

**AJAN VE MEMURLARIN VAZİFELERİ SIRASINDA İŞLEDİKLERİ  
BAZI SUÇLARIN HİZMET KUSURU SAYILIP SAYILAMIYACAĞI  
MESELESİNİN MÜNAKAŞASI**

**Doçent Ragıp Sarıca**

*«İdare hukuku kadar Ceza hukukunu da  
ilgilendiren bu yazımı değerli ve aziz  
meslekdaşım Ceza Hukuku Doçenti Dr.  
Sulhi Dönmezer'e ithaf ederim».*

Bundan evvel, yine bu mecmuada [1], idare ajan ve memurları tarafından fonksiyonun icrası esnasında veya hizmetin ifası münasebetile işlenilen birtakım suçların, en yeni Fransız mahkeme içtihatlarına göre, bazı hallerde, şahsî bir kusur sayılacak yerde bir hizmet kusuru olarak kabul edildiğini, bu itibarla bu suçların failin - yani ajan ve memurun - şahsî ve malî mesuliyetini mucip olacak yerde doğrudan doğruya idarenin akçalı sorumluluğuna intaç ettiğini uzun uzadıya izah etmiştik.

Evvelce sırf jürisprüdans zaviyesinden incelediğimiz bu meseleyi, bu sefer, doktrin bakımından ve hususile, şimdilik, yalnız kaziyei muhkeme noktasından ele alarak münakaşa etmek istiyoruz.

Gerçekten - evvelce işaret ettiğimiz üzere - bir zamanlar idare ajan ve memurları tarafından âmme hizmetinin ifası sırasında ve bu hizmetin icrası münasebetile işlenilen suçların behemehal şahsî kusur sayılması lâzım geleceğinden hiçbir suretle şüphe etmiyen ve bu gibi bir suçun hiçbir zaman bir hizmet kusuru telâkki olunabileceğini hatır ve hayallerine bile getiremiyen müellifler bu gibi yeni bir içtihat karşısında nazarı sahada müdafaa ettikleri tezi mahkeme içtihatlarıyla karşılaştırmak, böylelikle bu tezin doğru olup olmadığını bir de tatbikat muvacehesinde tahkik ve münakaşa etmek, hülâsa kendi noktaî nazarlarıle mahkemelerin görüşünü mukayese eylemek ve bunlardan hangisinin daha doğru, daha isabetli ve daha elverişli olduğuna karar vermek zorunda kalmışlardır.

[1] Bundan evvelki mecmuanın ilk yazısına bakınız.

Derhal şunu kaydedelim ki birçok müellifler bu mukayese ve tartışma neticesinde eski noktazarlarından asla rücu etmemişler; bilâkis müdafaa ettikleri tezin doğruluğunu bir kere daha ilân etmek fırsatını bulmuşlar; noktazarlarını tâdil edecek yerde mahkeme içtihatlarını şiddetle tenkide girişmişler; bir kelime ile bu içtihat karşısında eski vaziyetlerini yine muhafaza ve belki daha kuvvetle müdafaa etmekte devam etmişlerdir.

İşte, mahkeme içtihatlarına karşı cephe alan müelliflerin serdettikleri itiraz ve tenkitlerden başkası da: Bu gibi bir içtihadın, ceza mahkemesince suçu işlemiş olan ajan veya memur aleyhine verilmiş olan cezaî mahkûmiyet kararının kaziyei muhkeme teşkil etmesi lâzım geldiği esasını ihlâl eylediği hususuna taaliük etmektedir. Şöyle ki, ceza mahkemesince ajan veya memur aleyhine verilmiş cezaî mahkûmiyet kararı ajan ve memurun, bu suçtan dolayı hukukî, malî mesuliyetini de tazammun eylediğinden; artık hukuk veya idare mahkemeleri, hattâ ihtilâf mahkemesi dahi, bununla bağlı olup, ajan veya memur tarafından işlenen suçu memur veya ajanın hukukî mesuliyetini mucip şahsî bir kusur saymayıp münhasıran idarenin malî mesuliyetini intaç eyliyen bir hizmet kusuru saymakla Ceza mahkemesince verilmiş mahkûmiyet kararını, kaziyei muhkeme bakımından, ihlâl etmiş olurlar. Elhasıl bu tenkitleri serdedenlere göre mezkûr içtihat Ceza mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararlarının diğer mahkemeler için kesin hüküm teşkil ettiği esasını çığnemektedir.

Gerçekten Fransız hukukunda ötedenberi kabul olunan bir telâkkiye göre ceza mahkemelerinin kazaî mahiyetteki kararları - hukuk mahkemelerinin kazaî kararlarından farklı olarak - nisbî, izafî bir mahiyet ve kıymet arzemezler; yani yalnız taraflar için bir kaziyei muhkeme teşkil etmezler. Umumî ve mutlak bir mahiyet ve kıymet arzederler; yani, istisnasız, herkes için bir kaziyei muhkeme teşkil ederler.

Bu esasa istinatla Fransada umumiyetle şu neticeye varılmaktadır ki: ceza mahkemelerince hukuku âmme davalarında verilen kazaî kararlar cezaî takibata mesnet teşkil etmiş fiillerden dolayı hukuk mahkemelerinde açılan zarar ziyan davalarında veya sair herhangi hukuk davalarında hukuk hâkimini bağlar ve takyit ederler. Şöyle ki ceza hâkimi tarafından gerek - ceza davasına mesnet teşkil eden - fiilin mevcudiyeti; gerek bu fiilin tavsif sureti; gerek bu fiilin maznun tarafından işlenmiş olduğu; gerekse maznunun suçlu olduğu hususunda kat'î ve nihai bir surette verilen hüküm karşısında hukuk hâkimi serbest değildir. Yani bu hususlarda - başka bir söyleyişle, fiilin mevcudiyeti, fiilin tavsifi, fiilin fail tarafından işlendiği ve failin suçlu olduğu hususlarında - ceza hükmile bağlıdır.

Bu itibarla bir şahıs, ceza mahkemesince cezaen mahkûm edildikten sonra aynı fiilden dolayı aleyhine açılan tazminat veya sair herhangi bir hukuk davasının (meselâ zina dolayısıyla boşanma, mirastan iskat, ilh. gibi bir davanın) neticelerinden kurtulmak için ceza mahkemesince suç sayılan fiilin mevcut olmadığını, bu suretle tavsif olunamayacağını, bu fiili işlemediğini veya suçlu olmadığını iddia edemez. İddiası hukuk mahkemesince kabul edilemez.

Hattâ Fransada - bizde kabul olunan sisteme muhalif olarak - ceza mahkemesinin yalnız mahkûmiyet kararının değil, fakat aynı zamanda beraet kararının da esas itibarile hukuk hâkimini bağladığı umumiyetle kabul olunmaktadır. Şöyle ki ceza hâkimi isnat olunan fiilin mevcut olmadığına veya hattâ kâfi derecede isbat edilmemiş olduğuna veya bu şahıs tarafından işlenmediğine, yahut da failin suçlu olmadığına hükmetmiş ise hukuk hâkimi bu hususlarda da bağlıdır.

Yukarıda, ana hatları itibarile, tesbit ettiğimiz hususlar dışında kalan noktalarda ceza hükmünün hukuk hâkimini bağlamadığı yine Fransada umumiyetle kabul olunmaktadır. Meselâ - ceza mahkemesinin cezai mahkûmiyet kararına rağmen - hukuk hâkimi ceza mahkemesince sabit görülen ve suç addolunan fiilin hukuki neticelerini takdirde serbesttir. Ezcümle suç sayılan fiilin bir zarara sebebiyet verip vermediğini, yani medeni hukuk anlamında bir haksız fiil teşkil edip etmediğini serbestçe araştırabilir. Bunun gibi meselâ failde cürmi bir kasdın bulunmadığına veya isnat olunan fiilin ceza kanunlarınca suç sayılmadığına hükmolunmasına rağmen hukuk hâkimi failde medeni hukuk anlamında bir kasdın mevcudiyetine ve binaberin failin kasda müstenit kusuruna ve, ceza kanunlarınca derpiş olunmadığı için suç sayılmıyan, fiilin bir haksız fiil teşkil ettiğine hükmedebilir.

Bütün bu söylediklerimizi hülâsa ederek diyebiliriz ki: Fransada ceza mahkemesi kararının birçok hususlarda hukuk mahkemelerini bağladığı fakat diğer noktalarda serbest bıraktığı muhakkaktır. Maksudumuz Fransada ceza mahkemeleri kararlarının ne vakit kaziyei muhkeme teşkil edip etmediğini bütün teferruatile izah etmek olmayıp; sadece bazı Fransız müelliflerinin ceza mahkemesince suç sayılan bir fiilin şahsî kusur telâkki edilmeyip hizmet kusuru addi keyfiyetinin kaziyei muhkeme esasını ihlâl ettiğini iddia ettiklerini nakletmekten ibaret olduğuna göre kaziyei muhkeme hakkındaki bu izahatla iktifa edebileceğimizi sanıyoruz. Tafsilât isteyenler Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü, Hukuk muhakemeleri Usulü ve - Fransada kaziyei muhkeme hakkındaki ana hüküm Medeni Ka-

nunda yer aldığına göre - Medenî Hukuk eserlerine müracaat edebilirler[2].

Şimdiye kadar verdiğimiz izahat içinde bizi doğrudan doğruya ilgilendiren cihet: Ceza mahkemesince suç sayılan bir fiilin hukuk mahkemesi, idarî mahkeme veya ihtilâf mahkemesi tarafından faile isnadı mümkün bir kusur (yani şahsî kusur) sayılmayıp idareye atıf ve izafesi gereken bir kusur (yani hizmet kusuru) sayılması keyfiyetinin kaziyei muhkeme esasını ihlâl edip etmediğidir.

Dediğimiz gibi bazı müellifler böyle düşünüyorlar. Yani ceza mahkemesince suç sayılan bir fiilin şahsî kusur sayılmamasını kaziyei muhkeme esasına aykırı telâkki ediyorlar. Ezcümle Waline'nin noktinazarı budur.

Gerçekten - evvelce incelediğimiz - Douai mahkemesinin Dame Duez kararını tahlil eden Waline hâdisede şikâyeti mucip fiilin - daha evvel ceza mahkemesince suç sayılmasına ve «taksirle adam öldürme» suçu olarak vasıflandırılmasına ve failin de cezaya çarpılmasına rağmen - şahsî kusur addolunmamasını, yani failin şahsına isnadı mümkün görünmemesini kaziyei muhkeme esasına aykırı telâkki eylemekte ve bu hal suretini bu bakımdan tenkit etmektedir.

Müellif, hâdisede ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik yüzünden bir çocuğun ölümüne sebebiyet verme fiilinin - ceza mahkemesinin kararına rağmen - Douai mahkemesince şahsî kusur sayılmamasını - cürmî kasda makrun olmıyan sırf ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi hafif bir kusurdan dolayı basit, mütevazı ve fakir bir idare ajanını büyük bir yekûn tutacak olan bir tazminat ödemekten kurtardığı için - netice itibarile âdil ve hakkaniyete uygun buluyor. Şöyle ki Waline'e göre davacının faile yüklemek istediği malî mesuliyet bu ajanın işlemiş olduğu hafif kusura nazaran fahiş surette nisbetsizdir.

Bununla beraber müellif diyor ki «bu âdil ve hakkaniyete uygun neticeye varabilmek için Douai mahkemesinin ceza mahkemesince verilen hükmün kaziyei muhkeme kuvvetini haiz olduğu prensibini ihlâl ettiğini de müşahede ve kaydetmemek mümkün değildir.»

Görüldüğü üzere Waline ceza mahkemesince suç sayılan bir fiilin şahsî kusur sayılmamasını kaziyei muhkeme esasına aykırı telâkki eylemektedir; ki bu yolda bir tenkit mümasil bütün hâdiselere tevcih olunabileceğine göre bu tenkidin hakikaten doğru ve yerinde olup olmadığını araştırmak - mahkeme içtihatlarınca kabul olunan bu hal suretinin kabule şayan olup olmadığını tayin bakımından - zarurîdir.

Derhal şu noktayı kaydedelim ki - bildiğimize göre - bu mesele Fran-

[2] Bu hususta ayrıca P. Hébraud, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, 1929 adlı eserden de istifade olunabilir.

sız müellifleri tarafından hiç ele alınmış ve incelenmiş değildir. Hattâ mahkeme içtihatlarınca kabul olunan bu hal suretini benimseyen müellifler dahi bu meselenin tetkikine girişmemiş ve bu içtihadın hakikaten kaziyel muhkeme esasına aykırı olup olmadığını her nedense araştırmak lüzumunu duymamışlardır. Bu itibarla biz ceza mahkemesince suç sayılan bir fiilin şahsî bir kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılması keyfiyetinin hakikaten bazılarınca - ezcümle Valine tarafından - iddia olunduğu gibi kaziyel muhkeme esasına aykırı olup olmadığını kendi hesabımıza araştırmak zorundayız.

Bize öyle geliyor ki bu içtihadın kaziyel muhkeme esasına aykırı olduğu hiç de âşikâr bir keyfiyet değildir. Dikkat edilsin: «Bu içtihat bize kaziyel muhkeme esasına aykırı değildir» demiyoruz. Sadece «aykırı olduğu bize âşikâr değildir» diyoruz. Belki bu içtihat hakikaten kaziyel muhkeme esasına mugayirdir. Lâkin bunu belirtmek, isbat etmek lâzımdır. Zira yukarıda Fransada kaziyel muhkeme hakkında verdiğimiz umumî mahiyetteki izahattan da anlaşıldığı veçhile Ceza Mahkemeleri kararlarının diğer mahkemeleri her hususta bağlamadıkları, onları bir çok noktalarda serbest bıraktıkları muhakkaktır.

İşte bütün mesele: Ceza mahkemesince suç sayılan ve failin cezai mahkûmiyetine ve mesuliyetine müncer olan bir fiilin bir Hukuk, İdare veya İhtilâf mahkemesince şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılmasının: hâkimlerin bağlı buldukları hususlardan mı madut bulunduğunu, yoksa hâkimlerin serbest oldukları sahaya mı dahil olduğunu tayin ve tesbitten ibarettir.

Ceza mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının yalnız fiilin mevcudiyeti, tavsifi, işbu fiilin bu kimse tarafından işlendiği ve failin suçlu olduğu hususlarında kaziyel muhkeme teşkil ettiğini hatırlıyacak olursak meselenin halli de kolaylaşmış olur.

Evet bir idare ajanı veya memuru tarafından işlenen herhangi bir fiil Ceza mahkemesince sabit görülerek, suç olarak vasıflandırılarak, fiilin maznun tarafından işlendiğine kanaat getirilerek ve fail suçlu addedilerek fail mahkûm edilince bu fiilin mevcut olmadığı; bu fiilin bu suretle vasıflandırılmıyacağı; bu fiilin bu kimse tarafından işlenmediği; nihayet failin suçlu olmadığı iddia olunamaz.

Evet fiil mevcuttur, bu suretle tavsifi icap eylemektedir, fail tarafından işlenmiştir ve bu kimse suçludur. Hiçbir kimse, hiçbir mahkeme bunun aksini iddia edemez.

Âşikârdır ki bu yoldaki herhangi bir iddia Ceza Mahkemesi kararının bu hususlarda kaziyel muhkeme teşkil eylediği, yani bu noktalarda mahzû hakikat telâkki olunması lâzım geldiği esasile tenakuz arzeder.

Lâkin böyle olmayıp da, Ceza mahkemesince suç sayılan bir karar, Hukuk mahkemesince sadece şahsî kusur sayılmadığı takdirde\* kaziyei muhkeme esasının ihlâl edilip edilmediği cayisual olduğu gibi; şayet kaziyei muhkeme esasî ihlâl edilmiş ise hangi hususta, hangi noktada ihlâl edildiği de ayrıca tetkike değer.

Gerçekten Ceza mahkemesince suç sayılan fiilin şahsî kusur sayılmaması ile acaba fiilin mevcudiyeti mi inkâr edilmiş olur? Yoksa fiilin tavsif sureti mi ihlâl edilmiş olur? Yahut fiilin bu kimse tarafından işlendiği hakikati mi çığnenmiş olur? Yahut da failin suçlu olduğu esasî mı red ve cerhedilmiş olur?

Zannımızca herhangi bir mahkemenin - ister Hukuk, ister İdare, ister İhtilâf Mahkemesi olsun - Ceza Mahkemesinin kararına rağmen bir ajan ve memur tarafından işlenen bir suçu şahsî kusur saymaması yukarıdaki esaslardan hiçbirini ihlâl etmiş sayılamaz.

1 — Zira bedihidir ki şikâyeti mucip fiil şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru addolunduğu takdirde fiilin mevcudiyeti inkâr edilmiş değildir. Bilâkis bu gibi bir fiilin hizmet kusuru addi keyfiyeti: ortada şikâyeti mucip bir fiilin, başka bir söyleyişle zarara sebebiyet veren bir fiilin mevcut olduğunu gösterir. Hattâ bu fiilin bir hizmet kusuru sayılması fiilin mevcut ve sabit olduğu bir kere daha beyan ve teyit edilmiş olur.

Bu itibarla kaziyei muhkeme bu bakımdan ihlâl edilmiş sayılamaz.

2 — Yine âşikârdır ki Ceza mahkemesince suç olarak vasıflandırılan fiilin şahsî kusur sayılmaması ile bu fiilin tavsif suretine müdahale edilmiş ve bu şekli tavsif ihlâl olunmuş değildir. Zira aynı fiili - sırf hukukî neticeleri bakımından - tetkik ve tahlil eden mahkeme bunu bir hizmet kusuru saymakla aynı fiilin Ceza mahkemesince filân şekilde vasıflandırıldığını - bilfarz bu fiilin taksirle adam öldürme suçu olarak tavsif edildiğini - red ve inkâr etmiş olmaz. Bu fiili - sırf hukukî neticeleri bakımından - nazara alan mahkeme bunu şahsî kusur saymamakla aynı fiili - sırf cezaî neticeleri bakımından - ele alarak filân tarzda vasıflandırmış bulunan Ceza Mahkemesinin bu husustaki görüşüne, tavsifine, kararına ne karışmış, ne de dokunmuştur.

Mahkeme bu fiilin - cezaî bakımdan - bu şekilde vasıflandırılmıyacağını söylememektedir. Sadece Ceza Hukuku bakımından bu tarzda vasıflandırılan mezkûr fiilin - hukukî bakımdan - «şahsî kusur» olarak tavsif olunamayacağını söylemektedir.

Görülüyor ki fiilin şahsî kusur sayılmamasından Ceza Hukuku bakımından tavsif tarzı asla müteessir olmamaktadır. Bu fiilin ceza hukuku bakımından filân suçu teşkil ettiği, bilfarz taksirle adam öldürme suçu

olduğu hakikati inkâr edilmemektedir. Ceza Mahkemesi kararı bu hususta kaziyei muhkeme teşkil etmekte, mahzihakikat telâkki olunmakta devam etmektedir.

3 — Acaba Ceza mahkemesince suç sayılan fiilin diğer mahkemece şahsî kusur sayılmaması bu fiilin bu kimse tarafından işlendiği hususundaki kaziyei muhkemeyi mi ihlâl eylemektedir?

Bu husus diğerlerinden ziyade tetkike şayandır. Zira kaziyei muhkemeye aykırılıktan bahsedenler - bunu açıkça söylememekle beraber - ağlebi ihtimal kaziyei muhkemenin bu noktadan ihlâl edildiğini anlatmak istiyorlar.

Dediğimiz gibi mesele tetkike değer.

Hiç şüphe yok ki Ceza mahkemesi, faili bu fiilden dolayı mahkûm etmekle evveleminde fiilin bu kimse tarafından işlenmiş olduğuna, başka bir ifade ile fiilin ondan sadir olduğuna hükmetmiştir [3]. Bir kelime ile mahkeme fiilin bu şahsa isnadı lâzım geldiğine karar vermiştir.

Acaba öteki mahkeme aynı fiilin şahsî kusur sayılamıyacağını, yani bu fiilin faile isnat edilemeyeceğini söylemekle Ceza Mahkemesinin bu husustaki kararile tenakuza düşmüş olmuyor mu?

Gerçekten bir taraftan Ceza Mahkemesi bu fiilin faile isnadı lâzım geldiğini beyan eylemekte; diğer taraftan öteki mahkeme aynı fiilin faile isnadı mümkün olmadığını söylemektedir. Tenakus âşikâr değil midir?

Bu zahiri vaziyete rağmen, kendi hesabımıza, ortada bir tenakus olmadığını sanıyoruz.

Çünkü Ceza Mahkemesi bu fiilin faile isnadı lâzım geldiğini söylerken her şeyden evvel fiilin ondan sadir olduğunu; bu «şahsın fiili ile netice arasında maddi sebebiyet alâkasının bulunduğunu» [4] beyan etmiş oluyor.

Başka bir söyleyişle Ceza Mahkemesi bu fiili maznuna isnat etmekle fail ile fiil ve fiil ile netice arasında sırf harici, fizik, maddi bir münasebetin, bağın mevcudiyetine hükmetmiş oluyor [5].

[3] Gerçekten muhterem hocamız Ord. Prof. Tahir Taner'in buyurdıkları ve hile «bir şahsın cezai mesuliyeti mevzuubahis olabilmek için önce, icrai veya ihmali olabilecek, fiilin ondan sadir olması veya o fiilde herhangi bir suretle iştiraki bulunması iktiza eder» (Cezâ Hukuku ve T. T. K. Serhi 1937, sah 301 not 2.)

[4] Tahir Taner aynı eser, sah. 298.

[5] Gerçekten değerli meslekdaşımız ve عزیز arkadaşımız Docent Dr. Sulhi Dönmez'in dediği gibi «maddi sebebiyet alâkası sadece fizik bir münasebete taallük eder. Failin icra ettiği fiil ile husule gelen netice arasındaki - failin kast ve niyetinden müstakil olarak - istihsal münasebetini ifade eder.» Görüldüğü üzere «maddi se-

Halbuki aynı fiili şahsî kusur saymayan mahkeme bu fiili hizmet kusuru addetmekle hiçbir zaman bu fiilin failden sadir olduğunu, faile ile fiil ve fiil ile netice arasında bu gibi haricî, fizik, maddî bir münasebetin, bağıın mevcut olduğunu inkâr etmiş olmuyor.

Zira - daha evvel belirttiğimiz üzere - «(İdare) tesmiye ettiğiniz muhtelif âmme idareleri ve âmme müesseseleri kendiliklerinden hareket etmeğe muktedir hakikî şahıslar, varlıklar olmayıp; sadece birer mânevî ve hükmi şahıstırlar. Bu itibarla bunların görmekle mükellef oldukları faaliyet ve hizmetleri hakikatte bunlar namına bir takım hakikî şahıslar yani idare ajan ve memurları icra etmektedirler.»

Şu halde ister şahsî kusur sayılsın ister hizmet kusuru addolunsun, idare nam ve hesabına görülen bir faaliyet ve hizmet zımında işlenen herhangi bir fiilin her hal ve kârda ve bizzarure bir idare ajan ve memurundan sadir olduğu muhakkaktır. Diğer bir ifade ile gerek şahsî kusur gerek hizmet kusuru sayılması halinde şikâyeti mucip fiilin muhakkak surette ajanın, memurun eseri, fiili olduğu şüphe ve inkâr kabul etmez bir hakikattir.

Binaberin mahkeme cezaî mahkûmiyete mesnet teşkil eden bir fiili hizmet kusuru addetmek ve bunun ajanın, memurun şahsına isnadı mümkün olmadığını söylemekle, şüphesiz ki, bu hakikati inkâr etmiş değildir. Mezkûr fiilin failden sadir olduğunu; bu fiil ile fail ve yine bu fiil ile netice arasında haricî, fizik, maddî bir münasebetin, bağıın mevcut olduğunu o da pek iyi bilir. Onun yaptığı bu maddî sebebiyet alâkasını red ve inkâr etmek değil; sadece maddî, haricî ve fizik bakımdan faile isnadı gereken bu fiilin sırf hukukî (medenî) bakımdan faile atfolunamayacağını belirtmekten ibarettir.

Dediğimiz gibi mahkeme bu fiilin şahsan faile isnat olunamayacağını söylemekle: mezkûr fiilin hakikaten, maddeten, haricen bu kimsenin eseri olmadığını; bundan sadir olmadığını; bu şahsın bir fiilde herhangi bir suretle iştiraki bulunmadığını söylemiş olmuyor. Münhasıran bu fiilin hukukî (medenî) neticelerinin hukukan bu kimseye izafe olunamayacağını; bunların idare hükmi şahsına yükletilmesi lâzım geldiğini anlatmış oluyor.

Bu itibarla bizce âşikârdır ki mahkeme suç teşkil eden fiili şahsî kusur saymamakla Ceza Mahkemesi kararını bu noktadan da ihlâl etmiş değildir. Gerçekten Ceza Mahkemesinin fiili Ali'ye isnat ettiğini farzedecek olursak fiilin Alinin eseri olduğu, Aliden sadir olduğunu kabul etmemiz lâzım gelir. Halbuki öteki mahkeme bu fiilin Alinin şahsına isnat oluna-



miyacağını, idareye izafesi lâzım geldiğini söylerken fiilin hakikatte Ali'nin eseri olduğunu, Ali'den sadır olduğunu inkâr etmiyor. Bilfarz başka bir mahkemenin - Ceza Mahkemesinin bu kararı hilâfına - fiilin hakikatte Ali'nin değil de Veli'nin eseri, Ali'den değil de Veli'den sadır olduğunu söylemesiyle, bu suçu hizmet kusuru sayan mahkemenin fiilin hukukan Ali'ye değil âdeta ona izafeten idareye atfı lâzım geldiğini söylemesi arasında muhakkak ki çok-büyük fark vardır.

Birinci halde kaziyei muhkemenin ihlâli şüphe götürmez. Zira Ceza mahkemesince mevcudiyeti ilân olunan fizik, harici, maddî bağın mevcudiyeti inkâr edilmiştir.

Halbuki ikinci halde kaziyei muhkemenin ihlâli mevzuubahs değildir. Zira bu fizik, maddî, harici münasebetin, bağın mevcudiyetine asla dokunulmamıştır.

Bunun gibi meselâ Ceza mahkemesince fiil Ali'nin eseri sayıldığı, Ali'ye isnat olunduğu halde - kaziyei muhkemeyi nazara almaksızın - başka bir mahkemenin - hattâ bilfarz bir Ceza mahkemesinin - fiilin hakikatte Ali'den sadır olmadığı, fiilin maddeten Ali'ye isnat olunamayacağı mucip sebeble Ali hakkında beraet kararı vermesi, veya yine başka bir mahkemenin - faraza bir Hukuk Mahkemesinin - aynı mucip sebeple - fiilin hakikatte Ali'den sadır olmadığı, maddeten kendisine isnat olunamayacağı mülâhazasıyla - mezkûr fiilden dolayı Ali'nin hukukî mesuliyeti cihetine gidilemeyeceğini karar altına alması şüphesiz ki kaziyei muhkeme esasını ihlâl eder, Ceza Mahkemesinin kararile tenakuz teşkil eder.

Fakat meşgul olduğumuz vaziyetin bu gibi ihtimallerden farklı olduğu şüphe götürmez bir hakikattir.

Kanaatimizce bir mahkemenin Ceza mahkemesince suç sayılan bir fiili şahsî kusur saymaması Ceza Mahkemesinin kararını bu bakımdan, bu noktadan da ihlâl etmiş farzolunamaz.

Zira bir idare ajan veya memuru tarafından işlenen bir fiili şahsî kusur saymayıp hizmet kusuru addetmek: bu fiilin *maddeten* değil ancak *hukukan* ajana, memura isnat olunamayacağını beyan etmek demektir. Görüldüğü üzere burada maddî ve fizik bir isnat mevzuubahis değil hukukî ve nazarı bir isnat mevzuubahistir. Bu itibarla sırf maddî ve fizik bir münasebet ve bağın mevcudiyetini tazammun eden Ceza Mahkemesi kararının, bu maddî ve fizik sebebiyet alâkasını inkâr etmiyen ve ancak hukukî ve nazarı bir münasebete dayanan, diğer mahkeme kararından müteessir olmayacağı derkârdır.

4 — Nihayet Ceza mahkemesince suç sayılan fiilin diğer mahkemece şahsî kusur sayılmaması keyfiyetinin failin suçlu olduğu hususundaki ka-

ziyei muhkemeyi ihlâl edip etmediğini kendi kendimize sormamız ve araştırmamız lâzımdır.

Gerçekten Ceza Mahkemesi bir kimseyi mahkûm ettiği takdirde fiilin mevcut ve sabit bulunduğuna, bu fiilin kanunen bir suç teşkil ettiğine, ve yine kanuna göre filân şekilde tavsifi lâzım geldiğine, fiil ile fail ve yine fiil ile netice arasında maddî bir sebebiyet alâkasının bulunduğuna inandığı gibi; muhakkak ki failin suçlu olduğuna - yani ceza hukuku bakımından ehliyeti haiz bulunduğuna - ve fiilin (suçun) mânen kendisine isnat olunabileceğine - yani o kimse ile fiil arasında mânevî sebebiyet alâkasının mevcudiyetine, başka bir ifade ile failin bir kusurunun bulunduğuna - de kanaat getirmiş olması zarurîdir [6].

İşte ehliyet şartını ve mânevî sebebiyet alâkasını biz kısaca Ceza Mahkemesince «failin suçlu olduğu» hususunda karar verilmesi şeklinde ifade ediyoruz.

Yani demek istiyoruz ki Ceza Mahkemesi failin suçlu olduğuna karar vermekle ve onu cezaya mahkûm etmekle ceza hukuku bakımından ehliyeti haiz bulunduğuna ve kusurunun mevcut olduğuna kanaat getirmiştir. Bu hususları sarahaten veya zımnen karar altına almıştır.

İşte acaba bu suçun bir hizmet kusuru sayılması: Ceza Mahkemesinin kararını bu hususlarda ihlâl etmiş olur mu?

Hiç de zannetmiyoruz. Zira suç sayılan fiilin şahsî bir kusur sayılmayıp hizmet kusuru addedilmesi dolayısıyla Ceza mahkemesince verilen karar bu noktalarda ihlâle uğramış olmaz. Bu fiil hizmet kusuru sayılmakla failin - ceza hukuku bakımından - suçlu olduğu, yani ehliyeti haiz bulunduğu ve bir kusuru mevcut olduğu inkâr edilmiş değildir.

Sadece - hukukî, medenî, malî bakımdan - bu kimsenin mesul tutulmayacağı karar altına alınmıştır; ki aynı kimsenin ceza hukuku yönünden mesuliyeti bu suretle red ve inkâr edilmiş sayılamaz.

Bu uzun izahattan zannımızca çıkarabileceğimiz netice şudur ki: Bazı müelliflerin - ezcümle Waline'nin - bu yolda ceffelkalem serdettikleri iddialara rağmen Ceza Kanunu çerçevesine giren, cezaî takibata mesnet teşkil eden ve cezaî mahkûmiyet ve mesuliyete müncer olan bir fiilin bir hukuk, idare veya ihtilâf mahkemesince şahsî kusur sayılmayıp hizmet kusuru sayılması hiçbir veçhile kaziyei muhkeme esasını ihlâl eylememektedir.

5 — Kaldı ki - mahkeme içtihatlarınca kabul olunan ve tasvibe şayan

[6] Tafsilât için bakınız: T. Taner, aynı eser sah. 296 ve müt; S. Dönmezer, aynı etüd sah. 4-5.

olan bu hal suretinin Ceza Muhakemeleri Usulünün kabul ettiği sisteme aykırı olup olmadığını ileride araştırırken göreceğimiz veçhile- şahsî kusur, hizmet kusuru gibi adli kazâ ile idarî kazânın -Anayasa mucibince- ayrılığı prensibile çok yakından ilgili olan ve yine - Anayasaya göre - kat'i ve nihai surette halli iki kazânın üstünde yer alan - ve bu itibarla hiçbirinin noktainazarı ve kararile bağılı olmıyan - İhtilâf Mahkemesine ait mevatan madud bulunan meselelerde Ceza mahkemelerince verilen kararların kaziyei muhkeme teşkil edip etmiyeceği de câyisualdır.

Şu da var ki, fikrimizce, Fransada tereddüt ve münakaşayı mucip olan bu kaziyei muhkeme meselesi memleketimizde daha kolaylıkla halledilebilmek imkânına maliktir.

Bu itibarla asıl konumuz memleketimizde şahsî kusurun hakiki bir kıstasını aramak ve bulmak olduğuna göre; Ceza Kanunu çerçevesine giren fiillerin, bir kelime ile suçların behemehal şahsî bir kusur sayılıp sayılamıyacağını memleketimiz bakımından da tetkik etmemiz icap eder.

Bundan ötürü de ajan ve memurlar tarafından işlenen suçların - hal ve şartlara göre - bir hizmet kusuru telâkki olunmasında memleketimiz mevzuatı ve hukuku bakımından bir mahzur olup olmadığını; başka bir söyleyişle bu gibi bir telâkkinin -Fransa'da olduğu gibi- bizde de kaziyei muhkeme cihetinden bir itiraz ve tenkidi mucip olup olamayacağını ayrıca araştırmamız lâzım gelir.

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere, fikrimizce, bu meselenin memleketimiz bakımından halli Fransaya nazaran daha kolaydır.

Zira - malûm olduğu üzere - bizde Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi Ceza mahkemelerinin kararlarının hukukta esas itibarile bir kaziyei muhkeme teşkil etmiyeceği yolunda bir hüküm sevketmiş bulunmaktadır.

Maddeyi buraya aynen naklediyoruz.

(Madde 53. Ceza hukuku ile medeni hukuk arasında münasebet:

Hâkim kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmile bağılı olmadığı gibi, Ceza Mahkemesinde verilen be-raet kararlarile de mukayyet değildir. Bundan başka Ceza Mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararı miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez.)

Malûm olduğu üzere bu madde İsviçre Borçlar Kanununun 53 üncü maddesine tetabuk etmektedir.

Yine bilindiği üzere -53 üncü maddenin birinci fıkrasının oldukça dar ifade ve ibaresine rağmen - İsviçre tatbikatında bu maddeye verilen mânaya göre Hukuk hâkiminin Ceza hâkimi karşısındaki istiklâli prensibi yalnız kusurun mevcut olup olmadığı veya failin temyiz kudretini haiz

bulunup bulunmadığı hususlarında değil; aynı zamanda fail tarafından işlenen fiilin kanuna uygun olup olmadığını takdir ve tayin hususunda da kabul olunmaktadır. Kısaca 53 üncü madde gereğince Hukuk hâkiminin Ceza Kanunu çerçevesine giren fiilin Borçlar Kanunu çerçevesine girip girmediğini, başka bir söyleyişle bu fiilin bir haksız fiil teşkil edip etmediğini tayin hususunda Ceza hâkiminin görüş ve kararıyla bağlı olmadığı kabul edilmektedir [7].

Bunun gibi her ne kadar 53 üncü maddenin 2 nci fıkrası yalnız kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda Hukuk hâkiminin istiklâlini beyan ediyorsa da; - yine İsviçre tatbikatına göre - bunun mefhumu muhalifinden Hukuk hâkiminin diğer hususlarda - yani Ceza mahkemesince verilen kararın diğer unsurları bakımından - bağlı olduğu neticesini çıkarmak doğru değildir [8].

Kısaca İsviçre tatbikatında, hususile Federal Mahkeme içtihatlarıne kabule mazhar olan hal şekline göre [9] 53 üncü madde 2 nci fıkra hükümünün ancak kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda Hukuk hâkiminin serbestisini kabul ve ilân etmesinden Hukuk hâkiminin - Federal Borçlar Kanunu mucibince - bunlar dışında kalan hususlarda bağlı olduğu neticesi çıkarılamaz. Meselâ Hukuk hâkimi Ceza Mahkemesi kararına göre sabit addedilen hâdisenin sabit olmadığına hükmedebileceği gibi; bilfarz Ceza mahkemesince suç olarak vasıflandırılan fiilin bir haksız fiil teşkil etmediğini karar altına alabilir.

53 üncü maddenin İsviçrede Hukuk hâkimine Ceza hâkimi karşısında geniş mîkyas ve nisbette bir istiklâl ve serbestî bahşedecek şekilde tefsir ve tatbik edildiğini böylece kaydeyledikten sonra; aynı maddeyi, memleketimiz bakımından, tahlile çalışalım. Türkiyemizde bu maddenin ne yolda tatbik edildiğini görelim.

Bir kere derhal şunu arz edelim ki memleketimizde 53 üncü maddeye İsviçrede verilen mânayı muhakkak atfetmek ve bu maddeyi behemehal aynı şekilde tatbik etmek mecburiyeti olmadığı gibi; belki bu yolda hareket doğru ve caiz bile değildir. Nitekim sayın Ord. Prof. E. Arsebük bu fikirdedir.

Gerçekten muhterem hukukçuya göre: «Ceza Kanunu, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu İsviçrede hep kantonal kanunlardır. Yani

[7] Ezcümle bakınız: O. Daepfen, Le code fédéral des obligations interprété par la jurisprudence du tribunal Fédéral, 1937 madde 53, sah. 133-134.

[8] Tafsilât için 7 numaralı notta gösterilen kaynağa müracaat ediniz.

[9] Ezcümle Federal mahkemenin Journal des Tribunaux 1931, sah. 272 kararına bakınız.

kantonların herbirinin ayrı bir Ceza Kanunu, ayrı birer Usulü Muhakemeleri vardır... İşte gerek Ceza Kanununun ve gerek Usulü Muhakemelerin İsviçrede ayrı ayrı olması Federal Medenî Kanunda bir takım akisler yapmıştır. Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi İsviçredeki bu hususiyeğin bir neticesi olarak İsviçre Federal Kanununda yer almış ve oradan da bizim kanunumuza geçmiştir.»

Bu itibarla sayın Profesöre göre «Borçlar Kanununun 53 üncü maddesine biz Federal Mahkemenin atfettiği mânayı veremeyiz. Çünkü bizde Kanton hukuku yoktur. Şu halde 53 üncü maddenin son fıkrasını biz mefhumu muhalifinden istiane ederek anlamaklığımız lâzım gelir» [10].

Yukarıya naklettiğimiz izahattan çıkan netice şudur ki: 53 üncü maddeye memleketimiz bakımından yerli ve orijinal bir mâna vermek; bu maddenin tatbikinde kendimize hâs bir içtihat yaratmak zorundayız.

Bu cihetle bu maddeye Türk doktrin ve tatbikatında atfedilen mânanın ve buna çizilen hududun neden ibaret olduğunu tesbite çalışalım. Türk doktrininin bu husustaki noktai nazarına ve Türk mahkeme içtihatlarınca kabule mazhar olan hal suretine bir göz gezdirelim:

a — Evvelâ bu mesele ile meşgul olan Türk müelliflerinin bu bap-taki düşüncelerine göz gezdirelim. B. H. Adil, S. Ş. Ansay ve F. H. Demirelli, E. Arsebük, M. R. Belgesay, K. Birsen, S. Görensay, H. Sungur ve T. Taner'in bu husustaki fikirlerini hulâsaten nakledelim:

Şayet aldanmıyor ve fikirlerine ihanet etmiyorsak, 53 üncü maddeyi serh eden müelliflerden B. H. Adil ve K. Birsen'e göre: Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı - tıpkı beraet kararı gibi - Hukuk hâkimini asla bağlamamaktadır. Şu halde, bu telâkkiye nazaran, Ceza Mahkemesi -bir fiili sabit görerek, bunu Ceza Kanunu çerçevesine giren herhangi bir suç olarak vasıflandırarak, bunun gibi mezkûr fiilin maznun tarafından işlendiğine kanaat getirerek, nihayet failin suçlu olduğuna inanarak - fail hakkında mahkûmiyet kararı verdiği halde ;Hukuk hâkimi bu fiili haksız bir fiil telâkki etmeyebilir veya faile isnat eylemeyebilir.

Buna mukabil BB. Belgesay, ve T. Taner'e göre: Ceza Mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararı Hukuk hâkimini fiilin maznun tarafından işlendiği hususunda bağlamaktadır. Şu halde, bu telâkkiye nazaran, Ceza Mahkemesi - fiili sabit görerek, suç olarak vasıflandırarak, keza fiilin maznun tarafından işlendiğine hükmederek ve nihayet failin suçlu olduğuna kanaat getirerek - fail hakkında mahkûmiyet kararı verdikten sonra Hukuk hâkimi bu fiilin maznun - yani Hukuk Mahkemesinde açılan hu-

[10] E. Arsebük, Türk Kanunları bakımından Borçlar Hukukunun umumi esasları 1937, cilt I, sah. 11-12.

kuk, tazminat davasının müddeaaaleyhi - tarafından işlenmediğine karar veremez.

Nihayet müelliflerden BB. Ş. Ansay ve H. Demirelli, E. Arsebük, ve S. Gönensay'a göre: Ceza mahkemesince verilmiş mahkûmiyet kararı Hukuk hâkimini fiilin haksızlığı hususunda bağlamaktadır. Şu halde, bu telâkkiye nazaran, Ceza Mahkemesi - fiili sabit ad ve suç olarak tavsif ederek, kezalik fiilin fail tarafından işlendiğine kani olarak, nihayet failin suçlu olduğuna hükmederek - fail hakkında mahkûmiyet kararı verdiği takdirde Hukuk hâkimi artık bu fiilin haksız bir mahiyet arzemediğine, yani mezkûr fiilin bir haksız fiil teşkil eylemediğine karar veremez. Başka bir söyleyişle Ceza Mahkemesi bakımından suç teşkil eden fiil Hukuk hâkimi nazarında behemehal bir haksız fiil teşkil eder.

Zannımızca ismi geçen müellifer yukarıda hülâsa ettiğimiz üç noktai nazardan birine taraftar olup; fikirleri bunlardan birine irca olunabilir.

b — Müelliflerin noktai nazarlarını böylece üç grupta topladıktan sonra; 53 üncü madde hakkında, daha doğrusu Ceza mahkemesince maznun aleyhine verilen mahkûmiyet kararına mesnet teşkil eden suçun Hukuk Mahkemesi tarafından behemehal müddeaaaleyhe isnadı gereken bir haksız fiil sayılması lâzım gelip gelmediği hususunda kendi düşüncemizi arzedelim.

Zannımızca B. K. nun 53 üncü maddesi Ceza mahkemesince maznun aleyhine mahkûmiyet kararı verilmesini mucip olan suçun Hukuk mahkemesince muhakkak surette müddeaaaleyhe isnadı gereken bir haksız fiil sayılmasını âmir değildir.

Yukarıda ismi geçen müelliflerden bazılarının işaret ettikleri üzere hukukta carî umumî esasların, yani ceza ve hukuk davalarının mevzularının başka başka olması ve iki hukukta mesuliyet esaslarının da bir olmaması Ceza mahkemesince mahkûmiyet kararına mesnet teşkil eden bir fiilin Hukuk mahkemesince haksız fiil sayılmamasını pekâlâ izah edebileceği gibi; bizzat 53 üncü madde metninin başında Hukuk hâkiminin - beraet kararlarına maksur ve münhasır olmaksızın - kusurun mevcut olup olmadığına karar vermek hususunda ceza hukukundaki mesuliyet esaslarile bağlı olmadığının tasrihi dahi bu fikrimizi teyit eder. Yani demek istiyoruz ki 53 üncü maddenin, daha ilk satırlarında - beraet kararlarından asla bahsetmeksizin - «kusurun olup olmadığına... karar vermek için hâkimin ceza hukukunun mesuliyete dair hükümlerile bağlı olmadığını» beyan etmesi; kusurun bulunup bulunmadığı hususunda Hukuk hâkimine tanınan serbestinin asla Ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi haline mahsus ve münhasır olmadığına delâlet eder.

Çünkü Hukuk hâkiminin, kusurun olup olmadığına - ceza hukukunun

mesuliyete dair hükümlerile bağlı olmaksızın - karar verebilmesi demek: Hukuk hâkiminin, Ceza mahkemesince- tabiatile ceza hukukunun işbu mesuliyete mütedair hükümlerine istinâden- verilen mahkûmiyet veya beraet kararile mukayyed olmıyarak «kusur var» veya «yok» diyebilmesidir. Kı-saca hâkimin, «ceza hukukunun mesuliyete dair hükümlerile» bağlı ol-maması: şüphesiz bu hükümlere müsteniden verilen Ceza Mahkemesi ka-rarile - yani gerek beraet gerekse mahkûmiyet kararile - mukayyed olma-ması demektir. Başka bir söyleyişle bu iki şey, bu iki vaziyet, bu iki tâbir, bir kelime ile «Ceza hukukunun mesuliyete dair hüküm» lerile «Ceza Mah-kemesinin gerek mahkûmiyet gerek beraet şeklindeki kararı» müteradif-tir, tev'emdir, aynidir.

Hülâsa, Ceza Mahkemesi, ister beraet kararı, ister mahkûmiyet kararı vermiş olsun - 53 üncü maddenin ilk cümlesine göre - Hukuk Mahkemesi kusurun mevcut olup olmadığını, Ceza Mahkemesinin beraet veya mah-kûmiyet kararile hiçbir suretle bağlı olmaksızın, serbestçe takdir ve tayin edebilir.

Halbuki, âşikârdır ki, Hukuk hâkiminin herhangi bir fiilde kusurun mevcut olup olmadığını serbestçe takdir ve tayin edebilmesi demek: bu fiilin haksız fiil teşkil edip etmediğine, tam ve mutlak bir serbesti içinde, hükmedebilmesi demektir. Zira, bilindiği üzere, bir fiilin haksız fiil sayılıp sayılmaması: evveleminde bu fiilde bir kusurun bulunup bulunmamasına vabestedir. Gerçekten - bütün müelliflerin işaret ettikleri üzere - bir fiilin haksız bir fiil telâkki olunabilmesi için bir takım şartların tahakkuku ge-rekir. İşte bu şartlardan biri ve belki başkası: Fiilde bir kusurun mevcut olması, başka bir söyleyişle fiilin kusurlu bir fiil olmasıdır. Şu halde bir fiilde kusur «var» veya «yok» demek: bu fiil bir «haksız fiildir» veya «de-ğildir» demeğe muadildir.

Demek oluyor ki Hukuk hâkiminin - Ceza Mahkemesi kararile mukay-yed olmaksızın - kusurun mevcut olup olmadığını serbestçe takdir edebil-mesine cevaz vermek: hâkimin, Ceza Mahkemesinin kararını asla nazara almaksızın, fiilin haksız bir fiil teşkil edip etmediğine hükmedebilmesini kabul etmek demektir.

Zannımızca 53 üncü maddenin tahrir tarzı ve ifade şekli kanunun yu-karıdaki noktai nazarı benimsediğini göstermektedir. Filhakika kanun, daha ilk satırlarında, henüz beraet kararından bahsetmezden evvel, daha doğrusu (beraet kararı) ve (mahkûmiyet kararı) şeklinde bir fark gö-zetmeksizin hâkime «kusurun mevcut olup olmadığı» hususunda serbest takdir hakkı tanımaktadır. Binaenaleyh - Ceza Mahkemesinin maznun aleyhine mahkûmiyet kararı vermesine rağmen - Hukuk hâkimi, hâdisede

bir kusur mevcut olmadığı mülâhazasile, mahkûmiyeti mucip olan fiilin bir haksız fiil teşkil etmediğine karar verebilecek demektir.

Bu noktai nazarı, yani Hukuk hâkiminin - Ceza Mahkemesinin mahkûmiyet kararına rağmen - kusurun mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti hakkında tam bir serbestiye sahip olduğunu teyit ve isbat eden bir husus daha vardır. Yani kanunun, Hukuk hâkimine tanıdığı bu serbestinin Ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi haline inhisar etmediğini gösteren başka bir delil daha vardır. Gerçekten 53 üncü maddede kusurun olup olmadığından yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığından bahsedildikten sonra hâkimin bu hususlarda Ceza hukukunun mesuliyete dair hükümlerile bağlı olmadığı «gibi» Ceza Mahkemesinden verilen beraet kararile de mukayyed olmadığı söylenmektedir.

Şayet kusurun mevcut olup olmadığını serbestçe takdir ve tayin edebilme imkânı, kanun nazarında, yalnız ve yalnız Ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi haline mahsus ve münhasır olsaydı; kanunun ayrıca «bunun gibi» Hukuk hâkiminin beraet kararile mukayyed olmadığını söylemesine lüzum ve mahal kalmazdı.

Bunun aksine olarak kanunda beraet kararının Hukuk hâkimini bağlamamasından, diğer hususlardan - yani kusurun ve temyiz kudretinin mevcudiyet ve ademi mevcudiyeti hususlarından - tamamen ayrı ve müstakil olarak, bahsedilmesi Hukuk hâkimine kusur ve temyiz kudreti hususunda tanınan serbestinin, beraet kararı ihtimali haricinde de, yani mahkûmiyet kararı verilmesi halinde de tanındığını göstermektedir. Başka bir söyleyişle beraet kararının kanunda kusur ve temyiz kudreti hususlarından ayrı ve müstakil bir ihtimal, üçüncü ve son şık olarak derpişi: ilk iki halin, yani kusur ve temyiz kudretinin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetini serbestçe takdir hakkının Ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi ihtimalinden kat'ınazar mütalâa olunması lâzım geldiğini isbat eder.

Elhasıl fikrimizce kanunun, Hukuk hâkimine kusurun mevcut olup olmadığını tayin hususunda tanıdığı serbesti Ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi haline inhisar etmemekte; Ceza Mahkemesinden beraet kararı gibi, hattâ belki de daha ziyade mahkûmiyet kararı verildiğinde bahse mevzu olmak lâzım gelmektedir. Kanaatimizce kanunda kusurun mevcut olup olmadığını tayin hususunda hâkime tanınan serbestinin sadece beraet haline inhisar ettiğini gösteren bir işaret ve delil yoktur.

Hakikaten, fikrimizce - cezaî takibata sebebiyet veren bir fiil Ceza mahkemesince sabit ve vaki görülerek, kezalik suç olarak vasıflandırılarak, bunun gibi maznun tarafından işlendiğine kanaat getirilerek, nihayet failin suçlu olduğuna hükmedilerek - maznun aleyhine mahkûmiyet



kararı verilmesine rağmen; aynı fiilden dolayı hakkı muhtel olan, zarara uğrayan şahıs tarafından Hukuk Mahkemesinde bu fiilin faili aleyhinde bir şahsî hak, tazminat davası açıldığında Hukuk hâkiminin bu fiilin, müddeaaaleyhe isnadı mümkün bir haksız fiil teşkil etmediğine karar vermesi: Ceza Mahkemesi kararını kaziyei muhkeme bakımından hiçbir suretle ihlâl eylememektedir.

Çünkü Hukuk hâkimi mezkûr fiilin müddeaaaleyhe atfı mümkün bir haksız fiil teşkil etmediğine karar vermekle: Ceza mahkemesince karar altına alındığı veçhile mezkûr fiilin vaki ve sabit olmadığını, keza bu fiilin bir suç teşkil etmediğini, bunun gibi fiilin maznun (müddeaaaleyh) tarafından işlenilmediğini, nihayet failin suçlu olmadığını asla farz ve iddia eylemiş sayılamaz.

Hayır, Hukuk hâkimi cezaî takibata mesnet teşkil eden ve netice itibarile failin cezaî mesuliyetine müncer olan bir fiilin bu kimseye izafesi mümkün bir haksız fiil saymamakla: hiçbir suretle -Ceza Mahkemesi kararında kabul edildiği üzere- fiilin vaki ve sabit olduğunu, bir suç teşkil ettiğini, fiil ile bu şahıs arasında maddî illiyet rabitasının bulunduğunu, nihayet bu şahsın suçlu olduğunu, red, cerh ve inkâr etmiş değildir. Hukuk hâkimi sadece Ceza hukuku bakımından cezaî mesuliyeti mucip olan bir fiilin medenî hukuk yönünden, daha doğru borçlar hukuku bakımından, hukukî, yani malî mesuliyeti müeddi olmadığına ve olamayacağına işaret etmiş demektir.

Elhasıl sırf ceza hukuku ve ceza esasları bakımından ele alındığında cezaî mesuliyeti mucip olan bir fiilin medenî hukuk ve medenî esaslar bakımından malî mesuliyeti mucip olmaması: hiçbir zaman kaziyei muhkeme esasına aykırı değildir, daha doğrusu «Ceza Mahkemesi kararının Hukuk Mahkemesi için kaziyei muhkeme teşkil etmesi lâzım geldiği» esasına mugayir değildir.

Bu söylediklerimizi asıl meşgul olduğumuz meseleye tatbikle diyebiliriz ki: Bir idare ajan veya memurunun fonksiyonunu ifa zımında veya âmme hizmeti münasebetile işlemiş olduğu bir fiil Ceza mahkemesince sabit görülerek, suç olarak tavsif edilerek, bunun gibi maznun tarafından ika edildiğine kanaat getirilerek, nihayet failin suçlu olduğuna inanılarak ajan veya memur aleyhinde mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen, aynı fiilden hakkı muhtel olan veya zarara uğrayan bir şahıs tarafından fail aleyhine Hukuk Mahkemesinde bir şahsî hak veya tazminat davası açıldığında mahkeme - mahkûmiyet kararı hilâfına olarak - mezkûr fiilin bu ajan veya memura atfı mümkün bir haksız fiil (şahsî kusur) teşkil etmediğine ve binnetice ajan veya memurun hukukî mesuliyetini mucip olamayacağına karar verebilir. Bu yoldaki bir karar hiçbir zaman Ceza Mah-

kemesinin kaziyei muhkeme teşkil etmesi lâzım geldiği esasını cerheylemez. Kısaca bu gibi bir kararın kaziyei muhkeme esasını ihlâl eden bir tarafı yoktur. Zira, yukarıda uzun uzadıya izaha çalıştığımız veçhile, bu gibi bir karar Ceza Mahkemesi kararının fiilin sübutu, bir suç teşkil ettiği, maznun tarafından işlendiği ve nihayet failin suçlu olduğu hususlarına dokunmuş değildir. Bu hususları tadil veya bertaraf, red ve inkâr eylemiş değildir. Bir kelime ile Hukuk Mahkemesi kararı Ceza Mahkemesi kararını bu noktalarda ihlâl etmemiştir; Ceza Mahkemesi kararının bu hususlarda kaziyei muhkeme teşkil etmesi lâzım geldiği esasını çiğnemiştir.

Hakikaten Hukuk Mahkemesi ajan veya memuru bu suçundan dolayı hukukan, malen mesul tutmamakla: fiilin sabit olmadığını, suç teşkil etmediğini, fiil ile bu kimse arasında bir illiyet rabıtası bulunmadığını, nihayet bu kimsenin suçlu olmadığını iddia eylememektedir. Sadece cezaî mesuliyeti mucip olan bu fiilin hukukî bakımdan bir haksız fiil teşkil etmediğini, bunun ajana, memura kabili isnat olmadığını, binnetice bundan mütevellit hukukî mesuliyetin ajana, memura terettüp etmiyeceğini beyan etmektedir; ki, yukarıda müdafaa ettiğimiz nazari esaslar bakımından olduğu gibi mevzuatımız - daha doğrusu bu konuya ait ana hükmü ihtiva eden Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi - yönünden de Hukuk hâkimi bu gibi bir karar vermekte serbesttir ve böyle bir karar hiçbir suretle kaziyei muhkeme esasını çiğnememektedir.

Bunun gibi 53 üncü maddenin son fıkrasının yalnız beraet hallerine münhasır olup; mahkûmiyet kararının bu fıkra dışında kaldığını iddia etmek zordur.

Gerçekten ceza kararının - fiilin sübutu, maznun tarafından işlendiği veya haksız bir fiil karakteri taşıdığı hususunda - Hukuk hâkimini bağladığını kabul eden müellifler dahi - ezcümle M. R. Belgesay [11],

---

[11] Meselâ B. Belgesay 53 üncü madde birinci fıkra hükmünü inceleyip «Borçlar Kanunu, ceza mahkemesinden verilmiş olan mahkûmiyet kararlarının hukuta tesirini vazih bir surette beyandan kaçınmıştır» dedikten sonra; kanunun, «53 üncü maddenin son fıkrasında, ceza mahkemesinden verilmiş olan mahkûmiyet kararlarının (kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda hâkimi takyit) etmiyeceğini tasrih» ettiğini ilâve ediyor.

Görülüyor ki sayın profesör bu sözlerle 53 üncü maddenin son fıkrasının mahkûmiyet kararı verilmesi halne sâmil ve hattâ yalnız bu hale münhasır olduğunu zımnen anlatmış oluyor. (Borçlar K. serhi, sah. 134).

Funk [12], ve V. Tuhr [13] - 53 üncü madde son fıkra hükmünün Ceza Mahkemesinden mahkûmiyet kararı verilmesi haline raci ve şâmil olduğunu söylemektedirler.

Şu halde Ceza Mahkemesinden mahkûmiyet kararı verilmesi halinin 53 üncü madde dışında kalmadığı; binnetice mahkûmiyet kararlarının da Hukuk mahkemelerini her hususta bağlamadığı muhakkaktır.

Demek oluyor ki bütün mesele mahkûmiyet kararının - tıpkı beraet kararı gibi - Hukuk hâkimini hangi hususlarda bağladığını; bilâkîs hangi noktalarda serbest bıraktığını tesbitten ibarettir ki, arzettiğimiz delillere binaen, biz, şahsan, beraet kararı gibi mahkûmiyet kararının da Hukuk hâkimini kusurun mevcut olup olmadığı hususunda bağlamadığına, binnetice beraet veya mahkûmiyet kararına mesnet teşkil eden bir fiilin, bir suçun Hukuk mahkemesince behemehal kusurlu bir fiil, yani haksız bir fiil sayılması lâzım gelmediğine inanıyoruz.

Bu itibarla - Ceza Mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararına rağmen - Hukuk hâkiminin, mahkûmiyet kararına mesnet teşkil eden suçu müddeaaaleyhe atfı gereken bir haksız fiil saymamasını kaziyei muhkeme esasına aykırı telâkki etmiyoruz. Kısaca mahkûmiyet kararı hilâfına olarak, Hukuk Mahkemesinin, mahkûmiyeti mucip suçu müddeaaaleyhin şahsına izafesi mümkün bir haksız fiil saymamakla «Ceza Mahkemesi kararlarının ve hususile mahkûmiyet kararlarının hukukta kaziyei muhkeme teşkil etmesi lâzım geldiği» esasını asla ihlâl etmediğine kani bulunuyoruz.

Hele mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 53 üncü maddesinin Fransızca metninde «Hukuk hâkiminin kusur olup olmadığına veya temyiz kudretinin bulunup bulunmadığına karar verebilmek için Ceza hukukunun *isnat kabiliyeti* hususundaki hükümleri ile bağlı değildir» denildiğini na-

[12] Gerçekten Funk beraet kararının hukuk hâkimini takyit etmediğini söyledikten sonra; mahkûmiyet kararının hangi hususlarda hukuk hâkimini bağladığını kaydediyor; ki bu suretle mahkûmiyet kararının dahi hukuk hâkimini sair hususlarda - yani kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini noktalarında - bağlamadığını teslim etmiş oluyor. (Funk, madde 53).

[13] Hakikaten V. Tuhr'a göre «Hiçbir ceza kararı hukuk hâkimini kusurun takdiri ve zararın tesbiti hususunda bağlamamaktadır... Mahkûmiyete müteallik ceza kararı hukuk hâkimini diğer meselelerde, meselâ fiili ve onun haksız karakterini tesbit ettiği nispette bağlamaktadır» (sah. 346). Görüldüğü üzere müellif hiçbir ceza kararının kusurun takdiri ve miktarın tayini hususunda hukuk hâkimini bağlamıyacağını söylemekle son fıkraya mahkûmiyet kararının da dahil olduğunu kabul etmiş oluyor. Âlim hukukçunun mahkûmiyet kararlarının sair hususlarda hâkimini bağladığı hakkındaki izahatı da şüphesiz ki bu fikri teyit etmektedir.

zara alacak olursak, Ceza hâkiminin bir fiili, ceza hukuku bakımından, maznuna isnat etmesine rağmen; Hukuk hâkiminin aynı fiili, borçlar hukuku bakımından, bu kimseye isnat etmemek imkânını haiz olduğunu daha kolaylıkla kavrayabiliriz.

Velhasıl, memleketimiz hukuk sistemine göre, Hukuk hâkiminin - Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı hilâfına olarak - cezai mesuliyeti mucip bir fiili faile isnadı mümkün bir haksız fiil (şahsî kusur) saymamak ve bu fiilden mütevellit hukukî (malî) mesuliyeti maznuna (müddeaaaleyhe) yüklememek imkân ve salâhiyetine malik olduğuna kani bulunuyoruz.

6 — Şu da var ki Ceza Mahkemesi kararının hukukta tesiri, Hukuk hâkimini bağlayıp bağlamıyacağı, ne dereceye kadar takyid edeceği, kısaca meskûr kararın Hukuk Mahkemesi için bir kaziyei muhkeme teşkil edip etmiyeceği münhasıran Borçlar Kanununda ele alınarak bu kanunla tanzim edilmiştir.

İşaret ettiğimiz veçhile bu gibi bir mesele ne Ceza ne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer almış değildir ve bu yolda bir hükme Borçlar Kanunundan başka herhangi bir kanunda tesadüf olunmamaktadır.

Bu itibarla 53 üncü madde hükmünün yalnız borçlar hukuku bakımından bahse mevzu olabileceğini; yani mezkûr maddenin sırf borçlar hukuku münasebet ve faaliyetlerine ait ve münhasır bulunduğunu; bunun ancak bu gibi münasebet ve faaliyetlere kabili tatbik olduğunu iddia etmek pekâlâ mümkündür.

Halbuki idarî faaliyet ve münasebetlerin, diğer bir tâbirle âmme hizmetlerinin Borçlar Kanununun meşgul olduğu ve tanzim eylediği münasebet ve faaliyetler dışında kaldığı şüphe götürmez bir hakikattir. Gerçekten herkesçe malûmdur ki idarî faaliyet ve münasebetler, başka bir söyleyişle âmme hizmetleri hususî hukuktan tamamen ayrı ve müstakil bir mahiyet arzeden âmme hukukuna mensup ve bu hukukun bir branşı olan idare hukuku çerçevesine girerler.

Böyle olunca pek tabiidir ki hususî hukuk sahasında cari olan hükümlerin, prensiplerin ve müesseselerin âmme hukukunda ve bu meyanda idare hukukunda tamamen, aynen ve harfiyen tatbikine imkân olmadığının gibi; bu, doğru da değildir. Zira idare hukuku kendine hâs, orijinal ve suigeneris hükümleri, prensipleri ve müesseseleri olan, hususî hukuktan ayrı ve müstakil bir hukuk şubesidir.

İşte idare hukukunun hususî hukuktan ayrı ve müstakil bir varlık, mahiyet ve karakteri haiz olduğu kabul edilince - ki bu, hâlen inkâr kabul etmez bir hakikattir - evet idare hukukunun müstakil ve kendine hâs mevcudiyeti kabul olununca; Ceza Mahkemesi kararının Hukuk hâkimi için

hangi hususlarda ve ne dereceye kadar kaziyel muhkeme teşkil ettiğini tanzim eden 53 üncü madde hükmünün de idare hukuku sahasında, yani idarî faaliyet ve âmme hizmetleri hakkında aynen, tamamen ve harfiyen tatbikine imkân olmadığını teslim etmek iktiza eyler. Diğer bir ifade ile diyebiliriz ki: Borçlar Kanununun sırf hususî hukuk münasebetlerini nazara alarak vazettiği 53 üncü madde hükmünün, idarî faaliyetin ifası sırasında veya âmme hizmetlerinin icrası münasebetile işlenen suçlardan mütevellit hukukî mesuliyetin tevcih, tayin ve takdiri bakımından, tatbiki imkânsızdır.

Gerçekten idarî faaliyet zımında veya âmme hizmeti münasebetile işlenen şahsî kusur her ne kadar adli mahkemece tamamen Borçlar Kanunu zaviyesinden mütalâası gereken ve failin -ajanın, memurun- borçlar hukukuna göre şahsî mesuliyetini müeddi olan bir haksız fiilden ibaret ise de; hâdisede bu gibi şahsî bir kusurun mevcut olup olmadığını araştırmak ve tayin etmek sırf borçlar hukuku çerçevesine giren ve sadece borçlar hukuku esaslarına göre halli mümkün olan bir mesele değildir.

Başka bir deyişle idarî faaliyet veya âmme hizmeti ifa olunduğu sırada işlenen herhangi bir fiilin şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmediğini sırf borçlar hukukundaki esaslara göre tayin ve halletmek kabil değildir. Zira -belirtmeğe çalıştığımız veçhile- bir hâdisede şahsî kusurun veya hizmet kusurunun mevcudiyetini tayine yarıyacak, daha doğrusu şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrike medar olacak kıstasları bize veren borçlar hukuku değil idare hukukudur. Bu kıstaslar borçlar hukukunun eseri olmaktan ziyade idare hukukunun malıdır. Kısaca bu kıstaslar idarî bir takım mülâhazalara istinat eden, yani idarî faaliyetin, âmme hizmetinin mahiyetine, şekline, nev'ine, icap ve şartlarına tâbi olan bir takım ölçülerdir. Bundan dolayıdır ki idarî bir faaliyet zımında veya âmme hizmeti münasebetile işlenen bir fiilin şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini ancak bu idarî faaliyetin bünyesine, teşkilâtına, mekanizmasına, hususiyet, kaide ve icaplarına, âmme hizmetinin zaruret ve şartlarına nüfuz etmek, bu faaliyet ve hizmeti amelî ve müşahhas olarak tahlil eylemek suretile tesbit etmek mümkündür.

Bu ise şahsî kusur ve hizmet kusurunun taharri ve tayininde sadece borçlar hukukile amel olunamayacağını; behemehal idare hukuku esaslarına ve idarî mülâhazalara dayanmak zarureti olduğunu gösterir.

Nitekim bundan ötürüdür ki idarî rejim cari olan, yani adliye ile idarenin ayrılığı esası kabul olunan memleketlerde ve hususile bu idarî rejimin en mükemmel şeklini aldığı Fransada şahsî kusur ve hizmet kusurunu kat'î ve nihai olarak tefrik işi: prensip itibarile, adli kazâ ile idarî kazâ dışında ve üzerinde yer alan ve bu itibarla adli ve idarî kazâ ayrılığı

esasının müeyyidesi ve garantisi olan, İhtilâf Mahkemesinin [14] vazifelerinden birini ve belki en mühimmini teşkil eylemektedir.

İşte (şahsî kusur) ve (hizmet kusuru) mefhumları yalnız hususi hukuku ve binaberin adli mahkemeleri ilgilendiren birer mesele olmayıp aynı zamanda ve hattâ daha ziyade idare hukukunun konusuna giren mefhumlar oldukları içindir ki bir idare ajan veya memuru tarafından herhangi bir idarî faaliyet veya âmme hizmeti zımında işlenen bir fiilin bir şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini katî ve nihai olarak tayin etmek vazifesi de, prensip itibarile, ne adli ne de idarî kazaya bırakılmayıp bu iki kazadan tamamen ayrı ve müstakil olan ve bitaraf bir mahiyet arzeden ihtilâf mahkemesine tevdi olunmuştur.

Şöyle ki, meselâ, bir ajan veya memur tarafından bir idarî faaliyet veya âmme hizmeti münasebetile işlenen bir fiil veya hattâ suçtan dolayı ajan veya memur aleyhine hukuk mahkemesinde tazminat dâvası ikame olunduğunda mahkemece, bu fiilin şahsî kusur (haksız fiil) teşkil ettiğine kanaat getirilerek, dâvanın adliyenin vazifesi dahilinde olduğuna karar verilmesi halinde idare, hâdisenin adliye mahkemesince yanlış surette tahlil, teşhis ve tavsif edildiğine, yani şikâyeti mucip fiilin ajan veya memurun şahsına atfı mümkün bir şahsî kusur değil de, bizzat hizmete, idareye isnadı gereken bir idarî fiil, hizmet kusuru teşkil ettiğine kani bulunursa - tazminat dâvasına el koyan adli mahkemenin sınırları içinde hakkı kazasını icra ettiği vilâyet valisi marifetile - bu ihtilâfın adliyeye ait olmadığını adli mahkemeye bildirir ve adli mahkemenin ısrarı halinde bu ihtilâfı - yani hâdisenin adliyeye göre şahsî kusur ve bilâkis idareye nazaran bir hizmet kusuru teşkil ettiği hususunda aralarında zahir eden ihtilâfı - ihtilâf mahkemesine sevkeder. İhtilâf mahkemesi de hâdisede şikâyeti mucip fiilin ajan ve memura isnadı gereken şahsî bir kusur mu yoksa idareye atfı lâzım gelen bir hizmet kusuru mu olduğunu tayin ve tesbit eder. Birinci şıkta meselenin adliye mahkemesine aidiyetini, ikinci ihtimalde ise dâvanın idarî kazaya ait olduğunu beyan eder. İhtilâf da bu suretle katî ve nihai olarak halledilmiş olur. Şöyle ki ihtilâf mahkemesince meselenin adliyeye aidiyeti belirtildiği takdirde vaktile davaya el koymuş olan adli mahkeme artık bu dâvaya bakmak zorundadır. Bilâkis ihtilâf mahkemesi dâvanın idarî kazaya ait olduğunu beyan eylediği takdirde dâvanın idarî mahkemede ikamesi ve bu mahkemece rüyeti zaruridir.

[14] Memleketimizde 14 temmuz 1945 tarih ve 4788 numaralı kanunla teşkil edilen İhtilâf mahkemesi hakkında izahat için bakınız: Ragıp Sarica, Uyusmazlık Mahkemesi, Konya Üniversite haftası.

Görülüyor ki şahsî kusur ve hizmet kusuru tefriki meselesi bir hususî hukuk, ezcümle borçlar hukuku meselesi olmaktan çok uzaktır. Bilâkis bu mesele idare hukukile çok yakından ilgili, hattâ doğrudan doğruya idare hukuku çerçevesine giren bir meseledir.

Gerçekten, yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere, şahsî kusur ve hizmet kusurunun taharri ve tesbiti idarî faaliyet ve âmme hizmetinin bünye, mahiyet, kaide, icap ve şartlarına nüfuz edilmesine vabestedir. Bunun ise hiçbir zaman hususî hukuk esaslarına tebean değil; ancak idare hukuku esaslarına tevfikân başarılmaması mümkündür.

Bütün bu izahattan çıkan netice şudur ki: Borçlar kanunu tarafından vazolunan kaziyei muhkeme esasî sırf hususî hukuk faaliyet ve münasebetlerini istihdaf eylemektedir. Binaenaleyh ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini ancak hususî hukuk faaliyetleri zımında işlenen fiillerden dolayı açılan tazminat ve hukuk dâvalarında bağlamaktadır. Hukuk hâkimi ancak âlelâde şahıslar tarafından ve sırf hususî faaliyetler münasebetile ika olunan suçlardan mütevellid hukukî mesuliyetin tayin ve takdirinde ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile - o da, kanunun kabul ettiği hususlarda - mukayyedir. Yoksa hukuk hâkimi idare ajan ve memurları tarafından tamamen idarî bir mahiyet arzeden faaliyet ve hizmetler zımında ika olunan suçlardan doğan hukukî mesuliyetin tevcihi hususunda ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile - hattâ borçlar kanununun hâkimi bağlamak istediği hususlarda dahi - bağlı bulunmamaktadır. Zira, dediğimiz gibi, borçlar kanunu yalnız ve yalnız hususî hukuk faaliyetlerini nazara almaktadır. Lâkin idarî faaliyetleri ve âmme hizmetlerini hiçbir veçhile çerçevesi içine almamakta ve bunları hiçbir zaman tanzim etmek iddiasında bulunmamaktadır. Velhasıl, 53 üncü maddeye göre, mahkûmiyet kararının hukuk hâkimini filân veya falan hususlarda bağladığı kabul edise dahi, ezcümle mahkûmiyet kararının - suçun faile atfı gereken bir haksız fiil sayılması ve keza bu suçtan mütevellid hukukî mesuliyetin faile tevcihi lâzım geldiği hususunda - hukuk hâkimi için bir kaziyei muhkeme teşkil ettiği farzedilse bile; hukuk hâkiminin bu madde ile ancak hususî hukukun tanzim sahasına dahil mevad ve mesailde amel ve ihticac edebileceğini; yani 53 üncü maddeyi yalnız hususî hukuk münasebetlerinden çıkan ihtilâflarda nazara alarak tatbik eyleyebileceğini; kısaca hukuk hâkiminin işbu madde ile vazolunan kaziyei muhkeme esasına yalnız âlelâde şahıslar tarafından ve münhasıran hususî hukuk teşebbüs ve faaliyetleri [15] zımında işlenen suç ve

[15] Hiç şüphe yoktur ki idarenin âlelâde şahıs ve fertler gibi sırf hususî hukuk sahasına dahil faaliyet ve teşebbüslere girişmesi dahi aynı esasa tâbidir. Yani

fiillerde uyması lâzımgeleceğini; yoksa hukuk hâkiminin, alelâde şahıslardan büsbütün farklı durumda bulunan idare ajan ve memurları tarafından ve bunun gibi gene hususî hukuk teşebbüs ve faaliyetlerinden tamamen farklı bir mahiyet ve karakter arzeden idarî faaliyetler ve âmme hizmetleri zımında işlenen suç ve fiillerde, 53 üncü maddeyi tatbik etmeğe kalkışmasının asla doğru olmayacağını teslim etmek gerektir.

Bu itibarla 53 üncü madde hukuk hâkimini en fazla takyid edecek şekilde tefsir olursa dahi; yani madde ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının, hukuk hâkimi için - mahkûmiyeti mucip olan suçun behemehal faile (müddeaaleyhe) isnadı gereken bir haksız fiil sayılması lâzım geldiği ve bundan mütevellid hukukî mesuliyetin de muhakkak surette bu kimseye yükletilmesi icap eylediği hususunda- kaziyei muhkeme teşkil ettiği ve binaberin bu noktalarda hukuk hâkimini tamamen bağladığı şeklinde tefsir olursa bile gene hukuk hâkiminin, idare ajan ve memuru tarafından bir idarî faaliyet zımında veya âmme hizmeti münasebetile işlenen suçtu behemehal ajan ve memura izafesi gereken bir haksız fiil (şahsî kusur) saymak zorunda olduğu ve bu suçtan, fiilden mütevellid hukukî, malî mesuliyeti de bizzarure ajan ve memura tevcih etmek mecburiyetinde bulunduğu söylenemez.

Zira, malûm olduğu üzere, hususî hukuk mevzuatı münhasıran hususî hukuk faaliyet ve münasebetlerini tanzim eyleyip - meselâ M. K. m. 52 de işaret ettiği üzere - âmme hukuku faaliyet ve münasebetlerine asla şâmil bulunmamaktadır.

Bu cihettedir ki âmme hukuku sahasına giren faaliyet ve münasebetlerde borçlar hukukunun vazettiği esaslar ve hükümler değil de; daha ziyade jürisprüdansyel, yani içtihadî bir mahiyet arzeden, başka bir söyleyişle idarî kaza ve ihtilâf mahkemesi içtihatlarıyla meydana gelen prensipler ve kaideler tatbik olunmak iktiza eyler.

Halbuki, ispata çalıştığımız veçhile, bu sahada - adli mahkemeler dahil olmak üzere - Fransız mahkemeleri idare ajan ve memurları tarafından idarî faaliyet zımında veya âmme hizmeti münasebetile işlenen suçlarda hususî hukukta cari olan esaslara ve ezcümle ceza mahkemesi kararının hukukta kaziyei muhkeme teşkil eylediği hakkındaki prensipe muhalif bir içtihat meydana getirmişlerdir.

İşte bu içtihadı göre idarî faaliyet ve âmme hizmeti sahasında, şahsî kusur ve hizmet kusuru tefriki bahsinde - hususî hukuk faaliyet ve teşebbüslerinde cari esasın tamamen hilâfına olarak - hukuk hâkiminin ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararile bağlı olmadığı, yani mah-

bu gibi ahvalde hususî hukukun tatbiki mevzuubahistir. Tafsilât için bakınız: R. Sarica, İdarî Kaza 1942, sah. 249.



kümüyet kararının bu mevzuda hukuk hâkimi için bir kaziyei muhkeme teşkil eylemediği kabul olunmaktadır; ki bu içtihadta, zannımızca, hukukî esaslara aykırı hiçbir cihet mevcut değildir. Zira, idari faaliyetlerin ve âmme hizmetlerinin tanzim sahasına dahil buldukları, idare hukuku: hususî hukuktan farklı bir hukuk zümresi olup; metinden ziyade mehakim içtihadına tâbî bulunmaktadır. Bu itibarla bu hukukun arzettiği zarurî boşlukların mehakim içtihadile hususî hukuktan farklı bir surette doldurulması tabiidir. Mevzuatta hilâfına sarahat olmadığına ve mahkemeleri bu gibi bir içtihadan alakoyan herhangi kanunî veya hukukî bir memnuiyet de bulunmadığına göre mahkemelerin bu yolda bir içtihadta bulunmalarına hiçbir engel yok demektir ve bu gibi bir içtihadın hukukî tenkidi de mümkün değildir.

Başka bir söyleyişle mahkemelerin idare hukuku sahasında hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile bağlı olmadığı hususunda içtihadta bulunmalarına mâni olacak kanunî veya hukukî herhangi bir engel bulunmadığı gibi; teessüs eden bu yolda bir içtihadın, mevzuat ve hukuk bakımından, yanlış ve yolsuz olduğunu söylemek için de hiç bir sebep mevcut değildir.

İşte arzettiğimiz bu mucip sebebe binaen biz başta -adli ve idari kaza arasındaki ihtilâfları kat'i ve nihai olarak hal ile mükellef- uyuşmazlık mahkemesi olmak üzere mahkemelerimizin idare ajan veya memurları tarafından idarî faaliyetler zımında veya âmme hizmetleri münasebetile işlenen fiilleri - velev ki bunlar ceza hukuku çevresine girseler ve ceza mahkemesince ajan veya memur aleyhinde bir mahkûmiyet kararı verilmesine vesile olsalar dahi - hukuk hâkiminin, behemehal ajan veya memura atfı gereken şahsî bir kusur saymak ve bu fiillerden, suçlardan mütevellid hukukî mesuliyeti bizzarure bu kimselere yöneltmek mecburiyetinde bulunmadığı yolunda bir içtihad yaratabilmek imkânına malik bulduklarına ve bu gibi bir içtihadın mevzuat, ezcümle borçlar kanunu bakımından ve keza nazariyat, hususile kaziyei muhkeme esası yönünden tenkidi mucip hiçbir noktası bulunmadığına inanıyoruz.

7 — Yine yukarıdaki mülâhazalara dayanarak 53 üncü maddenin idari mahkemeleri bağlamadığını ve bağlayamayacağını da iddia edebileceğimizi sanıyoruz.

Gerçekten borçlar kanununun ancak hususî hukuk münasebetlerini istihdaf eylediği gibi; münhasıran hukuk mahkemelerine hitap eylediği de muhakkaktır. Evvelce serdettiğimiz mülâhazalarla bu noktayı kâfi derecede tavzih ettiğimizden bunun ayrıca ispatı cihetine gitmeye lüzum görmüyoruz. Esasen borçlar kanununun, hususile 53 üncü maddenin yalnız hukuk hâkimine hitap eylediği keyfiyetinin herhangi bir şüphe, te-

reddüt ve itirazı mucip olmayacak kadar aşikâr bulunduğu kaniiz.

Netekim memleketimizde en yüksek idarî kaza merci olan Danıştay'ımızın içtihatlarında idarî kazanın hususî hukuk münasebetlerini tanımlayan hususî hukuk mevzuatına tâbi olmadığı gibi; esas itibarile hususî hukuk ihtilâflarının hallini istihdaf eyleyen H. U. M. kanunu ile de bağılı bulunmadığı beyan ve kabul olunmaktadır [16].

Demek oluyor ki en salâhiyetli kaza merciimiz - yani Danıştay'ımız - idarî faaliyetlerden mütevellid idarî ihtilâfların halli hususunda kendini hususî hukuk mevzuatı ile, hattâ kısmen hususî hukuka dahil olmakla beraber kısmen âmme hukukuna mensup olduğu şüphe görürmeyen H. U. M. kanunu ile bağılı telâkki etmediğine göre; sırf borçlar kanunu ile vazolunan kaziyei muhkeme esasının idarî kazayı hiçbir suretle takyid eylemeyeceği muhakkaktır. Kısaca ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının 53 üncü madde gereğince hukuk hâkimini filân veya falan hususlarda bağıladığı kabul edilse dahi; aynı kanuna göre bu gibi bir mahkûmiyet kararının, hiçbir veçhile, idarî mahkemeyi bağılamıyacağı aşikârdır.

Halbuki - daha evvel naklettiğimiz Fransız mahkeme içtihatlarının çoğunda açıkça görüldüğü üzere - idarî bir faaliyet veya âmme hizmeti zımında işlenen bir suçun şahsî kusur mu yoksa hizmet kusuru mu teşkil ettiğini hukuk mahkemesi değil de çok defa idarî mahkeme araştırmaktadır. Çünkü çok defa idarî bir faaliyet ve hizmet zımında idare ajan veya memuru tarafından işlenen bir suçtan mutazarrır olan şahıs - failin, mezkûr suçtan ötürü, cezaî takibata maruz kalarak mahkûmiyete düşer olmasına rağmen - ajan, memur aleyhine ceza veya hukuk mahkemesinde bir şahsî hak, tazminat dâvası açacak yerde doğrudan doğruya idarî mahkemede - Devlet Şûrasında - idare aleyhine, hizmet kusuruna binaen, bir tazminat, tam kaza dâvası açmayı tercih eylemektedir.

Başka bir söyleyişle ajan veya memur tarafından işlenen bir suç ajan veya memurun cezaî mahkûmiyet ve mesuliyetine müncer olmasına rağmen; adli mahkemede fail aleyhine şahsî kusuruna binaen bir şahsî hak, tazminat dâvasına vesile teşkil edecek yerde, çok defa idare aleyhinde hizmet kusuruna istinaden bir tam kaza, tazminat dâvasına meydan vermektedir. Zira, çok defa, suçtan zarar gören şahıs - ceza mahke-

[16] Meselâ idarî kazanın hususî hukuk mevzuatı ile, hususle hususî hukuk münasebetlerinden çıkan ihtilâfların halline müteallik H. U. M. Kanunı ile bağılı olmadığını belirten en yeni bir içtihat için Devlet Şûrasının 8/12/1944 tarihli ve E: 41/1 K: 44/138 sayılı Tevhidî İctihat kararına bakınız). Suphi N. Okay, Danıştay Karar ve İctihatları 1946, sah: 178, no. 74.

mesince fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen - hâdisede ajan ve memura isnadı gereken şahsî bir kusurdan ziyade idareye atfı lâzımgelen bir hizmet kusurunun mevcudiyetine kani bulunmaktadır. Yani zarara sebebiyet veren suçun hakikatte ajan ve memura atfı mümkün bir haksız fiil, şahsî kusur teşkil etmeyip doğrudan doğruya idareye izafesi lâzımgelen bir idarî fiil, bir hizmet kusuru olduğuna inanmaktadır. Bu itibarla zarara uğrayan şahıs dâvasını adli mahkemede ajan ve memur aleyhine açacak yerde tabiatile idarî mahkemede idare aleyhine tevcih eylemektedir.

Hattâ denebilir ki çok defa suçtan mutazarrır olan kimse - ajan veya memurun ceza mahkemesince mahkûm edilmesine rağmen - zararın tamir ve tazmini bakımından ödeme kabiliyeti mahdut olan ajan veya memuru, sahsen tâkipte büyük bir fayda ummadığından dolayı onun aleyhine ceza veya hukuk mahkemesinde bir şahsî hak, tazminat dâvası açacak yerde; mezkûr suçun bir hizmet kusuru olduğunu iddia ederek, hâdiseyi bu şekilde arz ve irae eyliyerek, kısaca dâvasını bu şekilde müdafaa ederek idarî mahkemede idare aleyhine hizmet kusuruna müstenit bir tam kaza, tazminat dâvası açmayı, ameli bir takım mülâhazalarla, tercih eylemektedir. «Ameli mülâhaza» lardan bahsediyoruz. Gerçekten dâvacı pek âlâ bilir ki idare ajan ve memurunun ödeme kudreti çok defa zayıf ve mahduttur; halbuki idarenin malî kudret ve imkânları, bir kelime ile zararı ödeyecek idare patrimuvanı ajanın malî kabiliyet ve imkânları ve mameleki ile kıyas kabul etmiyecek nisbette genişdir. Bundan dolayıdır ki dâvacının, dediğimiz gibi, dâvasını sırf ameli mülâhazalara müsteniden de idareye tevcih eylemeyi tercih etmesi mümkündür.

İşte dâvacının - ister şikâyeti mucip fiilin hakikaten bir hizmet kusuru olduğuna kani bulunarak, ister ameli, yani malî bir takım mülâhazalarla idare aleyhine dâva açmayı tercih ederek - bir ajan veya memur tarafından işlenen bir suçtan dolayı idarî mahkemeye müracaatle idare aleyhine hizmet kusuruna binaen bir tam kaza, tazminat dâvası açması halinde şikâyeti mucip fiilin hâdisede şahsî bir kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini tayin vazifesi şüphesiz ki bu idarî mahkemeye terettüp eder. Bir kelime ile cezaî mahkûmiyete mesnet teşkil eden suçun ajan veya memura isnadı mümkün şahsî bir kusur mu yoksa - hakikaten dâvacının iddia ettiği gibi - idareye atfı gereken bir hizmet kusuru mu olduğunu tesbit etmek idarî mahkemeye ait olur.

Halbuki - yukarıda uzun uzadıya izaha çalıştığımız veçhile - idari mahkeme bu işi başarabilmek, yani hâdisenin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini lâyıkile tayin ve tesbit edebilmek için hâdi-

seyi - ajan veya memurun ifa ile mükellef olduğu idarî faaliyeti, âmme hizmetini nazara alarak, kezalik bu faaliyet ve hizmetin mahiyetini, bünyesini, kaide, icap ve hususiyetlerini gözönünde tutarak - mütalâa etmek zorundadır. Görülüyor ki idarî mahkeme şahsî kusur ve hizmet kusurunun tefrik ve teşhisi işinde sadece idarî mülâhazalarla hareket edip; hiçbir suretle borçlar kanunile amel ve ihticac etmek mecburiyetinde değildir. Bu itibarla 53 üncü madde ile vazolunan kaziyei muhkeme esasını hiç de nazara almak ıztırarında değildir. Binaenaleyh idarî mahkeme ceza mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararile de bağılı değildir,

Böyle olunca; idarî bir mahkemenin - ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı hilâfına olarak - bir ajan veya memur tarafından bir idarî faaliyet veya âmme hizmeti zımında işlenen bir suçu şahsî bir kusur sayacak yerde idareye atfı gereken bir hizmet kusuru sayması mümkün olduğu anlaşılır. Bunun gibi idarî mahkemenin bu içtihadında borçlar kanununu ve kaziyei muhkeme esasını ihlâl eden bir cihet bulunmadığı, binaberin bu içtihadta tenkidi mucip bir nokta olmadığı da kendiliğinden belirmiş demektir. Zira, dediğimiz gibi, borçlar kanunu ve bu itibarla 53 üncü maddenin vazettiği kaziyei muhkeme esasını idarî mahkemeyi bağlamamaktadır ki; idarî mahkemenin mezkûr kanuna ve kaziyei muhkeme esasına muhalif içtihadı bu kanunu ve bu kanunla vazolunan kaziyei muhkeme esasını ihlâl etmiş sayılabilir!

Elhasıl hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı hilâfına, bir suçu şahsî kusur saymamasını nasıl hukukan mümkün ve caiz telâkki ediyorsak; evleviyetle idarî mahkemenin, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararına aykırı olarak, ajan veya memur tarafından işlenen bir suçu ajan veya memura atfı mümkün şahsî bir kusur saymamasını imkân dahilinde görüyor ve bunu tecviz ediyoruz.

8 — Gerek hukuk gerekse idare mahkemeleri için yukarıda ileri sürdüğümüz mülâhazalara şunu da katmak lâzım gelir ki: Bir hâdisede şahsî kusurun mevcut olup olmadığını tayin ceza mahkemesinden ziyade hukuk ve idarî mahkemelere ait bulunmaktadır. Zira ceza mahkemesi ajan ve memur tarafından işlenen suçu sırf ceza hukuku bakımından, yani cezaî mesuliyete müteallik esaslar yönünden nazara almakta ve mütalâa eylemektedir.

Halbuki cezaî mesuliyet bahsinde nasıl (cezaların şahsiliği) prensipi hâkim ise; malî mesuliyet bahsinde de (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki hâkimdir.

Başka bir söyleyişle ajan veya memur tarafından işlenen herhangi bir fiilden mütevellid mesuliyeti tayinde hâkimin yapacağı birinci iş: Bu fiilin ajan ve memura isnadı mümkün şahsî bir kusur mu yoksa idare

hükmî şahsına atfı gereken bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin ve takdirden ibarettir. Çünkü, evvelce uzun uzadıya izaha çalıştığımız üzere, idare hukuku şahsında idare ajan ve memurları tarafından idare nam ve hesabına yapılan her fiili her hal ve kârda bunların şahıslarına isnad doğru ve caiz sayılmayıp; fiilin isnad kabiliyeti bakımından (şahsi fiil, şahsî kusur) ve (hizmet fiili, hizmet kusuru) şeklinde bir tefrik yapılmaktadır.

İşte ajan ve memurlar tarafından ika olunan suçlarda da aynı tefrikin cari olması ve tatbik edilmesi lâzım gelir, ki bu takdirde vardığımız neticeden başka bir sonuç elde edilemeyeceği tabiidir. Yani demek istiyoruz ki idare hukukunda fiilin isnad kabiliyeti ve bundan mütevellid malî mesuliyetin tevcihi hususunda hâkiq olan esas bu olunca; pek tabiidir ki idarî bir faaliyet zımında işlenen bir suçun da aynı esasa göre mütalâası gerekir. Böyle olunca da aşikârdır ki ajan veya memur tarafından idarî bir faaliyet zımında işlenen herhangi bir fiil gibi bir suç da, şahsî kusur ve hizmet kusuru kıstaslarının hâdiseye tatbiki neticesinde meydana çıkacak vaziyete göre, ajan veya memura atfı mümkün şahsî bir kusur teşkil edebileceği gibi, pek âlâ idare hükmî şahsına isnadı gereken bir hizmet kusuru da teşkil eyleyebilir.

Elhasıl bir suç da idare hukukunun ortaya koyduğu, kabul ettiği, bizlere verdiği kıstaslara göre şahsî bir kusur teşkil edecek yerde; bir hizmet kusuru teşkil edebilir.

Pek tabiidir ki eldeki kıstaslara göre böyle bir neticeye varıldığı takdirde bu gibi suçtan mütevellid malî mesuliyeti ajana, memura isnad etmek mümkün ve doğru olmaz. Zira, bilindiği üzere, ajan ve memur ancak şahsî kusurlarından mesul olup; idareye atfı gereken hizmet kusurlarından asla mesul değildir ve asla mesul tutulamaz.

Halbuki, belirtmeye çalıştığımız üzere, mahkemeler, bir ajan veya memur tarafından işlenen bir fiilin, başka herhangi bir esasa veya mülâhazaya müsteniden değil, ancak ve ancak idare hukukunda cari olan kıstaslara istinaden şahsî kusur mu yoksa hizmet kusuru mu olduğunu söyleyebilirler.

Şu halde zahirdir ki suçun şahsî kusur veya hizmet kusuru sayılmasında ceza mahkemesince, sırf ceza hukukunun mesuliyete müteallik esaslarına ve ezcümle cezaların şahsiliği prensipine istinaden, verilen mahkûmiyet kararının herhangi bir rolü, ehemmiyeti ve kıymeti olamaz.

Arzettiğimiz veçhile suçun şahsî kusur veya hizmet kusuru sayılmasında mahkûmiyet kararı değil, ancak ve ancak elde mevcut şahsî kusur - hizmet kusuru tefriki ve bu husustaki kıstaslar rol oynar, ehemmiyet ve kıymet ifade eder.

Böyle olunca; suçtan mütevellid malî mesuliyetin tayin, takdir ve tevcihinde hukuk veya idare mahkemesinin ceza mahkemesince verilmiş mahkûmiyet kararile asla bağı olmayıp; sadece şahsî kusur - hizmet kusuru tefrik ve kıstaslarile bağı olduğu kendiliğinden anlaşılır. Demek oluyor ki hukuk veya idare mahkemesi [17] ceza mahkemecince verilen mahkûmiyet kararının kaziyei muhkeme teşkil ettiği esasile bağı olmayıp; münhasıran şahsî kusur, hizmet kusuru tefrik ve kıstaslarile bağı bulunmaktadır.

Binaberin bu mevzuda kaziyei muhkeme esasının tatbiki bahse mevzu olmadığı gibi; bir suçun hizmet kusuru sayılması halinde kaziyei muhkeme esasının ihlâl edildiği yolunda ileri sürülen itiraza ve tenkidde dahi bu mevzuda yer yoktur.

9 — Fikrimizce ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının, suçtan mütevellid hukukî mesuliyetin behemehal faile atfı mecburiyetini tazammun etmediğini başka bir yoldan daha ispat mümkündür.

Bilindiği üzere, gerek Fransada gerek memleketimizde, idarî rejim, yani adliye ile idarenin ayrılığı esası caridir. Bu esas, Fransız ve Türk âmme hukukunun temelinde yer aldığı gibi; memleketimizde anayasanın 51 inci maddesi idarî ihtilâf ve dâvaların tetkik ve rüyetini adlî mahkemelere değil de kurulacağını söylediği Devlet Şûrasına, yani idarî kazaya tevdi eylediğine göre bizde bir esas teşkilât prensipi arz etmektedir.

İşte bu mahiyetine binaen denilebilir ki adliye ile idarenin ayrılığı esası kaziyei muhkeme esasından üstün bir prensip olmak itibarile ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararlarının hususî hukuk sahasında tam bir kaziyei muhkeme teşkil ettiği bilâkaydû şart kabul olursa dahi bu (kaziyei muhkeme) esasının idare hukuku sahasında yerini, daha üstün bir mahiyet arzleyen, (idarenin adliyeden ayrılığı) prensipine terketmesi lâzımdır.

Başka bir söyleyişle ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararının hususî hukukta filân veya falân noktalarda kaziyei muhkeme teşkil ettiği

[17] Hattâ Hukuk ve Idare mahkemesi gibi bizzat Ceza mahkemesinin de bir hâdiseyi sırf cezai bakımdan mütalâa ile maznunu mahkûm eylediği takdirde bile suçtan mutazarır olan şahıs tarafından nezdinde açılan bir şahsî hak davasını bu sefer hukukî, medenî mesuliyet yönünden tetkik ve rüyet ederken malî mesuliyet meselesini cezai bakımdan vermiş olduğu mahkûmiyet kararile mukayyet olmaksızın sadece şahsî kusur, hizmet kusuru kıstaslarına dayanarak hal ve fasletmesi; bu itibarla cezai mesuliyet bakımından maznunu mahkûm ettiği halde malî mesuliyetli maznun yerine idare hükmlî şahsına yüklemesi muhtemel ve mümkün ve hattâ doğru ve yerindedir.

inkâr edilemese dahî; şahsî kusur - hizmet kusuru tefriki gibi idare hukuku sahasına dahil bir hususta bu mahkûmiyet kararının tesiri olmaması ve bu konuda kaziyei muhkeme teşkil etmemesi gerekir.

Zira, dediğimiz gibi, ceza kararının kaziyei muhkeme sayılıp sayılmaması nihayet bir usul meselesidir. Usulü muhakemeye ait, daha doğrusu bizde borçlar kanununda yer alan bir esastır. Halbuki idarenin adliyeden ayrılığı bir Esas Teşkilât meselesi, kısaca bizde anayasamızda musarrah bir prensiptir. Şu halde kaziyei muhkeme esasının bu üstün prensipe nazaran ikinci plânda kalmaya mahkûm olduğu; diğer bir ifade ile karşılaştıkları takdirde kaziyei muhkeme esasının boyun eymek ve yerini ayrılık prensibine terketmek zorunda olduğu inkâr kabul etmez bir hakikattir.

Binnetice şahsî kusur - hizmet kusuru tefriki bahsinde şikâyeti mücip bir fiilin, bir suçun şahsî kusur teşkil edip etmediğini araştıran mahkemenin adliyenin noktaî nazarile, yani ceza mahkemesinin kararı ile bağlı olmayıp; sırf idarî mülâhazalara, yani idare hukukunda cari şahsî kusur - hizmet kusuru tefriki esasına istinad mecburiyetinde olduğu muhakkaktır. Zira ancak bu takdirde idare adliyenin tesirinden ve müdahalesinden korunmuş olur ve idarenin adliye karşısında istiklâli temin edilmiş olur.

10 — Yine bu vadede, yani bir suçun hizmet kusuru sayılması meselesinde son sözün, netice itibarile, adli kaza ile idarî kaza üzerinde yer alan İhtilâf mahkemesine - yani Uyuşmazlık mahkemesine - ait olduğunu belirtmek lâzımdır. Gerçekten, bilindiği üzere, Fransada olduğu gibi 1945 tarihindenberi memleketimizde idarenin adliye karşısında istiklâlini temin maksadile bir uyuşmazlık mahkemesi kurulmuştur. İdarenin adliye karşısında istiklâlini korumak bahse mevzu olduğunda üç Danıştay üyesi ile üç Yargıtay üyesinden ve bir başkandan teşekkül edecek olan bu Uyuşmazlık mahkemesinin bir rolü, belki en önemli bir rolü de adliye ile idare arasında şahsî kusur ve hizmet kusuru hususunda zuhur edecek ihtilâfları halletmek olacaktır [18].

Gerçekten idarî bir faaliyet zımnında işlenen bir fiilden mutazarrır olan şahıs tarafından adliyede ajan veya memur aleyhine - şahsî kusuruna binaen - bir hukuk, tazminat dâvası açıldığında idare - bu fiilin hakikatta ajana, memura isnadı mümkün şahsî bir fiil ve kusur olmayıp, doğrudan doğruya idareye, idare hükmi şahsına izafesi gereken bir hiz-

[18] Bu hususta tafsilât için «Uyuşmazlık Mahkemesi» hakkındaki konferansımıza müracaat olunabilir. Üniversite Haftası (Konya).

met kusuru olduğuna kanaat getirdiğinde - bu noktayı uyumsuzluk mahkemesine sevk etmek isteyebilir.

İhtilâf, bu suretle uyumsuzluk mahkemesine sevk olunduğu takdirde, yüksek mahkemenin, ihtilâfa sebebiyet veren fiilin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu, tamamen serbest ve müstakil olarak, tayin edebileceği şüpheden varestedir. Yani uyumsuzluk mahkemesinin, adli mahkemenin noktai nazarı ve tavsifi ile asla bağlı olmaksızın bu fiili şahsî bir kusur veya hizmet kusuru sayabileceği muhakkaktır.

İşte uyumsuzluk mahkemesi, bir ajan veya memur tarafından işlenen alelâde bir fiilin, yani ceza mevzuatına girmeyen, suç şeklinde tecelli etmeyen bir fiilin şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini araştırır ve tesbit ederken, hukuk mahkemesinin bu husustaki noktai nazarı, tavsifi ve kararile nasıl bağlı değilse; ceza mevzuatına giren ve ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararına mesnet teşkil eden bir fiilin, bir suçun şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu takdir ve tayin ederken ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile mukayyet bulunmamaktadır.

Gerçekten her iki ihtimalde - yani şikâyeti mucip fiilin gerek alelâde bir fiilden ibaret olması, gerek bir suç teşkil etmesi halinde - uyumsuzluk mahkemesinin, mezkûr fiilin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olup olmadığını tayin etmesi demek: netice itibarile adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife hududunu çizmesi demektir.

Çünkü yüksek mahkemenin, şikâyeti mucip fiilin şahsî kusurdan ibaret olduğunu beyan etmesi: İhtilâfın adli kazaya aidiyetini belirtmesi demektir. Bilâkis bu fiilin hakikatte bir hizmet kusuru olduğunu söylemesi: Dâvanın idarî kazaya ait bulunduğunu açığa vurması demektir.

Elhasıl şahsî kusur - hizmet kusuru tefrikin, son bir tahlilde, iki kaza arasında vazife ayrılığına tekabül ettiği meydandadır. Başka bir söyleyişle uyumsuzluk mahkemesinin şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu karar altına alması: Hakikatte adli ve idarî kazadan hangisinin vazifeli olduğunu beyan etmesi demektir.

Şu halde şahsî kusur, hizmet kusuru meselesini hallederken, yani adli ve idarî kaza arasındaki vazife sınırını çizerken uyumsuzluk mahkemesinin ne adli ne de idarî mahkemenin noktai nazarı, tavsifi ve kararile bağlı olmadığı ve olamayacağı kendiliğinden anlaşılır.

Zira, bilindiği üzere, uyumsuzluk mahkemesinin ihdas sebebi, hikmeti vücudu: İki kaza arasındaki vazife hududunun müstakil ve bitaraf bir merci tarafından, adli ve idarî kazanın noktai nazarı ve kararile asla bağlı olmaksızın kesin ve nihai olarak tesbiti ihtiyacı ve mecburiyetine dayanmaktadır.

Bu itibarla neticeten iki kaza arasındaki vazife hududunun tayinini



tazammun ve istihdaf eyleyen şahsî kusur - hizmet kusuru tefriki işinde uyuşmazlık mahkemesinin adli mahkemelerin, ezcümle ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile bağılı olmadığı derkârdır.

İşte bütün bu izahattan çıkan netice şudur ki: Uyuşmazlık mahkemesi, cezai takibata vesile veren ve cezai mahkûmiyete mesned olan bir fiilin, suçun şahsî kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğini araştırırken ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararile mukayyet değildir.

Binaberin ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının, şahsî kusur bakımından, hukuk ve hattâ idare hâkimi için bir kaziyei muhkeme teşkil ettiği bir faraziye olarak kabul edilse dahi; uyuşmazlık mahkemesi için bir kaziyei muhkeme teşkil etmeyeceği muhakkaktır. Çünkü belirtmeye çalıştığımız veçhile, uyuşmazlık mahkemesi her iki kazanın, binaberin adli mahkemelerin fevkinde ve bunların tesirinden tamamen âzade bîtaraf, müstakil ve üstün bir mercidir. Bunun gibi bu yüksek, bîtaraf ve müstakil mahkemenin bir vazifesi de, dediğimiz gibi, adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarını kesin ve nihai olarak halletmektir. Binnetice adli kazanın vazifesi cümlesinden olan şahsî kusurla idarî kazanın vazifesine giren hizmet kusurunu katî ve nihai surette tefrik etmek de uyuşmazlık mahkemesine ait bulunmaktadır. Halbuki, ispata çalıştığımız üzere, uyuşmazlık mahkemesinin bu vazifesini lâayık veçhile ifa edebilmesi için memur ve ajan aleyhinde bir hukuk ve tazminat dâvasına mesnet teşkil eden suçun şahsî bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu takdir ve tayin ederken, idarî kaza gibi adli kazanın noktai nazarile asla bağılı olmaksızın tamamen serbest ve müstakil bir şekilde hareket etmesi lâzımdır. Şu halde uyuşmazlık mahkemesinin hâdisede suçun şahsî bir kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmediğini söylerken ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararile bağılı olmadığı meydana çıkar.

Aksini kabul etmek, yani mahkûmiyet kararının uyuşmazlık mahkemesini bağladığını, şahsî kusur bakımından onun için bir kaziyei muhkeme teşkil ettiğini farzetmek: Uyuşmazlık mahkemesinin adli kazanın üstünde bîtaraf ve müstakil bir merci olacak yerde bilâkis adli kazanın nüfuz ve tesiri altında bulunduğunu iddia etmek olur; ki bu gibi bir iddia uyuşmazlık mahkemesinin ihdası sebebine, hikmeti vücudüne, mahiyetine, rolüne ve maksadına açıkça aykırı düşer.

İşte yukarıdaki mütalâalara müsteniden de yine ceza mahkemesince mahkûmiyet kararına bağlanmış bir suçun, behemehal şahsî bir kusur teşkil etmeyeceği neticesine varmış bulunuyoruz.

Böylelikle idare ajan ve memurları tarafından vazifeleri zımında veya hizmetleri sırasında işlenen bazı suçların - hattâ ceza mahkemesin-

ce bu hususta mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen - her hal ve kârda ve bizzarure şahsî bir kusur teşkil etmeyip; hâdisesine ve icabına, yani hal ve şartlara göre bir hizmet kusuru da teşkil edebileceği hakkındaki Fransız mehakim içtihadına karşı bazı müellifler tarafından kaziyei muhkeme bakımından serdedilen itirazın, - gerek Fransız gerek Türk hukuk sistemi zaviyesinden - doğru ve yerinde olmadığını, biz kendi hesabımıza, müteaddid yollardan ve müteaddid delillere baş vurmak suretile ispat etmiş oluyoruz.

\*\*\*

Şimdiye kadar serdettiğimiz delil ve mucip sebeplere dayanarak, kendi hesabımıza, şu neticeye varıyoruz ki: Bir idare ajanı veya bir memur tarafından fonksiyonu zımında, vazifesi esnasında veya hizmeti münasebetile işlenen bazı suçlar, bazı hallerde faile atfı mümkün şahsî bir kusur yerine doğrudan doğruya idareye izafesi gereken bir hizmet kusuru sayılmakla bundan, ceza mahkemesi kararlarının, hususile mahkûmiyet kararlarının diğer mahkemeler için kaziyei muhkeme teşkil etmeleri lâzım geldiği esası hiçbir suretle müteessir olmamakta ve asla ihlâl edilmemektedir.

Bu itibarla, - hâdisesine ve icabına göre - bazı suçların hizmet kusuru teşkil edeceğini kabul eden Fransız mahkeme içtihatlarının kaziyei muhkeme esasını çığnemediklerine şahsen kani bulunuyoruz. Aynı hal suretinin memleketimizde dahi kaziyei muhkeme esasını ve hususile borçlar kanununun 53 üncü maddesini ihlâl etmeyeceğine aynı derecede ve hattâ daha kuvvetle inanıyoruz.

Mezkûr içtihat ve hal suretine karşı yine bazı müellifler tarafından tevcih edilen diğer bir takım itiraz ve tenkitler daha vardır; ki bunları da başka bir yazımızda incelemek ve münakaşa etmek arzusundayız.

**Ragıp SARICA**