

# H U K U K

## TEMYİZ MAHKEMESİNİN 8/1/1947 TARİHLİ VE 10/1 SAYILI İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ TAHLİLİ

Temyiz Mahkemesinin içtihadı birleştirme kararlarının pek derin ve etraflı tetkik mahsulü olması icabeder; çünkü bu kararların hukuk dünyamız üzerindeki tesiri büyüktür. Temyiz mahkemesi teşkilâtına dair 1221 numaralı kanunun 8 inci maddesi bu kararlara bir nevi kanun mahiyeti vermiştir; bu kararlar benzeri hadiseler hakkında verecekleri hükümler için Adliye Mahkemelerini bağlamaktadır. Esasen kanunların tatbikattaki kıymeti hâkimlerin anlayışına bağlı olduğu bilinen bir hakikattir. Bu sebeple içtihadı birleştirme müessesesi aynı mevzu üzerinde muhtelif anlayışları birleştirmek suretiyle bir taraftan ilerisi için mahkemelerin yolunu aydınlatmak gibi büyük ve mühim bir faide temin ederken diğer taraftan aynı meseleler üzerinde araştırmaları durdurmak, mevzuun işlenmesine mâni olmak gibi ağır bir kusuru da bünyesinde gizlemektedir. Bu ağır mahzuru yüzünden Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu uyuşmazlık Mahkemesi kanunu tasarısında bu esası reddetmiştir.

Yukarıda ittihaz edildiği tarihi, esas ve karar numaralarını işaret ettiğimiz kararı bu itibarla tahlil ederek hakkında düşündüklerimizi Türk Hukuk âlemine arzylemekte faide gördük.

Bu tahlilin mümkün olabildiği kadar noksansız bir şekilde icrası ve okuyanların kitap karıştırıp vesika araştırmaya mecbur olmadan mevzuu takip edebilmeleri için araştırmalarımızla ilgili bütün metinleri, vesikaları ve içtihadı birleştirme kararını aynen buraya nakletmek ve sonra araştırmalara girişmek usulünü kabul ettik.

Vesika No : 1

### 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına dair kanunun 8 inci maddesi

Madde : 8 — Temyizin iki dairesi veya bir dairenin iki kararı arasında aynı meselede tezat ve mübâyenet görüldüğü veya tekerrür etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olduğu taktirde birinci Reis tezat ve mübâyenet şeklinde mütebayin ilâmları ve içtihadın tebdili lüzumu halinde içti-

hadın tebdiline saik olan sebepleri mutazammın evrakı alâkadar daire veya dairelerden celp ve nüshalarını teksir ile içtimadan en aşağı üç gün evvel Temyiz Mahkemesi Hey'eti Umumiyesine tevzi ve içtima gününü tâyin eder. Mütebayin ilâmları veren daireler ile içtihadın sahibi olan daire dahi âzasından birini kendi noktaî nazarını teşhir ve müdafaaya memur eyler. Bunun üzerine her iki kısmın en az üçte ikisi ile teşekkül edecek Temyiz Mahkemesi Hey'eti Umumiyesinde ve ceza işlerinde sahibi rey olarak baş müddeiumuminin veya vekilin huzurunda keyfiyet tetkik ve mevcudun üçte ikisinin ittifakı ile karar verilir. Bu suretle nisabı ekseriyet hasıl olmadığı taktirde tetkik başka bir güne talik edilir. Muayyen günde tekrar keyfiyet müzakere edilerek adedi mürettebinin ekseriyeti mutlakasiyle ittihazı karar olunur.

Bu karar, temyiz dairelerince mümasil işlerde mabihülimtisaldir. Tezat ve mübayenet hakkında temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesince ittihaz olunacak kararlar tarafeyne tesir etmezler. Bu meselelere Temyiz Birinci Reisi, Baş Müddeiumuminin veya alâkadar dairelerin sevkiyle veyahut resen vaz'iyet eder.

### **Vesika No : 2**

#### **4788 sayılı Uyuşmazlık Mehkemesi kurulması hakkındaki kanunun birinci maddesi**

Madde : 1 — Genel Mahkemeler, idare ve askerlik yargı yerleri arasında hukuk işlerinden doğan vazife ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümeğe yetkili olmak üzere bir uyuşmazlık mahkemesi kurulmuştur.

### **Vesika No : 3**

#### **1683 sayılı Askerî ve Mülkî Tekaüt kanununun 28, 29 ve 45 inci maddeleri**

Madde : 28 — Vazife icabı olarak kendi sun'u taksiri bulunmaksızın her nevi malûliyete duçar olan zabitler ve mülkî ve askerî memurlar bu kanun mucibince malûliyet maaşına müstahak olurlar.

Madde : 29 — Efrat, küçük zabitler ve gediklilerden hazarda askerî vazifelerini ifa etmekte iken vazifelerinin tesiriyle malûl kalanlar, malûliyet maaşına müstahak olurlar.

Madde : 45 — Harpte veya eşkiya müsademelerinde şehiden ve hazarda kendisinin sun'u taksiri olmayarak vazife icabı kazaen veya mecruh olup tedavi sırasında veya icra cerrahi ameliyat neticesinde veya sebebi malûm olmayarak muhasara içinde vefat eden zabitlerle mülki ve askeri memurların yetimlerine birinci derecede malûliyet maaşının yüzde yetmiş be-

şi ve harbiye ve bu derecedeki sınıflar talebesi ile küçük zabıtlar, gedikliler ve efradın yetimlerine birinci derecede malûliyet maaşının sülüsü tahsis olunur.

**Vesika No : 4**

**3546 sayılı Devlet Şûrası kanununun 23 üncü maddesi**

Madde : 23 — Kanunlarda ayrı bir idarî kaza mercii gösterilmemiş olan aşağıda yazılı hususlar doğrudan doğruya ve kat'î surette Devlet Şûrası dâva dairelerinde rüyet ve hal olunur.

A - Rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvalar;

B - Umumî hizmetlerden birini ifa maksadiyle aktedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilâflar;

C - İdarî fiil ve kararlar hakkında esas, maksat, salâhiyet ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara veya nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı iptali için menfaatleri haleldar olanlar tarafından açılacak dâvalar;

D - İdarî kaza mercileri arasındaki vazife ve salâhiyet ihtilâfları.

**Vesika No : 5**

**İsviçre Borçlar kanununun 61 inci maddesi**

Madde : 61 — Vazifelerinin ifası sırasında iras ettikleri maddî ve manevî zarar dolayısıyla âmme memur ve müstahdemlerinin maruz buldukları mesuliyet hususunda, federasyon veya kanton mevzuatında işbu fasla aykırı hükümler konabilir.

Âmme memur ve müstahdemleri tarafından işlenen ve bir sanayi şubesinin faaliyetine murtabıt bulunan fiiller bahis mevzuu olduğu takdirde kanton kanunlarına işbu fasla muhalif hükümler konamaz.

**Vesika No : 6**

**No : 2153/3437**

**Temyiz kararı (Dördüncü Hukuk Dairesi)**

Rıza Varol ve eşi Mesut Varol vekilleri avukat Aziz Baban tarafından Millî Müdafaa Vekâletine izafetle Hazine vekillerinden avukat Sadık Arda aleyhine açılan ve dâvacıların oğlu Cahidin askeri vazifesini yaptığı sırada kullanılan top makinesinin hatalı ve yanlış imâl edilmesinden vakitsiz patlayarak ölümüne sebebiyet vermiş olduğundan bahisle maddî ve ma-

nevî zarar olarak cem'an 10.000 liranın tahsili talebini mutazammın bulunan dâvanın Ankara Asliye 4 üncü Hukuk Hâkimliğince yapılan muhakeme sonunda: tahakkuk eden 600 lira maddî ve taktir edilen 1.000 lira manevî zararın tahsiline ve fazla iddianın reddine dair verilen 9/2/1944 tarih ve 40 numaralı hüküm temyiz tetkiki taraflar canibinden istenilmekle bittetik temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünöldü :

Askerlik vazifesini yaptığı sırada hatalı imâl edilen bir top mermisinin vakitsiz patlaması sebebiyle vefat eden Cahidin ana ve babası tarafından Millî Müdafaa Vekâletinden talep olunan ölüm tazminatına müteallik dâvanın hususî hukuku alâkadar eden meselelerden olduğu ve binaenaleyh dâvanın rüyeti Devlet Şûrasına ait olmayıp Adlî Mahkemelerin vazifesi dahilinde bulunduğu cihetle temyizden mahkemenin vazifesine dair serdolan itiraz varit olmadığı gibi hükmün istinat ettiği maddî ve hukukî sebeplere nazaran müddeialehyin diğcr itirazları yerinde görölmemiş ve dâvacı vekilinin temyiz itirazları da takdire ait bulunmuş olduğundan her iki tarafın itirazlarının reddine mezkûr hükmün tasdikine ve aşağıdaki yazılı temyiz masraflarının temyiz edenden alınmasına 25/11/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

**Vesika No : 7**

**No : 63/397**

### **Temyiz kararı (Dördüncü Hukuk Dairesi)**

Temyiz isteklerinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünöldü :

Dâvanın mahiyeti : Millî Müdafaa Vekâleti tarafından tertip edilmiş olan askerî kampta atış talimi esnasında kamp idaresi tarafından verilip kusurlu olmasından dolayı patlayan tüfeğin parçalanmasıyle sağ gözünü kaybeden dâvacının bu yüzden uğradığı maddî ve manevî zararın Vekâletten tahsili talebinden ibaret olmasına ve dâvacı ile Vekâlet arasında tahaddüs eden ve askerlik vazifesi gibi Devletin hükümranlık hukuku ifasından doğan zarar ve ziyan dâvalarına bakmak, Adliye Mahkemelerinin vazifesi dışında bulunmuş olduğuna göre dâvanın vazifesizlik bakımından reddine karar verilmek gerekli iken hilâfına yazılı düşünce ile vazifesizlik itirazının reddine karar verilmesi yolsuz olduğundan esasa ait itirazların şimdilik incelenmesine mahal olmıyarak hükmün bu sebepten bozulmasına ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 28/2/1945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Vesika No : 8

**TEMYİZ MAHKEMESİNİN 24 MART 1947 TARİHLİ VE 6564  
SAYILI RESMÎ GAZETEDE NEŞROLUNAN 8/1/1947 TARİHLİ  
İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI**

Hatalı olarak imâl olunan merminin ve kusurlu bir tüfeğin manevra ve atış talimi sıralarında patlaması sonucu olan ölüm ve malûliyet sebepleriyle Devlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvalarının adlî ve idarî kazalardan hangisine ait olacağıнын tâyini hususunda Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 25/11/1944 tarih ve 2153/3437 ve 28/2/1945 tarih ve 63/397 sayılı kararlarını havî ilâmları arasında meydana gelen içtihat ihtilâfının giderilmesi zikri geçen daire başkanlığının 6/5/1946 tarih ve 1065/58 sayılı yazısıyla istenmesine mebni toplanan Tevhidi İctihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek :

**Sonuçda :**

Anlaşmazlık konusu, hatalı imâl olunan top mermisi ve kusurlu bir tüfeğin manevra ve atış talimi sıralarında patlaması sonucu olan ölüm ve malûliyet sebepleriyle ilgililerin Devlet aleyhine açmış oldukları dâvada istedikleri maddî ve manevî zarar; Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (A) bendi uyarınca bakılması Adalet Mahkemelerinin görevi dışında kalan idarî bir fiil sonucu mu? yoksa, Borçlar Kanununun haksız fiil suretinde vasıflandırmış olduğu hususî hukuk alanına giren bir eylem cümlesinden midir? keyfiyetidir.

Manevra ve atış talimi sıralarında mermi ve tüfeğin patlaması, hizmetten ayrılması mümkün şahsî kusur, ihmâl ve tedbirsizlik neticesi haksız bir fiil sayılıp sayılamıyacağı hususu, anlaşmazlığın çözümü bakımından incelenmeğe değer en önemli noktayı teşkil eder. Gerçi manevra ve atış talimleri idarî bir fiildir ancak manevra ve atış taliminde kullanılan mermi ve tüfekte imâl hatası ve kusur olup olmadığı hususlarının vaktiyle tetkik ve muayeneden geçirilmemiş olması yüzünden husule gelmiş olan zarar idarî fiilden ayrı, müstakil haksız bir fiil sonucudur. Nitekim askerî bir uçağın mecburî iniş sebepleriyle bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyete sebebiyet vermesi vakıalarında idarî bir fiil tasavvur edilemeyeceği gibi olaylarda manevra ve atış taliminde herhangi bir hasar ve cismani zarar ikaı da katiyyen maksut bulunmadığı cihetle sırf şahsî kusur, ihmâl ve tedbirsizlik neticesi olarak husule gelmiş olan zarar bir veçhile idarî fiil şeklinde vasıflandırılmaz.

İsviçre Borçlar Kanununun Devlet sorumluluğunu kanton kanunlarına bırakmış olan 61 inci maddesinin mevzuatımıza alınmamış olması, İsviçre teşkilâtının Devlet teşkilâtımıza uygun olmamasından ileri gelip yoksa

Medenî kanun ve Borçlar Kanununun umumî hükümleri dairesinde Devlet sorumluluğunu bertaraf etmek maksadına müstenit olmamak lâzım gelir. Kanunî mevzuatımızda Medenî ve İcra ve İflâs kanunlarında olduğu üzere muayyen bazı hallerde memur ve müstahdemlerin fiillerinden ötürü Devletin sorumlu tutulduğu gösterilmiş ve bu kabil tazminat dâvalarına Adalet Mahkemelerinde bakıla gelmekte bulunmuştur; sarahat olmayan hallerde de âmme hizmetlerinin ifasından ve hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelen zararlardan yukarıda işaret edildiği üzere hizmet kusurundan ayrılması mümkün bulunan sırf şahsî kusurdan ileri gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarının da görülmesi Adalet Mahkemelerine ait ve râci bulunmak gerektir.

Yukarıda açıklandığı üzere hizmetten ayrılması mümkün olan ve maksat dışında kalan sırf şahsî kusurlardan doğan zararların mücerret hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelmiş ve kanunda Adalet Mahkemeleri tarafından bakılacağına dair açık bir hüküm bulunmamış olması, işin mahiyetini ve kaza merciini değiştiremez.

Binaenaleyh anlaşmazlık konusu her iki olayda hizmet kusurundan ayrı hususî hukuk şumûlüne giren sırf şahsî kusur ihmal ve tedbirsizlik yüzünden ileri gelmiş maddî ve manevî zarar isteminden ibaret bulunmasına göre Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 25/11/1944 tarihli ilk kararı veçhile Devlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvalarının bakılması keyfiyetinin Adalet Mahkemelerine ait ve râci olduğuna mevcudun üçte ikisini geçen oy çokluğu ile 8/1/1947 tarihinde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Umumî Hey'eti tetkike mevzu ittihaz eylediği hukukî meselenin halli vazifesi dışında olduğunu görememek suretiyle birinci hatayı işlemiştir; şöyle ki: "hatalı olarak imâl olunan merminin ve kusurlu bir tüfeğin manevra ve atış talimi sıralarında patlaması sonucu olan ölüm ve malûliyet sebepleriyle Devlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvalarının adlî ve idarî kazalardan hangisine ait olacağının tâyini" yukarıda 2 numara altında gösterdiğimiz 4788 sayılı kanunun birinci maddesi mucibince uyuşmazlık mahkemesinin başta gelen vazifesidir. Temyiz Mahkemesi Umumî Hey'eti gayet sarîh bir hükümle başta bir hey'ete verilmiş olan vazifenin ifasına girişmiştir. Gerçi hukuk müesseselerinin meydana getirilmeleri maksat ve gayelerini bir tarafa bırakarak metinlerin kuru ve cansız kalıplarına istinaden "ortada birbirine uymayan ve 1221 sayılı kanunun sekizinci maddesine göre üzerinde çalışılması icabeden iki karar vardır. Temyiz Mahkemesi Umumî Hey'eti kendine salâhiyet veren kanun dairesinde vazifesini yapmıştır" denebilir; fakat kararın bu tarzda müdafaası hata işlenmediğini isbata kâfi değildir, çünkü bu gibi kararların adliye hayatında tekerrürü 1945 yılı ortalarında 4788 sayılı kanunun meriyet mevkiine konması suretiyle önlenmiş bulunmaktadır.

İkinci hata, kazanın manevra ve atış talimi gibi askerî hareketler esnasında vukua geldiği kararın içinde yazıldığı ve bu hallerde tatbiki lâzım gelen sarîh hükümler mevcut bulunduğu halde (3 numara ile gösterilen 1683 sayılı kanununun 28, 29, 45 inci maddeleri) hâdiseleri bu sarîh kanunî hükümler içinde halletmek lâzım geleceğini düşünmek ve bu düşüncenin yardımı ile normal kaza merciini tâyin etmek mümkün iken meseleleri Borçlar Kanunu hükümleri dairesinde halletmeğe çalışmak suretiyle ika olunmuştur.

Üçüncü ve en büyük hata da hizmet kusuru, şahsî kusur kelimelerinin neye delâlet ettikleri hakkında hiç bir araştırmaya lüzum görmeden karar vermek suretiyle işlenmiştir.

İlk iki nokta kararın bünyesine doğrudan doğruya dahil değildir. Bu sebeple biz bu yazımızda yalnız kararın metni ile alâkalı hususları inceleyeceğiz.

Temyiz Mahkemesi Umumî Hey'eti haklı olarak her şeyden önce hâdisede şahsî kusur mevcut olup olmadığını araştırmak lüzumunu duymuş ve bu hususu şöyle belirtmiştir: Manevra ve atış talimi sıralarında mermi ve tüfeğin patlaması, hizmetten ayrılması mümkün şahsî kusur, ihmâl ve tedbirsizlik neticesi haksız bir fiil sayılıp sayılamıyacağı hususu, anlaşmazlığın çözümlü bakımından incelenmeğe değer en önemli noktayı teşkil eder.

Bunu müteakip "gerçi manevra ve atış talimleri idarî bir fiildir" demek suretiyle umumî hey'etin mevzuu tam idare hukuku esasları dairesinde tetkik eylemekte olduğu sanılırken" ancak manevra ve atış taliminde kullanılan mermi ve tüfekte imâl hatası ve kusur olup olmadığı hususlarının vaktiyle tetkik ve muayeneden geçirilmemiş olması yüzünden husule gelmiş olan zarar idarî fiilden ayrı, müstakil bir haksız fiil sonucudur "denilmesi insanı şaşırtıyor. Çünkü içtihadın birleştirilmesine mevzu teşkil eden kararların ne birinde ne diğesinde, hakkında şahsî kusurundan dolayı dâva açılmış kimse yoktur. Bu mukaddime kararı okuyanlarda "ortada şahsî kusur yoktur, binaenaleyh Borçlar Kanununda hükmünü bulan haksız fiil bahis mevzuu değildir, zaten dâvada kendisine şahsî kusur isnat edilen memur da yoktur; âmme hizmetlerinin ifası esnasında şahsî kusur mevcut olmayan hallerde hizmet kusuru araştırılmak iktiza eder. Bu da idarî faaliyetin yolunda cereyan edip etmediğini murakabe etmek suretiyle anlaşılabilir; bu murakabe ise idarî kaza mercileri tarafından icra edilir. Bu sebeple bu gibi dâvaların rüyeti adliye mahkemelerinin vazifesi dışındadır" tarzında bir netice ile karşılaşacağı ümidini uyandırmış iken birdenbire hâdisenin zararın "idarî fiilden ayrı, müstakil haksız bir fiil sonucu" telâkki edildiğini görmeye bir yadırgama hissi hâsıl oluyor. Hele bu ibareyi "nitelik askerî bir uçağın mecburî iniş sebebiyle bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyeteye sebebiyet vermesi vâkıalarında idarî bir fiil tasavvur edilemi-

yeceği" cümlesinin takip etmesi insanı yadırgama hissinin tesirinden kurtarıp umumî hey'etin hizmet kusuru ve şahsî kusur mefhumlarının anlayışında çok ağır bir hataya düşmüş bulunduğu kanaatine isal ediyor. Karar bundan sonraki ibaresiyle hizmet kusuru ve şahsî kusur anlayışındaki hatayı azamî hadde çıkarıyor; şöyle ki: "manevra ve atış taliminde herhangi bir hasar ve cismani zarar ikâ da katiyyen maksut bulunmadığı cihetle sırf şahsî kusur, ihmâl ve tedbirsizlik neticesi olarak husule gelmiş olan zarar bir veçhile idarî fiil şeklinde vasıflandırılmaz".

İdare hukukunda sık sık bahis mevzuu olan ve bu hukuk şubesinin geliştirmiş olduğu hizmet kusuru, şahsî kusur mefhum ve tâbirleri hakkında biraz izahat vermek kararın düştüğü hatanın ağırlığını anlatmak için lâzımdır.

Kusur mefhumunu bilinen bir şey telâkki ederek bunun üzerinde durmayacağız. Kusurun ne vakit hizmete izafe edileceği yâni hizmet kusuru (kusurlu idarî fiil) sayılacağı, ne zaman şahsa izafe edileceği yâni şahsî kusur telâkki olunacağı hususunda izahat vereceğiz.

3546 sayılı kanunun yukarıda 4 numara ile işaret ettiğimiz 23 üncü maddesinin (A) bendi okunursa görülür ki bu hüküm idare için mutlak bir tazmin hükmü yokmuş "idarî fiil ..... lerden dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvalar," demiştir. Biz bu tazmin taleplerinin çeşitleri üzerinde duracak değiliz. İdarî fiil = hizmet kusuru mefhumu hakkında izahat vereceğiz.

Bilindiği üzere idarî kazayı da içine alacak şekilde idarî rejim Fransa'da doğmuş, gelişmiş ve dünyaya da buradan yayılmıştır. Bu sebeple işe Fransız müelliflerinin, Devlet Şûrasının ve uyuşmazlık mahkemesinin görüş ve anlayışlarından başlamak uygun olur. Ancak bunları uzun uzadıya izaha kalkışmak bu yazının hacmini fazla kabartacağından bunları ayrı ayrı zikretmiyerek küçük bir hülâsa vereceğiz. İdarî fiil "âmme hizmetlerinin ifası için icra kılınan fiillerdir. Bir nümune hastahanesini gözümüzün önüne getirelim. Hekimin hastayı muayene etmesinden tutunuz da hasta bakıcının muayyen vakitlerde hararet derecesini tesbit eylemesine, hademenin hastaya yemek getirmesine kadar bütün fiil ve hareketler "hastahane işletmek" kelimeleriyle ifade olunan âmme hizmetinin bütününü vücuda getiren parçalar, idarî fiillerdir. Bu fiillerden herhangi biri kusurlu icra edildiği veya hiç icra edilmediği, veya vaktinde, programa, hâdiselerin icaplarına uygun bir surette icra edilmediği zaman bir hizmet kusuru meydana gelir. Bu kusurdan her zaman zarar hasıl olmaz; fakat zararın hasıl olmaması idarî fiilin hizmet kusuru teşkil etmesine mâni değildir; zararın husule gelmesi fiilin hukukî mahiyetini değiştirmedeği gibi. İdarî fiil ve hizmet kusuru, bu izahattan anlaşıldığı üzere, birbirinden ayrı şeylerdir; kusur idarî fiile inzimam ederse o zaman hizmet kusuru meydana gelir.



### Hizmet kusurunun karakterleri

1 — Hizmet kusurunun tetkik ettiğimiz kararlarla alâkalı en mühim karakterlerinden biri bu kusurun “anonim” olmasıdır. Anonim Şirkette sermaye sahipleri nasıl hisse senetlerinin arkasında - bilhassa hisse senetleri hamiline muharrer olan hallerde - gizlenmiş ise öylece meydana çıkan kusurun faili, mürtékibi gizlenmiştir, meydanda yoktur. Hizmeti görenlerden hangisinin işlediği kusurun bu zararlı neticeyi hasıl ettiğini herhangi bir tahkik ile meydana çıkarmaya imkân yoktur. İmâl kusuru ile malûl olan mermiyi düşünelim. Atışta hiç bir kusur olmadığı halde vaktinden evvel patlayan mermide imâl kusuru mevcut olduğunu söylemek kolaydır; çünkü hasıl olan neticenin başka izahı yoktur. Bu, kusuru anonim olarak tesbit etmek demektir; fakat kusurun failini henüz bulmuş değiliz. Bu mermi yerli bir fabrikada imâl edilmiş olabileceği gibi yabancı memleketlerde çalışan fabrikaların mamûlâtından olabilir. Bu kusur imalâtta çalışan işçinin vazifesine kâfi derecede dikkat etmemesinin bir neticesi olabileceği gibi henüz insanların hükümlerine nüfuz edemedikleri tabiat kanunlarının icabı da olabilir; bunların hiç biri olmayıp da tesellüme memur edilen kimselerin dikkatsizliğinden doğmuş netice olması da hatıra gelen ihtimallerin biridir. Acaba bunların hangisi kazaya sebep oldu? En yakın ihtimal olarak tesellüm memurlarını kusurun faili diye takibe teşebbüs etsek onların kusurunu isbat etmek adetâ muhaldir; çünkü bu nevi kazalar pek ender vuku bulur ve kazanın vukuundan önce merminin kusurunu görüp tesbit eylemek mümkün olmaz. İşte bundan dolayı kusur faili meçhul bir kusur olarak kalmağa mahkûmdur; bundan dolayı bunlara anonim vasfını veriyorlar, bunları hizmet kusuru telâkki ediyorlar.

Bu hususta yüksek uyuşmazlık mahkemesinin 27 Ocak 1952 tarihli ve 8319 sayılı resmî gazetede neşredilmiş olan bir kararını misâl olarak zikretmek mümkün. 25/12/1952 tarihinde ittifakla verilmiş olan bu kararı icabet-tiren hâdise şudur: Dilber Soykan vekili Menemen Asliye Mahkemesinde Bayındırlık Vekâleti aleyhine bir tazminat dâvası açmıştır. Sebep olarak gösterilen hâdise Menemen kısım mühendisliğinin dikkatsizliği ve kontrolsuzluğu yüzünden patlayan kanalın suları dâvacının tarlasına, bahçesine zarar vermiş olmasıdır. Vazife kusurunun incelenmesi talebiyle vâki müracaat üzerine uyuşmazlık mahkemesi verdiği E. 52/51, K. 52/138 sayılı kararında “âmmе hizmetinin işleyişi sırasında vâki olan bir zararın tazmini talebi ve hizmet kusuru isnadiyle idare aleyhine açılmış bir tam kaza dâvasıdır. Bu kabil dâvaların tetkiki Danıştay Kanununun 23 üncü maddesi mücibince Danıştaya ait bulunmasına binaen dâvaya bakmak Adalet Mahkemesinin vazifesinden hariç olduğundan..” demiştir.

Görülüyor ki bu hâdisede kanalın patlamasında bir kusur varsa da bu kusuru kimin işlediği belli değildir; bilinen meydana gelmiş neticedir.

2 — Hizmet kusurunun ikinci karakteri işlenen fiilin hizmetten ayrılması kabil olmamaktır. Bu taktirde kusurlu fiil hizmet kusuru telâkki edilir. Mülâhazanın esası şu basit hakikate dayanıyor: insan denen mahlûkun hareketlerinde bazen hataya düşmesi ihtimali vardır. Bu hatalı hareketten tazmini mucip bir takım zararlar doğabilir. Bu zararların tazmini lâzım gelir. Eğer zarar sebep olan hatalı hareketi yapan alelâde bir fert ise zararı kendisinin ödemesi icabeder. Fakat bu fert en geniş manâsiyle âmme hizmeti ifa eden bir memur ise vaziyet ne olacaktır? Memur mu mesul olacak? Memuru istihdam eden idare mi? Buna hukuk âlimlerinin verdiği cevap şudur: Eğer memurun işlediği kusur hizmet kusuru ise tazmin borcu âmme hizmetini ifa eden idareye aittir, şahsî kusur ise tazmin ile kusuru işleyen memur mükelleftir. Bu esastan yürünerek hizmet kusuru ile şahsî kusuru ayıracak kıstaslar aranırken kusurun hizmetten ayrılması mümkün olup olmadığına bakılıyor. Eğer kusurun hizmetten ayrılması mümkün görülürse bu şahsî kusur telâkki ediliyor ve mesuliyet memurun şahsına yükletiliyor; eğer kusuru hizmetten ayırmak kabil görünmüyorsa kusur hizmet kusuru sayılıyor ve bundan doğan mesuliyet idareye aittir, deniyor. Bu suretle vâki hizmet kusuruna ait bir misâli uyuşmazlık mahkemesinin son toplantılarından birinde 11/12/1952 tarihinde ittifakla verdiği esas 52/40, karar 52/127 sayılı kararından alıyoruz. Müvekkillerinin murisi er Necati “Bayrak indirme” merasiminde selâm vazifesini yaparken alaya ait eşyayı askerî kamyonla nakletmekte olan yüzbaşı Hakkı'nın tedbirsizlik ve alkol almış bulunması neticesi Necati'ye çarparak ölümüne sebep olduğundan maddî ve manevî 40.000 lira tazminatın tahsili talebiyle Millî Müdafaa Vekâleti aleyhine İstanbul Asliye Mahkemesi 4. cü Hukuk Hâkimliği nezdinde bir dâva açılmıştır.

Vazife konusunun incelenmesi talebiyle vâki müracaat üzerine uyuşmazlık mahkemesi yukarıda tarihi ve numarası işaret edilen bu yazının kaleme alındığı esnada henüz resmî gazetede neşredilmemiş bulunan kararında “dâva âmme hizmetinin işleyişi sırasında vâki olan bir zararın tazmini talebi ve hizmet kusuru isnadı ile idare aleyhine açılmış bir tam kaza dâvası olmasına ve bu kabil dâvaların tetkiki Danıştay Kanununun 23. üncü maddesi mucibince Danıştay'a ait bulunmasına binaen dâvaya bakmak adalet mahkemesinin görevinden hariç olduğundan”...

Bu karar da her ne kadar vazifeli kaza merciini tâyin makdasiyle itihaz edilmiş ise de hizmet kusurunu şahsî kusurdan ayırma bakımından hâdisenin kendisi dikkati çekecek mahiyettedir. Askerî kamyonla alaya ait eşyayı taşımakta olan yüzbaşı Hakkı'nın tedbirsizlik ve alkol almış bulunması neticesi Necati'ye çarparak onun ölümüne sebep olmak suretiyle işlediği kusuru yüksek mahkeme hizmet kusuru telâkki etmiştir. Dikkat edilirse burada kusurun bundan evvelki misâldaki gibi olmadığı görülür. Hâdiseye idarî kusur vasfını veren âmil kusurun hizmetten ayrılmasının müm-

kün görülmemiş olmasıdır. Cezaî bakımdan ölüme sebebiyet vermek suçundan mesul olacağı muhakkak sanılan yüzbaşı Hakkı medenî bakımdan mesul görülmemekte, hizmet kusuru sebebiyle mesuliyet idareye yükletilmektedir.

Memleketimizde bu kıstaslara yavaş yavaş nüfuz edilmekte, uyuşmazlık mahkemesinin kararlarının tesiri altında vazife konusunun incelenmesi hakkındaki idare talepleri gün geçtikçe artmaktadır. Bununla beraber adliye mahkemelerini bağlayan gerek mevzuatımızla ve gerek bu husustaki ilmî esaslarla bağdaşamaz halde bulunan adı geçen içtihadı birleştirme kararı kaldırılmadıkça uyuşmazlık mahkemesinin istikrar hasıl etmiş görüşüne rağmen bu çeşit vazife uyuşmazlıkları sayıları artarak devam edecektir.

Şimdi kararın bahsettiği, fakat yanlış mânalandığı şahsî kusur tâbirini izah edelim. Şahsî kusur, hizmet kusurunun tamamen aksine olarak faili bilinen ve hizmetten ayrılması kabil olan kusurdur.

Fransa'nın idare hukuku sahasında büyük şöhret kazanmış profesörlerinden Murice Hauriou tarafından şahsî kusura verilen misâllerden biri şudur: Belediye Reisi belediye binasının kapısına seçmenler listesini tashih eden bir tablo astırıyor; bu tabloda bir hükme binaen bir seçmenin adının seçmen listeden silindiği bildiriliyor. Şahsî kusur olarak düşünülecek muamele Belediye Reisinin bu listeden çıkarma işini umumî listeden ayırıp hususî bir levha halinde belde halkına duyurmasında görülür; çünkü bu tarzdaki hareket belediyelerin bu neviden ilânlarda kullandıkları usûl hariçindedir; burada Belediye Reisinin vaziyeti hususî bir itina ile belde halkının ittilâna arz etmesi bir hemşehrinin mahkûmiyetini belde halkının gözü önüne sermek, onu teşhir etmek gibi belediye vazifelerinin icapları dışında gizli bir maksadı vuran durum ortaya çıkmaktadır. İkinci misâli İstanbul Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Profesörü Ragıp Sarıca'nın yazdığı ve Hukuk Fakültesi neşriyatının 91 numarasını teşkil eden "İdarî Kaza" unvanlı eserinden nakledelim: Bir öğretmen sınıfta talebelerine ders mevzuu ile hiç alâkası olmayan bir takım fena şeyler anlatıyor, meselâ Allahın içi dolu bir cüzdandan başka birşey olmadığını, Allaha ancak aptalların inandığını söylüyor; buna benzer talebe üzerinde fena tesisler yaratacak sözler ilâve ediyor. İşte bu hareket öğretim vazifesinin icaplarına tamamen yabancı olduğu için bir talebe velisi öğretmen aleyhine bunu şahsî kusur sayarak tazminat dâvası ikame ediyor. Gerek adliye mahkemesi, gerek uyuşmazlık mahkemesi bu kusuru şahsî kusur saymışlardır. (Misâl meşhur Fransız Profesörü Duguit'den nakledilmiştir. İdarî kaza S: 559).

Bu misâllerden anlaşıldığına göre idarenin şahsî kusuru olamaz. İdarenin hizmet kusuru olur.

Bütün müelliflerin üzerinde ittifak ettikleri bu anlayış tarzı gerek Fransız kaza makamlarının ve gerek uyuşmazlık mahkememizin görüşüne

uygundur. Bunun tam aksi istikamete yönelmiş olan içtihadı birleştirme kararının hatalı olduğunu isbat için başka delile lüzum yoktur. (Fazla tafsilât için Ord. Prof. S. S. Onar'ın "İdare Hukukunun Umumî Esasları" unvanlı eserine bakınız S: 1188 - 1207).

Bundan sonra içtihadı birleştirme kararı başka bir mevzua temas etmektedir. Bu yeni mevzu bir taraftan İsviçre Borçlar Kanununun 61. inci maddesinin (bu metnin Türkçesi yukarıda 5 numarada dercedilmiştir) mevzuatımız arasına alınmamış olmasının neticelerini, diğer taraftan Devlet mesuliyetini mütalâa eylemektedir.

İctihadı birleştirme kararına göre "İsviçre Borçlar Kanununun, devlet sorumluluğunu (mesuliyetini) kanton kanunlarına bırakmış olan 61 inci maddesinin mevzuatımıza alınmamış olması Devlet teşkilâtımıza uygun olmamasından ileri gelip yoksa medenî ve borçlar kanunlarının umumî hükümleri dairesinde devlet sorumluluğunu bertaraf etmek maksadına müstenit olmamak lâzım gelir. "Bu ifadenin en büyük hatası İsviçre Borçlar Kanununun 61 inci maddesini devletin mesuliyeti ile alâkası olmadığı halde alâkası varmış gibi göstermesidir. 61 inci maddenin metninde memurların mesuliyetinden bahsedilmektedir. Binaenaleyh bu maddenin mevzuumuzla ilgisi var sanıldığı ifadeden anlaşılan birinci fıkranın borçlar kanunumuza girmemiş olması hiç bir hüküm değişikliği hasıl etmez. Bundan çıksa çıksa şöyle bir netice çıkar: Borçlar Kanunu memurların mesuliyeti hakkında ayrı bir hüküm koymadığına göre bu bahiste yâni haksız fiil bahsinde memurlar herkes gibi mesul olur. Bu görüş kanaatimizce mevzuatımıza göre tekdoğru görüştür, memurun mesuliyeti ile devletin mesuliyeti aynı mânaya gelmediği unutulmamak şartıyla. Bizim hukukçularımızın bir kısmının yanıldıkları nokta da esasen budur. Devleti hususî hukuk sahasındaki muamelelerinden dolayı borçlar kanunu ve medenî kanun hükümlerine tâbi tutmakta hiç bir mahzur yoktur; bu sahada devletin istihdam ettiği ve kendisine hususî hukuk rabıtası ile bağlı kimseleri borçlar kanununun hükümleri dairesinde müstahdem, devleti de o kimseyi istihdam eden gibi düşünmek mümkündür. Fakat mesele âmme hukuku sahasında memur ve vazife mefhumları üzerine nakledildiği zaman manzara büsbütün değişir. O vakit borçlar kanunu hükümlerinin tatbik mahalli kalmaz; binaenaleyh devleti memurun kusurundan dolayı borçlar kanununun 55. inci maddesine göre mesul etmek kabil değildir. Bu hususu İsviçre'nin meşhur müelliflerinden Andreas von Thur "İsviçre Borçlar Kanununun umumî kısmı" unvanlı eserinde pek açık olarak ifade etmekte, bu hususta Federal mahkemenin bazı kararlarını da zikretmektedir (1).

(1) Eserin Fransızca olarak 1933 yılında Lausanne şehrinde basılmış birinci cildi. S. 356. Bu eserin dilimize tercüme edildiğini duydum; fakat henüz göremedim.

Diğer taraftan 61 inci maddenin borçlar kanunumuza alınmasının sebebi olarak iki memleket teşkilâtının birbirine uymaması gösterilemez. Bu ayrılık bir takım hükümlerin teşkilâtımıza uydurularak alınmasına mâni olmamıştır. (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu. Türk medenî kanunu umumî esasları 1951 S. 147).

Bu ciheti tesbit eyledikten sonra “yoksa medenî ve borçlar kanunlarının umumî hükümleri dairesinde devlet sorumluluğunu bertaraf etmek maksadına müstenit olmamak lâzım gelir ifadesinden anlaşıldığına göre umumî hey’etin telâkkisi Devletin mutlaka medenî kanun ve borçlar kanunu dairesinde mesul olması lâzım geleceği merkezindedir. Bu ibare müşâ-rünileyh hey’etin şahsî kusur mefhumunu neden yanlış anladığı hakkında daha açık bir kanaat vermektedir; çünkü muhterem hey’et Devletin ifa eylediği âmme hizmetlerinden dolayı hususî hukuk kanunları dışında mesuliyet hükmü tanımıyor; halbuki, bu neticeye vardığımız zaman umumî hey’etin dâvaları adlî kaza mı rüyet edecek, idarî kaza mı diye bir mesele üzerinde çalışmalarına lüzum kalmaz, bundan dolayı bu netice halline kalkıştığı vazife bölümü ile telif edilemez.

Devletin gördüğü hizmetler sebebiyle şüphesiz mesuliyeti vardır; fakat bu mesuliyet hizmet kusurundan doğduğu için borçlar kanunu ölçülerine göre tâyin edilemez. Bu izahat gösteriyor ki, umumî hey’etin devlet mesuliyetine ait mütalâasını kabul etmek imkânı yoktur.

Bundan sonra devletin gerek medenî kanun ve gerek icra ve iflâs kanunu hükümlerine tevfikân muayyen bazı hallerde memur ve müstahdemlerin fiillerinden ötürü mesul tutulduğunu beyan eden karar bu kabil tazminat dâvalarına Adalet Mahkemelerinde bakılagelmekte olduğuna işaret ederek bundan hüküm çıkarmakta, sarahat olmayan hallerde de âmme hizmetlerinin ifasından ve hakimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelen zararlardan yukarıda işaret edildiği üzere hizmet kusurundan ayrılması mümkün bulunan sırf şahsî kusurdan ileri gelen zararlardan dolayı devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarının da görülmesi Adalet Mahkemelerine ait ve râci bulunmak gerektiği neticesine varmaktadır.

Bu ibarenin sadece okunması bize anlatıyor ki muhterem hey’etin lisanında şahsî kusur, sırf şahsî kusur tâbirleri hakikî mânası dışında tekrar edilen bir klişeden başka birşey değildir. Hâdise hizmet kusuru mahiyetini iktisap eder etmez 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin (A) bendinin böyle bir kusurdan ileri gelen zararın tazmini dâvasının rüyeti vazifesini Devlet Şûrasına verdiğini düşünen muhterem umumî hey’et vazifeyi adliye mahkemelerinin uhdesinde bırakmanın tek çaresini kusurun şahsî olduğunu noktasında ısrar etmekte buluyor, ondan dolayı da şahsî kusur demekle iktifa etmiyerek mefhumu biraz daha kuvvet ilâve etmek üzere “sırf şahsî kusur” tâbirini kullanıyor.

Medenî kanunda ve icra ve iflâs kanununda muayyen bazı hallerde devletin memurların şahsî kusurundan doğan zararı tazmin ile mükellef tutulmuş olması sarahat olmayan hallerde bu mesuliyet hükümlerini genişleterek devlete tatbik etmek kabilmidir ki bu mesuliyeti tâyin edecek, hükme bağlayacak kaza makamını araştırmaya mahal görülebilsin. Devlet gibi yüzbinlerce memur kullanan bir teşkilâtın metinsiz bu kadar ağır bir yük altına sokulması için acaba hangi hukukî esasa dayanılmıştır? Bu görüşe iştirâk etmek kanaatimizce mümkün değildir. Mevzuatımızda böyle bir nazariyeyi kabule teşvik edecek hiç bir işaret yoktur. Bilâkis hususî hukuk kanunlarımızın memurların fiillerinden dolayı devletin mesuliyetini muayyen bazı hallerde kabul eylemiş bulunması kanun vazınının bu istikamette bir mesuliyet hükmü koymak istemediğinin delili olarak mütalâa edilmesini icabettirir. Nitekim İsviçre müellifleri de İsviçre hukukunda memurların haksız fiillerinden yâni şahsî kusurlarından dolayı idarenin mesuliyetini gösteren umumî bir hükmün mevcut olmadığını beyan ediyorlar. (Von Thur. aynı eser, aynı cilt, aynı sahife).

Bu araştırmalar gösteriyor ki, medenî kanunda ve icra ve iflâs kanununda memurların şahsî kusurundan doğan bazı zararların tazmini külfetini devletin üzerine almış olması hükmünü kıyas yolu ile bütün memurların şahsî kusurlarından husule gelen zararlara teşmil etmeğe iyi bir hukuk anlayışı ile imkân yoktur. Esasen temyiz mahkemesi umumî hey'etinin böyle bir neticeye varması, kanaatimizce şahsî kusur istilâhına yanlış mâna atfetmesinden ileri gelmektedir. Eğer müşarünileyh hey'et teşrih eylediğimiz surette şahsî kusur mefhumunu kavramış olsa idi, ne hatalı imâl olunmuş tüfeğin imâl hatası gibi kusur, bir ayıp ile kusurlu olup olmadığı keyfiyetini bir şahsî kusur sayar, ne de şahsî unsurlarını bulup meydana çıkardığı taktirde devleti şahsî kusurdan dolayı mesul sayardı.

Bütün sakatlıklar etraflı ve derin bir araştırma yapmadan karara tasaddi eylemekten ileri gelmiştir. Mahkemelere, avukatlara, hukukla meşgul ve alâkalı herkese rehberlik edecek bu gibi kararların bundan sonra olsun daha esaslı incelemelere dayanmasını temenni ederken bu içtihadı birleştirme kararının mümkün olan süratle ortadan kaldırılması zaruretine işaret eylemeyi bir vazife saymaktayız; çünkü hizmet kusuru, şahsî kusur mefhumları bugün memleketimiz hukuk edebiyatında da klâsik bilgiler arasına girmiş bulunmaktadır

Devlet Şûrası Baş Kanun  
Sözcüsü  
Kemal Galip BALKAR

**B İ B L İ Y O G R A F Y A**

**Guido Zanobini**'den tercüme Atıf Akgüç ve Sahir Erman 1945 S: 290 - 313

**Ali Fuad Başgil** : Hukukun ana mesele ve müesseseleri 1946 S: 196 - 225

**Ragıp Sarıca** : İdarî Kaza. 1949 S: 378 - 928 (bu mevzuda memleketimizin en mufassal eseri).

**Sıddık Sami Onar** : İdare Hukukunun umumî esasları. 1952 S: 1181 - 1248

**Paul Duez** : Mukavele dışında Âmme kudretinin mes'uliyeti. S: 3 - 89 Türkçe'ye çeviren : İbrahim Sevil.