek başka bir kelime bulmak idi.

Maksadımız istilâhlar, terimler üzerinde bir araştırma yapmak olmadığından bu bahsi burada kapatıp umumi olarak acte illicite kelime-

leri dilimize haksız fiil diye tercüme edildiğinden ve 41 inci maddenin metninde “haksız bir surette” denilerek bu haksız kelimesi kabul edilmiş olduğundan bu haksız fiil mefhumunu incelemek icabeder.

Borçlar hukuku en basit şeklinde biri alacaklı diğeri borçlu olmak üzere iki şahıs arasında hasıl olan borç münasebetlerini mütalâa ettiğinden 41 inci madde de bu esasın dışında kalmaz. Madde bu noktaya dikkat edilerek okunursa sahnede biri zarar gören diğeri zarar ika eden olmak üzere iki şahsın varlığı müşahede olunur. Bunlardan biri gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğerkimseye bir zarar ika etmelidir; ancak zarar bu şartlar altında vukubolursa zarar ika eden tazmin borcunu yüklenmiş olur. Kimse kelimesi madde içinde üzerinde ehemmiyetle durulması gereken bir mefhumdur. Maddenin aralarında borç bağı kurmak istediği kimseler hususi hukuk sahasında münasibete girişebilen şahıslardır. Bu nokta tatbikatta haiz olduğu ehemmiyete rağmen hususi hukuk üzerine eser yazmış müelliflerin ve üniversitemizde tedaris vazifesi ifa eden profesörlerimizin gereği kadar dikkatini çekmemiştir. İşte Ord. Prof. Schwarz'ın bahsettiği hukuk mefhumları ve hukuk prensipleri hususunda vazih bir nazari anlayışa ulaşmak ihtiyacı bu noktada kendini şiddetle hissettirmektedir. Medeni Kanunun 52 nci maddesi “hukuku âmme müesseseleri hukuku âmme kanunlarına tabidir” hükmünü koymakla Borçlar Kanunu hükümlerinin tatbik sahasını pek ehemmiyetli surette tahdit ediyor. Gerçi hukuku âmme müesseseleri her zaman hukuku âmme kanunlarının çizdiği usuller dahilinede kalmazlar, bazan hususi hukuk kaidelerinden de istifade etmek isterler; fakat umumiyetle bu müesseselerin fiil ve hareketlerinin âmme hukuku kanunlarına tabi bulunduğunun Medeni Kanunda tasrih edilmesinin pek büyük ehemmiyeti vardır.

Bir memleket içinde tatbik mevkiinde bulunan hukuk kaideleri bir kül teşkil eylediği cihetle âmme hukuku lehine adı geçen 52 nci maddenin koyduğu sınıra riayetsizlik hemen hukuka aykırı neticeler doğurur. Bu yüzdendir ki yüksek uyuşmazlık mahkemesinden sadır olan kararlarda “teşhis hatâsı” dediğimiz bu dikkatsizliğin eserlerine sık sık rastlanmaktadır; bu hatâlar o dereceye varmaktadır ki, muhtelif kararlar arasında ağır tenakuzlar meydana gelmektedir. Âmme idaresine ait olup âmme hizmeti ifa etmekte olan nakil vasıtalarının ika eyledikleri zararlar hakkında açılan tazminat dâvaları bahsinde meydana gelen icabî vazife uyuşmazlıkları hakkında verilen kararlar bu hususta yüksek mahkemenin her oturumunda tekerrür eden misali teşkil eder.

Durum o noktaya gelmiştir ki mahkemeler artık vazife itirazını red ederken yüksek mahkemenin kararları dışında mucip sebepler aramaya lüzum görmemektedirler. Bu yoldaki hatâların sebebi yukarıda gösterdiğimiz gibi hukuk mefhumları ve hukuk prensipleri hususunda vazih bir nazari anlayışa ulaşılmamış olması ve bu arada bilhassa idare hukukunun hiç kimse tarafından itiraza uğramıyan şahsi kusur mefhumuna gereği kadar nüfuz edilememesidir. Bu yüzden birçok hâdiseler hizmet kusuru teşkil ederken şahsi kusur telâkki olunmaktadır. Bir mefhumu çıkırından çıkarmak ona bağlı bütün hükümlerin yanlış anlaşılmasını ve netice itibariyle tatbikatın selâmetten mahrum kalmasını mucip olur. Bizim tatbikatımızın hali de bugün bu merkezdedir.

Misâl olarak idare hukuku sahasına girdiğinde şüphe bulunmayan ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre mütâlaâsı gereken bazı hâdiseleri alalım. Bilindiği üzere askerlik hizmeti âmme hizmetlerinin en ehemmiyetlilerinden biridir. Askerlik vazifesini ifaya çağırılanlar lüzumu halinde vatan için hayatlarını feda ederler. Binaenaleyh bir er hizmete girdiği andan, hizmetten çıktığı dakikaya kadar bir âmme ajanıdır; bu sıfatla vazife ifa eylediği sırada kendisinden sadır olan kusurlar idareye izafe edilmek ve hizmet kusuru sayılmak gerekir. Bundan başka asıl mühim mesele bu vazifeyi ifa eylediği sırada kendisine zarar ika edilen kimşenin bu zararını tazmin ettirmek için hangi mercie ne gibi esaslara riayet suretiyle müracaat edebileceği keyfiyetidir. Bu noktada yolun hemen ikiye ayrıldığı izaha muhtaç olmayacak derecede aşikârdır. Bunların biri zarar ika edenin hususi hukuk hükümlerine tabi bir şahıs olması, meselâ âmme hizmeti ile ilgili bulunmayan bir şahsa ait kamyonun bir askere çarpmasıdır. Bu takdirde zararı tazmini kamyon sahibinden istenebileceği gibi, kanaatimizce, idareden de istenebilir ve misâlimiz askerlik hizmeti ifa eden kimseye taallük eylediğine göre bu şahsın zararı malûliyet halinde 5434 sayılı kanun hükmüne göre idarece tazmin olunur; vefat hali bunun bir başka şeklidir. Halbuki tatbikat bugün bu esasın dışında bir istikamet almıştır. Davalar malûliyet veya ölümle neticelenen kazayı ika eden vazifelinin şahsi kusuruna istinat ederek açılmakta ve idare bu zararlardan istihdam eden sıfatıyla mes'ul edilmek cihetine gidilmektedir. Böylece tesbit edilen bir dava plânı sayesinde dâva kolaylıkla hususi hukuk sahasına nakledilmekte ve hizmet kusurundan dolayı şahsen mes'ul olma-ya çağrı tabii bulunan hizmetli de tazmin ile nükellef tutulmak tehlikesine maruz kalmaktadır.

Görülüyor ki hâdiselerin vasfını tesbit netice itibariyle vazifeli kaza mercisini tayin edebilmek için idare hukuku esaslarına vukuf peyda etmek

ve bu esasları da hususi hukuk hükümleri yanında göz önünde bulundurmak salim tatbikatın başta gelen şartlarından biridir.

Bu hususta uyuşmazlık mahkemesinin kararlarından bir misal vermek lâzım gelirse bunu askeri hâdiselerden doğmuş vazife ihtilâflarından seçmemiz uygun düşer; çünkü haksız fiil telâkkisi ile hizmet kusuru arasındaki farkın temyizinde husule gelen hata hukuka uymayan kararların ekserisinde görülmektedir. Uyuşmazlık mahkemesinin esas: 953/63, Karar 953/66 numaralarını taşıyan ve düsturun 35 inci cildinin 36 ve 37 nci sayfelerinde intişar eden (R. G. 11 Kasım 1953 Sayı: 8554) kararında dâvayı hülâsa eden kısımda şöyle denilmiştir: Ayaşta askeri birliklerin yaptığı atışı müteakip atış bölgesi dahilinde patlamamış mermilerin temizlenmesinde vaki ihmal neticesi müvekkilinin kocası ve murisi Hasan patlamamış bir mermiye tesadüf ederek merak saikasıyla eline aldığı anda merminin patlaması dolayısıyla ölümü vukubulduğundan 20 bin lira maddi ve manevi tazminatın bu mermileri atışı müteakip toplattırmak (burada küçük bir noksan var; doğrusu toplattırmamak olmalı) suretiyle vazifesini ihmal eden davalı Vekâletten tahsili talebinden ibarettir.

Yüksek Mahkeme “askeri birliklerin yaptıkları atış sahası dahilinde patlamamış mermilerin toplattırılmamasında davalı vekâletin kanuni vazifesini yapmaması neticesi vukubulan kazadan dolayı tazminat davası edildiğine göre Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesi mucibince tam kaza dâvası bulunan işbu dâvanın görülmesi yeri Devlet Şûrası bulunduğu mahkemenin vazifeli olduğuna dair kararın kaldırılmasına 1/10/1953 tarihinde ekseriyetle karar verildi” demiştir.

Kararın ekseriyetle verilmiş olmasından anlaşılıyor ki yüksek mahkemeyi teşkil eden zatlar arasında fiilin hukuki vasfı üzerinde görüş ayrılığı vardır. Hizmet kusurunun en açık misallerinden birini teşkil eden bu hâdisenin idari vasfını kabul etmeyenlerin bu memlekette idare hukukunun ve idari kazanın varlığını veya hiç olmazsa tam kaza dâvasının idari fiilden doğanlarını kabul etmediklerine hükmedilebilir; bundan da maddi hâdiseleri mütalâada mevcut görüşler arasında ne kadar geniş bir mesafe bulunduğu anlaşılır.

Davacı hâdisemizde kusuru şahsen işlemiş bir insan bulamadığı halde Milli Müdafaa Vekâletini haksız fiil işlemek suretiyle zarar ıka etmiş göstererek Borçlar Kanunu hükümlerine binaen tazminat ile mahkûm ettirmek için adliye mahkemesine müracaatta bulunmuş, serdedilen vazife itirazına rağmen de hakim dâvacının fiile izafe eylediği vash kabul eylemiştir. Adliye hakiminin bu anlayışı bütün adli cihazımızın hukuk telâkkisinin

bir örneğidir. Durum bu merkezde olunca ehliyetsiz bir er şoförün motörlü vasıtayı çalıştırırken ika edeceği zararın tazmini için açılacak davalarda hizmet kusuru meşhumunu adliye hakimlerine kabul ettirmek hiç mümkün olmayacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesinde reislik vazifesi bugünkü halinde kaldığı müddetçe de Devlet Şûrası reisinin başkanlık etmediği oturumlarda bu çeşit kararlar devam edecek görünmektedir. Kararların bu tarzda devam etmesinden bu noktada uyuşmazlık mahkemesi içinde görüş birliğine varıldığını sanmak doğru değildir; bu çeşit kararların hep ekseriyetle verilmiş olduğu bunun en kuvvetli delilidir.

Bu teşhis hatasından ağır neticeler doğmaktadır. Bunların içinde kanaatimizce en başta geleni vazife bakımından mevzuatımızın koyduğu kaidelerin ihlâlidir. Kanun hükümlerinin mahkemelerde anlaşıldıkları nisbette değer taşıdıkları hakikati burada bir defa meydana çıkıyor. İkinci büyük ve ağır netice devlet ve idare hizmetinde çalışanların kanunlarımızın hükümlerine aykırı olarak pek büyük mes'uliyetlere maruz bırakılmasıdır. İstihdam eden sıfatıyla idarenin mesul edilebilmesi için müstahdem kusuru şahit olmak icabeder. Böylece kusuru sabit olan geniş manâdaki memura idare rucü edebilir. Bilhassa er şoförlerin bu itibarla içinde buldukları hukuki durum adalet icaplarıyla telif edilemez.

Bu halde bizzat dâvacının da durumu teminat bakımından tehlikeler arzeder. İstihdam eden mevkiinde telâkki edilen idare borçları kanununun kendisine verdiği imkânlardan faydalanarak mes'uliyeti tamamen müstahdem telâkki edilen âmme ajanına yükletmek isteyebilir. Bu ağır mes'uliyete ajaların tahammül edemeyecekleri meydandadır. Bu takdirde dâvacı haksız fiil esasından dâvasını kazansa bile zararını tazmin ettirmek için karşısındaki varlıklı idare yerine ödeme imkânları meşkûk ajanla karşı karşıya kalabilir.

Uyuşmazlık mahkemesinin E. 53/8 ve K. 53/12 sayılı ittifakla verilmiş kararı bu bakımdan dikkate değer bir hüküm telâkki edilebilir.

Kemal Galip Balkar