

**Adli Mahkemelerde İdare Ajan ve Memurları Aleyhlerinde, Şahsi Kusurlarına Binaen, Açılan Tazminat Davalarında Şikâyeti Mucip Fiilin Şahsi Bir Kusur Teşkil Edip Etmediğini Tayin Adli Mahkemeler İçin Bir Meselei Müstehire midir?**

**Doçent Ragıp SARICA**

Adli mahkemelerde, ajan ve memurlara şahsi bir kusur isnad etmek suretile, aleyhlerinde açılan şahsi tazminat davalarında ajan ve memurlara isnad olunan fiilin şahsi bir kusur teşkil edip etmediğini araştırmak ve tayin etmek acaba, adli mahkeme için, bir meselei müstehire midir? Yoksa değil midir?

Yani bu gibi davalarda adli mahkemeler şikâyeti mucip fiilin davacının iddia ettiği gibi hakikaten şahsi bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe araştırabilir ve tayin edebilirler mi? Yoksa bunu bir meselei müstehire saymak zorunda mıdırlar? Başka bir söyleyişle, ajana, memura isnad olunan fiilin şahsi bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiği noktasının taharri ve tayini hususunu adli mahkemeler bir meselei müstehire sayarak bunun vazifeli kaza mercii - yani Devlet Şûrası veya Uyuşmazlık mahkemesi - tarafından hâline değin davayı talik ve tehir etmeleri mi lâzımdır?

Yukarıdaki suallere Fransız ve Türk doktrininde müspet ve menfi cevap verenler bulunduğunu derhal kaydedelim. Vazettiğimiz mesele hakkında tam ve kat'i bir sonuca varabilmek için evvelâ şahsi kusurun tayini meselesinin bir meselei müstehire teşkil ettiğine kani bulunan hukukçuların tezini görelim. Sonra da aksi noktai nazara bir göz gezdirelim.

I — Adli mahkemelerin, ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsi bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe araştıramıyacaklarını ve bunu bir meselei müstehire telâkki ederek bunun vazifeli kaza mercii - yani Devlet Şûrası veya ihtilâf mahkemesi - tarafından hâline değin tazminat davasını talik ve tehir etmek zorunda bulduklarını iddia eden müellifler sırasile Profesör Duguit, Watrin ve S. S. Onar'dır.

A — Gerçekten - başka bir yazımızda [1] - şahsî kusurun hizmet kusuru tefriki hususunda Profesör *Duguit*'nin ileri sürdüğü kıstası incelerken göstermeye çalıştığımız üzere âlim hukukçuya göre: Şahsî kusuru hizmet kusurundan açık ve kesin surette tefrik ancak hâdiseleri sıkı bir tahlile tâbi tutmak ve birbirinden tamamen farklı olan iki hali ayrı ayrı mütalâa etmek sayesinde mümkün olabilir. Şöyle ki:

1 — Çok defa şikâyeti mucip fiil idarî bir fiilin icrası sebebiyle işlenmiş olmakla beraber ondan tamamen *ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arzeder*. Bu itibarla şikâyeti mucip fiilin: fonksiyon icabı icra olunan fiil ile hiçbir ilgisi ve bağı yoktur. O halde ki daha *ilk nazarda* bu fiilin, fonksiyonla bir alâkası olmadığı sezilir. Bu gibi hallerde icra olunan asıl idarî fiil yanında yer alan bu ikinci fiil haddi zatında hiçbir idarî mahiyet ve karakter arzetmez. Daha doğrusu bu fiil, gerek mevzu bakımından gerek maksat cihetinden, idare fonksiyonuna yabancı ve aykırıdır. İşte umumiyetle tatbikatta mahkemelerin en fazla karşılaştıkları hal budur. Yani memurun kusuru bu şekilde manzur olur. Aşikârdır ki bu gibi ahvalde şahsî kusuru teşhis ve tefrik fazla bir nezaket ve güçlük arzetmez.

Müellif bu söylediklerini bir takım misallerle teyid ediyor ve mahkeme kararları arasından aşağıdaki örnekleri seçiyor:

a) Belediye reisleri Fransada 2/2/1852 tarihli kararname mucibince belde dahilindeki intihaplar icra olunmazdan evvel intihap listelerini tetkik ve intihap ehliyetini haiz olmayanları listeden ihraç ile mükellef olup; bu şekilde tashih ettikleri listeleri belediye dairesinde asmak suretile umumun ittilama arzederler.

İşte bir belediye reisi, bir belediye intihabı münasebetile yaptığı tetkikat neticesinde siyasî hasmı ve rakibi olan bir müntehibi, iflâs etmiş bir tacir olmak itibarile, intihap ehliyetinden mahrum olduğunu haklı olarak nazara alarak, intihap listesinden çıkarmak ve bunu usulü dairesinde belediye binası dahilinde ilân etmekle iktifa edecek yerde; tuttuğu bazı çığırtnklar marifetile ve bunun gibi sokaklarda dağıttığı ve yapıştırdığı el ve duvar ilânlarile bu kimsenin, müflis olmak hasebile, listeden çıkarıldığını bütün belde dahilinde ilân etmiş ve yaymıştır.

Mezkûr fiilden dolayı adli mahkemede belediye reisi aleyhine açılan tazminat davasında, haklı olarak, şahsî kusuruna binaen mali mesuliyetine hükmolunmuştur. Gerçekten, *Duguit*'ye göre, şikâyeti mucip fiil bu hâdisede idarî fiilden açık surette ayrı bir fiil olarak görülmektedir ve

[1] İstanbul Barosu Dergisi Haziran 1946, Sayı VI, sah. 218 ve müt.



aşikârdır ki bu fiil belediye reisine atfı gereken şahsî bir kusur teşkil etmektedir.

b) Bunun gibi bir maliye müfettişi bir tütün antreposunda tahkikat icra ettiği sırada bir takım yolsuz ve usulsüz muamelelere şahit olmuştur. Şüphe yok ki bu gibi bir tahkikat icrası idare fonksiyonuna dahil idarî bir fiildir. Lâkin müfettiş, bu tahkikat münasebetile, antrepo müstahdemlerinden birini, hiddetlenerek ve yanlış yere alenen hırsızlıkla itham ediyor.

Duguît'ye göre bu sonuncu fiilin idare fonksiyonile hiçbir ilgisi yoktur. Başka bir söyleyişle memurun bu hareketi âmme hizmetine yabancı bir fiildir; idarî fiil dışında kalan bir şahsî kusur teşkil etmektedir.

c) Kezalik bir öğretmenin ders esnasında müstehcen, âdi ve talebenin hissiyatını rencide edecek mahiyette bir takım sözler söylemesi şahsî bir kusur teşkil eder. Zira ders idare fonksiyonuna giren idarî bir fiil olmakla beraber; müstehcen, âdi ve kırıcı bir takım sözlerin sarfedilmesi, muhakkak ki, öğretim vazifesine tamamen yabancı ve aykırı olmak hasebile hizmetten ayrı bir mevcudiyet arzeder. Bu gibi sözleri dersin normal bir surette icrası keyfiyetinden ayırmak, tecrid etmek çok kolay ve basit bir iştir.

İşte Duguît yukarıdaki hallerde adli mahkemelerin şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe takdir edebileceklerini kabul ediyor ve şahsî kusuru araştırmalarına cevaz veriyor. Çünkü, müellifin işaret ettiği üzere, bu gibi hallerde «adliye mahkemesi daha ilk nazarda tefriki kolaylıkla mümkün ayrı iki fiil ile karşılaşmaktadır. Şöyle ki: biri fonksiyona müteallik idarî bir fiil, diğeri ise fonksiyonla asla ilgisi olmayan şahsî bir fiil olmak üzere iki fiil göze çarpmaktadır. Bundan ötürüdür ki bu gibi hallerde şahsî kusuru tefrik ve teşhis adliye mahkemesi için bir nezaket ve güçlük arzuetmez. Filhakika mahkeme burada fonksiyona müteallik idarî bir fiili tahlil ve takdir etmeye davet edilmiyor. Adli mahkemenin sadece memurun bu idarî fiil münasebetile icra ettiği şahsî bir fiili incelemesi ve tartması bahse mevzu oluyor. Diğer bir deyişle bu gibi hallerde adli mahkeme idarî fiile dokunmaksızın, yani bunun tahlili, takdiri, tenkidî cihetine gitmeksizin şahsî kusuru teşhis ve tesbit edebilmektedir.

Görüldüğü üzere Duguît, yukarıdaki ilk ihtimalde adli mahkemelelerin ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe araştırabileceklerini kabul etmekte; bunu adli mahkemeleler için bir meseleî müstehire saymamaktadır.



2 — Halbuki müellifin belirttiği ikinci bir ihtimal vardır ki; işte burada şahsî kusurun taharrisi ve tayini bir meseleî müstehire teşkil eder:

Gerçekten, müellife göre, bazan memurun, ifa ile mükellef olduğu faaliyet zımında, işlediği kusur idarî fiilden *ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arz etmez*. Kısaca şikâyeti mucip fiil: idarî fiile muvazi bir ikinci fiil olarak görünmez. Bilâkis görünüşte tek bir fiil, yani idare fonksiyonuna dahil ve bu fonksiyona müteallik idarî bir fiil vardır. Bu gibi hallerde *kusur idarî fiilde mündemiç* bulunmaktadır.

Aşikârdır ki idarî fiil içinde gizli bulunan bu «şahsî kusur» unsurunu teşhis ve idarî fiilden tefrik deminki kadar kolay ve basit değildir. Çünkü, bu ikinci ihtimalde, görünüşte tek bir fiil vardır. Bu da, fonksiyona müteallik bir fiil, idare fonksiyonuna giren idarî bir fiildir.

Ancak şu var ki, bu fiil içinde, belki de, şahsî bir kusur mündemiç bulunmaktadır. Kısaca belki de idarî fiil içinde şahsî bir unsur gizlenmektedir. İşte bu şahsî kusuru teşhis ve tesbit için, diğer bir ifade ile bu «şahsî kusur» unsurunu açığa vurabilmek için idarî fiili *tahlil etmek, buna nüfuz eylemek, bunu tartmak, münakaşa etmek* mecburiyeti vardır. Başka bir deyişle idarî fiil içinde mündemiç şahsî kusuru teşhis ve tesbit için içinde gizlendiği, içine karıştığı, onunla kaynaştığı idarî fiili nazarı itibara almak, tahlil ve tenkide tâbi tutmak icap eder. Şöyle ki, görünüşte idarî bir fiil şeklinde tecelli eden memurun fiilini, maksat ve mevzu bakımından, incelemek lâzımdır. Yani memur zahiren idarî bir fiil icra eder görünmekle beraber; hakikatte bu fiili icra ederken ne gibi bir maksat gütmüştür? Bu maksat idare fonksiyonuna uygun bir maksat mıdır? Yoksa bilâkis idare fonksiyonuna tamamen yabancı ve aykırı bir maksat mıdır? Bir kere bu noktanın araştırılması lâzımdır. Saniyen zâhiren idarî bir fiil mahiyetini ve karakterini arzeden bu fiil mevzu itibarile idare fonksiyonuna *dahil* bir fiil midir? Yani mevzuu idare fonksiyonuna *uygun* mudur? Yoksa bilâkis mezkûr fiilin mevzuu idare fonksiyonuna yabancı mıdır? Fiil mevzu itibarile fonksiyona aykırı mıdır? Taharrisi ve tesbiti gereken ikinci bir nokta da budur.

Müellif bu söylediklerini bazı misallerle teyid eylemektedir:

a) Meselâ, Duguit'ye göre, bir muhtarın, dinî merasim haricinde defnedilen bir kimsenin cenazesi münasebetile, kiliselere çan çalmalarını emretmesi ve bu emri fiilen yerine getirtmesi mevzu bakımından idare fonksiyonuna yabancı bir şey değildir. Zira - 9/12/1905 tarihli kanunun 20 nci ve 16/3/1906 tarihli kararnamenin de 50 ilâ 52 nci maddeleri mucibince - muhtarlar bu yolda emirler vermek ve bu emirleri tatbik ettirmek salâhiyetini haizdirler. Yani kiliselere çan çalmalarını emretmek prensip itibarile muhtarların salâhiyeti harici bir iş değildir.



Lâkin şu var ki mevzuu itibarile muhtarın salâhiyetine dahil bulunan bu gibi bir emir hâdisemizde âmmé hizmetine yabancı bir maksatla ittihaz olunmuştur. Kısaca muhtar bu gibi bir emir ittihaz etmekle kanuna aykırı bir maksat gütmüştür. Gerçekten aşikârdır ki dinî merasim haricinde sırf lâik bir cenaze münasebetile kiliselerin çan çalmalarını emretmekle muhtar papasları ve köyün mutaassıp ve dindar zümresini iz'aç etmek, bunların hislerini rencide eylemek gayesinden başka bir maksat tâkip etmemiştir.

Görülüyor ki hâdisede ancak maksadı taharri ve keşfetmek suretleridir ki, zahiren idari bir fiil şeklinde görünen, idari bir fiil içinde bir «şahsi kusur» unsuru tesbit etmek ve açığa vurmak imkânını elde etmiş oluyoruz. Nitekim ihtilâf mahkemesi de böyle yapıyor. (Sırey 1910. 3. 129).

b) Bunun gibi, Duguit'ye göre, bir idare ajanının veya bir memurun, muayyen bir fiili icra hususunda, kanunun kendisini salâhiyettar kıldığı haller dışında bir fiili yapmaya kalkışması, mevzu cihetinden, salâhiyeti haricinde ve fonksiyonuna tamamen yabancıdır. Meselâ mevzuat idarenin hangi hallerde fertlerin şahısları ve malları üzerinde re'sen hareket salâhiyetini kullanabileceğini, tâdadî ve tahdidî bir surette göstermiştir. Kısaca mevzuat idarenin - muayyen bazı hallerde - adli mahkemeleri ve mercileri tavsit mecburiyeti olmaksızın ittihaz edeceği bir takım icrai kararlarla ve bu kararların icrası zımında yine sırf kendi ajanları marifetile eşhas ve emval üzerinde bir takım tesirler icra etmesine cevaz vermiştir. Yani mevzuat idareye, eşhas ve emval üzerinde, adliyeyi tavsile mecbur kalmaksızın, doğrudan doğruya bir takım neticeler husule getirebilecek karar ve tedbirler alabilmesine, icraatta bulunmasına muayyen ve mahdut bazı hallerde müsaade etmiştir. Aşikârdır ki, bu muayyen ve mahdut haller haricinde, idarenin şahıslar ve mallar üzerinde re'sen hareket salâhiyetini kullanması kanunen mümkün değildir.

Yine derkârdır ki idarenin, bu muayyen haller dışında, bu yolda bir teşebbüste bulunması mevzu itibarile idare fonksiyonuna yabancı ve aykırı düşer. Bir kelime ile bir idare ajanının veya bir memurun bu yolda bir hareketi, mevzu bakımından, idare fonksiyonuna tamamen yabancı bir fiil ve binaenaleyh şahsına atfı gereken şahsi bir kusur sayılmak lâzım gelir. Nitekim ihtilâf mahkemesi bir kimsenin, belde dahilinde kâin bir arazi üzerinde ve bir dere boyunca bir duvar inşa etmesi üzerine - bu arazinin beldeye aidiyetini iddia ile - adli mahkeme ve mercileri tavsile lüzum görmeksizin re'sen hareket salâhiyetine müsteniden bu duvarın hedmine karar veren ve mezkûr duvarı, belediye işçileri marifetile, hod-

behot yıktırtan bir belediye reisinin bu hareketini mevzu bakımından idare fonksiyonuna yabancı bir fiil, yani şahsî bir kusur saymıştır.

İşte Duguit'ye göre yukarıdaki hallerde, yani ikinci ihtimale giren hâdiselerde (şahsî kusur) unsurunu tesbit edebilmek için idarî fiili, esasından tahlil ve takdir etmek zarurî bulunmaktadır.

Adli mahkeme ise, *fonksiyona müteallik fiili tahlil ve takdir etmeksizin*, şahsî kusurun mevcudiyetine hükmedemez. Şu halde adliye mahkemesinin memurdan sadır olan bu fiilin şahsî bir kusur olduğunu *idarî kazanın vazife ve salâhiyetine tecavüz etmeden* söylemesine imkân yoktur. Mademki, zâhiren ve şeklen, ortada sadece memurdan sadır fonksiyona ait tek bir idarî fiil vardır; öyle ise - adli ve idarî makamların ayrılığı esası mucibince - adliye mahkemesi, bu fiilin *karakterini takdir ve tesbit hususunda, vazifesiz ve salâhiyetsizdir*.

Görüldüğü üzere birinci ihtimalde - şahsî kusurun taharrisi idarî bir fiilin takdirini tazammun etmediği için - adli mahkemenin, şahsî kusuru takdir ve tesbit hususunda, vazifeli ve salâhiyetli olduğunu kabul eden müellif bu ikinci ihtimalde adli mahkemenin, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini araştırmasına - kat'î surette - muhalif ve muarızdır. Zira burada şahsî kusurun taharrisi idarî fiilin takdirini tazammun eylemektedir. Başka bir söyleyişle adli mahkemenin şahsî kusuru teşhis ve tesbite kalkışması: Duguit'ye göre, mahkemenin idare fonksiyonuna müteallik idarî bir fiili tahlil ve takdir etmesi ve binaberin adli ve idarî makamların ayrılığı prensipini ihlâl eylemesi demektir.

Binaenaleyh bu gibi hallerde, yani idarî bir fiilde mündemiç şahsî bir kusurun mevcudiyeti ihtimali ile karşılaştığı takdirde adli mahkemenin - Duguit'ye nazaran - yapması lâzım gelen şey şudur: Mahkeme - şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini tayin hususunda - vazifesizliğini beyan etmelidir. Temyiz Mahkemesi de bu noktai nazarı benimsemeli ve adli mahkemenin, şahsî kusuru teşhis ve tesbit hususunda, vazifesiz olduğunu tasdik etmelidir.

Şüphe yok ki adliyenin bu vazifesizlik kararı üzerine davacı, devlet şûrasına müracaat etmek zorunda kalacaktır. Yani bu sefer, aynı fiilden dolayı, ajan ve memura karşı değil de, idare hükmi şahsî aleyhinde, şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusuru olduğundan bahisle, bir tam kaza davası açacaktır. Halbuki, hemen hemen muhakkaktır ki, devlet şûrası bu davada vazifesizlik dermeyan edecektir. Çünkü şikâyeti mucip fiili maksat ve mevzu cihetinden tahlil edince, yani zâhiren idare fonksiyonuna dahil idarî bir fiil gibi görünen bu fiili maksat ve mevzu bakımından fonksiyonla mukayese edince, bunun bir hizmet kusuru teşkil etmeyip



memurun şahsına isnadı gereken şahsı bir kusurdan ibaret olduğu neticesine varacaktır.

Dediğimiz gibi çok muhtemeldir ki devlet şûrası - şikâyeti mucip fiilin şahsı bir kusur teşkil ettiğini beyanla - davayı vazife noktasından reddedecektir.

Şüphe yok ki devlet şûrasının bu vazifesizlik kararı üzerine davacının başvurabileceği yegâne merci: ihtilâf mahkemesidir. Gerçekten aynı hâdise hakkında iki kazadan - yani gerek adli gerek idari yargıdan - vazifesizlik kararı sadır olduğuna göre ortada selbî bir ihtilâf mevcut demektir. Binaenaleyh davacı - selbî ihtilâf dolayısıyla - ihtilâf mahkemesine müracaat edebilecektir.

Hemen hemen muhakkaktır ki ihtilâf mahkemesi hâdiseyi tahlil edince şikâyetli mucip fiilin şahsı bir kusur olduğu neticesine varacaktır. Şu halde davayı tetkik hususunda adli kazanın vazifeli olduğunu beyan edecektir. Şu halde dava bu yolu takip etmek suretile tekrardan adliye-ye gelecek ve bu sefer adliye davayı tetkik ve rüyete vazifeli olacaktır.

İşte, Duguît'ye göre, adliye mahkemesi ancak şimdi davayı tetkik hususunda vazifelidir ve artık idari kazanın hududuna tecavüz etmeden davacıyı şahsı kusuru isbata davet edebilecek, bu kusurun sabit olup olmadığına karar verebilecek ve memurun mesuliyetine hükmedebilecektir.

Görüldüğü üzere Duguît, ancak bu dolambaçlı yol ihtiyar edilmek suretile adli mahkemenin ilkönce pek haklı olarak tetkikten imtina ettiği, şahsı kusuru - iş devlet şûrasına ve oradan da ihtilâf mahkemesine gittikten sonra - artık tamamen serbest bir şekilde araştırabileceğini kabul etmektedir; ki, birazdan, bu telâkkinin şiddetli tenkidlere uğradığını göreceğiz.

B — Adli mahkemelerin, ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsı bir kusur teşkil edip etmediğini araştıramayacaklarını ve bu hususta vazifesiz olduklarını beyana mecbur olduklarını - Duguît'yi takiben - kabul eden Fransız müellifleri arasında Profesör *Watrin* de zikredilebilir [2].

Gerçekten şahsı kusurun teşhisi ve hizmet kusurundan tefriki meselesine temas eden *Watrin* şahsı kusuru tesbit hususunda Duguît'nin ileri sürdüğü (hizmetten ayırt edilmesi mümkün kusur) kıstasına işaret ettikten sonra diyor ki: «Kusurun, bu hizmetten ayırt edilebilme karakterini hariçten tesbit bazan çok zordur. Hattâ bu sebeptendir ki Duguît gibi anlayışlı ve ferasetli müellifler bir fiilde (mündemiç kusur) nazariyesini ortaya atmışlardır.»

[2] L'Administration de la III ième République, sah. 663 ve 27.

İşte müellif, Duguit'nin noktai nazarını benimseyerek kusurun fonksiyona müteallik idarî fiil yanında ayrı ve müstakil ikinci bir fiil şeklinde görüldüğü hallerde, yani hizmetten maddeten tefriki mümkün bir kusurla karşılaştığı takdirde adli mahkemenin bunu bizzat araştırabileceğini ve davayı tetkik edebileceğini kabul ediyor.

Lâkin müellif, şahsî kusurun idarî fiil ve ameliye içinde gizli ve mündemiç olması ihtimalinin de mevcut olduğunu belirtiyor. Bu gibi bir ihtimalde ise, şahsî kusuru, bu idarî fiil ve ameliyeyi tahlil ve takdir etmeksizin, teşhis etmenin mümkün olamayacağını iddia ediyor. İşte böyle bir ihtimalde şahsî kusuru, içinde gizlendiği, idarî fiil ve ameliyeden ayırabilmek, müellifin tâbirile «şahsî fiili idarî zarfından tecrit edebilmek» için ihtilâf mahkemesinin behemehal müdahale etmek zorunda olduğunu söylüyor.

Hattâ müellif fikrini isbat etmek için bizzat Duguit'nin zikrettiği bir misali ele alıyor:

Bir belediye reisinin, bir ferdin bir dere boyunda inşa ettirdiği duvarın hedmine karar vermesi halinde belediye reisinin bu hareketinin tavsifi hususunda, yani bu hareketin belediye reisinin şahsına atfı gereken şahsî bir fiil mi? Yoksa idareye isnadı lâzım gelen yolsuz bir fiil, yani bir hizmet kusuru mu? olduğunu tayinde tereddüt ve şüphe hâsıl olacağını hatırlıyor. İşte adli mahkemelerin bunu asla tayin ve takdir edemeyeceklerini iddia ediyor. «Adli mahkemelerin bu noktayı halletmek hakkını haiz olmadıklarını» ileri sürüyor. Aksi takdirde adli mahkemelerin «bir vazife tecavüzünde bulunmuş olacaklarını» kaydediyor. «İdarî bir fiil içinde mündemiç şahsî fiili tecrit ve tefrik işinin ihtilâf mahkemesine ait olduğunu» tekrarlıyor.

Görüldüğü üzere Watrin, bu hususta, tamamen Duguit'nin fikrine iştirak etmekte ve Duguit gibi adli mahkemelerin, her zaman değilse bile, şahsî kusurun idarî fiille sıkı bir surette kaynaştığı hallerde, yani şahsî fiilin idarî fiil içinde gizli ve mündemiç olması halinde şahsî kusuru teşhis ve tefrikten âciz olduklarını iddia ediyor.

C — Adli mahkemelerin, ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini araştırmalarının doğru olmayacağını; gerek Fransada gerek memleketimizde - idare hukuku esaslarına göre - şikâyeti mucip bir fiilin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmediğinin tayini meselesinin adli mahkemeler için bir meselei müstehire olduğunu zannımızca sayın hocamız Ord. Prof. S. S. Onar da kabule mütemayil görünüyorlar.

Gerçekten hocamız 1933 tarihli «İdare Hukuku» adlı eserlerinde di-



yorlar ki: «Memurların işlemiş oldukları zararlı fiillerden dolayı aleyhlerine doğrudan doğruya dava açılması gayet tabii ve hattâ insiyakî bir keyfiyettir. Fakat.. memurlar aleyhine infial ve intikam hisleriyle davalar açılmasından, yani dava hakkının bu sahadada çok suiistimal edilmesinden korkulur. Filhakika mahkeme sonunda hakkı izhar edecektir. Fakat o zamana kadar memur bir çok müşkülâta uğrayacak, masraflar ihtiyar edecek, yıpranacaktır. Dava hakkının hususî hukuk sahasında da suiistimal edilmesi ihtimali vardır. Lâkin memurlar vazifeleri icabı olarak daha fazla husumet celbedebilirler; vazifelerini ifa edebilmeleri için bu haksız husumetlere karşı ayrı bir himayeye mazhar olmaları icap eder. Şahsan alâkadar olmadıkları, memuriyetlerine müteallik meselelerden dolayı dahiliye, maliye vesaire memurlarının aleyhlerine her gün davalar açılması imkânı kabul edilirse memurlar çok müşkül vaziyete konulmuş olurlar. Aynı zamanda memurun fiilinde mevcut *kusurun şahsına mı yoksa hizmete ve dolayısıyla idareye mi* ait olduğunu *tefrik* etmek de nazik bir meseledir ve nihayet *kusurun tesbit ve takdiri meselesi bizi idarî muamelenin tahlil ve tenkidine götürür* ki bu suretle, netice itibarile, *adli ve idarî makamların ayrılması hakkındaki esas da ihlâl edilmiş olur.* Binaenaleyh memurların vazifelerini serbestçe ifa edebilmeleri için hususî bir himaye ve teminata malik olmaları ve bunların *kusurlarının doğrudan doğruya idarî kaza tarafından tesbit ve takdir edilmesi lâzım gelir.* Fransa, Almanya, İspanya ve İtalya bu sistemi kabul ettikleri gibi *bizim hukukî esaslarımıza göre bizde de aynı sistem câridir.*

Bu sistem iki şekilde tatbik edilir: Birincisi memur hakkında adli takibat icrasından evvel Şûrayı Devletten müsaade istihsal şekli; ikincisi de doğrudan doğruya adliye mahkemeleri huzurunda memurun takibi mümkün olduğunu kabul etmekle beraber *kusurun memura mı yoksa hizmete ve idareye mi ait bulunduğunu tayin etmek meselesini bir meselei müste'hire addederek idarî mahkemeye bırakmak şeklidir.*

Fransada evvelce birinci sistem câri iken[3], sonradan ikinci sistem kabul edilmiştir [4].

«Bizde de *memur aleyhine*, ve vazifesine taallük eden bir husustan dolayı, *açılacak bir dava* mevzuu itibarile *idarî bir mahiyet* arzedeceğin-

[3] Sırası gelmişken Fransada, evvelce memurların adli mahkemelerde takip ve muhakeme olunabilmeleri için evveleminde devlet şûrasından müsaade alınması lâzım geldiğini söyleyelim. Bu sisteme de «garantie administrative» veya «autorisation préalable» denildiğini ilâve edelim. Aynı zamanda bu sistemin Fransada 1870 tarihinde ilga edildiğini kaydedelim.

[4] İdare Hukuku, 1933 (Sömestr 3-4), sah. 183-184.



den memur vazife itirazı dermeyan edebilir ve *ancak Şûrayı Devlet keyfiyette idarî bir mahiyet görmeyip sırf şahsî bir kusur görürse* adli sahadada memur aleyhine takibatın kabulü icap eder. Fakat bizde bir ihtilâf mahkemesi olmadığı gibi [5], bu usulü muhakeme de mevcut bulunmadığından bu usulün temini biraz güçtür. Adli makam kendisine arzedilen bu işi tamamen şahsî bir mahiyette telâkki ederek davaya devam ederse buna mâni olacak bir müeyyide yoktur» [6].

Görüldüğü üzere sayın hocamız, gerek Fransada gerek bizde, - vazifelerine müteallik kusurlarından dolayı - ajan ve memurların şahısları aleyhinde açılan şahsî tazminat davalarında adli mahkemelerin, ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini araştırmalarının hukukî esaslara aykırı düşeceği kanaatinde dirler. Profesöre göre, memura isnad olunan kusurun şahsa mı, yoksa hizmete ve idareye mi ait olduğunu tefrik, takdir ve tesbit etmek meselesi: idarî muamelenin tahlil ve tenkidini tazammun eder ve zarurî kılar. Bu cihetle memurların kusurlarının tefrik, takdir ve tesbiti işi doğrudan doğruya Devlet Şûrasına aittir. Adli mahkemeler bunu yapamazlar. Çünkü şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrike kalkışsalar, başka bir söyleyişle şahsî kusurun takdir ve tesbiti cihetine gitseler adli ve idarî makamların ayrılığı esasını çiğnemiş olurlar.

İşte bundan dolayıdır ki, pek muhterem hocamıza göre: idare hukuku esasları mucibince, gerek Fransada gerek Türkiyede kusurun memura ait şahsî bir kusur mu, yoksa idareye ait bir hizmet kusuru mu olduğunu araştırmak ve tayin etmek adli mahkemeler için bir mesele müste-hire teşkil eder ve bu meseleyi çözmek ancak idarî mahkemeye ait olmak lâzım gelir.

Âlim hocamız, bu tarihten sonra da aynı noktai nazara taraftar görünüyorlar. Gerçekten 1941 senesinde Erzurum Üniversite Haftasında verdikleri «Memurların muamelelerinden Devletin malî mesuliyeti» adlı konferanslarında, memurların şahsî kusurları ve mesuliyetleri hakkındaki hukukî esasları hulâsa ederlerken diyorlar ki: «Âmme hizmetlerinin ifası zımında icra edilen bir fiilin hizmet kaidelerinin hudutları dahilinde kalan meşrû bir fiil mi, yoksa hizmet kaidelerine uymayan bir hareket mi olduğunu acaba hususî hukuk kaidelerine göre tayin etmek mümkün müdür? Âmme hizmetlerini hususî hukuk prensiplerine ve kaidelerine göre ifa etmek imkânsızlığı karşısında bir âmme hukuku ve idare hukuku doğmuş bulunuyor. Hattâ bu âmme hizmetleri kaidelerini tat-

[5] Hocamızın bu sözleri 1933 senesinde sarfettiği unutulmamalıdır.

[6] Aynı eser, sah. 185.



bik için adliye mahkemelerinin bünyesi ve adliye hâkimlerinin ihtisası kâfi görülmediği için idare mahkemeleri ihdasına zaruret duyuluyor. Bu vaziyet bize idarî fonksiyonu icra eden *makam veya memurun hareketinin* bu fonksiyonu idare eden kaidelerin hududu içinde kalan bir fiil mi, yoksa *kusurlu ve haksız bir fiil mi olduğunu* tayine hususî hukuk kaidelerinin kâfi gelmiyeceğini, bunun ancak âmme hizmetlerini tanzim ve idare eden kaidelere, yani idare hukuku prensiplerine göre tesbit olunabileceğini ve *bunu da ancak mütehassıs idare hâkimlerinin yapabileceğini* gösterir[7].

Görüldüğü üzere hocamız idarî bir makam, ajan veya memurun, fonksiyonunu icra zımında, işlediği bir fiilin fonksiyon ve hizmet kaidelerinin hududu içinde kalan *sahih, doğru, meşrû, muteber bir fiil mi?* Yoksa, bilâkis, fonksiyon ve hizmet kaidelerine yabancı ve aykırı bir fiil, yani kusurlu bir fiil, kısaca bir haksız fiil, şahsî bir kusur mu teşkil ettiğini tayin edebilmek imkânının ancak idarî kazaya ait olduğunu söylemekle eski noktai nazarlarında musır olduklarını anlatmış oluyorlar. Şu halde hocamız ajan ve memurlar aleyhine, vazifelerine müteallik şahsî kusurlarına binaen, açılan tazminat davalarında ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur (haksız bir fiil) teşkil edip etmediğini tayin hususunda adliye mahkemelerinin vazifesiz olduklarını kabul ediyorlar ve şikâyeti mücip fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa, bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin meselesinin behemehal Devlet Şûrasınca halli gereken bir meselei müste'hire olduğunu iddia ediyorlar.

II — Şahsî kusurun taharri ve tayini keyfiyetinin bir meselei müste'hire olduğunu iddia eden müelliflerin noktai nazarını böylece tesbit ettikten sonra: derhal şunu kaydedelim ki: - yukarıda isimleri geçen hukukçular müstesna - umumiyetle müellifler ve mahkemeler bilâ kaydu şart adli mahkemelerin şahsî kusuru bizzat tayin ve takdir edebileceklerini, yani ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe araştırabileceklerini, elhasıl şahsî kusurun tayini ve takdiri meselesinin adli mahkemeler için bir meselei müste'hire teşkil etmediğini kabul etmektedirler.

Dediğimiz gibi, umumiyetle Fransız müellifleri böyle düşündükleri gibi; gerek Fransız gerek Türk mahkeme içtihatları da tamamen bu merkezdedir.

1 — Bu fikre taraftar olan bütün müelliflerin noktai nazarlarını ayrı ayrı tesbit etmekte fayda olmayacağından; biz, sadece bu tezi en mukni ve

[7] Üniversite Haftası, 1941, sah. 266.



müdellet şeklinde müdafaa eden Mestre ve Appleton'un bu husustaki görüşlerini nakletmekle iktifa edeceğiz. Esasen bu meseleye en açık ve kesin bir surette temas eden ve Duguit ve taraftarlarının bu husustaki fikirlerini çürütmeye teşebbüs eden müellifler de bunlardır.

A) Gerçekten: şahsî kusurun hizmet kusurundan tefriğine yarayacak kıstaslar meyanında Duguit'nin ileri sürdüğü «idarî fiilde mündemiç fiil» telâkkisinden de uzun uzadıya bahseden *Appleton* diyor ki:

«Çok defa, şahsî fiilin, memur tarafından icra olunan idarî fiilden *maddeten* ayrılması mümkün olabilir. Bu takdirde *adliye salâhiyetini hiç bir müşküle uğramadan, istimal edebilecektir.*

Lâkin şahsî fiilin, idarî fiilden *maddeten ayrılması mümkün olmayacak* şekilde fiille sıkı bir surette *karışmış ve kaynaşmış* olması halinde mesele çok daha naziktir.

Başka bir söyleyişle, - birinci ihtimalde - şikâyeti mucip fiilin, fonksiyon fiilinden tamamen ayrı bir mahiyet arzemesi halinde, yani idarî fiilden âdeta *maddeten ayrı ve müstakil* olması halinde *şahsî fiili teşhis ve tefrik kolaydır.* Meselâ bir belediye reisinin, belediye intihaplarında intihap ehliyetini haiz olmayanları intihap listesinden çıkardıktan sonra tashih edilmiş intihap listesini belediye dairesinde asmak suretile umumun itilâna arzederken, bu tashihi mucip sebeplerini göstermesi, yani bu kimseleri listeden niçin çıkardığını tasrih etmesi: fonksiyonuna giren normal bir fiildir. Nitekim bu gibi bir fiil ihtilâf mahkemesi içtihadı gereğince idarî bir fiil sayılmaktadır. (Daloz 1899. 3. 66). Halbuki bu gibi bir ilânla iktifa edecek yerde - yani aldığı talimat mucibince tashih edilmiş intihap listesini sadece belediye dairesinde asmak ve ilân etmekle iktifa etmeyip - belediye reisi, sokaklarda çığırkanlar vasıtasile, filân müntehibin listeden filân sebebe istinaden çıkarıldığını, bilfarz iflâs etmiş olduğundan dolayı isminin listeden silindiğini ilân etse - listeden ihraç keyfiyeti muhik bir sebebe dayanmakla beraber - şikâyeti mucip fiil, daha doğrusu kusur teşkil eden fiil (yani keyfiyetin sokaklarda ilânı): idarî fiilden (yani listenin belediye dairesinde resmî surette ilânından) *maddeten ayrı bir fiil olarak görünür.* Bu itibarla, ihtilâf mahkemesi içtihadı mucibince, şahsî bir fiil sayılır. Bu hususta misaller mebzuldür. Yani idarî fiilden maddeten ayrılması mümkün olmak itibarile şahsî kusur telâkki olunan fiillere bir çok misaller gösterilebilir. (Ezcümle ihtilâf mahkemesinin şu kararları misal olarak zikredilebilir: Daloz 1908. 3. 57; Daloz 1911. 3. 56).

✕ Fakat şu var ki, ekseriya şahsî fiil idarî fiilden *maddeten ayrı bir mevcudiyet arzetmemektedir.* Bu gibi hallerde şikâyeti mucip fiil idarî fiilde mündemiç bulunmaktadır. Bu takdirde şahsî fiili teşhis ve idarî



fiilden *tefrik* daha zordur. Mamafih - bu gibi bir ihtimalde -, memurun adli mahkemeler nezdinde şahsî mesuliyeti bahse mevzu olabilmek için, idarî fiilde mündemiç bulunan fiil veya fiillerin idarî fiilden - maddeten değilse bile - *zihnen ayrılması mümkün* şahsî bir kusur olarak görünmesi kâfidir. >

Görüldüğü üzere Appleton, memura isnad olunan şahsî fiilin idarî fiilde gizli ve mündemiç bir unsur teşkil etmesi ve onun ifa ile mükellef olduğu, idarî fiilden maddeten ayrı ve müstakil bir ikinci fiil olarak görünmemesi halinde de - tıpkı birinci ihtimalde olduğu gibi - adli mahkemelerin yine, ajan ve memurun malî mesuliyetine hükmedebilmek için, şikâyeti mucip fiilin, idarî fiilden ayırt edilip edilemeyeceğini araştırabileceklerini kabul etmektedir. Başka bir söyleyişle Appleton bu gibi bir ihtimalde dahi adli mahkemenin, şikâyeti mucip fiilin memura isnadı mümkün şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini, mezkûr fiilin: memurun ifa ile mükellef olduğu ve hâdisede icra ettiği idarî fiilden, maddeten değilse bile, zihnen ayırt edilip edilemeyeceğine bakarak takdir ve tesbit edebileceği fikrindedir. Demek oluyor ki Appleton bu hususta Duguit gibi düşünmemekte ve şikâyeti mucip fiilin idarî fiilden maddeten ayırt edilmesi mümkün olan hallerde adli mahkemenin şahsî kusuru teşhis ve terfik etmek imkânına malik olduğu gibi; memura isnad olunan fiilin idarî fiilden zihnen tefriki mümkün olan ahvalde dahi aynen şahsî kusurun takdiri ve tesbiti cihetine gidebilmek kudret ve salâhiyetine sahip olduğunu kabul eylemektedir.

✕ Gerçekten Appleton adli mahkemelerin bu gibi hallerde dahi şahsî kusuru teşhis, takdir ve tayin edebilmek salâhiyetini halz olduklarını söyledikten sonra diyor ki: «Duguit bunu kabul etmemektedir. Ona göre: «Şahsî fiil, idarî fiilden ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arzetmediği hallerde dahi yine memurun şahsî mesuliyetini mucip şahsî bir kusur teşkil edeceği münakaşa kabul etmemekle beraber, adli mahkemeler bu şahsî kusuru araştırmak, takdir ve tesbit etmek hususunda vazifesizdirler. Zira bu gibi bir tetkik ve takdir idarî fiilin tetkik, takdir ve tenkidini tazammun eder ve zarurî kılar.»

İşte Duguit'nin noktai nazarını böylece tesbit ve nakleden Appleton bu tezin mahkeme içtihatlarına aykırı olduğu gibi; kendisince de, asla kabule şayan olmadığını ilâve ediyor.

Gerçekten Appleton'a göre: «İdarî fiilde mündemiç *şahsî kusur*» dan bahsetmeye imkân yoktur. Çünkü idarî fiilde mündemiç *şahsî kusur* yoktur ve olamaz. Ancak idarî fiilden zihnen ayrılması mümkün olan ve

[8] *Traité*, sah. 239. ve müt.



şahsî bir kusurun mevcudiyetini açığa vuran bir takım *fiillerin* idarî fiilde mündemiç bulunduğundan bahsedilebilir. İşte bu gibi bir ihtimalde memur tarafından işlenen şahsî kusurun idarî fiilden tefriki, tıpkı birinci ihtimalde - yani şahsî kusurun idarî fiilden maddeten ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arzemesi halinde - olduğu gibi yine pekâlâ mümkündür. Ancak şu var ki şahsî kusur, birinci ihtimalde, idarî fiilden *maddeten* ayrı bir mevcudiyet arzeden bir takım fiillerden teşekkül ettiği halde; ikinci ihtimalde idarî fiilden *zihnen* ayrılması mümkün olan şahsî kusur idarî fiilde mündemiç bulunan bir takım fiillerden müteşekkildir. Demek oluyor ki, birinci halde olduğu gibi bu sonuncu halde dahi *idarî fiile asla dokunmaksızın* şahsî kusuru ondan ayırmak ve bu suretle şahsî kusuru meydana koymak ve neticede memurun şahsî mesuliyetine hükmetmek mükemmelen mümkündür. Böyle bir ihtimalde idarî fiil, yine bu karakterini muhafaza edecek ve bütün neticelerini tevlit etmekte devam eyliyecektir. Yalnız şu var ki bu idarî fiilli, fonksiyonuna yabancı bir maksatla icra etmiş olan memur, bu gibi bir kusurle sebebiyet verdiği zarardan mütevellit şahsî ve malî mesuliyeti, adli mahkemeler karşısında bizzat yüklenecektir.

İşte memurun kötü maksadı - ister isbat edilmiş olsun, ister beceriksiz hareketinin ağırlığı ve vahameti nazara alınarak bir karine olarak kabul edilmiş olsun - evet memurun kötü maksadı, *kusuru idarî fiilden zihnen ayrılması mümkün ve idarî fiilden ayrı ve müstakil olarak tetkik ve takdiri kabil olan* bir hal ve keyfiyet teşkil eder. Binaenaleyh bu gibi bir kusur adli mahkemelerin vazife ve salâhiyeti dışında kalmaz. Bilâkis adli mahkemeler bu kusuru pekâlâ araştırabilir, tetkik, teşhis ve tesbit edebilirler.

Appleton diyor ki: «Duguit muhakemesini başka şekilde yürütmekle bir çıkmaza varmaktadır. Şöyle ki: Ona göre memurlar «idarî fiilde mündemiç şahsî kusurlarından» dolayı mesuldürler. Lâkin adli mahkemeler bu kusuru ne araştırabilirler, ne müşahede edebilirler. Zira bunu yapsalar idarî fiile dokunmuş olurlar.»

Halbuki Appleton'a göre Duguit'nin bu noktai nazarı kabul edilecek olursa, memurun fiilinden mutazarrır olan fertler çok müşkül bir duruma düşmüş ve zararlarını tazmin ettirmek hususunda silâhsız kalmış olurlar. Çünkü idarî mahkemeler memurların şahsî kusurlarını takdir hususunda vazifesiz ve salâhiyetsizdirler.

Gerçi Duguit buna bir çare bulmaya çalışıyor ve bütün bu müşkül-leri bertaraf ve telif edecek bir hal sureti teklif ediyor. Şöyle ki: Duguit, memur aleyhine açtığı tazminat davası adli mahkemece - şahsî kusuru tayin ve takdir hususunda vazifesizlik noktasından - reddedilen davacının



bu sefer devlet şûrasına müracaat etmesi lâzım geleceğini; bu davasının idarî mahkeme tarafından, vazifesizlik sebebiyle, reddedilmesi üzerine de - ortada selbî bir vazife ihtilâfı olduğundan - işi ihtilâf mahkemesine sevk edebileceği; ve şayet ihtilâf mahkemesi, adli mahkemenin vazifeli olduğunu kabul edecek olursa işte bu takdirde daha evvel tetkik etmekten imtina eylediği bu davayı artık adli mahkemenin serbestçe rüyet imkânını elde etmiş olacağını söylüyor.

Halbuki Appleton bu noktai nazarın sakat olduğu fikrindedir. Gerçekten Appleton diyor ki: «İhtilâf mahkemesi vazifeleri yaratmaz; mevcut vazifeleri izhar ve teyid eder.» Yani müellif demek istiyor ki, bir mahkeme, ihtilâf mahkemesi vazifeli olduğunu beyan ettiği için vazifeli olmuş olmaz. Bilâkis, esasen vazifeli olduğu içindir ki, ihtilâf mahkemesi bu mahkemenin vazifeli olduğunu beyan eder.

Filhakika müellifin dediği gibi: «İhtilâf mahkemesi, selbî vazife ihtilâfı üzerine, adli kazanın vazifeli olduğunu beyan etmekle, hakikatte adli mahkemenin tâ iptidadan beri vazifeli olduğunu ve bu davayı reddedecek yerde tâ başlangıçta tetkik etmesi lâzım geldiğini, şu halde adli mahkemenin mevcut hukuk kaidelerini yanlış bir surette tatbik ettiği için bu gibi bir hataya düşmüş olduğunu» söylemektedir.

Duguit'nin tezini şahsan bu tenkidile çürütmeye çalışan Appleton, bu tezin mahkeme içtihatlarınca da kabul edilmediğini bazı misallerle isbat ediyor.

Diyor ki: «Adli kazanın, idari fiillerde mündemiç bulunan ve fakat bu fiillerden zihnen ayrılması mümkün olan bir takım şahsî kusurların mevcudiyetini açığa vuran fiillere müstenid şahsî tazminat davalarını kabul ile tetkik, rüyet ve hallettiğini gösteren müteaddit mahkeme kararları vardır.

Meselâ bir belediye reisi, alelâde bir fert tarafından bir dere boyunca, mülkiyeti ihtilâflı bulunan bir arazi üzerinde, inşa edilen bir duvarın yıkılması hususunda karar ittihaz ediyor ve duvarı - re'sen hareket salâhiyetine müsteniden - kendi ajanları, adamları marifetile fiilen yıktırıyor. İhtilâf mahkemesi, *adli mahkemelerin* - belediye reisi aleyhinde açılan tazminat davasını dinlemek hususunda - *vazifeli ve salâhiyetli* olduklarını kabul ediyor. Çünkü belediye reisi, kendi fonksiyonuna girmeyen bu gibi idarî bir fiili icra etmekle şahsî bir kusur işlemiştir. (Daloz 1906. 3. 58).

Bunun gibi bir muhtar, dinî bir vasıf arzetmeyen lâik bir cenaze dolayısıyla kilise çanlarının çalınmasını emrediyor. Hiç şüphe yok ki bahse mevzu olan emir idarî bir karar ve binaberin kararın icrası da idarî bir fiildir. Nitekim devlet şûrası, sözü geçen hâdisenin idarî bir karakter ta-



şiddetini - bu gibi kararlara karşı açılan iptal davalarını kabule şayan görmekle - açık ve kesin olarak kabul etmektedir. Halbuki - ahval ve şeraite göre - idarî bir mahiyet arzeden bu fiilde şahsî bir kusur bulunabilir. Daha doğrusu idarî bir mahiyet arzettiği şüphe götürmeyen bu fiil şahsî bir kusurun mevcudiyetini açığa vurabilir. Şöyle ki, muhtar bu gibi bir tedbiri, mahalli herhangi bir örf ve teamül dışında, almış ise muhtarın, komün dahilinde işlerin gereği gibi tedviri gayesine tamamen yabancı bir maksat güttüğü farzolunabilir. İşte bu gibi bir gaye gütmüş olması idarî fiilden ayrılan bir hal ve keyfiyet teşkil eder ve şu halde muhtarın kusuru *adli mahkemelerce tetkik ve takdir edilebilir*. (Daloz 1911. 3. 41; Recueil, 1916, sah. 52).

Neticeten Appleton diyor ki: «Bütün bu izahattan çıkarılması lâzım gelen netice şudur: Her ne zaman ki şahsî kusur mevcuttur, zâhirdir ve - zihni bir ameliye sayesinde - idarî fiilden tefriki mümkündür... bütün bu hallerde - şahsî kusur ister idarî fiilde *mündemiç* bir takım fiillerden neşet etsin, ister idarî fiil *haricinde bir mevcudiyet* arzeden fiiller şeklinde tezahür etsin - kusur *adli mahkemelerin takdirine tâbi* olmak lâzım gelir.»

x B) *Mestre* de, Duguît ve taraftarlarının noktâi nazarını başka bir yoldan çürütmektedir [9].

Gerçekten ajan ve memurların şahsî kusurlarından mütevellit şahsî mesuliyetleri meselesini inceleyen *Mestre* şahsî kusura müstenit tazminat davalarının adli mahkemelere ait olduğunu söyledikten sonra diyor ki: «*Adli mahkemeler şahsî kusuru araştırmaya, ve kusur sabit olduğu takdirde, memuru tazminat itasına mahkûm etmeye salâhiyetlidirler.*»

Müellif, Duguît'nin bu hususta başka türlü düşündüğüne işaret ediyor ve diyor ki: «Duguît bu salâhiyet meselesinde bir tefrik yapmaktadır. Şöyle ki: Duguît'ye göre aşağıdaki iki ihtimali yekdiğerinden tefrik ve bunları ayrı ayrı mütalea etmek lâzımdır:

a) Memur aleyhine adli mahkemede tazminat davası ikame eden fert *idare fonksiyonundan tamamen ayrı ve müstakil* bir mevcudiyet arzeden bir fiile istinad etmekte ise; yani, mevzuu ve gayesi bakımından, *idarî bir karakter* arzetmeyen bir fiilden şikâyet eylemekte ise *adli mahkeme* - şahsî kusuru tayin ve takdir hususunda - *vazifeli ve salâhiyetli* olduğuna karar verebilir ve hattâ vermelidir de!

b) Bilâkis davacının memura isnad ettiği kusur *idarî fiilde mündemiç* ise, *adli mahkeme* - idarenin vazifesizlik itirazı üzerine - ve hattâ re'sen *vazifesizliğini* beyan etmek zorundadır. Çünkü idarî fiilin tetkik

[9] Sirey 1918-19. 1. 209.



ve takdiri cihetine gitmeksizin şahsî kusuru teşhis ve tesbit edebilmesi adli mahkeme için imkânsızdır. Halbuki adli makamlarla idarî makamların ayrılığı esasî buna mânidir; adli mahkemeleri bundan meneylemektedir.»

Duguit'nin noktai nazarını böylece nakleden Mestre, Duguit'nin - yukarıda işaret edilen - iki ihtimali yekdiğerinden tefrik etmek istemesine karşı cephe alarak diyor ki: «Bu tefriki ve bu tefriki teyid maksadile Duguit'nin verdiği misallere karşı bazı itirazlar ve ihtirazi kayıtlar dermeyan etmek mümkündür. Bu tefrikin hakikî değeri ne olursa olsun, kanaatimizce, *adli mahkemeler*, şahsî kusurun mevcut olduğu bütün hallerde - şüphesiz idarenin ihtilâfı ihtilâf mahkemesine sevketmesi hali müstesna - *kendilerinin vazifeli olduklarını* beyan edebilirler.»

Görüldüğü üzere Mestre, adli mahkemelerin yalnız birinci ihtimalde - yani şikâyeti mucip fiilin idarî fiilden tamamen ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arzemesi halinde - değil ikinci ihtimalde - yani şikâyeti mucip fiilin idarî fiilde gizli ve müdemiç olması halinde - dahi yine adli mahkemelerin memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini araştırabileceklerine ve bu hususta vazifeli olduklarını beyan edebileceklerine, hattâ beyan etmeleri lâzım geldiğine inanıyor.

— Gerçekten Mestre'e göre «Şahsî kusur, her iki ihtimalde, idare fonksiyonundan, idarî fiilden tefrik edilmesi daima mümkün bir unsurdan ibarettir. Bu gibi bir tefrik yalnız *maddî* bakımdan değil, aynı zamanda *zihnî ve fikrî* bakımdan da bahse mevzu olabilir.»

İşte - şahsî kusurun idarî fiilden tefriki işinde yalnız maddî bir tefrik bahse mevzu olmadığına göre - müellif şu kanaattedir ki: Şikâyeti mucip fiilin - Duguit'nin verdiği ilk misallerde olduğu gibi - fonksiyondan, idarî fiilden tamamen ayrı ve müstakil bir mevcudiyet arzemesi halinde adliye mahkemesi şahsî kusuru nasıl araştırıyor, müşahede, takdir ve tesbit edebiliyorsa; şikâyeti mucip fiilin - Duguit'nin verdiği sonuncu misallerde olduğu gibi - idare fonksiyonundan ve idarî fiilden böyle maddeten tefriki mümkün olmayan hallerde dahi yine adliye mahkemesi memurda insanların kötü hasletlerinden olan kin, garaz, hırs, kıskançlık, ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik... gibi hususları müşahede edebilir veya bunları zihnî ve fikrî bir ameliye sayesinde fonksiyondan ve idarî fiilden pekâlâ ayırabilir. Binaenaleyh bu gibi hallerde dahi adli mahkeme şahsî kusuru araştırabilir, müşahede edebilir, nazara alabilir ve tesbit edebilir.

Elhasıl adli mahkeme şikâyeti mucip fiili idarî fiilden her zaman ayırabilir ve böylece fiilin şahsî bir kusur olduğunu her hal ve kârda tayin edebilir. Bu yolda hareket ederken de adli mahkeme idarî fiile dokunmuş ve binaberin adli ve idarî makamlar ayrılığı esasını, başka bir



söyleyişle kuvvetler ayrılığı prensipini ihlâl etmiş olmaz. Çünkü Mestre'in pek güzel belirttiği üzere: «Şahsî kusur - tarifi icabı - fonksiyondan, idarî fiilden *ayrılması mümkün* bir kusurdur. Şu halde (fonksiyondan, idarî fiilden *ayrılması mümkün olmayan* idarî fiilde mündemiç kusur) dan bahsetmek bir tenakustur.»

Neticeten Mestre diyor ki: «Adli mahkemenin (şikâyeti mucip fiil hâdisede şahsî birkusurun mevcudiyetini açığa vurmamaktadır) demesi: idarî bir fiile müdahale etmesi demek değildir. Kezalik adli mahkemenin (şikâyeti mucip fiil hâdisede şahsî bir kusurun mevcudiyetini açığa vurmaktadır) şeklinde bir beyanı: idarî fiile müdahale sayılamaz. Zira - tarifi veçhile - şahsî kusur kendine has bir karakter, bir veçhe arz etmektedir. Şöyle ki şahsî kusur: az veya çok içinde yer aldığı, karıştığı ve kaynaştığı idarî fiilden tamamen ayrı ve ayırt edilmesi mümkün bir fiildir.»

Bundan ötürüdür ki, adli mahkemenin şahsî kusuru teşhis, takdir ve tayin hususunda vazifeli olduğu muhakkaktır.

Nitekim Mestre'e göre: «*Mahkeme içtihatları adli kazanın*, şahsî kusuru teşhis ve tesbit hususunda, her zaman *vazifeli ve salâhiyetli* olduğunu kabul eylemektedir. Ezcümle ihtilâf mahkemesi, Duguit'nin adli mahkemelerin vazifesiz olduklarını iddia ettiği iki hâdisede - yani kiliselere çan çalma emri verilmesi ve bir fert tarafından inşa ettirilen duvarın re'sen yıktırılması halinde - de - Duguit'nin kanaati hilâfına olarak - adli mahkemelerin vazifeli ve salâhiyetli olduklarını kabul etmiştir. (Sirey 1907. 3. 3. ve Sirey 1910. 3. 129).

Hakikaten ihtilâf mahkemesi bu iki hâdisede şikâyeti mucip fiillerin birer şahsî kusur teşkil edip etmediğini araştırmakla adli mahkemelerin vazife ve salâhiyetlerini aşmadıklarına ve bu hususta vazifeli ve salâhiyetli olduklarına karar vermiştir.»

Demek oluyor ki Duguit'nin noktai nazarı mahkeme içtihatlarına uymamaktadır.

Şu da var ki -yine Mestre'e göre - Duguit'nin iddia ettiği gibi adli mahkemeleri idarî fiilde mündemiç şahsî kusurun mevcudiyetini müşahede, tesbit ve beyan hususunda vazifesizlik dermeyeran etmeye mecbur tutmak *davacılar için nahoş bir netice* doğurur; daha doğrusu Mestre'in tâbirile «Adli mahkemeleri idarî fiilde mündemiç şahsî kusurun mevcudiyetini tesbit ve beyan hususunda vazifesizlik dermeyeran etmeye mecbur tutmak: usulü muhakemeye göre, dava ikamesi hususunda câri olması gereken prensipler bakımından davacılar için nahoş ve garip bir takım zorluklara, ihtilâtlara yol açar.»

Filhakika adli mahkeme, kendisine müracaat olduğunda, memura



isnad olunan fiilin idari fiilde mündemiç olması dolayısıyla vazifesizlik beyan edecek olsa davacı nereye başvuracaktır? Şüphesiz umumi idari mahkeme olan devlet şûrasına gidecektir. Fakat - hâdisede bir hizmet kusuru olmadığına göre - muhakkak ki devlet şûrası vazifesizdir. Şu halde o da, vazifesizlik dermeyan edecektir. Bu suretle selbi bir ihtilâf meydana gelecektir. Ve dâvacı bu sefer ihtilâf mahkemesine müracaat edecektir. İhtilâf mahkemesi ise adli kazanın bu hususta vazifeli olduğuna karar verecektir.

Demek ki bu uzun, yorucu ve masraflı yol takip edildikten sonradır ki mesele dönüp dolaşıp tekrar ilk mahkemeye, yani Duguit'nin ilk safhada, vazifesizliğini beyan etmesi lâzım geldiğini iddia ettiği adliye mahkemesine gelecektir. Ve bu sefer - ihtilâf mahkemesi vazifeli olduğuna hükmettiği için - adli mahkeme nihayet, işin bu son safhasında, davaya bakacaktır.

Mestre, Duguit'nin teklif ettiği hal suretinin bu lüzumsuz, yorucu, uzun, masraflı ve dolambaçlı yol takip olunduktan sonra nihayet adli mahkemenin davayı tetkik ve rüyet etmesini intaç edeceğini nazara alarak şu suali haklı olarak sormaktadır: «Öyle ise adli mahkemenin, hâdisede şahsî kusurun mevcudiyetine kanaat getirdiği dakikada, davaya tâ bidayette bakması daha doğru ve muvafık olmaz mıydı?»

C — Bu bahse nihayet vermezden evvel, şahsan Mestre ve Appleton'un noktai nazarına iştirak ettiğimizi ve bu iki müellifin bize çok kuvvetli ve müdellel görünen fikirlerine, hemen hemen, ilâve edeceğimiz bir şey olmadığını kaydedelim.

Ancak Mestre ve Appleton'un Fransız hukuku bakımından müdafaa ettikleri tezin memleketimiz bakımından aynen müdafaa olunabileceğine işaret edelim. Aynı zamanda memleketimizde de adli mahkemelerin şahsî kusuru teşhis ve tesbit hususunda, vazifeli ve salâhiyetli olduklarının mahkeme içtihatlarınca, ezcümle Yargıtay ve Uyuşmazlık mahkemesi tarafından kabul edildiğini belirtelim:

a) Gerçekten Fikri Faik Güngören tarafından Suat H. Ürgüplü ve Hurrem Şeren aleyhine, şahsî kusurlarına binaen İstanbul Asliye 11 inci Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası münasebetile Yargıtayın noktai nazarının bu merkezde olduğunu görüyoruz.

Filhakika Asliye 11 inci Hukuk Mahkemesinin kararını temyiz eden davalılar, Duguit'nin noktai nazarını benimseyerek, bozma sebepleri meyânında «hizmet kusuru ile şahsî kusuru ayırt etmek Danıştaya ve Uyuşmazlık Mahkemesine ait bulunduğunu» da ileri sürmüşlerdir.

Halbuki Yargıtay «hizmet kusur ile şahsî kusurun ayırt edilmesi me-



selesine» temasla «bazı devletlerde olduğu gibi bu hususun Uyuşmazlık Mahkemesi yahut Danıştay tarafından ayırt edileceği hakkında mevzuatımızda bir kayıt ve sarahat yoktur» yolunda gayet umumî ve şumullü bir mahiyet arzeden mucip sebebe istinaden «zararı müstelzim olan fiil ve muamelenin mahiyetini ve şahsî kusur olup olmadığını takdir etmek davaya bakan adalet yargıcına ait olmak lâzım geleceğini» beyan etmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtayımızın noktai nazarına göre, şikâyeti mucip bir fiilin şahsî kusur teşkil edip etmediğini tetkik, takdir ve tayin adli mahkemelere aittir.

b) Yargıtay aynı noktai nazarı, belki daha kapalı bir şekilde ifade etmekle beraber, yine F. F. Güngören tarafından aynı müddealehyler aleyhine Asliye Birinci Hukuk Mahkemesinde açılan neşren hakarettten mütevellit tazminat davası münasebetile de izhar etmiştir.

Gerçekten Asliye Birinci Hukuk Mahkemesinin bu tazminat davasını «rüyetinin mahkemenin görevi dışında olduğu ve Danıştaya ait bulunduğu» gerekçesile reddetmesine mukabil Temyiz Mahkemesi «davaya mevzu teşkil eden neşriyatın mahiyeti ve sureti icrası gözönünde tutularak bunların vazife fikrine ve hizmet mefhumuna tamamiyle yabancı ve aykırı olup olmadığının tahkik ve tesbitile vazife fikir ve icaplarına büsbütün aykırı olduğu ve binaenaleyh davalıların bu işte şahsî hatalarının (yani: şahsî kusurlarının) bulunduğu anlaşıldığı takdirde davaya bakılması» icap edeceğinden bahisle Asliye Mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yargıtayın bu kararından anlaşıldığı üzere, bir idare ajanı veya bir memur aleyhinde -vazifesine müteallik şahsî bir kusuruna binaen- adli mahkemede şahsî tazminat davası açıldığında, davanın idare fonksiyonunun icrasile ilgili olduğu, yani şikâyeti mucip fiilin ajan ve memur tarafından vazifesi zımında işlenmiş olduğunu nazara alarak adli mahkemenin ceffelkalem vazifesizlik beyan etmesi ve işin Devlet Şûrasına ait olduğunu söylemesi doğru olmayıp; adli mahkemenin yapması lâzım gelen şey: evveleminde ajan ve memura isnad olunan fiilin sureti icrasını gözönünde tutarak, -şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrike medar olacak kıstaslara göre- bu fiilin vazife fikrine ve hizmet mefhumuna yabancı olup olmadığını tahkik ve tesbit eylemek, velhasıl şikâyeti mucip fiilin ajan ve memurun şahsına atfı mümkün şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini serbestçe araştırmak, ve bu yolu takip ederek hâdisede ajan ve memurun hakikaten şahsî bir kusuru bulunduğu neticesine varırsa davaya bakmak; bilâkis bu direktif dahilinde hareket etmekle beraber şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmediğine kanaat getirirse davayı, ancak bu takdirde vazife noktasından, reddetmektir.



Naklettiğimiz bu iki karar Temyiz Mahkemesinin noktai nazarının Duguit, Watrin ve S. S. Onar'ın fikirlerine ağıl de Mestre ve Appleton'un düşüncelerine uygun olduğunu gösterir.

Şüphe yok ki, zikrettiğimiz bu iki karara daha bir çok kararlar ilâve etmek mümkündür. Gerçekten idare ajan ve memurları aleyhinde açılan bütün tazminat davalarında adli mahkemelerimizin peşinen vazifesizlik dermeyan etmeksizin, davanın istinad ettiği fiilin mahiyet ve karakterini tayin ettikleri, yani şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini tahkik, takdir ve tesbit ettikleri bir vâkiadır. Bununla beraber elimizdeki kararlardan en tipik ve bariz olmaları itibarile biz sadece bu iki Temyiz kararını zikretmekle bu mesele hakkında adli kazamızın ve hususile Temyiz Mahkememizin noktai nazarının ne olduğunu kâfi derecede göstermiş olduğumuzu sanıyoruz.

c) Bu bahse nihayet vermezden evvel, zannımızca Uyuşmazlık Mahkemesinin de bu görüşe iştirak ettiğini söyleyelim. Gerçekten Fen Fakültesi Dekan Kâtibi Yusuf İleri tarafından eski Milli Eğitim Bakanı H. Âli Yücel'in şahsı aleyhinde, şahsî kusurundan bahisle, Ankara Asliye 2 nci Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası münasebetile davalı tarafından kusurun hizmete mi, şahsa mı izafesinin tayini hususunun Uyuşmazlık Mahkemesine ait olduğu ileri sürülmesine mukabil Uyuşmazlık mahkemesinin «dava konusunun, hizmetten ayrılması mümkün ve sırf şahsî bir kusur olarak telâkkiye müsait olup olmadığının - vazifeli mahkeme gösterilmeksizin - mücerret olarak tetkik ve beyanile iktifa olunması... kabul edilemez» yolunda bir içtihatta bulunduğu göze çarpmaktadır; ki bundan, kendi hesabımıza Yüksek Mahkemenin de - Yargıtay gibi - şahsî kusuru taharri, teşhis ve tayin keyfiyetinin adli mahkemeler için bir meselei müste'hire teşkil etmediği kanaatinde olduğu neticesini çıkarabileceğimizi sanıyoruz.

**Ragip SARICA**