

TEŞRİ ORGANININ FAALİYETİNDEN DOLAYI DEVLETİN MALİ MES'ULİYETİ MESELESİ

Doçent Ragıp Sarıca

Bizim burada meşgul olmak istediğimiz mesele: teşri organının herhangi bir faaliyetinden dolayı, yani koyduğu herhangi bir kanun veya ittihaz ettiği herhangi bir karar dolayısıyla (1) zarara uğrıyan hakiki veya hükmi bir şahıs tarafından Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılıp açılmıyacağı; Devletin, mahkemece tazminata mahkûm edilip edilemeyeceğidir.

Yalnız derhal şunu kaydedelim ki teşri organının faaliyetinden dolayı Devletin mali mes'uliyeti meselesini inceledikçe bir noktaya dikkat etmek lâzımdır: teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul olup olmadığını araştırırken biz teşri fonksiyonunun doğrudan doğruya bir dâvaya vesile ve zemin teşkil edip edemeyeceğini tespit etmek istiyoruz. Yani zarara ve binaberin ihtilâfa, dâvaya doğrudan doğruya teşri organı tarafından vaz ve kabul olunan bir kanun veya kararın sebebiyet verdiğini farzediyoruz. Yoksa bu kanun veya kararın idare organı tarafından —idarî birtakım tasarruflar, kararlar, tedbirler— tatbiki dolayısıyla birtakım zararların, ihtilâfların husule geldiğini düşünmüyoruz.

Başka bir söyleyişle burada zarara ve dâvaya sebebiyet veren hâdise: bir kanun veya teşriî kararın idare tarafından hatalı surette tefsir edilmesi, yolsuz bir şekilde tatbik edilmesi değildir. Öyle farzediyoruz ki zararı ve ihtilâfı mucibolan hâdise: kanunun veya kararın bizzat teşri organı tarafından kabulü keyfiyetidir. Şöyle ki teşri organı bu kanun veya kararlarla yeni hükümler vaz'etmekte; bu yeni hükümler ise muayyen şahısları mutazarır kılmaktadır. Görüldüğü üzere zarara sebebiyet veren bizzat teşri organıdır. Daha doğ-

(1) Gerçekten teşri organı, kendisine Esas Teşkilât Kanuniyle verilen teşri vazifesini kanunlar veya kararlar vaz'etmek suretiyle ifa eder.

rusu zararın illeti: teşri organınca vaz'olunan kanun veya karardır. Yoksa zararı husule getiren kanunun, kararın idare tarafından yanlış, yersiz ve yolsuz bir tefsiri ve tatbiki değildir. Elhâsıl kanun veya kararla zarar arasına idarî bir tasarruf, bir karar, bir ameliye girmemekte; zarara doğrudan doğruya kanunun veya teşriî kararın kendisi sebebiyet vermektedir. Kısaca kanun veya teşriî kararla husule gelen zarar arasında doğrudan doğruya maddî bir sebebiyet alâkası mevcuttur. Yani zararı tevlideden kanunun, teşriî kararın kendisidir. Bu itibarla mezkûr kanun veya karar: illet; husule gelen zarar da: bu kanun veya kararın doğrudan doğruya neticesidir.

Bu itibarla teşri faaliyetinden dolayı Devlet'in mes'uliyetinden bahsederken hâdisede idareye hiçbir kusur, hiçbir yolsuzluk isnadedilemediğini ve edilemeyeceğini farz ve tasavvur ediyoruz. Bir kanun veya bir karar vaz'etmek suretiyle birtakım zararlara doğrudan doğruya teşri organının sebebiyet verdiğini düşünüyoruz.

Gerçi teşri organı tarafından mücerret bir kanun vaz'ı veya karar ittihazı keyfiyeti hiçbir zaman maddeten bir zarar husule getiremez. Zararın fiilen husule gelebilmesi için teşri organınca vaz'olunan kanunun veya ittihaz edilen kararın maddî ve müşahhas bir surette tatbiki gerekir. Bir kelime ile zararın meydana gelebilmesi için kanun veya kararın behemehal tatbik olunması iktiza eyler. Yoksa, aşikârdır ki, bir kanun veya kararın mücerret kabulü, vaz'ı, neşir ve ilânı hiçbir zaman maddeten, fiilen bir zarar ika edemez. Kanun veya karar tatbik edilmedikçe maddî ve fizik alanda, şahıslar veya mamelekler üzerinde maddî ve fiilî hiçbir tesir icra edemez ki bu meyanda bir zarar doğurabilsin!

Demek ki zararı husule getirecek olan: kanun veya kararın tatbikidir. Halbuki teşri organınca vaz'olunan kanun veya kararları tatbik etmek idare organına terettübeden bir iştir. Şu halde hakikatte zararı tevlideden hâdise kanun veya kararın teşri organınca kabul ve vaz'ı değil; bu kanun veya kararın idare tarafından maddî ve müşahhas bir şekilde muayyen bir şahıs hakkında veya muayyen bir hale mahsus olmak üzere tatbiki keyfiyetidir. Lâkin, öyle farzediyoruz ki, idare mezkûr kanun veya kararı tıpkı teşri organı gibi anlamakta ve tefsir eylemekte bu kanun veya kararı aynen kanun vâzının iradesi, dileği gereğince tatbik etmekte; bu kanun veya karardan tamamen teşri uzvunun istihdaf ettiği, beklediği neticeleri çıkarmaktadır. Buna rağmen kanunun teşriî kararın tatbiki dolayısıyla birtakım zararlar husule gelmektedir.

Görülüyor ki bunda idarenin hiçbir sun'u taksiri yoktur. Zira

bu zararların meydana gelmesini intaceden âmil: teşri organı tarafından bu yolda hükümler vaz'ı keyfiyetidir. Felsefî tâbiriyle hâdisede zararın ilk illeti «cause première»: bizzat kanun veya karardır.

Gerçekten kanun vâzı bu gibi bir kanun veya karar vaz'etmekle bu zararların husule gelmesini mümkün kılmış, zımnen veya sarahaten tasvibetmiş, hattâ bleki de arzu etmiştir. Demek ki bu zararların meydana gelmesine doğrudan doğruya teşri organı sebebiyet vermiştir. Dediğimiz gibi bir taraftan kanun veya teşriî karar, diğer taraftan zarar arasında bir illiyet münasebeti mevcuttur. Bu illiyet münasebeti karşısında ve zarar fâili ile mutazarrır şahıs yanında idare tamamen yabancı bir üçüncü şahıs vaziyetindedir. Yani zararın husule gelmesinde idarenin hiçbir dahli, rolü ve tesiri yoktur.

Buna binaendir ki teşri organı tarafından vaz'olunan kanun veya kararın tatbiki dolayısıyla zarara uğrıyan şahıs, bu zararlar idarenin —yakından veya uzaktan— hiçbir alâkası olmadığını teslim etmekte; idareye hiçbir kusur veya yolsuzluk isnat ve izafe eylememekte; idareyi bundan mes'ul tutmamakta; elhâsıl bu kanun veya kararın idarece tatbiki dolayısıyla idare aleyhine bir dâva ikame etmemekte; doğrudan doğruya teşriî faaliyetten dolayı Devlete karşı bir tazminat dâvası açmakta; teşri organı tarafından vaz'olunan kanun veya karar dolayısıyla uğradığı zararların Devletçe tazminini istemektedir.

Bu gibi bir dâvanın açılıp açılmıyacağı; Devletin mahkemece tazminata mahkûm edilip edilemeyeceği ise ayrı bir meseledir.

Gerçekten teşriî faaliyetten dolayı Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılıp açılmıyacağı, bu gibi bir dâvanın mahkemece kabul olunup olunmıyacağı; bu gibi bir dâva açıldığı ve mahkemece dinlenildiği takdirde mahkemenin Devlet aleyhine tazminata hükmedip edemeyeceği câyisualdir.

Bu suale verilmesi gereken cevabı evvelâ —Türk âmme hukukunun ve hususiyle idare hukukunun öteden beri geniş surette ilham aldığı— Fransız hukuku bakımından, sonra da Türk hukuku yönünden araştıralım.

I. Fransız hukuku bakımından teşri faaliyetinden dolayı Devletin mali mes'uliyeti meselesi.

Bu meseleyi lâyıkı veçhile incelemek için evvelâ bu hususta cari olan kaideleri tespit etmek; sonra da bu kaidenin istisnalarına göz gezdirmek icabeder.

A. Fransız âmme hukukunda cari olan kaide: teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul olmamasıdır.

Yani teşri organının herhangi bir faaliyetinden—koyduğu bir kanundan, ittihaz ettiği bir karardan—dolayı Devlete hiçbir malî mesuliyet terettübetmez. Prensip itibariyle teşri faaliyetinden dolayı Devlet mes'ul tutulamaz. Hulâsa bu hususta mes'uliyetsizlik kaidesi cari ve hâkimdir. Şu halde bizzat teşri organı, teşri faaliyetinden mutazarrır olanlara bir tazminat verileceğini tasrih etmedikçe Devletten tazminat talebedilmez. Mahkemece Devlet aleyhine tazminata hükümlenemez.

Yukarıda tespit ettiğimiz adem-i mes'uliyet kaidelerini bazı misallerle canlandıralım:

1. Meselâ bir kanun, evvelce mer'i olan mevzuata istinadeden miras rejimini değiştiriyor. Bilfarz evvelki mevzuatın mahfuz hisseli mirasçı olarak kabul ettiği kimselere mahfuz hisse tanımıyor, veya mahfuz hisse miktarını tenzil ediyor.

Eski mevzuata göre mahfuz hisseli mirasçı olanlarla daha fazla bir miktarda hisseye sahip bulunanların yeni kanundan müteessir ve mutazarrır oldukları aşikârdır. Bu zararın da doğrudan doğruya kanundan neşet ettiği meydandadır. Halbuki —kanunla zarar arasındaki illiyat rabitasının mevcudiyetine rağmen— bu kanundan dolayı Devlete hiçbir gûna mes'uliyet terettübetmez. Bu gibi zararların tazmini bahse mevzu olmaz. Zira teşri faaliyetinden dolayı Devlet kaideten mes'ul tutulamaz. Ancak aşağıda tespit edeceğimiz muayyen, mahdut ve istisnâî hallerde Devletin mes'uliyeti cihetine gidilebilir. Fakat bu istisnalar mevritlerine mahsus ve münhasırdır. Bu istisnâî haller dışında teşriî faaliyetten dolayı Devletin adem-i mes'uliyeti kaidesi cari olur.

2. Bunun gibi yeni bir vergi vaz'eden veya mükelleflerin vergi nispetini artıran bir kanundan dolayı Devlet mes'ul değildir.

Zira —dediğimiz gibi— teşri faaliyetinden dolayı mes'uliyetsizlik: kaide; mes'uliyet ise: istisnadır. Halbuki verdiğimiz bu misaller —aşağıda karakterlerini tespiti çalışacağımız— istisnalar dışında kalmaktadırlar. Binaenaleyh bu gibi hallerde vergi mükelleflerinin, Devlet aleyhine bir tazminat talebinde bulunmalarına imkân olmadığı gibi; Devletin mahkemece mes'uliyetine hükümlenmesi de mümkün değildir.

Kaideyi böylece tespit ettikten sonra teşri faaliyetinden dolayı Devletin kaideten niçin mes'ul olmadığını da araştıralım. Derhal şunu söyleyelim ki Fransız doktrininde teşri faaliyetinden dolayı Devletin —prensip ve esas itibariyle— mes'ul olamayacağı ittifakla kabul edildiği halde; müellifler bunun sebeplerini izah hususunda ittifak etmiş değillerdir. Gerçekten teşri faaliyetinden dolayı Devletin adem-i mes'uliyetini izah hususunda birçok nazariye ve telâkkiler ortaya atılmıştır.

Bunlara da bir göz gezdirelim:

a) Teşri faaliyetinden dolayı Devletin adem-i mes'uliyeti ilk olarak hâkimiyet fikriyle izah olunmuştur. Filhakika bu nazariye 1896 da E. Laferrière (3), bilâhare Teissier (4) tarafından müdafaa edilmiş; Fransada uzun zaman rağbet görmüştür.

Bu telâkkiye göre hâkimiyet ile mes'uliyetin telifi imkânsızdır. Bunlar tamamen zıt mefhumlardır. Zira hâkimiyetin mümeyyiz vasfı: diğer iradelerin fevkinde bir irade olması ve binaenaleyh kendi üstünde hiçbir irade, hiçbir kudret ve binaberin hiçbir kontrol tanımamasıdır. Laferrière'in tâbiriyle (5): «Hâkimiyetin fârik vasfı: kendisini herkese zorla, tâvissiz ve tazminatsız kabul ettirmesi, empoze eylesidir.»

Halbuki kanun vaz'ı: hâkimiyetin en bariz ve en mükemmel bir tezahüründen başka bir şey değildir. Teşri organı kanun vaz'ederken millî hâkimiyete istinadederek ve teşri salâhiyetini millet namına kullanır. Millî hâkimiyet üstünde hiçbir kudret olmadığına göre de millî hâkimiyete istinaden ve millet namına yapılan bir işten milleti ve —onun hukukî bir teşahhusundan ibaret bulunan— Devleti mes'ul kılmak imkânsızdır. Bir kanunun iras ettiği zarardan dolayı tazminata mahal olup olmadığını ancak kanun vâzı, tamamen serbest olarak, takdir edebilir. Yoksa onun yerine kaim olarak mahkemelerin bu gibi bir tazminata hükmetmelerine imkân yoktur.

İşte «millî hâkimiyet» fikri ve «hâkimiyet» mefhumuyle «mesuliyet» prensibinin telif olunamayacağı esası Fransada uzun zaman kabule mazhar olmuştur. Hattâ bu tez 1923 tarihlerine kadar Devlet Şûrasında tanınmış müddeiumumiler —yani «commissaire du gouvernement» lar— tarafından sık sık ileri sürülmüş ve müdafaa edilmiştir.

(3) E. Laferrière, *Traité de la Jurisdiction administrative*, c. II, 1896.

(4) Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, 1906.

(5) Mezkûr eser, s. 13.

aa) Halbuki —bilindiği üzere— bir kere hâkimiyet telâkkisi —başta L. Duguit olmak üzere— bazı Fransız müelliflerinin şiddetli tenkid ve itirazlarına uğramıştır.

Bugün bu nazariye eski itibar, nüfuz ve kudretini; hâkimiyet de ilâhî ve kudsi mahiyetini kaybetmiştir. Bu itibarla Devletin, teşri faaliyetinden dolayı, mes'ul olmamasını hâkimiyet esasiyle izaha çalışan telâkki de bugün Fransada hemen tamamen terk edilmiştir.

bb) Şu da var ki hâkimiyet telâkkisi kabul olunsa dahi; «hâkimiyet» mefhumunun muhakkak ve zarurî olarak «adem-i mes'uliyet» fikrini tazammun eylediği sabit değildir. Binaberin «hâkimiyet» mefhumuyle «mes'uliyet» esasının gayrikabili telif olduğu ispat edilmedikçe teşri faaliyetinden dolayı Devletin adem-i mes'uliyetini hâkimiyet esasiyle izaha çalışmak —P. Duez'in de işaret ettiği veçhile (6)— bir kelime ve mantık oyunundan başka bir şey olmaz.

cc) Bahusus ki idare fonksiyonu —tıpkı teşri fonksiyonu gibi— millî hâkimiyetin bir tezahürü olduğu halde —ileride göreceğimiz üzere— Devletin, idarenin mes'uliyetini intacetmektedir. Demek ki «hâkimiyet» mefhumuyle «mes'uliyet» prensibinin telifi imkân dâhilindedir. Şu halde Devletin teşriî faaliyetinden dolayı mes'ul olmamasını hâkimiyet fikriyle izah doğru değildir. Nitekim bu izah tarzı bugün yerini, aşağıda tetkik edeceğimiz diğer nazariyelere bırakarak sahneden çekilmek zorunda kalmıştır.

b) İkinci bir izah tarzına göre Devletin teşri faaliyetinden dolayı adem-i mes'uliyeti temsili hükûmet esasına dayanmaktadır (7). Gerçekten bu telâkkiye nazaran —temsili hükûmet rejiminde— vatandaşla teşri organı arasında bir temsil hukukî münasebeti mevcuttur. Şöyle ki teşri organı vatandaşları temsil eylemektedir. Şu halde kanunu vaz'eden teşri organı, bunu vatandaşlar nam ve hesabına meydana getirmektedir. Başka bir söyleyişle teşri uzvunun bir mümessil sıfatiyle ortaya koyduğu kanun, hakikatte, bu suretle temsil olunan vatandaşlara muzaf ve racidir. Binaberin hakikatte kanun vatandaşların eseridir. Vatandaş kanun karşısında bir üçüncü şahıs değil; doğrudan doğruya kanunun fâilidir. Demek ki teşri faaliyetinden bir zarara uğriyan vatandaş, kendisi bu zarara sebebiyet vermiştir. Filhakika kanun kendi eseri olduğuna nazaran uğ-

(6) P. Duez, La responsabilité de la puissance publique 1938, s. 212.

(7) Bakınız: P. Duez, aynı eser, s. 213.

radığı zarar da kendi fiilinin neticesidir. Binaenaleyh kendinden başka bir mes'ul aramaması ve bu zarara katlanması icabeder.

Bu izah tarzı da birtakım tenkidlere maruz kalmıştır. Gerçekten:

aa) Bir kere vatandaşla teşri organı arasındaki münasebetin alelade bir temsil münasebetinden ibaret olduğu aşikâr değildir. Olsa olsa bunun, âmme hukukuna hâs ve hususî hukuktaki temsilden farklı bir nevi temsil olduğu söylenebilir.

bb) Şu da var ki bu münasebetin hakikaten bir temsil münasebeti olduğu kabul edilse bile; teşri organının müntehipleri, vatandaşları ferden, yani teker teker temsil etmeyip bunların heyeti mecmuasını toptan temsil ettiği muhakkaktır.

cc) Bu nazariye teşri faaliyetinden mutazarrır olup da intihabetmek ehliyetini haiz olmıyan kimselerin vaziyetini de izah edememektedir. Gerçekten bu teori intihap ehliyetinden mahrum olanların —yani Fransada kadınların, gayrireşitlerin ve ecnebilerin— teşri faaliyetinden dolayı uğradıkları zararlardan ötürü Devletten niçin tazminat talebedemeyeceklerini bize anlatamamaktadır.

Bütün bu tenkid ve itirazlar bu izah tarzının da kabule şayan olmadığını gösterir.

c) Üçüncü bir izah tarzına göre teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul olmamasının sebebini kanunun umumî ve gayrişahsî bir mahiyet arzemesinde aramak icabeder.

Gerçekten bir zamanlar Profesör G. Jéze (8) ve J. Barthélemy (9) bu tezi ileri sürmüşlerdir. Bugün de R. Bonnard (10) aynı noktayı nazarı müdafaa etmektedir.

Bu teze göre teşriî tasarruf, kanun —mahiyeti itibariyle— umumî ve gayrişahsîdir. Yani ferden, ismen, cismen muayyen bir veya birkaç şahsa değil; umumî ve gayrişahsî bir surette isim ve şahıs zikretmeksizin muayyen bir gruba, bir kategoriye, umuma hitabilmektedir.

Halbuki Fransız âmme hukukunda ve hususiyle idarî kaza sahasında kabul olunan esaslar mucibince herhangi bir zararın Devlet veya idarenin mes'uliyetini intacedebilmesi için behemehal hususî

(8) G. Jéze, Rev. Dr. Publ. 1907, s. 453 ve müt.; Elements de Dr. Public et adm. 1910, s. 99 ve Rev. Dr. Publ. 1924, s. 231 ve müt.

(9) J. Barthélemy, Rev. Dr. Publ. 1907, s. 24 ve müt.

(10) R. Bonnard, Précis de Dr. Adm. 1940, s. 134.

bir mahiyet arzetmesi iktiza eyler. Yani zararın muayyen şahıslara hâs ve münhasır olması gerekir.

Demek iki umumî ve gayrişahsî bir mahiyet arzeden bir kanunun hususî, şahsî mahiyette bir zarar tevliyetmesine imkân yoktur. Şu halde bir kanunun umumî ve gayrişahsî olarak iras ettiği zararın tazmini bahse mevzu olamaz.

Lâkin bu telâkki de tenkide şayandır:

aa) Gerçekten bir kere umumî ve gayrişahsî bir mahiyet arzeden, daha doğrusu umumî ve gayrişahsî bir kıyafete bürünerek ortaya çıkan bir teşriî tasarrufun, bir kanunun da muayyen ve mahdud kimselere hâs ve münhasır birtakım zararlar iras etmesi mümkündür.

Bilfarz bir kanun, tamamen umumî ve gayrişahsî bir formül kullanılarak, yani mücerret ve objektif bir kalıba girerek memleket dâhilinde kibrit imalini menedebilir. Görüldüğü üzere kanun zâhiren umumî ve gayrişahsî bir mahiyeti haizdir. Lâkin hakikatte bu kanun muayyen ve mahdud kimselere taallük etmektedir. Şöyle ki kibrit imal eden birkaç fabrikatöre hitabeylemekte; doğrudan doğruya onları müteessir ve mutazarrır kılmaktadır. Elhâsıl kanun zâhiren mücerret ve objektif bir hüküm vaz'etmekte; fakat hakikatte muayyen ve mahdud kimselere hâs ve münhasır birtakım zararlar doğurmaktadır.

Şu halde, anlaşılıyor ki, kanunun umumî ve gayrişahsî mahiyetinden hususî, şahsî mahiyette zararlar tevliyedemiyeceği neticesini çıkarmak doğru değildir.

bb) Şu da var ki her teşriî tasarrufun, her kanunun muhakkak surette umumî ve gayrişahsî bir mahiyet arzettiği de söylenemez. Zira bir teşriî tasarrufun, bir kanunun mücerret ve objektif bir mahiyet arzedecek yerde; bilâkis ismen, cismen, şahsan muayyen ve müsemma kimselere hitabetmesi ihtimal ve imkân dâhilindedir. Bilfarz Fransız hanedanından filân veya falan prensin ismi zikrolunarak orduda hizmet edemiyeceği hakkında bir kanun vaz'olunduğu takdirde mezkûr kanunun umumî ve gayrişahsî bir mahiyet arzemiyeceği aşikârdır. Bunun gibi herhangi teşriî tasarruf veya kanun—şahsan, ismen tâyin etmek suretiyle— filân dinî cemiyeti feshetse, bu teşriî tasarruf veya kanunun umumî ve gayrişahsî değil tamamen şahsî, ferdî, sübjektif bir mahiyet arzedeceği bedihîdir. Binaberin bu gibi şahsî, ferdî, hususî, sübjektif kanunların sebebiyet

verdikleri zararların da tamamen ferdi, şahsi, hususi bir mahiyeti haiz olacakları meydandadır.

Demek ki teşriî faaliyetin hususi ve istisnai mahiyette zararlar ıka edemeyeceği iddiası —bu bakımdan da— esassız ve mesnetsizdir. Bu itibarla mezkûr telâkkiyi de kabule imkân yoktur.

d) Yukarıda naklettiğimiz üçüncü telâkkiye yakın bir teze göre de (11) teşriî tasarruf, kanun hiçbir zaman anormal, istisnai zararlar tevlidedemez. Halbuki Fransız âmme hukukunda ve hususiyle idarî kaza sahasında kabul olunan esaslara nazaran herhangi bir zararın Devletin, idarenin mes'uliyetini intacedebilmesi için —özü ve önemi itibariyle— gayritabiî ve istisnai bir mahiyet arzemesi icabeder. Yani âmme hukukunda herhangi bir zararın bir tazminata esas ve mevzu teşkil edebilmesi için cemiyet hayatının tabii ve zarurî olarak tevlidettiği, sebebiyet verdiği alelâde ve normal zararlar fevkinde bir zarar olması iktiza eyler.

Başka bir söyleyişle müşterek cemiyet hayatının zarurî ve tabii olarak tevlidettiği birtakım zararlar vardır ki bunlara ses çıkarmaksızın herkesin katlanması icabeyler. Zira bu zararlar, cemiyet hayatının tabii ve zarurî olarak sebebiyet verdiği alelâde ve normal zararları aşmamaktadır. Bir kelime ile bu zararlar anormal ve istisnai bir mahiyet arzetmemektedir (12).

Bilâkis— mahiyetleri ve ehemmiyetleri itibariyle— cemiyet ha-

(11) P. Duez, aynı eser, s. 213.

(12) Meselâ idare hukuku sahasında idarî faaliyetlerin husule getirdikleri birtakım zararlar Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre istisnai ve anormal bir mahiyet arzetmemektedir: bilfarz bir caddenin, bir yolun idare tarafından tamiri dolayısıyla yolcuların, hususi nakil vasıtalarının muvakkat bir zaman için yollarını değiştirmek ve birazcık uzatmak mecburiyetinde kalmaları idare fonksiyonunun doğurduğu tabii, zarurî bir külfet, bir mahzur, bir zarar telâkki olunmaktadır. Bu itibarla idare, yolun uzaması dolayısıyla daha fazla benzin sarfına mecbur kalan bir otomobil sahibinin bu masrafını, bu zararını tazmin etmek mecburiyetinde değildir.

Bunun gibi bir meydandaki asırdide ağaçlardan sonbaharda düşen yapraklardan mutazarrır olan bir bina sahibinin de tazminat talebi kabul olunmaz. Zira sonbaharda yaprakların dökülmesi tabiat kanunu icabıdır. Buna katlanmak gerektir.

Elhâsıl yukarıdaki misallerde bahse mevzu olan zarar —birinci hâdisede olduğu gibi— ya cüz'î, ehven olmasından dolayı; veya —ikinci hâdisede görüldüğü üzere— tabii bir sebepten ileri geldiği için, Fransız Devlet Şûrasınca istisnai ve anormal mahiyette sayılmamakta; binnetice tazminatı mucibolmamaktadır.

yatının sebebiyet verdiği zarurî, normal, mutata zararları aşan zararlar anormal ve istisnai telâkki olunurlar. İdarenin mes'uliyetini mucibolurlar ve tazminata esas teşkil ederler (13).

İşte bu eseslerden hareket edilince şu neticeye varılır ki teşri faaliyeti cemiyet hayatının zarurî icabatındandır. Gerçekten teşri faaliyeti cemiyet hayatının zarurî, tabii, mutata, alelâde bir faaliyettir. Halbuki teşri faaliyeti yeni birtakım kaideler vaz'etmek, cari ve mer'i mevzuatı tadil ve ilga etmek, mevcut ve müesses vaziyetleri ihlâl, bertaraf etmek imkânlarını tazammun eder.

Şu halde teşri faaliyetinden husule gelen zararların anormal ve istisnai birer zarar telâkki edilmesine imkân yoktur. Binaberin teşri faaliyetinin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı Devletten tazminat talebolunamaz. Devlet tazminata mahkûm edilemez. Zira, dediğimiz gibi, teşri faaliyetinin ika ettiği zararlar cemiyet hayatının tabii ve zarurî olarak doğurduğu birtakım zararlardır. Bunlar, istisnai, anormal, fevkalâde bir mahiyet arzetmezler.

Zannımızca bu noktai nazar da tenkide şayandır. Şöyle ki:

aa) Bir kere Fransız âmme hukukunda kabul olunan esaslara göre her ne kadar Devletin, idarenin mes'uliyetini intacedebilmek için, bahse mevzu olan zararın istisnai ve anormal bir mahiyet arzetmesi aranıyorsa da; zararın bu fevkalâde ve gayritabii mahiyet ve karakterini tespit hususunda kat'i bir kıstas mevcut değildir. Yani zararın istisnai ve anormal olup olmadığını kesin surette tâyine yarayacak bir ölçü yoktur. İddia olunduğu gibi «cemiyet hayatının ta-

(13) Meselâ Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre: şehirden uzakta cereyan eden bir askerî manevranın inkişaf ederek şehre kadar yayılması ve bir caddeye kadar sirayet etmesi üzerine o caddeden geçen bir atlı arabanın —hayvanın atılan silâh seslerinden ürkmesi dolayısıyla— devrilmesi ve bu yüzden bir yolcunun yaralanması halinde bu kimsenin uğradığı zararı istisnai ve gayritabii bir zarar telâkki etmek icabeyler. Zira caddenin bu şekilde istimali normal ve zarurî istimal tarzına tamamen aykırıdır. Binaberin caddenin anormal surette istimalinden husule gelen zararı cemiyet hayatının, şehir hayatının zarurî, tabii ve mutata bir neticesi saymak imkânsızdır. Bir kelime ile zarar istisnai ve anormal bir mahiyet arzetmektedir. İdare, bunu tazminle mükelleftir.

Bunun gibi bir demiryolu inşası dolayısıyla bir tünelin açılması yüzünden bir gayrimenkul sahibinin uğradığı zarar Fransız Devlet Şûrasınca istisnai ve anormal bir zarar telâkki olunmaktadır. Zira tünel açılması mahiyeti ve ehemmiyeti itibariyle Medenî Kanunun bir mülke tahmil ettiği mutata ve normal mükellefiyetlerin fevkinde bir külfettir. Binaberin idare tarafından tazmini icabeyler.

biî ve zarurî icabatı» mefhumu: istisnai ve anormal zararın miyarı olamaz. Zira idare fonksiyonunun icrası da —yani cemiyet dâhilinde birtakım idarî faaliyetlerin görülmesi de— cemiyet hayatının tabii ve zarurî icabatındandır. Gerçekten idare fonksiyonunun icrası da teşri fonksiyonunun ifası kadar zarurîdir. Halbuki —Fransız idare hukuku esasları mucibince— idarî faaliyetler neticesinde husule gelen zararların idarenin mes'uliyetini intacettiği muhakkaktır. Yeter ki —biraz evvel temas ettiğimiz veçhile (14)— idarî faaliyetten meydana gelen zarar istisnai ve anormal bir mahiyet arzetsin!

Demek ki herhangi bir faaliyetin, cemiyet hayatının tabii ve zarurî icabatından olması bu faaliyetin birtakım fevkalâde ve gayri-tabii zararlara sebebiyet vermesine mâni teşkil eylememektedir. Şu halde —idare fonksiyonu gibi— teşri faaliyetinin de istisnai ve anormal birtakım zararlar tevliyetmesi ihtimal ve imkân dâhilindedir. Binnetice bu gibi zararların tazmini hususunda idare hukuku sahasında kabul olunan esasların tatbik edilmemesi için ortada sebep yoktur. Hulâsa idarî faaliyetler gibi teşri faaliyetinin de istisnai ve anormal zararlara sebebiyet vermesi halinde Devletin mes'uliyeti cihetine gidilebileceği ve bu zararların Devlete tazmin ettirilebileceği pekâlâ iddia olunabilir. Nitekim, ileride Fransada Devletin teşri faaliyetinden dolayı istisnaen mes'ul tutulduğu halleri tetkik ederken teşri fonksiyonunun da —bazı istisnai ve fevkalâde hallerde— Devletin mes'uliyetini intacettiğini göreceğiz. Bu ise bize teşri faaliyetinin de birtakım istisnai ve fevkalâde zararlara sebebiyet verebileceğini ispat eder!

bb) Şu da var ki Fransız hukukunda —yani gerek hususî hukukta, gerek âmme hukukunda— objektif mes'uliyet esası da kabul ve tatbik olunmaktadır. Bilindiği üzere objektif mes'uliyet, «risque» (15) nazariyesine dayanmaktadır.

Bu nazariyeye göre etraf için bir muhatara, bir tehlike arzeden bir faaliyette bulunan şahıs —velevki bu faaliyette bulunmakla bir kusur işlemiş sayılamasa ve bu faaliyeti icra ederken herhangi bir kusuru, ihmali ve tedbirsizliği de sabit olmasa— mücerret etraf için tehlike arzeden bir faaliyet ifa ettiğinden dolayı işbu faaliyetinden husule gelen zararlardan mes'ul tutulur. Zira bu faaliyetle hu-

(14) 13 numaralı nota bakınız.

(15) Türk doktrininde «risque» nazariyesi karşılığı olarak «hasar» veya «tehlike» nazariyesi denilmektedir. Biz, «risque» kelimesinin Türkçe mukabili olarak «riziko» veya «tehlike» terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

sule gelen zararlar arasında bir illiyet münasebeti mevcuttur. Binaenaleyh zararı fâile isnat ve izafe etmek lâzımdır. Bahusus ki bu faaliyetten bu şahıs istifade etmektedir. Yani bu faaliyetin semereleri, nimetleri ona ait bulunmaktadır. Halbuki her nimet külfete ve her külfet nimete göre olmak gerektir. Şu halde bu faaliyetten istifade eden şahıs bu faaliyetin külfetlerine de katlanmalıdır. Binaberin bu faaliyetten husule gelen zararları tazmin etmek mecburiyeti de bu şahsa terettübetmelidir. Esasen cemiyet dâhilinde başkaları için herhangi bir tehlike ve muhatara arzeden bir faaliyet icra eden şahsın bu tehlike ve muhatarayı —tıpkı bir sigortacı gibi— üzerine aldığı, garanti ettiği farz ve kabul olunabilir.

Binaenaleyh —kendisine hiçbir kusur atıf ve isnadolunamasa dahi— bu şahıs tehlikeli ve muhataralı faaliyetinden dolayı husule gelen zararları —âdeta bir sigortacı gibi— ödemek, tazmin etmek zorundadır.

Ana hatlarını yukarıda çizdiğimiz «risque» nazariyesi —biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile— Fransada hususî hukukta olduğu gibi, âmme hukuku sahasında da tatbik edilmektedir. Aynı zamanda bu nazariye hem mevzuata hem mahkeme içtihatlarına dayanmaktadır.

İşte bu nazariyeyi Devletin teşri faaliyetine de teşmil edenler ve bu esasa istinaden teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyetini kabule mütemayil olanlar vardır (16).

Bunlara göre —idare fonksiyonu gibi— teşri fonksiyonu Devlete, ferdin haiz olmadığı fevkalâde ve istisnai bir kudret, salâhiyet bahşeylemektedir. Bu kudret ve salâhiyetin istimali ise etraf —yani hükümet edilenler, idare edilenler— için bir tehlike ve muhatara teşkil eylemektedir. Bu itibarla Devlet, teşri fonksiyonunu icra ederken bazan birtakım şahıslara zararlar ika eylemektedir. Bilfarz Devlet —umumî menfaat düşüncesiyle— bir kanunla o güne kadar meşru ve muteber addolunan birtakım sınaî veya ticarî teşebbüsleri menetmekle, ortadan kaldırmakla birtakım zararlara sebebiyet verir. Teşri faaliyetinden husule gelen bu zararlar fevkalâde ve istisnai bir mahiyet arzederler. Zira umumî menfaat mülâhazasıyla vazolunan bir kanundan bütün kollektivite, bütün cemiyet, yani herkes istifade ettiği halde; sınaî veya ticarî faaliyetlerine nihayet verilen şahıslar —diğerlerinden farklı olarak— birtakım külfetlere maruz

(16) Ezcümle bakınız: J. F. Brunet, De la responsabilité de l'Etat législateur 1936, s. 59 ve müt.

kalmaktadırlar. Binaberin bu şahısların uğradıkları zararları anormal ve istisnai addetmek icabeyler. Bu anormal ve istisnai mahiyetine binaen de bu zararların Devletçe tazmini gerekir.

Görülüyor ki risque nazariyesine göre teşri fonksiyonunun sebebiyet verdiği zararları da anormal ve istisnai mahiyette saymak mümkündür. Şu halde teşri fonksiyonundan husule gelen zararların hiçbir suretle anormal ve istisnai bir mahiyet arzedeceğini iddia eden bu dördüncü telâkki —bu bakımdan da— kabule şayan değildir.

e) Teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul olamayacağını parlamento âzalarının ademi mes'uliyeti ile izaha çalışanlar da mevcuttur (17). Bunlara göre 16 temmuz 1875 tarihli Esas Teşkilât Kanununun 13 üncü maddesi, parlamento âzalarından —yani gerek Meb'usan, gerek Âyan Meclisi âzalarından— hiçbirinin —vazifesini icra zımında izhar ettiği kanaat, fikir ve reyden dolayı— takibolunamayacağını tasrih eylemektedir. Görülüyor ki Fransız Anayasası teşri fonksiyonunun icrası dolayısıyla parlamento âzalarının ademi mes'uliyeti esasını kabul etmektedir. Fransız sisteminde parlamento âzalarının şahsan, ferden ademi mes'uliyeti kabul edildiğine göre; evleviyetle bu âzalardan vücuda gelen parlâmentonun —yani teşri organının— bir bütün, bir heyet olarak teşri faaliyetinden dolayı mes'uliyetsizliğini de kabul etmek iktiza eyler. Gerçekten bir bütünü teşkil eden unsurlar, parçalar mes'ul olmayınca; bütünün de mes'ul olmaması icabeder. Başka bir söyleyişle Devletin ajan veya organları mes'ul olmayınca bizzat Devletin de mes'ul olmaması gerekir.

Görülüyor ki bu tezi müdafaa edenler Anayasanın 13 üncü maddesine dayanmakla Devletin teşri faaliyetinden dolayı mes'ul olmasını Esas Teşkilât Kanununa istinadettirmeye çalışmaktadırlar.

Lâkin, zannımızca, bu tez de tenkide şayandır.

aa) Gerçekten bir kere Esas Teşkilât Kanununun 13 üncü maddesi sadece parlamento âzalarından bahsetmektedir. Bizzat parlamento, teşri organı hakkında bir hüküm vaz'eylememektedir. Şu halde maddede bahse mevzu olan ademi mes'uliyet esasını sırf âzalara matuf ve münhasırdır. Yoksa bizzat parlamentoya, Devlete ait ve raci değildir.

bb) Fikrimizce bu hükmü ve esasını kıyas tarikiyle bizzat parlamentoya, teşri organına, Devlete tatbik etmek doğru değildir. Zira

(1) Bakınız: P. Duez, aynı eser, s. 193-194.

Anayasa, bu hükmü ve esası vaz'etmekle sırf parlâmento âzalarının —herhangi bir takibata maruz kalmaktan çekinmiyerek— kanaatlarına uygun surette, serbestçe faaliyette bulunmalarını temin etmek ve mümkün kılmak istemiştir. Kısaca kanun, teşri faaliyetinin serbestçe icrasını arzu etmiştir. Kanunun maksadı bundan ibarettir. Halbuki teşri faaliyetlerinden dolayı parlâmento âzalarının ademi mes'uliyetini kabul etmekle kanunun maksadı hâsıl olmaktadır. Şöyle ki bu sayede teşrii faaliyet serbestçe ve müstakillen ifa olunmaktadır. Kanunun maksadı bu suretle hâsıl olduktan —yani teşri faaliyetinin serbestçe icrası temin edildikten— sonra bizzat parlâmentonun ademi mes'uliyetini kabul etmekte fayda ve zaruret yoktur. Zira, dediğimiz gibi, Anayasanın yegâne maksadı: teşri fonksiyonunun istiklâlini temin eylemektir. Bu ise parlâmento âzalarının bu fonksiyonun icrası dolayısıyla herhangi bir takibata maruz kalmamalarıyla tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Şu halde ayrıca teşri faaliyetinden dolayı bizzat parlâmentonun veya Devletin ademi mes'uliyetini kabul etmeğe lüzum yoktur. Bu, doğru da olmaz. Zira parlâmento âzalarının çekinmeksizin serbestçe faaliyette bulunması başka bir mesele; parlâmento âzaları tamamen serbest olarak faaliyetde bulduktan sonra parlâmentonun veya daha doğrusu Devletin bu faaliyetten dolayı mes'ul olmaması başka bir meseledir. Birinci mesele: teşri faaliyetinin istiklâl dairesinde icrasını temin meselesidir. İkinci mesele: bu istiklâl temin olunduktan sonra bu faaliyetten müteessir ve mutazarrır olanları himaye meselesidir. Binaenaleyh iki meseleyi karıştırmamak icabeder.

cc) Şu da var ki, kanaatımızca, bir bütünü teşkil eden unsurlar hakkındaki herhangi bir hal suretinin behemehal aynen bütün hakkında da kabul ve tatbiki da icabetmez. Meselâ Devlet de fertlerden, vatandaşlardan vücuda gelen bir bütündür. Halbuki fertler, vatandaşlar hakkında kabul olunan esaslarla Devlet hakkındaki esaslar tamamen farklıdır. Fertler, vatandaşlar hususî hukuk kaidelerine; Devlet ise âmme hukuku kaidelerine tâbidir. Bunun neticesi olarak dâhili hukuk bakımından fertlerin hususî hukuk kaideleri mucibince şahsan ve ferden mes'uliyeti kabul olunduğu halde; Devletin dâhili hukuk bakımından hususî hukuk kaidelerine tevfiқан mes'uliyeti bahse mevzu olmamaktadır.

Bunun aksine olarak meselâ Devletler umumî hukuku sahasında ferdin, tebaanın, vatandaşın şahsan mes'uliyeti hiçbir suretle bahse mevzu olmadığı halde; Devletin —Devletler umumî hukuku bakımından— mes'uliyeti kabul olunmaktadır.

Başka bir misal vermek lâzımgelse diyebiliriz ki: bakanlık, vekâlet de bir bütündür. Şöyle ki vekâlet: vekil, müsteşar, kalemi mahsus, müfettiş... gibi, birtakım unsurlardan müteşekkildir. Halbuki her unsurun hukukî vaziyeti ayrı olduğu gibi; bütünün hukukî durumu da tamamen başkadır.

Şunu da ilâve edelim ki: hukuk tekniğinde bir bütünü, bir hükmi şahsı, bir heyeti teşkil ve terkibeden âzaların, organların, ajanların ademi mes'uliyeti behemehal ve daima bütünün, hükmi şahsın, heyetin mes'uliyetini intacetmez.

Meselâ —ileride tafsilâtiyle göreceğimiz veçhile— idare hukukunda idarî hükmi şahısların mes'uliyeti meselesiyle o idarî hükmi şahısların organ veya ajanlarının mes'uliyeti meselesi tamamen ayrı meselelerdir.

Bu itibarla herhangi bir idarî hükmi şahsın, organ veya ajanlarından kat'annazar, mes'ul tutulması caiz ve mümkündür. Bunun aksisi de varittir. Şöyle ki organ veya ajanların şahsan mes'ul sayılıp bizzat idarî hükmi şahsın mes'ul tutulmaması mümkün ve vâkidir. Gerçekten —ileride izah edeceğimiz üzere— idarenin hizmet kusuruna veya «risque» nazariyesine binaen mes'uliyeti cihetine gidildiği hallerde organ veya ajanların ademi mes'uliyeti esası kabul olunur. Bunun aksine olarak organ veya ajanın şahsî kusurundan dolayı şahsî mes'uliyeti kabul edildiği hallerde prensip itibariyle idarenin mes'uliyeti mevzuubahsolmaz.

Hulâsa bir idarî hükmi şahsın mes'uliyeti bahse mevzu olduğu halde organ veya ajanın ademi mes'uliyeti kabul edilebilir veya bunun hilâfına olarak bir idarî hükmi şahıs organ veya ajanlarının şahsî mes'uliyeti mevzuubahsolduğu halde bizzat idarî hükmi şahsın ademi mes'uliyeti kabul edilebilir.

Demek ki mes'uliyet meselesinde bütün ile parçaları mutlaka ve daima aynı duruma, aynı rejime, aynı esaslara tâbi tutmak doğru olmaz. Esasen her bütünün bizzarure o bütünü teşkil eden kısımların ayrı ayrı tâbi oldukları kaidelere tâbi olacağı umumî bir mantık kaziyesi olarak her zaman ve her hâdisede söylenemez. Bilfarz bezik oyununda iskambil kâğıtları arasında kabul olunan hiyerarşiye göre 10 lu: papaz, kız ve oğlandan üstündür. Halbuki dört papaz 80, dört kız 60, dört oğlan 40 sayı yazdığı halde; dört onlu hiçbir şey yazmaz. Demek ki tekbaşına onlu papaza, kıza ve oğlana üstün iken; dört 10 lu bir arada dört papazdan, dört kızdan ve dört valeden aşağıdır. Hulâsa tekbaşına 10 lu diğerlerinden üstün

bir kıymet ifade ettiği halde yekûn itibariyle kıymeti diğerlerinden aşağıdır.

Bu, bize —herhangi bir sahada kabul olunan konvansiyonlara ve esaslara göre— bir bütünün, behemehal o bütünü teşkil eden unsurların teker teker tâbi oldukları kaidelere tâbi olmadığını ispat eder. Hukuk tekniğinin de insanlar tarafından vaz ve kabul olunan birtakım esaslardan, hattâ konvansiyonlardan ibaret olduğu göz önünde tutulunca herhangi bir hukuk sisteminde bir bütünün —bilfarz teşri organının veya idare uzvunun— o bütünü teşkil ve terkibeden muhtelif kısımlardan— tamamen farklı esaslara ve kaidelere tâbi kılınabileceği kolayca anlaşılır.

dd) Nihayet şunu da ilâve etmek lâzımdır ki: şayet parlâmento âzalarının şahsan mes'ul tutulamamalarının zarurî olarak parlâmentonun, Devletin ademi mes'uliyetini intacettiği kabul olursa; bu telâkki Fransada bazı hallerde teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul tutulmasını bize hiçbir zaman izah edemez. Gerçekten —ileride temas edeceğimiz üzere— Fransada muayyen ve mahdut bazı hallerde koyduğu bazı kanunlardan dolayı Devletin mes'uliyeti kabul olunmaktadır. Halbuki bu kanunları da yine aynı parlâmento âzaları vaz'etmektedir. Binaberin bu hallerde de —aynı esasa binaen— teşri organının, Devletin yine mes'ul olmaması icabeder.

Halbuki —dediğimiz gibi— Fransız sisteminde bu hallerde vazettiği kanunlardan dolayı Devletin mes'uliyeti kabul olunmaktadır. Şu halde mezkûr telâkki bu mes'uliyet hallerini izahtan âcizdir. Binaenaleyh kabule şayan değildir.

f) Teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul tutulamamasını —Fransada kabul olunan kazâî kontrol sistemine göre— teşri organının tasarruflarına karşı kazâî müracaat imkânının mevcut olmamasıyla izah edenler ve vardır (18).

Gerçekten bu izah tarzına göre: Fransız sisteminde —mahiyetleri ne olursa olsun— teşri organının tasarruflarına karşı hiçbir kazâî müracaat imkânı mevcut değildir. Adli mahkemeler ancak hususî şahıslar arasındaki dâvalara veya ceza dâvalarına bakarlar. İdarî mahkemeler ise ancak idarî faaliyetlerden çıkan idarî dâvaları tetkik ve hallederler. Görülüyor ki Fransada kabul olunan kazâî

(18) Bakınız: P. Duez, aynı eser, s. 192-193.

kontrol sisteminde teşri organının faaliyetinden çıkan davalara yer verilmiş değildir. Başka bir söyleyişle teşri organının herhangi bir tasarrufundan dolayı kazai bir mercie müracaat imkânı tanınmamıştır. Yani teşri organının faaliyetinden dolayı teşri organı, Devlet aleyhine dâva açılabilmesi kabul edilmemiştir. Amerikada olduğu gibi Fransada teşri organını murakabe edecek bir kazai merci, bir mahkeme mevcut değildir.

Filhakika, adli mahkemelerin teşri organı üzerinde kazai bir murakabe icra edemeyecekleri aşikârdır. Zira bunların yalnız hukuk veya ceza dâvalarına bakabilecekleri mevzuatta musarrahtır. Şu halde bunların teşri faaliyetinden mütevellit ihtilâflara bakamayacakları derkârdır.

İdari mahkemelere gelince; Devlet Şûrasından gayri idari kaza mercilerinin hususi birer mahkeme olduğu malûmdur. Yani bunlar, ancak kanunlarla kendilerine sarahaten bırakılan muayyen ve mahdut bazı idari ihtilâfları tetkik ve halle salâhiyettardır. Yoksa bunlar bilûmum ve bilcümle idari faaliyetlerden doğan davalara bakamazlar. Halbuki hiçbir kanun bunlara teşri faaliyetinden mütevellit dâvaları tetkik salâhiyetini vermiş değildir. Şu halde bunların, bu gibi dâvaları tetkike salâhiyettar olmadıkları muhakkaktır.

Devlet Şûrasına gelince; bunun umumî bir idari mahkeme olduğunda şüphe yoktur. Yani Devlet Şûrasının herhangi bir kanunda hilâfına sarahat olmadıkça herhangi bir idari faaliyetten çıkan herhangi bir dâvayı rüyet ve halledebileceği muhakkaktır. Ancak şu var ki —doktrinin de işaret ettiği üzere— Devlet Şûrası idari bir mahkemedir ve —24 Mayıs 1872 tarihli kanunun 9 uncu maddesinde beyan olunduğu veçhile— sadece «idari mevadda mütaallik ihtilâfları» tetkike salâhiyettardır.

Görüldüğü üzere mezkûr kanun Devlet Şûrasına idari sahada umumî bir kaza salâhiyeti bahşetmekle beraber; bu kaza salâhiyetini sırf idari mevât ve mesaile hasreylemektedir. Şu halde Devlet Şûrasının teşrii bir faaliyetten, teşrii bir tasarruftan çıkan bir ihtilâfa bakmasına imkân yoktur. Zira teşrii faaliyetin, teşrii tasarrufun idari mevaddan mâdut olmadığı aşikârdır. Bunun gibi teşri organının idari bir makam sayılamıyacağı da muhakkaktır. Elhâsıl teşri organının herhangi bir faaliyetinden, herhangi bir tasarrufundan —herhangi bir kanun veya kararından— dolayı Devlet Şûrasında bir dâvâ açılması hukukan mümkün değildir. Yine hukukan Devlet Şûrasının bu gibi bir dâvayı dinlemesine, tetkik ve halletmesine imkân yoktur. Zira —işaret ettiğimiz veçhile— Devlet Şûrası ancak

idari mevadda mütaallik ihtilâflara bakabilir; yoksa teşrii mevadda mütaallik ihtilâfları, teşri organı aleyhine vâki müracaatları, dâvaları dinliyemez, tetkik ve halledemez. Elhâsıl Fransız sisteminde teşri organını murakabe edecek kazaî bir merci olmadığından teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyeti bahse mevzu olamaz.

Teşrii faaliyetten dolayı Devletin ademi mes'uliyetini bu gibi bir esasa istinaden izaha çalışan telâkki hakkında da birtakım tenkidler ve itirazlar serdölunabileceğini sanıyoruz.

aa) Bir kere —J. F. Brunet'nin işaret ettiği gibi (19)— meseleyi bu şekilde vaz'etmek doğru değildir. Gerçekten bu telâkkiye göre teşri organının ademi mes'uliyetini, bu organı murakabe edebilecek kazaî bir merciin mevcut olmamasında aramak lâzımdır.

Halbuki haklı olarak denebilir ki: «Teşri organı, kendisini murakabe edebilecek kazaî bir merci mevcut olmadığından dolayı gayrimes'ul değil, teşri organı mes'ul olmadığı içindir ki onu murakabe edecek kazaî bir merci mevcut değildir.»

Görülüyor ki sebep olarak gösterilen hâdise hakikatte neticeden başka bir şey değildir. Mesele, bu şekilde vaz'edilmekle halledilmiş olmuyor. Zira —Devletin teşri faaliyetinden dolayı ademi mes'uliyetinin esasını, sebebini araştırdığımıza göre— bu mesele, bu sual cevapsız bırakılmış oluyor. Daha doğrusu bu suale yeni bir sual ile cevap veriliyor. Bu sual yerine yeni bir sual kaim oluyor. Şöyle ki bu sefer zihne teşri organını murakabe edecek kazaî bir merciin niçin mevcut olmadığı suali takılıyor ve bir cevap bekliyor...

bb) Şu da var ki —bizzat Duez'in de temas ettiği veçhile (20)— Devlet Şûrasının teşri faaliyetinden çıkan ihtilâfları rüyet ve halledememesinin sebebini kanun metninde aramak icabediyorsa, bunu kolaylıkla bertaraf etmek imkânı vardır. Gerçekten ileri sürülen 24 Mayıs 1872 tarihli kanunun 9 uncu maddesine göre Devlet Şûrası ancak idari mevadda mütaallik ihtilâfları tetkike ve halle salâhiyettardır. Lâkin kanun, idari mevaddın ne olduğunu, nelerden ibaret bulunduğunu söylemiş değildir. Bunun gibi idari mevaddı diğer mevaddan —ezcümle teşrii mevaddan— ayırdedecek bir kıstas da göstermiş, vermiş değildir (21). Şu halde organik, uzvî bir kıstas

(19) J. F. Brunet, aynı eser, s. 8-9.

(20) P. Duez, aynı eser, s. 193.

(21) Fransada «teşrii mevât» ile «idari mevaddı» ayırdetmeye yarımacak kanunî bir kıstasın mevcut olmadığı hakkında tafsilât için bakınız: R. Sarica, Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti, 1943, s. 193-195.

yerine maddî bir kriter kabul olunabilir. Şöyle ki idarî mevaddı tâyin için faaliyetin sâdır olduğu organa değil; faaliyetin mahiyetine, mevzuuna bakılabilir. Başka bir söyleyişle ancak idare organından sâdır olan faaliyetleri idarî sayacağımız yerde, hangi organdan sâdır olursa olsun faaliyetin mahiyetine, nev'ine göre bunun idarî olup olmadığını tespit edebiliriz. Bu gibi bir kıstas kabul ettiğimiz takdirde teşri organından sâdır olan her faaliyeti teşriî mevât addedemeyiz. Zira teşri organının her tasarrufu teşriî bir mahiyet arzetmez. Ancak, umumî, objektif, gayrişahsî bir mahiyet arzeden tasarruflardır ki teşriî telâkki olunabilir. Yoksa teşri organının şahsî, hususî, müşahhas tasarruflarını maddî bakımdan —yani mahiyetleri itibariyle— tamamen idarî addetmek iktiza eyler (22).

Elhâsıl teşri organının uzvî ve şekli bakımdan «teşriî» sayıldığı halde; maddî bakımdan, mevzuu itibariyle tamamen «idarî» bir mahiyet arzeden tasarrufları vardır. Bu gibi tasarrufları idarî mevaddan mâdüt telâkki etmek mümkündür. Binaberin Devlet Şûrasının —mezkûr kanun metnine göre— teşri organının bu gibi tasarruflarından çıkan ihtilâfları tetkik ve halle salâhiyettar olduğu söylenebilir.

Görülüyor ki uzvî bir kıstas yerine maddî bir kıstasın kabulü Devlet Şûrasının teşri organı tarafından meydana getirilen birtakım tasarruflardan çıkan ihtilâfları tetkik edebilmesini intâceder. Bir kelime ile organik kıstas yerine maddî bir kriteriyumun ikamesi Devlet Şûrasının hiç olmazsa teşri organının bir kısım faaliyetleri üzerinde kazâî murakabesini kullanmasını mümkün kılar.

Kanun, idarî mevaddı teşriî mevaddan tefrike yarıyacak bir ölçü, miyar tâyin etmediğine göre de; organik bir kıstas yerine maddî bir kıstas kabul etmek Devlet Şûrasının elindedir. Bahusus ki Devlet Şûrası —birçok hususta— maddî kıstasa iltifat etmekte; maddî kriteriyumu organik kıstasa tercih eylemektedir. Meselâ —iptal dâvalarında görüldüğü veçhile (23— bir karar aleyhine iptal dâvasının açılabilmesi için bu kararın yalnız idarî bir makamdan sâdır olması yetmez; aynı zamanda bu kararın maddî bir mahiyet arzetmesi de gerekir. Bilfarz evlendirme memuru, konsolos veya nüfus memuru tarafından evlenme, miras taksimi veya ahvali şahsiye

(22) Tasarrufların uzvî ve maddî bakımdan tasnifi hususunda izahat için bakınız: S. S. Onar, İdare Hukuku, 1942, s. 75-84.

(23) Bu husustaki kitabımızın 16 ncı sahifesine bakınız.

hakkında ittihaz olunan kararlar iptal dâvasına mevzu ve zemin teşkil etmezler. Zira bu gibi kararlar —idarî makamlar, ajanlardan sâdır olduklarına göre uzvî bakımdan idarî sayılmakla beraber; mevzuları itibariyle —hususî hukuk mesailine taallûk ettiklerine nazaran— maddî bakımdan idarî bir mahiyet arzetmezler.

Görülüyor ki idarî kaza sahasında bizzat Devlet Şûrasınca kabul olunan esaslar mucibince idarî mevaddı tâyin hususunda uzvî bir kıstas yerine maddî bir kıstas ikame etmek imkânı mevcuttur. Devlet Şûrasının bu gibi maddî bir kıstasa başvurarak teşri organının bir kısım faaliyetlerini idarî addetmesi ve binnetice bu gibi faaliyetlerden çıkan ihtilâflar üzerinde kazaî kontrolünü kullanması imkân dâhilindedir. Bilfarz teşri organından sâdır olmakla beraber muayyen ve müşahhas hallere taallûk eden ve muayyen, müşahhas ve müsemma şahıslara hitabeyliyen teşriî kararları, kanunları —mahiyetleri itibariyle— idarî birer tasarruf saymak; binaberin bunlardan çıkan ihtilâfları da idarî mahiyette birer ihtilâf telâkki etmek Devlet Şûrasının elindedir.

Anlaşıyor ki teşri faaliyetinden dolayı Devletin ademi mes'uliyetini sırf teşri organının faaliyetini murakabe edecek kazaî bir merciin mevcut olmamasıyla izaha çalışan bu telâkkiyi bu suretle çürütmek mümkündür. Nitekim bu telâkkiyi müdafaa eden P. Duez de bu noktaya işaret etmekte; Devletin teşri faaliyetinden dolayı ademi mes'uliyetini izah zımında ileri sürdüğü esasın bu yoldan bertaraf edilebileceğini itiraf eylemektedir.

cc) Nihayet, zannımızca, şunu da ilâve etmek lâzımdır ki: bu telâkki bize Fransada —mahdut da olsa— bazı hallerde teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'ul addedilmesini izah edememektedir. Gerçekten —daha sonra göreceğimiz üzere— Fransada muayyen ve mahdut bazı hallerde teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyeti kabul olunmaktadır. Bizzat Devlet Şûrası, bu gibi istisnaî hallerde, Devletin mes'uliyetine hükmetmekte; koyduğu kanundan dolayı Devleti tazminata mahkûm eylemektedir. Şu halde —istisnaen de olsa— Devlet Şûrası teşri organı üzerinde, daha doğrusu teşri faaliyetinden çıkan birtakım ihtilâflar hususunda kazaî murakabesini kullanabilmektedir. Demek ki 24 Mayıs 1872 tarihli kanundan çıkarılmak istenilen netice doğru değildir. Zira bu kanun metnine göre Devlet Şûrasının teşri faaliyetini murakabe etmesi mümkün değilse bu imkânsızlığın umumî ve mutlak olması icabeder.

Gerçekten kanun umumî ve mutlaktır. Şayet bu kanundan, Dev-

let Şûrasının idarî mevat dışında kalan teşriî faaliyeti kontrol edemeyeceği neticesi çıkarılıyorsa bu neticenin de umumî ve mutlak olması gerekir. Yani Devlet Şûrasının hiçbir zaman, hiçbir veçhile teşriî faaliyetten dolayı açılan herhangi bir dâvayı tetkik, rüyet ve halledememesi iktiza eyler. Halbuki Fransada —ileride göreceğimiz veçhile— Devlet Şûrası bazı hallerde teşriî faaliyetten dolayı açılan tazminat taleplerini kabul etmekte, teşri faaliyetinden mütevellit tazminat dâvalarını dinlemekte, neticeten de Devleti tazminata mahkûm eylemektedir.

Demek ki —mezkûr kanun metnine rağmen— Devlet Şûrasının —şu veya bu yoldan yürüyerek— teşri faaliyeti üzerinde kazai mürakabesini kullanması mümkündür. Şu halde Duez'in müdafaa ettiği tez kabule şayan değildir.

g) Devletin teşri faaliyetinden dolayı mes'ul olmamasını sosyal zaruret mülâhazasıyla izah edenler de vardır (24).

Bunlara göre teşri faaliyetinden dolayı Devletin umumî ve mutlak bir surette mes'uliyetini kabul etmek; içtimaî terakkiye, sosyal inkişafa mâni olmak demektir. Şöyle ki Devletin, umumî menfaat bakımından —yani cemiyetin, milletin bekası ve terakkisi için— faydalı ve zarurî addettiği yeni birtakım kaideler koymasından bazı zararlar husule gelebilir.

Meselâ bir kanunun —sihhi birtakım mülâhazalarla— kurşun kompozelerinin, kurşun mürekkebatının —bilfarz üstübecin— boya olarak kullanılmasını menettiğini düşünelim. Bu gibi bir kanun bir kere kurşunun mahreçlerini, piyasasını daraltacağından kurşun müstahsillerini, yani madencileri müteessir ve mutazarrır kılar. Aynı zamanda kanun —bu işlerle iştigal eden sanayi erbabının faaliyetine nihayet vermek itibariyle— fabrikatörleri de mutazarrır kılar. Bu kanunun, bu sanayi şubesinde çalışan işçileri de mutazarrır edeceği aşikârdır. Mezkûr kanun boyacıları ve boya tüccarlarını da müteessir ve mutazarrır eder. Hattâ daha ileri giderek denebilir ki üstübecin istihsalinde gübre de kullanıldığından bu kanun, hayvan yetiştiren zürrai da müteessir eder. Kezalik kanun, kurşun gibi sikleti ağır bir maddenin nakliyle uğraşan nakliyecileri de mutazarrır kılar.

İşte Devletin, umumî menfaat mülâhazasıyla yeni birtakım kaideler koymasından doğrudan doğruya veya dolayısıyla husule gelen

(24) J. Barthelemy, Rev. Dr. Publ. 1907, s. 92; P. Duez, s. 211; J. F. Brunet, s. 23-28.

bütün zararlar ona ödetilecek olsa bu, Devleti felce uğratar. Devlet —cemiyetin muhafazası, idamesi ve terakkisi yönünden— lüzumlu, faydalı, zarurî telâkki ettiği kaideleri vaz'edemeyecek hale gelir. Zira bu kadar umumî ve şümüllü bir mes'uliyeti göze alamaz. Devlet varidat ve gelirlerinin de bir hududu olduğuna göre bu kadar geniş ve şümüllü tazminat itasına mecbur kalmaktansa Devlet bu gibi kaideleri vaz'etmekten vazgeçer. Bundan da netice itibariyle cemiyet, millet, terakki ve medeniyet müteessir olur.

İşte Devletin teşri faaliyetinden kaideten mes'ul olmamasını bu gibi esaslara istinadettirenler de mevcuttur. Hukukî olmaktan ziyade sosyal ve malî bir mahiyet arzeden bu tez hakkında zannımızca, aşağıdaki tenkid ve itirazlar serdolanabilir:

aa) Bir kere denebilir ki mes'uliyet gibi tamamen hukukî ve teknik bir mahiyet arzeden bir meseleyi hukukî olmıyan, sırf içtimâî ve malî sebeplerle izaha ve halle çalışmak doğru olmasa gerktir.

bb) Şu da var ki içtimâî zaruret mülâhazası Devletin teşri faaliyetinden dolayı mes'ul olmamasını muhik ve meşru göstermeğe kâfi ise, aynı düşünceye istinaden idarî faaliyetlerden dolayı da Devletin ademi mes'uliyetini kabul etmek iktiza eyler. Zira idarî faaliyetler de umumî menfaat namına yani halkın, cemiyetin inkişaf ve terakkisi için icra olunur. Şu halde bu faaliyetlerden husule gelen zararların tazmini de idarî faaliyetleri felce uğratabilir. Netice itibariyle cemiyeti sarsabilir. Terakkiye mâni olabilir. Bilfarz bir kanun kadar umumî ve şümüllü olan memleketi imar programı, demiryolu siyaseti, nafia işleri de kanun kadar umumî ve şümüllü zararlara sebebiyet verebilir. Şu halde tazminat korkusu idarî faaliyetten de vazgeçilmesini intacedebilir. Halbuki —bilindiği üzere— idarî faaliyetlerden dolayı Devletin umumî ve mutlak mes'uliyeti esası kabul olunmaktadır. Demek ki ileri sürülen içtimâî zaruret mülâhazasının mes'uliyet ve ademi mes'uliyet meselesiyle doğrudan doğruya bir alâkası yoktur. Binaberin bu telâkki de kabule şayan değildir.

h) Son bir telâkkiye göre Devletin teşri faaliyetinden dolayı prensip itibariyle mes'ul olmaması ancak teşri organının üstünlüğü ile izah olunabilir.

Gerçekten bu noktai nazarı müdafaa edenlere göre (25) Fransız

(25) J. F. Brunet, bilhassa s. 33-37.

Esas Teşkilât Kanununda teşri organının diğer organlara nazaran üstünlüğü esas kabul edilmiştir. Teşri organı, ne icra uzvu ve ne de kaza organı tarafından tahdit ve takyidedilmiş değildir. Şöyle ki icra uzvu, teşri organınca vaz'edilen kanun ve kararları sadece icra ile mükellef olup; bunları hiçbir suretle tâdil, tağyir, ilga ve bertaraf edemez. Bunun gibi kaza organı da, teşri organı üzerinde murakabesini kullanamaz. Teşri organı tarafından vaz ve ittihaz olunan kanun ve kararları kontrol edemez. Bunların anayasa, hukuk prensiplerine, mevzuata, bir kelime ile hukuka uygun olup olmadığını araştıramaz. Bunları münakaşa ve tenkidedemez.

Elhâsıl icra uzvu ve kaza organı teşri organı tarafından vaz'olunan kaideler dairesinde faaliyette buldukları ve vazifeleri sadece kanunları tatbikten ibaret olduğu halde; teşri organı, kendi üstünde hiçbir kudret tanımıyan, herhangi bir tahdit ve takyide tâbi bulunmıyan, üzerinde hiçbir murakabe imkânı mevcut olmıyan bir organdır. Başka bir söyleyişle teşri organı diğer organların üstündedir. Gerek icra ve gerekse kaza organının tesir ve murakabesi dışındadır.

Gerçi anayasanın, teşri organının üstünde yer aldığı, binaberin teşri organının Esas Teşkilât Kanununa tâbi olduğu; neticeten teşri organı tarafından vaz'olunan tekmlil kanun ve kararların teşkilâtı esasiye hükümlerine uygun olması lâzımgeldiği söylenebilirse de bunun, sırf nazari bir iddiadan ibaret kalacağı muhakkaktır. Zira Anayasanın üstünlüğünü temin edecek, teşri organını Esas Teşkilât Kanununa riayet ettirecek hiçbir müeyyide mevcut değildir. Filhakika Fransız Esas Teşkilât Kanunu teşri organınca vaz'olunan kanun ve mukarreratın Anayasaya uygunluğunu murakabe edecek bir merci ihdas ve kabul etmiş değildir. Fransız Anayasasına göre hiçbir makam, hiçbir merci, hiçbir mahkeme teşri organını murakabe salâhiyetini haiz değildir. Ne adli, ne de idari mahkemeler teşri tasarrufların —yani teşri organı tarafından vaz ve kabul edilen kanun ve kararların— teşkilâtı esasiyeye aykırılığını tetkik edemezler. Tatbikat da bu merkezde olup, mahkemelerin teşri organı üzerinde kazaî murakabelerini kullandıkları hiç görülmemiştir. Bilâkis ister doğrudan doğruya bir dâva şeklinde ikame olunsun, ister bir dâva zımında bir defa olarak dermeyan edilsin mahkemeler, kanunların Anayasaya aykırılığı iddiasını tetkike salâhiyettar olmadıklarını daima açıkça beyan etmektedirler.

İşte bu mebdeden hareket edince teşri faaliyetten dolayı Devletin kaideten mes'ul tutulamıyacağı kolaylıkla anlaşılır. Zira hususi

hukukta olduğu gibi âmme hukuku sahasında da mesuliyet prensip itibarile kusur esasına istinat eder. Gerçi hususî hukukta da âmme hukukunda da, mesuliyetin kusur haricinde de kabul olunduğu vakidir. Yani kusura müstenit mesuliyet yanında «kusursuz mesuliyet» veya «objektif mesuliyet» denilen mesuliyet de yer almaktadır. Lâkin kusur, mesuliyetin asıl temelini teşkil eder. Diğer bir tâbirle mesuliyet, kaideten kusur esasına dayanır. Bir kelime ile kusura müstenit mesuliyet: Hukukta kaide; kusursuz mesuliyet ise: istisnadır.

Gerçekten Fransız medenî hukukunda mesuliyet —Medenî Kanununun 1382 ve 1383 üncü maddelerinde beyan olunduğu veçhile (26)— prensip itibarile kusur esasına istinat ettiği gibi; idare hukuku sahasında da mahkeme içtihatları mucibince hizmet kusuru —yani yine kusur— esasına dayanmaktadır.

İşte gerek hususî hukukta gerekse idare hukukunda mesuliyetin temelini teşkil eden kusur nazariyesine göre bir zararın tazmini, kendisinden tazminat talep olunan şahsın kusuruna bağlıdır. Başka bir ifade ile kusura müstenit mesuliyetin «zarar» ve «kusur» olmak üzere iki unsuru vardır. Şöyle ki bir şahsın mesuliyeti cihe-tine gidebilmek için onun, kusur ile bir zarara sebebiyet vermiş olması icap eder. Elhasıl mesuliyetten bahsedebilmek için bir kusur ve zararın mevcudiyeti şarttır. Şu halde —mezkûr nazariye mucibince— herhangi bir kusurun mevcut olmadığı hallerde mesuliyet de bahse mevzu olmaz.

Halbuki teşri faaliyetinden dolayı Devletin mesuliyetini ne hususî hukuktaki kusur esasına ne de idare hukukunda kabul olunan hizmet kusuru prensipine istinat ettirmek mümkün değildir.

Zira herhangi bir tasarruf ile bir zarara sebebiyet veren teşri organına bir kusur isnat edilip edilemeyeceğini araştırmak teşri organını mürakabe etmek demektir. Teşri organının kusuruna binaen mesuliyetine hükmetmek: teşri organını kontrol etmek, faaliyetini tenkit etmek, yaptığı tasarrufu —yani koyduğu kanunu veya itti-haz ettiği kararı— münakaşa etmek demektir. Bir kelime ile teşri faaliyetten dolayı Devletin —kusur nazariyesine tevfikân— mesu-

(26) 1382 inci maddeye göre: şahsın herhangi bir fiil ve hareketi aharı ızzar ederse, kusur neticesi olarak zarara sebebiyet veren kimse bunu tazmin ile mükelleftir». 1383 üncü madde mucibince de: «herkes kendi fiilinden maa-da dikkatsizliğinden veya ihmal ve teseyyübünden neşet eden zararı dahi tazmin ile mükelleftir».

liyetine hükmetmek, teşri organını mürakabe, muhakeme, tenkit, takbih ve mahkûm etmektir.

Halbuki — işaret ettiğimiz üzere — hiçbir organ, hiçbir merci, hiçbir mahkeme teşri organını mürakabe, muhakeme, tenkit, takbih ve mahkûm etmek salâhiyetini haiz değildir. Fransız anayasasının ne ruhu, ne metni mahkemelerin teşri organı üzerinde kazai mürakabelerini kullanmalarına cevaz vermemektedir. Mahkemelerin buna teşebbüs etmeleri hiç şüphe yok ki anayasaya aykırı düşer. Elhasıl mahkemelerin teşri faaliyetinden dolayı Devletin kusur esasına istinaden mesuliyetine hükmetmelerine hukukan imkân yoktur. Nitekim tatbikatta da mahkemelerin teşrii faaliyetten dolayı Devletin kusur nazariyesine tevfikan mesuliyeti cihetine gittikleri hiç görülmüş değildir.

Şu halde Fransız sisteminde teşri faaliyetinden dolayı devletin umumî ve mutlak mesuliyeti bahse mevzu olamaz. Zira, dediğimiz gibi, mesuliyet prensip itibarile kusur esasına istinat etmektedir. Halbuki mahkemelerin, teşri faaliyetinden dolayı devletin kusuruna binaen mesuliyetine hükmetmeleri hukukan mümkün değildir. Demek ki mahkemeler, teşri faaliyetinden ötürü, devleti umumî ve mutlak surette —yani kusur esasına tevfikan— mesul tutamazlar. Olsa olsa mahkemeler, muayyen, mahdut ve istisnai hallerde kusura dan gayri esaslara dayanmak suretile devletin mesuliyetine hükmedebilirler.

Filhakika —biraz evvel temas ettiğimiz üzere— Fransız hukukunda kusura müstenit sübjektif mesuliyet yanında «kusursuz mesuliyet» veya «objektif mesuliyet» tesmiye olunan bir mesuliyet de yer almaktadır. Şöyle ki mesuliyet bahsinde kusur esasını yanında sebepsiz mal iktisabı, risque nazariyesi, âmme mükellefiyetleri karşısında müsavat prensipi gibi bir takım teorik esaslar kabul olunmaktadır. Fakat işaret ettiğimiz üzere bunlar talî mahiyette, yani ancak kusur prensibinin tatbik edilemediği hallerde müracaat olunan bir takım nazariyelerdir. Kısaca bunlar, kusura müstenit mesuliyetin boşluğunu doldururlar. Bunlardan ancak muayyen, mahdut ve istisnai hallerde ikinci derecede tâli ve yardımcı birer nazariye olarak istifade edilir.

İşte, teşri organının üstünlüğü tezi, Devletin teşri faaliyetinden dolayı kaideten —yani kusur esasına tevfikan— niçin mesul tutulamıyacağını kolaylıkla izah ettiği gibi; ileride göreceğimiz veçhile, devletin —muayyen, mahdut ve istisnai bazı hallerde— sebepsiz mal iktisabı, risque veya müsavat prensipleri mucibince

mesul tutulabilmesini de bize anlatmaktadır. Bu itibarla, zannımızca, mezkûr telâkki en elverişli izah tarzıdır.

Zira teşri organının diğer organlara nazaran üstünlüğü esası onun mahkemeler tarafından kusuruna binaen mesul tutulmasına her ne kadar mâni ise de, sırf sebepsiz mal iktisabı veya risque, müsavat ve hattâ akdî mesuliyet prensipi mucibince tazminata mahkûm edilmesine asla engel olmamaktadır. Filhakika teşri organının kusurlu olup olmadığını araştırmak, ona bir kusur isnat ve izafe etmek: netice itibarile onun faaliyetini, eserini, vazettiği kanunu veya kabul ettiği kararı muhakeme, tenkit, münakaşa ve takbih etmek demektir. Halbuki teşriî faaliyetin sebebiyet verdiği zarardan dolayı Devleti sırf sebepsiz mal iktisabı, risque veya müsavat esasına tevfikân tazminata mahkûm etmek: onun faaliyetini hiç muhakeme, münakaşa, tenkit ve takbih etmeksizin, teşri organının vazettiği kanun veya ittihaz eylediği karar hakkında hiçbir hüküm vermeksizin, kusurlu olup olmadığını araştırmaksızın, hülâsa herhangi bir kıymet hükmünden kaçınarak mücerret husule gelen zararlar zarara sebebiyet veren hâdise arasındaki illiyet rabitasını objektif bir surette tesbit etmek demektir.

Bu itibarla mahkeme, sebepsiz mal iktisabı, risque veya müsavat, hattâ akdî mesuliyet esasına tevfikân devleti tazminata mahkûm etmekle teşri organını mürakabe, tenkit, münakaşa, takbih ve mahkûm etmiş sayılamaz. Einaberin mahkemenin teşri faaliyetinden dolayı devleti objektif esaslara göre tazminata mahkûm etmesiyle teşri organının üstünlüğü prensipi ihlâl edilmiş olmaz.

Görülüyor ki teşri organının üstünlüğü tezi hem bir taraftan devletin teşri faaliyetinden dolayı kaideten mesul olmamasını, hem de diğer taraftan muayyen ve mahdut hallerde devletin istisnaen mesul tutulmasını bize izah etmektedir.

Filhakika bu telâkkiye göre teşri faaliyetinden dolayı devleti tazminata mahkûm etmekle mahkeme teşri organına herhangi bir kusur isnat ve izafe etmemektedir. Sadece bir kanun veya teşriî kararlar husule gelen zarar arasındaki illiyet rabitasını tesbitle iktifa eylemektedir. Aşikârdır ki mahkeme bu illiyet rabitasını tesbit ederken sübjektif herhangi bir esasa istinat etmemekte, başka bir söyleyişle teşri organına herhangi bir kusur isnat edilip edilemeyeceğini araştırmamakta, bir kelime ile teşri organının eserini mürakabe münakaşa, tenkit, takbih eylememektedir. Kısaca denebilir ki teşri organının üstünlüğü fikri mahkemelerin objektif esaslara tevfikân devleti tazminata mahkûm etmelerine mâni değildir. Bilâkis bu üs-

tünlük esası objektif mesuliyetle kabili teliftir. Zira objektif mesuliyette kusur bahse mevzu değildir.

Trotabas'ın da belirttiği veçhile (27) objektif mesuliyet, mahkemenin, devletin hareket tarzını, faaliyetini, meydana getirdiği eseri, koyduğu kanunu, ittihaz ettiği kararı münakaşaya ve tenkide girişmeksizin devleti tazminata mahkûm etmesini mümkün kılar. Objektif mesuliyet teşrii sahada müracaat olunabilecek yegâne nazariyedir. Objektif mesuliyet, teşri organının üstünlüğü ile devletin mesuliyetini telife müsait yegâne çare ve vasıtaadır.

Bu itibarladır ki biz devletin teşri faaliyetinden dolayı kaideten mesul olmamasını teşri organının üstünlüğü ile izah eden telâkkiyi bundan evvel tetkik ettiğimiz telâkkilere tercih ediyoruz. Zira — evvelce belirttiğimiz üzere — diğer telâkkiler teşrii faaliyetten dolayı devletin istisnaen dahi olsun mesul olmasını hiçbir suretle izah edemedikleri halde; teşri organının üstünlüğü fikri, Fransız mahkeme içtihatlarınca kabul olunan muayyen, mahdut ve istisnai hallerde devletin mesuliyetini hem kolaylıkla izah edebilmekte hem de bu içtihatları meşru ve muhik göstermektedir.

Bu sözlerimizle Fransada teşrii faaliyetten dolayı Devletin kaideten mesul tutulmadığını fakat bu kaidenin bazı istisnaları mevcut olduğunu bir kere daha hatırlatmış oluyor ve kaideyi böylece tesbit evledikten sonra istisnalara geçmiş bulunuyoruz.

B. Fransada devletin teşri faaliyetinden dolayı mesul tutulamıyacağı kaidesinin istisnaları.

Fransız mahkeme içtihatlarına veya doktrinine göre muayyen ve mahdut bazı istisnai hallerde teşri faaliyetinden dolayı devletin mesuliyetine hükmolunur. Bu istisnai halleri beş grupta toplamak mümkündür.

1. Birinci istisna. Bir kanun veya teşrii bir karar netice itibarile bir veya müteaddit şahsın mamelekinde bir noksan ve aynı zamanda bir idare hükmî şahsının patrimvanında bir fazlalık husule getirebilir.

İşte, bazı müellifler bu gibi hallerde kanun veya teşrii karar dolayisile mamelekinde noksan husule gelen alâkadarın —medeni hukuktaki sebepsiz mal iktisabı esasına istinaden— mameleki artan idare hükmî şahsı aleyhine tazminat davası açabileceğini kabul edi-

yorlar. İdari mahkemenin, bu kanun veya teşriî karar dolayısıyla mamelekinde tezayüt husule gelen idareyi tazminata mahkûm etmesi lâzım geldiğini iddia ediyorlar.

Görülüyor ki bu hal, devletin teşriî faaliyetinden dolayı mesul tutulamaması kaidesinin bir istisnasını teşkil ediyor. Yalnız derhal şunu kaydedelim ki: bu birinci istisna yalnız bazı müellifler tarafından kabul olunmakta; fakat hiçbir mahkeme içtihadına dayanmamaktadır. Bilâkis Fransız devlet şûrası bu gibi hallerde devletin, idarenin — sebepsiz mal iktisabı esasına istinaden — mesuliyetini kabul etmemektedir. Ancak şu var ki bazı müellifler, devlet şûrasının bu içtihadını tenkit eylemekte ve bu gibi hallerde sebepsiz mal iktisabı kaidelerinin cari olması lâzım geldiğini iddia eylemektedirler.

Demek ki bu birinci istisna sadece nazariyatta kabul olunmakta fakat tatbikatta yer almamaktadır.

Şunu da ilâve edelim ki teşriî faaliyetten dolayı Devletin ademi mesuliyeti kaidesine bu gibi bir istisna kabul eden müelliflerin başında M. Hauriou'yu zikretmek iktiza eyler.

Gerçekten teşriî faaliyetten dolayı devletin kaideten mesul olmayacağını kabul ve teslim eden Hauriou, herhangi bir kanun veya teşriî karardan netice itibarile bir idare partimuvanının başka bir mamelek aleyhine çoğalmasında devletin istisnaen mesul tutulabileceğini ilâve ediyor (28).

a) Meselâ inhisar kanunlarında vaziyet bu merkezdedir. Bilfarz kanun vazı, herhangi bir iktisadî veya sınaî faaliyeti menedip bunu bir idare hükmi şahsının inhisarı altına koyduğunda mezkûr idare hükmi şahsı bundan mesuldür. Zira bu gibi bir faaliyeti menedip bunu idare hükmi şahsının inhisarı altına koymakla kanun vazı hakikatte idare partimuvanının, diğer bir mamelek aleyhine, tezayüdüne sebebiyet vermiştir. Demek ki bir kanun veya teşriî karardan mamelekinde bir tenakus husule gelen şahıs, bu suretle mameleki çoğalan idareden — sebepsiz mal iktisabı kaideleri, mucibince — bir tazminat talep edebilir. İdari mahkemenin, bu gibi bir davayı dinlemesi ve idareyi tazminata mahkûm eylemesi gerekir. Bu itibarla, meselâ birer kanunla 1835 te tütün ve 1852 de telgraf inhisarı ihdas edildiğinde mezkûr kanunlarla bu gibi faaliyetlerine nihayet verilen şahısların bu inhisar kanunları yüzünden uğradıkları

(28) Hauriou, Précis de Dr. Adm. 12 edit, s. 508; Sirey 1910. 3. 1 ve Précis. 1938, s. 300.

zararların devletten tazminini talep etmelerini devlet şûrasının reddetmesini Hauriou tenkit eylemektedir.

b) Bunun gibi bir kanun veya teşriî karar herhangi iktisadî veya sınaî faaliyeti menetmemekle ve inhisar altına almamakla beraber, yine netice itibarile bir hususî mamelekte tenakus ve idare partimuvanında bir tezayüt husule getirebilir. Meselâ Fransada 1902 tarihli umumî hıfzıssıhha kanunu, bazı sarî hastalıklara karşı tebhîr ve tathîr, dezenfeksiyon mecburiyeti vazetmiştir. Kanun, aynı zamanda bu işi bir âmme hizmeti şeklinde tanzim etmiş ve bunu bir idarî teşkilâta bağlamıştır. Şunu ilâve etmek lâzımdır ki kanun, dezenfeksiyon işini bir âmme hizmeti haline ifrağ etmekle beraber; hususî şahısları ve teşebbüsleri bu işle iştigalden menetmiş değildir. Başka bir söyleyişle kanun tebhîr ve tathîr işini bir meslek ve sanat olarak icra etmekte olanların faaliyetine nihayet vermemektedir. Lâkin şüphe yok ki kanun, bu işle iştigal eden hususî teşebbüsleri mutazarır kılmaktadır. Zira —idare hususî teşebbüslerin yanında ve onlara muvazi olarak— bu işi bir âmme hizmeti şeklinde ve prensip itibarile meccani olarak görecektir. Bu itibarla mezkûr hususî teşebbüsler, idarenin rekabetinden muhakkak surette müteessir olacaklardır. Zira kendileri bu hizmeti bir ücret mukabilinde ifa ettikleri halde; idare bunu, kaideten, meccanen yapacaktır. Demek ki müşterileri azalacaktır. Görüldüğü üzere mezkûr kanun bir takım zararlara sebebiyet vermektedir.

Şu da var ki kanun bu âmme hizmetini icra edecek olan idarenin mecburî dezenfeksiyon yanında ihtiyarî dezenfeksiyon işle meşgul olmasına da cevaz vermektedir. Yani alâkadarların kanunen mecbur olmadıkları hallerde dahi lüzum gördükleri ve arzu ettikleri takdirde idareye müracaat edebilmelerini ve idareden bu gibi bir hizmet talep etmelerini tecviz etmiştir.

Nihayet şunu da kaydedelim ki kanun, idarenin ihtiyarî dezenfeksiyon hizmeti mukabilinde ve hattâ mecburî dezenfeksiyon hizmeti karşılığı olarak muhtaç ve fakir olmayan kimselerden bir resim, bir harç alacağını söylemektedir. Demek ki idare, bu işi görürken âdeta müşteri celbeden, mümkün mertebe «clientèle»'ini, müşterilerini artırmaya gayret eden bir hususî teşebbüs vaziyetindedir.

Bu izahattan anlaşılacağı veçhile mezkûr kanun sıhhi bir takım mülâhâzalar yanında bir bakıma iktisadî bir mahiyet te arz ediyor. Şöyle ki kanun, netice itibarile idarenin —bu hizmet mukabilinde resim ve harç temini suretile— partimuvanında —ayni işle iştigal

eden hususî teşebbüslerin mameleki aleyhine olarak— bir tezayüt husule getirmektedir.

İşte Hauriou'ya göre bu gibi hallerde dahi teşriî faaliyetten dolayı devletin mesuliyeti kabul olunmalıdır. Zira vazolunan kanun veya ittihaz edilen teşriî karar neticesinde iktisadî ve sınaî bir faaliyet menedilmemekle ve bu, bir inhisar haline sokulmamakla beraber; nihayet bundan yine hususî mameleklerde tenakus, bilâkis idare partimuvanında fazlalık meydana gelmektedir. Binaberin sebepsiz mal iktisabı kaideleri tatbik olunmak icabeder.

c) Nihayet şunu da kaydedelim ki Hauriou sebepsiz mal iktisabı mefhumunu çok geniş bir manâda almaktadır. Gerçekten müellife göre sebepsiz mal iktisabı yalnız müsbet bir şekilde bahse mevzu olmaz. Aynı zamanda menfi bir şekil de arzedebilir. Başka bir söyleyişle sebepsiz mal iktisabı, yalnız bir kanun veya teşriî karar dolayısıyla bir şahsın mamelekinde tenakus ve bilâkis bir idare hükmi şahıs partimuvanında tezayüt husule gelmesi halinde bahse mevzu olmaz. Herhangi bir kanun veya teşriî karardan bir mamelekte tenakus husule gelmekle beraber idare hükmi şahsı patrimuvanında bir fazlalık meydana gelmese dahi; neticeten bu sayede idarenin herhangi bir masrafı kısılmış, azalmış bulunursa, yani idare iktisadî mânada bir tasarruf, bir ekonomi yapmış olursa, binaberin idare bu suretle menfi bir kazanç, kâr, «moindre dépense» elde ederse yine sebepsiz mal iktisabı esası cari olmak lâzım gelir.

Meselâ bir kanunun, idare tarafından tesis ve inşa olunacak telgraf ve telefon hatlarının geçeceği yerlerin, hususî mülklerin istimlâki cihetine gidilmeksizin telgraf ve telefon direklerinin hususî arazi ve mülklerde, âdeta idarî bir irtifaka binaen, cebren dikilmesine cevaz verdiğini düşünelim.

Aşıkârdır ki kanun, idarenin —bu hususî mülkleri istimlâke mecbur kalmaksızın— buralara direk, potrel dikebilmesine müsaade etmekle idareyi bir sürü istimlâk bedeli tediye etmekten kurtarmış, yani idarenin masraflarını kısmış, hülâsa idarenin menfi bir şekilde bir takım kazanç ve kâr temin etmesini mümkün kılmış olur.

Şu halde idarenin, bu kâr ve kazanca mukabil direk ve potrel dikilmesile mutazarrır olan mülk, arazi sahiplerinin zararını tazmin eylemesi gerekir. Zira, işaret ettiğimiz veçhile, bu yüzden mezkûr şahısların mameleklerinde bir noksan hasıl olmakta, bilâkis bu sayede idarenin —masraflarının azalması dolayısıyla— patrimuvanında netice itibarile menfi bir kazanç şeklinde bir tezayüt meydana gel-

mektedir. Demek ki sebepsiz mal iktisabı vaziyeti tahakkuk etmektedir.

Yukarıdaki izahatımızdan anlaşıldığı üzere Hauriou hem müsbet, hem menfi şekilde mütalâa etmekle sebepsiz mal iktisabı mefhumunu fazla genişletmekte; aynı zamanda hususî hukuktaki sebepsiz mal iktisabı kaidelerini teşriî faaliyetten dolayı devletin mesuliyeti bahsine tatbik eylemektedir.

Biz burada Hauriou'nun bu telâkkisini münakaşa ve tenkit edecek değiliz (29). Yalnız şu noktayı belirtmekle iktifa edelim ki: Hauriou'nun ve onu takiben diğer bazı müelliflerin teşriî faaliyetten dolayı devletin mesul tutulamaması kaidesine bir istisna olarak ileri sürdükleri bu hal, Fransız mahkeme içtihatlarınca kabul olunmamakta; binaenaleyh bir istisna olarak gösterilen bu hal sadece nazari bir kıymeti haiz olup hiçbir ameli ehemmiyet arzulememektedir.

2 — İkinci istisna. Bazı Fransız müelliflerine göre bir kanun veya teşriî karar muayyen bir faaliyeti men' ve bunu bir âmme hizmeti haline kalbeylediği takdirde devlet, bu yüzden husule gelen zararları tazminle mükelleftir.

Meselâ L. Duguit'ye nazaran (30) bugüne değin hukukan caiz ve muteber telâkki olunan ve hususî teşebbüse terkedilmiş bulunan herhangi bir faaliyeti teşriî organı menedebilir ve bunu bir âmme hizmeti haline sokabilir. Şüphe yok ki bu faaliyetle iştigal etmekte olanlar bu yüzden bir takım zararlara uğrarlar.

Iste Duguit, bu gibi hallerde devletin mesuliyeti cihetine gidilebileceğini kabul etmektedir. Zira muayyen bir faaliyeti, bir âmme hizmeti haline ifrağ maksadile, menederken devlet kollektiviteyi, cemiyeti düşünür. Başka bir söyleyişle devlet, bu gibi bir memnuiyeti sırf umumî menfaat mülâhazasile vazeder. Yoksa bu faaliyeti, muzır, tehlikeli ve gayri meşru olması dolayısıyla menetmez. Bilâkis bu faaliyeti bir âmme hizmeti haline koymakla bunun muzır, tehlikeli ve gayri meşru olmadığını itiraf ve teyid etmiş olur.

İşte her ne zaman ki umumî menfaat mülâhazasile vazolunan bir kanun veya teşriî karar muzır, tehlikeli ve gayri meşru bir mahiyet arzetmiyen bir faaliyeti meneder devletin, bu yüzden husule gelen zararları ödemesi iktiza eyler.

(29) Bu hususta serdedilebilecek tenkit ve itirazları gerek Duez'in ismi yukarıda geçen eserinde s. 217-218 gerekse Brunet'nin mezkûr tezinde s. 50-52 bulmak mümkündür.

(30) Duguit, Rev. Dr. Pub. 1910 s. 637 - 666

Bilâkis muzır, tehlikeli, gayri meşru, bir kelime ile hukuka aykırı bir faaliyeti menettiği takdirde devlet mesul değildir. Çünkü kanun vazı hukuka aykırı olduğuna kani bulunduğu bir faaliyeti yasak etmekle hakikatte cemiyet dahilinde mer'i ve cari olması gereken hukuku sadece tesbit, izhar ve beyan etmiş olur. Binnetice bundan dolayı devlete bir gûna mesuliyet terettüp edemez.

Gerçi bir itiraz serdolunabilir ve denebilir ki: «Bu faaliyet, bir kanunla menedilinceye kadar evvelce mer'i hukuka — yani evvelki mevzuata veya örf âdete — göre caiz ve meşru telâkki olunmakta idi. Evvelki mevzuat veya örf âdet bu gibi bir faaliyete müsaade ediyor, cevaz veriyordu. Bu kanunlara, bu âdetlere istinadendir ki bir takım şahıslar bu gibi faaliyetlere atılmışlar, bu neviden faaliyetleri bir meslek veya san'at halinde icra edegelmişlerdir. Bundan dolayıdır ki bu faaliyetlerle iştigal eden şahısların hukuka aykırı hareket ettikleri ve bu faaliyetlerin gayri meşru bir mahiyet arzylediği asla söylenemez. Mezkûr şahıslar, bu faaliyetlerine devlet tarafından dokunulmayacağını, binaberin bu faaliyetlerine eski hal üzere devam edebileceklerini düşünmekte ve bu hususta devlete güvenmekte tamamen haklıdırlar. Şu halde günün birinde kanun vazı, herhangi umumî menfaat mülâhazasile, bu faaliyeti menederse mezkûr şahısların uğradıkları zararların da kollektivite, yani hazine, devlet tarafından tazmini mantık ve hakkaniyet icabı olur.»

Duguit, bu gibi bir itiraz dermeyan olunabileceğini söyledikten sonra bu tenkidin yerinde olmadığını, bilâkis sakat bir muhakemeye dayandığını ilâve ediyor.

Gerçekten hukuk, mutlak ve değişmez kaideler mecmuu değildir. Bilâkis hukuk zamanla değişmeye, hattâ kalkmaya mahkûm kaidelerden teşekkül eder. Binaberin herhangi bir faaliyetin bir zamanlar — hattâ ne kadar uzun bir müddet boyunca olursa olsun — hukukan muteber, caiz ve meşru sayılması bu faaliyetin daima böyle telâkki olunmasını intaç etmez. Vaktile meşru telâkki olunan bir faaliyet yarın gayri meşru addedilebilir. Binnetice dün hukukan caiz ve muteber sayılan herhangi bir faaliyet yarın kanun vazı tarafından menedilebilir.

Bu gibi bir halde mukaddem mevzuata, hukuka istinaden bu faaliyeti icra edegelmekte olanların vazolunan yeni kanundan husule gelen değişiklikten şikâyete hakları yoktur. Zira yeni kanun, muayyen bir cemiyette hukukun tabii ve zarurî inkişaf ve istihalesini sadece takip, tesbit, izhar ve beyan etmekle iktifa eylemektedir.

Meselâ Fransada 3 nisan 1903 tarihli kanundan evvel souteneur-

lük — yani bir fahişenin hâmilliğini deruhte ederek bu sayede geçinmeyi bir sanat ve meslek edinenlerin faaliyeti — o zamanki mevzuata göre bir suç teşkil etmiyor ve binaberin kanunen menedilmiş bulunmuyordu. Demek ki bu faaliyet, 1903 den evvel tamamen caiz ve meşru bir faaliyet addolunmakta idi.

1903 tarihli kanunun, mezkûr faaliyeti suç saymakla ve menetmekle bu mesleği icra edenleri mutazarrır kıldığı aşikârdır. Lâkin devletin bu zararları tazmin ile mükellef olmadığı da bedihîdir. Zira muayyen bir cemiyette muayyen bir zamanda hâkim olan telâkiye göre filân faaliyet meşru addolunduğu halde bilâhare aynı cemiyetin yeni hukuk telâkkisine göre gayri meşru sayılabilir.

Bunun gibi meselâ bir zamanlar —mevzuata ve örf âdete göre— tamamen muteber ve meşru telâkki olunan üstüpeç istihsalı Fransa da — sıhhi bir takım mülâhazalarla — 20 haziran 1909 kanunile menedilmiştir. Gerçekten kurşun mürekkebatının ve bu meyanda üstüpeç'in bir takım hastalıklara sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Bu itibarla kanun vazı umumî sıhhati korumak maksadile bu faaliyeti yasak etmiştir.

Görüldüğü üzere 1909 tarihinden evvel hukukan caiz ve muteber sayılan bir faaliyet bu tarihten itibaren gayri meşru ve memnu telâkki olunuyor.

Duguit'ye nazaran mezkûr faaliyeti meneden kanunun sebebiyet verdiği zararlardan devlet mesul tutulamaz. Zira kanun vazı, muayyen bir zamanda muzır ve tehlikeli telâkki olunan bir faaliyeti menetmekle sadece o cemiyetin o zamanki hukukunu tesbit, izhar ve formüle etmiştir.

Duguit, aynı muhakemeyi yürüterek — çocuk vefiyatına müessir olduğu tıbben tesbit edilen tüplü emzik satışı meneden 6 nisan 1910 tarihli kanunla, sıhhi mahzurları olduğu tebeyyün eden «absinthe» nam içkinin istihsal ve alım satımını yasak eden 1915 tarihli kanunu vazettiğinden dolayı devlete hiç bir mali mesuliyet terettüp edemeyeceğini söylüyor.

Elhasıl Duguit'ye göre kanun vazı, şimdiye kadar hukukan caiz ve muteber sayılan bir takım faaliyetleri hukuka aykırı telâkki ederek meneylediği takdirde devlet bundan asla mesul tutulamaz.

Bilâkis — evvelce işaret ettiğimiz veçhile — kanun vazı her hangi bir faaliyeti bizatihî hukuka mugayereti dolayısıyla değil de, sırf bunu bir âmme hizmetine kalp ve ifrağ maksadile menettiğinde Duguit, devletin mesuliyeti cînetine gidilebileceğine kanidir.

Âlim hukukçu, devletin dilediği her faaliyeti bir âmme hizmeti haline koymakta serbest olduğunu itiraf ve teslim ediyor. «Devlet, herhangi bir faaliyeti bir âmme hizmeti şeklinde tanzim ve teşkil edebilir» diyor. Filhakika âmme hizmetinin hudutları apriori ve kesin olarak çizilemez. Âmme hizmetinin katı ve şaşmaz bir kıstası mevcut değildir. Binaberin dün hususî teşebbüslere terkedilmiş bulunan herhangi bir faaliyeti devlet icaplara daha uygun ve cemiyet için daha faydalı bir şekilde ifa maksadile, hattâ belki de sırf malî bir takım gayelerle menederek bir âmme hizmeti haline koyabilir, hattâ bunu inhisarı altına alabilir.

Fakat bundan menedilen faaliyetin cemiyet bakımından muzır, tehlikeli ve gayri meşru, bir kelime ile hukuka aykırı olduğu neticesini çıkaramayız.

Hayır bu faaliyet, tehlikeli, muzır, gayri meşru, hulâsa hukuka mugayir olduğundan dolayı menedilmiş değildir. Sırf, cemiyet için daha elverişli şekilde tanzim ve tedvir maksadile veya hattâ tamamen malî bir takım gayelerledir ki yasak edilmiştir.

Demek ki bu faaliyeti bugüne değin icra etmekte olan şahısların hukuka aykırı hareket etmedikleri meydandadır. Bilâkis aynı işin bugün bir âmme hizmeti halinde tanzim ve tedviri keyfiyeti dahi bu faaliyetin cemiyet dahilinde memnu ve merdut bir faaliyet addolunmadığını ispat eder.

Hulâsa bu faaliyet sırf kollektivite, cemiyet menfaatine olarak menedilmiştir. Şu halde bu yüzden husule gelen zararları da gene kollektivitenin, yani hazinenin, devletin tazmin etmesi gerekir. Mahkemelerin bu gibi tazminat taleplerini kabul ve devletin mesuliyetine hükmetmeleri icabeder.

Meselâ 1904 senesinde bir kanun, işçilere, muayyen bir ücret mukabilinde iş arayan ve tedarik eden iş bürolarını kaldırmış; bu işi prensip itibarile meccani bir âmme hizmeti şeklinde tanzim ederek belediye bürolarına tevdi eylemiştir.

Görüldüğü üzere kanun vazı, şimdîye kadar hususî teşebbüslere terkedilmiş olan bu faaliyeti menediyor. Aynı zamanda bunu bir âmme hizmeti haline sokuyor. Demek ki alelâde şahıslar bundan böyle bu gibi bir faaliyetle iştigal edemeyeceklerdir. Zira bu iş, artık bir âmme hizmeti mahiyetini iktisap etmiş ve belediyelerin inhisarı altına alınmıştır.

Hiç şüphe yok ki kanun vazı, hususî teşebbüsler tarafından idare edilen iş arama ve bulma bürolarını sırf içtimai bir takım mülahazalarla kaldırmıştır. Şöyle ki devlet, işçilerin kendilerine iş temin

ve tedarik edenlere bir ücret tediye etmelerini — içtimai bir takım mülâhazalarla, daha doğrusu işçi sınıfını korumak maksadile— hoş görmemiştir. İşte yukarıdaki tedbirle buna mani olmak istemiştir. Bu, haddizatında gayet munsif, meşru ve yerinde bir tedbir olabilir. Lâkin bugüne kadar tamamen ferdi teşebbüse terkedilmiş bulunan bu faaliyetin, kısaca iş bürolarının bugüne değin de tamamen caiz, muteber ve meşru sayıldığı da muhakkaktır. Bu itibarla devletin, umumî menfaat mülâhazasile, vazettiği bu kanundan mutazarrır olan şahısların — yani büro sahiplerinin — zararlarını ödemesi iktiza eyler. Filhakika vazolunan bu kanundan işçi sınıfı, bundan da neticeten kollektivite, yani bütün cemiyet istifade edecektir. Şu halde mezkûr şahısların zararlarını da kollektivitenin yani devletin tazmini gerekir.

Verdiğimiz bu uzun izahattan anlaşıldığı üzere Duguit, teşri faaliyetinden dolayı devletin prensip itibarile mesuliyetine taraftar olmamakla beraber, istisnaen herhangi bir faaliyetin bir âmme hizmetine kalbedilmesi halinde devletin mesuliyetini kabul eylemektedir.

Hiç şüphe yok ki Duguit'nin bu noktai nazarı Hauriou'nun telâkkisinden daha geniştir. Zira Hauriou'ya göre devlet, ancak netice itibarile bir idarî hükmi şahsın patrimuvanını hususî mamelekler aleyhinde çoğaltan kanunlardan dolayı mesul tutulabilir. Netekim bir az evvel zikrettiğimiz iş bürolarının aâgvi hâdisesinde Hauriou devletin mesuliyetine asla taraftar değildir. (31)

Zira hususî iş bürolarının faaliyetini meneden kanun neticeten idare patrimuvanının tezayüdüne —ne doğrudan doğruya ne dolayısıyla— sebebiyet vermemektedir. Bilâkis idare için bir sürü masrafı mucip olmakla idare patrimuvanında noksan husule getirmektedir. Gerçekten bu kanun devlete 11 milyon franga mal olmuştur. Şöyle ki Fransada mevcut 1455 iş bürosunun ilgası dolayısıyla belediyelere — bu işi meccanen görebilmeleri için — devlet 11 milyon frank vermeye mecbur kalmıştır. Yalnız Paris belediyesi bu âmme hizmetine bir buçuk milyon frank tahsis etmiştir.

Görülüyor ki mezkûr kanun idare patrimuvanını zenginleştirmek şöyle dursun; bilâkis fakirleştirmiştir. Demek ki Hauriou'nun telâkkisine göre bu gibi bir kanundan devlete hiç bir malî mesuliyet te-rettüp edemez.

(31) Hauriou, Sirey, 1909, 3, 1.

Halbuki — yukarıda arzettiğimiz veçhile — bu hâdisede Duguit devletin mesuliyeti cihetine gidilebileceğine kanidir. Filhakika Duguit'ye göre teşriî faaliyetten dolayı devleti malen mesul kılabilmek için vazolunan kanunun bir idare hükmî şahsı mamelekinde behemehal bir fazlalık husule getirmesi gerekmez. Netekim ne müspet şekilde — yani doğrudan doğruya — ne de menfi bir surette — yani masrafları azaltmak suretile dolayısıyla olsun— idare patrimuvanının çoğalmasına sebebiyet vermiyen iş bürolarının ilgası hakkındaki kanun Duguit'ye göre devletin mesuliyetini intaç eder.

Demek ki Hauriou'ya göre sebepsiz mal iktisap vaziyeti: teşriî faaliyetten dolayı mesuliyetin zarurî bir şartıdır. Halbuki Duguit'ye göre devletin mesuliyeti bu gibi bir şarta bağlı değildir.

Ancak şu var ki Duguit hukukan caiz, muteber ve meşru bir faaliyetin — umumî menfaat mülâhazasile— sadece men'i keyfiyetini devletin mesuliyeti bakımından yeter bir şart saymamaktadır. Duguit, menedilen bu gibi bir faaliyetin behemehal bir âmme hizmeti haline konulmuş olmasını ayrıca şart koşmaktadır. Elhasıl Duguit'ye göre kanun vazının sadece bir faaliyeti menetmesi devletin mesuliyetini intaç etmez. Devletin mesul tutulabilmesi için menedilen faaliyetin muhakkak surette bir âmme hizmetine kalb ve ifrağ edilmiş olması zarurîdir.

Görülüyor ki Duguit devletin mesuliyetini Hauriou gibi sebepsiz mal iktisabı şartına bağlamamakla beraber, kanunen menedilen faaliyetin âmme hizmeti haline konulması şartına talik etmektedir.

Duguit'nin bu telâkkisini biz burada münakaşa edecek değiliz (32). Yalnız şu kadarını söyleyelim ki: Fransız Devlet Şûrası, devletin teşriî faaliyetten dolayı mesuliyetini hiç de bu gibi bir şarta istinat ettirmemektedir. İlerde göreceğimiz üzere Devlet Şûrası içtihatlarına göre hukukan caiz, muteber ve meşru herhangi bir faaliyet kanun vazı tarafından umumî menfaat mülâhazasile menedildiğinde — bu faaliyet ister bir âmme hizmeti haline konulsun ister konulmasın — devlet bu yüzden husule gelen zararları tazminle mükelleftir. Demek ki Duguit'nin, devletin mesuliyeti bakımından aradığı âmme hizmeti haline ifrağ şartı Fransız mahkeme içtihatlarına göre bu mesuliyetin bir şartını teşkil etmemektedir.

3 — Üçüncü istisna. Fransız müelliflerinden G. Scelle inşai ma-

(32) Bu hususta tafsilât için bakınız: Brunet, mezkûr eser s. 55-58.

hiyetteki kanunların vaz'ından dolayı devletin malî mesuliyetini kabule mütemayildir (33).

Gerçekten müellif, teşriî tasarrufların ve bu arada kanunların «normatif» ve «constructif» olarak tefrik edildiklerini hatırlatıyor. «Normatif» tesmiye olunan ve «düsturî» diye tercüme edebileceğimiz kanunlar cemiyet dahilinde mevcut ve mer'î hukuk kaidesini sadece tesbit, izhar ve beyan etmekle iktifa ederler. Bu gibi kanunları vazederken kanun vazı hukuk yaratmaz, doğurmaz. Yalnız mevcut hukuku beyan etmekle bir formül halinde açığa vurmuş olur. Bu itibarla normatif kanun, devletin mesuliyetini hiç bir zaman intaç edemez. Normatif kanun vaz'ı hususunda devletin ademi mesuliyeti kaidesi caridir. Zira — işaret ettiğimiz üzere — normatif kanun, ihdas edici, yaratıcı değil; sadece gösterici, beyan edicidir. Bir kelime ile normatif kanun, bir hukuk kaidesi yaratmış, meydana getirmiş değildir ki bu yüzden bir zarar husule geldiği takdirde bundan kanun vazı ve binnetice devlet mesul tutulabilsin! Normatif kanun, cemiyet dahilinde esasen mevcut ve mer'î olan, lâkin gizli bir surette yaşamakta olan hukuk kaidesini keşfeder, tesbit eyler, meydana çıkarır ve bunu beyan ve formüle eder.

Bunun tamamen aksine olarak «constructif» tesmiye olunan ve «inşai» diye tercüme ettiğimiz kanunlar kanun vazı tarafından yaratılan, meydana getirilen hukuk kaideleri ihtiva ederler. Şöyle ki kanun vazı, keşif ve tesbit ettiği normatif hukuk kaidelerine dayanarak ve bu kaidelerden istidlâl suretile bir takım tâli ve fer'î kaideler vazeder. Bunlar, normatif kaidenin tatbikatta aldığı şekil; daha doğrusu normatif kaidenin amelî bir surette işlenmesi suretile ortaya çıkan tâli ve fer'î bir takım kaidelerden ibarettir. Kısaca inşai kaideler normatif kaideler üzerine kurulmuş, inşa edilmiş kaidelerdir. Esasen bundan ötürüdür ki bunlara «inşai» denmektedir. Şunu da ilâve etmek lâzım gelir ki inşai kanunları vazetmekle kanun vazı mevcut hukuka yeni kaideler katmış olur. Bir kelime ile hukuk yaratmış, meydana getirmiş olur. Bu itibarladır ki G. Scelle, inşai kanunlardan dolayı kanun vazının, yani devletin mesuliyeti cihetine gidilebileceğine işaret etmektedir.

Elhasıl normatif kanunlardan dolayı devletin hiç bir suretle mesuliyetini kabul etmiyen müellif inşai kanunlardan ötürü devletin mesuliyetine mütemayil ve taraftar görünmektedir.

(33) G. Scelle. A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Rev. Dr. Publ. 1913 s. 637 - 677.

Bu telâkkiyi burada uzun uzadıya tenkit edecek değiliz. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki: Kanunların normatif ve constructif olmak üzere tefriki esasına istinat eden bu telâkki kabule şayan değildir. Zira bir kere bu gibi bir tefrik münakaşa götürmez, tenkitten âzade, hulâsa umumen kabul olunmuş bir tefrik değildir. Gerçekten normatif kanunla inşai kanunun tefrikine yarıyacak açık ve kesin bir kıstas mevcut değildir. Binaberin düstur, normatif kanun nerede biter? İnşaat, inşai kanun nerede başlar? Bunu katıyetle tayin, tesbit imkânsızdır. Bir kelime ile bu iki mefhumun hudutları vazih ve muayyen değildir.

Bunun gibi her inşai kanundan dolayı devletin mesul tutulacağı da iddia olunamaz. Başka söyleyişle her inşai kanun muhakkak surette devletin mesuliyetini intaç etmez. Meselâ —Duez'in de işaret ettiği veçhile (34) — askerî mükellefiyet müddetini arttıran, ticarî ehliyet şartlarını ağırlaştıran inşai kanunlardan dolayı devletin mesuliyeti cihetine gidilemeyeceği muhakkaktır. Demek ki inşai kanunlar arasında da bir tefrik gözetmek, hangilerinin devletin mesuliyetini intaç edeceğini, hangilerinin mesuliyete esas olamayacağını ayrıca tesbit eylemek gerektir. Velhasıl mesuliyetin başka bir kıstasını bulmak lâzımdır ki, bu, mezkûr telâkkinin elverişli olmadığını, işe yaramadığını ispat eder. Netekim G. Scelle ileri sürdüğü kıstasın ve müdafaa ettiği noktai nazarın Fransız hukukunda kabul ve tatbik olduğunu iddia etmemektedir.

Bilâkis müellif, nazari bakımdan doğruluğuna kani bulunduğu mezkûr telâkkinin umumiyetle Fransız tatbikatında, ezcümle mahkeme içtihatlarınca kabule mazhar olmadığını açıkça beyan ediyor.

Görülüyor ki G. Scelle müdafaa ettiği tezin Fransız tatbikatında bir hal sureti olarak kabul edildiğini iddia eylemiyor. Sadece mezkûr telâkkiyi bir hal sureti olarak teklif ve tavsiye ediyor.

4 — Dördüncü istisna. Fransız mahkeme içtihatlarına nazaran bir kanun veya teşriî karar idare ile hususî şahıslar arasında münakit idarî veya hususî mukavelâtı ihlâl eylediği; yani idare ile mukavele akdetmiş olan diğer âkidin mezkûr mukaveleyi icra edemesine sebebiyet verdiği veya mukaveleyi yerine getirebilmek için âkidi bir takım fedakârlıklara, külfetlere, malî yüklere katlanmak mecburiyetinde bıraktığı, hulâsa mukavelenin malî muvazenesini diğer âkit aleyhine ağırlaştırdığı veya bozduğu takdirde idare —hi-

(34) Duez, mezkûr eser s. 218-219.

lâfına sarahat olmadıkça— diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararları tazminle mükelleftir.

Bu gibi hallerde mahkemelerce idarenin malî mesuliyeti cihetine gidildiğini gösteren mahkeme kararları mebzuldur. Lâkin bunları nakletmeden iki kategoride toplamak faydalı olur. Şöyle ki:

a — Bu mahkeme kararlarından bir kısmı bizzat mukavelede bundan böyle vazolunacak herhangi bir kanundan dolayı âkit idareye bir mesuliyet terettüp edip etmiyeceği hususunda bir hüküm bulunan hallere taalûk eylemektedir.

b — Diğer bir kısmı ise mukavelede idarenin mesul olup olmayacağı hakkında herhangi bir hüküm bulunmayan hallere mütaalliktir.

Bunlar hakkında ayrı ayrı misaller verelim:

aa — Meselâ bir mütaahhit, idare ile bir mukavele akdetmiş ve şubat, mart ve nisan aylarında muayyen bir bedel mukabilinde muayyen miktarda arpa teslim etmeyi taahhüt eylemiştir. Mukaveleye bağlı şartnamenin bir maddesinde «mukavelenin in'ikadını mütaakıp devletçe arpa üzerinde yeni bir takım gümrük veya oktruva resimleri ihdas veya mevcut resimler tezyit veya tenkis edildiğinde idare tarafından mütaahhide tediyesi kararlaştırılan bedellerin de bu nisbet dahilinde çoğaltılacağı veya azaltılacağı» açıkça beyan olunmuştur.

Halbuki mukavele aktedildikten ve mütaahhit tarafından icrasına geçildikten bir müddet sonra bir kanun vazedilmiştir. Mezkûr kanun, 1 mart tarihinden itibaren arpa ithali üzerinden alınan gümrük resmini arttırmıştır. Bu suretle mütaahhit memlekete ithal etmek suretile teslim ettiği arpa için, mukavele akdi tarihinde mevcut resimden fazla resim ödemek zorunda kalmıştır. Şartname sarahatine istinaden tediye ettiği resim farkını âkit idareden talep etmiştir. Devlet Şûrası da, «mezkûr şahıs tarafından mart tarihinden itibaren vâkı arpa teslimatı mukabilinde idarece tediye olunacak meblâğa resim farkının ilâvesi gerektiğini» tasrih etmiş ve bu farkı idareye ödetmiştir (35).

Görüldüğü üzere hâdisede bir mütaahhit ile idare arasında münakit bir mukavelenin malî muvazenesinin bir kanun vaz'ı neticesinde ihlâli keyfiyeti bizzat mukavelede bu yolda bir sarahate binaen idarenin mesuliyetini mucip olmuştur.

(35) Lebon, 8 dec. 1853 s 1021

bb — Bilâkis mukavelede hilâfına sarahat mevcut olduğu hallerde idare tazminata mahkûm tutulmamaktadır. Meselâ bir müteahhit idare ile muayyen bazı nafia işlerini icra hususunda mukavele akdetmiştir. Mukaveleye merbut şartnamenin bir maddesinde «mezkûr mukavelenin hini akdinde mer'î nizamât mucibince mütaahhide, işçilerin himayesi ve işçilere yardım hususunda, terettüp eden ve tahmil olunan vazife ve mükellefiyetlerin bundan böyle isdar veya itihaz olunacak herhangi bir kararname veya idarî karar ile tadil ve tezyidi halinde idare tarafından mütaahhide bir tazminat ita olunacağı tasrih edilmiştir.

Görüldüğü üzere mezkûr mukavelede malî muvazenenin mütaahhit aleyhine ihlâli derpiş olunmuş ve bu gibi bir halde tazminat esası kabul edilmiştir.

Lâkin şartnamenin mezkûr hükmünden kolaylıkla anlaşılacağı üzere âkitler, mütaahhide terettüp eden ve tahmil olunan vecibe ve yüklerin ancak bir kararname veya alelâde idarî bir karar neticesinde tezyidi ihtimalini derpiş etmişlerdir. Başka bir söyleyişle ne mukavelede, ne de mukaveleye bağlı şartnamede mütaahhide terettüp eden vazife ve mükellefiyetlerin bir kanun vaz'ı neticesinde artması ihtimali derpiş ve tasrih edilmiş değildir. Demek ki bu noktada sükût etmekle taraflar, vazolunacak herhangi bir kanun dolayısıyla mütaahhidin bir takım yeni mükellefiyetlere, fedakârlıklara maruz kalması halinde idarenin mesuliyeti esasını peşinen red ve bertaraf etmiş bulunmaktadırlar. Kısaca, mukavelede ancak «kararname veya idarî bir karardan dolayı» tazminat esası kabul olunduğuna göre; bu sözün mefhumu muhalifinden «kanun vaz'ı dolayısıyla tazminat bahse mevzu olamayacağı» anlaşılır.

Netekim Devlet Şûrası da böyle düşünmüştür: Mezkûr mukavelenin akdini mütaakıp işçilerin vazifeleri esnasında uğradıkları kaza ve zararlar hakkında bir kanun vazolunmuştur. Bu kanun, işçileri himaye zımında, patron, müteşebbis ve mütaahhitlerin içti-maî yardım masraflarını arttırmıştır. Şöyle ki mezkûr kanunun vaz'ı dolayısıyla patronlar, müteşebbisler, mütaahhitler bir takım yeni teşkilât kurmak, yardım sandıkları meydana getirmek, hulâsa bir takım masraflar ihtiyar eylemek zorunda kalmışlardır.

Bu kanunun vaz'ı dolayısıyla idare ile bir takım nafia işleri görmek üzere mukavele akdetmiş olan mütaahhidin de yükü ve sarfiyatı artmıştır. Mütaahhit, malî muvazenenin bu yüzden aleyhine bozulmuş olduğunu ileri sürerek Devlet Şûrasında âkit idare aleyhine bir tazminat davası açmıştır. Fakat Şûra, mukavele ve şartname-

de ancak kararname veya alelâde idari karar ittihazından dolayı tazminat esası kabul olunduğunu belirtmiş. Ne mukavele ne de şartnamede kanun vaz'ından dolayı idarenin mesuliyetine dair bir hüküm bulunmadığını hatırlatmış. Bilâkis şartnameden bunun tamamen aksi anlaşıldığından tazminat talebini reddetmiş ve idareyi tazminata mahkûm etmemiştir (36)

Yukarıdaki izahat ve misallerden anlaşıldığı üzere idarenin taraf olduğu bir mukavelede bundan böyle vazolunacak herhangi bir kanun dolayısıyla mukavelenin icrasının imkânsız bir hale gelmesi veya diğer âkidin vecibe ve mükellefiyetlerinin artması, hulâsa mali muvazenenin aleyhine bozulması halinde idarenin mesuliyeti cihetine gidilebileceği tasrih olunursa teşriî faaliyet neticesinden âkit idare mesul tutulmaktadır. Bilâkis mukavelede bu gibi hallerde idarenin mesul olmayacağı yazılı ise veya mukavele metninden bu gibi bir hüküm çıkarılıyorsa teşriî faaliyetinden dolayı idareye bir gûna mesuliyet terettüp eylememektedir.

Elhasıl mukavelede idarenin mesuliyeti hususunda veya bilâkis ademi mesuliyeti hakkındaki hükümlere göre teşriî faaliyetinden dolayı idare mesul tutulmakta veya aksine mesul addolunmamaktadır. Bir kelime ile idarî mahkeme hâdisede mukaveleyle göre hareket eylemekte; mukavele hükümlerini tatbik etmekte; mesuliyet meselesini mukavele metnine ve hükümlerine göre halleylemektedir.

b — Mukavelede ne lehte ne aleyhte herhangi bir sarahat veya hüküm bulunmayan hallerde teşriî faaliyetinden dolayı idareye mesuliyet terettüp edip etmiyeceğine gelince; şüphe yok ki bu mesele nin halli daha nazik ve müşkül bir mahiyet arzeder. Lâkin bu hususta da mahkeme içtihatları pek boldur. Bunlardan da bazılarını aşağıda tetkik edelim.

Hali hazır mahkeme içtihatlarına nazaran idarenin bir taraf olduğu herhangi bir mukavelede vaz' veya ittihaz olunacak kanun veya teşriî kararlardan dolayı idareye mesuliyet terettüp etmiyeceği hususunda — sarîh veya zımnî — bir hüküm bulunmadığı hallerde vazolunan kanun veya ittihaz edilen teşriî karar neticesinde mezkûr mukavelenin malî muvazenesi diğer âkit aleyhine bozulduğu takdirde idare bu muvazeneyi düzeltmek, yani âkidin bu yüzden uğradığı zararları ödemek, hulâsa kanun veya teşriî kararın neticelerini üzerine almak ve bunlara katlanmak mecburiyetindedir.

(36) Lebon, 10 janv. 1908 s. 31.

aa — Meselâ bir belediye bir havagazı şirketile mukavele akdediyor. Mukavele akdedildiği sırada havagazının istihsalı için zarurî olan kömür, herhangi bir oktruva resmine tabi değildir. Bilâhare kömür, teşriî bir tasarrufla, bu gibi bir resme tâbi tutuluyor. Şirket bu yüzden muhtaç olduğu kömür için resim ödemek zorunda kalıyor. Devlet Şûrasına müracaat ediyor. Mukavele akdedildiği sırada bu gibi bir resim mevcut olmadığını, binaberin mukavelede tarifinin tesbitinde, yani kendisine gerek umumî gerekse hususî tenvirat karşılığı olarak beher m³ için ödenecek olan bedelin tayininde bu gibi bir resim ve masraf hesaba katılmadığını ileri sürüyor. Binnetice oktruva resmi olarak ödediği meblâğın âkit belediye tarafından tazminini talep ediyor. Devlet Şûrası «mukavelenin akdi esnasında bu gibi bir resim mevcut olmadığını; binaenaleyh fiatleri tesbit ederken tarafların bunu hiç bir suretle nazarı itibara almamış olduklarını belirtiyor. Bu itibarla şirketin ödemek zorunda kaldığı meblâğın iadesini istemekte haklı olduğunu beyan ediyor. Belediyeyi tazminata mahkûm ediyor (37).

Görüldüğü üzere bu misalde vaz' ve ihdas olunacak yeni bir resimden dolayı idareye mesuliyet terettüp edip etmiyeceğine dair mukavelede bir sarahat mevcut değildir. Lâkin mukavelenin akdi sırasında bu gibi bir resim mevcut olmadığına nazaran tarafların bu gibi bir ihtimali derpiş etmedikleri muhakkaktır. Yani fiat tesbit edilirken âkitler bu gibi bir ihtimali nazara almış değillerdir. Ayrıca mukavelede — böyle bir ihtimalde — idareye mesuliyet terettüp etmiyeceğine dair sarîh veya zımnî herhangi bir hüküm mevcut değildir. Daha doğrusu bu gibi bir hükmü mukavele metninden veya ruhundan —ne doğrudan doğruya, ne de istidlâl yolile— çıkarmaya imkân yoktur. Bu itibarla yeni bir resim ihdasından dolayı idarenin mesul olmayacağı esasî âkitler tarafından — ne sarahaten ne de zimnen — kabul edilmiş sayılamaz. Şu halde idare, vazolunan yeni resim dolayısıyla diğer âkit aleyhine olarak bozulan malî muvazeneyi tamir ve iade mecburiyetindedir.

Yeni resim ihdası bu gibi bir netice doğurduğu gibi; mevcut resimlerin tezyidi de aynı hükümleri tevlit eder. Netekim buna dair de mahkeme kararları mevcuttur. Bir tanesini nakletmekle iktifa edelim:

bb — Bir belediye, bir havagazı şirketile mukavele akdetmiştir. Şirket belediyenin tenvir işini üzerine almıştır. Mukavelenin akde-

dildiği tarihte kömür muayyen bir resme tabi bulunmaktadır. Tenvirat tarifesi bu resim nazara alınarak tesbit olunmuştur. Halbuki bilâhare bu resim, teşrii bir tasarrufla arttırılıyor. Şirket bu yüzden daha fazla para ödemek zorunda kalıyor. Devlet Şurasına müracaat ediyor. Tediye ettiği meblâğın belediyece tazminini istiyor.

Devlet Şûrası, mukaveleyi akdederken tarafların mevcut resmin tezyidi ihtimalini derpiş etmediklerini; mukavelede bu gibi bir ihtimalde idarenin mesul olmayacağı hakkında bir hüküm mevcut olmadığını belirtiyor. Resmin tezyidi dolayısıyla şirketin masraf ve mükellefiyetlerinin arttığını; bu suretle mukavelede taraflar arasındaki muvazenenin şirket aleyhine bozulduğunu nazara alarak belediyeyi tazminata mahkûm ediyor (38).

Verdiğimiz bu misaller ve izahattan da anlaşıldığı üzere Fransız mahkeme içtihatlarına göre teşrii faaliyet neticesinde idarenin bir taraf olarak yer aldığı bir mukavelenin malî muvazenesi diğer âkit aleyhine bozulduğu, ağırlaştığı takdirde idare — hilâfına bir hüküm mevcut olmadıkça — bu muvazaneyi iade ve tamir zorundadır. Bir kelime ile idare, bu yüzden husule gelen zararları tazminle mükelleftir.

Demek ki bu gibi hallerde teşrii faaliyetten dolayı idarenin mesuliyeti tatbikat sahasında kabul olunmaktadır. Görülüyor ki teşrii faaliyetten dolayı devletin ademi mesuliyeti kaidesinin bu dördüncü istisnası — diğer üçünün hilâfına olarak — mahkeme içtihatlarına dayanmakta ve tatbikatta yer almaktadır.

Yalnız şu noktaya işaret edelim ki: Burada bahse mevzu olan mesuliyet: Teşrii faaliyetten dolayı devletin mesuliyeti olmaktan ziyade, mukavelede taraf olan idarenin mesuliyetidir. Gerçekten dördüncü istisna olarak tesbit ettiğimiz hallerde zarar her ne kadar — teşrii organı marifetile — devlet tarafından vazolunan bir kanundan neş'et eylemekte ise de; bu zararın tazmini bizzat devlete terettüp etmemektedir. Bu kanundan dolayı mutazarrır olan âkidin zararını mukavelenin diğer tarafını teşkil eden idare hükmî şahsı tazmine mecbur tutulmaktadır. Görülüyor ki burada teşrii faaliyetten dolayı devletin bu sıfatına binaen mesuliyetinden ziyade; hakikatte bir mukavelenin ihlâlinden dolayı idarenin âkit sıfatile mesuliyetinden bahsetmek daha doğru ve muvafık olur. Demek oluyor ki — Duez'in de haklı olarak işaret ettiği üzere (39) — bu dördüncü

(38) Rec. 1905 s. 1019.

(39) Duez, sah. 207 - 209.

istisna hakikatte teşri faaliyetinden dolayı devletin mesuliyetinden ziyade idare ile aktedilen mukavelelerin ihlâlinden dolayı âkit idarenin mesuliyetine taallûk eylemektedir.

Netekim bu gibi hallerde tazminat davasını rüyet ve halletmek vazifesi ancak bu mukaveleden çıkan ihtilâfları tetkike salâhiyettar mahkemeye terettüp eylemektedir. Bilfarz bir nafia işine mütaallik bir mukaveleden çıkacak ihtilâflara Fransada birinci derecede Devlet Şûrası bakmayıp «conseil de préfecture» ler baktıklarına göre; bu gibi bir mukavelenin malî muvazenesinin bir kanun veya teşriî kardan dolayı ihlâli halinde âkit idare aleyhine bu yüzden açılacak tazminat davasının da — birinci derecede — Devlet Şurasında değil, bu mercide açılması ve görülmesi icabeder. Tazminat davasının umumî mahkeme olan Devlet Şurasında ve devlet aleyhine ikame olunmayıp, mukavele hâkimi olan «conseil de préfecture» de ve âkit idare hükmi şahsına karşı açılması ve burada rüyet ve hallolunması da hâdisede bahse mevzu olan mesuliyetin teşriî faaliyetten mütevellit bir mesuliyet olmaktan ziyade mukavelenin ihlâlinden doğan bir mesuliyet olduğunu ispat eder.

Şu da var ki mahkeme, âkit idarenin mesuliyetine veya ademi mesuliyetine karar verirken her şeyden evvel mukaveleyi nazarı itibara almaktadır. Mukavele hükümlerine göre idareyi tazminata mahkûm eylemekte veya bilâkis davayı neticeten reddetmektedir. Kısaca hâdiseye mukaveleyi tatbik etmektedir. Mahkemenin mukavele hükümlerine göre hareket eylemesi de hâdisede teşriî faaliyetten mütevellit bir mesuliyetten ziyade mukaveleden doğan bir mesuliyetin bahse mevzu olduğunu gösterir (40).

Elhasıl mahkeme, kanunu vazeden devleti mukaveleye nazaran üçüncü şahıs telâkki etmekte; vazolunan kanun neticesinde bozulan muvazenenin idare tarafından tamir ve iadesi lüzumuna umumî ve mutlak olarak hükmetmeyip mukavele ahkâmına göre karar vermektedir. Demek ki idareyi kanundan dolayı değil mukaveleden dolayı mesul tutmaktadır.

5 — Beşinci istisna: En son mahkeme içtihatlarına göre Fransada teşriî faaliyetten dolayı devletin mesuliyeti bir halde daha kabul olunmaktadır. Şöyle ki herhangi bir kanun, teşriî tasarruf muayyen bir veya müteaddit şahsın hukukan meşru, caiz ve muteber bir faaliyetine —umumî menfaat mülâhazasile dahi olsa— nihayet verdiği

(40) Bu hususta daha fazla izahat için bakınız: Duez, s. 208 - 209.

takdirde, devlet bu yüzden husule gelen zararları tazminle mükellef tutulmaktadır.

Gerçekten — evvelce Duguit'nin noktai nazarını izah ederken istidraden temas ettiğimiz — bu mesele hakkında 14 kânunusani 1938 tarihli bir Devlet Şûrası kararı mevcuttur.

Hâdise şudur:

«Süt mahsullerinin himayesi» hakkında 29 haziran 1934 tarihli bir kanun sun'î süt mahsullerinin imalini ve alım satımını meneylemiştir. Bu meyanda sun'î krema — yani münhasıran süttten imal olunmıyan bilûmum krema — istihsali ve ticareti de yasak edilmiştir.

Halbuki Fransada sun'î krema istihsali ile iştigal eden iki müessesese mevcuttur. Biri Marsilyada, diğeri ise Pariste faaliyette bulunmaktadır.

Marsilyada icrayi faaliyet eden müessesese sermaye ve iş hacmi bakımından mahdut bir ehemmiyet arzettiği halde; Pariste faaliyette bulunan müessesese beynelmüel bir mahiyeti haizdir. Şöyle ki işbu müessesese muhtelif payitahtlarda — ezcümle Berlin ve Londrada da— birer şubesi bulunan «Enternasyonal Gradin» adlı bir anonim şirketin Pariste «La Fleurette» ismini taşıyan bir dalıdır.

Mezkûr şirket, münhasıran tabii maddelerden —yani % 70 halis süt, % 30 fıstık yağı ve yumurta sarısından— mürekkep «gradin» adlı kremanın Hollandadan ihtira beratını almış ve Fransada bunu imal hususunda lâzım gelen lisansı elde etmiş bulunmaktadır.

Şunu da kaydedelim ki: Şirket, Fransada bu işe girişmezden evvel alâkadar merciler nezdinde müracaatte bulunmuş; bu kremanın Fransa dahilinde imal ve satışı hususunda hiç bir mahzur olmadığı ve ilerde herhangi bir itiraz serdedilmeyeceği hakkında Ziraat Nezaretinden teminat da almıştır.

Şunu da ilâve etmek lâzımgelir ki mezkûr krema, kanun nazarında, sun'î krema kategorisine dahil olmakla — yani münhasıran süttten mamûl olmamakla — beraber; gıdaî kuvveti pek yüksek olan ve sıhhi şartlara tamamen mutabık bulunan bir maddedir. Şu da var ki bu krema, sırf % 100 süttten mamûl tabii ve halis kremaya nazaran bir takım faydalar da arzulemektedir.

Şöyle ki bir kerre Gradin'in maliyet fiatı, halis kremadan daha ucuzdur. Bu itibarla halis krema, piyasada Gradin'le rekabet edememektedir. Hemen hemen bütün pastahaneler ve bilhassa Parisin en tanınmış müesseseleri tercihan Gradin kullanmaktadırlar.

Saniyen Gradin soğukta, ezcümle buzlukta, frijiderde halis kremadan daha iyi muhafaza olunabilmektedir.

Meselâ Fransadan Japonyaya kadar bozulmadan sevk olunabilmektedir. Bu cihetle Gradin ihracat bakımından da halis kremaya tercih olunmaktadır.

Nihayet Gradin, halis kremaya nazaran daha serttir. Binaberin Gradinle mamûl pasta ve dondurmalar uzun müddet kalıplarını, şekillerini muhafaza edebiliyorlar. Halbuki halis kremadan mamûl pasta ve dondurmalar daha çabuk çöküp, şekillerini kaybediyorlar. Bu bakımdan da Gradin halis kremaya nazaran üstünlük arzylemektedir.

İşte esasen Gradin'in, tabii kremaya nazaran, haiz olduğu bu faik vasıflar dolayısıyledir ki kanun vazı süt hayvanı yetiştiren zürra ve halis krema istihsal ve ticareti ile iştigal eden müstahsiller zümresini himaye etmek lüzumunu duymuştur. Bunların, sun'î krema müstahsillerile rekabet edemeyeceklerini bildiği için de sun'î krema istihsal ve ticaretini toptan meneylemiştir.

Görülüyor ki kanun vazı bu gibi bir memnuiyeti koyarken âmenin sıhhatini korumak gayesini gütmüyor (41). Kanun vazı, sadece iktisadî bakımdan, sun'î krema müstahsillerine nazaran himaye edilmeye daha lâayık addeylediği bir zümreyi —yani süt hayvanı yetiştirenlerle halis krema istihsal ve satışı ile iştigal edenleri — bunlara karşı korumak istiyor. Bu kanunu sırf bu maksatla vaz ediyor. Nettekim parlamentoda bu kanunun en hararetili taraftarlarınının süt hayvanı yetiştiren vilâyetlerin mümessillerinden teşekkül etmesi bunu ayrıca teyit eylemektedir.

Elhasıl Ziraat Nezaretinin hazırladığı bu kanun muayyen bir zümreyi iktisadî bakımdan korumak istiyor. Bu gibi bir gayeyi istihdaf ediyor.

Hiç şüphe yok ki kanun vazı, bu zümreyi himaye ederken dolayısıyla ve neticeten bütün millî iktisadî korumak gayesini gütmektedir. Kısaca — her kanun gibi bu kanunu da vaz ederken — kanun vazı umumî menfaat mülâhazasile hareket eylemekte; bütün kolektivenin, cemiyetin, milletin menfaatini korumak istemektedir.

(41) Gerçekten ne kanun metninde ne de kanunun müzakere ve münakaşası sırasında menedilen safi kremanın sıhhi bakımdan herhangi bir mahzur arzettiği iddia olunmuş değildir. Bilâkis Berlin ve Londra gibi şehirlerde hâlâ bu işle iştigal eden fabrikaların hiç bir itiraz ve tenkide uğramaksızın çalışmakta devam etmeleri sun'î kremanın hiç bir suretle sıhhat için muzır olmadığını ispat eder.

Başka bir söyelyişle süt hayvanları yetiştirenlerle halis krema istihlal ve ticareti ile işigal edenleri korumakla umumî menfaatları himaye ve vikaye ettiğine kani bulunduğu içindir ki kanun vazı bunların menfaatını sun'î krema müstahsillerinin menfaatine tercih eylemektedir ve bu sonuncuların menfaatını birincilerin menfaatine, daha doğrusu umumî menfaate feda ederek bunların icra etmekte oldukları meşru, muteber ve caiz bir faaliyeti meneylemektedir.

Halbuki bu memnuiyete binaen faaliyetlerine nihayet vermek zorunda kalan yukarıda isimleri geçen iki müessese, bu yüzden muazzam zararlara uğrayorlar.

Ziraat nezaretine müracaatla mezkûr kanun dolayısıyla uğradıkları zararların tazminini talep ediyorlar. Bunlardan La Fleurette şirketi, alâkadar Nezaretin — 4 ay içinde cevap vermemek suretile (41) — müracaatını reddetmesi üzerine Devlet Şûrasında dava ikame ediyor. Uğradığı zararları birer birer tesbit ve tadat ederek devletten — faiz hariç — 8 milyon frank tazminat istiyor.

Gerçekten şirketin iddiasına göre mezkûr kanun yüzünden uğradığı zararlar şunlardır:

İhtira beratı ve lisansı için 2.398.179,25; henüz itfa edilmeyen fabrika inşaatı için 540.744,75; halen amorti edilmeyen malzeme için 422.534,65; şirketin tesis masrafı olarak 192.119,70; reklâm ve eshamın piyasaya sürülmesi için de 179.191,80; yani ceman 3.732.770,15 frank ödemiş bulunmaktadır. Faaliyetine kanunen nihayet verilmek suretile mahrum kaldığı kâr da hesaba katıldığında bu zarar 8 milyon franğa baliğ olmaktadır.

İşte şirket bu 8 milyonluk zararın veya hiç değilse 3.732.770,15 frankın devletçe tazminini, ayrıca da dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesini ve dava masraflarının da müddealeyhe yükletilmesini Devlet Şûrasında karar altına almasını talep ediyor.

Müddeiumumi Roujou ise, aşağıdaki mütalâaya binaen, davanın reddi lâzım geldiğini beyan ediyor. Filhakika müddeiumumiye göre; Bir takım zararlara sebebiyet veren 29 haziran 1934 tarihli kanun tazminat esasını kabul etmemiş bulunmaktadır. Vakıa kanun tazminat hususunda sakittir. Yani kanun metninde ne tazminat lehinde, ne aleyhinde bir hükme tesadüf olunmamaktadır. Lâkin kanunun meclisi mebusanda müzakere ve münakaşası sırasında tazminat meselesine sarahaten temas edilmiştir.

(42) Gerçekten bizde olduğu gibi Fransada da İdarenin bir müracaat üzerine dört ay sükûtu: Kanunen reddi mutazammın menfi bir karar sayılır.

Lassale isminde bir mebus, haddizatında iyi maksatlar güdüldüğü her ne kadar şüpheden vareste ise de kanunun kabulü halinde çok mühim sermayelerin yatırılmış bulunduğu bir takım müesseselerin iflâsa mahkûm kalacağını belirtmiştir. Lâkin buna cevaben diğer bir mebus demiştir ki: «Mezkûr müesseseler için endişeye mahal yoktur. Zira bir kerre bu müesseselerin yekûnu büyük bir miktara baliğ olmamaktadır. Saniyen bunlar kullanmasını pek iyi bildikleri çok kuvvetli malî vasıtalarla maliktirler».

İşte tazminat meselesi, müddeiumumiye nazaran, mecliste bu suretle münakaşa edilmiş ve bir hal suretine bağlanmıştır. Gerçekten Lassale, mezkûr kanun dolayısıyla faaliyetlerine nihayet vermek zorunda kalacak olan müesseselerin vaziyetine temas ve işaret ettiği halde diğer bir mebus tarafından kendisine, yukarıda naklettiğimiz cevap verilmiştir.

Bu cevap, mezkûr müesseselerin uğradıkları zararların altından kalkmak imkânlarına ve çarelerine malik bulduklarını; başka bir söyleyişle bunların himayeye lâyık olmadıklarını ve kanunda bunlar lehine bir tazminat esası kabulüne lüzum olmadığını açıkça anlatmıştır. İşte, bu şartlar altında, kanun vazının tazminat hususunda sükût etmesi tazminat esasını kabul etmediğini ispat eder.

Müddeiumumi bununla da iktifa etmiyor. Şayet kanun vazının tazminat hakkında bir hüküm sevketmemesinden, yani kanunun bu noktada sükût etmesinden bu gibi bir netice çıkarmak Devlet Şûrasınca imkânsız görünüyorsa daha başka deliller serdolunabileceğini söylüyor. Bu delillere istinaden yine Devlet Şûrasının, devletin ademi mesuliyetine hükmetmesi lâzım geldiğini iddia ediyor. Müddeiumuminin ileri sürdüğü diğer deliller şunlardır:

Süt mahsullerinin korunmasına dair 29 haziran 1934 tarihli kanun, yalnız sun'î krema istihsal ve ticaretini menetmiş değildir. Kanun, sun'î krema gibi sun'î peynir, sun'î süt, münhasıran süttten imal edilmeyen kremalı dondurma, donmuş krema ve ayskrem'in de imal ve satışını yasak etmiştir. Demek ki — isminin de işaret ettiği vehile — mezkûr kanun halis süttten mamûl mevaddı himaye maksadını gütmekte ve bu gayeyi tahakkuk ettirecek umumî ve şümüllü hükümler ihtiva etmektedir. Bir kelime ile bu kanun bir bütün teşkil eylemektedir.

Şu halde hâdisede yalnız kanunun sun'î krema hakkındaki hükmünü tek başına nazara almamak icabeder. Diğer sun'î maddeler hakkındaki hükümleri de göz önünde tutarak muhakeme yürütmek iktiza eyler.

Hattâ daha ileri giderek denebilir ki bu kanunu dahi yalnız başına, münferiden mütalâa etmek doğru olmaz. Zira bu kanun, bilhassa 1930 senesinden itibaren, parlamento tarafından takibolunan umumî bir siyaset programı içinde yer alan bir kanundur. Gerçekten 1930 senesinden beri parlamentoca — dağınık ve perakende bir şekilde ve birbirile ilgili olmaksızın sırf hâdiselerin tesir ve ilcasile dahi olsa— kabul olunan kanunlar, gaye bakımından, bir vahdet arz etmektedirler. Şöyle ki 1930 senesinden 1934 tarihine kadar vazolunan bu kanunlar, hep Fransız ziraatini maruz bulunduğu tehlike ve buhrandan kurtarmak gayesini gütmüşlerdir. Bir kelime ile kanun vazı, bu müddet boyunca vazettiği kanunlarla milli iktisadın en ehemmiyetli bir şubesini teşkil eden ziraati himaye etmek istemiştir.

Müddeiumumi bir delil daha serdediyor. Diyor ki: «Şayet yukarıda ileri sürülen deliller Devlet Şûrasınca kabule şayan görünmezse; yine başka bir delile istinaden davacının tazminat talebi reddolunmak icabeder. Zira sun'î krema hakkındaki hüküm diğer hükümlerden ve diğer kanunlardan kat'an nazar tek başına alınacak olsa dahi, bunun herhangi tazminat esas ve imkânını katî surette bertaraf edecek şekilde kaleme alındığı aşikârdır. Gerçekten kanunun bu hükmüne göre sun'î krema istihsal ve ticareti umumî ve mutlak bir surette menedilmiş bulunmaktadır. Bu kadar umumî, şümüllü ve mutlak bir hüküm karşısında tazminat bahse mevzu olamaz. Çünkü sun'î krema istihsal ve ticareti ile iştigal eden bütün müesseseler ve şahıslar mezkûr kanun dolayısıyla faaliyetlerine nihayet vermek zorundadırlar. Bu kanundan yalnız halen Devlet Şûrasında dava ikame eden La Fleurette şirketinin müteessir olduğu muhakkak değildir. Bu şirket gibi belki daha bir çok müesseseler ve tüccarlar bu kanundan mutazarrır olmuşlardır.

Şu halde devleti tazminata mahkûm edebilmek için bizzat Devlet Şurası içtihatlarınca aranılan «hususî zarar» şartı tahakkuk etmiş değildir. Başka bir söyleyişle hâdisede bahse mevzu olan zarar: hususî, istisnaî, mahdut bir mahiyet arzetmemektedir. Halbuki Devlet Şurası içtihatlarına göre bir zararın, tazmine esas teşkil edebilmesi için muhakkak surette hususî, istisnaî, mahdut bir zarar olması icabeyler. Binaberin şirketin talebi kabul ve devlet tazminata mahkûm edilecek olsa aynı esas kanundan müteessir olup da bilâhara müracaat edecek olanlara da tatbik etmek iktiza eyliyecektir. Bu da Devlet Şurasını, devleti, bu kanundan dolayı peyderpey tazminata mahkûm etmiye mecbur bırakacaktır. Hulâsa bu hâdisede tazminata hükmetmekle Devlet Şurası mezkûr kanundan dolayı gayet umumî

ve şümüllü bir tazminat imkânını kabul etmiş olur ki, bu devlet için pek ağır ve külfetli olur. Aşikârdır ki kanun vazı bu gibi umumî, şümüllü, ağır ve külfetli bir mesuliyet altına girmeyi arzu etmiş değildir. Devlete bu kadar umumî ve ağır bir tazminat tahmil etmek hazine için çok fazla bir yük teşkil eder.

Halbuki yine Devlet Şûrasının içtihatlarına göre herhangi bir kanun tazminat hususunda meskût kaldığı hallerde, şayet tazminat çok umumî, şümüllü bir mahiyet arzetymekte ve binaenaleyh hazine için çok ağır bir yük teşkil edecek ise bu sükûtu kanun vazınının tazminat esasını kabul etmediği yolunda tefsir etmek iktiza eylemektedir. Kısaca her ne zaman ki bir kanundan dolayı devlet tarafından o kadar umumî ve şümüllü tazminat itası bahse mevzu olur ki devlet böyle ağır bir tazminata katlanmaktansa bu gibi bir kanunu vazetmemek şikkını tercih zorunda kalır; işte bu takdirde kanun vazınının tazminat hususunda sükût etmekle herhangi bir tazminat esasını reddettiği anlaşılır.»

Müddeiumuminin mütalâasını hulâsa ederek diyebiliriz ki: Bir kerre kanun, tazminat hususunda meskût sayılamaz. Zira tazminat meselesi — yukarıda arzedildiği gibi — mecliste münakaşa edilmiştir. Buna rağmen kanun vazı bu hususta hüküm sevketmemekle tazminat ihtimal ve imkânını bertaraf etmiş bulunmaktadır. Saniyen bu sükûtu bu yolda tefsire imkân olmasa bile şu var ki kanunun sun'î krema hakkındaki hükmü umumî ve mutlak bir mahiyet arzetylemektedir. Binaberin davacının uğradığı zarar hususî, istisnaî, mahdud bir mahiyeti haiz değildir. Hâdisede tazminat itasına karar verilecek olsa aynı hal suretini bundan böyle vakı olacak diğer müracaatlara, açılacak tekmil davalara da teşmil ve tatbik etmek iktiza eyleyecektir. Böyle bir hal tarzı kabul etmek ise mezkûr kanundan dolayı devletin umumî ve mutlak surette mesuliyetini kabul etmek olur ki; kanun vazınının sükût etmekle bu kadar umumî, şümüllü ve ağır bir mesuliyet altına girmeye razı olduğu asla söylenemez. Bilâkis sükût etmekle kanun vazınının bu kadar geniş ve ağır bir mesuliyet esasını kabule yanaşmadığına hükmetmek daha yerinde bir tefsir olur. Binnetice davacının talebi kabul olunmamalı ve devlet tazminata mahkûm edilmemelidir.

Derhal şunu kaydedelim ki Devlet Şûrası —müddeiumuminin bu mütalâası hilâfına — davacının davasını ve bu kanundan dolayı devletin mesuliyetini kabul etmiştir.

Gerçekten Şûra, sun'î kremanın sıhhi bakımından herhangi bir mahzur ve tehlike arzettiği hususunda hiç bir iddia ve tenkit serdedilmediğini belirtmiş, ne kanun metninde ne de kanunun hazırlık safhasında kanun vazının normal olarak şirkete terettüp etmiyen bir mükellefiyeti ona tahmil etmek istediğini gösteren bir hüküm veya emareye rastlanmadığına işaret etmiş binnetice umumî bir menfaat mülâhazasıyla vazedilen bu gibi bir mükellefiyetin bizzat kollektivite, yani hazine tarafından deruhte edilmesi gerektiğini karar altına almış; şirketin, bu kanun yüzünden uğramış olduğu zararların devlet tarafından tazminini talep etmekte haklı olduğunu beyan etmiş ve mahkeme safahatına göre hali hazırda mahkemece bu zararın vüs'at ve şumulünü tesbit ve tahkik imkânı hasıl olamadığından dolayı — şirketin Ziraat Nezaretine müracaatla— zararının — faizle birlikte — miktarını Nezaretçe tesbit ettirmesine ve devletçe itası gereken tazminatın bundan sonra tediyesine ve mahkeme masraflarının devlete yüklenmesine hükmetmiştir (43).

Görüldüğü üzere Devlet Şûrası, bu hâdise münasebetile, teşriî faaliyetten dolayı devletin malî mesuliyeti esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Lâkin şu noktayı belirtmek lâzım gelir ki: Devlet Şûrası bu içtihadile teşriî faaliyetten dolayı Devletin ademi mesuliyeti kaidesine mühim bir istisna vazetmekle beraber; ademi mesuliyet kaidesini terk ve bertaraf etmiş değildir.

Gerçekten:

a) Bir kere, karardan da anlaşıldığı üzere, mesuliyet bahsinde Devlet Şûrası kendini her şeyden evvel kanunla ve kanun vazının

(43) Görüldüğü üzere Şûra, hâdisede, Devleti tazminata mahkûm etmekle beraber, tazminat miktarını kendisi tayin edecek yerde bunun tesbitini İdareye bırakmaktadır.

Devlet Şûrasının gerek Fransada gerek memleketimizde bazan böyle hareket ettiği, yani doğrudan doğruya tazminata hükmetmeyip tazmin şeklinin veya miktarının tayin ve tesbitini İdareye terkeylediği vakidir.

Hiç şüphe yok ki bu gibi hallerde zarar ve tazminatın idarece tayini hususunda ihtilâf çıktığında; yani davacı, idarece kararlaştırılan ve ita olunan tazminattan memnun kalmadığı takdirde tekrardan Devlet Şûrasına müracaat imkânını haizdir. Yeniden mahkemeye baş vurup bu hususun mahkemece tetkik edilmesini ve bir karara bağlanmasını isteyebilir. Pek tabiidir ki bu sefer mahkeme bu ihtilâfı bizzat halletmek zorundadır.

Bu hususta tafsilât ve Fransada emsalleri için bakınız: C. A. Colliard, *Le préjudice dans la responsabilité adm.* 1938, s. 384-386.

Memleketimizde bu gibi bir misal için bakınız: R. Sarıca, *Huk. Fak. Mec.* 1943, Cilt X, sayı 3-4, Mahkeme içtihatları. İdare Hukuku. 3 üncü karar.

maksat ve niyeti ile bağılı telâkki etmektedir. Kararın «kanun metninde veya kanunun ihzarı safhasında kanunun sebebiyet verdiği zararların Devletçe tazmin edilmeyeceğine dair bir hükme veya emareye rastlanmadığını» belirtmesi bunu açıkça göstermektedir.

Demek ki kanunda Devlete mesuliyet terettüp etmiyeceği hususunda bir sarahat mevcut olduğu veya kanunun müzakere ve münakaşasına mütedair ihzarî mesaiden ve vesaikten buna delâlet edecek bir emareye ve delile tesadüf olunduğu takdirde mahkeme kanuna, kanun vazının arzusuna uymak mecburiyetinde kalacak; kanunun sarahati ve kanun vazının iradesi hilâfına tazminata mahkûm edemeyecektir.

Bu keyfiyet, Devletin teşri faaliyetinden dolayı umumî ve mutlak olarak mesul olmadığını, dilediği takdirde kanun vazının bu mesuliyeti her zaman bertaraf etmek salâhiyet ve imkânına malik bulunduğunu; hulâsa Devletin, ancak kanunda hilâfına sarahat veya delâlet mevcut olmadığı takdirde mesul tutulabileceğini isbat eder.

Bir kelime ile teşriî faaliyetten dolayı Devletin mesul olup olmadığına karar verebilmek için evvelemerde kanun vazının maksadını araştırmak icabeder. Kanun, Devletin mesul olmayacağını tasrih eylediği veya kanunun bu husustaki sükûtuna rağmen kanun etrafındaki müzakere ve münakaşalardan bu yolda bir hüküm ve netice çıkarıldığı takdirde Devlete bir gûna mesuliyet terettüp etmez. Bilâkis kanun, Devletin mesul olacağını açıkça beyan eylediği veya kanun vazının bu noktada sükût etmekle tazminat itasını kabul ettiği anlaşıldığı takdirde Devlet mesuldür.

Elhasıl Devletin mesuliyetine veya ademi mesuliyetine hükmetmek için kanun vazının bu husustaki sarîh veya zımnî iradesini araştırmak, bunu tefsir eylemek ve buna göre hareket etmek iktiza eyler.

Halbuki teşriî faaliyetten dolayı Devletin kaideten mesuliyeti kabul olunsaydı bu gibi yollara sapsmaya hiç de lüzum kalmazdı. Kanun vazının iradesini, maksadını taharri ve tesbite ihtiyaç duyulmazdı. Teşri faaliyetinden dolayı Devletin mesuliyeti her hal-ü kârda kabul olunurdu. Yani herhangi bir kanun herhangi bir zarara sebebiyet verdiği takdirde —kanun vazının bu husustaki maksat ve niyetini araştırmaksızın ve sükûtunu tefsire kalkışmaksızın, hat-tâ kanunun sarahati ve kanun vazının arzusu hilâfına dahi— bundan Devleti mesul tutmak icabederdi. Nasıl ki —idarî faaliyetten

dolayı idarenin kaideten mesuliyeti kabul olunduğuna göre— idareyi tazminata mahkûm edebilmek için ayrıca bu hususta tazminat esasının Devletçe, idarece kabul olunup olunmadığı araştırılmamakta, Devletin, idarenin bu hususta irade ve maksadı ne olursa olsun prensip itibarile teşri faaliyetinden dolayı idarenin mesuliyeti cihetine gidilmektedir.

Demek ki, tazminata hükmedebilmek için, Devlet Şûrasının evveleminde kanun vazınının maksadını araştırmak mecburiyetini duyması: esas itibarile teşri faaliyetinden dolayı Devletin mesuliyetini kabul etmediğini gösterir.

Şu halde, yukarıda naklettiğimiz karar teşri faaliyetinden dolayı Devletin prensip itibarile mesul tutulamıyacağı kaidesini ihlâl ve bertaraf etmiş sayılamaz.

Yalnız şu var ki mezkûr karara nazaran teşri organı Devletin mesuliyeti esasını refetmek salâhiyet ve imkânını her zaman haiz olmakla beraber; bu husus ne kanun metninden ne de ihzarî mesaiden açık ve kesin olarak anlaşılmıyorsa kanun vazınının bu noktada sükût etmesi mesuliyet esasını kabul ettiğini gösterir. Bu sükût bu yolda tefsir olunur. Zira —müddeiumumi Roujou'nun da işaret ettiği veçhile— her Devlet faaliyeti umumî menfaat mülâhazası ile icra olunur. Daha doğrusu her Devlet faaliyetinden —netice itibarile— bütün kollektivitenin, cemiyetin istifadê ettiği bir karine olarak bihakkın kabul edilebilir. Binaenaleyh herhangi bir Devlet faaliyetinden —ve bu meyanda teşri faaliyetinden— bazı şahıslar müteessir ve mutazarrır olurlarsa husule gelen zararların kollektivite, yani Devlet tarafından tazmini gerekir. Çünkü Fransız âmme hukukunda vatandaşların âmme mükellefiyetleri karşısında müsavâtı esası kabul olunmuştur. Halbuki umumun istifade etmekte olduğu bir faaliyetten bir takım şahısların, istifade edecek yerde, bilâkis mutazarrır kalmaları: bu müsavât esasına aykırı düşer. Mezkûr zararların Devlet tarafından tazmini müsavât esasının icabatındandır.

İşte herhangi bir zarara sebebiyet veren bir kanundan dolayı Devletin mesul olacağını ayrıca tasrih etmemekle, yani bu hususta sükût etmekle kanun vazınının bu müsavât esasına uymak istediği hakkı olarak iddia edilebilir. Zira, dediğimiz gibi, herhangi bir Devlet faaliyetinden husule gelen zararların yine Devlet tarafından tazmini müsavât iktizasındandır. Müsavât esası ise —arzettiğimiz veçhile— Fransız âmme hukukunda cari olan hukukî bir prensiptir. Şu halde kanunun tazminat hususunda sükût ettiği hallerde bu sükûtu kanun

vazının hukuk prensiplerine uymak istediği yolunda tefsir etmek lâzım gelir. Binnetice bu gibi hallerde Devletin mesuliyeti cihetine gitmek icabeder.

Yalnız bu münasebetle şu noktayı da belirtelim ki: Tetkik ettiğimiz hâdisede müddeiumumî kanunun, Devletin mesuliyeti hususunda, sakit olmadığına kani bulunmaktadır. Şöyle ki kanun etrafındaki münakaşalardan kanun vazının mesuliyet esasını kabul etmediği neticesini çıkarmaktadır. Kanunun sükûtunu bu şekilde tefsir eylemektedir.

Halbuki Devlet Şûrasının kanaati bu merkezde değildir. Filhakika Şûra, iki mebus arasında cereyan eden münakaşadan kanun vazının tazminat esasını red ve bertaraf ettiği neticesini istihraç etmektedir.

Görülüyor ki mesuliyet hususunda kanun vazının sükût edip etmediği dahi tefsire muhtaç bir keyfiyettir. Aynı zamanda şu da muhakkaktır ki Devlet Şûrası tefsirinde titiz veya geniş davranabilir; ve bu suretle neticeye de müessir olabilir. Şöyle ki, mahkeme dar ve sıkı bir tefsir yoluna sapmakla kanun vazının mesuliyet esasını kabul etmediği neticesine varır. Bilâkis geniş ve elâstik bir tefsir şikkini ihtiyar eylediği takdirde Devlet Şûrası kanun vazının sükûtile mesuliyet esasını kabul ettiği neticesine vasıl olur. Hâdisede ise Devlet Şûrasının ikinci yolu tercih ettiği meydandadır.

b) Yukarıdaki izahatımızdan da anaşıldığı üzere mezkûr hâdisede teşri faaliyetinden dolayı Devletin mesuliyetine hükmederken Şûra —sarahatan söylememekle beraber— bu neticeye vatandaşların müsavatı esasından hareket etmekle varmaktadır. Filhakika, kararda tebarüz ettirildiği veçhile, kanunun sebebiyet verdiği zararın Devlet tarafından tazmin edilmemesi halinde bu külfet davacıya tahmil edilmiş olacaktır. Halbuki normal olarak bu külfetin alâkadara terettüp edemeyeceği aşikârdır.

İşte «umumî menfaat mülâhazasile vazolunan bir külfetin, yine kollektivite, yani Devlet, hazine tarafından ödenmesi» lüzumunu tasrih etmekle Devlet Şûrası, umumun istifade ettiği bir kanundan muayyen ve mahdut şahısların mutazarrır olmaları keyfiyetinin vatandaşların âmme mükellefiyetleri karşısında müsavatı esasına aykırı düşeceğini anlatmak istemiştir. Bir kelime ile kanundan husule gelen zararların Devlet tarafından tazminine hükmetmekle Devlet Şûrası vatandaşların âmme mükellefiyetleri muvacehesinde müsavatı prensipine dayanmıştır.

c) Şu noktayı da bilhassa belirtmek lâzım gelir ki —mezkûr kararı tahlil eden müelliflerin de işaret ettikleri üzere (44)— Devletin kanun koyma işinden dolayı mesuliyeti ancak kanunun «hususî» bir zarar iras ettiği hallerde bahse mevzu olur.

Gerçekten, fikrimizce, bu mesuliyetin mesnet ve temelini teşkil eden müsavat esasına ancak zarar hususî bir mahiyet arzettiği takdirde istinad edilebilir. Başka bir söyleyişle bir kanundan umum, yani bütün kollektivite, kısaca herkes mutazarrır olmuş ise vatandaşların müsavatı prensipi ihlâl edilmemiş demektir. Bu gibi zararları kollektiviteye, Devlete, hazineye ödetmek: netice itibariyle her şahsın zararını bizzat kendisine tazmin ettirmek olur; ki bu, bir kimsenin âdeta bir cebinden diğer cebine tediye bulunmasına benzer.

Görülüyor ki Devletin teşri faaliyetinden dolayı mesuliyeti kanundan husule gelen zararların umumî olmayıp sırf hususî bir mahiyet arzemesine bağlıdır.

Şunu ilâve edelim ki Devlet Şûrası bize bir zararın hususî olup olmadığını tayine yarıyacak umumî bir kıstas vermiyor. Lâkin biz, herhangi bir zararın hususî bir mahiyet arzediğini şu gibi bir kıstasa baş vurmakla tesbit edebileceğimizi sanıyoruz:

Herhangi bir kanun münhasıran dâvacıyı veya hiç değilse dâvacının da dahil bulunduğu muayyen ve mahdut bir kategoriye müteessir ve mutazarrır kılıyorsa, bu yüzden husule gelen zararları —mezkûr zarar yalnız bu şahıslara has olduğuna nazaran— hususî addetmek lâzımgelir. Aksi takdirde, yani kanun umuma veya hemen hemen tekmiil vatandaşlara tesir ediyorsa —mezkûr zarar umuma şamil olduğuna göre— umumî bir mahiyet arz ediyor demektir.

Bu izahatımızla teşri faaliyetinden dolayı Devleti mesul kılmak için Devlet Şûrasının bu gibi bir şart koştuğunu; yani zararın behemehâl hususî olmasını aradığını anlatmış oluyoruz.

d — Son olarak şunu da kaydedelim ki: Teşri faaliyetinden dolayı Devleti mesul tutabilmek için Devlet Şûrası bir şart daha koşturmaktadır: Kanunen menedilen faaliyetin hukukan muteber, caiz ve meşru bir faaliyet olmasını aramaktadır.

(44) Bakınız: H. Barthélemy et J. Rivero, Cinq ans de réformes adm. 1938 s. 32-33; R. Bonnard, Précis de Dr. adm. 1940, s. 134; P. L. Sirey 1938. 3. 25; A. Mestre, Répétitions écrites de Dr. adm. 1938-1939, s. 346; L. Rolland, Dalloz 1938. 3. 41.

Gerçekten Devlet Şûrası sun'î krema istihsalinin sıhhi bakımdan herhangi bir mahzur ve tehlike arzemediğini, muzır olmadığını kararında belirtmiştir. Bu suretle mezkûr faaliyetin hukukan muteber, caiz ve meşru olduğunu anlatmıştır.

Demek ki kanunen menedilen herhangi bir faaliyet bu mahiyeti arzemediği takdirde; yani cemiyet için bir tehlike ve mahzur arzeylediğinde; kısaca hukukan muteber, caiz ve meşru telâkki olunmadığında Devlete bu yüzden birgûna mesuliyet terettüp etmiyecektir. Netekim Fransız Devlet Şûrasının içtihadı daima bu olmuştur (45).

Yukarıdaki mülâhazalarımızı hulâsa ederek diyebiliriz ki: mezkûr karara rağmen teşri faaliyetinden dolayı Devletin ademi mes'uliyeti kaidesi yine Şûraca ipka ve muhafaza olunmaktadır. Zira Şûra, kanun koyma işinden dolayı Devleti kayıtsız ve şartsız olarak umumî ve mutlak bir surette mes'ul tutmamaktadır. Bu mes'uliyeti birtakım kayıt ve tahditlere tâbi kılmakta ve ancak istisnaen kabul etmektedir.

Elhâsıl naklettiğimiz içtihat her ne kadar mümasil hâdiselere teşmil ve tatbik olunabilmek imkânını haiz bulunuyorsa da; yani —mezkûr karara istinaden— Devlet Şûrasının, herhangi bir kanunun muayyen ve mahdut şahıslar tarafından icra edilmekte bulunan hukukan meşru, caiz ve muteber bir faaliyeti umumî menfaat mülâhazasıyla menetmesi ve bundan Devlete mes'uliyet terettübetmiyeceği hususunda ayrıca bir hüküm sevk eylememesi halinde kanundan husule gelen hususî mahiyetteki zararları Devlete ödeteceği —mezkûr içtihat göz önünde tutularak— haklı olarak iddia edilebilirse de bu istisnaî hal dışında yine ademi mes'uliyet kaidesinin cari olmakta devam edeceği muhakkaktır. Kısaca denebilir ki: bu istisna, sırf mevridine maksur ve münhasırdır, yani ancak bu şartları cami olan mü-

(45) Ezcümle — evvelce arzettiğimiz veçhile — hukukan caiz, muteber ve meşru telâkki olunmayan «Souteneur» lik mesleğinin, üstüpeçin boyalarda istimalinin, «absinthe» nam içkinin ve tüplü emzik imal ve satışının kanunen menedilmesi devlet şûrasınca devletin mesuliyetine esas teşkil etmemiştir. Bunun gibi — meşgul olduğumuz hâdise ile aynı günde — devlet şûrasınca karar altına alındığı üzere yabancı bir memlekete kaçak olarak ithal edilen müskitin Fransadan ihracının teşrii bir tasarrufla bir takım şartlara ve tahditlere tâbi tutulması yüzünden öteden beri bu gibi bir faaliyetle işgal eden bir şirketin uğradığı zararların devlet tarafından tazmini bahse mevzu olamaz. Zira bu faaliyet — kaçakçılıkla ilgili olmak itibarile — hukukan caiz ve meşru telâkki olunamaz. Bakınız; Rev. Dr. Publ 1938 s. 99 - 101.

masıl hâdiselerde kabili tatbiktir; yoksa ademi mes'uliyet kaidelerini, her hal ü kârda bertaraf ve ihlâl edebilecek mahiyette değildir.

Bu izahatımızla Fransada teşri faaliyetinden dolayı Devletin mesul tutulup tutulamıyacağı meselesini —kaideyi ve istisnaları ayrı ayrı tespit etmek suretiyle— tamamen tetkik etmiş bulunuyoruz.

Şimdi aynı meseleyi Türk hukuku bakımından incelemeye çalışacağız.

II. Memleketimizde teşri faaliyetinden dolayı Devletin malî mes'uliyeti meselesi.

Zannımızca bu meseleyi lâıyıkı veçhile tetkik edebilmek için birtakım ihtimalleri derpiş etmemiz lâzımdır. Şöyle ki:

A. Bir kere herhangi bir zarara sebebiyet veren teşriî bir tasarruf —yani T. B. M. Meclisince vaz'olunan bir kanun veya ittihaz edilen bir karar— sarahaten bu zararın Devletçe tazmin edilmeyeceğini söylemiş olabilir.

Meselâ bir kanunun, metrûk bir halde bırakılıp da sahipleri tarafından ne doğrudan doğruya, ne de başka bir suretle ekilmeyen ve işlenilmeyen ziraate elverişli arazinin Devlete —meccanen veya bedeli mukabilinde köylülere dağıtılmak üzere— intikal edeceğini ve bundan dolayı alâkadarlara bir gûna tazminat ita olunmayacağını tasarih ettiğini farz edelim.

Bunun gibi —Teşkilâtı Esasiye Kanununun 26 ncı maddesi mucibince— B. M. Meclisinin, bir kararla, malî taahhüdü mutazammın bir imtiyaz mukavelesini feshettiğini; lâkin imtiyaz sahibine bundan dolayı bir tazminat verilmeyeceğini beyan eylediğini düşünelim.

Bu gibi hallerde Devlete, teşri faaliyetinden dolayı, hiçbir mesuliyet terettübedemeyeceği şüphe götürmez bir hakikattir. Zira teşri organı, teşri faaliyetinden husule gelen zararların tazmin edilmeyeceğini açıkça beyan etmiştir. «Milletin yegâne ve hakiki mümessili olup millet namına hakkı hâkimiyeti istimal ettiği» Esas Teşkilât Kanununda ilân olunan teşri organının bu sarıh hükmü karşısında artık yapılacak bir şey yoktur.

Binâberin —bu sarahat hilâfına— alâkadarların Devletten teşri faaliyetinden dolayı, bir tazminat talebinde bulunmaları; Devlet aleyhine dâva ikame etmeleri mümkün değildir. Hiçbir mahkemenin, ezcümle Devlet Şûrasının, bu gibi bir talebi ve dâvayı kabul etmesine ve dinlemesine hukukan imkân yoktur.

Gerçekten Türk esas teşkilât sisteminde teşri organının üstünlü-

ğü esası kabul edilmiş ve bu organın faaliyeti ve tasarrufları üzerinde kazai murakabe imkânı tanınmamıştır. Anayasamız mahkemelere bu gibi bir murakabe salâhiyeti vermemiştir. Mahkemelerin vazifesi teşri uzvundan sâdir olan kanun ve kararları murakabe etmek değil; sadece tatbik etmekten ibarettir. Kanaatımızca (46), teşri organınca vaz'olunan kanun ve kararlar Esas Teşkilât Kanununa aykırı olsalar bile mahkemeler bunları yine, tatbik zorundadırlar. Zira, arzettiğimiz veçhile, mahkemeler teşriî tasarruflar üzerinde murakabelerini kullanabilmek imkânından mahrumdurlar. Şu halde bunların anayasaya mutabık olup olmadıklarını araştıramazlar. Bunların, Anayasaya uymamalarına binaen, tatbikından sarfınazar ve imtina edemezler. Hulâsa —kanaatları ne olursa olsun— mahkemeler teşri organınca ısdar olunan kanun ve kararları murakabe, münakaşa, tenkidetmeksizin tatbik etmek mecburiyetindedirler. Binaenaleyh, kanaatları hilâfına da olsa, bir kanun veya teşriî kararın koyduğu hükümlere, emirlere uymak ıztırasında dırlar. Şu halde herhangi bir kanunun veya teşriî kararın teşri faaliyetinden dolayı Devlete hiçbir mes'uliyet terettübetmiyeceği hususunda sarîh bir hüküm ihtiva eylemesi halinde Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılmaz ve mahkeme bu gibi bir dâvayı tetkik, rüyet ve halledemez. Demek ki bu gibi hallerde teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyeti bahse mevzu olamaz.

B. İkinci bir ihtimale göre herhangi bir zarara sebebiyet veren teşriî bir tasarruf —yani bir kanun veya B. M. Meclisi kararı— aynı zamanda bu zararın Devlet tarafından tazmin edileceğini tasrih etmiş bulunabilir.

Hiç şüphe yok ki bu gibi hallerde kanun veya teşriî kararın sebebiyet verdiği zarardan dolayı Devlettten tazminat talebolunabilir ve Devlet tazminata mahkûm edilebilir.

Yine şu da muhakkaktır ki şayet kanun veya teşriî kararda bu tazminatın nispet veya miktarı tâyin ve tespit edilmiş bulunuyorsa

(46) Aynı kanaat hakkında bakınız: S. S. Onar, Âmme hukukunda hukukî tasarruflar ve kazai murakabe, 1939, bilhassa s. 293-301; Mithat, Huk. Fak. Mecm. 1927, No. 28, s. 423-431 ve No. 35, s. 1108-1115; R. Sarica, Türkiyede icra organının tanzim salâhiyeti, 1943, bilhassa s. 137-138 ve 155-159. Aksi kanaat için bakınız: A. F. Başgil, Türkiye Teşkilât hukukunda nizamname mefhumu, 1939, s. 81, not 35 ve s. 94, not 41; M. R. Belgesay, Teorik ve pratik adliye hukuku, 1944, s. 51-52; C. Crozat, Huk. Fak. Mecm. 1927, No. 32, s. 852-863 ve No. 33, s. 971-990; N. Erim, İzmir Barosu Dergisi, 1940, No. 4-12, s. 252-262.

alâkadar, Devletten ancak bu nispet dâhilinde veya miktar tutarında bir tazminat isteyebilir ve mahkeme ancak bu kadarına hükmedebilir. Tespit edilen nispet veya miktar hakiki zararı karşılamaktan uzak olsa bile, bundan fazlası istenemeyeceği aşikârdır. Zira kanun vâzı bu kadarını kâfi görmüştür. Şu halde bu nispet veya miktarı aşan bir tazminat talebinde bulunulamaz. Mahkeme bundan fazlasına hükmedemez.

Bu söylediklerimizi bir misal ile canlandıralım:

Meselâ maden mevzuatının bazı maddelerini değiştiren 20 haziran 1935 tarihli ve 2818 numaralı kanun birinci maddesinde —evvelce bu hususta mer'î ve cari olan hükümler hilâfına olarak— «maden ihalesi imtiyazlarına veya Ereğli havzası kömür ocağı ruhsat tezkerelerine sahip olanların madenleri veya kömür ocaklarını kiraya veremeyecekleri» hakkında bir hüküm sevk etmiştir.

5 inci maddesinde de —evvelki mevzuata istinaden— madenleri veya kömür ocaklarını kiraya vermiş bulunan imtiyaz veya ruhsat tezkeresi sahiplerinin «madenleri ve kömür ocakları üzerindeki alâkalarının kesileceğini; ellerindeki ihale imtiyazlarıyla ruhsat tezkerelerinin Devlete geçeceğini» beyan eylemiştir.

Görülüyor ki kanun, bu tarihe kadar hukukan meşru, muteber, caiz addolunan bir faaliyeti —yani madenlerin ve kömür ocaklarının kiralanması işini— rûâkable teşmil etmek suretiyle menetmiştir.

Aynı zamanda kanun mezkûr şahıslara —yani imtiyaz ve ruhsat tezkeresi sahiplerine— Devletçe bir tazminat verilmesi esasını da —yine 5 inci maddesinde— kabul etmiş ve bu tazminatın nispetini de tâyin etmiştir.

Gerçekten 5 inci madde alâkadarlara «sarf ettikleri emek mukabilinde ve bir defaya mahsus olmak üzere 6 ncı maddede yazılı nispette para verileceğini» tasrih ediyor. 6 ncı madde de «bu nispetin aşağıda yazılı şekillerde hesaplanacağını söylüyor:

a) Krom madenlerinde, ihale imtiyazları mucibince alınmakta olan resmi mukarrerin 15 misli;

b) Diğer madenlerde ihale imtiyazları mucibince alınmakta olan resmi mukarrerin 50 misli;

c) Ereğli kömür havzasında ihale imtiyazları mucibince alınmakta olan resmi mukarrerin 200 misli.»

Verdiğimiz bu misalde, mezkûr kanun madenlerin ve kömür ocaklarının bundan böyle kiraya verilemeyeceği; evvelce mer'î kaidelere tevfikân kiraya verilmiş bulunan madenlerin ve kömür ocaklarının ise Devlete intikal edeceği yolunda bir hüküm vaz'etmekle muayyen

bazı şahısların —yani imtiyaz ve ruhsat tezkeresi sahiplerinin— bir takım zararlara uğramalarına sebebiyet vermiştir. Şöyle ki mezkûr kanun yüzünden bunların maden ve ocak üzerindeki alâkaları kesilmiş; müstecirlerle, yani «maden ve kömür ocağını işletenlerle akdetmiş oldukları mukavelelerden doğan haklar ve menfaatler Devlete intikal» etmiştir.

Görülüyor ki imtiyaz ve ruhsat tezkeresi sahiplerinin alâkalarının kesilmesi ve yaptıkları mukavelelerin kendilerine temin ettiği hukuk ve menafiden mahrum kalmaları dolayısıyla uğradıkları zararın illeti: bu kanundur. Kısaca hâdisede zarara sebebiyet veren hâdise: doğrudan doğruya bu kanundur. Başka bir söyleyişle kanun: hâdisenin sebebi; zarar ise: bu kanunun neticesidir.

Halbuki bizzat kanun, sebebiyet verdiği zararın Devletçe tazmin edileceğini açıkça beyan etmiştir. Aynı zamanda bu tazminatın nispetini de tespit eylemiştir.

Ancak şu var ki kanunen tespit olunan tazminat miktarı hakiki zararı karşılamaktan uzaktır.

Gerçekten kanunun tâyin ettiği nispete ve ölçüye göre meselâ Ereğli kömür havzasında kiraya verdiği kömür ocakları mukabilinde senevi bedeli icar olarak 60,000 kûsur lira almakta olan bir zat, Devletten tazminat olarak ancak bir defaya mahsus olmak üzere takriben 20,000 lira alabilmektedir. Görülüyor ki kanunun kabul ettiği tazminat hakikatte kanundan husule gelen zararı karşılamaktan çok uzak, hattâ bir hiç mesabesinde. Lâkin kanun tazminat nispetini tâyin ettiğine göre bununla iktifa mecburiyeti vardır. Bundan bir kuruş fazlası talebedilemez ve mahkeme bundan fazlasına hükmedemez.

Bunun gibi bilfarz T. B. M. Meclisi malî taahhüdü mutazammın bir nafia mukavelesini, bir kararla, feshetse; lâkin bundan dolayı alâkadara şu kadar tazminat tediye olunacağını beyan etse Devletten tazminat talebolunabileceği, ancak bu tazminatın kanunda gösterilen miktarı aşamayacağı yine muhakkaktır.

Bu söylediklerimizi hulâsa ederek diyebiliriz ki: bir kanun veya teşriî karardan husule gelen zararların tazmin edileceğine dair sarahat mevcut olan hallerde Devletin mes'uliyeti cihetine gidilebileceği şüphe götürmez bir hakikattir. Şu da muhakkaktır ki bu tazminatın nispet ve miktarı ayrıca kanun veya kararda tâyin edilmiş bulunursa Devletin mes'uliyeti bu nispet ve miktarla mahduttur. Aksi takdirde —yani kanun veya kararda nispet ve miktar tespit edilmiş

değilse— Devlete terettübeden mes'uliyet hakiki zararı karşılar ve tazminat miktarı mahkemece karar altına alınır.

C. Nihayet üçüncü bir ihtimale göre herhangi bir zarara sebebiyet veren teşrii bir tasarruf —yani kanun veya teşrii karar— bu zararın Devlet tarafından tazmini lâzımgelip gelmediği hususunda sakit olabilir. Yani ne Devletin mes'uliyeti, ne de ademi mes'uliyeti hakkında bir sarahat ihtiva etmiyebilir.

Bu gibi hallerde Devletten tazminat talebedilip edilemeyeceği; Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılıp açılmıyacağı; mahkemenin bu gibi bir dâvayı rüyet edip edemeyeceği câisualdır.

Bu suale —müspet veya menfi olmak üzere— iki türlü cevap verilebilir.

1. İlk bir cevap menfi olabilir ve denebilir ki: kanun veya teşrii karardan husule gelen zararın Devletçe tazmin edileceğine dair kanun veya kararda ayrıca sarahat mevcut olmadıkça Devlete bir gûna mes'uliyet terettübedemez. Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılmaz. Hiçbir mahkeme bu gibi bir dâvayı dinliyemez. Devleti tazminata mahkûm edemez.

Ord. Prof. A. F. Başgil bu tezi müdafaa etmektedir (47).

(47) Gerçi sayın profesör, teşrii faaliyetten dolayı Devletin mes'ul olup olmayacağını araştırırken —bizim yaptığımız gibi— kanunun, bu yüzden Devlete mes'uliyet terettübedeceği hususunda sarahati havi olması veya bilâkis Devletin mes'ul olmayacağı hakkında hüküm sevk etmesi veyahut nihayet bu bapta meskût bulunması ihtimallerini ayrı ayrı derpiş etmiyor. Teşri faaliyetinden dolayı Devlete mali bir mes'uliyet terettübedip etmeyeceğini umumî ve mutlak surette inceliyor. Kanunun sakit olduğu hallerde Devletin mes'ul olup olmayacağını ayrıca mütalâa etmiyor. Lâkin bize öyle geliyor ki, bizim yukarıda yaptığımız tefriki ve derpiş ettiğimiz ihtimalleri muhterem profesörün de —zımnen olsun— aynen kabul ettiğini söylemek hatalı olmaz. Zira herhalde sayın profesör de kanunda Devletin mes'ul olacağı veya bilâkis Devlete mes'uliyet terettübetmeyeceği musarrah olan hallerde Devletin teşri faaliyetinden dolayı mes'ul olup olmayacağını ayrıca ve uzun uzadıya araştırmaya lüzum olmayacağını bizimle beraber teslim eder. Gerçekten bu iki halde mesele hiçbir müşkül arz etmez ve halli pek kolaydır. İncelenmeye değer mesele: sadece kanunun mes'uliyet hususunda sükût ettiği hallerdir ki; sayın profesör bunu açıkça söylememekle beraber zannımızca Devletin teşri faaliyetinden dolayı mes'ul olup olmayacağını sırf bu hallerde tetkik eylemektedir. Yoksa —arzettığımız üzere— bizzat kanunda, kanundan husule gelen zararlardan dolayı Devlete mes'uliyet terettübedeceği veya bilâkis etmeyeceği hususunda sarahat varsa esasen mesele yoktur. Hukukçunun ayrıca bu ki halde kanunun sebebiyet verdiği zararlardan dolayı Devletin mes'ul tutulup tutulamıyacağını araştırmasına lüzum yoktur. Kanunun bu bapta dilediği hükümler vaz'edebileceği ve mes'uli-

Gerçekten, bu meseleye bir konferansında temas eden, sayın profesöre nazaran: «Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrası sarihtir. Bu fıkrada (idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar) deniliyor. Türkiyemizde adlî ve idarî kaza salâhiyetlerinin ayrılmasına ve Devletin âmme hükmi şahsı sıfatıyla olan mesuliyetinin adli kaza mercilerinde mevzuubahsolamayacağına göre; Devlet Şûrasının salâhiyetine giren dâvalar, şu halde, sırf idarî olanlardır. Yani sırf idarî faaliyetler sebebiyle hâdis olan, dâvalardır. Binaenaleyh bizde teşriî... kararlar toptan mes'uliyet sahası dışında kalır. Ve kalması vâzı kanunun takibettiği mantığa uygundur. Çünkü A fıkrasında (idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar) denilmesine göre, Şûranın bir dâvaya vaz'iyed edebilmesi muhakkak surette ve filhal bir hakkın ihlâl edilmiş olmasına bağlıdır. Halbuki teşriî bir karar yahut kanun hak ihlâl etmez, tesis eder. Kanunun hak ihlâl ettiğini iddia etmek kanunun fevkinde hak vardır demek olur. Kanunun fevkinde tabiî yahut ideal birtakım haklar tasavvur olunabilir; fakat bunlar kazaî merciden ve binaenaleyh müeyyideden mahrum birer tasavvur halinde kalır. Hattâ kanun, hukukçuların müktesep hak dedikleri hakları bile tanımasa bundan dolayı başvuracakları mahkeme yoktur» (48).

Bu izahattan anlaşılıyor ki muhterem profesöre göre teşri faaliyetinden dolayı Devletin malî mes'uliyeti bahse mevzu olamaz.

Görüldüğü veçhile B. A. F. Başgil Devletin ademi mes'uliyeti tezini —biri hukuk tekniğine, diğeri daha ziyade hukuk felsefesine ait olmak üzere— iki esasa istinadettirmektedir. Şöyle ki:

a) Hukuk tekniği bakımından Devlet aleyhine açılacak tazminat dâvasını dinliyecek bir kaza mercii, bir mahkeme mevcut değildir. Zira ne adli mahkemeler, ne de idarî mahkemeler bu gibi bir dâvayı tetkike salâhiyettar değildirler.

aa) Adli mahkemeler bu gibi bir dâvayı dinliyemezler. Çünkü teşri fonksiyonunu ifa etmekle Devlet tamamen âmme hukuku sa-

yet meselesinin bu hükümlere göre halli icabettiği şüpheden varestedir. Bu itibarla B. A. F. Başgil'in, bizim gibi, Devletin teşri faaliyetinden dolayı sırf kanunun meskût olduğu hallerde mes'ul olup olmadığını araştırdığına ve ancak bu gibi bir ihtimalde Devlete hiçbir mes'uliyet terettübetmeyeceği neticesine vardığına kani bulunuyoruz.

(48) A. F. Başgil: Devletin ve diğer âmme hükmi şahıslarının mes'uliyeti meselesi, 1940, s. 19-20.

hasına ait bir faaliyet icra etmiş olur. Başka bir söyleyişle Devlet âmme hükmi şahsı sıfatıyla hareket etmiş olur.

Halbuki adli mahkemelerin, Devletin âmme hukuku hükmi şahsı sıfatıyla ve âmme hukuku sahasında ifa ettiği faaliyetlerden çıkan ihtilâfları tetkik ve rüyet etmeleri kanunen mümkün değildir. Zira adli mahkemeler ancak Devletin hususi hukuk sahasında ve sırf bir hususi hukuk hükmi şahsı sıfatıyla yaptığı işlerden doğan dâvaları tetkik edebilirler.

bb) İdari mahkemelerin ve bu meyanda Devlet Şûrasının da böyle bir dâvaya bakmalarına hukukan imkân yoktur. Zira mevzuata göre idari mahkemeler ancak idari fiil, karar ve mukavelelerden çıkan idari dâvaları tetkike salâhiyettardır. Halbuki kanunu idari bir fiil, karar, mukavele, hulâsa idari bir tasarruf saymak mümkün değildir ki; bundan çıkacak ihtilâfı idari bir dâva telâkki edebilirim ve bunu tetkik salâhiyetini idari mahkemeye tanıyabilelim!

b) Hukuk felsefesi bakımından teşri faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılması mümkün değildir. Çünkü —Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrasına göre— Devlet, idare aleyhine bir tazminat veya tam kaza dâvasının açılması bir hakkın ihlâl edilmiş olmasına bağlıdır. Halbuki teşrii bir karar veya kanun hak ihlâl etmez, tesis eder. Teşri organının fevkinde hak yoktur ki teşrii karar veya kanun bir hak ihlâl edebilsin!

Muhterem profesörün delillerini bu suretle naklettikten sonra bunlar hakkında düşündüklerimizi kısaca arzedelim:

aa) Zannımızca birinci delil çok kuvvetlidir. Gerçekten Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesi sarihdir. Bu sarahate göre Devlet Şûrasının —ve bunun gibi sair herhangi idari bir mahkemenin— teşri faaliyetinden mütevellit bir ihtilâfı tetkike asla salâhiyeti yoktur. Bu itibarla idari bir mahkemede doğrudan doğruya teşrii bir kararın veya kanunun sebebiyet verdiği zarardan dolayı doğrudan doğruya Devlet aleyhine bir tazminat dâvası açılmıyacağı bizce de muhakkaktır. Olsa olsa —birazdan temas edeceğimiz veçhile— teşrii kararın veya kanunun bu baptaki sükûtundan tazminat esasını kabul ettiği neticesini çıkarmak ve bu gibi bir faraziye ve karine kabul etmek suretiyle teşrii kararı ve kanunu bu yolda tefsir etmiyen ve binaenaleyh yanlış tatbik eden idare aleyhine teşrii tasarrufun yolsuz

tefsirinden ve yanlış tatbikından dolayı —idari kaza esaslarına tev-fikan— idari bir dâva —yani bir tam kaza, tazminat dâvası— açmak imkânından bahsolunabilir. Lâkin bu gibi bir dâvanın doğrudan doğ-ruya teşri faaliyetinden mütevellit bir dâva sayılamıyacağı; haki-katte teşriî bir tasarrufun doğrudan doğruya sebebiyet verdiği bir zarardan dolayı Devlet aleyhine dâva ikame edilmeyip sırf teşriî ta-sarrufun —idari birtakım kararlar ve muameleler neticesi olarak— yanlış tefsir ve tatbiki dolayısıyla husule gelen bir zararın idare ta-rafından tazmini zımında idare aleyhine idari bir dâva açıldığı mey-dandadır. Bu gibi bir âvanın açılabilceği ise şüpheden ve izahtan va-restedir. Nitekim B. A. F. Başgilin dahi bu gibi hallerde idare aley-hine dâva açılabilceğini kabul ettiği bizce muhakkaktır. Filhakika teşri faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine dâva açılmıyacağını söy-liyen sayın hukukçu derhal şunu ilâve ediyor ve diyor ki: «Kanun dediğimiz teşriî muamele ile kanunun tatbik ve icrasından ibaret olan idari ve icrai muameleyi birbirine karıştırmamak lâzımdır. Ka-nunun tatbiki sırf icrai ve idari bir muameledir. Ve daima mes'uliy-et kaidesine tâbidir».

bb) Fikrimizce profesörün serdettiği ikinci delil, birinciye naza-ran zayıftır. Gerçekten teşriî bir kararın veya bir kanunun hiçbir su-retle hak ihlâl edemeyeceği iddiası, zannımızca, birinci iddia kadar kuvvetli değildir. Zira teşriî bir karar veya bir kanun, evvelki mev-zuata istinadeden bir hakkı ihlâl etmiş olabilir. Yani teşriî bir tasar-rufla tesis edilen bir hak bilâhare başka teşriî bir tasarrufla çiğnen-miş bulunabilir. İşte bu takdirde «kanunun fevkünde tabii veyahut ideal birtakım hakların» değil; bizzat kanunun tesis ettiği müktesep bir hakkın ihlâli mevzuubahistir. Kanunen, hukukan meydana gel-miş müktesep bir hakkın yine teşriî bir tasarruf neticesinde ihlâli keyfiyetinin Devletin mes'uliyetini mucip olup olmayacağı ise câisu-aldır; ki buna müspet şekilde de cevap verilebileceğini sanıyoruz.

2. Filhakika bu suale zannımızca müspet bir cevap da verilebilir ve denilebilir ki: «Kanun veya teşriî karardan husule ge-len zararın Devletçe tazmin edilip edilmeyeceğine dair kanun veya kararda ayrıca sarahat mevcut olmadığı takdirde Devletin mes'uliyetine hükmetmek icabeder. Zira teşri organı mes'uliyet hakkında ayrıca hüküm sevk etmemekle hukukan cari ve mer'i esasları ve prensipleri zımnen benimsemiş ve kabul etmiş demektir. Bir kelime

ile teşri organının sükûtunu bu yolda tefsir etmek gerektir. Bina-berin teşri uzvunun bu noktadaki sükûtundan tazminat esasını ka-bul ettiği neticesini çıkarmak lâzımdır. Bir kelime ile bu sükût Dev-letin mes'uliyeti hakkında bir karine olarak kabul etmek iktiza eder.

Çünkü —ne Esas Teşkilât Kanunumuzda, ne de sair herhangi bir metinde yazılı bulunmamakla beraber— vatandaşların müsavâtı esa-sının: Anayasamızın ve Cumhuriyet rejimimizin tabii ve zaruri ica-batından olduğu muhakkaktır. Bu prensibin hukukan nazara alın-ması ve rol oynaması için behememal bir metinde musarrah olması gerekmez.

Nitekim —sayın Profesör Dr. H. Nail Kubalının işaret ettiği veç-hile— «1875 Fransız Esas Teşkilât Kanunlarında insan ve vatandaş hakları hakkında hiçbir hüküm bulunmadığı için 1789 insan ve va-tandaş hakları beyannamesi hükümlerinin kanuni bir mahiyet taşı-yıp taşımadıkları ve halen mer'i olup olmadıkları meselesi Fransada dahi münakaşa edilmektedir» (49).

Gerçekten en salâhiyettar hukukçular bu beyannamenin kanuni bir mahiyet arzetmediğini; yani mer'i mevzuat içinde yer alan bir metin olmadığını söylüyorlar. B. H. N. Kubalının dediği gibi, «Fran-sada hâkim olan kanaat insan hakları beyannamelerinin sadece bir-takım hukuk ve siyaset felsefe doktrini olduğudur» (50). Bununla beraber bu beyannamede ilân olunan vatandaşların müsavâtı esasının Fransız Anayasasının ve Fransız âmme hukukunun ruhunda münde-miş olduğunu inkâr da etmiyorlar.

Müsavât esasının Türk âmme hukukunun temelinde de yer alan bir prensip olduğunda şüphe edilemez. Teşkilâtı esasiye hakkında Kanunu Esasi Encümeni mazbatasında beyan olunduğu veçhile, «Türk-lerin hukuku âmmesi faslı dünyaca müselleme hukuku beşeriye ve tabiiyenin (yani İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin) tekra-rından ibaret» tir.

Hukuku beşeriye ve tabiiye ise —yukarıda arzettiğimiz gibi— va-tandaşların müsavâtını tazammun eder. Vatandaşların müsavâtı pren-sibi de vatandaşların kanun muvacehesinde, herhangi bir âmme mü-

(49) Prof. Dr. H. N. Kubalı, Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, 1943, s. 56.

(50) Aynı eser, s. 57.

kellefiyeti, herhangi bir fedakârlık karşısında müsavatını istilzam eder.

Sayın Prof Dr. Nihat Erimin dediği gibi, «müsavat prensibinin hayalî bir şey olmadığı... bir delili de kanun önünde, hâkim önünde, malî yükler karşısında... herkesin müsavî hale gelmiş olmasıdır» (51).

Halbuki umumî menfaat namına icra olunan herhangi bir Devlet faaliyetinden muayyen, mahdut birtakım şahısların mutazarrır olmaları müsavat esasına aykırı düşer. Şu halde müsavat prensibi umumî menfaat mülâhazasıyla ifa olunan bir faaliyetten husule gelen ve umumî bir mahiyeti haiz olmıyan —yani tekmiil vatandaşlara şâmil olmayıp sırf muayyen ve mahdut bazı şahıslara münhasır kalan— zararların yine umum tarafından, yani cemiyet, Devlet, hazine tarafından tazminini âmirdir.

Bu söylediklerimizi teşri organının faaliyetine de tatbik edebiliriz. B. N. Erimin dediği gibi «kanun muayyen bir zümreye diğer vatandaşlara nazaran fazla hak bahşederse müsavat ihlâl edilmiş olur; tersine, yani vatandaşları diğerlerine nazaran daha ağır bir yük altına koyarsa yine müsavat prensibine aykırı bir tedbir alınmış olur» (52).

Demek ki bu gibi hallerde kanun veya teşriî kararın sebebiyet verdiği zarardan —müsavat prensibi mucibince— Devletin mes'ul olması icabeder. Teşri organı bu hususta sükût etmekle bu esası inkâr etmiş farz olunamaz. Bilâkis sükûtu ile teşri organının bu esası benimsediği ve kabullendiği bir karine olarak kabul edilebilir.

Elhâsıl kanun vâzının sükûtu halinde teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyeti kabul olunmalıdır. Teşriî bir karar veya kanunun sebebiyet verdiği zarardan dolayı Devletin mes'uliyeti cihetine gidilebilmelidir. Devlet tazminata mahkûm edilmelidir.

Ancak şu noktayı belirtmek lâzımgelir ki: bu gibi hallerde hakikatte teşri faaliyetinden dolayı Devletin mes'uliyetinden ziyade idarenin fiilinden mütevellit bir mes'uliyet bahse mevzu olmaktadır. Zira —yukarıda arzettiğimiz veçhile— kanun vâzının tazminat hususundaki sükûtunu kanunun veya teşriî kararın sebebiyet verdiği zarardan dolayı Devletin mes'uliyetini kabul ettiği yolunda tefsir etmek lâzımdır. Binaberin kanunu ve teşriî kararı bu şekilde anlıyacak yer-

(51) Prof. Dr. Nihat Erim, Âmme Hukuku Dersleri, 1942, s. 246.

(52) Aynı eser, s. 268.

de kanunun veya kararın tatbiki dolayısıyla husule gelen zararların tazmini hususunda alâkadarlarca vâki tazminat talebini reddetmekle idarenin mezkûr kanunu veya kararı yanlış tefsir ve tatbik ettiği bihakkın iddia olunabilir ve idare aleyhine bir tazminat dâvası açılabilir.

Görülüyor ki dâva hakikatte teşri faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine açılmış bir tazminat dâvası olmaktan ziyade; teşriî tasarrufun yanlış tefsiri ve hatalı tatbiki dolayısıyla idareye karşı açılan bir tazminat, daha doğrusu bir tam kaza dâvasıdır. Bu itibarla hâdisede B. A. F. Başgilin ileri sürdüğü itiraz vârit değildir: şöyle ki Devlet Şûrası teşriî faaliyetten mütevellit olmayıp sırf idari faaliyetten, daha doğrusu idarenin bir kanunu veya teşriî kararı yanlış tefsir etmesinden ve yolsuz tatbik eylemesinden doğan bu dâvayı hiç şüphe yok ki tetkike salâhiyettardır.

Binaenaleyh evvelce verdiğimiz misalleri tekrardan ele alarak diyebiliriz ki: bilfarz bir kanun metrûk bir halde bırakılıp sahipleri tarafından ekilmeyen ve işlenmeyen ziraate elverişli arazinin —köylülere dağıtılmak üzere— Devlete intikal edeceği hakkında bir hüküm sevk eylese; lâkin bundan dolayı Devlet tarafından alâkadarlara tazminat verilip verilmeyeceği hususunda sükût etse zannımızca bu kanunu tatbik ile mükellef olan idari makamın —faraza Ziraat Vekâletinin— alâkadarın tazminat talebini reddetmesi halinde Devlet Şûrasında bu makam —yani Ziraat Vekâleti— aleyhine bir tam kaza dâvası açılabilir. Zira —arzettiğimiz veçhile— kanun vâzı bu hususta sükût etmekle, «her zararın fâili tarafından tazmini lâzımgelceği» prensibini ve müsavat esasını inkâr etmiş sayılamaz. Binaberin Ziraat Vekâletinin kanunu yanlış tefsir ve tatbik ettiği haklı olarak iddia edilebilir. Binnetice Devlet Şûrasının bu dâvayı dinlemesi ve idareyi tazminata mahkûm etmesi icabeder.

Bunun gibi B. M. Meclisi bilfarz teşriî bir kararla bir imtiyaz mukavelesini veya idarenin bir taraf olduğu bir mukaveleyi feshetse veya mukavele hükümlerini imtiyaz sahibi veya diğer âkit aleyhine olarak ister doğrudan doğruya, ister dolayısıyla herhangi bir şekilde —meselâ mukaveleye âkit aleyhine yeni birtakım hükümler vaz'etmekle veya mevcut gümrük resimlerini artırmak, mukavele mevzuuna dâhil maddeler üzerine resim koymak, evvelce tanınan vergi muafiyetini kaldırmakla— ağırlaştırırsa, hulâsa mukavelenin malî muvazenesini ihlâl etse; lâkin bundan dolayı Devlete veya âkit idareye mes'uliyet terettübedip etmiyeceği hususunda ayrıca hüküm sevk etmese fikrimizce alâkadar mahkemeye müracaatle âkit idareden tazminat talebedebilir. Zira mukavele taraflar arasında kanun hüküm

ve kuvvetindedir. Hilâfına sarahat olmadıkça mukavelenin mali muvazenesinin Devlet tarafından bozulmasından Devlet ve —Devlete iza feten faaliyette bulunan, tasarruflar yapan ve bu meyanda mûkavele akdeden— idare mes'uldür.

İşte —Fransız doktrin ve mahkeme içtihatlarından ilham alarak— memleketimizde bu gibi bir hal suretini ilk defa ortaya atmaya ve müdafaa etmeye mücaseret eyliyor; ve bu hal tarzının mahkemelerimizce, ezcümle Devlet Şûramızca kabul edilmesini ve tatbikatta yerleşmesini —hukukun inkişafı ve terakkisi bakımından— temenni ediyoruz.

Ragıp Sarıca