

YOKLUKLA MALÛL İDARİ KARARLARDAN DOLAYI İDARENİN MALİ MESULİYETİ MESELESİ

Doçent Ragıp SARICA

Bu yazımızda idarece müttehaz idarî bir kararın yokluk sebeplerinden herhangi birile malûl bulunması halinde idare aleyhine bir tam kaza, tazminat davası açılıp açılmıyacağını araştırmak istiyoruz.

Bilindiği üzere bir kararın mevzuata, hukuka aykırılığı, bazan, iptalden daha mühim ve ağır olabilir. Şöyle ki, bazı hallerde, aykırılık bir iptal sebebi teşkil edecek yerde kararın yokluğunu mucip olur. Aykırılık çok ağır ve önemli olduğundan karar yok, gayri mevcut, keenlemyekûn sayılır [1].

İşte idarî bir kararın mevzuata aykırılığı bir yokluk sebebi teşkil ettiği hallerde mezkûr kararın tatbik ve icrasından herhangi bir hakkın muhtel olması veya zararın husule gelmesi halinde idare aleyhine bir tam kaza, tazminat davası açılıp açılmıyacağı cayi sualdir.

Aşikârdır ki bu suale —biri m e n f î, diğeri m ü s b e t olmak üzere— iki yolda cevap verilebilir.

A — Gerçekten bu suale m e n f î cevap verilebilir ve denebilir ki: «Bir kararın yoklukla malûl olması halinde karar yok farzolunduğuna, yani ortada bir karar mevcut olmadığına göre bunun, tabiatıyla, idareye isnat ve izafesi de mümkün değildir. Bir kelime ile bunu idarî bir karar saymağa imkân yoktur. Yoklukla malûl bir kararı idarî bir karar telâkki etmediğimize nazaran da; bu gibi bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine bir tam kaza dâvası açılmasına cevaz veremeyiz.

Hakikaten yokluk halinde kararın idareye isnat olunamıyacağını söylüyoruz. Öyle ise idareye isnat ve izafesi mümkün olmıyan bir karardan dolayı idareyi mesul tutamayız. İdarî bir mahiyet tanımadığımız bir karardan ötürü idarenin mesuliyetini kabul edemeyiz.

Yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrası: fiilî bir vaziyettir. Yani bu gibi bir kararı ittihaz veya icra eden ajan veya memura ait ve izafesi gereken haksız bir fiil veya hattâ suçtan başka bir şey değildir. Bu itibarla yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrası idarenin mesuliyetini

[1] Bu hususta tafsilât isteyenler «İdare hukukunda yokluk ve butlan» adlı yazımıza bakabilirler.

intaç edecek yerde sadece idare ajan ve memurunun şahsî mesuliyetini müeddi olabilir. Elhasıl yokluk halinde idare aleyhine herhangi bir dava açılması imkânsızdır.»

Nitekim Fransız müelliflerinden J. de Soto bu fikirdedir.

Gerçekten, bu meseleye istitraden temas eden müellif, yoklukla malûl bulunan idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı bir tazminat meselesi bahse mevzu olduğu takdirde ancak ajan veya memurun mesuliyeti cihetine gidilebileceğini söylüyor [2].

B — Bilâkis yukarıdaki suale m ü s b e t c e v a p verilebilir ve denebilir ki: «Yoklukla malûl bir kararın hukukan mevcut sayılmaması, idareye isnat ve izafe olunmaması, idarî bir mahiyeti haiz olmaması başka bir meseledir. Yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından herhangi bir hakkın muhtel olması, zararın husule gelmesi halinde bundan idarenin mesul tutulması ise başka bir meseledir. Birinci mesele: bir kararın *isnadı* meselesidir. İkinci mesele: *mesuliyete* müteallik bir meseledir. Bu iki mesele arasında zarurî bir münasebet, tabiiyet ve ayniyet mevcut değildir.

Bu itibarla yoklukla malûl bir kararı idareye isnat ve izafe etmediğimiz halde; bu kararın tatbik ve icrasından dolayı idareyi pek âlâ mesul tutabiliriz. Kısaca yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından ötürü idare aleyhine bir dava açılmasına cevaz verebiliriz.»

Aşikârdır ki bu gibi bir hal sureti kabul edildiği takdirde de ayrı iki tez dermeyan edilebilir. Şöyle ki:

I. Yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı hakkın tamiri, zararın tazmini zımında idare aleyhine açılmasına cevaz verdiğimiz davanın ya *idarî mahkemelerde* ikamesi lâzım geldiğini iddia edebiliriz.

II. Veya bu davanın idarî mahkemelerde değil de *adlî mahkemelerde* açılması gerektiğini ileri sürebiliriz.

I — Gerçekten yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine açılan tam kaza, tazminat davasının *idarî mahkemelerde* açılması lâzım geldiği iddia olunabilir. Nitekim Fransız müelliflerinden P. Couzinet bu gibi bir dâvanın idarî mahkemeye ait olduğunu; zira bu davanın alelâde bir tam kaza davası olduğunu; bu itibarla ancak idarî mahkemenin bu davayı tetkik ve rüyet edebileceğini iddia eylemektedir.

[2] Soto, La nullité des actes administratifs 1942 sah. 65 paragraf 4.

Gerçekten «La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs» adlı eserinde Fransız doktrininde «voie de fait» tesmiye olunan ve «fiili vaziyet» diye tercüme edebileceğimiz hallerin mümeyyiz vasıflarını araştıran müellif «bu (fiili vaziyet) tâbiriyle doktrin acaba ne kastediyor? Bundan ne anlıyor?» sorulini vazediyor. Ve cevaben diyor ki: «Bu tâbirle, doktrin bir idare ajan ve memurunun, bir âmme hizmetinin ifası zımında idare nam ve hesabına yaptığı hukukî veya maddî herhangi bir tasarrufun çok ağır ve önemli bir aykırılıkla malûl bulunduğunu anlatmak istiyor. Böyle olunca da mezkûr tasarrufun idarî faaliyet dışında kalmağa mahkûm olduğunu; başka bir söyleyişle bu gibi bir tasarrufun artık idarî mahiyetini kaybettiğini iddia ediyor» [3].

Couzinet «fiili vaziyet» tâbirinin mânasını ve medlûlünü böylece tesbit ettikten sonra; ne gibi aykırılıkların ağır ve önemli sayıldığını; diğer bir ifade ile hangi aykırılıkların bir fiili vaziyet teşkil ettiğini araştırıyor.

Diyor ki: «Ajan ve memur tarafından yapılan hukukî veya maddî tasarrufun fiili bir vaziyet sayıldığı haller doktrine göre ikidir. Şöyle ki: Bir kere tasarrufu yapan ajan ve memurun yalnız kendi salâhiyeti dışına çıkmayıp, bizzat idarenin fonksiyon ve salâhiyetine tecavüz etmesi; yani hiç bir idarî makamın kanunen, hukukan yapmağa hiç bir suretle salâhiyeti olmadığı bir tasarrufu yapması: bir fiili vaziyet teşkil ettiği gibi.

Saniyen tasarrufu yapan ajan ve memurun, kanunen takibi gereken herhangi bir usul ve şekli tamamen ihmal etmesi; yani bir tasarruf yapılırken riayeti gereken usul ve formaliteleri hiç nazara almaması; bunlardan hiç birine uymaması da: yine fiili bir vaziyettir» [4].

Müellif, klâsik doktrine göre yokluk (inexistence) halinin de fiili bir vaziyetten başka bir şey olmadığını ilâve ediyor [5]. Yani yoklukla malûl, keenlemyekûn idarî bir kararın da —idare fonksiyonuna yabancı olmak itibariyle— idareye isnat olunmadığını, bir kelime ile bu kararın idarî mahiyetini kaybettiğini kaydediyor.

Couzinet, fiili vaziyetin ve bu meyanda yokluk halinin doktrin bakımından karakterlerini ve şartlarını bu suretle tesbit ettikten sonra; bizim meşgul olduğumuz meseleye de temas ediyor. Yani fiili vaziyetlerde ve yokluk hallerinde sübjektif bir hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan bir şahsın bundan ötürü idare aleyhine bir dava açıp açamayacağını araştırıyor. İdare aleyhine dava açılabilirliğini kabul eden müellif diyor ki:

[3] Sah. 119.

[4] Sah. 119 - 122 ve 217 - 218.

[5] Sah. 341 Not 58.

-Klâsik doktrine göre fiili vaziyetler —ve tabiatıyla bu arada yokluk halleri— idareye isnat olunmadığına ve idarî bir mahiyeti haiz bulunmadığına nazaran bu gibi vaziyet ve hallerden mütevellit davaların tetkik ve rüyeti de artık idarî mahkemelere ait olmayıp; adli mahkemelerin vazife ve salâhiyetine dahil addolunuyor.

Gerçekten Fransız doktrini bir idare ajan ve memuru tarafından yapılan tasarruf idarî bir mahiyet arzettiği takdirde bu tasarrufa müteallik herhangi bir ihtilâfı ve bunun gibi bu tasarrufun netaiç ve avakıbına ait herhangi bir davayı ancak idarî mahkemelerin tetkik edebileceğini kabul etme'le beraber; idarî mahiyetini kaybeden hukukî veya maddî bir tasarruftan mütevellit herhangi bir davayı idarî mahkemelerin tetkike salâhiyettar olmadıklarını; bu gibi bir davanın ancak adli mahkemeler tarafından tetkik ve hallolunabileceğini iddia etmektedir. Çünkü —bu doktrine göre— adli mahkemelerle idarî mahkemelerin ayrılığı esasını vazeden kanunlar, adli mahkemelerin sadece (idarî tasarruflar) dan mütevellit ihtilâfları tetkik etmelerini meneylemektedir. Halbuki —evvelce işaret olunduğu üzere— fiili vaziyetlerde ve bu arada yokluk hallerinde, doktrin tasarrufun idarî mahiyetini kaybettiğini, yani bu tasarrufun idarî bir tasarruf olmadığını, bir kelime ile ortada esasen idarî bir tasarruf bulunmadığını kabul etmektedir. Binaberin bu gibi bir tasarruftan çıkan ihtilâfların da artık idarî mahkemeler tarafından tetkikine lüzum ve imkân kalmamaktadır. Bu gibi bir tasarrufun sebebiyet verdiği davanın tetkiki adliye mahkemelerine ait bulunmaktadır» [6].

Müellifin işaret ettiği veçhile, bu mebdeden hareket eden Fransız doktrinine göre fiili vaziyetlerde ve yokluk hallerinde ajan veya memur aleyhine adli mahkemede herhangi bir dava açılabilirdiği gibi; idare aleyhine de herhangi bir davanın açılması bahse mevzu olduğu takdirde bunun da yine adliye mahkemelerinde ikamesine lüzum vardır. Ezcümle yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan şahsın idare aleyhine bir tazminat davası veya sair herhangi bir dava açmak istemesi halinde bu davayı behemehal adli mahkemede ikamesi gerekir.

Fransız doktrininin noktai nazarını böylece nakleden Couzinet, bu görüş tarzına katiyen iştirak etmediğini; bilâkis tamamen muhalif olduğunu gizlemiyor.

Gerçekten müellif, yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı hakkı muhtel olan, zarara uğrayan alâkadar için —hâdisede ajan

ve memurun şahsî bir kusur işlediği sabit olduğu takdirde [7]— sadece

[7] Anlaşıyor ki müellife göre yoklukla malûl bir kararın ittihaz veya tatbiki bazan sadece ajan ve memura atf ve izafesi gereken bir şahsî kusur teşkil edebilir. Hiç şüphe yok ki bu takdirde bunun mesuliyeti de ancak bu gibi bir kararı ittihaz veya tatbik etmekle şahsî bir kusur işliyen ajan ve memura terettüp eder. Başka bir söyleyişle bundan idareyi mesul tutmağa imkân yoktur.

Meselâ bir nazırın veya valinin, bir vatandaşın —yani bir Fransızın— hudut haricine çıkarılması hakkında bir karar ittihaz ettiğini farzedelim. Aynı zamanda nazır veya valinin bu gibi bir kararı sırf bu şahıs hakkında beslemekte olduğu kin, garaz gibi kötü bir hissi tatmin maksadıyla aldığı düşünelim.

Şüphe yok ki bu kararı keenlemeyekün, gayri mevcut, yok addetmek lâzımdır. Zira Fransız mevzuatına ve hukukuna göre idarenin, vatandaşları hudut harici etmeğe asla salâhiyeti yoktur. Yani hiç bir idare makamı bir vatandaş hakkında bu gibi bir karar almağa salâhiyetli değildir, Fransız sisteminde idare ancak ecnebler hakkında bu gibi bir salâhiyetli halzdir. Ancak yabancılar hakkında bu gibi bir karar alabilir. Yoksa vatandaşlar hakkında bu gibi bir salâhiyete hiç bir suretle malik değildir. Görülüyor ki bir vatandaş, yani bir Fransız hakkında alınan bu yolda bir karar idare fonksiyonuna tamamen yabancı, idarenin halz olduğu salâhiyetler dışında bir tasarruftur. Bu itibarla karar idarî bir mahiyeti halz değildir. Zâhiren idare nam ve hesabına ve bir idare ajan ve memuru tarafından ittihaz olunduğu halde bu kararı idareye isnat mümkün değildir. Bir kelime ile karar —idare fonksiyonuna ve idarî makamların salâhiyetine tamamen yabancı bir tasarruf olmak itibarile— keenlemeyekündür, gayri mevcuttur, yoktur.

Aynı zamanda —faraziyemize göre— ajan, memur bu gibi bir kararı sırf şahsî bir maksatla —yani kin ve garaz hissini tatmin gayesiyle— ittihaz etmiştir. Halbuki —idare hukuku esaslarına göre— bir ajan ve memurun idarî bir gaye ile, yani idare menfaatine ve âmme hizmeti nefine olarak değil de; sırf şahsî bir maksatla, ezcümle kin, garaz, düşmanlık... gibi kötü bir gaye ile hareketi şahsî bir kusur teşkil eder. Şu halde, hâdisemizde, bir vatandaş hakkında tamamen kin, garaz, düşmanlık hislerini tatmin gibi şahsî ve kötü bir maksatla ittihaz olunan bu ihraç kararının tatbik ve icrası doğrudan doğruya nazır veya valiye isnadı gereken şahsî bir kusurdan başka bir şey değildir. Binnetice bundan ancak nazır veya vali şahsen mesul olup; bundan idareye bir gûna mesuliyet terettüp edemez. Elhasıl hâdisede yoklukla malûl kararın ittihaz veya tatbiki ancak ajan ve memur aleyhine adil mahkemede her hangi bir dâvaya sebebiyet verebilir. Yoksa bundan ötürü idare aleyhine hiç bir dâva ikame olunamaz.

Bunun gibi meselâ bir valinin, her hangi bir şahsa ait hususî bir arsanın muvakkaten işgali hakkında bir karar ittihaz ettiğini tasavvur edelim. Lâkin bu gibi bir kararın ittihazi için kanunen takibi lâzım gelen formaliteleri tamamen ihmal

bu kararı ittihaz veya tatbik eden ajan ve memur aleyhine adli mahkemede her hangi bir dâva açmak imkânı mevcut olduğu gibi; ajan ve memurun, kararı ittihaz veya tatbik etmekle, şahsî bir kusur işlemediği sabit olduğu takdirde [8] —bu karar, idare nam ve hesabına ve idarî bir gaye

ettiğini düşünelim. Yani bu gibi bir karar ittihaz edilirken riayeti gereken şekil ve prosedürü hiç bir suretle nazara almadığını, bunlardan hiç birine uymadığını farzedelim.

Gerçekten muvakkat işgal hakkında hâlâ mer'î 29/12/1892 tarihli kanuna göre bu gibi bir karar alınırken işgal edilecek olan arazi parsellerinin, alâkadar dinlenmek suretiyle tespiti ve kararda da ayrıca tasrihi; yine kararda işgal edilecek arazinin istimal ve istifade suretinin tayini, meselâ depo olarak kullanılacağı, hafriyat yapılacağı, sadece mürur için istimal olunacağı... hususlarının zikri; keza işgal müddetinin gösterilmesi gerektir. Bunun gibi vali tarafından müttehaz bu kararın bir suretinin belediye reisine ve onun delâletiyle de arsa sahibine tebliği şarttır, nihayet bir suretin de arsanın zilyedine tebliği zarurîdir.

İşte valinin bu usul ve formaliteleri tamamen ihmal etmek suretiyle, yani bu prosedür ve şartlardan hiç birine riayet etmeksizin —yani kararda parselleri tayin ve tasrih, istimal ve istifade suretini tayin, müddet zikrelemeksizin ve ne belediye reisine, ne de alâkadarlara tebligatta bulunmaksızın— bir arsanın muvakkaten işgali hakkında karar ittihaz ettiğini bir faraziye olarak kabul edelim.

Aynı zamanda valinin, bu gibi bir kararı idarî bir gaye ile değil; sırf şahsî ve kötü bir maksatla, bilfarz ötedenberi sevmediği bu kimseyi iz'âç etmek veya talibi çıkan bu arsanın satılmasına mâni olmak ve böylelikle onun yerine, iltimas etmek istediği, başka bir kimseye ait arsanın satılmasını temin eylemek kaygusuyla ittihaz ettiğini düşünelim.

Âşikârdır ki bu gibi bir karar —kanunen takibi gereken usul ve şekil tamamen ihmal olduğundan ötürü— idarî mahiyetini kaybetmiştir. Yani idareye isnat ve izafe olunamaz. Kısaca bu karar keenlemyekûn, gayri mevcut, yok sayılır.

Yine zâhirdir ki bu gibi bir kararın ittihaz ve tatbiki —hâdisede sırf şahsî bir maksat güdüldüğüne nazaran— idare ajan ve memuruna atfı gereken şahsî bir kusurdan başka bir şey değildir. Bu itibarla mezkûr kararın ittihaz ve tatbiki keyfiyetinden mütevellit mesuliyetin de yalnız ajan ve memura terettüp edeceği meydandadır.

Diğer bir ifade ile bundan dolayı sadece ajan ve memur aleyhine adli mahkemede bir dâva açılması mümkün olup; idare aleyhine her hangi bir dâva ikamesine imkân yoktur.

[8] Anlaşıyor ki yoklukla malûl bir kararın ittihaz veya tatbiki, bazan şahsî bir kusur teşkil etmiyebilir. Âşikârdır ki bu gibi hallerde yoklukla malûl kararın ittihaz ve tatbiki —ajan ve memura atfı gereken şahsî bir kusur sayılmadığına göre— idareye isnadı lâzım gelen bir hizmet kusuru teşkil eder. Kısaca bu, bir hizmet kusu-

ile ittihaz ve tatbik edildiğine nazaran— alâkadarın ancak idarî mahkemede idare aleyhine bir tam kaza dâvası açabileceğini söylüyor.

Görülüyor ki Couzinet bu gibi hallerde idare ajan ve memuru aleyhine olduğu gibi; idare aleyhine de bir dâva açabileceğini kabul ediyor. Ancak şu var ki —Fransız doktrinine muhalif olarak— idare aleyhine açılacak bu gibi bir dâvanın adli mahkemelerde değil de idarî mahkemelerde ikamesi lâzım geldiğine inanıyor. Bu gibi bir dâvanın, idarî dâvalar arasında yer alan ve binaenaleyh idarî mahkemece tetkik ve rüyeti gereken bir tam kaza dâvasından başka bir şey olmadığına kani bulunuyor.

Müellif, Fransız mahkeme içtihatlarına göre de doktrinin «filli birer vaziyet» ve birer «yokluk sebebi» saydığı hallerde hakkı muhtel olan, zarara duçar kalan şahıs tarafından idare aleyhine açılan dâvaların adli mahkemelere ait olmayıp; bilâkis idarî mahkemelerin vazife ve salâhiyeti içine dahil telâkki olunduğunu iddia ediyor.

Diyor ki: «Mahkeme içtihatlarına bir nazar atfedecek olursak görü-

rudur. Binaberin bundan mütevellit mesuliyetin de ajan ve memura değil de, doğrudan doğruya idareye raci olması zaruridir. Bir kelime ile bu gibi hallerde ajan ve memur aleyhine değil; ancak idare aleyhine bir dâva ikame olunabilir.

Bunu, deminki misalleri tekrardan ele alarak, ve fakat bu sefer bir vatandaşın hudut harici edilmesi hakkındaki kararın nazır veya vali tarafından şahsî bir maksatla değil de idarî bir gaye ile, yani âmme menfaati mülâhazasıyla alındığını ve tatbik olunduğunu; diğer misalde ise muvakkat isgal kararının vali tarafından şahsî bir maksatla değil de, tamamen idarî bir takım düşüncelerle, yani âmme hizmeti, âmme menfaati kaygusuyla ittihaz olunduğunu farzederek ispat edebiliriz.

Gerçekten bu takdirde birinci hâdisede nazır veya vali tarafından ittihaz ve tatbik olunan kararın —idare fonksiyonunu ve idarî makamların salâhiyetini aşması itibarıyla— yoklukla malûl bulunduğu her ne kadar muhakkak ise de; idarî mahiyetini kaybeden, idareye isnadı kabil olmıyan bu kararın ittihaz ve tatbiki keyfiyetinin şahsî bir kusur teşkil etmeyip —İdare Hukuku esaslarına göre— idareye atfı gereken bir hizmet kusuru teşkil edeceği şüpheden varestedir. Keza ikinci hâdisede vali tarafından ittihaz ve icra olunan kararın —kanunen takibi gereken usul ve formalitelere tamamen riayetsizlik dolayısıyla— yoklukla malûl bulunduğu aşikâr olmakla beraber; idarî mahiyeti haiz bulunmıyan, idareye izafesi mümkün olmıyan bu kararın ittihaz ve tatbiki keyfiyetinin de, yine şahsî bir kusur sayılmayıp idareye mal edilmesi gereken bir idarî kusur, kısaca bir hizmet kusuru telâkki edilmek lâzım geldiği muhakkaktır.

Binaberin her iki hâdisede de kararın tatbik ve icrasından müteessir olan şahsın ajan ve memur aleyhine her hangi bir dâva açamayıp; münhasıran idareye karşı bir dâva açabileceği şüphe götürmez bir hakikattir.

rüz ki doktrinin bilâtereddüt fiili bir vaziyet saydığı bir çok hallerde idare aleyhine açılan dâvanın adliyeye ait olmadığı kabul olunmaktadır.»

Başka bir söyleyişle Couzinet'ye göre yoklukla malûl kararların tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan, zarara uğrayan şahıslar tarafından idare aleyhine açılan tam kaza, tazminat dâvalarının idarî mahkemelere ait olduğunu gösteren bir çok mahkeme kararları mevcuttur:

a) Bir kere Fransız mahkeme içtihatlarına göre bir şahsın mülkiyet hakkından gayri şahsa merbut haklarından herhangi birini ihlâl eden bir kararın yoklukla malûl bulunması halinde bu gibi bir kararın tatbik ve icrasından ötürü idare aleyhine —hizmet kusuruna binaen— açılacak dâvanın idarî mahkemeye ait olduğu muhakkaktır.

Meselâ bir Fransızın —hâdisede Bonaparte hanedanına mensup prens Jerôm Napoléon'un— hudut harici edilmesi hakkında Dahiliye Vekâletince müttehad karar yoklukla malûl bulunduğu ve bu itibarla bu kararın tatbiki âşikâr bir surette fiili bir vaziyet teşkil ettiği halde; bu zat tarafından adli mahkemede idare aleyhine açılan tazminat dâvası mahkemece vazife ve salâhiyet harici görülmüş ve ihtilâfın idarî mahkemeye aidiyeti beyan olunmuştur [9].

Bunun gibi bir ecnebinin —hâdisede bir İspanyolun— Fransız ordusunda hizmet etmek üzere silâh altına alınması hakkında Harbiye Nezaretince müttehad kararın yoklukla malûl bulunduğu âşikâr iken [10], mezkûr kararın tatbik ve icrasından mutazarrır olan bu şahıs tarafından —terhisini müteakip— idare aleyhine açılan tazminat dâvası Devlet Şûrasınca kabul olunmuş. Yüksek Mahkeme ihtilâfı tetkik ve hal hususunda kendini vazifedar ve salâhiyettar görmüştür [11].

b) Saniyen mahkeme içtihatları mucibince bir şahsın menkul mallar üzerindeki mülkiyet hakkını ihlâl eden bir kararın yoklukla malûl bulunması halinde bu gibi bir kararın tatbik ve icrasından ötürü idare aleyhine —hizmet kusuruna binaen— açılacak dâvanın idarî mahkemeye ait bulunduğu muhakkaktır.

Meselâ 1914 harbinin bidayetinde, bir taburun kantin işini üzerine

[9] Couzinet'den naklen (sah. 229) Sirey 1876.2.297. Keza buna mümasil diğer bir karar için bakınız: Recueil 1884 Puech, sah. 894.

[10] Gerçekten mevzuata ve hukuk prensiplerine göre idarenin ancak Fransız tâbiyetini haliz kimseleri askere alabileceği muhakkaktır. Bu itibarla bir ecnebinin silâh altına alınması: idare fonksiyonuna tamamen yabancı, yani hiç bir idari makamın salâhiyeti dahilinde olmayan bir tasarruftur. Binaberin bu gibi bir tasarrufun yoklukla malûl bulunduğu zâhirdir.

[11] Couzinet'den naklen (sah. 229-230), Recueil 1924, Perucho, sah. 152.

almış bulunan bir şahsın askere alınması üzerine kantin işine tahsis ettiği bülümle menkul malzeme ve eşyaya —vaz'iyed, el koyma (réquisition) mevzuatına göre takibi gereken usul ve prosedürler hiç nazara alınmaksızın ve bu usul ve şekiller tamamen ihmal olunmak suretiyle— el konulması hususunda askeri makamca ittihaz olunan kararın yoklukla malûl bulunduğu ve bu kararın tatbik ve icrası keyfiyetinin fiilî bir vaziyet teşkil ettiği meydanda iken; harbi müteakip bu menkul eşyanın kendisine iade edilmemesi dolayısıyla mutazarrır olan bu şahıs tarafından Devlet Şûrasında idare aleyhinde ikame olunan tazminat dâvası Devlet Şûrasınca kabul edilmiştir [12].

Bunun gibi ihtilâf mahkemesine göre bir belediye reisi ve laşe komisyonu başkanı tarafından —askeri rekizisyon mevzuatı hiç nazara alınmaksızın ve takibi gereken prosedür tamamen ihmal olunmak suretiyle— bir şahsa ait hayvanlara, buğday ve sair hububata vaz'iyed edilmesi hususunda ittihaz olunan kararın —usul ve merasimin tamamen ihmali dolayısıyla— yoklukla malûl ve binaberin hâdisenin fiilî bir vaziyetten ibaret bulunduğu meydanda iken «hâdise şahsî bir kusur telâkki olunamayacağından» alâkadar tarafından mezkûr idare ajanları aleyhine her hangi bir dâva açılmayıp; ancak idare aleyhine, hizmet kusuruna binaen, bir tazminat dâvası ikame olunabilir ve «devletin hizmet kusurundan mütevellit mesuliyeti de yalnız idarî kaza tarafından tetkik olunabileceğine nazaran» bu dâvanın hal mercii de Devlet Şûrasıdır [13].

c) Nihayet mahkeme içtihatlarına göre *gayrimenkul mallar üzerindeki mülkiyet veya sair aynı hakların* yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından ötürü ihlâlî dolayısıyla idare aleyhine açılacak dâvaların —idare tarafından mevzuata, hukuka aykırı olarak muvakkat veya daimî bir surette bir gayrimenkule fiilen el konmadığı müddetçe [14]— tetkik

[12] Couzinet'den naklen (sah. 233-234), Recueil 1921, Simoni, sah. 1025.

[13] Couzinet'den naklen (sah. 232-233), Fecueil 1917, Bailly, sah. 736.

[14] Gerçekten Couzinet'ye göre idare mevzuata, hukuka aykırı olarak bir gayrimenkule muvakkat veya daimî surette fiilen el koyduğu; yani müellifin tâbiyetiyle «idare, kendi gayrimenkulünden çıkarak hususî bir gayrimenkule girdiği, tecavüz ettiği, o gayrimenkulü isgal eylediği» takdirde bu yüzden idare aleyhine açılan dâvalar —Fransız mahkeme içtihatları mucibince— adli mahkemelere ait bulunmaktadır.

Müellif, Fransada içtihatların bu yolda olduğunu itiraf etmekle beraber; bu hal suretinin Fransız sistemine, ezcümle «idare ile adliyenin ayrılığı» prensibine muğayir olduğunu gizlememekte; şahsen yukarıdaki hallerde dahi idare aleyhine açılacak dâvaların idarî mahkemelerce rüyet ve halli lüzumuna kanî bulunmaktadır.

ve rüyeti yine idarî mahkemelere ait bulunmaktadır.

Meselâ yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla bir kimsenin, maliki bulunduğu gayrimenkul lehine mevcut bir irtifak hakkından her hangi bir suretle mahrum kalması; veya bu gibi bir kararın tatbik ve icrası neticesinde sahibi bulunduğu bir gayrimenkul aleyhine herhangi bir irtifakın tesisi; yahut ta mevcut bir gayrimenkul mükellefiyetinin, yoklukla malûl kararın tatbik ve icrası zımında, ağırlaşması.. hallerinde —idare, mevzuata aykırı olarak bu gayrimenkullere fiilen el koymadıkça— idare aleyhine açılacak dâvaların idarî mahkemelere aidiyeti Fransız mahkeme içtihatlarınca kabul olunmaktadır [15].

Bunun gibi mevzuat hiç nazara alınmaksızın ve kanunen takibi gereken prosedür ve merasim tamamen ihmal olunmak suretiyle icra olunan nafia işleri birer fiilî vaziyet teşkil ettikleri halde; bu icraattan bir gayrimenkul müteessir olduğu, yani bir takım zararlar doğduğu takdirde idare aleyhine açılacak dâva idarî mahkemeye ait bulunmaktadır [16].

Keza Fransız mevzuatına göre gayrimenkullere mühür vazetmek münhasıran Adliye organının salâhiyeti cümlesinden iken; idarenin, kendi fonksiyonuna tamamen yabancı kalan, yani hiç bir idare makamının salâhiyeti dahilinde bulunmayan bu yolda bir hareketi fiilî bir vaziyet teşkil ettiği halde bundan dolayı idare aleyhinde açılacak her hangi dâva Fransada idarî mahkemece tetkik ve rüyet olunmaktadır [17].

Bütün bu izahattan vardığımız netice şudur ki: Couzinet'ye göre Fransada —gerek Temyiz Mahkemesinin, gerek Devlet Şûrasının, gerekse İhtilâf Mahkemesinin içtihatları mucibince— yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı hakkı muhtel olan, zarara uğrıyan şahıs tarafından idarî mahkemede idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılması caiz ve mümkündür [18].

[15] Couzinet'den naklen (sah. 15-18 ve 235), Sirey 1896.3.33, Sirey 1905.3.52; Sirey 1917.3.46.

[16] Couzinet'den naklen (sah. 16 ve 235-236), Recueil 1893, Dubois et Saint-Père, sah. 156;

Sirey 1894.3.136; Sirey 1909.1.492; Sirey 1896.2.82; Dalloz 1903.1.87; Dalloz 1904.1.297; Sirey 1925.1.27.

[17] Couzinet'den naklen (sah. 194 ve 200-237), Recueil 1880, Marquigny, sah. 803; Recueil 1902, Société Saint-Just, sah. 713; Recueil 1903, Leconte, sah. 463;

Recueil 1902, Dronet sah. 477; Recueil 1904, Awaro sah. 253; Recueil 1906, Bernier sah. 131.

[18] Şunu da kaydedelim ki evvelce de işaret ettiğimiz üzere müellif şahsen bu içtihatlara taraftardır.

Şunu da ilâve etmemiz lâzımgelir ki Fransız müelliflerinden P. Laroque dahi bu noktai nazara iştirak etmektedir. Yani bu hukukçu da Fransız mahkeme içtihatlarına göre fiili vaziyetlerde ve yokluk hallerinde —fiil ve kararın idareye isnadı mümkün olmamasına rağmen— idare aleyhine tazminat, tam kaza dâvalarının idari kaza tarafından rüyet ve hallolunduğunu iddia eylemektedir [19].

Meselâ, müellife göre, önceden rekizisyon'u hususunda bir karar itihaz edilmeksizin —yani vaz'iyed, el koyma mevzuatına göre takibi gereken usul ve prosedür tamamen ihmal olunmak suretiyle— hususi bir şahsa ait gemiye idarece el konulması ve bundan istifade edilmesi dolayısıyla hakları muhtel olan şahıs tarafından idare aleyhine açılan tazminat dâvası Devlet Şûrasınca tetkik ve halledilmiştir [20].

Kendi hesabımıza biz de Couzinet ve Laroque'un noktai nazarına iştirak etmekteyiz. Zannımızca bu hususta aşağıdaki mucip sebeplere dayanmak doğru olur:

1 — Bir kere, fikrimizce, yoklukla malûl kararların tatbik ve icrasından idarenin mesul olabileceğini kabul etmek, gerek idare hukuku esaslarına, gerek hukuk mantığına, gerekse hakkaniyet ve adalet duygumuza uygun düşer.

Çünkü, bilindiği üzere, idarenin mevzuata, hukuka uygun kararlarından dolayı dahi —umumî ve mutlak olarak değilse bile mahdut ve istisnai bazı hallerde— risk, müsavat, sebepsiz iktisap, hakkaniyet... gibi esaslara istinaden mesuliyeti kabul olunmaktadır.

Bunun gibi idare, umumiyetle, iptal sebeplerinden herhangi biriyle malûl bulunan kararların tatbik ve icrasından dolayı mesul tutulmaktadır.

Şu halde bedihîdir ki: mevzuata, hukuka en bariz, en ağır ve en vahim bir aykırılık teşkil eden yokluk halinin idarenin mesuliyetini intaç etmemesi gerek idare hukukunda carî esaslara, gerek hukuk mantığına, gerekse hakkaniyet ve adalet hissimize aykırı düşer.

Diğer bir ifade ile, mevzuata, hukuka uygun kararlarla, bihakkın yokluktan çok daha hafif ve ehemmiyetsiz bir aykırılık sayılan iptal sebeplerinden biriyle malûl bulunan kararlardan dolayı idarenin mali mesuliyeti kabul edildiği halde, yoklukla malûl kararlardan dolayı idarenin hiç bir suretle ve hiç bir hal ve kârda mesul tutulamıyacağını iddia etmek doğru olmasa gerektir.

Biz, şahsen, yokluk halinin diğer hallere kıyasen evleviyetle idarenin mesuliyetine esas ve mesnet teşkil edebileceğine kani bulunuyoruz.

[19] Sirey 1935.3.97 altındaki nota bakınız.

[20] Sirey 1932.3.102.

2 — Yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idarenin nasıl ve hangi esasa tevfikân mesul tutulacağı meselesine gelince; itiraf etmek lâzım gelir ki ilk nazarda yoklukla malûl bir kararın idarî bir mahiyeti haiz olmadığı, bu cihetle idareye atıf ve izafe olunamayacağı düşünülebilir. Binaenaleyh bundan dolayı idareye bir gûna mesuliyet terettüp edemeyeceği zannolunabilir.

Lâkin her hangi bir tasarrufun ve bu meyanda idare nam ve hesabına ittihâz olunan bir kararın —bariz bir sakathğından ve aykırılığından ötürü— hukukan sahîh ve muteber sayılmaması, keenlemyekûn, gayri mevcut, yok farz olunması, yani idarî mahiyetini kaybetmesi ve binaberin idareye isnat ve izafe olunamaması başka bir meseledir. Hukukî bakımdan sahîh ve muteber telâkki olunmayan, keenlemyekûn, gayri mevcut, yok sayılan, idarî mahiyet arzetmiyen, idareye atfı mümkün olmıyan bir kararın neticesinden idarenin mesul olması yine başka bir meseledir.

Nasıl ki hususî hukuk sahasında da hukukan muteber ve sahîh telâkki olunmayan, hattâ yoklukla malûl bulunan bir tasarrufun aynı zamanda haksız bir fiil teşkil etmesi ve binaenaleyh bir tazminat dâvasına sebebiyet vermesi mutasavver ve mümkündür.

Meselâ aynı cinsten iki kimse arasında yapılan veya evlendirme memuru tarafından icra olunmayan bir evlenme akti hukukan sahîh ve muteber bir evlenme telâkki olunmadığı, daha doğrusu keenlemyekûn, gayri mevcut, yok farzedildiği halde; bu yüzden mutazarrır olan şahsın, diğerrinden —her hangi bir suiniyeti, kusuru, hulâsa haksız fiili sabit olduğu takdirde— tazminat talep etmesi pekâlâ kabildir.

İşte idare hukuku alanında da yoklukla malûl bir kararın tatbik ve icrası, fikrimizce, idarenin mesuliyetine mesnet ve vesile teşkil edebilir.

Nitekim, Fransız mahkeme içtihatlarından naklettiğimiz misaller bunu teyit ve ispat eylemektedir.

Şu halde iki vaziyetin bağdaşması; yani bir taraftan tasarrufun, kararın idareye isnat edilememesiyle, diğerr taraftan bu tasarrufun, kararın neticelerinden idarenin mesul tutulması hâdiselerinin telifi imkân dahilindedir.

Bütün mesele: Bu gibi hallerde idarenin ne zaman ve hangi şartlar altında mesul olacağını tespit eylemekten ibarettir.

3 — Zannımızca idarenin mesuliyeti: Yokluk halinin ancak bir hizmet kusuru teşkil ettiği hallerde bahse mevzu olabilir. Diğerr bir ifade ile yoklukla malûl bir kararı ittihâz veya tatbik eden ajan veya memura kötü bir maksat, fena bir kasıt ve niyet, çok büyük bir ihmal ve dikkatsizlik isnadı mümkün olmadığı; kısaca ajan veya memurun hâdisede —idare hukukundaki anlamıyla— şahsî bir kusur işlediği sabit bulunma-

dığı takdirde idarenin, ajan veya memura değil doğrudan doğruya kendisine izafesi gereken bir hizmet kusuriyle, bu gibi bir vaziyete sebebiyet verdiğini kabul etmek iktiza eyler. Elhasıl ortada muayyen ve müsemma bir ajan veya memura atıf ve izafesi mümkün şahsî bir kusur mevcut olmadığı takdirde yoklukla malûl bir kararın ittihaz veya tatbiki idareye isnadı lâzım gelen bir hizmet kusuru sayılmak gerektir. Hiç şüphe yoktur ki hizmet kusurunun mevcudiyeti ise —idare hukuku esasları mucibince— idarenin mesul tutulmasını icap ettirir.

Nitekim Couzinet'nin bu gibi vaziyetlerde idarenin —ancak hizmet kusuru halinde ve sırf hizmet kusuru esasına istinaden— mesuliyeti cihetine gidilebileceğine kani bulunduğunu kaydettik. Görüldüğü üzere bizim de kanaatimiz bu merkezdedir.

Yani, biz de yokluk halinin umumî ve mutlak surette değil; ancak ayrıca bir hizmet kusuru teşkil ettiği takdirde idarenin mesuliyetine sebebiyet verebileceğini kabul ediyoruz.

Yalnız şu var ki, fikrimizce, idarenin yoklukla malûl bir kararı ittihaz veya tatbik etmekle bir hizmet kusuru işlediğini hâdisede ayrıca ve sureti mahsusada ispata lüzum yoktur. Çünkü yokluk kadar bariz, ağır ve mühim bir aykırılığın daha ilk nazarda bir hizmet kusuru teşkil edeceği bizce muhakkaktır.

Gerçekten mevzuata, hukuka bu derece aykırılık arzeden bir kararın ittihaz veya tatbiki: Kanaatimizce âmme hizmetinin fena kurulduğunu, kötü tanzim edildiğini, doğru işlemediğini daha ilk bakışta ispata yeter. İyi kurulmuş, bünyesinde, nizamında, teşkilâtında, personelinde, işleyişinde bir aksaklık, bozukluk bulunmayan muntazam, mükemmel ve ideal bir idarenin yoklukla malûl kararlar ittihaz etmiyeceği ve bu gibi kararların tatbik ve icrasına tevessül eylemiyeceği âşikârdır.

Binaenaleyh, bizce, hâdisede muayyen her hangi bir ajan veya memura atfı mümkün şahsî bir kusurun mevcut ve sabit olmaması halinde bu gibi bir vaziyet: idareye izafesi gereken bir hizmet kusurunun mevcudiyeti için yeter bir delil, hattâ bir karine teşkil eder.

Görüldüğü üzere biz, yoklukla malûl bir kararın —hâdisesine ve icabına göre— kâh şahsî bir kusur, kâh bir hizmet kusuru teşkil edebileceğine inanıyoruz. Kanaatimizce yokluk halinin, her hal ve kârda, şahsî bir kusurdan ibaret olacağını sanmak doğru değildir. Başka bir söyleyişle yokluk halini her zaman şahsî bir kusura irca etmek mümkün değildir.

Yokluk hali şahsî bir kusur teşkil ettiği gibi; bir hizmet kusuru da olabilir. Binaenaleyh yokluk halinin dâima şahsî bir kusur teşkil edeceği umumî, mutlak ve kabli olarak iddia edilemez. Ancak hal ve şartların tahliliyle muayyen ve müşahhas bir hâdisede şahsî kusurun veya hizmet

kusurunun mevcudiyetine hükmolunabilir. M. Waline'in dediği gibi «her fiili vaziyetin ve bu meyanda her yokluk halinin [21] behemehal ve bizzarur şahsi kusura irca olunabileceğini zannetmek yanlıştır. İdare hukukunda bahse mevzu olan kusurun, derecesine göre, (hizmet kusuru), (şahsi kusur), (fiili vaziyet) şeklinde hafiften ağıra doğru sıralanabileceğini düşünmek yanlıştır.»

Gerçekten Laferrière'denberi klâsik doktrin tarafından benimsenen telâkkiye göre şahsi kusur: Sübjektif bir mefhumdur. Şöyle ki şahsi kusur vardır diyebilmek için ajan veya memurun kötü bir maksatla, fena bir kasıt ve niyetle hareket ettiği sabit olmalıdır. Diğer bir ifade ile şahsi kusur ajan veya memurun bir idare adamından ziyade; düşmanlık, kin, garez, hırs gibi fena hislerle hareket eden kötü bir insanın eseridir.

Görüldüğü üzere, isminin de delâlet ettiği veçhile, şahsi kusur failin şahsi hakkında bir kıymet hükmü verilmesini tazammun eder. Âdeta onun hareketi hakkında ahlâk bakımından moral bir hüküm ve not verilmesini istilzam eder.

Halbuki fiili vaziyet: objektif bir mefhumdur. Şöyle ki fiili vaziyet —ve bu arada yokluk hali— idare fonksiyonunun dışına çıkmak veya takibi gereken usul ve prosedürü tamamen ihmal etmek suretiyle idarenin salâhiyetini aşmasından başka bir şey değildir.

Yine, Waline'in işaret ettiği üzere, şahsi kusuru tespit için yapılan iş nazara alınarak hâdisede ajanın, memurun kanunen, hukukan ne gibi bir gaye gütmesi lâzım gelirdi? Halbuki ajan, memur hâdisede fiilen ne gibi bir maksat takip etmiştir? Bu noktaların tayini muktezidir.

Oysa ki fiili bir vaziyeti tespit için idare nam ve hesabına hareket eden ajan ve memur kanunen, hukukan ne gibi salâhiyetlere sahip bulu-

[21] Gerçekten Waline dahi, diğer müellifler —ezcümle Desgranges ve Couzinet gibi— yokluk halini: «Fiili vaziyet» sayılan hallerden biri olarak tavsif etmektedir. Yani bu müellife göre de yokluk hali: fiili vaziyetin bir nev'inden başka bir şey değildir. Bu hukukçunun dediği gibi «Fiili vaziyet (voie de fait) ve yokluk (inexistence) ikiz nazariyelerdir.» Hakikaten her iki hal: Mevzuata, hukuka bariz ve ağır bir aykırılıktan başka bir şey değildir. Ancak şu var ki: Fiili vaziyet nazariyesi bilhassa maddi tasarruflar hakkında carıdır. Hukuki tasarruflar ise yalnız tatbik ve icra mevkiine konduktan sonra —yani maddi bir takım fiil, vasıta ve ameliyeler marifetiyle maddi birer tasarruf haline inkılâp etmek şartıyla— fiili vaziyet teorisinin tatbikine vesile teşkil edebilirler.

Halbuki yokluk nazariyesi maddi tasarruflar hakkında kabili tatbik olmadığı gibi; ancak tatbik ve icraya konmamış bulunan hukuki tasarruflar bakımından bahse mevzu olabilir.

nuyordu? Hâdisede ise bu salâhiyetleri aşmış mıdır? Bu hususların tayini gerekir.

Şu halde dört türlü ihtimal ile karşılaşacağımız meydandadır. Şöyle ki:

Bir — Bir idare ajan veya memuru tarafından, idare nam ve hesabına, yapılan tasarruf mevzuata, hukuka hem gaye, hem de salâhiyet cihetinden uygun olabilir. Bu takdirde ortada ne şahsî bir kusur, ne fiili bir vaziyet mevcut değil demektir.

İki — Bu tasarruf mevzuata, hukuka gaye cihetinden uygun olmakla beraber; salâhiyet bakımından aykırı olabilir. Yani ajan veya memur idarî bir gaye gütmekle beraber —idare fonksiyonu dışına çıkmak veya kanunen takibi gereken usul ve formaliteleri tamamen ihmal etmek suretiyle— salâhiyetini aşmış bulunabilir.

Bu gibi bir halde ortada şahsî bir kusur olmamakla beraber, fiili bir vaziyet vardır.

Üç — Bu gibi bir tasarruf mevzuata, hukuka gaye bakımından aykırı olmakla beraber; salâhiyet cihetinden uygun olabilir.

Yani ajan veya memur bu tasarrufu yaparken kötü bir maksat, fena bir kasıt ve niyet ile hareket etmiş olabilir. Lâkin bu tasarrufu yaparken idare fonksiyonu dışına çıkmamış veya kanunen takibi gereken usul ve formaliteleri tamamen ihmal etmemiş bulunabilir. Hiç şüphe yok ki bu takdirde ortada şahsî bir kusur mevcut olduğu halde fiili bir vaziyet yoktur.

Dört — Nihayet bir idare ajan veya memuru tarafından, idare nam ve hesabına, yapılan bir tasarruf mevzuata, hukuka hem gaye, hem salâhiyet cihetinden aykırılık arzedebilir. Yani ajan veya memur hem kötü bir maksat gütmüş olabilir; hem de aynı zamanda idare fonksiyonunu aşmış veya usul ve prosedürü tamamen ihmal etmiş bulunabilir. Bu gibi bir halde hem şahsî bir kusurla hem de fiili bir vaziyetle karşılaştığımız âşikârdır.

Bu izahattan kolaylıkla anlaşıldığı üzere her fiili vaziyet: her hal ve kârda zarurî olarak ajan veya memura atfı gereken şahsî bir kusur teşkil etmez.

Şu halde bedihidir ki bir idare ajan veya memuru tarafından idare nam ve hesabına ittihaz olunan ve fakat —mevzuata, hukuka bariz, ağır, mühim aykırılığından ötürü— yoklukla malûl bulunan bir kararın tatbik ve icrası fiili bir vaziyet teşkil ettiği halde şahsî bir kusur teşkil etmiye-

bilir. Bu gibi hallerde fiili vaziyetin idareye izafesi gereken bir hizmet kusuru sayılması lâzımdır [22].

Nitekim Fransız mahkeme içtihatları da noktaî nazarımızı teyit eylemektedir. Şöyle ki müteaddit mahkeme kararları hâdisede fiili vaziyetin mevcudiyeti sabit olduğu halde; ajan ve memura şahsî bir kusur isnat olunamayacağını, bunun bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu, binnetice bundan ajan ve memur yerine bizzat idarenin mesul tutulabileceğini kabul ediyorlar [23].

Görülüyor ki müdafaa ettiğimiz tez sadece şahsî bir kanaat veya temenniye ifade etmiyor; aynı zamanda mahkeme içtihatlarına da dayanıyor.

4 — Şu da var ki Fransız mahkeme içtihatlarına nazaran bazan bir memur veya ajanın —bir âmme hizmetinin ifası zımında— işlemiş olduğu bir suçun dahi, memur ve ajanın şahsen cezaî takibata maruz kalmasını ve hattâ mahkûmiyet ve mesuliyetini intaç etmesine rağmen; idare hukuku bakımından şahsî bir kusur sayılmayıp tamamen idareye atfı gereken bir hizmet kusuru addolunduğu vakidir.

Meselâ askerî bir kamyonu idare eden bir şoförün —bir âmme hizmeti gördüğü sırada— bir kimseyi ihmal ve dikkatsizliği yüzünden ezmesi ceza hukuku bakımından bir suç teşkil ettiği ve adli mahkemede failin cezaya çarpılmasını intaç eylediği halde; aynı fiil idare hukuku bakımından şahsî bir kusur addolunmayıp; bir hizmet kusuru sayılmıştır [24]. İşte bu gibi vaziyetleri de nazara alarak, yani ajan ve memurun işlemiş olduğu suçun bile, bazan hal ve şartlara göre, bir hizmet kusuru sayılabileceğini ve neticeten idarenin mesuliyetini mucip olacağını gözönünde tutarak; kendi hesabımıza yokluk halinin, veya daha geniş tâbiriyle, fiili vaziyetlerin bazan evleviyetle bir hizmet kusuru sayılabileceğini ve bu itibarla idarenin mesuliyetini müeddi olabileceğini iddia ediyoruz.

5 — Yokluk halinin, idarenin —sırf «hizmet kusuru» hudutları da-

[22] Yoklukla malûl bir kararın hâdisesine ve icabına göre kâh şahsî bir kusur, kâh bir hizmet kusuru teşkil edebileceğini ispat zımında evvelce verdiğimiz misalleri zikretmekle iktifa edebileceğimizi sanıyoruz 7 ve 8 No.lu notlardak misallere bakınız).

[23] Ezcümle bakınız: Recuell 1904 Ginleré sah. 89.

Recuell 1904 Mandieré sah. 522. Recuell 1904 Montlaur sah. 888.

Recuell 1917 Dailly sah. 736. Dalloz 1921. 1. 41;

Recuell 1930 Union Villeneuveoise sah. 1096; Dalloz 1935. 3. 25.

[24] Bakınız: Sirey 1935.3.17.

hilinde ve ancak «hizmet kusuru» esasına müsteniden— mesuliyetini mücip olacağını kabul edince; zamanımızca bunun tabii neticesi olarak bu gibi hallerden çıkan ihtilâf ve dâvaların idari mahkemeye ait olduklarını da kabul etmemiz iktiza eyler.

Çünkü bir âmme hizmetinden doğan bir ihtilâfta hizmet kusurunu araştırmak, tespit etmek, neticelerini tayin eylemek, bu yüzden idarenin mesuliyetine hükmetmek —idare hukuku esaslarına göre— adli mahkemelere değil; idarî kazaya terettüp eden bir vazifedir.

Bu itibarla biz yoklukla malûl kararlardan idare aleyhine açılan tam kaza, tazminat dâvalarının Devlet Şûrasına ait olduğuna kani bulunuyoruz.

Elhasıl âmme hizmetlerinin —maddî bir takım fiil ve tasarruflar marifetiyle— ifa ve icrasından çıkan tam kaza dâvalarını tetkik ve rüyet etmek, bu hizmetlerin görülmesinde idareye atıf ve izafesi gereken herhangi bir hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak ve tespit etmek, hizmet kusurunun mevcudiyeti sabit olduğunda da idarenin —hizmet kusuru esasına binaen— mesuliyetine hükmeylemek nasıl idarî kazaya terettüp eden bir iş ise; zannımızca idare nam ve hesabına âmme hizmetleriyle ilgili olarak ittihaz ve tatbik olunan kararların yoklukla malûl bulunmasından dolayı açılan tam kaza dâvalarını tetkik, rüyet, hal ve fasletmek te idarî kazaya aittir.

6 — Kaldı ki —yoklukla malûl bir kararın sadece tatbik ve icrası dolayısıyla bir hakkın muhtel olması veya zararın husule gelmesi üzerine— idare aleyhine açılan tazminat veya tam kaza dâvalarının değil de; dâvacının, doğrudan doğruya karara karşı —mevzuata aykırılığından bahisle ve mahkemedeki mezkûr kararın iptalini veya kıymetsiz, hükümsüz olduğunu karar altına almasını istemek suretiyle— açtığı dâvanın dahi idarî mahkeme tarafından kabul edildiği vakidir.

Gerçekten —başka bir yazımızda uzun uzadıya izaha çalıştığımız veçhile [25]— mevzuata, hukuka bariz ve vahim bir aykırılığından ötürü yoklukla malûl bulunan idarî bir karar idarî mahiyetini kaybettiği, yani idareye isnat ve izafe olunmadığı, kısaca idarî bir karar sayılmadığı halde idarî mahkemenin, bizzat bu karar aleyhine açılan dâvayı —ortada idarî dâvaya mevzu teşkil edecek idarî mahiyette bir karar bulunmadığından bahisle— iptidaen reddedecek yerde; peşinen kabul ettiği ve neticede de kararın —mevzuata âşikâr ve ağır aykırılığına binaen— hükümsüz, keenlemyekûn, gayri mevcut, yok olduğunu hükme bağladığı görülmektedir.

[25] Bakınız: R. Sarica, İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, sah. 1202, not 15.

Meselâ Fransız Devlet Şûrası 1908 tarihli Legouez kararındanberi böyle hareket etmektedir. Yani yüksek mahkeme, yoklukla malûl bir karar aleyhine —mevzuata aykırılığı ileri sürülmek suretiyle— açılan dâvaları dinlemekte ve neticeten de kararın esasen hükümsüz ve keenlem-yekûn olduğuna hükmetmektedir.

Memleketimizde de Devlet Şûramızın aynı yolda yürüdüğüne, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında tahlil ettiğimiz bir karar münasebe-tiyle, şahit olmaktayız [26].

Görülüyor ki gerek Fransada, gerek memleketimizde yoklukla malûl bir karar, idarî mahiyetini kaybettiği ve idareye isnat olunamadığı halde, pekâlâ idarî bir dâvaya mesnet ve mevzu teşkil edebilmektedir.

Şu halde yoklukla malûl bir kararın kendisine karşı değil de, avakıp ve netayicinden dolayı idare aleyhine açılan dâvaların idarî mahkemece evleviyetle kabulü, tetkik ve intacı lâzım gelir.

Bu hal sureti iki dâva arasında âhenk ve tenazuru temin etmek iti-bariyle de tavsiyeye ve kabule şayandır. Gerçekten, yukarıda arzettiği-miz üzere, bir kararın mücerret ittihazi mahkeme içtihatlarınca idarî bir dâvaya temel ve konu teşkil ettiğine göre, bu gibi bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla bir hakkın muhtel olması veya zararın husule gelmesi yüzünden karara değil de idareye karşı açılan tam kaza, tazminat dâva-sının da idarî mahkemelerde tetkik ve rüyeti, şüphe yok ki, bu içtihat-lara uygun düşer ve bir vahdet temin eyler.

Ragıp SARICA

[26] Bakınız: İst. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt X, sayı 3-4, Mahkeme İcti-hatları, R. Sarica, A) İdarî Mahkeme ilk karar.