

YARGI VAZİFESİNDEKİ İKİLİK

Yazan: *Kemal Galip BALKAR*

Cemiyet içinde yaşayan insanlar için bu topluluk hayatını devam ettirebilmek ancak herkesin hürmet ve riayete mecbur olduğu birtakım kaidelerin tatbikine bağlı bulunduğu ispata ihtiyacı olmayan bir mütearifedir. Müeyyideye bağlı olan kaidelerin vücudu kifayet etmez; bu kaidelerin anlaşılmasında uyusulmadığı takdirde, bu kaidelerin ne ifade ettiğini tâyin etmek de lâzımdır. İnsanlar umumî olarak mütalâa edilince, menfaatlerini pek sevdikleri neticesine varılır. İşte insanlar geniş ölçüde bu tesir altında hareket ettikleri için mevcut hukuk kaidelerinin kendi menfaatlerini himaye edecek bir mâna ve maksat taşıdığına sahip olurlar. Cemiyet içinde cereyan eden her hâdise en az iki muhtelif menfaat sahibi arasında geçtiği ve bunlardan her biri kaidenin kendi menfaatini - çünkü hak, cemiyetin müeyyideye bağlı olduğu menfaat demektir - himaye eylediği iddiasındadır. İşte bu birbirine uymayan iddialardan doğan ihtilâfın halli için iki menfaat sahibinden ayrı, bu iki menfaate yabancı birinin işe müdahale etmesine lüzum vardır. Modern Cemiyette bu müdahale eden Devlettir. Bu ihtilâfın çözülmesi vazifesine yargı (kaza) adı verilmektedir. Bu vazifeye bildiğimiz gibi Devletin üç büyük vazifesinden birini teşkil etmektedir.

YARGI VAZİFESİNİ İFA EDEN ORGANLAR

Yukardaki kısım izahtan da anlaşılacağı üzere, yargı (*Kaza*) Cemiyet halinde teşkilâta bağlanan her insan topluluğu için ifasından kaçınılmasına imkân olmayan bir vazifedir; bunda hiç kimsenin şüphesi yoktur. Ancak; bu Yargı vazifesini ifa eden organ itibariyle muhtelif memleketlerin aynı yoldan yürümediklerini görüyoruz. Bir kısım memleketler, bir tek yargı organı kabul etmişler, bizim memleketimizin de içinde bulunduğu diğer memleketler zümresi yargı vazifesini iki ayrı uzva tevdi etmişler.

Böyle yargı vazifesini iki ayrı organa bırakan memleketlerde bu iki organ arasında vazife uyumsuzlukları doğması pek tabiidir. Bu sebeple, ikilik sistemini kabul eden memleketlerde bu iki yargı organının üstünde bu organ-

lar arasında vazife sınırları üzerinde hâsıl olacak görüş ayrılıklarını, ihtilâfları çözecek bir mahkeme, bir uyumsuzluğu ortadan kaldıracak Müessesese ihdası lâzım gelmiştir.

Memleketimizde, yukarıda işaret ettiğimiz ikilik sistemi kabul edildiği halde, son zamanlara kadar bu iki yargı organının kendi anlayış ve düşüncesine göre hareket mecburiyetinde kalmaları memleket hukuk âleminde hukuki muvazenenin ve görüş birliğinin bozulmasına yol açan derin bir boşluk bırakıyordu. 4788 sayılı kanunla tesis edilen uyumsuzluk mahkemesi bu boşluğu doldurmak suretiyle çok esaslı bir ihtiyacı karşılamış bulunmaktadır.

Yukarıda işaret ettiğimiz veçhile, yargı vazifesi devletin üç esaslı faaliyet zümresinden birini teşkil etmek itibariyle bu faaliyete ait en esaslı hükümleri Anayasada aramak lâzımdır. Nitekim Anayasayı tetkik ettiğimiz vakit; bu vazife ayrılığı ile ilgili büyük hükümleri orada buluyoruz. Anayasa dördüncü bölümünü yargı erkine tahsis etmiştir. Bu bölümün ilk maddesi (*Madde 53*) Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceğini tesbit eylemektedir. Bu prensip hükmü ileride vereceğimiz izahat bakımından birinci derecede ehemmiyeti haiz bir keyfiyettir. Tafsilâta girişmeden hemen bu metinden anladığımızı ifade etmek lâzımgelirse, diyebiliriz ki, Mahkemeler içtihat yolu ile görev ve yetkilerinin sahasını genişletemezler; böyle bir teşebbüs Anayasanın 53 üncü maddesi hükmüne aykırı bir hareket teşkil eder.

İlim ve tatbikat âleminde, Anayasanın 53. üncü maddesi ile onu takip eden maddelerinde bahis mevzuu olan mahkemelere eski tâbiri ile *Adliye yeni ifade ile Âdalet Mahkemeleri* denilmektedir. Bu mahkemelerin görev ve yetkileri hakkındaki kanunların incelenmesini şimdilik bir tarafa bırakarak ikinci yargı organına dair Anayasa Hükmünü araştıralım. Bu hükmü yürütme görevi (*İcra Vazifesi*)ne ayrılmış olan üçüncü bölüm içinde buluyoruz. Anayasanın 51 inci maddesi en başta idare dâvalarına bakmak işi gelmek üzere birçok görevlerle vazifelendirilmiş bir *Danıştay* kurulacağını beyan eylemektedir. Tetkiklerimizi daha ileriye götürmeden buradaki vazife çeşidi üzerine dikkati çekmek yerinde olur. Adalet Mahkemeleri yalnız Yargı Erkini kullanmak için kurulmuş iken, İdare dâvalarına bakmakla vazifelendirilen Danıştay'a Yargı dışında görevler de verilmiş bulunmaktadır. Bu vazife konusunun yargı sahası dışına taşması bu Müessesenin yargı görevindeki bütünlüğüne ve istiklâline mâni olmadığı için onun bu vasıflarında herhangi bir eksiklik ve değişiklik hâsıl etmez. Bu noktayı hususi olarak tebarüz ettirmemizin sebebi Adalet Mahkemeleri ile İdare Mahkemelerini karşılaştırdığımız zaman, bunlardan hiç birinin diğerine karşı umumilik veya hususilik gibi fazlalık veya eksiklik ifade eden bir vasıf taşımadıklarını tebarüz ettirmektedir.

Anayasanın 51. inci Maddesinde mevzuumuz itibariyle bizi ilgilendiren idare dâvalarına bakmak keyfiyeti mülga 669 sayılı Şûrayı Devlet kanununun 19 ve 20. inci maddelerinde ve 3546 numaralı Danıştay kanununun 23 ve 24. üncü maddeleri ile aydınlatılmıştır.. Burada ehemmiyetine binaen hemen tesbiti lâzımgelen esaslı bir nokta *tıpkı Adalet Mahkemeleri için olduğu gibi İdare Mahkemelerinin de görev ve yetkisinin Anayasa prensibine dayanması ve kanunda tesbit edilmiş bulunmasıdır.* (1) Esas bu ölçünce artık idare mahkemesinin görev ve yetkileri (*Vazife ve salâhiyet*) sınırları içtihat ile genişletilip daraltılamaz. Binaenaleyh, gerek Adalet ve gerek İdare mahkemelerinin görev ve yetkileri kaynağı Anayasa hükümlerinde bulunan kanunlarla sınırlanmış bulunduğundan bu esasların içtihatlarla hangi istikamette olursa olsun değiştirilmesinin Anayasaya aykırı düşeceği tabiidir.

Dönüp, dönüp bu mesele üzerine gelmemizi icap ettiren meseleleri ileride izah ettiğimiz vakit okuyucularımız bu ısrarımızı yalnız mazur görmeyecekler; haklı da bulacaklardır. Çünkü ancak bu iş bölümü prensibine sadık kalmak şartıyla zuhur edecek birçok uyumsuzlukları ilmî esaslar dairesinde halletmek kabildir.

* *

Bu esaslar üzerinde daha fazla izahlara girişmiyerek idarî kazaya ayrılan sahayı sınırlandırmaya çalışalım: Bilindiği üzere bu ayırmanın gayesi Adalet Mahkeme'lerinin idare faaliyetini mürakabe etmesini önlemektir.

İdarî Kaza (*İdare dâvalarına bakma*) nın Adlî kazadan ayrılması Fransa'da doğmuş ve gelişmiştir. Burada uzun uzadıya tafsiline lüzum görmediğimiz birtakım sebeplerin tesiri altında orada kanun vazı İdarenin Adalet mahkemeleri tarafından mürakabesini mahzurlu görmüş; fakat idare faaliyetinin kazaî mürakabeden hariç bırakılmasından daha büyük mahzurlar doğabileceğini düşünerek, idarî kaza teşkilâtını kurmuştur. Bu teşkilât, Fransa mevzu hukukunda Devletin mes'uliyetini kaide halinde tesbit eden hüküm bulunmadığı halde, ÂMME kudretinin idarî icraatından idare edilenler için doğan zararları izale etmenin çarelerini aramış, merhale, merhale Âmme iktidarının sorumluluğunu bütün vuzuhu ile ortaya koymuştur. (2)

İdarî rejimi geniş ölçüde Fransa'dan aldığımız ilham ile koymuş olduğumuz için bizim teşkilâtımızda da idare faaliyetinin mürakabesi Adalet

(1) S. B. O. D. C. H. S. 3-4. S. 431-433. T. F.

(2) Bu mesele hakkında Lille Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı "PAUL DUEZ" in "La responsabilité de la puissance publique" unvanlı eserinin 1938 tarihli yeni basısına müracaat edilebilir.

Mahkemelerinin mürakabesi dışında bırakılmış, bu mürakabeyi temin etmek için İdare Mahkemeleri kurulmuştur.

Bu İdare Mahkemelerinin başında Danıştay gelmektedir. Danıştay kanununun 23 ve 24. üncü maddeleri tetkik edilirse; Danıştay'ın Adalet Mahkemeleri teşkilâtından ayrı ayrı teşekküllere verilmiş olan Asliye ve Temyiz vazifeleri ile vazifelendirilmiş olduğu görülür. Fakat bu işaret ettiğimiz nokta meselenin en ehemmiyetli ciheti değildir. Mevzuumuzla ilgili olan mühim mesele, 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin (A) bendindeki hükmüdür. Bu hükmü hafızaları tazelemek için bir defa daha gözden geçirelim:

Kanunlar'da ayrı bir idarî kaza mercii gösterilmemiş olan aşağıda yazılı olan kusurlar doğdan doğruya ve kat'î surette Devlet Şûrası Dâva Dairelerinde rüyet ve hallolunur.

A) — Rüyeti Adlî Mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki İdarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvalar.

B) — Umumî hizmetler'den birini ifa maksadiyle aktedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilâflar,

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

D) İdarî Kaza mercileri arasındaki vazife ve salâhiyet ihtilâfları.

D - Bendi, İdarî kazanın iç işlerine taallûk etmesi itibariyle; tetkik etmekte olduğumuz mevzu ile alâkalı değildir. *C - Bendi*'de münhasıran menfaat sahiplerini ilgilendirdiği cihetle bunun hükmünden faydalanmak isteyenler, korunması gereken bir hakkın sahibi olmadıklarından adalet mahkemeleri huzurunda iptal dâvası açmak teşebbüsünde bulunmazlar. Geriye İdare Hukuku lisanında tam kaza dâvası veya kâmil kazaya tabî dâva diye anılan ve bir hakkın ihkakı, bir hakka vâki tecavüzün defî talebinden ibaret olan dâvalar kalmaktadır ki, bunlar vazife bölümü esaslarından tecrit edilerek mütalâa olundukları zaman Adalet mahkemeleri huzurunda rüyet edilen dâvalarla ayniyet gösterirler; yani medenî ve idarî hukuk tefriki yapmaksızın düşünülürse, bunlar birbirinin aynı hâdiselerdir; aralarındaki fark Adalet Mahkemesindeki davanın menşei olan mukavelenin husisi hukuk sahasındaki münasebeti tâyin eden esaslara dayanmaması, idare mahkemesine açılan dâvanın mesnedini idare hukukunun sahasına giren bir münasebeti

tanzim eden mukavelenin teşkil eylesidir. Keza bir kimse başka bir kim-
senin hakkını ihlâl eden bir fiil işlediği zamanki hukukî vaziyet ile idare
tarafından bir ferдин hakkını ihlâl eden bir hareket yapıldığı haldeki hu-
kukî vaziyet arasında fiillerin aralarında hukuka aykırı olmaları bakımın-
dan fark bulunmamasına rağmen bunlardan birincisinin hususi hukuk sa-
hasına giren ve bu sebeple hususi hukuk kaidelerine göre adalet mahkeme-
leri tarafından halledilmesi gereken bir ihtilâf vücuda getirmesi, ikincisinin ise
idare tarafından ika edilmiş ve idare hukuku çerçevesi içinde bir münasebet
ihdas ve bundan dolayı idare mahkemesi tarafından çözülmesi icabeden bir
ihtilâf tevliid eylemiş bulunmasıdır.

Nazarî olarak bütün müelliflerin kabul ettiği ve başta Anayasa olmak
üzere muvzuatımızın da kabul ettiği bu esasa rağmen, tatbikatta bu pren-
sibe aykırı birtakım neticelerin meydana geldiğini müşahede ediyoruz.
Bu müşahedelerden bir tanesini tatbik etmek suretiyle mevzuu daha konkre=
müşahhas bir hale getirmek ve böylece daha kolay anlaşılmasını sağlamak
kabildir.

Tetkikimizde biri Adlî, diğeri İdarî kaza Merciiinden verilmiş iki kararı
bahis konusu yapacağız. Her an muhtelif parçalarına müracaat edeceğimiz
bu kararları aynen buraya nakletmekte faide mülâhaza ediyoruz. Kararların
biri Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunun, diğeri Yargıtay tevhide içtihat
Genel Kurulunun 8/1/1947 gün ve E 10/K 1 sayılı kararıdır. Birinci karar
neşredilmemiştir. İkinci karar ise 24/mart/1947 tarihli *Resmî Gazetede* intişar
etmiştir.

T. C.
DANIŞTAY
DÂVA DAİRELERİ GENEL KURULU
46/129
47/7

DÂVACI: Abdullah Atay. (Sarılar Mahallesi Özdemir Sokak No. 11
Antakya.)

DÂVA EDİLEN: Millî Savunma Bakanlığı.

DÂVANIN ÖZÜ: Dâvacı Abdullah Atay'ın lise talebesi bulunduğu ve
Askerî kamp gördüğü sırada elindeki silâhın atışı esnasında mekanizmanın
geri tepmesi üzerine mekanizmadan kopan bir parça ile sağ gözünün kör ol-
duğunu ve bundan dolayı Millî Savunma Bakanlığınca maaş tahsisi veya ik-

ramiye verilmesi yolundaki dileğinin dâvacıya 8/8/1943 tarihinde tebliğ edilen Millî Savunma Bakanlığının 26/7/1943 tarih ve 16585/14019 sayılı yazısıyla reddedildiğini, halbuki Askerî kampta vazife görmek askerlik vazifesinin ifası demek olduğuna göre, maaş tahsisî veya tazminat verilmesi talebinden ibarettir.

DÂVALININ K. Ö. : Dâvacı Abdullah Atay'ın sivil Lise talebesi iken kampta kaza neticesi olarak sakat kaldığı, fakat bu şekilde sakat kalan lise talebelerine maaş ve ikramiye verilmesine dair mevzuatta bir sarahat bulunmadığı mealindedir.

KANUN SÖZCÜSÜNÜN DÜŞÜNCESİ: Dâvacı Askerlik kampında bulunduğu ve vazife ifa eylediği bir sırada elindeki silâhın mekanizmasının geriye tepmesi neticesinde bir gözünü kaybetmiş olması Millî Savunma Bakanlığınca malûm olmasına rağmen, kendisine bir tazminat verilmemesi doğru değildir. 1683 sayılı kanunun 64 üncü maddesi delâletiyle askerlik vazifesini ifa edenlerden sivil mektep talebesinin de bu vazifeyi ifa ederken mâruz kaldığı kazaya karşı tazminat verilmemesinde isabet olmadığından yapılan muamelelerin bozulması ve muktazi tazminatın dâvacıya verilmesi düşünülmüştür.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu tarafından işin gereği düşünüldü.

Dâvacı, Harbiye ve bu derecedeki bir askerî mektep talebesi olmadığı gibi, bütün ihtiyaçları devlet tarafından temin olunan rütbesiz bir asker de sayılamaz. Çünkü kamptaki bir öğrenci, askerliğe hazırlık derslerinin tatbikatını yapan ve ihtiyaçlarından ancak bir kısmı olan ve D-60 Yönetmeliğinin 20. nci maddesinde yazılı kararı Devletçe temin olunan bir kimsedir. Kazaya uğradığı sırada asıl niteliği öğrencilik olan dâvacının 1683 sayılı Askerî ve mülkî tekaüt kanununun 32 nci maddesinden istifadesi bahis konusu olamaz.

Ancak kampta tatbikat gören öğrencilerin tüfenklerinin ordu tarafından verilmekte olduğu yukarıda sözü edilen yönetmeliğin 24. üncü maddesinden anlaşılmaktadır. Dâvacının uğradığı kazanın atış sırasında tüfenk mekanizmasının geriye tepmesi ve ondan kopan bir parçanın sağ gözünü saplanması suretiyle vukua geldiği kabul edilmektedir. Bu netice silâh veya mermisinin kusurlu olduğunu ispat edecek mahiyettedir. Ve hizmete ait bir kusur sebebiyle vukua gelen zararları da o hizmeti yapan idarenin tazmin etmesi hukuksal olarak zaruridir. Dâvacı Bakanlıktan mühik bir tazminat alamadığı takdirde bu konuda yeniden dâva açmakta muhtar olmak üzere tekaüt aylığı bağlan-

ması) hakkındaki dâvasının reddine, peşin alınan 100 kuruş ilâm harcının mahsup ettirilmesi suretiyle geri kalan 300 kuruşun dâvacıdan alınmasına 14/2/1947 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

* * *

RESMÎ GAZETE 24/MART/1947

Özü: Hatalı imâl olunan mermi ve kusurlu tüfeğin manevra ve atış talimi sıralarında patlaması sonucu olan ölüm ve malûliyet sebepleriyle Devlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvalarının Adlî ve İdarî kazalardan hangisine ait olacağı hakkında:

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 hususunda Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 25/11/1944 tarih ve 2153/3437 ve 28/2/1945 tarih ve 63/397 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında meydana gelen içtihat ihtilâfının giderilmesi zikri geçen Daire Başkanlığının 6/5/1946 tarih ve 1065/58 sayılı yazısıyla istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Genel kurulunda keyfiyet incelenerek:

Sonuçta: 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 mânevi 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 vassıflandırılmış olduğu hususi hukuk alanına giren bir eylem cümlesinden midir? Keyfiyetidir.

Manevra ve atış talimi sıralarında mermi ve tüfeğin patlaması, hizmetten ayrılması mümkün şahsi kusur, ihmal ve tedbirsizlik neticesi haksız bir fiil sayılıp sayılmıyacağı 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 tüfenkte imâl hatası ve kusur olup olmadığı hususlarının vaktiyle tetkik ve muayeneden geçirilmemiş olması yüzünden husule gelmiş olan zarar idarî fiilden ayrı, müstakil haksız fiil sonucudur. Nitekim askerî bir uçağın mecburî bir iniş sebebiyle bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyete sebebiyet vermesi vakıala-

nında idarî bir fiil tasavvur edilemeyeceği gibi olaylarda manevra ve atış taliminde herhangi bir hasar ve cismanî zarar ikâ da katiyen maksut bulunmadığı cihetle sırf şahsî kusur, ihmal ve tedbirsizlik neticesi olarak husule gelmiş olan zarar bir veçhile idari 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 ve Borçlar Kanunlarının umumî hükümleri dairesinde Devlet sorumluluğunu bertaraf etmek maksadına mustenit 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 hakla gelmekte bulunmuştur. Sarahat olmıyan hallerde de Âmme hizmetlerinin ifaından ve hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelen zararlardan yukarıda işaret edildiği üzere hizmet kusurundan ayrılması mümkün bulunan sırf şahsi kusurlardan ileri gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarının da görülmesi adalet mahkemelerine ait ve raci bulunmak gerektir.

Yukarıda açıklandığı üzere hizmetten ayrılması mümkün olan ve maksat dışında kalan sırf şahsi kusurlardan doğan zararların mücerret hâkimiyeti hakkının kullanılmasından ileri gelmiş ve kanunda adalet mahkeme'eri tarafından bakılacağına dair açık bir hüküm bulunmamış olması, işin mahiyetini ve kaza merciini değiştiremez.

Binaenaleyh anlaşmazlık konusu her iki olayda hizmet kusurundan ayrı hususi hukuk şumulüne giren sırf şahsi kusur, ihmal ve tedbirsizlik yüzünden ileri gelmiş maddî ve manevî zarar sisteminden ibaret bulunmasına göre Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 25/11/1944 tarihli ilk kararı veçhile Devlet aleyhine açılmış olan tazminat dâvalarının bakılması keyfiyetinin âdalet mahkemelerine ait ve raci olduğuna mevcudun üçte ikisini geçen oyçokluğu ile 8/1/1947 tarihinde karar verildi.

— : — : — : — : — : —

Bu kararlar okununca görülür ki, mevzu itibariyle aynı mahiyette oldukları halde yargı organlarının görüş ayrılıkları yüzünden biri kamu hukuku prensiplerine diğeri hususi hukuk esaslarına dayanmaktadır.

Birinci karar hizmet kusurunu tebarüz ettirmek suretiyle zararın sebebini idarî fiile bağlamış ve bu fiilden husule gelen zararın tazmini lâzımgeldiği neticesine varmıştır.

Bu karar dâvanın idarî kaza mercii tarafından rüyetini zımnen kabul etmiş ve bu görüş yukarıda izah ettiğimiz esaslara uygun bulunmuştur. Yargıtay Tevhidi İçtihat kararı ise işi büsbütün başka bir zaviyeden mütalâa etmektedir. Tevhidi İçtihat Genel Kurulu tarafından mesele şöyle bir sual halinde vazedilmektedir: anlaşmazlık konusu, hatalı, imal 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 mânevi 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?

Tevhidi İçtihat Genel Kurulu meseleyi böyle katî sınırlar içine aldıktan sonra bazı noktaların tesbitine geçiyor.

Evvelâ manevra ve atış talimi sıralarında mermi ve tüfeğin patlamasının hizmetten ayrılması mümkün şahsi kusur, ihmâl ve tedbirsizlik neticesi haksız bir fiil sayılıp sayılamıyacağı hususunun anlaşmazlığın çözümü bakımından incelenmeğe değer en önemli noktayı teşkil ettiğini beyan ediyor.

İdare hukukunda hizmet kusuru ile şahsi kusurun birbirinden ayrılması hususundaki tetkikler çok ilerlemiş ve nazariyat ile meşgul bilginler ve bu noktada muhtelif kistaslar teklif eylemişler ve bu çalışmalar sayesinde hizmet kusuru ile şahsî kusuru yekdiğerinden ayırmak hayli kolaylaşmış ise de tevhide içtihad umumî heyetinin bu noktaya matuf görüşü vazih olarak anlaşılmamaktadır. Bu noktadaki düşüncemizi sonra arz etmek üzere içtihad birleştirme kararı üzerindeki tetkike devam ediyoruz.

Tevhidi içtihad Genel Kurulu bundan sonra (*gerçi manevra ve atış talimleri idarî bir fiildir*) demek suretiyle çok mühim bir hususu tesbit eylemekte cereyan eden fiillerin idarî olduğunu açıklamaktadır. Bu ehemmiyetli noktayı tesbitten sonra Genel Kurul şöyle devam etmektedir: ancak manevra ve atış taliminde kullanılan mermi ve tüfekte imal 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.

Bu mülâhazanın doğru olduğunu bir dakika için kabul ettiğimiz takdirde ortada idarî fiiller kadrosundan çıkıp şahsî fiiller silsilesine giren bir takım hâdiselerin mevcut olduğu neticesine varmak, bu takdirde Devlet diğer tâbir ile idare haricinde haksız fiilî irtikâp eden bir şahıs göstermek icap eder. Böyle bir şahsâ kusur isnadedildiği içtihadın birleştirilmesi kararından ne sarih ne de zımnî olarak anlaşılacağı gibi talim ve manevraların

idarî fiil oldukları genel kurulca kabul edildiğine göre ortada hususi hukuk kaidelerini tatbik edecek mevzu da kalmamaktadır. Hâdisede aleyhine dâva açılan ve sorumlu gösterilen idare olduğuna göre tüfek ve merminin muayenesinde irtikâp edilen hatayı idare tarafından işlenmiş hususi hukuk sahasına giren bir haksız fiil halinde mütalâa etmek imkânı yoktur. Çünkü muayenenin iyi yapılmamış olması, ya buna memur edilenlerin şahsi kusurunun bir neticesidir, bu takdirde onların bu şahsi kusurlarının hesabını vermek üzere âdalet mahkemeleri huzuruna davet edilmeleri icap eder; yahut ortada vazifelerin ifasında şahsi mesuliyeti icap ettirmeyecek bir kusur yani hizmet kusuru vardır; bu takdirde idare aleyhine dâva açılmak lâzım gelir; böyle bir dâvanın rüyet ve hal mercii Danıştay Dâva Daireleridir; bunua haricinde idare aleyhine adalet mahkemeleri huzurunda tazminat dâvası açılması için 3546 sayılı kanunun yukarıda arzedilen 23. üncü maddesi mucibince dâvanın rüyeti adlî mahkemelerin vazifesi içinde bulunduğunu tesbit eden sarih bir metne dayanmak zaruridir. Böyle bir metin mevcut olmadığı ve dâvanın konusunu teşkil eden hâdiseye iki fert arasında cereyan eden veya idarenin fert ile hususi hukuk sahasındaki münasebetine taallük edip hususi hukuk kaidelerine göre halli icap eden bir ihtilâf olmadıkça adlî kazanın vazifeli telâkki edilmesi hukuk bakımından doğru sayılamaz. (1)

Tevhid-i içtihat Genel Kurulu bundan sonra hâdisemize hâkim olan prensip üzerindeki görüş tarzını aydınlatan şöyle bir misal vermektedir: Nitekim askerî bir uçağın mecburî bir iniş sebebiyle bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyeteye sebebiyet vermesi vakıalarında idarî bir fiil tasavvur edilemeyeceği gibi olaylarda manevra ve atış taliminde herhangi bir hasar ve cismani zarar ikarı da katiyyen maksut bulunmadığı cihetle sırf şahsî kusu, ihmal ve tedbirsizlik neticesi olarak husule gelmiş olan zarar hiçbir veçhile idarî fiil şeklinde vasıflandırılmaz.

Gerek bu misal ve gerek bunu takip eden kısımdan tebellür eden kanaat ile bizim düşüncemiz tamamen birbirine aykırıdır. Genel Kurulun bu ifadesinden zarar veren bir fiilin idarî olabilmesi için o fiilin zarar ikarı kasdı ile icrası icap edeceği mânası çıkmaktadır. İdare dediğimiz hükmi şahsiyet maddî bir mevcudiyete sahip olmadığından onun fiili ve hareketi düşünülemez. Onun bütün fiil ve hareketlerini ona izafetle iş gören kimseler icra ederler. İdare namına fiil ve hareketler icra eden bu kimselerin fiil ve hareketlerinden doğan zararların mesuliyeti hangi hal ve şartlar içinde idareye izafe edilir, hangi hal ve şartlar altında bu fiil ve hareketlerden doğan zararların mesuliyet bu fiil ve hareketleri icra edenlerin omuzlarına yüklenir, yani Borç-

(1) Profesör Sabri Şakir Ansay. Hukuk muhakeme usulleri 1935 I § 16

lar Kanununun gayri akdî münasebetlerden doğan mesuliyetler faslı hükümleri dahilinde memur aleyhine olarak mütalâa edilir.

Bugünkü hukunun bahis ve münakaşa ettiği klâsik mevzular bunlardır. (1).

Yargıtay Tevhid-i İctihat Genel Kurulunun incelemeye olduğumuz kararında müdafaa edilen görüş tarzının hukuk sistemimizin kabul ettiği esaslara uygun olmadığı Uyuşmazlık Mahkemesi teşkiline dair Adalet Bakanlığınca hazırlanan kanun lâyihasının mucip sebeplerin de gösterilen misalden ve Adalet Komisyonu raporundan da anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığının mucip sebepleri ile tahlil etmekte olduğumuz kararın verdiği misal arasındaki fark, hâdiselerin birinde mecburi iniş yapan Askerî bir uçağın bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyete sebebiyet vermesinden, diğerinde Askerî otomobiller ile sivil otomobillerin çarpışmasının zarara sebep olmasından ibarettir; yani misalin birinde zarara sebep olan hâdise askerî uçağın faaliyetinden, diğerinde askerî otomobilin hareketinden doğmaktadır. Hukuk tekniği bakımından bu iki hâdisenin doğurduğu zararların tazmini için açılacak dâvaların aynı yargı yerine arz edilmesi lâzım geleceğinde şüphe yoktur. Yargıtay Tevhid-i İctihat Genel Kurulu askerî uçak hâdisesinde idarî bir fiil tasavvur dahi edilemeyeceğini beyan ederken, Adalet Bakanlığı mucip sebeplerde şöyle demektedir: "Bu hususta (bu satırlar mucip sebeplerde hüküm uyuşmazlığı ile ilgili olan kısımdadır.) Askerî otomobillerle hususi otomobiller arasında vukua gelen müsademeleri düşünmek kâfidir. Gerçekten hususi bir otomobilde arkadaşının daveti üzerine yer alan bir şahsın bu otomille askerî bir otomobil arasında vukua gelen bir çarpışmada yaralandığını düşünelim: Yaralanan zatın Adliye mahkemesinde hususi otomobil sahibi aleyhine açtığı dâvanın, bu otomobili idare edenin kusursuz bulunduğu mucip sebebiyle reddolunması; aynı zatın idarî mahkemede askerî otomobilin mensup olduğu idare aleyhine açtığı dâvanın da, askerî şoförün hâdisede hiçbir kusuru bulunduğu kabulüne mazhar olmaması mümkündür." Bize mevzumuz bakımından mucip sebeplerin bu kısmı kâfidir. Bizim bundan anladığımız Askerî İdare aleyhine açılacak dâvanın Danıştay'da bakılacağı keyfiyetidir. Şimdi Uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanun tasarısına dair Adalet Komisyonu raporundan ehemmiyetli gördüğümüzü-

(1) Jean Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif* 1927 S. 232 ve devamı, 261 ve devamı, 401 ve devamı, 426 ve devamı; - Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique* 1938 S. 78, 152, 164, André de Laubadère, *Manuel de Droit administratif*, 1946 S. 115 ve devamı. - Roger Bonnard, *Précis de droit administratif* 1943 S. 115 ve devamı, 132 ve devamı - Hauriou, *Notes d'arrêts* cild I, S. 505 ve devamı, 600 ve devamı, - Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif* 1923 S. 73 ve devamı: Ordinaryüs Prof. Ali FUAD BAŞÇİL, *Hukukun ana mesele ve müesseseleri* S. 196-225

müz kısımları nakledeyim: “Hükümetin gerekçesinde de açıklandığı gibi memleketimizde Yargı yerleri, yargılanma konusu olan *işin yapısına ve öz-lüğüne göre* değişmekte ve idarenin özel hukuk işlemleri dışında kalan ve yürütme görevlerinden doğan uyuşmazlıkları çözüme yetkisi idare mahkemelerine verilmiş olduğundan *Genel Muhakemelerin hukuk işlerindeki yargı erki özel hukuk alanındaki işlemlerle sınırlanmış bulunmaktadır.*” Bu raporda fazla ve ölçü dışı bulduğumuz tek kelimenin “Genel”den ibaret bulunduğunu ifade etmek lâzımdır; çünkü bir taraftan Anayasa Dördüncü bölümünde bu tâbiri kullanmamış olduğu için bu kelimbeyi kullanmakla Anayasanın ifadesine bir ilâve yapılmış olur, öteki taraftan diğer yargı yerlerinin (İdari) özel olduğu gibi bir düşünüşe yol açar; ve böylece mefhumların zedelenmesine sebebiyet verilmiş olur.

Şekle ve ifadeye ait bu küçük kusurun üzerinde fazla durmayarak asıl ehemmiyetli olan nokta da komisyon raporunun “mahkemelerin hukuk işlerindeki yargı erkinin özel hukuk alanındaki işlemlerle sınırlanmış” bulunduğu hakikatini açıkça beyan eylediğine işaret edelim.

Yargı tay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu tarafından hususi hukuk hükümlerinin tatbikine mahal teşkil edeceği beyan edilen askerî uçağı mecburî iniş sebebiyle iras ettiği zararın, idarî bir fiil olan bu hareketten doğmuş bulunması hasebiyle, tazmini hakkındaki dâvanın rüyeti adalet mahkemelerinin vazifesi dışında kaldığı bu izahat ile açık bir tarzda anlaşılmaktadır; çünkü arzettiğimiz iki hâdise arasında hukuk tekniği bakımından karar değişikliğini icap ettirecek hiçbir fark yoktur, otomobillerin çarpışması misalinde sivil otomobilin şoförünün bu müsademeye mahal veren bir kusur işlemediğini farzettiğimiz takdirde tazmine yol açan zararlardan birinin hava, diğerinin kara vasıtası tarafından ika edilmiş olmasından başka bir fark kalmaz. Bu fark ise hukukî hükümde değişikliği icap ettirmez.

Bu mütalâalara binaen Yargı tay Tevhid-i İçtihat Genel Kurulunun görüşünde isabet bulunmadığını ifade etmekte gerek mevzuat ve gerek ilmî esaslar bakımından hatâ yoktur. Bundan sonra kararda “*manevra ve atış taliminde herhangi bir hasar ve cismanî zarar ika da katiyen maksut bulunmadığı cihetle*” diye bir cümle görüyoruz; bu cümleden “hasar ve cismanî zarar” ika edildiği zaman bu hasar ve cismanî zararın maksut bulunması halinde fiilin idarî sayılması kabil olacağı mânası çıkmaktadır. Halbuki fiil zarar ika maksadı ile işlendiği takdirde, idare tüzel kişisinin böyle bir gaye takibetmesi düşünülemediğinden zarara sebep olan fiil ve hareketin bunu yapan memur için şahsî bir kusur teşkil etmesi ihtimalini kuvvetlendirdiğinin düşünülmesi icap ederdi.

sırf şahsî kusurlardan ileri gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarının da görülmesi (Adalet Mahkemelerine ait ve raci bulunmak gerektir) tarzında yürüttüğü muhakeme ve vardığı netice kanaatimize göre iki bakımdan hukuk esaslarına ve ilmî telâkkilere aykırı düşmektedir.

Yukarıda aynen nakledilen metin dikkatle mütalâa olununca görülür ki Tevhid-i İctihat Genel Kurulu bir taraftan Adalet Mahkemelerinin vâzifeli olduğunu (muayyen bazı hallerde memur ve müstahdemlerin fiillerinden ötürü Devletin sorumlu tutulduğu ve bu kabîl tazminat dâvalarına Adalet Mahkemelerinde bakılalmekte olduğu olduğu esasın kıyas yolu ile umumileştirerek sarahat olmıyan diğer hallerde memur ve müstahdemlerin fiillerinden husule gelen zararların tazmini için Devlet aleyhine açılacak dâvalara Adalet Mahkemelerinde bakılması icap edeceği neticesine varmakta diğer taraftan kıyas yolu ile tesis eylediği bu kaidenin tatbikını (1) sarahat olmıyan hallerde (2) âmme hizmetlerinin ifasından ve hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelen zararlardan (3) hizmet kusurundan ayrılması mümkün bulunan sırf şahsî kusurlardan ileri gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarına inhisar ettirmektedir.

Her şeyden evvel Adlî ve İdarî kaza mercileri arasındaki vazife taksimi anayasaya dayanan bir intizami âmme meselesi olduğu cihetle bu hususta kıyas yolu ile mevzu kaideleri genişletmeğe imkân olamayacağını açıklamak lâzımdır. Bu itibarla Tevhid-i İctihat Genel Kurulunun görüşüne iştirak etmediğimiz gibi böyle bir kaide tesisine lüzum da yoktur. Çünkü 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesi Küllî Kaideyi koymuştur. Binaenaleyh Devlet aleyhine memurların fiillerinden dolayı açılacak tazminat dâvasına adlî kaza mercilerinin bakabilmesi için 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinde beyan edildiği üzere (meselenin rüyeti Adlî mahkemelerin vazifesi) içinde bulunduğunu gösteren sarıh bir hükme ihtiyaç vardır.

Şimdi ikinci kısmın ihtiva ettiği kayıtların mütalâasına geçebiliriz: bunların birincisi sarahat olmıyan hallerden ibarettir. Yukarıda arzedildiği üzere adlî mahkemelerin vazifeli kılındığına dair sarahat olmıyan hallerde idarî fiil ve kararlarda hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvalar idarî kaza mercilerinde rüyet edilir (kanun 3546 madde 23 bend A). Binaenaleyh bu unsur kanunun sarıh hükmüne muhalif bir vaziyet ihdas ettiğinden bunun vârit olmadığını tebyin için üzerinde fazla durmağa mahal yoktur. İkinci unsur âmme hizmetlerinin ifasından ve hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri gelen zararların bahis mevzuu olmalıdır. Âmme hizmetlerinin ifasından ve şimdilik tafsilâtına girişmek istediğimiz hâkimiyet hakkının kullanılmasından ileri geldiği iddia edilecek bir zararın hakikaten bu sebeplerden ileri gelip gelmediğini tahkik etmek o muamele ve hareketleri mürakabe eyle-

mek demektir. Umumi kaide olarak idarenin kazai mürakabesi Adalet mahkemelerinin vazifesi dışında olduğundan gerek idare hukuku nazariyatı ve gerek mevzuatımız bakımından şüphe edilemeyeceğine göre bu nokta üzerindeki Tevhid-i İctihat Genel Kurulunun görüşünün kanuna aykırı olduğunu ispat için başka delil serdine mahal kalmamaktadır.

Üçüncü unsur: hizmet kusurundan ayrılması mümkün bulunan sırf şahsî kusurlardan ileri gelen zararardan dolayı Devlet aleyhine tazminat dâvası açılmak lâzımdır.

Bu unsurdan ne kastedildiğini anlamak âdeta kabil değildir. Çünkü idare hukukunda filhakika, bir hizmet kusuru ve şahsî kusur taksimi vardır; fakat bu taksimin gayesi Devletin mesuliyeti ile memurun şahsi mesuliyeti sahaalarını birbirinden ayırmaktır. Yoksa muhatap ve mesul mevkiinde Devlet ve İdarenin bulunduğu kabul edilen hâdiselerde irtikâp edilmiş kusurların şahsi kusur ve hizmet kusuru olarak ikiye bölünmesine mahal olmadığı gibi buna maddi imkân da mütasavver değildir, çünkü Devlet veya idare dediğimiz şahıs bir tüzel kişilik olduğuna göre onun şahsen hareket etmesi, bir fiil icra etmesi kabil değildir; ona izafe edilen fiil ve hareket hakikatte bir memur veya müstahdem fiil ve hareketidir. İşte bu memur veya müstahdem fiili bazen idarenin fiili sayılmaz, memurun şahsî fiili olarak mütalâa edilir. Böyle olunca da fiilde idarî mahiyet bulunamayacağından o fiilden üçüncü şahıslar aleyhine husule gelen zararın tazmini külfeti memurun mamelekine terttüp eder. Bu gibi hallerde ortada şahsi kusur vardır, denir.

İdare hukuku üzerinde çalışan bilginler, bu iki nevi kusuru birbirinden ayırmak için birtakım kıstaslar teklif etmişler ise de onların burada tafsiline hacet görmüyoruz.

Yalnız Paris Hukuk Fakültesi Dekanı ve İdare Hukuku Profesörü Berthélemy'nin verdiği kıstası hatırlamakta mevzuun aydınlanması bakımından faide mülâhaza ediyoruz: Memur kusuru işlerken vazifesini yaptığına inanıyorsa, bu kanaatle hareket etmiş ise kusur hizmet kusurudur; memur kusuru işlemek için vazifesinden faydalandığı vakit şahsi bir kusur irtikâp etmiş olur. (1). Profesör Hauriou ise kazai kararlara dayanarak kusurun hizmetten ayrılması mümkün olup olmadığına göre kusuru; yukarıda arzettiğimiz mânada olmak üzere, şahsi kusur ve hizmet kusuru olarak ikiye bölmektedir. (2). Fakat hemen bütün müellifler memurun şahsına ait mesuliyetin bahis mevzuu olduğu noktalarda şahsî kusur tâbirini idarenin mesuliyetini

(1) *Traité élémentaire de droit administratif*, onuncu bası, 1923 sahife: 74

(2) *Précis de droit administratif* 12 nci bası 1933 sahife 525-531

icap ettiren hizmet kusurundan ayıran bir terim olarak kabul etmişlerdir. Tevhidi İctihat Genel Kurulunun anladığı mânada Devletin mesuliyetini davet eden bir şahsi kusur mevcut değildir.

Uyuşmazlık mahkemesinin kuruluşundan evvel zuhur etmiş vakalar hakkında verilmiş olan kararların örnek alınması kanaatimizce doğru değildir; çünkü bir dâvanın adlî veya idarî kaza mercii tarafından rüyet edilmesi lâzımla geleceği noktası Uyuşmazlık Mahkemesinin kurulmasından evvel ancak tek taraflı olarak mütalâa ve münakaşa edilebilirdi ve böyle olunca da lehte ve aleyhteki fikir ve mütaâaların çarpışmasından doğacak hakikata erişilememek ihtimali vardı. Nitekim Tevhidi İctihat Genel Kurulunun 8/1/947 tarihinde verdiği kararda (nitekim askerî bir uçağın mecburî iniş sebebiyle bir binaya hasar veya ölüm ve malûliyete sebebiyet vermesi vakıalarında idarî bir fiil tasavvur edilemeyeceği) denilmiş olmasna rağmen hâdisenin idarî mahiyetinde hiçbir şüpheyeye mahal yoktur ve bu hâdiseye Uyuşmazlık mahkemesinin tesisinden sonra zuhur etmiş olsa idi Yüksek Mahkeme bu fiilden doğan zararların tazmini için açılacak dâvalara Danıştay dâva dairelerinin bakması lâzım geleceğine karar vermekte tereddüt göstermeyecekti. Bunun aksini bir dakika için kabul edersek 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin (A) bendinin idarî fiil ibaresi medfûlsüz kalır. Bu da sarîh bir kanun ibaresinin nazara alınmamasından hâsıl olabilecek neticeyi meydana getirir.

Meselenin arzettiği hususi nezaket ve haiz olduğu müstesna ehemmiyet dolayısıyla Tevhidi İctihat Genel Kurulunun (kanunî mevzuatımızda Medenî ve İcra ve İflâs kanunlarında olduğu üzere muayyen bazı hallerde memur ve müstahdemlerin fiillerinden ötürü Devletin sorumlu tutulduğu gösterilmiş ve bu kabîl tazminat dâvalarına Adalet Mahkemelerinde bakılalmekte bulunmuştur) ifadesiyle adlî kaza mercilerinin bu kabîl hâdiselerde kaza vazifesini haiz bulduklarını istidlâl eylemesini hukukî esaslara uygun bulmuyoruz; çünkü evvel emirde uçak hâdisesi için arzettiğim gibi Uyuşmazlık mahkemesinin kurulmasından evvelki vakıalara dayanmak bizi yanlış neticelere götürebilir; bundan başka herhangi bir kanunda memurun fiilinden Devletin sorumlu olduğunun tasrih edilmiş bulunması, bu sorumluluğa dayanarak dâva açan kimsenin dâvasının Adalet mahkemelerinde bakılmasını icap ettirmez. Çünkü memurun fiilinden mesul olan Devletin 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesi mucibince Adalet Mahkemeleri huzurunda takip edilebilmesi sarîh ve istisnaî bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır. Eğer memurun fiilinden Devletin sorumlu olduğu hükmünü koyan kanunda veya diğer bir kanunda sarîh olarak Adalet mahkemelerini bu soruma dayanan dâvaların rüyeti için vazifelendirmemiş ise, sırf kanunun memur fiilinden Devletin Sorumlu olduğunu beyan etmesi ve Uyuşmazlık mahkemesi kurulmadan evvel ve

hattâ sonra Adalet mahkemelerinin bu nevi dâvalara bakmış olmaları bundan sonra da bakacaklarının delili gibi mütalâa edilemez. Bundan maada Tevhidi İcraat Genel Kurulunun kararında geçen Menenî Kanun ve İcra ve İflâs Kanunlarının hükümlerini yakından tetkik ettiğimiz zaman şu neticelere varıyoruz: Medenî Kanunumuzun 819 uncu maddesi kıymetlerin lâzım gelen ihtimam ile takdir edilmemesini prensip itibariyle hizmet kusuru saymış ve bundan doğan zarardan İsviçre Metnine göre Kantonları, bizim metnimize göre hazineyi mesul tutmuştur. Ancak Devlet İdaresi üçüncü şahıslara yani idare edilenlere karşı bu esas dairesinde tazmin vecibesini ifa ettikten sonra bu takdir amelîyesinin icrasında memurların şahsî kusuru olduğunu tesbit ederse o kusuru işleyerek mesuliyet altına giren memurlara rücu edebilecektir. Buradaki hüküm bizim izahına çalıştığımız klâsik hizmet kusuru ve şahsî kusur esasına uygundur. Binaenaleyh bu maddeye dayanarak hazine aleyhine dâva açmak isteyen kimse Danıştaya müracaat eylemek mevkiindedir.

Medenî kanunun 917 inci maddesinde tapu sicillerinin tutulmasından mütevellit zararlardan hazinenin - İsviçre metninde gene kantonlar - mesul tutulması da 819 uncu maddedeki ruh ve esasa dayanmaktadır.

Medenî kanunun 413. üncü maddesindeki hazine mesuliyeti ise 3546 sayılı kanunun 23. üncü maddesine göre idare aleyhine adalet Mahkemelerinde dâva açılmasına izin veren sarîh bir hüküm teşkil eylemektedir. İcra ve İflâs kanununun 5 ve 6 ncı maddeleri bu bakımdan daha az önemli değildir. Beşinci maddeye göre İcra ve İflâs memurları ve İcra ve İflâs dairelerinin kâtip ve mübaşirleri kusurlarından ileri gelen zarar ve ziyandan mes'uldürler. Bu zarar ve ziyan dâvasına mahkemede bakılır. Bu madde de memur ve müstahdemin kusurundan yani idare hukuku tâbiri ile şahsî kusurundan doğan zarardan kimin mesul olacağını gösteriyor. Kanun bu sarîh hükmü koymasa idi, idare hukuku prensipleri gene memurun mes'ul olmasını icap edecekti. Memurun şahsî mes'uliyeti bahis mevzuu o'unca da kaza vazifesinin adalet mahkemelerine ait olacağında tereddüt edilemez. Bu esasların pek açık ve sarîh olmasına rağmen madde bu zarar ve ziyan dâvasına mahkemede bakılacağını tasrih eylemiştir; yalnız şu noktaya işaret etmek icap eder ki bu sarahat 3546 sayılı kanunun 23. üncü maddesinde işaret edilen istisnalara taallük etmemektedir.

Aynı kanunun altıncı maddesi Devletin bu zarar ve ziyarlardan dolayı mesuliyetini tesbit eylemektedir. Burada Devletin mesuliyetinin bir nevi kanunî kefaletten ileri geldiğine dikkat etmek lâzımdır. Kefaletin kanunî olması zararın idareye mesuliyet terettüp etmeyecek surette memurun kusurundan

yani şahsî kusurundan ileri gelmiş olmasından doğan neticelerin kıymetini değiştirmez; bu vaziyete göre memurun şahsî kusuru yüzünden mâruz bulunduğu kazai takipte dâvayı rüyet ile vazifeli olan teşkilât o memurun bu mevzudaki kefilî aleyhine açılacak tazminat dâvasına da bakmakla vazifeli olur. Bu akefil ister aynı maddede bahsi geçen ve hususî hukuk hükümlerine göre kefalet etmiş kefil olsun, ister kanun icabı Devlet olsun. Netice hukuk bakımından değişmiyeceği gibi buradaki sarahat dahi 3546 sayılı kanunun 23. üncü maddesinde bahsi geçen istisnayı gösteren sarahat telâkki edilemez.

Şu izahat ile anlaşılıyor ki Tevhidi İctihat Genel Kurulunun kararında kapalı olarak zikri geçen (memur ve müstahdemlerin fiillerinden ötürü Devletin sorumlu tutulduğu ve Adalet Mahkemelerinde bakılacakta bulunan tazminat dâvaları) bu saydığımız kanun maddelerine dayanan dâvalar ise bunların bizim arz ve izahına çalıştığımız hizmet kusuru ve şahsî kusur esasına aykırı bir ciheti yoktur, ve kaza mercilerinin yetkilerinde mevcut kanun metinlerine istisna teşkil edecek bir değişiklik yapmamaktadır.

Şahsî kusur ve hizmet kusuru mefhumları ne kadar etraflı tetkik edilse, bu mevzuun aydınlatılması için ne kadar emek harcansa çok görülmemelidir. Çünkü adlî ve idarî kaza mercilerinin vazifelerini tâyin gibi intizam âmneyi alâkadar eden çok ehemmiyetli bir konu ile pek samimî bir irtibat arzettiğindedir.

İdarî rejimin ve idarî kazanın beşiği olan Fransa'da bile hizmet kusuru ile şahsî kusurun ayrılması devamlı bir istihale içindedir. Son temayüller memurların şahsî mesuliyetini azaltmak ve idarenin mesuliyetini artırmak istikametinde inkişaf etmekte ve idarenin fiillerinden zarar gören idare edilenleri memurunki ile kıyaslanamayacak kadar tediye kabiliyeti yüksek olan Devlet yani idare ile karşılaştırmak ve böylece tazminatı ödeyen Devletle memur arasındaki münasebeti birincisinden ayrı olarak mütalâa etmek cihetine temayül edilmektedir; fakat bu memurların şahsî sorumluluğunu icap ettiren hâdiselerin doğurduğu tazmin borcunu Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin deruhte etmesi idarî fiil ve hareketin ifade ettiği mânanın sahasını genişletmek demektir; yoksa bu gibi hallerde kamu tüzel kişilerinin zarara mâruz kalan fertlerle hususî hukuk sahasında mütalâası icap eden münasebetlere girişmiş olması ve binaenaleyh uyumsuzlukların Adalet Mahkemelerinde hal edilmesi gerekeceği demek değildir.

Bu mevzularda hususî hukuk mütehassıslarını vazifeli kaza mercinin tâyini meselesinde hataya sevkeden mülkiyet mefhumuna bağlı meselelerdeki görüştür ki, başka bir yazımızda bu hususu inceliyeceğiz.

Şimdi yukarıdan beri izah ve isbata çalıştığımız esasları hülâsa edelim:

1) — Anayasanın 51.inci maddesi hükmü ile İdare Dâvalarına bakmak Adalet Mahkemelerinin vazifesi dışında bırakılmış ve bu vazife Danıştay'a verilmiştir.

2) Danıştay Kanununun 23. üncü maddesi idarî fiil ve kararlardan hukuku muhtel olanların dâvalarına bakmakla bu müesseseyi görevlendirmiştir. Şu halde memleketimiz mevzuatına göre yanyana yürüyen, fakat çalışma sahaları kanun metinleriyle tesbit edilmiş iki ayrı yargı teşkilâtı vardır

3) Bu iki yargı teşkilâtının vazifelerinin hudutları kanunlarla çizilmiş olduğuna ve idare dâvalarına Adalet Mahkemelerinin bakmaması bir Anayasa prensibinin icabı olduğuna göre Adalet mahkemelerinin vazife sahası kıyas yolu ile genişletilemez; çünkü bu sahada intizamı âmmeyi alâkadar eden umumî iş bölümü hükümleri içtihat ile Adalet mahkemelerinin idare dâvaları sahasına hulûl etmelerini men eylemiştir.

4) Haddi zatında mevzu itibariyle idarî kaza mercii tarafından rüyet edilmesi lâzım gelen bazı dâvalara Adalet Mahkemelerinde bakılması umumî kaideye bir istisna teşkil edeceği için istisnanın sarîh bir kanun metni ile tesbit edilmesi zaruridir. Ortada böyle bir kanun hükmü mevcut olmadıkça idare dâvalarının bakılmasında istisna yoluna gitmeğe hukuk bakımından imkân tasavvur edilemez. Hattâ böyle bir kanun mevcut olsa dahi bu kanunun Anayasaya uygunluğu derecesi doktrin sahasında münakaşa edilebilir.

5) Ferdin hukukunu himaye ederken idarenin mesuliyeti çerçevesini de çizmeğe ihtiyaç vardır. Hizmet kusuru ile menurun şahsî kusurundan doğan sorumluluklar mahiyet ve vasf itibariyle ayrı ayrı sahalarda mütalâa edilmek icap eder.

6) Şahsî kusur unsurunu ikinci plâna alarak hizmet kusurunun sahasını genişletme hususunda görülen gelişmeler, kamu idarelerini adalet mahkemesi huzuruna götürmek maksadını değil, ferdî tazminatı daha kolay ödeyecek varlıklı bir hasım ile karşılaştırmak gayesini gütmektedir.