

Kaziyei Muhkemeye Riayetsizlik Halinde İdarî Mamelekin ve Memurların Mesuliyeti

Türk Şurayı Devlet kanununun 48 inci maddesi şöyle yazılmıştır: «İdarî davalar hakkında Şurayı Devletten sadır hükümler hiç bir makamın tasdikine muhtaç olmaksızın lâzimülnifaz olup icra dairelerince alelusul tenfiz olunur.

Ehemmiyeti haiz olan bu metnin manası nedir? Evvelâ bunun manası Şurayı devlette, idarî makamlardan biri aleyhine dava ikame ederek kaybetmiş olan bir fert alelâde icra tarikile takip olunacak demek olur. Fakat bu mefhumun aksi doğru olur mu? Tabiî hayir. Fransada olduğu gibi Türkiyede dahi idareyi ne iptal davalarına ait kazaî kararları, nede tazminat kararlarını icraya cebredek yol yoktur.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 460 inci maddesinin 13 üncü fıkrası, ister emvali umumiyeden ister emvali hususiyeden olsun bilumum devlet mallarının gayri kabili haciz olduğunu beyan ediyor. Belediyelere gelince, menafi ve hidematı umumiyeye mahsus emval ve eşyası gayri kabili hacizdir. Fakat hususî emval ve varidatı haczolunabilir. Şu halde ister nizami mahkemeler tarafından, ister idarî mahkemeler tarafından mahkûm edilmiş olsun idareyi arzusu hilâfında kaziyei muhkeme halini almış kararların icrasına mecbur edecek bir vasıta yok gibi görünüyor.

Bu vaziyet karşısında nasıl düşünmek, kaziyei muhkeme halini almış karara idarenin riayeti ve itaati hususunu hukuku ammede nasıl mülâhaza etmek lâzımdır?.

Bu meseleyi Türk idare hukukuna ruh itibarile en yakın bulunan ve bu itibarla hukukşinaslara faideli malumat verebilecek olan Fransız hukukuna nazaran tetkik edeceğiz.

Kaziyei muhkemeye riayet, umumî adalet fikrinin esasını teşkil eder. Hakimin vazifesi ihtilâfı halletmek ve ihlal edilmiş hakların iadesini temin eylemektir. Hakimin verdiği karar iktisabı katiyet edince kanunî bir hakikat sayılır ve tarafeyn için vacibürriaye tanılırsa hakimlik vazifesi bir mana ifade eder.

Şüphesiz kaziyei muhkeme halini alan kararlara riayet mecburiyeti de nisbîdir. Bunun manası şudur: Hakim tarafından ittihaz olunan karar ancak taraflar arasında mevcut olup ta halledilen muayyen bir ihtilâf hakkında mer'î olur. Ve hakim mümasil hadiselerde veya tarafeyni başka bulunan hadiselerde evvelki kararlarla mukayyet olmaz. Fakat bir defa muayyen bir hadise için bir sureti hal tesbit ve hükmedilince bu artık taraflar için vacibürriaye olur.

Kaziyei muhkemenin vacibürriaye olması esası bu suretle bir defa vazedildikten sonra, buna itaat meselesi mevzuu bahs olur. (1)

Hukuku hususiyede bu mesele gayet basit olarak halledilmiştir. Tarafeyn, kendilerini mahkemelerin ittihaz ettikleri hükümlere riayet ettirecek kuvvetler tarafından idare olunur bir vaziyettedirler. Yani itaate mecbur oldukları vilâyeti amme tarafeyne hakimdir. Hukuku hususiyede tarafeyni kaziyei muhkemeye riayet ettirecek bir çok yollar vardır.

Hukuku idareye gelince, idare aleyhine dava ikame ederek kaybetmiş olan fertleri, kaziyei muhkemeye itaat ettirmek halinde, meselenin tarzı halli. Cüz'î bazı farklardan kat'ı nazar edilirse hukuku hususiyenin aynidir.

Fakat aksi surette yani idareyi kaziyei muhkemeye riayet ettirmek icap edince mesele pek karışık ve pek nazik bir şekle girer.

Şüphesiz, kaziyei muhkeme ister idarî mahkemelerden sadır olmuş bulunsun, efrat için olduğu kadar idare için de vaci-

[1] Jeze: Hukûku idarenin umumî kaideleri. Cilt: 1 sahife : 276

Appelton: İdarenin kazaen murakebesi. Sahife : 302

Merkl : Die Lehre von der Rechtskraft 1923

bürriayedir. Fakat idareyi adlî ve ya idarî mahkemelerden sadır olmuş kararları tenfiz için icbara gelince, o zaman efratla idare arasında bir fark olduğu tezahur eder.

Çünkü hakikatta idare alelâde bir davacı değildir. Adlî ve idarî kuvvetlerin tefriki usulü - ki Fransada ihtilâl meclisleri tarafından vücuda getirilmiştir - idareye büyük bir istiklâl vermiştir. Nizamî hakimın murakabasından kurtulan idare 19 uncu asrın bidayetinden itibaren, hukuk kaidelerine kolaylıkla tâbi tutulmayacak ve kendisine karşı ihtiyatkâr tedbiler ittihazı lâzım gelecek kuvvetli bir mevcudiyet olmakta berdevamdır. İdarî mahkemelerin teşkili bir dereceye kadar idareye bahşedilmiş bir imtiyazdır. Çünkü bu suretle idareyi kendi içinden teşkil edilmiş mahkemeler huzurunda isbatı vücut ettirmek onun istiklâlini okşamak demek oluyordu.

Buna rağmen idarî mahkemelerin bilhassa Şurayı Devletin idareyi, fertler tarafından ikame olunan her nevi davalarda muhasamaya icbar etmeleri kolay olmamıştır. Çünkü idare bu gibi hallerde kendisini muhasamadan çekmeğe mütemayildi.

Her kes bilir ki Fransız Şurayı Devleti huzurunda giyabî usulü muhakeme yoktur. Ve on dokuzuncu asrın ilk sülüsanında idare - bu âli mahkemede bile - ancak muvafakat ettiği davalarda hazır bulunuyordu. Lâzimülicra olarak kararlar istarı usulü ve idare tarafından verilen lâzimülinfaz bütün kararlardan, idarenin istikbalde muhasamayı kabul etmiş olduğu faraziyesi dirki her nevi idari davalarda muhasamayı kabule idrreyi sevketti. [1]

İdarenin alâkadar olduğu muhasamalarda, usulü muhakemenin başında bulunan bu gibi müşkülât nihayetinde de vardır. Yani idareyi kararlara itaat ettirmek meselesi tezahur etmektedir. Filhakika Fransız hukuku idaresinde gayri kabili inkâr

(1) Şurası nazarı dikkate alınmak icap eder ki Türk hukukunda, 17 Temmuz 1900 tarihli Fransa kanununun 3 üncü maddesinin ihtiva ettiği ahkâma müşabih hükümler yoktur.

bir esas vardır. O da « Cebri icra usulleri idare aleyhinde istimal edilemez » prensipidir.

Devlet için istimali mutat edilen bir teşbihi idareye de tatbik etmemize müsaade edilirse, idare « Namuslu bir adam » dır. Yani kendisini mahkûm eden kararları bizzat ve kendi irade ve rızasile tenfiz eder. Bir çok hadiselerde İdarenin kaziyei muhkemeye riayet için gösterdiği hüsnü niyet gayri kabili inkârdır. Bunun birinci sebebi idarî silsilei meratibe vücut veren inzibatî adalet, ikinci sebebi de belki idare aleyhinde kaziyei muhkeme halini iktisap eden kararlara ademi riayeti mucip olacak derecede doğrudan doğruya bu kararla alâkadar memurların mevcut olmamasıdır.

Buna mukabil, idarenin kaziyei muhkemeye riayêt etmemek için mukavemet gösterdiği hatta bazen istinkâf ettiği veya infazında kasdî teahhurlar vukua getirdiği hadiseler de vardır. Bunlar idarî silsilei meratibin mahkeme kararlarına riayet ettiremediği ve hatta riayet ettirmemekte zimethal bulunduğu meselelerdir. Bilhassa bunlar idarî veya adlî mahkemelerden verilen ve kaziyei muhkeme halini alan kararlara ademi riayette bir memurun doğrudan doğru alâkadar olduğu şekillerdir.

Kararları tenfizden bu şekilde istinkâf etmek nasıl oluyor? Bu mesele şu suretle kabili izahtır: İdare bazı imtiyazattan istifade eder. Bunların mühimlerinden birisi, idare aleyhinde cebren icra yapılamamasıdır. Bu imtiyazın sebebi de şu esaslı fikre istinat ederki hidematı ammeye tahsis edilen emval. haciz suretile tahsis edildikleri gayeden uzaklaştırılmamalıdır. Tabiri aharla bu imtiyaz hidematı ammenin daimî olması fikrinin tatbikat sahasındaki tecellisidir. Binaenaleyh idarenin şahsiyeti maneviyesi aleyhinde doğrudan doğruya mevzu bir müeyyide yoktur.

Birinci derecedeki bu imtiyazdan maada idarenin bir imtiyazı daha vardır. O da idareyi haksız çıkardığı ahvalde bile idarî mahkeme hakimi, idarenin harekâtında serbest olduğunu tanımak mecburiyetindedir. Kazayi kâmile tâbi davalarda olduğu

kadar iptal davalarında da hakim, idareyi bir takım hareketlerden menetmekten veya kat'î emirler vermekten içtinap eder. (Hauriou : Hukuku idare 11 inci tabı sahife...)

Fakat bir taraftan idare istiklâleni muhafaza etmek isterken ve aşağıda tetkik edeceğimiz gibi içtihatta vukua gelen inkilâpla mücadelede gayet gösterirken, diğer taraftan Şurayı Devlet kaziyei muhkeme halini alan kararlara idareyi itaate mecbur etmek iddiasında bulunuyor.

Bu mesele hem hukuku ammeyi hem de hukuku esasiyeyi son derece alâkadar eder. Çünkü kanunun hükümran olduğu bir memlekette efradın tahtı emniyette olması, her kesin tamamilen hukuka riayet etmesile kaimdir.

İdare yalnız, başlayan davaları ilânihaye uzatmak, suiniyetle vesikaları vermemek veya mütaleasını beyan eylememek suretile değil, aynı zamanda kazaî bir kararın icrasını tehir etmek veya hiç icra etmemek için sebepler ihdasından da çekinmelidir.

Kazayi idarî hakimi, kuvvei adliye ile idarenin ayrılması kaidesinin icabatından olarak, idareye emirler vermeğe muktedir olmayınca, ıstar ettiği kararları tenfiz için hangi çareye tevessül edecektir? Çünkü prensip itibarile idarenin, kendi içinden çıkan mahkemelerin verdiği kararlara hüsnü rizasile itaat etmesi lâzım gelir isede ; filiyatta her zaman böyle değildir. Öyle haller olur ki idare ve memur itaat ettirilmek istenilen kararlara karşı sarahaten veya zimnen muhalefet edebilirler .

İşte bunun için Fransız Şurayı devleti, içtihadının tevessüü ve tekâmülü neticesi olarak sarih surette hüküm vermemekle beraber idareyi bazı kararlara itaat ettirecek bilvasıta çareler aramağa başlamıştır. Bu çareler nelerdir? 1900 senesinden itibaren Viaud ve Ledochovski kararları ile (Şurayı Devlet 30 Teşrinisani 1900, Sirey 1903.3.33 — 19 ve sonra 1903 S. 1905.3.154) idarî hakim, zabıtların rütbelerini tenzil eden bir kararı iptal etmekle beraber bu zabıtlara hiç bir zaman askerî kadro haricinde kalmamış nazarile bakılması lâzım geleceğine

karar verdi. Gittikçe bu içtihat tekarrür etmeğe başladı ve Şurayı Devlet çok sert formüller kullanmadan nufuzunu temin etmek için 1906 senesinden itibaren yeni bir usule müracaat etti. Bu da Şurayı Devletin « talepleri üzerine karar verilme için » müdderileri salâhiyettar idarî makamata göndermesi usulü idi. Denis ve Rage-Rablot kararlarıyla başlayan bu usule tevfi-kan (Şurayı Devlet 30 Teşrinisani 1906 S ; 1907.3.17. Karar notları cilt 11 — 628) en yüksek idarî hakim, müddeilerin talepleri hakkında karar verilmek üzere bunları idarî makamlara göndermeğe başladı. Dareau kararında tesadüf ettiğimiz bu usule « hakkını tanıtmak üzere havale » usulü denilir. (Şurayı Devlet 26 Haziran 1908 S. 1909 2.129 Karar notları II 391) Yani idarî silsilei meratibe tebaan için nazıra havalesi demektir.

Şurayı Devlet valinin alâkadarlar tarafından vaki olan resen tescil talebini reddetmesini şayanı muahaza görüyor, ve alâkadarı kendisine hak verdirmek üzere Dahiliye nazırına müracaata sevk ediyor. Müddei silsilei meratip sırasile istinafen tetkik mekanizmesine müracaat ediyor. Eğer nazır dört ay zarfında cevap vermemek suretile valinin zımnen verdiği ret kararını iptal etmezse bu sefer nazırın kararı Şurayı devletçe tetkik ediliyor.

Bu birinci gurup kararlara müvazi olarak aynı tarihlerde Şurayı devlet idareye bir hakkı hiyar veriyor: Zararı tazmin ve ya izale etmek; Berry ve Chevallard kararları (Şurayı devlet 10 Mart 1905 S. 1906 3. 65. karar notları II. 62) Fakat bu suretlerden birini ihtiyar etmek tamamile iradeye tâbidi. İdare aleyhinde hiç bir tazyik yoktu, çünkü tazminat zararın izalesine kadar tediye edilecek senevî aidat şeklinde değil, bir defada tediyesi meşrut bir meblağ şeklinde tecelli ediyordu.

Şurayı devlet ertesi sene Bichambis kararile daha cesur oluyor. Şurayı devlet 23 teşrinisani 1906 evvelki kararla (aynı mehaz) idareye yalnızca bir muhayyerlik vermekten vaz geçip maktu ve bir defaya mahsus tazminat şekli yerine senevî taksit şeklini ikame etmek suretile teahhurdan mütevellit zarar ve ziyani da - dolayısıyla tanımış oluyor. Bu formül çok mahiranedir.

Bunuula beraber şurası nazarı dikkate alınmalıdır: Madamki hakim idareye emir vermeğe muktedir değildir. İdareyi icbar etmek tehdidinde bulunamaz. Bu usul ancak hukuku hususiye sahasında mevcuttur. Ve esasını hakimlikten ziyade amirlikten almaktadır. Hakikaten Hauriou' nun kaydettiği gibi geçmiş günlerin faizi ile cebir arasında şu fark vardır ki zararı ortadan kaldırıncaya kadar tediye edilen senevî taksitler cezaî bir hükmü veya hukukî bir para cezası mahiyetinde değil, doğrudan doğruya nizamen verilmesi lâzım gelen tazminatın miktarıdır.

Bu suretle hakim, ekseri ahvalde idareyi kendi kararlarına itaate ve fikirlerini takibe mecbur etmiş oluyor. Fakat bununla beraber bu muhtelif vasıtalar ne kadar mahirane ve ne derece dahiyane olursa olsun, idareyi verilen kararı icraya ve ona itaate mecbur etmiyebilir. Bu halde ne olacak? kendi lehinde istihsal ettiği lâzmülicra bir kararın ademi tenfizinden müteessir olan fert, bütün taleplerine rağmen alacağı olan parayı almazsa ne olacak? Şurayı Devlet zaman geçtikçe, hangi merciden sadır olmuş olursa olsun kararlara ademi riayetden dolayı gerek idareyi gerek muhalefet eden memuru mesul tutmağa başlıyor. İşte şüphesiz bu usul idareyi kaziyeyi muhkemeye riayet ettirmek için en iyi vasıta olacaktır.

Fakat bu mesuliyeti nasıl sevketmeli? idare mamelekinin (Devlet, vilâyet, nahiye) mesuliyeti ile memurların şahsî mesuliyetlerini nasıl tefrik etmeli? Bu meselenin sureti halli hadiselere, ve her ademi icra keyfiyetinin ahval ve şeraitine göre değişir. Yukarıda tetkik ettiğimiz hadise umumî hukuku idare prensiplerinin tatbiki suretile yani hizmetten mütevellit veya şahsî fiil kıstası ile halledilecektir. Burada bu mikyasın tevhit ettiği bütün nazik meseleleri tetkik edecek değiliz. (Cot: Memurların mesuliyeti hukukiyesi. Dupeyroux: Şahsî hata ve hizmetten mütevellit hata) Yalnız şunu hatırlayalım ki içtihadın senelerden beri kullandığı bir formüle istinaden eğer tarafeynden birinin maruz kaldığı zararın sebebi, hizmetle alâkası olmayan, hizmetten ayrı bir fiil ise bu şahsî bir fiil addolunur.

Bu halde tazminata hükmedecek olan makam adlî mahkemelerdir. [1]

Bilâkis fiil şahsî değilse, zarardide olan fert tarafından takip edilecek olan idaredir. Ve buna karar verecek merci de idarî mahkemelerdir.

Bu son mesuliyet dahi birbirinden farklı iki esasa istinât edebilir: Eğer hizmetten mütevellit bir hata varsa yani hidemattan birisinin işleminde intizamsızlık mevcutsa bundan idare mesul olacağı gibi, hiç hata ve intizamsızlık olmadığı halde de hususî mahiyette bir zarar tevellüt ederse yine idare mesul olur. İçtihatta yeni tezahur eden hususî mahiyette zarar telâkkisi başlıca şu fikre istinat eder ki aynı memleketin vatandaşları, hidematı ammenin işleminde dolaylı farklı surette müteessir olmamalıdır. Duez : Kuvayi ammenin mesuliyeti- Masteau: Devletin mesuliyeti 1927) Ne olursa olsun tetkik ettiğimiz bütün ahvalde ya fert ya idare mesuldür. Kazaî bir karar icra edilmedi mi, ona muhalif hareket mi edildi, sırasına göre ya idare yahutta fert sıfat ile memur mesul olur.

Bu iki nevi yoldan kaziyeyi muhkemeye muhalif harekette en müessir olan yol hangisidir? Fert tarafından müracaat edilebilecek en kolay, ve kararlara en müessir surette riayet ettirecek usulü muhakeme hangisidir? İşte aşağıda bunu iki kısımda tetkik edeceğiz.

1 — Kaziyeyi muhkemeye ademi riayet halinde idarenin mesuliyeti .

2 — Kaziyeyi muhkemeye ademi riayet halinde memurların mesuliyeti .

1 — Kaziyeyi muhkemeye riayetsizlik halinde idarenin mesuliyeti :

Bu mesuliyet kaziyeyi muhkemeye riayetsizlik halinde içti-

[1] İhtilâf encümeni bu iki nevi fili biri birinden tefrik edecek son mercidir .

hatlardan ekserisinin tesbit ettiği mesuliyettir. Fransız Şurayı devleti kararlarının mütaleası, şahsî mesuliyetten evvel idare mesuliyetinin tezahur ettiğini gösterir. Bu fikir yalnız mütezarır olan ferdin değil, fertle idare arasında hukukî münasebatı tanzim eden idarî hakimlerin de hatırına en evvel tevarüt eden fikirdir.

Ne için idare mameleki mesuliyetinin evvelâ tezahur ettiği sualine cevap verdikten sonra bu mesuliyetin nasıl işlediğini ve kaziyei muhkemeye riayet için kâfi olup olmadığı noktalarını da tetkik edeceğiz.

1.— Ne için idare mamelekinin mesuliyeti, memurun şahsî mesuliyetinden evvel mevzuu bahsolur?. Umumî surette denilebilir ki evvelâ, memurum gayri mesul bulunduğu dair Fransız hukuku idaresinin an'analari buna sebeptir. Bu esas uzun müddet sekizinci sene kanununun meşhur 75 inci maddesini teşkil etmiş ve 1870 de bu kanunun Lepelletier kararıyle ve şahsî filin hidemattan mütevellit fiilden tefriki suretile ilgasından sonra daha ziyade tevessü etmiştir. Malûm olduğu üzere idare memurların şahsî mesuliyetlerini tanımamazlık etmiyor fakat onu meydana koymaktan içtinap ediyor. Eğer kimse memuru ittiham etmezse mesele yoktur. Bunun içindir ki idare mamelekinin mesuliyeti, zarar gören ferdi tamamilen tatmin edecek mahiyette vazolunmalıdır. Şurayı Devlet bunu kabul ediyor, ve Fransız hukuku idaresi de şüphesiz şu esasa istinat ediyor ki: müddeinin hukuku idare mamelekinin mesuliyeti halinde, memurun şahsî mesuliyeti halinde olduğundan daha çok emindir. İşte bu fikirdir ki müddeiyi adlî mahkemelerde memurlar aleyhinde dava ikame edeceği yerde Şurayı Devlete müracaatla idare aleyhine dava ikame etmesine sebep oluyor. Zira, Devlet her zaman borcunu tediye kadirdir. Halbuki memurun bu kabiliyeti çok meşkûktur.

Zaten Şurayı Devlet, memurun şahsî mesuliyetini mevzuu bahsetmeden, idare mamelekinin mesuliyetini kabul ediyor. Devletin borcunu tediye etmek kabiliyetinde oluşu sebebine bir se-

bep daha ilâve olunabilir. O da memurun, şahsî mesuliyetini ispat etmek için takip edilen usulü muhakeme uzun, masraflı ve zahmetlidir. Adlî bir dava ikamesi icap eder. Aradaki ihtilâf daima büyür ve zaten batı olan adlî usulü muhakemeyi yeni yeni müddetler büsbütün uzatır. Binaenaleyh mütezarrır bir şahsın menfeati mülâhaza edilince, idare mamelekinin mesuliyetinin niçin birinci derecede mevzuu bahsolduğunu, izaha kâfi gelir.

2 — Bu mesuliyet ne suretle yürütülebilir? Malûmdur ki kaziyeyi muhkeme ya idarî mahkemelerden ve yahut adlî mahkemelerden sadır olur. İdarî mahkemelerden sadır olması demek bir memurun iptal edilmîş bir kararı idarîyi tatbikte devam etmesi yahut da mensup olduğu idarenin manevî şahsiyetini tazminat vermeğe mahkûm eden bir karara riayetden istinkâf eylemesi demektir. Yani ya selahiyeti tecavüz davası veya kazayî kâmil davası ikame edilebilen hadiselerde olur.

İster iptal kararı suretinde ister tazminat davası suretinde eğer idare kaziyeyi muhkemeye riayet etmezse, Şurayı devlet bu halin kat'î surette kanuna muhalif hareket mahiyetinde olduğuna karar vermiştir. Filhakika kanuna muhalif hareket mefhumu bu gün çok geniş manada anlaşılacak, umumî mahiyette bir karar demek olan hukuk kaidelerine muhalefet mefhumunu da tezammun etmek lâzım gelir. Kazaî karara riayet etmeyen idare aleyhinde mutazarrır olan veya menfaati haleldar olan fert tarafından selahiyeti tecavüz davası ikamesi mümkündür. Selahiyeti tecavüz suretile iptal edilen bir idari karar idare tekrar teçdit edemeyeceği gibi, iptal kararile kabili teklif olmayan bir karar da ittihaz edemez. Mesela adlî bir karar bazı hukuku tanıtmış ise, idare bu hukuku ihlal edecek hiç bir şey yapamaz. (Aliber tarafından hafta tatili, zabıtaya ve saireye mütedair olmak üzere zikredilen içtihat. Sahife: 305). Selahiyeti tecavüz davasının gayesi, kaziyeyi muhkemeye muhalif olarak yapılan fiili iskat etmek olacaktır. Fakat hukukun bu yolu kelimenin mahdut manasında idarenin mesuliyetini tazammun

eden bir yol değildir. Bu, idarî mahkemelerin kararlarına idareyi riayete mecbur etmek maksadile, mutazarrır fert için bir zarar ve ziyan elde etmek gayesini istihdaf etmez. Binaenaleyh bu nokta üzerinde daha ziyade tevakkuf etmeyeceğiz.

Fakat bahis, adlî mahkemelerin verdikleri kararlara intikal ederse ve bu karar da idarenin menfeatini ihlâl eder mahiyette olursa mesele değişir.

Bu halde idare ekseriya, kararlara muhalefet ve kazaî kararları icradan istinkâf eder. İdare bu nevi kararlarda kuvvei kazaiyenin bir haksızlık yaptığını, ve kuvvetlerin tefriki esasına muhalefet edildiğini zanneder. Adlî mahiyette olan kararlar velevki idarî mahkemeler tarafından sadir olsun yine kabul etmez. Halbuki idarî mahkemeler, idarenin bir cüzüdürler. Netekim 8 Ağustos 1919 tarihli Troesca kararında bu hal temामile müşahede edilir. (Lebon mecmuası: sahife 740).

O halde, bu vaziyet, bir mahkeme tarafından muamelatı idariyede vücade getirilen karışıklık mıdır? Tabii değil? Bilakis idarî makamın nüfuz ve kudretile kazaî bir kararın icrasında husule getirilen bir arızadır. Binaenaleyh idare mesuldür ve tazminle mükelleftir. Müteaddit defalar Şurayı devlet bunu tasdik etmiştir. Tipik bazı kararlar bu mesuliyetin seyrini bize göstermeğe hizmet edecektir. Bu kararların başlıcası rahip Hardel kararıdır. (Şurayı Devlet 17 Mart 1911. mecmua sahife 350 ve 12 Temmuz 1914. R; D; P; 1914 sahife 583 ve müteakip sahifeler.) Nahiye bu rahibi rahiplere mahsus ikametgâhtan koğmağa karar verince rahip bir icrayı muvakkat kararile - selahiyettar mahkeme esas hakkında karar verinceye kadar ikametgâhında oturmak hakkını almıştı. Esas hakkında karar verilmeden evvel, vali verilen ikamet kararını tanımadı. Ve tard edilmesine karar verdi. Nahiye papasın ikametgâhını yıktırarak erazisini sattı. Rahip Hardel Şurayı devlete müracaatla dava ikame etti. Şurayı devlet bu bapta verdiği kararda memurları mahkeme kararlarına riayetle mükellef tuttu, ve hidematı ammenin iyi işlememesinden mütevellit hasarın idare tarafından tazminine karar verdi.

Couiteas kararı da (Şurayı devlet 30 teşrinisani 1923 S. 1923. 3. 357. karar notları I. 698) çok mühimdir. Monsieur Couiteas Tunusta kendisine bazı arazinin imtiyazını bahşeden bir adlî mahkeme ilâmı almıştı. Bu imtiyaz bazı kabilelerin ananelerine ve onların arazisini gayri kabili ferağ addeden 1901 tarihli kararname ahkâmına muhalifti. Müsellah zabıta kuvvetile icra kabiliyetini bahşeden kararıda aldıktan sonra Couiteas münazaunfih araziye haczetmek istiyor. Kararı icra ile mükellef olan mübaşir birinci müracaatında fena kabul ediliyor, ikinci defasında da müsellaah bir mukavemetten korkuyor. Couiteas, mahallî, askerî idarelerine ve valii umumiye müracaatla müsellaah kuvvetlerin izamını talep ediyor. Bu makamat kabilelerin isyan ve ihtilâl çıkarmaları ihtimali karşısında müddeinin talebini reddediyorlar, ve Müsyü Couiteas'a münazaunfih mahaller üzerinde mülkiyet hakkını tanıyan bir adlî kararın icrasından istinkâf ediyorlar. Bu cevap karşısında müddei Şurayı devlete müracaat ediyor ve Fransız devletinin kendisine tazminat vermesini, ve memurlarının kaziyei muhkemeye riayetsizliği dolayısıyla idareyi mesul etmesini talep ediyor.

Bu vaziyet karşısında hükümet komiseri Rivet idarî makamların müddeinin talebini, memleketin hayatî menfaatlarına müsteniden ve kan dökülmesine mani olmak için, reddetmelerini doğru ve muhik görüyor. Ret cevabını bir hak, fakat istisnâî bir hak telâkki ediyor ve magdur olan fert için, — her medenî cemiyetin kanunlarına esas ittihaz etmesi lâzım gelen umumî mükellefiyetler muvazenesini ferte karşı ihlal eden — hususî bir vaziyet ihdas eylediğini kabul ediyor.

İşte idarenin adlî mahkemelerden verilen bir kararı icradan istinkâf ettiği için tazmin ile mahkûm olduğunu gördüğümüz gayet mühim ve manalı bir karar.

Hükümet komiseri Rivet bu münferit hakkın istimalinden mütevellit idarenin mesuliyeti ile kurbiyetten mütevellit hasarın tevlit ettiği mesuliyeti mukâyese ederek Couiteas'a bir tazminat verilmesine muvafakat etmiştir. Bu suretle akdî vaziyetin ihlâ-

line mütedair içtihadata ve hidematı ammede gayri tabîi hasarat babına yeni bir adım ilave etmiştir.

Karar icradan istinkâf suretinde olana zarar ve ziyan tabîi surette alakadara ait olmayan hasarattan olduğundan Şurayı devlet komiserin bu mukarreratını tasdik etti. Ne zamandan itibaren tazmin külfetinin cemiyet tarafından tehammül edileceğini ve binnetice müddeinin tazminat alabileceğini tayin etmek keyfiyeti hakime ait bir vazifedir.

İdare mamelekinin mesuliyetinin hukukî esası nedir? diye bir sual varit olabilir. Buna cevap olarak iki kaide gösterilebilir: İdare tarafından adlî mahkemelerden verilen karara riayet etmemek filî doğrudan doğruya bir hizmet hatası teşkil edebilir. Hizmetin intizamsız işlemesine şahit olduğumuz halde bunun aynidir. Mesela bir idare heyeti tarafından veya müçtemi fertler tarafından ika edilen hata bu mahiyettedir. Bu faraziyyede hatayı kimin yaptığı malum değildir. Mutazarrır tarafından doğrudan doğruya idare ve hizmet aleyhinde dava ikame olunur. Zaten hangi memur aleyhine husumet tevcih edileceği tayin olunamayacağı cihetle başka türlü olmasına da imkân yoktur.

İkinci bir ihtimal daha vardır: Hizmet tabîi halinde ceryan etmiştir. Fakat buna rağmen zarar vardır. Tabiri aharla idare tarafından kaziyeyi muhkemeye ademi riayeti muhik gösterecek ve hizmet hatası ihtimalini de ortadan kaldıracak mücbir sebepler vardır. Meselâ Couiteas kararında olduğu gibi cemiyetin yaşayışı (Sousse) mahhemesinin kararının ademi icrsını istilzam ettirir. Buna rağmen zarar tazmin edilir. Zaten Şurayı devlet de istisnaî ve hususî hasar fikrine istinaden tazminat itasına karar vermişti.

Binaenalyh kaziyeyi muhkemeye ademi riayet halindeki mesuliyetin esası aranacak olursa, gürülür ki mesuliyet yalnız hata mefhumuna değil aynı zamanda hasar mefhumuna da istinat etmektedir. Fakat esası ne olursa olsun idarî içtihat, bütün bu gibi kaziyeyi muhkemenin ihlâli halinde muhik bir tazminat itasını kabul etmektedir.

3 — İdare mamelekinin mesuliyeti kâfi midir? Çok faideli olduğu için bu hukukî tarîk tevessü etmiştir. Fakat buna rağmen bu usulün müteaddit mahzurları vardır.

Çünkü cebrî icra mümkün olamayınca idarenin istinkâfının önüne geçilemez. Şu halde ise idareyi ikinci bir defa mahkûm ettirmekten başka bir şey yapılamaz, ve mesele de halledilmez. Nazariyat itibarile idare mameleki üzerine bir hak teallük etmiş oluyor, fakat tatbikatta kazaî karar icra edilmeden kalıyor. Müeyyidenin ademi vücudunu kabul etmek zarurîdir. Bu hem hakim için bir maglubiyet hem de hürriyet zararına yapılan bir tecavüzdür. Fabrèques kararı / Şurayı Devlet 23 Temmuz 1909 ve 22 Temmuz 1910 S. 1901 .3. 121 Hauriou karar notları II 897 / bu iddianın bariz bir teyididir. Buna misal olmak üzere bir belediye müdürü biribirini takip eden kararlarla nahiyenin orman bekçisine on ay işten el çektirmiştir. Hukukî olarak bu hal bir aydan fazla devam edemezdi. İttihaz ettiği kararlar selâhiyetini tecavüz ettiği için Şurayı Devlet tarafından birer birer iptal edildi. Bu suretle hareket ederken belediye müdürü bir sistem dahilinde kaziyei muhkemeye muhalefet ediyordu. Fakat diğer taraftan bu usulde silsilei meratibe tebaan mafevk makam pasif kaldığı için orman bekçisi haklı çıkamadı. Ve Şurayı Devlet de kendisini maglup olmuş gördü.

Ahlâki cihetten düşünülecek olursa idare aleyhine ikame olunan tazminat davaları memurları kaziyei muhkemeye riayet ettirecek mahiyette değildir. Ve şahsî mamelekelerine bu usul ile ilişilemez. Bundan maada Hauriou'nun dediği gibi Fransada idare, intihabatın tesirâtı altında kendi aleyhinde olan kararları icradan daima istinkâf eder. Bu da daha müessir diğer bir usul vazı lüzumunu hissettirir. İşte daha ciddî bir teminat ve hakikî bir müeyyide aramağa sevkeden sebepler bunlardır. Bunu da memurların mesuliyeti esasında bulacağız. Filhakika idarenin mesul edilmesi memurları alâkasız bırakıyor. Devletin maliyesine bir takım hukukun teallük etmesi memuru hiç bir veçhile muhalefetten alakoyamadığı için hakimin hükmüne muhalefet ediyor.

II

Kaziyei muhkemeye riayetsizlik sebeble memurların mesuliyeti

İdare mamelekinin mesuliyeti kâfi gelmiyor. Vatandaşların hukukunu temin etmek için idarenin ademi mesuliyeti prensibini bırakmak zarurî olduğu kadar bu bapta memuru da nazardan uzak bulundurmamak lâzımdır. Memurun şahsî mesuliyeti zarurîdir. Ve bunun esası hukukîdir. Nazariyat bu mesuliyeti sarahaten, içtihadat ise zımnen kabul etmişlerdir.

Kaziyei muhkemeye riayetsizlik halinde memur şahsen mesul olmalı demiştik. Eğer idare memur aleyhinde inzibatî cezalar yapmazsa kaziyei muhkemeye riayetsizlikten dolayı hukuku muhtel olan ferdin memur aleyhine zarar ve ziyan davası ikamesi ve kaziyei muhkemeyi icra ettirmek için de mesul olan idare aleyhine de mahkemeye müracatı icap eder.

Memur şahsen zararı tazmin etmelidir. Çünkü ekseriya memur şahsî bir sebep için kaziyei muhkemeyi icradan istinkâf eder. Kaziyei muhkeme doğrudan doğruya kendisini alâkadar eder. Meselâ selâhiyetini tecavüz ettiği için iptal edilen bir kararı mevzuu bahsedelim: Evvelki kararı ittihaz eden memur, izzeti nefesine dokunan bu iptal kararını hiçe sayarak iptal edilen fili idame eder. Bir belediye müdürü Şurayı Devletin kararı ile memuriyetine iade edilen bir memura, arada geçen zaman için maaşlarını vermemekte ısrar eder, bir vali ilk ret cevabını kanuna muhaliftir diye iptal eden karara rağmen nakliye müsaadesi vermemekte sebat eder, yahut bir belediye müdürü Şurayı Devletin evvelki on kararını iptal etmesine rağmen yeni bir kararla bir nahiye memurunu vazifeden çeker.

O halde memurların muhalefetini nasıl azaltmalı? Bu gibi hareketlerle memurlar kaziyei muhkemeye muhalefet ve bu suretle vazifeden ayrı ve onunla alâkadar olmayan bir hata yap-

mış oluyorlar. İşte memurların şahsî mesuliyetlerini mevzuu bahs ettirebilecek kıstas budur.

Hataya müstenit mesuliyet nazariyesi bir defa vaze dilince, kaziyei muhkemeye muhalefetin evvelemirde şahsî bir hata olduğunu ispat etmek icap eder. Kaziyei muhkeme kanunî bir hakikattir. Kanunu tatbik ile mükellef olan hakim esas itibarile kanuna muvafık kararlar verir. Ve böyle olunca kararları da aynen kanun gibi vacibürriayedir. Bir memur tarafından kanuna muhalefet gibi, kaziyei muhkemeye de ademi riayet gayri kabili inkâr bir hatadır ve gayesi kanunların salim surette tatbikini temin etmek olan idarî vazifeden müstakil bir fiildir. Hakimin kararlarına memur için itaat lâzımdır. Eğer onları tanımazsa idarî vazifeden çıkar ve kendi mamelekini tehlikeye arzetmiş olur. Burada şunu kaydetmek lâzımdır ki kanuna muhalefet ile kaziyei muhkemeye muhalefet hallerinin biribirine teşbihi çok kat'î bir tesir yapmıştır. Her ikisi, yani gerek müşebbeh ve gerek müşebbehünbih hukuk kaidesinin anasırlarıdır. Ve her hangi birisine muhalefet selâhiyetin tecavüzünü tezammun eder. / Alibert Sahife : 298 /

Nazariyat, müttefikane bu esası kabul etmiştir. Yalnız her müellif buna ayrı bir esas veya ayrı bir müeyyide gösterse bile kaide her zaman aynı kelimelerle ifade edilmiştir. Memurun şahsî mesuliyeti esası kaide olmalıdır. İdare mamelekinin mesuliyetine karşı kâfi derecede müeyyide bulunamaması bu nazariyeyi tevlit etti. Ve bu suretledir ki memurun şahsî mesuliyeti tatbikat sahasına intikal eyledi. / Hauriou Fabreques kararına ait notlar /

Memurun şahsî mesuliyeti için şu mülâhaza da varit olabilir. Hizmet kanunu memurun riayetle mükellef olduğu ahkâmı tayin eder. Ve hizmet kanununa her muhalefet, şahsî bir hatadır. Hakimin kararı, hizmet kanununa muvafık addolununca memurun birisine muhalefet etmeden diğerini tanımaması imkânı yoktur. Fakat memurun şahsî mesuliyetini göstermek için idarî hizmetten ayrı bir hata olup olmadığı kıstasına istinat etmek daha emin bir yoldur.

İçtihadada gelince, içtihat henüz bu vadide kat'î bir şey söylememiştir. Çünkü şimdiye kadar adlî mahkemelerde, memurlar aleyhinde, kaziyei muhkemeye muhalefetten dolayı selâhiyeti te-cavüz davası ikame edilmemiştir. Fakat eğer müracaat edilmiş olsaydı şüphesiz idi ki memur şahsî mamelekenden tazminat vermeğe mecbur tutulurdu. Şurayı Devletin kaziyei muhkemeye ademi riayet halinde verdiği kararlar, nazariyatça kabul edilen prensibe muhalif değildir. Şurayı Devletin fertleri evvelâ idareye göndermesi fertlere daha çabuk hak kazandırmak içindir. Hakim, hukuk mahkemeleri huzurunda mesuliyet davalarının bataatini nazari dikkate almıştır. Şurayı Devlette fertler tarafından kaziyei muhkemeye istinaden haklarını istihsal için ikame edilmiş davalar vardır. Fakat Şurayı devlet resen memur aleyhine şahsî mesuliyet tevcih edemez. Bundan maada müddei, lehine verilmiş olan kararların icrasını tehir etmek istemiyor. Onun için ferdi doğrudan doğruya hakkını tanıtmak üzere idareye gönderiyor. İşte Rougegre meselesinden istintaç olunacak netice budur. / Şurayı Devlet 28 Haziran 1911 Lebon sahife 913 / Denilebilir ki bu içtihat zımnen memurun şahsî mesuliyetini tanımıştır.

Bundan maada nazariyatla beraber, ve kaziyei muhkemeye muhalefetten dolayı idarî mahkemeler muvacehesindeki davalarda hükûmet komiserleri nazariyatın teklif ettiği tarzı halli kabul etmişlerdir. Hükûmet komiseri Chardenet, Rougegre meselesindeki kararda şöyle diyordu :

«Gayri kanunî bir hars cemiyetine bir kiliseden istifade hakkı bahşedilmişti. Bu karar Şurayı devlette hücumu maruz kaldı. Hükûmet komiseri, kararınızın ertesi günü, hars cemiyetinin tekrar kiliseden istifade hakkını almasından korkulurdu dedi. Filhakika eğer hars cemiyeti ile birleşen her iki nahiye müdürü bu suretle hareket etseydiler bunu sizin kararınızı iptal için yaptılar denilebilir ve vazifelerinden mütevellit olmayan şahsî bir hata ika etmiş addolurlardı. Zarar ve ziyan davası da aleyhlerine tevcih edilebirdi. Kilise müdavimleri selâhiyettar ma-

kama müracaatla tevessül edilen tedabirden vaz geçilmesini rica ederler ve şüphe etmiyorum ki hak kazanırlardı.»

Aynı mülâhazat aynı komiserin Rouzier kararı münasebetile yaptığı beyanatta teyit edilmiştir. (İhtilâf encümeni 25 Mart 1911 S. 1911 3. 105 kadar notları II 175) Eğer bir nahiye müdürü idare memuru sıfatile değil, idarî vazifeden müstakil ve ondan katiyetle ayrılabilir tali bir vazife yapıyor. Fakat her iki kararın sarîh ve umumî ifadesine nazaran şüphesiz ki her iki halde de adlî mahkemenin kararına itaat etmeyen nahiye müdürü şahsî mamelekenden mesul oluyordu.

Adlî mahkemeler de bu yola girmiş gibi görünüyorlar. 27 Kânunuevvel 1892 de Grenoble mahkemesi, intihabat listesine ithalini amir bulunan bir ilâmla gelen bir müntehibe hakkı rey vermeyen nahiye müdürünün bu ağır hatadan mütevellit mesuliyete maruz kalacağına karar vermiştir. Fakat bu karar o kadar sarîh değildir. Ve bu vadede içtihat henüz tekarrür etmemiştir denilebilir, Hakikatte dahi içtihatlar sarîh surette vazedilmiş faraziyeler karşısında bulunmadı. Sebebi de Rougergré ve Rouzier kararlarile sarîh surette şahsî mamelelelerinden tazminle tehdit edilmiş bulunan memurlar idarî ve adlî mahkemelerin kararlarına riayet etmişlerdir.

Bununla beraber memurlar tarafından bazı muhalefetler de görülmüştür, Kaziyei muhkemeye riayetsizlikten mütevellit mesuliyetin son merhalesi memurların şahsî mesuliyetleridir. Bu hadisede şayanı kayit bir nokta vardır. Kaziyei muhkemeye riayetsizlikten dolayı mesuliyet bize esas itibarile idareyi kararlara itaat ettirmek için en iyi bir çare olarak görünmüştü.

İdarenin bu riayetini memurların şahsî mesuliyetleri ile elde etmek demek, memurları şahsî mesuliyet için karar vermeğe selâhiyettar olan adlî mahkemelere göndermek demek değil

midir? Böyle olunca adalet makinesi ve adliye teşkilâtı, idarî mahkemelerden verilen kararlara memurları riayet ettirmek için, tabiri mahsus ile (Kulis) arasından görünen son bir müeyyide oluyor.

Charles Crozat
İstanbul Darülfünunu Hukuku amme profesörü

Tercüme eden
Şükufe Abdurrahman