

Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında Şikâyeti Mucip Fillin Şahsî Bir Kusur mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilâf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilâf Mahkemesinin Pelletier Kararındanberi Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkidler

Doçent Ragıp Sarıca

Fransada şahsî kusurla hizmet kusurunu ayırt etmek vazifesinin - son bir tahlilde ve netice itibarile - ihtilâf mahkemesine ait olduğu - Profesör Jacquelin müstesna - doktrinde bütün müelliflerce müttefikan kabul edildiği gibi; bizzat ihtilâf mahkemesinin 30/7/1873 tarihli Pelletier kararındanberi, şaşmayan içtihadı da daima bu olmuştur. Bu içtihadı iyice kavrayabilmemiz için meselenin tarihçesine serî bir nazar atfetmemiz her halde faydalı olur: Malûm olduğu üzere Fransada 1799 senesinden 1870 senesine kadar mütekaddim müsaade sistemi câri olmuştur.

Bu usule göre ajan ve memurlar aleyhinde, şahsî kusurlarına binaen, bir tazminat davası açılabilmesi ve mahkemenin bu davaya bakabilmesi için evveleminde Devlet Şûrasından, memuru adliyede takip edebilmek hususunda, bir müsaade almak lâzım gelmekteydi.

Bu usul câri olduğu müddetçe bir ajan veya memur aleyhinde açılan bir davada şikâyeti mucip fillin şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini anlıyabilmek için meselenin ihtilâf mahkemesine sevkine lüzum görülmemiştir.

Gerçekten memur aleyhindeki adli takibat esasen Devlet Şûrasının müsaadesine bağlı olduğuna göre; idareyi temsil eden en yüksek idarî merci[1] meseleye esasen el koymuş, ve hâdiseyi tetkik ve tahlille hâdi-

[1] Şu noktayı belirtmeliyim ki mütekaddim müsaade sisteminde müsaade istihsal maksadile Devlet Şûrasına vâki müracaat kazal bir müracaat sayılamayacağı gibi; Devlet Şûrası bu müsaadeyi bir kaza mercii, yani bir mahkeme sıfatile değil - Wallin'in işaret ettiği üzere - idarî bir makam, idarî bir heyet sıfatile vermektedir. (Walline, sah. 389, Manuel). Aynı zamanda Mestre'in kaydettiği üzere, Devlet Şûrasının bu müsaadenin veriliş verilmemesi hakkındaki kararı da hiçbir zaman kazal bir mahiyet arz etmemekte, yani bir mahkeme kararı addedilmemektedir. (Mestre, Répétitions sah. 365).

sede şikâyeti mucip fiilin ajan ve memura atfı mümkün şahsi bir kusur olup olmadığını tesbit etmiş bulunmaktadır.

Şu muhakkaktır ki Devlet Şûrası davanın, hakikaten ajan ve memura isnadı mümkün şahsi bir kusurdan neşet ettiğine kanaat getirdiği içindir ki, memurun adliye huzurunda takip edilmesine ve adliyece muhakeme olunmasına müsaade etmiştir.

Şu halde adli mahkemenin davanın esasına girişmeden evvel, şikâyeti mucip fiilin hâdisede şahsi bir kusur teşkil edip etmediğini, mukaddem bir hukukî mesele, olarak araştırmasına lüzum olmadığı gibi; adli mahkemenin bunu bir meselei müste'hire sayarak bu noktanın Devlet Şûrasında halline değin, vazifesizlik kararı vererek davayı tâlik etmesine de lüzum yok demektir.

Zira, dediğimiz gibi, bu mesele esasen Devlet Şûrasınca müsbet şekilde halledilmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh artık idarenin de şikâyeti mucip fiilin şahsi bir kusur değil de bir hizmet kusuru teşkil ettiğini iddia etmesine imkân kalmamıştır.

Demek oluyor ki adli mahkemenin bu davayı tetkik ve rüyet etmek; keza ajan ve memurun mesuliyetine hükmedebilmek için davaya sebebiyet veren hâdiseyi - idarî fonksiyonla alâkasına rağmen - heyeti umumiyesile, tetkik ve tahlile tâbi tutmakla idarî kazanın vazife ve salâhiyetine tecavüz etmiş sayılmasına imkân yoktur. Kısaca adli mahkemenin müddeaaaleyh hakkında bir hüküm verebilmek için ajan ve memurun, idare fonksiyonunun ifası zımında icra ettiği idarî fiil dolayısıyla, işlediği kusurun mahiyetini, karakterini, neticelerini araştırmakla idarî makamlarla adli makamların ayrılığı esasını çiğnemesi hiçbir suretle bahse mevzu olamaz. Çünkü arzettiğimiz üzere, Devlet Şûrası ajan ve memurun adli mahkemece takip ve muhakemesine izin vermekle şikâyeti mucip fiilin esasen şahsi bir kusurdan ibaret olduğunu, binaberin davanın tamamile hususî bir ihtilâf mahiyet ve karakterini arzettiğini ve adliyenin davayı tetkik hususunda vazifeli olduğunu peşinen ve bilâkayıt ve şart kabul etmiştir.

Halbuki ihtilâf mahkemesinin 1873 tarihli Pelletier kararile vaziyet tamamen değişmiştir. Pelletier kararından bahsetmezden evvel şunu hatırlatalım ki: mütekaddim müsaade sistemi Fransada 19/9/1870 tarihli décret-loi ile kaldırılmıştır.

İşte bu usulün ilgasından az bir zaman sonra ihtilâf mahkemesi Pelletier davası dolayısıyla 19/9/1870 tarihli kararnamenin mânasını tayin ve sınırlarını tesbit etmek mecburiyetinde kalmıştır.

Gerçekten, mütekaddim müsaade usulünün lâğvedildiğini beyan eden 19/9/1870 kararnamesinin ilk tatbiki sıralarında bir takım iddialar or-

taya çıkmış bulunuyordu. Şöyle ki mezkûr kararnamenin aşağıdaki iki gayeyi istihdaf ettiği iddia olunmaktaydı:

1 — Bir kere bu kararnameye göre artık fertler ajan ve memurları adli mahkemelerde daha evvel Devlet Şûrasından bir müsaade almaksızın takip edebileceklerdir. Zira kararname, mütekkaddim müsaade usulünün kalkmasını istemektedir.

2 — Saniyen ajan ve memurlara isnad olunan fiillerin şahsî bir kusur teşkil edip etmediklerini adli mahkemeler tam ve mutlak bir serbesti içinde, kayıtsız ve şartsız olarak takdir edebileceklerdir. Zira kararname adliyenin, memurlar aleyhine açılan davaları herhangi bir müdahaleden, kayıt ve tahditten âzade olarak tetkik ve rüyet etmesini istemektedir.

İşte 19/9/1870 tarihli kararnamenin ilk tatbiki sırasında kararnameye bu gibi bir mâna atfolunmuş, kararnameye bu gibi bir vüs'at ve şümül tanınmak istenilmiştir.

Halbuki 19/9/1870 tarihli kararnamenin yukarıdaki iki gayeden ilkinin istihdaf ettiği şüpheden vareste olmakla beraber; iddia edildiği gibi hakikati halde ikinci gayeyi de istihdaf edip etmediği pek şüphelidir.

Nitekim mezkûr kararnamenin ilk tatbiki sıralarında mahkemeler yukarıdaki noktai nazarı benimsedikleri halde; bu noktai nazar erkenden terkedilmiş ve, işaret ettiğimiz üzere, ihtilâf mahkemesi 30/7/1873 tarihli Pelletier kararile bir ajan veya memura isnad olunan bir fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini kat'î ve nihai olarak tayin vazifesinin ihtilâf mahkemesine ait olduğunu kabul etmiştir; ki bu içtihadından bugüne dek hiç ayrılmamıştır.

Fransız âmme hukukunun en esaslı temellerinden birini teşkil eden Pelletier kararını tahlil[2] edecek olursak; görürüz ki bu kararla benimsenen hal sureti şudur :

[2] Üzerinde hayli duracağımız ve inceden inceye tetkik edeceğimiz Pelletier kararını iyice kavramamız için evvelemlerde bu karara vesile teşkil eden hâdiseyi nakledelim:

Örfî idare ilân edilen Oise Vilâyeti Kumandanı General de l'Admirault ile bu Vilâyet Vallisi Choppin müşterek bir kararla Pelletier namındaki zatın çıkardığı «Le devoir» gazetesinin kapatılmasını ve çıkan ilk nüshasının da toplatılmasını emretmişler; Polis Komiseri Leudot'yu da bu emri tenfize memur etmişlerdi. (İstitraden sunu arz edelim ki: Fransada örfî idare hakkında izahat isteyenler «Fransada ve Türkiyede örfî idare rejimi» adlı yazımıza bakabilirler.)

Pelletier ise Senlis hukuk mahkemesine müracaatla General, Valli ve Komiser aleyhinde bir dava ikame etmiş; kararın mevzuata aykırılığına binaen hükümsüzlüğünü iddia ve toplatılan nüshaların iadesi ile müddeaaaleyhlerden zarar ve ziyân talep

19/9/1890 tarihli «décret-loi» memurların adli mahkemeler huzurunda takipleri hususunda daha evvelki mevzuatın memurlara bahşettiği garanti usulünü - yani mütekaddim müsaade sistemini - tamamen ilga etmekle beraber; «adli ve idarî makamların ayrılığı» esasına hiçbir veçhile dokunmuş değildir. Bu itibarla kararname adli mahkemelere idarî fiil ve muameleleri tetkik, tefsir, tenkid etmek, yani bunların kanuna ve hukuka uygunluğunu araştırmak salâhiyetini asla bahşetmemiştir.

Bu kararnameye göre adli mahkemeler fertler tarafından memurlar aleyhine şahsî kusurlarına binaen açılan davaları tetkik ve rüyet hususunda, şüphesiz, vazifeli ve salâhiyetlidirler. Lâkin, tabiatile, idarî kusurların, başka bir söyleyişle hizmet kusurlarının neticelerini tetkik ve takdir hususunda vazifesiz ve salâhiyetsizdirler. Bahusus ki hizmet kusuru hiçbir veçhile ajan ve memurun mesuliyetine vesile vermeyip münhasıran idarenin mesuliyetini müeddi olmaktadır. Bu itibarla hizmet kusurundan mütevellit mesuliyeti taharri ve tesbit münhasıran idarî kazanın vazifesi cümlesindedir.

etmişti.

Mahkemenin, davaya bakmak hususunda, kendini vazifeli görmesi üzerine de idare ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevkeylemişti. İhtilâf mahkemesi ise idarenin nokta-i nazarına iştirakle adliyenin vazifesizliğine hükmetmişti.

Gerçekten yüksek mahkemeye göre: «8 inci yıl anayasasının 75 inci maddesi ile her sınıf memur aleyhindeki takibata engel olabilecek biçimle, hususî ve umumî mahiyetteki, kanun hükümlerini ilga eden millî müdafaa hükümetinin isdar etmiş olduğu kararname - yani 19/9/1870 tarihli kararname - bir ajan veya memur aleyhine açılan bu davanın, mütekaddim müsaadenin alınmamış olması sebebiyle adli mahkemece reddi keyfiyetini, bütün kanunî netayıcı ile birlikte, bertaraf etmek ve bu suretle adli mahkemeleri -vazife ve salâhiyetleri hudutları içinde- tamamen serbest kılmak neticesini tevlihten gayri bir gayeye mâtuf bulunmamaktadır.

Bu itibarla mezkûr kararname hiçbir zaman adli mahkemelerin kazal salâhiyetlerinin hudutlarını tevsi etmek, kararname ile suretî mahsusada ilga edilen hükümler haricinde kalan ve adli mahkemeleri idarî fiil ve muameleleri tetkik ve rüyetten meneden hükümleri bertaraf etmek ve binaenaleyh adliyei bu gibi fiil ve muamelâtı murakabe etmekten alıkoyan memnuiyeti kaldırmak, kezalik bu gibi hallerde idarenin vazife itirazında bulunarak ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek salâhiyetine nihayet vermek gibi bir gaye istihdaf etmemekte ve bu gibi bir netice tevliht edebilecek mahiyette değildir. Esasen bu gibi bir tefsir, ihtilâf mahkemesini tekrardan tesis etmek suretile kuvvetler ayrılığı prensibini ve bu prensipten çıkan vazife ve salâhiyete müteallik kaideleri yeniden benimseyen ve teyid eden 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla bağdaşamayacağı cihetle mezkûr kanuna aykırı düşer...»

İhtilâf mahkemesinin bu sahadaki rolüne ve vazifesine gelince: Bir ajan veya memura isnad olunan fiilin, davacının iddia ettiği gibi, hakikaten şahsî bir kusur mu yoksa, idarenin iddia ettiği gibi, bir hizmet kusuru mu olduğu hususunda adliye mahkemesi ile idare arasında bir ihtilâf zuhur ettiği takdirde işte şikâyeti mucip fiilin mahiyet ve karakterini, kat'î ve nihâî olarak, tayin etmek İhtilâf mahkemesine terettüp eder.

Gerçekten şahsî kusur -hizmet kusuru tefriki, adli kaza- idari kaza ayrılığına tekabül eder. Bu itibarla şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin bir vazife ve salâhiyet meselesinin halline müncer olur; ki iki kaza arasındaki vazife ve salâhiyet meselelerini halletmek İhtilâf mahkemesine ait olduğuna göre fiilin şahsî kusur veya hizmet kusuru olduğunu araştırmak ve kararlaştırmak da bittabi onun vazifesi içine girer.

İşte bir ajan veya memur aleyhine adli mahkemede şahsî kusuruna binaen açılan tazminat davasında şayet idare ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur olmayıp hizmet kusuru olduğuna kanaat getirir ve binaberin ajan ve memura isnad olunan fiilin mesuliyetini kendi üzerine almak, böylelikle onların mesuliyeti yerine kendi mesuliyetini ikame etmek isterse, adli mahkemenin bu davayı tetkik hususunda vazifesiz olduğunu, vali marifetile, «déclinatoire de compétence» denilen bir vazife itirazında bulunur. Mahkemenin ise bu itiraza rağmen vazifeli olduğunda ısrar etmesi halinde idare, yine vali marifetile, «arrêté de conflit» adı verilen bir kararla bu noktanın hallini İhtilâf mahkemesine sevk edebilir[3].

Meseleye bu suretle el koyan İhtilâf mahkemesi ise davaya mevzu ve mesned teşkil eden fiilin ajan ve memura atfı mümkün şahsî bir kusur mu, yoksa idareye izafesi gereken bir hizmet kusuru mu olduğunu araştırır. Hâdisenin cereyan şekline göre birinci şıkta, yani şikâyeti mucip fiilin, davacının iddia ettiği üzere, hakikaten şahsî bir kusur olduğuna kanaat getirdiği takdirde valinin arrêté de conflit'sini, esas bakımından, iptal etmek suretile davaya bakan adli mahkemenin vazifeli ve salâhiyetli olduğunu zımnen anlatmış olur. Adli mahkeme de «arrêté de conflit» üzerine tâlik ettiği davayı tetkike devam eder. Ve artık adliyenin bu hâdisede vazifesizliği bir daha dermeyan olunamaz.

Bilâkis ikinci şıkta, yani şikâyeti mucip fiilin, idarenin iddia ettiği veçhile, hakikaten bir hizmet kusuru olduğuna kanaat getirdiği takdirde İhtilâf mahkemesi valinin «arrêté de conflit» sini tasdik etmek suretile

[3] Şunu ilâve etmek lâzım gelir ki: İdare bu usule müracaat ettiği takdirde adli mahkeme davayı tâlik zorundadır. Ayrıca şu nokta da kayda değer ki davayı tâlik mecburiyeti cezal bir müeyyideye bağlanmış bulunmaktadır.

davaya el koymuş olan adli mahkemenin vazifesiz ve salâhiyetsiz olduğunu zimnen beyan etmiş ve bu davanın idarî kazanın vazife ve salâhiyeti dahilinde olduğunu yine zimnen anlatmış olur. Adli kazanın vazife ve salâhiyeti haricinde olduğu bu suretle tebeyyün eden davaya artık adli mahkemenin bakmasına tabiatile imkân kalmamış olur. Binaberin davacı aynı fiilden dolayı bu sefer idarî kazaya müracaatla, hizmet kusuruna binaen idare aleyhinde bir tam kaza davası ikame edebilir.

Görülüyor ki Fransada bir ajan veya memur aleyhinde, adli mahkemede, şahsî kusur isnadı suretile, açılan tazminat davasına idare, vali marifetile müdahale edip, davaya mevzu ve mesned teşkil eden fiilin şahsî bir kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile, ajan ve memurun şahsî mesuliyeti yerine kendi mesuliyetini ikame etmek istediği takdirde meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek ve İhtilâf mahkemesine fiilin mahiyet ve karakterini, kısaca şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini kat'î ve nihai olarak tayin ettirebilmek imkânına malik bulunmaktadır.

Demek oluyor ki Fransada şikâyeti mucip bir fiilin şahsî kusur teşkil edip etmediği hususunda son söz İhtilâf mahkemesine ait bulunmaktadır; ki İhtilâf mahkemesinin 1873 tarihli Pelletier kararından bugüne değin şaşmaz içtihadı daima bu olduğu gibi; halihazır Fransız doktrininde, Jacquelin müstesna, umumiyetle kabule şayan telâkki olunan hal sureti de budur.

Çok önemli olan bu mesele hakkında tam bir fikir edinebilmemiz için Pelletier içtihadına karşı Jacquelin'nin serdettiği tenkid ve itirazlarla, bilâkis Pelletier içtihadını tasvip ve müdafaa eden diğer müelliflerin noktai nazarına göz gezdirmemiz zaruridir.

Pelletier kararına karşı cephe alan Profesör René Jacquelin Paris Hukuk Fakültesinde muhtelif seneler zarfında, hususile 1933-1934 ders yılı içinde tahrir ettiği doktora kurlarında[4] İhtilâf mahkemesinin bu kararına karşı aşağıdaki tenkid ve itirazları serdetmektedir:

I — Bir kere Profesör Pelletier kararını tahlille İhtilâf mahkemesinin bu kararında iki mucip sebebe dayandığını söylüyor:

A) Şöyle ki: Evvelâ Yüksek mahkemeye göre 19/9/1870 tarihli «décret-loi» nun ısdarından evvel Fransada iki esas, iki müessese mevcut ve câri idi:

1 — Bir taraftan memurların himayesine mâtuf mütekaddim müsaa-de sistemi; ki 1799 anayasasının 75 inci maddesile vazedilmiş bulunuyordu.

[4] Sah. 437 ve müt.

2 — Diğer taraftan kuvvetler ayrılığı, daha doğrusu idarî makamlarla adli makamların ayrılığı esası; ki, Fransada, İhtilâli müteakip, müteaddit metinler tarafından teyid olunmuştur. (Ezcümle 16-24 Ağustos 1790, 1791, 1794 kanunları bu esası benimsemiş bulunmaktadırlar.)

İşte 1870 tarihine kadar muhtelif kanunlar tarafından teyid olunan «kuvvetler ayrılığı» veya «idare ile adliyenin ayrılığı» esasının yegâne müeyyidesini: adliye ile idare arasında vazife hususundaki bir ihtilâfın idarece İhtilâf mahkemesine sevkolunabilmesi imkânı teşkil ettiğine göre; 1870 tarihli kararname bu esasa ve, bu esasın müeyyidesi demek olan, her vazife ihtilâfının idare tarafından İhtilâf mahkemesine sevkolunabilmesi imkânına asla dokunmuş değildir. 1870 kararnamesi sadece mütekaddim müsaade sistemine dokunmuş, münhasıran bu esası ilga etmiştir. Yoksa, ikinci esası, yani adliye ile idarenin ayrılığı prensibini ve hususile, bir ajan veya memur aleyhinde şahsî kusuruna binaen açılan tazminat davasında, idarenin - şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusuru teşkil ettiğini iddia ile adliyenin vazifesizliğini dermeyan ederek - meseleyi İhtilâf mahkemesine gönderebilmesi imkânını bertaraf etmiş, kaldırmış değildir.

B) Saniyen, yine İhtilâf mahkemesine göre, 19/9/1870 tarihli kararnamenin kuvvetler ayrılığı esasını kaldırdığı, yani adli ve idarî makamların ayrılığı prensibinin bu kararname ile terkedildiği farzolunsa dahi; 19/9/1870 tarihli kararnamenin ısdarından takriben 20 ay sonra 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla İhtilâf mahkemesi yeniden kurulmuş olduğuna göre[5], kararnamenin bu noktada muahhar tarihli kanunla tâdile uğradığını, yani kararname ile kalktığı farzolunan «kuvvetler ayrılığı» esasının 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla tekrardan vazedildiğini kabul etmek lâzım gelir. Elhasıl kararnamenin «adliye ile idarenin ayrılığı» esasını kaldırdığı farzedilse bile; İhtilâf mahkemesinin 24 Mayıs 1872 tarihinde kurulması ile 1870 de kaldırılmış olan «adliye ile idarenin ayrılığı» prensibinin bu suretle ihya edildiğini ve mezkûr prensipin yeniden ve tekrardan tamamen kabul edildiğini söylemek icap eder. Zira İhtilâf mahkemesinin yegâne rolü ve vazifesi: idarenin adliye karşısındaki istiklâlini korumak ve «idare ile adliyenin ayrılığı» esasını sağlamaktan ibarettir. Şu halde İhtilâf mahkemesi kurulmakla, «idarenin adliyeden ayrılığı» esası da yeniden tesis edilmiş demektir.

[5] Gerçekten Fransada İhtilâf mahkemesi, hemen hemen bugünkü şekliyle, daha evvel - 4/11/1848 Anayasası (m. 89), 26/10/1849 kararnamesi ve 4/2/1850 kanunla - kurulmuş olduğu halde III üncü Napolyon tarafından, 1851 hükûmet darbesi üzerine, ilga edilmisti.

Jacquelin, İhtilâf mahkemesinin Pelletier kararında dayandığı bu sonuncu mucip sebebi nazara alarak bunu şöylece izah ediyor:

Pelletier kararında İhtilâf mahkemesinin yegâne vazifesinin adliye ile idarenin ayrılığı esasını sağlamak olduğu belirtildiğine göre bu kararda bir ajan veya memur aleyhine, şahsî kusurundan bahisle, açılan tazminat davasında idarenin meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedememesi halinde âdeta İhtilâf mahkemesinin kurulmasına lüzum kalmayacağı anlatılmak istenilmektedir. Yani İhtilâf mahkemesi, Pelletier kararında, ajan ve memurlar aleyhinde açılan şahsî tazminat davalarında şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediği hususunun idarece İhtilâf mahkemesine sevkolunamayacağı kabul edildiği takdirde İhtilâf mahkemesinin tamamen lüzumsuz, faydasız, zait bir müessese haline gireceğini, bu mahkemenin hikmeti vücudunun kalkmış olacağını anlatmak istiyor. Zira İhtilâf mahkemesinin yegâne vazifesi «idarenin adliye karşısındaki istiklâli» esasını korumak olduğuna nazaran, şayet 1870 kararnamesinin bu esas ilga ettiği farzedilecek olursa artık Yüksek mahkemenin koruyacağı bir esas kalmadığına göre, hiçbir rolü ve vazifesi de kalmamış olduğunu kabul etmek zaruridir. Halbuki 1870 tarihli kararnamenin ısdarından sonra 1872 de İhtilâf mahkemesi kurulduğuna nazaran 1870 tarihli kararnamenin «kuvvetler ayrılığı» esasını asla bertaraf ve ilga etmediğini düşünmek daha mantıkîdir. Yahut 1870 tarihli kararnamenin bu esas ilga ettiği farzolunsa bile, 1872 tarihli kanunun bu esas ihya ve iade ettiğini kabul etmek yine mantığa daha uygun düşer.

II — Pelletier kararının yukarıdaki iki mucip sebebe dayandığını kaydeden Jacquelin bu mucip sebeplerin ne dereceye kadar doğru ve yerinde olduğunu araştırmak lüzumunu duyuyor.

Diyor ki: «Pelletier kararının doğru ve yerinde olduğunu söyleyebilmek için bu kararın 19/9/1870 tarihli «décret-loi» ye atfetmek istediği mâna ve şümülün hakikate, yani bizzat bu «déret-loi» ye, ne derecede uygun olduğunu araştırmak icap eder.»

Gerçekten Pelletier kararı evveleminde 19/9/1870 tarihli kararnamenin mânasını tesbit ve vüs'at ve şümülünü tayin etmek mecburiyetinde kalmıştır. Zira hakikî bir kanun kuvvet ve mahiyetini haiz olan bu kararname, birinci maddesinin birinci fıkrasında, «8 inci yıl anayasasının 75 inci maddesinin mülga olduğunu» söyledikten sonra, 2 nci fıkrasında, «bunun gibi her sınıf memurlar aleyhindeki takibata engel olabilecek tekmil umumî veya hususî mahiyetteki kanun hükümlerinin de mülga bulduklarını» ilâve etmektedir.

Aynı kararnamenin 2 nci maddesi ise «memurlar aleyhine füzuli ta-

kibatta bulunacak olan fertler hakkında, umumî menfaat namına vaz'ına lüzum görülecek, zarar ziyan itası şeklinde bir müeyyidenin ileride vazolunacağını» vâdetmektedir.

Esasen şu muhakkaktır ki mezkûr kararname mütekaddim müsaade sistemini vazedenden 8 inci yıl anayasasının 75 inci maddesine karşı bir aksülâmel olarak meydana gelmiştir.

Filhakika mütekaddim müsaade sisteminin cârî olduğu müddet zarfında - yani bu sistemin vazedildiği 1799 senesinden ilga edildiği 1870 senesine kadar geçen 70 sene içinde - bu usul büyük sulistimallere yol açmıştır. Şöyle ki, 8 inci yıl anayasasına göre takibattan evvel müsaade almak mecburiyeti münhasıran ajan ve memurlar aleyhindeki cezaî takibat için vazolunduğu halde tatbikatta bu sistem ajan ve memurlar aleyhindeki hukukî takibata da teşmil olunmuştur. Yani Devlet Şûrasından müsaade almak mecburiyeti, ajan ve memurlara karşı mutazarrır şahıslar tarafından açılan tazminat davalarında da zaruri telâkki olunmuştur.

Aynı zamanda bu sistem muhtelif hükûmetler tarafından mâsum ajan ve memurları korumaya yarayacak hukukî bir vasıta olmaktan ziyade siyasi bir âlet olarak kullanılmıştır. Şöyle ki, Devlet Şûrası uluorta her takibata uğrayan ajan ve memuru korumayı âdeta kendine şiar edinerek adli takibata müsaade etmek hususunda çok kiskanç ve hasis davranmıştır[6]. Bu itibarla çok defa suçlu veya kusurlu ajan ve memuru, ne cezaen, ne de hukukan, takip edebilmek mümkün olamamıştır.

Bu yüzden mütekaddim müsaade sistemi muhtelif hükûmetler zamanında birçok şikâyetler, aksülâmeler doğurmuş, müteaddit hukukçuların, siyaset ve hükûmet adamlarının ve yazarların tenkidine maruz kalmış olduğu gibi; 8 inci yıl anayasasını takip eden esas teşkilât kanunlarının hiçbirisi mütekaddim müsaade sistemine yer vermemişler, hattâ bazı anayasalar - ezcümle 1830 Charte'i, 1848 kanunu esasısı - ve bazı kanun projeleri - hususile 1835, 1849 ve 1850 projeleri - mütekaddim müsaade sisteminin ilga edileceğini vâdetmek lüzumunu dahi hissetmişlerdir.

Lâkin bütün bu tenkid ve vaatlere rağmen mütekaddim müsaade sistemi - 8 inci yıl anayasası ilga olunduktan sonra muahhar anayasaların hiçbirinde yer almamakla beraber - âdi bir kanun hükmü olarak her nâsılsa yaşamış ve tatbik olunmakta devam edegelmiştir.

İşte III üncü Napolyon zamanında, bilhassa İkinci İmparatorluğun otoriter rejim devri olarak vasıflandırılan 1852 ilâ 1864 seneleri zarfında

[6] Nitekim İkinci İmparatorluğun otoriter devri olarak vasıflandırılan son zamanlarında, yani 1852 ile 1864 seneleri içinde 264 talepten ancak 34 ü kabul edilerek ajan ve memurların takibine müsaade olunmuştur.

en fazla sulistimallere sebebiyet vermiş olan mütekaddim müsaade sistemi yine bu devirde en şiddetli şikâyetleri de mucip olmuştur.

Bu itibarla 1870 harbini ve mağlûbiyetini müteakip, fiilî bir surette iş başına gelen muvakkat hükûmetin (Gouvernement de la Défense nationale) ilk işi 18/9/1870 tarihli kararname ile bu sistemi ilga etmek olmuştur.

Şunu da ayrıca belirtmek lâzım gelir ki: Mezkûr kararname alelâde bir kararname olmayıp bir kanun kuvvet ve mahiyetini haiz bir «décret-loi» dir. Filhakika hâdiselerin ilcasile felce uğramış olan meşrû hükûmet yerine fiilen kaim olarak iş başına gelen muvakkat hükûmetin bütün tasarruf ve kararları gibi 1870 tarihli kararname de 1871 senesinde intihap olunan teşrî organının, yani Millet Meclisinin (Assemblée) tasdikine arz olunmuştur.

Halbuki teşrî organı muvakkat hükûmetin birçok kararlarını sarahaten iptal ve feshetmiştir. Bu suretle iptal ve fesholunmayan bilcümle kararların Meclis tarafından zımnen tasdik edildiği kabul olunmuştur. İşte 19/9/1870 tarihli kararname de bunlar arasında yer aldığına göre teşrî uzvunun zımnî tasvibile kanunilik iktisap etmiştir. Bu itibarla mezkûr kararnamenin hakikî bir kanun mahiyet ve kuvvetini haiz bir «décret-loi» olduğu şüpheden varestedir. Nitekim mezkûr kararname bugüne kadar bu mevzuu tanzim eden yegâne kanun metni olarak meriyetini muhafaza etmiştir.

Profesör Jacquelin bu kısa tarihçeden sonra Pelletier kararını ele alarak - yukarıda işaret ettiğimiz üzere - İhtilâf mahkemesinin Pelletier kararile kabul ettiği hal suretinin ne dereceye kadar doğru olduğunu tayin edebilmek için Yüksek mahkemenin 19/9/1870 tarihli kararnameye atfetmek istediği mâna ve şümulün mezkûr kararnamenin hakikî mâna ve şümulüne ne dereceye kadar tetabuk ettiğini araştırmak lâzım geldiğini kaydediyor.

Halbuki Profesöre göre İhtilâf mahkemesi 19/9/1870 tarihli kararnameyi Pelletier kararında görüldüğü şekilde tefsir etmekle bu kararnamenin gerek metnine, gerek ruhuna, gerekse evvelki tatbikat ve içtihatlarla ihanet etmiştir.

III — Filhakika kararnamenin metni çok sarıhtir. Birinci maddenin birinci fıkrası mütekaddim müsaade sistemini vazedenden 8 inci yıl Anayasasının 75 inci maddesini ilga ettiği gibi; 2 nci fıkrası da memurların takibi hususunda gerek hususî, gerek umumî mahiyetteki kanunlardan neşet eden bilcümle takyidatı kaldırmaktadır.

A) Hakikaten 1870 ten evvel 8 inci yıl anayasasından maada memur-

ların takibi hususunda adliyenin salâhiyetlerini takyit eden bir çok kanunlar mevcut idi. Meselâ birçok metinler 8 inci yıl Anayasasının Devlet Şûrasına bıraktığı vazifeyi - yükünü hafifletmek maksadile - ondan alarak nâzırlara, umum müdürlere ve hattâ valilere tevdi etmiş bulunuyordu. Yani bu metinler herhangi bir ajan veya memurun adliyede takip olunabilmesi için evveleminde alınması gereken müsaadenin Devlet Şûrası yerine ilgili nâzır, umum müdür veya valilerden istihsalini kabul etmişlerdi.

Meselâ orman ve sular idaresi ajan ve memurlarının, bilâvasıta vergi tahsili işle meşgul olan ajan ve memurların, gümrük idaresi ajan ve memurlarının, âmme emlâkinin idaresile muvazzaf ajan ve memurların adliyede takip olunabilmeleri evveleminde mensup oldukları nezaret veya umum müdürlük veya valilerden bu hususta müsaade alınmasına tâbi tutulmuştu.

İşte 19/9/1870 tarihli kararname yalnız 8 inci yıl Anayasasının 75 inci maddesini ilga etmekle iktifa etmeyerek, ajan ve memurların adliye huzurunda takipleri hususunda bu gibi engeller koyan bu hususî mevzuatı da kaldırmıştır.

B) Aynı zamanda mezkûr kararname - birinci maddenin 2 nci fıkrasında açıkça beyan olunduğu üzere - yalnız bu mevzua müteallik hususî kanunları değil; fakat umumî mahiyetteki kanun hükümlerini de ilga etmiştir.

Halbuki 2 nci fıkrada ilga edildiği beyan olunan umumî mahiyetteki kanunlar acaba hangileridir?

Pelletier kararında 19/9/1870 tarihli kararnameye istediği mânayı atfeden İhtilâf mahkemesi bu gibi bir tefsirde bulunurken 2 nci fıkrayı hiç nazara almamaktadır. Bu suretle, büyük bir cüretkârlıkla, işine elvermeyen bir metni hiçe saymaktadır. İhtilâf mahkemesi gibi Pelletier kararını tasvip eden hukukçular da 2 nci fıkrada sözü geçen «umumî mahiyetteki kanunlar» ibaresini nazara almamakta, bunu görmezlikten gelmektedirler.

Halbuki bir metin tefsir edilirken, bu tefsire müsait olmayan ve bu itibarla müfessiri sıkan bir fıkrayı nazarı itibara almamak: onu âdeta hazfetmek, metni tağyir etmek demektir; ki bu gibi bir keyfiyet tefsirin tamamen keyfi ve indî olduğuna delâlet eden bir emare sayılmak icap eder.

İşte Jacquelin İhtilâf mahkemesinin 2 nci fıkrada sözü geçen «umumî mahiyetteki kanun hükümleri de mülgadır» ibaresini, üzerinde durmaksızın, bertaraf ettiğini böylece kaydettikten sonra; «acaba 19/9/1870 tarihli kararnamede bahsi geçen bu umumî kanunlardan maksat ve murat

nedir?» Yani «bu umumî kanunlar acaba hangi kanunlardır?» سوالini kendi kendine sormaktadır.

Bu suale ise Profesör aşağıdaki cevabı vermektedir:

Hiç şüphe yok ki 1870 tarihli «décret-loi» nin 2 nci fıkrasında sözü geçen «umumî kanunlar»: Fransada, İhtilâli müteakip, «adliye ile idarenin ayrılığı» esasını vaz veya teyit eden kanunlardan başka bir şey değildir. Başka söyleyişle kararnamede bahsi geçen «umumî mahiyetteki kanunlar» ibaresinden «idarenin adliye karşısında istiklâli» esasını kabul eden muhtelif kanunları anlamak lâzım gelir. Yani bu «umumî kanunlar»: başta 16-24 Ağustos 1790 kanunu (2 nci başlık, madde 13) olmak üzere buna mümasil olan 1791, yıl II, yıl III kanunlarından ibarettir[7].

[7] Sırası gelmişken kendi hesabımıza şunu kaydedelim ki; Fransada, İHTİLÂLİ müteakip adli makamlarla idari makamların ayrılığından bahseden başlıca metinler, bildiğimize göre şunlardır:

1 — Teşri organından sacir olan 8 Kânunusani 1790 tarihli tamim (instruction législative).

Gerçekten bu tamimde adli kazanın idare fonksiyonunun icaplarına ve işlerine müdahale etmeye salâhiyeti olmadığı belirtilmekte; ve buna rağmen adliyenin idare fonksiyonuna karışmaya kalkışması, ve idari makamların fonksiyonlarını icra etmelerine herhangi bir suretle mâni olması, idare fonksiyonunun icrasını ne suretle olursa olsun ihlâl eylemesi halinde Anayasanın çiğnenmiş olacağını söylemekte; binaberin adli mahkemelerin idarenin hareketine mâni olmaya veya bu hareketi tatil etmeye mâtuf herhangi bir muamelelerinin anayasaya aykırı düşeceğine işaret etmekte; bu itibarla bu gibi bir muamelenin tamamen hükümsüz olacağını ve idari makamları faaliyetlerini icradan hiçbir suretle alakoyamayacağını bildirmektedir.

2 — Adli makamlarla idari makamların ayrılığı esasını beyan eden diğer bir metin de 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanundur (2 nci başlık madde 13). Gerçekten bu maddeye göre, adli mahkemelerin fonksiyonu idare fonksiyonundan tamamen ayrıdır ve daima ayrı kalmaya mahkûmdur. Adliye hâkimleri, her ne suretle olursa olsun, idari makamların faaliyetini ihlâl edemezler ve fonksiyonları dolayısıyla idare ajan ve memurları huzurlarına celbedemezler. Aksi takdirde fonksiyonlarını suistimal etmiş ve bir cürüm işlemiş olurlar. (Ki ceza kanunu 127 nci maddesinde, bu suçu cezalandırmaktadır.)

3 — Adli makamlarla idari makamların ayrılığını teyit eden diğer bir metin de 7-14 Teşrinlevvel 1790 kanunudur. Filhakika bu kanuna göre de idari makamların herhangi bir hususta salâhiyetsiz oldukları yolundaki müracaatlar hiçbir hal ve kârda adli mahkemelere ait olmayıp; bu müracaatları dinlemek idarenin başı olan hükümdara bırakılmıştır. Bunun gibi herhangi bir idare ajanını veya memuru, daha evvel mafevk idari makamdan kanununa tevfiқан müsaade almadan, fonksiyonu do-

Gerçekten Fransada «kuvvetler ayrılığı» esası, başka bir söyleyişle «adliye ile idarenin ayrılığı», diğer bir tâbirle «idarenin adliye karşısında istiklâli» prensipi hep bu kanunlardan istihraç olunmuştur. Bu esasın bu kanunlarca vaz ve teyyid olunduğu iddia edilmiştir. Şu halde âşikârdır ki, ajan ve memurların adliyede takiplerini idarenin her türlü müdahale ve tesirinden kurtarmaya mâtuf bulunan, 1870 tarihli kararname adli takibata engel olan her türlü takyidatın ilga edildiğini beyan ederken, yani bu gibi takyidatı ihtiva eden bilcümle özel ve genel mahiyetteki kanun hükümlerinin mülga olduğunu söylerken, tabiatile bu arada ve hattâ en başta «idarenin adliye karşısındaki istiklâline» müteallik olan yukarıdaki kanunları istihdaf etmekte, bunları ilga etmektedir.

Elhasıl 1870 tarihli décret-loi'nin ilga ettiği umumî kanunlar: «İdarenin adliye karşısında istiklâli» esasını vaz ve teyyid eden kanunlardır.

Demek oluyor ki 1870 tarihli kararname ajan ve memurların adli takibatı mevzuunda bizzat bu esası, yani «idarenin adliye karşısında istiklâli» esasını ilga etmiş bulunmaktadır. Başka bir söyleyişle 1870 «décret-loi» si, ajan ve memurların adli takibatı meselesinde, adliyenin «kuvvetler ayrılığı» esası ile bağlı olmamasını istemiştir. Adliyeyi bu hususta serbest bırakmıştır. Yani kararname ajan ve memurlar aleyhindeki davaları tetkik ve rüyet ederken adli mahkemenin bunlara isnad olunan kusuru serbestçe araştırabilmesini, bunlar tarafından icra olunan idarî fiil ve muamelelerin mevzuata, hukuka, idarî örf, âdet an'ane ve usullere uygun olup olmadığını takdir edebilmesini tecviz etmiştir.

Jacquelin bir kere Pelletier kararını bu bakımdan tenkid etmekte ve hâlen dahi mer'î olan 1870 tarihli kararnamenin koyduğu bir hükmü hiçe sayması dolayısıyla bu içtihadı kabule şayan telâkki etmemektedir.

Anlatmaya çalıştığımız gibi Jacquelin'e göre kararnamenin metni sarihtir: Metnin mânası budur, ve ancak bu olabilir. Bu cihetle Pelletier kararı metne yanlış bir mâna vermekte; daha doğrusu, kararnamenin 2 nci fıkrasını nazara dahi almamakla, kararnameyi hiçe saymaktadır.

layısıyla adli mahkemeler huzuruna celbetmek, adli mahkemelerde takip etmek memnurdur.

4— Adli makamlarla idarî makamlar ayrılığı 1791 anayasasında da (2 nci başlık, 5 inci fasıl, madde 3) açıkça ifade olunmuştur. Gerçekten burada da adli mahkemelerin idare fonksiyonunu gasbedemeyecekleri, ve idare ajan ve memurlarını fonksiyonları dolayısıyla huzurlarına celbedemeyecekleri yazılıdır.

5— Bunun gibi III üncü yıl 16 fructidor kanununda da idarenin adliye karşısında istiklâli teyyid olunmaktadır. Filhakika bu kanun da adli mahkemeleri - ne neviden olursa olsun - idarî filleri tetkik ve rüyetten sureti kat'iyede meneylemektedir.

Elhasıl Jacquelin'e göre Pelletier kararı 1870 tarihli kararnamenin metnine tamamen aykırıdır.

C) Şu da var ki kararnamenin ikinci maddesi memurlar aleyhinde lüzumsuz ve fuzulî takibatta bulunacak olan fertler hakkında zarar ve ziyan tediyesi şeklinde bir müeyyide vazolunacağını söylemektedir. Demek oluyor ki kararname ajan ve memurları, adli takibat karşısında, ancak davacıları zarar ziyan tediyesi gibi bir müeyyideye çarpmakla korumak istemektedir. Başka bir söyleyişle kararname ajan ve memurların idare tarafından - ihtilâfın İhtilâf mahkemesine sevkolunmak suretile - korunmasına cevaz vermediği ve bunu hatır ve hayaline dahi getirmedeği içindir ki ajan ve memurları başka bir yoldan himaye etmeyi, lüzumlu ad-dediyor. Şöyle ki: aleyhlerinde lüzumsuz ve fuzulî dava açan fertlerden zarar ziyan talep edebilmelerini kabul etmek suretile onlara sadece bu gibi bir teminat bahşetmeyi kâfi görüyor.

Elhasıl kararnamenin 2 nci maddesi dahi muvakkat hükûmetin, ajan ve memurun idare tarafından - ihtilâfın İhtilâf mahkemesine sevki suretile - ayrı bir himayeye mazhar olmasını istemediğini açığa vurmaktadır. Zira hükûmet buna cevaz verseydi - ajan ve memur idare tarafından bu şekilde kâfi derecede himaye edilmiş olacağına göre - artık ayrıca ajan ve memurun lüzumsuz ve fuzulî takibat yüzünden fertten zarar ziyan talep etmesine hacet kalmazdı ve hükûmetin bunu ayrıca derpiş etmesine lüzum olmazdı.

Gerçekten Jacquelin'e göre memurların himayesi ve garantisi hususunda iki sistem mevcuttur: İlk bir sistemde memurun himayesi ve garantisi önleyici bir mahiyet arzeder. Şöyle ki, kanun vâzı memurların fertler tarafından uluorta dava edilmek suretile tâciz edilmelerini istemediği için fertler tarafından memurlar aleyhine açılan davaları tetkik salâhiyetini ya münhasıran idareye tanır. Veya bu salâhiyeti adliyeye bırakmakla beraber adli mahkemenin bu gibi bir davaya bakabilmesi için evveleminde idareden bu hususta müsaade alınmasını şart koşabilir. Yahut ta memurlar aleyhinde açılan davaları tetkik hususunda adliye tamamen serbest bırakmakla, yani davaya bakabilmek için önceden idareden bu hususta müsaade almasına lüzum görmemekle beraber idarenin vazife itirazında bulunarak meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk etmek ve oradan vazifesizlik kararı istihsal etmek suretile davayı adliyenin elinden almasına ve böylece memuru adli takibattan ve mesuliyetten kurtarmasına cevaz verebilir. İşte bu üç halde memur adliye karşısında önleyici bir garanti ve himayeye mazhardır.

Halbuki bu önleyici sistem yanında bir de zecrî bir sistem mevcuttur

ki, bu ikinci sistemde, memur adliyede, tıpkı alelâde bir fert gibi, serbestçe takip edilebilir. Adli mahkeme de memurlar aleyhine açılan davalara tam ve mutlak bir serbesti içinde - yani ne önceden idareden bu hususta izin almaya mecbur olmaksızın, ne de, idarenin vazife itirazında bulunması, vazife ihtilâfını böylece İhtilâf mahkemesine sevketmesi ve Yüksek mahkemeden vazifesizlik kararı alması halinde, davayı evvelâ tâlik, sonra da büsbütün reddetmek zorunda kalmaksızın - bakabilir.

Ancak şu muhakkaktır ki bu sistemde dahi memur tamamen himayesiz ve garantisiz bırakılmış değildir. Zira kanun vâzı memurlar aleyhinde lüzumsuz ve fuzulî dava açan fertler hakkında (bilfarz zarar ziyan tediyeye etmek, nakdî cezaya çarpılmak... gibi) bazı zecrî müeyyideler koymaktadır.

Görülüyor ki bu sistemde memurun himayesi: davacı hakkında zecrî bir müeyyide vaz'ı şeklinde tecelli etmek itibarile önleyici bir mahiyet arzitemyip, tamamen zecrî bir mahiyet irae etmektedir.

İşte 1870 kararnamesi bu esaslara göre mütalea olunduğunda şu neticeye varılır ki: kararnamenin 2 nci maddesi zecrî bir müeyyide derpiş ettiğine göre memurların garantisi hususunda ikinci sistemi - yani zecrî himaye ve garanti usulünü - tercih etmiştir. Şu halde kararnamenin aynı zamanda memurlar aleyhindeki davaların idarece İhtilâf mahkemesine sevki yolile memurların ikinci bir himaye ve garantiye, yani önleyici bir himaye ve garantiye nail olmalarına lüzum görmediği bu suretle sabittir.

Demek oluyor ki Pelletier kararı 1870 «décret-loi» sine bu bakımdan da aykırıdır.

D — Pelletier kararının dayandığı ikinci mucip sebebe gelince:

Evvelce belirtildiği üzere İhtilâf mahkemesi 1870 tarihli kararnamenin adli mahkemede bir ajan veya memur aleyhine - şahsî kusuruna binaen - açılan tazminat davasında idarenin - şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusuru teşkil ettiğini iddia ile vazife itirazında bulunarak - meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetine asla dokunmadığını iddia ettikten sonra; farzı muhal kararnamenin bu imkân ve salâhiyeti refettiği kabul olursa bile İhtilâf mahkemesi 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla tekrardan kurulmuş olduğuna göre bu imkân ve salâhiyetin yeniden avdet etmiş olacağını ileri sürmektedir. Çünkü, Pelletier kararına göre, İhtilâf mahkemesinin yegâne rolü ve vazifesi idare ile adliye arasındaki vazife ihtilâflarını çözmektir. Bu itibarla 1870 kararnamesinin idarenin vazife konusunu İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetini refettiği kabul edilecek olursa İhtilâf mahkemesinin hikmeti

vücudu ve mânası da kalmamış olur. Halbuki Jacquelin İhtilâf mahkemesinin yukarıda hulâsaten naklettiğimiz bu mucip sebebini de tenkid etmektedir.

1 — Gerçekten Jacquelin'e göre bir kere bu sonuncu delil (mucip sebep) ile İhtilâf mahkemesinin serdettiği ilk delil (mucip sebep) tearuz etmektedir. Şöyle ki, İhtilâf mahkemesi birinci mucip sebebinde kararnamenin adli mahkemede bir ajan veya memur aleyhinde açılan tazminat davasında idarenin vazife meselesini İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetine asla dokunmadığını iddia ettiği halde; ikinci mucip sebebinde kararnamenin buna dokunmuş olması ihtimalini derpiş etmektedir. Tenakus âşikârdır.

2 — Saniyen Jacquelin kararnamenin, idarenin bu mevzuda ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetini tamamen refettiğine kanidir[8].

3 — Jacquelin İhtilâf mahkemesinin dayandığı son mucip sebebin çürük ve sakat olduğunu iddia etmektedir. Filhakika Pelletier kararına göre, 19/9/1870 tarihli kararnamenin, adli mahkemelerde ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davalarında idarenin vazife ihtilâfını İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetini kaldırdığı farzolunsa bile İhtilâf mahkemesi 19/9/1870 tarihli kararnameden sonra - 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla - yeniden ihdas edilmiş olduğuna nazaran mezkûr kanunun adliye ile idare arasındaki vazife ihtilâfını bu kabil davalarda da İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek imkân ve salâhiyetini idareye tekrardan tanıdığını kabul etmek icap eder. Bahusus ki İhtilâf mahkemesinin yegâne vazifesi: adliye ile idare arasındaki vazife ihtilâflarını kat'i ve nihai olarak halletmekten ibaret olup, idareye bu gibi bir imkân ve salâhiyet tanınmadığı takdirde İhtilâf mahkemesine de lüzum kalmaz, ve bu mahkeme tamamen fuzulî ve zait bir müessese haline sokulmuş olur.

Halbuki Jacquelin'e göre bu iddia yanlıştır.

Gerçekten adliye ile idare, daha doğrusu adli kaza ile idari kaza arasında zuhur edebilecek olan yegâne vazife ihtilâfı - Pelletier kararının zannettiği gibi - sırf ajan ve memurlar aleyhindeki davalardan, ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayinden ibaret değildir. Başka bir söyleyişle vazife ihtilâfları yalnız bu noktalara münhasır değildir,

[8] Bu kanaatin dayandığı mucip sebepleri yukarıda kısmen incelediğimiz gibi; ileride bunları daha tafsilâtli bir surette göreceğiz.

1870 tarihli kararname yalnız ve yalnız bu sahaya ait bulunan, bu mevzua taallük eden vazife ihtilâflarının idare tarafından İhtilâf mahkemesine sevkedilebilmesi imkânını bertaraf ve refetmiş bulunmaktadır.

Yoksa kararnameye göre, adliye ile idare arasında başka herhangi bir vazife ihtilâfı tabiatile idarece İhtilâf mahkemesine sevkolunabilir. Filhakika kararnameyi ısdar eden hükümet de pek iyi bilir ki: adli kaza yanında idari kazanın bakacağı ve ancak onun bakabileceği bir çok ihtilâflar mevcuttur. İşte bu gibi davalarda adli mahkemeler kendilerini vazifeli görececek olurlarsa, şüphe yok ki idare vazife itirazında bulunarak meseleyi İhtilâf mahkemesine götürülebilir.

Meselâ bir fert bir âmme hizmetinin ifası sırasında, yolsuz bir fiil yüzünden mutazarrır olup da bundan dolayı ajan ve memurun şahsına karşı - şahsî kusuruna binaen - bir tazminat davası açacak yerde doğrudan doğruya idare aleyhinde - hizmet kusuruna binaen - bir tazminat davası ikame etmek ister ve fakat bu davayı, idari kazada açması lâzım gelirken, adli mahkemede ikame eder, ve adli mahkeme de bu davaya bakmak hususunda kendini vazifeli görürse, şüphe yok ki, idare, hizmet kusurundan mütevellit tam kaza davalarının idari kazaya ait olduğunu iddia ile vazife itirazında bulunabilir ve adliye ile kendi arasındaki bu vazife ihtilâfını İhtilâf mahkemesine sevkedebilir.

Bunun gibi mevzuata aykırı bir karardan şikâyet eden bir fert bir tazminat talep etmeyip, sadece bu kararın kalkmasını isterse; yapması lâzım gelen şey: idari mahkemeye müracaatla bu karara karşı - mevzuata aykırılığına binaen - bir iptal davası açmaktır. Lâkin alâkadar, bu gibi bir davayı idari mahkemede açacak yerde adli mahkemede ikame eder ve mahkeme de bu davayı tetkik ve rüyet hususunda kendisini vazifeli görürse, pek tabiidir ki, idare, idari kararları iptal etmek salâhiyetinin münhasıran idari kazaya ait olduğunu iddia ile, adliyenin vazifesizliğini ileri sürerek bu ihtilâfı da İhtilâf mahkemesine götürülebilir.

Kezalik daha bir çok ihtilâflar vardır ki -1870 tarihli kararnameye rağmen, yani mezkûr kararnamenin ajan ve memurlara karşı açılan davalarda «idarenin adliye karşısında istiklâli» esasını ilga etmesine rağmen - yine idari kazaya ait olmakta devam etmektedir. Bilfarz nafia işlerinden çıkan davalar, maaştan mütevellit ihtilâflar... idari kazaya ait olup; adli mahkemeler bu gibi meseleleri tetkike kalkıştıkları takdirde, muhakkak ki, idare, vazife itirazında bulunarak, bu ihtilâfların hangi kazaya ait olduğu noktasının hallini İhtilâf mahkemesinden isteyebilir.

Demek oluyor ki İhtilâf mahkemesinin yegâne rolü ve vazifesi: adli mahkemelerde ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davaları münasebetiyle adliye ile idare arasında çıkacak vazife ihtilâflarını halletmek-

ten ibaret olmadığına göre; 24 Mayıs 1872 tarihli kanunla İhtilâf mahkemesinin tekrardan kurulması - Pelletier kararının iddia ettiği üzere - behemehal İhtilâf mahkemesinin bu kabil ihtilâflara bakmasını tazammun etmediği gibi; - yine Pelletier kararının iddiası hilâfına - İhtilâf mahkemesinin bu gibi ihtilâflara bakmaması onu tamamen fuzulî, lüzumsuz, zait bir müessese haline de sokmuş olmaz. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, İhtilâf mahkemesi yalnız, ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiği hususunda adliye ile idare arasında çıkan ihtilâflara bakmayıp; daha bir sürü vazife ihtilâflarını çözmekle mükelleftir; ki birinci nevi ihtilâflara bakmaması onu diğer ihtilâfları tetkikten alıkoyamayacağına nazaran lüzumsuz ve fuzulî bir müessese olmak şöyle dursun, İhtilâf mahkemesinin bilâkis vazifesi hayli yüklü bir merci olmakta devam edeceği muhakkaktır.

Bütün bu izahattan çıkan netice şudur ki: 1870 tarihli kararnamenin ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda idareyi, vazife konusunu İhtilâf mahkemesine sevketmekten menetmesine rağmen 1872 senesinde kanun vâzı bir İhtilâf mahkemesi kurmayı pekâlâ düşünmüş olabilir. Zira, yukarıda uzun uzadıya izah olunduğu üzere, ajan ve memurlar aleyhindeki davalardan sarfınazar edilse bile, idarî kazaya ait müteaddit ve çeşitli ihtilâflar mevcut olup, bu gibi işlerde adliyenin, idarî kazanın vazife ve salâhiyetine tecavüz etmesini önlemek vazifesi de tabiatile İhtilâf mahkemesine ait olduğuna göre, Yüksek mahkemenin meşgul olacağı işler yine hayli kabarık bir yekûn tutar.

Görülüyor ki 1872 kanununun İhtilâf mahkemesini tekrardan kurması ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda şikâyeti mucip fiilin, hakikaten - adliyenin iddia ettiği gibi - şahsî bir kusur mu, yoksa - idarenin iddia ettiği veçhile - bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin etmek vazifesinin de zarurî olarak İhtilâf mahkemesine ait olmasını âmir olmadığı gibi; İhtilâf mahkemesinin kurulması hâdisesile ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda idarenin vazife konusunu İhtilâf mahkemesine sevkedip edememesi meselesi arasında hiçbir alâka ve münasebet de mevcut değildir. Yukarıda işaret edildiği üzere kanun vâzınının, ajan ve memurlar aleyhindeki davalar haricinde kalıp da idarî kazanın vazifesi dahilinde bulunan sair ihtilâfların adli mahkemelerce - idarî kazanın vazife ve salâhiyetine tecavüzle - görülmesine mâni olmak maksadile İhtilâf mahkemesini kurduğu pekâlâ düşünülebilir.

Bu itibarla Pelletier kararı gibi İhtilâf mahkemesinin 1872 senesinde ihdası hâdisesinden ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda şikâyeti mucip

fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin etmek vazifesinin de muhakkak surette İhtilâf mahkemesine ait olduğu neticesini çıkarmaya çalışmak mantıkan doğru değildir. İşte Pelletier kararı bu bakımdan da yanlış ve sakattır.

IV — Yukarıda işaret ettiğimiz üzere Jacquelin'e göre Pelletier içtihadı mezkûr kararnamenin yalnız metnine değil; fakat aynı zamanda ruhuna ve maksadına da ihanet etmektedir.

Gerçekten - yukarıda tarihçesini çizdiğimiz üzere - muvakkat hükûmetin, 1870 senesinde Fransanın en büyük bir hezimete uğradığı ve en feci günlerini yaşadığı bir sırada, bu gibi bir kararname ısdar ederken güttüğü maksat aşıkârdır. Bu kararname otoriter bir sisteme aksülâmel olarak en liberal bir zihniyetle kaleme alınmıştır. Şöyle ki, bu kararname ile güdülen maksat: mütekaddim müsaade sisteminin sebebiyet verdiği acı şikâyetlere nihayet vermekten ibarettir. Demek oluyor ki mezkûr kararname ajan ve memurlar lehinde değil de; bilâkis mütekaddim müsaade sisteminde ajan ve memurların, adli takibat hususunda, haiz oldukları ve istifade ettikleri «idarî garanti» usulünden şikâyetçi olan fertler lehinde bir teminat tesis etmek istemiştir. Başka bir ifade ile muvakkat hükûmet bu kararnameyi ısdar ederken fertlerin ajan ve memurlar aleyhinde serbestçe dava açabilmelerini; adli mahkemelerin de bu davaları serbestçe tetkik ve rüyet edebilmelerini sağlamak istemiştir. Bu itibarla denebilir ki: kararname şimdiye kadar ajan ve memurlarla idarenin istifade edelmekte olduğu «idarî garanti» sistemi yerine bundan böyle fert ve adliye lehine olarak «adli takibatın serbestisi» esasını koymakla fert ve adliye lehine bir «adli garanti» tesis etmiştir.

Hattâ daha ileri giderek bihakkın iddia edilebilir ki: muvakkat hükûmet adliyeyi yalnız, ajan ve memurların takibi meselesinde, idarenin müdahale ve tesirinden kurtarmakla iktifa etmeyerek; daha umumî ve şumullü olarak adliyeyi her hususta, her meselede idarenin tesir ve müdahalesinden kurtarmak gayesini gütmüştür. Yani adli mahkemelerin kazai vazifelerini bilcümle hususat ve mevadda tam ve mutlak bir serbesti içinde görebilmelerini istiyen muvakkat hükûmet adli mahkemelerin vazife ve salâhiyetlerini takyit eden her türlü tahdidatı kaldırmak istemiştir.

Nitekim meşgul olduğumuz 19/9/1870 tarihli kararnameyi ısdar etmezden bir gün evvel, yani 18/9/1870 gününde hükûmet, yine bir kararname ile, idarî kazanın tamamen ilgasile kazai vazife ve salâhiyetlerinin adli mahkemelere devri meselesini incelemek üzere bir komisyon kur-

muştı[9]. Demek oluyor ki muvakkat hükümet «vahdeti kaza» fikrine taraftar olarak işe başlamış bulunuyordu. Nazarında idarî kazaya lüzum olmayıp; idarî ihtilâfları tetkik ve halletmek vazifesinin de adliyeye tevdi lâzım gelmekteydi.

İşte 19/9/1870 tarihli kararname bu gibi bir zihniyetle kaleme alınmış ve ısdar olunmuştur. Bu itibarla kararnamenin mânasını tayine çalışırken hükümetin hakikî maksat ve gayesinin bu olduğunu unutmamak lâzımdır. Bunu nazara almadığı içindir ki Pelletier kararı, kararnamenin ruh ve maksadına aykırı bir hal sureti ortaya koymaktadır.

V — Nihayet Jacquelin, Pelletier kararının evvelki tatbikat ve içtihadı da muhalif olduğunu iddia eylemektedir. Gerçekten müellife göre İhtilâf mahkemesinin noktai nazarı kabul edildiği takdirde 19/9/1870 tarihli kararnamenin mâna ve şumulü hiçe iner ve bu itibarla mezkûr kararname ile yapılmak istenilen reformun hikmeti vücudu ve değeri de sıfıra müncer olur.

A) Bir kere 1870 ten evvel, yani mütekaddim müsaade sisteminin câri olduğu müddet zarfında adliyenin ajan ve memur aleyhindeki davaya bakabilmesi için evveleminde Devlet Şûrasından müsaade istihsali lüzumu zarurî telâkki olunmakla beraber; bu müsaade alındıktan sonra artık adli mahkemenin davayı tam ve mutlak bir serbesti içinde tetkik, rüyet ve intaç edebilmesi kabul olunmaktaydı. Yani mütekaddim müsaade bir kere istihsal olunup adli mahkeme ajan ve memur aleyhindeki davayı tetkike başladıktan sonra artık idarenin - ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî kusur teşkil etmediğini iddia ile - meseleyi İhtilâf mahkemesine sevketmesine ve davayı bu suretle adliyenin elinden almasına hiçbir suretle cevaz verilmemekteydi.

Demek oluyor ki 1870 den evvelki tatbikat ve mahakim içtihadına göre adli mahkemelerin fertler tarafından ajan ve memurlar aleyhinde, şahsî kusurlarına binaen, açılan tazminat davalarını tetkik ederken ajan ve memurlara isnad olunan fiilin mahiyetini, karakterini, mevzuat, hukuk, idarî örf âdet, teamül ve usullere uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilmeleri tecviz olunmaktaydı. Kısacası, adliye ajan ve memurlar aleyhindeki davalar zımında idarî fiil ve muamelelerin kanuniliğini tetkik ve takdir salâhiyetini bilâkaydu şart haiz bulunuyordu.

Şu halde 1870 kararnamesine İhtilâf mahkemesinin atfettiği mânayı

[9] Şunu ilâve etmek lâzım gelir ki mezkûr komisyon idarî kazanın ilgası lüzumuna kanaat getirerek idarî kazanın ilgasını ittifakla teklif etmiştir.

atfettiğimiz takdirde bunun eski sisteme nazaran adliye için daha fazla tahdit edici bir sistem olduğunu kabul etmek lâzım gelir; ki Pelletier kararı bir kere bu bakımdan tenkid edilebilir.

B) Saniyen - Jacquelin'e göre - şu da var ki mütekaddim müsaade sistemi tatbik olunduğu devirde herhangi bir hâdisede mütekaddim müsaadeye lüzum olup olmadığını tayin etmek vazifesi de davaya el koyan adli mahkemeye ait bulunmaktaydı. Bu itibarla adli mahkemede ajan veya memur aleyhinde bir dava açıldığında, davaya bakabilmek için, daha evvel Devlet Şûrasından bu hususta izin almak lâzım gelip gelmediğini bizzat bu mahkeme karar altına almaktaydı. Binaenaleyh ancak bu gibi bir müsaade almak lüzumuna kendisi kani bulunduğu takdirde, bu gibi bir müsaade alınıncaya değin, davayı tâlik etmekte; bilâkis bu gibi bir müsaade almanın hiç de zarurî olmadığına kanaat getirdiğinde davaya bakmaya kendini tamamen yetkili telâkki etmekteydi. Elhasıl mütekaddim müsaadeye lüzum olup olmadığını kayıtsız ve şartsız olarak, tayin etmek adliyenin mutlak salâhiyeti cümlesindendi. Filhakika 1 Haziran 1828 tarihli kararnamenin (ordonnance) 3 üncü maddesi ajan ve memurlar aleyhine adli mahkemelerde idareden müsaade istihsal olunmadan açılan davalarda idarenin bu hususu İhtilâf mahkemesine sevketmesini kat'i surette meneylemekte idi. Gerçekten - mütekaddim müsaade sisteminde - idarenin ihtilâfı ihdas salâhiyetini müsaade almak mecburiyetini sağlamaya mâtuf bir müeyyide olarak kullanması mümkün değildi. Bu itibarla idare adliyeyi ajan ve memur aleyhine açılan bir davayı tetkikten menedebilmek imkânından mahrum bulunuyordu.

Halbuki Pelletier kararı idareye, adli mahkemede bir ajan veya memur aleyhine açılan bir tazminat davasında dahi - kendisi bu davada hiç bir suretle bir taraf olmadığı, yani ne müddeaaaleyh, ne de müdahil olarak davada yer almadığı halde - meseleyi yine İhtilâf mahkemesine götürebilmek imkânını tanımaktadır; ki eski hale nazaran bu hal suretinin, yine adliye aleyhinde olduğu meydandadır. Bu itibarla Pelletier kararı bu cihetten de tenkide şayandır.

C) Salisen şu da var ki: 1870 tarihinden evvel câri olan mütekaddim müsaade sisteminde memurun adliyede takibinden evvel Devlet Şûrasından izin almak lüzumu bir kere memura isnad olunan fiil ve kusurun herhangi bir fiil ve kusur olması halinde bahse mevzu olmayıp; şikâyeti mücip fiilin fonksiyona müteallik bir fiil olması, yani bir hizmet kusuru şeklinde manzur olması halinde aranmaktaydı. Demek oluyor ki mütekaddim müsaade mecburiyeti fonksiyona müteallik olmayan, yani bir hizmet kusuru teşkil etmeyen, başka bir söyleyişle sırf şahsî bir kusurdan

ibaret olan fiiller için mevzuubahs değildi. Elhasıl takipten evvel izin alınması ajanın veya memurun idareye atfı gereken, bir hizmet fiil ve kusurundan dolayı takip olunması halinde zarurî addolunmaktaydı. (Nitekim, Temyiz Mahkemesi, bir takım tereddütlerden sonra, 31 Mart 1864 tarihli Chéronnet kararile bu gibi bir içtihatta bulunmuş; ve bu tarihten itibaren de bu içtihattan hiç ayrılmamıştır.)

İşte Jacquelin'e göre Pelletier kararile kabul olunan hal sureti hakkında doğru bir hüküm verebilmek için, bunu eskiden câri olan mütekaddim müsaade sistemile mukayese ederek, bu hal suretinin eski sisteme nazaran tercihe şayan olup olmadığını araştırmak lâzımdır. Halbuki, müellife göre, bu kıyas Pelletier içtihadı aleyhinedir.

Zira müellife göre, 1870 tarihinden evvel mütekaddim müsaade sistemi câri olmakla beraber adliye, ajan ve memurları takip hususunda hiç bir zaman bugün kadar bağlı olmamıştır.

Gerçekten - yukarıda belirtildiği üzere - mütekaddim müsaade sisteminde izin almak mecburiyeti ajan ve memurun sırf fonksiyonuna müteallik fiillerinden, yani bir hizmet kusuru içinde yer alan, onunla kaynaşan, hizmet kusuru şeklinde manzur olan veya hizmet kusur ile ilgili bulunan fiil ve hareketlerinden münbais davalarda bahse mevzu olup; ajan ve memurun fonksiyonuna müteallik olmayan, şahsî bir kusur şeklinde tecelli eden, hizmet kusuruna da dahil olmayan veya hizmet kusur ile ilgili bulunmayan, bu itibarla hizmet kusurundan ayırt edilmesi mümkün olan şahsî fiil ve hareketlerinden mütevellit davalarda bu gibi bir müsaade almak mecburiyeti yoktu.

Halbuki Pelletier kararına göre bir ajan veya memur, şahsî kusurundan dolayı dava olursa bile idare, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmadığını iddia ile, meseleyi yine İhtilâf mahkemesine sevk edebilir. İhtilâf mahkemesi ise, şahsî kusuru teşhis, tesbit ve hizmet kusurundan tefrik hususunda kat'î ve tatmin edici bir kıstasa malik bulunmadığından, âdeta keyfî ve indî olarak en bariz şahsî bir kusuru bile bir hizmet kusuru olarak tavsif edebilir ve bu suretle adli mahkemenin ajan ve memur aleyhinde açılan davaya bakmasına mâni olabilir.

Demek oluyor ki Pelletier kararile kabul olunan hal suretine göre: idare, ajan ve memura karşı açılan tazminat davasını adliyenin elinden almak suretile, adliyeyi felce uğratmak imkânına malik bulunmak itibariyle, mütekaddim müsaade sistemi câri olan devre nazaran, adliye karşısında çok daha kuvvetli ve müessir bir durumdadır. Şu halde Pelletier kararı, bu bakımdan da, tenkide şayandır.

D) Şunu da kaydetmek lâzımgelir ki: Mütekaddim müsaade sistemi

câri olduğu devirde bu usul kanunsuz ve yolsuz vergi cibayet eden ajan ve memurlara tatbik olunmamaktaydı. Gerçekten müteaddit kanunlar - ez-cümle 8/12/1814, 28/4/1816, 15/5/1818 ve 4-8-1844 tarihli kanunlar - direkt veya endirekt vergi tahsili ve cibayeti ile meşgul olan, bilcümle ajan ve memurlar aleyhinde adli mahkemelerde açılan davalarda Devlet Şûrasından müsaade almak mecburiyetini kaldırmış bulunuyordu. Bu itibarla ajan ve memurların yolsuz ve kanunsuz icraatından mutazarrır olan şahısların, bunları adliyede takip edebilmeleri ve keza adli mahkemelerin bu davaları tetkik ve rüyet edebilmesi mütekaddim müsaade formalitesinden muaf bulunuyordu. Nitekim Pelletier kararından evvel idarenin bu gibi ajan ve memurlar aleyhinde açılan davalarda -şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmediğini iddia ile - davayı İhtilâf mahkemesine sevkettiği hiç görülmemiştir.

Demek ki müsaade almak mecburiyeti olmayan hallerde idarenin -ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda kendi mesuliyetini onların mesuliyeti yerine ikame etmek maksadile- müddeaaalehlere isnad olunan kusurun şahsî bir kusur olmayıp bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile meseleyi İhtilâf mahkemesine götürmesine cevaz verilmemekteydi. Hattâ bu, idarenin hatır ve hayalinden bile geçmemekteydi.

İşte 1870 tarihli kararname belki de evvelce sırf vergi tahsil ve cibayeti hususunda kabul olunan bu hal suretini genişletmek vesair bütün hususlara teşmil etmek istemiştir.

Halbuki Pelletier kararına göre bu kabil işlerde, yani bu gibi ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davalarında dahi idarenin meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedebilmesi mümkündür. Binaberin yeni içtihat, eski tatbikata nazaran, bu bakımdan da tenkide şayandır.

E) Esasen şu da var ki, adli ve idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının sureti halli hakkındaki 1 Haziran 1828 tarihli kararnamenin[10]

[10] Şu noktaya işaret etmek faydalı olur ki; adli ve idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının, idare tarafından ihdası suretile, halli meselesini tanzim eden 1 Haziran 1828 tarihli kararname (ordonance) ne 1870 senesinden evvel, ne de sonra, bugüne kadar, ilga edilmiş değildir. Bu itibarla halen dahi mer'idir. Şu da var ki: mezkûr kararname adli ve idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının sureti ihdası ve halli hakkında en esası prensipleri ihtiva eden ve bu meseleleri teferruatına kadar tanzim eden en geniş metindir. Şunu da ayrıca kaydetmek lâzım gelir ki: bugünkü şekil ve mânada hakiki bir İhtilâf mahkemesi Fransada ancak 1848 senesinde kurulmuş olup; 1828 kararnamesine göre adli ve idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarının idare tarafından ihdası üzerine kesin ve nihai olarak halli vazifesi Devlet Şûrasına ait bu-

3 üncü maddesi - 8 inci yıl anayasasının 75 inci maddesi gereğince - adli mahkemelerde ancak Devlet Şûrasından müsaade alındıktan sonra, ajan ve memurlar aleyhinde açılması mümkün olan davalarda adli mahkemenin, bu gibi bir müsaadeye lüzum görmeyerek, bu kabil davalara Devlet Şûrasından müsaade alınmaksızın bakması halinde idarenin - müsaade almak lüzumundan bahisle - ihtilâfı ihtilâf merciine sevkedebilmesini, yani ajan ve memurlar aleyhindeki tazminat davalarında müsaade almak lâzım gelip gelmediği hususunda adliye ile kendi arasında zuhur eden ihtilâfı İhtilâf mahkemesine götürmek suretile adliyeyi davayı tetkikten alıkoyabilmesini, sureti kat'iyede, menetmiş bulunuyordu. Kısaca 1828 tarihli kararname, adli mahkemede ajan ve memur aleyhinde açılan bir davada Devlet Şûrasından müsaade almak lâzım gelip gelmediği meselesini idarenin ihtilâf merciine sevkedebilmesini yasak etmekte; bu suretle idarenin, ihtilâfı ihdas salâhiyetini mütekaddim müsaade mecburiyetinin bir müeyyidesi, yani adliyeyi mütekaddim müsaade sistemine riayet ettirmeye yarayacak bir silâh olarak kullanmasına cevaz vermemekteydi.

Şu halde İhtilâf mahkemesi, Pelletier kararıyle idarenin adli mahkemeleri mütekaddim müsaade sisteminde adli mahkemeler hakkında da ajan ve memurlar aleyhindeki davaları tetkikten menetmesine cevaz vermektedir; ki Pelletier içtihadının eski tatbikat ve içtihada nazaran ajan ve memurların adliyede takiplerini kolaylaştıracak yerde bilâkis zorlaştırdığı meydandadır. Bu itibarla Pelletier kararı, bu bakımdan da, tenkide şayandır.

Şunu da ilâve edelim ki: 1848 de kurulan İhtilâf mahkemesi, 1851 hükümet darbesi üzerine III üncü Napolyon tarafından ilga edilince bu mahkemenin vazife ve salâhiyetleri Devlet Şûrasına devredilmiştir. Bu itibarla 1851 den 1870 senesine kadar adli ve idari kaza arasındaki vazife ihtilâflarını çözmek tekrardan Devlet Şûrasına ait olmuştur. 1870 senesinde ise, İkinci İmparatorluğun yıkılması üzerine, İmparatorluğun birçok müesseseleri tasfiyeye uğrarken bu meyanda III üncü Napolyon zamanında tayin olunan Devlet Şûrası azaları da azlolunmuş; bu suretle ortadan kalkan Devlet Şûrası yerine kalm olmak üzere muvakkat bir komisyon kurulmuştur. İşte Devlet Şûrasının vazife ve salâhiyetleri bu komisyona devrolunurken adli ve idari kaza arasındaki vazife ihtilâflarını çözmek işi de bu komisyona havale olunmuştur. Bütün bu hususlarda ve daha umumî olarak vazife ihtilâfları hakkında daha fazla izahat isteyenler tekmlî klâsik idare hukuku eserlerinden maada şu kaynaklara müracaat edebilirler:

Répertoire encyclopédique du Droit Français (F. Labori) tome III (Conflit).

Répertoire du droit administratif (L. Béquet) tome III (Contentieux administratif).

Dictionnaire de l'Administration (M. Block) tome I. (Conflit).

İşte yukarıdaki mülâhazalara dayanarak Jacquelin İhtilâf mahkemesinin 1870 kararına Pelletier kararındaki mâna ve şumulü atfetmekle kararnamenin metnine ve ruhuna aykırı hareket ettiği gibi; tatbikat ve mahakim içtihatlarına da muhalif bir yol tuttuğunu iddia etmektedir.

F) Bahusus ki 1870 kararnamesinin ısdarını takip eden ilk senelerde - yani 1873 tarihli Pelletier kararına kadar - mahkemeler bu kararnameye en geniş ve en liberal bir mâna atfetmişler; adli mahkemelerin, ajan ve memurlar aleyhindeki davaları, hiçbir kayıt ve tahdide tâbi olmaksızın tetkik ve rüyete salâhiyetli olduklarını kabul etmişler; bu gibi bir davada idarenin, meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk etmek suretile, adli mahkemeyi davayı tetkikten menedebilmesini hiçbir suretle tecviz etmemişlerdir. Gerçekten Pelletier kararına kadar gerek bidayet, gerek istinaf mahkemelerinin, gerek temyiz mahkemesinin ve hattâ gerekse - İkinci İmparatorluk zamanında tayin olunan Devlet Şûrası âzalarının azli üzerine muvakkat bir zaman için Devlet Şûrası yerine kaim olup onun vazifelerini ifa eden, ve bu meyanda adli ve idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarını, ihtilâf mercii olarak çözen - muvakkat komisyonun[11] içtihadı bu olmuştur.

Meselâ Dijon Bidayet Mahkemesinin ve Dijon İstinaf Mahkemesinin 3/6/1872 tarihli Meyère kararı; Lyon İstinaf Mahkemesinin 23/7/1872 tarihli Valentin kararı; Paris İstinaf Mahkemesinin 23/3/1873 tarihli ve Temyiz Mahkemesinin 20/6/1873 tarihli Petit kararı; Temyiz Mahkemesinin 25/1/1873 tarihli Engelhard kararı; yine Temyiz Mahkemesinin 18/3/1873 tarihli Héraud kararı; keza Devlet Şûrası yerine kaim olan muvakkat komisyonun ihtilâf mercii sıfatile, ittihaz ettiği 7/5/1871 tarihli Cumont et Stofflet kararı; mahakim içtihadının bu merkezde olduğunu göstermektedir.

Gerçekten bu kararlara göre: ajan veya memurun fonksiyonu zımında veya fonksiyonu münasebetile, yahut fonksiyonuna müteallik olarak işlediği bir suç veya haksız fiilden mutazarrır olan bir şahıs tarafından ajan veya memur aleyhinde adli mahkemede bir tazminat davası açıldığında adli mahkeme ajan veya memura isnad olunan ve tazminat davasına sebebiyet veren fiilin bir suç veya haksız bir fiil teşkil edip etmediğini serbestçe araştırabilir. Daha doğrusu adli mahkeme şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini araştırırken ajan ve memur tarafından fonksiyonu zımında icra olunan idarî fiil ve muameleleri serbestçe tefsir ve takdir edebilir. Bu gibi davalarda idare ihtilâfı ihdas salâhiyetini kullanamaz. Zira 1870 tarihli kararname 8 inci yıl anayasası-

[11] 10 numaralı nottaki izahata bakınız.

nın 75 inci maddesi ile adli takibatı takyide mâtuf olan umumî ve hususî mahiyetteki kanun hükümlerini ilga etmiştir. Bu itibarla mezkûr kararname adli mahkemeleri ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davalarında şikâyeti mucip fiili tavsif ve takdir hususunda mutlak surette salâhiyetli kılmaktadır. Şayet bu gibi davalarda idarenin ihtilâfı ihdas edebilmesi kabul olursa adli mahkemenin idarenin vazife itirazı üzerine - vazife ihtilâfının ihtilâf merciince halline değin - davayı tâlik etmesi lâzım gelir; ki bu takdirde 1870 kararnamesinin tamamen ilga etmiş olduğu garanti sistemi tekrardan ihya edilmiş olur.

V — Bütün bu delillere istinatla Jacquelin şu neticeye varıyor ki: Pelletier kararı 19/9/1870 tarihli kararnamenin gerek metnine, gerek ruhuna, gerekse tatbikat ve içtihatla tekarrür eden tefsirine tamamen muhalif olup tenkide şayan bir içtihadın teessüsüne sebebiyet vermiştir.

Filhakika 19/9/1870 tarihli kararnameye İhtilâf mahkemesinin atfettiği mânayı atfedecek olursak, mezkûr kararnamenin ne için vaz edildiğini ve neye yaradığını kendi kendimize sormamız lâzım gelir. Halbuki bu suale cevap vermek de pek müşkül ve hattâ hemen hemen imkânsızdır.

Gerçekten - yukarıda belirtildiği veçhile - mezkûr kararnamenin ısdarından evvel câri olan sistemde adliyenin lehinde olan birçok hususlar mevcuttu; ki 1870 kararnamesi İhtilâf mahkemesinin anladığı şekilde tefsir edildiği takdirde, mezkûr kararname eski sisteme nazaran bir reform teşkil etmek şöyle dursun, bilâkis bir gerilik, bir irticâ sayılmak lâzım gelir.

Filhakika 1870 den evvel idareden mütekaddim müsaade alındıktan sonra adli mahkeme ajan ve memur aleyhindeki bir davaya serbestçe bakabilmekte; idare ise ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk etmek suretile buna asla mâni olamamaktaydı. Bunun gibi mütekaddim müsaadeye lüzum olup olmadığını tayin de münhasıran adliyenin salâhiyeti cümlesinden idi. Kezalik mütekaddim müsaade sistemine tâbi olmayan vergi tahsil-darlarının adliye huzurunda takiplerinde idarenin ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk edebilmesi tecviz olunmamakta; hattâ idarenin buna teşebbüs ve tevessül ettiği vâki dahi değildi. Nihayet 1 Haziran 1828 tarihli kararnamenin 3 üncü maddesi gereğince adli mahkemelerde ajan ve memurlar aleyhinde açılan davalarda idarenin, ihtilâfı ihdas salâhiyetini mütekaddim müsaade sisteminin bir müeyyidesi olarak kullanabilmesi kesin olarak men edilmiş bulunmaktaydı.

Şu halde aşikârdır ki 1870 kararnamesine İhtilâf mahkemesinin atfetmek istediği mânayı atfedecek olursak; yeni sistemin, şiddetli şikâyet ve tenkidlere sebebiyet veren ve bu itibarla 1870 de kaldırılmasına lüzum

görülen, eski sistemden, fert ve adliye için, çok daha kötü bir durum ihdas ettiğini de kabul etmek lâzım gelir; ki 1870 kararnameyi ısdar edenlerin maksadının hiç de bu olmadığı muhakkaktır. Elhasıl, bu şekilde tefsir edildiğinde yeni sistem eskisinden çok daha ağırdır. Adliyeyi idarenin müdahale ve tesirinden kurtarmak şöyle dursun, eskisine nazaran, adliyeyi daha çok kayıt ve tahdidata tâbi tutmakta; idarenin adliye karşısındaki istiklâline nihayet verecek yerde bilâkis adliyeyi idarenin tesir ve nüfuzu altına sokmaktadır.

Görülüyor ki Pelletier kararı hakikati halde, mütekaddim müsaade sisteminin ilgasına rağmen, 1870 kararnameyi fert ve adliye lehinde bir reform meydana getirmediği neticesine varmış oluyor. Filhakika Pelletier içtihadına göre fert, kendisini mutazarrır eden bir ajan veya memur aleyhinde adli mahkemede dava açmakta tamamen muhtar ve hür olmakla ve bu hususta önceden idareden bir izin almak zorunda bulunmamakla beraber, idare arzu ettiği takdirde vazife itirazında bulunarak meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk etmek suretile davayı tâlik ettirebilecek; hattâ İhtilâf mahkemesini iknaa muvaffak olduğu, yani şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmadığı tezini Yüksek mahkemeye kabul ettirebildiği takdirde artık ferdin bu ajan ve memuru takip edebilmesine kat'i surette mâni olabilecek; aynı zamanda adliyeyi bu davayı redde mecbur bırakacak; ferdi de yeni bir takım külfetlere girerek, Devlet Şûrasında idare aleyhine, hizmet kusuruna binaen, istikbali meşkûk ve mukadderatı meçhul bir tam kaza, tazminat davası açmaya sevk edebilecek demektir.

Öyleyse 1870 kararnameyi hikmeti vücudu, mâna ve kıymeti nedir? Bu kararname ile yapılan ıslahatın, daha doğrusu yapılmak istenilen reformun mâna ve şumulü ne olabilir?

A) Yukarıdaki suali vazeden Jacquelin diyor ki: «İhtilâf mahkemesi, Pelletier kararile, 1870 tarihli kararnamenin mütekaddim müsaade sisteminin ilga etmek suretile kâfi bir reform yapmış olduğu kanaatini açığa vurmaktadır. Nitekim Pelletier kararını tasvip eden hemen bütün hukukçular bu noktaya işaret ederek, mezkûr kararnamenin mütekaddim müsaade sistemi gibi birçok suiistimallere yol açmış olan bir usulü vazeden 8 inci yıl Anayasasının 75 inci maddesini ilga etmekle kâfi bir reform meydana getirdiğini iddia ediyorlar. Bunlara göre 1870 tarihli kararname sayesinde 1870 den evvel câri olan mütekaddim müsaade sistemi artık tarihe karışmıştır. Bundan böyle ajan ve memurların takibi tamamen serbesttir. Filhakika alelâde bir ferdi adliyede nasıl serbestçe takip edebilmek caiz ve mümkünse bundan böyle ajan ve memurları da serbestçe

takip edebilmek aynı derecede caiz ve mümkündür. İşte 1870 reformunun sağladığı ilk bir fayda budur.

B) Saniyen şu da var ki yeni sistemde adliyenin ajan ve memurlar aleyhindeki davalara serbestçe bakabilmesi kaidesinin yegâne istisnası: ajan ve memura isnad olunan fiilin bir hizmeti kusuru teşkil etmesi halidir. Yani bir ajan veya memur aleyhindeki davada şikâyeti mucip fiil şahsî bir kusur değil de bir hizmet kusuru teşkil ettiği takdirde ki, adliyenin davayı tetkik hususunda vazifeli olmadığını iddia ile, meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk edebilir. Demek oluyor ki, - eski sistemden farklı olarak - 1870 sisteminde ajan ve memurların şahsî kusurları hususunda adliye hiçbir takyit ve tahdide tâbi olmayıp bu gibi hallerde davayı serbestçe tetkik ve rüyet edebilmek imkânına malik bulunmaktadır. İşte 1870 reformunun temin ettiği ikinci bir fayda da budur.»

Pelletier içtihadını tasvip edenlerin noktai nazarını ve delillerini böylece nakleden Jacquelin bunları da birer birer ele alarak çürütmeye çalışmaktadır:

A) Bir kere müellifin yukarıdaki izahatından da anlaşıldığı üzere, İhtilâf mahkemesinin Pelletier kararile kabul ettiği hal suretine taraftar olanların 1870 kararnamesinin sağladığını iddia ettikleri ilk fayda hakikatte mühimsenecek bir netice değildir.

Çünkü 1870 kararnamesinin sözde temin ettiği iddia olunan bu fayda zâhiri ve aldatıcıdır. Zira - İhtilâf mahkemesinin tefsirine göre - ajan ve memurlar aleyhindeki davalarda adli mahkemeler artık her ne kadar idarenden müsaade almak zorunda kalmayacaklarsa da; idare, istediği anda, bir ajan veya memur aleyhinde hukuk ve ceza mahkemesinde açılan tazminat davasında, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk edebilecek ve böylece adli mahkeme bakmakta olduğu davayı tâlik zorunda kalacak, hattâ İhtilâf mahkemesi de bu noktai nazara iştirak ettiği takdirde adliye ajan ve memur aleyhindeki, bu davaya artık hiçbir suretle bakamayacaktır.

Görülüyor ki 1870 kararnamesini bu yolda tefsir etmek: hakikatte bir elden verileni diğer elle almak demektir.

Şu da var ki, kararnamenin sözde sağladığı iddia olunan bu birinci fayda, yani kararnamenin adliyeyi ajan ve memurları takip hususunda eski sisteme nazaran artık tamamen serbest bıraktığı iddiası hakikate de uymamaktadır.

Zira - evvelce belirtildiği üzere - eski sistemde adliye çok daha ge-

niş bir serbestiye malik bulunmaktaydı. Şöyle ki, ajan ve memur aleyhinde bir dava ile karşılaşan adli mahkeme, davayı tetkik hususunda idareden bir müsaade almak lâzım gelip gelmediğini bizzat kendisi, ve aynı zamanda tam ve mutlak bir serbesti içinde, takdir ve tayin etmekteydi.

Şu halde, bu şekilde tefsir edildiğinde, yeni sistemin eskisine nazaran adliye bir serbesti bahşettiği hiçbir suretle söylenemez. Yeni sistem, adliye lehinde bir serbesti tesis etmek şöyle dursun; bilâkis adliyenin eskiden haiz olduğu serbest takdir yerine idarenin noktai nazarının hâkimiyetini ikame eylemektedir. Filhakika eskiden ancak kendisi idareden müsaade almak lâzım geldiğine kanaat getirdiği takdirde adliye için mütekaddim müsaade istihsali lâzım gelirken; şimdi adliye davaya sebebiyet veren fiilin hakikaten ajan ve memura isnadı gereken şahsî bir kusurdan ibaret olduğuna tamamen kani bulunsa bile idarenin mezkûr fiilin bir hizmet kusuru olduğunu ve binaberin davanın idarî kazaya ait bulunduğunu iddia eylemesi, kısaca ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevkeylemesi adliyeyi davayı tetkikten alıkoymakta; bu suretle adliye idarenin noktai nazarı ile bağlı bulunmaktadır.

B) İkinci noktaya, yani 1870 reformunun sağladığı iddia olunan ikinci faydaya gelince: Jacquelin'e göre bu iddia da hakikate tevafuk etmemektedir.

Filhakika bu gibi bir faydadan bahsedenlere göre yeni sistemde adliye idarenin noktai nazarıyla her hususta, bağlı olmayıp; sadece şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusuru teşkil etmesi halinde davayı tetkik edememek mevkiinde bulunacaktır. Kısaca sözde adliye - eski sistemden farklı olarak - ajan ve memurların şahsî kusurlarından ötürü takibata uğramaları halinde hiçbir tahdit ve takyide tâbi olmayıp; şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusurundan ibaret olması halinde idarenin noktai nazarına uymak zorundadır. Başka bir söyleyişle davanın, sırf bir hizmet kusuruna müstenit olması halindedir ki idare ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk edilebilir ve böylece adliyeyi davaya bakmaktan alıkoymak imkânına malik bulunmaktadır.

Halbuki Jacquelin'e göre bu iddia da tamamen yanlıştır.

Zira bir kere, herhangi bir hâdisede, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tefrik etmek hakikatte pek nazik ve hattâ tamamen keyfi ve indî bir meseledir. Bu itibarla (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki fert için, yani ajan ve memurun bir fiilinden zarar gören şahıs için kâfi bir teminat teşkil etmemektedir.

Filhakika İhtilâf mahkemesi, arzu ettiği takdirde, her fiili bir hizmet kusuru addedebilir. Binaberin ajan ve memurun şahsî aleyhindeki

davayı tamamen bertaraf edebilir, kezalik ajan ve memurun mali mesuliyetini kaldırabilir.

Müellifin bu hususta verdiği bir misali zikrederim:

Meselâ Jacquelin'e göre İhtilâf mahkemesi Godart kararında, bir posta müvezzinin bir mektuba yanlış istikamet vermesini, yani mektubu başka bir adrese sevketmesini şahsına isnadı gereken bir ihmal ve dikkatsizlik telâkki ederek bunu şahsî bir kusur olarak kabul ettiği halde; bir kaç sene sonra, Bouhier ve Sureau kararlarında, bu gibi bir ihmal ve dikkatsizliğin şahsî bir kusur teşkil etmeyip idareye atfı lâzım gelen bir hizmet kusuru olduğuna hükmetmiştir.

Saniyen şu da var ki iki kusur arasında gözetilmek istenilen fark da bir yalandan, bir göz boyamadan başka bir şey değildir. Filhakika iddia ediliyor ki şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmesi halinde ajan ve memur aleyhindeki davayı tetkik ve rüyet hususunda adli mahkeme tamamen serbest olup; davaya sebebiyet veren fiilin ancak bir hizmet kusuru teşkil etmesi halinde idare vazife itirazında bulunarak meseleyi İhtilâf mahkemesine sevketmek suretile adli mahkemenin davaya bakmasına mâni olabilir.

Halbuki idarenin, ajan ve memura isnad olunan fiilin ancak bir hizmet kusurundan ibaret olması halinde İhtilâf mahkemesine sevk edebileceğini zan ve iddia etmek yanlıştır. Hakikat şudur ki ajana, memura isnad olunan fiil ne gibi bir mahiyet arzederse etsin, yani ne gibi bir kusur teşkil ederse etsin, idarenin - bu kusurun hakikatte bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile - meseleyi İhtilâf mahkemesine sevketmesi her hal ve kârda mümkündür. Pelletier içtihadına göre halihazırda idareyi dilediği zaman ihtilâfı ihdastan menedebilecek herhangi bir vasıta ve çarenden mahrum bulunmaktayız. Yani idare, bir ajan veya memur aleyhinde açılan bir davada bu fiilin hâdisede bir hizmet kusuru olduğunu iddia ile vazife itirazında bulunabilir ve ihtilâfı böylece İhtilâf mahkemesine götürebilir. İhtilâf mahkemesine gelince; Yüksek mahkemenin şahsî kusuru, hizmet kusurundan tefrik hususunda kabul ettiği kıstas o kadar müphem ve gayri vâzih, o kadar keyfî ve indidir ki - ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmak isteyip istemediğine göre - ajan ve memurun kusurunu arzu ederse fonksiyona dahil bir hizmet kusuru, bilâkis dilerse bu kusurun fonksiyondan tefriki mümkün şahsî bir kusur olduğuna karar vermek onun için çok kolay bir iştir.

Nihayet şunu da unutmamak lâzım gelir ki 1870 reformunun sözde bu gibi bir fayda sağladığı iddia edildiği halde; hakikatte ajan ve memurların şahsî kusurlarından mütevellit davalar esasen bu tarihten evvel de mütekaddim müsaade sistemine tâbi olmaktan kurtulup; adli mahke-

mece, idareden izin almak lüzumu olmaksızın, serbestçe tetkik ve rüyet olunabilmekteydi.

Elhasıl 1870 den evvel de adliye şahsî kusurdan mütevellit tazminat davalarını tetkik ve rüyet hususunda tamamen serbest bulunmaktaydı. Nitekim Temyiz Mahkemesinin 31 Mayıs 1864 Chéronnet kararile içtihat bu şekilde tekarrür etmiş ve istikrar bulmuştu. Hiç şüphe yok ki, Pelletier kararını tasvip ve müdafaa edenler, İhtilâf mahkemesinin 1870 kararına atfettiği mâna ve şumulün doğru olduğunu isbat zımında, kararnamenin bu gibi bir fayda temin ettiğini iddia ederlerken eski sistemin bu gibi bir neticeyi esasen temin etmiş bulunduğunu gözden kaçırıyorlar, Temyiz Mahkemesinin Chéronnet kararile teessüs eden içtihadını unutuyorlar. Bu itibarla bu gibi bir iddiada bulunurken esasen mevcut olan bir şeyi 1870 tarihli kararnamenin eseri gibi göstermekten başka bir şey yapmıyorlar. Halbuki şahsî kusurdan mütevellit davalar esasen adliyede serbestçe tetkik ve rüyet olunabilmekteydi. Şu halde esasen daha 1870 den evvel serbesti esasına dayanan ve serbest takip rejimine dahil bulunan bu gibi şahsî kusurları 1870 decret-loi sinin serbesti esasına ithal etmesinden, ve serbesti rejimine kavuşturmuş olmasından bahsetmeye mantıkan imkân yoktur.

Demek oluyor ki 1870 kararnamesi, olsa olsa, hizmet kusuru sahasında bir reform meydana getirmek istemiş olabilir ve kararnamenin ancak bu mevzuda bir reform meydana getirmesi bahse mevzu olabilir.

Halbuki bu sahada da hakikî bir reformdan bahsetmeye yine imkân yoktur. Çünkü kararnameye İhtilâf mahkemesinin atfettiği mânayı atfedecek olursak şu neticeye varırız ki: mezkûr kararname ferde ve adliyeye idare karşısında daha fazla garanti bahşedecek yerde bilâkis ajan ve memurun adli mahkemelerde takibi hususunda gerek idareye, gerek ajan ve memurlara eskisinden çok daha geniş imkân ve salâhiyetler tanımakta; ajan ve memurlar lehinde, eskisine nazaran, daha vâsi ve daha kuvvetli bir teminat tesis etmekte; idareye adliye karşısında istiklâlini daha nafiz ve müessir surette koruyabilmek imkânını bahşeylemektedir.

Filhakika - evvelce işaret edildiği üzere - evvelki sistemde mütekaddim müsaadeye lüzum olup olmadığına karar vermek bizzat adli mahkemenin salâhiyeti dahilindeydi. Zira 1 Haziran 1828 kararnamesinin 3 üncü maddesine göre ajan ve memurlar aleyhindeki takibatta idarenin bu noktayı İhtilâf mahkemesine sevk etmesine imkân yoktu.

Halbuki, Pelletier kararına göre, bugün bunun tamamen aksi câridir. Şöyle ki, İhtilâf mahkemesi bu kararında idarenin, doğrudan doğruya ajan ve memurlar aleyhinde açılan bir davada ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk edebilmesine cevaz vermektedir. Bu suretle evvelce adli mahkeme-

ler bu gibi davaların mutlak hâkimi olarak ajan ve memurları kayıtsız şartsız takip edebilmek, aleyhlerindeki tazminat davalarını hiçbir kayıt ve tahdide tâbi olmaksızın tetkik ve rüyet edebilmek imkânına malikken; bugün ancak İhtilâf mahkemesinin müsaadesi ile, yani Yüksek mahkemenin şikâyeti mucip fiili şahsî bir kusur addeylediği takdirde ajan ve memuru takip edebilmekte; aleyhlerinde açılan tazminat davalarına bakabilmektedirler.

Görülüyor ki 1870 kararnamesinin bu sahada bir reform meydana getirdiğinden bahsetmek abes ve gülünçtür. Gerçekten 1870 «décret-loi» sini bu şekilde tefsir ettiğimiz takdirde varacağımız netice şu olur ki: bu kararname adliye lehinde bir reform meydana getirmek şöyle dursun, adliyenin salâhiyetini takyit etmekte; adliyeyi idare karşısında himaye edecek yerde, idareyi adliyeye karşı korumaktadır. Elhasıl bu tefsir tarzına göre, idarî garanti sistemini kaldırmak veya tahfif etmek şöyle dursun, 1870 reformunun bu garanti sistemini takviye ve tarsin ettiği haklı olarak söylenebilir.

Şu da var ki, 1870 den evvel, yani mütekaddim müsaade sistemi câri olduğu devirlerde - 8 inci yıl Anayasasının 75 inci maddesine göre - bu usulden her ajan ve memur istifade etmeyip; bu garanti ancak nâzırlardan gayri hükûmet ajan ve memurlarına, yani sadece merkez idaresine mensup ve tâbi kimselere şamil bulunmaktaydı. Elhasıl ademi merkezîyet idare ajan ve memurları bu usule tâbi bulunmamaktaydı: Bunlar aleyhindeki adli takibat tamamen serbest olup; adli mahkemeler ademi merkezîyet idarelerinin ajan ve memurlarına karşı açılan ceza ve hukuk davalarını Devlet Şûrasından müsaade almaksızın dinleyebilmek salâhiyetini haizdiler.

Halbuki Pelletier kararının 1870 kararnamesine atfettiği mânaya göre idarî garanti sistemi artık halen 8 inci yıl Anayasasının kabul ettiği mütekaddim müsaade sistemine dayanmayıp; sadece ajan ve memurlar aleyhine açılan davalarda idarenin ihtilâfı ihdas edebilmesi şeklinde tecessül etmektedir. Yani garanti şeklini değiştirmektedir. Eski sistemde «idarî garanti» denince hatıra mütekaddim müsaade usulü gelirken şimdi «idarî garanti» den bahsedince idarenin, ajan ve memurları koruyabilmesi için, adli mahkemelerde bunlar aleyhine açılan herhangi bir tazminat davasında vazife itirazında bulunarak meseleyi İhtilâf mahkemesine sevk etmesi, Yüksek mahkemeye şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmadığını kabul ettirmeye muvaffak olduğu takdirde adli mahkemeyi ajan ve memurlar aleyhindeki tazminat davasını tetkik ve rüyetten neticeten meneyemesi, ajan ve memurları bu suretle malî mesuliyetten kurtarması anlaşılmaktadır.

Böyle olunca, idare bu salâhiyetini, yalnız merkez ajan ve memurları aleyhinde açılan davalarda kullanmak zorunda olmadığına göre ademi merkeziyet idarelerinin ajan ve memurlarına karşı açılan davalarda da - şikâyeti mucip fiiln şahsî kusur değil de hizmet kusuru teşkil ettiğini iddia ile - bu usule müracaat edebilir ve ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk edebilir. (Nitekim İhtilâf mahkemesi 13/12/1879 tarihli Anduze kararile bunu kabul etmektedir.)

Şu halde, kararname bu yolda tefsir olunduğunda şu neticeye varılır ki: 1870 reformu, bu bakımdan da eski hale nazaran, adliye idare karşısında korumak şöyle dursun, idarenin adliye karşısındaki istiklâlini genişletmekte, idarî garanti sistemini lâğvedecek yerde onu büsbütün takviye etmektedir.

İşte Jacquelin 1870 kararnamesine Pelletier kararının atfettiği mâna atfolunduğu takdirde bu gibi mütenakıs ve gülünç neticelere varılmış olacağını açığa vurmakla Pelletier kararının eski sisteme nazaran ve bu husustaki eski tatbikat ve içtihat muvacehesinde yanlış olduğunu isbat etmek istemektedir.

VI — Pelletier kararını yukarıdaki itirazlarla çürütmeye çalışan müellif İhtilâf mahkemesinin kabul ettiği hal suretinin doktrinde hemen hemen bütün müellifler tarafından tasvip edildiğini kaydediyor ve bu hal suretine taraftar olan müelliflerin bunu iki bakımdan müdafaa ettiklerini belirtiyor.

A) Gerçekten bir kere bu müellifler Pelletier kararının Fransız âme hukukunun temellerinden birini teşkil eden «kuvvetler ayrılığı» prensipine ve - bu prensipin bir «corollaire» ve tatbikinden ibaret olan - «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına uygun olduğunu iddia etmektedirler.

Filhakika bunlara göre: «Kuvvetler ayrılığı» veya «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» prensipinin mânası şudur ki: Adli mahkemelerin idarî fiil ve muameleleri tetkik ve rüyet edebilmeleri, bu fiil ve muamelelerin mevzuata, hukuka, idarî örf, âdet ve usullere uygun olup olmadıklarını araştırabilmeleri - idarenin adliye karşısında istiklâlini sağlamak maksadile - menedilmiş bulunmaktadır.

Halbuki adli mahkemelerin, idare ajan ve memurlarının kanunsuz ve yolsuz fiil ve muamelelerinden dolayı aleyhlerinde açılan tazminat davaları zımında, bunların icra etmiş oldukları idarî fiil ve muamelelerin şahsî bir kusur teşkil edip etmediklerini araştırmalarına müsaade etmek: bu mahkemelerin idarî fiil ve muamelelerin mevzuata, hukuka, idarî örf, âdet

ve usullere uygun olup olmadığını tetkik ve takdir etmelerine, kısaca idarî fiil ve muameleleri tetkik ve rüyet edebilmelerine cevaz vermek demektir; ki bu gibi bir netice aşikâr surette «kuvvetler ayrılığı» prensipine, daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına, başka bir söyleyişle «idarenin adliye karşısında istiklâli» prensipine aykırı düşer. Elhasıl adli mahkemelerin bu hususta salâhiyetli olduklarını kabul etmek: idarenin adliye karşısındaki istiklâlini ihlâl etmek, kuvvetler ayrılığı esasını çiğnemek demektir. Bu itibarla - mezkûr müelliflere göre - Pelletier kararı «kuvvetler ayrılığı» esasını muhafaza etmekle bu gibi bir esas üzerine müesses anayasaya uygun bir içtihatta bulunmaktadır.

Jacquelin, Pelletier kararının umumiyetle Fransız doktrininde yukarıdaki mucip sebebe istinaden, yani bu kararın Fransız anayasa sistemine uygun olduğu yolunda müdafaa edildiğini kaydettikten sonra; bu mucip sebebin mantıkan sakat olduğunu ve binaberin kabule şayan olmadığını ilâve ediyor.

Gerçekten Jacquelin'e göre Pelletier kararının «kuvvetler ayrılığı» prensipine, daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına uygun olup olmadığını araştırmadan evvel hakikatte bu «kuvvetler ayrılığı» prensipinden, «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasından ne anlamak lâzım geldiğini kesin surette tesbit zarureti vardır.

Halbuki, Profesöre göre, «kuvvetler ayrılığı» veya «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasının iki mânası vardır:

Bir kere bu prensip hâkimlerin faal idare yerine geçerek idarî vazife ve faaliyetler göremeyeceklerine işaret etmektedir. Kısaca bu prensip hâkimlerin birer idare adamı gibi hareket edemeyeceklerini anlatmaktadır. Lâkin bu prensip aynı zamanda idarenin de hâkimler yerine kaim olamayacağına işaret etmektedir. Yani bu prensip idarî makamların adli mahkemeler gibi bir davanın tetkik, rüyet ve halline müdahale edemeyeceklerini, kısaca idare adamlarının birer hâkim gibi hareket edemeyeceklerini anlatmaktadır.

İşte «kuvvetler ayrılığı» prensipinin, «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasının mânası budur. Bu «ayrılık» tan sadece yukarıdaki iki mâna anlaşılmaktadır. Binaenaleyh bir adli mahkemenin, idarî bir muameleyi iptal veya ıslah etmek maksadile, bunun mevzuata, hukuka uygun olup olmadığını araştırmaması halinde mahkemenin idare yerine geçerek idarî bir vazife ve faaliyet deruhte etmeye kalkışmış olacağı aşikârdır. Ve yine aşikârdır ki bu gibi bir halde adliye «kuvvetler ayrılığı» esasını, kendi lehine ve idarenin aleyhine olmak üzere, çiğnemiş olur. Halbuki adli mahkeme idarî bir muamelenin mevzuata, hukuka uygun olup

olmadığını sırf bu muameleyi icra etmiş olan ajan ve memurun malî veya cezai mesuliyetini tesbit edebilmek, yani neticede faili tazminata mahkûmetmek veya cezaya çarpmak için araştırmakta ise; bu takdirde mahkemenin, faal idare yerine kaim olarak, idarî bir vazife ve faaliyet ifa etmek iddiasında olmadığı muhakkaktır.

Bilâkis ajan ve memurun mesul olup olmadığını tayin keyfiyeti adli mahkemeye değil de idareye bırakıldığı takdirde ki «kuvvetler ayrılığı» prensipi, adliye aleyhine ve idare lehine olmak üzere, ihlâl edilmiş olur. Zira ajan ve memurun icra etmiş olduğu muamelenin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu olduğunu tayin işi idareye bırakılacak olursa, bu, idarenin - âdeta mahkeme yerine kaim olarak - netice itibarile ajan ve memurun mesul olup olmadığını takdir ve tayin etmesine cevaz vermek demek olur; ki bu takdirde idare âdeta bir hâkim rolünü ve vazifesini ifa etmiş olur.

Şu halde Pelletier kararını müdafaa edenlerin dayandıkları «kuvvetler ayrılığı» prensipi bu kararın doğru olduğunu değil de; bilâkis yanlış olduğunu açığa vurmaktadır. Bu itibarla «kuvvetler ayrılığı» prensipini Pelletier kararı lehine bir mucip sebep olarak değil, bilâkis aleyhine bir silâh olarak kullanmak gerektir.

İşte Jacquelin, Pelletier içtihadına taraftar olanların dayandıkları birinci mucip sebebi, «kuvvetler ayrılığı» prensipini bu şekilde tefsir etmek suretile, bu yoldan çürütmeye çalışmaktadır.

B) Taraftarların dayandıkları ikinci mucip sebebe gelince: bu da «kuvvetler ayrılığı» prensipi gibi, yine netice itibarile Fransız Anayasasına istinad etmektedir. Şöyle ki, bunlara göre, Fransız âmme hukukunun temellerinden biri de: muhtelif organları, daha doğrusu muhtelif organların başında bulunanları fertler karşısında himaye etmek; yani devlet namına teşrî, kaza ve icra (idare) fonksiyonunu görmekte olanların fertler tarafından lüzumsuz, fuzuli, üzücü ve yorucu bir surette takip ve dava edilmelerine mâni olmak gayesine mâtuf bulunmaktadır.

Nitekim Fransada teşrî organını teşkil eden Meclisi Mebusan ve Âyan âzalarının parlâmenter bir garantiye, yani teşriî masuniyete sahip oldukları malûm bir kefiyettir.

Kezalik kaza organına mensup olanların, yani hâkimlerin ve hattâ müddeîumumilerin dahi «prise à partie» tesmiye olunan ayrı bir takip usulüne tâbi olmak ve fertler tarafından umumî ve mutlak olarak değil de ancak kanunun tasrih ettiği mahdut ve muayyen sebeplere istinaden dava edilebilmek suretile fert karşısında hususî bir himaye ve teminata mazhar oldukları yine malûm bir hakikattir.

İşte, Fransız âmme hukukunda üç kuvvetten, üç organdan ikisi - yani teşri ve kaza organı - daha doğrusu bu iki organı teşkil ve terkip edenler böyle ayrı bir garanti ve himayeye mazhar olduklarına göre; üçüncü kuvvetin, yani icra organının da, daha doğrusu bu organı teşkil eden, bu organa dahil ve mensup bulunan idare ajanlarının ve memurların da - fert karşısında ve dava ve takibat bakımından - hususî bir himayeye mazhar olmaları ve bir teminata malik bulunmaları «kuvvetler arasında tevazün» fikrine istinat eden Fransız sistemine herhalde uygun düşer. Jacquelin, Pelletier kararını tasvip ve müdafaa edenlerin Fransız âmme hukukundan istiane ederek bu hal sureti lehine bu gibi ikinci bir delil daha serdettiklerini böylece naklettikten sonra bu delili de çürütmeye çalışıyor.

Filhakika Jacquelin'e göre yukarıdaki görüş, prensip itibarile, doğrudur. Yani kuvvetler ayrılığı esası üzerine müesses bulunan Fransız âmme hukukunda üç organın eşit olması lâzım geleceği tezi, kaideten, doğrudur. Lâkin bu eşitlik esasen temin edilmiş bulunmaktadır.

Gerçekten parlâmento âzaları ve mahkeme üyeleri ayrı bir teminat ve himayeye mazhar olmakla nasıl netice itibarile teşri ve kaza organları korunmuş olursa; Fransız Anayasasına göre, Devlet reisinin ve nâzırların ancak Meclisi Mebusandan bir itham kararı (mise en accusation) almak ve bu takdirde kazaî bir merci sıfatile hareket eden ve «Adalet Divanı» (Cour de Justice) adını alan Senatoya sevkolunmak suretile, fertler tarafından takip ve dava edilebilmeleri de icra uzvu için kâfi bir teminatıdır.

Elhasıl Fransada üç kuvvetten, üç organdan ilk ikisi, yani teşri ve kaza organları - nasıl âzalarının hususî bir himayeye mazhar olmaları ile korunmuş bulunuyorsa; üçüncü organ, yani icra uzvu da - bu organın başında bulunan ve bu organın hakikî mümessilleri ve âzaları olan Devlet reisi ve nâzırların hususî bir himayeye mazhar olmaları ile - kâfi derecede ve diğer organlarla eşit bir surette korunmaktadır. Binaberin Devlet reisinden ve nazırlardan başka bir de tekmil idare ajanlarının ve bütün memurların ayrıca bir garantiye sahip olmalarına - kuvvetler arasında tevazün, organlar arasında eşitlik bakımından - hiç de lüzum ve mahal yoktur. Hattâ, icra uzvunun hakikî mümessillerinin sadece Devlet reisi ile nazırlardan ibaret olduğu fikri kabul edilmese, bu itibarla yalnız Re-
isicumhurla nazırların takibat hususunda bir garantiye sahip olmaları ile icra uzvunun - teşri ve kaza organları kadar - korunmamış olacağı ileri sürülse, yani saydığımız bu hükümet ricalinden maada diğer idara ajan ve memurlarının da, takibat ve dava hususunda, bir garantiye sahip olmaları lâzım geldiği iddia olunsa bile; yine şu muhakkaktır ki: parlâmento âzaları ile mahkeme üyelerinin - teşrii masuniyet ve «prise à partie» yolu ile -

himayelerile ajan ve memurların - ihtilâfın idare tarafından İhtilâf mahkemesine sevki suretile - himayeleri arasında çok fark vardır. Daha doğrusu parlâmento âzalarının, teşriî masuniyet yolu ile, mahkeme âzalarının ise, «Prise à partie» adı verilen ayrı bir takip usulüne tâbî olmak suretile, himaye görmeleri ile ajan ve memurların - ihtilâfın idarece İhtilâf mahkemesine sevki suretile - himaye edilmeleri mukayesesini imkânsız ayrı ayrı müesseselerdir. Bu itibarla parlâmento âzaları ile mahkeme âzalarının ayrı ve hususî bir teminata mazhar olmalarından dem vurarak idare ajan ve memurları hakkında Pelletier kararının kabul ettiği himaye şeklini mantık yolile istihraça çalışmak: mukayesesini imkânsız olan şeyleri mukayese etmeye nafil olarak uğraşmak demektir.

1 — Hakikaten parlâmenter teminat usulünde parlâmento âzalarının sadece teriî masuniyeti mevzuubahistir. Halbuki teşriî masuniyet ajan ve memurların idarî garanti usulünden tamamen farklıdır. Filhakika teşriî masuniyet:

a) Bir kere hakikatte fonksiyona müteveccih olup münhasıran fonksiyonu korumaktadır. Halbuki idarî garanti fonksiyonu değil, bizzat ajan ve memuru istihdaf etmekte; ajan ve memurun şahsını korumaktadır.

b) Saniyen teşriî masuniyet muvakkattir. Şöyle ki ancak teşriî devre müddetince câridir. Halbuki idarî garanti ebedidir. Şöyle ki - meselenin İhtilâf mahkemesine sevki neticesinde mahkemece şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur değil de hizmet kusuru teşkil ettiğine dair karar verilmeye - ajan ve memurun mesuliyeti artık ebediyen bertaraf edilmiş demektir.

c) Nihayet teşriî masuniyet, hukukî takibatta değil de sadece cezaî takibatta mevzuubahistir. Bu itibarla parlâmento âzalarını hukukî mesuliyet bakımından değil de münhasıran cezaî mesuliyet yönünden himaye etmektedir. Hattâ - bilindiği üzere - cürmümeşhut halinde bu garanti dahi kalkmaktadır. Halbuki idarî garanti ajan ve memuru hukuk davası, malî mesuliyet bakımından korumaktadır.

Görülüyor ki parlâmenter garanti sistemiyle idarî garanti sistemini mukayeseyle imkân yoktur.

2 — Mahkeme âzalarının himayesine gelince; Fransız sistemi kaza fonksiyonunun vakar ve haysiyetini muhafaza maksadile hâkimlerle müddeumumilerin fertler tarafından ancak «prise à partie» tesmiye olunan ayrı bir prosedüre tevfikân ve sadece kanunun tasrih ettiği mahdut ve muayyen sebeplere istinaden dava edilebilmelerine cevaz vermiştir.

Halbuki, Pelletier kararını müdafaa edenlere göre, hâkimler esasen lâyenazil olmak itibarile hükûmet ve idare karşısında da bir garantiye

malik bulunuyorlar. Bu itibarla idare ve fert karşısında ayrı ayrı himayelere mazhar olmakla katmerli bir garantiden istifade ediyorlar. Şu halde idare ajan ve memurlarını korumak lüzumu büsbütün meydana çıkmaktadır. Zira ajan ve memurlar hükümet ve idare tarafından azlolunabileceklerine göre, şayet bir de, ihtilâfın ihdası suretile, korunmayacak olurlarsa tamamen himayesiz kalmış olurlar.

Jacquelin bu noktai nazarın da yanlış olduğu kanaatindedir. Filhakika müellife göre yukarıdaki mucip sebep ajan ve memurların idarî bir garantiye mazhar olmaları lâzım geldiğini izah etmek şöyle dursun; bilâkis bu gibi bir teminata sahip olmamaları lüzumunu açığa vurmaktadır. Çünkü - belirtildiği üzere - ajan ve memurların prensip itibarile, azli mümkün olduğuna göre; bunların hükümet ve idare tarafından verilen kanunsuz ve yolsuz emirlere mukavemet etmeleri de fiilen çok zordur ve hemen hemen imkânsızdır. Gerçekten hükümet veya idareden sadir kanunsuz ve yolsuz bir emre riayet etmediği takdirde ajan ve memur azlolunmak tehlikesine maruz bulunmaktadır. Bu itibarla bu gibi bir emre uymaması için ajan veya memurun bu azil ihtimalini göze alacak kadar feragat sahibi ve cesur olması lâzım gelir; ki, mantıkan, bunu her ajan ve memurdan beklemeye imkân yoktur.

Bilâkis ajan ve memurların kanunsuz ve yolsuz emirlere uymaları daha fazla memuldür. Çünkü bu emirlere uymakta daha ziyade menfaatleri vardır. Filhakika bu gibi emirlere uydukları takdirde idarenin bundan mütevellit mesuliyeti de üzerine alması ihtimali vardır. Binaenaleyh emre uyan ajan veya memur, ileride bu yüzden şahsı aleyhinde açılacak olan tazminat davasında idarenin davaya sebebiyet veren fiil ve muamelenin ajan ve memura atfı mümkün şahsî bir kusur olmayıp idare tarafından verilen emrin yerine getirilmesi şeklinde tecelli eden bir hizmet kusuru olduğunu iddia ederek ve kendi mesuliyetini ileri sürerek meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedeceğini ve ağılebi ihtimal bu iddiasını mahkemeye kabul ettirmeye muvaffak olacağını, bu suretle mesuliyetten kurtulacağını düşünmekte pek de haksız sayılamaz.

Halbuki ajan ve memurlara bu gibi bir garanti tanıdığımız takdirde, evet, mutazarrır şahıs belki ajan ve memurdan talep ettiği tazminatı - idarî kazada idare hükmî şahsı aleyhine, hizmet kusuruna binaen, bir tam kaza davası açmak suretile - neticede yine elde etmiş olacaktır. Hattâ ajan ve memurun çok defa tazminatı ödeyemeyecek bir durumda bulunması mümkünken idare için bu gibi bir ihtimal bahse mevzu olmadığına göre, beiki bu şekli hal, fert için daha elverişlidir de! Lâkin, buna rağmen, Jacquelin, ajan ve memurun fert tarafından serbestçe takip olunabilmesi

lüzumuna kanidir. Yani ajan ve memurlar aleyhindeki tazminat davalarında idarenin meseleyi İhtilâf mahkemesine sevkedebilmesine tamamen muarızdır. Çünkü bu takdirde, yukarıda izah olunduğu üzere, garanti sistemi ajan ve memurda mesuliyet fikrini öldürmekte; bu cihetle hükümet ve idarenin - ajan ve memurları âdeta, bu sayede, elde ederek - her türlü suiistimallere tevessül etmesini mümkün kılmakta; «her kusurlu fiilden mütevellit mesuliyetin failine aidiyeti» prensipini bertaraf etmekte; ajan ve memurlarda ahlâk telâkkisini ve netice itibarile idare ahlâkiyatını zayıflatmakta; kezalik idarenin kanunsuz ve yolsuz emirler vermeyi itiyat edinmesine ve ajan ve memurların da bu emirlere riayet etmeye alışmalarına vesile teşkil ederek kanuna ve hukuka hürmet fikrinin vatandaşların zihninden yavaş yavaş silinmesi ve bu suretle cemiyetin en esaslı temellerinden biri olan «hukuka bağlılık» düsturunun gitgide zail olması gibi bir tehlike arz etmektedir.

İşte Jacquelin yukarıdaki mülâhazalara istinaden de Pelletier kararını tasvip etmediğini bir kere daha açığa vurmaktadır.

VII — Nihayet Pelletier kararını muhtelif bakımlardan çürütmeye gayret eden müellif İhtilâf mahkemesinin kabul ettiği hal suretinin Fransız doktrininde hemen bütün müellifler tarafından tasvip edildiğini hatırlattıktan sonra; Pelletier kararının 1870 tarihli kararnamenin gerek ruhuna gerek metnine muhalif olduğunu teslim etmek mecburiyetinde kalan hukukçuların dahi, ihtilâf mahkemesinin 1870 kararnamesini yanlış tefsir ettiğini kabul etmekle beraber, bu hal suretinin Fransız âmm hukukuna ve hal ve icaplara daha uygun olduğunu ileri sürdüklerini ve ihtilâf mahkemesini bu gibi bir hal sureti ortaya attığından dolayı tebrik bile ettiklerini ilâve ediyor.

Halbuki Jacquelin ihtilâf mahkemesinin Pelletier kararile kabul ettiği hal suretinin hukuk sistemine aykırı olduğu gibi hal ve icaplara da mugayir olduğuna kanidir.

Filhakika müellife göre memurun gerek doğrudan doğruya idare tarafından muhakeme olunması, gerek idareden müsaade alındıktan sonra adli mahkemede takip edilmesi, gerekse adli mahkemede serbestçe takip olunabilmekle beraber, idare tarafından meselenin ihtilâf mahkemesine sevki neticesinde davanın adliyece talik ve red edilmesi halinde idarî garanti sistemi aşağıdaki tenkitlere maruz bulunmaktadır:

A — Bir kere idarî garanti sisteminin, her üç şeklinde, ahlâkın genel bir düsturu kadar hukukun da esaslı bir prensipi olan ve borçlar kanununca da ayrıca kabul ve teyid olunan mesuliyet esasını, yani herke-

sin kusurlu fiilinden mesul olması lâzım geldiği yolundaki kaideyi ihlâl ettiği aşikârdır. Gerçekten - her üç şeklinde de - idarî garanti sisteminde ajan ve memurun, kusurlu fiilinden dolayı mesuliyeti ancak idarenin ajan ve memuru kurtarmak istememesi halinde bahse mevzu olup; idare, arzu ettiği takdirde, bu mesuliyeti idarenin memuru kendisi muhakeme etmesi halinde memurun ademi mesuliyetine hükmetmek, veya adliyenin memuru takip etmesine yine kendisi önceden müsaade etmesi halinde bu izni esirgemek, yahut da adli mahkemede memur aleyhine hiç bir kayıt ve tahdide tâbi olmaksızın açılan davada memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur olmayıp bir hizmet kusuru olduğunu iddia ederek vazife hususunu ihtilâf mahkemesine sevk etmek suretile daima bertaraf etmek imkânına malik bulunmaktadır. Bu itibarla ajan ve memurun kusurlu fiilinden mesuliyetini kaldırmak onun elindedir. Şu halde idarî garanti sistemi, hangi şekilde olursa olsun, hukuk sistemine, hukuk mantığına, tamamen aykırıdır.

B — Saniyen idarî garanti sistemi anayasaca kabul olunan müsavat esasına da muhaliftir. Filhakika «fertlerin kanun karşısında müsavatı» esasını Fransız âmme hukukunun temellerinden birini teşkil ettiği halde; idarî garanti sistemi bu müsavatı, fert aleyhine ve memur lehine olmak üzere, ihlâl eylemektedir. Şöyle ki fertler adli mahkemelerde serbestçe takip olunabildikleri ve mahkemeler de fertler aleyhine açılan davaları serbestçe tetkik ve rüyet edebildikleri halde; idarî garanti sisteminde memurlar ya adli mahkemelerde serbestçe takip olunamamakta veya mahkemeler memurlar aleyhindeki davaları sonuna kadar serbestçe tetkik ve rüyet edememektelerdir. Şu halde bu sistemin müsavat esasına mugayir olduğu meydandadır. Halbuki müsavat anayasa icabı olduğuna göre; memurların da, tıpkı fertler gibi, serbestçe takip olunabilmesi ve bunlar aleyhine açılan davalara da adli mahkemelerin serbestçe bakabilmeleri lâzım gelir. Hattâ anayasa bunu âmir olduğu kadar hal ve icaplar da bunu emretmektedir. Gerçekten memurlar, ifa ile mükellef oldukları âmme hizmetlerini gereği gibi görebilmek için, umumiyetle fertlerden üstün bir takım kudret ve salâhiyetlerle mücehhezdirler. Bu itibarla alelâde fertlerden çok üstün bir durumdadırlar, binaberin haiz oldukları bu üstün kudret ve salâhiyetleri, ferde nazaran işgal ettikleri bu faik durumu sui-istimal etmelerine mâni olmak için bunların mesuliyeti hususunda daha sıkı, daha şiddetli ve daha titiz davranmamız ve bunlar karşısında fertleri korumamız zarurî iken; idarî garanti sisteminde fert yerine memur korunmaktadır; ki burada himayenin zarara uğraması muhtemel kimseler, yani korunmaya muhtaç kimseler yerine bilâkis zarara sebebiyet ver-

mesi melhuz kimselere, yani korunmaya hiç de ihtiyaç göstermeyen kimselere müteveccih olduğu göze çarpmaktadır. Bu ise gayri tabii ve garip bir neticedir. Filhakika tabii olan: bu gibi üstün kudret ve salâhiyetleri haiz olan ve bunları sulistimal etmeleri muhtemel bulunan kimselerin korunması değil de; bu gibi kudret ve salâhiyetlerin suistimaline maruz bulunan fertlerin korunmasıdır.

Nitekim zamanımız teşkilâtı Esasiye hukuku, hükümet ve idare karşısında, ferdi korumayı gaye edinmiş olup; bütün gayret ve çalışmalarını ferdin garantisi yolunda sarfetmektedir. Halbuki idarî garanti sisteminde fert değil, bilâkis ferdi tehdit edebilecek durumda olanlar korunmaktadır; ki burada modern Teşkilâtı Esasiye hareket ve temayüllerine tamamen aksi bir istikamet takip edildiği meydandadır.

C — Salisen idarî garanti sitemi, idarenin hakikî menfaatlerine de aykırı olmak itibarile yine hal ve icaplara mugayirdir. Çünkü idarenin hakikî menfaati bir ajan veya memurun kanunsuz ve yolsuz bir fiilinin idareye değil de doğrudan doğruya failin şahsına atıf ve izafe olunmasını âmir bulunmaktadır. Filhakika kanunsuz ve yolsuz bir fiilin, kısaca bir kusurun ajan ve memurun şahsî bir kusuru sayılmayıp idareye atfı gereken bir hizmet kusuru sayılmasında idarenin hiç bir menfaati yoktur. Bilâkis idarenin kusurun, kendi üzerine sıçramasından ve bütün idare cihazına teşmilinden çekinmesi icap eder. Kezalik kusurdan mütevellit malî mesuliyet gibi manevî mesuliyetin de kendisine yükletilmesinden müteessir olması lâzım gelir. Hattâ kusurlu ajan ve memurların mesuliyete çarpılması diğerleri için de bir örnek olmak itibarile bütün ajan ve memurları dikkat ve itinaya davet eder; ki neticede bu, idarenin fonksiyonunu daha titiz ve mükemmel bir surette görmesini ve şikâyet ve tenkidi davet edebilecek fiillere mümkün mertebe daha az sebebiyet vermesini mucip olur.

D — Şu da var ki kanunsuz ve yolsuz bir fiilden dolayı bir ajan ve memurun, alenî bir muhakeme neticesinde ve esbabı mucibeli bir mahkeme kararile, mesuliyetine hükmolunması efkârı umumiye tarafından idarenin bu ajan ve memura karşı tatbik edeceği herhangi inzibatî bir cezadan çok daha iyi bir surette karşılanır. Bu itibarla ajan ve memurların, ihtilâfın ihdası suretile, korunmaması idareyi hem bir hizmet kusuru işlemiş olmak töhmetinden kurtarmış olur; hem de kendisi kusurlu ajan ve memura karşı inzibatî bir ceza tatbik niyetinde ise, ajan ve memurun daha evvel mahkemece mesuliyetine hükmedilmiş olması idarenin işini kolaylaştırır. Filhakika ajan ve memurun bu inzibatî cezanın bir kin, gazez,

iğbirar veya iftira neticesinde ittihaz olunduğu, hulâsa yanlış ve haksız bir tedbir olduğu yolundaki şikâyetleri bu suretle bertaraf edilmiş olur.

İşte, bütün bu mülâhazalara istinaden, Jacquelin, Pelletier kararına hiç bir suretle taraftar olmadığını bir kere daha açığa vurmakta; lâkin gerek 1870 tarihli kararnamenin ruhuna ve metnine gerekse yukarıda serdedilen bütün delillere rağmen Pelletier kararından beri bu hal suretinin tatbikatta tamamen yerleşmiş bulunduğunu, binaenaleyh ajan ve memurlar aleyhindeki tazminat davalarında idarenin, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia etmek suretile, meseleyi ihtilâf mahkemesine sevketmesinin halen pozitif hukuk sahasında mümkün olduğunu ayrıca kaydeylemektedir; ki bu suretle nazarı olarak tenkide şayan gördüğü bu hal suretinin mevzu hukuk ve tatbikat bakımından kabule mazhar bir esas olduğunu gizlememektedir.

Profesör Jacquelin'in Pelletier içtihadı hakkındaki noktai nazarını böylece tesbit ve naklettikten sonra; bu görüşe karşı bir takım tenkit ve itirazlar serdolunduğunu ve olunabileceğini ilâve edelim. Bunları gelecek nüshada ele alarak Fransada Pelletier kararile kabul edilen hal suretinin gerek hukukî esaslara gerekse hal ve icaplara tamamen uygun olduğunu belirtmeye çalışacağız.

Ragıp SARICA