

İDARE AJAN VE MEMURLARININ ŞAHSİ KUSURLARINDAN DOLAYI ŞAHSAN MESUL TUTULMALARININ HUKUKİ MESNETLERİ

Doçent Ragıp Sarıca

Bundan bir müddet evvel İstanbul Barosunun 1946 senesi III, V, VI sayılı nüshalarında idare ajan ve memurlarının vazifeleri sırasında veya vazifeleri dolayısıyla işledikleri kusur ve fiillerin, ne gibi kıstaslara göre, şahısların râci ve binaberin birer şahsî kusur sayılacağını araştırdıktan sonra; burada şahsî kusurun ajan ve memurun şahsan mesuliyetini intaç edeceğini tesbit ve bu mesuliyetin hukukî mesnetlerini tâyin etmek istiyoruz.

Derhal şunu kaydedelim ki: bugün şahsî kusurun ajan ve memurun şahsî, hukukî, medenî, malî mesuliyetini intaç edeceği gerek hukuk prensipleri, gerek mevzuat, gerek doktrin ve gerekse jürisprüdans bakımından, münakaşasız surette, kabul olunmaktadır.

Gerçekten:

A — *Hukuk prensipleri* ajan ve memurların şahsî kusurlarından şahsan mesul tutulabilmelerini kabul ve tecviz etmektedir.

Şöyle ki: Fransada Medenî Kanununun 1382 inci maddesi, memleketimizde Borçlar Kanununun 41 inci maddesi: kusuriyle bir zarara sebebiyet veren her kimsenin bu zararı tazminle mükellef olduğunu; yani bu zarardan hukukan, malen mesul tutulacağını söylemektedir.

Aşikârdır ki alelâde fertlerin, şahısların kusurlarıyla ika ettikleri zararlardan dolayı mesuliyetlerine müteallik olan bu hukuk düsturu idare ajan ve memurlarının şahsî kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararlar hakkında da carî olmak lâzım gelir. Nitèkim caridir de!..

Filhakika, «bir ajan veya memurun şahsî kusuru mevcuttur» demek: ortada doğrudan doğruya şahsına ait, münhasıran şahsına izafesi mümkün, bir kusur mevcut demektir. Bu kusur hizmete ait, idareye izafesi mümkün, idare hükmi şahsına isnadı gereken bir kusur sayılmadığına göre idarî bir fiil değildir ve binaberin bir âmme hukuku hâdisesi teşkil etmemektedir. Başka bir söyleyişle, şahsî kusur idare hukuku çerçeve-

sine giren bir hâdise olmayıp idare hukukunun haricinde kalan ve hususî hukuku alâkadar eden bir hâdisedir. Şu halde —hukukun bu genel prensipi mucibince— alelâde fertleri haksız fiillerinden mesul tuttuğumuz gibi ajan ve memurları, da, şahsî kusurlarından dolayı, Borçlar Kanununun 41 inci ve müteakip madde hükümleri dairesinde şahsan mesul saymamız doğru ve caizdir¹.

Bahusus ki ajan ve memurun şahsî kusur ve fiilleri bir idare adamı sıfatıyla işlemiş olduğu bir takım kusurlar olmayıp; bir insan, yani alelâde bir şahıs, bir fert olarak işlediği kusurlardır.

Şahsî kusurun alelâde şahıslar, fertler tarafından işlenen kusurlar kategorisine girmemesi, hususî hukuk (Fransız M. K. m. 1382; Türk B. K. m. 41) rejimine tâbi olmaması için sebep yoktur. Kısaca Fransız Medenî Kanununun ve Türk Borçlar Kanununun, alelâde şahıslar tarafından işlenen kusurlar hususunda, vazettiği genel mesliyet prensibinin ajan ve memurlar tarafından işlenen şahsî kusurlar hakkında da aynen carî olması ve tatbik edilmesi zaruridir.

Nitekim, gerek Fransada, gerek memleketimizde hem doktrin, hem mahkeme içtihatları bunu böylece kabul etmektedirler.

B — Hukukun bu genel mesuliyet prensipi yanında *mevzuat* da idare ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından mesuliyetleri esasını, doğrudan doğruya ve sarahaten olmasa bile, dolayısıyla ve zımnen kabul etmektedir.

Hakikaten, fikrimizce gerek Anayasada, gerek Memurin Kanununda ajan ve memurların, şahsî kusurlarından, şahsan mesul tutulacakları hususunda genel bir hüküm bulmak mümkün olduğu gibi; zannımızca diğer bazı kanunlardan, ezcümle H.U.M. kanunundan ve Devlet Şûrası Kanunundan da bu gibi bir hüküm istihraç etmek imkân dahilindedir.

I — Meselâ *Anayasa*'mızın 94 üncü maddesine göre «kanuna muhalif olan umurda âmire itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz». İşte, zannımızca, bu madde *Anayasamızın*, memurların şahsî kusurlarından

1) Nitekim Ord. Prof. S. S. Onar diyorlar ki: «Memurun şahsî bir fiili (kusuru) âmme hukuku hâdisesi teskil etmez. İdarî bir sekile konulmak istenilse de memurun şahsî kusurundan doğan ve şahsî fiiller (kusurlar) addedilen hâdiseler idare hukukunun ve idarî kazanın haricinde kalan ve hususî hukuku, adli kazâyı alâkadar eden fiilî vaziyetlerdir. Binaenaleyh böyle bir fiil (kusur) işleyen memur muhtazarrır olanlar tarafından adliye mahkemeleri huzurunda ve borçlar hukukunun haksız fiiller hükümleri dairesinde takip edilir.» (İdare Hukuku, Sömestre; 3-4. 1933, sah. 188).

dolayı şahsî mesuliyetleri esasını, zimnen ve dolayısıyla, kabul ettiğini göstermektedir. Gerçi, bildiğimize göre, Türk doktrininde memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasını bu maddeye istinat ettirmek yolunda bir iddia, bugüne kadar, ileri sürülmüş değildir.

Lâkin, biz, kendi hesabımıza, ortaya bu gibi bir tez atmaya cesaret ediyoruz. Fikrimizce ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetleri esasını Anayasanın bu maddesine istinat ettirmek mümkün ve caizdir.

Bu suretle, biz, ajan ve memurların, şahsî kusurlarından ötürü, şahsî mesuliyetleri esasına bir Anayasa prensipi mahiyet ve karakteri atfedilebileceğine inanıyoruz.

Gerçekten, kanaatimizce, Anayasamız bu maddesinde «Kanuna muhalif olan umurda emre itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz» demekle aşağıdaki hususları tesbit etmiş oluyor:

a) Bir kere «kanuna muhalif olan umurda âmir itaat» tan bahsetmekle, şüphe yok ki, Anayasa âmir tarafından bir emir verilmiş olması ihtimalini derpiş ediyor. Bu emrin ise kanuna muhalif olduğunu farzediyor, nihayet bu gibi bir emre itaat keyfiyetinin memuru mesuliyetten kurtaramıyacağını anlatıyor. Demek ki 94 üncü maddeye göre ortada âmir tarafından verilmiş bir emir mevcuttur, bu emir kanuna, daha doğrusu mevzuata, hukuka muhaliftir ve memur da bu emre itaat etmiş, bu emri yerine getirmek için icraata girişmiş, bir takım fiil ve hareketlere tevessül eylemiştir. İşte bu gibi bir hal memuru mesuliyetten kurtarmamaktadır.

b) Saniyen Anayasa «emre itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz» demekle, şüphesiz ki, bu gibi bir halde memurun mesul olacağını menfi surette anlatmış oluyor. Zira âşikârdır ki «emre itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz» demek; «emre itaat halinde memur mesuldür» demeye muadildir.

c) Salisen 94 üncü maddede bahse mevzu olan mesuliyetin doğrudan doğruya memurun şahsına muzaf bir mesuliyet olduğu, yani şahsî mesuliyetten başka bir şey olmadığı izahtan varestedir.

d) Bunun gibi bu mesuliyetin cezaî bir mesuliyet *olabileceği gibi, hattâ belki de daha ziyade, hukukî, yani medenî, malî bir mesuliyet şeklinde tecelli edeceği muhakkaktır.

Gerçekten kanuna muhalif her emir bir suç teşkil etmiyeceği gibi, kanuna mugayir herhangi bir emre itaat de her zaman bir suç olmıyabilir. Binaberin kanuna muhalif her emre itaat memurun behemehal cezaî mesuliyetini intaç etmiyebilir.

Bedihidir ki ancak ceza mevzuatı tarafından —cezaî bir müeyyideye bağlanmak suretiyle— menedilen hususlara müteallik emirler bir suç teşkil ederler ve yine âşikârdır ki, ancak bu gibi emirlere itaat memurun cezaî mesuliyetini intaç eyler. Halbuki bunun dışında kalan hallerde, yani, herhangi bir kanuna muhalif olmakla beraber, ceza mevzuatınca bir suç sayılmıyan hususlara müteallik emirlere itaat bir zarara sebebiyet verdiği takdirde, memurun cezaî mesuliyetini mucip olmamakla beraber hukukî, medenî, malî mesuliyetini müeddi olabilir.

Demek oluyor ki, 94 üncü maddede bahse mevzu olan mesuliyet umumiyetle cezaî mesuliyetten ziyade hukukî mesuliyet şeklinde tecelli eder.

e) Nihayet, biraz evvel arzettiğimiz üzere, Anayasamız 94 üncü maddeyi sevk etmekle, fikrimizce, ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetlerini —zımnen ve dolayısıyla de olsa— umumî bir prensip olarak kabul etmiştir.

Gerçi maddede doğrudan doğruya ve sarahaten sadece kanuna muhalif emre itaattan bahis vardır. Zahren Anayasa ancak bu halde memurun şahsî mesuliyetini kabul etmiş görünmektedir.

Lâkin, kanaatimizce —94 üncü maddenin ruhuna ve hattâ metnine göre— memurların kanuna muhalif icraatta buldukları, kanuna aykırı fiil ve hareketlere tevessül eyledikleri, kısaca şahsî bir kusur işledikleri sabit olan tekmil hallerde yine aynı hal suretinin —kıyasen ve hattâ evleviyetle— tatbik edilmesi lâzım gelir. Binaberin bütün bu hallerde memurların şahsî kusurlarından ötürü şahsî mesuliyetlerini umumî bir surette kabul etmek icabeyler. Bu itibarla Anayasamızın memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasını umumî ve şümulü bir prensip olarak kabul ettiğini söylemek yanlış olmaz herhalde!

Filhakika —yukarıda belirttiğimiz veçhile— Anayasamız, 94 üncü maddesinde, memurun kanuna muhalif bir emre itaat etmesini şahsî mesuliyetini mucip bir hal ve sebep telâkki ediyor.

Şimdi kendi kendimize şu suali soralım: «Acaba kanuna muhalif emre itaat niçin, Anayasamıza göre, memurun şahsî mesuliyetini mucip bir hal ve sebep sayılıyor?»

Çünkü Anayasa bu emrin kanuna muhalif olduğunu nazara alıyor. Bu cihetle —velev ki verilen bir emri yerine getirmek maksadiyle dahi olsun— memurun, bu emri tenfiz zımında, girişeceği icraatın, tevessül edeceği ef'al ve harekâtın —neticeten ve dolayısıyla— kanuna muhalif bir vaziyet ihdas edeceğini gözden kaçırmıyor.

Kısaca, Anayasamıza göre, kanuna muhalif emre itaat da —tıpkı emrin kendisi gibi— kanuna muhalif bir harekettir. Yani, kanuna mu-

halif emri yerine getirmek memura atfı gereken şahsî bir kusurdur. Binaenaleyh şahsî mesuliyetini intaç eyler.

Böyle olunca, yani Anayasa kanuna muhalif emre itaati memurun şahsî mesuliyetini intaç eden bir hal telâkki edince; ortada, herhangi bir âmir tarafından, verilmiş herhangi bir emir mevcut değilken veya bunun gibi bir emir mevcut olmakla beraber mezkûr emir kanuna hiç bir suretle mugayeret arzetmez iken memurun, kendiliğinden —kötü bir maksat ve niyetle, veya kin, garaz, husumet, kıskançlık... gibi hislerin tesiriyle, yahut da ihmali, teseyyübü, dikkatsizliği, tedbirsizliği, yüzünden —mevzuata, hizmet icap ve şartlarına aykırı ve yabancı icraatta bulunmasını, kanuna, fonksiyona mugayir ef'al ve harekâta tevessül eylemesini veya— kanuna hiç bir bakımdan mugayeret arzetmiyen, emre uyacak yerde, isteyerek veya istemiyerek emir dışına çıkmak, emri hiç nazara almamak, yahut emre karşı cephe almak ve emri ihlâl etmek suretiyle— yine mevzuata, hizmet kaide, icap ve şartlarına aykırı ve yabancı icraatta bulunmasını, kanuna, fonksiyona aykırı ef'al ve harekâta girişmesini 94 üncü maddede sarahaten derpiş olunan ilk hale —yani memurun kanuna muhalif emre itaat etmesi ihtimaline— nazaran çok daha ağır ve vahim bir hal saymak icabeder.

Elhasıl Anayasa ilk halde, yani kanuna muhalif emre itaat halinde, memurun şahsî mesuliyetini kabul ettiğine göre; şüphesiz ki, daha ağır ve vahim olduğu izahattan vareste bulunan, diğer hallerde memurun şahsî mesuliyetini evleviyetle kabul etmiştir.

Esasen Anayasa birinci halde memurun şahsî mesuliyeti esasını kabul ediyorsa bunun sebebi âşikârdır: Biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile Anayasamız kanuna muhalif emre itaat keyfiyetini de —tıpkı emrin kendisi gibi— kanuna muhalif bir hareket telâkki etmektedir. Halbuki kanuna uygun bir emre itaat edecek yerde bilâkis memurun emre riayet etmemesi, veya bu emri nazara almaması, yahut emir dışına çıkması, emri ihlâl eylemesi —tıpkı birinci halde olduğu gibi— yine kanuna muhalif bir hareketten başka bir şey değildir.

Şu halde birinci hal memurun şahsî mesuliyetini mucip şahsî bir kusur teşkil ettiği gibi; bu ikinci hal dahi, hattâ evleviyetle, memurun şahsî mesuliyetini intaç eden şahsî bir kusur sayılmak lâzım gelir. Nitekim, zannımızca, Anayasamızın bu basit mantık ve hakikati kabul etmediği hiç bir suretle iddia olunamaz. Bu itibarla Anayasamızın, 94 üncü maddeyi sevketmekle, kanuna muhalif emirlere itaat halinde olduğu gibi memurun kanuna, fonksiyona, hizmet kaide, icap ve şartlarına aykırı hareket ettiği sabit olan bütün hallerde, yani kendisine şahsî bir ku-

sur isnadı mümkün olan her hal ve kârda şahsan mesul olacağını zımnen ve dolayısıyla kabul ettiğini bihakkın iddia edebileceğimize kaniiz.

Elhasıl, fikrimizce, bunu açıkça ve doğrudan doğruya beyan etme-
mekle beraber; Anayasamız, dolambaçlı ve kapalı bir surette, memurlarını, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetleri esasını umumî bir prensip olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

Şüphe yok ki, Anayasamız bu prensipi daha açık ve daha direkt bir şekilde ifade edebilirdi. Şöyle ki, ajan ve memurların, icraat ve faaliyetlerinden dolayı, üçüncü şahıslara karşı hukukî mesuliyetlerini umumî bir prensip olarak vazedebilirdi. Daha doğrusu ajan ve memurların fonksiyonlarının icrası zımında veya fonksiyonlarının ifası sırasında veya herhangi bir âmme hizmetinin görülmesi münasebetiyle, şahsî kusurlarıyla üçüncü şahıslara ika ettikleri zararlardan dolayı, bu şahıslara karşı, şahsan, hukukan, malen mesul olacaklarını söyleyebilirdi². Nitekim İs-

2) Sırası gelmişken şunu kaydedelim ki: Fransada ajan ve memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasının temelini insan ve vatandaş hakları hakkındaki muhtelif beyannamelerle teşkilâli esasiye metinlerinde bulmak mümkündür.

Gerçekten *Duquil*'nin işaret ettiği üzere «memurun, şahsî kusurundan dolayı mesul olacağına dair Fransız metin ve kaynakları: beyannameler ve anayasalardır» (Sirey 1918. 2, 1).

Bunun gibi *Chardon*'a göre ajan ve memurların şahsî mesuliyetleri esasına daha Fransız ihtilâlinin iptidasında ilân edilmiş olduğu gibi; bilâhare bu esas beyannamelerin ve anayasaların ekserisinde yer almış bulunmaktadır. İşte ajan ve memurların şahsî mesuliyeti esası o tarihten bugüne kadar Fransız âmme hukukunun sasmaz bir prensipi olarak devam edegelmiştir (Du Cumul de la resp. 1939. sah. 25).

Müellife göre «memurların şahsî mesuliyetleri» esasına yer veren muhtelif beyanname ve anayasalar şunlardır:

1789 Beyannamesi (m. 15); 1791 Anayasası (Dibace III); 1793 Beyannamesi (m. 24 ve 31); 1793 Anayasası (m. 55, 71, 73, 83); yıl III Beyannamesi (m. 22); yıl III Anayasası (m. 200, 201; 323); yıl VIII Anayasası (m. 75); 1848 Anayasası (m. 68 § 1).

Bütün hukukcuların işaret ettikleri üzere «ajan ve memurların şahsî mesuliyetleri» esasını ilk olarak vazedən 1789 tarihli insan ve vatandaş hakları beyannamesinin 15 inci maddesi olmuştur. Gerçekten bu maddeye göre «cemiyet her âmme ajanından, idaresinin hesabını, sormak hakkını haizdir.»

Sayın Milletvekili Profesör Dr. *Nihat Erim*'in dedikleri gibi «beyannamenin 15 inci maddesi (cemiyet, her âmme memurundan idaresinin hesabını sormak hak-

viçre Federal Anayasasının 171 inci maddesinde, ve bunun gibi sair bir çok İsviçre Kanton Anayasalarında, kezalik daha bir çok memleket esas teşkilât kanunlarında memurun şahsî kusurundan mesuliyeti tasrih olunmuştur. (Secretan. J. D. T. 1933, s. 129 ve müt.)

Anayasamız bu yolu tutacak yerde 94 üncü maddeyi sevketmek suretiyle âdeta bir taşla iki kuş vurmaya tercih eylemiştir. Şöyle ki, fikrimizce, kanuna muhalif umurda âmire itaatın memuru mesuliyetten kurtaramıyacağını söylemekle hem umumî olarak memurların icraatından, fiil ve hareketlerinden, kısaca şahsî kusurlarından dolayı şahsî me-

kını halzdir) demekle memurların mesuliyeti esasını koymuş oldu.» (Âmme Hukuku Dersleri 1942, cilt I, s. 285).

İnsan ve vatandaşlar hakları beyannamesini şerheden Profesör *Eugène Blum*'a göre bu madde zarar gören her şahsa zararını tazmin ettirmek imkânını bahşeylemekte ve en küçük memurdan en büyüğüne —yâni nâzıra— kadar tekmlil âmme ajanlarının mesuliyetini kabul etmektedir. (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1909 4ème edit, sah. 262 ve müt).

Aynı beyannameyi tahlil eden muhterem hocamız Ord. Prof. Dr. *Charles Croizat*'a göre: diğer maddeler gibi 15 inci madde de yeni âmme hukukunun prensiplerinden birini teşkil eylemektedir. (Büyük Fransız ihtilâlinin âmme hukuku. Basma notları 1946 «tercüme» *Tarık Z. Tunaya* sah. 79 ve 80).

Hazırlamakta olduğu bir travay dolayısıyla muhtelif Fransız beyannamelerinde ve anayasalarında «ajan ve memurların şahsî mesuliyetleri» esasının kabul edildiğini gösteren maddeleri tesbit etmiş bulunan değerli dostum asistan *Tarık Zafer Tunaya*'dan öğrendiğimize göre ajan ve memurların şahsî mesuliyetine yakından veya uzaktan taallük eden metinler şunlardır:

1 — 1789 insan vatandaş hakları beyannamesi (m. 15: «Cemiyet, İdaresi hususunda, bütün memurlardan hesap sormak hakkını halzdir.»; 2 — 1793 Jironden beyanname projesi (m. 29): «Âmme fonksiyonlarının hudutları kanunla açık olarak tayin edilmedikçe ve bütün memurların mesuliyetleri temin olunmadıkça içtimal garanti mevcut olamaz.» 3 — 1793 Jakoben beyanname projesi (m. 31): «Halkın vekil ve ajanlarının suçları hic bir zaman cezasız kalmamalıdır. Hic kimse, kendini diğer vatandaşlardan daha masun sayamaz.»; 4 — 1795 (yıl III) Anayasası (m. 22): «Kuvvetler ayrılığı tesis, hudutları tesbit ve memurların mesuliyetleri temin edilmedikçe içtimal garanti mevcut olamaz.»; 5 — 1799 (yıl VIII) Anayasası (VI nci başlık): «Memurların mesuliyeti» hakkındaki maddeler. Ezcümle madde 75: «Nâzırlardan gayri hükümet ajanları, fonksiyonlarına müteallik fiillerden dolayı ancak Devlet Şûrasının kararına tevfikân takip olunabilirler: Bu takdirde, takibat âdil mahkemeler huzurunda cereyan eder.»; 6 — 1814 Anayasası (m. 21): «Nâzırlar, kanunları, fert ve âmme hürriyetini, vatandaşların haklarını ihlâl eden muamele-

suliyetleri esasını zımnen vazetmiş, hem de âmir tarafından verilmiş yol-suz emre itaat halinde memurun yine mesul tutulup tutulamıyacağı yolunda ortaya çıkan ikinci ve daha hususî bir meseleyi hal ile bu gibi bir vaziyette dahi yine aynı esasın carî olacağını, yani memurun yine şahsî mesuliyeti prensibinin carî olacağını sarahaten kabul etmiştir.

Görülüyor ki, Esas Teşkilât Kanunumuz bu madde ile ajan ve memurların «şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri» gibi gayet umumî ve şümüllü bir meseleyi, zımnen ve dolayısıyla olmakla beraber, müsbet surette hallettiği gibi; ajan ve memurların «kanuna muhalif emre itaat etmeleri halinde şahsî mesuliyetleri» gibi hususî ve istisnai bir meseleyi de, yine, ve fakat bu sefer sarahaten ve doğrudan doğruya, müsbet bir tarzda halletmiş bulunmaktadır.

lerinden mesuldürler»; 7 — 1815 İmparatorluk Anayasalarına zeyil. «IV üncü başlık»; «mesuliyet» hakkındaki maddeler. Ezcümle madde 50: «Hükümet ajanlarının ancak Devlet Şûrasının kararına tevfiikan takip olunabilecekleri hakkındaki VIII inci anayasasının 75 inci maddesi bir kanunla tadil olunacaktır.»; 8 — 1830 Charte'i. (m. 69): «Nazırlarla diğer âmme ajanlarının mesuliyetleri hakkında bir kanun vazolunacaktır.»; 9 — 1848 Anayasası (m. 68): «Reisicumhur, nazırlar ve diğer ajarlardan her biri, kendisine taallük eden, hükümet ve idare muamelelerinden mesuldürler»; 10 — 1852 Anayasası. (m. 1: «1789 da ilân olunan ve Fransızların âmme hukukunun temelini teşkil eden büyük prensipler Anayasaca kabul edilmekte, teyit olunmakta ve teminat altına alınmaktadır.»; 11 — İmparatorluk anayasası hakkındaki 1870 Sénatus-Consulte'i. (m. 1): «1789 da ilân olunan ve Fransızların âmme hukukunun temelini teşkil eden büyük prensipler, Anayasaca kabul edilmekte, teyit olunmakta ve teminat altına alınmaktadır.»

Fransada ajan ve memurların şahsî mesuliyetlerine müteallik metinlerin listesini tamamlamak için, zannımızca, yukarıda zikri gegen muhtelif beyanname ve anayasalara, aşağıda zikredeceğimiz alelâde kanunları da ilâve etmek lâzımdır:

1 — 7 ve 14/10/1790 tarihli kanun. (m. 61). Gerçekten mezkûr kanunun bu maddesine göre: «Hiç bir idare adamı —mafevk makam tarafından, kanunlara tevfiikan, adli mahkemeye sevkedilmis* olmadıkça— adli mahkeme nezdinde takip olunamaz.» Şüphe yok ki kanun idare ajanlarının ve memurların adli mahkemede takip olunabilmeleri için evvelemirde mafevk makamdaki bir karar, yani idareden bu hususta müsaade alınması lüzumunu tasrih etmekle aynı zamanda —dolayısıyla ve zımnen— adli takibat neticesinde ajan ve memurların mesuliyetlerine hükmedilmesini kabul ve teviz etmiş oluyor. Bu itibarla kanun ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetleri esasını kabul etmiş bulunuyor.

2 — 19/9/1870 tarihli kanun kuvvetini haiz kararname. (m. 1). Gerçekten 1870 mağlûbiyeti üzerine, 4 Eylül 1870 de, fiilen tesekkül eden muvakkat millî müdafaa hükûmeti tarafından 19/9/1870 tarihinde ısdar olunan ve bilâhara —1871 de

2 — Fikrimizce, Anayasamız gibi, «Memurin Kanunu» da memurların şahsî fiil ve kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasını, yine zımnen ve dolayısıyla, kabul etmiş bulunmaktadır.

Gerçekten 31/3/1926 tarih ve 788 numaralı Memurin Kanununun 40 ıncı maddesine göre: «Memur, emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayir olarak herhangi bir makam veya âmirinden bir emir telâkki edince onun ahkâma mugayeretini kendi âmirine bildi-

mîllî meclisin intihabı, yani teşri organının resmen tesekkülü üzerine—, fiilî hükümet tarafından ittihaz edilmiş olan tekmiil sair kararnameler gibi, Meclise sunulan; ve, bu kararnamelerin bir çoğu meclisçe iptal edildikleri halde, iptale uğrayanlar arasında yer almamak suretiyle teşri uzvunca zımnen tasdik edilmiş bulunan; ve böylelikle bir kanun mahiyet ve kuvvetini iktisap eden mezkûr kararname (décret-loi) yukarıda zikri geçen 1799 (yâni VIII inci yıl) Anayasasının 75 inci maddesiyle her sınıf memurlar aleyhindeki takibata engel olan gerek umumî gerekse hususî mahiyetteki bileümle kanun hükümlerini —hâkimlerin takibi hususundaki ahkâm müstesna— ilga etmiştir.

Görüldüğü üzere 19/9/1870 tarihli kararname memurların, adil mahkemelerde takip olunabilmeleri için evveleminde Devlet Şûrasından bu hususta bir karar, yâni bir müsaade alınması lüzumunu vazeden 1799 Anayasasının 75 inci maddesini ilga etmekle memurların adil mahkemeler huzurunda serbestçe takibi usulünü kabul etmiş ve binaberin memurların, şahsî kusurlarından ötürü, şahsî mesuliyetleri esasını, kayıtsız ve şartsız benimsemiş bulunmaktadır.

Şunu ayrıca kaydetmek isteriz ki: 1799 tarihli Anayasa 19/9/1870 tarihli kararnameden çok daha evvel ilga edilmiş ve ortadan kalkmış bulunuyordu. Gerçekten 1799 Anayasası, Restauration da, 1815 Anayasası tarafından tamamen ilga edilmiştir. Lâkin toptan ve tamamen ilga edilmiş bulunan bu anayasanın 75 inci maddesi, yeni Anayasa hükümlerine muhalif sayılmadığı için, bir teşkilâtî esasiye hükmü olarak değil de alelâde bir kanun hükmü olarak Fransada 1815 senesinden sonra kanun kuvvetini halz bir kararname, yani netice itibariyle, yine, bir kanun tarafından açık ve kesin olarak ilga edildiği 19/9/1870 tarihine kadar yaşamış ve tatbik edilegelmiştir. Bu itibarla 1799 tarihli Anayasasının 75 inci maddesine istinat eden ve memurlar için bir garanti teşkil eden ve «mütekaddim müsaade sistemi» diye anılan bu usul Fransada ancak 19/9/1870 tarihinden sonra ortadan kalkmıştır.

3 — Fransız Medenî Kanunu (m. 1382). Gerçekten Medenî Kanunun bu maddesine göre «sahsın herhangi bir fiil ve hareketi aharı ızrar ederse, kusur neticesi olarak zarara sebebiyet veren kimse bunu tazmin ile mükelleftir.» Bir çok hukukcuların, ezcümle Ducrocq, Esmein, A. Bonde'un işaret ettikleri üzere Medenî Kanunun bu maddesi gayet umumî ve mutlak olup alelâde vatandaşlar hakkında tatbik edildiği gibi ajan ve memurların kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararlara da sa-

rir. Âmiri ısrar ederse memur bütün mesuliyeti kendi âmirine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek o emri infaz eder. Bu misillü emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevattan bulunmaması lâzımdır. Aksi takdirde memur bu emri katiyyen infaz etmez ve daha yüksek makama keyfiyeti bildirmeye mecburdur.»

Türk müelliflerinin, ezcümle Sayın Ord. Prof. S. S. Onar'ın sırf merkeziyet ve hiyerarşi bakımından⁴ ve muhterem Ord. Prof. Tahir Tanerin münhasıran cezaî mesuliyet zaviyesinden⁵ ele aldıkları ve şerh ve tahlil eyledikleri bu 40 ıncı maddede, meşgul olduğumuz mesele yönünden üzerinde durulması gereken noktalar, fikrimizce, şunlardır:

a) Bir kere bu madde biraz evvel incelediğimiz Anayasanın 94 üncü maddesinin bir teyit, tavzih ve tatbikinden ibaret olup; 94 üncü madde hakkında söylediklerimiz bu madde için de aynen verittir. Yâni, zannımızca, bu maddeyi vazetmekle Memurun Kanununun —tıpkı Anayasanın 94 üncü maddeyi sevketmekle yaptığı gibi— doğrudan doğruya ve açıkça değilse bile, dolayısıyla ve zımmen, memurun, şahsî kusurundan dolayı şahsan mesul tutulacağını genel bir prensip olarak kabul ettiğini, aynı mucip sebebe binaen, iddia etmek mümkündür.

b) Saniyen şunu da kaydetmek lâzım gelir ki: 40 ıncı madde mer'î ahkâma mugayir bir emir telâkki eden memurdan, bu mugayereti âmirine bildirmesini isterken, şüphesiz ki, memura bir vecibe tahmil etmektedir. Yine şüphe edilmez ki, kanunun bu isteğinin kuru bir temenniden

müldür. Yâni, alelâde şahıslar gibi ajan ve memurları da —bu maddeye istinaden— kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararlardan mesul kılmak mümkündür. Böyle olmaması için bu madde hükmünü sarahaten bertaraf eden bir kanun metninin mevcut olması lâzım gelir ki: böyle bir metin mevcut değildir. (Ducrocq, Cours de Dr. adm. 6 edit. No. 593; Esmelin, Eléments de Dr. Const. t. II, p. 265; A. Bonde, Précis de Dr. Const. 1925, sah. 340-41).

4 — 14 Eylül 1941 tarihli Memurin Kanunu. (m. 24). Gerçekten Vichy hükümetinin eseri olan bu kanunun 24 üncü maddesi memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasını açık ve kesin olarak kabul etmiştir. Şunu ilâve etmek lâzımdır ki, mezkûr kanun Fransanın kurtuluşundan sonra ilga edilmiştir. (A. de Laubadère, Manuel de Dr. adm. 1946, s. 258).

5 — 14 Eylül 1941 tarihli kanun ilga edilmekle beraber onun yerine 19/10/1946 tarihli memurin statüsü hakkında kanun kaim olmuştur ki, buna göre de memurların şahsî kusurlarından şahsî mesuliyetleri kabul olunmaktadır.

3) İdare Hukuku 1942, sah. 379-381.

4) Türk Ceza Hukuku ve Kanunu Şerhi, sah. 370-377.

ibaret kalmayıp hukukî bir mâna ve değeri olabilmesi için 40 ıncı maddenin bir müeyyidesi bulunması zarurîdir. Ancak bu takdirde Memurun Kanununun memura hakikî bir vecibe yüklediği ve bu itibarla maddenin hukukî bir mâna ifade ettiği söylenebilir. Nitekim, kanaatimizce, 40 ıncı maddenin bir müeyyidesi vardır. Bu da, esasen Anayasa tarafından vaz edilmiş bulunan müeyyideden başka bir şey değildir. Yâni Memurun Kanununun 40 ıncı maddesinin müeyyidesi: Anayasanın 94 üncü maddesiyle vazolunan şahsî, hukukî (malî, medenî) mesuliyetten ibarettir. Bu, böyledir ve böyle olmak icabeder.

Çünkü —evvelce belirtmiye çalıştığımız üzere— Anayasa mevzuata mugayir emirlere itaatın memuru mesuliyetten kurtarmıyacağını söylemekle bu gibi bir hali memurun şahsî mesuliyetini mucip bir sebep olarak kabul etmiştir. Şu halde aynı meseleyi daha hususî ve müşahhas bir surette tanzim eden Memurun Kanununun Anayasaca vazolunan bu esasî benimsediği, muhafaza ve ipka eylediği muhakkaktır.

Elhasıl Memurun Kanununun da, tıpkı Anayasa gibi, mevzuata mugayir bir emre itaat keyfiyetini memurun şahsî mesuliyetini müeddi bir hal ve sebep olarak kabul ettiği âşikârdır. Nitekim 40 ıncı maddede âmirin ısrarı halinde memurun «*bütün mesuliyetin kendi âmirine ait ve münhasır olacağını*» tahriren bildirmek suretiyle emri infaz etmesinden bahsetmesi de, aksi takdirde, yani mugayir emrin memur tarafından, bu lâzimeye riayet edilmeksizin, tenfizi halinde, münhasıran âmirin değil, —belki onun yanında ve onunla birlikte— memurun da şahsan mesul olacağını açıkça göstermektedir.

Hattâ, kanunen cürüm, daha doğrusu suç teşkil eden bir emir bahse mevzu olduğunda bir memurun, mesuliyetinin münhasıran âmire ait olacağını tahriren bildirmek suretiyle dahi şahsî mesuliyetten kurtulamayacağı kanunda yazılıdır. Demek oluyor ki, bu gibi bir emri infaz —kanuna göre— memurun şahsî mesuliyetini müeddi bir haldir. Nasıl ki —yine maddenin son fıkrasına göre— memurun, kanunen suç teşkil eden bir emri infaz etmemekle iktifa eylemeyip keyfiyeti daha yüksek makama bildirmeye mecbur tutulmasından, bu gibi bir mecburiyete uymıyan memurun, bundan dolayı, yine şahsan mesul olacağı anlaşılıyor.

Elhasıl, kanaatimizce, Memurun Kanunu zahiren «ahkâma mugayir bir emrin infazı» gibi sırf muayyen, müşahhas, hususî, istisnâî bir halde memurun şahsî mesuliyeti meselesiyle meşgul oluyor ve münhasıran bu gibi bir halde memurun şahsî mesuliyetini kabul ediyor görünmekle beraber; hakikatte, bu maddesiyle memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasını gayet umumî ve şümüllü bir prensip olarak kabul etmiş oluyor.

3 — Memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri esasının mevzuatımız tarafından, genel bir prensip olarak, kabul edildiğini, başka bir yoldan da isbat edebileceğimizi sanıyoruz. Şöyle ki, zannımızca, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun* hâkimlerin, kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri hakkında vazettiği ahkâmdan, Türk hukuk mevzuatında, âmme ajanlarının ve memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri prensipinin, umumî olarak, kabul edildiği neticesini çıkarmak mümkündür.

Gerçekten H. U. M. Kanununun 573 ve müteakip maddelerinde hâkimlerin kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı şahsî ve malî mesuliyetleri kabul edilmiş bulunmaktadır.

İşte kaza fonksiyonu gibi doğrudan doğruya millet namına icra olunan ve bu itibarla, tıpkı teşri fonksiyonu gibi, millî hâkimiyetin bilâvasıta bir sureti istimali ve tecellisi sayılan bir görevden dolayı ve kanunî bir gerçek, hattâ mahzî hakikat telâkki olunan, kaziyei muhkeme teşkil eden, binaberin kat'î ve nihai şeklini aldıktan sonra artık hiç bir suretle değişmesi, geri alınması mümkün olmıyan, ne hâkim, ne başka kimse, hattâ ne teşri ne icra organı tarafından tebdili, tagyiri, tehiri, kaldırılması, mümanaat edilmesi hiç bir veçhile, mevzuubahs dahi olmıyan bir tasarruftan ötürü bu fonksiyonu icra eden, bu tasarrufu yapan hâkimin şahsî kusuruna binaen, şahsî mesuliyeti mevzuatımızda kabul edildiğine göre, mesuliyet esasiyle bağdaşması hiç de bu kadar nazik ve müşkül bir mesele olmıyan idare fonksiyonu sahasında, yani idarî bir faaliyetin icrası zımında, bir âmme hizmetinin ifası sırasında, idarî bir fiil ve tasarruf münasebetiyle bir idare ajanının veya bir memurun, işlediği şahsî bir kusurdan dolayı, şahsan mesul olacağı elbette ki hukuk sistemimizde, yine ve hattâ evleviyetle, kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Fikri Faik Güngören - Suat Hayri Ürgüplü ve Hurrem Şeren dâvasını tetkik ve rüyet eden İstanbul asliye 11 inci hukuk mahkemesinin değerli ve muhterem yargıcı B. Müfit Erkuyumcu Türk hukuk sisteminde ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetlerini, ayrıca H. U. M. Kanununun 573 üncü maddesine atıf ve kıyas suretiyle, izah eylemekle bu fikre taraftar görünüyorlar.

Gerçekten sayın hâkime göre: «H. U. M. Kanununun 573 üncü maddesindeki sebeplerden dolayı yargıçlar hakkında... tazminat dâvası açılabileceği... istisnaen kabul edilmiştir. Bu maddenin 2 numaralı bendinde sarahati kanuniyeye mugayir olarak karar veren yargıçlar aleyhine dâva açılabileceğinin yazılı olması ve yargıçlar hakkında şahsan dâva açılmasını kabul eden vazii kanunun sarahati kanuniyeye aykırı hare-

ket eden memurlar aleyhine dâva açılmasını menetmeyi düşünemeyeceği bedihi» dir.

Vâkıâ, görüldüğü üzere, değerli hâkim kıyası sadece 573 üncü maddenin 2 numaralı bendinde sözü geçen (sarahati kanuniyeye mugayeret)ce istinat ettiriyor. Fakat sayın yargıcın, 2 numaralı bentte tasrih olunan kusur hakkında, serdettikleri bu kuvvetli ve mukni mucip sebebi, umumî olarak, hâkimin fonksiyonu dolayısıyla işlediği tekmil kusurlara teşmil etmemek ve bu itibarla hâkimlerin şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetleri kabul edildiği gibi ajan ve memurların da, idare fonksiyonu zımında, işledikleri bütün şahsî kusurlardan şahsan mesul tutulmaları lâzım geldiğini iddia etmemek için hiç bir sebep yoktur.

İşte bu mülâhaza iledir ki biz, kendi hesabımıza, Türk hukuk sisteminde hâkimlerin, şahsî kusurlarından dolayı, —velev ki istisnaen dahi olsa— şahsî mesuliyetleri kabul edildiğine göre; ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetlerinin evleviyetle, genel bir surette, kabul edildiğine kani bulunuyoruz.

4 — Fikrimizce memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsan mesul tutulmaları lüzumunun mevzuatımızca kabul edilmiş olduğunu gösteren başka bir emare ve delil daha vardır. Bu da, zannımızca, *Devlet Şûrası Kanunumuzun* 23 üncü maddesinin A fıkrasında bahsi geçen «idarî fiil ve karar» kaydır.

Gerçekten idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından —idare aleyhine— açılacak tam kaza dâvalarından bahseden bu fıkrada işaret edildiği üzere Devlet Şûrasında bu gibi bir dâvanın açılabilmesi için evvel emirde bir hakkın *idarî* bir fiil veya karardan muhtel olması zarurîdir. Yâni şikâyeti mucip fiilin idarî bir mahiyet arzemesi, kısaca idarî bir fiil olması icabeder.

Halbuki şahsî kusur ajanın şahsına isnadı gereken şahsî bir fiilden ibaret olup hiç bir suretle idare hukuku çerçevesine giren bir hâdise, kısaca bir idarî fiil teşkil etmemektedir.

Şu halde —Devlet Şûrası Kanunumuza göre—, şahsî bir kusurdan dolayı bir hakkın muhtel olması halinde —ortada idarî bir fiil mevcut olmadığına nazaran— Devlet Şûrasında idare aleyhinde idarî bir dâva, yani bir tam kaza dâvası açmaya imkân da yok demektir.

Lâkin, âşikârdır ki, Devlet Şûrası Kanunu ancak idarî fiil ve kararlardan dolayı bir hakkın muhtel olması halinde idare aleyhine idarî bir dâva açılabileceğini söylemekle kendi şahsî kusuruyla bir hakkı ihlâl eden, bir zarara sebebiyet veren bir idare ajanının veya bir memurun —her zarar failinin zararından mesul olduğu gibi— bu hakkı tamir, bu zararı

tazmin ile mükellef olması lâzım geleceğini red ve inkâr etmiş sayılmaz.

Binaenaleyh yukarıdaki ihtimalde, yani bir idare ajanının veya bir memurun, tamamen şahsî bir kusuru yüzünden bir hakkı çiğnemesi, bir zarara sebebiyet vermesi halinde Devlet Şûrası Kanunumuzun —ortada idarî bir fiil mevcut olmadığına göre— hakkı muhtel olan, zarara uğrayan şahıs tarafından idarî mahkemede idare aleyhine, idare hukuku esaslarına tevfiikan, idarî bir dâva açılmasına cevaz vermemekle beraber, alâkadarın, şahsî kusuruna binaen fail, yani ajan ve memur karşı zihlî mahkemede, âdi hukuk kaidelerine tevfiikan, alelâde bir hukuk (tazminat) dâvası açabilmek imkânını mahfuz tuttuğu muhakkaktır. Hattâ Devlet Şûrası Kanunu, 23 üncü maddesinin A fıkrasında, ancak idarî bir fiilden dolayı herhangi bir hakkı muhtel olanlar tarafından Devlet Şûrasında —tabiatıyla idare aleyhinde— idarî bir dâva açılabileceğini tasrih etmekle; şüphesiz ki aynı zamanda idarî bir fiilden değil de şahsî bir kusur ve fiilden muhtel olması halinde bu dâvanın, idarî kazanın tetkik ve rüyet sahasına dahil idarî ihtilâflar kategorisi haricinde kaldığını, kısaca bunun idarî bir dâva sayılamıyacağını, binnetice bu gibi bir şıkta mesuliyetin —her zarar failinin, ika ettiği zararı tazminle mükellef olduğu yolundaki genel hukuk prensipi gereğince— artık idareye değil, şahsî kusur failine, yani ajan ve memurun şahsına teveccüh edeceğini zimnen anlatmış bulunmaktadır. İşte kanaatimizce Devlet Şûrası Kanunu, âdeta bir taşla iki kuş vurarak; bir taraftan idarî bir fiilden, ez-cümle bir hizmet kusurundan dolayı bir hakkın muhtel olması halinde idare aleyhine idarî bir dâva açılabileceğini açıkça söylerken, diğer taraftan da şahsî bir fiil ve kusurdan dolayı bir hakkın ihlâl olması halinde ajan ve memur aleyhinde bir hukuk (tazminat) dâvası açılabileceğini zimnen ifade etmiş oluyor.

Bu itibarla Devlet Şûrası Kanunumuzun da ajan ve memurların, şahsî kusurlarından dolayı, şahsî mesuliyetleri esasını, zimnen ve dolayısıyla da olsa, kabul ettiğini bihakkın iddia edebileceğimizi sanıyoruz.

Bu suretle, şahsî kusurun ajan ve memurların şahsî mesuliyetini mucip bir hal ve sebep teşkil ettiğini, mevzuatımız bakımından, göstermiş ve aynı meseleyi şimdi de doktrin ve jürisprüdans zaviyesinden tetkik etmek fırsatına kavuşmuş oluyoruz.

C — Gerek Fransız, gerek Türk doktrini ajan ve memurun, şahsî kusurundan dolayı, şahsî mesul tutulabileceğini müttefikan kabul etmektedir.

5) Dikkat edilecek olursa görülür ki yukarıda şahsî kusurdan dolayı ajan ve memurun şahsî mesuliyetinden bahsederken Fransız ve Türk doktrininin şahsî ku-

Bu mesele ile meşgul olan bütün *Frasız müellifleri*, istisnasız, bu kanaattedirler. Bu itibarla bunların bu husustaki düşüncelerini ayrıca kaydetmiye lüzum görmüyor ve klâsik eserlere atıfta bulunmakla iktifa ediyoruz.

Türk müelliflerine gelince; şahsi kusur ve şahsi kusurdan mütevellit mali mesuliyet meseleleri, Türk hukuk doktrin ve tatbikatında fazlasıyla işlenmiş birer konu olmadıkları için memleketimiz hukukçularının bu baptaki düşüncelerinin neden ibaret olduğunu tesbit etmek bize faydadan hâli görünmüyor. Bu cihetle şahsi kusurdan mütevellit mesuliyet meselesiyle meşgul olan Türk müelliflerinin noktai nazarlarını alfabetik sıra dairesinde aşağıya aynen nakl ve dercediyoruz.

1 — Meselâ memurun şahsi kusurundan dolayı şahsi ve mali mesuliyetini, gerek eski gerekse yeni hukukumuzda göre, inceliyen muhterem hocamız Ord. Prof. *Ali Fuat Başgil* diyorlar ki: «Eski hukukumuzda Devlet işlerinde fert için hasil olan zarardan o işi ifa eden memur veya mümessil mesul olurdu. Tabii kusuru varsa. Eğer memura hiç bir veçhile kusur isnadı kabil değilse; yani memur tamamiyle kanun ve nizam dairesinde hareket etmiş de bundan şahıs hesabına bir nevi zarar husule gelmiş ise, memur için de mesuliyet mevzuubahs olmaz. Çünkü (cevazı şer'i zımanâ münafidir); yok eğer memur hareketinde (cevazı şer'i) haddini aşmış, kanun ve nizam dışında hareket etmiş ise, *şahsan kusur işlemiştir*, fiiliyle yaptığı zararı şahsan ödemiye mecbur olur. Çünkü memur kanun ve nizam dairesinde hareket etmek şartıyla ve böyle hareket ettiği müddetçe memurdur. Ve yalnız bu sıfatla yaptığı işlerden dolayı kanunun himayesi altındadır. Mecelle hukukunda (raiyye üzerinde tasarruf maslahata me'nut) olduğundan memurun kanun dışın-

surun behemehal ve münhasıran ajan ve memurun mesuliyetini intaç ettiğini mütefikan kabul ettiğini iddia etmeyip; sadece doktrinin ajan ve memurun, şahsi kusurundan dolayı, şahsan mesul tutulabileceğini kabulde ittifak ettiğini söyledik. Gerçekten bazı müellifler ajan ve memurun şahsi kusurundan idarenin de, ajan ve memurlarla birlikte birinci veya ikinci derecede, mesul olması lâzım geldiğini iddia ediyorlar. Bu itibarla bu müellifler şahsi kusurun behemehal ve münhasıran ajan ve memurun şahsi mesuliyetini intaç ettiğini kabul etmeyip; dâvacı isterse —şahsi kusurdan dolayı— ajan ve memur yerine veya ona muvazi olarak idare aleyhine bir tazminat dâvası açabileceğini, su halde ajan ve memurun, şahsi kusurundan dolayı, otomatik surette mesul olmayıp dâvacının arzusuna göre mesul tutulabileceğini ileri sürüyorlar.

daki hareketi maslahat icabından değildir ve binaenaleyh memurluk sıfatına yabancıdır»⁶.

Elhasıl, sayın Profesöre göre, «iki şıktan biri caridir; ya, memur kanun ve nizam dahilinde, yani haiz olduğu vekâletin' şümulü dairesinde hareket etmiştir; yahut da bu hududu aşmıştır. Eğer kanuna ve nizama uygun bir surette hareket etmiş ise, bu hareketiyle başka bir şahsa zarar vermiş olsa bile bundan mesuliyet doğmaz. Çünkü (cevazı şer'i zımana münafidir) yâni kanun dahilinde vaki olan hareketten doğan zarar ödenmez. Çünkü bu hareketi kanun emretmiş veya müsaade etmiştir. Kanunun emrine veya müsaadesine imtisal mesuliyet değil, vucub ifade eder. Yok eğer, memur kanun ve nizama *uygun olmayan bir fiil ile* başkasına zarar vermiş ise bundan Devlet değil, *şahsan kendisi mesul olur*. Çünkü (raiyye üzerinde tasarruf maslahata menuttur) binaenaleyh memur vazifesini ifa sırasında başkalarına zarar vermiye asla mezun değildir. Zarar vermiş ise, izin ve icazet hududunu aşmıştır. Fiilinden şahsan kendisi cevap verir.»

Eski hukukumuzda göre memurun şahsî kusurundan doğan malî mesuliyet meselesini böylece inceliyen muhterem hocamız şu neticeye varıyorlar ki: 1284 te Şûrayı Devlet kurulduktan, hattâ Kanunu Esasî kabul edildikten sonra dahi «Mecelle hukukunda, memuriyeti ifa sırasında ika ettiği zarardan *şahsan memur mesuldür*, asla Devlet değil. Çünkü Mecelle hukukunda (bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz). Mademki mevzuubahs olan zarar memurun fiiliyle vukua gelmiştir, şu halde mesul olan memurdur. Âmir, yani burada Devlet, hiç bir zaman mücbir olamaz. Çünkü Kanunu Esasînin 41 inci maddesi mucibince, memurun âmirine itaatı kanun dairesine münhasırdır. Ve kanun dairesindeki emirde asla cebir mahiyeti yoktur. Bilâkis bu emre itaat vazifedir. Fakat (hilâfı kanun umurda âmire itaat mesuliyetten kurtulmaya medar olamaz) yâni kanun hilâfında hareket âmire itaat etmek demek olmaz; şahsî bir hareket olur ve şahsan memur mesul olur.

Bundan başka, yine Mecellenin bir diğer kaidesi mucibince bir işte (mübaşir ile mütesebbip müçtemi oldukça hüküm mübaşire, yani faile

6) Devletin ve diğer âmme hükmlî şahıslarının mesuliyeti meselesi, sah. 8.

7) Gerçekten Profesöre göre: «Bütün eski devirler hukukunda olduğu gibi, Türkiyemizin eski islâmî hukukunda da memur ile Devlet, yâni (hukukî hükümdarı) ye sahip hükümdar arasındaki münasebet bir nevi vekâletten başka bir şey değildir. (sah. 14).

8) Aynı eser, sahife 14.

muzaf kılınır). Memurun âmme hizmeti sebebiyle bir şahsa ika ettiği zararda bu zararın mübaşiri, yani faili daima memurdur. Devlet ise nihayet bir mütesebbip telâkki olunabilir. Buna göre de *mesuliyet* Devlete değil, *memura râci* olur. İlâve edelim ki Mecelle hukukunda memur yalnız kastan yaptığı zarardan değil, ihmal ve teseyyübü ile vukua getirdiği zarardan da mesul olur; çünkü (mübaşir, yani fail müteammit olmasa da zamin olur). Bütün bu hükümleri Mecellenin demin söylediğimiz iki büyük kaidesi züpteler: (Cevazı şer'i zımana münafidir) ve (raiyye üzerinde tasarruf maşlahata menuttur⁹).

Şahsi kusurdan mütevellit mesuliyeti eski hukukumuz zaviyesinden mütalâa ettikten sonra aynı meseleyi yeni hukukumuz yönünden tetkik eden Profesör Başgil aynen buyuruyorlar ki: «Kusurun şahsi veya idarî cimasının tefriki idarenin veya memurun şahsan mesuliyetinin tâyini noktasından mühim olduğu gibi, kazaî salâhiyet noktasından da mühimdir. İdarî kusurdan doğan mesuliyetin tayini Devlet Şûrasına, şahsî kusurun mesuliyetini tayin ise adli mahkemelere aittir.

Şu halde idarî veya adli mahkemeler, idareyi alâkalandıran bir tazminat dâvasıyla karşılaştıkları zaman, her şeyden önce tazminata sebep gösterilen fiil sabit olsa idi, idareye mi yoksa memura mı isnadı kabil olurdu, meselesini halletmeleri lâzımdır. Tazminata sebep gösterilen fiil şahsî ise Devlet Şûrası, idarî ise adli mahkeme ademi salâhiyete karar verecektir.

Demek ki, *kusur* hizmette ise zararı hazine, *memurda ise şahsan memur tazmin edecektir*. Kusurun ve mesuliyetin şahsi ve idarî diye tefriki mantıkan bu neticeye götürmektedir¹⁰. Görüldüğü üzere A. F. Başgil, şahsi kusurun memurun şahsî mesuliyetini mucip olacağını ve bu mesuliyete adli mahkemece hükmolunacağını söylemektedir; ki —birazdan göreceğimiz üzere— diğer hukukçular da tamamen bu fikirdedirler.

2 — Nitekim, J. Sudre'nin «mukaveleler hususunda Devlet Şûrasının salâhiyeti» adlı eserini, kıymetli haşiyeler ilâve etmek suretiyle, Türkçeye çeviren Devlet Şûrası âzâlarından sayın H. Hüsnü Berker «memurun şahsî mesuliyeti» serlevhasını taşıyan bir haşiyesinde diyorlar ki: «Âmme kudretinin mesuliyetine jürisprüdansla verilmiş olan inkişafa rağmen Fransa âmme hukuku *memurun şahsî mesuliyetine* mühim bir yer bırakmaktadır. Memur, mesleğinin devamı esnasında bir ferdin zararına sebep olabilir, camianın menfaatlerine mühim surette dokunabilir,

9) Aynı eser, sahife 16

10) Aynı eser, sahife 31.

Ceza Kanuniyle menedilmiş olan bir fiili dahi irtikâp edebilir. O halde, âdi hukuka muhalif olan ve hizmetlerin iyi işlemesi, zaruret ve icaplarıyla vaz ve tayin edilmiş bulunan hususî mesuliyetlere düçar olur".»

Yine sayın Berker «memurun üçüncü şahıslar karşısında mali mesuliyeti» serlevhasını taşıyan haşiyelerinde aynen buyuruyorlar ki: «Üçüncü şahıslar karşısında *malî mesuliyet vardır... O mesuliyetler, ancak bir şahsî hatâ (faute personnelle) dolayısıyla olabilir* ve yalnız adli mahkemeler huzurunda mevkii fiile konulabilir".»

3 — Muhterem hocamız Ord. Prof. Sıddık Sami Onar da ajan ve memur tarafından işlenmiş şahsî kusurun ajan ve memurun şahsî mesuliyetini intaç edeceğini bu konuya müteallik muhtelif yazılarında en açık ve kesin surette belirtmektedirler.

Meselâ 1933 te neşrettikleri «İdare Hukuku» notlarında «idare sahasındaki faaliyetlerinden dolayı memurun şahsan mesul olup olmaması meselesini tetkik» eden hocamız aynen şöyle diyorlar: «Memurların işlemiş oldukları zararlı fiillerden dolayı *aleyhlerine doğrudan doğruya dâva açılması gayet tabii* ve hattâ insiyakî bir keyfiyettir".»

Yine aynı eserlerinde sayın Profesör buyuruyorlar ki: «Memurun şahsî bir fiili âmme hukuku hâdisesi teşkil etmez. İdarî bir şekle konulmak istenilse de memurun şahsî kusurundan doğan ve şahsî fiiller adedilen hâdiseler idare hukukunun ve idarî kazanın haricinde kalan ve hususî hukuku, adli kazayı alâkadar eden fiili vaziyetlerdir. Binaenaleyh böyle bir fiil işliyen memur, *mutazarrır olanlar tarafından*, adliye mahkemeleri huzurunda ve borçlar hukukunun *haksız fiiller hükümleri dairesinde* takip edilir".»

Aynı meseleye «memurların muamelelerinden Devletin mali mesuliyeti» adlı konferanslarında temas eden hocamız, bir «fiilin memurun şahsî bir fiil ve kusuru mu, yoksa idarî bir fiil ve kusur mu olduğunun tayini keyfiyetinin büyük bir ehemmiyeti» haiz olduğunu kayıt ile diyorlar ki: «Eğer fiil ve kusur hizmetle alâkadar bir mahiyet arzetmiyorsa —biz ilâve ediyoruz: yâni fiil şahsî bir fiil ve kusurdan ibaret ise— bu, alelâde *haksız bir fiildir* ve *Borçlar Kanunu hükümleri dahilinde* adliye mahkemeleri tarafından tetkik edilir".»

11) «Mukaveleler hususunda Devlet Şurasının salâhiyeti» ikinci tabı 1942; 62 nci sahife altındaki 28 numaralı not, sahife 63-64.

12) Aynı eser, 28 numaralı not, sahife 66.

13) İdare Hukuku notları, 1933, sümestr 3-4, sahife 183.

14) Aynı eser; sahife 188.

15) Üniversite Haftası, 1941, sah. 267.

Görülüyor ki S. S. Onar, yukarıdaki mütalâalarıyla, şahsi kusurun, memurun —Borçlar Kanunu, daha doğrusu haksız fiil hükümleri daire-sinde— şahsi mesuliyetini mucip olacağını kabul etmektedir; ki maksadımız da, esasen, profesörün düşüncelerinin bu merkezde olduğunu isbattan ibaret idi.

4 — «Temyiz Mahkemesi» adlı değerli ve istifadeli eserlerinde incelemekte oldukları asıl konu ile ilgili bir çok idare hukuku meselelerine, sırası geldikçe, temas eden ve bunlar hakkında büyük bir vukufa sahip olduklarını isbat eden sayın Cumhuriyet Başmüddeiumumî muavini Bayan *Nejat Özoğuz* Temyiz Mahkemesinin merci tayini vazifesini tetkik ve hususiyile adli ve idarî kaza arasında çıkan vazife ihtilâflarından bahsederlerken istitraten şahsi kusur meselesine de temas buyuruyorlar ve diyorlar ki: «İdare hukuku prensiplerine ve Devlet Şûrasının tekarrür etmiş içtihadına göre memurun *şahsi ikusurundan* doğan zarar ve ziyan dâvalarına bakılması idarî mahkemelerin değil *adli mahkemelerin sa-lâhiyeti dahilindedir*».

Şüphe yok ki değerli hukukçu memurun şahsi kusurundan doğan zarar ziyan dâvasının adli kazaya aidiyetini beyan etmekle şahsi kusurdan mütevellit malî mesuliyetin memura ait olduğunu ve husumetin de memurun şahsına teveccüh edeceğini anlatmış oluyorlar.

5 — Muhterem Ord. Prof. *Vasfi Râşit Seviğ* de «Kısa İdare Hukuku» adlı değerli ve müfit eserlerinde memurların mesuliyetini inceledikleri sırada: «Her memur *şahsi hatâsından* (şahsi kusurundan) doğan zararlardan *mesul edilebilir*,» diyorlar ve ilâve ediyorlar: «Bu hata (yâ-ni şahsi kusur) memuru adliye mahkemeleri huzurunda *mesul kılar*; bu mesuliyet *medenî hukuka ait bir mesuliyettir*».

Görülüyor ki Ord. Prof. Seviğ de şahsi kusurun memurun şahsi mesuliyetini müeddi olacağını açıkça kabul etmektedir.

6 — «Devlet aleyhine dâvalar» adlı etütlerinde şahsi kusur meselesine temas eden Devlet Şûrası sabık reislerinden Sayın Bay *Saffet Tun-cay*, Devlet Şûrası içtihatlarına göre memurların şahsi kusurları dola-yısıyla doğan zararları Devletin zamin olmadığını kaydettikten sonra diyorlar ki: «Fakat böyle bir içtihadın müesses olması fertler için bu kabil ahvalde zıman imkânını selbedecek bir mahiyet arzedemez. Böyle vaziyetlerde fertler için müracaat yolu, memura suç isnadı suretiyle onu

16) Temyiz Mahkemesi 1944, sah. 50.

17) Kısa İdare Hukuku 1943, sah. 33.

cezaî takibata sevk etmek ve suçu hükmen tesbit ettirdikten sonra zararlı adli kaza vasıtasıyla şahsan memurdan tazmin ettirmekten ibarettir".

Görüldüğü üzere sayın hukukçuya göre şikâyeti mucip fiil, memura atfı gereken, şahsî bir kusurdan ibaret bulunduğu takdirde bu şahsî kusurdan dolayı Devleti mesul tutmak mümkün olmadığı halde; mutazarrır fert —bu kusurdan dolayı— doğrudan doğruya memura karşı dâva açabilir ve ondan, zararını şahsan tazmin etmesini isteyebilir.

Bununla beraber, sayın Tuncay şahsî kusuru, her nedense, ceza hukuku bakımından mütalâa etmekte; bu suretle zihinlerde bir şüphe ve tereddüdün uyanmasına sebebiyet vermektedir. Şöyle ki: Muhterem hukukçu, memura isnat olunan her şahsî kusur, sanki —ceza mevzuatına göre— her hal ve kârda ve bizzarure, bir suç teşkil edecekmiş gibi; memurun şahsî kusurundan mutazarrır olan ferdin, bu zarar dolayısıyla bir tazminat elde edebilmesi için, mutlaka memura bir suç isnat etmesi lâzım geldiğini, onun aleyhinde cezaî takibatta bulunması icap ettiğini ve ancak, suçu hükmen tesbit ettirdikten sonra, ayrıca adli mahkemede memur aleyhine bir tazminat davası açması iktiza eylediğini âdeta işrab eder şekilde çok umumî, mutlak ve kat'î bir ifade kullanıyorlar.

Halbuki, söylemiye dahi hacet yoktur ki, memurun her şahsî kusuru behemehal bir suç teşkil etmez. Memurun, herhangi bir zarara sebebiyet veren, herhangi bir şikâyeti mucip fiili, ceza mevzuatınca, suç sayılan bir fiil, kısaca bir suç teşkil etmediği halde; sadece, Borçlar Kanunu gereğince, bir haksız fiil teşkil edebilir. Bedihîdir ki suç teşkil etmemekle beraber bir haksız fiil şeklinde tecelli eden bir şahsî fiil, şahsî kusur da yine memurun şahsî mesuliyetini müeddi olur ve bu gibi bir fiilden dolayı mutazarrır fert —memura hiç bir suç isnat etmeksizin, cezaî takibatta bulunmaksızın ve bir suçun mevcudiyetini hükmen tesbit ettirmeksizin— doğrudan doğruya adli mahkemede —yani hukuk mahkemesinde— bu şahsî kusurdan, yani haksız fiilden dolayı memur aleyhine bir tazminat dâvası açabilir ve ondan doğrudan doğruya zararının tazminini isteyebilir.

Bu itibarla Sayın Tuncayın, bizimle beraber, her şahsî kusurun muhakkak surette bir suç teşkil etmeyeceğini; binaberin memurun şahsî kusurundan zarar gören şahıs için behemehal, işaret ettikleri yola müracaat mecburiyeti olmadığını; başka bir söyleyişle şahsî kusurdan doğan bir zarardan dolayı memurdan tazminat elde edebilmek için alâkadarın, daha evvel ve bizzarure memura suç isnat etmek, memur aleyhinde cezaî takibatta bulunmak, suçu hükmen tesbit ettirmek zorunda bulunmadı-

ğını; bu gibi bir yola zarara sebebiyet veren şahsî kusurun aynı zamanda bir suç teşkil etmesi halinde müracaat olunacağını kolaylıkla teslim edeceklerinden emîn bulunuyoruz.

Dediğimiz gibi böyle bir şüphe ve tereddüt ancak müellifin ifadelerine okuyucunun lüzumundan fazla umumî, mutlak ve kat'î bir şekil vermelerinden ileri gelebilir.

Esasen biz burada şahsî kusurdan dolayı memurun ne gibi bir usule tevfikane ve ne gibi bir müracaat yoluyla mesul tutulacağını araştırmayıp sadece Türk doktrinde şahsî kusurun, memurun şahsî mesuliyetini müeddi olacağı esasının kabul edildiğini göstermek istiyoruz ki; sayın Tuncayın da —ifadelerinin şekli ne olursa olsun— şahsî kusurdan dolayı memurun şahsî ve malî mesuliyetini kabul ettiklerinde şüphe yoktur.

7 — Türk hukuk sistemine göre, şahsî kusurun ajan ve memurun şahsî mesuliyetini mucip olacağını Dr. Zühtü Tarhan da kaydediyor. Gerçekten değerli arkadaşımıza göre: «bir idare ajanına karşı, şahsî kusurdan dolayı, tevcih olunan *mesuliyet dâvası* adli mahkemelere ait¹⁹⁾» olup; bir âmme hizmetinin kötü işleyişinden dolayı idareyi tazminata mahkûm etmek salâhiyetini haiz olmıyan adli mahkemeler, şahsî kusurlarına binaen, *memurları muhakeme etmiye salâhiyetlidirler*²⁰⁾.

Âşıkârdır ki, kıymetli dustumuz Türk hukuk sistemine göre şahsî kusurdan dolayı bir idare ajanına karşı adli mahkemelerde bir mesuliyet dâvası açılabileceğini kayıt ve adli mahkemelerin de memurları, şahsî kusurlarına binaen, muhakeme edebileceklerine işaret etmekle —Fransada olduğu gibi— memleketimizde de şahsî kusurun; memurun şahsî mesuliyetini intaç edeceğini anlatmış oluyorlar.

Görülüyor ki Türk doktrinde bu mevzuâ temas eden bütün hukukçular bu noktada müttefiktirler. Şu halde şahsî kusurdan dolayı memurun şahsî mesuliyeti esasının Türk doktrinde, bilâkydüşart ve münakaşa, kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Doktrinde olduğu gibi şahsî kusurun memurun şahsî mesuliyetini mucip olduğunu, Türk adli mahkeme içtihatları bakımından belirtmeyi gelecek nüshaya bırakıyoruz.

Ragıp Sarıca

19) De la responsabilité 1941, sah. 73.

20) Aynı eser, sah. 76.