

## UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI ARASINDA UYUŞMAZLIK

Yazan: Kemal Galip BALKAR

Uyuşmazlık Mahkemesi onuncu yaşını bitirmiştir. Teşkilâtı Esasiye Kanununda yapılması düşünülen değişiklikleri incelemek üzere Adliye Vekâletinde bir komisyon kurulduğunu işitiyoruz. Bu çalışmaların kanunlaşması neticesinde Anayasa mahkemesi kurulmak suretiyle Uyuşmazlık mahkemesinin vazifeleri bu yeni teşekküle verilse bile bu yazdıklarımız kıymetlerinden bir şey kaybetmezler; çünkü ilmin mutaları mevzuatımızda husule gelecek bu gibi merci değişikliklerinden müteessir olmazlar. Böyle bir kıymet kaybı bahis konusu olabilmek için idarî kazanın ilgası cihetine gidilmek icap eder, ingilizler bile idarî kazayı kabul etmişken buna da ihtimal verilemez (1).

Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında bu geçen on yıl içinde müşahede ettiğimiz gelişme bir hukuk yazarı tarafından toplu olarak henüz ifadelendirilmemiş olmakla beraber bu tekâmülün takdire değer bir mahiyet arzylediğinde şüphe yoktur. Bununla beraber bazı meselelerde idare hukuku ile hususi hukuk icapları arasındaki farka Yüksek mahkemenin gereği kadar dikkat etmediğini veya nüfuz edemediğini gösteren kararlar mevcuttur. Bu kararlar hukuk umumî efkârını rahatsız etmektedir. Çankırı mebusu sayın Celâl Boynuk tarafından girişilen teşriî teşebbüs bu rahatsızlığın Büyük Millet Meclisine aksettirilmesinden başka bir mana ifade etmez (2).

Biz burada sayın mebusu o teşebbüse sevk eden istikrarsızlıktan bazı örnekler vermek hatta aynı oturumda adlî kaza lehinde düşünmekte devam eden ekseriyetin nasıl idarî kaza lehine döndüğünü ve bu dönüşün doğurduğu neticeleri göstermek istiyoruz.

---

(1) Justice and Administrative Law, By. William A. Robson, Third Edition London 1951 sahife: 896313

(2) Bu hususta bakınız: Kemâl Galip Balkar. 3546 sayılı kanunun A bendi. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt: X, yıl: 1955, sayı: I. sahife: 136.

## BİRİNCİ KARAR

Esas 1953/69, Karar 1953/74 numaralarını taşıyan birinci karar Resmî Gazetenin 17/4/1954 tarihli ve 8687 sayılı nushasında neşredilmiştir. Bu kararda davacı Üsküdar - Kadıköy ve havalisi halk tramvayları Türk Anonim Şirketi, davalı Millî Müdafaa Vekâletidir.

Davanın Özeti: Davalılardan Halid'in idare ettiği 181210 plâka sayılı askerî kamyon davacının havaî hat direğine çarparak 467 lira 58 kuruşla tamiri kabil zarar iras eylemiştir. Hâdise şoförün dikkatsizliği, tedbirsizliği meslekteki acemiliği yüzünden vukua gelmiş olup Millî Müdafaa Vekâleti de istihdam eden sıfatiyle malen mesuldür. Müddeabihin faizi ile birlikte davalılardan tahsili talep edilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 10/12/1953 tarihli oturumunda dosyadaki kâğıtları okumuş ve müracaatın şekline uygun olarak müddeti içinde yapıldığını anlamış ve baş kanun sözcüsünün davanın görülmesi idarî kazaya ait olduğuna mütedair mütalâası alındıktan sonra gereğini görüşüp düşünerek davacı şirket, havaî hat direğine çarpan askerî vasıtanın ika ettiği zarardan dolayı, istihdam eden sıfatiyle Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine tazminat davası açmış ve haksız fiilden doğan ve Borçlar Kanununun 55 inci maddesine istinad ettirilen işbu davanın görülmesi adliye mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunmuş olmakla baş kanun sözcüsünün varit görülmeyen talebinin reddine ekseriyetle karar vermiştir.

Bu kararın etraflı bir tenkidini burada yapacak değiliz; yalnız şu kadarını söyleyelim ki Uyuşmazlık mahkemesi davacının adliye mahkemesi önünde açtığı davayı istinat ettirdiği plânın, asliye mahkemesi gibi, hakikate uygunluğu derecesini araştıрмаğa lüzum görmemiştir. Davacı davasını er şoförle Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine tevcih etmiştir. Millî Müdafaa Vekâletinin istihdam eden sıfatiyle mesuliyetini istemiştir. Bundan anlaşılan mana davacının zarar doğuran filili bir haksız fiil olarak mütalâa eylemiş bulunduğudır. Eğer zarar doğuran fiil davacının beyan ettiği gibi bir haksız fiil ise buna terettüp eden hukuki hükmü ayrı bir hüküm mevcut olmadığı takdirde şüphesiz Borçlar kanununda aramamız, Millî Müdafaa Vekâletinin istihdam eden sıfatiyle mesul olup olmadığını düşünmemiz, istihdam edenin mesuliyetine müteallik 55 inci maddede yazılı şart ve unsurların mevcut olup olmadığını tetkik ve tahkik eylememiz icap eder.

Halbuki davalı Millî Müdafaa Vekâleti bu anlayışa iştirak etmiyor. Onun nazarında şoför amme hizmeti ifa eden bir ajandır, geniş manada bir memurdur. Binaenaleyh kendisi ile şoför arasındaki hukuki bağ Borçlar kanunu sahasında mütalâası caiz bir istihdam, bir hizmet münasebeti

telâkki edilemez; böyle olunca hadiseyi haksız fiil gibi mütalâaya imkân tasavvur edilemez. Hadise haksız fiil gibi mütalâa edilemeyince Borçlar Kanununun 55 inci maddesine göre Millî Müdafaa Vekâletine adliye mahkemesi huzurunda mesuliyet tevcihi hukukan kabil olmaz. Kaldı ki bu yola gitmenin davacı için büyük tehlikeleri mucip olacağı meydandadır; çünkü bu maddenin birinci fıkrasında “şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olmayacağını isbat ederse mesul olmaz” diye bir cümle vardır. Bu cümle bazı hallerde idareyi mesuliyetten kurtarır ve zarar göreni er şoför gibi ika ettiği zararı tazmin edemiyecek durumda ajanlarla karşı karşıya bırakabilir. Bu tehlikeyi küçümsememek lâzımdır.

Davalı Millî Müdafaa Vekâleti amme hizmeti ifa edilirken hâdisenin meydana geldiğini müdafaa sadedinde beyan ediyor ve bu müdafaa ile bahis konusu fiilin vasfını değiştiriyor. Bu müdafaaı serdedince hemen arkasından vazife itirazı geliyor; öyle bir vazife itirazı ki halli temyiz mahkemesinin vazifeleri dışında bulunuyor, Uyuşmazlık Mahkemesinin vazifeleri arasına giriyor. Bu hususta 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kanununun 8 ve 9 uncu maddeleri pek sarihdir. İncelemekte olduğumuz karar bu görüşün tatbikattaki yüzlerce misalinden birini teşkil eder. Hukukî durum bu merkezde olduğu için Temyiz Mahkemesinin 8/1/1947 tarihli ve 10/1 numaralı içtihadı birleştirme kararının en büyük süratle vücudunun izalesi icap eylediği kanaatine vardık (3).

## İKİNCİ KARAR

Esas 53/77, Karar 53/82 numaralarını taşıyan bu karar da Resmî Gazetenin aynı nüshasında neşredilmiştir.

Şefika Tosyalı vekili tarafından Millî Müdafaa ve Maarif Vekâletleri aleyhine İstanbul asliye mahkemesi ikinci hukuk hakimliği huzurunda bir tazminat davası açılmıştır.

Davanın Özeti “müvekkilemin oğlu Cemâl Yener Tosyalı Şehzadebaşında trafik tatbikatı yapmakta iken davalılardan Millî Müdafaa Vekâletine ait olup Necdet Kılıç tarafından idare edilen vasitanın çarpması neticesi 11/2/1953 tarihinde vefat etmiştir. Vak’a şoförün dikkatsizliği yüzünden husule gelmiştir. Diğer taraftan mektep idaresi çocuğu trafik tatbikatına çıkarırken müvekkilemin rıza ve muvafakatını almamak ve trafik talimatına göre gerekli formaliteyi ikmal etmemek suretiyle kendisine

(3) Bu karar hakkında yazılmış geniş bir tahlil ve tenkid için bakınız: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt: VIII, Yıl: 1953, Sayı, 1-4.

düşen dikkat ve ihtimamı ve vazife icabını yerine getirmemiştir. Bu bakımdan Maarif Vekâletinin de mesuliyeti aşikârdır. Maddî ve manevî tazminata hüküm verilmesini isterim” demekten ibarettir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 10/12/1953 tarihli oturumunda dosyadaki kâğıtlar okunduktan ve müracaatın şekline uygun olarak müddeti içinde yapıldığı anlaşıldıktan ve baş kanun sözcüsünün davanın görülmesi idarî kazaya ait olduğuna mütedair mütalâası alındıktan sonra gereği konuşulup düşünülerek şu karar verilmiştir:

Davacı, kendisinin muvafakatını almaksızın çocuğunu trafik tatbi-katına çıkarmak suretiyle vazifesini ifada dikkat ve ihtimam ile hareket etmeyen mektep idaresinin kusurundan dolayı Maarif Vekâletini de dava eylemiş ve bu tavsif ile sarahaten hizmet kusuruna istinat ettirilen davanın, istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sebebiyle mesuliyeti iddia olunan Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine de tevcih edilen dava ile birlikte rüyeti idarî kaza merciinin vazifesi dahilinde bulunmuş olmakla İstanbul Asliye İkinci Hukuk mahkemesince müttehas vazife kararının kaldırılmasına ekseriyetle karar verildi.

Bu kararda davayı rüyet vazifesi, mevzuatımıza göre vazifeli olan Devlet Şûrasına verilmiştir. Fakat dikkat edilirse bu karar da birinci kararda tenkit ettiğimiz kusurdan kendini kurtaramamıştır; çünkü davacının tavsifi ile yüksek mahkeme ve bütün mahkemeler mukayyet imiş gibi bir ibare kullanılmış ve bir ifade tarzı ihtiyar edilmiştir. Bu noktada yüksek mahkeme kâfi derecede dikkatli davranmamaktadır. Umumî olarak mahkemelerimizde kaza uslûbuna riayet edilmediğini her gün ortada dolaşan ilâmlara şöyle bir göz gezdirmekle anlamak mümkündür. Hakikatte ise fiilin, hadisenin vasfını tayin etmek kaza merciinin başta gelen vazifesidir (4).

Diğer taraftan kararın eğer bu davada Maarif Vekâleti davalılardan olmasa idi başka türlü hareket edileceğini ihsas eden bir eda ile yazıldığı nazara çarpmaktadır. Kanaatimizce haddi zatinde Millî Müdafaa Vekâletini ilgilendiren kısmın rüyeti adliye mahkemesinin vazifesi içinde bulunduğu inaniyorsa yüksek mahkeme amme imtizamının icaplarını yerine getirmek için davayı parçalamalı, adlî kazaya ait olanı adlî kazaya, taallûk eden kısmı da idrî kazaya vermeli idi. Yüksek mahkemenin kararlarında bu tarzda hareket eylediğine misal olarak Resmî Gazetenin 26/7/1949 tarihli ve 7268 sayılı nushasında neşredilen E: 49/8, K:/II numaralı kararında davacının murisi Naum ve ortakları firmasının borca

(4) Ord. Prof. E. Hirş. Pratik hukukta metod. 1954 sahife: 9-11. Kemal Galip Balkar. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında ifade meselesi; Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 1954, Sayı, 2.

müstağrak olduğu aşikâr iken şirketin vergi borcundan dolayı kendisinin takibe uğradığını ileri sürerek vergi mutalebesi ve seyahatine engel olunması suretiyle vaki müdahalenin men'ini mutazammın adliye mahkemesinde açtığı dava üzerine vazife konusunu incelemiş, terekenin borca müstağrak olup olmadığının tesbinin ve bu konuda karar ittihazının adalet mahkemesine ait olduğunu beyan etmiş, vergi tahsili ve pasaport verilmesi amme hukukunu ilgilendiren meselelerden bulunduğu cihetle bu husustaki ihtilâfın halli vazifesini idarî mahkemeye vermiştir.

Karara göre davacı mektep idaresinin kusurundan dolayı Maarif Ve Kâletini dava eylememiş ve sarahaten hizmet kusuruna istinat etmemiş olsa idi demek yüksek mahkeme başka türlü karar verecekti, yani bir defa daha davacının hadiselere izafe eylediği vasıf ile kendini mukayyet sayacaktı. Bu düşünüş tarzı hukukî esaslarımıza asla uygun değildir; her derecedeki mahkeme ve bilhassa büyük amme intizamı (5) ile alâkalı vazife ihtilâflarını çözmeye memur olan ve kuruluşu Teşkilâtı Esasiye kanununun 51 ve 53 üncü maddelerine dayanan Yüksek Mahkeme önüne gelen meselelerde bu nokta büyük dikkat ve itina ile üzerinde durulacak bir konudur.

Bizim Teşkilâtı Esasiye kanunumuz 51 inci maddesinde "idarî dava ve ihtilâfları rüyet ve hal" etmek vazifesini Devlet Şûrasına verirken mutlak bir ifade kullanmış ve küllî bir kaide koymuştur. Bu kaidenin istisnasını yalnız 491 sayılı kanunla onu tadil eden kanunlarda aramak mecburiyetinde olduğumuz gibi bu kanuna tekaddüm eden devirlerde bu esasa aykırı olarak tedvin edilmiş ve idare davalarının rüyetini başka mercilere vermiş vazifeye müteallik hükümler de kanaatimizce zımnen mülgadır (6); hiç değilse Teşkilâtı Esasiye kanunu hükümleriyle çatışan mevzuatı bu çatışma nisbetinde mahkemeler tatbik etmemek mecburiyetindedirler. (7). Binaenaleyh ne taraflar bu esasın dışına çıkabilirler, ne de mahkemeler bu esasa aykırı karar verebilirler. Teşkilâtı Esasiye kanununun 53 üncü maddesi ise "mahkemelerin teşkilât, vazife ve selâhiyetlerinin kanunla muayyen" olduğunu söylemekle adliye mahkemelerinin vazifelerinin sınırlarını çizmek işini adi kanunlara bırakmaktadır. Bundan mantıkî olarak adliye mahkemelerinde bir dava açarken bunun

(5) Adli Kaza teşkilâtı içindeki vazife meselelerinden ayırmak için adli ve idarî kaza arasındaki vazife bölümü ile alâkalı olan ihtilâflar bahis konusu olunca büyük amme intizamı tabirini kullanmayı uygun bulduk.

(6) İstimlâk hakkındaki mevzuat bu bakımdan ayrı bir tetkik konusudur. Fırsat zuhurunda büyük ehemmiyet arzeden istimplâk işini de inceleyeceğiz.

(7) Bu hususta bakınız: Kemal Galip Balkar. Teşkilâtı Esasiye kanununa aykırı kanunlar karşısında mahkemelerin durumu. Ankara Hukuk Fakültesi dergisi Cilt: X, Sayı: 1-4 S: 212-226.

adlî kazanın vazifeleri içine giren konulardan neşet eden bir ihtilâf olduğuna çok dikkat etmek lâzım olduğu gibi kendilerine arzedilen ihtilâfların hukukî mahiyetini tayin için adliye mahkemelerinin davacılardan da fazla bir itina ve hassasiyet göstermeleri zaruri bulunduğu neticesi çıkar.

Tedkiki ile meşgul olduğumuz konu itibariyle nihaî safhayı teşkil eden Devlet Şûrasında altıncı dairesinin esas 54/180, Karar 55/1436 sayılı iiâmından hüküm fıkrasını buraya nakletmekte faide görüyoruz.

### TÜRK MİLLETİ NAMINA

Hüküm veren Devlet Şûrası Altıncı Dairesince duruşma konularak taraflara davetiye gönderilmiş ve belli günde davacı vekili ve Maliye Vekâleti mümessili avukat Rüştü Aral gelmişlerdir.

Kanun sözcüsünün huzuriyle açık duruşmaya başlanarak taraflar dinlendikten ve kanun sözcüsü düşüncesini söyledikten sonra dosya içindeki bütün kâğıtlar incelendi:

Dava dosyası muhteviyatına göre hâdisenin Millî Savunma Vekâleti 33 üncü tümen karargahına mensup 155012 plâka numaralı otomobilin askerî kantine eşya almak için trafik zorluğu aşıkâr bulunan bir yerde, Vefa Lisesi son sınıfında talebe bulunan ve Millî Eğitim Vekâleti tarafından tatbik olunan (okullarda kurulacak emniyet ekiplerine mahsus talimat) gereğince vazifelendirilen davacının oğlu Cemâl Yener Tosyalıya çarparak ölümüne sebebiyet vermiştir.

Mezkûr talimat hükümlerine göre emniyet ekibine seçilecek talebinin velisinden yazılı muvafakatname alınması lâzım gelirken böyle bir vesika alınmadığı ve talebenin bu vazifesini yaya kaldırımın kenarında durarak, asıl trafik polisine yardımcı olarak küçük talebelerin geçit yerlerinden selâmetle geçişlerini temine matuf bulunduğu halde bir trafik memuru gibi onun yerine kaim kılınmak suretiyle Millî Eğitim Vekâletinin talimat dışı hareketi ile hadisenin vukuunu hazırladığı dosyanın tetkikinden anlaşılmıştır.

Millî Müdafaa Vekâleti ise trafik bilgisi noksan bir şoförü istihdam etmek suretiyle hadisenin meydana gelmesine sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır.

Hâdisenin bu cereyan şekline ve iddia ve müdafaalara nazaran çarpma hadisesinde her iki idarenin hizmet kusuru zahir ve davalıların hizmet kusurunun ademi mevcudiyetine ait defileri varit görülmemiştir.

Verilecek tazminatın mikdarına gelince: askerî otomobilin çarpması neticesi ölen Cemâl Yener'in tek varisi bulunan davacının talep ettiği 20.000 lira maddî ve 10,000 lira manevî ki ceman 30,000 lira tazminatın

davalılardan mütesaviyen alınmasının hakkaniyet ve adalet kaidelerine de uygun bulunduğundan, davacı adlî müzaharetten istifade ettirildiğinden 1200 lira nisbî harcının malî durumunun düzelmesine terkine 14/6/1955 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Şunu ilâve edelim ki muhalif olan zat davacıya ödenmesi lâzım gelen tazminat mikdarının tesbitinin bilirkişi marifetiyle yaptırılması mevzuata uygun bulunacağı kanaatini izhar eylemiştir. Esasa değil tesbit usulüne ştirak etmediği anlaşılıyor.

### ÜÇÜNCÜ KARAR

Resmî Gazetenin 17/4/1954 tarihli ve 8687 sayılı nushasında neşredilen ve esas numarası 53/78, karar numarası 53/83 olan bu kararda davalı mevkiini Millî Müdafaa Vekâleti yalnız başına işgal etmektedir. Davaya Ankara Asliye Mahkemesinin İkinci Hukuk Hâkimliği huzurunda açılmıştı. Dava konusu kararda şöyle hülâsa edilmiştir. Kızımız Hüsniyenin ölümüne sebep olmaktan sanık beşinci zırhlı tugay erlerinden Mahmut Akkuş'un bu fiil ve hareketinden istihdam eden sıfatiyle davalı Vekâlet mesuldür. Mahmut Akkuş Asliye Ceza mahkemesince sekiz aya mahkûm edilmiştir. 2000 lira manevî tazminatın tahsiline karar verilmesini isteriz.

Uyuşmazlık Mahkemesince gereği görüşülüp düşünülerek şu karar verilmiştir:

Mevzuu askerî vasıtayı sevk ve idare eden şoförün, kusurlu hareketi neticesi davacıların kızı Hüsniyenin ölümüne sebebiyet vermesinden dolayı, şoförü istihdam eden davalı Millî Savunma Vekâletinden tazminat istenmesinden ibaret olan ve Borçlar kanununun 41 ve 55 inci maddelerine temas eden davanın rüyeti adalet mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunduğuna 10/12/1953 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Bu kararlar karşılaştırınca bunların maddî hâdise bakımından aralarında büyük bir benzerlik vardır; hatta ikincinin Millî Müdafaa Vekâletine taallûk eden kısmı ile bu üçüncü dava arasındaki benzerlik ayniyete pek yakındır. Her iki hadisede motörlü vasıta çarpmıştır ve çarptığı kimseyi öldürmüştür. Her iki hadisede öldürme kasdı bahis konusu değildir. Ölüm sebebi olan çarpma fiilleri şoförlerin hatası, dikkatsizliği yüzünden vuka gelmiştir, hatta biz bunlara, meslekte acemilik, ehliyetsizlik, seyrüsefer kaidelerine riayetsizlik gibi işlenen fiili kasde makrun suç haline getirmiyen diğer hata ve kusur teşkil eden unsurları da ekliyebiliriz.

İkincisinde fazla olan Maarif Vekâletine taallûk eden kısım davalıyı bir kül halinde idarî kazanın vazifesi dahiline sokan unsur bu değildir; çünkü böyle bir düşünce davalı kül halinde idarî kazaya vermeyi de-

ğil, ikiye bölmeyi, birini adliyeye birini darî kazaya tevdi etmeyi icap ederdi yukarda işaret ettiğimiz misalde görüldüğü gibi. Halbuki karar böyle yapmıyor; davacının muvafakatını almaksızın çocuğunu trafik tatbikatına çıkarmak suretiyle vazifesini ifade dikkat ve ihtimam ile hareket etmeyen mektep idaresinin kusurundan dolayı Millî Eğitim Vekâletini dava eylemiş ve bu tavsif ile davanın sarahaten hizmet kusuruna istinat ettirilmiş olduğunu beyan ediyor. Bizim de tenkid ettiğimiz husus bu noktaya taallük ediyor. Biz diyoruz ki vazife konusunda husule gelen ihtilâfı hal ederken bütün mahkemeler gibi yüksek Uyuşmazlık mahkemesi de davacı tarafından hadiselerle izafe edilen vasıfla kendini mukayyet saymamak ve bu vasfı bizzat tayin eylemekle mükelleftir (8) Bu esası terk eden mahkeme davacının iddiasını hiç bir tetkike tabi tutmadan kabul etmiş olur ki bu netice mahkemelerin kuruluşu sebep ve hikmeti ile bağdaşmaz; çünkü davacının dileği bu mertebe muteber tutulur ve is'af edilmek lâzım gelirse davalıyı dinlemek için mahkemeye davete lüzum kalmaz. Görülüyor ki bu yol bizi ulaşmak istediğimiz gayeden uzaklaştırmakta, hukuki esaslarla telifi mümkün olmıyan durumlara düşürmektedir. O halde yüksek mahkemenin dayandığı mucip sebep hatalıdır; zaten bu noktadaki hatadır ki neticenin de yanlışlığına amil oluyor. Eğer kararın dediği şekilde davacı hizmet kusuru esasına istinat etmiş olsa idi adliye mahkemesine gitmez Devlet Şûrasına müracaat ederdi; çünkü bir çoklarının yaptığı gibi davacı 3546 sayılı Devlet Şûrası kanununun 32 nci maddesinde yazılı doksan günlük dava açma müddetini geçirmiş olduğu için adliyeye müracaat etmiş değildir. Davacı Devlet Şûrasında dava açabileceği müddet içinde adliyede dava açtığı içindir ki Uyuşmazlık Mahkemesinin İstanbul Asliye mahkemesi ikinci hukuk hakimliğinin vazife kararını kaldırması üzerine Devlet Şûrasına müracaat etmiş ve yukarıda nakledilen 30000 liralık tazminat kararını alabilmiştir.

Kararın ikinci davalıya taallük eden kısmında "istihadm ettiği şöförün kusurlu hareketi sebebiyle mesuliyeti iddia olunan Millî Savunma Vekâleti aleyhine tevcih edilen dava ile birlikte rüyeti idarî kaza mercisinin vazifesi dahilinde bulunmuş olmakla" denilmiş ve sanki sarahaten hizmet kusuru diye vasıflandırdığı kısmın hatırı için Yüksek Mahkeme Millî Savunma Vekâleti aleyhine açılan dâvayı idarî kazaya veriyormuş gibi bir durum meydana gelmiştir.

Şu izahattan anlaşılıyor ki en doğru ve hukuka uygun kararlar ifade ve uslûp bozukluğu yüzünden tenkidlere mahal verecek bir hale gelmektedir.

(8) Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay. Hukuk Yargılama Usulleri. Beşinci baskı. 1954 Sahife: 233.



## DÖRDÜNCÜ KARAR

Resmî Gazetenin 28/4/1951 tarihli ve 7495 sayılı nüshasında yayınlanan E: 1950/1, K: 1950/2 numaralarını taşıyan bu karar ittifakla verilmiş olması bakımından bu nevi hâdiseler hakkında ittihaz edilen kararlar arasında dikkati çeken müstesna bir mevki işgal eder. Dâvayı icap ettiren zarar er şoförün sevk ve idare ettiği askerî otobüsün talimat ve hizmete aykırı hareketi ve tedbirsizliği yüzünden dâvacının hususi otomobiline çarpmasından hâsıl olmuştur ve 1200 liradır; bunun er şoför ile bu şoförü istihdam eden diğer dâva edilen Millî Savunma Vekâletinden tahsili istenmektedir. Dâvacı vekili hâdisede âmme hizmeti bahis konusu olmadığını, otobüs şoförünün bu zararı yüzbaşının eşyasını evine naklederken yaptığını dâva arzuhalinde belirtmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi 16/3/1950 günündeki oturumda gereğini konuşup düşünerek "3546 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin A bendinde rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Danıştayda görüleceği yazılı olmasına ve bu itibarla bir dâvanın Danıştayda görülebilmesi için ferd hukukunu ihlâl eden fiilin idarî bir fiil olması icap eylemesine, hâdisede ise dâvacı vekili müvekkilinin idarî fiilden ötürü zarara uğradığını iddia etmeyip şoför tarafından yüzbaşının zatî eşyası evine nakledilirken tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi şoförün haksız bir fiil ve şahsî bir kusuru neticesi zararın meydana geldiğini iddia eylemesine göre dâva hususi hukuku ilgilendirmekte olduğundan asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna dair kararı yerinde bulunduğuna karar" vermiştir.

Bu karar ihtiva ettiği unsurlar itibariyle doğru ve yanlış bir takım fikir ve mefhumları bir araya getirmiştir. Kanaatimizce bu karar da iddiayı harekete başlangıç noktası saymak ve dâvanın mahiyetini tâyin salâhiyetini dâvacıya bırakmak suretiyle dâvacının âmme intizamı kaideleri ile istediği tarzda oynamasına müsaade ediyor. Böylece Yüksek Mahkeme kendisine Devlet Şûrasında dâva açmak için verilmiş müddeti geçirmiş olan ve idarenin fiilinden zarar gördüğünü düşünen her dâvacının küçük bir tabiye değişikliği ile zarar sebebi hâdiseyi haksız fiil olarak tavsif etmek yoluna gitmesini ve doksan günlük müddeti bir seneye çıkarabilmesini temin edecek geniş bir kapı açmaktadır. Dâvacılar hukukumuzun esaslarına uygun olmayan bu kapıdan geçerek işlerini görmeğe gayret ediyorlar.

Diğer taraftan Yüksek Mahkeme "3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A bendinde rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bu-

lunan idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Danıştayda görüleceği yazılı olmasına ve bu itibarla bir dâvanın Danıştayda görülebilmesi için ferd hukukunu ihlâl eden fiilin idarî bir fiil olması icap eylemesine" demek suretiyle kanun ibaresini tekrarlamakla dâvanın vazife konusuna müteallik kısmı üzerinde hiç bir şey söylemiş olmamakta, hâkimlerin ve avukatların büyük ekseriyeti için meçhul bulunan "rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan" ibaresinin fıkraya sokulması hikmet ve sebebini izah eylememektedir. Yüksek Mahkeme bu tenkide müstahak ve lüzumuna akıl erdiremediğimiz kısımlardan sonra "müddei vekilinin şoför tarafından yüzbaşının zatî eşyası evine nakledilirken tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi şoförün haksız bir fiil ve şahsî bir kusuru neticesi zararın meydana geldiğini iddia eylemesine göre" diyerek dâvacının iddiasını esas almak suretiyle vazife ihtilâfını hal cihetini iltizam eylemiş bulunmakta ise de burada haksız fiilin yanına şahsî kusuru da eklemek suretiyle idare hukukuna temas eder gibi görünmektedir. Bu haksız fiil ile şahsî kusurun hukuk istilâhı olarak pek arkadaş mefhumlara tahsis edilmiş olmalarına rağmen haksız fiilin münhasıran hususi hukuk sahasında, şahsî kusurun ise idare hukuku meselelerinde kullanıldığı ekseriya dikkatten kaçmakta, bu ehemmiyetsiz gibi görünen farkın dikkatten kaçması hukuk müesseselerini gayeleri dışında vazifelendirmeğe yol açmak suretiyle ağır neticeler doğurmaktadır.

Hâdisenin faili bulunan şoför askerlik vazifesini görmektedir. On-  
dan beklediğimiz mutlak denecek kadar kuvvetli bir itaat hissine sahip olarak vazifesini yapmasıdır. Bu halde er şoföre şahsi kusur isnat ederken bu noktayı daima göz önünde bulundurmak lâzımdır. Acaba yalnız başına yüzbaşının zatî eşyasını evine nakletmek keyfiyeti er şoför için vazife sınırlarının dışına çıkan ve şahsî kusur teşkil eden bir hareket olarak mütalâa edilebilirmi? Buna yukarıda işaret ettiğimiz inzibat ve itaat mecburiyeti karşısında menfi cevap vermek lâzım geleceğinde sanırım ki tereddüd edilemez. Er şoför kendisine bir şeyin nakli hakkında verilen emri - bu şey yüzbaşının zatî eşyası da olsa - yerine getirmekten, ifa etmekten imtina edemez. Şu hale göre kendisine yüzbaşının zatî eşyasını taşıma emrini hangi âmir vermiş olursa olsun, hattâ bu âmir isterse eşyası evine taşınan yüzbaşı olsun, er şoförün durumu aldığı emri ifa eden bir er durumudur. Emrin hukuka uygun olup olmadığını emri alan ve ifa etmek mecburiyetinde olan er şoför düşünemez. Onu aldığı bu emrin hukuka uygunluğunu muhakeme etmeğe sevkeylemek orduya hâkim olması gereken inzibat ve itaat ruhuna tamamen aykırıdır. Er şoförün aldığı emri ifa ederken binbir kusur irtikâp etmesi fakat herhalde emri yerine getirmesi, emrin hukuka

uygun olup olmadığını düşünmesinden çok hayırlıdır; aksi mülâhaza-ya kıymet vermek orduyu çığırından çıkarmak, ordu mefhumunu tahrip etmek olur. Şu izahat yüzbaşının zatî eşyasını evine nakletmenin er şoför için başlı başına şahsi kusur teşkil etmediğini kâfi derecede meydana koymaktadır.

Şimdi er şoförün nakil esnasındaki tedbirsizlik ve dikkatsizliğinin kendisi için şahsi kusur teşkil edip etmediğini araştıralım. Yüksek Mahkeme kararına göre er şoförün tedbirsizlik ve dikkatsizliği henüz isbata muhtaç bir iddiadan ibaret olmakla beraber biz tedkikimizi kolaylaştırmak için bu tedbirsizlik ve dikkatsizliğin sâbit olduğunu farz ve kabul ederek işe başlayalım. Düşüneceğimiz husus hâdiseyi, er şoförün şahsını bir tarafa bırakarak, mücerret şekle ifrâğ ettiğimiz takdirde "âmme hizmeti gören insanların, umumî ve Fransızca tâbir ile ajan (agent) ların tedbirsizlik ve dikkatsizlikleri kendileri için şahsî kusur teşkil eder mi?" sualine verilecek cevaptan ibarettir. İnceleme ve düşünme konusu bundan ibaret kalınca, yukarıda da işaret eylediğimiz veçhile, şahsî kusur mefhumu haksız fiil mefhumundan ayrı ve idare hukuku çerçevesi içinde mütalâası icap eylediğine ve bu sebeple idare faaliyetinde haksız fiil iddiasını dinliyebilmek şahsi kusur esasından hareket etmeğe bağlı olduğuna göre her haksız fiil iddiasında şahsi kusur üzerinde durmak lâzım gelir.

İdarî kazanın beşiği olan Fransada muhtelif müellifler tarafından şahsi kusurun mahiyeti, vasıfları hakkında tarifler teklif edilmiş, ölçüler gösterilmiştir. Bunların ifadeleri birbirinden farklı olmakla beraber birleştikleri nokta hizmet icaplarıyla telif edilemeyecek hal ve hareketlerin şahsi kusur teşkil eylediği keyfiyetidir. Bu hususta birinci derecede nazara alınan husus âmme idaresinde çalışan ve pek geniş mânada kullanılmak üzere memur (agent) diyebileceğimiz kimselerin maksat ve niyetlerinin hizmet kusuru telâkki edilebilecek hâdiseleri şahsi kusur haline getirmesidir. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 573 üncü maddesinde sayılıp hâkimler aleyhine tazminat dâvası ikamesine imkân veren hallerin birincisi, "iki taraftan birini tesahup ve iltizam veya garaz ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete muğayir bir hüküm ve karar verilmiş olması" şahsi kusurun en kuvvetli örneklerinden biridir. Burada kasıt ve niyet unsuru pek açık bir tesir icra etmektedir. Hâkimin tazminat dâvasına muhatap olması için kendisine menfaat temin etmek arzusunda bulunmasına lüzum yoktur. İşin içine iltimascılık veya garaz ve nefsanîyet gibi bir kötü niyet unsurunun karışması kâfidir. Buna mukabil vazifesini ifa eden bir memurun bu faaliyeti esnasında bir kanuna, daha umumî tâbir ile bir hukuk kaidesine dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi kasde dayanmayan sebep-

lerle aykırı hareket eylemesi kendisi için şahsi kusur teşkil etmez. Bu sebepledir ki ceza kanununun müeyyide altına aldığı fiiller "hizmet kusuru-şahsi kusur" tefrikinin doğup geliştiği Fransada ilk zamanlarda kayıtsız şartsız şahsi kusur sayıldığı halde sonraları uyuşmazlık mahkemesi bu görüşü terk etmiş, ceza hukuku bakımından hareketlerindeki dikkatsizlik, tedbirsizlik yüzünden ceza mahkemesince mahkûm edilen memurların medenî hukuk yönünden kusurlu sayılamıyacakları neticesine varmıştır. Hiç şüphesiz bu yeni görüş her nevi hareketler için esas değildir, bazı kayıt ve şartlarla sınırlandırılmıştır. Bu kayıtlardan biri suçun verilen emrin ifası esnasında, hizmetin görülmesi vesilesiyle işlenmiş olması keyfiyetidir; aksi halde memurun teşebbüsü (inti-atif) ortadan kalkar, hizmet ifa edilemez olur; diğeri suçun kasde makrun olmamasıdır. Ölüme, yaralanıp berelenmeğe sebep olan hal ve hareketler bu nevidendir.

Bu esaslara uygun olarak Uyuşmazlık Mahkemesinden çıkmış bir karar dikkate şayandır. 2/3/1953 tarihli ve 8348 sayılı Resmî Gazetede neşredilen bu karar oybirliğiyle 11/12/1952 tarihinde verilmiştir, esas numarası 1952/40, karar numarası 1952/127 dir.

Dâva İstanbul Asliye Mahkemesi Dördüncü Hukuk Hâkimliğinde açılmıştır; dâva hülâsası şudur: Er Necati Bayrak indirme merasiminde selâm vazifesini ifa ederken alaya ait eşyayı askerî kamyonla nakletmekte olan yüzbaşının tedbirsizlik ve alkol almış bulunması neticesi Necatiye çarpmak suretiyle ölümüne sebep olması yüzünden maddî ve manevî tazminat talep edilmiştir. Mahkemece vazife itirazının red edilmesi üzerine bu konunun incelenmesi Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında şöyle demektedir: "Dâva âmme hizmetinin işleyişi sırasında vaki olan bir zararın tazmini talebi ve hizmet kusuru isnadiyle idare aleyhine açılmış bir tam kaza dâvası olmasına ve bu kabil dâvaların tedkiki Danıştay Kanununun 23 üncü maddesi mucibince Danıştaya ait bulunmasına binaen dâvaya bakmak adalet mahkemesinin görevinden hariç olduğundan . . . . ." Bu hâdisede fiilin şahsi kusur telâkki edilmesi pek mümkündür; çünkü failin alkol almış olduğu iddiası tedbirsizliği ağır kusur ve şahsi mesuliyeti müstelzim hale götürücü bir âmil gibi mütalâa edilebilirdi. Dâva arzuhali hülâsasına göre hizmet kusurundan bahsedilmemiş, vakıalar cereyan ettikleri tarzda anlatılmıştır. Bu hâdiseye hizmet kusuru vasfını izafe etmiş olsaydı dâvacılar vekili şüphesiz asliye mahkemesine müracaat etmez, Uyuşmazlık Mahkemesinin gösterdiği yoldan yürürdü. Bu durumdan anlıyoruz ki hâdiseye "hizmet kusuru" vasfını izafe eden Uyuşmazlık Mahkemesidir. Bizce kararın ruhu, can alacak noktası budur. Bu görüşten ayrıl-

mak hâdiselere hukuki vasıf vermek salâhiyetini taraflara bırakmak demektir. Bir çok emsali arasından 7 Ocak 1952 tarihli ve 8001 numaralı Resmî Gazetede yayınlanan esas 51/30, karar 51/30 sayılı kararı tedkik edersek Uyuşmazlık Mahkemesinin bu defa oy çokluğu ile aksi istikamette karar verdiğini görürüz. Dâva arzuhali kararda şöyle hü-lâsa edilmiştir: Harb Akademisine ait olup şoför Cafer'in idaresinde bulunan ve son süratle gelen jip otomobilinin dâvacıya ait taksi otomobile çarparak hasara uğrattığından ötürü maddî ve manevî 5740 lira zararın dâva edilenlerden tahsiline karar verilmesi isteğinden ibarettir. Dâvalılar Harb Akademisi Komutanlığı ile Millî Savunma Vekâletidir.

Kanun sözcüsü mütalâasında dâvacının şahsi kusuru sebebiyle şoför aleyhine dâva açmamak suretiyle zarara sebep olan fiilin idarî olduğunu kabul eylemiş bulunduğuna dikkati çekmiştir. Kararda yüksek mahkeme "şoför Cafer'in idaresindeki jip otomobilini son süratle sürmesi gibi şahsi kusuru ve tedbirsizliği suretiyle yaptığı zarardan onu kullanan dâva edilenlerin mesul oldukları iddiasıyla bu zararın tahsiline karar verilmesi dâva edilmiş olup idarî fiil ve kararlardan doğan zararın tazmini iddia edilmemiş olmasına göre şoförün şahsi kusuru bulunup bulunmadığının ve idarenin bundan mesul olup olmayacağına tâyin ve takdiri adalet mahkemesinin görevi içinde olduğundan" diyerek adliye mahkemesinin dâvayı rüyete vazifeli olduğu neticesine varmıştır.

Hiç şüphesiz hâdisede şoförün şahsi kusuru olup olmadığını tâyin ve takdir etmeğe ve şoförün şahsi kusurundan idarenin mesul olup olmadığını tâyine adliye mahkemesi vazifelidir. Ancak iddia bundan ibaret olduğu halde müdafaa hâdisenin şahsi kusur teşkil ettiği noktasında dâvacının görüşüne iştirak etmemektedir. Dâvalılara göre hâdise bir hizmet kusuru mahiyetini haizdir. Böyle olunca da dâvanın rüyeti adliye mahkemesinin vazifesi dışındadır. İşte vazife ihtilâfı bu görüş ayrılığının neticesidir. Durum bundan ibaret olunca hâdiselerin hukukî vasfını tâyin etmek Uyuşmazlık Mahkemesine düşer. Uyuşmazlık Mahkemesi kararında "şöyle iddia edildiğine ve böyle iddia edilmediğine göre" demek suretiyle ağır hataya düşmüş ve adeta müdafaaaya hiç ehemmiyet vermemek suretiyle 4788 sayılı kanunun kendisine verdiği vazifeyi ifa etmeyen bir organ durumuna girmiştir. Senelerden beri Uyuşmazlık Mahkemesi motörlü vasıta kazalarından doğan tazminat dâvalarında çıkan icabî vazife ihtilâflarında hep bu iki cepheli durumunu muhafaza etmektedir. Son senelerde Yüksek mahkeme kararları adlî kaza lehine istikrar bulduğu zehabını uyandıracak bir duruma gelmiş görünürse de bu görünüşe aldanmamalıdır; zira son senelerdeki karar-

ların bu manzarayı almasının sebebi 2/Mayıs/1954 tarihinde vuku bulan seçimlerde Devlet Şûrası Reisinin Ankara Mebusluğuna seçilmiş olması ve o zamandanberi Devlet Şûrası Reisliğinin münhal bulunmasıdır. 4788 sayılı kanunun dördüncü maddesinde Başkanın bulunmadığı toplantılarda başkana esas vazifesinde vekâlet eden zatin değil sıra kendisine gelecek olan diğer başkanın başkanlık vazifesini yapacağı tasrih edilmiş bulunması hesabiyle Temyiz mahkemesi Reisinin Uyuşmazlık Mahkemesine devamlı surette reislik etmesi neticesinde böyle bir durum meydana gelmektedir. Yüksek mahkeme, toplantılarına temyiz reisinin başkanlık etmesine rağmen yukarıda bahsi geçen Şefika Tosyalı meselesinde idarî kazanın vazifeli olduğunu karar altına almıştır. Maddî unsurları bakımından yüksek mahkemenin adliye mahkemelerini vazifeli gördüğü hâdiselerle bunun arasında fark yoktur; yalnız burada hem Millî Müdafaa Vekâleti hem de Maarif Vekâleti dâvalı mevcindedir. Millî Müdafaa Vekâletine isnad olunan kusur şoförün Cemal Yener Tosyalıya çarpması neticesinde zavallı gencin ölmesi, Maarif Vekâletine atfedilen kusur ise bu genci trafik tatbikatına çıkarmak için velisinden mektep idaresinin muvafakat almamış olmasıdır. Trafik kazalarından meydana gelen zararların tazmini dâvalarının adliye mahkemelerinde görüleceğine dair olan kararlar için başka misal vermeğe lüzum yoktur. Üçüncü tertip düsturun son dört beş cildinin (30-36) fihristlerinde uyuşmazlık mahkemesi kararlarına müteallik kısım incelenirse bunun her çeşidine rastlanır. Ancak Maarif Vekâletinin mektep işleri ile alâkalı kısmı üzerinde çıkan ihtilâflar daha nadirdir. Eğer velinin muvafakatını almadan öğrenciyi trafik tatbikatına çıkarmak bir hizmet kusuru teşkil ediyorsa, bu takdirde Uyuşmazlık Mahkemesi iki Vekâlet hakkındaki dâvaları ayırabilir, Maarif Vekâletine taallük eden idarî kazaya verebilirdi. Tatbikatta yüksek mahkemenin bu suretle hareket ettiğinin, karar verdiği misalleri vardır. (9) Ayırma misali olan bu hâdisede dâvalılar Ankara Belediyesi ile bir belediye memurudur. Dâvanın konusu Belediyece verilen hestim kararının dâvalı memur marifetiyle infazı sırasında şiddet kullanıldığından bahisle maruz kaldığı zararın belediyeden ve memurdan tazminine karar verilmesi talebinden ibarettir. Yüksek Mahkeme "dâvacının memurun şahsından olan tazminat istemi hakkındaki dâvanın rüyeti adli kazaya ait bulunmakla beraber belediye idaresine aynı sebeple tevcih eylediği dâvasının idarî kaza merciine arzı lâzım gelmektedir. Bu itibarla rüyet merci-leri değişen dâvaların tefriki sonunda; dâvalılardan belediye hakkında-

(9) Bu yazının kaleme alındığı sırada henüz resmî gazetede neşredilmemiş bulunan 4/2/1956 tarihli ve E:56/20, K:56/38 sayılı karara bakınız.

ki dâva bakımından mahallî mahkemece ittihaz edilen vazife kararının kaldırılmasına ve ferde müveccih dâvanın adalet mahkemesinde rüyeti icap edeceğine binaen kanun sözcülüğünün bu hususa matuf isteminin reddine ekseriyetle" demiştir.

Bu karar bir prensip kıymeti taşımasına rağmen hukuk alanında hüküm süren iphamı ortadan kaldıracak genişlikte mucip sebepleri ihtiva etmediği için tenkid edilebilir.

Bu arzettiğimiz misallere benzer başka uyuşmazlık mahkemesi misallerini hava motörlü vasıtalarından verebiliriz. Bu dâvalardan dokuz tanesi için vazife konusu yüksek mahkemenin 17.6.1954 tarihli oturumunda incelenmiştir. Teğmen Doğan Gürselin idare ettiği askerî uçağın ika ettiği kazadan husule gelen ve ilki E: 54/2, K: 54/64 sayılarını alıp resmî gazetenin 9.9.1954 tarihli ve 8798 sayılı numarasında neşredilen bu kararlara müteallik dâvaların özeti şöyle ifade edilmiştir: Eskişehir Hava Harb Akademisine ait tayyare ile dâvalılardan Doğan'ın uçuş vazifesini ifa ederken tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve avamir ve talimata mugayir hareketle çok alçaktan uçarak dâvacıların murislerinin bindiği üstü açık kamyonu çarpmak suretiyle ölümüne sebebiyet vermiş olduğundan bahisle işbu kaza yüzünden maruz kaldıkları maddî ve manevî zararın şahsi kusuru sebebiyle dâvalılardan Doğandan ve onu istihdam eden sıfatıyla Millî Savunma Vekâletinden Borçlar Kanununun 41 ve 55 inci maddeleri mucibince tahsili talebinden ibarettir.

Dâvalı Millî Müdafaa Vekâleti hâdisenin hizmet kusuru olduğu fikrinde bulunduğundan adliye mahkemesinde açılan bu dâvalarda 4788 sayılı kanun hükümlerine uygun olarak vazife itirazı serdetmiş ve bunu mahkeme red eylediği için vazife konusunun incelenmesi talebiyle hâdise yüksek mahkemeye arzedilmiştir.

Karar şudur: Haksız fiilden doğan ve pilotun şahsi kusuru sebebiyle Borçlar Kanununun 41 ve 55 inci maddelerine istinat ettirilen işbu dâvanın görülmesi adalet mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunmuş olmakla kanun sözcüsünün varid olmıyan talebinin reddine ekseriyetle...".

Aradan sekiz ay geçtikten sonra benzeri dâvada vazife konusunu incelemek durumunda bulunan Yüksek Mahkeme Resmî Gazetenin 7.4.1955 tarihli ve 8975 sayılı nüshasında neşredilen E: 55/5, K: 55/14 sayılı kararında şöyle demiştir: "Dâvalı Millî Müdafaa Vekâletine ait askerî jet tepkili uçağının talim maksadiyle uçuş yaparken şehir üzerinde düşmesinden dolayı tazminat talebiyle açılan işbu dâvanın rüyet ve halli 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesi gereğince Devlet Şûrasına ait bulunmasına binaen Eskişehir sulh mahkemesi birinci hukuk hâkimliğinin kararının kaldırılmasına ekseriyetle..."

Bütün bu izahat bize Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesinin haksız fiil mefhumunun mahiyet ve sınırını hizmet kusurundan gereği gibi ayırmağa dikkat etmemesinden doğan ve tatbikatçıları şaşkırtan bir karışıklık içinde bocalamakta olduğumuzu göstermektedir. Buna rağmen yüksek mahkeme kararlarında gün geçtikçe hukuki esaslara daha fazla yaklaşılmakta olduğunu inkâr edemeyiz. Ancak bu ilerlemenin daha çabuk tahakkuk etmesi için bu yüksek mahkemede vazife görenlerin gündelik çalışmaları ve çalışma mevzuları dışında kitap karıştırmağa ve düşünmeğe fırsat ve imkân bulmaları lâzımdır.

Hukuk ilminin ilerlemesine yardım etmek için vazife almış dergilerimizde de bu konuları tahlil eden yazılara daha sık ve daha çok yer verilmesi çarelerden biridir.

Biz şahsen bu noktada medenî hukuk profesörlerimize de mesuliyet hissesi ayırıyoruz. Gerek İstanbul ve gerek Ankara Üniversitesinde medenî hukuk tedris eden zatların neşrettikleri kitaplarda haksız fiil ile hizmet kusuru müesseseleri arasındaki mahiyet farkını inceleyen görmedik. Adliye teşkilâtında çalışan hâkimlerin maruz kaldıkları güçlükleri yenmek için müracaat ettikleri mesleki eserlerin hiç birinde bu meseleleri mütalâa eden satırlara tesadüf etmedikleri şüphesizdir. (10). Tatbikatta hukuk ilminin kollara ayrılarak tedris edilmesinin sırf öğretme işinde kolaylık sağlamak maksadına dayandığı, hakikatte cemiyet hayatı bir bütün olduğu gibi onu tanzim eden hukuk kaidelerinin de bölünmesi caiz olmadığı düşünülmez. Biraz gündelik işlerin üstünde bulunan ve onları tanzim hususunda yol gösteren kaidelerin dayandığı nazariyelere dikkat etsek irtikâp ettiğimiz hataların pek çoğundan kendimizi kurtarmağa imkân hasıl olur.

Haksız fiil-hizmet kusuru mefhumları haricinde Yüksek Mahkemenin kararlarında görülen ikinci v e ehemmiyetli uyuşmazlık mülk ve tapu müesseselerine ve bunlarla ilgili meselelere taallük etmektedir.

Bunları da başka bir yazımızda göstermeğe çalışacağız.

Kemâl Galip BALKAR

(10) Oser ve Schönerberger den Recai Seçkin'in tercüme ettiği Borçlar Hukuku unvanlı eserin 41 inci maddesinde 9 numarada pek az izahat vardır.