

FRANSIZ ÂMME HUKUKUNDA MUKAVELE
HARİCİ KUSURDAN DOĞAN MESULİYET

Fransız âmme hukukunda idarî mesuliyet muhtelif hukukî mefhumlara, ezcümle kusura, hasara, sebepsiz mal iktisabına dayanır. Maamafih, her ne kadar aksi iddia edilmiş ise de, halî hazırda hukuku âmme manevî şahısları mesuliyetinin temelleri hususî hukukta tatbik edilen hukukî prensipler değildir; idare bahsa mevzu olunca ismi geçen mefhumlar çok derin bir surette değişmektedir.

Evvelâ meselenin genel karakterlerini, sonra kusurun teorisini ve icthattaki tatbikatını inceleyeceğiz.

*
**

I. Meselenin genel karakterleri :

Bu sahada medenî hukukun tatbik kabiliyeti ne suretle bertaraf edildi ve ne suretle hususî ahkâm kabul ettirilebildi? Temyiz mahkemesi, istida dairesi 4 ikinci kânun 1865 de (Daloz 1865. I. 172) ve DEMOLOMBES, BEAUDRY-LACANTINERIE, LAURENT, AUBRY et RAU gibi medeniye nazariyecileri Fransız medenî kanununun 1384 üncü maddesinin Devlet mesuliyetine de kabili tatbik olduğunu iddia ettiler. Bunlara göre bir taraftan medenî kanundan doğan mesuliyet ile diğer taraftan âmme hukuku mesuliyeti diye bir ikilik vücuda getirmekte hiç bir sebep yoktur. Yukarıda kaydedilen maddeye göre, bir kimse yalnız kendi fiili ile sebebiyet verdiği zararlardan mesul olmayup, aynı zamanda mesuliyeti kendisine raci olan şahıslar ve idaresi kendisine tevdi edilmiş bulunan hayvanların ikâ ettikleri zararlardan da mesul olur. Şöyle ki istihdam

eden müstahdemın fiillerinden kaydettiğimiz çerçeve dahilinde mesul olur. Bu kaide gayet geniş bir miyardır; bu muayyen bir mukavele değil, fakat özel bir hukukî bağ, bir kimsenin diğerini bir işin ifasına, bir teşebbüse, lâlettayin bir vazifeye bir akide müstehdemden memur etmesinden husule gelen hukukî bir durum. Bu suretle terettüp eden mesuliyet itiraz ve reddolunamaz bir mesuliyettir; buradaki kusur karinesi "juris et de jure," bir kusurdur. (*Josserand, Droit Civil, cilt III, sah. 246*).

Uzun zaman, istihdam edenin mesuliyeti müstahdemi seçmek hususundaki *kusur mefhumu* (culpa in eligendo) ile izah olundu; ekser ahvalde bu görüş doğrudur, fakat bazı ahvalde ise seçme mevzuu bahsolmadan mesuliyet bakidir. O halde istihdam edenin mesuliyetine bir temel bulmak için nezaret, idare, otorite, tebaiyet gibi mefhumlara dayanılmaktadır. (Temyiz Mahkemesi Asliye Dairesinin 15 ikinci kânun 1926 tarihli kararı; Sirey 1926, I. 249 not Esmein).

Binaenaleyh, Devlet istihdam eden mevkiinde, memur da müstahdem vaziyetindedir ve memurun herhangi bir kusuru, malî mesuliyet bakımından, otomatik bir surette istihdam edenin mesuliyetine münkalip olur. Meselâ, bir şirketin şoförü birisini çiğnese bihasbelkanun şirketi ilzam eder; bu şoförün süel (askerî) bir şoför olması vaziyette ne gibi bir değişiklik husule getirebilir? İstihdam eden kimse mevkiinde Devletin bulunması husule gelen zararı hiç bir veçhile değiştiremez; aynı olan iki kusurun tazmini aynı olmalı, birbirinin tıpkısı olan iki hadiseyi aynı muameleye tabi tutmalı.

Bu fikirlere karşı âmme hukukunun muhtar ve müstakil kaidelere malik olduğu mütalâası beyan olunur.

1. — **Doktrin**e göre, Devletin efrada karşı olan mesuliyetini, aşağıdaki sebeplere binaen, medenî kanuna dayandırmak hiç de kabule şayan değildir :

Medenî kanunun *hiç bir madde* si bu gibi bir mes'uliyetten bahsetmiyor, ve bu mühimdir (*Laferrière*); zaten medenî kanunun tedvini esnasında bu husus nazarı itibara alınmamıştı. Bundan başka, âmme idarelerinin manevî şahıslar olduğu ve binaenaleyh bunlarla memurları, ajanları arasındaki münasebet tabii şahıslar arasındaki münasebet gibi telekki olunamayacağı iddia edildi (*Hauriou, Précis élémentaire, sah. 133*). Manevî bir şahıs bir memuru ancak diğer bir memurun tavassutu ile seçebilir. Fakat bizce bu izah tarzı kabule şayan görülmemektedir. Çünkü muhakim içtihadatı medenî hukuk ahkâmının hususî manevî şahıslara da şamil olduğu merke-

zindedir. Ve kusur idarenin hususî faaliyette sahasında tehaddüs edince idarî manevî şahıslara da medenî kanun ahkâmı tatbik edilmektedir.

Medenî kanunun eski telekkilerini yeni tefsir tarzlarından *ayırt etmek* icap eder. Uzun müddet medenî kanunun tatbikini bertaraf etmek için yukarıda işaret ettiğimiz mütalaalar beyan olunmuştu; bugün başka tarzda muhakeme etmek lüzumu vardır.

Evvelâ medenî kanunun 1384 üncü maddesindeki mes'uliyetin esası, istihdam edenin kusursuz bir mes'uliyeti olduğu kabul olunmalıdır. "Kanun istihdam edene: "kusurlu olduğunuzu farzediyorum ve bu karinenin hilâfını da isbat etmenize cevaz vermiyorum,, dediği anda, borcu doğuran kusurlu hadise değil bizzat kanunun kendisidir; artık kusurun kıymeti hukukî bir oyundan, haksız fiilden doğan borcun sıreti teşekkülünü sun'î bir tarzda izah etmek zımında kullanılan teknik bir usulden başka bir şey değildir (*Josserand*, op. cit. sah. 250). Binaenaleyh aharın fiilinden dolayı mes'uliyet, bilhassa [istihdam edenin mes'uliyeti kusursuz, objektif (afakî) bir mes'uliyettir.

Binaenaleyh âmme hukukunda da aynı mes'uliyet bir memurun *muayyen ve mevsuf kusurundan mütevellit* olmayıp tayini imkânsız olan müteaddit memurların kusurundan husule gelecektir; kusur bellisiz (mechul) olacaktır. Bununla beraber zararı da tazmin etmek gerektir. Binaenaleyh mevzuubahs mes'uliyet esasen afakî ise de bunu medenî hukuktaki mes'uliyetle bir tutulamıyacağı zahir olmaktadır; çünkü âmme hizmetinin faaliyeti, hukuku hususiyenin yeknesak kaideleriyle değil, fakat *mezkûr hizmetin ihtiyaçları gözönünde tutularak* takdir edilir ve öyle de edilmek icap eder. Devletin hususî şahsiyeti bahse mevzu olunca medenî hukukun tatbiki pekâlâ kabul ediliyor. Zira burada hizmet mefhumu mevcut değildir. Binaenaleyh, bilhassa *hizmet kusuru* aranılacak ve Devletin mes'uliyetini de o kuracaktır. Ve bu sistem medenî kanun sisteminden daha aşağı da değildir. Diğer taraftan medenî kanunun boşlukları gayet barizdir çünkü kayıtsız ve şartsız memurlarının *bilumum mümkün ve muhtemel kusurlarından mütevellit zararlarını* tazmin mükellefiyetinin idareye yükletilmesi çok fena finansal sonuçlara varır.

Binaenaleyh, mes'uliyet hususunda 1382 ve 1384 üncü maddeleri tamamilen bertaraf eden İdare Hukuku kendisine has bir teoriye sahiptir.

2.— Mahkeme içtihatları (Jurisprudence):

Her ne kadar Temyiz Mahkemesi son zamanlarda şayanı hayret bir tarzda aksi fikri müdafaa etmişse de (Tem. Mah., Ceza Dairesi

28 Mayıs 1930) her zaman Devlet Şûrası ile İhtilâf Mahkemesi (Tribunal des Conflits) muhtelif sebeplere binaen ve ezcümle Devletin borçlu olduğuna mahkemelerin karar verememesi (Devlet Şûrası, 20 Ağustos 1847, Vve Baussemont), veya Devlete bir kusur yüklemenin idarî tasarrufların takdirini tazammun edeceği (İhtilaf Mahkemesi, 20 Mayıs 1850, Manoury) bahanesile medenî kanunun Devlete kabiliyeti tatbikiyesini red ve inkâr etmiştir. 6 birinci kânun 1855te Devlet Şûrası *Rothschild* kararile şu hükmü vermiştir: «Âmme hizmetlerinden doğan hak ve vecibe münasebetlerine, efrat arasında olduğu gibi, mücerred medenî kanun ahkâm ve prensipleri tatbik olunamaz; ezcümle bir idare memurunun kusur, ihmal veya hatasından Devlete terettüp eden mesuliyet ne mutlak ve ne de umumî bir mesuliyettir; her hizmetin mahiyet ve ihtiyaçlarına göre tahavvül eder. „ Demek isteniyor ki Devlet ile memurlarının münasebatı nizamname, idarî tasarruf veya emirler ile nizamlandırılan ve kazai merciin takdir salâhiyeti olmayan münasebetlerdir.

İhtilâf Mahkemesinin maruf *Blanco* kararı (8 Şubat 1873, *Sirey* 1873. 2. 153, *Concl. David*) âmme hukukunun noktai nazarını katî bir şekilde tayin ve tesbit etmiştir. Bordo da bir tütün fabrikası müstahdemleri tarafından fena bir surette itilmekte olan küçük bir vagon bir çocuğu yaralıyor. Devlete karşı dava âdi mahkemeler huzurunda ikame ediliyor, fakat ilbay (vali = Préfet) müdahale ederek dava İhtilâf Mahkemesine tevdi ediliyor. Mezkûr mahkeme hakimleri arasında bir ekseriyet husule gelemeyince, İhtilâf Mahkemesi başkanı olan tüze bakanı (adliye vekili = Garde des Sceaux) idarî salâhiyet tarafını iltizam ederek şu yolda bir karar veriyor: «Âmme hizmetinde kullandığı kimselerin efrada karşı ika ettikleri zararlardan dolayı Devlete teveccüh eden mesuliyet, efrat arasındaki münasebata tatbik edilen medenî kanunun prensiplerinin tatbik sahası haricindedir; bu mesuliyet ne mutlak ne de umumîdir; Devletin hakları ile hususî hakların telifi mecburiyeti ve hizmetin ihtiyaçları ile değişen ve Devletin mesuliyetine tatbik edilen hususî kaideler mevcuttur.„ Temyiz mahkemesi bu noktai nazarı kabul ederek şöyle bir karar verdi: “Bir âmme hizmetinin icrasına iştirak eden bir memurun efradı mutazarrır eden bir fiilinden mütevellit Devlete yükletilebilecek olan mesuliyet, fertlerin münasebetlerini hal için medenî kanunun vazettiği prensiplere tâbi değildir; Devletin mesuliyetine tatbik edilen hususî kaideler mevcuttur. „

Binaenaleyh halihazırda denilebilir ki, Devletin mesuliyeti hukuksal hususiyeyi aşan kâidelerle hal ve fasledileceği muhakkak ve katî surette taayyün etmiştir.

Prensip itibarile salâhiyet idarî mahkemelere mevdudur çünkü bu salahiyet âmme hukukunun hususî bir teorisine dayanmakta ve âmme hizmetlerine taalluk etmektedir; zararın sebebi idarî bir tasarruf olsun, hizmetin faaliyeti olsun, her ne olursa olsun ehemmiyeti haiz değildir, Devlet Şûrası alelâde bir mahkeme olmak itibarile gayet geniş salâhiyete sahip olacaktır.

Kanunun veya prensiplerin neticesi olarak adli mahkemelerin istisnâî bir salâhiyeti vardır: Ezcümle Devletin hususî emlâki hususunda, gümrükler hususunda, vasıtalı vergiler hususunda, posta, telgraf, telefon hizmetleri gibi hizmetlerin faaliyeti hususunda. Bunlardan başka mezkûr salâhiyet fiilî hareketlere, hususî mülkiyetin kat'î veya muvakkat, külli veya cüz'î istimlâkile neticelenen hareketlere veya idarenin hakkını ihlal eden ve koruyucu mahkeme usullerine riayet etmeden idarenin icra ettiği fiillere de şamildir. Fiilî hareketin bu tarzı telâkkisi Hauriou tarafından müdafaa edilmiş ise de şiddetle kritik edilmiştir.

Buunla beraber ve davaların rüyetini tacil ve tesri etmek mülâhazasile Mayıs 1934 tarihli bir kanun, vilâyetler arası belediye meclislerinin (Conseils de préfecture interdépartementaux) salâhiyetlerini genişleterek (bakınız: Bu aynı mecmua 1935, No. 1, sahife 101) mezkûr selahiyeti Devletin akdettiği mukaveleler hariç, vilâyet, nahiyeye ve âmme müesseselerinin akdettiği idarî mukavelelere de teşmil etmiştir. İsmi geçen meclisler, nahiyeler, vilâyetler ve devlete bağlı olan âmme müesseselerinden gayri müesseselerin hizmet kusurlarından doğacak olan davalara bakmak için de salâhiyetlidirler. Hülâsatan Fransız hukukunun vaziyeti aşağıdaki şekilde tarif olunabilir:

Hali hazırda bütün idareler, hizmetlerinin faaliyeti dahilindeki bilûmum kusurlardan mesuldürler ve buradan hizmet kusuru nazariyesi çıkar; mamafih buna bir istisna mevcuttur: aşağıda zikr edilen maruf mefhumun halen yaşamakta olması dolayısıyla, hükûmetin bir fiil veya tasarrufu Devleti ilzam edemeyeceği gibi iptal de olunamaz.

Bundan başka kusursuz mes'uliyet halleri de mevcuttur ve burada ve ezcümle bayındırlık (nafia) işlerinin ihdas ettiği mütemadi zararları hususunda hasar (risque) teorisi tatbik edilir (bakınız: Siyasal Bilgiler'in mayıs 1935 sayısındaki yazımıza).

* *

II. İdarî kusurun hukukî teorisi :

Bu mefhumun hukukî temeli hakkında bir çok teoriler mevcuttur:

1 — Bunun temelini şibih akitten doğan mes'uliyete istinad

ettirmek isteyenler oldu. Bu noktai nazarı müdafaa edebilmek için vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf (gestion d'affaire) mefhumuna müracaat ettiler. Devlet Şûrasının 30 haziran 1922 tarihli *Lumiabte* kararı (Sirey 1922. 3. 25. not Hauriou) bazı hallerde bu bakımın doğru olduğu zehabını veriyordu. Bir kaç Fransız zabiti Polonya ordusunda öğretmen olarak vazife alıp Fransız hükûmetinin kendilerine vermiş olduğu ücretten memnun olmayarak Devlet Şûrasına baş vurdular. Devlet Şûrası, ismi geçen zabitleri bu vazifeye tayini hususunda Fransız hükûmetinin ne gibi bir rol oynadığını araştırmak mecburiyetinde kaldı. Devlet Şûrası bu gönüllü zabitlerle Devlet arasında hiç bir kavli bağın mevcut olmadığını söyledi. Bundan başka Fransız hükûmetinin ittihaz etmiş olduğu tedbirler binnefisihi bir hizmet kusuru teşkil edecek mahiyette olmadığı da taayyün etmişti. Devlet Şûrası bu hadisede şibih akitten doğan bir mes'uliyet bulmadığından kusurun da ademi mevcudiyetine hükmetti. Hauriou notunda, hükûmetin vekâletsiz başkası hesabına bir tasarrufta bulunduğunu iddia ederek tasarrufun suî idaresi dolayısıyla mes'uliyete müncer olacağı neticesine varıyordu.

Kanaatimizce bu karar istisnaîdir. Devlet Şûrasının mes'uliyeti kabul etmemesi hususunun, kusuru bir mukavelenin mevcudiyetine bağlamadan, kusurun ademi mevcudiyetinde bulunduğu da iddia edilebilir.

2 — Hizmet kusurunun temelini bir suç veya bir şibih suçtan doğan bir mes'uliyet teşkil ediyor.

İsbat edilmiş olsun veya olmasın müspet bir kusur mefhumuna muhakkak surette ihtiyaç vardır.

a) Bir müddet hizmet kusurundan değil de *hizmet filinden* (fait de service) den bahsolundu. 1895 - 1900 seneleri içtihadatına göre bu kelime hizmetin tabii faaliyetinin tazammun ettiği hafif kusuru ifade etmekte olup mezkûr fiil normal bir şekilde fena işlemeye ithal etmek mümkündür. Fakat gayet tabii olarak adli mahkeme bu meseleyi inceleyemeyecek çünkü bu fiil genel idare organizasyonuna bağlıdır. Bu hizmet fiilii salahiyet meselesini hal ve fasletmiye yarayan bir çare olup bilumum hizmet fiililerinin bir tazminat ile neticeleneceğini tazammun etmiyordu. Binaenaleyh bilahere müspet kusur mefhumu kullanıldı ve bu mefhumun teorisi kuruldu.

b) Bazı müelliflere göre camiaların, toplulukların kusuru bahsa mevzu olamaz. Ezcümle *Duguît* bu fikirdedir. Bu müellif toplulukların şahsiyetinin bir mevhome, bir fiksiyon olduğunu kabul etmekle beraber belki de elverişli bir teknik usulü gibi telekki edilmesinin de

mümkün olacağını iddia ettiği malûmdur. (Traité, cilt III, sah. 434 ve 439) Bir topluluğun bir kusur ettiği söylenemez. Devletin mes'uliyeti ancak soysal sigortaya dayanabilir; kusur olsun olmasının mes'uliyet her zaman hasar (riziko = risque) üzerine dayanır (Aynı eser, sah. 441). Kanaatimizce Duguit nin fikri itiraz götürür. Bahsa mevzu şahsiyetin hakikî olduğu pek âlâ iddia edilebilir. Topluluğun kusuru da tahmin ve idrak olunabilir; ne için bir âmme hizmeti kusurlu olamıyor? Bunun aksi her zaman müşahede ve tespit olunmaktadır. Manevî şahısların kendi kusurlarından dolayı mes'ul oldukları ve bu yüzden tazminata mahkûm oldukları artık taayyün etmiş ve inkâr kabul etmez bir keyfiyettir. (*Mestre*, Les personnes morales et leur responsabilité pénale — *Roux*, Temyiz Mahkemesinin 4 ikinci teşrin 1898 tarihli kararı altındaki notuna bakınız. Sirey 1901. I. 57).

Hauriou bir müddet Lepreux kararının altına yazmış olduğu notta ve Précis inde (beşinci basım, sah. 243) aksi kanaatte bulunmuş ise de bilâhere hasar nazariyesine karşılık kusur nazariyesinin üstünlüğünü isbat etmiştir (Thomaso-Greco kararının altındaki nota bakınız). Evvelâ hiç olmazsa kusur nazariyesi hasar nazariyesine denktir; her ikisinde de mes'uliyetten bir kısmı müstahdemden müesseseye geçiyor zira istihdam edenin mes'uliyeti bahsa mevzu olmayıp nazarı itibare alınan idarenin doğrudan doğruya mes'uliyetidir. Diğer taraftan hasar nazariyesinin mahzuru teşebbüsün tevhit ettiği kazaları önlenmesi imkânsız olan haller gibi telekki etmesindedir; kusur nazariyesi ise mezkûr kazaları önlenmesi kabil hadiseler gibi telekki ederek memurların müdebbir ve müteyekkiz olmalarına âmîl oluyor. Bunun bilhassa bayındırlık işlerinde çıkan kazalarda büyük önemi vardır.

Binaenaleyh denilebilir ki mes'uliyetin asıl ve hakikî temelini kusur teorisi teşkil etmekte ve aşağılığı açık olan hasar teorisini ikinci safta bırakmaktadır.

*
*
*

III. İçtihadattaki tatbikatı.

Kabil olduğu kadar açık olmak için meseleleri iki büyük seriye ayıracağız : bir taraftan amme hizmeti için genel mes'uliyet, diğer taraftan da bayındırlık (nafia) işleri kazalarından doğan mes'uliyet (söylemeğe lüzum yoktur ki son ismi geçen mes'uliyet ilk ismi geçen mes'uliyetin bayındırlık işlerindeki kusura tatbikinden ibarettir).

A) Âmme hizmetinin kusuru.

Bazı müellifler tasarrufların mahiyetine göre bir kaç tefrik yapmanın icap ettiği fikrindedirler. Bu hususta ne mütalâa dermeyan edilebilir? Diğer taraftan kusuru teşkil eden unsurlar nelerdir?

1°. — *Hâkimiyet ve teşmiyet tasarrufları (actes d'autorité et de gestion) birbirinden ayırt edilmelidir?* Hâkimiyet tasarrufları mesuliyeti müstelzim değildir (*Laferrière*, cilt 2 sah. 186; *Berthélémy*, 12inci basım *Michoud*, Responsabilité de l'Etat à raison de la faute de ses agents, No. 19 ve mü). Devlet Şûrasının 1899 tarihli Lepreux kararında aşağıdaki husus göze çarpmaktadır: "prensip olarak kabul edilmiştir ki Devlet, bir âmme kudreti olmak itibarile ve ezcümle inzibatî tedbirlere tealluk eden hususattan dolayı, memurlarının ihmalinden mes'ul değildir,,. Buna dayanarak Devlet Şûrası usule muvafık olmayarak sadır olan idarî kararlardan müteessir olan memurların taleplerini veyahut polis tarafından husule getirilen bir zararın tazmini zımında vaki olan müracaatleri reddediyordu.

Hauriou bu karara dayanarak vaziyeti izaha teşebbüs etti (I. 518): teşmiyet aynı zamanda hem hizmetlerin ifasını ve hem de bu hizmetlerin ifasına müteallik tedbirleri ifade etmekte imiş. Teşmiyet teşriki mesaiyi tezammun eder; âmme kudreti hizmetleri idare eder ve fertler bu hizmetlerin intizamına bihakkın dayanarak hareket ederler; binaenaleyh bir zarara duçar olurlarsa tazminat istemeğe kesbi istihkak ederler; fakat idare de cebir ve tazyiki istimal edebilir. Diğer bir bakımdan mesele incelenirse âmme kudreti hakimiyet yolile hareket edince, yapmış olduğu muamele âmme hizmetinin ifasına müteallik bir tedbir olmayıp kanuna uygunluğun (légalité) tatbikini temin zımında şahsî faaliyetine mütedair bir talimatnamedir. "Şu halde teşriki mesai mevcut değildir, hizmetlerin müşterek teşebbüsleriyle bağlı değiliz; âmme kudreti icraî bir salâhiyet kabuğu içerisinde girerek kendisini temamilen tecrid ediyor; iş arkadaşı olmayınca kendisini bağlayan hiç bir bağda mevcut değildir ve binaenaleyh kendisine hiç bir mesuliyet de terettüp edemez.,,

Bu tarzı tahlil her ne kadar ustalıklı ise de tatminkâr değildir (*Teisseir*, op. cit. no. 142) Devlet Şûrası da 1905 de tahaddüs eden ve bir inzibat (polis) meselesine taallük eden *Thomaso-Greco* hadisesinde ve bundan başka *Auxerre* kararında yukarıda yapılan tefriki bertaraf etmiştir. (Devlet Şûrası 17 Şubat 1905) "Boş fişenk kullanılması icap eden manevralar esnasında ölen Bay Auxerre, yapılan tıbbî müşahedat neticesinde bu genç askerin ölümü ma-

nevralara iştirak eden bir müfrezeden atılan dolu bir fişekten ileri geldiği meydana çıkmıştır,,. Bundan böyle ve ezcümle *Thévenet* ve *Lemonnier* kararlarında *Hauriou*, inzibatî tedbirlerin ifası halinde hakimiyet muamelesi değil de bir ameliye (opération) mevzu bahs olduğunu kabul etmiştir (Précis, 11 inci basım sah. 324 note).

2°— *Hukukî ve maddî tasarruflar (actes juridiques et matériels) birbirinden ayırd edilmelidir?*

Hauriou'ya göre (Précis, 11 inci basım, sah.323): "hizmet fiili bir ifa veya ademi ifa fiilidir; her halde ifa kategorisine dahil olup icraî karar kategorisine dahil değildir. Bu demektirki idare, kendi canibinden sâdir olan icraî kararların - bu kararlar selâhiyet haricinde isdar edilmiş olsalar bile - tevliit ettiği sırf hukukî neticelerden muhakkak surette mes'ul değildir. Malî mes'uliyeti ancak ifa fiili ile husule gelebilir,,.

Duguit (III. 463) ve *Duez* burada bir hatanın mevcut olduğunu kaydediyorlar. Hukukî tasarruf pek âlâ bir hizmet kusuru teşkil edebilir. Şayet bahse mevzu kusur, selâhiyeti tecavüzden ileri geliyorsa, yalnız iptal davasına baş vurulmayıp (bittabi kanunun vaz' ettiği müddetler dairesinde) tazminat davası da ikame edilebilir. Bu husus bedihidir. Karar yalnız bir iptalî mümkün kılmaz aynı zamanda zararların tazminine de yol açar. *Hauriou*'nun mudafaası veçhile mesuliyetin mevzu bahs olması için karardan ifaya geçilmesi lüzumu yanlıştır. Çünkü zarara sebebiyet veren bir hukukî tasarruf tahmin etmek gayet kolaydır (meselâ bir nizamname); filhakika, hukukî tasarruf *Hauriou*'nun iddia ettiği gibi muhakkak surette bir *icraî karar* olması icap etmez. (Yukarıda mevzu bahs olan hukukî tasarrufa bak). Fakat bundan başka hattâ bir icraî karar bile, meselâ mugayiri kanun olarak bir memurun işten el çekdirilmesi, doğrudan doğruya bir zarar ika eder ve idare bu zarardan mes'ul olur.

Bütün bunlardan başka icraî karar veya hukukî tasarruf mevzu bahs olmaksızın mesuliyeti müstelzim haller dahi mevcuttur, meselâ *ademi ifadan mütevellit mes'uliyet* gibi.

3°— *Kusuru teşkil eden unsurlar.*

Duez in anlaşılması kolay olan tasnifi tamamiyle değilse de genel çizgileriyle kabul olunabilir :

a) *Hizmetin gayri muntazam faaliyeti veya kusurlu tesis ve tertibat.* Bu hususdaki mahkeme kararlarının adedi pek çoktur. Cürümleri gözetme hizmetinin ademi kifayeti (Devlet Şûrası 11 Birinci kânun 1913. Boulogne çini imalât şirketi); intizam (polis) ted-

birinin ifasından mütevellit kazalar (Dev. Şûr. 10 Şubat 1905, Thomaso - Greco, Sirey 1905, III. 113, not Hauriou); postahanelerin fena tertip ve tanzim edilmiş olması (Devlet Şûrasını 3 Şubat 1911, Anguet).

b) *Hizmetin ademi faaliyeti*. Bir nişan atma mahallinin ve tertibatının kazaya sebebiyet vermiyecek surette inşa edilmiş olduğunun kontrol edilmemesi : Devlet Şûrası 23 haziran 1916, Thévenet.

30 haziran 1832 tarihli kanun, tehlikeli vaziyet arzeden mecnunlar aleyhinde alınması iktiza eden tedbirleri derpiş etmiştir. Mezkûr kanunun 18 inci maddesi cinnetleri, eşhasın emniyetini veya âmme intizamını ihlâl edebilecek vaziyette bulunan fertlerin bir müesseseye yerleştirilmesi hususunda valilere resen tertibat almalarını emretmektedir. Bay J... bir bimarhaneye yerleştirilmiş iken bilâhere serbest bırakılmıştır. Evine avdet eder etmez komşusunu tehdide başlamış. Nahiye müdürü valiyi işten haberdar etmiş ise de vali salâhiyetini kullanmayarak bay J... serbes kalmıştır. Bir kaç gün sonra komşusu bay Garcin'in evine girerek kendisini öldürmüştür. Bunun üzerine maktulün eşi ve kızı tazminat talebinde bulunmuşlardır. Hükümet komiseri bay Latournerie nin isteklerine uygun olan 23 ikinci kânun 1931 tarihli karar (Daloz 1931. III. 17, Sirey 1931. III. 97 note *Bonnard*) şu mealdedir : Eşhasın emniyetini koruma vazifesini kendisine tahmil eden 1832 tarihli kanunun vermiş olduğu selahiyeti istimalde ihmal gösteren ve bilhassa lüzumlu tedbirleri alması hususunda mütemerrit vaziyette bulunan vali *agir bir kusur* işliyerek Devletin mes'uliyetine sebebiyet vermiştir.

Halen intişar etmemiş olan yeni bir karar ictihadın tutmuş olduğu yolu tipik bir surette gösteriyor. Burada kanunun tatbikini tehirden dolayı Devletin ilzam edildiği görülür. İşte mahkemeye arzedilen dava (Devlet Şûrası, temmuz 1934) : harp zararlarını tazmine mütedair kavanın, tazminatın aşağıdaki esasa göre hesap edileceğini derpiş etmektedir : menkul veya gayri menkullerin 1914 deki kıymetinin uğradığı tenezzül ve buna ilâveten harpten sonraki fiyatlara göre mezkûr menkul veya gayri menkullerin yeniden tesisi için yapılan munzam masraflar göz önünde bulundurulacaktır. 1924 senesine kadar, imalât devrini geçirerek tedavüle girmeye hazır olan emtia için munzam masraflar tediye edilmişti. 1924 de fikir ve ictihadını değiştiren "harp zararları yüksek komisyonu,, (Commission supérieure des dommages de guerre) bu gibi emtiaya yapılan tediyatın durdurulmasına karar verdi. Mutazarrırlar bir kaç sene itiraz ettikten sonra parlamentonun bu hususta bir kanun neşretmesine muvaffak

oldular. Bu kanuna göre 1924 den evvel munzam masraflar olarak tazminat namile tahsilâtta bulunmuş olanlar bu paranın bir kısmını tahsilâtta bulunmamış olanlara tesviye etmeleri icap ediyordu. Bu suretle eskilerle yenilerden müteşekkil iki grup vücuda geldi. Bu gurupların sureti teşekkülü ve alınan paranın sureti tesviyesi 1928 tarihli bir kanun ve bundan başka daha üç kanunla nizamlandırılmıştır.

Nihayet 14 nisan 1932 tarihli bir kanun, en tezi altı ay evvel kat'i bir karara bağlanmış olan eski gurup mensuplarının (ki kısmı azamı da bu vaziyettedir), bu kanunun neşrinden itibaren tekml borçlarının muaccel olacağını emretmektedir. Diğer taraftan kanunu mezkûr borçların sür'atle tediyelerini temin için borçlulara gayet ağır eyyamı mütehire faizi yüklemekte ve "Crédit National," de münasip şeraitle istikrazda bulunabilmelerini mümkün kılmaktadır.

Fakat 9 eylül 1932 de Finans Bakanı Bütçe Bakanı ile mutabık kalarak hükümetin kendilerini koruduğunu göstermek için ökonom-sal buhrandan müteessir olan eski guruba mensup endüstri sahiplerinin yukarıda ismi geçen kanunun tatbikinden altı ay muaf tutulacağına karar vererek kanunun tatbikini tehir etmişlerdir.

Bakanlar bu kararı, mutazarrır olup mahsuben ufak bir para alan yeni gurup mensupları tarafından, şiddetle karşılandı ve iş sözde kalmayarak Devlet Şûrasına müracaat olundu.

Mezkûr mahkeme, bay Etti nin raporu üzerine, hükümet kom-seri Rivet nin mütalâalarını ve müddei tarafın avukatı M^e Croquez in müdafaasını dinledikten sonra müddei tarafa hak vermiştir. Her ne kadar Finans Bakanının borçluların şahsî vaziyetini takdir etmek salâhiyeti mahfuz addedilmiş ise de, genel bir kararla 14 nisan 1932 tarihli kanunun derpiş ettiği tediye tedbirlerini tehir ettiğinden dolayı, Devlet Şûrası Finans bakanının muayyen müddetler zarfında kanunu tatbik etmek vazifesini ifa etmediğine karar vermiştir. Binaenaleyh bakanlık kararı iptal edilmiştir.

Diğer taraftan bir çok müstedi'ler Finans Bakanlığının mezkûr kararile mütezarrır olduklarından bahsederek tazminat talebinde bulunuyorlardı. Devlet Şûrası, Bakanlık kararının kanuna uygun olmadığına hükmettikten sonra, bu kanuna uygunsuzluk keyfiyetinin Devleti ilzam etmiş olduğunu beyan etti. Bu itibarla da Devleti mahkûm etti.

4°. — Tazminin şartları :

Her bir hizmet kusuru tazminatı icap ettirmez, diğer bazı şeraitin de tahakkuku lâzımdır. Aranılan şartlar şunlardır:

a) *Maddî bir zarar.* Uzun zamanlar bir çok kararlar gayri maddî zararın da tazminatı müstelzim olduğunu beyan ediyorlardı. Bu cümleden olarak şu iki kararı zikrederim: sokak istikameti tayini hususunda vuku bulan tehhür (*Manrot*, 22 Haziran 1912, Sirey 1913. III. 121 not Hauriou); çarşı ve pazarlara müteallik bir nahiyenin diğer bir nahiyeye karşı yaptığı gayri meşru rakabet (*Montfaucon* nahiyesi, S. 1925. III. 22). Fakat *Dumoreuil* kararı (1 Temmuz 1927, Sirey 1927. III. 105) usulsuz bir hacize karşı açılan davalardan mütevellit masarif her ne kadar çok ağır bir kusurdan münbeis ise de "maddî zarar," mevcut olmadığından tazminata da mahal olmadığı mealindedir. Müddeiye ait emvalde ne maddî bir zarar ve ne de maddî bir ziya' mevcuttur. Fakat bu karar teessüfle karşılanmaktadır. Çünkü maddiyet kriteriyomunu tespit etmek ne kadar müşkül ise de bu kriteriyomun dayandığı esasları tayin etmek te o derece müşküldür.

b) *Ağır bir kusur.* Bu şart şu kararlarla tahakkuk etmiştir. *Médé* kararı (Devlet Şûrası 30 birinci kânun 1910) *Dourdent* kararı (19 Mayıs 1922) ve *Gaspart* kararı (23 Haziran 1922, Sirey 1924. III. 9, not Hauriou) ve *Estipalier* kararı (7 Şubat 1925, Sirey 1927. III. 105, n. l. 658). Bu son ismi geçen karar, bir tahlisiye neferinin birini kurtarmaya uğraşırken ölmüş olmasında, bir ağır kusurun mevcut olmadığını kabul etmiştir. Çünkü burada jandarma âmiri veya belediye makamı tarafından verilmiş bir emir yoktur.

Profesör *Appleton*, bir taraftan gayet ağır bir kusuru tezammun eden şibih-hâkimiyet tasarruflarıyla, diğer taraftan ağır kusur veya ağır ihmali tezammun eden inzibatî (polis) tasarrufları ve nihayet her hangi bir hizmet kusuru ile mes'uliyeti müstelzim olan tamamen teşmiyet tasarruflarını birbirinden ayırt etmek icap ettiği mütalaa-sındadır (Daloz, 1920. III. 1). (*Duez* aksi mütalaadadır. Sah. 31).

Fakat bu son ismi geçen kusurun tamamen nazarı olup ictihadata uygun olmadığı tebeyyün etmiştir. Çünkü ağır bir kusurun mevcudiyeti her zaman, hatta teşmiyet tasarruflarında bile, elzem adde edilmiştir.

c) *Memurun şahsına isnad olunamıyan bir kusur.* Hizmet kusurunun şahsî kusura makes olarak tarif edildiği malûmdur. Binaenaleyh umumiyet itibarıyla bu iki kusur birbirine taarruz edeceklerdir. Fakat bu hal bazan iki kusurun da yanyana mevcut bulunmasına mâni değildir.

d) Kazaya uğrayanın kusuru Devletin mes'uliyetini hafifleten bir sebeptir (Dev. Şûr. 15 İkincikânun. 1918, Rasse, R. P. 71).

e) *Tazminat davasında bulunabilmek ehliyeti* : Temyiz Mahkemesi ictihadatı, müddei ile mağdur arasındaki bağın mahiyeti ile alâkadar olmadan ikame edilen tazminat davasını kabul ediyorsa da (medeni kanun madde 1382) Devlet Şûrası ancak nafaka şeklinde malî neticeler husule getiren sıhriyet veya hısımlık rabitalarının mevcudiyetini şartı esasî olarak talep etmektedir. Binaenaleyh Devlet Şûrası ancak karı veya kocanın, neseben usul ve fûruun talebini is'af etmekte ve fakat civar hısımların, hatta birader ve hemşirelerinkini reddetmektedir. (Dev. Şûr. 12 Birinci Teş. 1930, Demoiselles Richter, Dalloz 1930. III. 71, not).

B) Bayındırlık (nafia) işlerinde husule gelen kazada kusur.

1° — *Daimî zararlar ve kazalar*. Bayındırlık işlerindeki mesuliyetin âmme hizmeti kusuru genel kategorisine bağlanıp bağlanmadığı noktasında müellifler mutabık değildirler. Profesör *Bonnard*'a göre "âmme işlerinde eşhasa veya eşyaya ika olunan zararlar idarî mesuliyetin genel kaidelerine tabi olup hizmet kusurundan mütevellit mesuliyet prensipi tatbik olunur; fakat 1919 danberi bu hususa hasar nazariyesi tatbik edilegelmekte idi., (25 Birinci Kânun 1929 tarihli Dev. Şûr. nın P. T. T. kararı altındaki not, *Sirey* 1929. III. 81). Profesör *Mestre*, eşyaya ika olunan zararda kusur unsurunun hiç bir tesiri olmadığı, fakat eşhasa ika olunan zararlar da ise ancak meslekî hasar nazariyesinin (théorie du risque professionnel) in tatbik olunmadığı hallerde bunun nazarı itibare alınacağını mütalâa etmektedir. (Tem. Mah. nin 27 İkinci Teş. 1928 tarihli Nis Tramvay Şirketi kararı altındaki not.) Fakat bilâkis *Appleton* (Traité, sah. 420 ve mü.) hizmet kusurundan mütevellit mesuliyetin şahıslara ika olunan zararlara tatbik olunacağını ve hatta bunun daha geniş bir surette de tatbik imkânı olduğunu kabul ediyor. (Dev. Şûr. nın 22 Mayıs 1930 tarihli *Radigois* kararı altındaki not. *Dalloz* 1930. III. 49). *Hauriou*, bayındırlık işlerinden husule gelip eşhas ve emvale zarar ika eden kazalardan mütehaddis davaların hadiselerine bağlanabileceğini ve mezkûr kazaların hadiselerden tecridi mümkün olmadığını mükemmelen görmüştür. (Precis, 11 inci basım sah. 761 ve 22 inci basım sah. 906). İctihadat ta bu merkezdedir. Binaenaleyh bayındırlık işlerinde bir tefrik yapmak lâzımdır: Birinci kategoriye hasar mefhumuna bağlayabileceğimiz *daimî zararlar* girer, ikinci kategori ise kusura bağlanan eşhas ve emvalin maruz bulunduğu *kazalardan* müteşekkildir. Binaenaleyh bu bir âmme işinden veya âmmenin istimalinden mütehaddis olup «âmme hizmeti kusuru»nun bir tatbikidir.

2° — *Kazanın manası nedir?* Bu mefhum, yine bayındırlık işlerinden husule gelip birinci kategoriye koyduğumuz ve hasar nazariyesine tabi olan daimî zararlara nisbetle tarif olunmalıdır. Zarar ekser ahvalde bayındırlık işinin mevcudiyetinden veya icrasından tefriki gayri kabil olup bir gayri menkulün kıymetinin tenakusuna sebep olan gayri tabii, anormal bir harekettir. Kaza ise bir şeyin menkul veya gayri menkul bütünlüğünün ansızın haleldar edilmesi ve bunun neticesi olarak yara veya tahribatın husule gelmesidir. Daimî zarar komşuluk mahzurlarının birinden doğup, kaza ile zarar ise nagihan, şiddetli ve beklenilmeyen bir hadiseden doğar. Daimî zarar yavaş yavaş husule gelir ve devamlıdır; meselâ bir kanal inşası yüzünden bir arazinin susuz kalması gibi (Dev. Şûr. Temmuz 1930, R. P. 707). Kaza ise birdenbire husule gelir ve devamlı olması da şart değildir: Bir otomobil üzerine bir ağaç yıkılıp onu tahrip eder; bir araba yol üzerinde yapılan inşaatı gösterir işaretlerin konulmamış olmasından dolayı parçalanır. Ekser ahvalde zarar, normal komşuluk mahzurları haricinde bir hakkın kullanılmasının neticesidir: Meselâ bir fabrikadan çıkan dumanlar; kaza ise bir hakkın, hatta suiüstimal edilen bir hakkın neticesi olmayup, müstakil bir sebepten husule gelir. Hulâsaten, daimî zarar bir bayındırlık işinden husule gelen ve şahıslar hariç, komşu bir gayri menkule iras olunan bir zarardır. Kaza ise hem eşhasa hem gayri menkullere arız olur. Binaenaleyh her biri için farklı kaideler tatbik edilecektir; normal şekilde zarar hasar nazariyesine (illiyet rabitası), kaza da kusur nazariyesine tabi olacaktır, diyeceğiz. Bu husus kabili izahtır: Daimî zarar bir bayındırlık işinin tabii neticesidir; kaza ise mahaza bayındırlık işinden husule gelmeyüp, kaynağı bayındırlık işinde olan nagihan bir hadiseden vücade gelmiştir. Şöyle ki, birinci hal için şu misali kaydedelim: Bir yolun irtifai yükseltiliyor ve bundan dolayı bir mağazanın giriş ve çıkışı güçleşiyor; burada yalnız hadisenin ispatı ile iktifa edilip kusuru aramağa hacet olmayacaktır. (Çünkü bu inşaat meşru, hatta elzem olabilir.) (Dev. Şûr. 19 Mart 1930, Deleval, R. p. 321); ikinci hal için de şu misali verebiliriz: Bir bayındırlık işinde bir inşaat hatası mevcuttur ve bakımsızlık yüzünden bir kazaya sebebiyet veriyor; ihmal veya bakımsızlık, mütaahhidin veya idarenin bir kusuru olduğuna delildir; bu kusur mühimce ve müddeinin kusuru ve mücbir sebep mevcut değilse tazminat hakkı mevcut olur. **Kaza kategorileri** bilhassa şunlardır: Bayındırlık işinin icrası sırasında tahaddüs eden kazalar, meselâ tarikiâmma terkedilmiş ve işareti mahsusa ile tenvir edil-

memiş malzemenin sebebiyet verdiği kazalar (Dev. Şûr. 19 İkinci Kânun 1921, *Gourdon*, R. p. 61); çürümüş bir borudan çıkan hava gazınının işial etmesile bir evin tahrip olmasını mucip olan kaza gibi (Dev. Şûr. 9 Haziran 1920, *C^{ie} Parisienne* R. P. 570); veya hut ikmal edilmiş bir bayındırlık işinin sebebiyet verdiği kazalar (inşaat kusuru gibi): meselâ fena yapılan bir yolun çökmesile bu yola dayanan bir seddin yıkılması (Dev. Şûr. 25 İkinci kânun 1928, *Marsilya şehri*, R. P. 119); bir ırmağın ceryanına sed çekme usulile civar arazi muhafaza edilmekte idi; mezkûr sed idare tarafından hiç bir veçhile bakılıp tamir edilmediğinden çöküyor ve civar arazi de hasara uğruyor (Dev. Şûr. 26 Birinci Kânun 1923, *Perpignan*, R. P. 8). Bayındırlık işlerinin ifa edilmemesinden mütevellit zararlardan hükümet mesuldür (Dev. Şûr. 24 Temmuz 1930 *Boursel*) Binaenaleyh, idare, idarenin mütaahhitleri ve mültezimleri, yukarıda işaret ettiğimiz ve kusurdan mütevellit kazalardan mes'uldürler ¹⁾.

3°— Kazadan mütevellit mesuliyette kusurun araştırılması.

Mahkemeler gayet ciddi bir tetkikte bulunurlar: Sırasile aşağıdaki hususları incelerler: a) zararın bizzat bayındırlık işine mi (travail) yoksa inşaata mı (ouvrage) isnat edilebileceği, b) tedbirlerin kat'iyen alınmamış veya alınmakta ihmal edilmiş olması hususu. Aksi halde mesuliyet bahsa mevzu olamaz. Hakim *afaki kusuru* araştırır, yani, *kast ve niyete bakmadan* yapılmış olanla yapılması icabedeni mukayese eder. Yukarıda işaret ettiğimiz muhakim kararlarına yalnız şunları ilâve edelim:

(Dev. Şûr. 5 Mayıs 1933, *Levy*, D. H. 1933 sah. 344): Tarikiâm kenarında bulunan bir ağaç bir şahsın evi üzerine yıkılıp evin çökmesine sebep oluyor. Devlet Şûrası yalnız yıkılma hadisesini nazarı itibara almayıp bunun neden husule geldiğini araştırıyor: "Âmme şahısları ezcümle bayındırlık işlerinin bakımsızlığından mütevellit zararlardan mesul oldukları göz önünde bulundurulacak olursa ve bu itibarla inşaatın normal bir şekilde bakılması ve tamir edilmesi lâzım olup mahiyetine göre halkın ondan istifade etmesini temin de icabedeceğinden, bay Levynin evi üzerine yıkılan ağacın bir kaç sene evvel yolun tamirâtı hasebile kesilen köklerinden ileri geldiği ve bu ameliyeden sonra ağacın mukavemeti kalmayacağı

¹⁾ Kazaya sebebiyet veren hadiselerin cezayı müstelzim bir cürüm teşkil edip salâhiyet hususunda bir çok ihtilâflara sebebiyet veren meseleyi bahsimize hariç bırakıyoruz.

evelden kabili takdir olduğu ve idarenin ağacın yıkılmasından melhuz olan zararları önlemek için hiç bir tedbir almamış olması mesuliyetini müstelzim bir bakımsızlık hatası teşkil eder.,

Bir su borusu bir çok evlerin tahtelzeminini tahrip etmiş olduğundan mal sahipleri belediye aleyhinde dava ikame etmişlerdi. Devlet Şûrası, zararın, mezkûr binaların altında yapılan su kanalizasyonunun bozulmasından ileri geldiğine hükmetmiş ve bu bapta ehli vukufun mütalaası da kullanılan boruların adı cinsten ve kâfi derecede derinden geçirilmemiş olduğu bu hükmü teyit ettiğinden belediye mahkûm edilmişti (Dev. Şûr. 27 Temmuz 1902, Ville d' Amiens, R. P. 488).

4°. — *İdarenin ademi mes'uliyetini mucip haller.*

İdarenin mes'uliyetini kaldıran iki sebep vardır :

- a) Zarar görenin veya üçüncü şahsın kusuru;
- b) Mücbir sebep (force majeure) ve teemmül edilmeyen hadise (kaza = cas fortuit).

a) *Zarar görenin kusuru:*

Zarar gören kimsenin vaziyeti kazanın vukuuna sebebiyet verip vermediğini veya bu kimsenin hareketi ile idarenin nakıs faaliyetinin aynı zamanda mevcut olduğunu ve bunun ne nisbette olduğunu hâkim araştırmakla mükelleftir.

Meselâ, şahsa karşı vukubulan kazalarda hâkim tedbirsizliğin mevcut olup olmadığını araştırır. Bu nokta Montségur nahiyesi meselesinde mevzuubahs edilmişti (çocukların asıldıkları bir fişkiyenin kopması).

Tamir veya inşa edilmekte olan bir yolun seyrüsefer hususunda arzettiği tehlekeyi işaret eden yazıları nazarı itibara almadan yolu kateden bir yolcunun kazaya uğraması tazminatı müstelzim değildir. (Vaille, Dev. Şûr. 19 İkinci Teş. 1924, R. p. 913).

Vapurların geçebilmesi için müteharrik bir köprünün harekete getirildiği ande, köprünün başında durmakta olan bir kızcağızın ayağı köprünün ayağı ile hareket eden kısmı arasında sıkışmıştı. Köprünün iyi işlemesi ve yolcuların korunması için memurların bilûmum nizamî tedbirlere riayet etmiş olduklarına kanaat getiren Devlet Şûrası, burada sırf zarar görenin kusuru olduğu mülâhazasile, Devletin ilzam edilemeyeceğine karar verdi (Bayındırlık bakanlığı 28 İkinci Kânun 1914, R. p. 96).

Bir gemi, nehrin dibinde bulunan bir maniaya çarparak hasara

uğruyor; fakat su derinliğinin azamî haddinden nizamî yirmi santimetre fazla olduğu tebeyyün etmişti (Dev. Şûr. 5 Temmuz 1918, *Caillaux vs Delaporte*, R. p. 673).

Zarar görenin kusuru kazanın vukuuna ancak kısmen tesir edebilir. Bu husus için bakınız: (Dev. Şûr. 11 Nisan 1924, Bayındırlık Bakanlığı R. p. 400.)

Müşterek kusur inşaat sahibini mes'uliyetten kurtarabilir. Sıfatı resmîyeyi haiz bir zatın ziyareti dolayısıyla toplanmış olan mektep talebeleri, müşarünileyhi teşyi ve alkışlamak maksadile hep birden bahçenin parmaklığına hücum etmişlerdi. Demirlere asılmış olan talebelerin sikletine dayanamıyan parmaklık çökmüş ve bir talebe ezilmişti. Ebeveyni belediyeye karşı dava ikame etmişlerse de Devlet Şûrası taleplerini reddetmişti, çünkü normal şekilde tahsis edildiği işe göre parmaklığın mukavemeti pek çoktu; kaza ancak talebelerin müşterek kusurundan vukua gelmişti (*Carabelli* Dev. Şûr. 11 Temmuz 1924, R. p. 681).

b) *Mücbir sebep* (force majeure) ve *teemmül edilmeyen hadise* (kaza = Cas fortuit).

1 — Şayet zarar mücbir sebepten ileri geliyorsa idarenin mesuliyeti ortadan kalkar. Her ne kadar yardım, veya ihtiyarî tazminatta bulunulabilirse de hiç bir zaman bir hak mevzu bahs olmaz.

Mücbir sebep, tabii olsun olmasın mukavemet edilemez bir kuvvettir. Meselâ, çok mühim su basması (Devlet Şûrası 28 ikinci teşrin 1923 Bayındırlık Bakanlığı R. p. 79; 27 ikinci teşrin 1929 *Nerres* şehri R. p. 1037.); şiddetli bir fırtına gibi (Devlet Şûrası 31 ikinci kânun 1930 Bayındırlık Bakanlığı R. p. 135)

Fakat idarenin faaliyete geçmemesi veya beceriksiz hareket etmesi mücbir sebebin doğurduğu neticeleri ağırlaştırmış ise, bu yüzden mesul olabilir. (Devlet Şûrası 26 şubat 1909 Şarkî Pireneler Vilâyeti R. p. 220)

2 — Mücbir sebeple teemmül edilmeyen hadiseyi (kaza)yı birbirinden ayırt etmek gerek midir?

Hauri-on (léna patlaması vesilesile) bunun icap ettiğini iddia ederek şu tarzda bir lisan kullanmıştır: (Devlet Şûrasının 10 mayıs 1912 tarihli kararı altındaki not, Sirey 1912. III. 161, *Ambrosini*) «teemmül edilmeyen hadise, (ismile müsemma olduğu gibi) insanlarca evelden keşif ve tahmini mümkün olmıyan bir hadisedir fakat bizzat teşebbüsün veya hizmetin faaliyetine bağlanan bir hadise;

meselâ, bir madende çıkan grizonun ateş alıp patlaması gibi; mücbir sebep de evvelden keşif ve tahmini mümkün olmayan bir hadisedir, fakat fazla olarak teşebbüs veya hizmete hariç bir hadisedir; meselâ bir yer depremesi (zelzele), su basması, hortum, iç savaş, yabancı hücumu gibi hadiseler birer mücbir sebeptir. Tahlili daha ileri götürelim: Mücbir sebep halinde teşebbüs veya hizmetin katiyen zatî bir kusuru bahsa mevzuu olamaz, çünkü hiç bir veçh ile hadise bunlardan birine bağlı olmayacaktır. Meselâ hiç bir endüstri sahibi bir yer depremesini ve bir hortumu evvelden keşfedip onu önleyemez ve keşfedip önlemesi de kabil değildir. Bilâkis teemmül edilmeyen hadiseye gelince, pratik bir şekilde kazanın evvelden keşfedilip önlemek imkânı halen mevcut değilse de teorik bir surette bunlar mevcut olup tekniğin her zaman mümkün olan tekâmülüne tabidir. Meselâ, bugün bir madende çıkan grizonun patlamasını önlemek kabil değilse de, bir gün bunun kabil olacağı imkân dahilinde görünmektedir.

“Hülâsa, mücbir sebep mefhumunda mutlak bir vasıf vardır, ve beşeri, kuvvetlerin üstündeki hadiseler her zaman mevcut olacaktır; bilâkis teemmül edilmeyen hadise mefhumu ise nisbî bir vasfa maliktir ve burada ancak muvakkat bir zaman için beşerî kuvvetlerin üstündeki hadiseler bahsa mevzu olup bilâhara tekniğin ve icatların tekâmülü ile bunların da önüne geçilebilecektir... Bu nokta tesbit edildikten sonra lëna patlaması hangi kategoriye idhal edilmelidir? İkincisine idhal edilmesi makul gibi görünüyor: Burada teemmül edilmeyen bir hadise mevcut olup mücbir sebep yoktur. Burada ne bir yer depremesi, ne şiddetli ve anî bir su cereyanı, ne de bir hortum mevcuttu, burada gemiye hariç hiç bir şey yoktu. Bilâkis bu patlama sebebi (neden ileri geldiği şayanı ehemmiyet değildir) gemiye dahildir. Hizmetlerin birinde bir eksiklik olmuştur, ya kontrol servisine, ya tekniğe ait bir eksiklik, fakat öyle bir eksiklik ki onu tamamen tayin etmek imkânsız olduğu gibi halen de bir devası mevcut olup olmadığı malûm olmayan bir eksiklik; bunun içindir ki bu hadiseyi mücbir sebep diye tavsif ediyorlardı. *Hakikatta, tayini imkânsız bir hizmet kusuru mevcuttu.* İşte Ambrosini kararı da aynen bu fikri beyan ediyor, fakat şu farkla ki sehven “teemmül edilmeyen hadise, tabiri yerine “mücbir sebep, tabirini kullanıyor. Fakat hadisat fikrimizi teyit etmekte geçikmedi ve mücbir sebebin arkasında tekniğin tekâmülü ile önüne geçilmesi kabil olan bir hizmet kusurunun mevcut olduğunu isbat etti. Uzun zamandanberi tehlike arz eden kirişler imal edilmesini bahriyeye

müsaade etmekle Devlet bir kusurda bulunmuştur (bir hizmet kusuru mevcuttur) ve o kadar ki kendisine mükerreren ihbaratta da bulunulmuştur. Binaenaleyh teemmül edilmeyen hadise, tecahül eden, kendini tanımayan bir hizmet kusurudur.

“Fakat buradan, Devlet Şûrasının teemmül edilmeyen hadisenin doğurduğu zararı tazmin hususunda vâki olacak talebi kabul ve bilâkis mücbir sebenden doğan zararın tazmini hususundaki talebi de reddetmesi icabettiği neticesimi çıkarılacaktır? Hayır. Devlet Şûrası ancak tayin ve tesbit edilen hizmet kusuru hususunda Devleti mahkûm edebilir ve meselemizde, gemilerde vukubulan patlamalar hakkında henüz kâfi derece malûmat bulunmadığından, vâki olan tazminat talebini reddetmekle makul surette hareket etmiştir. Teemmül edilmeyen hadise değişen bir sınırdır, fakat bir sınırdır, çünkü kazalardan doğan idarî mes'uliyet kusura bağlı bir mes'uliyet olup meslekî hasara, (risque professionnel)e bağlı bir mes'uliyet değildir. Ve, iş kazaları münasebetile yukarıda işaret etmiş olduğumuz veçhile, kaza, meslekî hasar nazariyesinde teemmül edilmeyen bir hadise, kusur nazariyesinde ise bil'akis bir kusurdur. Ve bu itibarla ancak kazada kusur olduğunu zaman tazminatı müstelzimidir. „

Binaenaleyh Hauriou mücbir sebeple teemmül edilmeyen hadiseyi birbirinden ayırt ediyor ve yalnız bu son ismi geçenin idareyi ilzam edeceğini kabul ediyordu. Fakat bu mütalaa muhakim icthadati tarafından takib edilmedi ve mücbir sebeple teemmül edilmeyen hadise ayırt edilmeksizin *kal'iyen bir kusur tespit edilemeyip* zarar, önlenmesi imkânsız bir kuvvetten husule gelmişse, idarenin hiç bir suretle ilzam edilmesi caiz olmadığı kabul edildi.

Mahaza 25 İkinci kânun 1929 tarihli bir karar mühim bir mesele ortaya attı (*Gaz de Beauvais* ye karşı *P. T. T.*, Sirey 1929. III. 18, not Bonnard). Bonnard bu kararı mücbir sebeple teemmül edilmeyen hadiseyi kabul etmiş addediyor ve o suretle tefsir ediyor. Ona göre *meçhul bir sebep* teemmül edilmeyen bir hadisedir ve tazminatı muciptir. Burada bahsa mevzu olan mesele, bir elektrik telinin kopmasından husule gelen bir yangındır. Telin ne suretle koptuğu hiç bir türlü kestirilemedi; ne kumpanyaya atfı mümkün bir fiil, ne de bir mücbir sebep mevcuttu; tel “meçhul bir sebep„ten dolayı kopmuştu. Kumpanya, yangının husule getirdiği zararları tazmine mahkûm oldu. Bu kararın kusura dayanan bir mes'uliyet değil de, hasara dayanan bir mes'uliyeti kabul ettiğini iddia etmek doğrumudur? Buna benzer bir hadise de (telgraf tellerinin kopması

bir kimseyi yaralamıştı) Devlet Şûrası bu kopmanın sebebinin ya bakımsızlığa, ya telin ademi mukavemetine, yani bir hizmet kusuruna, atfedilmesinin icap ettiğini beyan etmişti (Dev. Şûr. 11 Haziran 1913. *Nicolas*, R. p. 653); yüksek mahkeme kusurun mevcudiyetini farzetmişti. Zira mukavim ve muayene edilmiş bir telin kopmaması lâzımdı. Binaenaleyh "şeyin aybına,, dayanıp mücbir sebebi nazarı itibara almiyordu. Devlet Şûrasının da yukarıda ismi geçen P. T. T. kararı ile aynı suretle hareket ettiği söylenebilir. Bu meçhul sebep teemmül edilmeyen bir hadise değil fakat şeyin aybı, yani bir hasar değil bir kusurdu. Bunun içindir ki Devlet Şûrasının ictihadı hattı hareketini değiştirmiş gibi görünmez. Teemmül edilmeyen hadise mes'uliyeti bertaraf eder ve mes'uliyet mevzuubahs edilince teemmül edilmeyen hadise değil kusurun göz önünde bulundurulduğu tezahür eder.

5° — *Tazminatı kim yüklenecektir?*

Bayındırlık işlerinin idare tarafından veyahut başka kimseler tarafından yapılıp mürakabe edilmiş olmasına göre ayırt etmek icap eder.

a) *Reji halinde.* Bu vaziyette, şayet bayındırlık işinin icrası bahsa mevzu ise, işi icra eden idarî şahsa karşı dava ikame edilir. Şayet iş icra edilmiş de bir inşaat kusuru bahsa mevzu ise, bu halde inşaat sahibi mes'ul olacaktır (fakat inşaatı kendisi icra etmemiş ise üçüncü şahsa karşı rücu hakkı mahfuzdur); şayet zarar inşaatın bakımsızlığından husule gelmişse, mes'ul olan manevî şahıs, mezkûr inşaatın bakımına memur edilen şahıstır (meselâ köyleri birbirine bağlayan yollar "chemins vicinaux,, nahiyelere aittir fakat mezkûr yolların bakım vazifesi vilâyete verilmiştir "service vicinal départemental,,) fakat bu şahıs da icabı hale göre üçüncü şahıslara rücu edebilir.

b) *İhale tarikile işletme halinde.* Malûmdur ki buradaki mukavele medenî hukuka göre bir mukavele olmayıp kendisinin has kaideleri olan ve bir teşriki mesaiden doğan bir âmmе hukuku mukavelesidir. Binaenaleyh genel şartnamelere uymak icabedecektir. Müteahhit muayyen bir idarî mürakabeye tâbidir; bu mürakabe idare mühendisleri tarafından icra olunur. Bunun içindir ki mezkûr mühendisler bazı teknik kaidelerin tatbik edilmesine müteahhidi icbar

edebilirler. Muhakim içtihadına göre, işin kat'ı teslim ve kabulüne kadar zarar gören kimse müteahhidin şahsî kusuru olduğuna kanaati varsa ona müracaat edecektir. (Dev. Şûr. 11 İkinci Kân. 1922, Demoiselle Dupuis, R. p. 27) veyahut idarenin ve müteahhidin işin icrasında müşterek kusurları olduğu tebeyyün ederse her ikisine karşı dava ikame edilebilecektir. (Dev. Şûr. 1 mart 1922, Gunnier). Fakat Devlet Şûrası her halde doğrudan doğruya idareye müracaat olunabileceğini kabul ediyor (Dev. Şûr. 20 mart 1926, E. 322 Bernard). Çünkü mukaveleye hariç olan üçüncü şahıslara karşı, şartname ahkâmı mevzuubahsedilemeyeceği gibi, mezkûr şartname kazadan mutazarrır olduklarını iddia edenlerin de idareden tazminat tâlep etmelerine engel olamaz. «Müteahhidin malî aczini idare yüklenir. Bundan sonra, tazminatın idare ile müteahhit arasında taksimi şartnameye göre yapılacaktır. Aralarında ihtilâf çıkarsa ehli vukuf kusuru tayin edecek hakim de takdir eyliyecektir. Her halde zarar gören kimse idareyi mesul tutabilecektir.»

Malûmdur ki ihale olunan işin icrasını müteakip muvakkat bir teslim ve kabul vaki olur (umumiyetle müteahhit altı aylık bir garanti, bir tekeffül müddeti zarfında işin doğurabileceği kazalardan mesul olacak ve mezkûr işin bakımını da üstüne alacaktır); bundan sonradır ki kat'ı teslim ve kabul vaki olur; ve artık mesul olan sadece idaredir çünkü bu kabul muamelesi, işi yapan müteahhidi ve işi idare ve mürakabe eden mühendisi herhangi bir ayıp ve fena yapıştan kurtarır; bunlar ancak işin ana kısmına taalluk eden ve binanın mukavemetini azaltacak olan mühim ayıplardan dolayı mesul kalırlar. (Châlons - sur - Marne Vilâyetler arası meclisi 6 Şubat 1932, D. H. 1932 sah. 176). Mamafih müteahhit yapmış olduğu işde bilâhara zuhur edecek ayıplardan on sene müddetle mesuldür; şayet bu müddet zarfında birisi mutazarrır olup idarede mahkûm edilmiş ise idare müteahhide rücu edebilecektir.

c) *İmtiyaz halinde*. Şayet bayındırlık işlerinin icra veya âmme hizmetinin işletme imtiyazı bir şahsa verilmiş ise, tazminat davası mültezime karşı ikame olunur; mültezim de icabı hale göre ya idareye falan şeyin yapılmasını emrettiğinden dolayı veya müteahhide kendisine havale olunan falan işi ayıplı yapmış olması sebebiyle rücu edebilecektir. Malî acizde bulunan mültezimin yerine idarenin tediye bulunması kabul edilmektedir. (Dev. Şûr. 23 mayıs 1913, Madron): Tariki âmde gayri kâfi bir derinliğe vazolunan hava gazı borularının patlaması ile çıkan gazların yayılmasını kolaylaş-

tıran arazın dayanıksızlığı bir kazaya sebebiyet vermişti. Hava gazı yollarının bakımına memur edilen imtiyazlı şirket bu kazadan dolayı mesul addedilip mahkûm edilmişti.

CHARLES CROZAT

*İstanbul Üniversitesi Âme Hukuku
Ord. Profesörü*

(Türkçeye çeviren :

FERİT H. SAYMEN

Medenî Hukuk Asistanı)

