

FRANSADA AJAN VE MEMURLARIN ŞAHSİ KUSURLARINDAN DEVLETİN, İDARENİN MALİ MESULİYETİ MESELESİ

Prof. Ragıp Sarıca

Fransada ajan ve memurların şahsî kusurlarından Devlet, idare aleyhine bir tazminat dâvası açılabilir mi? Devlete, idareye malî bir mesuliyet terettüp eder mi?

Yukarıdaki suale cevap vermek için evvelâ doktrine, saniyen mahkeme içtihatlarına seri ve kısa bir nazar atfedelim.

I — *Hali hazır Fransız doktrininde* ajan ve memurun şahsî kusurundan dolayı Devlete, idareye bir gûna mesuliyet terettüp etmediği ve etmeyeceği aşağıda isimleri zikredilen gerek âmme hukuku, gerekse hususî hukuk müellifleri tarafından —bilâitiraz ve münakaşa— kabul olunmaktadır:

- 1 — *Alibert*¹,
- 2 — *Appleton*²,
- 3 — *Aubry, Rau, Bartin*³,
- 4 — *BaudryLacantinerie et L. Barde*⁴,
- 5 — *Bonnard*⁵,
- 6 — *Colliard*⁶,
- 7 — *Daresté*⁷,
- 8 — *Delpech*⁸,
- 9 — *Demogues*⁹,

1) Sirey 1933. 3. 97.

2) *Traité* No. 122, 140, 141, 142 ve bilhassa 232, 233.

3) *Cours de Droit Civil Français* 1920, t. VI. sah. 389 ve müt.

4) *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. 1908, t. IV. sah. 628 ve müt.

5) *Précis* 1940 sah. 141, 142.

6) *Le préjudice dans la resp. adm.* 1938 sah. 221, 225, 243.

7) *Les voies de recours* 1914, No. 151.

8) *De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires* (Mélange Hauriou) sah. 189.

9) *Traité des obligations* 1925 t. V chapitre XX.

- 10 — *Desgrange*¹⁰,
- 11 — *Duez*¹¹,
- 12 — *Duguit*¹²,
- 13 — *Fliniaux*¹³,
- 14 — *M. Hauriou*¹⁴,
- 15 — *Josserand*¹⁵,
- 16 — *Laferrière*¹⁶,
- 17 — *Lalou*¹⁷,
- 18 — *Laubadère*¹⁸,
- 19 — *H. et L. Mazeaud*¹⁹,
- 20 — *Mestre*²⁰,
- 21 — *Planiol, Ripert, Esmein*²¹,
- 22 — *Rolland*²²,
- 23 — *Savatier*²³,
- 24 — *Trotabas*²⁴,
- 25 — *Waline*²⁵,
- 26 — *Watrin*²⁶.

¹⁰) Essai sur la notion de voie de fait 1937 sah. 70, 255.

¹¹) La responsabilité de la puissance publique 1938 sah. 91 ve müt.

¹²) Les transformations du Droit public 1925 sah. 277 ve 278; *Traité de Droit Constitut* 1923 t. I. sah. 253; t. III sah. 262 ve müt; *Traité de Dr. Const.* 3ième édition s. 284 ve müt.

¹³) Le cumul de la responsabilité 1921 sah. 7 ve 8.

¹⁴) Précis 1938 sah. 301 ve müt.

¹⁵) Cours de Droit Civil positif français. 1930 t. II. No. 509.

¹⁶) *Traité de la juridiction adm.* 2. edit. t. I. sah. 667 ve müt; t. II sah. 189;

¹⁷) *Traité de la responsabilité civile* 1943 sah. 771 ve müt.

¹⁸) Manuel 1946, sah. 115 ve müt.

¹⁹) *Traité théorique et pratique de la resp. civile* 1934, t. III, No. 2009 ve müt.

²⁰) *Répétitions écrites* 1938, bilhassa s. 343, 344.

²¹) *Traité pratique de Droit civil français* 1930 t. VI No. 711 ve müt.

²²) Précis 1938 sah. 321 ve müt.

²³) *Traité de la Resp. civile* 1939, t. I.

²⁴) *Eléments de Droit public et adm.* 1940, sah. 138-139 ve *Responsabilité de l'Etat en droit interne (Rapport)*. *Mémoires de l'Académie Intern. de Dr. Comparé*, t. III, partie III, 1935, sah. 71-83.

²⁵) Manuel, 1939 s. 223 ve 393.

²⁶) *L'Administration de la III ième République* 1943, sah. 651 ve müt., sah. 675 ve müt.

Yukarıda isimleri geçen müelliflerin kâfesi, hali hazır Fransız pozitif hukuk sahasında, ajan ve memurların şahsî kusurlarından dolayı Devlete, idareye bir gûna mesuliyet terettüp etmediğini belirtiyorlar. Ajan veya memurun sırf şahsî kusurundan ötürü Devletin, idarenin — ayrıca bir hizmet kusuru sabit olmadığı takdirde — hiç bir suretle mesul olmadığını söylüyorlar. Hususî hukuktan tamamen farklı olarak Devletin, idarenin — ajanlarının ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı — ne Medenî Kanunun — hükmi şahısların, organlarının kusurundan dolayı, direkt mesuliyetine mesnet teşkil eden — 1382 nci maddesine istinaden, ne de yine Medenî Kanunun — istihdam edenlerin, müstahdemlerinin kusurundan dolayı, endirek mesuliyetini tanzim eden — 1384 §5 inci maddesine binaen — hiç bir suretle, yâni ne doğrudan doğruya, ve ne de dolayısıyla mesul tutulmadıklarını kaydediyorlar.

Hattâ bu müelliflerden bazıları idare hukuku sahasında, yâni idare ajan ve memurlarının, bir âmme hizmeti dolayısıyla veya münasebetiyle, işledikleri şahsî kusurlarından dolayı idarenin niçin hususî hukuk esaslarına tevfikan mesul tutulmadığını ve tutulmaması lâzım geldiğini izah ediyorlar. İdarenin, ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı hususî hukuk esaslarına göre mesul kılınmamasını doğru buluyorlar. Bir kısmı daha da ileri giderek idare hukuku sahasında ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı idareye — mücerret bu kusurdan ötürü: yâni idarenin, bu şahsî kusur yanında, onunla ilgili veya ondan müstakil olarak ayrıca bir hizmet kusuru sabit olmadıkça — değil, sadece hususî hukuk esaslarına istinaden, fakat idare hukukunda cari diğer herhangi hukukî bir prensipe tevfikan dahi mesul tutulmasına imkân olmadığını iddia ediyorlar.

Velhasıl bu müelliflere göre ajan ve memurların şahsî kusurlarından dolayı Devlete, idareye — bu şahsî kusur yanında ayrıca idareye atfı mümkün bir hizmet kusurunun mevcut olması hali hariç — direkt veya endirekt herhangi bir mesuliyet teveccüh etmemektedir.

Bununla beraber Fransada, pek de modern telâkki edemiyeceğimiz bazı müellifler gibi, halen dahi tek tük bazı hukukçuların — yukarıdaki noktai nazar hilâfına olarak — ajan ve memurların şahsî kusurundan ötürü ya tıpkı hususî hukukta olduğu gibi tamamen medenî hukuk esaslarına — ezcümle Medenî Kanunun istihdam edenlerin mesuliyetine müteallik 1384 §5 inci maddesine — tevfikan, adli mahkemelerce veya hiç olmazsa — Medenî Kanunun bu esaslarına istinat etmek veya ondan ilham almak ve herhalde hususî hukuktaki hal suretine mümasil ve müşabih surette — idarî mahkemelerce idarenin mesuliyetine hükmolunmak lâzım geldiğini iddia ettiklerini de kaydetmek bizim için bir vazifedir.

Gerçekten:

A — Bir kere idarenin, ajan ve memurlarının şahsi kusurlarından ötürü hususi hukuk esaslarına, daha doğrusu Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesine, yani istihdam edenlerin müstahdemlerinin kusurlu ve zararlı fiillerinden dolayı mesul olacakları hakkındaki hükme istinaden mesul tutulması lâzım geldiği ve bu meselede vazifeli ve salâhiyetli mahkemenin de adli mahkeme olması icabettiği hemen hemen bütün eski medeni hukuk mütehassısları tarafından ileri sürülmüştür²⁷.

Bir fikir vermek için şu müellifleri zikretmek mümükündür:

*Aubry et Rau*²⁸, *Demolombe*²⁹, *Marcadé*³⁰, *Larombière*³¹, *Sourdat*³².

B — Diğer taraftan bugün dahi ve bilhassa idare hukuku sahasında tanınmış bazı hukukçular ajan ve memurların şahsi kusurlarından dolayı idarenin mesuliyeti meselesinin medeni kanun esasları dairesinde, yani 1384 §5 inci madde gereğince halli lâzım geldiğini iddia ediyorlar. Kısaca, idarenin, ajan ve memurlarının şahsi kusurlarından ötürü, endirekt mesuliyetini kabul ediyorlar.

Yalnız şu var ki bu müelliflerden bir kısmı, idarenin, Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesine tevfikân, mesuliyetine hükmetmek salâhiye-

²⁷) Hattâ idare hukuku üstadlarından Hauriou'nun dahi Précis'sinin 1892 tarihli ilk tabında «idare hükmi şahıslarına yüklenebilecek yegâne mesuliyetin istihdam edenlerin mesuliyeti olabileceği» fikrine bu tarihte taraftar olduğunu kaydedelim. Précis, 1892, sah. 695.

²⁸) Cours de Droit Civil, 4 ième edit. t. IV, sah. 759. Şunu kaydetmek lâzım gelir ki: Aubry ve Rau, eserlerinin 1920 senesinden evvelki tablolarında Devlet vesair idare hükmi şahıslarının —ajan, memur ve müstahdemlerinin, fonksiyon ve hizmetlerinin icrası zmnında, ıka ettikleri zararlardan dolayı— her istihdam eden gibi Medeni Kanun esasları dairesinde mesul olmaları lüzumunu müdafaa etmişlerken, 1920 senesinden sonra «bu noktada artık gerek doktrin, gerekse adli ve idari mehakim içtihadı sahasında derin bir tahavvülün husule gelmesi üzerine fi-kirlerinden rücu ettiklerini ve bugün Devletin, idarenin şikâyeti mucip fillin ancak bir hizmet kusuru teşkil etmesi halinde mesuliyeti cihetine gidilebileceğini» itiraf etmektedirler.

²⁹) Cours de Code Napoléon, 1882, t. XXI, sah. 553, No. 637.

³⁰) Eléments du Droit Civil Français, 1849, t. V, sah. 287.

³¹) Obligations, t. V, art. 1384.

³²) Traité de la Responsabilité, t. II, No. 1304 ve müt.

tinin adli mahkemeye ait olacağını ileri sürdükleri halde; bir kısmı ise doğrudan doğruya Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesine istinat etmek suretiyle idarenin mesuliyetine hükmetmek salâhiyetinin idarî kazaya ait bulunduğunu dermeyer ediyorlar. Nihayet bir kısmı da ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından ötürü idarenin mesuliyetine idarî mahkemece hükmolunmak lâzım gelmekle beraber, idarî mahkemenin bu mesuliyete hükmetmek için Medeni Kanunu doğrudan doğruya tatbik edecek yerde, bundan mülhem olması, ve bu suretle hususi hukuktaki hal suretine müşabih bir hal suretine varması icap edeceği fikrini müdafaa ediyorlar.

a) İlk şıkkı, —yâni hem Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesinin hâdiseye tatbikini ve hem de adli kazanın salâhiyetini müdafaa eden müelliflere misal olarak, Profesör *Jacquelin*²³ ve *Luchet*²⁴'yi zikredebiliriz.

b) İkinci şıkkı, daha doğrusu idarenin, idarî mahkeme tarafından, doğrudan doğruya Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesine istinaden mesuliyetine hükmolunabileceği fikrini ileri süren müelliflere misal olarak, zannımızca, *Michoud*²⁵'yu ve *Berthélemy*²⁶'yi gösterebiliriz.

c) Üçüncü şıkkı, başka bir söyleyişle idarenin, idarî mahkeme tarafından, Medeni Kanunun 1384 §5 inci maddesinden ilham almak ve buna müşabih bir hal sureti tatbik etmek suretiyle mesuliyetine hükmolunması lâzım geldiği fikrini dermeyer edenlere misal olarak *Chardon*²⁷'u

²³) *Jacquelin*'in, idarenin mesuliyeti bahsinde bir taraftan Medeni Kanunun 1382 ve 1384 §5 inci maddelerinin tatbikine taraftar olduğunu, diğer taraftan bu mesuliyete hükmetmek salâhiyetinin adli kazaya ait olması lüzumunu müdafaa ettiğini göstermek için daha evvel de temas ettiğimiz doktora kurlarına atıf yapıyoruz. Bakınız: Sah. 465 - 466, 479 - 515 (M.K 1382 ve 1384 §5 inci maddelerin tatbiki hakkında) ve sah. 507 - 508 (Adli mahkemelerin salâhiyeti hakkında).

²⁴) *Luchet*, *L'arrêt Blanco* 1935: (Duez'den naklen: *Responsabilité* 1938 sah. 23 - 24 ve 318 - 321. Keza *Chardon*'dan naklen, *Du cumul* 1939, sah. 17, 116, 118, 119, 123, 124).

²⁵) *Michoud*, *Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* R. D. P. 1895, t. III, sah. 401 ve müt. ve keza: *Théories de la personnalité morale* 1909, t. II, sah. 283 No. 298.

²⁶) *Berthélemy*, *Traité* 1933, sah. 97 - 102; keza *Révue Pénitentaire* 1906, sah. 516 - 517.

²⁷) *Chardon*, *Du Cumul* 1939, sah. 110 - 129 ve bilhassa s. 121 - 122; 125-126; 127-129.

ve --bu husustaki fikirleri pek tebarüz etmediğinden bel'ki bir dereceye kadar *Teissier*²⁸⁾ 'yi ve keزالik *Lacharrière*²⁹⁾ 'le *J. Desvèdoux* 'yu zikredebiliriz.

Maksadımız burada Fransız hukuk sisteminde ajan ve memurların mücerret şahsî kusurlarından dolayı, başka bir ifade ile idareye, bu şahsî kusur dışında ve yanında, ayrıca bir hizmet kusuru atfı imkânı olmayın hallerde idareye bir gûna mesuliyet terettüp etmediğı, ezcümle idarenin, hususî hukuk esaslarına binaen, mesuliyeti cihetine gidilemeyeceğı keyfiyetinin doktrin sahasında umumiyetle kabul edildiğini belirtmekten ibaret bulunduğundan leh ve aleyhteki mucip sebepleri ve delilleri şimdilik burada uzun uzadıya arz ve münakaşa etmek istemiyoruz.

Esasen çizdiğimiz plân mucibince, —şimdi aşağıda— mehakim içtihadı sahasında halen kabul olunan ve tatbik edile gelen hal suretini tesbit ederken gerek ihtilâf mahkemesinin, gerek Devlet Şûrasının, gerekse —ceza dairesi müstesna— Temyiz Mahkemesinin idare ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından ötürü idareye bir gûna mesuliyet terettüp etmediğı ve hususîyle idarenin mesuliyeti meselesinin hususî hukuk esaslarıyla ve bu meyanda Medenî Kanunun sözü geçen 1382 ve 1384 §5 inci maddeleriyle hiç bir alâkası bulunmadığı noktasında müttefik bulduklarını göstereceğiz; ki, bu suretle pozitif hukuk sahasında cari olan hal şekli bu olduğuna göre meselenin doktrin bakımından burada münakaşasında, bizim için, fazla önem olmadığı âşikârdır.

II — *Hali hazır Fransız mehakim içtihadı*, ajan ve memurun şahsî kusurundan dolayı Devlete, idareye bir gûna mesuliyet terettüp etmediğini ve ezcümle idarenin, Medenî Kanun esasları dairesinde, mesuliyeti cihetine gidilemeyeceğini umumiyetle kabul etmektedir, ki, aşağıda zikredeceğimiz mahkeme kararları bunu belirtecektir.

Gerçekten:

1 — Fransız *Devlet Şûrası*, ajan ve memurların şahsî kusurlarından ötürü idareye medenî hukuk esasları dairesinde bir gûna mesuliyet terettüp etmediğini ötedenberi ve daima içtihat eylemektedir³⁰⁾.

²⁸⁾ Teissier, Responsabilité de la puiss. pub. (Béquet) 1906, No. 51.

²⁹⁾ Lacharrière, Le contrôle hiérarchique de l'Adm. 1938, sah. 72 - 79 ve bilhassa 76 - 77.

³⁰⁾ Dalloz, 1925. s. 59.

³¹⁾ Misal kabilinden şu kararları zikredebiliriz:

Rotschild, Rec. 1855, sah. 707; Miramond, Rec. 1855, sah. 421; Delagogue, Rec. 1892, sah. 80; Babouet, Rec. 1914, sah. 882.

2 — *Adli mahkemelere, hususiyle temyiz mahkemesine gelince*: adli kaza ilk önceleri bir taraftan ajan ve memurların şahsî kusurlarından ötürü idare aleyhine açılan tazminat dâvalarında vazifeli ve salâhiyetli olduğunu kabul ettiği gibi, diğer taraftan da idarenin Medenî Kanun hükümleri dairesinde, yâni 1382 ve 1384 §5 inci maddeler gereğince mesul olacağını içtihat eylemekte idi⁶.

Devlet sûrasının bu konuya müteallik içtihadının ana hatları hakkında yukarıda bir fikir vermeğe çalışmış olmakla beraber; idari mahkemenin nokta nazarı hakkında daha fazla bilgi edinilmesi için zikrettiğimiz kararlar arasında ilki olan ve aynı zamanda meseleyi en açık ve kesin şekilde, bir prensip kararı olarak, vazedен Rotschild kararını burada, aynen, nakletmek istiyoruz.

«İşin gereği düşünülürde: Seyir ve cereyanını teminle mükellef olduğu âmm hizmetlerinin şartlarını, kanunun hüküm ve nüfuzu altında olarak, tanzim etmek, yalnız, idareye aittir; bu hizmetler dolayısıyla Devlet ve onun namına icratta bulunan çeşitli ajanlarla bu hizmetlerden istifade eden fertler arasında teessüs eden münasebetleri ve şu halde, bu münasebetlerden doğacak olan müteakıl hak ve vecibelerin vasıf ve vüsatını takdir ve tayin etmek de yine ona ait bulunmaktadır; bu münasebetler, bu hukuk ve vecib fertle fert arasında olduğu gibi yalnız medenî hukuk prensip ve hükümlerine göre halledilemezler; hususiyle, idarenin bir ajanı tarafından işlenilmiş kusur, ihmâl veya hata halinde Devletin mesuliyetine müteallik hususlarda bu mesuliyet, ne umumi, ne de mutlaktır; her hizmetin mahiyet ve icaplarına göre değişir; binaberin bu mesuliyetin şartlarını ve derecesini takdir etmek de münhasıran idareye —biz ilâve ediyoruz, daha doğrusu: «idari kazaya»— terettüp eder.»

(Şunu da kaydedelim ki: Mezkûr Devlet sûrası kararının Türkçeye bir tercümesi sayın Devlet Şûrası âzalarından B. Cudi Özal tarafından kaleme alınarak —Blanco kararıyla birlikte— Hukuk Gazetesi'nin 12/2/1941 tarih ve 47 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

⁶) Bu hususta bir fikir vermek için şu kararları zikredebiliriz:

Dalloz, 1845, 1, 261; Sirey 1845, 1, 363; Dalloz, 1854, 1, 38; Sirey 1855, 1, 266; Dalloz 1881, 1, 194.

Yukarıda Temyiz Mahkemesinin ilkönceleri idarenin medenî kanun dairesinde mesul olacağı yolunda içtihatta bulunduğunu, umumi bir surette tesbit etmiş olmakla beraber; bu içtihadı daha iyi kavramamız için —biraz evvel zikrettiğimiz kararlar dergisinin ilk dördünde intisar etmiş olan— Temyiz Mahkemesinin 1/4/1845 tarihli Depeyre kararıyla 19/12/1854 tarihli Brun kararını nakledelim.

Depeyre kararında Temyiz Mahkemesi aşağıdaki prensipli vazeylemektedir: «Her ne kadar adli mahkemeler için gerek nizamname ve talimatnameleri, gerekse idari tasarrufları tetkik ve münakaşa etmekten imtina eylemeleri mecburiyeti mevcut ise

Lâkin —birazdan aşağıda bahsedeceğimiz— İhtilâf mahkemesinin 8/2/1873 tarihli Blanco kararı üzerine adli mahkemeler ve ezcümle — ceza dairesi müstesna— temyiz mahkemesi ihtilâf mahkemesinin, Blanco kararıyla, ortaya koyduğu esasa uyarak ajan ve memurların şahsî kusurlarından ötürü idareye medenî hukuk esaslarına tevfikân malî bir mesuliyet terettüp etmediğini kabul ile idare aleyhine açılan bu kabil dâvalarda adli kazanın vazifesiz olduğunu 1873 tarihinden sonra, daima, içtihat eylemişlerdir⁶⁾.

de sek ve şüphe yoktur ki, medenî kanunun 1382, 1383 ve 1384 üncü maddeleriyle derpis ettiği hallerde, idarî nizamname, talimatname ve tasarrufların basiretli veya basiretsiz, ihtiyatlı veya ihtiyatsız bir surette icrasından neşet eden hâdiseleri tetkik ve takdir etmek adli kazaya ait bulunmaktadır.»

Bir kaç sene sonra, daha etraflı mucip sebebe dayanmak suretiyle Temyiz Mahkemesi Brun kararıyla bu içtihadında şöylece ısrar etmektedir: «Adli mahkemeler ihmali, ihtiyatsızlığı ve nizam ve talimata riayetsizliği yüzünden baskasının —biz ilâve ediyoruz: yani idare nam ve hesabına faaliyette bulunan «ajan ve memurun»— fiilinden dolayı husule gelen zararların tazminine müteallik biledümle ihtilâfları tetkik ve rüyet etmek hususunda salâhiyetlidirler. İşbu salâhiyet umumî olup, idare nam ve hesabına faaliyette bulunanlarda müşahede olunan bu gibi ihmali ve ihtiyatsızlıkların, aynı zamanda, idarenin nizam ve talimatına riayetsizlik teşkil etmesi sebebiyle tâdile uğrayamaz. Bu gibiler —biz ilâve ediyoruz: yani «istihdam edenler»— hakkında açılan dâvaların dayandığı prensip, ahkâmı umumiyede —biz ilâve ediyoruz: yani «hususî hukukta»— yer almakta ve bu hukukun prensiplerine göre halîl icap etmektedir. Her ne kadar bu gibi dâvaların, mahiyetleri icabı, bizzat idare hakkında —ajanlarının fiilinden dolayı mesulübilmâi sıfatıyla— bir tesir icra etmesi, idarenin mahkûmiyetine yol açması melhuz ve mümkün ise de, bu mesuliyet ahkâmı umumiyenin neticesinden başka bir sey değildir. İdare hükmi şahısları işbu mesuliyetin tesbit olunmasına ve meydana konulmasına matuf bulunup, bu mesuliyetten neşet eden netayicin karar altına alınmasını istihdaf eden adli dâvalardan kaçınamazlar.»

⁶⁾ Bunu isbatı zımında temyiz hukuk dairesinin şu kararları zikrolunabilir:

Dalloz 1877, 1. 69; 1884, 1. 240; 1884, 1. 327; 1885, 1. 72; 1898, 1. 86; 1900, 1. 254; 1912, 1. 119; 1921, 1. 215; Dalloz Hebd. 1925, sah. 218; Sirey 1925, 1. 154.

Temyiz Mahkemesinin, İhtilâf Mahkemesinin Blanco kararıyla ortaya koyduğu içtihadı uyduğunu belirtmek için bu kararlardan maada Blanco kararının metnini aynen ve tamamen benimsiyerek bunu tesahüp ettiğini gösteren bir kararı burada ayrıca kaydediyoruz. Mezkûr karar, Sirey 1900, 1. 504 dergisinde negredilmiş olup, dediğimiz gibi, metni Blanco kararından farksızdır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere hali hazır adli kaza içtihatları bu merkezde olmakla beraber; temyiz ceza dairesinin noktai nazarı bunun tamamen aksinedir.

Gerçekten ajan ve memurların, vazifeleri dolayısıyla veya vazifeleri zımında işledikleri herhangi bir suçtan ötürü, ceza mahkemelerinde cezai takibata uğramalarına zamimeten aynı ceza mahkemesinden, aynı fiilden dolayı, bir şahsi hak dâvası zımında —ister failden, ister mensup olduğu idare hükmi şahsından— bir tazminat talep edilirse, ceza mahkemesinin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3 üncü maddesiyle Ceza Kanununun —Medenî Kanununun 1382 nci ve müteakip maddelerine atıf yapan— 74 üncü maddesini nazara alarak, bu tazminat talebini kabul etmesi ve gerek failin mesuliyetine, gerekse idarenin mesuliyetine, Medenî Kanunun sözü geçen maddelerine istinaden, hükmetmesi lâzım geldiği temyiz ceza dairesince içtihat edilmektedir; ki bizi burada ilgilendiren cihet: bu içtihadı göre —ajan ve memurun, bir suç teşkil eden, şahsi kusurundan ötürü— idarenin, tamamen Medenî Kanun esaslarına tevfikân, mesul tutulması keyfiyetidir.

İşte, diyoruz, temyiz ceza dairesi —ihtilâf mahkemesinin, birazdan temas edeceğimiz Blanco kararına rağmen— bu gibi bir içtihat ortaya atmakta ve bu içtihadında devam edelmektedir⁴⁾.

Demek oluyor ki hali hazır adli kaza içtihatlarına göre —temyiz ceza dairesi müstesna— ajan ve memurun şahsi kusurundan ötürü idarenin hiç bir suretle mesul olamayacağı —tıpkı Devlet Şûrası içtihatlarının

⁴⁾ Temyiz ceza dairesinin, Blanco kararı hilâfına olarak, bir âmme hizmeti dolayısıyla veya âmme hizmeti zımında bir idare ajanının veya memurun ceza mevzuatına giren ve bu sebeple bir suç teşkil eden şahsi kusurundan dolayı ceza mahkemesinde mensup olduğu, daha doğrusu onu istihdam eden idare hükmi şahsi aleyhinde — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3 üncü maddesi mücibince — fail aleyhinde ceza dâvasına zamimeten, bir şahsi hak dâvası, daha doğrusu bir tazminat dâvası açıldığında, bu mahkemenin —bir taraftan sözü geçen Usul Kanununun 3 üncü, diğer taraftan da Ceza Kanununun, Medenî Kanununun 1382 ve müteakip maddelerine atıf yapan, 74 üncü maddesi gereğince— bir ke-re idareye karşı açılan tazminat dâvasını tetkik ve rüyete salâhiyetli olduğunu, sanliyen de idareyi, istihdam eden sıfatıyla, müstahdemi durumunda bulunan ajan ve memurun kusurundan, fiilinden, zararından dolayı mesul tutulması lâzım geldiğini gösteren kararlara misal olarak şunları zikredebiliriz:

Dalloz, 1923, 1. 137; Sirey 1923, 1. 385; Dalloz 1930, 1. 161; Sirey 1930, 1. 393; Dalloz 1932, 1. 16; Dalloz Hebd. 1932, sah 318; Gaz. Palais 1932, 2. 175; Gaz. Pal. 1933, 2. 55; Dalloz Hebd. 1933, sah. 301.

da olduğu gibi— kabul edilmektedir; ki belirtmek istediğimiz noktada budur.

3 — *İhtilâf mahkemesi* ise 8/2/1873 tarihli Blanco kararından bugüne değin hemen hemen ^{*)} hiç şaşmayan bir içtihadta bulunarak Devlet

*) «Hemen hemen» demekle bir ihtirâzî kayıt serdetmek istiyoruz. Gerçekten, ihtilâf mahkemesinin bu vâdideki bütün kararları tahlil olunduğunda, içtihadının Blanco kararındanberi hiç bir suretle tahavvül etmediği göze çarpmakla beraber, bir tek hâdisede, daha doğrusu 11.7.1933 tarihli Mélinette kararında yüksek mahkemenin: —âdetâ, yukarıda işaret ettiğimiz temyiz ceza dairesinin noktaî nazarına uyarak— idarenin, ajan ve memurlarının bir suç teşkil eden şahsî kusurlarından ötürü, adil kaza, daha doğrusu Ceza Mahkemesi nezdinde medenî hukuk esaslarına tevfikân ve istihdam eden sıfatıyla mesul olabileceğini kabul ettiği de inkâr edilemez. Maamafih şunu derhal kaydetmek lâzım gelir ki: İhtilâf mahkemesinin bu kararı başka bir bakımdan izah olunabilir. Ve nitekim sârihler tarafından böylece izah olunmuştur. Gerçekten bu karara mesnet teşkil eden hâdisede idareye, daha doğrusu Paris belediyesi âleyhinde, çöplerin belediyeye ait bir kamyonla kaldırılması faaliyetinin icrası sırasında şoförün —ceza mevzuatına giren bir dikkatsizliği yüzünden— Ceza Mahkemesinde cezai takibata maruz kalması ve hattâ mahkûm edilmesi üzerine, ayrı mahkeme nezdinde istihdam eden sıfatıyla bir şahsî hak, tazminat dâvası açılmış bulunuyordu. İşte ihtilâf mahkemesi, idare aleyhine açılan bu tazminat dâvasının bir taraftan adil kazaya, daha doğrusu Ceza Mahkemesine siddiyetini, diğer taraftan da idarenin C.M.U. Kanununun 3 üncü, C. Kanununun 74 üncü ve M.K. un 1384 üncü maddesi mucibince «istihdam eden» sıfatıyla mesuliyetini kabul etmekle beraber; kararında çöp kaldırma faaliyetinin idare fonksiyonu içine girmediğini, yâni teknik mânada bir âmme hizmeti olmadığını, hattâ açıkça bu gibi bir işin, pekâlâ, bir hususî teşebbüs tarafından da görülebileceğini ve nitekim bir çok komünlerde vaziyetin bu şekilde tecelli ettiğini, başka bir söyleyişle, bir çok belediyelerin, çöp işini hususî teşebbüslere bırakmak suretiyle, üzerlerinden atıklarını belirtmektedir. Demek ki, bu hâdisede zarara sebebiyet veren faaliyet, mahkemece, idare hukuku esaslarına tevfikân icra olunan bir âmme hizmeti telâkki edilmeyip, tamamen hususî hukuk kaidelerine tâbi bir hususî hukuk teşebbüsü, ticarî ve sınıî mahiyette bir iş sayılmış oluyor. Halbuki idare hukukunda umumiyetle kabul olunan hal sureti şudur ki: idare, hususî hukuk sahasına giren bir teşebbüs icra ettiği hallerde hususî hukuka, ezcümle M.K. 1384 e tâbidir. Demek oluyor ki hakikatte ihtilâf mahkemesi bu kararıyla içtihadından ayrılmış değildir. Nitekim bu kararı tahlil eden bazı müellifler, bunu bu suretle izah ediyorlar. Diğer bazıları ise bu kararı siddetle tenkit ile kararın hiç bir ilmi değeri olmadığını iddia ediyorlar ve herhalde bu kararın ihtilâf mahkemesinin bu mevzudaki içtihadı içinde tek, münferit ve istisnâî bir karar mahiyetini arzettiğini belirtiyorlar.

Şûrasının, ötedenberi, kabul ettiği hal suretini benimsemekte, idareye —ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı— bir gûna mesuliyet terettüp etmediğini, ezcümle idarenin, medenî hukuk esaslarına tevfikân, mesuliyeti cihetine gidilemeyeceğini beyan eylemektedir.

Önemine binaen mezkûr Blanco kararına vesile veren hâdise ile bizzat kararı, buraya, nakledeceğiz.

Devlete ait tütün idaresi işçileri tarafından fena bir surette kullanılan küçük bir vagon, Bordo şehrinde, bir çocuğu yaralıyor. Veli tarafından, bir taraftan amelelere, diğer taraftan —istihdam eden sıfatıyla— Devlete karşı Bordo hukuk mahkemesinde bir tazminat dâvası açılıyor. Fakat vali, ihtilâfî tahrik ve ihdas ederek, meseleyi ihtilâf mahkemesine götürüyor.

Vazife konusunu inceliyen Yüksek Mahkeme hâkimleri arasında ekseriyet husule gelemiyor. Ancak ihtilâf mahkemesinin başkanı olan Adliye Nazırının iltihakı sayesinde ki, ihtilâf mahkemesi kendisine arzulanan vazife ihtilâfını hal için, işin esasını gözönünde tutarak, 8/2/1873 tarihli kararını veriyor.

Mezkûr kararı buraya naklen dercetmeden, ihtilâf mahkemesinin bu kararında, Devlet Şûrasının noktai nazarını, hususiyle, biraz evvel not altında nakleyeceğimiz Rotschild kararını hemen hemen aynen, benimsemiş olduğunu kaydedelim.

Karara gelince, buraya, tercüme etmek suretiyle, geçiriyoruz:

«İşin gereği düşünüldüğünde: Blanco tarafından ikame edilen dâvanın mevzuu tütün idaresinin istihdam ettiği işçilerin fiili ile yaralanan kızının yarısından münbais zararlardan dolayı —Medenî Kanununun 1382,

(Tafsilât için bakınız: Chardon, Du Cumul s. 125-127 ve keza Duez, Resp. sah. 142-143; Sirey 1933, 3. 97 note Alibert; Dalloz 1933,3.65, note Ch. Blaevoet; Rev. Dr. Pub. 1933, sah. 426, note Jêze; Gazette trib. 180 et. 1933 note Houel.)

Sunu da ilâve etmek icap eder ki: İhtilâf mahkemesi Mélinette kararından sonra adhi —hattâ ajan ve memurların yine suç teşkil eden şahsî kusurlarından ötürü— idarenin ne adli kaza ve ezcümle Ceza Mahkemesi nezdinde C.M.U., C.K. ve M.K. esaslarına tevfikân, ne de —ayrıca bir hizmet kusurunun mevcudiyeti sahibit olmadıkça— idarî mahkemeler önünde herhangi bir suretle mesul olmayacağı hususundaki noktai nazarını müteakip kararlarında daima muhafaza eylemiştir.

(Bakınız: 24/3/1923 Fabry kararı, Rec. 1923, sah. 312; Sirey 1924, 3. 49; 27/11/1933 Verbank kararı Rec. 1933, s. 1248; 4/7/1943 Chiron et Marquet kar. Rec. 1934, sah. 1248; 14/1/1935 Thépaz kar. Rec. 1935, sah. 1224; 8/4/1935 Beauché kar. Rec. 1935, sah. 1225; 6/12/1937 tarihli üç karar. Gazette des Trib. 20 ve 21 Mayıs 1938.)

1383 ve 1384 üncü maddelerinin tatbikiyle— Devleti hukukan mesul kılmaktan ibaret bulunmaktadır. Halbuki, âmme hizmetinde istihdam ettiği şahısların fiili ile fertlere ika edilen zararlardan dolayı Devlete terettüp edebilecek olan mesuliyet Medenî Kanunda —ferdin yine ferde karşı mühasebetleri için vaz ve tesis edilmiş bulunan— prensiplere tâbi olamaz. Bu mesuliyet ne umumî, ne de mutlaktır. O, hizmetin ihtiyaçlarına ve Devletin haklarını hususî haklarla (biz ilâve ediyoruz: «fertlerin hakları ile») telif etmek zaruretine göre değişen kenğine has kaidelere maliktir».»

Şimdiye kadar verdiğimiz izahatla, Fransada idare ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından ötürü Devlete, idareye malî bir mesuliyet terettüp edip etmiyeceği meselesini, doktrin ve jürisprüdans sahasında gözden geçirmiş oluyoruz.

Bu bahse nihayet vermek için, şimdi de, şahsî kusurdan dolayı idarenin mesul olmayacağı tezi lehinde ve aleyhinde noktaî nazar serdeden müelliflerin yazılarında ve mahkeme kararlarında yer alan muhtelif mucip sebep ve delilleri —ajan ve memurun şahsî kusurundan ötürü idarenin mesul olup olmayacağı meselesini asıl kendi memleketimiz bakımından, münakaşa etmekte fayda olduğundan— kendi hesabımıza münakaşa etmeksizin sadece tesbit edelim ve sıralıyalım:

A — Evvelâ —Fransız doktrin ve jürisprüdans sahasında umumiyetle şahsî kusurdan dolayı idarenin hiç bir suretle mesul olmayacağı kabul olduğuna göre— idarenin ademi mesuliyeti lehinde serdedilen mucip sebep ve delilleri irae etmeğe çalışalım:

a) İdarenin, ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı zarar görmüş olan şahıslara karşı mesuliyeti Medenî Kanuna dayandırılmaz.

Çünkü Medenî Kanun *hususî hukuk* sahasındaki faaliyetleri, *fert ile fert* arasındaki münasebetleri tanzim eder. Ezcümle 1382 nci madde her haksız fiil failinin ika ettiği zarardan dolayı mesul olacağı esasını vazederken açıkça «homme», «insan» tâbirini kullanmış: «herhangi insan fiili ki, başkasına zarar verir, kimin yüzünden meydana gelmişse, onu, tâmire mecbur kılar» demiştir.

İstihdam edenin, müstahdeminin fiilinden dolayı, mesuliyetine mütedair 1384 §5 inci maddeye gelince, bir kere burada da «commettant», «istihdam eden», «préposé», «istihdam edilen» gibi tâbirlere tesadüf olunmaktadır, ki bunlarla da yine ferdî münasebetlerin istihdaf edildiği muhakkaktır. Saniyen şu da var ki, bu maddeyi kendinden evvelki madde-

*) Blanco kararını şu dergilerde bulmak mümkündür:

Recueil 1873 sah. 71; Dalloz 1873, 3. 17; Sirey 1873, 2. 153.

lerden, hususiyle —yukarıda sırf fertlere taallûku belirtilen— 1382 nci maddeden ayırt ederek, bu maddelerden tecerrüt ve sarfı nazar eyliyerek tek başına mütalâa etmek de doğru olmaz.

Böyle olunca: idare ajan ve memurlarının, ifa ettikleri idare fonksiyonu zımında veya sırasında, gördükleri herhangi bir âmme hizmeti dolayısıyla veya vesilesiyle, işledikleri şahsî kusurlardan ötürü idareye mesuliyet tevcih etmek isterken Medenî Kanuna, hususiyle 1384 §5 inci maddeye dayanılamaz.

Dayanılamaz. Zira, yukarıda işaret edildiği veçhile, mezkûr madde hususi hukuk sahasında yer alan insan münasebetlerine taallûk eylemektedir. Halbuki ajan ve memurların ifa ettikleri fonksiyon, gördükleri âmme hizmeti tamamen hususî hukuk dışında kalan, daha doğrusu âmme hukukunun bir kolu, dalı olan idare hukukuna giren bir takım faaliyet ve münasebetlerdir. Keza «idare» adını verdiğimiz Devlet vesair idare hükmi şahısları «insan», «fert» sayılamıyacakları gibi, herhalde hususî hukuk hükmi şahıslarından da mâdüt değildirler.

Bu itibarla, ajan ve memurun kusurundan dolayı idarenin mesul olup olmayacağı meselesinin hallinde Medenî Kanundan istiane olunamaz. Hâdiseye bu kanun tatbik olunamaz. Medenî Kanunu idarenin mesuliyetine tatbik etmek demek: bir kere, *Medenî Kanununun metnini* ihlâl etmek, daha doğrusu asla söylemediği bir şeyi zorla söyletmiye çalışmak demektir. «İnsan» tâbirinin medlûlüne girmiyen «idare» mefhumunu cebren bu tâbire sokmak demektir.

Gerçi Medenî Kanunda sözü geçen bu «insan» tâbirinin yalnız hakikî şahıslara değil, mânevî ve hükmi şahıslara da râci ve şâmil olacağı, Fransada gerek doktrin, gerekse jürisprüdans sahasında —çok vakit geçmeden— kabul edilmiştir. Bu suretle gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de —gerek uzuvlarının, gerekse müstahdemlerinin haksız fiillerinden dolayı— mesuliyeti Medenî Kanuna, ezcümle 1382 ve 1384 §5 inci maddelere istinat ettirilmiştir. Lâkin «insan» tâbirinin bu şekilde genişletilmesi hususî hukuk sahasına münhasır kaldıkça, yâni bu tâbir içine sadece hususî hukuk faaliyet ve münasebetlerinde bulunan hususî hükmi şahıslar sokuldukça makul ve yerinde sayılmak lâzım gelir. Fakat âşikârdır ki, hususî hukuka muzaf ve münhasır bulunan bir müesseseyi, bir kaideyi, bir tâbiri kendi sahası dışında kalan idare hükmi şahsına teşmil etmekte isabet olamaz.

Velhasıl Medenî Kanunun metni 1384 üncü maddenin idareye tatbikine manidir. Bu metni, idareye teşmil edecek şekilde tefsir, bir kere her şeyden evvel kanunun metnine ihanet olur.

b) İkinci bir delil daha serdolunabilir ve denebilir ki: *Medenî Kanununun* yalnız metni değil, *ruhu* da ihtiva ettiği hükümlerin, hususiyle mesuliyete mütedair 1382 ve müteakip maddelerin idarenin mesuliyeti bahsinde tatbikine manidir.

Zira Medenî Kanununun ihzar ve tedvininde kanun vâzının mezkûr kanunun idareye tatbik edilebilmesi ihtimalini hatır ve hayalinden dahi geçirmediği münakaşa götürmez bir hakikattir. Kanun vâzının maksadı bu değildir ve maksadının bu olmadığı sabittir.

aa) Gerçekten bir kere kanun vâzı, Medenî Kanununun ihzar ve tedvinini sırasında, her vesile ile bu kanunun sırf hususî hukuk faaliyet ve münasebetlerine, yâni fertlerin —fert olmak hasebiyle— yine fertlerle olan râbitalarına matuf bulunduğunu belirtmiştir. Kanunu kaleme alanlar da, bu kanunla güttükleri maksadın: hususî hukuk, medenî hukuk kaideleri vazetmekten ibaret olduğunu açığa vurmuşlardır. Şu da vardır ki, bu kanunun, prensip itibariyle, idare hukuku münasebetlerine şâmil bulunmadığı, ezcümle idare hükmî şahıslarına tatbik edilemeyeceği kanun vâzının —şu veya bu mülâhaza ile— bu kanunda yer alan kaidelerin idareye teşmil ve tatbikini arzu ettiği, muayyen bazı hallerde bunu hasaten ve sarahaten beyan etmesiyle de sabittir.

Nitekim, misal olarak, kanunun 538, 636, 650, 2227 nci maddeleri zikrolunabilir.

bb) Saniyen şu da gözönünde tutulmak lâzım gelir ki: Medenî Kanununun tedvinini sırasında Fransada —gerek mevzuat, gerek jürisprüdans, gerekse doktrin sahasında— Devletin, idarenin teşriî ve kazai faaliyetlerinden ademi mesuliyeti prensibi carî olduğu gibi idari faaliyetlerinden dolayı da yine mesul olmadığı kabul olunmakta; bu suretle idarenin mutlak surette *ademi mesuliyeti prensibi* hâkim bulunmakta idi.

İşte, bu bakımdan da, kanun vâzı Medenî Kanununun idarenin mesuliyeti hususunda tatbikini düşünmüş olamaz. Kanun vâzına bu gibi bir maksat atfolunamaz.

c) Üçüncü bir delil daha ortaya atılıyor ve deniliyor ki:

«Medenî Kanununun, umumî bir surette veya işin mahiyeti müsaade ettiği nisbet ve derecede, idare hukuku sahasında tatbik kabiliyetini haiz olduğu farz ve kabul edilse dahi, yine 1384 §5 inci maddenin idareye tatbiki mümkün değildir. Bu maddeye nazaran idare mesul kılınamaz.

Çünkü, bu maddeye göre bir şahsın, başkasının fiilinden, mesul tutulabilmesi için evvelemirde aralarında bir «istihdam eden - müstahdem» münasebetinin, daha doğrusu bir *hizmet akdinin*, kısaca *akdi bir rabıta-*

nın mevcudiyeti zarurîdir. Bu: maddenin aradığı şartlardan biri ve muhakkak ki en önemlisidir⁴⁾.

Halbuki idare ile ajan ve memur arasındaki münasebet bir «istihdam eden - müstahdem münasebeti» olmadığı gibi; bu, hiç bir akdî râbitayı da tazammun eylememektedir. Gerçekten idare hukuku esaslarına göre: idare ile ajan, memur arasındaki münasebet ve rabitanın akdî değil, kanunî ve nizamî bir bağdan ibaret olduğu muhakkaktır.

Şu hale nazaran 1384 üncü maddenin idareye tatbikine imkân olmadığı âşikârdır.»

d) Dördüncü bir delil daha ortaya atılarak deniliyor ki: 1384 üncü maddenin dayandığı temel ve esaslardan biri de: *istihdam edenin, müstahdemini seçmek* hususunda haiz olduğu serbestidir. Gerçekten bir şahıs kendi nam ve hesabına faaliyette bulunacak olan müstahdemlerini dilediği gibi seçmek imkânına malik bulunmaktadır. Bu serbestinin karşılığı da: seçme hakkını fena kullanması halinde, yâni müstahdemini seçmek hususundaki kusurundan mesul tutulmasıdır. İşte, madde —dayandığı bu temel ve esas bakımından da— idarenin, ajan ve memurlarının fiilinden dolayı, mesuliyetine mesnet olamaz. Zira idare, ajan ve memurlarını dilediği gibi *seçmek serbestisine* ve imkânına *malik değildir*. Bu hususta ajan ve memurların tedarik, intihap ve tââyinleri hakkındaki mevzuatça vazolunan kayıtlarla tamamen bağlıdır. Bu itibarla seçme kusurundan bahsetmeğe ve binnetice bu esasa tevfikân mesuliyetine hükmetmeğe imkân yoktur.

e) Nihayet beşinci bir delil daha serdolanıyor ve deniliyor ki:

Halen idarenin, idare hukuku sahasında, idarî faaliyetlerden dolayı, prensip itibariyle, mesuliyeti kabul edilmekte ise de; gerek Blanco kararında belirtildiği veçhile, gerekse Devlet Şûrası içtihatlarında, ötedenberi beyan edildiği üzere: bu *mesuliyet umumî ve mutlak olmayıp*, âmme hizmetinin icaplarına göre değişen *istisnaî suigeneris* kaidelere tâbidir.

⁴⁾ Gerçekten hususî hukuk sahasında, bir şahsın başkasının fiilinden dolayı 1384 §5 inci maddeye tevfikân mesul tutulabilmesi için tahakkuku aranılan şartlar sırasıyla şunlardır: 1 — Bir kere bu iki kimse arasında bir «istihdam eden - müstahdem» münasebetinin mevcut olması lâzımdır. 2 — İkincisi müstahdem sıfatını haiz olan kimsenin bir kusur işlemiş olması zarurîdir. 3 — Üçüncüsü, kusurlu fiil müstahdem in ifa ile mükellef olduğu fonksiyon zımında veya bu fonksiyon vesilesiyle icra edilmiş bulunmalıdır. 4 — Zarara sebebiyet veren fiilî ika ettiği sırada müstahdem in, istihdam edenin sevk ve idaresi, otorite ve mürakabesi altında bulunması gerektir.

Bu itibarla idare hukuku sahasında kabul edilen mesuliyet hususî hukuk sahasında carî olan mesuliyetten farklıdır. Farklı olması da doğru ve yerindedir. Amme hizmetinin mahiyet ve icapları bunu âmirdir.

Gerçekten:

Amme hizmeti, âmmenin menfaatine matuf bulunmak hasebiyle, inkıtasız, müşkülâtsiz ve müdahaleden âri şekilde işlemek zorundadır. Halbuki Medenî Kanunun mesuliyete müteallik umumî ahkâmı, idareye tatbik edilecek olsa, bundan —idare mamelekinin, ajan ve memurun kusuru sabit olan bütün hallerde, mesuliyeti yüklenmesi sebebiyle — hizmetin seyri sarsılabilir, tatile uğrıyabilir, durabilir, velhasıl müteessir olabilir.

Bu cihetle idarenin —âmmе hizmetlerinin sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı— mesuliyeti, bugün, kaideten kabul edilmekle beraber; idarenin mesuliyetine hükmolunabilmek için âmme hizmetlerinin —mahiyet, nevi ve cinslerine göre— kuruluşunda, işleyişinde, nizamlandırılmasında idarenin mesuliyetini mucip olarak derece ve ağırlıkta bir kusurun mevcudiyeti zarurî telâkki olunmaktadır. İdare, âmme hizmetinde müşahede olunan her aksaklıktan, her bozukluktan, her kusurdan otomatik ve umumî surette değil, ancak —hizmetin icap ve zaruretlerine göre— mazur görülemeyecek olan bir takım aksaklık, bozukluk ve kusurlardan —hâdisenin müşahhas surette mahkemece tetkiki neticesinde— mesul tutulmaktadır.

Velhasıl idarenin —âmme hizmeti dolayısıyla veya vesilesiyle ajan ve memurlarının ika ettikleri zararlardan dolayı— mesuliyeti hususî hukukta carî olan başkasının fiilinden mesuliyet esasına değil, idare hukukuna has, nevi şahsına mahsus, muhtar «hizmet kusuru» nazariyesine tâbi olup; umumî, mutlak, mücerret bir mesuliyet olmaktan ziyade hizmetin mahiyet ve icaplarına göre değişen müşahhas ve suigeneris bir mesuliyettir.

Verdiğimiz bu izahatla idare ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı idareye —ayrıca bir hizmet kusuru sabit olmadığı takdirde— hususî hukukta olduğu gibi bir mesuliyet terettüp etmeyeceğini ileri sürenlerin delillerini irae etmiş oluyoruz.

B — Şimdi ise, idarenin —ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı— Medenî Kanun esaslarına tevfiikan *mesul olması lâzım geleceği* tezini müdafaa edenlerin delillerini kısaca nakledeyim:

a) Bir kere Medenî Kanunun 1382 ve 1384 üncü maddelerinin «insan» tâbirinin ve bunun gibi «istihdam eden» ve «müstahdem» terimlerinin kullanılmasından, bu maddelerin —gerçek bir kişi değil, bir hükmi şahıs olan— idareye tatbik edilemeyeceği neticesi çıkarılamaz. Bu gibi bir tefsir

metne fazla sıkı surette sarılmak ve bağlanmak demek olur, ki modern tefsir tekniği bunu asla terviç etmez.

Kaldı ki —Medenî Kanunun hususî hukuk sahasında tatbikinde— mezkûr maddeler, insanlar, yâni hakikî şahıslar gibi *mânevî ve hükmi şahıslar hakkında da* uygulanacak surette tefsir olunmuştur, ki mezkûr hükümlerin hususî hukuk hükmi şahıslarına teşmil edildiği gibi âmme hükmi şahıslarına, kısaca «idare» tesmiye olunan hükmi şahıslara da demek ki teşmil edilememesi için, bu bakımdan, sebep kalmamıştır.

Nitekim idarenin hususî hukuk sahasındaki faaliyetlerinde, ezcümle hususî emlakine ait muamelâtında ve kezalik —bir zamanlar carî olan meşhur tefrika göre— bir hâkimiyet ve otorite faaliyet ve tasarrufu değil de bir teşhiyet faaliyet ve tasarrufu sayılan icraatında, hattâ bu tefrikin terkinden sonra dahi idarenin hususî hukuk teşebbüsleri şeklinde ifa etmekte olduğu bir âmme hizmeti —meselâ evvelce nakledilen Mélinette kararında görüldüğü üzere: bir belediyenin, hususî ve ticarî şekilde icra ettiği çöp kaldırma işi —dolayısıyla ajan ve memurların sebebiyet verdikleri zarardan ötürü — idarenin mesuliyeti hususunda — Medenî Kanunun bu maddelerinin tatbiki pekâlâ mümkün görünmekte ve tecviz olunmaktadır.

b) Herhangi bir kanunun tefsirinde sosyetenin hali hazır şart ve icaplarını gözönünde tutacak yerde kanunu hazırhyan ve tedvin edenlerin tarihî maksatlarını nazara almak ve onunla ihticac etmek bayat ve sakat bir tefsir metodudur.

Medenî Kanunun hususî hukuk münasebetlerine matuf olduğu muhakkak olmakla beraber, mesuliyete müteallik olarak koyduğu esaslar, ezcümle 1382 ve 1384 üncü maddelerin ihtiva ettiği hükümler, kanun vâzının irade ve arzusunun mahsulü nevinden kaideler olmayıp; *hukukun genel mahiyette prensipleridir*. Bunlar bütün organize cemiyetlerin temelinde yer alan, bütün hukuka hâkim olan üstün bir prensipin ifadesidir. Bu itibarla, bunlar, âdeta tabii hukuk cümlesinden olarak hukukun her saha ve şubesinde tatbik olunmak icap eder.

Velhasıl 1384 üncü maddenin idareye tatbik olunmaması için hiç bir sebep yoktur. «Tatbik imkânsızlığı»ndan bahsedilemez.

Ne hukuk mantığı, ne de akli selim, bunun tabii ve zarurî olarak imkânsız bulunduğunu münakaşa götürmez bir şekilde isbat etmeğe muktedir değildir.

Nitekim, maddenin bir zamanlar hususî hukuk şahısları gibi —ajan ve memurların kusurlarından dolayı— idareye de tatbik edilmiş olması bunun en bariz bir delili olduğu gibi; Medenî Kanunun mesuliyete müte-

allik hükümlerini idareye tatbik etmenin mantıksız olmadığı halen dahi Temyiz Ceza Dairesinin bu kanaati muhafaza etmesi ve bir çok hatırı sayılır hukukçunun da elyevm bu noktai nazarı müdafaa etmeleri ile sabittir.

c) Şu da var ki, hâli hazır mehakim içtihadına nazaran Medeni Kanunun, 1384 üncü maddesinin hususi hukuk sahasında tatbik edilebilmesi için aranılan şartlar arasında bir *hizmet akdinin*, yahut herhangi bir *akdi râbitanın mevcudiyeti* asla yer almamaktadır.

Doktrinde de belirtildiği veçhile, istihdam eden sıfatıyla mesuliyet hizmet akdi dışında da, hattâ herhangi akdi ve hukuki râbita ve münasebetin haricinde de kabul edilmektedir. Yeter ki, kusurıyla zarara sebebiyet veren kimse (yâni müstahdem) başkası nam ve hesabına bu faaliyette bulunurken fiili veya hukuki bakımdan onun sevk ve idaresine tâbi olsun, daha doğrusu, onun otorite, nezaret ve mürakabesi altında, hülâsa ondan emir, direktif ve talimat almak, alabilmek durumunda bulunsun*.

Böyle olunca idare ile ajan veya memur arasındaki münasebetin bir hizmet akdi mahiyetini haiz olmamasının, hattâ hiç bir akdi bağ teşkil etmemesinin, tamamen kanunî ve nizâmî bir statüden ibaret bulunmasının hâdisede rolü olmamak lâzım gelir. Başka bir söyleyişle idarenin sırf aradaki münasebetin akdi olmaması sebebiyle, ajan ve memurunun şahsi kusurundan ötürü istihdam eden sıfatıyla mesuliyeti inkâr ve bertaraf edilemez. Bâhusus ki, istihdam edenin, başkasının fiilinden mesuliyeti kabul ediliyorsa, bu, daha ziyade, o kimse üzerinde bir otorite, nezaret ve mürakabe imkânını haiz olmasından ileri geliyor. Kısacası bu mesuliyetin temel ve mesnedi: bir akdin mevcudiyeti değil, sadece «istihdam eden» adı verilen şahsın —hukukan veya fiilen— âmir mevkiinde bulunması, yâni diğerine emir, direktif ve talimat verecek durumda olması, ötekisinin de —yine hukukan veya fiilen— mutavaat ve inkiyat mecburiyetinde bulunması; velhasıl bir tâbiyet ve metbuiyet (üstünlük -

* Bu hususta gereken izahatı tekmil klâsik medeni hukuk eserlerinde bulmak mümkün olduğu gibi, bu meseleye, Fransız hukuku yönünden de temas eden «Borçlar Kanununumuzun 55 inci maddesiyle 313 üncü maddesi arasındaki münasebet» adlı yazımızda da bu nokta hakkında tafsilât mevcuttur. (Medeni Kanunun 15 inci yıldönümü münasebetiyle meydana getirilen kolektif eser: bilhassa sahife 922, 923, 937, 942-943, 945-947. Bu yazımızda zikrolunan Fransız mahkeme kararlarından maada istihdam eden sıfatıyla mesuliyetin akid dışında, hukuki herhangi bir münasebet haricinde de kabul edildiğini şu kararlar da belirtmektedir. Trib. Paix Paris 5. Mai, 1932; Cass. crim. 6 Mars 1931, Gaz. Pal. 23 Mars 1931; Dalloz 1924, 2. 117.

mâdunluk) alâka ve münasebetinin mevcudiyetidir, ki idare hukuku esaslarına göre idare ile ajan ve memur arasındaki münasebetin, bir hizmet akdi veya herhangi bir akdi bağ mahiyetini taşımamakla beraber her şeyden evvel bu gibi bir üstünlük ve mâdunluk alâka ve rabıtasından ibaret olduğu, idarenin, ajan ve memurlarına fonksiyonun sureti ifası hususunda, âmme hizmetine müteallik her türlü emir, direktif ve talimat vermek salâhiyetini haiz bulunduğu ve bunlar için de buna uymak mecburiyeti olduğu inkâr götürmez bir hakikattir.

Şu halde Medenî Kanununun, bu mucip sebebe binaen, hâdiseye tatbik edilmemesinde de isabet yok, demektir.

d) Şu nokta da kayda değer ki: hali hazır mahkeme içtihatlarına göre, istihdam edenin mesuliyeti, müstahdemini seçmek hususundaki kusurdan ziyade —biraz evvel işaret edildiği veçhile— mürakabe, nezaret ve talimatında kusura istinat ettirilmektedir.

Nitekim, istihdam edenin bir kere —mevzuat gereğince— müstahdemi muayyen şahıslar ve namzetler arasından seçmek mecburiyetinde olduğu hallerde dahi —intihap serbestisinin büsbütün ortadan kalkmasıyla beraber bu suretle tahdide uğramasına rağmen— yine 1384 üncü maddeye tevfikan mesuliyeti mahkemelerce kabul edilmektedir⁴⁹.

Hattâ, Temyiz Mahkemesi, daha da ileri giderek, bazı hallerde istihdam edenin müstahdemini seçmek hak ve serbestisi tamamen refedilip kanunen kendisine bir kimse empoze edildiği hallerde dahi, yine 1384 üncü madde gereğince mesuliyetine hükmetmektedir⁵⁰, ki bu gibi hallerde intihapta kusurdan bahsedilemeyeceği bedihîdir. Buna rağmen istihdam edenin mesuliyeti —mehakim içtihadına göre— kabul olunmaktadır ve bu içtihat da yerindedir.

Gerçekten bu içtihat tahlil edilecek olursa, istihdam edenin seçmediği bir kimsenin fiilinden dahi niçin mesul tutulduğu kolaylıkla anlaşılır. Her ne zaman ki bir şahıs kendi faaliyet sahasına giren bir fonksiyonun icrasını başkasına tevdi eder veya bırakırsa, velev ki kanunen bu kimseyi kendisi tâyin etmek hakkını haiz olmasa, velev ki fiilen kendisi seçmiş bulunmasa bile— ona bu fonksiyonu tevdi etmek veya bırakmakla bu tâyini tasvip etmiş, yâni sanki o kimseyi kendisi seçmiş demektir. Velhasıl bir kimseyi kendi otorite, mürakabe, nezareti, maiyeti

⁴⁹) İzahat için ezcümle bakınız: Demogue t. V, No. 917; Mazeaud t. I, No. 880; Cass. Req. 20 février 1918, Sirey 1921, 1. 361.

⁵⁰) Bakınız: Sirey 1898, 1. 209; Sirey 1908, 1. 281; Sirey 1923, 1. 385; Sirey 1924, 1. 229.

altında çalıştıran her şahıs, onu bizzat ve serbestçe buraya getirmiş, tâyin etmiş, seçmiş farz ve itibar olunur.

Böyle olunca 1384 üncü maddeyi idareye tatbik etmemek için sebep yoktur.

Bilâkıs yukarıdaki mülâhazalar, Devletin, idarenin, ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından, istihdam eden sıfatıyla mesul olmasını âmir bulunmaktadır. Şöyle ki, bir kere ajan ve memurların sureti tâyin ve intihapları hakkındaki kaideleri vazeden bizzat Devlet olduğu gibi; —biz ilâve ediyoruz— çok defa tanzim salâhiyetine binaen bu gibi kaideleri, —bir takım nizamname ve talimatnameler ısdar etmek suretiyle— koyan idarenin kendisidir. Bu itibarla «ajan ve memurların intihabı hususunda idarenin serbestisi ve ihtiyarı yoktur» demek hatalı olduğu gibi; yukarda arzedildiği üzere istihdam eden sıfatıyla mesuliyet —seçme hakkı mukayyet olan hallerde, hattâ tamamen kalktığı ahvalde dahi— cari olduğuna göre idarenin, yine kanun ve nizamlarla kendisine empoze edilen ajan ve memurların kusurlarından mesul olması icabeder. Bahusus ki —biz ilâve ediyoruz:— idare hukuku esaslarına göre, idarenin kanunen aranılan objektif şartları haiz kimseler arasında tercih hususunda olduğu gibi, bütün şartları şahıslarında cemedan kimseleri behemehal vazifeye, hizmete tayin etmek mecburiyeti olmayıp bu hususta da bir takdir salâhiyetine sahip bulunduğu umumiyetle kabul edilmektedir³¹⁾. Bu itibarla idarenin, zannedildiği kadar eli kolu bağlı bulunmadığı gibi; herhalde ehliyetsiz ajan ve memur tâyininde kanun kadar kendisinin de rolü ve payı vardır. Hiç değilse, hususî hukuk sahasında istihdam edenin müstahdemini seçmek hususundaki kusuru kadar bir kusuru mevcuttur.

e) Nihayet, *âmme hizmetinin* gerek *mahiyeti*, gerekse *icapları* nazara alınarak idarenin ajan ve memurlarının şahsî kusurlarından dolayı mesuliyetine cevaz verilemeyeceği yolundaki tez de hatalıdır.

Zira idarenin, daha doğrusu idare mamelekinin ajan ve memurun herhangi bir kusurunu ve zararını yüklenmesi halinde —iddia edildiği veçhile— *âmme hukukunun* bu yüzden behemehal sarsılacağı, tatile uğrayacağı, duracağı, müteessir olacağı asla iddia edilemez. Eğer böyle olsaydı idare hukuku sahasında idarenin hiç mesul olmaması, idarî faaliyetlerden dolayı, idarenin hiç bir suretle mesul tutulmaması icap ederdi.

³¹⁾ Memurların tâyini hususunda idarenin takdir salâhiyeti olup olmadığı meselesinin, memleketimizde, bir Devlet Şûrası kararı münasebetiyle münakaşası için bakınız: Memur tâyininde idarenin takdir hakkı: Dr. Necmi Osten (İdare Dergisi, sayı 177, sahife 65 - 78).

Kısaca idarenin —velev ki hizmet kusuru nazariyesine istinaden dahi olsun— mesuliyetini kabul etmemek iktiza eylerdi. Halbuki ajan ve memurun şahsî kusurundan dolayı idarenin mesuliyetini kabul etmeyenler dahi, teslim ve itiraf ederler ki, bu asrın tâ başındanberi Fransada idarenin âmme hizmetlerinde müşahede olunan aksaklık, sakathk, bozukluk ve kusurlardan dolayı mesuliyeti kabul olunmaktadır.

Şu halde bütün mesele şundan ibarettir: acaba idarenin, âmme hizmetlerinde müşahede olunan aksaklık ve sakatlıklardan dolayı —idare hukukunun hizmet kusuru nazariyesine tevfi kan— bu hizmeti bizzat ifa eden sıfatıyla direkt mesuliyeti mi kabul olunmalıdır? Yoksa —bu kabil aksaklık ve sakatlıklar, nihayet hakikatte ajanlarının ve memurlarının kusurundan ileri geldiğine göre— idarenin —hususî hukukta carî «başkasının fiilinden dolayı mesuliyet» esasına binaen— istihdam eden sıfatıyla endirekt mesuliyeti mi kabul edilmelidir?

Görülüyor ki, her iki şıkta, idarenin az çok mesuliyeti kabul edilmektedir. Şu halde mesuliyetin âmme hizmetini sekteye veya felce uğratacağı iddiası doğru ve yerinde değildir.

Kaldı ki âmme hizmetinin mahiyet ve icabı, idarenin daha hafif bir surette mesul olmasını izah edemeyeceği gibi, bunu, meşrû da gösteremez. Zira, idare, nihayet hususî hukuk sahasında büyük çapta müteşebbislerin icraatından çok farklı ve daha zor şartlar altında faaliyette bulunmaktaki; bilâkis, âmme hizmetlerini görebilmesi için kendisine alelâde şahısların asla haiz olmadığı olaganüstü bir takım imtiyaz, kudret ve salâhiyetler tanınmaktadır. Hattâ bu bakımdan denebilir ki, idare, hususî hukuk teşebbüslerine nazaran, gerek ajan ve memurların tedariki, temini ve tâyini bakımından, gerek bunlar üzerinde haiz olduğu otorite, nezaret ve mürakabe bakımından, gerekse bunlara emir, direktif, talimat verme bakımından çok daha geniş, elverişli ve müessir imkânlarla malik bulunmaktadır. Eğer bütün bu imkânlarla rağmen, idare, kötü ajan ve memurları iş başına getiriyorsa, keza lik bunların hizmetlerini ifa zımında kusurlu şekilde hareket etmelerine mani olamıyorsa, bu demektir ki, ya ajan ve memurların tâyini hususunda kabul ve tatbik ettiği esaslar kifayetsizdir veya bunlar üzerinde mürakabesini, nezaretini, otoritesini iyi kullanamamaktadır. Her iki şıkta ise kusur idarededir. Binaberin idarenin mesuliyetten kurtulması veya bu mesuliyetin hafifletilmesi hiç bir veçhile izah olunamaz.

Nihayet şu da var ki: âmme hizmetinin mahiyet ve icabı ne olursa olsun, herhangi bir idarî faaliyet zımında bir ajan veya memur tarafından işlenen kusur yüzünden mutazarrır olan şahıs için ehemmiyeti haiz olan nokta: bu faaliyetin idare hukuku çerçevesine girip girmemesi

değil; zararının ödenmesi, ve bunun zarurî bir neticesi olarak da, faili istihdam eden, kullanan şahsın icabında mesuliyeti yüklenmesi keyfiyettir. Hattâ, bu yalnız mutazarrır şahıs bakımından değil; bu meseleyi objektif bir surette mütalâa edecek olan bir hukukçu bakımından da böyledir. Gerçekten hukuk, mümasil hâdiselerde, mümasil esasların cari olmasını ve mümasil kaidelerin tatbik edilmesini âmirdir. Böyle olunca, bilfarz, hususî bir tımarhane gardiyanının ihmali, dikkatsizliği, tedbirsizliği, velhasıl herhangi bir kusuru yüzünden bir deli kurtulup kaçsa ve meselâ bir kimseyi yaralasa veyahut bir evi ateşe verse, mutazarrır şahsın —kusuru sabit olmakla beraber ödeme kabiliyeti mahdut olan— gardiyan yerine, isterse onun istihdam edenî dâva ederek zararını ona tazmin ettirmesi mümkün iken; hangi hukuk mantığı mümasil bir hâdisede, meselâ tımarhanenin bir âmme hizmeti şeklinde, bir Devlet, vilâyet, belediye veya sair bir idare hükmi şahsı tarafından işletilmesi halinde, bir idare ajan veya memuru sıfatını haiz bir gardiyanın aynı ihmali, dikkatsizliğ, tedbirsizliği, velhasıl âşikâr bir şahsî kusuru yüzünden husule gelen zararını idareden talep edememesini, idarenin, «istihdam eden» sıfatıyla, mesuliyeti yüklenmemesini tecviz eder?

Evet, ağılebi ihtimal, mutazarrır şahıs, icabında, vazifeli mahkemenin iki hâdisede farklı olmasını doğru ve muhik telâkki edebilir. Zira ilk hâdisede —tımarhane bir hususî şahıs tarafından hususî hukuk teşebbüsü şeklinde işletildiğine göre— bundan çıkacak her türlü ihtilâfın adli kazaya aidiyeti âşikârdır. Halbuki ikinci hâdisede —tımarhane bir idare hükmi şahsı tarafından, bir âmme hizmeti şeklinde işletildiğine nazaran— bu gibi idarî bir faaliyetten doğan ihtilâfların idarî kazaya ait olması tabii sayılabilir. Lâkin tabii telâkki edilemeyecek olan bir şey varsa: o da, tamamen mümasil olan iki hâdisede, ihtilâfın filân veya falan mahkemece tetkik ve rüyet edilmesi sebebiyle hal suretinin farklı olması, yâni birinde tımarhaneyi işleten hususî şahsın, istihdam eden sıfatıyla, zarurî ve otomatik olarak kayıtsız ve şartsız mesuliyeti kabul edildiği halde, diğesinde idare hükmi şahsının —ancak ayrıca bir hizmet kusuru sabit olduğu ve keza bu kusur hizmetin icap ve zaruretlerine göre mesuliyeti mucip derece ve ağırlıkta bir kusur sayıldığı takdirde— mesul tutulup bunun dışında sırf istihdam eden sıfatıyla mesuliyeti yüklenmemesidir.

Buna, mutazarrır şahsın akıl erdirmesi ne kadar zor ise; meseleyi objektif olarak mütalâa eden bir hukukçu için de o kadar güçtür! Kaldı ki mesuliyet bahsinde merkezi sıklet: zarar failinin sıfatı ve icra ettiği faaliyetin mahiyet ve vasfı değil; mutazarrır şahsın zarara uğraması, daha doğrusu hakkının muhtel olması keyfiyettir. Hal bu olunca ida-

renin icraatından mutazarrır olan efradın haklarının himayesinde de —tıpkı mülkiyet hakkının himayesinde olduğu gibi— hakkı ihlâl eden faaliyet veya muamelenin idarî bir menşe ve mahiyeti haiz olmasından ziyade himayeye muhtaç olan hakkın bir hususî hukuk, mamelek hakkı veya —hattâ zarar mânevî bir zarar şeklinde tecelli ediyorsa— «şahsiyet» denilen mânevî mamelek unsuru olması nazara alınmak icap eder, ki hususî hakların himayesi, hususî hukuka ve binnetice adli kazaya mevdu bulunduğundan, ajan ve memurların sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı, bunların şahıslarına karşı açılacak dâvalar gibi, istihdam eden sıfatıyla idare aleyhine açılacak dâvaların da gene medenî hukuk esaslarına tevfikân, hattâ adli kazada halli lâzım gelir.

Ajan ve memurların şahsî kusurlarından ötürü idarenin —Medenî Kanun esaslarına tevfikân— istihdam eden sıfatıyla mesul olması lâzım geldiğini müdafaa edenlerin noktai nazarını da böylece tesbit etmekle bu bahsin Fransa bakımından tetkikini tamamlamış ve bu suretle meseleyi ileride, kendi memleketimiz yönünden daha kolay ve daha etraflı bir şekilde incelemek ve münakaşa etmek fırsat ve imkânını elde etmiş bulunuyoruz.

Ragıp Sarıca