

VAZİFEYE MÜTEALLİK BAZI SUÇLARIN HİZMET KUSURU SAYILMASINA KARŞI SERDEDİLEN İTİRAZLARA CEVAP

Doçent Ragıp SARICA

Bundan evvelki yazımızda bir idare ajanı veya memuru tarafından vazifesi esnasında veya vazifesi dolayısıyla taksirle işlenen bazı suçların ajan ve memurun şahsına atfı gereken şahsî bir kusur sayılacak yerde doğrudan doğruya idareye isnadı lâzım gelen bir hizmet kusuru telâkki edilmesine karşı kaziyei muhkeme bakımından serdedilen bazı tenkit ve itirazları nakletmiş ve bunlara cevap vermeğe çalışmıştık.

Şimdi de bu telâkkiye karşı dermeyan olunan başka bir takım itirazlara cevap verelim. Gerçekten: bazı suçların bazı hallerde ajan ve memura atfı mümkün şahsî bir kusur sayılmayıp idareye isnadı gereken bir hizmet kusuru teşkil edebileceğini kabul eden Fransız mahkeme içtihatları Fransada, başka bir bakımdan da, itiraza uğramaktadır.

I — Şöyle ki bazı müellifler - ezcümle Mestre [1] ve Waline [2] - ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen ajan ve memur tarafından işlenen bir suçun, şahsî kusur addedilmeyip; hizmet ku-

[1] Gerçekten Mestre diyor ki: «herhangi bir zarara sebebiyet veren bir suçun, fallin cezal mes'uliyetini mucip olup da suça hedef olan şahsa karşı hukuki mes'uliyetini müeddi olmaması asla kabul edilemez.» Müellif aynı fikri şu şekilde de ifade ederek diyor ki: «Bir şahsı ızzar eden bir suç fallinin cezaen mahkûm edilebilmesi mümkün olduğu halde mutazarrır şahsın ona karşı suçun sebebiyet verdiği zarardan dolayı bir tazminat davası açabilmek imkânından mahrum olması anormaldir» (Dalloz Hebd. 1935, sah. 57).

[2] Waline'e göre de: «Bir suç olarak vasıflandırılan bir fiilin, cezaen mes'ul olduğu beyan olunan ve mahkûm edilen şahsın, otomatik bir surette hukuki mes'uliyetini de intaç etmemesi kabul olunamaz» (Dalloz 1936, 2. 51).

suru sayılmasını *hukuk mantığı* bakımından doğru ve caiz görmüyorlar.

Gerçekten bu müelliflere göre bir fiil ceza mahkemesince suç olarak vasıflandırılıp failin cezaî mesuliyetine hükmolunduktan sonra mezkûr fiilin şahsî bir kusur sayılmaması: cezaî mesuliyeti mucip olan bir fiilin hukukî mesuliyeti müeddi olmaması demektir. Halbuki cezaî mesuliyeti mucip bir fiilin hukukî mesuliyeti intaç etmemesi hukuk mantığı yönünden mutasavver değildir. Zira hukuk mantığı failin cezaî mahkûmiyet ve mesuliyetini mucip olan bir fiilin hukukan da mahkûmiyet ve mesuliyetini intaç etmesini âmirdir. Bu itibarla aynı fiilin cezaî mesuliyete mesnet teşkil ettiği halde hukukî mesuliyeti müeddi olmaması mutasavver değildir. Bu, bir tenakus teşkil eder ve asla kabul olunamaz.

Görülüyor ki, bu fikre göre, cezaî bakımdan mesul addolunan failin aynı fiilden dolayı hukukî bakımdan da mes'ul tutulması lâzımdır. Elhasıl cezaî mes'uliyet hukukî mes'uliyeti tazammun eder. Bunlar müterafık mes'uliyetlerdir. Binaberin cezaî mes'uliyete hükmedince hukukî mesuliyete de hükmetmek icap eyler.

Zannımızca bu itiraz da - kaziyel muhkeme itirazı gibi - doğru ve yerinde bir itiraz sayılamaz.

Gerçekten:

1 — Biz, bir kere umumî olarak, hukuk mantığı bakımından cezaî mesuliyetin behemehal hukukî mesuliyeti intaç etmesi lâzımgeldiğini sanmıyoruz. Fikrimizce bir kimse herhangi bir fiilden dolayı cezaen mahkûm edildiği ve cezaî mesuliyete çarpıldığı halde hukukî bakımdan aynı fiilden hukukan mahkûm edilmeyebilir ve mesul tutulmayabilir. Başka bir söyleyişle cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyet daima birlikte ve muvazi gitmeyebilir. Bilâkis bu iki mesuliyet ayrılabilir ve parçalanabilir.

Zannımızca iki mesuliyetin tefriki hukuk mantığı bakımından bir tenakus teşkil etmez; bilâkis çok defa iki mesuliyetin parçalanması, hukuk mantığı bakımından, bir zarurettir. Kısaca, hukukî mesuliyetin cezaî mesuliyetten tefriki hukuk mantığına aykırı değil, bilâkis hukuk mantığı icabındandır.

Hakikaten, bilindiği üzere, ceza hukuku ile medenî hukukun sahaları tamamen ayrı olup: «cezaî suç» (délit pénal) ve «medenî suç» (délit civil) mefhumları birbirinden farklı bulunmaktadır.

Garraud'nun belirttiği üzere [3] medenî hukuk her şeyden evvel bir fiilin neticeleri ile alâkadar olduğu, yâni fiil ancak bir takım zararlara sebebiyet verdiği takdirde bununla meşgul olduğu halde, ceza hukuku

[3] Garraud, Précis de Dr. Criminel, 15. edit. sah. 81.

fiilin neticeleri ile, kısaca fiilin sebebiyet verdiği zararlar alâkadar ve meşgul olmaz.

Gerçekten, malûm olduğu veçhile, bir fiilin, medenî hukuk hakımından, bir haksız fiil sayılabilmesi için bu fiilin bir zarar husule getirmesi, ortada bir zararın bulunması zarurîdir. Halbuki, ceza hukukuna göre, suç kanununun cezalandırdığı fiil olup; kanunun derpiş ettiği bu gibi bir fiil mücerret ika olunmakla, hattâ sadece buna teşebbüs edilmekle suç meydana gelmiş demektir. Mezkûr fiilin zararlı bir takım neticeler doğurmuş olduğunu, kısaca bir zarara sebebiyet verdiğini ayrıca isbat zarureti olmaksızın mücerret fiilin ika veya fiile teşebbüs başlı başına bir suç teşkil eder.

Bunun gibi - yine malûm olduğu veçhile - cezai mesuliyet ile hukukî mesuliyet başka başka esaslara istinat etmekte ve farklı mahiyet arzylemektedir.

Gerçekten - J. Luchet'nin işaret ettiği üzere [4] - cezai mesuliyet: cezalandırıcı adalet «justice punissante»a müteallik olup, içtimai nizamın ihlâlinden dolayı zecrî ve tenkili (répressif) bir tamir borcu doğuran ve fail aleyhine müteveccih bir cezadan (punition) ibarettir.

Halbuki hukukî (medenî) mesuliyet: tazmin ettirici adalete, «justice indemnisante»a müteallik olup ferdi bir hakkın ihlâlinden dolayı telâfi edici ve eski hale getirici (restitutif) bir tamir borcu doğuran ve mağdur lehine müteveccih bir tâvizden (récompense) ibaret bulunmaktadır.

Keza - J. C. Schmidt'in dediği gibi [5] - halihazır hukuk telâkkisine göre cezai kusur ile medenî kusurun ayırtedilmesi ve parçalanması gerekir. Zira ancak bu gibi bir tefrik ihtiyaçlara cevap verir ve bir taraftan sosyetenin, ika olunan suçtan ötürü, faili cezaya çarpmak mecburiyeti ile diğer taraftan suçtan mutazarrır olan şahsın haklarını tamir lüzumunu telif edebilir.

Bunun gibi H. ve L. Mazeaud biraderlerin de kaydettikleri üzere [6] zarar ziyan tediyesi bir ceza değil bir tamir ve tâvizden ibarettir. Bu itibarla medenî mesuliyet ile cezai mesuliyetin tamamen ayrı şeyler oldukları muhakkaktır.

Nihayet - R. Chardon'un belirttiği üzere - ceza hukukunda birinci plânı işgal eden: suç failinin ahlâkî redaeti, iç durumu, bir kelime ile şahsiyettir. Ceza hukukunun merkez sikletini mesul şahsın taharrisi key-

[4] J. Luchet. L'arrêt Blanco 1935, sah. 13 (R. Chardon'dan naklen, sah. 184-185).

[5] J. C. Schmidt. Faute civile et faute pénale. 1928, sah. 187 (R. Chardon'dan naklen, sah. 185).

[6] R. Chardon, sah. 185.

fiyeti teşkil eder. Halbuki hususî hukukta ön plânda gelen: mutazarrır şahsa tazminat itası keyfiyettir. Bu itibarla medenî hukukta başlıca problem: tazminatı vermekle mükellef olan mamelekin taharrisi ve tesbiti meselesidir.

Verdiğimiz bu kısa izahat ceza hukuku ile hususî hukukun birbirinden farklı olduklarını; bunun gibi «suç» ve «haksız fiil» mefhumlarının ayrı şeyler olduklarını; keza cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin ayrı esaslara müstenit bulduklarını; binnetice cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin zarurî olarak müterafık ve muvazi olmadıklarını isbat eder. Başka bir söyleyişle iki mesuliyetin tefriki ve parçalanması mümkün ve mantikîdir.

Bu itibarla bir fiil, medenî hukuk bakımından bir haksız fiil sayıldığı halde ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmiyebileceği gibi; ceza hukukuna göre bir suç teşkil eden fiil de medenî hukuka göre mutlaka bir haksız fiil teşkil etmiyebilir. Binaberin herhangi bir suç failin cezaî mesuliyetini intaç ettiği halde; hukukî mesuliyetini müeddi olmıyabilir.

Görülüyor ki iki mesuliyet bir vahdet arzermeyip; bilâkis bir ikilik arzylemektedir. Umumî bakımdan doğru olan ve kabule mazhar bulunan bu telâkki, yani iki mesuliyetin parçalanabilmesi imkânı meşgul olduğumuz hâdisede de cari olmak lâzımgelir. Kısaca ajan veya memur tarafından işlenen bir suç ajan veya memurun cezaî mesuliyetini mucip olduğu halde hukukî mesuliyetini müeddi olmıyabilir. Diğer bir ifade ile ajan veya memur tarafından vazifesi sırasında işlenen fiil ceza hukuku bakımından failin cezaî mesuliyetini mucip bir suç teşkil ettiği halde; hukukî bakımdan ajan veya memurun hukukî, malî mesuliyetini mucip bir haksız fiil, şahsî kusur teşkil etmiyebilir.

2 — Cezaî ve hukukî mesuliyeti ayrı zaviyelerden mütalâa etmek lâzımgeldiğini ve bu mesuliyetleri ayırmanın mümkün ve caiz olduğunu, umumî ve nazari bir bakımdan, isbata çalıştıktan sonra pozitif Türk hukuk sistemine göre de böyle olduğunu gösterelim.

Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi ceza hukukunun mesuliyete müteallik esaslarının hukuk hâkimini bağlamıyacağını söylemekle cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin tamamen ayrı esaslara müstenit bulduklarını, kısaca bu iki mesuliyetin farklı olduklarını açığa vurduğu gibi; C. M. U. Kanunu da 358 inci maddesinde şahsî hak talebi ile karşılaşan ceza mahkemesinin «davacının hukuk mahkemesine müracaat edebileceğine karar vererek hükmünü yalnız ceza takibine hasredebileceğini» tasrih etmekle, netice itibariyle, bu iki mesuliyet arasındaki farka işaret ey-

lemektedir. Zira şahsî hak davasının ceza mahkemesinden ayrı bir mahkemede, yani hukuk mahkemesinde görülmesine müsaade etmek: hukuk mahkemesinin bu davayı ceza hukuku esaslarına göre değil de medeni hukuk esaslarına tevfiikan halletmesine cevaz vermek demektir.

Ceza davası (diğer tâbiriyle hukuku âmme davası) ile şahsî hak davası (başka bir ifade ile hukuk davası) arasındaki fark iki davaya hâkim olan esasların ayrılığını da tazammun ve ifade eder.

Elhasıl iki davayı ayrı mahkemelere bırakmak demek: iki dava arasında bir fark kabul etmek, iki davanın ayrı esaslara istinat ettiğini teslim etmek, cezai mesuliyet ile hukukî mesuliyetin ayrı şeyler olduğunu itiraf etmek, bu iki mesuliyetin parçalanmasına izin ve cevaz vermek demektir. Bahusus ki B. K. nun 53 üncü maddesi hukuk hâkiminin, ceza hukukunun mesuliyete müteallik esasları ile bağlı olmadığını kabul etmekle binnetice ceza mahkemesince failin cezai mesuliyetine hükmolunduğu halde hukuk mahkemesince hukukî mesuliyetine hükmolunmamasına müsaade eylemektedir.

Şu halde Türk hukuk sistemine göre cezai mesuliyet ile hukukî mesuliyetin behemehal tev'em ve muvazi olmadıkları muhakkaktır. Binaberin herhangi bir fiilin idare hukuku sahası dışında nasıl ceza hukuku yönünden bir suç teşkil ettiği ve failin cezai mesuliyetine sebebiyet verdiği halde hususî hukuk bakımından bir haksız fiil sayılmaması ve failin hukukî mesuliyetine müncer olmaması mümkün ve caiz ise; idare hukuku sahasında da bir idarî faaliyet zımında, bir âmme hizmeti münasebetiyle işlenen bir fiilin ceza hukuku bakımından bir suç teşkil ettiği ve failin cezai mesuliyetini mucip olduğu halde; idare hukuku bakımından şahsî bir kusur sayılacak yerde bir hizmet kusuru addedilmesi ve binnetice ajan veya memurun şahsî mesuliyetini müeddi olmayıp münhasıran idarenin mesuliyetini mucip olması da pekâlâ mümkün ve caiz görülmelidir.

Yukarıda belirtmeğe çalıştığımız veçhile cezai mesuliyet ile hukukî mesuliyet arasındaki mahiyet ve bünye farkı gibi, hukuk sistemimize göre ceza davasıyla hukuk davası arasındaki mevcut fark ta bizi bittabi ve bizzarure bu gibi bir neticeye götürür: Cezai mesuliyet ile hukukî mesuliyetin parçalanmasını mümkün kılar.

Böyle olunca - sözde bir hukuk mantığı adına - cezai mesuliyetin behemehal hukukî mesuliyeti de tazammun ettiğini, birinci mesuliyetin zaruri olarak ikinci mesuliyeti intaç ve tevlit etmesi lâzımgeldiğini iddia etmek doğru olmasa gerektir.

Bu cihetle gerek Mestre, gerek Waline tarafından ileri sürülen iddianın bir kıymeti yoktur. Zira, bizde olduğu gibi, Fransız mevzuatında da ceza davasıyla hukuk davası arasında bir fark gözetilmiştir. Şöyle ki:

Hukuk davasının ceza davasından ayrı olarak hukuk mahkemesinde açılmasına cevaz verilmiştir. Bunun gibi Fransada da ceza davasına zâmi-meten açılan hukuk davasının - bu dava ister hukuk mahkemesinde ister bizzat ceza mahkemesinde ikame olunsun - ceza hukuku esaslarına tevfi-kan değil medenî hukuk esaslarına istinaden - yâni Medenî Kanunun haksız fiil ve şibih haksız fiiller hakkındaki 1382 ilâ 1386 ncı maddelerine göre - halli lâzımgeldiği kabul olunmaktadır [7].

Ancak şu var ki Türk hukuk sistemine göre hukuk mahkemesinde ceza davasından ayrı ve müstakil olarak açılan hukuk davasının hukuk mahkemesi tarafından, ceza davasının neticesini beklemek mecburiyeti olmaksızın tetkik, rüyet ve halledilebileceği münakaşalı bir mesele olduğu halde [8]; Fransız mevzuatına göre hukuk davasının, ceza davasının ceza mahkemesince kat'î ve nihai bir karara bağlanmasına kadar, hukuk mahkemesi tarafından tatil ve taliki lâzımgelleceği münakaşa kabul etmez bir keyfiyettir [9].

Bununla beraber Fransada dahi hukuk davasının ceza davasından bir çok bakımdan müstakil olduğu kabul olunmaktadır [10].

Bütün bu izahat hukuk mantığı namına serdolan tenkit ve itirazın yerinde olmadığını göstermektedir.

Gerçekten, isbata gayret ettiğimiz veçhile, hukuk mantığı cezaî mesuliyetin muhakkak surette hukukî mesuliyeti tazammun ettiğini değil; bilâkis iki mesuliyetin behemehal müterafık ve muvazi olmadıklarını ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle hukuk mantığı cezaî mesuliyeti mu-cip bir fiilin aynı zamanda ve muhakkak surette hukukî mesuliyeti de

[7] Fransız C. Kanununun 74 üncü maddesinin son fıkrasına bakınız.

[8] Gerçekten Temyiz Mahkemesinin bu husustaki içtihatları arasında müba-yenet vardır: Yüksek mahkeme bazı kararlarında hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinde derdesti rüyet ceza davasının neticesine intizar zorunda olduğunu söylemekle beraber; bazı kararlarında da hukuk mahkemesi için ceza davasının neticesini beklemek mecburiyeti olmadığını beyan etmektedir.

Birinci içtihadı misal olarak Tem. H.H.U. 11/12/1940 - 2 - 53 ve Tem. H.H.U. 12/11/1940 - 69. kararlarını; İkinci içtihadı da örnek olarak Tem. 4. H. 31/3/1938 kararını gösterebiliriz.

(H.U.M. Kanunu, İmran Öktem'den naklen sah. 252, 3 üncü ve 4 üncü karar ve sah 219, 10 uncu karar).

[9] 1808 tarihli Fransız C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesinin son fıkrasına bakınız.

[10] Bu hususta izahat için klâsik eserlerden maada şu kaynağa müracaat olunabilir: Roux Sirey 1923, 1. 185.

müeddi olmasını âmir olmayıp; bilâkis cezaî mesuliyete mesnet teşkil eden bir fiilin (bir suçun) bazan hukukî mesuliyeti mucip olmamasına cevaz vermektedir.

Bu itibarla aynı fiilin cezaî mesuliyete mesnet teşkil ettiği halde hukukî mesuliyete müncer olmaması, iddia olunduğu veçhile, hukuk mantığı bakımından tasavvuru imkânsız bir vaziyet olmayıp; bilâkis çok defa hukuk mantığı gereğince zarurî bir neticedir.

Bilfarz bir suçtan dolayı ceza davasından ayrı ve müstakil olarak hukuk mahkemesinde açılan şahsî hak davasında mahkemenin - ceza mahkemesi kararına intizar etmeksizin - suç failini, herhangi bir mülâhaza ile, mahkûm etmemesini, kısaca failin hukukî mesuliyetine hükmetmemesini - bilâhare fail ceza mahkemesince aynı fiilden dolayı mahkûm edilse, yani cezaî mesuliyete çarpılsa bile - nasıl tecviz ediyor ve bunu hukuk sistemimize, hukuk mantığına aykırı telâkki etmiyorsak; ceza davasının failin mahkûmiyeti ve mesuliyeti ile neticelenmesini müteakıp müddealeyhin hukuk mahkemesince mahkûm edilmemesini, hukukan mesul tutulmamasını da aynen caiz telâkki etmemiz, bunu hukuk sistemine ve hukuk mantığına aykırı saymamamız gerekir.

Zira iki vaziyet arasında - bir zaman farkından başka - hiç bir fark olmadığı derkârdır. Gerçekten bilâ itiraz ve münakaşa kabul edildiği üzere hukuk mahkemesinin - ceza mahkemesinden evvel karar vermek şartıyla - failin (maznunun) ademi mesuliyetine hükmetmesi pekâlâ kabildir. Bu itibarla ceza mahkemesinin bilâhare failin cezaî mesuliyetine hükmetmesi ile iki karar arasında mübayenet husulü ve binnetice hukukî mesuliyet ile cezaî mesuliyetin parçalanması imkân dahilindedir. Dediğimiz gibi hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinden evvel harekete geçip karar vermesi ile iki mahkeme kararı arasında meydana gelen bu gibi bir mübayenet, iki mesuliyet arasında ortaya çıkan bu gibi ikilik hukuk mantığı bakımından bir tenakus sayılmıyor ve hiç bir itiraz ve tenkidi mucip olmuyor.

Halbuki ceza mahkemesi kararının önceden verilmesi ile sonradan verilmesi arasında haddi zatında bir fark var mıdır? Yani hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinden evvel veya sonra failin ademi mesuliyetine hükmetmesi arasında hukuk mantığı bakımından bir fark müşahede edilebilir mi? Başka bir söyleyişle ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi kararından evvel veya sonra verilmesi ile iki mahkeme kararı bey-ninde mübayenet husule gelmesi arasında hakikatte bir fark mevcut mudur? zannetmiyoruz.

Ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimi için bir kaziyei muhkeme teşkil etmediği nazarı itibara alınınca ve bunun gibi hukuk mahkemesinin, şahsî hak davasını ceza mahkemesinin kararını beklemeksizin karara

bağlıyabileceği kabul edilince - ki Türk hukuk sistemine göre bu mümkün ve caizdir - iki mahkeme kararı arasında tenakus meydana gelmesi hukuk sistemine ve hukuk mantığına aykırı düşmez; bilâkis böyle bir tenakus bu sistem ve mantığın tabii ve zarurî bir neticesinden başka bir şey değildir.

Bu itibarla ceza mahkemesinin, hukuk mahkemesinin ademi mesuliyet kararından sonra, aynı kimsenin mesuliyetine hükmetmesi - hukuk sistemi ve mantığı yönünden - nasıl mümkün ve caiz ise; hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinin suç failinin mesuliyeti hakkındaki kararından sonra aynı kimsenin ademi mesuliyetine hükmetmesi de - yine aynı hukuk sistemi ve mantığı bakımından - mümkün ve yerindedir.

Şu halde - Mestre ve Waline'in iddiaları hilâfına - cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin daima müterafık ve muvazi olmadıkları âşikâr olduğu gibi; iki mesuliyetin ayırdedilebileceği ve parçalanabileceği de muhakkaktır.

Binnetice bir ajan veya memur tarafından işlenen bir suçun ajan veya memurun cezaî mesuliyetini mucip olduğu halde - şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru addedilerek - hukukî mesuliyetini müeddi olmaması memleketimiz bakımından da mümkün ve caizdir.

Gerçi ilk nazarda ve hukukî olmaktan ziyade hissî bakımdan cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin ayrılması, parçalanması kolaylıkla kabul edilecek ve benimsenebilecek bir hal sureti görünmemektedir. Gerçekten herhangi bir fiilin, failin cezaî mesuliyetini mucip olduğu halde, hukukî mesuliyetini müeddi olmamasını ilk nazarda ve hissî bakımdan kabul biraz güçtür.

Evet hislerimiz bu gibi bir neticeden belki rencide ve müteessir olur: Bir kimsenin herhangi bir fiilinden dolayı cezaî mesuliyete çarpıldığı halde aynı fiilden hukukan mesul tutulmamasını kolaylıkla kabul edemeyiz.

Lâkin, isbata çalıştığımız üzere, hukuk sistemi ve hukuk mantığı bakımından bu, mümkün ve caizdir.

Hiç şüphe yok ki hukuk sistemi ve hukuk mantığı hislerden üstün olmak gerektir. Hukukî noktai nazarın hissî noktai nazara galip gelmesi zaruridir.

3 — Nihayet cezaî mesuliyetle hukukî mesuliyetin hukukan ve mantıkan ayrılamıyacağını iddia edenlere karşı bir itiraz daha serdolanabilir ve denebilir ki:

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu bir kimseyi yalnız kendi fiil ve kusurlarından mesul tutmayıp; aynı zamanda başkasının fiil ve kusurlarından da mesul kılmaktadır.

Meselâ Borçlar Kanununun 55 inci maddesi «başkalarını istihdam

eden kimsenin, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zararlardan mesul» olduğunu söylemektedir.

Âşikârdır ki kanunun mesul saydığı «istihdam eden» daima hakiki bir şahıs olmayıp, - muhterem hocamız Prof. Dr. Kemalettin Birsen'in de işaret ettikleri veçhile - «bazan ve hattâ ekseriya hükmi bir şahıs ta olabilir» [11].

Hiç şüphe yok ki müstahdem veya amelenin alelâde bir haksız fiilinden mesul olan «istihdam eden», mezkûr haksız fiil ceza mevzuatına göre bir suç teşkil ettiği hallerde, - yine 55 inci madde mucibince - ve hattâ evleviyetle bu suçun sebebiyet verdiği zararlardan da malen mesuldür.

Sayın Profesör Kemalettin Birsen'in dedikleri gibi «meselâ istihdam edilen şoför vazifesini ifa ederken birisinin ölümüne sebebiyet verse, bundan onu çalıştıran... hukukan mesul olur. Böyle bir vaziyet karşısında hâkim, adam ölmesi halindeki tazminat esaslarını gözönünde bulundurarak, adam çalıştıranı maddî ve mânevî tazminata mahkûm eder» [12].

Nitekim Borçlar Kanunundan evvel meriyet iktisap eden Ceza Kanunu, 465 inci maddesinde, bu noktai nazarı benimsiyerek «bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından vazife veya hizmet sırasında işlenen 455 ve 459 uncu maddelerde yazılı cürümlerden dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirketin malen mesul» olacağını beyan etmektedir. Bu suretle hakiki veya hükmi şahısların, istihdam ettikleri bir kimsenin işlediği bir suçtan dolayı, mali mesuliyetlerini kabul etmektedir.

Şüphe yok ki Ceza Kanununun 465 inci maddesinde kabul ettiği «istihdam edenin malî mesuliyeti» esası yalnız 455 ve 459 uncu maddelerde yazılı suçlara münhasır olmayıp; Borçlar Kanununun 53 üncü maddesine giren bütün suçlara şamildir. Yani B. K.nun 55 inci maddesi bütün suçlara tatbik olunabilir.

Nitekim Adliye Vekâleti Ceza İşleri M. mütalâasına göre: Ceza Kanunu ile mevcut ve müesses bulunan mesuliyeti maliyenin tâyin, hudut ve şumulünde B. K. nu ahkâmı umumiyesinin, bilhassa 55 inci maddesinin nazara alınması icap eder [13].

Bunun gibi Temyiz C. H. U. 2/5/1939 tarih ve K: 188, E: 250 numaralı kararına göre de «mesuli bilmalın malî mesuliyeti B. K. nununda

[11] Kemalettin Birsen, Borçlar Hukuku, sah. 247.

[12] Aynı eser, sah. 245-246.

[13] Y. Cemal Köseoğlu, Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu 1942, 465 inci madde hakkındaki notundan naklen:

yazılı kayıt ve şartların tahakkukuna vabeste olup 465 inci madde B.K. nunun umumî hükümlerini tagyir edemez» [14].

Demek oluyor ki hukuk sistemimizde bir kimse, bazı hallerde ve bazı şartlar altında, başkasının fiilinden ve suçundan dolayı mesul tutulmaktadır. Şu halde cezaî mesuliyet ve malî mesuliyet, bazı hallerde ve bazı şartlar dairesinde, pekâlâ ayrılmakta ve parçalanmaktadır.

Gerçi bu gibi hallerde failin cezaî mesuliyeti yanında istihdam edene terettüp eden hukukî mesuliyet B. K.na göre sırf istihdam eden sıfatıyla bahse mevzu olan dolayısıyla bir mesuliyettir. Şu da var ki - şayet zarar failinin kusuru varsa ve fiilin kendisine isnad kabiliyeti mevcut ise - istihdam edenin zararı ika eden müstahdeme rücu edebilmesi mümkündür [15].

Halbuki müdafaa ettiğimiz telâkkide ajan ve memur tarafından işlenen bir suçun şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru addedilmesi halinde ajan ve memurun mensup ve bağlı olduğu idare hükmi şahsının mesuliyeti «istihdam eden» sıfatına müstenit ve B. K. nuna tâbi bulunan dolayısıyla bir mesuliyet olmayıp; sırf kendisine ait olan, kendisine isnat olunan bir kusurdan ileri gelen ve idare hukuku esaslarına tâbi olan doğrudan doğruya bir mesuliyettir. Aynı zamanda bilindiği üzere idarenin -hizmet kusurundan dolayı - müsebbip ajan veya memura rücu edebilmesi tamamen imkânsızdır.

Bununla beraber her iki halde de, netice itibariyle, cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin ayrılması ve parçalanması hâdisesi ile karşılaşmakta olduğumuz zâhirdir. Daha doğrusu her iki hâdisede bir kimsenin cezaî mesuliyetini mucip olan bir fiilin (bir suçun) o kimse yerine başkasının - yani o kimseyi çalıştıranın - hukukî ve malî mesuliyetini müeddi olduğu inkâr kabul etmez bir hakikattir.

Demek ki iki mesuliyetin tefriki ve parçalanması hukuk mantığına tamamen yabancı bir vaziyet olmadığı gibi; hukuk sistemimizde bir kimsenin vazifesi sırasında işlediği bir suçtan onu çalıştıran hakikî veya hükmi şahsın hukukan ve malen mesul tutulduğu da vakidir. Şu halde müdafaa ettiğimiz telâkkinin hukuk mantığına ve hukuk sistemimize mugayir olmadığı derkârdır.

Bilâkis değerli meslekdaşımız ve aziz arkadaşımız Doçent Dr. Ferit H. Saymen'in dediği gibi «bugün iktisadî ve içtimaî hayatın tekâmül ve

[14] Aynı eserden naklen.

[15] Rücu imkânı hususunda tafsilât için bakınız:

1. K. Birsen, aynı eser, sah. 252.
2. Samim Gönensay, Borçlar Hukuku, sah. 221.
3. Ferit H. Saymen, Başkasının fiilinden mesuliyet, 1942, sah. 92 ve müt.

inkışafı karşısında... bir şahsın ika edebileceği zarardan başkasının da mesul tutulabilmesini icap ettirmektedir. Meselâ bir fabrikanın kullandığı yüzlerce, binlerce ameleden birinin ika ettiği zarardan yalnız o ameleyi mesul tutmak ne amele bakımından doğru olur, ne de mağdur bakımından; bunun gibi nakliyecinin kullandığı müstahdemler ve yardımcı şahıslar, bir kahvehanenin, lokantanın, otelin kullandığı garsonlar, bir hastahane, sanatoryom, şifa yurdu veya nekahathanenin çalıştırdığı bakıcılar, hekimler, asistanlar, bir berberin kullandığı kalfa ve çıraklar, vesaire hep bu kabildendir» [16].

Şüphesiz ki aynı iktisadî ve içtimaî zaruretler nakil, sıhhat, maarif, zabıta, posta, ilh.. gibi çeşitli faaliyetlerde bulunan ve bu faaliyetleri binlerce, hattâ yüzbinlerce ajan ve memur marifetiyle ifa eden idarenin -zahiren ajan veya memurdan sadır imiş gibi görünen bir kusurun hakikatte faaliyetin fena tanziminden, kötü kurulmasından, bozuk bir surette işlemesinden ileri geldiği sabit olduğu takdirde, bir kelime ile kusurun ajan ve memura isnadı mümkün şahsî bir kusur teşkil etmeyip doğrudan doğruya idareye izafesi gereken bir hizmet kusurundan ibaret olduğu anlaşıldığında - ajan veya memur yerine kaim olmasını, zarardan mütevellit hukukî ve malî mesuliyeti üzerine almasını âmirdir.

Âşikârdır ki bu hal sureti gerek nazariyat ve hakkaniyet bakımından, gerek amelî ve malî bakımdan hem ajan ve memur hem de suçtan zarar gören mağdur için daha elverişlidir. Nazariyat ve hakkaniyet bakımından daha elverişlidir. Çünkü ajan ve memurdan sadır olan kusur hakikatte bir hizmet kusuru ise bunun malî mesuliyeti de hizmete, idareye ait olmak gerekir.

Amelî ve malî bakımdan da daha elverişlidir. Çünkü idarenin malî kudreti ajan ve memurların malî durum ve kabiliyeti ile kıyas kabul etmeyecek derecede üstündür.

II — Ajan ve memurlar tarafından işlenen bazı suçların, bazı hallerde, şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılabileceği hakkındaki telâkki *ikinci bir tenkit ve itiraza* daha uğramaktadır.

Şöyle ki, gerek Mestre gerek Waline'e göre, ajan ve memur tarafından ika olunan bir suçun şahsî kusur sayılacak yerde hizmet kusuru sayılması: C. M. U. Kanununun bir esaslı prensibini, kaidesini ihlâl etmektedir. Gerçekten mezkûr kanun herhangi bir suça hedef olan şahsa, yani suçtan zarar gören kimseye dilerse hukuku âmme davasına müdahale ve

[16] Aynı eser, sah. 70.

iştirak yoluyla bizzat ceza mahkemesinde suç faili aleyhine bir şahsî hak davası, hukuk davası açmak, ve yine dilerse hukuku âmme davasından tamamen ayrı ve müstakil olarak hukuk mahkemesine müracaatla faile karşı bir hukuk, tazminat davası ikame etmek imkânı bahşeylemektedir. Kısaca C. M. U. Kanunu suçtan mutazarrır olana bir hıyar hakkı tanı-
maktadır: İsterse ceza mahkemesinde isterse hukuk mahkemesinde fail aleyhine dava açabilmek imkânını vermektedir.

Halbuki, dediğimiz gibi, suçun şahsî kusur sayılacak yerde hizmet kusuru sayılması: C. M. U. Kanununun vazettiği bu esası, suçtan mutazarrır olan şahsa bahşeylediği bu imkânı, tanıdığı bu hıyar hakkını çiğnemekte, felce uğratmakta, sifıra indirmektedir.

Hakikaten âşikârdır ki bir suç şahsî kusur addedilmediği takdirde bundan dolayı suç failine bir gûna hukukî ve malî mesuliyet terettüp etmez. Başka bir söyleyişle bundan dolayı faili hukukan takip mümkün olmaz. Kısaca fail aleyhine bir şahsî hak davası, hukuk davası, tazminat davası açılmaz. Daha doğrusu bu gibi bir dava açılrsa dahi adli mahkemenin vazifesizlik beyan etmesi lâzımgelir. Yani suçun şahsî kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu nazara alarak adli mahkemenin - hizmet kusurundan mütevellit hukukî mesuliyetin idareye teveccüh edeceğini ve binaberin doğrudan doğruya idare aleyhine idarî kazada bir tam kaza, tazminat davası açılması lâzımgelceğini beyanla - vazifesizlik kararı vermesi gerekir.

Demek oluyor ki bu gibi bir halde C. M. U. Kanununun koyduğu prensip, bahşettiği imkân, tanıdığı hıyar hakkı âdeta siliniyor, felce uğruyor, gaip ve yok oluyor. Başka bir deyişle suçun şahsî kusur sayılmaması netice itibariyle suçtan mutazarrır olan şahsın - C. M. U. Kanunu gereğince - haiz olduğu imkânı bertaraf ediyor, bu kanunun kendisine tanıdığı hıyar hakkını nezediyor. Bir kelime ile suçun şahsî kusur addedilmemesi: suçtan mutazarrır olan kimseyi bu gibi bir imkân ve muhayyerlikten mahrum kılıyor.

İşte mezkûr telâkki bu bakımdan da tenkide şayan görülüyor.

Thépaz kararını tahlil ve tenkit eden profesör Mestre, bu karar mü-nasebetiyle, ihtilâf mahkemesinin ortaya koyduğu hal suretinin askerî ajan ve memurlara inhisar ettirilmeyip mülkî idare ajan ve memurlarına da teşmil edildiği takdirde, C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesinin kabul ettiği ana kaidenin bundan müteessir olabileceğini söylüyor.

Gerçekten müellife göre askerî ajan ve memurların işledikleri herhangi bir suçun şahsî kusur sayılmaması ile mülkî ajan ve memurların ika ettikleri herhangi bir suçun şahsî kusur telâkki olunmaması arasında mevzuat bakımından mühim bir fark vardır. Şöyle ki - evvelce işaret et-

tiğimiz üzere - 9/3/1928 tarihli Askerî Ceza Kanununun 8 inci maddesi askerî ceza mevzuatına giren suçlardan dolayı açılacak şahsî hak davalarının, hukuk davalarının askerî mahkemelerce tetkik olunamayacağını; bu gibi davaların behemehal adli mahkemelere ait olduğunu beyan eylemektedir. Görülüyor ki mezkûr kanun şahsî hak davasını tetkik ve rüyet hususunda askerî mahkemelerin vazifesiz olduklarını söylüyor. Kısaca kanun şahsî hak davasını hal ve fasl vazifesini askerî mahkemelere bırakmayıp hukuk mahkemelerine tevdi ediyor. Bu itibarla askerî ceza mevzuatına giren herhangi bir suçun şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılması; C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesiyle vazolunan prensibe - yani ceza davasına el koyan mahkemenin suç faili aleyhine açılan şahsî hak davasına da bakabilmek imkânına malik bulunduğu hususundaki kaideye - asla dokunmamakta, bu prensip ve kaideyi hiç bir suretle çiğnememektedir.

Halbuki mülki ajan ve memurlar tarafından işlenilen herhangi bir suçun şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılması: netice itibariyle C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesiyle vazolunan prensibi - yani ceza davasına el koyan ceza mahkemesinin suç faili aleyhine açılan şahsî hak davasına da bakabilmek imkânına malik bulunduğu hususundaki kaideyi - ihlâl eylemekte ve felce uğratmaktadır.

Çünkü âşikârdır ki suç şahsî kusur sayılmadığı takdirde ceza mahkemesi vazifesizlik beyan etmek, davayı dinlememek zorundadır. Oysa ki bu, netice itibariyle C. M. U. Kanununun ceza mahkemesine açıkça tanıdığı bir salâhiyetin nez'inden ibarettir. Gerçekten - C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesi gereğince - ceza mahkemesi her suç faili aleyhinde açılan şahsî hak davasını tetkik ve rüyet etmek, binnetice suç failinin cezai mesuliyetine hükmettiği gibi hukukî ve malî mesuliyetine de hükmedebilmek imkânına sahip bulunduğu halde; suçun şahsî kusur sayılmaması yüzünden ceza mahkemesi bu imkândan mahrum bulunmakta, yani suç failini hukukan takip edememek, suç failinin hukukî ve malî mesuliyetine hükmedememek ızdırarında kalmaktadır. Yine âşikârdır ki suçun şahsî kusur sayılmaması halinde C. M. U. Kanunu gereğince suç failini ceza mahkemesi veya hukuk mahkemesi nezdinde hukukan takip edebilmek, ondan tazminat istiyebilmek imkânına malik bulunan kimseler - yani suçtan mutazarrır olanlar - artık bu yüzden böyle bir imkândan mahrum kalmakta, suç failini artık ne ceza ne de hukuk mahkemesinde hukukî ve malî bakımdan takip edememek vaziyetine düşmektedirler.

İşte Mestre'e göre her suçun behemehal şahsî bir kusur sayılmaması, bu gibi bir mahzur arzettiğidir ve bu bakımdan itirazı mucip olmaktadır.

Aynı mahzura Profesör Waline de işaret etmekte ve aynı itirazı o da serdetmektedir. Filhakika Douai mahkemesinin Dame Duez kararını tahlil ve tenkit eden müellif, Douai mahkemesinin bu karar ile ihtilâf mahkemesinin Thépez kararıyla ortaya koyduğu hal suretini mülki ajan ve memurlar tarafından işlenen suçlara da cüretkâr bir surette teşmil ettiğini; böylelikle bu hal suretini fazlasiyle tevsi eylediğini kaydediyor.

Halbuki müellife göre Thépez hâdisesinde - 9/3/1928 tarihli askeri ceza kanununun 8 inci maddesinin sarahati karşısında - C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesinin tatbiki bahse mevzu olmadığına göre suçtan mutazarrır olan şahsa, hukuk mahkemesinde olduğu gibi dilerse ceza mahkemesinde de şahsi hak davası ikame etmek suretiyle, suç failini hukukan takip edebilmek hususunda tanınan imkân ve hıyar hakkı ihlâl edilmiş değildir. Buna mukabil Waline, Dame Duez hâdisesinde C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesinin kabul ettiği ana kaidenin neticeten ve fiilen ihlâl edildiğini itiraf ve teslim ediyor. Yani Mestre gibi Waline de suça hedef olan şahsa, suç failini her hal ve kârda ceza mahkemesinde hukuki ve malî bakımdan takip edebilmek hususunda tanınan imkân ve muhayyerliğin fiiliyatta dolayısıyla ihlâle uğradığını kabul ediyor. Bu itibarla Waline de suçun şahsi kusur sayılmamasına karşı bu gibi bir tenkit ve itiraz serdetmek suretiyle buna karşı cephe alıyor.

Mezkûr telâkkiye karşı ileri sürülen tenkitleri böylece naklettikten sonra; kendi hesabımıza bunlara cevap vermeğe çalışalım:

Bir kere şunu tekrar hatırlatalım ki: (şahsi kusur) - (hizmet kusuru) münasebeti (adli kaza) - (idarî kaza) münasebeti çerçevesine giren bir meseledir. Bu itibarla denebilir ki şahsi kusur - hizmet kusuru tefriki: netice itibariyle adli kaza ile idarî kaza ayrılığının bir tezahüründen başka bir şey değildir. Halbuki adli kaza - idarî kaza ayrılığı, malûm olduğu üzere, bir anayasa esasıdır. Bu cihetle bu esasın diğer hukuki esaslardan ve prensiplerden üstün olduğu inkâr kabul etmez bir hakikattir. Şu halde adli kaza - idarî kaza ayrılığı esasının ceza hukukunun herhangi bir prensibinden, ezcümle C. M. U. Kanununun kabul ettiği filân veya falan kaide-den üstün olduğu muhakkaktır.

Demek ki (şahsi kusur - hizmet kusuru) tefriki - ki, belirttiğimiz üzere hakiki ifadesini adli ve idarî kaza ayrılığında bulmaktadır - evet (şahsi kusur - hizmet kusuru) tefriki: Fransız C. M. U. Kanununun 3 üncü maddesiyle ve bizim C. M. U. Kanunumuzun 365 inci maddesiyle vazolunan esasa nazaran faik bir mevki işgal eylemektedir. Kısaca (şahsi kusur - hizmet kusuru) tefriki karşısında suçtan zarar gören şahsın suç faili aley-

hine ceza mahkemesinde şahsî hak davası açabilmek imkânı gölgede kalmakta, silinmekte, zail olmaktadır.

Elhasıl C. M. U. Kanunu bu gibi bir imkân tanımakla beraber; muhakkak ki bunu sırf ceza hukukiyle hususî hukuk münasebetleri bakımından kabul etmiştir. Yoksa meseleyi idare hukuku bakımından mütalâa ettiğimizde C. M. U. Kanuniyle vazolunan bu imkânın artık bahse mevzu olamayacağı; bu bakımdan bir mâna ve kıymet ifade edemeyeceği muhakkaktır. Başka bir söyleyişle C. M. U. Kanunu ile vazolunan bu imkânın şahsî kusur - hizmet kusuru münasebetlerinde cari olamayacağı ve tatbik edilemeyeceği âşikâr bir keyfiyettir. Yani - C. M. U. Kanunu gereğince - suç faili aleyhinde ceza mahkemesinde bir hukuk davası açabilmek imkânına malik bulunan şahısların bu gibi bir imkânı ancak idare hukuku sahası haricinde işlenen suçlar hakkında kullanabilecekleri derkârdır. Kısaca C. M. U. Kanununun tanıdığı bu gibi bir imkân şahsî kusur - hizmet kusuru münasebetlerinde bahse mevzu olamaz. Çünkü, dediğimiz gibi, bu gibi bir imkân idare fonksiyonu ile ilgili olmıyan suçlar, diğer bir ifade ile şahsî kusur - hizmet kusuru münasebet çerçevesi dışında kalan haller için kabul edilmiştir.

Şu halde, pek tabiidir ki, idare fonksiyonu ile ilgili olmıyan herhangi bir suç - C. M. U. Kanununun 365 inci maddesine istinaden - suç faili aleyhinde ceza mahkemesinde bir şahsî hak davasına sebebiyet verebildiği halde; idare fonksiyonu ile ilgili herhangi bir suç, yani bir ajan veya memur tarafından idarî bir faaliyet zımında veya âmme hizmeti münasebetiyle işlenen bir suç artık C. M. U. Kanunu esaslarına göre değil şahsî kusur - hizmet kusuru esaslarına tevfikân mütalâa olunmak gerektir. Yani bu gibi bir suç şahsî bir kusur teşkil ettiği takdirde - bu suç ajan ve memurun şahsına isnadı gereken şahsî bir fiilden ibaret olmak ve bina-berin idarî bir mahiyet arzmemek itibariyle - yine C. M. U. Kanunu esasları dairesinde suç faili - yani ajan ve memur - aleyhinde bir şahsî hak davasına sebebiyet verebilir. Lâkin böyle bir suç şahsî kusur değil de hizmet kusuru teşkil ettiği takdirde - bu suç ajan ve memura isnadı mümkün şahsî bir fiil olmaktan çıkıp münhasıran idareye atfı gereken idarî bir fiil mahiyeti arzmemek itibariyle - bundan mütevellit hukukî ve malî mesuliyet te artık C. M. U. Kanununa değil de idare hukuku esaslarına tâbî olmak lâzımgelir. Yani bu suç bir hizmet kusuru teşkil ettiğine göre ajan ve memura bir gûna hukukî ve malî mesuliyet terettüp etmeyip, bundan mütevellit hukukî ve malî mesuliyet münhasıran idareye teveccüh ettiğinden bu suçun sebebiyet verdiği zarardan ancak idare aleyhine bir tam kaza davası açılabilip suç failine karşı - C. M. U. Kanununa istinaden - bir şahsî hak davası açılmıyacağı münakaşa götürmez bir hakikattir.

Demek oluyor ki ajan ve memur tarafından işlenen bir suçun şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılması halinde C. M. U. Kanununun suç faili aleyhine ceza mahkemesinde şahsî hak davası açılabilmesi hususunda tanıdığı imkânın zail olması bu gibi bir telâkki aleyhine bir itiraz ve tenkit vesilesi teşkil etmemelidir. Bu itibarla Mestre ve Waline tarafından serdedilen bu gibi bir itiraz ve tenkidin yerinde olmadığı zahirdir.

III — Mezkûr telâkki aleyhinde *üçüncü bir itiraz* daha ileri sürülmektedir. Şöyle ki Thépez kararını tenkit eden Mestre - hâdisede failin ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik yüzünden taksirle adam yaralamadan dolayı Ceza Kanununun 320 nci maddesi gereğince cezaya çarpıldığı halde Medenî Kanunun 1383 üncü maddesine göre hukukan mesul tutulmadığını nazara alarak - diyor ki: «nasıl olur da C. K. nun 320 nci maddesi gereğince cezaî mesuliyeti doğuran bir (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik) aynı ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliği istihdaf eden M. K. nun 1383 üncü maddesine göre hukukî mesuliyeti mucip olmaz? Acaba ayrı bir kategori ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik mi mevzuubahistir? Eğer böyle ise - yani Ceza Kanununa göre başka bir (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik) ve Medenî Kanuna göre de başka bir (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik) mevcut ise - bu iki nevi ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliği yekdiğerinden tefrike yarıyacak kıstas nedir ve ne olmak lâzımdır?».

Görülüyor ki yukarıdaki ihtirazî kayıtları ve şüpheleri ile Mestre ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik şeklinde tecelli eden bir fiilin Ceza Kanununa göre suç sayıldığı halde Medenî Kanuna göre bir haksız fiil sayılmamasını doğru bulmadığını anlatmış oluyor. Başka bir ifade ile Ceza Kanununa göre ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik şeklinde görünen bir kusurun medenî hukuka göre bir kusur addedilmemesini tasvip etmiyor. Zira, müellife nazaran, aynı ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin Ceza Kanunu bakımından bir suç, bir kusur sayıldığı halde medenî hukuk zaviyesinden bir haksız fiil, bir kusur addedilmemesi: netice itibariyle iki türlü ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin mevcut olduğunu iddia ve kabul etmek demektir. Öyle ise Ceza Kanununa göre ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedir? Medenî Kanuna göre nedir? Bunu tesbit etmek zarurîdir. Daha doğrusu sözde farklı olan bu mefhumları birbirinden ayırdetmek lâzımdır. Kısaca ceza hukukuna ve medenî hukuka göre ayrı mânalar ifade eden bu iki mefhumu tefrike yarıyacak bir kıstas bulmak icap eder.

Halbuki böyle bir kıstas mevcut olmadığına göre müellif bu gibi bir tefriki kabul etmemektedir. Netice itibariyle bizi bu gibi bir tefrike götüren telâkkiyi de reddetmektedir. Yani Ceza Kanununa göre bir kusur ve bir suç teşkil eden herhangi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin Me-

deni Kanuna göre de behemehal bir kusur ve bir haksız fiil teşkil etmesi lâzımgeldiğine inanmaktadır. Bu itibarla Thépez içtihadını tasvip etmektedir.

Halbuki, zannımızca, meseleyi bu şekilde vaz ve halletmek doğru değildir.

Gerçekten herhangi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik Ceza Kanununa göre - bilfarz taksirle adam öldürme veya taksirle müessir bir fiil gibi - taksire müstenit bir cürüm veya kabahat teşkil ettiği halde; Medeni Kanuna göre ihmal suretiyle işlenilen bir haksız fiil teşkil etmeyeceği gibi idare hukuku esaslarına göre de ajan veya memura isnadi mümkün şahsi bir fiil ve kusur teşkil etmiyebilir.

Gerek Ceza Kanununun mesuliyete müteallik esaslarının hukukta cari ve müessir olmaması, gerek ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimini bağlamaması, gerekse şahsi kusur - hizmet kusuru hususunda bir takım kıstasların bulunması: nasıl - evvelce uzun uzadıya izah ettiğimiz üzere - herhangi bir suçun şahsi bir kusur sayılmamasını mümkün kılıyorsa; ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik şeklinde tecelli eden herhangi bir suçun da şahsi bir kusur sayılmamasını mümkün kılar.

Bunda şaşılacak bir cihet yoktur. Dediğimiz gibi ceza hukukunun mesuliyete müteallik esaslarının hukuki mesuliyet hususunda aynen cari olmadığı kabul edilince; bunun gibi ceza mahkemesi kararının diğer mahkemeleri bağlamadığı teslim edilince; nihayet bir hâdisede herhangi bir fiilin, kusurun şahsi bir kusur mu, yoksa hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin için hâdiseye şahsi kusur - hizmet kusuru kıstaslarını tatbik etmek lâzımgeldiği itiraf edilince... tabiatıyla ve bizzarure herhangi bir fiil gibi ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik suretiyle işlenilen bir suçun da - hâdisesine ve icabına göre - şahsi bir kusur teşkil etmeyip hizmet kusuru teşkil edebileceği neticesine varılır. Esasen - Mestre'in zannettiği gibi - meselenin merkezi sıkletini Ceza Kanununa göre ayrı bir (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik), Medeni Kanuna göre de yine başka bir (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik) mevcut olup olmayacağı teşkil etmez. Meselenin merkezi sıkletini Ceza Kanununa göre failin cezai mesuliyetini mucip olan bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin aynı zamanda - medeni hukuk ve idare hukuku esaslarına göre - failin hukuki ve mali mesuliyetini de müeddi olup olmayacağı teşkil eder.

Görülüyor ki meselenin ruhu ortada ayrı iki kategori (ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik) mefhumunun mevcut olup olmamasında değil; tek bir mefhumdan ibaret olan aynı ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin cezai mesuliyeti mucip olduğu gibi aynı zamanda behemehal hukuki ve mali

mesuliyeti de intaç etmesi lâzımgelip gelmediğindedir. Binaberin meseleyi «iki türlü ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik mi mevcuttur?» şeklinde vazetmemelidir. Meseleyi sadece «aynı ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin cezaî bakımdan olduğu gibi hukukî bakımdan da muhakkak aynı şahsa mı isnadı lâzımgelir?» şeklinde vazetmek gerektir; ki - evvelce verdiğimiz izahata binaen - biz aynı fiilin ceza hukuku bakımından faile isnat edildiği halde, hukukî bakımdan faile atfedilmeyip idareye izafe olunabileceğine kani bulunuyoruz.

Yoksa, fikrimizce, Ceza Kanununa göre bir suç teşkil eden herhangi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik şüphesiz Medenî Kanuna göre de ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliktir. Kısaca ceza mevzuatı çerçevesine giren bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, elbette ki, aynı zamanda medenî hukukun anladığı mânada da bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliktir. Bu itibarla âşikârdır ki ceza mevzuatına göre bir suç teşkil eden herhangi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik nazarı ve mücerret olarak, yani failden kat'ı nazar mütalâa olunduğunda haddî zatında medenî hukukun (kast) yanında kabul ettiği (ihmal, teseyyüp ve tedbirsizlik) nev'inden bir kusur, bir haksız fiil teşkil eder. Lâkin dediğimiz gibi, bütün mesele: bu gibi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin kime râci olacağını, kime isnad edileceğini tayinden ibarettir.

Halbuki, evvelce arzettiğimiz veçhile, hükmi, mânevî, farazî bir şahıstan ibaret olan idare namına faaliyette bulunan idare ajan ve memurları tarafından işlenen bütün fiil ve kusurları doğrudan doğruya bu ajan ve memurların şahıslarına isnat mümkün ve doğru değildir. Bu ajan ve memurlar tarafından işlenen fiil ve kusurlardan ancak - eldeki kıstaslara göre - birer şahsî fiil ve kusur teşkil ettikleri sabit olanları şahıslarına atf ve izafe edebiliriz. Bilâkis ajan ve memurlar tarafından işlenmiş olmalarına rağmen - mevcut kıstaslara nazaran - birer hizmet kusuru teşkil ettikleri anlaşılan fiil ve kusurların, artık ajan ve memurlara değil de doğrudan doğruya ve münhasıran idareye isnadı lâzımdır.

Bu izahattan da anlaşılacağı üzere esasen idare nam ve hesabına yapılan hiç bir fiil hakikatte hükmi, mânevî ve farazî bir varlıktan başka bir şey olmıyan idare tarafından meydana getirilmeyip; idarî fiil, tasarruf ve muameleler idare namına faaliyette bulunan ve hakikî, fizik varlıklar olan ajan ve memurların eseridirler. Bununla beraber ajan ve memur tarafından sözde idare nam ve hesabına meydana getirilen her fiil, her tasarruf, her muamele her hal ve kârda idareye isnad edilemediği ve idareyi hukukan ilzam eylemediği gibi, ajan ve memurlar tarafından işlenen her fiil, her kusur ve hattâ her suç ta muhakkak surette ajan ve

memurun şahsına isnad edilemez ve bundan ajan ve memur hukukan mesul tutulamaz.

Gerçi bir kusur, ister idareye ister ajan ve memura isnad olunsun, daima bir kusurdur. Yani kusurun, idareye veya ajan ve memura isnad edilmekle, kusur mahiyetini kaybetmiyeceği muhakkaktır. Lâkin kusur idareye isnad edildiği takdirde «hizmet kusuru» vasfını haiz olur. Halbuki ajan ve memura isnad edildiğinde «şahsî kusur» mahiyeti arzeder.

Bu esaslardan hareket edince diyebiliriz ki herhangi bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik ceza hukukuna göre failin cezai mesuliyetini mucip bir suç teşkil ettiği halde hukukî bakımdan şahsî bir kusur sayılmayıp bir hizmet kusuru addedildiği takdirde şüphesiz yine ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik mahiyetini ve vasfını muhafaza eder. Bu özünü ve karakterini kaybetmez. Evet bu yine, umumî mânada bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliktir. Kısaca bu, kast yanında kabul olunan ihmal, teseyyüp, tedbirsizlik nev'inden bir kusurdan başka bir şey değildir.

Lâkin bu kusur ajan ve memurun şahsına değil ajan ve memurun nam ve hesabına hareket ettiği, faaliyette bulunduğu idare hükmi şahsına ait ve râci olan bir hizmet kusurudur. Bu itibarla medenî hukuktan farklı bir kusurdur ve herhalde ajana ve memura isnad edilmeyip, bizzat hizmete, doğrudan doğruya idareye izafe olunan bir kusurdur.

Görülüyor ki mesele: ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik mefhumunun medenî hukuka göre mânasını tayinden ziyade idare hukukuna göre anlamını tesbitten ibaret olduğu gibi; böyle bir ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin ajan ve memura mı yoksa idareye mi isnad edileceğini araştırmaya müncer olmaktadır.

IV — Ajan ve memurlar tarafından vazifeleri zımında veya gördükleri âmme hizmetleri münasebetiyle işlenen bazı suçların şahsî kusur sayılacak yerde hizmet kusuru telâkki edileceğini natik mahkeme içtihadı *dördüncü ve son bir itiraza* sebebiyet vermektedir. Şöyle ki Waline, evvelce naklettiğimiz diğer itirazlardan kat'î nazar, bizzat «şahsî kusur» mefhumuna dayanarak ve «şahsî kusur» kıstaslarını nazara alarak ceza mevzuatı çerçevesine giren bir fiilin, yani bir suçun - «şahsî kusur» mefhumunun tabii bir neticesi olarak ve eldeki şahsî kusur kıstaslarına göre - şahsî bir kusur sayılmasının daha doğru ve isabetli olacağını iddia eylemektedir.

Gerçekten müellif evvelce naklettiğimiz itirazları serdettikten sonra şöyle bir sual irad etmektedir: «Bu itirazlardan sarfınazar, acaba bizzat (şahsî kusur) mefhumu dahi her suçun, zarurî olarak, şahsî bir kusur sayılmasını tazammun eylemez mi?»

Bu suale cevap verebilmek için Waline evveleminde bir tefrik yapmak zaruretine işaret etmektedir. Şöyle ki, müellife göre, ajan ve memurlar tarafından işlenen suçların şahsî kusur mu yoksa hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tesbit ederken her şeyden evvel kasdî bir mahiyet arzeden, daha doğrusu cürmî bir kasde müstenit suçlarla kasdî bir mahiyet arzemiye, yani ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik, kayıtsızlık, acemilik, tecrübesizlik, nizam, emir, talimat veya kaidelere riayetsizlik gibi taksire müstenit suçları yekdiğerinden ayırdetmek lâzımdır. İşte, müellife göre, birinci nevi suçlar - yani kast unsurunu ihtiva eden suçlar - muhakkak ki aynı zamanda birer şahsî kusur teşkil ederler. Zira kast unsurunun mevcudiyeti, yani suçta cürmî kasdın bulunması: bu fiilin fail - yani ajan ve memur - tarafından ızzar maksadiyle işlendiğini; başka bir söyleyişle failin - yani ajan ve memurun - hukukî ve içtimâî nizama aykırı (anti juridique ve anti social) bir gaye güttüğünü; hülâsa failin, kötü bir maksat ve niyetle hareket ettiğini açığa vurur ve kesin surette isbat eder. Âşikârdır ki bu gibi suçlar - Laferrière'denberi kabul edilegelen sübjektif kıstasa göre - şahsî birer kusur teşkil ederler ve binnetice doğrudan doğruya ve münhasıran ajan ve memurun hukukî ve malî mesuliyetini müeddî olurlar. Çünkü, dediğimiz gibi, kasdî bir mahiyet arzeden bu suçun ikâ failin ahlâkî redaetini, kötülüğünü meydana koyar ve hırslarına, hislerine mağlûp bir insan olduğunu gösterir. Binaberin bu gibi bir suçun ajan ve memur tarafından - az çok hataya maruz bir idare adamı sıfatıyla değil de - sırf hırslarına, hislerine mağlûp fena bir insan sıfatıyla işlendiği meydandadır. Şu halde bunun - sübjektif kıstasa göre - hiç bir zaman bir hizmet kusuru sayılamıyacağı; bilâkis bu gibi bir suçun muhakkak şahsî bir kusur teşkil edeceği izah ve isbata muhtaç olmayacak kadar bedihî bir keyfiyettir.

Buna mukabil ikinci nevi suçların, yani kast unsurunu ihtiva etmiyen suçların, başka bir ifade ile meselâ taksirle adam öldürme ve yaralama gibi... taksirle işlenen cürümlerin ve bunun gibi kabahatlerin, bazı hallerde, şahsî kusur yerine hizmet kusuru teşkil edip edemeyecekleri cayi sualdir. Zira kast unsurunu ihtiva eden bir suçun, bir fiilin - yukarıda belirttiğimiz üzere - hiç bir veçhile bir hizmet kusuru teşkil edemeyeceği âşikâr olduğu halde; kast unsurundan mahrum olan bir suçun, yani ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik, tecrübesizlik, nizam ve talimata riayetsizlik suretiyle sırf taksirle işlenen bir cürmün - bilfarz taksirle adam ölmesine, müessir fiil neticelerine, yangına, infilâka sebebiyet vermek gibi.. bir cürüm - veya esasen hiç bir kast aranmiyan ve bahse mevzu olmıyan bir kabahatin, ilk nazarda, behemehal şahsî bir kusur teşkil edeceği bedihî değildir.

Waline diyor ki: «Bu gibi suçların - yani kast unsurundan mahrum olan suçların - şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmemeleri (şahsî kusur) ve (hizmet kusuru) hakkındaki telâkkilere ve kıstaslara göre değişir».

Gerçekten Laferrière tarafından ileri sürülen sübjektif kıstasın birinci kısmı nazara alınacak olursa - bu kıstasta «izrar kasdı», «kötü maksat ve niyet», idare fonksiyonuna yabancı «şahsî ve egoist bir gaye» mevzu bahis olduğuna göre - kast unsurunu ihtiva etmiyen bir suçun şahsî bir kusur teşkil etmiyeceği pekâlâ iddia edilebilir.

Lâkin Laferrière tarafından ortaya atılan sübjektif kıstasın ikinci ve mütemmim kısmı nazara alınır; Laferrière'in şahsî kusur kıstasında ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik, tecrübesizlik gibi hususlara da yer verildiği inkâr edilemez. Bu itibarla - sübjektif kıstasa göre - yalnız kasdin değil; taksirin de şahsî kusur teşkil edebileceği söylenebilir. Nitekim Waline ihtilâf mahkemesinin müteaddit kararlarına göre ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik.. suretiyle işlenen bazı fiillerin birer şahsî kusur sayıldığını hatırlatıyor. Diyor ki: «Meselâ sıhhat zabıtası ajanlarının yanlış teşhisi üzerine, bulaşık bir hastalığa müptelâ olduğu sanılarak, bir hâmile kadının karantinaya tâbi tutulması ve aynı zamanda tedavisinde gösterilen ihmal, dikkatsizlik ve tecrübesizlik dolayısıyla ölümüne sebebiyet verilmesi - ortada hiç bir kötü kasıd ve niyet olmadığı halde - yüksek mahkemece şahsî bir kusur sayıldığı gibi [17]; bir idare ajanının, yanlışlıkla, bir deli yerine, başkasını tımarhaneye sevketmesi de - yine sırf bir ihmal ve dikkatsizlik eseri iken - ihtilâf mahkemesince şahsî kusur addedilmiştir [18]».

Waline ihtilâf mahkemesinin bu içtihadından şu neticeyi çıkarıyor ki: Ortada kötü bir kasıt ve niyet, izrar kastı, şahsî ve egoist bir gaye olmadığı halde ajan ve memurun ağır ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik ve tecrübesizliği de bazan şahsî bir kusur telâkki olunduğuna göre taksirle işlenen bir cürüm ve kabahatin dahi - bu içtihada tevfikan - şahsî bir kusur teşkil edeceği iddia edilebilir.

Görülüyor ki Waline - şahsî kusur mefhumuna dayanmak ve sübjektif kıstası nazara almak suretiyle - ajan ve memurlar tarafından işlenen bazı suçların bazan bir hizmet kusuru sayılabileceği yolundaki içtihadı pek tasvip ve kabul etmiyor. Bilâkis bu içtihadın yerinde olmadığı hususundaki şüphelerini izhar etmekten kaçınmıyor.

[17] Dalloz, 1903.3.93 Maskaras kararı.

[18] Dalloz, 1906.2.273.

Gerçi müellif bir suçun hiç bir zaman bir hizmet kusuru teşkil edemeyeceğini sarahat ve katiyetle iddia etmiyor. Lâkin «taksirle işlenen bir suçun şahsî bir kusur teşkil edeceği kabul edilebilir» şeklindeki ifadesiyle her suçun - sübjektif kıstasa göre - şahsî bir kusur sayılması lüzumuna inandığını ve buna mütemayil bulunduğunu ihsas ediyor.

Fikrimizce Waline'in bu son delili dahi mukni değildir.

1 — Gerçekten bir kere - bizzat Waline'in izahatından da dolayısıyla anlaşıldığı üzere - Fransada mahkemelerin her ihmâl, dikkatsizlik, tedbirsizlik hâdisesini - sübjektif kıstasa göre - behemehal şahsî bir kusur addettikleri söylenemez.

Nitekim müellif bu hususta sadece ihtilâf mahkemesinin bir, iki kararını zikretmekle iktifa edip; Fransada her ihmâl, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin, umumî bir surette ve istisnasız, daima şahsî kusur sayıldığını iddia eylememektedir.

Herhalde şu muhakkaktır ki bugün bir ajan veya memurun herhangi bir ihmâlî, dikkatsizliği, tedbirsizliği, tecrübesizliği mutlaka ve her zaman şahsî bir kusur addedilmemektedir. Hâdisesine ve icabına göre bu gibi bir ihmâl, dikkatsizlik ve tedbirsizliğin bazan şahsî kusur sayıldığı halde; bazı hallerde hizmet kusuru olarak kabul edildiği de vakidir.

Hakikaten şahsî kusur hakkında mevcut kıstas yalnız Laferrière'in sübjektif kıstasından ibaret değildir. Şahsî kusurun, daha başka kıstasları vardır ki; bunlardan biri de, ajan ve memur tarafından işlenen fiil ve kusurun idare fonksiyonundan, yani ajan ve memurun görmekle mükellef olduğu faaliyetten, ifa zorunda olduğu hizmetten zihnen veya madeten ayrılması mümkün olup olmadığına bakarak şahsî kusuru teşhis ve hizmet kusurundan tefrik etmeğe çalışır.

Halbuki bu kıstas son zamanlarda doktrin tarafından ziyadesiyle iltifata şayan görülen ve mahkemelerce oldukça benimsenen bir kıstastır.

Şu halde «taksirle işlenen suçların birer şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmeyecekleri keyfiyetinin (şahsî kusur) ve (hizmet kusuru) hususundaki kıstaslara göre değişebileceğini» itiraf eden Waline'nin, meseleyi münhasıran Laferrière kıstası bakımından mütalâa etmekle iktifa eylemesi doğru olmasa gerektir. Anlatmak istediğimiz gibi müellifin meseleyi diğer kıstaslar zaviyesinden de, ezcümle «hizmetten ayrılma» kıstasına göre de tetkik etmesi lâzımgelirdi.

2 — Şu da var ki mevcut mahkeme içtihatlarına dayanmak suretiyle, taksirle işlenen bir suçun şahsî kusur sayılmasını tenkit eden müellifin bu gibi bir telâkkinin de yine mahkeme içtihatlarınca kabul edildiğini gö-

zünden kaçırmaması lâzımgeldiği gibi; bu telâkkinin - evvelce işaret ettiğimiz üzere - mahkemeler tarafından gitgide daha ziyade benimsendiğini ve böylelikle günden güne daha mütebellir ve müstakar bir içtihat halini almağa yüz tuttuğunu da nazara alması iktiza eylerdi.

Bütün bu izahat bize şunu gösteriyor ki; Waline'in itirazlarına rağmen ajan ve memurlar tarafından vazifeleri zımında veya âmme hizmeti münasebetiyle ika olunan bazı suçların, daha doğrusu kasıt unsurunu ihtiva etmiyen sırf taksirle işlenen suçların şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılabileceği mahakim içtihadınca kabul edilmektedir.

Bu gibi bir telâkki de - muarızların serdettikleri bütün tenkitlere rağmen - kabili müdafaa ve şayanı kabuldür. Nitekim, zannımızca, şimdiye kadar kendi nam ve hesabımıza irae ettiğimiz mucip sebep ve deliller bu telâkkinin müdafaa edilebileceğini göstermektedir.

* * *

Evet müdafaa ettiğimiz tezin memleketimizde de bir takım tenkit ve itirazlara uğrayacağını bilmiyor değiliz. Lâkin yerleşmiş bir takım müesseseleri, prensipleri ve kanaatleri ilk nazarda sarsar ve hattâ yıkar görünen bu noktaî nazarın, ariz ve amik bir tetkik ve tahkik neticesinde, tasvibe ve kabule şayan olduğu fikrindeyiz.

Tezimizi isbat sadedinde ileri sürdüğümüz bütün mülâhazalar - yâni ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimi için kaziyei muhkeme teşkil etmediği; ajan veya memurlardan sadır her fiilin behemehal şahıslarına atfı mümkün şahsî bir fiil, şahsî bir kusur sayılamıyacağı; ajan veya memurdan sadır herhangi bir kusurun şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu tayine yarayacak bir takım kıstasların mevcut olduğu; suçların da, tıpkı ajan ve memurların diğer fiilleri ve kusurları gibi, bu kıstaslara tevfikân, hâdisesine ve icabına göre, şahsî bir kusur sayılması mümkün olduğu kadar birer hizmet kusuru sayılabileceği; (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefrikinin adli kaza ve idarî kaza ayrılığı esasının bir tezahüründen ve ifadesinden başka bir şey olmadığı; (adli kaza - idarî kaza ayrılığı) esasının ise âmme hukukumuzun temellerinden madud bir anayasa prensipi olduğu; bu itibarla mezkûr esasın, yâni adli ve idarî kaza ayrılığı esasının, diğer hukukî prensiplerden üstün bulunduğu; ez-cümle bu ayrılık esasının, doğru olsa bile, ceza mahkemesi kararının hukukta kaziyei muhkeme teşkil etmesi lüzumundan, cezaî mesuliyet ile hukukî mesuliyetin müterafik ve muvazi olmaları zaruretinden üstün olduğu; netice itibariyle (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefrikinin uyuşmazlık mahkemesine ait bulunduğu; uyuşmazlık mahkemesinin ise diğer mahkemelerin bağlı oldukları esaslar ile asla mukayyet olmadığı; bina-

berin uyumsuzluk mahkemesinin, ceza mahkemesi kararı hilâfına olarak, ajan veya memur tarafından ika olunan bir suçu şahsî kusur sayacak yerde bir hizmet kusuru addedebileceği; binnetice cezai mesuliyeti mucip bir fiilin hukukî mesuliyeti müeddi olmamasının mümkün bulunduğu... gibi mülâhazalar - müdafaa ettiğimiz telâkkinin hukuk mantığı bakımından, hukuk sistemimiz yönünden doğru ve yerinde olduğunu, yani idare ajan ve memurları tarafından idarî bir faaliyet zımında veya bir âmme hizmeti münasebetiyle taksirle işlenen bazı suçların, bazı hallerde, şahsî kusur sayılacak yerde birer hizmet kusuru sayılabileceğini, sanırız ki, en açık ve kesin şekilde meydana koymuştur.

Bu cihetle mezkûr telâkkiye karşı, sırf hissî bakımdan ve zahirî bir takım düşüncelere müsteniden serdolanan itirazların ve bunlara mümasil ve müşabih olarak belki de dermeyanı mümkün olan başka bazı tenkitlerin hukukî ve ciddi bir değeri olmadığına kani bulunduğumuz gibi; bu itiraz ve tenkitlerin müdafaa ettiğimiz telâkkiye aslâ cerhetmediği ve bizi, bunun doğruluğunu kabul ve beyandan hiç bir veçhile alakoyamayacağı kanaatindeyiz.

Bu suretle «suç» mefhumunun şahsî kusurun şaşmaz bir miyarı olmadığını; yani şahsî kusurun tâyin ve teşhisinde bir kıstas rolünü ve vazifesini oynıyamıyacağını; kısaca «suç» un şahsî kusurun bir kıstası sayılamıyacağını isbat etmiş oluyoruz ki; esasen «suç» ve «şahsî kusur - hizmet kusuru» münasebetini incelemekteki maksadımız da sadece bunu isbattan ibaret idi.

Ragıp SARICA